

## **Korrektur von Betriebskostenabrechnungen**

### I. Einleitung

#### II. Die einzelnen Schranken

1. Die Erteilung der Abrechnung
2. Der Saldoausgleich
  - a. Meinungsstand
  - b. Stellungnahme
3. Der Ablauf der Abrechnungsfrist (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB)
  - a. Kein Ausschluss für offene Sollvorauszahlungen
  - b. Die nicht erteilte oder nur formell unwirksam erteilte Abrechnung
  - c. Keine Korrekturen zu Lasten des Mieters
    - aa. Keine Erhöhung von Nachforderungen
    - bb. Keine Verringerung eines Guthabens
  - d. Bindung an die erste Abrechnung nach Fristablauf
  - e. Korrektur bei Angabe falscher Vorauszahlungen
  - f. Korrekturen bei Verzögerungen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat
    - aa. Organisationsverschulden
    - bb. Haftung für Erfüllungsgehilfen
    - cc. Frist zur Nachholung
  - g. Gewerbemiete
4. Der Ablauf der Einwendungsfrist
  - a. Einwendungsfrist bei formell unwirksamer Abrechnung
  - b. Umfang des Korrekturanspruchs des Mieters
  - c. Einwendungsausschluss und Minderung
  - d. Gewerbemiete
5. Verjährung und Verwirkung
  - a. Verjährung der Nachforderungen des Vermieters
  - b. Verjährung der Korrekturansprüche des Mieters
  - c. Verwirkung

#### III. Thesen

##### I. Einleitung

Beide Mietvertragsparteien können ein Interesse an der Korrektur von Betriebskostenabrechnungen haben. Der Vermieter möchte korrigieren, wenn er bei der ersten Abrechnung Fehler gemacht hat oder wenn Kostenpositionen für die zurückliegende Periode bei ihm selbst erst nachträglich zu einer Belastung führen. Der Mieter stellt sich die Frage nach einem Korrekturanspruch, wenn das Ergebnis sich dadurch zu seinen Gunsten verschiebt. Folgende Ereignisse könnten eine Sperre hervorrufen (II):

Die Erteilung der Abrechnung (1)

Der Saldoausgleich (2)

Der Ablauf der Abrechnungsfrist (3)

Der Ablauf der Einwendungsfrist (4)

Verjährung und Verwirkung (5).

Die Auflistung hier dient der Gliederung, zeitlich kann der Saldoausgleich zu jeder Zeit stattfinden.

## II. Die einzelnen Schranken

### 1. Die Erteilung der Abrechnung

Schon die Erteilung der Abrechnung könnte theoretisch Korrekturen hindern. Stornel vertritt dazu die Auffassung, der Vermieter über mit der Erteilung der Abrechnung ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB aus. Er bestimme den Mietanteil, der durch die umzulegenden Nebenkostenanteile abzudecken sei.<sup>1</sup> Folgt man dieser Auffassung, ist der Vermieter an seine eigene Bestimmung gebunden. Bei Fehlern kann zwar er unter den Voraussetzungen des § 119 BGB – unverzüglich – die Anfechtung erklären. Stornel billigt hier dem Vermieter unter dem Gesichtspunkt des Kalkulationsirrtums bei einer offen gelegten Kalkulation auch relativ weitgehende Anfechtungsgründe zu.<sup>2</sup> Eine unbegrenzte Korrekturmöglichkeit hat der Vermieter Stornel zufolge aber nicht.

Die Annahme eines Leistungsbestimmungsrechts erscheint problematisch. Welche Nebenkosten nach welchem Maßstab umzulegen sind, ist im Vertrag festgelegt. Der Vermieter hat abzurechnen, aber nicht zu bestimmen. Ihm steht in der Frage, welche Nebenkosten er umlegt, kein Ermessensspielraum zu. Auch die Folgen wären problematisch. Nach § 315 Abs. 3 BGB ist eine Leistungsbestimmung verbindlich, wenn sie nicht unbillig ist. Der Mieter müsste also etwa kleine Fehler hinnehmen, die nicht zur Unbilligkeit führen. Dieses Ergebnis ist aber mietrechtlich nicht begründbar. Der Mieter darf die Nebenkosten auch in Kleinbeträgen auf sachliche und rechnerische Richtigkeit prüfen und muss nur die berechtigten Positionen zahlen. Das ist keine Frage der Billigkeit.

Die Nebenkostenabrechnung ist danach mit der wohl ganz herrschenden Meinung nicht als Leistungsbestimmung und generell nicht als Gestaltungserklärung, sondern als bloße Wissenserklärung aufzufassen. Der Vermieter erstellt nach § 259 BGB lediglich ein Rechenwerk.<sup>3</sup> Das ist eine Wissenserklärung, die dem Mieter konkrete Daten zu den von ihm zu zahlenden Nebenkosten mitteilt.<sup>4</sup> Eine solche Abrechnung kann innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB frei korrigiert werden, wenn dem Vermieter Fehler auffallen.<sup>5</sup> Das gilt unabhängig davon, ob die erste Abrechnung nur materiell unrichtig oder sogar formunwirksam war. Der Vermieter erleidet allein daraus, dass er eine fehlerhafte Abrechnung übersandt hat, innerhalb der Abrechnungsfrist noch keinen Anspruchsverlust. Erst recht kann keine Bindung zu Lasten des Mieters entstehen.

Der Vermieter sollte dennoch möglichst Sorgfalt schon auf die erste Abrechnung verwenden. Sind Fehler in der Abrechnung von ihm zu vertreten, etwa weil er sich über die generellen Anforderungen oder die einzelnen Vorgaben nicht genügend informiert, kann das eine Pflichtverletzung nach §§ 241, 280 BGB darstellen. Daraus kann dem Mieter ein Schaden entstehen. Dieser liegt zwar nicht in der erhöhten Nachforderung, denn die wäre auch bei anfangs richtiger Abrechnung auf ihn zugekommen. Der Schaden kann aber in den Rechtsanwaltskosten liegen, die der Mieter zur Prüfung einer nicht nachvollziehbaren Abrechnung aufwenden darf.<sup>6</sup>

Zwischenergebnis 1: Die Erteilung der Abrechnung hindert keine Seite an späteren Korrekturen.

<sup>1</sup> Vgl. Stornel, ZMR 2010,81,86; Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. V 301 f.

<sup>2</sup> Stornel, ZMR 2010,81,86.

<sup>3</sup> BGH NJW 2010, 1965, 1966 (Tz. 8)

<sup>4</sup> Vgl. Langenberg, Betriebskostenrecht, 5. Auflage 2009, Rn. G 3.

<sup>5</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht, Rn. G 184,186; inzident auch KG, Beschl. v. 04.12.2008 – 12 U 33/08 ZMR 2009,911,912 (dort war der Anspruch allerdings konkret verwirklicht); Lützenkirchen NZM 2005,8.

<sup>6</sup> Vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Auflage 2007, Rn. 3252; OLG Düsseldorf, WuM 2007,65,66.

## 2. Der Saldoausgleich

Umstritten ist, welche Wirkungen eintreten, wenn ein Saldo ausgeglichen wird, sei es durch den Vermieter bei einem Guthaben, sei es durch den Mieter bei einer Nachforderung.

### a. Meinungsstand

Dazu werden drei Auffassungen vertreten.

Eine Meinung vertritt die Auffassung, der Saldoausgleich führe dazu, dass die Partei, die einen Betrag zahle oder verrechne, als Folge ihres Zahlungsverhaltens mit denjenigen Einwendungen ausgeschlossen sei, die sie im Moment der Zahlung kannte oder bei sorgfältiger Prüfung hätte kennen können.<sup>7</sup>

Etwas weniger weit geht die zweite Auffassung, die annimmt, der Mieter – entsprechendes muss wohl für den Vermieter gelten – sei mit den Einwendungen oder Korrekturen ausgeschlossen, mit denen er jedenfalls konkret rechnete.<sup>8</sup>

Beide Auffassungen leiten die Ausschlusswirkung aus einer vertraglichen Abrede ab, die entweder als bestätigendes Schuldanerkenntnis bezogen auf den Saldo oder aber als Verzichtvereinbarung bezogen auf weitere Einwände oder Korrekturen qualifiziert wird. Diese Vereinbarung werde mit dem Saldoausgleich schlüssig getroffen.<sup>9</sup> Zahle der Vermieter ein Guthaben aus, erkenne er an, den entsprechenden Saldo zu schulden. Das ergebe sich unmittelbar aus dem Zweck der Erklärung.<sup>10</sup> Gleiche umgekehrt der Mieter eine Nachforderung aus, sei das auf seiner Seite als Anerkenntnis auszulegen.<sup>11</sup> Der Saldoausgleich binde dann jeweils beide Seiten. Insbesondere der Mieter verzichte mit einer Zahlung in der Regel seinerseits auf weitere Einwendungen oder Rückforderungsansprüche, wenn er sich derartige Ansprüche oder Einwendungen nicht vorbehalte. Der Vermieter dürfe die Zahlung so verstehen, dass der Mieter die Abrechnung „akzeptiere“.<sup>12</sup>

Eine leicht abweichende Begründung setzt nicht an einer rechtsgeschäftlichen Lösung an, erzielt das gleiche Ergebnis aber über § 242 BGB. Durch den Saldoausgleich schaffe der Zahlende – sei es Mieter oder Vermieter – einen Vertrauenstatbestand. Wenn er dann später Einwendungen oder Korrekturen geltend mache, mit denen er schon zum Zeitpunkt der Zahlung hätte rechnen können, verhalte er sich treuwidrig.<sup>13</sup> Die Argumentation ist letztlich sehr ähnlich, dem Verhalten der einen Vertragspartei wird – weil die andere daraus etwas ableiten dürfe – eine Rechtsfolge beigemessen. Die Unterschiede zwischen einer

<sup>7</sup> LG Köln, ZMR 2001,547; LG Koblenz, WM 1997,685; AG Brandenburg, GE 2007,789; Langenberg, Betriebskostenrecht, Rn. G 197; OLG Hamburg WuM 1991,597,598; Streyl, WuM 2005,505,508; wohl auch Betriebskostenkommentar/ Rips, 2. Aufl. 2006, Rn. 2064.

<sup>8</sup> Blank, NZM 2008,748,750; jedenfalls für Abrechnungen aus der Zeit vor der Mietrechtsreform – wohl auch BGH NZM 2006,222,223, Rn. 15.

<sup>9</sup> LG Koblenz, WuM 1997,685; KG, Urt. v. 23.10.2003 – 8 U 15/03 – KGR 2004,47 und „juris“; AG Alsfeld, NZM 2001,707,708; Staudinger/Weitemeyer (Bearbeitung 2006), § 556 BGB Rn. 133; Langenberg, Betriebskostenrecht, Rn. G 197; Langenberg, NZM 2001,783,787; wohl auch noch NZM 2008,1269,1270 f. – jedenfalls für Abrechnungen, die vor Ende der Abrechnungsfrist erfolgt sind; LG Berlin, MDR 1990,550; inzident für die Zeit vor der Mietrechtsreform wohl auch BGH NZM 2006,222,223 (jeweils: Schuldanerkenntnis); Blank, NZM 2008,745,751; OLG Hamburg WuM 1988,26 (Verzichtvereinbarung).

<sup>10</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht, Rn. G 197.

<sup>11</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht, Rn. G 198.

<sup>12</sup> Blank, NZM 2008,745,751.

<sup>13</sup> Von Lindner-Figura/Beyerle, Geschäftsraummieta, 2. Aufl. 2008, Kap. 11 Rn. 179.

schlüssigen Willenserklärung und der Annahme eines „sonstigen Vertrauenstatbestandes“ sind eher graduell.

Die dritte Auffassung schließlich kommt zu einem grundlegend anderen Ergebnis. Der Saldoausgleich führe in der Regel zu keiner Schranke für Korrekturen, weil er ohne besondere Umstände nur eine Erfüllungshandlung darstelle.<sup>14</sup> Nur bei Vorliegen besonderer Umstände, etwa vorherigen Verhandlungen um streitige Positionen komme die Annahme einer vertraglichen Erklärung infrage.<sup>15</sup>

#### b. Stellungnahme

Um zu diesem Streit Stellung nehmen zu können, ist näher zu prüfen, ob ein Vertragsschluss oder ein Vertrauenstatbestand vorliegen.

Für einen Vertrag müssten zwei Willenserklärungen vorliegen. Dazu müsste in der Übersendung der Abrechnung ein Angebot auf Vereinbarung des ausgewiesenen Saldos liegen. Problematisch daran ist, dass die Betriebskostenabrechnung gerade zuvor als bloße Willenserklärung nach § 259 BGB qualifiziert worden ist.<sup>16</sup> Nun müsste sie doch eine Willenserklärung darstellen. Der Mieter dürfte – und müsste – die Zusendung nicht nur als eine Information über die nach dem Vertrag zu zahlenden Betriebskosten auffassen, sondern zugleich als Vertragsangebot.

Dieses Angebot wäre nach § 145 BGB für den Vermieter verbindlich, wenn er die Bindung nicht ausschließt – anders als gerade noch zuvor gesagt, könnte der Vermieter also von Anfang an nicht korrigieren, solange noch die zeitgerechte Annahme ansteht. Umgekehrt könnte der Mieter die Annahme dieses Angebot auf Abschluss eines Saldobestätigungsvertrags nach § 147 BGB nur binnen einer angemessenen Frist erklären, danach würde das Angebot des Vermieters nach § 146 BGB erlöschen. Wenn der Mieter danach die Annahme erklärt, wäre das seinerseits ein erneutes Angebot, dessen Annahme der Vermieter sich überlegen könnte (§ 150 Abs. 1 BGB). Diese Überlegungen, die nur die Anwendung des Allgemeinen Teils im BGB zum Vertragsschluss darstellen, zeigen schon die Problematik. Weder Vermieter noch Mieter kämen auf diese Ideen, wenn sie eine Nebenkostenabrechnung versenden oder erhalten.

Noch etwas problematischer wird die Annahmeerklärung des Mieters. Erforderlich für eine Willenserklärung ist zunächst ein Erklärungstatbestand.<sup>17</sup> Jedenfalls ein Mindesttatbestand müsste erfüllt sein. So können typisierte Verhaltensweisen ausreichen, bei denen das Gegenüber ohne weiteres davon ausgehen kann, damit werde ein rechtsgeschäftlicher Wille geäußert.<sup>18</sup> Bloße Untätigkeit, also Schweigen, reicht aber regelmäßig<sup>19</sup> nicht aus.

Damit scheiden beim Saldoausgleich vorab alle die Fälle aus, in denen die Abrechnung ein Guthaben des Mieters aufweist, das der Vermieter dann auch pflichtgemäß überweist oder mit der nächsten eingezogenen Miete verrechnet. Der Mieter zeigt hier gar kein Verhalten, das auch nur den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung erfüllen könnte, er nimmt nur eine Zahlung hin. Das kann keine Saldobestätigung bedeuten.<sup>20</sup> Andernfalls wären dem Mieter von vornherein Einwendungen abgeschnitten, wenn er Abrechnung und vielleicht zeitgleich Geld erhielte. Wenn aber kein Vertrag vorliegt, kann auch der Vermieter nicht

<sup>14</sup> Stornel, ZMR 2010,81,82 ff.; Ludley, NZM 2008,72; Milger NZM 2009,497,499.

<sup>15</sup> Vgl. Ludley, NZM 2008,72,73.

<sup>16</sup> Siehe oben unter II.1.

<sup>17</sup> Münchener Kommentar/ Kramer, 5. Aufl. 2006, Vorbem. v. § 116 BGB Rn. 18 a.

<sup>18</sup> Münchener Kommentar/ Kramer, Vorbem. v. § 116 BGB Rn. 29.

<sup>19</sup> Ausnahme: Kaufmännisches Bestätigungsschreiben.

<sup>20</sup> A.A. Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl. 2008, § 556 BGB Rn. 87 allerdings ohne Begründung.

durch einen solchen Vertrag gebunden werden. Er kann innerhalb der Abrechnungsfrist weiterhin auch zu seinen Gunsten eine Fehlerkorrektur vornehmen.

Es bleibt die Fallgruppe, in der die Abrechnung eine Nachforderung ausweist.

Hier ist es wiederum in der Praxis meist so, dass der Vermieter den Betrag abbucht. Fraglich ist es nun, ob die Duldung der Abbuchung den Tatbestand einer Willenserklärung ausfüllen kann. Das ist nach den oben genannten Kriterien ebenfalls abzulehnen. Das Dulden einer Abbuchung stellt nach der Verkehrsitte keine Willenserklärung dahin gehend dar, dass die Verbindlichkeit rechtlich endgültig bestätigt werden soll. Bestandteil des Lastschrifteinzugs ist nach seiner rechtlichen Konstruktion gerade, dass der Einzug zunächst unberechtigt und bis zur Genehmigung frei widerruflich ist. Dann kann aber die Duldung der Lastschrift – wiederum ein bloßes Schweigen – auch nicht im Verhältnis zum Gläubiger als Zustimmung zu einer Schuldbestätigung ausgelegt werden.<sup>21</sup>

Es bliebe die eher zufällige Fallgruppe, in der die Abrechnung eine Nachforderung ausweist und der Mieter diese aktiv durch eine Überweisung oder sogar Barzahlung begleicht, dieses auch noch – gesetzt – in einer Frist, die üblicherweise einer Annahmefrist nach § 147 BGB entspricht. Hier könnte man sich fragen, ob nun beiderseitige Willenserklärungen vorliegen, die auf den Abschluss eines beiderseits verbindlichen Schuldanerkenntnisvertrags gerichtet seien. Der VIII. Zivilsenat hat Ende 2008 zu einem Kaufvertrag entschieden, die Bezahlung einer Rechnung allein begründe nicht die Annahme eines Anerkenntnisses. Eine solche Annahme sei nur im Einzelfall gerechtfertigt, wenn zwischen den Parteien Streit oder Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis bestehe und wenn die Zahlung erkennbar der Streitbeilegung diene.<sup>22</sup>

Trotz einer großen Vielzahl von Betriebskostenprozessen lässt sich nicht sagen, dass jede Übersendung einer Betriebskostenabrechnung zugleich aus der Sicht beider Parteien zu einem ungewissen und streitigen Rechtsverhältnis führe. Das würde bedeuten, dass jede einzelne Abrechnung mit der schlüssigen Aussage verbunden wäre, es könnten natürlich problematische Punkte mit enthalten sein, da gäbe es Unsicherheit und Verhandlungsmasse.<sup>23</sup>

Das Ergebnis erscheint in derartigen Fällen ebenfalls fragwürdig. Das zeigt sich vor allem in den Fällen, in denen der Vermieter seine Abrechnung innerhalb der Abrechnungsfrist zu seinen Gunsten korrigieren möchte, z.B. weil er zunächst eine Rechnung übersehen hatte. Der Vermieter müsste auf eine verspätete Zahlung des Mieters hoffen, oder jede Abrechnung mit den Zusatz „Korrekturen vorbehalten“ versehen.

Auch ein Verzicht des Mieters auf spätere Einwendungen lässt sich nicht rechtlich begründen. Der bloße Ausgleich eines Saldos ist nur eine Zahlung, der regelmäßig kein rechtlicher Erklärungswert zukommt. Langenberg meint, eine Willenserklärung liege auch vor, wenn der Empfänger nach Treu und Glauben annehmen darf, das ihm gegenüber gezeigte Verhalten sei von Erklärungsbewusstsein getragen.<sup>24</sup> Es kann dahin stehen, ob dieser Aussage generell zuzustimmen ist. Jedenfalls führt sie hier nicht weiter. Es ist gerade unklar, ob der Zahlungsempfänger annehmen darf, mit der Zahlung wolle der Zahlende zugleich die Forderung anerkennen oder zumindest auf alle Einwände verzichten, die er bei sorgfältiger Prüfung hätte bemerken können.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> So aber Staudinger/Weitemeyer, § 556 BGB Rn. 133 unter Verweis auf LG Frankfurt, NZM 2001,130 (dort zu § 539 BGB a.F.); Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, § 556 BGB Rn. 87.

<sup>22</sup> BGH NJW 2009,580,581.

<sup>23</sup> Vgl. Sternel, ZMR 2010,81,83.

<sup>24</sup> Langenberg, NZM 2008,1269,1271 unter Verweis auf BGH NJW 1990,454.

<sup>25</sup> Vgl. Borzutzki-Pasing, jurisPR-MietR 20/2007 Anm. 3.

Die Diskussion ist möglicherweise zu verstehen vor dem Hintergrund der Rechtslage vor der Mietrechtsreform. Seinerzeit gab es für Einwendungen des Mieters keine Ausschlussfrist. Der Mieter konnte daher noch Jahre später – etwa gegen Mietforderungen – die Aufrechnung mit nunmehr geltend gemachten Rückforderungsansprüchen wegen zuviel gezahlter Betriebskosten erklären. Der Vermieter war gezwungen, Belege über viele Jahre aufzubewahren. Die Prozesse beinhalteten Beweisaufnahmen über lange zurück liegende Zeiträume. In dieser Situation lag in der Annahme eines Schuldanerkenntnisses wohl der Griff nach dem Rettungsanker. Diesen Anker bietet aber jetzt ohnehin das Gesetz, so dass es eines Rückgriffs auf eine problematische Konstruktion nicht mehr bedarf.

In gleicher Weise problematisch ist die Annahme eines Vertrauenstatbestandes. Auch das würde bedeuten, der Zahlung einen Erklärungswert beizumessen, den sie als bloßer Erfüllungshandlung eben nicht hat.

Richtig erscheint es daher, mit der dritten Auffassung der Abrechnung ihren Charakter als bloße Wissenserklärung und der Zahlung ihren Charakter als bloße Erfüllungshandlung zu belassen und beide nicht in ihrer Bedeutung zu Willenserklärungen hoch zu stufen.

Zwischenergebnis 2: Auch der Saldoausgleich stellt im Regelfall keine Schranke für Korrekturen dar, weder für den Vermieter noch für den Mieter. Eine Ausnahme kann gelten, wenn aus bestimmten Umständen heraus – vor allem vorherigen Verhandlungen oder Streitigkeiten – der Zahlung einer Seite ein Erklärungswert zukommt.<sup>26</sup> Dieses hier vertretene Ergebnis kann aber zumindest für den Saldoausgleich ganz sicher nicht als herrschende Meinung bezeichnet werden. Rechtssicherheit wird in diesem Punkt wohl erst eine ausdrückliche Entscheidung des BGH schaffen.

Für die Vermieter kann es sich im Hinblick auf die Unsicherheit empfehlen, vorsorglich jede Abrechnung mit einem Zusatz „Korrekturen vorbehalten“ zu versehen – auf Seiten des Mieters bietet sich rein vorsorglich eine Überweisung mit dem Zusatz „Prüfung vorbehalten“ an. Möglich ist es zwar auch, im Mietvertrag eine Klausel mit dem Inhalt aufzunehmen, dass Korrekturen an einer Nebenkostenabrechnung auch nach Saldoausgleich vorbehalten bleiben. Gegen § 307 BGB würde eine solche Klausel sicher nicht verstoßen. Sie würde nur nichts helfen, wenn ein Gericht eine vertragliche Vereinbarung aus Abrechnung und Zahlung ableiten möchte – diese Vereinbarung würde als Individualvereinbarung (§ 305 b BGB) die Klausel verdrängen.

### 3. Der Ablauf der Abrechnungsfrist (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB)

Die erste Schranke, die das Gesetz ausdrücklich geregelt hat, ist der Ablauf der Abrechnungsfrist. Dieser Fristablauf führt dazu, dass der Vermieter mit Nachforderungen ausgeschlossen ist, es sei denn er habe die Verzögerung nicht zu vertreten.<sup>27</sup>

#### a. Kein Ausschluss für offene Sollvorauszahlungen

Vorab ist klarzustellen, was mit dem gesetzlichen Begriff Nachforderung gemeint ist. Hier kommen grundsätzlich zwei Möglichkeiten in Betracht. Gemeint sein kann jegliche Nachforderung, die über die Ist-Vorauszahlungen des Mieters hinausgeht. Dann wäre auch die Forderung auf Nachzahlung offener Sollvorauszahlungen beseitigt. Denkbar ist es auch, unter „Nachforderung“ nur die Abrechnungsspitze zu verstehen, also den Betrag, der über die Sollvorauszahlungen hinausgeht. Dazu herrscht weitgehend Einigkeit, dass nur die Forderung auf eine Abrechnungsspitze ausgeschlossen wird. Will der Vermieter offene Sollvorauszahlungen weiterhin geltend machen, kann er das mit einer Abrechnung auch

<sup>26</sup> Vgl. typische Fallgestaltungen dazu bei Ludley, NZM 2008,72,73.

<sup>27</sup> Diese Abgrenzung wird hier nicht behandelt.

nach Ablauf der Abrechnungsfrist noch erreichen. Ohne Abrechnung allerdings erhält er gar nichts. Der Ablauf der Abrechnungsfrist bedeutet zugleich, dass Abrechnungsreife eintritt. Damit geht sich der Anspruch auf Vorauszahlungen unter und bleibt nur der Anspruch auf den Saldo gemäß Abrechnung.<sup>28</sup>

#### b. Die nicht erteilte oder nur formell unwirksam erteilte Abrechnung

Nachzahlungsansprüche, die über die Sollvorauszahlungen hinausgehen, scheiden also aus wenn bis zum Fristablauf keine Abrechnung erteilt ist.<sup>29</sup> Die gleiche Sanktion greift, wenn der Vermieter zwar abgerechnet hat, seine Abrechnung aber schon formell unwirksam ist. Der BGH hat bereits 2004 entschieden, dass die Abrechnungsfrist nur mit einer formell wirksamen Abrechnung gewahrt wird.<sup>30</sup> Es gibt Stimmen, die meinen auch eine formell unwirksame Abrechnung lasse in den Grenzen des dort genannten Saldos noch Korrekturen zu, weil der Schutzzweck des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB im Wesentlichen darin liege, den Mieter nicht nach langer Zeit mit Nachforderungen zu überraschen.<sup>31</sup> Diese Gefahr bestehe aber nicht, wenn eine Abrechnung binnen der Frist eine Nachforderung immerhin benenne, sei diese Abrechnung auch unwirksam.<sup>32</sup> Dem hat der BGH ausdrücklich widersprochen. Dem Argument des BGH, dass der Vermieter sonst mit einer „Alibi“- oder „Märchenabrechnung“ die Ausschlussfrist umgehen könnte, ist wohl zuzustimmen. Zwar erscheinen solche Abrechnungen als der absolute Ausnahmefall.<sup>33</sup> Dennoch ergäbe sich eine Dreiteilung. Die „nur“ formell unwirksame Abrechnung würde zwar die Fälligkeit nicht herbeiführen, die Ausschlussfrist aber wahren, die Alibi- oder Märchenabrechnung würde nicht einmal das erreichen. Es müsste unterschieden werden zwischen formell wirksamen, formell unwirksamen und formell ganz und gar unwirksamen Abrechnungen. Schon die Abgrenzung zwischen formell unwirksam und „nur“ materiell unrichtig ist in den letzten Jahren zunehmend schwierig geworden; jetzt noch die Kategorie Märchenabrechnung einzuführen, wäre nicht mehr vertretbar.

Zu beachten ist allerdings zusätzlich die von Milger so bezeichnete „Teilbarkeitslehre“.<sup>34</sup> Eine Abrechnung kann in Teilen formell unwirksam sein, im Übrigen aber formell wirksam.<sup>35</sup> Wenn also etwa in den Wasserkosten kein ausgewiesener Vorwegabzug für den Wasserverbrauch eines Friseurbetriebs erfolgt, ist diese Position schon formell nicht wirksam abgerechnet. Wegen aller anderen Positionen kann die Abrechnung aber wirksam bleiben. Für die weitere Behandlung bedeutet das, dass die formell unwirksame Position komplett gestrichen wird und nicht mehr angesetzt werden darf. Der Vermieter darf auch nicht umgekehrt in der korrigierten Variante einen anteiligen Prozentsatz der Vorauszahlungen auf der Zahlungsseite in Abzug bringen. Hier bleibt es bei den vollen Vorauszahlungen.<sup>36</sup> Ergibt sich auch nach Streichung der formell unwirksamen Positionen noch eine Nachforderung des Vermieters, tritt insoweit Teilfälligkeit ein.<sup>37</sup> Zur Abgrenzung stellt der BGH darauf ab, ob die formell unwirksamen Positionen „unschwer“ herausgerechnet werden können,<sup>38</sup> und dieses Abgrenzungskriterium erscheint auch in der Praxis als durchaus tauglich.

<sup>28</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht, Rn. G 93; OLG Hamburg, WuM 1989,82,83; inzident BGH NZM 2003,196.

<sup>29</sup> Vgl. Blank, NZM 2008,745,748;

<sup>30</sup> BGH, NZM 2005,13.

<sup>31</sup> Vgl. i.E. Börstinghaus, NZM 2005,250; Lützenkirchen, NZM 2005,8,9.

<sup>32</sup> So AG Dortmund NZM 2004,782,784; ausführlich Börstinghaus, NZM 2005,250.

<sup>33</sup> Vgl. Börstinghaus, NZM 2005,250,251.

<sup>34</sup> Vgl. Milger, NJW 2009,625,626.

<sup>35</sup> BGH, NZM 2007,244; Milger, NJW 2009,625,626, zuletzt BGH, Urt. v. 11.08.2010 – VIII ZR 45/10 – „juris“ unter II.2. (Tz. 14).

<sup>36</sup> Milger, NJW 2009,625,626.

<sup>37</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, Rn. H 5.

<sup>38</sup> BGH, NZM 2007,244; vgl. näher Schmidt-Futterer/Langenberg, 9. Aufl. 2007, § 556 BGB Rn. 467.

### c. Keine Korrekturen zu Lasten des Mieters

Die nur materiell unrichtige Betriebskostenabrechnung darf zwar nachträglich korrigiert werden. Der Vermieter darf also etwa einen unrichtigen Verteilerschlüssel durch den richtigen ersetzen und die Abrechnung so neu fertigen.<sup>39</sup> Auch hier errichtet das Gesetz allerdings noch eine Schranke. Korrekturen, die das Ergebnis zu Lasten des Mieters ändern, sind allerdings nicht möglich.

#### aa. Keine Erhöhung von Nachforderungen

Das hat der BGH zunächst für den Fall einer Nachforderung entschieden. Der Vermieter darf selbst dann, wenn die korrigierte Abrechnung rechnerisch zu einer höheren Nachforderung führt, den übersteigenden Teil nicht mehr geltend machen. Die Nachforderung nach einer Korrektur außerhalb der Abrechnungsfrist darf das Ergebnis der fristgerecht vorgelegten (unrichtigen) Abrechnung weder in der Summe noch in den Einzelforderungen übersteigen.<sup>40</sup> Der Vermieter darf also dann, wenn eine Einzelposition sich verringert, die andere aber erhöht, nicht etwa saldieren, weil der Gesamtbetrag gleich bleibt. Die Reduzierung muss dem Mieter gut gebracht werden, die Erhöhung bleibt außer Ansatz.

#### bb. Keine Verringerung eines Guthabens

Der BGH wendet die gleichen Grundsätze auch an, wenn die materiell unrichtige Abrechnung ein Guthaben des Mieters benannte.<sup>41</sup> Das betrifft wiederum sowohl den Gesamtbetrag als auch Einzelpositionen. Auch bei einem Guthaben darf der Vermieter also nicht eine sich verringernde Position durch eine andere, die sich erhöht hat, auffüllen.<sup>42</sup>

Der Annahme des Verschlechterungsverbotes auch beim Guthaben zuzustimmen.<sup>43</sup> Zweck des § 556 Abs. 3 BGB ist es, nach Ablauf der Abrechnungsfrist auch dem Mieter Sicherheit vor finanziellen „Überraschungen“ zu verschaffen. Das gilt gleichermaßen bei einem negativen wie bei einem positiven Abrechnungssaldo. Auch über ein Guthaben hat der Mieter ggf. schon disponiert.<sup>44</sup> Ihn mit erweiterten Korrekturmöglichkeiten nur deswegen zu konfrontieren, nur weil die Vorauszahlungen so hoch waren, erscheint auch nicht gerechtfertigt.

### d. Bindung an die erste Abrechnung nach Fristablauf

Eine weitere Folge zeitigt § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB. Sie betrifft die Variante, in der der Vermieter erstmals nach Ablauf der Abrechnungsfrist formell wirksam abrechnen darf, weil er die Nichtabrechnung bis dahin nicht zu vertreten hatte.<sup>45</sup> Dieser Vermieter darf, eben weil die Abrechnungsfrist „immer noch“ abgelaufen ist, schon diese erste Abrechnung nachträglich ebenfalls nicht mehr zu Lasten des Mieters korrigieren. Der Vermieter, der erst nach Fristablauf abrechnet, ist also im Saldo und in den Einzelpositionen gleich an die erste Abrechnung gebunden.

### e. Korrektur bei Angabe falscher Vorauszahlungen

Eine vom BGH noch nicht entschiedene Frage ist, ob der Ablauf der Abrechnungsfrist den Vermieter auch daran hindert, einen Fehler in der Angabe der Vorauszahlungen des Mieters noch zu korrigieren.

<sup>39</sup> BGH, NZM 2005,13.

<sup>40</sup> BGH, NZM 2005,13,14; Blank, NZM 2008,745,748

<sup>41</sup> BGH, NZM 2008,204.

<sup>42</sup> Dagegen Schmid, NJW 2008,1150,1151.

<sup>43</sup> Vgl. Langenberg, Betriebskostenrecht, Rn. G 95; Stornel, Mietrecht Aktuell, Rn. V 420.

<sup>44</sup> BGH, NZM 2008,204.

<sup>45</sup> Zu den Voraussetzungen dazu näher unten unter f.

Diese Fragestellung betrifft zu hoch angegebene Vorauszahlungen. Der Vermieter kann etwa bei Nebenkosten von 1.200 € fehlerhaft die Ist-Vorauszahlungen entsprechend den vertraglichen Sollvorauszahlungen mit 1.200 € angeben und einen Saldo von 0 errechnen, während der Mieter tatsächlich nur 900,00 € gezahlt hatte. Hier stellt sich die Frage, ob er die tatsächlich offenen Vorauszahlungen von 300 € nach Ablauf der Abrechnungsfrist noch berichtigend benennen und einfordern darf.

Hierzu liegt eine Entscheidung des AG Rheda-Wiedenbrück vor. Sie besagt, der Vermieter könne fehlerhafte Vorauszahlungsbeträge korrigieren. Die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB erfasse die Vorauszahlungen nicht, sondern nur die dort aufgeführten Nebenkosten. Der Mieter sei auch nicht schutzwürdig, wenn er erkennen könne, dass die aufgeführten Vorauszahlungen nicht seinen tatsächlichen Zahlungen entsprechen würden.<sup>46</sup>

Das erscheint zwar auf den ersten Blick problematisch. Gerade bei unregelmäßigen Zahlungen ist für den Mieter nämlich schwer erkennbar, welche Anteile auf Vorauszahlungen und welche auf Nettomietanteile verrechnet worden sind. Es scheint eher dem Gesetzeszweck der Befriedung nach kurzer Zeit zu entsprechen, wenn jedenfalls auch ein ausgewiesener Ist-Vorauszahlungsbetrag in die Wirkungen des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB einbezogen wird.

Dennoch ist der Entscheidung zuzustimmen. Andernfalls entstünde ein Widerspruch dazu, dass selbst der Vermieter, der gar nicht abrechnet, seine Forderung bis zur Höhe der Sollvorauszahlungen noch nach Fristablauf begründen kann. Im Beispielsfall könnte der Vermieter ohne jede Abrechnung noch nach Ablauf der Abrechnungsfrist mit einer dann nachgeholtten Abrechnung die an den Sollvorauszahlungen fehlenden 300 € einklagen. Dann muss der Vermieter, der nur die Vorauszahlungen unrichtig abgegeben hatte, die gleiche Möglichkeit haben.<sup>47</sup>

#### f. Korrekturen bei Verzögerungen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat

Das Gesetz erlaubt dem Vermieter Korrekturen zu seinen Gunsten, wenn er die Verspätung der Berechnung nicht zu vertreten hat. Insoweit gelten die Vorgaben des dem allgemeinen Schuldrechts (§§ 276 ff. BGB).<sup>48</sup>

#### aa. Organisationsverschulden

Zunächst wird auf die Leistungs- und Organisationssphäre des konkreten Vermieters abgestellt, also darauf, ob die entsprechenden Umstände von ihm beherrscht werden müssten.<sup>49</sup> Das hängt wesentlich von der Größe ab. Der private Vermieter einer Einliegerwohnung wird das Fristversäumnis nicht zu vertreten haben, wenn er nach Vorliegen der Belege schwer erkrankt und deswegen bis zum Ende des Abrechnungsjahres die Abrechnung nicht mehr erstellen kann. Der gewerbliche Vermieter oder Hausverwalter (§ 278 BGB) muss organisatorisch sicherstellen, dass die Abrechnungen auch erstellt werden, wenn der Firmeninhaber, Geschäftsführer oder Mitarbeiter erkranken. Ebenso kann der Ausfall der EDV kurz vor Fristablauf eher einen privaten Vermieter entlasten, während größere gewerbliche Vermieter die Arbeitsfähigkeit des Systems auch bei Ausfällen

<sup>46</sup> AG Rheda-Wiedenbrück NZM 2007,85,86.

<sup>47</sup> Auf diese Parallele verweist Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 3153 a.

<sup>48</sup> Blank in: Blank/Börstinghaus § 556 BGB Rn. 148.

<sup>49</sup> Vgl. Sternel, Mietrecht Aktuell, Rn. V 411.

gewährleisten müssen.<sup>50</sup> Angesichts der Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen ist eine weitere Systematisierung kaum möglich.

#### bb. Haftung für Erfüllungsgehilfen

Der Vermieter muss sich jedes Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen anrechnen lassen. An dieser Stelle gibt es relativ viele Probleme.

Zu den Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB zählen nach wohl einhelliger Meinung eigene Mitarbeiter, die beauftragte Hausverwaltung<sup>51</sup> aber auch Abrechnungsunternehmen.<sup>52</sup>

Nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2009 ist auch die Post Erfüllungsgehilfe des Vermieters im Sinne des § 278 BGB. Der Vermieter hat es also zu vertreten, wenn eine pünktlich abgeschickte Abrechnung erst nach Fristablauf beim Mieter ankommt oder bei der Post verloren geht.<sup>53</sup> Die Begründung des BGH liegt darin, dass der Vermieter binnen der Jahresfrist den Zugang und nicht nur die rechtzeitige Absendung der Abrechnung schulde. Genau darauf würde es aber hinauslaufen, wenn der Vermieter für die Versäumnisse der Post nicht einzustehen hätte.<sup>54</sup>

Streitig ist die Anwendung des § 278 BGB für diejenigen, die dem Vermieter die Rechnungen erstellen, also Lieferanten und Versorger. Nach einer Auffassung sind sie keine Erfüllungsgehilfen in der Abrechnung gegenüber dem Mieter.<sup>55</sup> Ein Verschulden des Vermieters könne allenfalls darin liegen, dass er sich nicht im Rahmen seiner Möglichkeiten um eine pünktliche Rechnungsstellung bemühe.<sup>56</sup> Langenberg sieht die Versorger als Erfüllungshilfen im Sinne des § 278 BGB an. Der Vermieter müsse sich deren Verschulden bei einer verspäteten Abrechnung zurechnen lassen. Das eigene Bemühen um den Erhalt der Rechnungen entlaste ihn nicht.<sup>57</sup> Diese letzte Auffassung ist m.E. abzulehnen. Die Ver- und Entsorger sind Lieferanten des Vermieters. Sie sind für die Lieferung oder Erbringung der Nebenleistungen Erfüllungsgehilfen – nicht aber für die Erfüllung der Abrechnungspflicht nach § 556 BGB. Der Vermieter setzt sie gerade nicht ein, um die Mieterabrechnungen zu erstellen, sondern er erhält seinerseits nur Abrechnungen in seinem eigenen Vertragsverhältnis. Aus den Daten erstellt er die Mieterabrechnungen selbst.

Unstreitig keine Erfüllungsgehilfen sind Amtsträger wie Finanzbehörden und Kommunen.<sup>58</sup> Der klassische und zugleich unproblematische Fall des Nichtvertretenmüssens ist danach derjenige, dass dem Vermieter selbst der Grundsteuerbescheid erst nach Ablauf der Abrechnungsfrist zugeht.<sup>59</sup>

Ebenso unstreitig ist der WEG-Verwalter kein Erfüllungsgehilfe für die Erstellung der Mieterabrechnungen, die auf der Betriebskostenabrechnung der

<sup>50</sup> Für eine gewerbliche Hausverwaltung AG Annaberg, WuM 2007,131.

<sup>51</sup> LG Düsseldorf, WuM 2007,132; Drasdo NZM 2004,372,374.

<sup>52</sup> Sternel, Mietrecht Aktuell, Rn. V 414; LG Köln, WuM 2008,560; AG Essen, DWW 2008,65

<sup>53</sup> BGH, NZM 2009,274 = WuM 2007,236; a.A. zuvor LG Berlin, GE 2006,1407; LG Potsdam, GE 2005, 1357; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl. 2008, § 556 BGB Rn. 148; Schmidt-Futterer/Langenberg, § 556 BGB Rn. 474.

<sup>54</sup> BGH, NZM 2009,274,275 (Rn. 15).

<sup>55</sup> Emmert, jurisPR-MietR 8/2008, Anm. 1.

<sup>56</sup> AG Köpenick, WuM 2007,577; Blank in: Blank/Börstinghaus, § 556 BGB Rn. 148.

<sup>57</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht Rn. G 78 – unklar Gies, NZM 2002,514, der die Versorger als Erfüllungsgehilfe ansieht – den Vermieter aber als entlastet, wenn er sich nachhaltig um fristgerechte Abrechnung dort bemühe.

<sup>58</sup> Blank in: Blank/Börstinghaus, § 556 Rn. 148.

<sup>59</sup> Vgl. BGH, NZM 2006,740.

Wohnungseigentümergeinschaft aufbauen.<sup>60</sup> Damit ist der Vermieter aber noch nicht endgültig entlastet, wenn die WEG-Abrechnung verspätet erfolgt. Er muss auch hier auch zügige Abrechnung drängen.<sup>61</sup> Zusätzlich verlangt eine weitergehende Auffassung von ihm sogar, sich notfalls die Unterlagen vom Verwalter zu beschaffen und die Mieterabrechnung schon einmal selbst zu erstellen.<sup>62</sup> Mir scheint das nur für extrem gelagerte Einzelfälle zu gelten, etwa wenn alle Belege vorliegen, die WEG-Abrechnung aber über Jahre Gegenstand von Anfechtungsverfahren ist.

#### cc. Frist zur Nachholung

Hat der Vermieter die Verspätung nach all diesen Einschränkungen endgültig nicht zu vertreten, kann er seine Abrechnung nach Fristablauf erstellen oder berichtigen. Dafür hat er allerdings wiederum nicht unbegrenzt Zeit. Er muss die Nachforderung ohne schuldhaftes Zögern geltend machen – der Rechtsprechung des BGH zufolge sind das in der Regel drei Monate.<sup>63</sup>

Als Zwischenergebnis 3 lässt sich festhalten, dass der Ablauf der Abrechnungsfrist den Vermieter, der noch nicht formell wirksam abgerechnet hat, von allen Nachforderungen über die Sollvorauszahlungen hinaus abschneidet. An eine erteilte formell wirksame Abrechnung ist er insoweit gebunden, als dass er weder in Einzelbeträgen noch im Gesamtergebnis den Saldo nachträglich zu Lasten des Mieters korrigieren kann. Das gilt unabhängig davon, ob diese Abrechnung noch vor Ablauf der Abrechnungsfrist oder erst danach erteilt worden ist. Die Ausnahmen, in denen der Vermieter die Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat, sind relativ eng begrenzt.

#### g. Gewerbemiete

In der Gewerbemiete gilt die Ausschlussfrist nicht, auch nicht analog. Der Gesetzgeber hat die Regelung des § 556 Abs. 3 BGB im Abschnitt für die Wohnraummiete geregelt und in § 578 Abs. 2 BGB für die Gewerberäume gerade nicht auf diese Vorschrift verwiesen. Das ist eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, die nicht durch eine Analogie umgangen werden darf.<sup>64</sup> Also ist der Vermieter zwar auch hier zur Abrechnung in einer angemessenen Frist verpflichtet. Diese angemessene Frist beläuft sich auch in der Regel auf ein Jahr. Die Pflichtverletzung führt aber eben nicht zu einem Ausschluss mit Nachforderungen,<sup>65</sup> sondern nur dazu, dass der Mieter künftige Vorauszahlungen bis zur Nachholung der Abrechnung einbehalten darf.

#### 4. Der Ablauf der Einwendungsfrist

Der Ablauf der Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB betrifft – jedenfalls dann, wenn man dem Saldoausgleich für den Regelfall keine Rechtsfolgen beimisst –<sup>66</sup> erstmals die Korrekturansprüche des Mieters, der Fehler an der Abrechnung erkennt.

##### a. Einwendungsfrist bei formell unwirksamer Abrechnung

Auch hier gibt es einen Meinungsstreit über die Behandlung formell unwirksamer Abrechnungen. Es ist umstritten, ob auch eine formell unwirksame Abrechnung die Einwendungsausschlussfrist überhaupt in Gang setzen kann.

<sup>60</sup> Blank in: Blank/Börstinghaus, § 556 BGB Rn. 149; Drasdo, NZM 2004,372,374; Langenberg, Rn. G 80; Stempel, Mietrecht Aktuell Rn. V 414.

<sup>61</sup> Stempel, Mietrecht Aktuell, Rn. V 414; Blank in: Blank/Börstinghaus, § 556 BGB Rn. 149.

<sup>62</sup> Münchener Kommentar/ Schmid, 5. Aufl. 2008, § 556 BGB Rn. 58.

<sup>63</sup> BGH, NZM 2007,740,741.

<sup>64</sup> BGH, NZM 2010,240,241.

<sup>65</sup> Vgl. Theesfeld, jurisPR-MietR 8/2010 Anm. 2.

<sup>66</sup> Sh. oben Punkt II.1.

Dazu gibt es noch keine Entscheidung des BGH. Von Bedeutung ist diese Frage vor allem dann, wenn der Mieter auf eine formell unwirksame Abrechnung hin zunächst zahlt, dann aber nach mehr als einem Jahr den Betrag aus § 812 Abs. 1 BGB zurückverlangt.<sup>67</sup> Das gilt jedenfalls dann, wenn – mit der hier vertretenen Auffassung – die vormalige vorbehaltlose Zahlung dem Mieter nicht als Saldoanerkennnis ausgelegt wird.

Die dem Vermieter günstigere Auffassung meint, auch die formell unwirksame Abrechnung setze die Einwendungsfrist in Gang.<sup>68</sup> Es entspreche dem Gesetzeszweck, binnen einer bestimmten Zeit Klarheit zu verschaffen.<sup>69</sup> Der Mieter werde dadurch auch nicht unangemessen benachteiligt, weil gerade die formellen Fehler leichter zu erkennen seien als die materiellen.<sup>70</sup>

Die Gegenauffassung<sup>71</sup> meint, nur eine formell wirksame Abrechnung könne die Einwendungsfrist in Gang setzen. Nur sie begründe nämlich die Fälligkeit der Nachforderung. Es wäre widersinnig, die Fälligkeit ohne formell wirksame Abrechnung durch den Ablauf der Einwendungsfrist ein Jahr später eintreten zu lassen, oder dem Vermieter die Durchsetzung einer nicht fälligen Forderung zu ermöglichen.<sup>72</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Auch hier gilt ergänzend das Argument, dass andernfalls wieder eine Differenzierung entstehen müsste zwischen einer „nur“ formell unwirksamen Abrechnung und einer „Märchenabrechnung“, die nicht einmal die Einwendungsfrist in Gang setzen würde. Will man dieses Ergebnis vermeiden, bleibt nur die klare Zweiteilung. Eine Abrechnung im Sinne des § 556 BGB ist auch hier nur die formell wirksame Abrechnung.

Für den Mieter bedeutet das ein Rückforderungsrecht für vergangene Zeiträume bis hin zur Verjährungsgrenze, wenn ihm erst zu einem späteren Zeitpunkt mitgeteilt wird, dass die vorausgegangenen Abrechnungen sämtlich formell unwirksam waren. Erst recht problematisch wird das für den Vermieter, wenn der Mieter diese Erkenntnis nach Mietende gewinnt, weil der Mieter dann zugleich die geleisteten Vorauszahlungen zurück verlangen kann.<sup>73</sup> Es kann dann, wenn der Vermieter im Prozess die Abrechnungen nachholt, doch zu einer Auseinandersetzung um länger zurück liegende Zeiträume kommen.

#### b. Umfang des Korrekturanspruchs des Mieters

Für den Mieter gilt, dass die Einwände konkret sein müssen, damit er die Frist wahrt. Das pauschale Bestreiten von Positionen der Höhe nach ohne vorherige Belegeinsicht reicht nicht aus.<sup>74</sup>

Der Sache nach muss der Mieter etwa Rechenfehler, Verstöße gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot oder einen falschen Umlageschlüssel<sup>75</sup> rügen. Auch der Einwand, einzelne Positionen seien nach dem Vertrag gar nicht umgelegt, ist binnen der Ausschlussfrist zu erheben.<sup>76</sup>

<sup>67</sup> Vgl. Milger, NZM 2009,497,500.

<sup>68</sup> Streyll, NZM 2009,809; Münchener Kommentar/ Schmid, § 556 Rn. 91,92; Wetekamp, Mietsachen, 4. Aufl. 2007, Kap. 6 Rn. 144; Staudinger/Weitemeyer (2006), § 556 BGB Rn. 128; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 3258; ebenso in der Rechtsprechung LG Krefeld WuM 2010, 357, 358.

<sup>69</sup> Münchener Kommentar/ Schmid, § 556 BGB Rn. 91; Staudinger/Weitemeyer, § 556 BGB Rn. 128.

<sup>70</sup> Streyll, NZM 2009,809,812.

<sup>71</sup> Milger, NZM 2009,497,501; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, § 556 BGB Rn. 156;

<sup>72</sup> Milger, NZM 2009,497,501; Lützenkirchen, NZM 2002,512.

<sup>73</sup> Vgl. BGH, NZM 2005,373.

<sup>74</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/ Langenberg, § 556 Rn. 501.

<sup>75</sup> BGH NJW 2008,283 = NZM 2008,81.

<sup>76</sup> BGH NZM 2008,81; a.A. Schmidt-Futterer/Langenberg, § 556 Rn. 504; Lützenkirchen, NZM 2002,512,513.

Noch nicht ausdrücklich durch den BGH entschieden und umstritten ist dagegen die Frage, ob der Einwendungsausschluss auch Positionen umfasst, die schon gesetzlich nicht umlagefähig sind, die also nicht einmal Betriebskosten nach § 556 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. der Betriebskostenverordnung darstellen. Dieser Fall kann vor allem eintreten, wenn der Vermieter einer Eigentumswohnung etwa seine eigene Betriebskostenabrechnung mit Verwalterkosten und Instandhaltungsrücklage kommentarlos an den Mieter weiter reicht. Streyl bejaht auch hier den Einwendungsausschluss nach Fristablauf unter Verweis auf den Gesetzeszweck, binnen der Frist eine vollständige Klärung und damit Rechtsfrieden herbeizuführen.<sup>77</sup> Diese Auffassung ist aber m.E. abzulehnen. Solchen Positionen fehlt nicht nur die gesetzliche Grundlage, ihrem Umlage verstieße sogar gegen eine zwingende gesetzliche Norm (§ 556 Abs. 4 BGB). Hier den Einwendungsausschluss durchgreifen zu lassen, liefe diesem zwingenden Charakter zuwider. Eine Abrechnung nicht nur unter Missachtung des Vertrags, sondern unter Missachtung der gesetzlichen Begrenzungen kann keine Einwendungsfrist auslösen.<sup>78</sup>

Auch der BGH folgt wohl dieser Systematik. Er hat bei seiner Entscheidung über das Rügeerfordernis bei (nur) vertraglich nicht umgelegten Positionen<sup>79</sup> formuliert, der Mieter müsse binnen der Frist rügen, dass „einzelne nach § 556 Abs. 1 BGB grundsätzlich umlagefähige Betriebskosten“ vertraglich nicht umgelegt seien. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass der BGH bei Betriebskosten, die schon nach § 556 Abs. 1 BGB nicht umlagefähig sind, auch keine Rügepflicht annehmen würde.

### c. Einwendungsausschluss und Minderung

Ein neues Problem zum Einwendungsausschluss ergibt sich daraus, dass die Mietminderung sich nach der – m.E. auch zutreffenden – Rechtsprechung des BGH nach der Bruttomiete berechnet.<sup>80</sup> Danach sind auch die Betriebskosten im gleichen Anteil gemindert wie die Nettomiete. Fraglich ist nun, ob der Mieter diese Minderung gegenüber einer Betriebskostenabrechnung mit den insgesamt entstandenen Nebenkosten rügen muss, um sein Minderungsrecht gegenüber dem Saldo aufrechtzuerhalten.

Vereinfachter Beispielfall: Der Mieter beruft sich auf eine umfassende Minderung und zahlt über ein Jahr hinweg nichts mehr. Der Vermieter erstellt eine Betriebskostenabrechnung, die auf der Basis von Ist-Vorauszahlungen (0) mit einem Saldo von 1.200 € endet. Dazu äußert sich der Mieter nicht. Die Miete war – wie sich nach einem zweijährigen Prozess herausstellt - infolge der Mängel um 50 % gemindert. Nimmt man hier eine Rügepflicht, müsste der Mieter nach Fristablauf die Nebenkosten in jedem Fall voll zahlen. Er könnte im Ergebnis als Folge des Einwendungsausschlusses die Minderung doch nur noch auf den Nettomietanteil verlangen. § 556 Abs. 3 S. 6 BGB würde § 536 BGB verdrängen. Dem Mieter wäre nur zu helfen, wenn dieser Rechtsirrtum als unverschuldet anzusehen wäre, er also die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hätte.

Noch deutlicher wird das Problem, wenn sich die Mietminderung um 100 % bestätigt. Hier wäre der Mieter nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB von der Mietzahlungspflicht befreit – in Anwendung des § 556 Abs. 3 S. 6 BGB müsste er aber die Nebenkosten mit 1.200 € doch noch zahlen. Dieser Konflikt mit § 536 BGB ist noch nicht Gegenstand der BGH-Rechtsprechung geworden.

<sup>77</sup> Streyl, WuM 2005,505,506; ebenso Münchener Kommentar/ Schmid, § 556 BGB Rn. 96.

<sup>78</sup> Vgl. Blank in: Blank/Börstinghaus, § 556 BGB Rn. 157; Schmidt-Futterer/Langenberg, § 556 Rn. 503.

<sup>79</sup> BGH, NZM 2008,81

<sup>80</sup> BGH, NZM 2005,455; vgl. ausführlich zu dieser Frage Stornel, Mietrecht Aktuell, Rn. VIII 258 ff.

M.E. ist hier die Regelung des § 536 BGB also die von Gesetzes wegen eingreifende Minderung vorrangig. Die Miete wird von Anfang an nur in der geminderten Höhe geschuldet. Das kann nicht durch Bestandskraft einer Nebenkostenabrechnung nachträglich geändert werden.

Zwischenergebnis 4: Die Ausschlussfrist für Einwendungen des Mieters beginnt erst mit einer formell wirksamen Abrechnung zu laufen und schließt den Mieter mit allen Einwendungen aus, soweit es sich um gesetzlich umlagefähige Betriebskosten handelt. Das Verhältnis zur Minderung ist noch ungeklärt.

Ergänzung: Auch dem Mieter bleiben Einwände offen, wenn er das Versäumnis der rechtzeitigen Erhebung nicht zu vertreten hat. Der Hauptanwendungsfall hier dürfte es sein, dass zunächst der Vermieter die Ausübung der Kontrollrechte verzögert – etwa Belege erst kurz vor Ablauf der Einwendungsfrist zugänglich macht.

#### d. Gewerbemiete

In der Gewerbemiete kommt der Einwendungsfrist aus den gleichen Gründen wie bei der Abrechnungsfrist dargestellt, keine eigenständige Bedeutung zu. Auch hier gilt, dass der Mieter zu einer zügigen Prüfung verpflichtet ist und dass eine angemessene Frist mit einem Jahr bemessen werden könnte. Die Verletzung dieser Pflicht führt aber nicht dazu, dass der Mieter keine Korrekturen mehr verlangen dürfte oder dass er mit der Rückforderung eines zu viel gezahlten Betrags ausgeschlossen wäre.

### 5. Verjährung und Verwirkung

Die letzten Grenzen ziehen, wie auch sonst im Zivilrecht, Verjährung und Verwirkung.

#### a. Verjährung der Nachforderungen des Vermieters

In der Wohnraummiete kann der Vermieter sich bei Korrekturen seiner Abrechnung mit der Verjährungseinrede konfrontiert sehen, wenn er eine um Jahre verspätete Nachforderung nicht zu vertreten hat und die Abrechnungsfrist ihn daher nicht trifft. Das können nur die Fälle der Steuernachbelastung sein. In der Gewerbemiete kommt eine späte Korrektur auch in allen anderen Fällen in Betracht, auch dann wenn der Vermieter nur infolge eigener Nachlässigkeit etwa eine umlagefähige Position über Jahre hinweg nicht umgelegt hatte. Das Landgericht Rostock hat entschieden, die Verjährungseinrede des Mieters greife durch, wenn – bezogen auf die ursprüngliche Abrechnung – die Regelverjährung des § 195 BGB abgelaufen sei.<sup>81</sup> Die erste Abrechnung lasse die Verjährungsfrist auch für spätere Korrekturen beginnen. Dieses Ergebnis erscheint zweifelhaft. Die Verjährungsfrist beginnt zwar mit der Erteilung der Abrechnung. Wenn dem Vermieter eine Korrektur erlaubt wird, kann aber in der Konsequenz die Verjährungsfrist für die neue Position nicht vor Erteilung eben dieser neuen Abrechnung beginnen.<sup>82</sup> Bei genauerer Betrachtung wird der Anspruch auf die Nachforderung aus der Korrektur auch erst mit der Abrechnung eben dieser neuen Position fällig. Erst mit Fälligkeit ist ein Anspruch aber im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden.<sup>83</sup> In der Gewerbemiete wird diskutiert, ob der Vermieter sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen muss, als habe die Verjährungsfrist begonnen, wenn er trotz Fälligkeit des Abrechnungsanspruchs diese Abrechnung – oder Korrektur – unterlässt.<sup>84</sup> Dem steht aber die Rechtsprechung des BGH entgegen, der diese Frage ausdrücklich entgegengesetzt entschieden hat.<sup>85</sup> Es bleibt ggf. nur die Verwirkung.

<sup>81</sup> LG Rostock, WuM 2009,232,234 – in einem Fall zur Wohnraummiete.

<sup>82</sup> Vgl. KG GE 2003,117; Both, jurisPR-MietR 18/2009, Anm. 4.

<sup>83</sup> Vgl. Lakkis in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 199 BGB Rn. 5; BGH WuM 1991,150,151; Schmidt-Futterer/ Langenberg, § 556 BGB Rn. 512.

<sup>84</sup> Vgl. Lakkis in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 199 BGB Rn. 33; KG, GE 2003,117,118.

<sup>85</sup> Vgl. BGH, WuM 1991,150.

## b. Verjährung der Korrekturansprüche des Mieters

Auf Seiten des Mieters können Rückzahlungsansprüche verjährt sein, wenn die Abrechnung zwar zu seinen Gunsten zu korrigieren ist, der Mieter das aber erst nach Jahren geltend macht. Um Verjährung geht es auch hier nur, wenn Einwendungen nicht schon von der Ausschlussfrist umfasst sind. Vor allem sind das die Fälle, in denen der Mieter nach Jahren von der formellen Unwirksamkeit der vorausgegangenen Abrechnungen erfährt. Hier gilt für den Rückforderungsanspruch nach § 195 BGB ebenfalls die dreijährige Verjährungsfrist.<sup>86</sup> Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Mieter auf die unwirksame Abrechnung hin gezahlt hat.<sup>87</sup> Es wäre zu überlegen, ob der Verjährungsbeginn sich nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hinausschiebt, solange der Mieter von seinem Rückforderungsanspruch aus Rechtsunkenntnis nichts weiß. Das ist aber m.E. abzulehnen. Grundsätzlich hindert bloße Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn nicht. Der Sonderfall einer besonders komplizierten Rechtslage, für den die Verschiebung des Verjährungsbeginns sonst diskutiert wird,<sup>88</sup> liegt hier nicht vor.

## c. Verwirkung

Für die Verwirkung gelten keine Besonderheiten im Verhältnis zum allgemeinen Schuldrecht. Es kommt auf ein Zeitmoment an, das angesichts der schon kurzen Verjährungs- und Ausschlussfristen in der Wohnraummiete kaum je erfüllt sein dürfte. Außerdem müssen dann noch besondere Umstände hinzutreten, nach denen der Gegner sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.<sup>89</sup>

In der Gewerbemiete kann die Verwirkung für Nachforderungen aufgrund nachträglicher Korrekturen des Vermieters eine größere Rolle spielen. Hier ist es denkbar, dass der Vermieter etwa bei Kontrolle seines Vertrages die Umlagefähigkeit einer Position erst nach vielen Jahren nachträglich erkennt und dann für diese Jahre rückwirkend die Nachzahlung der entsprechenden Betriebskosten verlangt. Die Verjährung kommt dem Mieter wie ausgeführt nicht zugute.<sup>90</sup> Verwirkung kann aber nahe liegen. Gerade bei einer Korrekturabrechnung wird Verwirkung sogar häufiger anzunehmen sein als in den Fällen, in denen der Vermieter über Jahre hinweg gar keine Abrechnung erstellt hatte. Das liegt daran, dass bei der bloßen Korrektur wohl das Umstandsmoment eher zu bejahen ist. Das Vertrauen auf die Endgültigkeit einer Reihe von erteilten – allem Anschein nach vollständigen – Abrechnungen ist eher gerechtfertigt und schutzwürdig, als das Vertrauen auf einen Verzicht, wenn erst gar keine Abrechnung kommt.

Zwischenergebnis 5: Verjährung und Verwirkung spielen im Wohnraummietrecht nahezu keine Rolle. In der Gewerbemiete können sie im Einzelfall durchaus Korrekturmöglichkeiten des Vermieters begrenzen.

## III. Thesen

Auch angesichts vieler einzelner Streitpunkte lassen sich zusammenfassend einige – hier vertretene – Thesen zu dem Komplex „Korrektur von Betriebskostenabrechnungen“ formulieren:

<sup>86</sup> Blank in: Blank/Börstinghaus, § 556 BGB Rn. 165 – der allerdings unnötig nur eine analoge Anwendung des § 195 BGB annimmt; Schmidt-Futterer/ Langenberg, § 556 BGB Rn. 515.

<sup>87</sup> Blank in: Blank/Börstinghaus, § 556 BGB Rn. 165;

<sup>88</sup> Vgl. Münchener Kommentar/ Grothe, § 199 BGB Rn. 26 m.w.N.

<sup>89</sup> Vgl. LG Mannheim ZMR 1990,378.

<sup>90</sup> BGH WuM 1991,150.

1. Mit Schranken außerhalb der gesetzlichen Schranken in § 556 Abs. 3 Satz 3 und 6 – also Abrechnungs- und Einwendungsfrist – sollte sehr vorsichtig umgegangen werden. In der Regel führt die gesetzliche Regelung zu einer befriedigenden Lösung, die in vertretbar kurzer Zeit Rechtsfrieden schafft.

2. Geschützt von der Ausschlussfrist wird der vertragstreue Mieter, nicht aber derjenige der schon die Vorauszahlungen nicht geleistet hat.

3. Gesetzlich zwingende Regelungen wie der Betriebskostenkatalog des § 556 Abs. 1 BGB<sup>91</sup> oder das Minderungsrecht in § 536 BGB<sup>92</sup> sind vorrangig; daraus folgende Einwände darf der Mieter immer geltend machen.

4. Der Vermieter, der eine formell unwirksame Abrechnung erstellt hat, ist an keiner Stelle besser zu stellen, als der Vermieter, der gar nicht abgerechnet hat.

Mit Ausnahme der zweiten These sind alle Aussagen freilich umstritten. Die Frage nach Korrekturmöglichkeiten an Betriebskostenabrechnungen wird insoweit auch künftig noch Anlass für eine Vielzahl von Auseinandersetzungen bieten.

---

<sup>91</sup> Zwingend gemäß § 556 Abs. 4 BGB.

<sup>92</sup> Zwingend gemäß § 536 Abs. 4 BGB.