

Hubert Blank
Anspruchsgrundlage und Einwendungen bei
Betriebskostenabrechnungen

I. Die gesetzliche Regelung und der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Die Regelungen in § 556 Abs.3 BGB über die Abrechnung von Betriebskosten beruhen auf dem Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19.06.2001 (BGBl. I S.1149). Seit dem 1.9.2001 gilt die aus dem Recht der öffentlich geförderten und preisgebundenen Wohnungen bekannte Ausschlussfrist für Nachzahlungsansprüche bei verspäteter Abrechnung (§ 20 Abs.3 Satz 4 NMV) auch für den preisfreien, freifinanzierten Wohnraum. Weiterhin hat der Gesetzgeber in § 556 Abs.3 Sätze 5 und 6 BGB bestimmt, dass der Mieter Einwendungen gegen die Abrechnung binnen einer Frist von 12 Monaten nach Zugang geltend machen muss und dass der Fristablauf grundsätzlich den Verlust der Einwendungen zur Folge hat; anders soll es sein, wenn die verspätete Geltendmachung vom Mieter nicht zu vertreten ist. Eine vergleichbare Regelung gab es im bisherigen Betriebskostenrecht nicht. Auch im Regierungsentwurf zum Mietrechtsreformgesetz vom 19.7.2000¹ war lediglich eine "Ausschlussfrist...für Nachzahlungsansprüche des Vermieters" vorgesehen. Der Bundesrat hat sodann "eine Ausschlussfrist für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung" vorgeschlagen.² Zur Begründung ist ausgeführt, in der Praxis sei zu beobachten "dass Rückforderungsverlangen wegen angeblich unrichtiger Abrechnung häufig erst einige Jahre nach der Abrechnung erhoben werden, nämlich bei Ende des Mietverhältnisses und oft im Gegenzug zu Schadensersatzforderungen des Vermieters." In einem solchen Fall würden besonders aufwendige und oft unergiebigere Beweisaufnahmen erforderlich, was für die Gerichte belastend und für die Prozessparteien unergiebig sei. Deshalb sei zu regeln, dass eine Abrechnung -soweit keine Einwendungen erhoben werden- als richtig zu gelten habe.

¹ BT-Drucks 14/4553.

² BR-Drucks 439/00.

Die Bundesregierung hat eine solche Regelung als entbehrlich angesehen, weil der Mieter die Betriebskostenabrechnung im eigenen Interesse auf Richtigkeit überprüfe.³ Allerdings hat der Rechtsausschuss⁴ den Vorschlag des Bundesrats "im Interesse der Ausgewogenheit" für sinnvoll erachtet, "da dadurch absehbare Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht."⁵

Es fällt auf, dass die jeweiligen Gesetzgebungsorgane die Notwendigkeit für einen Einwendungsausschluss unterschiedlich begründen. Der Bundesrat hat offenbar jene Fälle im Auge, in denen der Mieter längere Zeit nach der Zahlung einer Nachforderung oder der Entgegennahme eines Guthabens weitere Ansprüche aus der angeblich unrichtigen Abrechnung geltend macht. Deshalb könnte man daran denken, dass mit dem Einwendungsausschluss ein besonderer Fall der Verwirkung geregelt werden sollte. Der Rechtsausschuss sieht in dem Einwendungsausschluss dagegen in erster Linie ein Gegenstück zur Ausschlussfrist für Nachforderungen bei verspäteter Abrechnung. Das legt die Annahme nahe, dass die jeweiligen Regelungen der Herstellung baldiger Rechtsicherheit dienen sollen. Der Gesetzesfassung sind die rechtsdogmatischen Grundlagen für den Einwendungsausschluss allerdings nicht eindeutig zu entnehmen. Dies hat dazu geführt, dass die genannte Regelung in der Literatur bis in die jüngste Zeit kontrovers diskutiert wird.⁶ Streitig ist insbesondere, welche

³ BT-Drucks 14/4553.

⁴ BT-Drucks. 14/5663.

⁵ Die Gesetzesmaterialien zu § 556 BGB sind abgedruckt in: Börstinghaus/Eisenschmid, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, Köln 2001 S. 204-219.

⁶ vgl. neben den Kommentierungen zu § 556 BGB insbesondere: Derckx, Frist für Einwendung "fehlende Vereinbarung" über Betriebskostenpositionen - Stillschweigende Mietvertragsänderung - Die Einwendungsausschlussfrist nach der Entscheidung BGH, NZM 2008,81 in NZM 2008,239; Dickersbach, Die Anwendung des § 174 BGB auf die Betriebskostenabrechnung, WuM 2008,439; ders., Der Umfang des betriebskostenrechtlichen Einwendungsausschlusses, ZMR 2008,355; Langenberg, Das Neue Mietrecht - Indexmiete - Staffelmiete - Mietspiegel - Betriebskosten-Vorauszahlungspflicht, WuM 2001,523; ders., Betriebskostenrecht der Wohnraummiete im BGB n.F., NZM 2001,783; ders., Zum vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos von Betriebskostenabrechnungen in: FS Bub 2007 S. 339 ff; Lehmann-Richter, Der Verlust von Einwendungen gegen Betriebskostenabrechnungen, MietRB 2008,283; Lützenkirchen, Die Einwendungsausschlussfrist im Betriebskostenrecht, NZM 2002,512; Ludley, Folgen des vorbehaltlosen Ausgleichs eines Betriebskostensaldos, NZM 2008,72; Schmid, Betriebskosten für preisfreien Wohnraum nach der Mietrechtsreform ZMR 2001,761; ders., Ausschluss von Einwendungen gegen Betriebskostenabrechnungen, ZMR 2002,727; ders., Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung, GE 2008,516; Sternel, Probleme des neuen

Anforderungen an eine Betriebskostenabrechnung zu stellen sind, was unter dem Begriff der Einwendungen zu verstehen ist und in welcher Form der Mieter die Einwendungen geltend machen muss. Ebenso umstritten ist die Frage, ob der Mieter auch gegenüber einer formell unwirksamen Abrechnung Einwendungen geltend machen muss und ob diese zu substantiieren sind.

II. Formalien

Bei diesem Befund ist es sinnvoll, zunächst die in § 556 Abs.3 Sätze 2 und 5 BGB verwendeten Begriffe der „Abrechnung“ und der „Einwendungen“ näher zu betrachten.

1. Begriff der „Abrechnung“

Der Begriff der „Abrechnung“ wird in § 556 Abs.3 BGB nicht definiert. Die Vorschrift des § 259 Abs.1 BGB, wonach der Rechenschaftspflichtige eine "geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltene Rechnung" mitzuteilen hat, regelt zwar die allgemeinen Grundsätze der Rechnungslegung, befasst sich aber naturgemäß nicht mit den Besonderheiten die sich aus der Betriebskostenumlage ergeben. Deshalb ist es Aufgabe der Rechtsprechung im Einzelnen festzulegen, welche Anforderungen an die nach § 556 Abs.3 geschuldete Abrechnung zu stellen sind. Der BGH hat hierzu bereits in dem Urteil vom 23.11.1981⁷ ausgeführt, dass sich der Inhalt der Abrechnung aus deren Zweck ergibt: Die Abrechnung

„soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen. Dazu muss er die Abrechnung gedanklich und rechnerisch nachvollziehen können. Diese Funktion erfüllt sie nur, wenn sowohl die Einzelangaben als auch die Abrechnung insgesamt klar, übersichtlich und aus sich heraus verständlich sind. Abzustellen ist dabei auf das durchschnittliche Verständnisvermögen eines juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters...

Mietrechts, ZMR 2001,937; Streyll, Die Einwendungsfrist des § 556 Abs.3 BGB gegen Betriebskostenabrechnungen -insbesondere Umfang und Bedeutung des Einwendungsausschlusses, WuM 2005,505.

⁷ BGH NJW 1982,573 = WuM 1982,207.

Welche Angaben dabei im einzelnen in der Nebenkostenabrechnung enthalten sein müssen, hängt in erster Linie von der Ausgestaltung des jeweiligen Mietverhältnisses ab. Soweit keine besonderen Abreden vorliegen, werden in Rechtsprechung und Literatur bei Gebäuden mit mehreren Einheiten regelmäßig folgende Mindestangaben verlangt:

1. eine Zusammenstellung der Gesamtkosten;
2. die Angabe und Erläuterung der zugrundegelegten Verteilerschlüssel
3. die Berechnung des Anteils des Mieters
4. der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters“

Die Entscheidung ist zur Gewerbemiete ergangen. Der BGH hat diese Konkretisierung nach dem Inkrafttreten der Mietrechtsreform für die Wohnungsmiete übernommen.⁸ In dem Urteil vom 27.11.2002⁹ ist hierzu ausgeführt, dass eine „ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung“ nur vorliegt, wenn die genannten Mindestanforderungen gewahrt sind. In späteren Entscheidungen findet sich dann der Begriff der „formell ordnungsgemäßen Abrechnung“¹⁰ oder der Begriff der „formellen Wirksamkeit“.¹¹ Diese Begriffsbestimmung wird in der Literatur zu Recht allgemein akzeptiert, weil sie sich aus der Natur der Abrechnung ergibt.¹²

Für die Abgrenzung zwischen der formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung und deren inhaltlicher Richtigkeit hat der BGH die sog. „Evidenzthese“ entwickelt. Diese beruht auf der Erwägung, dass der durchschnittliche Mieter eine den formellen Anforderungen entsprechende Abrechnung mit der Umlagevereinbarung vergleichen und auf ihre inhaltliche Richtigkeit überprüfen

⁸ BGH NJW-RR 2003,442 = NZM 2003,196 = WuM 2003,216 = ZMR 2003,334 = DWW 2003,91; NJW 2005,219 = NZM 2005,13 = WuM 2005,61 = ZMR 2005,121 = DWW 2005,18; NJW 2005,3135 = WuM 2005,579 = NZM 2005,737 = DWW 2005,328; NJW 2007,1059 = WuM 2007,196 = NZM 2007,244 = ZMR 2007,359 = DWW 2007,114; NJW 2007,142 = WuM 2007,700 = NZM 2008,35 = ZMR 2008,38 = DWW 2008,17; NJW 2008,2258 = NZM 2008,477; NJW 2008,2260 = WuM 2008,407 = NZM 2008,567; NJW 2009,283 = WuM 2009,42.

⁹ BGH NZM 2003,196 = NJW-RR 2003,442 = ZMR 2003,334 = DWW 2003,91 = WuM 2003,216.

¹⁰ BGH NJW 2005,219 = WuM 2005,61.

¹¹ zuletzt: BGH NJW 2009,283 = WuM 2009,42.

¹² Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.464; Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn.108,121; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten. 10. Auflage 2007 Rdn. 3154,3228 f; ders. in MüKomm § 556 BGB Rdn.68ff; Rips in: Eisenschmid/Rips/Wall: Betriebskosten-Kommentar Rdn.1847 ff; Both in: Herrlein/Kandelhard § 556 BGB Rdn.71ff; Kinne in Miet- und Mietprozessrecht 5.Aufl. 2008 § 556 Rdn.68a,75; Wetekamp: Mietsachen 4. Aufl. 2007 Kap.6 Rdn.97; Frommeyer in Dauner-Lieb/Langen Anwaltkommentar § 556 BGB Rdn.19; Ehler in: Bamberger/Roth § 556 BGB Rdn.52; Gies in: Hannemann/Wiegner MAH Wohnraum-mietrecht § 36 Rdn.51; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 556 BGB Rdn.123ff m.w.N.

kann. Zu den formellen Fehlern zählen demnach solche Umstände, welche die Verständlichkeit der Abrechnung betreffen.¹³

Die Unterscheidung zwischen der formellen Wirksamkeit und der inhaltlichen Richtigkeit verschleiert, dass es sich bei den sog. formellen Anforderungen in Wirklichkeit um eine Definition des Begriffs der "Abrechnung" im Sinne des § 556 Abs.3 Satz 2 BGB handelt. Hätte der Gesetzgeber im Anschluss an diese Vorschrift in einem Satz 3 bestimmt, dass die Abrechnung eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Berechnung des Anteils des Mieters und den Abzug der Vorauszahlungen enthalten muss und dass der Verteilerschlüssel anzugeben und zu erläutern ist, so würde man eine solche Regelung als Legaldefinition des Begriffs der Abrechnung bezeichnen. Der Umstand, dass sich die Definition nicht im Gesetz befindet, sondern von der Rechtsprechung und Literatur entwickelt wurde, ändert am Definitionscharakter des § 556 Abs.3 Satz 2 BGB nichts. Eine Betriebskostenabrechnung, die den formellen Anforderungen nicht entspricht, erfüllt den Abrechnungsbegriff des § 556 Abs.3 BGB nicht; es ist deshalb ungenau, wenn von formellen Abrechnungsfehlern die Rede ist. Folgerichtig entspricht es allgemeiner Ansicht, dass durch die Mitteilung einer solchen Pseudoabrechnung die Abrechnungspflicht nicht erfüllt wird. Hieran ändert sich nichts, wenn der Mieter auf eine formell unwirksame Abrechnung keine Einwendungen erhebt. Auch in diesem Fall besteht der Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung fort.¹⁴

Aus diesem Ansatz ergeben sich aber nicht nur die Voraussetzungen für die Erfüllung der Abrechnungspflicht des Vermieters. Vielmehr folgt aus dem Abrechnungsbegriff auch, dass die Obliegenheit des Mieters zur Erhebung von Einwendungen nur besteht, wenn ihm eine den gesetzlichen Anforderungen

¹³ vgl. BGH NJW 2007,1059 = WuM 2007,196: wenn sich aus der Abrechnung nicht ergibt, ob und in welcher Höhe bei den Hauswartkosten nicht umlagefähige Kosten herausgerechnet wurden; BGH NJW 2008,2258 = WuM 2008,351: wenn der Verteilerschlüssel unverständlich ist oder nicht ausreichend erläutert wird). Ob die abgerechneten Positionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen betrifft dagegen die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung (Vgl. BGH NZM 2005,13 = NJW 2005,219 = WuM 2005,61 = ZMR 2005,121: wenn der Vermieter einen fehlerhaften Umlagemaßstab verwendet).

¹⁴ Lützenkirchen NZM 2002,513; Sternel ZMR 2001,939; **a.A.**: Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten 10. Auflage 2007 Rdn.3262a.

entsprechende "Abrechnung" zugegangen ist. Das folgt unmittelbar aus dem Wortlaut des § 556 Abs.3 Satz 5 BGB, weil der dort verwendete Begriff der "Abrechnung" keine andere Bedeutung haben kann, als im vorangehenden Satz 2. Daraus folgt, dass der Mieter gegen eine formell ungenügende Abrechnung zunächst nichts unternehmen muss. Das wird von Teilen der Literatur anders gesehen (unten IV 2), wobei zur Begründung auf die Erwägung des Rechtsausschusses verwiesen wird, wonach durch die Einwendungsfrist alsbald "Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche" geschaffen werden soll. Aus den Äußerungen des Rechtsausschusses ergibt sich indessen nur, dass der Mieter Einwendungen erheben muss, wenn ihm eine Abrechnung zugegangen ist. Es ist nicht anzunehmen, dass der Rechtsausschuss dabei auch an Pseudoabrechnungen gedacht hat. Der Gesetzestext jedenfalls ist insoweit hinreichend klar und eindeutig. Die Regelung in § 556 Abs.3 Satz 5 BGB knüpft den Beginn der Einwendungsfrist an den Zugang der Abrechnung. Damit ist zweifellos die Abrechnung im Sinne von Satz 2 gemeint.¹⁵ Es kann ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber im selben Absatz einer Gesetzesbestimmung einen jeweils unterschiedlichen Abrechnungsbegriff verwendet. § 556 Abs.3 BGB kennt nur einen Abrechnungsbegriff und dieser gilt sowohl für den Inhalt der vom Vermieter geschuldeten Abrechnung als auch für die Obliegenheit des Mieters zur Geltendmachung von Einwendungen (weitere Einzelheiten s. unten IV 2)

2. Form der Abrechnung

Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ist die Abrechnung dem Mieter „mitzuteilen“. Teilweise wird aus § 242 BGB abgeleitet, dass der Vermieter eine schriftliche Abrechnung erteilen muss.¹⁶ Eine besondere Form der Abrechnung ist dem Wortlaut des § 556 BGB jedoch nicht zu entnehmen.¹⁷ Mündliche Abrechnungen kommen in der Praxis wohl kaum vor. Jedoch ist zu fragen, ob eine formell unzureichende Abrechnung durch eine mündliche Erläuterung ergänzt

¹⁵ so zutreffend Derckx NZM 2008,239,240.

¹⁶ Scheffler WuM 2007,229,230.

¹⁷ Rips in: Eisenschmid/Rips/Wall: Betriebskosten-Kommentar Rdn 2006,2059.

und ob ein ursprünglicher Abrechnungsmangel auf diese Weise geheilt werden kann. Die Frage ist obergerichtlich nicht geklärt. Im Allgemeinen gilt, dass unter einer „Abrechnung“ i.S. von § 556 Abs.3 BGB oder einer „Rechnung“ im Sinne von § 259 Abs.1 ein prüffähiges Rechenwerk zu verstehen ist;¹⁸ hierfür reicht es aus, wenn die Rechnung schriftlich fixiert ist. Die Berücksichtigung mündlicher Erläuterungen wird hierdurch nicht ausgeschlossen.¹⁹ Jedoch wird aus dem Zweck der Abrechnung zu folgern sein, dass sich die mündliche Erläuterung auf Lückenfüllung beschränkt.

3. Begriff der „Einwendung“

Zunächst ist klarzustellen, dass dem Mieter durch § 556 Abs.3 Satz 5 BGB keine Pflicht zur Erhebung von Einwendungen auferlegt wird. Vielmehr wird hierdurch eine Obliegenheit des Mieters begründet, deren Erfüllung ihm freisteht.²⁰ Der Mieter muss lediglich gewisse Rechtsnachteile in Kauf nehmen, wenn er die Obliegenheit nicht erfüllt.

In Rechtsprechung und Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass der Mieter grundsätzlich alle für ihn erkennbaren Abrechnungsfehler zu rügen hat.²¹ Hierfür könnte der Gesetzeszweck sprechen, wie er in der Begründung des Rechtsausschusses (oben I) zum Ausdruck kommt. Nach anderer Ansicht muss der Mieter nur diejenigen Einwendungen geltend machen, für die ihm nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungslast obliegt. Einwendungen welche zur Schlüssigkeit des Anspruchs gehören, werden vom Fristablauf nicht erfasst. Hierzu gehört beispielsweise der Einwand, dass in der Abrechnung nicht geschuldete Positionen enthalten sind.²² Diese Ansicht beruht auf der Erwägung, dass sich aus der Abrechnung nicht geschuldeter Kosten allein kein

¹⁸ Langenberg WuM 2003,670,671.

¹⁹ Palandt/Heinrichs § 261 Rdn.20; Blank NZM 2008,745,749.

²⁰ Schmid in MüKomm § 556 BGB Rdn 89; ders. ZMR 2002,729; ders. GE 2008,516; Lehmann-Richter MietRB 2008,283,284.

²¹ Nachweise s. unter IV 3.

²² Lützenkirchen NZM 2002,512,513.

Zahlungsanspruch ergibt, weil die Umlagevereinbarung durch eine unrichtige Abrechnung nicht geändert wird.²³

Der Begriff der Einwendung findet sich auch in anderen Vorschriften des BGB-Schuldrechts, beispielsweise in den §§ 334, 404, 417, 784, 796 BGB; eine Legaldefinition des Begriffs der Einwendung existiert jedoch nicht. Den genannten Einwendungen ist gemeinsam, dass damit Gegenrechte des Schuldners angesprochen sind, welche die Entstehung eines Anspruchs hindern oder vernichten oder dessen Durchsetzung vorübergehend oder dauernd hindern. Darum geht es bei der Betriebskostenabrechnung nicht. Einwendungen des Mieters gegen den aus der Abrechnung folgenden Anspruch werden von § 556 Abs.3 Satz 5 BGB nicht erfasst; die Vorschrift betrifft nur solche Einwendungen die sich gegen die Abrechnung als solche richten.²⁴ Die von der Rechtsdogmatik entwickelten Unterscheidungen in rechtshindernde, rechtsvernichtende, aufschiebende, dauernde, materiellrechtliche und prozessuale Einwendungen führen im Rahmen des § 556 Abs.3 Satz 5 BGB zu keinem vernünftigen Ergebnis.²⁵

Zwischen dem Wortlaut des § 556 Abs.3 Sätze 2 und 3 BGB einerseits und dem Wortlaut der Sätze 5 und 6 andererseits besteht eine auffallende Übereinstimmung. Der Abrechnungsfrist von 12 Monaten entspricht die Einwendungsfrist von ebenfalls 12 Monaten. Die Fristversäumung führt beim Vermieter zum Verlust der Nachforderung und beim Mieter dazu, dass er „Einwendungen nicht mehr geltend machen“ kann. Augenscheinlich beruht diese Koinzidenz auf der Vorstellung des Rechtsausschusses, dass die Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen „im Interesse der Ausgewogenheit“ (s. oben I) gewissermaßen das Gegenstück zur Abrechnungspflicht des Vermieters darstellt. Bei dieser Sachlage liegt es nahe, wenn der Abrechnungspflicht des Vermieters eine Obliegenheit zur umfassenden Rechnungsprüfung gegenübergestellt wird. So betrachtet ist der Mieter gehalten, alle Einwendungen geltend zu machen, die er

²³ Lützenkirchen WuM 2008,186,190.

²⁴ Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn.129; Gather DWW 2001,196; Streyll WuM 2005,505; Schmid in MüKomm § 556 BGB Rdn.101; Ehlert in: Bamberger/Roth § 556 BGB Rdn.71.

²⁵ Schmid ZMR 2008,727,728.

bei sorgfältiger Rechnungsprüfung geltend machen kann. In der Literatur ist streitig, ob der Mieter zu diesem Zweck von der Möglichkeit der Belegeinsicht Gebrauch machen muss. Dies wird teilweise mit der Erwägung verneint, dass der Mieter auf die Richtigkeit der Abrechnung vertrauen dürfe.²⁶ Dies ist abzulehnen, weil das Recht des Mieters auf Belegeinsicht unabhängig von Vertrauen oder Mißtrauen auch der Richtigkeitskontrolle („Vier-Augen-Prinzip“) dient. Eine sorgfältige Rechnungsprüfung ist ohne Belegeinsicht aber nicht möglich.²⁷

4. Form der Einwendungen

In der Praxis kommt es gelegentlich vor, dass der Mieter eine Einwendung mündlich (oder telefonisch) geltend macht. Wie bereits zu § 556 Abs.3 Satz 2 BGB (oben 2) ausgeführt, ist auch bei § 556 Abs.3 Satz 5 BGB keine besondere Form für die Mitteilung der Einwendung vorgeschrieben. Deshalb sind auch mündliche Einwendungen zu beachten.²⁸ Selbstverständlich kann ein solches Verfahren nicht empfohlen werden, da der Mieter für den Inhalt der Einwendungen beweispflichtig ist.

III. Thesen zur rechtsdogmatischen Einordnung der Ausschlussfristen

1. Vertragsthese

Versucht man, die jeweiligen Ausschlussfristen in § 556 Abs.3 Sätze 3 und 6 BGB in das System des Schuldrechts einzuordnen, so bietet sich zunächst ein Rückgriff auf das Vertragsrecht an. Ein solcher Ansatz ist nicht neu; er wird in Rechtsprechung und Literatur seit langem im Zusammenhang mit dem Ausgleich des Betriebskostensaldos durch den Mieter oder Vermieter diskutiert. In einem solchen Fall soll durch die Zahlung der Nachforderung oder die Entge-

²⁶ Stornel ZMR 2001,937,940; Lehmann-Richter MietRB 2008,283,284.

²⁷ wie hier: AG Oldenburg ZMR 2008,467; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten 10. Auflage 2007 Rdn.3264b; ders. in MüKomm § 556 BGB Rdn 97; ders. GE 2008,517; Streyll WuM 2005,505.

²⁸ Lützenkirchen NZM 2002,513; Rips in: Betriebskosten-Kommentar Rdn. 2006 und 2059; Schmid in MüKomm § 556 BGB Rdn.93; Blank/Börstinghaus Miete § 556 BGB Rdn.131.

gennahme eines Guthabens ein Vertrag zustandekommen, der überwiegend als deklaratorisches Anerkenntnis gewertet wird.²⁹ Mit dem Zustandekommen des Anerkenntnisses oder des Anerkenntnisvertrags soll auch ein Einwendungsausschluss verbunden sein. Nach der Ansicht Langenbergs ist davon auszugehen, dass der Vermieter mit der Übersendung der Abrechnung ein Angebot auf Abschluss eines Abrechnungsvertrags unterbreitet. Dieses Angebot kann der Mieter annehmen. Auch eine konkludente Annahme ist möglich. Diese kann in der Zahlung der Nachforderung oder in der Entgegennahme eines Guthabens gesehen werden.³⁰ Verknüpft man diesen Ausgangspunkt mit der Regelung in § 556 Abs.3 Sätze 5 und 6, so könnte man die Ansicht vertreten, dass die widerspruchslose Hinnahme des in der Abrechnung liegenden Angebots nach den genannten Vorschriften als Zustimmung gewertet wird. Anders gewendet: will der Mieter das Zustandekommen des Abrechnungsvertrags vermeiden, so muss er seinen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck bringen. Durch § 556 Abs.3 Sätze 5 und 6 würde bei dieser Betrachtungsweise eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz geschaffen, wonach kein Vertrag zustande kommt, wenn der Empfänger eines Angebots hierzu keine Erklärung abgibt: Bloßes Schweigen ist keine Zustimmung.

Der BGH hat in dem Urteil vom 18.1.2006³¹ offen gelassen, ob die Theorie des Einwendungsausschlusses kraft Schuldanerkenntnis nach der Mietrechtsreform weiterhin Bestand hat. In dem Entscheidungsfall hatte der Mieter eine Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung bezahlt, die ihm erst nach Ablauf der Abrechnungsfrist zugegangen ist. Der BGH hat den Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs.1 Satz 1 Alt.1 BGB für begründet erachtet. Zu der Frage des Schuldanerkenntnisses durch Zahlung und einem damit verbundenen Einwendungsausschluss hat der BGH ausgeführt, dass ein Schuldanerkenntnis nur solche Einwendungen ausschließt, die der Mieter kennt; hieran fehle es, wenn der Mieter zahlt, weil er irrig von einer Zahlungspflicht ausgehe.

²⁹ OLG Hamburg WuM 1991,598;abweichend: Langenberg in FS Bub 2007, S. 339,340: selbständige Unterform des Anerkennungsvertrags gem. § 781 BGB.

³⁰ Langenberg in FS Bub 2007, S. 339,341.

³¹ BGH NJW 2006,903 = WuM 2006,150 = NZM 2006,222 = ZMR 2006,268 = DWW 2006,113.

Geht man davon aus, dass durch § 556 Abs.3 Satz 5 eine Obliegenheit des Mieters zur umfassenden Rechnungsprüfung begründet wird, so kann ein Anerkenntnis wohl nicht an einem vermeidbaren Irrtum des Mieters scheitern. Im Ergebnis erscheint das Urteil des BGH aber zutreffend, weil in der der Abrechnung selbst keine auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung zu sehen ist. Für die Zahlung gilt grundsätzlich nichts anderes. Zwar kann in der Bezahlung einer Rechnung ohne Einwendungen gelegentlich ein (bestätigendes) Schuldanerkenntnis der beglichenen Forderung zu sehen sein.³² Hierfür müssen aber besondere Anhaltspunkte vorliegen. Die Prüfung einer Rechnung, die Bezahlung einer Rechnung oder auch die Bezahlung nach Prüfung erlauben für sich genommen nicht, ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis anzunehmen.³³

Dies zeigt eindrucksvoll ein vom 7. Zivilsenat entschiedener Fall:³⁴ Dort hatte eine Arbeitsgemeinschaft Bauarbeiten für eine Universität ausgeführt und hierfür eine aus 75 Seiten bestehende Rechnung über ca 17 Mio DM gestellt. Das Universitätsbauamt hat die Rechnung geprüft, um ca 1 Mio DM gekürzt und mit den Vermerken "Lieferung und Leistung richtig", "Preise angemessen" und "anerkannt" versehen. Sodann wurde die Rechnung bezahlt. In der Folgezeit hat das Universitätsbauamt festgestellt, dass diverse Leistungen doppelt berechnet waren. Die entsprechenden Beträge wurden aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert. Hier war in Erwägung zu ziehen, ob der Auftraggeber einer Werkleistung ein deklaratorisches Anerkenntnis abgeben will, wenn er eine von ihm geprüfte Rechnung vorbehaltlos bezahlt. Der BGH führt hierzu aus, aus einer Schlusszahlung könne nicht hergeleitet werden kann, „dass der Auftraggeber auf sämtliche bis dahin entstandenen Einwendungen rechtlicher oder tatsächlicher Art, die er damals kannte oder mit denen er rechnen musste, verzichten wolle... Vielmehr wird er einen überzahlten Betrag in aller Regel zurückfordern wollen, auch wenn er bei der Zahlung keinen entsprechenden Vorbehalt gemacht hat.“

2. Verwirkungsthese

³² BGH NJW 1995,3311.

³³ BGH NJW-RR 2007,530 betr. eine Werklohnforderung.

³⁴ BGH NJW 1979,1306.

Nach der Ansicht Sternels sind der Nachforderungs- und Einwendungsausschluss "besondere Ausformungen des Grundsatzes der Verwirkung".³⁵ Damit könnte der Verlust des Nachzahlungsanspruchs bei verspäteter Abrechnung erklärt werden. Die Verwirkungsthese versagt aber dann, wenn in der Abrechnung Kosten enthalten sind, die der Mieter nicht schuldet (s. unten IV 3). In diesem Fall ist denkbar, dass der Vermieter gleichwohl Anspruch auf die fraglichen Kosten hat. Aus dem Institut der Verwirkung kann zwar abgeleitet werden, dass der Vermieter eine Forderung verliert, wenn er längere Zeit untätig bleibt. Für die Annahme, dass eine nicht existente Forderung nach Ablauf einer gewissen Zeit entsteht, wenn der Mieter untätig bleibt, gibt die Verwirkung nichts her.

3. Vermutungsthese

Möglicherweise folgt aus § 556 Abs.3 Sätze 5 und 6 BGB, dass für die Betriebskostenabrechnung die Vermutung der Richtigkeit gilt und dass dem Mieter die Möglichkeit offen steht, diese Vermutung innerhalb einer Frist von 12 Monaten nach Zugang der Abrechnung zu widerlegen. Nach Ablauf der Frist wäre der Mieter nach dieser These mit Einwendungen ausgeschlossen mit der weiteren Folge, dass die Abrechnung -nunmehr unwiderlegbar- als richtig gilt.

Im Ergebnis führt diese These zu einer Umkehr der Beweislast. Nach Allgemeinen Grundsätzen trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung. Danach muss der Vermieter beweisen, dass eine wirksame Umlagevereinbarung getroffen wurde, dass die Abrechnung hinsichtlich der dort enthaltenen Positionen damit übereinstimmt, dass die Kostenverteilung auf der Grundlage des vertraglich vereinbarten oder des gesetzlichen Umlagemaßstabs erfolgt ist und die abgerechneten Kosten tatsächlich entstanden sind. Geht man davon aus, dass es Sache des Mieters sein soll, diejenigen Umstände vorzutragen, die gegen die Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung sprechen, so führt dies zu einer Beweislastumkehr. Eine solche Rechtsfolge hätte weitreichende Auswirkungen -auch auf das ge-

³⁵ Sternel ZMR 2001,937.

richtliche Verfahren- weil der Vermieter seinen Anspruch allein auf die Betriebskostenabrechnung stützen könnte. Beweislastregelungen finden sich auch in anderen mietrechtlichen Vorschriften, sie werden aber -wie die Beispiele in § 543 Abs.4 Satz 2 BGB oder § 575 Abs.3 Satz 3 BGB zeigen, anders formuliert. Auf den Wortlaut des § 556 Abs.3 Sätze 5 und 6 BGB kann die Annahme einer Beweislastregelung also nicht gestützt werden. Auch die Gesetzesbegründung bietet hierfür keinen Anhaltspunkt, weil dort keine Beweislastfragen angesprochen werden.

4. Fiktionsthese

Näher liegt die Annahme, dass in § 556 Abs.3 Satz 6 lediglich der Fall geregelt ist, dass der Mieter innerhalb der 12-Monatsfrist keine Einwendungen erhebt. In diesem Fall –und nur dann- soll die Abrechnung kraft einer gesetzlichen Fiktion als richtig angesehen werden.³⁶ Für diese Ansicht spricht eine Äußerung des Bundesrats, der in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf ausgeführt hat, der von ihm vorgeschlagene Einwendungsausschluss habe zur Folge, dass die Abrechnung nach Ablauf der Frist als richtig gilt. Nach dieser These erwirbt der Vermieter nach Ablauf der Frist kraft Gesetzes einen eigenständigen -von den vertraglichen Vereinbarungen unabhängigen- Anspruch auf den Abrechnungssaldo. Umgekehrt gilt dasselbe, wenn die Abrechnung mit einem Saldo zugunsten des Mieters schließt. Diese Theorie widerspricht zwar den hergebrachten Grundsätzen des Schuldrechts, weil eine nicht existente Forderung im Allgemeinen nicht durch bloßen Zeitablauf entsteht, wenn der auf Zahlung in Anspruch genommene Pseudoschuldner untätig bleibt. Eine andere Erklärung für die Rechtsnatur des Einwendungsausschlusses ist jedoch nicht ersichtlich

IV. Rechtsfolgen für die Praxis

³⁶ im Ergebnis ebenso: Schmid ZMR 2002,727,728: danach wird durch Satz 6 eine unwiderlegbare Vermutung für die Richtigkeit der Abrechnung begründet. --Der Begriff der unwiderleglichen Vermutung erscheint allerdings sprachlich unpassend, weil eine Vermutung nach dem Wortsinn eine vorläufige Annahme darstellt. Bestätigt sich die Vermutung, so wird aus ihr eine Tatsache oder Gewissheit. Wird sie widerlegt, so gibt es nichts mehr zu vermuten. Eine unwiderliche Vermutung kann es deshalb nicht geben.

1. Doppelnatur der Abrechnung und entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Willenserklärung

Nach h.M. ist die Abrechnung eine reine Willenserklärung.³⁷ Dem ist für die Geschäftsraummiete zuzustimmen, weil hier die Regelung des § 556 Abs.3 Sätze 5 und 6 BGB nicht gilt. Bei der Wohnraummiete erschöpft sich die Abrechnung dagegen nicht in der Erklärung über die entstandenen Ausgaben, deren Verteilung auf die Mietparteien und die Verrechnung des jeweiligen Vorschusses. Vielmehr kann die Abrechnung zu einer selbständigen Anspruchsgrundlage werden, wenn der Mieter keine Einwendungen erhebt. Da die Abrechnung als solche also eine Rechtsfolge begründen kann, ist es sachgerecht, hierin eine geschäftsähnliche Handlung zu sehen, mit der weiteren Folge, dass hierauf die Vorschriften über Willenserklärungen anzuwenden sind.³⁸ Nichts anderes gilt für die Einwendung, weil der Mieter hierdurch verhindern kann, dass aus der Abrechnung eine selbständige Anspruchsgrundlage entsteht.

Daraus folgt zunächst, dass der Mieter die Abrechnung nach § 174 BGB zurückweisen kann, wenn sie nicht vom Vermieter stammt und der Übersender keine Vollmacht beigelegt hat.³⁹ Ebenso kann der Vermieter die Einwendung unter den Voraussetzungen des § 174 BGB zurückweisen.⁴⁰

Die Regelungen über die Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB sind ebenfalls anwendbar. So ist denkbar, dass der Mieter untätig geblieben ist, weil er sich über den Inhalt der Abrechnung geirrt hat oder weil er vom Vermieter getäuscht wurde. Zwar liegt im bloßen Schweigen i.d.R. keine Erklärung; anders ist es jedoch, wenn das Gesetz an das Schweigen eine bestimmte Rechtsfolge knüpft.⁴¹ Hier-

³⁷ AG Hamburg-St Georg NZM 2006,15; Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn. 327; Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn. 82; Rips in: Betriebskosten-Kommentar Rdn. 1843; Both in: Herrlein/Kandelhard § 556 BGB Rdn.69.

³⁸ LG Hamburg ZMR 1995,32,33; AG Köln NZM 2005,15; Sternel PIG 40 (1993) S.113; Schmid GE 2008,517.

³⁹ Langenberg WuM 2003,670,671; Dickersbach WuM 2008,439.

⁴⁰ Dickersbach a.a.O; Schmid GE 2008,518.

⁴¹ Palandt/Ellenberger § 116 BGB Rdn.8.

von ist nach § 556 Abs.3 Satz 6 BGB auszugehen. Problematisch ist in Fällen der in Betracht kommenden Art das Tatbestandsmerkmal der Täuschung. Wer sich keine Gedanken über den Inhalt der Betriebskostenabrechnung macht, befindet sich nicht im Irrtum. Dies entspricht wohl allgemeiner Ansicht. Ebenso wird derjenige Mieter nicht getäuscht, der den Abrechnungsmangel erkennt und gleichwohl keine Einwendungen erhebt. Fraglich kann allein sein, ob der Mieter die Abrechnung prüfen muss und ob eine Verletzung dieser Obliegenheit zum Ausschluss des Anfechtungsrechts führt. Die Frage ist zu bejahen: die Obliegenheit zur Prüfung der Anrechnung folgt aus § 556 Abs.3 Satz 5 BGB; die Rechtsfolgen der unterlassenen Prüfungspflicht sind in § 556 Abs.3 Satz 6 BGB geregelt. Auf die Anfechtungsregeln kann nicht zurückgegriffen werden, wenn die Obliegenheit zur Rechnungsprüfung verletzt wird.

2. Einwendungsobliegenheit bei formell unwirksamer Abrechnung ?

In der Literatur ist streitig, ob die Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen eine formell wirksame Abrechnung voraussetzt⁴² oder ob der Mieter gehalten ist auch auf eine formell unwirksame Abrechnung zu reagieren.⁴³ Für beide Meinungen gibt es gute Argumente: Einerseits ist nicht zu verkennen, dass der Zweck des § 556 Abs.3 Satz 5 BGB eine Ausdehnung auf alle Einwendungen nahelegt. Durch die Einwendung soll der Vermieter offenkundig in die Lage versetzt werden, eine fehlerhafte Abrechnung zu korrigieren. So betrachtet ist es durchaus sinnvoll, wenn man vom Mieter verlangt, dass er auch formelle Mängel, etwa einen unverständlichen Umlageschlüssel, rügt.

⁴² Langenberg in Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.499; Sternel ZMR 2001,937,939; Lützenkirchen NZM 2002,512; Gies NZM 2002, 514,515; Ehlert in: Bamberger/Roth § 556 BGB Rdn. 71; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber Miet- und Mietprozessrecht § 556 BGB Rdn. 100; ders. GE 2004,1572,1579; Blank/Börstinghaus Miet § 556 BGB Rdn.156; Dercks NZM 2008,239; Dickersbach ZMR 2008,355; Rips in: Eisenschmid/Rips/Wall: Betriebskosten-Kommentar Rdn. 2064; Palandt/Weidenkaff § 556 BGB Rdn.13 .

⁴³ Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn. 128,129; Sternel ZMR 2001,939; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten. 10. Auflage 2007 Rdn.3258; ders. in: MüKomm § 556 BGB Rdn.91,96; ders. ZMR 2002,729; ders. GE 2008,516; Both in: Herrlein/Kandelhard § 556 BGB Rdn.101; Wetekamp Mietsachen Kap 6 Rdn. 144; Streyll WuM 2005,505 und NZM 2007,324; Lehmann-Richter MietRB 2008,283.

Die Frage ist obergerichtlich noch nicht ausdrücklich entschieden. Jedoch hat der BGH in dem Urteil vom 5.3.2008⁴⁴ folgenden Leitsatz formuliert:

„Zu den Einwendungen gegen eine Abrechnung des Vermieters über Vorauszahlungen für Betriebskosten, die der Mieter spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zugang einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung geltend machen muss, gehört auch der Einwand, dass der Vermieter Betriebskosten, die nach der mietvertraglichen Vereinbarung durch eine Teilinklusion abgegolten sein sollten, abredewidrig konkret abgerechnet habe (Fortführung Senatsurteil vom 10. Oktober 2007 -VIII ZR 279/06, NJW 2008,283)“

Dies legt die Annahme nahe, dass die Einwendungsfrist nach der Ansicht des BGH nur durch eine formell ordnungsgemäße Abrechnung ausgelöst wird. Zu demselben Ergebnis kommt, wer der hier vertretenen Auffassung folgt, dass es sich bei den sog. formellen Anforderungen in Wirklichkeit um eine Definition des Begriffs der "Abrechnung" im Sinne des § 556 Abs.3 Satz 2 BGB handelt mit der weiteren Folge, dass der gleichlautende Begriff in § 556 Abs.3 Satz 5 BGB im selben Sinn zu verstehen ist (s. oben II 1). Davon abgesehen ist zu bedenken, dass die Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen der Abrechnungspflicht nachfolgt. Insoweit ist aus §§ 273, 320 BGB der allgemeine Grundsatz abzuleiten dass der nachrangig Verpflichtete seine Leistung zurückhalten kann, bis der Vorleistungspflichtige seine Leistung ordnungsgemäß erbracht hat. Schließlich und endlich sind aus dem Umstand, dass sich aus der Abrechnung bei unterlassener Einwendung ein Zahlungsanspruch zugunsten des Vermieters ergeben kann, gewisse Mindestanforderungen an die Qualität der Abrechnung abzuleiten. Anders gewendet: die Annahme der oben (III 4) beschriebenen Fiktion setzt voraus, dass die Abrechnung nach Form und Inhalt den Anschein der Richtigkeit erweckt. Insgesamt sprechen also die besseren Argumente für die Ansicht, dass die Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen eine formell wirksame Abrechnung voraussetzt.

3. Abrechnung nicht geschuldeter Kosten

⁴⁴ BGH WuM 2008,283 = NJW 2008,1521.

In der Literatur ist streitig, ob die Regelung in § 556 Abs.3 Sätze 5 und 6 BGB auch dann gilt, wenn der Vermieter über nicht geschuldete Kosten abrechnet. Die Frage wird zum Teil verneint.⁴⁵ Hier können drei Fallgruppen unterschieden werden:

a) Abrechnung vertraglich nicht geschuldeter Betriebskosten

Denkbar ist zum einen, dass der Vermieter Betriebskosten abrechnet, die vom Inhalt der Umlagevereinbarung nicht erfasst sind. Hierzu gehört der in der Praxis häufige Fall der Abrechnung sog. „sonstiger Betriebskosten“ i.S. von § 2 Nr. 17 BetrKV, weil eine wirksame Kostenumlage hier erfordert, dass die spezielle Kostenart in der Umlagevereinbarung genannt ist; dies wird bei der Vertragsgestaltung oft übersehen. Für diese Fälle wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass der Mieter einen entsprechenden Einwand erheben muss.⁴⁶ Auch der BGH vertritt diese Ansicht.⁴⁷ Zur Begründung führt der BGH im Wesentlichen aus, dass der Wortlaut des § 556 Abs.3 Satz 5 BGB auch den Einwand der fehlenden Umlagefähigkeit erfasst. Ebenso spreche der Sinn und Zweck der Regelung für eine umfassende Einwendungspflicht, weil auf diese Weise rasch Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche geschaffen werde. In dem Urteil vom 5.3.2008⁴⁸ hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, in dem für einen Teil der Betriebskosten eine Pauschale und für einen anderen Teil eine Abrechnungsbefugnis vereinbart war. Gleichwohl hat der Vermieter alle Betriebskosten abrechnet. Nach der Auffassung des BGH muss der Mieter auch in einem solchen Fall einwenden, dass die Abrechnung pauschalisierte Betriebskosten enthält.

⁴⁵ Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.504; Lützenkirchen NZM 2002,512,513; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber Miet- und Mietprozessrecht § 556 BGB Rdn.100) zum Teil bejaht (Sternel ZMR 2001,937,939; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten. 10. Auflage 2007 Rdn. 3262d; ders. ZMR 2002,727,730; ders.in MünchKomm § 556 Rdn.96; ders. GE 2008,518; Streyl WuM 2005,505,506; Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 Rdn.129; Rips in: Betriebskosten-Kommentar Rdn. 2064; Wetekamp Mietsachen Kap.6 Rdn.145; Frommeyer in Anwaltskommentar § 556 BGB Rdn.24.

⁴⁶ Sternel ZMR 2001,937,939; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten. 10. Auflage 2007 Rdn.3262d; ders. ZMR 2002,727,730; ders. in MünchKomm § 556 Rdn.96; Streyl WuM 2005,505,506; Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 Rdn.129; Rips in: Betriebskosten-Kommentar Rdn. 2064; Wetekamp Mietsachen Kap.6 Rdn.145; Frommeyer in Anwaltskommentar § 556 Rdn.24.

⁴⁷ BGH WuM 2007,694 = NZM 2008,81 = ZMR 2008,107.

⁴⁸ BGH WuM 2008,283 = NJW 2008,1521.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Sie folgt aus der Erwägung dass der Gesetzgeber der Abrechnungspflicht eine Obliegenheit zur umfassenden Rechnungsprüfung gegenübergestellt wird. So betrachtet ist der Mieter gehalten, alle Einwendungen geltend zu machen, die er bei sorgfältiger Rechnungsprüfung geltend machen kann. Hierzu gehört auch der Einwand, dass die Abrechnung Betriebskosten enthält, die nach der Umlagevereinbarung nicht abgerechnet werden dürfen.

b) Abrechnung von Instandhaltungs- und Verwaltungskosten

Eine weitere Fallgruppe bildet die Abrechnung von Kosten, die nicht zu den Betriebskosten gehören, beispielsweise von Instandhaltungs- oder Verwaltungskosten. Teilweise wird vertreten, dass der Mieter auch diesen Verstoß durch Einwendung geltend machen muss.⁴⁹ Nach anderer Ansicht besteht keine Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen, weil es an der gesetzlichen Grundlage für die Umlage fehlt.⁵⁰ Der BGH hat über diese Fallgruppe noch nicht entschieden. Nach dem Sinn und Zweck der Einwendungsobliegenheit kann es keinen Unterschied bedeuten, ob sich der Abrechnungsfehler aus dem Vertrag oder dem Gesetz ergibt. Der Mieter muss also auch diesen Fehler mit der Einwendung rügen.

c) Abrechnung trotz vereinbarter Betriebskostenpauschale oder Pauschalmiete

Schließlich ist an jene Fälle zu denken, in denen eine Betriebskostenpauschale oder eine Pauschalmiete vereinbart ist und der Vermieter gleichwohl abrechnet.

⁴⁹ Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn.129; Dickersbach ZMR 2008,355,356; Sternel ZMR 2001,937,939; Streyll WuM 2005,505,506; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten 10. Auflage 2007 Rdn.3262c; ders. in MüKomm § 556 BGB Rdn.96; Wetekamp Mietsachen 4. Aufl. 2007 Kap.6 Rdn.145; Frommeyer in Dauner-Lieb/Langen Anwaltkommentar § 556 BGB Rdn.24.

⁵⁰ Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.503; Rips in: Eisenschmid/Rips/Wall: Betriebskosten-Kommentar Rdn.2064; Kinne in Miet- und Mietprozessrecht 5.Aufl. 2008 § 556 Rdn.100; Lützenkirchen in: AHB-Mietrecht 3. Aufl. Rdn.353; Ehlert in: Bamberger/Roth § 556 BGB Rdn.71; Horst: Praxis des Mietrechts 2.Aufl.2009 Rdn.767; Gies in: Hannemann/Wiegner MAH Wohnraummietrecht § 36 Rdn.68.

Der BGH hat hierüber noch nicht entschieden. In der Literatur wird für diese Fallgruppe eine Einwendungsobliegenheit überwiegend verneint.⁵¹ Dies beruht auf der Erwägung, dass bei der Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale für die Anwendung des § 556 Abs.3 kein Raum ist. Der Mieter muss also auch keine Einwendungen erheben. Der Vermieter hat nur die Rechte und Pflichten aus § 560 Abs.1 bis 3 BGB.

4. Substantiierung und Begründung der Einwendungen

Nach ganz h.M. ist es erforderlich, dass der Mieter die Einwendungen dergestalt substantiiert, dass sich aus der Erklärung ergibt, in welchen konkreten Punkten die Abrechnung beanstandet wird.⁵² Diese Ansicht stützt sich auf den Gesetzeszweck, wie er in der Begründung des Rechtsausschusses zu den Sätzen 5 und 6 zum Ausdruck kommt. Danach sollen die genannten Vorschriften bewirken, dass alsbald Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht. An die Spezifizierung der Einwendungen werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. So wird vertreten, dass eine Einwendung hinreichend substantiiert ist, wenn sie so beschrieben wird, dass "der Fehler der Abrechnung identifiziert und von anderen Fehlern abgegrenzt werden kann"; eine weitere Substantiierung könne dann im Prozess erfolgen.⁵³ Diese Ansicht folgt erkennbar den Kriterien, welche die obergerichtliche Rechtsprechung zur Begründung der ordentlichen Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses (heu-

⁵¹ Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.504; Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten. 10. Auflage 2007 Rdn.3256a,3262d; ders. in: MüKomm § 556 BGB Rdn.96; ders. GE 2008,516; Kossmann Handbuch der Wohnraummiete § 37 Rdn.54; Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn.129; Wetekamp Mietsachen Kap 6 Rdn. 145; Dickersbach ZMR 2008,355,356; Streyl WuM 2005,505,506; Blank NZM 2008,745,750; Lehmann-Richter MietRB 2008,283; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 556 BGB Rdn. 157.

⁵² LG Bochum ZMR 2005,863; AG Aachen WuM 2004,611; AG Leipzig NZM 2008,126; AG Oldenburg ZMR 2008,467; Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.501; ders. NZM 2001,787; Lützenkirchen NZM 2002,513; ders. in AHB-Mietrecht 3. Aufl. Rdn.345; ders. in Neue Mietrechtspraxis 2001 Rdn.149; Dercks NZM 2008,239,240; Lehmann-Richter MietRB 2008,283,284; Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn.131; Both in: Herrlein/Kandelhard § 556 BGB Rdn.104; Kinne in Miet- und Mietprozessrecht 5.Aufl. 2008 § 556 Rdn.100a; Wetekamp Mietsachen 4. Aufl. 2007 Kap.6 Rdn.147; Streyl WuM 2005,505; Frommeyer in Dauner-Lieb/Langen Anwaltkommentar § 556 BGB Rdn.25; Ehlert in: Bamberger/Roth § 556 BGB Rdn.71; Horst, Praxis des Mietrechts 2.Aufl.2009 Rdn.764; Palandt/Weidenkaff § 556 BGB Rdn.13.

⁵³ Lehmann-Richter MietR-Berater 2008,283.

te: § 573 Abs.3 BGB) entwickelt hat.⁵⁴ Diese Theorie unterscheidet zwischen den "Kerntatsachen" und den "Ergänzungstatsachen": Es genügt, wenn der Vermieter den Kündigungsgrund so bezeichnet, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann ("Kerntatsachen"). Tatsachen, die nur der näheren Erläuterung, Ergänzung, Ausfüllung sowie dem Beweis des geltend gemachten Kündigungsgrundes dienen („Ergänzungstatsachen“) könnten nachgeschoben werden. Überträgt man diese Unterscheidung auf die Einwendung nach § 556 Abs.3 Satz 5 BGB, so reicht es beispielsweise aus, wenn der Mieter erklärt, er wünsche, dass die Abrechnung wegen der ungewöhnlichen Höhe der Heiz- Wasser- oder Hauswartkosten vom Gericht überprüft wird. Damit ist der „Kern“ der Einwendung beschrieben. Der Mieter muss nicht mitteilen, ob er die Einwendung auf statistische Vergleichsdaten, einen möglichen Fehler der Messgeräte oder (bei den Hauswartkosten) auf den unzureichenden Abzug von Instandhaltungsanteilen stützt. Dies zählt zu den Ergänzungstatsachen, die nachgeschoben werden können. Verlangt man vom Mieter dagegen eine "Auseinandersetzung mit der Abrechnung"⁵⁵ und versteht hierunter eine weitergehende Begründung im Sinne der Offenlegung von „Ergänzungstatsachen“, so müsste der Mieter darüber hinaus begründen, warum er die Einwendung erhoben hat.⁵⁶

Die Gegenansicht beruht auf der Annahme, dass das Gesetz „eine Spezifizierung oder Begründung der Einwendungen“ nicht vorschreibt.⁵⁷ Der Mieter müsse insbesondere nicht dartun, warum er die Abrechnung für falsch hält.⁵⁸ Danach genügt es beispielsweise, wenn der Mieter mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, dass er die Abrechnung nicht akzeptiert. Werden nur einzelne Betriebskostenpositionen substantiiert beanstandet, so kommt es nach dieser Ansicht darauf an, ob diese Beanstandungen nur Beispiele für die Feh-

⁵⁴ BayObLG RE 14.7.1981 WuM 1981,200; ihm folgend: BGH NJW 2007,2845; BGH NZM 2008,281 = WuM 2008,233 unter Ziff II 1 d.

⁵⁵ so Streyll WuM 2005,505.

⁵⁶ so LG Bochum ZMR 2005,863: danach genügt es nicht, wenn der Mieter erklärt, er werde „wegen erheblicher Bedenken gegen die Heizkostenabrechnung bis zur gerichtlichen Klärung...keine Zahlung leisten“.

⁵⁷ Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten 10. Auflage 2007 Rdn.3261; ders. in MüKomm § 556 BGB Rdn 94; ders. ZMR 2001,761,768; ders.GE 2008,517.

⁵⁸ Schmid ZMR 2002,727,730.

lerhaftigkeit der Abrechnung insgesamt sein sollen (dann kann der Mieter auch nach Fristablauf weitere Einwendungen gelten machen) oder ob der Mieter die Einwendungen auf die angeführten Punkte beschränken wollte (dann ist er nach Fristablauf mit weiteren Einwendungen ausgeschlossen.⁵⁹

Für diese Ansicht sprechen zwei gewichtige Argumente: Zum einen ist festzustellen, dass Willenserklärungen und geschäftsähnliche Handlungen nach allgemeinen Grundsätzen keiner Begründung bedürfen. Bei der Wohnungsmiete wird dieser Grundsatz zwar teilweise durchbrochen, so in den Fällen der § 569 Abs.4 und § 573 Abs.3 BGB. Wesentlich ist, dass die Ausnahmen vom Grundsatz der Begründungsfreiheit einer Willenserklärung oder geschäftsähnlichen Handlung jeweils gesetzlich angeordnet sind und dass bei § 556 Abs.3 BGB eine entsprechende Regelung fehlt. Der Verzicht auf eine Begründung hätte auch einen guten rechtspolitischen Sinn, der sich erschließt, wenn man die umfangreiche Rechtsprechung und Literatur zum Inhalt der jeweiligen Begründungspflichten ins Auge fasst. Durchweg werden an diese Pflichten hohe Anforderungen gestellt, die der in der Regel rechtsunkundige Mieter nicht erfüllen kann. Durch den Verzicht auf eine Begründungspflicht wird die Gefahr eines ungerechtfertigten Rechtsverlustes also verringert. Zudem ergibt der Verzicht auf eine Begründung auch deshalb einen Sinn, weil das Erstarken der Abrechnung zur Anspruchsgrundlage auf einer gesetzlichen Fiktion beruht. Hieraus kann man durchaus ableiten, dass für eine solche Fiktion kein Raum ist, wenn der Mieter seinen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck gebracht hat.

Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint es sinnvoll, zwischen der Substantiierung einer Erklärung und der materiellen Anspruchs begründung zu unterscheiden. Es entspricht einem allgemeinen Grundsatz, dass rechtserhebliche Erklärungen zu substantiieren sind, wobei sich der Inhalt der Substantierungspflicht nach dem Zweck der jeweiligen Erklärung zu richten hat. Das gilt beispielsweise für die Mängelanzeige nach § 536 c BGB, in der die Mängel nach allgemeiner Ansicht so genau bezeichnet werden müssen, dass der Ver-

⁵⁹ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten 10. Auflage 2007 Rdn.3263.

mieter Art und Umfang des Mangels erkennen kann. Nichts anderes gilt für die Einwendung nach § 556 Abs.3 Satz 5 BGB. Diese ist hinreichend substantiiert, wenn der Vermieter erkennen kann, was der Mieter beanstandet. Die oben dargelegte Unterscheidung zwischen den Kern- und den Ergänzungstatsachen führt dabei zu angemessenen Ergebnissen. Es genügt, wenn sich aus der Stellungnahme des Mieters ergibt, ob Einwendungen gegen den Kostenansatz, die Höhe der Kosten, den Verteilungsschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters oder die Berücksichtigung der Vorauszahlungen erhoben werden. Andererseits reicht es nicht aus, wenn der Mieter lediglich zum Ausdruck bringt, dass er die Abrechnung für falsch hält. Erst recht kann eine Zahlungsverweigerung nicht als hinreichende Einwendung bezeichnet werden. Dies folgt bereits aus der Erwägung, dass die Nichtzahlung auch auf Zahlungsunfähigkeit beruhen kann. Wendet sich der Mieter lediglich gegen einzelne Teile der Abrechnung, so ist er nach Fristablauf mit Einwendungen gegen andere Teile ausgeschlossen.

5. Zahlung vor Ablauf der Einwendungsfrist

Unter Ziff III 1 ist ausgeführt, dass durch die vorbehaltlose Zahlung der Abrechnung im Allgemeinen weder ein deklaratorisches Anerkenntnis noch ein Abrechnungsvertrag zustande kommt.⁶⁰ Ebenso kann die Zahlung nicht als Verzicht auf Einwendungen gewertet werden.⁶¹ Die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen bleibt dem Mieter also erhalten. Macht der Mieter die Einwendungen nach der Zahlung aber vor Fristablauf geltend und erweisen sich diese auch materiellrechtlich als begründet, so kann der Mieter den überzahlten Betrag nach § 812 Abs.1 Satz 1 Alt.1 BGB zurückfordern. Der Rückforderungsanspruch ist nach § 814 BGB ausgeschlossen, wenn der Mieter gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Die Kenntnis von Einwendungen gegen

⁶⁰ ebenso: Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten 10. Auflage 2007 Rdn.3273a; ders. in Mü-Komm § 556 BGB Rdn.102; ders. ZMR 2002,727; Lammel Wohnraummietrecht § 556 BGB Rdn.147; Sternel ZMR 2001,937,940; **a.A.**: Wetekamp Mietsachen 4. Aufl. 2007 Kap.6 Rdn.142; Frommeyer in Dauner-Lieb/Langen Anwaltkommentar § 556 BGB Rdn.26; Ehlert in: Bamberger/Roth § 556 BGB Rdn.72,74; Erman/Jendrek § 556 BGB Rdn.14; Streyll WuM 2005,505; wohl auch: Langenberg in FS Bub 2007, S. 339,341.

⁶¹ Schmid a.a.O.; **a.A.**: Palandt/Weidenkaff § 556 BGB Rdn.13.

die Abrechnung steht der Kenntnis der Nichtschuld gleich.⁶² Geht man –mit der hier vertretenen Ansicht- davon aus, dass sich aus § 556 Abs.3 Satz 5 BGB eine Obliegenheit zur Rechnungsprüfung ergibt, so führt dies zu der Frage, ob eine Zahlung ohne vorherige Rechnungsprüfung zum Ausschluss des Rückforderungsanspruchs führt. Dies ist zu verneinen, weil sich aus dem Gesetz keine Obliegenheit zur vorherigen Rechnungsprüfung ableiten lässt. Vielmehr folgt aus § 556 Abs.3 Satz 6 BGB, dass die Sanktion des Einwendungsverlustes erst nach Ablauf von 12 Monaten seit Zugang der Abrechnung eintreten soll. Durch eine vorherige Zahlung wird diese Rechtsfolge nicht tangiert.

Die hier dargelegten Grundsätze schließen es nicht generell aus, dass sich die Parteien vor Ablauf der Einwendungsfrist auf ein bestimmtes Abrechnungsergebnis einigen.⁶³ Hierzu ist allerdings mehr erforderlich als die vorbehaltlose Zahlung der Abrechnung.⁶⁴ Eine vertragliche Einigung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Parteien einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich abschließen, durch den der Vermieter auf einen Teil seiner Ansprüche verzichtet und sich der Mieter zur Zahlung des Restes verpflichtet. Ebenso können die Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über die Abrechnung dadurch beseitigen, dass der Mieter ein Anerkenntnis erklärt. Durch § 556 Abs.4 BGB werden diese Verträge nicht ausgeschlossen.⁶⁵ Zwar bestimmt diese Vorschrift, dass Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters von Abs.3 abweichen unwirksam sind. Jedoch gilt die Vorschrift nur für solche Vereinbarungen, durch die Rechte des Mieters generell ausgeschlossen oder beeinträchtigt werden. Der Mieter ist aber nicht gehindert, im Einzelfall auf einen ihm zustehenden Anspruch zu verzichten.⁶⁶ Die gegenteilige Annahme verkennt, dass der Anspruch des Vermieters auf eine Betriebskostennachforderung nicht erst nach

⁶² Palandt/Sprau § 814 BGB Rdn.4.

⁶³ Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn.134; Langenberg in FS Bub 2007, S. 339,346; Schmid in MüKomm § 556 BGB Rdn.102.

⁶⁴ Schmid: Handbuch der Mietnebenkosten 10. Auflage 2007 Rdn.3271

⁶⁵ Langenberg in FS Bub 2007, S. 339,346; Ludley NZM 2008,72,73; Schmid ZMR 2002,727,731; **a.A.**: Stornel ZMR 2001,937,940; Ehlert in: Bamberger/Roth § 556 BGB Rdn.71.

⁶⁶ Lützenkirchen/Dickersbach ZMR 2006,821.

Ablauf der Einwendungsfrist, sondern mit dem Zugang der Abrechnung,⁶⁷ spätestens aber nach Ablauf einer Prüffrist⁶⁸ fällig wird. Ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit ist der Mieter zur Zahlung verpflichtet; deshalb muss ihm auch die Möglichkeit offen stehen, sich mit dem Vermieter zu vergleichen oder die Forderung anzuerkennen. Gleiches gilt sinngemäß für Vereinbarungen, die auf der Grundlage eines Betriebskostenguthabens getroffen werden.

6. Prozessuale Folgen

a) Prozessuale Situation bei mündlicher Verhandlung vor Ablauf der Einwendungsfrist

Der Vermieter kann eine Betriebskostennachforderung nach allgemeiner Ansicht vor Ablauf der Einwendungsfrist gerichtlich geltend machen. Anspruchsgrundlage für eine Betriebskostennachforderung ist in diesem Fall § 535 Abs.2 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenumlagevereinbarung. Die Betriebskosten sind Teil der Miete, wobei der über die Vorauszahlungen hinausgehende Betrag nur auf Grund einer Abrechnung verlangt werden kann).⁶⁹ Eine formell ordnungsgemäße Abrechnung ist Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruchs. Nach allgemeinen Grundsätzen muss der Kläger diejenigen Tatsachen darlegen, aus denen sich der Anspruch ergibt. Die Regelung des § 556 Abs.3 Satz 5 BGB ändert hieran nichts, weil sich daraus keine Umkehr der Darlegungslast herleiten lässt (oben III 3). Danach muss der Vermieter vortragen, dass eine wirksame Umlagevereinbarung getroffen wurde, dass die Abrechnung formell wirksam ist und hinsichtlich der abgerechneten Positionen mit der Umlagevereinbarung übereinstimmt, dass die Kostenverteilung auf der Grundlage des vertraglich vereinbarten oder des gesetzlichen Umlagemaßstabs er-

⁶⁷ BGH NJW 2006,1419 = NZM 2006,340 = WuM 2006,200 unter Ziff II A 1 a-bb; ebenso: Schmid WuM 1996,319; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber Miet- und Mietprozessrecht § 556 BGB Rdn.88.

⁶⁸ Römer WuM 1996,595; Winnig WuM 2008,87,88; Weitemeyer in: Staudinger (2006) § 556 BGB Rdn.122; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 556 BGB Rdn.160; Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.431,432; Rips in Betriebskosten-Kommentar Rdn.2075 ff; Lammell Wohnraummietrecht § 556 BGB Rdn.156.

⁶⁹ BGH NZM 2003,473 = WuM 2003,390 = NJW 2003,2320.

folgt ist und die abgerechneten Kosten tatsächlich entstanden sind. Erforderlich ist ein substantiiertes Tatsachenvortrag, eine Rechtsbehauptung genügt nicht. Deshalb ist es unzureichend, wenn der Vermieter lediglich behauptet, dass die Abrechnung mit der Umlagevereinbarung korrespondiert. Vielmehr muss die Umlagevereinbarung und die Abrechnung im Wortlaut wiedergegeben werden. Falls der Klagschrift der Mietvertrag und die Abrechnung beigelegt wird, genügt die Bezugnahme auf diese Urkunden.⁷⁰

Ist der Vortrag des Vermieters un schlüssig, und wird hierüber vor Ablauf der Einwendungsfrist mündlich verhandelt, so muss der Mieter nichts einwenden.⁷¹ Die Klage wird abgewiesen, weil sie bereits nach dem Vortrag des Klägers nicht begründet ist. Ein Versäumnisurteil zu Lasten des Mieters kann nicht ergehen. Es gilt nichts anderes als für die Gewerbemiete.

Bei schlüssiger Klage wird der Mieter verurteilt, wenn er keine Einwendungen erhebt. Das Urteil ergeht nicht als Vorbehalts- sondern als Endurteil. Das Recht zur Erhebung von Einwendungen bleibt dem Mieter nicht vorbehalten. Wird ein der Klage stattgebendes Urteil rechtskräftig, so ist der Mieter zur Zahlung verpflichtet. Teilweise wird erwogen, dass der Mieter mögliche Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage gelten machen kann, wenn das Urteil vor Ablauf der Einwendungsfrist ergeht.⁷² Diese Ansicht trifft nicht zu, weil sich aus § 556 Abs.3 Satz 5 BGB nicht ergibt, dass der Mieter berechtigt sein soll, bis zum Ablauf der dort genannten Frist Einwendungen zu erheben. Die Vorschrift begründet kein Recht sondern eine Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen und besagt im Übrigen auch nicht, dass der Mieter hierzu ausnahmslos 12 Monate Zeit haben soll. Das folgt ohne weiteres aus dem Begriff „spätestens“. Macht der Vermieter den Abrechnungssaldo gerichtlich geltend, so sind die prozessualen Regeln zu beachten. Nach § 282 ZPO sind Verteidigungsmittel frühzeitig vorzubringen; dies gilt nicht nur für Einwendungen gegen den Anspruch, sondern auch für die Einwendungen gegen die Abrechnung als

⁷⁰ Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.526,536.

⁷¹ Schmid ZMR 2002,727,728.

⁷² Lützenkirchen Neue Mietrechtspraxis 2001 Rdn.153; AG Langenfeld ZMR 1999,33.

solche. Mit der Rechtskraft des Urteils erlischt die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen. Legt der Mieter gegen ein erstinstanzliches Urteil Rechtsmittel ein, so richtet sich die Möglichkeit zur Geltendmachung von erstinstanzlich nicht geltend gemachten Einwendungen ebenfalls nach prozessualen Regeln.

b) Prozessuale Situation bei mündlicher Verhandlung nach Ablauf der Einwendungsfrist

Die prozessuale Situation ändert sich, wenn die mündliche Verhandlung nach dem Ablauf der Einwendungsfrist erfolgt und der Mieter keine Einwendungen gegen die Abrechnung erhoben hat. In diesem Fall kann der Vermieter seinen Anspruch auf die Abrechnung als solche stützen, weil diese kraft der Fiktion des § 556 Abs.3 Satz 6 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt (oben III 4). Auch hier muss der Vermieter zwar die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs darlegen. Hierfür genügt es aber, wenn der Vermieter vorträgt, dass die Umlagevereinbarung zur Abrechnung berechtigt, (oben IV 3 c), dass die Abrechnung in formeller Hinsicht den Anforderungen des § 556 Abs.3 Satz 2 BGB entspricht (oben IV 2), dass sie dem Mieter rechtzeitig zugegangen ist (§ 556 Abs.3 Satz 2 BGB) und dass dieser keine Einwendungen erhoben hat (§ 556 Abs.3 Satz 6 BGB). Wurde die Klage vor Ablauf der Einwendungsfrist erhoben und auf § 535 Abs.2 BGB gestützt, so kann der Vermieter nach Fristablauf im Wege der Klagänderung den Anspruch aus § 556 Abs.3 Satz 6 BGB geltend machen. Die prozessleitenden Maßnahmen des Gerichts haben auf den Fristablauf keinen Einfluss. Deshalb wird durch eine vom Gericht gesetzte Frist zur Klagerwiderung die materiellrechtliche Einwendungsfrist nicht verlängert.⁷³

Eine Klagänderung ist entbehrlich, wenn der Anspruch aus § 535 Abs.2 BGB schlüssig ist; in diesem Fall ist der Mieter auch im Prozess mit Einwendungen ausgeschlossen, so dass der Klage stattzugeben ist.⁷⁴ Ist der Anspruch aus § 535 Abs.2 BGB dagegen unschlüssig, etwa weil die Abrechnung mit der Umla-

⁷³ AG Leipzig NZM 2008,126.

⁷⁴ Langenberg in: Schmidt-Futterer § 556 BGB Rdn.540

gevereinbarung nicht übereinstimmt, so muss eine Klagänderung erfolgen; eine auf § 535 Abs.2 BGB gestützte Klage ist in diesem Fall auch nach Ablauf der Einwendungsfrist abzuweisen. Ein der Klage stattgebendes Urteil setzt zwingend voraus, dass der Kläger die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs schlüssig darlegt. Hierauf muss das Gericht nach § 134 ZPO hinweisen.

V. Abschließende Bewertung

Gegen den Nachforderungsausschluss bei verspäteter Abrechnung ist nichts einzuwenden, weil diese Regelung den Interessen beider Vertragsparteien hinreichend Rechnung trägt. Der Mieter hat ein berechtigtes Interesse, dass er zeitnah über eine Betriebskostennachforderung oder ein Guthaben informiert wird. Die Interessen des Vermieters werden durch die Regelung in § 556 Abs.3 Sätze 2 und 3 BGB nicht wesentlich tangiert, weil ihm eine üppig bemessene Abrechnungsfrist eingeräumt wird.

Gegen die Verpflichtung zur Geltendmachung von Einwendungen (§ 556 Abs.3 Satz 5 BGB) bestehen dagegen erhebliche Bedenken. Zwar wäre gegen eine solche Verpflichtung nichts einzuwenden, wenn beim Rechnungsempfänger typischerweise die zur Rechnungsprüfung erforderlichen Kenntnisse vorhanden sind oder vorausgesetzt werden können. Dies trifft wohl für die meisten Mieter von Gewerberaum zu. Für diese Mietverhältnisse besteht aber keine Prüfungspflicht. Sie besteht nur für den Wohnungsmieter, der in der Regel nicht über die betreffenden Kenntnisse verfügt. Ein Blick in die einschlägigen Kommentare zu § 556 BGB zeigt, dass sich aus der Regelung in Abs. 3 Satz 5 mittlerweile ein hoch komplexes Rechtsgebiet entwickelt hat, das den Wohnungsmieter i.d.R. zwingt auf die Hilfe Dritter, beispielsweise auf Rechtsanwälte oder Mietervereine zurückzugreifen. Dass dem gewöhnlichen Verbraucher -dem Wohnungsmieter- weitergehende Sorgfaltspflichten auferlegt werden als dem geschäftserfahrenen Unternehmer -dem Gewerbemieter- ist ein bemerkenswertes Paradox.

Der in § 556 Abs.3 Satz 6 BGB geregelte Ausschluss von Einwendungen widerspricht den hergebrachten Grundsätzen des Schuldrechts.⁷⁵ Zwar folgt aus den Instituten der Verjährung und der Verwirkung, dass der Gläubiger eine Forderung verlieren kann, wenn er längere Zeit untätig bleibt. Auf diesem Gedanken beruht auch der Ausschluss von Nachforderungen nach § 556 Abs.3 Satz 3 BGB. Dass aber eine nicht existente Forderung durch bloßen Zeitablauf entsteht, wenn der auf Zahlung in Anspruch genommene Pseudoschuldner untätig bleibt, ist ohne Beispiel und im Gefüge des Verbraucherrechts verfehlt. Streyl vertritt zwar die Ansicht, dass auch der Auftraggeber eines Architekten nach Treu und Glauben mit Einwendungen gegen die Architektenrechnung ausgeschlossen sei, wenn er binnen einer Frist von zwei Monaten keine Einwendungen geltend macht.⁷⁶ Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. Nach § 8 HOAI ist eine prüffähige Rechnung Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruchs. Nach der Rechtsprechung des BGH soll sich der Auftraggeber des Architekten nicht auf den Mangel der Prüffähigkeit berufen können, wenn er seine Einwendungen gegen die Prüffähigkeit nicht in angemessener Frist erhebt.⁷⁷ In einem solchen Fall wird auch eine nicht prüffähige Abrechnung fällig; die sachlichen Einwendungen gegen die Abrechnung bleiben dem Auftraggeber aber erhalten.⁷⁸ Die Regelung des § 556 Abs.3 Satz 6 BGB reicht weiter; ein Vergleich mit dem Architektenrecht ist deshalb nicht angebracht. Die Erwägung des Rechtsausschlusses, wonach der Einwendungsausschluss des Mieters im "Interesse der Ausgewogenheit" erforderlich sei um ein Gegengewicht zum Forderungsausschluss des Vermieters zu schaffen, verkennt, dass die jeweiligen Ausschlussregelungen rechtssystematisch nichts miteinander zu tun haben.⁷⁹

⁷⁵ vgl. auch Lützenkirchen NZM 2002,512: „Produkt eines Schnellschusses“; Schmid ZMR 2002,727: „wenig durchdacht“.

⁷⁶ Streyl WuM 2005,505.

⁷⁷ BGHZ 157,118 unter Ziff III 2 b.

⁷⁸ BGH a.a.O.

⁷⁹ so zutreffend Schmid ZMR 2002,727,728.