

Darlegungs- und Beweislast im Betriebskostenprozess

Was müssen Vermieter und Mieter im Betriebskostenprozess insb. nach der Rechtsprechung des BGH zur Einwendungsausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB vortragen?

Dr. Kai Zehelein, Richter am Amtsgericht Hanau

I. Einleitung

Streitigkeiten um Betriebskosten machen nach wie vor den größten Teil der mietrechtlichen Prozesse aus.¹ Nicht anders als in anderen zivilrechtlichen Verfahren hängt die Frage des Obsiegens oder Unterliegens auch hier nur zum Teil davon ab, für welche Partei das materielle Recht streitet. Von erheblicher Relevanz ist ebenso, wer bestimmte Tatsachen vortragen, also darlegen und ggf. auch beweisen muss. Gerade der Darlegungslast kommt dabei im Betriebskostenprozess maßgebliche Bedeutung zu. Das beruht einerseits auf der differenzierten gesetzlichen Pflichtenzuordnung innerhalb des § 556 Abs. 3 BGB, die sich von den Regeln der Anspruchsdurchsetzung üblicher Zivilverfahren deutlich abgrenzt. Zum anderen muss gerade der Mieter im Wege der Geltendmachung inhaltlicher Einwendungen nicht nur über Vorgänge bei dem Vermieter Kenntnis erlangen. Er muss sie auch sehr konkret vortragen, um eine gerichtliche Prüfung überhaupt herbeizuführen. Da sich somit ein beachtlicher Teil betriebskostenrechtlicher Prozesse bereits auf der Darlegungsebene abspielt und entscheidet, sollen die hierfür geltenden Grundlagen und Anforderungen nachfolgend erläutert werden. Das auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der durch die Auslegung der hier geltenden Vorschriften nicht nur spürbar in das materielle Recht eingreift, sondern hierüber auch die Darlegungslast beeinflusst mit, zum Teil möglicher Weise nicht beabsichtigten, Folgen.

II. Klageerhebung und Schlüssigkeit

1. Prozessvoraussetzungen

Im Rahmen der Prozessvoraussetzungen sind meist alleine die örtliche sowie die sachliche Zuständigkeit von Bedeutung.

a) Örtlich Zuständigkeit

Nach § 29a Abs. 1 ZPO ist für Betriebskostenstreitigkeiten aus Mietverhältnissen über Räume immer das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sich die Räume befinden. Diese ausschließliche Zuständigkeit hat nach § 40 Abs. 2 Satz 1 ZPO zur Folge, dass Gerichtsstandsvereinbarungen der Parteien schon im Mietvertrag oder später im Konfliktfall, etwa durch ihre Rechtsanwälte, unwirksam sind. Insofern bedarf es eines Vortrages dahingehend, wo sich die Mietsache befindet.

b) Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach § 23 GVG. Streitigkeiten aus Gewerberaummietverträgen gehören bis zu einem Streitgegenstand von € 5000,- vor das Amtsgericht, sonst vor das Landgericht (§ 23 Nr. 1 GVG). Bei Mietverhältnissen über

¹ Vgl. etwa die Statistik des DMB Rechtsschutzes für die Jahre 2015/2016 in GE 2018, 964, nach welcher Betriebskostenprozesse mit 20,9% (2016) und 22,6% (2015) die Mietrechtsverfahren anführen.

Wohnraum ist immer das Amtsgericht in erster Instanz zuständig (§ 23 Nr. 2a GVG). Ob es sich um ein Gewerberaum- oder Wohnraummietverhältnis handelt, bestimmt sich in erster Linie nach dem Vertragszweck,² nicht nach der tatsächlichen Nutzung.³ Dies gilt auch für Mischmietverhältnisse, wobei ein einheitliches Mietverhältnis über Wohn- und Gewerberäume jedoch zwingend insgesamt der einen oder anderen Kategorie zuzuordnen ist.⁴ Da hierfür der Tatsachenvortrag des Vermieters maßgeblich ist,⁵ bedarf es der entsprechenden Darlegung dessen, um was für eine Art von Mietverhältnis es sich handelt und aus welchem Grunde dieses nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen anzunehmen ist. Im Streitfall trägt der Vermieter die Beweislast für seinen Vortrag, wobei das Gericht dann, wenn die streitigen Tatsachen zugleich den geltend gemachten Anspruch begründen, diesen zunächst unterstellt (sogenannte „doppeltrelevante Tatsache“).⁶

2. Schlüssigkeit der Klage auf Ausgleich der Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung

Um eine schlüssige Klage gegen den Mieter auf Zahlung einer Nachforderungen aus einer Betriebskostenabrechnung zu erheben, muss der Vermieter nur sehr wenig darlegen, was sich aus dem Grundsatz ergibt, dass der Mieter inhaltliche Einwendungen positiv geltend machen muss (dazu unten unter II. 2. d)).

a) Mietverhältnis

Erforderlich ist zunächst der Vortrag, dass zwischen ihm und dem Beklagten ein Mietverhältnis besteht oder jedenfalls hinsichtlich des Abrechnungszeitraums bestand. Bei Eigentumsübergang innerhalb des Abrechnungszeitraums geht mit § 566 BGB die gesamte Abrechnungspflicht sowie der Anspruch auf Nachforderungen auf den Erwerber über⁷ (die Kaufvertragsparteien können den Ausgleich im Innenverhältnis regeln), so dass der Erwerb durch den Kläger innerhalb der Frist vorgetragen werden muss.

b) Betriebskostenabrechnung (Vorlage der Abrechnung)

Der Vermieter muss weiterhin die Betriebskostenabrechnung dem Gericht *vorlegen*. Für die Klage auf Ausgleich des Abrechnungssaldos bedarf es zunächst des Vortrages, dass der Vermieter über die Betriebskosten eine formell ordnungsgemäße Abrechnung erstellt hat, die Abrechnung ist Teil der Schlüssigkeit. Hiermit hat es jedoch noch nicht sein Bewenden. Eine Abrechnung ist überhaupt nur dann existent, wenn sie den formellen Anforderungen genügt. Notwendige Mindestangaben dabei sind bekannter Maßen die Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Umlageschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters sowie der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters. Den seitens des BGH herangezogenen Anforderungen des § 259 BGB wird aber nur dann für die Annahme einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung Genüge getan, wenn diese gedankliche und rechnerische verständlich ist. Die Abrechnung hat dem durchschnittlichen Verständnisvermögen eines juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters zu entsprechen.⁸ Das setzt voraus, dass alleine aufgrund der Abrechnung

² BGH NZM 2008, 804, NJW-RR 1986, OLG Karlsruhe WuM 2012, 666,.

³ OLG Frankfurt ZMR 2009, 198, OLG Düsseldorf ZMR 2008, 121.

⁴ BGH NZM 2014, 626.

⁵ BGH NJW 1996, 3012, OLG Karlsruhe OLGR 2006, 206.

⁶ BGH NJW 2010, 873; *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 5.

⁷ BGH NZM 2001, 158; *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 G Rn. 24.

⁸ BGH NJW 1982, 573; NZM 2005, 13

„der Mieter in der Lage ist, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und anhand des ihm mitgeteilten Verteilerschlüssels den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten rechnerisch nachzuprüfen“.⁹

Hierauf basierend muss es möglich sein,

„dass die Einsichtnahme in dafür vorgesehene Belege nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich ist“.¹⁰

Bei der Frage, ob diesen Verständlichkeitsanforderungen Genüge getan ist, handelt es sich jedoch um eine Rechtsfrage, also eine Bewertung der Abrechnung vor dem Hintergrund der an sie gestellten juristischen Anforderungen. Das Bestehen der formellen Ordnungsgemäßheit ist also umgekehrt keine Tatsachenfrage und kann daher auch weder vom Vermieter behauptet, noch durch die Parteien (insb. durch Zugestehen mangels Bestreitens gem. § 138 Abs. 3 ZPO). Das Gericht hat die Einhaltung der formellen Anforderungen daher *von Amts wegen zu prüfen*.¹¹ Hierfür muss ihm die streitgegenständliche Abrechnung vorliegen und diese auch dem Mieter zur Stellungnahme übersendet werden. Denn ob es sich bei der eingereichten Abrechnung um diejenige handelt, die insb. binnen der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB diesem zugegangen ist, ist wiederum eine Tatsachenfrage. Es daher auch nicht ausreichend, dass der Vermieter in der Klageschrift die Abrechnung beschreibt, da maßgeblich ist, was dem Mieter fristgemäß zugegangen ist. Eine Ausnahme hiervon besteht einerseits in der Gewerberaummiete, in der die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB und damit auch der hiermit verbundene Nachforderungsausschluss (Satz 3) nicht gilt. Ebenso in der Wohnraummiete, wenn bei Zustellung (!)¹² der Klageschrift die Abrechnungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Denn der Vermieter kann formelle Mängel einer bereits erteilten Abrechnung bis zum Ablauf der Abrechnungsfrist und somit auch im Prozess selbst noch heilen¹³ (worauf der Mieter aber ggf. prozessual reagieren kann). Ergibt sich also aus der dem Mieter zugegangenen Abrechnung in Verbindung mit den Ausführungen in der Klageschrift eine formell ordnungsgemäße Abrechnung oder genügen letztere per se hierfür, hat der Mieter eine ordnungsgemäße Abrechnung erhalten.

c) Zugang bei dem Mieter binnen der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB

Schließlich muss der Vermieter mit der Klage vortragen, dass er dem Mieter die Abrechnung innerhalb der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB hat zukommen lassen, so dass er nicht dem Nachforderungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB unterliegt. Denn bei dem Nachforderungsausschluss handelt es sich nicht um eine rechtsvernichtende Einwendung oder gar Einrede des Mieters, die Fristwahrung nach Satz 2 ist vielmehr Anspruchsvoraussetzung, was sich aus der positiven Gesetzesformulierung sowohl von Satz 2 als auch Satz 3 ergibt („ist dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen“). Eine Beweislastverteilung zwischen dem Abrechnungsrecht und der hieraus folgenden Nachforderung des Vermieters einerseits sowie

⁹ BGH NZM 2017, 732 (734)

¹⁰ BGH NZM 2017, 732 (734).

¹¹ LG Bonn WuM 2012, 155; LG Frankfurt am Main Urt. vom 15.2.2008 – 2–11 S 109/07; *Langenberg* in Schmidt-Futterer 13.Aufl. 2017 § 556 Rn. 537; *Schmid* MDR 2015, 187 (188); *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 20; aA unter unzutreffender Gleichstellung mit inhaltlichen Fehlern OLG Düsseldorf Urt. v. 9.7.2015 – I-10 U 126/14, NJOZ 2015, 1753.

¹² Die Anhängigkeit genügt nicht, da die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nur durch Zugang der Abrechnung beim Mieter gewahrt ist und daher § 167 ZPO, der alleine die Wirkungen der Rechtshängigkeit betrifft, hierfür nicht greift.

¹³ *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 20.

einem Ausschluss dessen bei Nichteinhaltung der Frist andererseits liegt daher sprachlich nicht vor. Bei der Fristwahrung und der hiermit verbundenen Folge des Nachforderungsschlusses handelt es sich somit nicht um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis (zB. „es sei denn,...“), so dass der sich auf die Ausnahme berufende Anspruchsgegner (Mieter) deren Voraussetzungen darlegen- und beweisen müsste.¹⁴ Vielmehr sind sämtliche Tatsachen, die für die Geltendmachung einer Nachforderung vorliegend müssen, einheitlich vom Vermieter darzulegen und zu beweisen einschließlich der Wahrung der Abrechnungsfrist.¹⁵

d) Nicht: Inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung

aa) Grundsatz: Herleitung der Notwendigkeit eines Mietervortrages für inhaltliche Fehler der Abrechnung

Eine maßgebliche Besonderheit jedenfalls für die Darlegungslast besteht im Betriebskostenprozess im Hinblick auf alle Aspekte der Abrechnung, die nicht den formellen Voraussetzungen unterfallen, sondern den inhaltlichen, sich als auf ihre Richtigkeit in dieser Hinsicht beziehen. Denn diese sind nur dann und auch nur insoweit einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich, wie sie durch den Mieter geltend gemacht werden, und zwar entsprechend den für diese Einwände geltenden Anforderungen.

Die Grundlage hierfür findet sich in § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB, also der Einwendungsausschlussfrist. Der Mieter ist hiernach mit Einwendungen (inhaltlicher Art) gegen die Abrechnung ausgeschlossen, so er diese nicht binnen der Jahresfrist nach Erhalt einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung erhoben hat. Obwohl das Gesetz hier an sich nur die materiell-rechtlichen Folgen des Fristablaufs selbst dahingehend bestimmt, dass die Abrechnung soweit keine Einwände zuvor erheben wurden, inhaltlich richtig ist, ergibt sich hieraus ein allgemeiner Grundsatz jedenfalls für die Darlegungslast und die gerichtliche Prüfungskompetenz in Bezug auf die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung.

Das ist insofern systematisch stringent, als der Vermieter materiell-rechtlich gegenüber dem Mieter zwar zur Abrechnung über die Vorauszahlungen verpflichtet ist, dieser Pflicht jedoch dadurch bereits nachkommt, dass er eine formell ordnungsgemäße, also prüffähige Abrechnung erstellt (zum Inhalt siehe vorstehend unter I. 2. B)).¹⁶ Denn (erst) diese setzt die Frist des Mieters zur Erhebung von Einwänden gem. § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB in Gang.¹⁷ Ein Anspruch auf Erstellung einer neuen (richtigen) Abrechnung besteht selbst bei deren Fehlerhaftigkeit ganz überwiegend nicht.¹⁸ Unabhängig davon, dass den Vermieter zumindest eine Nebenpflicht trifft, eine auch inhaltlich richtige Abrechnung zu erstellen und sich aus deren Verletzung ggf. Schadenersatzansprüche ergeben können, folgt hieraus jedenfalls hinsichtlich der prozessualen Darlegungsgrundsätze, dass der Vermieter diesen genügt, indem er dem Gericht durch Vorlage der formell ordnungsgemäßen Abrechnung darlegt, dass er seiner Abrechnungspflicht nachgekommen ist. Hieraus folgt zugleich die Berechtigung, den Nachforderungssaldo geltend zu machen. Dieser ist gem. § 271 BGB sofort zur Zahlung

¹⁴ Hierzu näher *Prütting* in Münchener Kommentar zur ZPO 5. Aufl. 2016 § 286 Rnm. 113-115 mwN.

¹⁵ *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn., 22.

¹⁶ BGH NZM 2005, 13; NZM 2007, 244; NZM 2008, 477.

¹⁷ BGH NZM 2011, 401 ; AG Michelstadt WuM 2009, 179; *Hinz* NZM 2009, 97 (98); *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 H Rn. 255.

¹⁸ BGH NJW 2011, 368 = NZM 2010, 895 ; OLG Düsseldorf Urt. v. 9.7.2015 – I-10 U 126/14, NJOZ 2015, 1753.

fällig,¹⁹ kann allerdings bei Belegeinsichtsforderung des Vermieters ggf. nicht durchsetzbar sein.²⁰

bb) Prozessuale Folgen für die Darlegungslast

Aus Vorstehendem folgt, dass der Vermieter seiner Darlegungslast hinsichtlich der Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung nachkommt, in dem er dem Gericht eine formell ordnungsgemäße Abrechnung vorlegt. Er muss nicht vortragen, dass diese auch inhaltlich richtig ist (also zB. die angesetzten Gesamtkosten zutreffend sind oder der Umlageschlüssel der vertraglichen Vereinbarung entsprechen).

Damit ist es zugleich auch dem Gericht untersagt, selbst erkennbare inhaltliche Fehler zu monieren und des Vermieters aus der Abrechnung zu kürzen. Denn dieses erfolgt ausschließlich auf eine inhaltliche Rüge des Mieters hin. Andernfalls würde das Gericht dem Vermieter Pflichten als Voraussetzung für die Geltendmachung des Nachforderungsanspruchs auferlegen, die ihn materiell-rechtlich nicht treffen, da er nur eine formell-ordnungsgemäße Abrechnung schuldet. .

Weicht also etwa der Umlageschlüssel in der Abrechnung von der in dem eingereichten Mietvertrag ab, darf das Gericht hierauf weder hinweisen noch die Abrechnung anpassen. Das wäre zudem häufig mit amtsermittlerischen Tätigkeiten verbunden. Schuldet der Vermieter zB. nach dem Mietvertrag eine Umlage nach dem Personenschlüssel, hat aber nach dem Flächenschlüssel abgerechnet, so folgt alleine hieraus noch nicht, dass der Mieter benachteiligt ist. Das lässt sich erst durch eine Alternativabrechnung feststellen. Hierfür fehlen aber ggf. auch die erforderlichen Kenntnisse, wenn die für die Abrechnung heranzuziehenden Gesamtpersonen (und auch diejenige des Mieters) nicht bekannt sind. Das müsste also zunächst dem Vermieter aufgeben, hierzu vorzutragen, die Antwort dem Mieter zuzusenden (der diese bestreiten oder unstreitig lassen bzw. stellen kann) und dann die Alternativumlage nachrechnen. Das ist jedoch grundsätzlich keine Aufgabe des Gerichts, sondern eine solche des Mieters im Zuge der binnen der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB zu erhebenden Einwendungen.

e) Nicht: Vereinbarungen einer Umlage und Abrechnung der eingestellten Kostenarten?

aa) Relationstechnische Grundlagen

Unklar und streitig ist, ob der Vermieter zur Erhebung einer schlüssigen Nachforderungsklage jedenfalls dahingehend vortragen muss, dass die Parteien eine Betriebskostenumlage überhaupt vereinbart haben (keine Inklusivmiete), dass hierüber abzurechnen ist (keine Pauschal) und dass die in die Betriebskostenabrechnung eingestellten Kosten auch vereinbart wurden.

Nach den allgemeinen prozessualen relationstechnischen Grundsätzen sollte dieses selbstverständlich sein, da der Vermieter nur dann einen Anspruch auf Ausgleich des Nachforderungssaldos aus einer (wie geschuldet) formell-ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung haben kann, wenn es hierfür eine vertragliche Grundlage gibt. Die Parteien müssten also vereinbart haben, dass über bestimmte Betriebskosten eine

¹⁹ BGH NZM 2005, 373; NZM 2006, 340 ; OLG Düsseldorf DWW 2015, 257; *Lützenkirchen* NJW 2015, 1740.

²⁰ BGH NJW 2018, 1599 = NZM 2018, 458 m. zust. Anm. *Zehelein*.

Abrechnung erstellt wird und der jeweilige Schuldner aus dem Saldo, bei einem Guthaben insofern auch der Vermieter, dem anderen gegenüber zu dessen Ausgleich verpflichtet ist.

bb) Problem: Zuordnung der Umlagevereinbarung zur Ausschlusswirkung des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB durch den BGH

Dem steht jedoch möglicher Weise (und nach hiesiger Auffassung tatsächlich) entgegen, dass der VIII. Senat des BGH die Einwendungsausschlussfrist und deren Folgen, also die inhaltliche Verbindlichkeit der erstellten Abrechnung, aus § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB über den Abrechnungsinhalt hinaus auch auf die Frage erstreckt, ob es für die Abrechnung überhaupt oder jedenfalls in der gestellten Form eine vertragliche Grundlage gibt. Das bezieht sich konkret darauf, dass die Parteien ggf. eine Inklusivmiete vereinbart, also überhaupt keine Betriebskosten umgelegt haben, oder hinsichtlich dieser eine Pauschale gem. § 556 Abs. 2 Satz 1 BGB, ebenso auf die Abrechnung einzelner nicht vereinbarter Kostenarten.²¹ Damit – so der BGH – solle nach dem Willen des Gesetzgebers in absehbarer Zeit Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche bestehen.

Ob die Einwendungsausschlussfrist tatsächlich auf diese Abrechnungsvoraussetzungen anwendbar ist und der Gesetzgeber mit der intendierten Rechtsfolge, dass die Abrechnung sodann „als richtig gilt“,²² tatsächlich mehr gemeint hat, als die Abrechnung selbst, sondern darüber hinaus auch fehlende Vereinbarungen, ist mehr als fraglich.²³ Dieses zugrunde legend muss sich hierdurch jedoch dieselbe Konsequenz für die Darlegungs- bzw. Einwendungsanforderungen der Vertragsparteien ergeben, wie sie auch für die übrigen Einwände gelten, die der Ausschlussfrist unterliegen. Das folgt bereits aus dem Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB. Beide Vorschriften verwenden den Begriff der „Einwendungen“.

(1) Herleitung und Rechtfertigung des Einwendungserfordernisses und der Ausschlussfrist

Die Rechtfertigung der Rechtsfolge des Satz 6, also der Verlust des Rechts für den Mieter, sich gegen die Abrechnung zur Wehr zu setzen (soweit die Vorschrift reicht), knüpft unmittelbar an die Regelung des Satz 5 an, aus der sich überhaupt erst die Pflicht (zT auch als „Obliegenheit“ bezeichnet²⁴) des Mieters ergibt, Einwendungen zu erheben. Das ist keineswegs selbstverständlich, da hier die Notwendigkeit, sich gegen einen Anspruch des Vertragspartners bzw. Klägers, dessen inhaltliche Richtigkeit dieser im Streitfall umfassend zu beweisen hat,²⁵ zur Wehr zu setzen, nicht aus der Notwendigkeit prozessualen Bestreitens (§ 138 ZPO), sondern bereits aus dem materiellen Recht folgt. Es handelt sich insoweit auch nicht um einen Fall der Trennung von Darlegungs- und Beweislast, wie sie etwa insbesondere in den Fällen der sogenannten sekundären Behauptungs- oder Darlegungslast²⁶ auftritt. Denn auch insoweit handelt es sich ausschließlich um prozessrechtliche Prinzipien. Diese haben zwar ihre Grundlage im materiellen Recht, letzteres trifft hier jedoch selbst nur Aussagen zur Rechtslage, nicht aber zur Vortragslast. Demgegenüber statuiert § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB, mit der Rechtsfolge des Satz 6 im Falle des Fristablaufes, eigenständig, dass der Mieter seinerseits gegenüber dem Vermieter und unabhängig von dem Streitverfahren selbst, Einwände

²¹ BGH WuM 2014, 336; NJW 2008, 283; NJW 2008, 1521.

²² BT-Drs. 14/4553, 87 = NZM 2001, 20 (24 sub 14.).

²³ Langenberg in Schmidt-Futterer 13. Aufl. 2017 § 556 Rn. 505.

²⁴ Blank in Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. 2017 § 556 Rn. 218.

²⁵ BGH NJW 2018, 1599 (1600).

²⁶ Prütting in Münchener Kommentar zur ZPO 5. Aufl. 2016 § 286 Rnm. 103, 135/136.

erheben muss, welche sodann zur Beweispflicht des Vermieters führen. Das steht mit einer prozessualen Darlegungslast in keinem Zusammenhang. Die für den erforderlichen Inhalt der Einwände existierenden Vorgaben, die ein lediglich pauschales Bestreiten meist, jedenfalls aber dort, wo der Mieter Kenntnisse erlangen kann, verbieten, stellen auch keine (prozessualen) Substantiierungsanforderungen dar,²⁷ auch wenn der Begriff häufig verwendet wird,²⁸ was semantisch nicht unzutreffend ist, aufgrund der sprachlichen Verbundenheit mit dem Verfahrensrecht jedoch missverständlich wirkt. Sie folgen unmittelbar aus dem materiellen Recht, um dem Vermieter eine ausreichende Prüfung seiner Abrechnung zu ermöglichen.²⁹

Diese Übertragung der (konkreten) Einwendungslast auf den Mieter ist jedoch rechtssystematisch insoweit stimmig, als dass der Vermieter dem Mieter aus dem Vertrag bzw. nach § 556 Abs. 3 BGB ohnehin nur die Erstellung einer formell-ordnungsgemäßen, also prüffähigen Abrechnung schuldet. So er diese vorlegt, hat er seiner Abrechnungspflicht Genüge getan und kann ohne auch nur behaupten zu müssen, dass die Abrechnung inhaltlich richtig sei, eine schlüssige Klage erheben und die Forderung durch das Gericht zugesprochen bekommen (siehe oben unter I. 2. d)). Diese gesetzgeberische Wertung ist zwar nicht ausdrücklich in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB statuiert, sie wird jedoch der Vorschrift nach ganz überwiegender Auffassung dadurch entnommen, dass dem Vermieter eine Pflicht zur Abrechnungserstellung nach (oder zumindest „i. S. d.“ § 259 Abs. 1 BGB) zukommt.³⁰ Muss er dem Mieter also jedenfalls zur Erfüllung der Abrechnungspflicht keine inhaltlich richtige Abrechnung vorlegen (weshalb etwa auch die formell-ordnungsgemäße aber inhaltlich unzutreffende Abrechnung das Zurückbehaltungsrecht des Mieters an den Vorauszahlungen bzw. den Rückforderungsanspruch im beendeten Mietverhältnis negiert), obliegt es umgekehrt diesem, Einwendungen zu erheben, um eine Rechtsfolge herbeizuführen (Darlegung und Beweis der Richtigkeit der Abrechnung), die das Gesetz bis zu diesem Zeitpunkt eben noch nicht vorsieht. Anknüpfend an diese Pflichtenverteilung ist es somit auch möglich und mit Blick auf die gesetzgeberische Intension, einen Streit über die Abrechnung nach einer überschaubaren Zeit nicht mehr aufkommen zu lassen, stringent, den Mieter mit Einwänden nach dem Ablauf der Jahresfrist auszuschließen. Denn ebenso wie die Frist zur Erstellung der Abrechnung nach § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, deren Wahrung anspruchsbegründend (und somit Teil der Schlüssigkeit; siehe I. 2. c), den Vermieter mit seiner Rechtsdurchsetzung teilweise ausschließt, nimmt der Fristablauf nach § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB dem Mieter sein Recht, Einwendungen geltend zu machen.

(2) (Keine) Übertragbarkeit auf das Abrechnungsrecht

Diese Gesetzssystematik und der hierüber zu rechtfertigende Ausschluss des Mieters mit Einwendungen gegen die Abrechnung ist jedoch dann nicht mehr gegeben bzw. stimmig, wenn sich die Ausschlussfrist auf das Recht beziehen soll, überhaupt eine Abrechnung zu

²⁷ So aber wohl BeckOGK/Drager, 1.7.2018, BGB § 556 Rn. 260 ff.

²⁸ ZB Blank in Blank/Börstinghaus *Miete* 5. Aufl. 2017 § 556 Rn. 220; Derckx NZM 2008, 239 (240); Lützenkirchen NZM 2002, 512 (513).

²⁹ Vgl. hierzu umfassend Langenberg/Zehelein *Betriebskosten- und Heizkostenrecht* 8. Aufl. 2016 J Rn. 48 ff.; Artz in Staudinger *Kommentar zum BGB* (2018) § 556 Rn. 129.

³⁰ ZB. BGH NJW 2016, 3231; NJW 1982, 573; Artz in Staudinger *Kommentar zum BGB* (2018) § 556 Rn. 82; Dickersbach WuM 2008, 439 (440), Lammel WuM 2014, 387 (388), Schach GE 2000, 1678, Zehelein WuM 2014, 3.

erstellen. Jedenfalls aber muss hiermit zugleich die Einwendungspflicht des Mieters grundsätzlich und damit auch vor Ablauf der Frist hierauf beziehen.

(a) Erfassung des Abrechnungsrechts von der Einwendungsausschlussfrist (Kritik)

Es ist schon fraglich, ob die fehlende vertragliche Grundlage für eine Betriebskostenabrechnung, also im Fall einer Inklusivmiete oder Pauschalvereinbarung, überhaupt dem Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB unterliegen kann. Dagegen steht bereits, dass die Regelung zwar gesetzlich normiert, jedoch zwischen den Vertragsparteien überhaupt nur anwendbar ist, wenn sie eine Betriebskostenumlage vereinbart haben. Ohne eine solche Abrede ist schon der die Anwendung des § 556 BGB ausgeschlossen, ohne Vorauszahlungsabrede jedenfalls diejenige des Abs. 3. Dass eine hierin normierte Rechtsfolge iSe Ausschlussfrist dennoch geltend sollte, insbesondere eine fehlende Vertragsvereinbarung überwinden könnte, welche ihre Anwendbarkeit erst begründet, ist letztlich ein Zirkelschluss. Die insoweit lediglich angeführte Annahme, der Gesetzgeber habe hiermit jeglichen Streit um Ansprüche aus der Abrechnung nach Fristablauf beenden wollen (siehe II. 2. e) bb)) überzeugt insoweit, aber auch dem Regelungsgehalt nach selbst nicht. Dass nach der Gesetzesbegründung bzw. der Stellungnahme des Rechtsausschusses des Bundesrates (siehe II. 2. e) bb)) „die Abrechnung“ nach Fristablauf soweit keine Einwände erhoben wurden „als richtig gilt“, bedeutet nicht, dass jeder Streit im Zusammenhang mit dieser ausgeschlossen sei.

Die Richtigkeitsbegründung bezieht sich alleine auf die Abrechnung selbst und das nur, soweit sich die gesetzlichen Vorgaben auf diese beziehen. Diese ergeben sich aus § 259 Abs. 1 BGB und den sich hieraus ergebenden formellen Anforderungen an die Abrechnung. Daher ist der Beginn des Laufens der Einwendungsfrist an die Einhaltung dieser gekoppelt,³¹ knüpft also an diese an, lässt sie zugleich aber auch genügen. Das verdeutlicht die Verknüpfung der Einwendungen nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB mit dem Abrechnungsinhalt nach § 259 Abs. 1 BGB, was auch gänzlich stringent ist, da eben diese formellen Vorgaben den Mieter in die Lage versetzen, ihre inhaltliche Richtigkeit zu prüfen, zugleich aber auch bedingen, dass er dies innerhalb der in Satz 5 normierten Frist vornimmt. Hieraus ergibt sodann folgerichtig wiederum, dass auch die Ausschlussfrist nach Satz 6 nur für Einwendungen gilt, die sich aufgrund der Einhaltung der Anforderungen nach § 259 BGB prüfen lassen und somit Teil der Abrechnung selbst sind. Das ergibt sich unmittelbar aus der Gesetzesbegründung der Ausschlussfrist, bei der es sich um einen „Einwendungsausschluss für Einwendungen des Mieters“³² handelt. Was § 259 Abs. 1 BGB jedoch nicht als Abrechnungsinhalt bestimmt und somit keinem Einwendungserfordernis unterstellt sondern vielmehr als gegeben voraussetzt, ist das Abrechnungsrecht als solches. Denn dort lautet es:

„Wer verpflichtet ist..., hat ...mitzuteilen ...“

Das Bestehen des Abrechnungsrechts ist kein Teil der Abrechnung, unterliegt also nicht den Vorgaben des § 259 Abs. 1 BGB und ist daher auch weder Voraussetzung für den Lauf der Einwendungsfrist noch Teil der erforderlichen Einwendungen selbst. Somit kann es von der Ausschlussfrist auch nicht erfasst werden.

³¹ BGH NZM 2005, 373; NZM 2006, 340.

³² BT-Drs. 14/5663, 79.

Da die Folge des Ablaufs der Abrechnungsfrist, dass die Abrechnung als richtig gilt, nur diejenigen Inhalte erfasst, welche die Abrechnung überhaupt ausweist, kann deren inhaltliche Stimmigkeit als Rechenwerk dahingestellt sein, wenn dem Vermieter das Recht fehlt, das Abrechnungsergebnis vom Mieter einzufordern. Eben hierüber sagt die Abrechnung nach den Vorgaben des § 259 Abs. 1 BGB nichts aus.

(b) Folgen für die Darlegungslast

Unabhängig von Vorstehendem führt jedoch die von dem BGH angenommene Zuordnung des Abrechnungsrechts als solches dem Einwendungsausschluss des Satz 6 gesetzessystematisch aufgrund der Verknüpfung von Satz 6 und Satz 5 zwingend dazu, dessen gänzlich oder teilweises (etwa bei einzelnen Kostenarten) Fehlen den Einwendungen nach Satz 5 zuzuordnen. Dieses führt sodann dazu, dass der Vermieter dieses seinerseits positiv gerade nicht vortragen muss.

Demgegenüber wird vertreten, dass im Prozess zwischen dem Zeitraum bis zum Ablauf der Einwendungsfrist und demjenigen hiernach zu unterscheiden wäre. Mit Eintreten der Ausschlussfrist könne der Mieter das Fehlen des Abrechnungsrechts nicht mehr geltend machen. Bis zu diesem Zeitpunkt müsse der Vermieter jedoch neben der Erstellung einer den Anforderungen des § 259 BGB genügenden Abrechnung auch vortragen, dass zwischen ihm und dem Mieter eine solche Umlagevereinbarung mit Abrechnung vereinbart worden sei. Das folge daraus, dass es sich um eine für den Vermieter nach allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast günstige Tatsache handele, woran § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB deshalb nicht ändere, weil hiermit keine Umkehrung der Darlegungslast verbunden sei.³³

Diese Argumentation greift jedoch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zu kurz. Sie zieht zudem aus der an sich zutreffenden Wertung des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nicht den richtigen Schluss. Dass die Einwendungsfrist keine Darlegungslast umkehrt, trifft zu, es wird jedoch übersehen, dass das hiermit zugleich statuierte Einwendungserfordernis dem Mieter die Darlegung der inhaltlichen Unrichtigkeit der Abrechnung originär aufgibt (sie also nicht vom Vermieter überträgt), und das aus dem Grunde, weil der Vermieter für die Geltendmachung des Nachforderungsanspruchs lediglich eine formell-ordnungsgemäße Abrechnung erstellen muss. Muss er daher auch für eine schlüssige Klage nicht zur inhaltlichen Richtigkeit vortragen, obliegt das von Grund auf dem Mieter. Eben dieser Transfer ist aber auf das Abrechnungsrecht nicht möglich, weil der Vermieter von dieser Voraussetzung durch die Regelung des § 259 BGB nicht entbunden wird, welche jenes voraussetzt. Das würde zwar, wie vorstehend dargelegt, an sich im Einklang mit der genannten Literaturauffassung dazu führen, dass der Vermieter das Abrechnungsrecht vortragen muss, es könnte aber auch nicht von der Frist des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB erfasst werden. Insoweit wird übersehen, dass die Rechtsprechung des BGH, welche das Abrechnungsrecht den Einwendungen des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB zuschlägt, eben auch die Darlegungslast ändert und dem Mieter originär aufgibt, was zugleich eine Durchbrechung der Relationstechnik darstellt. Zwar ist ein dogmatisch und prozessuales „Unbehagen“ nachvollziehbar, dem Vermieter mangels Einwendungen des Mieters Ansprüche aus einer

³³ *Blank* in *Blank/Börstinghaus* *Miete* 5. Aufl. 2017 § 556 Rn. 293; ganz allgemein im Ergebnis auch *BeckOGK/Dräger*, 1.7.2018, BGB § 556 Rn. 245; *Langenberg* in *Schmidt-Futterer* 13. Aufl. 2017 § 556 Rn. 526.

Abrechnung zuzusprechen, die dieser ggf. selbst nach eigenem Vortrag (etwa durch Beifügung des Mietvertrages) überhaupt nicht hat, und das, zumal der Mieter schon die Folgen der Ausschlussfrist hinnehmen muss. Systematisch ist eine solche Trennung jedoch nicht möglich. Alle Tatsachen- und Rechtsfragen, die von der Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB erfasst sein sollen, stellen Einwendungen iSd. Satz 5 dar und müssen daher nicht vom Vermieter vorgetragen, sondern vom Mieter positiv erhoben werden. Dass die Ausschlussfrist des Satz 5 solche Aspekte erfassen sollte, die keine Einwendungen sind, ist mit dem Wortlaut der Norm in keiner Weise mehr in Einklang zu bringen. Die allgemeine Statuierung eines vollumfassenden Schlusstrichs unter jeden Streit über die in dem Abrechnungsjahr angefallenen Betriebskosten, also auch unabhängig von der Zuordnung zu einer Einwendung iSd. Satz 5, kann diesem (und der Gesetzesbegründung, siehe oben II. 2. e) bb)) schlicht nicht entnommen werden. Diese (auch relationstechnische) Konsequenz ist eben die Folge der anderslautenden Rechtsprechung des BGH.

Im Weiteren ist dem Gericht insoweit selbst bei Vortrag des Mieters zur Umlagevereinbarung auch die ihm vom Gesetz auferlegte Prüfung dieser auf ihre Vereinbarkeit mit § 307 ff. BGB untersagt, jedenfalls die Mitteilung des Ergebnisses an den Mieter. Obwohl das Gericht an sich, soweit es die Tatsache kennt (im Anwendungsbereich der „Klausel-Richtlinie“ 93/13/EWG gem. Art. 6 Abs. 1 RL möglicher Weise sogar im Wege der Amtsermittlung dieser³⁴), die Vereinbarkeit der Klausel mit AGB-Recht als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen hat, dürfte es gerade in der mündlichen Verhandlung auf das Ergebnis dieser Prüfung nicht hinweisen. Als (nach der BGH-Rechtsprechung nunmehr) Einwendung gegen die Abrechnung iSd. § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB ist das Gericht weder befugt, solche selbst zu prüfen, noch, den Mieter auf inhaltliche Fehler hinzuweisen, ihm als die Einwendung vorzugeben. Hierbei würde es sich um einen unzulässigen Hinweis nach § 139 ZPO handeln. Das wäre nicht nur eine Missachtung des prozessualen Beibringungsgrundsatzes.³⁵ Da das Einwendungserfordernis bereits dem materiellen Recht entspricht, würde das Gericht sogar außerprozessuale Rechtsberatung betreiben, wenn es dem Mieter mitteilte, wie er sich die Möglichkeit der Verteidigung gegen die Abrechnung vor dem Greifen der Ausschlussfrist bewahrt. Das wäre sogar dann der Fall, wenn wie teilweise vertreten das Bestehen der Umlagevereinbarung keine Einwendung darstellen würde, sondern Teil der Schlüssigkeit und daher vom Vermieter vorzutragen. Auch hier würde das Gericht durch den Hinweis auf den Verstoß gegen §§ 307 ff. BGB den Mieter, der sich bislang nicht gegen das Abrechnungsrecht als solches gewendet hat, überhaupt erst auf den Gedanken bringen, die materiell-rechtlich wegen § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB erforderliche Einwendung zu erheben, um sich diese im Weiteren zu sichern. Auch das wäre aber Rechtsberatung und keine zulässige Ausprägung der gerichtlichen Fürsorgepflicht für die Partei dahingehend, ihre den (bestehenden) rechtlichen Interessen und Möglichkeiten entsprechenden prozessualen Handlungen vorzunehmen.³⁶ Diese soll ihm eine effektive Inanspruchnahme des Prozessrechts ermöglichen, welches, so der BGH selbst, die Verwirklichung des materiellen Rechts ermöglichen (und nicht behindern) soll. Das Erheben von Einwänden gegen die Abrechnung, ob von der Einwendungspflicht des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB erfasst oder nicht, wodurch die mit materiell-rechtlicher Folge

³⁴ Hierzu umfassend *Graf von Westphalen* NZM 2016, 10 (17 f.); *H. Schmidt* NJW 2016, 1201 (1203); BeckOK BGB/*Zehelein*, 46. Ed. 1.5.2018, BGB § 535 Rn. 434 mwN.

³⁵ Hierzu allgemeine BeckOK ZPO/*von Selle*, 29. Ed. 1.7.2018, ZPO § 139 Rn. 8 f.

³⁶ Vgl. zB. BGH NZM 2018, 444 (449).

verbundene Wirkung der Ausschlussfrist des Satz 6 abgewendet werden soll, stellt aber gerade keine Durchsetzung des materiellen Rechts dar, sondern begründet ein solches erst. Daher ist es dem Gericht ebenso untersagt, die AGB-rechtliche Unwirksamkeit der Klausel kundzutun, weil das im Ergebnis dem Mieter ebenfalls das Fehlen des Abrechnungsrechts zu erkennen gibt und ihm anrät, wie er rechtlich (und eben nicht prozessual) vorgehen muss.

Aus hiesiger Sicht ist die Frage des vertraglichen Abrechnungsrechts ohnehin nicht dem Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB zu unterstellen. Damit handelt es sich auch nicht um einen ausschließlich vom Mieter zu erhebende Einwand mit der Folge, dass der Vermieter grundsätzlich hierzu vorzutragen hat.

f) Nicht: Vereinbarung von Kosten, die keine Betriebskosten iSd. § 1 BetrKV darstellen?

Ähnlich wie bei dem Abrechnungsrecht als solches stellt sich auch die Problematik hinsichtlich der Umlage von solchen Kosten dar, die ihrem Wesen nach keine Betriebskosten iSd. § 1 BetrKV darstellen. Das meint also einerseits solche, die aus dem Grunde nicht hierunter fallen, weil sie gem. § 1 Abs. 2 BetrKV ausdrücklich von den Betriebskosten (iSd. BetrKV) ausgenommen sind (Verwaltungskosten, Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung). Möglich ist aber auch, dass der Vermieter Kostenarten in die Abrechnung einstellt, die bereits nicht von der Definition des Abs. 1 erfasst werden, weil sie zB. nicht aus dem Gebrauch des Eigentums (Erbbaurechts) herrühren oder nicht laufend anfallen.

Das hat in beiden Varianten hohe praktische Relevanz. Die Einstellung von Verwaltungskosten bzw. solchen der Instandhaltung- und Instandsetzung in die Betriebskostenabrechnung findet häufig statt, was gerade im Zuge des „Durchreichens“ der Einzelabrechnung des Wohnungseigentümers an den Mieter vorkommt, so hierbei keine ordnungsgemäße Trennung in umlagefähige und nichtumlagefähige Kosten erfolgt. Ebenso sind solche zum Teil einer vertraglichen Leistung enthalten, wobei der Vermieter das gesamte Entgelt einstellt. Andererseits stellen Vermieter durchaus weitere Ansprüche, welche sie von dem Mieter begehren, schlicht zusätzlich ein, wie etwas Kosten für Beschädigungen, Mahnkosten oder auch Nettomieten. Sind solche Kosten im Vertrag überhaupt nicht aufgeführt oder jedenfalls nicht als umlagefähig deklariert, so gelten hierfür zunächst die Ausführungen unter I. 2. e).

Im Übrigen sollen nach der Rechtsprechung des BGH³⁷ auch solche Kosten, die keine „Betriebskosten darstellen“ nach Ablauf der Einwendungsfrist von dem Mieter getragen werden, so er hiergegen keine Einwände erhoben hat.

aa) Erfassung von Kosten, die keine Betriebskosten sind, durch die Einwendungsausschlussfrist (Kritik)

Der BGH bezieht sich maßgeblich bzw. ausschließlich auf die Gesetzesbegründung zu § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB und die Erläuterungen, dass mit der Behandlung der Abrechnung als inhaltlich richtig ein Streit über die Abrechnung beendet werden solle. Dass eine derart umfassende Wirkung der Ausschlussfrist wohl eher nicht gemeint ist und zudem mit dem Wortlaut des Satz 6, der sich auf Einwände iSd. Satz 5 bezieht, auch nicht zu vereinbaren ist, wurde bereits erörtert (siehe I. 2. e) (2) (a)). Hinzu kommt jedoch vorliegend, und dieser Aspekt wurde in keiner Weise erörtert, dass anders als bei dem Fehlen einer

³⁷ BGH NJW 2016, 2254; NZM 2016, 470 mit abl. Anm. Zehelein.

Abrechnungsvereinbarung iSd. § 556 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 BGB die Parteien eine solche hinsichtlich dieser Kosten überhaupt nicht begründen könnten.³⁸ Es handelt sich nicht nur um ein Problem der AGB-Kontrolle gem. § 307 BGB. Selbst eine theoretisch wirksam herbeigeführte (in der Praxis aber praktisch nicht zu erreichende³⁹) Individualvereinbarung würde dieses in der Wohnraummiete nicht begründen können, da der Mieter hiervor über § 556 Abs. 4 BGB umfassend und von Gesetzes wegen geschützt wird. Denn § 556 Abs. 1 Satz 3 BGB verweist für die Zulässigkeit einer Betriebskostenumlage auf die BetrKV, so dass jede über deren Inhalt hinausgehende Umlage zu Lasten des Mieters geht (was gegenüber einer Inklusivmietenkalkulation aufgrund der allgemeinen Preissteigerungen zu vermuten ist) und daher unwirksam ist.

Dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB tatsächlich den Mieterschutz nach Abs. 4 aufheben wollte und jegliche in die Abrechnung eingestellte Kosten, vor denen der Mieter u.a. wegen § 556 Abs. 1 Satz 3 BGB iVm. § 1 Abs. 2 BetrKV ausdrücklich bewahrt werden soll, diesem auferlegen will, ist mehr als fraglich.⁴⁰ Es ist auch kaum nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber einerseits nicht einmal eine positive Erklärung des Mieters, zB. Verwaltungs- oder Instandsetzungskosten als Betriebskosten zu tragen, über § 556 Abs. 4 BGB für unwirksam erklärt, das schlichte Unterlassen der Beanstandung ihrer Geltendmachung hingegen eben dieses doch herbeiführen sollte. Nach der Rechtsprechung des BGH bedarf es dabei noch nicht einmal der Voraussetzung, dass die Kosten überhaupt von § 1 Abs. 1 BetrKV erfasst sind, also überhaupt irgendetwas mit Betriebs- oder Nebenkosten zu tun haben. Vielmehr soll § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB sämtliche Kosten erfassen, „*die generell nicht als Betriebskosten umlegbar seien*“. Der Senat hat den erweiterten Anwendungsbereich der Ausschlussfrist daher nicht einmal auf die der Sache nach jedenfalls naheliegenden Kosten iSd. § 1 Abs. 2 BetrKV begrenzt, was leicht möglich gewesen wäre. Dass somit von dieser, wie vorstehend erwähnt, somit auch alle sonstigen erfasst sein sollen, die der Vermieter teils aus Unwissenheit, teils aber durchaus mit Kalkül in die Abrechnung einstellt und unter Einschluss dieser nach Vorauszahlungsabzug die Nachforderung errechnet, dürfte mit Sicherheit nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein. Die einzig sinnvolle, in der Praxis aber neues Streitpotential generierende Lösung hierzu ist daher alleine diese, bestimmte Kosten als schlicht „nicht der Betriebskostenabrechnung zugehörig“ zu unterstellen.⁴¹ Das ist in vielen Fällen aber nur eine tatsächlich nicht zutreffend Konstruktion, damit die Instanzgerichte die Folgen der BGH-Rechtsprechung in Grenzen halten können.

bb) Folgen für die Darlegungslast

Auch hier gelten dieselben Grundsätze wie für das vertraglich vereinbarte Abrechnungsrecht. Indem der BGH das Fehlen der Betriebskosteneigenschaft der Ausschlussfrist für Einwendungen nach § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB unterstellt, handelt es sich um Einwendungen iSd. Satz 5 was zugleich bedeutet, dass der Vermieter hierzu auch vor Ablauf der Abrechnungsfrist keinen Vortrag erbringen muss. Das läuft allerdings kongruent mit der weitergehenden Rechtsfolge, dass dem Gericht die ihm insb. von § 556 Abs. 4 BGB an sich direkt auferlegte Prüfung der Wirksamkeit dieser Vereinbarung untersagt ist. Nach Fristablauf

³⁸ Vgl. hierzu die Urteilsanmerkung des Autors in NZM 2016, 470 (472).

³⁹ Vgl. zu den Anforderungen an eine Individualvereinbarung gerade im Mietrecht BeckOK BGB/*Zehelein*, 46. Ed. 1.5.2018, BGB § 535 Rnm. 243 ff.

⁴⁰ Vgl. hierzu auch die Entscheidungsanmerkung des Autors in NZM 2016, 470 (472).

⁴¹ *Zehelein* NZM 2016, 470 (472).

wäre dieses nach der Rechtsprechung des BGH wegen § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB ohnehin ohne Relevanz, vor Fristablauf muss sich der Mieter seinerseits, da es sich um eine Einwendung handelt, selbst darauf berufen. Erst dann wendet das Gericht § 556 Abs. 4 BGB an. Auch das ist die zwingende Folge der Anwendung der Einwendungsausschlussfrist auf Kosten, die keine Betriebskosten iSd. BetrKV sind.

Nach hiesiger Auffassung ist auch dieses ebenso wie die Erstreckung der Ausschlussfrist auf die Umlagevereinbarung nicht zutreffend und führt zudem bei konsequenter Handhabung der §§ 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB zu systemwidrigen bzw. der Intension des Gesetzgebers widersprechenden Ergebnissen. Kosten, die keine Betriebskosten iSd. BetrKV darstellen, verstoßen sowohl hinsichtlich der Umlagevereinbarung, erst recht aber im Zuge ihrer Geltendmachung gegen § 556 Abs. 4 BGB. Es handelt sich damit nicht um Einwendungen iSd. § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB mit der Folge, dass die Ausschlussfrist des Satz 6 nicht greift.

III. Einwendungen des Mieters gegen die Abrechnung

1. Grundlagen

Wie bereits unter I. 2. e) dargestellt, handelt es sich bei erforderlichen inhaltlichen Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB in erster Linie nicht um prozessuale Darlegungs- und Substantiierungsanforderungen. Da der Vermieter iRd. § 556 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB lediglich die Erstellung einer formell-ordnungsgemäßen Abrechnung schuldet, hat er seine Abrechnungspflicht erfüllt, wenn er eine solche nach den Anforderungen des § 259 BGB dem Mieter zukommen lässt. Auf die inhaltliche Richtigkeit kommt es insoweit nicht an.

Nach dem Sinn und Zweck des Einwendungserfordernisses darf sich der Mieter, so er sich mit materiellen Gründen gegen die Abrechnung wendet, nach herrschender Meinung grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Angaben des Vermieters in der Abrechnung pauschal zu bestreiten. Er muss diese so konkret fassen, dass der Vermieter erkennen kann, welche Position aus welchen Gründen beanstandet wird, damit er seine Abrechnung entsprechend überprüfen und ggf. nachbessern kann.⁴² Die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB wird also nicht dadurch gewahrt, dass der Mieter erklärt, die Abrechnung sei „zu hoch“, bestimmten Kostenarten „müssten einmal überprüft werden“ oder um „Aufklärung“ ersucht, wie sich die Kosten zusammensetzen. Der Mieter muss vielmehr, um konkrete Einwendungen zu erheben, von seinem weitgehenden Auskunftsrecht Gebrauch machen, dh. vor allem, die Belege einsehen.⁴³ Soweit diese die angesetzten Kosten nicht bestätigen oder sich konkrete Erkenntnisse, etwa aufgrund der Verbrauchswerte, ergeben, dass die angesetzten Kosten nicht richtig sind, hat er hierauf seine Einwände zu stützen.

⁴² OLG Koblenz DWW 2016, 197, BeckRS 2016, 04568, OLG Düsseldorf Urt. v. 9.7.2015 – I-10 U 126/14, NJOZ 2015, 1753; LG Berlin GE 2017, 1021; AG Hamburg Urt. v. 6.7.2016 – 49 C 6/16, BeckRS 2016, 12606; *Hinz* NZM 2009, 97 (99); *Langenberg/Zehlelein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 48; *Wolbers* NZM 2010, 841 (847).

⁴³ OLG Düsseldorf GE 2006, 847, LG Karlsruhe ZMR 2014, 796; LG Itzehoe ZMR 2015, 313; LG Berlin GE 2001, 1469; AG Hamburg Urt. v. 6.7.2016 – 49 C 6/16, BeckRS 2016, 12606; AG Hanau NJOZ 2013, 1537; AG Aachen WuM 2004, 611.

2. Beispiele

a) Wasserverbrauch

Rügt der Mieter einen zu hohen Wasserverbrauch, muss er nachvollziehbare Gründe darlegen, die gegen die Richtigkeit der Abrechnung sprechen. Die Anforderungen an diesen Vortrag sind umso höher, je plausibler die in der Abrechnung enthaltenen Werte sind.⁴⁴

Wendet sich der Mieter gegen die *Ablesewerte* und hat(te) er die Möglichkeit, die Ablesegeräte hinsichtlich der von ihm vereinbarungsgemäß zu tragenden Betriebskosten zu kontrollieren, muss er konkret vortragen, welche Werte seiner Ansicht nach in die Betriebskostenabrechnung hätten eingestellt werden müssen bzw. welche Werte inwiefern falsch sind; ein einfaches Bestreiten reicht insoweit nicht aus.⁴⁵ Bei per Funk übertragenen Ablesewerten, die nicht ablesbar sind (was jedoch in der Regel der Fall ist); darf der Mieter diese mit Nichtwissen bestreiten. Ebenso, wenn der Zeitpunkt der Ablesung nicht bekannt gegeben wird, so dass der Mieter insoweit den Wert zeitnah notieren kann.

Ist der Wasserverbrauch gegenüber dem Vorjahr derart evident angestiegen, dass sich insb. ein *rohrundichtigkeitsbedingter Verlust* aufdrängt, obliegt dem Vermieter der Nachweis, dass das Leistungssystem mangelfrei ist. Andernfalls ist der Verbrauch des Mieters vom Gericht zu schätzen.⁴⁶

Obwohl der Mieter hinsichtlich der ordnungsgemäßen Funktion der Zähler keine Kenntnisse hat und sich auch nicht verschaffen muss, so deren Fehlen im Rahmen der Einwendungen nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB schlicht rügen bzw. im Prozess einfach bestreiten kann, bedarf dieses jedenfalls in zwei Fällen eines konkreten Vortrages. So alle Einheiten mit Einzelzählern ausgestattet sind, geben deren Verbrauchswerte in ihrer Gesamtheit nicht denjenigen des Gesamtzählers wieder. Das liegt an deren (zulässig) höherer Eichtoleranz und dem sogenannten „Schlupf“, der (in höherem Maße) durchfließendes Wasser erst später erfasst.⁴⁷ Daher stellen die *Einzelverbrauchswerte* in der Abrechnung nur eine *verhältnismäßige* Zuordnung der Mieter untereinander dar. Das ist jedoch dann nicht mehr zulässig, wenn das Verhältnis zwischen dem Gesamt- und den Einzelzählern so groß ist, dass die nicht erfasste Menge durch die Einzelverhältnisse nicht mehr (in zumutbarem Maße) zutreffend wiedergibt, was ab 20% angenommen wird.⁴⁸ Zudem kann hier auch ein *Wasserverlust oder –verbrauch außerhalb der Mieteinheiten* vorliegen. So der Mieter zu letzterem keinen Vortrag erbringen kann, etwa durch Hinweis auf eine Nutzung für die Liegenschaft, für die kein Vorwegabzug besteht, kann er hierzu nur durch Heranziehung der Einzelverbräuche zulässige Einwände ergeben bzw. prozessual vortragen.

Vorstehendes gilt auch für die Abrechnung einer Einheit, die als einzige nicht mit einem Wasserzähler ausgestattet ist und daher im Zuge der Differenzberechnung abgerechnet wird. Nach hiesiger Auffassung ist diese Differenzberechnung, die der BGH⁴⁹ bislang nur für den

⁴⁴ LG Cottbus GE 2011, 409.

⁴⁵ LG Berlin NZM 2011, 583.

⁴⁶ LG Rostock WuM 2017, 402, BeckRS 2017, 110500.

⁴⁷ Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 106 ff. mwN.

⁴⁸ LG Duisburg WuM 2006, 199; LG Berlin GE 2002, 193; LG Darmstadt WuM 2001, 515; AG Rheine WuM 2015, 388; AG Münster WuM 2000, 152; AG Salzgitter WuM 1996, 285; weitergehend AG Schöneberg GE 2000, 1623 (20%–25%); AG Dortmund DWW 1992, 180 (mehr als 25%); Wall Betriebskosten Kommentar 4. Aufl. 2015 Rdn. 3297 25% unter Bezug auf eine Richtlinie des VDI; Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 F Rn. 112.

⁴⁹ BGH NZM 2008, 444.

Vorwegabzug einer Gewerbeinheit gebilligt hat, grundsätzlich unzulässig.⁵⁰ Andernfalls muss aufgrund der unterschiedlichen Eichtoleranzen muss hier ohnehin ein Vorwegabzug bei dem Mieter und eine Verteilung auf alle Nutzer vorgenommen werden,⁵¹ da alle Differenzen sonst bei ihm berücksichtigt werden.

b) Heizkosten

Auch bei den Heizkosten ist ein schlichtes Bestreiten der Richtigkeit oder Angemessenheit der Kosten nicht zulässig.

Für die Ablesewerte geltend dieselben Grundsätze wie bei den Wasserkosten. Der Mieter muss bei seiner Ansicht nach unzutreffenden Angaben die richtigen Werte angeben, es sei denn, er kann diese nicht selbst ablesen (was etwa bei Heizkostenverteilern nach dem Verdunstungsprinzip der Fall ist) oder weiß um deren funkbasierte Übertragung nicht hinsichtlich des Zeitpunkts Bescheid. Er ist jedoch nicht etwa gehalten, zu den für die jeweiligen Heizkörper angesetzten Umrechnungsfaktoren vorzutragen,⁵² oder sich bei fehlender eigener Fachkenntnis der Hilfe durch einen Sachverständigen zu bedienen.

Wendet der Mieter zu hohem Rohrwärmeverlust ein und macht daher die Unrichtigkeit bzw. Unzumutbarkeit der verbrauchsbezogenen Abrechnung (insb. bei einem Anteil von 70%) geltend, so genügt die schlichte Behauptung hierzu nicht. Das liegt bereits daran, dass der Rohrwärmeverlust grundsätzlich auftritt und in dem verbrauchsunabhängigen Umlageanteil (neben den Bereitstellungskosten) gem. § 7 Abs. 1 Satz 5 HeizKV berücksichtigt wird. Ist die Verbrauchserfassungsrate jedoch zu niedrig und führt dazu zu einer nicht mehr hinnehmbaren Verzerrung der erfassten Verbrauchswerte, muss der verbrauchsunabhängige Anteil in der Abrechnung erhöht werden oder diese vollständig verbrauchsunabhängig erfolgen.⁵³ Natürlich kann und muss der Mieter hierzu nicht übermäßig konkret vortragen, da ihm insbesondere die, ohnehin nicht einheitlich bestimmten, Grenzwerte der Verbrauchserfassung bekannt sind, noch er in der Lage ist, diese ausreichend zu bestimmen. Umgekehrt reicht es jedoch nicht aus, dieses schlicht zu behaupten oder daraus herzuleiten, dass es sich bei der vorhandenen Anlage um ein Einrohrsystem handelt oder bzw. die Rohre ungedämmt seien. Hierzu bedarf es, so keine anderweitigen konkreten Erkenntnisse vorliegen, aus denen sich eine zu niedrige Erfassungsrate ergibt, der nunmehr auch nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁴ zulässigen Einsichtnahme in die Verbrauchsdaten aller Mieter. Denn nur hierdurch ist das Verhältnis von Verbrauchserfassung und Gesamtverbrauch erkennbar. Zwar können die Erfassungsdaten des Lieferanten meist nicht in das Verhältnis zu der Verbrauchserfassung der Nutzer gesetzt werden, insbesondere dann nicht, wenn dieser die Liefermenge durch Wärmezähler misst und der Verbrauch innerhalb der Liegenschaft durch Heizkostenverteiler bestimmt wird. Entscheidend ist jedoch die Verbrauchsverzerrung, also die unterschiedliche Belastung der Nutzer untereinander trotz (an sich erst einmal anzunehmendem) gleichartigen Verbrauchsverhalten, da die nahe an der Heizanlage liegende Nutzer die von den Rohren abgegebene Wärme nutzen ohne die Heizkörper aufzudrehen. Die

⁵⁰ Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 F Rn. 111.

⁵¹ Vgl. etwa LG Kassel WuM 2006, 273; Wall Betriebskosten Kommentar 4. Aufl. 2015 Rn. 3308 f.

⁵² Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 49; aA AG Pankow-Weißensee GE 2014, 1143 jedenfalls nach erläuterndem Vermietervortrag.

⁵³ Z.B. LG Siegen WuM 2015, 433, BeckRS 2015, 12096; LG Neubrandenburg WuM 2011, 107; LG Mühlhausen WuM 2009, 234 (m. Anm. Wall WuM 2009, 221); LG Gera WuM 2007, 511; LG Meiningen WuM 2003, 453; AG Lichtenberg ZMR 2012, 145.

⁵⁴ BGH NJW 2018, 1599.

Verbrauchsausweisung (bei Heizkostenverteilung) oder –erfassung (bei Wärmezählern) erfolgt daher ganz überwiegend bei den weiter entfernt liegenden Nutzern.⁵⁵ Hierfür können und müssen entsprechende Anhaltspunkte in den Einzelabrechnungen vorhanden sein, die entsprechend darzulegen sind, andernfalls bestehen bereits keine Bedenken gegen eine überwiegend verbrauchsbezogene Abrechnung.

c) Vorwegabzüge

Hier kommen zwei Arten von Einwänden in Betracht. Einerseits der *leistungsinterne* Abzug, andererseits der *nutzungsbedingte* Abzug.

aa) Leistungsinterner Vorwegabzug

Bei dem leistungsinternen Vorwegabzug enthalten die von dem Vermieter beglichene Rechnungen sowohl umlagefähige als auch nicht umlagefähige Kostenanteile (häufig Instandhaltungs- oder Verwaltungskosten). Diese muss der Vermieter herausnehmen, bevor er die Kosten in die Abrechnung einstellt. Grundsätzlich muss der Mieter hierzu konkret vortragen, indem er aufgrund der Belegeinsicht die einzelnen Leistungskomponenten prüft und ggf. konkret der Höhe nach rügt (zB. Kontrolle der Wartungsrechnungen oder des Leistungsverzeichnisses des Hausmeisters). Ist ihm dieses nicht möglich, da für die nicht umlagefähigen Anteil keine Kosten ausgewiesen sind, muss er das einwenden und kann sodann die Umlagefähigkeit aller Kosten einfach bestreiten. Der Vermieter muss daraufhin die Kosten schätzen und konkret die Schätzgrundlagen darlegen. Sind die Leistungen nicht inhaltlich ausreichend konkretisiert, muss der Mieter dieses vortragen, kann dann jedoch die Umlagefähigkeit der Kosten einfach bestreiten.⁵⁶

bb) Nutzungsbedingter Vorwegabzug

Ein nutzungsbedingter Vorwegabzug bezieht sich zwar auf umlagefähige Betriebskosten, diese fallen jedoch im Rahmen einer einheitlichen Abrechnung der Gesamtkosten sowohl durch eine Wohnraum- als auch eine Gewerberaumnutzung innerhalb der Liegenschaft an.

Nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁷ ist der Vermieter, soweit die Parteien nichts anders vereinbart haben, zum Vorwegabzug der auf Gewerbeflächen entfallenden Kosten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht verpflichtet ist, wenn diese Kosten „*nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter*“ führen; Das ist nur dann nicht erforderlich, wenn die auf die Gewerbeeinheiten entfallenden Kosten separat ermittelt werden, etwa durch getrennte Wasserzähler.⁵⁸ Zu der Ermittlung, ob eine relevante Mehrbelastung vorliegt, sind nach der Rechtsprechung des BGH „*die konkreten Gegebenheiten des Gebäudekomplexes einerseits und die Art der gewerblichen Nutzung andererseits*“ zu beurteilen. Hierbei ist zudem „*hinsichtlich der einzelnen Betriebskosten zu differenzieren*“.⁵⁹

Unabhängig davon, dass der BGH das Erfordernis der Ausweisung eines Vorwegabzuges im Rahmen der formellen Anforderungen an die Betriebskostenabrechnung aufgegeben hat,⁶⁰ ist

⁵⁵ Vgl. BR-Drs 570/2008, 14; BGH NZM 2017, 607 (698); LG Dresden MDR 2016, 454; Zehelein NZM 2015, 913 (915).

⁵⁶ ZB. LG Itzehoe WuM 2015, 435; AG Münster WuM 2018, 429; umfassend hierzu Langenberg/Zehelein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 54 ff.

⁵⁷ BGH NJW 2006, 1419.

⁵⁸ BGH WuM 2012, 405.

⁵⁹ BGH NZM 2011, 118.

⁶⁰ BGH NZM 2016, 192 mit Anm. Zehelein.

es in inhaltlicher Hinsicht nach wie vor Aufgabe des Mieters vorzutragen, dass ein solcher erforderlich ist.⁶¹ Das ist nur dann nicht der Fall, die mehr als nur unerhebliche Mehrbelastung evident ist.⁶² Hat der Vermieter bei gemischten Kosten einen Vorwegabzug vorgenommen, sich jedoch auf einen pauschalen Abzug beschränkt, kann der Mieter diesen mit schlichtem Nichtwissen bestreiten, weil die Darlegungs- und Beweislast beim Vermieter liegt.⁶³

Für die Darlegung der Erforderlichkeit eines Vorwegabzuges genügt es nicht, lediglich das Bestehen einer Wirtschaftseinheit innerhalb der Liegenschaft vorzutragen, da kein allgemeiner Erfahrungsgrundsatz existiert, dass wirtschaftlich genutzte Einheiten mehr Verbrauch aufweisen oder höhere Kosten verursachen als Wohneinheiten.⁶⁴ Auch die schlichte Bezugnahme auf eine bestimmte Art von Gewerbebetrieben reicht (mit Ausnahmen der vorstehend genannten Evidenz) nach hiesiger Auffassung nicht aus.⁶⁵ Der Mieter hat konkrete Anhaltspunkte für die nach seiner Meinung notwendige Kostenabgrenzung vorzutragen. Zu deren Ermittlung hat er bei den verbrauchsunabhängigen Kosten die Möglichkeit, die Abrechnungsbelege und deren Grundlagen, zB die Verträge einschließlich etwa des Leistungsverzeichnisses des Hauswirts, einzusehen. Bei verbrauchsabhängigen Kosten bleibt dem Mieter die Möglichkeit, aufgrund erkennbarer Umstände oder beobachteten Verhaltens des/der Gewerbetreibenden seinen Einwand der fehlenden Vorerfassung zu konkretisieren. Hier sollten jedoch auch konkrete Erkenntnisse über das Verbrauchs- oder Verursachungsverhalten von Gewerbebetrieben des Typs ausreichen.

d) Flächenangaben

Die in der Abrechnung angesetzten Flächen darf der Mieter nach der Rechtsprechung des BGH nicht einfach bestreiten. Er muss hinsichtlich der eigenen Wohnungsgröße zumindest vortragen, warum er der Auffassung ist, die angegebene Größe würde nicht zutreffen. Hierzu ist es erforderlich aber auch ausreichend, dass er zumindest laienhaft eine Ausmessung vornimmt und vorträgt, wie er hierüber auf die seiner Auffassung nach (annähernd) zutreffende Fläche gelangt.⁶⁶ Auf eine in dem Mietvertrag ggf. abweichend angegebene Größe kann er sich nicht berufen, da für die Betriebskostenumlage ausschließlich die tatsächliche Fläche relevant ist.⁶⁷ Dass er gleichfalls auch die Gesamtfläche konkret bestreiten müsse, etwa zu Angaben zu Gebäudezuschnitt, Anzahl der Wohnungen und Stockwerke, ist eher unrealistisch und daher abzulehnen. Hierbei handelt es sich augenscheinlich um prozessuale Substantiierungsanforderungen. Ob der Mieter ebenfalls den fristwährenden Einwand nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB durch einfaches Bestreiten der Fläche führen kann, ist somit unklar, jedoch (hinsichtlich der eigenen Wohnung, siehe vorstehend) zu verneinen, da der Sinn und Zweck der Einwendungen, dem Vermieter tatsächliche Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Abrechnung zu erbringen, hierdurch nicht gewahrt wird.

⁶¹ BGH WuM 2011, 513; NZM 2007, 83.

⁶² LG Berlin WuM 2007, 576 für gewerblichen Müll eines größeren Lokals; LG Berlin WuM 2001, 412 für den Wasserverbrauch eines Friseurgeschäfts (fraglich); Blank in Blank/Börstinghaus 5. Aufl. 2017 § 556a Rn. 25; Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 F Rn. 164.

⁶³ BGH NZM 2008, 403.

⁶⁴ BGH ZMR 2011, 485; Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 57; Schmid NZM 2014, 572 (573).

⁶⁵ AA Wall Betriebskosten Kommentar 4. Aufl. 2015 Rn. 3227.

⁶⁶ BGH NZM 2017, NZM 2015, 44 = WuM 2014, 744 = ZMR 2015, 205; LG Berlin GE 2011, 485; Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 8. Aufl. 2016 J Rn. 36.

⁶⁷ BGH NJW 2018, 2317.

3. Zulässigkeit von einfachen Einwänden (Bestreiten des Inhalts der Abrechnung)

Dort, wo der Mieter durch die Belegeinsicht, schlichte Beobachtung von Abläufen oder mangels fachspezifischer Kenntnisse keine Möglichkeit, konkrete Einwände gegen die Abrechnung zu erheben, ist es ihm möglich, pauschale Einwände gegen die Abrechnung zu erheben bzw. einfach zu bestreiten. Dabei muss allerdings erkennbar sein, was genau der Mieter rügt, wo er also eine Fehlerhaftigkeit vermutet. Insoweit genügt auch hier der Einwand, dass die Abrechnung zu hoch sei, nicht aus.

Möglich ist es etwa neben den bereits genannten Vorgängen, die ordnungsgemäße Funktion der Erfassungsgeräte zu bestreiten, den Abschluss der in den Belegen vorgefundenen Verträge bzw. den Erlass von Bescheiden sowie die Ausführung von unmittelbar in Rechnung gestellten Leistungen, so die Zahlungspflicht hiervon unmittelbar abhängt. Nach hiesiger Ansicht kann auch die Gesamtfläche einfach bestritten werden. Allerdings ist gerade hierbei die Einwendung für den Mieter durchaus mit einem hohen Kostenrisiko verbunden. Zwar trägt der Vermieter die Beweislast für die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung,⁶⁸ erweist sich diese jedoch ganz oder teilweise als zutreffend, trägt der Mieter die Kosten der Beweisaufnahme, die nicht selten durch Inanspruchnahme eines Sachverständigen vorgenommen wird. Dem kann der Mieter nur dann durch ein sofortiges Anerkenntnis (§ 93 ZPO) entgehen, wenn der Vermieter vorprozessualen (nebenvertraglichen) Prüf- und Informationspflichten nicht nachkommt. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Eichfrist der Erfassungsgeräte abgelaufen ist. Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung⁶⁹ führt das auch nach § 33 Abs. 1 MessEG nicht zu einem Datenverwendungsverbot, sondern dazu, dass mangels durch die Eichung begründeten Richtigkeitsvermutung der Vermieter den Beweis führen muss.⁷⁰ Aufgrund der Eichpflicht hat der Vermieter jedoch selbst den Grund dafür gesetzt, dass der Mieter auf die Richtigkeit der Erfassung nicht mehr vertrauen kann. Macht er dennoch von den erlangten Messwerten in der Abrechnung Gebrauch ohne die Zähler auf ihre ordnungsgemäße Funktion geprüft und das Ergebnis dem Mieter mitgeteilt zu haben, kann dieser nach der Beweisführung sofort anerkennen.⁷¹

4. Prozessuale Geltendmachung inhaltlicher Fehler durch den Mieter (insb. nach „Belegeinsicht“)

Von besonderer prozessualer Brisanz ist immer der Vortrag des Mieters, wenn er sich gegen inhaltliche Fehler der Abrechnung wendet. Das auch, wenn er dabei auf die Abrechnungsbelege Bezug nimmt. Der Grund dafür liegt darin, dass dieser meist (prozessaktisch verständlich) versucht, die Darlegungslast so weit wie möglich auf den Vermieter zu verlagern oder gar das Gericht in die Amtsermittlung bringen möchte.

Zur Erinnerung: Der Vermieter trägt zwar die Beweislast für die Richtigkeit der in die Abrechnung eingestellten Kosten, es liegt jedoch ausschließlich beim Mieter, die entsprechenden Einwendungen zu erheben, was sich wegen § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB bereits aus dem materiellen Recht ergibt, und diese prozessual darzulegen (siehe I. 2. e) bb) (1)). Das bedeutet, dass der Mieter im Prozess konkret vorzutragen hat, warum die Abrechnung inhaltlich fehlerhaft ist, also welchen Einwand er gegen welche Position aus welchem Grunde

⁶⁸ BGH NJW 2018, 1599 = NZM 2018, 458 m. zust. Anm. Zehelein.

⁶⁹ Lammel WuM 2015, 531; Ruff WuM 2016, 255.

⁷⁰ Zehelein NZM 2017, 794 (796 ff.).

⁷¹ Zehelein NZM 2017, 794 (798).

geltend macht. Folgt der Einwand aufgrund einer zuvor durchgeführten Belegeinsicht, so muss dem Gericht vorgetragen werden, welche Kenntnisse aus dieser erlangt wurden und weshalb sich hieraus eine Fehlerhaftigkeit der angegriffenen Kostenposition ergibt.

a) Unzulässige Verlagerung der Darlegungslast auf den Vermieter

In der Praxis erfolgt hierbei jedoch häufig ein Vortrag, der zwar die Position bestreitet, aus dem jedoch nicht ausreichend ersichtlich ist, woraus sich die Rüge tatsächlich ergibt. Das ist jedoch zwingend erforderlich, da die Erhebung eines ausreichend substantiierten Einwandes die Beweislast des Vermieters auslöst. Das darf jedoch nicht derart gehandhabt werden, dass schon substanzlose Einwände hierzu führen, insbesondere dazu, dass der Vermieter überhaupt erst einmal zu den Kosten inhaltlich vortragen muss und damit tatsächlich der Fall eintritt, der nicht vorgesehen ist, nämlich der Vortrag des Vermieters zur Kostenrichtigkeit anstelle des Mietereinwandes zur Unrichtigkeit. Erst, wenn letzterer so konkret erhoben wird, dass der Mangel klar identifizierbar und prüffähig ist, wird die Beweislast des Vermieters begründet. Es reicht daher nicht aus, wenn der Mieter vorträgt, dass sich die Kosten aus den Belegen „nicht ergeben“ würden oder hierüber „nicht nachvollziehbar“ wären. Diese Angaben lassen nicht erkennen, was tatsächlich vorgefunden wurde und weshalb sich die Kosten hieraus nicht ergeben. Dabei stellt sich manchmal heraus, dass eine Belegeinsicht tatsächlich gar nicht stattgefunden hat oder nur auf die übersendeten Belege beschränkt ist (deren Vollständigkeit auch nicht vom Vermieter erklärt wurde). Häufig handelt es sich aber schlicht um Wertungen, weil Kostenausweisungen für den Mieter nicht ausreichend klar dargestellt sind oder schlicht auf einer unzutreffenden Beurteilung der Belege beruhen. Eben dieses muss aber vorgetragen werden, damit das Gericht weiß, welcher Einwand warum geführt wurde und insoweit dem Vermieter nunmehr die Beweislast aufgibt. Zur Lösung bietet sich hierbei im Grunde genommen nur eine sinnvolle Vorgabe an: Der Mieter muss die Belege in Kopie einreichen und (!) hierzu erklären, was er an diesen warum bemängelt. Natürlich gibt es keine prozessuale Pflicht zur Vorlage von Belegkopien, ein substantiiertes Vortragen hierzu ist jedoch erfahrungsgemäß andernfalls nicht möglich, zumal – erneut – hieran nicht die Beweislast des Darlegenden (Mieter) anknüpft, sondern der Gegenseite.

b) Unzulässige Amtsermittlung durch das Gericht

Anknüpfend an vorstehende Ausführungen ist jedoch ebenfalls nicht ausreichend, wenn der Mieter die Belegkopien dem Gericht schlicht vorlegt, sich aber hierzu im Weiteren nicht oder nur unkonkret (zB. „die Belege gegen die Kosten nicht her“) äußert. Denn das würde, was in der Praxis tatsächlich nicht selten bei Gerichten vorkommt, dazu führen, dass nunmehr das Gericht die Belege heranzieht und die Wiedergabe der in die Abrechnung eingestellten Kosten anhand dieser überprüft.

Diese Vorgehensweise ist in zweierlei Hinsicht unzulässig. Sie verstößt zunächst gegen den prozessualen Beibringungsgrundsatz, da es die Aufgabe des Mieters ist, inhaltliche Einwände gegen die Abrechnung vorzutragen, und zwar konkrete anhand (soweit erforderlich) den Erkenntnissen aus der Belegeinsicht. Die konkrete Belegprüfung durch das Gericht ist hiermit nicht zu vereinbaren, sondern stellt eine unzulässige Amtsermittlung dar. Zudem ist auch hier zu beachten, dass sich die Notwendigkeit der Prüfung der Abrechnungsbelege und die Erhebung inhaltlicher Einwände gegen die Abrechnung in ausreichend konkretem Umfang primär aus dem materiellen Recht ergibt. Denn der Mieter muss vor- bzw. außerprozessual

gem. § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB so vorgehen, um dem Einwendungsausschluss nach Satz 6 zu entgehen. Führt nunmehr das Gericht aufgrund der ihm vorgelegten Belege diese Prüfung durch und weist es zudem den Vermieter sodann gar auf inhaltliche Mängel hin, dann erfüllt es quasi als Erfüllungsgehilfe des Mieters dessen vertraglich/gesetzlich ihm zukommenden Aufgaben. Es würde dabei also nicht nur rechtsberatend tätig werden sondern aufgrund der Hinweise an den Vermieter, die materiell-rechtlich Einwendungen iSd. § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB darstellen, als dessen Vertreter fungieren.

Aus demselben Grunde ist es dem Gericht daher auch untersagt, die von dem Vermieter häufig zum Teil schon mit der Klageschrift eingereichten Belege zu prüfen. Es darf diese schlicht nicht beachten und kann erst aufgrund des konkreten Mietervortrages zu dessen Belegeinsicht mit der inhaltlichen Prüfung beginnen.

IV. Fazit

Die Darlegungslast hängt im Betriebskostenprozess unmittelbar mit dem Pflichtenverhältnis der Parteien bzw. dem Umfang der Abrechnungspflicht des Vermieters zusammen. Dieser schuldet zur Erfüllung dieser Pflicht eine formell-ordnungsgemäße Abrechnung, die den Anforderungen des § 259 BGB betrifft. Deren Existenz und rechtzeitigen Zugang bei dem Mieter binnen der Abrechnungsfrist nach § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB muss er darlegen und ggf. beweisen, wobei die Frage der formellen Rechtmäßigkeit vom Gericht von Amts wegen geprüft wird anhand der einzureichenden Abrechnung. Daher hier die Abrechnungspflicht endet, obliegt es dem Mieter, inhaltliche Einwände gegen diese zu erheben. Dieses muss er binnen der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB ausreichend konkret vornehmen, um mit diesen nicht gem. Satz 6 ausgeschlossen zu sein. Entsprechend verteilt sich auch die Darlegungslast im Prozess, so dass der Mieter zu der inhaltlichen Fehlerhaftigkeit substantiiert (idR nach Belegeinsicht) vorzutragen hat, so er nicht ausnahmsweise pauschal einwenden und daher auch einfach bestreiten kann. Die Rechtsprechung des BGH, nach welcher auch das vertragliche Recht, über die (oder einzelne) Betriebskosten abzurechnen, von der Ausschlussfrist erfasst sein soll, ist mit der Abrechnungs-/Einwendungssystematik des § 556 Abs. 3 und 4 BGB ebenso wenig in Einklang zu bringen, wie die Abrechnung über Kosten, die keine Betriebskosten sind, da es sich hierbei nicht um Einwendungen iSd. § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB handelt. Jedenfalls muss dieses in der Konsequenz aber dazu führen, dass der Vermieter auch vor Ablauf der Einwendungsfrist hierzu keinen Vortrag zu erbringen braucht, um eine schlüssige Nachforderungsklage zu erheben.