

*Prof. Dr. Florian Jacoby**

Die Rechtsnatur der Betriebskostenabrechnung**

Der folgende Beitrag will erläutern, dass die Betriebskostenabrechnung ihrer Natur nach nicht Rechtsgeschäft, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung in Form einer Wissenserklärung ist. Zu diesem Zweck gibt der Beitrag zunächst nach einer Einführung (unter I.) einen Überblick über den Meinungsstand (unter II.). Daraufhin wird erläutert, dass dem Vermieter zur Betriebskostenabrechnung zustehende Bestimmungsrechte von der eigentlichen Abrechnung abzugrenzen sind (unter III.). Schließlich wird die Bedeutung der Rechtsnatur an ausgewählten Fragen von Tatbestand (unter IV.) und Rechtsfolgen (unter V.) der Betriebskostenabrechnung aufgezeigt.

I. Einführung

Nach § 556 Abs. 1 S. 1 BGB können die Vertragsparteien eines Wohnraummietverhältnisses vereinbaren, dass der Mieter die Betriebskosten trägt. Nach § 556 Abs. 2 S. 1 BGB kann die Vereinbarung als Pauschale oder als Vorauszahlung ausgestaltet werden. Im Falle der Vereinbarung einer Vorauszahlung muss der Vermieter nach § 556 Abs. 3 S. 1 Halbs. 1 BGB über die Betriebskosten jährlich abrechnen. Diese Abrechnung ist Gegenstand dieses Beitrags.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH stellt die Abrechnung kein Rechtsgeschäft dar, sondern einen Rechenvorgang nach Maßgabe von § 259 BGB.¹ Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit dieser Aussage zugestimmt werden kann. Dafür sollen eine Reihe praktischer Fragen der Betriebskostenabrechnung behandelt werden, um gerade auch der Relevanz der Entscheidung über die Rechtsnatur einer Betriebskostenabrechnung nachzugehen. Der BGH hat seine Aussagen zur Rechtsnatur jüngst im folgenden Kontext geäußert:

1. In einer Entscheidung aus dem Juli 2016 hat der BGH auch dem Anspruch des Vermieters auf Betriebskostennachforderungen aus der Betriebskostenabrechnung den

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht sowie Direktor der Forschungsstelle für Immobilienrecht an der Universität Bielefeld.

** Referat auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2017 am 25. März 2017 in Dortmund.

¹ BGH v. 20.7.2016 – VIII ZR 263/14, NJW 2016, 323, Rn. 20; BGH v. 10.8.2010 – VIII ZR 319/09, ZMR 2011, 25 = NZM 2010, 783, Rn. 6; BGH v. 28.4.2010 – VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965, Rn. 8; ebenso für die Gewerberaummiete BGH v. 10.7.2013 – XII ZR 62/12, NJW 2013, 2885, Rn. 16.

Charakter als wiederkehrender Leistung im Sinne von § 216 Abs. 3 BGB zugesprochen.² Der Nachforderungsanspruch teile den Charakter der Vorauszahlungen, die ebenfalls auf dem Mietvertrag beruhten, während die Abrechnung den Charakter mangels rechtsgeschäftlichen Elements nicht verändere, sondern nur die Fälligkeit des Nachzahlungsanspruchs herbeiführe. Daher könne der Vermieter sich entgegen § 216 Abs. 1 BGB nach Verjährung der Nachzahlungsforderung zu deren Befriedigung nicht der Mietsicherheit bedienen.

2. Im August 2010 hatte sich der BGH mit einer Vollstreckungsabwehrklage zu befassen.³ Diese richtete ein Vermieter gegen seine Verurteilung, Betriebskostenvorauszahlungen zurückzuerstatten. Dieser stütze sein Rechtsbehelf auf die nach Rechtskraft des Urteils von ihm gegenüber dem Mieter erstellte Betriebskostenabrechnung. Danach hatte der Vermieter die Vorauszahlungen zu beanspruchen. Dieses Vorbringen hielt der Mieter für präkludiert nach § 767 Abs. 2 ZPO. Der BGH verwarf diese Auffassung des Mieters. Zwar könne die Geltendmachung von Gestaltungsrechten wie das der Aufrechnung nach § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein. Der Betriebskostenabrechnung mangle es aber eben an einem solchen rechtsgeschäftlichen Charakter, sie schaffe nur die tatsächliche Voraussetzung dafür, dass der Vermieter gezahlte Vorauszahlungen behalten und ein etwaiger Nachforderungsanspruch fällig werde.

3. Bereits im April 2010 hatte der BGH darüber entschieden, ob der Vermieter die Abrechnung an alle Vertragspartner richten müsse, die ihm auf Mieterseite gegenüberstehen, um Wirkungen der Abrechnung herbeizuführen.⁴ Wiederum unter Hinweis auf die fehlende rechtsgeschäftliche Qualität der Abrechnung verneinte der BGH das. Die Fälligkeit einer Nachforderung führe der Vermieter durch Übermittlung der Abrechnung an jeden einzelnen Mieter gesondert herbei. Die Abrechnung äußere Einzelwirkung nach § 425 BGB.

II. Der Meinungsstand zur Rechtsnatur

Der Meinungsstand zur Rechtsnatur soll im Weiteren kurz zusammengefasst werden.

1. Mietrecht

Im Mietrecht lässt sich insbesondere eine, vom BGH deutlich abweichende Sichtweise ausmachen.

² BGH v. 20.7.2016 – VIII ZR 263/14, NJW 2016, 323, Rn. 19 f.

³ BGH v. 10.8.2010 – VIII ZR 319/09, ZMR 2011, 25 = NZM 2010, 783, Rn. 6.

⁴ BGH v. 28.4.2010 – VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965, Rn. 8.

a) Abrechnung als rechtsgeschäftliche Handlung (§ 315 BGB)

Diese Sichtweise besteht darin, die Abrechnung als einseitiges Rechtsgeschäft anzusehen, mit dem der Vermieter von einem Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 BGB Gebrauch macht.⁵ Der Betriebskostenanteil der Miete sei variabel. Zu seiner Bestimmung bedürfe es eines Rechtsakts, den der Vermieter mit der Abrechnung vornehme. Dabei treffe er Ermessensentscheidungen etwa auch, wenn er zwischen Leistungs- oder Abflussprinzip sowie über die Bildung von Abrechnungseinheiten entscheide und das Wirtschaftlichkeitsgebot beachte.

b) Abrechnung als nicht rechtsgeschäftliche Handlung

Auf der anderen Seite steht die herrschende, dem BGH entsprechende Auffassung, dass die Abrechnung kein Rechtsgeschäft darstellt. Auf dieser Grundlage wird teilweise eine recht sonderbare weitere Aufteilung des Meinungsspektrums behauptet.⁶ So wird unterschieden, ob die Abrechnung bloße Wissenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung sei, auf die Vorschriften über das Rechtsgeschäft entsprechend anzuwenden seien.

Indessen unterscheidet die allgemeine Zivilhandlungslehre keinesfalls zwischen Wissenserklärungen und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen, sondern hält die Wissenserklärungen gerade für eine Fallgruppe der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen.⁷ Wissensmitteilungen werden insoweit dahin definiert, dass es sich um die Mitteilung von Informationen handelt, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft. Andere Fälle solcher Wissensmitteilungen sind etwa die Abtretungsanzeige, § 409 Abs 1 S. 1 BGB, oder die Kundgabe der Erteilung einer Innenvollmacht, § 171 Abs. 1 BGB. Die Wissensmitteilungen werden innerhalb der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen abgegrenzt von den Willensäußerungen. Bei diesen wird wie etwa bei der Mahnung zwar ein Wille erklärt (Mahnung beinhaltet „ich will, dass du zahlst“). Die Rechtsfolge beruht aber anders als bei einer Willenserklärung nicht auf dem erklärten Willen, sondern auf Gesetz. So tritt die

⁵ LG Hamburg ZMR 1995, 32, 33; Eisenhardt, WuM 2011, 146 ff.; Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009; Rn. V 301 f.

⁶ Blank, PiG 90, 2011, S. 85, 90; Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 157; Langenberg, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 325 f.; wohl auch Schmid/Harsch, in: Schmid/Harz, Mietrecht, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 150b f.

⁷ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 414 ff.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975, S. 112; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2017, Rn. 197.

Verzugsfolge des § 286 Abs. 1 S. 1 BGB ein, weil der Gläubiger den Schuldner zur Zahlung aufgefordert hat, ohne dass es darauf ankommt, ob der Gläubiger diesen Willen Verzugsseintritt erklärt hat. Anders liegt es beim Rechtsgeschäft Kündigung. Der Vertrag endet – Wirksamkeit der Kündigung vorausgesetzt – nicht kraft Gesetzes, sondern wegen des mit der Kündigung erklärten Willens, dass der kündigende Teil die Beendigung des Vertrags herbeiführen will.

Insbesondere in der Rechtsprechung des BGH finden sich keine Hinweise darauf, dass dieser sich gegen die Einordnung der Abrechnung als eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung wenden würde. Rechtsfolgen sind der Eintritt der Fälligkeit, vor allem aber die Ausschlusswirkungen für den Mieter, die § 556 Abs. 3 S. 6 BGB an die Abrechnung knüpft. Entgegen *Hans Langenberg* (in seiner Abgrenzung zur Auffassung von *Hubert Blank*) kommt es für die Einordnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung nicht darauf an, ob die Abrechnung selbst zur Anspruchsgrundlage wird.⁸ Es bedarf nur einer gesetzlichen Rechtsfolge, die an die Erklärung knüpft, was doch bei der Abrechnung nicht ernstlich streitig sein dürfte. Etwa die Kontroverse über die Anforderungen an ihre formelle Wirksamkeit wäre doch sonst obsolet.

Mit der Einordnung als rechtsgeschäftsähnlicher Handlung g einher, dass die Vorschriften über Rechtsgeschäfte nicht strikt, aber behutsam nach Maßgabe ihres Schutzzweckes angewendet werden können.⁹ Darauf wird zurückzukommen sein.

c) **These 1**

Zur Einordnung der Rechtsnatur der Betriebskostenabrechnung ist allein über die Alternative zu entscheiden, ob diese Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung in Form einer Wissenserklärung ist. Diese Entscheidung hängt davon ab, ob dem Vermieter die Befugnis zusteht, mit der Betriebskostenabrechnung auch die Höhe der Miete nach § 315 BGB zu bestimmen.

2. Der Blick über das Mietrecht hinaus

Ein kurzer Blick über das Mietrecht hinaus ergibt, dass das Bild bei anderen Vertragstypen nicht anders ist, wenn über die zu vergütende Leistung abzurechnen ist. So wird insbesondere im Bau- und Architektenrecht über die Bedeutung einer Rechnung gestritten, insbesondere

⁸ Vgl. einerseits *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 326; andererseits *Blank*, PiG 90, 2011, S. 85, 90; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 157.

⁹ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 416 ff.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2017, Rn. 198.

darüber, ob dem Unternehmer ein Honorarbestimmungsrecht nach § 315 BGB zusteht.¹⁰ Dies wird von der Rechtsprechung abgelehnt, in der Literatur fanden sich aber immer Befürworter.¹¹ Im Baurecht wird diese Diskussion sehr stark in dem Kontext geführt, inwieweit eine Rechnung Nachforderungen ausschließt.¹² Das ist eine Problematik, auf die zum Mietrecht zurückzukommen sein wird, deren Lösung dort allerdings sehr stark durch die Ausschlusswirkungen von § 556 Abs. 3 S. 3 u. 6 BGB bestimmt wird.

III. Bestimmungsrechte des Vermieters

Nach dem Gesagten kommt es für die Einordnung der Betriebskostenabrechnung darauf an, ob der Vermieter insoweit die Höhe der Miete bestimmen kann. Daher sollen im Weiteren einige im Zusammenhang mit der Betriebskostenabrechnung bestehende Bestimmungsrechte des Vermieters näher betrachtet werden.

1. Beispiele

Entsprechende Bestimmungsrechte werden zahlreich anerkannt.

a) Bestimmung des Umlageschlüssels

§ 556a Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt die Wohnfläche im Grundsatz zum gesetzlichen Umlageschlüssel. Diese Regelung erlaubt aber, dass die Vertragsparteien einen abweichenden Umlageschlüssel bestimmen. Als eine solche vertragliche Bestimmung lässt der BGH auch die Vereinbarung zu, dass der Vermieter im Wege eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB den Umlageschlüssel festlegt.¹³ Die Entscheidung gestattet allerdings keine dynamische Verwendung von jährlich wechselnden Schlüsseln. Jedenfalls in dem zu entscheidenden Fall hatte der Vermieter sich nur das Recht ausbedungen, den für das (gesamte) Mietverhältnis geltenden Verteilungsschlüssel einmal mit der ersten Abrechnung zu bestimmen.¹⁴

Weitere Möglichkeiten, den Umlageschlüssel für die Zukunft zu verändern, sieht das Gesetz vor. § 556a Abs. 2 BGB ermöglicht dem Vermieter die Einführung eines Umlageschlüssels, der an Verbrauch und Verursachung anknüpft. Eine solche Erklärung darf aber nicht erst in

¹⁰ *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 632 Rn. 120 ff.

¹¹ *Junker*, ZIP 1982, 1158; *Peters*, NJW 1977, 522.

¹² BGH v. 5.11.1992 – VII ZR 52/91, BGHZ 120, 133, 137; BGH v. 13.3.1985 – Iva ZR 211/82, BGHZ 94, 98, 103.

¹³ BGH v. 5.11.2014 – VIII ZR 257/13, NJW 2015, 952, Rn. 20 ff.

¹⁴ BGH v. 5.11.2014 – VIII ZR 257/13, NJW 2015, 952, Rn. 20.

der Abrechnung erfolgen, sondern muss vor Beginn eines Abrechnungszeitraums zugehen, § 556a Abs. 2 S. 2 BGB. Darüber hinaus erlaubt § 6 Abs. 4 HeizkostenV die Wahl der Abrechnungsmaßstäbe in den Grenzen der HeizkostenV zu verändern, wenn sich dafür sachgerechte Gründe ergeben. Allerdings kann auch diese Änderung nur für künftige Abrechnungszeiträume erfolgen.

b) Abrechnungsprinzip

Einen Spielraum billigt die Rechtsprechung dem Vermieter auch bei der Abrechnung verbrauchsabhängiger „kalter“ Betriebskosten (insbesondere Wasser, ggf. Müll) zu. Zwar verpflichtet die HeizkostenV in ihrem Anwendungsbereich dem Vermieter zu einer Abrechnung nach dem sog Leistungsprinzip (d. h. Umlage der Kosten, die für den jeweiligen Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallen sind).¹⁵ Außerhalb dieses Anwendungsbereichs komme aber auch eine Abrechnung nach dem sog. Abflussprinzip (d. h. Umlage der Kosten, mit denen der Vermieter selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird) grundsätzlich in Betracht – jedenfalls dann, wenn eine unbillige Benachteiligung des Mieters ausgeschlossen ist.¹⁶ Schon dieses Verbot der unbilligen Benachteiligung schließt es aus, dass der Vermieter das Abrechnungsprinzip jährlich wechselt. Vielmehr wirkt eine solche Festlegung im Grundsatz dauerhaft.¹⁷

c) Abrechnungseinheit

Der Vermieter kann nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB auch mehrere Gebäude zu einer Wirtschafts- und Abrechnungseinheit zusammenzufassen.¹⁸ Die Einführung solcher Abrechnungseinheiten lässt der BGH auch während des laufenden Mietverhältnisses zu, ohne dass es einer Ankündigung bedarf, so dass die Abrechnungseinheit auch erst in der Abrechnung eingeführt werden kann.¹⁹

¹⁵ BGH v. 1.2.2012 – VIII ZR 156/11 NJW 2012, 1141, Rn. 12.

¹⁶ BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 49/07, NJW 2008, 1300, 18 ff; BGH v. 20.2.2008 – VIII ZR 27/07, NJW 2008, 1801, Rn. 15 ff.

¹⁷ Im Ergebnis ebenso *Blank*, NZM 2008, 745, 754; vgl. auch *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 306; ferner Rn. 474 gegen die Umgehung der Ausschlusswirkung von § 556 Abs. 3 S. 3 BGB.

¹⁸ BGH v. 20.10.2010 – VIII ZR 73/10, NJW 2011, 368, Rn. 17.

¹⁹ BGH v. 13.9.2011 – VIII ZR 69/11, MietPrax-AK § 556 BGB Nr 81, Rn. 4.

d) Kostentrennung beim gemischt genutzten Anlagen

Eine Gestaltung durch den Vermieter kann auch die Kostentrennung bei gemischt nutzten Gebäuden bedeuten. Zwar ist nach der Rechtsprechung des BGH ein Vorwegabzug der auf Gewerbeflächen entfallenden Kosten nur dann geboten, wenn dieser erforderlich ist, um eine ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter zu verhindern.²⁰ Umgekehrt wird ein Vorwegabzug aber erforderlich, wenn nur so eine unbillige Belastung der Wohnraummieter verhindert werden kann.²¹

2. Verhältnis zur Abrechnung (Vorfrage oder Inhalt)

Es lässt sich also feststellen, dass der Vermieter auch auf Grundlage der Rechtsprechung des BGH in einer Reihe von Fällen über ein rechtsgeschäftliches Bestimmungsrecht verfügen kann, dessen Ausübung sich auf den Inhalt der Betriebskostenabrechnung auswirkt.

a) Unterscheidung von Bestimmungsrecht und Abrechnung

Damit ist aber keinesfalls festgestellt, dass die Betriebskostenabrechnung selbst rechtsgeschäftliche Elemente enthält. Denn das Zahlenwerk der Abrechnung lässt sich durchaus trennen von der Ausübung jedes dieser Bestimmungsrechte.²²

Deutlich wird diese Trennung bereits auf Tatbestandsebene, wenn Bestimmung und Abrechnung getrennt voneinander erfolgen müssen, etwa im Falle der gesetzlichen Vorgaben von § 556a Abs. 2 S. 2 BGB und § 6 Abs. 4 HeizkostenV. Aber auch in den anderen Fällen, in denen die Rechtsprechung großzügiger ist, lassen sich der Tatbestand der Ausübung des Bestimmungsrechts und die Abrechnung voneinander trennen, schon weil die Bestimmung außerhalb der Abrechnung erfolgen kann. Nicht zu übersehen sind ferner wenig komplexe Fallgestaltungen wie nicht zuletzt der Fall der Betriebskostenabrechnung bei der Vermietung eines Einfamilienhauses, in denen Bestimmungsrechte des Vermieters ausscheiden. Schließlich spricht auch die Formulierung des Tatbestands von § 556 Abs. 3 S. 2 BGB mit dem Begriff der Mitteilung gegen einen rechtsgeschäftlichen Charakter der Abrechnung.

Aber auch auf der Rechtsfolgenseite sind die Bestimmungsrechte von der Abrechnung zu scheiden. Die Rechtsfolgen der Abrechnung, insbesondere die Ausschlusswirkungen des

²⁰ BGH v. 8.3.2006 – VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419; BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05, NJW 2007, 211, Rn. 12.

²¹ BGH v. 13.10.2010 – VIII ZR 46/10, NZM 2011, 118, Rn. 21. – Dafür trägt der Mieter nach BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 251/05, NJW 2007, 211, Rn. 16, die Darlegungs- und Beweislast.

²² So auch *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 157 f.

§ 556 Abs. 3 S. 3 u. 6 BGB beschränken sich auf das Abrechnungsergebnis der konkreten Abrechnung. Für etwaige in der Abrechnung vom Mieter erklärte Leistungsbestimmungen gelten deren spezifische Rechtsfolgen. Insbesondere kann eine solche Leistungsbestimmung durch den Vermieter nach § 315 BGB verbindlich sein, während der Vermieter andere Punkte der Abrechnung noch innerhalb der Frist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB berichtigen und so gar eine Betriebskostennachzahlung erst nachträglich begründen kann.²³

b) Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsprinzips

In diese Unterscheidung der Bestimmungsrechte und der Abrechnung lässt sich auch das Wirtschaftlichkeitsgebot aus § 556 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 BGB einordnen.

Nach Auffassung des BGH beschränkt das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht einen Entscheidungsspielraum des Vermieters, den dieser nach BGH bei der Erstellung der Abrechnung gar nicht hat. Das Wirtschaftlichkeitsgebot stellt vielmehr eine Nebenpflicht des Vermieters im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB dar.²⁴ Ihre Verletzung kann eine Schadensersatzpflicht des Vermieters aus § 280 Abs. 1 BGB auslösen. Entsprechend trifft den Mieter grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für einen solchen Verstoß.²⁵ Diese Auffassung für das Mietrecht entspricht auch der herrschenden Sichtweise zur Stundenlohnabrede im Werkvertragsrecht.²⁶ Der Unternehmer kann einerseits die erbrachten Stunden abrechnen, andererseits macht er sich aber schadensersatzpflichtig, wenn er seine Pflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung verletzt.²⁷

Auf dieser Grundlage lässt sich also keinesfalls eine Beschränkung eines Leistungsbestimmungsrechts bei der Abrechnung annehmen. Vielmehr ist auch eine gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßende Abrechnung richtig.²⁸ Führt ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot danach also nicht zur Unrichtigkeit der Betriebskostenabrechnung, besteht aber ein Anspruch auf Freihaltung von der Tragung unwirtschaftlicher Positionen aus § 280 Abs. 1 BGB. Dieser Einwand muss freilich über § 242 BGB unmittelbar zu einer

²³ Vgl. BGH v. 12.1.2011 – VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843, Rn. 13, dazu unten X.

²⁴ BGH v. 28.11.2007 – VIII ZR 243/06, NJW 2008, 440, Rn. 14.

²⁵ BGH v. 6.7.2011 – VIII ZR 340/10, NJW 2011, 3028, Rn. 16; ausführlich dazu *Milger*, NZM 2012, 657 ff.

²⁶ Auf diese Parallele weisen etwa treffend hin *Milger*, NZM 2012, 657, 658; *Peters* NZM 2012, 145, *Streyll*, NZM 2006, 125, 129.

²⁷ BGH v. 28.5.2009 – VII ZR 74/06, NJW 2009, 3426, Rn. 18.

²⁸ Besonders nachdrücklich *Milger*, NZM 2012, 657, 658: „zwei paar Schuhe“; zustimmend *Schmid/Zehelein*, in: Münchener Kommentar, BGB, 7. Aufl. 2016, § 556 Rn. 125.

Einwendung gegen die Abrechnungsforderung führen, so dass diese Einwendung deswegen auch der Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S.6 BGB unterliegt. Diese Einwendung ist aber auf den Umfang beschränkt, in dem die unwirtschaftliche Handhabung die Betriebskostenforderung erhöht hat. Im Übrigen bleibt diese unberührt, so dass der Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot der Fälligkeit einer Nachforderung im Übrigen nicht entgegensteht.²⁹

Teilweise werden die Wirkungen des Wirtschaftlichkeitsgebotes auch darin erkannt, die Möglichkeit des Vermieters zu beschränken, Betriebskosten umzulegen.³⁰ Das Gesetz begrenze hier auf solche Kosten, die bei einer wirtschaftlichen Geschäftsführung entstehen. Aber auch dieser Auffassung nach beschreibt das Wirtschaftlichkeitsgebot eine starre objektive Grenze. Auch diese Auffassung lässt also keinen Raum für eine Befugnis des Vermieters, durch Rechtsgeschäft den Umfang der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten und daher die Miethöhe zu bestimmen.

3. These 2

Die dem Vermieter eingeräumten Bestimmungsrechte betreffen Vorfragen der Abrechnung. Daher sind beide Rechtshandlungen voneinander zu trennen. Auch das Wirtschaftlichkeitsgebot erzeugt eigenständige Rechtsfolgen, ohne ein Recht des Vermieters vorauszusetzen, die Miethöhe zu bestimmen. Daher ist die Abrechnung nicht Rechtsgeschäft, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung (Wissenserklärung).

IV. Beachtlichkeit der Abrechnung (Tatbestand)

Die Rechtsnatur der Betriebskostenabrechnung wirkt sich aus, wenn man nach den Anforderungen an ihre Beachtlichkeit, mithin nach ihrem Tatbestand fragt. Als tatbestandliche Voraussetzungen lassen sich der Art nach die beiden Folgenden unterscheiden:

1. Wirksamwerden der Abrechnung

Auf der einen Seite ergeben sich die allgemeinen Anforderungen der zivilrechtlichen Handlungslehre an Wirksamwerden und Wirksamkeit. Freilich enthält das BGB für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen keine allgemeinen Bestimmungen. Wie bereits erwähnt können aber die Regelungen über Willenserklärungen im Lichte von ihrem Sinn und Zweck angewendet werden.

²⁹ *Schmid/Zehlelein*, in: Münchener Kommentar, BGB, 7. Aufl. 2016, § 556 Rn. 126.

³⁰ *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 151.

a) Wirksamwerden durch Zugang

Empfangsbedürftige rechtsgeschäftsähnliche Handlungen werden grundsätzlich wie Rechtsgeschäfte durch Zugang wirksam.³¹ Zu diesen empfangsbedürftigen zählt die Abrechnung, weil § 556 Abs. 3 S. 2 BGB nicht nur Erstellung, sondern Mitteilung der Abrechnung verlangt. Die Abrechnung wird also grundsätzlich wirksam, wenn sie dem Mieter zugeht,³² ohne dass es auf dessen Kenntnisnahme ankommt.

In diesem Kontext stellt sich die vom BGH entschiedene Frage, ob im Falle mehrerer Mieter die Abrechnung erst wirksam wird, wenn sie allen Mietern zugeht. Angesichts der jedenfalls insoweit bejahten Anwendung der Bestimmungen über Rechtsgeschäfte auch auf die Abrechnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung, kann die Beantwortung dieser Frage entgegen *Friedemann Stornel* kaum von der Einordnung der Rechtsnatur der Abrechnung abhängen.³³ Entscheidend ist vielmehr die Anwendung der Bestimmungen über die Gesamtschuld.³⁴ Die Abgrenzung von Gesamt- und Einzelwirkung ist im Hinblick auf die mit der Abrechnung verbundenen Wirkungen vorzunehmen. Die Abrechnung führt zum einen zur Fälligkeit einer etwaigen Nachforderung, zum anderen verhindert der Vermieter insoweit auch die Präklusion durch § 556 Abs. 3 S. 3 BGB. Diese Wirkungen werden nicht ausdrücklich in §§ 422 ff. BGB genannt. Insoweit streitet allerdings bereits die allgemeine Regel in § 425 Abs. 1 BGB für bloße Einzelwirkung, dass die Wirkungen der Abrechnung auch gegen nur einen mehrerer Mieter herbeigeführt werden können. Dieses Ergebnis lässt sich noch anhand der Regelbeispiele in § 425 Abs. 2 BGB erhärten. Danach kommt der Fälligkeitskündigung Einzelwirkung zu, was dann auch für die Herbeiführung durch Abrechnung gelten muss.³⁵ Als weiteres Regelbeispiel der Einzelwirkung nennt § 425 Abs. 2 BGB die Hemmung der Verjährung. Insoweit lässt sich eine Vergleichbarkeit zur Abrechnung damit begründen, weil auch diese das Entstehen einer Ausschlusswirkung, freilich nicht nach § 214 BGB, sondern nach § 556 Abs. 3 S. 3 BGB hindert. Nach alledem genügt also der Zugang der Abrechnung bei einem Mieter, um diesem gegenüber die Wirkungen der Abrechnung herbeizuführen.

³¹ *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 420; enger für die Abmahnung BAG v. 9.8.1984 – 2 AZR 400/8, NJW 1985, 823.

³² BGH v. 21.1.2009 – VIII ZR 107/08, NJW 2009, 2197, Rn. 10.

³³ Siehe aber *Stornel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009; Rn. V 301a.

³⁴ In diese Richtung auch BGH v. 28.4.2010 – VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965, Rn. 9.

³⁵ Abermals sei verwiesen auf BGH v. 28.4.2010 – VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965, Rn. 9.

Mit dieser Feststellung ist indessen keine Aussage darüber getroffen, inwieweit die oben gewürdigten Bestimmungsrechte des Vermieters auch wirksam allein einem Mieter gegenüber ausgeübt werden können. Da sich insoweit der Inhalt des Mietvertrages ändert, müssen diese Anordnungen grundsätzlich im Zweifel allen Mietern gegenüber vorgenommen werden. Ein insoweit etwaig bestehender Mangel der Bestimmung durch den Vermieter hindert aber wiederum die Wirksamkeit der Abrechnung nicht. Diese Abrechnung kann allerdings einen materiellen Fehler aufweisen, weil sie einen falschen Schlüssel verwendet o. ä.

b) Stellvertretung

Die Abrechnung ist von dem Vermieter vorzunehmen. Handelt für ihn ein Dritter, sind die Vorschriften über die Stellvertretung in §§ 164 ff. BGB entsprechend anzuwenden.³⁶ Das schließt insbesondere die Anwendung von § 174 BGB ein.³⁷ Rechnet also ein Vertreter für den Vermieter ab, droht ihm die Zurückweisung, wenn dem Mieter keine Vollmachtsurkunde vorgelegt wurde und der Mieter auch nicht über die Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt wurde.

c) Anfechtung bei Irrtümern

Im Hinblick auf die Möglichkeit, eine erteilte Abrechnung zu korrigieren, stellt sich die Frage ob die Regelungen über die Irrtumsanfechtung greifen. Im Ergebnis ist das zu verneinen. Dieses Ergebnis lässt sich aber nicht schematisch daraus ableiten, dass es sich bei der Abrechnung um eine Wissenserklärung, aber kein Rechtsgeschäft handelt.³⁸ Maßgeblich ist die spezifische Bindungswirkung der Abrechnung. Eine Korrektur zu eigenen Lasten und zum Vorteil des Mieters ist dem Vermieter stets zuzubilligen.³⁹ Die Grenzen einer Korrektur zugunsten des Mieters bestimmt herrschender Meinung nach § 556 Abs. 3 S. 3 BGB mit

³⁶ Vgl. *Blank*, PiG 90, 2011, S. 85, 90; allgemein *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 421.

³⁷ BGH v. 17.10.2000 – X ZR 97/99, BGHZ 145, 343, 346. Ausdrücklich anders freilich nunmehr § 651g Abs. 1 S. 2 BGB nur für den Spezialfall des Reiserechts, dass der Reisende Ansprüche binnen einer Ausschlussfrist geltend zu machen hat.

³⁸ So aber *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 398.

³⁹ Vgl. allgemein auch *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 419; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2017, Rn. 198.

seiner Jahresfrist.⁴⁰ Ist diese abgelaufen, würde auch eine Beseitigung der fehlerhaften Abrechnung im Wege der Anfechtung dem Vermieter nicht helfen. Läuft die Frist hingegen noch, kann der Vermieter seine Abrechnungsforderung aber noch erhöhen, ohne dass die fehlerhafte Erstabrechnung ihn hindert.⁴¹

Diese Aussage im Hinblick auf die Betriebskostenabrechnung lässt sich nicht auf die einzelnen Bestimmungsrechte des Vermieters übertragen. Sofern diese eine verbindliche Gestaltung vornehmen, liegt es nahe, eine Korrektur allein nach Maßgabe der §§ 118 ff., 142 f. BGB zuzulassen.

2. Formelle Wirksamkeit

Die tatbestandlichen Anforderungen einer Abrechnung leitet der BGH seit jeher aus § 259 BGB her.⁴² Die vier Erfordernisse (1) Zusammenstellung der Gesamtkosten, (2) Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, (3) Berechnung des Anteils des Mieters (4) Abzug der Vorauszahlungen des Mieters beschreiben danach die Anforderungen an die formelle Wirksamkeit, die Grundlage für die umfassende Ausschlusswirkung des § 556 Abs. 3 S. 6 BGB ist.⁴³ Dabei hat der BGH in letzter Zeit die Anforderungen an die formelle Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung reduziert.⁴⁴ Für das hier in Rede stehende Thema bedarf das indessen keiner Vertiefung.

3. These 3

Der Charakter der Betriebskostenabrechnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung wirkt sich darauf aus, die Anforderungen an Wirksamwerden und Wirksamkeit der Abrechnung zu formulieren. So wird die Abrechnung durch Zugang wirksam, wobei angesichts der Wirkungen der Abrechnung nach § 425 Abs. 1 BGB bereits der Zugang bei einem von mehreren Mietern die Wirkungen der Abrechnung gegenüber diesem eintreten lässt. Rechnet ein Dritter für den Vermieter ab, gelten §§ 164 ff. BGB, einschließlich insbesondere § 174 BGB. Einer Fehlerkorrektur nach Maßgabe der Anfechtungsregelungen bedarf es hingegen

⁴⁰ Für die Gewerberaummiete lehnen BGH v. 10.7.2013 – XII ZR 62/12, NJW 2013, 2885 und BGH v. 28.5.2014 – XII ZR 6/13NJW 2014, 2780, ebenfalls eine Bindungswirkung ab, ohne diese auf § 556 Abs. 3 S. 3 BGB stützen zu können. Der XII. Senat verneint insoweit schlicht einen Rechtsgrund für eine Bindung des Vermieters.

⁴¹ BGH v. 12.1.2011 – VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843, Rn. 13.

⁴² Grundlegend BGH v. 23.11.1981 – VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573.

⁴³ BGH v. 11.5.2016 – VIII ZR 209/15, NJW 2016, 2254.

⁴⁴ BGH v 20.1.2016 – VIII ZR 93/15, NJW 2016, 866.

nicht, weil § 556 Abs. 3 BGB die Grenzen der Korrekturmöglichkeiten eigenständig bestimmt.

V. Der Anspruch auf Tragung von Betriebskosten und die Abrechnung

Schließlich sollen einige Rechtsfolgen der Betriebskostenabrechnung im Hinblick auf ihre Rechtsnatur betrachtet werden.

1. Der Anspruch auf Tragung von Betriebskosten im Zeitraffer

Ein Anspruch des Vermieters gegen den Mieter, dass dieser Betriebskosten trägt, bedarf der (1) Vereinbarung im Mietvertrag, § 556 Abs. 1 S. 1 BGB. Vereinbaren die Vertragsparteien entsprechend § 556 Abs. 2 BGB das Vorauszahlungsmodell, werden die Vorauszahlungen nach § 556b Abs. 1 BGB spätestens bis zum (2) dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte, regelmäßig also jeden Monats fällig. Eine etwaige Nachzahlung oder eine Rückzahlung überzahlter Betriebskosten wird mit der (3) Mitteilung der Abrechnung fällig.⁴⁵ Diese Mitteilung muss spätestens (4) zwölf Monate nach Ablauf des maximal ein Jahr umfassenden Abrechnungszeitraums erfolgen. Danach kann der Vermieter grundsätzlich nach § 556 Abs. 3 S. 3 BGB keine Nachzahlungsforderung mehr berechnen. Dem Mieter verbleiben dann (5) weitere zwölf Monate, um Einwendungen gegen die Abrechnung zu erheben.

2. Der Anspruch auf Abrechnung

Der Anspruch des Mieters auf Abrechnung folgt aus § 556 Abs. 3 S. 2 BGB. Er ist fällig am letzten Tag der Jahresfrist. Das wird vielfach der 31. Dezember sein. Dann beginnt, weil Fälligkeit und Ultimo (§ 199 Abs. 1 BGB) auf einen Tag fallen, die Verjährung am nächsten 1. Januar und endet nach drei Jahren wiederum am 31. Dezember. Ist der letzte Tag der Zwölfmonatsfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB zwar der 31. Dezember., dieser aber ein Sonnabend, Sonntag oder Feiertag, so wird die Abrechnung erst am nächsten Werktag fällig, § 193 BGB.⁴⁶ Die Verjährung des Abrechnungsanspruchs tritt angesichts der Ultimoregelung des § 199 Abs. 1 BGB dann erst ein Jahr später ein.

Der Mieter kann bei Fälligkeit nicht nur auf Durchsetzung des Abrechnungsanspruchs klagen. Bei fortdauerndem Mietverhältnis kann er dem Vermieter den Anspruch auch einredeweise nach § 273 BGB entgegenhalten, insbesondere hinsichtlich des Anspruchs des Vermieters auf

⁴⁵ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, 1501.

⁴⁶ Langenberg, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 461.

weitere Vorauszahlungen.⁴⁷ Bei beendetem Mietverhältnis entfällt ein entsprechendes Druckpotential. Der BGH gewährt dem Mieter daher auch einen Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses, ohne das Erfordernis, vorher (im Wege einer Stufenklage nach § 254 ZPO) eine Abrechnung zu verlangen.⁴⁸ Das bringt viele Folgeprobleme mit sich, wie das eingangs geschilderte Problem, wie der Anspruch zu einer verspäteten Abrechnung durch den Vermieter steht.⁴⁹ Es überzeugt aber, die Vorauszahlungsabrede so zu verstehen, dass der Gläubiger sich auf diese vorgezogene Fälligkeit nur so lange berufen kann, wie sich die Abrechnung nicht erstellen lässt.⁵⁰

Die Rechtsnatur der Betriebskostenabrechnung berühren diese Fragen aber nur am Rande, so dass diese hier nicht vertieft werden sollen.

3. Einzelfragen

Beschränkt man konsequent die Wirkungen der Betriebskostenabrechnung darauf, die Fälligkeit der Erstattungsforderungen herbeizuführen und als Grundlage für die Ausschlusswirkungen des § 556 Abs. 3 S. 3 u. 6 BGB zu dienen, ergibt sich im Einzelnen folgendes Bild:

a) Anspruchsgrund

Der Anspruch auf Miete folgt aus dem Mietvertrag. Diese Aussage gilt auch für den Anspruch des Vermieters, dass der Mieter Betriebskosten trägt.⁵¹ Die Betriebskostenabrechnung taugt hingegen nicht als Anspruchsgrundlage. Es handelt sich also um einen einheitlichen vertraglichen Anspruch auf Erstattung von Betriebskosten, während die Regelung über Vorauszahlungen und Abrechnung allein die Fälligkeit dieses einheitlichen Anspruchs betreffen.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552; BGH v. 26.9.2012 – VIII ZR 315/11 NJW 2012, 3508, Rn. 9.

⁴⁸ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, 1501; BGH v. 26.9.2012 – VIII ZR 315/11 NJW 2012, 3508, Rn. 8.

⁴⁹ Vgl. BGH v. 10.8.2010 – VIII ZR 319/09, ZMR 2011, 25 = NZM 2010, 783 zur Rechtskraftwirkung eines Urteils über den Rückzahlungsanspruch (dazu oben unter I.); BGH v. 22.9.2010 – VIII ZR 285/09, NJW 2011, 143, zur Aufrechnung mit dem Rückzahlungsanspruch; ferner *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 285 ff.

⁵⁰ Vgl. auch zum Baurecht BGH v. 14.1.2010 – VII ZR 108/08, BGHZ 183, 366, Rn. 19.

⁵¹ BGH v. 20.7.2016 – VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231, Rn. 20.

b) Fälligkeit

Mit der Abrede über die Vorauszahlung wird die Fälligkeit des aus dem Mietvertrag folgenden Anspruchs auf Erstattung von Betriebskosten geregelt. Diese Regelung behält ihre Gültigkeit bis zur Abrechnung, sonst längstens bis zum Zeitpunkt der Abrechnungsreife des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB. Ab diesem Zeitpunkt kann der Vermieter seinen Anspruch nicht mehr auf die Vorauszahlungsregelung stützen.⁵²

c) Verjährung

Bei der Frage der Verjährung zeigt sich, dass weithin der Übergang vom Anspruch auf rückständige Vorauszahlungen zum Nachzahlungsanspruch aus der Ist-Abrechnung nicht bloß als Änderung der Fälligkeitsbegründung angesehen wird. Es wird nämlich unterschieden zwischen der Verjährung des Anspruchs auf Vorauszahlungen und dem aus der Abrechnung.⁵³ Daher soll eine Verjährung des Anspruchs auf Vorauszahlungen nicht eintreten können, weil dieser Anspruch nur bis zur Abrechnungsreife, also deutlich vor Ablauf der dreijährigen Regelverjährung geltend gemacht werden könne. Der Anspruch aus der Betriebskostenabrechnung beginne hingegen mit dem fälligkeitsbegründenden Zugang der Abrechnung.⁵⁴ So räumen diese Stimmen dem Vermieter de facto die Möglichkeit ein, durch die Abrechnung die Verjährung für Rückstände auf die Vorauszahlungen abermals beginnen zu lassen.

Das überzeugt nicht. Es handelt sich um einen einheitlichen Anspruch auf Tragung von Betriebskosten. Soweit dieser als sog. Vorauszahlungsanspruch bereits fällig geworden ist, läuft insoweit die Verjährung nach Maßgabe des § 199 Abs. 1 BGB. Das gilt auch für den Teil des rückständigen Anspruchs, der zum Forderungsgegenstand der Abrechnung wird. Die Abrechnung setzt eine neue Verjährungsberechnung nur insoweit in Gang, als der Nachzahlungsanspruch darauf beruht, dass die Vorauszahlungen als zu gering angesetzt waren.

d) Streitgegenstand

Der einheitliche Anspruchsgrund setzt sich auch prozessual in Gestalt eines einheitlichen Streitgegenstands von „Vorauszahlungsklage“ und „Abrechnungsklage“ fort. Auch BGH und

⁵² BGH v. 16.6.2010 – VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145, Rn. 22

⁵³ Langenberg, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 512.

⁵⁴ Langenberg, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 512; Weitemeyer, in: Staudinger, Neubearb. 2014, § 556 Rn. 124.

ganz herrschende Meinung nehmen keine Klageänderung an, wenn der Vermieter vom „Vorauszahlungsanspruch“ auf den „Nachzahlungsanspruch“ wechselt. Vielmehr liege ein Fall des § 264 Nr. 3 ZPO vor.⁵⁵

Es wird aber nicht, wie es § 264 Nr. 3 ZPO regelt, ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert. Der Vermieter macht nach wie vor seinen Anspruch auf Erstattung der Betriebskosten geltend, für den sich nur der Grund der Fälligkeit von der Vorauszahlungsregelung auf die Abrechnungsregelung verändert. Daher liegt ein Fall des § 264 Nr. 1 ZPO vor, wie es der BGH auch im Werkvertrag für den Übergang von Abschlagszahlungen auf die Schlussrechnung ausgesprochen hat.⁵⁶ Welchen Fall des § 264 ZPO man heranzieht, wirkt sich freilich auf das Ergebnis nicht aus.

e) **Klärung des Umfangs**

Die Betriebskostenabrechnung trägt dazu bei, bereits vor Verjährung etwaiger Ansprüche von Vermieter oder Mieter Streit oder Ungewissheit über den Umfang der zu erstattenden Betriebskosten zu bereinigen. Diese Wirkungen beruhen aber nicht – wie dargestellt – auf den Wirkungen der Abrechnung selbst, sondern allein auf den gesetzlichen Anordnungen in § 556 Abs. 3 S. 3 u. 6 BGB. Allein aus der Auslegung dieser Regelungen ergibt sich der Umfang der Ausschlusswirkung.⁵⁷

Damit geht einher, dass die Abrechnung selbst keine Bindungswirkung herbeiführt. Der Vermieter kann innerhalb der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB seine Abrechnung noch korrigieren.⁵⁸ Gleichzeitig kann der Mieter, auch wenn er auf die Betriebskostenabrechnung vorbehaltlos zahlt, Einwendungen noch geltend machen, solange er nicht nach § 556 Abs. 3 S. 6 BGB damit ausgeschlossen ist.⁵⁹

⁵⁵ BGH v. 16.6.2010 – VIII ZR 258/09, NJW 2011, 145, Rn. 22; *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 291.

⁵⁶ BGH v. 8.12.2005 – VII ZR 191/04, NZBau 2006, 175 gegen BGH v. 5.11.1998 – VII ZR 191/97, NJW 1999, 71, wo noch selbstständige Forderungen angenommen wurden; zustimmend *Peters/Jacoby*, in: *Staudinger*, Neubearb. 2014, § 632a Rn. 40. Indes ebenfalls für § 264 Nr. 3 ZPO BGH v. 11.11.2004 – VII ZR 128/03, NZBau 2005, 158.

⁵⁷ Dazu zuletzt BGH v. 11.5.2016 – VIII ZR 209/15, NJW 2016, 2254.

⁵⁸ BGH v. 12.1.2011 – VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843, Rn. 13.

⁵⁹ BGH v. 12.1.2011 – VIII ZR 296/09, NJW 2011, 843, Rn. 18.

f) Rückforderung

Ein Anspruch des Mieters auf Rückforderung gezahlter Vorschüsse ergibt sich zunächst, wenn die Abrechnung ausweist, dass die Vorauszahlungen die tatsächlich zu erstattenden Betriebskosten übersteigen. Aber auch dann ist nicht die Betriebskostenabrechnung die Anspruchsgrundlage, sondern der Mietvertrag mit seiner Vorauszahlungsabrede, der ein solcher Rückzahlungsanspruch immanent ist.

Ein weiterer Anlass für die Rückzahlung kann, wie bereits erörtert, sein, dass der Vermieter trotz Abrechnungsreife keine Abrechnung vorlegt. Der Rückzahlungsanspruch, der herrschend nur bei Beendigung des Mietvertrags bejaht wird, folgt dann ebenfalls als der Vorauszahlungsabrede.⁶⁰

4. These 4

Bei Analyse des Anspruchs des Vermieters gegen den Mieter, die Betriebskosten zu tragen, sind die allein gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen der Wissenserklärung Betriebskostenabrechnung zu beachten. Diese bestehen nur darin, die Fälligkeit mietvertraglicher Ansprüche zu begründen und als Grundlage für die Ausschlusswirkungen des § 556 Abs. 3 S. 3 u. 6 BGB zu dienen. Insbesondere stellt die Betriebskostenabrechnung keinen eigenen Anspruchsgrund dar. Den einheitlichen Anspruchsgrund bildet der Mietvertrag. Daraus einmal als Vorauszahlung fällig gewordene Ansprüche verjähren bei entsprechendem Rückstand des Mieters nach Maßgabe von §§ 195, 199 BGB weiter, ohne dass ihre Aufnahme in die Betriebskostennachforderung sich insoweit auf die Verjährung auswirkt. Auch berührt dieser Übergang von Vorauszahlungsfälligkeit auf Abrechnungsfälligkeit den Streitgegenstand einer Klage auf rückständige Miete nicht. Umgekehrt beruht ein etwaiger Anspruch des Mieters auf Rückzahlung überzahlter Vorschüsse ebenfalls auf dem Mietvertrag und der darin enthaltenen Vorschussregelung, nicht auf der Abrechnung.

VI. Zusammenfassung

Der Schwerpunkt des Inhalts dieses Beitrags lässt sich in den vier am Ende der einzelnen Abschnitte aufgestellten Thesen zusammenfassen:

1. Zur Einordnung der Rechtsnatur der Betriebskostenabrechnung ist allein über die Alternative zu entscheiden, ob diese Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung in Form einer Wissenserklärung ist. Diese Entscheidung hängt davon ab, ob

⁶⁰ Siehe oben V. 2. mit BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, 1501.

dem Vermieter die Befugnis zusteht, mit der Betriebskostenabrechnung auch die Höhe der Miete nach § 315 BGB zu bestimmen.

2. Die dem Vermieter eingeräumten Bestimmungsrechte betreffen Vorfragen der Abrechnung. Daher sind beide Rechtshandlungen voneinander zu trennen. Auch das Wirtschaftlichkeitsgebot erzeugt eigenständige Rechtsfolgen, ohne ein Recht des Vermieters vorauszusetzen, die Miethöhe zu bestimmen. Daher ist die Abrechnung nicht Rechtsgeschäft, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung (Wissenserklärung).
3. Der Charakter der Betriebskostenabrechnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung wirkt sich darauf aus, die Anforderungen an Wirksamwerden und Wirksamkeit der Abrechnung zu formulieren. So wird die Abrechnung durch Zugang wirksam, wobei angesichts der Wirkungen der Abrechnung nach § 425 Abs. 1 BGB bereits der Zugang bei einem von mehreren Mietern die Wirkungen der Abrechnung gegenüber diesem eintreten lässt. Rechnet ein Dritter für den Vermieter ab, gelten §§ 164 ff. BGB, einschließlich insbesondere § 174 BGB. Einer Fehlerkorrektur nach Maßgabe der Anfechtungsregelungen bedarf es hingegen nicht, weil § 556 Abs. 3 BGB die Grenzen der Korrekturmöglichkeiten eigenständig bestimmt.
4. Bei Analyse des Anspruchs des Vermieters gegen den Mieter, die Betriebskosten zu tragen, sind die allein gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen der Wissenserklärung Betriebskostenabrechnung zu beachten. Diese bestehen nur darin, die Fälligkeit mietvertraglicher Ansprüche zu begründen und als Grundlage für die Ausschlusswirkungen des § 556 Abs. 3 S. 3 u. 6 BGB zu dienen. Insbesondere stellt die Betriebskostenabrechnung keinen eigenen Anspruchsgrund dar. Den einheitlichen Anspruchsgrund bildet der Mietvertrag. Daraus einmal als Vorauszahlung fällig gewordene Ansprüche verjähren bei entsprechendem Rückstand des Mieters nach Maßgabe von §§ 195, 199 BGB weiter, ohne dass ihre Aufnahme in die Betriebskostennachforderung sich insoweit auf die Verjährung auswirkt. Auch berührt dieser Übergang von Vorauszahlungsfälligkeit auf Abrechnungsfälligkeit den Streitgegenstand einer Klage auf rückständige Miete nicht. Umgekehrt beruht ein etwaiger Anspruch des Mieters auf Rückzahlung überzahlter Vorschüsse ebenfalls auf dem Mietvertrag und der darin enthaltenen Vorschussregelung, nicht auf der Abrechnung.