

Darlegungs- und Beweislast im Betriebskostenrecht

Ri'inLG Agnès Knopper

September 2018

Inhalt

- A. Grundsätze
- B. Betriebskosten - Vereinbarung
- C. Konkrete Betriebskostenabrechnung – Zahlungsklage des Vermieters
 - I. Rechtzeitiger Zugang einer Betriebskostenabrechnung
 - II. Formelle Anforderungen an eine Betriebskostenabrechnung
 - III. Materielle Richtigkeit einer Betriebskostenabrechnung
 - 1) Grundsatz
 - 2) Rechtzeitigkeit der Einwendungen
 - 3) Erheblichkeit der Einwendungen
 - a) Pauschale Positionen
 - b) Bestreiten mit Nichtwissen
 - c) Tatsächliche Vermutungen
 - d) Einwand „zu hoch“/Nicht Zahlung
 - e) Ursachen der tatsächlichen Unrichtigkeit
 - f) Anlass für die Annahme der Unrichtigkeit
 - IV. Belegeinsicht
- D. Konkrete Betriebskostenabrechnung – Rückforderungsklage des Mieters
- E. Schlussfolgerung

Darlegungs- und Beweislast im Betriebskostenrecht

Meinungsverschiedenheiten zwischen Mietern und Vermietern im Bereich der Betriebskosten bieten häufig den Anlass für die Frage, wer von ihnen die Darlegungs- und Beweislast trägt, und, wenn dies geklärt ist, in welchem Umfang jede Partei vortragen muss.

A. Grundsätze

Die Fragen zur Darlegungs- und Beweislast folgen aus dem Beibringungsgrundsatz und hängen eng zusammen. Weil es Sache der Prozessparteien ist, den Sachverhalt vorzutragen, der für die Entscheidung des Gerichts maßgeblich ist, muss auch klar sein, wer den Nachteil zu tragen hat, wenn ein bestimmter tatsächlicher Umstand nicht oder nicht vollständig vorgetragen wurde (Darlegungslast) und wer das Risiko trägt, dass dieser Umstand nicht bewiesen werden kann (Beweislast).¹

Die Darlegungslast wird im Allgemeinen von der Beweislast abgeleitet.² Entweder sind materiell-rechtliche Beweislastregelungen maßgeblich, wie etwa § 543 Abs. 4 S. 2 BGB, der in Bezug auf den rechtzeitigen Gebrauch der Mietsache durch den Vermieter eine Beweislast des Vermieters regelt. Oder es ist die allgemeine Regel aus dem Beibringungsgrundsatz anzuwenden, dass jede Partei alle Voraussetzungen einer Norm darlegen und beweisen muss, die dieser Partei günstig ist, also der Anspruchsteller für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Anspruchsgegner für die rechtshemmenden, rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen.³ Ausnahmen bestehen im Rahmen der sekundären Darlegungslast, weil in solchen Fällen erhöhte Substantiierungsanforderungen an den Vortrag einer Partei gestellt werden, die die Beweislast nicht trägt.

Für die weitere Frage, wann eine darlegungspflichtige Partei ihr Vorbringen hinreichend substantiiert und wann die Gegenseite dieses Vorbringen erheblich bestritten hat, ist § 138 ZPO heranzuziehen. Es besteht ein Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag.

¹ Fabian, Die Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess – ein Überblick, JuS 2016, 896.

² Zöller / Greger, ZPO, 32. Aufl., § 138 ZPO, Rn. 8b.

³ Urteil des BGH vom 14. Januar 1991 – II ZR 190/89, BGHZ 113, 222.

Aus § 138 Abs. 1 ZPO folgt, dass die Konkretisierung eines Vorbringens zunächst der darlegungsbelasteten Partei obliegt.⁴ Die Parteien haben nach dieser Vorschrift ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben.

Grundsätzlich genügt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die darlegungsbelastete Partei ihren Substantiierungsanforderungen im Rahmen der Schlüssigkeit schon dann, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Das Gericht muss also aufgrund des Vorbringens beurteilen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Auf nicht rechtsfolgenrelevante Tatsachen, die das Vorbringen lediglich stimmig machen, kommt es hingegen nicht an.⁵

Nach § 138 Abs. 2 ZPO hat jede Partei sich über die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Dabei ist es in der Regel ausreichend, wenn die Partei eine Tatsachenbehauptung einfach bestreitet.⁶ Allerdings bestimmen sich die Substantiierungsanforderungen an das Bestreiten der nicht darlegungspflichtigen Partei danach, wie detailliert das Vorbringen der zuerst darlegungspflichtigen Partei ist.⁷ Eine darüber hinausgehende Substantiierungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei nämlich ausnahmsweise dann, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des von ihm dazu liegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht näher kennt, während sie der anderen Partei bekannt und ihr ergänzende Angaben zuzumuten sind. Ein solches Vorbringen der bestreitenden Partei wird in der Regel als möglich und zumutbar angesehen, wenn sich die behaupteten Umstände in ihrem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben.⁸

Dementsprechend hängt die Darlegungs- und Beweislast von der jeweiligen Konstellation ab. Behandelt werden hier Konstellationen im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Betriebskosten bzw. mit einer konkreten Betriebskostenabrechnung.

B. Vereinbarung von Betriebskosten

⁴ Urteil des BGH vom 3. Februar 1999 - VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404.

⁵ Schultz, Substantiierungsanforderungen an den Parteivortrag in der BGH-Rechtsprechung, NJW 2017, 16.

⁶ BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – II ZR 88/16, NJW 2018, 1089.

⁷ BGH, a.a.O.

⁸ BGH, Urteil vom 3. Februar 1999 - VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404; BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 181/16, ZMR 2017, 721.

Nach dem gesetzlichen Leitbild trägt der Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 S. 3 BGB die Betriebskosten, die er in aller Regel in dem Mietentgelt bereits berechnet haben wird. Diesem Leitbild entspricht die Bruttomiete bzw. im Geltungsbereich der Heizkostenverordnung die Bruttokaltmiete.⁹ Nach den allgemeinen Grundsätzen trifft den Vermieter, der die Zahlung von Betriebskosten verlangt, die Darlegungs- und Beweislast für den Ausnahmefall, dass der Mieter aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung im Sinne des § 556 Abs. 1 S. 1 BGB die Betriebskosten trägt. Dabei muss sich aus dem Mietvertrag ergeben, welche Arten von Betriebskosten der Mieter schuldet, damit sich dieser jedenfalls ungefähr vorstellen kann, welche zusätzliche Kosten auf ihn zukommen.¹⁰

Wenn abweichend von den ursprünglichen Vereinbarungen des Mietvertrags während eines längeren Zeitraums abgerechnet bzw. nicht abgerechnet wurde, trägt die Partei die Darlegungs- und Beweislast für eine Änderung der vertraglichen Regelung, der diese Änderung zugute kommt. Diese Änderung kann konkludent oder ausdrücklich erfolgen, hierfür genügt aber die laufende Übung in der Vergangenheit als solche nicht.¹¹ Sie kann – wie jede Änderung des Mietvertrags – nur unter Beteiligung sämtlicher Vertragspartner wirksam vereinbart werden.¹²

Das gleiche gilt im Ergebnis, wenn sich die Parteien über die Auslegung einer unklaren Regelung streiten. Für die Auslegung von Willenserklärungen oder Verträgen gelten nicht die Regeln der Beweislast, sondern §§ 133, 157 BGB; die Feststellung der für die Auslegung wesentlichen Tatsachen erfolgt jedoch nach den für die Darlegungs- und Beweislast maßgeblichen Grundsätzen.¹³ Besteht etwa Uneinigkeit darüber, ob der Betrag für Betriebskosten als Pauschale oder Vorauszahlung zu behandeln ist, muss jede Partei die Variante darlegen und beweisen, auf die sie im konkreten Fall ihren Anspruch stützt.¹⁴

C. Konkrete Betriebskostenabrechnung – Vermieter verlangt die Zahlung von Betriebskosten

I. Rechtzeitiger Zugang einer Betriebskostenabrechnung vor Ablauf der Ausschlussfrist

§ 556 Abs. 3 BGB regelt die Pflicht des Vermieters, über die Betriebskosten abzurechnen. Die Vorschrift sieht für die Geltendmachung einer Nachforderung eine grundsätzliche Ausschlussfrist von einem Jahr nach dem Ende des Abrechnungszeitraums mit dem Ziel vor,

⁹ Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl., J. II Rn. 8.

¹⁰ BGH, Urteil vom 2. Mai 2012 – XII ZR 88/10, NZM 2012, 608.

¹¹ BGH, Urteil vom 27. Januar 2010, GE 2010, 406; Artz, Änderung des Mietvertrags durch konkludentes Verhalten, NZM 2005, 367.

¹² BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 – VIII ZR 209/15, WuM 2016, 353.

¹³ Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., vor § 284 ZPO, Rn. 18a.

¹⁴ Langenberg BetriebskostenR, a.a.O.

einen baldigen Rechtsfrieden zu schaffen.¹⁵ Der Vermieter trägt die Darlegungs- und Beweislast sowohl für den Zugang als solchen als auch für dessen Zeitpunkt, d.h. dafür, dass die Betriebskostenabrechnung vor Ablauf der Ausschlussfrist zugegangen ist. Die Betriebskostenabrechnung ist zwar keine Willens-, jedoch eine Wissenserklärung (Rechenwerk), so dass die Regelung des § 130 BGB entsprechende Anwendung findet.¹⁶ Nach diesem Grundsatz trägt der Vermieter das Risiko von Verzögerungen beim Postversand. Bedient er sich eines Boten, muss der Bote nicht nur die Übergabe eines verschlossenen Umschlags, sondern auch die Übermittlung der Abrechnung als dessen Inhalt bezeugen können.¹⁷

II. Formelle Anforderungen an einer Betriebskostenabrechnung

Erforderlich ist der Zugang einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung. Denn erst eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung macht diese wirksam, erfüllt den Abrechnungsanspruch des Mieters nach § 556 BGB und bewirkt mit ihrem Zugang beim Mieter die Fälligkeit des Saldos, also einer eventuellen Nachforderung des Vermieters oder eines Guthabens des Mieters.¹⁸

Nach § 259 BGB und den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Prinzipien muss die Abrechnung eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten, so dass der Mieter in die Lage versetzt wird, den Anspruch des Vermieters auf etwaige Nachforderungen nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen.¹⁹ Es liegt auf der Hand, dass nach den allgemeinen prozessualen Grundsätzen der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für die entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen trägt. In aller Regel kommt es auf ein Bestreiten des Mieters nicht an. Denn die tatsächlichen Voraussetzungen werden vom Gericht als Wirksamkeitsvoraussetzungen von Amts wegen geprüft und ergeben sich aus der Abrechnung selbst – oder auch nicht.

III. Materielle Richtigkeit einer Betriebskostenabrechnung

¹⁵ Schmidt-Futterer/Langenberg BGB § 556 Rn. 498ff, beck-online, m.w.N.

¹⁶ Langenberg BetriebskostenR, J., II. Rn. 22f.

¹⁷ BGH, Urteil vom 21. Januar 2009 - VIII ZR 107/08, NJW-Spezial 2009, 322, beck-online.

¹⁸ vgl. Milger Mindestanforderungen an die Betriebskostenabrechnung - Eine Darstellung an Beispielen unter Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rechtsprechung, NJW 2009, 625, jew. m.w.N.

¹⁹ BGH, Urteil vom 20. Januar 2016 – VIII ZR 93/15 –, ZMR 2016, 282.

Anders stellt sich die Lage bei der Prüfung der materiellen Richtigkeit dar. Der Vermieter trägt zwar auch hier im Grundsatz die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus der sich die materielle Richtigkeit einer Betriebskostenabrechnung ergibt. Die Prüfung der materiellen Richtigkeit richtet sich allerdings danach, ob und inwieweit der Mieter gegen die konkrete Betriebskostenabrechnung rechtzeitige, erhebliche Einwendungen erhoben hat.

1) Grundsatz

Der Vermieter, der eine Betriebskostennachforderung vom Mieter verlangt, hat nach den allgemeinen Grundsätzen die materielle Richtigkeit der Abrechnung darzulegen und zu beweisen. Dazu gehört - etwa bei Heizkosten - die Darlegung und der Beweis der Richtigkeit der Verbrauchserfassung, der Zusammenstellung und der Verteilung der abgerechneten Betriebskosten.²⁰ Auch trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der von ihm eingesetzte Umlageschlüssel richtig angewandt wurde. Streiten die Parteien etwa um die Berechtigung einer Umlage nach Abrechnungseinheiten, muss der Vermieter die Voraussetzung für die Bildung dieser Einheit darlegen und beweisen. Dabei ist beispielsweise zu klären, ob die einbezogenen Gebäudezusammenhänge eine vergleichbare Bauweise, Ausstattung und Größe aufweisen.²¹

In diesen Fällen erfolgt die Prüfung des Gerichts nicht von Amts wegen noch gibt es eine allgemeine Hinweispflicht des Gerichts nach § 139 ZPO. Vielmehr hängt die Prüfung von der Erhebung etwaiger Einwendungen durch den Mieter ab.

Von der primären Darlegungs- und Beweislast des Vermieters sind allerdings andere Konstellationen zu unterscheiden:

Wenn etwa der Mieter einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot rügt, muss nach Auffassung des Bundesgerichtshofs die Unwirtschaftlichkeit des Handelns des Vermieters vom Mieter dargelegt und bewiesen werden, weil es sich hierbei um eine Pflichtverletzung handelt, die einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB begründen kann.²²

²⁰ BGH, Urteil vom 7. Februar 2018- VIII ZR 189/17, ZMR 2018, 573.

²¹ BGH, Urteil vom 20. Oktober 2010, ZMR 2011, 198.

²² BGH, Urteil vom 28. November 2007 – VIII ZR 243/06, ZMR 2008, 195; streitig, zum Meinungsstand vgl. Blank/Börstinghaus/Blank, Miete, 5. Aufl., 2017, § 556 Rn. 150f.

Des Weiteren beurteilt sich die Darlegungs- und Beweislast bei der Frage, ob der verwendete Umlageschlüssel billig im Sinne des § 556a Abs. 1 S. 2 BGB ist, danach, ob der Verteilungsmaßstab üblich oder unüblich ist. Es ist Sache des Vermieters, die Billigkeit darzutun, wenn er nach einem ungewöhnlichen Verteilungsmaßstab abrechnet, anderenfalls Sache des Mieters.²³

2) Einwendungen des Mieters

§ 556 Abs. 3 S. 5 und 6 BGB setzt den Rahmen für die Berücksichtigung von Einwendungen des Mieters. Der Mieter hat dem Vermieter Einwendungen gegen die Abrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zugang der Abrechnung mitzuteilen. Nach Ablauf dieser Frist kann der Mieter Einwendungen nicht mehr geltend machen, es sei denn, der Mieter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten.

Dieser Rahmen gilt für jede gerügte materielle Unrichtigkeit, d. h. auch für die Kosten, die gemäß § 556 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. der Betriebskostenverordnung in der Wohnraummiete generell nicht auf den Mieter umgelegt werden dürfen.²⁴

Der Mieter trägt nach den allgemeinen prozessualen Regeln die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er Einwendungen innerhalb der gesetzlichen Frist geäußert hat und diese dem Vermieter innerhalb der gesetzlichen Frist zugegangen sind.

Bei der Prüfung der Erheblichkeit der Einwendungen stellt sich die Frage, welche Substantiierungsanforderungen an den Vortrag des Mieters zu stellen sind und ob eine vorherige Einsichtnahme in die Belege erforderlich ist. Es liegt auf der Hand, dass der Vortrag des einwendenden Mieters so gestaltet werden muss, dass ein unzulässiges Bestreiten ins Blaue hinein ausgeschlossen ist. Andererseits dürfen die Anforderungen an die Darlegung des Mieters auch nicht unzulässig überspannt werden.

Es könnte erwogen werden, dass ein einfaches Bestreiten des Mieters in der Regel ausreicht, weil dem darlegungspflichtigen Vermieter, der die Betriebskostenabrechnung erstellt hat, die Umstände im Allgemeinen besser bekannt sind als dem Mieter. Auch kann der Mieter nur die Belege einsehen, die beim Vermieter vorhanden sind.²⁵ Auf der anderen Seite stellt die Vorlage einer Betriebskostenabrechnung bereits einen substantiierten Vortrag des

²³ BGH, Urteil vom 10. Mai 2017 – VIII ZR 79/16, NZM 2017, 520 (Umlage der Grundsteuer); BGH, Urteil vom 25. Oktober 2006, VIII ZR 251/05 (betreutes Wohnen im EG), ZMR 2007, 101; Langenberg BetriebskostenR, F. Umlageschlüssel V. Kostenumlage in Misch- und Sonderfällen Rn. 157-166, beck-online.

²⁴ BGH, Urteil vom 11. Mai 2016 – VIII ZR 209/15, NZM 2016, 470.

²⁵ Schmid, Anforderungen an die Substantiierung im Mietnebenkostenprozess, MDR 2015, 187, 189.

darlegungspflichtigen Vermieters dar. Es ist dann aber fraglich, was ihm nach dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag an näheren Angaben möglich und zumutbar ist. In jedem Fall verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise.

a) Ein einfaches Bestreiten reicht aus, wenn bereits die allgemeinen Denkgesetze gegen die Richtigkeit der Ansätze der Betriebskostenabrechnung sprechen²⁶ oder der Vermieter pauschale Positionen eingestellt hat, er beispielsweise bei den Kosten des Hauswirts einen pauschalen Abzug nicht umlagefähiger Verwaltungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten vorgenommen hat.²⁷ In solchen Fällen genügt ein einfaches Bestreiten.

b) Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist nach § 138 Abs. 4 ZPO nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Diese Konstellation dürfte im Rahmen von Meinungsverschiedenheiten über abgerechnete Betriebskosten äußerst selten vorkommen.

c) Sofern bezüglich einer abgerechneten Position eine tatsächliche Vermutung greift, verbleibt es bei der allgemeinen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, hier des Vermieters.

Die Rechtsprechung nimmt in bestimmten Fällen eine tatsächliche Vermutung etwa dann an, wenn das Messgerät einer Eichpflicht nach § 33 EichG unterliegt, geeicht ist und die Eichfrist nicht abgelaufen ist²⁸. Das betrifft Wasserzähler, Wärmezähler, Gas- und Stromzähler, aber nicht Heizkostenverteiler. Letztere sind reine Erfassungsgeräte. Sie messen keine Wärmemengen, sondern liefern unspezifische Einheiten, die die zeitliche Summierung der Temperaturdifferenz widerspiegeln. Erst durch weitere Faktoren, die sich aus Art und Abmessung der Heizkörper ergeben, lässt sich ein Wärmemengenverbrauch herleiten.

Tatsächliche Vermutungen fallen nicht unter § 292 ZPO; sie sind vielmehr beim Anscheinsbeweis anzusiedeln.²⁹ Anscheinsbeweise wirken sich nicht auf die Verteilung der Beweislast aus, sondern gehören zur freien Beweiswürdigung des Gerichts nach § 286 ZPO.

²⁶ Langenberg, a.a.O. J. II Rn. 48.

²⁷ BGH, Versäumnisurteil vom 20. Februar 2008 - VIII ZR 27/07, ZMR 2008, 691; vgl. auch BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 – VIII ZR 41/14, ZMR 2015, 205.

²⁸ BGH, Urteil vom 17. November 2010 - VIII ZR 112/10, ZMR 2011, 362.

²⁹ Saenger/Saenger, ZPO, 7. Aufl., § 292 ZPO, Rn. 4.

d) In den übrigen Fällen dürfte Einigkeit darin bestehen, dass es aufgrund der Konkretisierung des Vortrags des Vermieters bei Vorlage einer Abrechnung nicht ausreicht einzuwenden, die abgerechneten Betriebskosten seien zu hoch. Erst recht genügt für die Annahme einer (rechtzeitig) erhobenen Einwendung nicht die bloße Verweigerung der Zahlung.

e) Anforderungen an den Vortrag des Mieters zum Inhalt der Rüge, dass er etwa nicht nur eine bestimmte Position rügt, sondern auch die Gründe für die Unrichtigkeit mitteilt, sind weder dem Wortlaut des § 556 Abs. 3 S. 5, 6 BGB noch dessen Sinn und Zweck zu entnehmen. Aus dem gesetzlich geregelten Einwendungsausschluss für den Mieter gemäß § 556 Abs. 3 S. 5, 6 BGB kann nicht zugleich gefolgert werden, dass er nicht nur für die Rechtzeitigkeit der Erhebung von Einwendungen, sondern auch für deren inhaltliche Richtigkeit eine besondere Darlegungslast trägt. Es ist dem Mieter – auch nach einer etwaigen Einsichtnahme in die entsprechenden Belege – nicht zuzumuten, von ihm vermutete Gründe für die Unrichtigkeit zu nennen, zu denen er häufig keine Kenntnisse, jedenfalls keine besseren Erkenntnisse als der Vermieter hat. Ähnlich wie bei den Darlegungsanforderungen in Konstellationen, in denen der Mieter einen Mangel der Mietsache behauptet,³⁰ ist die Angabe von möglichen Gründen vom Mieter nicht zu verlangen. In Anbetracht der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Vermieters für die Richtigkeit der Abrechnung ist es vielmehr dessen Sache, mögliche Gründe für die Unrichtigkeit auszuschließen. Diesen Grundsatz hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 7. Februar 2018 – VIII ZR 19/17 –³¹ klargestellt; die Entscheidung hatte einen streitigen Wärmeverbrauch zum Gegenstand. In einem solchen Fall ist es nicht Sache des Mieters, zu etwaigen Leitungsverlusten etwas vorzutragen, sondern Sache des Vermieters, die Richtigkeit der abgerechneten Positionen dazulegen und zu beweisen.³²

f) Davon zu trennen ist allerdings die Frage, ob der Mieter im Rahmen eines erheblichen Bestreitens positive Angaben zum Anlass für das Erheben seiner Einwendung machen muss. Insoweit kommt es – wie auch sonst beim Bestreiten – darauf an, was ihm im konkreten Fall möglich und zumuten ist.

aa) Der Bundesgerichtshof hat an verschiedenen Stellen in seinen Entscheidungen das Erfordernis von positiven Angaben beim Bestreiten einer bestimmten Position einer

³⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011 – VIII ZR 125/11 – ZMR 2012, 177 ; BGH, Beschluss vom 27. Juli 2016 – XII ZR 59/14, NZM 2016, 796.

³¹ Vgl. Rn. 20.

³² BGH, Urteil vom 7. Februar 2018 – VIII ZR 189/17, a.a.O.

Betriebskostenabrechnung formuliert. Etwa im Fall streitiger Wasserkosten hat der Bundesgerichtshof das Bestreiten eines Mieters als erheblich angesehen, der gerügt hatte, dass ein nicht mehr geeichter Wasserzähler verwendet wurde. Im dortigen Fall war dem Vermieter im weiteren Prozessverlauf der Nachweis gelungen, dass der nicht mehr geeichte Wasserzähler den anteiligen Wasserverbrauch der Mieter richtig erfasst hatte, in dem der Mieter einen von einer staatlich anerkannten Prüfstelle zeitnah zur Ablesung erstellten Protokoll vorgelegt hatte. Der Bundesgerichtshof führte weiter aus, dass für den vom Vermieter erforderlichen Nachweis gegebenenfalls im Einzelfall genügen mag, wenn er geeignete Grundlagen für eine tatrichterliche Schätzung nach § 287 ZPO vorträgt, wie etwa durch Vorlage der Verbrauchswerte der letzten unbeanstandeten Abrechnungsperiode.³³ Bei streitigen Wohnflächenangaben hat der Bundesgerichtshof das Bestreiten des Mieters als unerheblich angesehen, wenn er keine konkreten Angaben zu der nach seiner Auffassung zutreffenden Fläche gemacht hat. Der Mieter hat nach dieser Entscheidung – soll sein Vortrag beachtlich sein – auf die substantiierte Behauptung des Vermieters grundsätzlich ebenfalls substantiiert (d.h. mit näheren positiven Angaben) zu erwidern und muss erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen er ausgeht, denn mit bloßem Bestreiten darf der Mieter sich nur bei pauschalem Vorbringen des Vermieters begnügen. Es wurde also vom Mieter als möglich und zumutbar erwartet, die entsprechende Fläche – ggf. auch laienhaft – zu vermessen, wodurch die Angaben des Vermieters in ihrer Richtigkeit erschüttert werden können, ohne dass es auf eine zweifelsfreie Widerlegung ankommt.³⁴

Auch in der vorgenannten Entscheidung vom 7. Februar 2018 hat der Bundesgerichtshof das Bestreiten der Mieter als erheblich angesehen und ausgeführt, dass das Berufungsgericht sich durch Beweiserhebung von der Zuverlässigkeit und Korrektheit der von der Vermieterseite vorgenommenen Verbrauchserfassung, Zusammenstellung und Verteilung hätte überzeugen müssen. Es hätte den von den Mietern gegenbeweislich zur Unmöglichkeit bzw. mangelnden Plausibilität des berechneten Wärmeverbrauchs angetretenen Sachverständigenbeweis nicht als unerheblich abtun dürfen.

Im dortigen Verfahren waren die beklagten Mieter einer 94 m² großen Wohnung in einem Mehrfamilienhaus der Klägerin gewesen. Die gesamte Wohnfläche des Hauses belief sich, soweit sie an den für die Wohnung der Beklagten maßgeblichen Heizkreis angeschlossen war, auf knapp 720 m². Der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag sah eine monatliche Vorauszahlung auf die Betriebskosten in Höhe von 200 EUR vor. Für die Jahre 2013 und 2014 verlangte die Klägerin von den Beklagten eine Nachzahlung auf die in den Betriebskosten

³³ BGH, Urteil vom 17. November 2010 – VIII ZR 112/10, NJW 2011, 598.

³⁴ BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 - VIII ZR 41/14, a.a.O.; vgl. auch BGH, Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 181/16, ZMR 2017, 721.

enthaltenen Heizkosten in Höhe von mehr als 5.000 EUR. Die jeweiligen Jahresabrechnungen wiesen für die Mietwohnung der Beklagten Verbrauchswerte aus, die 42 % bzw. 47 % der jeweils im Heizkreis insgesamt gemessenen Verbrauchseinheiten ausmachten. Die Mieter verweigerten die Zahlung der 5.000 EUR mit der Begründung, dass die angegebenen Verbrauchswerte nicht plausibel und damit unrichtig seien.

Es war unstrittig, dass die Verbrauchswerte in der Höhe abgelesen worden waren. Auch bestand kein Raum für tatsächliche Vermutungen, weil eine Eichung der Wärmezähler nicht feststand. Das als erheblich gewertete Vorbringen bestand darin, dass der Grenzwert – den die Beklagten mit 280 kWh pro Quadratmeter und Jahr zugrunde legten³⁵ – für den regelrechten Verbrauch bei einer zentralen Heizungsanlage, die lediglich der Beheizung eines Gebäudes, nicht aber der Warmwasserversorgung, diene, um ein Vielfaches überschritten wurde. Die Wärmemengen würden so extrem auffällig von der Wohnflächenverteilung abweichen, dass sie ihnen als nicht plausibel bzw. unmöglich erscheinen.

Für den Einwand der fehlenden Plausibilität wäre ein Rückgriff auf vergangene Zeiträume im dortigen Fall wenig aufschlussreich gewesen, weil das Mietverhältnis erst im Oktober 2012 angefangen hatte und es um die Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2013 und 2014 ging. Im Übrigen wird es vom Einzelfall abhängen, wann der Einwand der fehlenden Plausibilität greifen kann, da nicht jede Abweichung von einem seitens des Mieters als normal angesehenen Verbrauch hierfür ausreicht.

bb) Die Frage, was dem Mieter im konkreten Fall möglich und zumutbar ist, stellt sich allerdings nicht nur im Mietrecht, sondern im gesamten Spektrum des Zivilrechts. Zu denken ist hier etwa an einen Besteller, der einzelne Positionen aus der Rechnung seines Handwerkers beanstandet. Ferner ist zu beachten, dass hinsichtlich der Substantiierungsanforderungen an das Vorbringen der (zuerst) darlegungspflichtigen Partei von dieser grundsätzlich nicht verlangt werden kann, dass sie über die rechtsfolgenrelevanten Tatsachen hinaus auch die Tatsachen vorträgt, die ihren Vortrag lediglich wahrscheinlich oder stimmig machen.³⁶ Konsequenterweise müsste auch dies bei den Anforderungen an das Bestreiten berücksichtigt werden. Im Mietrecht sind selbstverständlich die Besonderheiten des Dauerschuldverhältnisses zu berücksichtigen. Auch spielt an dieser Stelle eine besondere Rolle, dass der Mieter einen Anspruch auf Belegeinsicht hat. Dies führt zu der Frage, ob der

³⁵ LG Darmstadt, Urteil vom 27. Juli 2017- 6 S 213/16, zitiert nach juris.

³⁶ Vgl. oben zu A.

Mieter für eine erhebliche Einwendung angeben muss, dass er bereits Einsicht in die betreffenden Belege genommen hat.

Der Bundesgerichtshof hat den Mieter mehrfach auf die Belegeinsicht als Möglichkeit der Klärung seiner offenen Fragen verwiesen, etwa in einer Entscheidung aus dem Jahr 2011, als es wieder um Hauswartkosten ging. In diesem Fall gab es zwei Verträge, einer betraf ausschließlich umlagefähige Tätigkeiten. Der Vermieter hatte angegeben, dass sich die Hauswartkosten aus der Betriebskostenabrechnung nur auf diesen Vertrag bezogen. Der Mieter, der dies gerügt hatte, hatte nach Auffassung des Bundesgerichtshofs zunächst die Belege einzusehen.³⁷

Dem liegt die Funktion der Belegeinsicht zugrunde: Die Abrechnung muss nicht aus sich heraus eine vollständige Überprüfung auf ihre materielle Richtigkeit erlauben.³⁸ Die Betriebskostenabrechnung dient mithin der Information und die Belegeinsicht der Kontrolle.³⁹ Aufgrund dieser Funktion kann eine Belegeinsicht vom Mieter für einen möglichen und zumutbaren Vortrag nur dann erforderlich sein, wenn dadurch offene Fragen geklärt werden können:

Eine vorherige Belegeinsicht kann etwa nicht verlangt werden, wenn der Mangel aus der Abrechnung selbst folgt, zum Beispiel dann, wenn der für die Abrechnung zugrunde gelegte Verteilungsschlüssel dem vertraglich vereinbarten widerspricht.⁴⁰

Das gleiche gilt, wenn sonstige Umstände maßgeblich sind, für die die Belege irrelevant wären, sei es, weil eine Belegeinsicht keine Angaben zur tatsächlichen, umstrittenen Wohnfläche ermöglicht⁴¹ oder die Bedenken gegen die Plausibilität der in Rechnung gestellten Verbrauchswerte nicht durch die Einsichtnahme ausgeräumt werden können.⁴²

Auch dann, wenn der Vermieter einen pauschalen Abzug nicht umlagefähiger Kosten vorgenommen hat und der Mieter diesen (gegebenenfalls einfach, vgl. oben) bestreitet, kann vom Mieter in solchen Fällen nicht verlangt werden, dass er vorher Einsicht in die Belege wie Arbeitszettel, Stundennachweise oder Ähnliches nimmt.⁴³

³⁷ BGH, Hinweisbeschluss vom 13. September 2011 – VIII ZR 45/11, NZM 2012, 96.

³⁸ Vgl. Milger, a.a.O.

³⁹ Blank/Börstinghaus/Blank Miete, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 184-192a.

⁴⁰ LG Hamburg, Urteil vom 9. Januar 2018 – 334 S 31/16, BeckRS 2018, 1702, beck-online.

⁴¹ BGH, Urteil vom 22. Oktober 2014 - VIII ZR 41/14, a.a.O.

⁴² BGH, Urteil vom 7. Februar 2018 – VIII ZR 189/17, a.a.O.

⁴³ BGH, Urteil vom 20. Februar. 2008 - VIII ZR 27/07, ZMR 2008, 691.

cc) Gelingt dem Mieter ein erhebliches Bestreiten, obliegt es nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln dem Vermieter, die Richtigkeit der abgerechneten Position darzulegen und zu beweisen, also etwa bei einem umstrittenen Verbrauch, dass Mängel an den Einrichtungen der Heiz- oder Wasserversorgung auszuschließen sind.

Allerdings führen rechtzeitige und erhebliche Einwendungen des Mieters und ein zulässiger Beweisantrag des Vermieters nicht zwangsläufig zu einer Beweisaufnahme: Wenn der Vermieter zu Unrecht die vom Mieter verlangte Belegeinsicht verweigert, ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs in seinem oben genannten Urteil vom 7. Februar 2018 die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen. In der dortigen Entscheidung wurde das Bestreiten der Richtigkeit der Verbrauchswerte unter Berufung auf die fehlende Plausibilität als erheblich angesehen. Zugleich hat der Bundesgerichtshof ein Leistungsverweigerungsrecht bejaht, solange die Belegeinsicht nicht gewährt wurde, die Zahlungsklage des Vermieters aber ohne Zurückverweisung an das Berufungsgericht als derzeit unbegründet abgewiesen.

IV. Belegeinsicht

Der Anspruch des Mieters auf Einsicht in die Unterlagen der Betriebskostenabrechnung folgt aus § 259 Abs. 1 BGB und ist als solcher geltend zu machen: Der Mieter kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass bei bloßer Monierung einzelner Positionen die Belegeinsicht ohne weitere Nachfrage gewährt wird.⁴⁴

Der Anspruch bezieht sich aufgrund der Funktion der Belegeinsicht auf alle Unterlagen, die zur Überprüfung der Betriebskostenabrechnung erforderlich sind. Es bedarf weder nach dem Wortlaut des § 259 Abs. 1 BGB und noch nach dem Zweck der Belegeinsicht einer Konkretisierung; das Interesse an einer Überprüfung folgt bereits aus der gesetzlichen Regelung. Da es der Mitteilung eines (konkreteren) Interesses nicht bedarf, kommt es nicht darauf an, ob, wie im oben genannten Fall des Bundesgerichtshofs – VIII ZR 189/17 – die in den Abrechnungen ausgewiesenen Verbrauchswerte auch so abgelesen wurden. Im Übrigen wäre zu berücksichtigen, dass vor dem Hintergrund, dass die Abrechnung über die Heizkosten eine Verhältnisrechnung darstellt, der Mieter die Einsicht in die Belege über die Verbrauchswerte der anderen Mieter verlangen kann.

Besondere datenschutzrechtliche Einschränkungen bestehen nicht.

⁴⁴ AG Wedding, Urteil vom 16.06.2014 - 19a C 15/14, GE 2014, 945.

Nach dem zur Zeit der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch maßgeblichen Bundesdatenschutzgesetz sind sowohl die Datensammlung als auch die Einsichtgewährung zulässig: Nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ist die Datensammlung zulässig, weil der Gebäudeeigentümer ohne diese Daten seine Pflicht zur Rechnungslegung nicht erfüllen kann. Nach § 29 Abs. 2 Nr. 1a BDSG kann ein Nutzer infolge des Zusammenspiels aller Daten für die ihn betreffende Abrechnung ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme geltend machen.

Nach der seit dem 25. Mai 2018 geltenden Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679⁴⁵ gilt im Prinzip nichts anderes: Die Datensammlung und -verarbeitung ist nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit b, c DSGVO zulässig, weil sie für die Erfüllung der vertraglichen Pflicht der Rechnungslegung erforderlich ist. Die Zulässigkeit der Einsichtgewährung in fremde Daten folgt aus Art. 4 Nr. 2 DSGVO, in dem der weite Begriff der „Verarbeitung“ verwendet wurde. Sofern eine Abrechnungsfirma mit der Datenerhebung und ggf. Einsichtgewährung beauftragt wurde, gelten keine gesonderten Regelungen, denn diese Firma ist „Auftragsverarbeiter“ gemäß Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO ist die grundlegende Verantwortlichkeit des Vermieters als Eigentümer i.S.d. Art. 24 DSGVO nicht betroffen.⁴⁶

Der Anspruch auf Einsichtnahme dient der Vorbereitung sachgerechter Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung nach § 556 Abs. 3 S. 5, 6 BGB und besteht deshalb nur in diesen Grenzen. Für darüber hinaus gehende Tatsachen besteht kein Anspruch auf Einsichtnahme, wobei dies nicht ausschließt, dass die vom Mieter zu Unrecht begehrte Unterlage ggf. vom Vermieter im Rahmen der Beweiserhebung vorzulegen ist. Beispielsweise haben Mieter einer mit Heizenergie versorgten Wohnung keinen Anspruch auf Auskunft darüber, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen der Heizöllieferant das Heizöl seinerseits von seinem Vorlieferanten bezieht – dies unabhängig davon, ob der Energiebezug unmittelbar durch den Vermieter oder durch Einschaltung eines Contracting-Unternehmens erfolgt.⁴⁷

Das Recht zur Einsichtnahme in die Belege kann bis zum Ablauf der Einwendungsfrist geltend gemacht werden. Nach Ablauf dieser Frist geht das Einsichtsrecht verloren, weil ab diesem

⁴⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

⁴⁶ Lammel, jurisPR-MietR 12/2018 Anm. 3.

⁴⁷ BGH Urteil vom 3. Juli 2013 – VIII ZR 322/12, ZMR 2014, 112.

Zeitpunkt nach § 556 Abs. 3 S. 6 BGB die Einwendungen des Mieters nicht mehr zu berücksichtigen sind, es sei denn, der Mieter hat die Fristüberschreitung nicht zu vertreten.

Der Mieter hat einen konkreten Termin anzugeben und gegebenenfalls vorzutragen, wann und wie er Belegeinsicht verlangt und wie der Vermieter hierauf reagiert hat.⁴⁸ Die Einordnung der Nichtgewährung der Einsicht als negative Tatsache befreit den Mieter nicht von der (primären) Darlegungs- und Beweislast. Negative Tatsachen können zwar eine sekundäre Darlegungslast der anderen Partei begründen, führen aber nicht zur Verschiebung der primären Darlegungs- und der Beweislast.⁴⁹

D. Konkrete Betriebskostenabrechnung - Rückforderungsprozess des Mieters

Wenn der Mieter auf Rückzahlung der gezahlten Vorschüsse klagt, ohne dass der Vermieter abgerechnet hat, bleibt es bei der Darlegungs- und Beweislast des Vermieters, da die Vorschüsse wie Abschläge lediglich eine vorläufige Zahlung darstellen.

Wenn eine formell wirksame Betriebskostenabrechnung vorliegt, gilt der allgemeine Grundsatz, dass grundsätzlich der Bereicherungsgläubiger (hier: der Mieter), die tatsächlichen Voraussetzungen für das Fehlen eines rechtlichen Grundes zu beweisen hat. Der Bereicherungsschuldner (hier: der Vermieter) muss aber unter Umständen im Rahmen einer sekundären Darlegungslast die Umstände darlegen, aus denen er ableitet, dass er das Erlangte behalten darf. Der Mieter muss dann (nur) nachweisen, dass die vom Vermieter vorgebrachten Rechtsgründe nicht bestehen.⁵⁰ Diese Beweislastverteilung ändert sich grundsätzlich nicht durch die Erklärung eines Vorbehalts, denn dieser bezieht sich grundsätzlich darauf, die Wirkung des § 814 BGB auszuschließen.⁵¹

Im Übrigen sind auch bei der Klage des Mieters auf Rückzahlung der geleisteten Betriebskosten(-vorauszahlungen) die Fristen des § 556 Abs. 3 BGB zu beachten. Dies betrifft etwa den Ausschluss der Einwendungen des Mieters nach Fristablauf, aber auch den Fall, dass der Vermieter trotz Ablaufes der Nachforderungsfrist nach § 556 Abs. 3 S. 3 BGB eine Betriebskostennachforderung geltend macht, diese vom Mieter gezahlt und später von diesem zurückgefordert wird. In diesem Fall ist der Rückforderungsanspruch des Mieters nicht nach § 214 Abs. 2 S. 1 BGB ausgeschlossen, weil der Nachforderungsanspruch des Vermieters

⁴⁸ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl., Rz. 7032.

⁴⁹ Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., vor § 284 ZPO Rn. 24.

⁵⁰ Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 812 BGB Rn. 76.

⁵¹ LG Berlin, Beschluss vom 24.05.2016 – 67 S 149/16, zitiert nach juris.

nach Ablauf der Frist erlischt, während er nach Eintritt der von § 214 Abs. 2 BGB erfassten Verjährungsfällen bestehen bleibt.⁵²

E. Schlussfolgerung

Das Thema der Darlegungs- und Beweislast im Betriebskostenrecht fügt sich in die Gesamtproblematik der Darlegungs- und Beweislast im Zivilrecht ein. Die oben aufgezeigten Grundsätze geben lediglich den Rahmen vor, innerhalb dessen im Wege einer Einzelfallprüfung beurteilt werden muss, wie die Darlegungs- und Beweislast im konkreten Fall verteilt wird und welche Angaben dem Betroffenen möglich und zuzumuten sind.

⁵² BGH, Urteil vom 08.01.2006 – VIII ZR 94/05, NZM 2006, 222.