

Aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zu Betriebskosten in der Wohnraummiete

**Referat auf der 55. Sitzung des Arbeitskreises „Wohnungsmarkt“
der Arbeitsgemeinschaft großer Wohnungsunternehmen am
04.11.2008 in Leipzig**

Referent: Rechtsanwalt Rainer Derckx, Kanzlei Derckx & Kollegen, Leipzig, Geschäftsführer der Leipziger Institut für Wirtschaft und Recht GbR, u. a. Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht und tätig für die DeutscheAnwaltAkademie im Rahmen der Fachanwaltausbildung

I. Grundsatzentscheidung zum Wirtschaftlichkeitsgebot

BGH, Urteil vom 28.11.2007 – VIII ZR 243/06 – www.bundesgerichtshof.de

a) Die Entscheidung

Der BGH hat entschieden, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Eingehung eines unwirtschaftlichen Vertrages nicht in Betracht kommt, wenn die Mietvertragsverhandlungen oder die Vertragsanbahnung zum Zeitpunkt der Eingehung noch nicht begonnen haben. Gleichzeitig ist in den Entscheidungsgründen festgehalten, dass im laufenden Mietverhältnis ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bezüglich der genannten Verträge in Betracht kommt, wenn die langfristig angelegte Vereinbarung kündbar ist (Kostenkontrolle). In diesem Zusammenhang wird der Vermieter auch verpflichtet sein, zu überprüfen, ob eine langfristig angelegte Bindung überhaupt wirksam vereinbart ist (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2007 – XII ZR 61/05).

b) Folgeproblem : Aufklärungspflichten

Das Urteil des BGH würde sicher in der Praxis auf größere Akzeptanz stoßen, wenn es ausführlicher begründet wäre, insbesondere eine Auseinandersetzung mit einer zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung beachtlichen Gegenauffassung in der Literatur erkennen ließe. Noch wichtiger wäre ein Eingehen auf das sich aufdrängende Thema „Aufklärungspflichten“ gewesen. Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf das mögliche Vorhandensein von Aufklärungspflichten in Wohnraummietverträgen.

c) Aufklärungspflichten/Voraussetzungen

Zu untersuchen sind Aufklärungspflichten ab Beginn der Vertragsverhandlungen gemäß §§ 311 Abs. 2 Ziffer 1, 2, 241 Abs. 2 BGB.

§ 311 Abs. 2 Ziffer 1, 2 BGB

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

- 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,*
- 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung zum anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder*

.....

§ 241 Abs. 2 BGB

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

aa) Gravierende Umstände

Aufklärungspflichten kommen von vornherein nur in Frage, wenn es um entscheidungserhebliche Umstände für eine Vertragspartei, hier den Mieter, geht.¹ Mit der Entscheidung ist der Mietvertragsabschluss gemeint.²

Der Verfasser schlägt vor, unwirtschaftliche Gestaltungen in einzelnen Betriebskostenpositionen unterhalb von 15,01 % hier unberücksichtigt zu lassen. Auf einer zweiten Prüfungsebene sollte darüber hinaus festgestellt werden, dass die unwirtschaftliche Gestaltung mehr als 10 % der Gesamtbetriebskostenbelastung des Mieters ausmacht. Werden beide Grenzen überschritten, sollte unterstellt werden, dass der Mieter – bei Aufklärung - entweder den Abschluss des Mietvertrages vermieden hätte oder über eine Begrenzung/Reduzierung der Betriebskosten in der betreffenden Position gesprochen hätte.

bb) Konkretes Vertragsverhältnis

Aufklärungspflichten werden bei Dauerschuldverhältnissen eher bejaht³, da dass Fehlen wichtiger Informationen sich hier langfristig zu Lasten des Aufklärungsberechtigten auswirkt. Lützenkirchen⁴ und Sternel⁵ heben hier den Partnerschaftsgedanken im Wohnraummietrecht hervor. Nicht übersehen werden darf auch, dass der Vermieter hinsichtlich der Betriebskosten als eine Art Treuhänder⁶ fungiert.

cc) Informationsgefälle

In einer viel beachteten Entscheidung⁷ hat der XII. Zivilsenat des BGH bei einem Mietvertrag über ein Unfallersatzfahrzeug Autovermieter und Unfallgeschädigten als zwei „ungleiche Vertragspartner“ angesehen und hieraus Folgendes abgeleitet:

¹ BGH, Urteil vom 28.06.2006 – XII ZR 50/04

² BGH, a. a. O.

³ Münchner Kommentar/Roth § 241 Rdnr. 160

⁴ Anwaltshandbuch Rdnr. 189

⁵ Mietrecht II Rdnr. 111

⁶

⁷ vgl. Fußnote 1

„Treu und Glauben gebieten es in einem solchen Fall, dass der (wissende) Vermieter den (unwissenden) Mieter aufklärt.“

Der BGH hat hier entschieden, dass ein Autovermieter, der einem Unfallgeschädigten ein Fahrzeug zu einem Tarif anbietet, der deutlich über dem Normaltarif über dem örtlich relevanten Markt liegt, ungefragt darüber aufklären muss, dass seine Haftpflichtversicherung möglicherweise nicht den vollen Tarif erstattet.

Auch in den hier relevanten Fallgestaltungen ist ein erhebliches Informationsgefälle zwischen den Parteien vorhanden, nur der Vermieter kann auf Grund der von ihm abgeschlossenen Verträge beurteilen, ob unwirtschaftliche Gestaltungen vorliegen oder nicht.

dd) Erfahrungheit des Vertragspartners

Das Bestehen und der Umfang der Aufklärungspflichten richtet sich auch danach, ob dem Vertragspartner ein erkennbar Geschäftsunerfahrener gegenüber sitzt.⁸

Jedenfalls dann, wenn der Vermieter sich eines professionellen Verwalters bedient, wird in der Wohnraummiete oftmals davon auszugehen sein, dass sich „ungleiche“ Partner im vorbezeichneten Sinne bei den Vertragsverhandlungen gegenüber sitzen. Dies spricht für Aufklärungspflichten.

ee) Eigenverantwortung/Selbsterkundungspflicht

Aufklärungspflichten sind nicht nur dann zu verneinen, wenn der Vertragspartner ohne Weiteres selbst die gewünschten Informationen erhalten kann, sondern auch wenn von ihm erwartet werden kann, dass er seine eigenen Interessen wahrt, bekannten Anhaltspunkten nachgeht und sich auch in zu erwartender Weise fachkundig beraten lässt.⁹

⁸ OLG Koblenz, Urteil vom 12.10.2007 – 10 U 304/07, veröffentlicht in Juris

⁹ BGH NJW 1996, 1393; BGH ZIP 2001, 1152; BGH ZIP 2000, 1051; Münchner Kommentar – Roth § 241 Rdnr. 132

In der zitierten Leihwagenentscheidung hat der BGH ausgeführt, dass in der Marktwirtschaft derjenige, der einen Vertrag schließt, sich selbst zu vergewissern habe, ob er für ihn von Vorteil ist oder nicht. Die Aufgabe der Preiskontrolle sei in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB primär dem Markt und dem darauf bestehenden Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“ zugewiesen. Eine Offenbarungspflicht des Leistungsanbieters über seine Preisgestaltung und diejenige der Mitbewerber bestehe in der Marktwirtschaft gerade nicht.

Man könnte nun in den hier zu untersuchenden Fällen erwägen, dass eine Aufklärungspflicht schon deshalb nicht besteht, weil der Mieter sich auf Grund ständig wiederholender Hinweise in den Medien zum Risikobereich „2. Miete“ selbst recherchieren muss und infolge dessen konkrete Fragen zu den Vertragsgestaltungen des Vermieters an denselben zu formulieren hat. Immerhin geht es für den Mieter erkennbar um eine finanzielle Belastung für das gesamte Mietverhältnis, bei vergleichbar bedeutungsloseren Geschäften wie den Kauf von Unterhaltungselektronik etc. stellt er Preisrecherchen an, dies müsste dann erst recht für den Abschluss eines Mietvertrages gelten. Letztlich könnte er sich auch in diesem Zusammenhang von Mietervereinen oder Rechtsanwälten vor Abschluss des Vertrages auf entsprechende Risiken hin beraten lassen und anschließend konkrete Fragen an den Vermieter richten.

Indes geht es hier nicht um die oben näher beschriebene Preiskontrolle im marktwirtschaftlichen Wettbewerb, denn der Vermieter gibt hier nur ausgehandelte Preise mit Dritten weiter. Bei der Abwägung, inwieweit eine Aufklärungspflicht deshalb entfällt, weil der Vertragspartner sich selbst erkundigen und fragen kann, wird die genannte Pflicht tendenziell eher bejaht, wenn ein konkreter Wissensvorsprung mit atypischen Risiken für den Vertragspartner verbunden ist.¹⁰

Typisch ist die Erwartungshaltung des Mieters, dass der Vermieter die Nebenkosten schon im eigenen Interesse gering hält, um Spielraum für die Erhöhung der Kaltmiete zu haben. Auch mit Blick auf attraktive Vermietungsmöglichkeiten darf der Mieter typischerweise erwarten, dass der Vermieter wirtschaftlich günstige Verträge mit Dritten bezüglich der Betriebskosten abgeschlossen hat. Aus alledem folgt, dass in dem Vorhandensein eines unwirtschaftlichen Vertrages ein atypisches Risiko für den

¹⁰ BGH NJW 1991, 693; BGH NJW 1991, 1956, 1957

Mieter vorliegt, auf das der Vermieter ungefragt hinweisen muss, eine Verpflichtung des Mieters nachzufragen oder sich gar vorher insoweit beraten zu lassen, besteht nicht.

II. Auslegung einer Umlagevereinbarung bei Verwendung eines Betriebskostenkatalogs

BGH, Urteil vom 27.06.2007 – www.bundesgerichtshof.de

Mit Urteil vom 27.06.2007 – VIII ZR 202/06 hat der BGH eine grundlegende Entscheidung zur Auslegung einer Umlagevereinbarung getroffen, die auf einen Betriebskostenkatalog (z. B. § 2 BetrKV) Bezug nimmt. Das Urteil ist von erheblicher Bedeutung für das Betriebskostenrecht, speziell für die Entwicklung des Wärmecontractings. Der BGH legt erstmalig die Vereinbarung eines Betriebskostenkatalogs dahingehend aus, dass die Positionen, in denen mehrere Alternativen für die Bewirtschaftung vorgesehen sind (z. B. Beheizung in Ziffer 4 BetrKV), ein Recht des Vermieters beinhalten, während des Mietverhältnisses die Art der Bewirtschaftung ohne Zustimmung des Mieters zu wechseln¹¹. Zu betonen ist, dass der BGH dem Vermieter die Wechsellmöglichkeit ohne Reduzierung der Kaltmiete gibt, dies mit dem Hinweis, Entsprechendes sei mit dem Mieter nicht vereinbart.

III. Abflussprinzip

BGH, Urteil vom 20.02.2008 – VIII ZR 49/07 – www.bundesgerichtshof.de

BGH, Urteil vom 20.02.2008 – VIII ZR 27/07 – www.bundesgerichtshof.de

Als Ausnahmen werden schon in den Entscheidungen die Lebenssachverhalte Mieterwechsel und bewusste Kostenverlagerung diskutiert. Im Übrigen dürfte für die

¹¹ Kritik an dieser Entscheidung vgl. Beyer NZM 2008, 12 ff. und Derckx NJW 2007, 3061 ff.; auch Langenberg in Weimarer Immobilienrechtstage Dokumentation 2007, Seite 69 f., zuletzt Blank NZM 2008, 745, 747 f.

praktische Umsetzung der Entscheidungen auch wichtig sein, unter welchen Voraussetzungen der Vermieter überhaupt zum Abflussprinzip wechseln darf.

IV. Mindestanforderungen einer Betriebskostenabrechnung (formelle Rechtmäßigkeit)

BGH, Beschluss vom 11.09.2007 – VIII ZR 1/07- www.bundesgerichtshof.de

Unechte Gesamtkosten als formeller Fehler

BGH, Urteil vom 09.04.2008 – VIII ZR 84/07 – www.bundesgerichtshof.de

Unverständlicher Verteilerschlüssel als formeller Fehler

BGH, Urteil vom 20.02.2008 – VIII ZR 27/07 – www.bundesgerichtshof.de

- Angabe von Schätzgrundlagen fehlen
- Mitteilung, ob Abfluss- oder Leistungsprinzip angewandt, fehlt
- Erläuterung von Vorwegabzügen fehlt

Bezüglich sämtlicher Erklärungsdefizite hat der BGH einen materiellen Fehler unterstellt.

BGH, Urteil vom 28.05.2008 – VIII ZR 261/07 – www.bundesgerichtshof.de

Jahr für Jahr andere Flächenangabe

Auch hier geht der BGH vom einem materiellen Fehler aus, wenn die beschriebene Vorgehensweise nicht näher erläutert wird.

V. Umlagevereinbarung durch schlüssiges Verhalten

In einer „Dachrinnenentscheidung“¹² vertritt der VIII. Zivilsenat die Ansicht, dass ein Mieter nach jahrelanger rügeloser Zahlung von Betriebskostenabrechnungen fortan auch jene Betriebskostenarten schuldet, für die ursprünglich im Mietvertrag eine entsprechende Abrede nicht getroffen wurde. Im konkreten Fall hatte der Mieter acht Mal die Kosten der Dachrinnenreinigung gezahlt, beim 10. Mal wandte er sich – nach Auffassung des VIII. Senats ohne Erfolg – gegen die Zahlungsverpflichtung mit dem Hinweis, eine solche ergebe sich aus dem Mietvertrag nicht.

Das Gericht zitiert in seiner Entscheidung ein Urteil des XII. Senats¹³, wonach bereits eine sechsmalige Zahlung zur Annahme der beschriebenen Rechtsfolge ausreichend sein soll. In Kenntnis dieser Entscheidung hatte es in der Folgezeit in Rechtsprechung und Literatur eine heftige Auseinandersetzung über die Frage gegeben, ob tatsächlich bei mehrfacher vorbehaltloser Zahlung von Betriebskostenabrechnungen der ursprüngliche Mietvertrag geändert wird¹⁴. Die beschriebene Auseinandersetzung wird in den Entscheidungsgründen nicht einmal erwähnt, an dieser Stelle muss sich der VIII. Senat zu Recht die Kritik gefallen lassen, er begründe seine Auffassung nur unzureichend¹⁵.

In der Praxis hat man für das gefundene Ergebnis ein gewisses Verständnis, sucht man doch nach einer dogmatischen Grundlage dafür, dass nach jahrelanger Übung in einem Dauerschuldverhältnis es bei derselben bleiben soll. Mit der überwiegenden Auffassung¹⁶ ist indes nicht nur davon auszugehen, dass die Konstruktion der Vertragsänderung nicht greift. Es stellen sich auch interessante Folgefragen. Klärungsbedarf besteht zunächst hinsichtlich der Anzahl der Zahlungen, um eine Vertragsänderung durch schlüssiges Verhalten anzunehmen¹⁷. Wäre die beschriebene Konstruktion richtig, darf man schon bei einer einmaligen Zahlung

¹² Urteil vom 07.04.2004 – VIII ZR 146/03 – NZM 2004,418

¹³ BGH, NZM 2000, 961

¹⁴ vgl. hier für viele Schmid, Stillschweigende Änderung von Mietnebenkostenvereinbarungen, NZM 2003, 55 m. w. N.

¹⁵ z. B. Schumacher, WuM 2004, 507, Zum Begründungsstil aktueller BGH-Entscheidungen Kappus, NZM 2004, 411, Schweigen ist Geld – Betriebskostenüberbürdung im Stillen

¹⁶ für viele Langenberg a. a. O. B Rdnr. 44 ff. m. w. N.; Artz „Änderung des Mietvertrages durch konkludentes Verhalten“, NZM 2005, 367; Festschrift für Blank, Schmid, Konkludente Abänderung von Mietnebenkostenvereinbarungen, 375 f.; Derckx, ZMR 2005, 86 (88)

¹⁷ darauf weist auch Börstinghaus in NZM 2004, 801, 806 hin

nachdenken. Eine weitere Überlegung ist, ob nicht auch andere vertragliche Abreden zu den Betriebskosten durch rügelose Bezahlung von Abrechnungen geändert werden können. Zu denken ist dabei vor allem an die Änderung eines Verteilerschlüssels durch Aufnahme eines solchen in die Nebenkostenabrechnung, der vom Mietvertrag abweicht. Amüsant in diesem Zusammenhang ist sicher die aktuelle Rechtsauffassung des AG Gießen¹⁸, wonach die Nichtgeltendmachung von Betriebskosten über Jahre hinweg durch den Vermieter dazu führt, dass er die entsprechenden Kosten auch in späteren Abrechnungszeiträumen nicht mehr verlangen kann; das Gericht beruft sich auf die hier besprochene Entscheidung des VIII. Senats und auf den Gleichheitssatz nach Artikel 3 Grundgesetz.

Der BGH hat nunmehr mit Urteil vom 10.10.2007 – VIII ZR 279/06 seine Rechtsprechung geändert, jedenfalls im VIII. Zivilsenat. Zur Annahme einer Vereinbarung durch konkludentes Verhalten reiche es grundsätzlich nicht aus, dass der Mieter Betriebskostenabrechnungen unter Einbeziehung bisher nicht vereinbarter Kosten lediglich nicht beanstandete. Außerdem ließe sich aus der Sicht des Mieters der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht, schon nicht ohne Weiteres der Wille des Vermieters entnehmen, eine Änderung des Mietvertrages herbeizuführen. Selbst wenn der Mieter daraufhin eine Zahlung erbringe, komme darin zunächst allein die Vorstellung des Mieters zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein.

Die vorbezeichnete Änderung seiner Rechtsprechung hat der BGH mit Urteil vom 13.02.2008 – VIII ZR 14/06 für einen Fall bestätigt, in dem der Vermieter 22 Jahre lang Betriebskosten nicht abrechnet hatte, obwohl er hierzu nach Mietvertrag berechtigt war. Der Erbe als neuer Vermieter durfte nach dem angegebenen Zeitraum abrechnen, eine konkludente Vereinbarung dahingehend, dass man sich durch das Unterlassen der Vorvermieterin auf eine Betriebskostenpauschale geeinigt habe, wurde nicht angenommen¹⁹.

Für Langzeitmietverträge, insbesondere in der Geschäftsraummiete, stellt sich die spannende Frage, ob durch eine Vertragsänderung im oben näher bezeichneten

¹⁸ ZMR 2004, 824

¹⁹ siehe hierzu ¹⁵

Sinn das Schriftformerfordernis (§ 550 BGB) verletzt wurde mit der Rechtsfolge, dass nunmehr das Mietverhältnis ordentlich kündbar ist²⁰.

VI. Flächenabweichung

BGH, Urteil vom 31.10.2007 – VIII ZR 261/06 – www.bundesgerichtshof.de

Bisher hat der BGH bei Flächenabweichungen zu den Themen Minderungsrecht (BGH, Urteil vom 24.03.2004 – VIII ZR 295/03) und zur Mieterhöhung im Vergleichsmietensystem (BGH, Urteil vom 23.05.2007 – VIII ZR 138/06) entschieden. Nun wendet das Gericht diese Rechtsprechung auch auf das Betriebskostenrecht an, schon kurz nach Veröffentlichung der Entscheidung ist es zu erheblicher Kritik in der Literatur gekommen (z. B. Schmidt ZMR 2008, 42).

VII. Nutzerwechselgebühr

BGH, Urteil vom 14.11.2007 – VIII ZR 19/07 – www.bundesgerichtshof.de

Dem Vermieter bleibt nur, eine wirksame Vereinbarung bezüglich der Nutzerwechselgebühr mit dem Mieter zu treffen.

VIII. Elektrocheck

BGH, Urteil vom 14.02.2007 – VIII ZR 123/06 – www.bundesgerichtshof.de

²⁰ dazu u. a. Schmid NZM 2003, 55, 57; Schmid in Festschrift für Blank a. a. O.

IX. Abrechnungen nach Fläche bei fehlendem Wasserzähler in einer Wohnung

BGH, Urteil vom 12.03.2008 – VIII ZR 188/07 – www.bundesgerichtshof.de

X. Abrechnung nach Kopfzahl und Melderegister

BGH, Urteil vom 23.01.2008 – VIII ZR 82/07 – www.bundesgerichtshof.de

XI. Nachforderungsverlust nach § 556 Abs. 3 BGB und Guthaben

BGH, Urteil vom 12.12.2007 – VIII ZR 190/06

XII. Vorbehaltloser Saldoausgleich und Konsequenzen

BGH, Urteil vom 11.01.2007 – VII ZR 165/05 – www.bundesgerichtshof.de

Die bisher überwiegende Auffassung geht davon aus, dass in der Übermittlung einer Betriebskostenabrechnung ein konkludentes Angebot des Vermieters liegt, sich im Falle einer Nachforderung mit dem Mieter auf eine Mieterhöhung zu verständigen und bei Ausweisung eines Guthabens eine nachträgliche Mietzinsreduzierung zu vereinbaren²¹.

Die genannte Vereinbarung wird auch als Anerkenntnisvertrag (deklaratorisches Schuldanerkenntnis) bezeichnet. Nach anderer Auffassung wird mit ähnlichen Ergebnissen ein Verzichtungsvertrag für den Fall angenommen, dass der Mieter einen Nachforderungssaldo ausgleicht²².

Im Ergebnis kommen beide Ansichten dazu, dass die Parteien nach Saldoausgleich mit solchen nachträglichen Einwendungen ausgeschlossen sind, die bereits vor

²¹ Meinungsstand bei Langenberg, NJW 2008, 1270

²² OLG Hamburg, DWW 1987, 296

Saldoausgleich aufgrund gründlicher Prüfung der Abrechnung hätten vorgebracht werden können.²³

Die vorbezeichnete Rechtslage ist nun einerseits durch ein Urteil des VII. Senats des Bundesgerichtshofes vom 11.01.2007²⁴ ins Wanken geraten, danach erlaubt der Vorgang der Bezahlung einer Rechnung nach ihrer Prüfung für sich genommen nicht die Annahme, dass ein deklaratorisches Anerkenntnis vorliegt. Im konkreten Fall ging es um eine Rechnung aus einem Bauvertrag²⁵.

In einer Entscheidung vom 18.01.2006²⁶ hat der Bundesgerichtshof einem Wohnraummieter, der nach Ablauf der Ausschlussfrist gezahlt hat, einen Rückforderungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB mit der wesentlichen Begründung zugestanden, der Mieter wusste bei der vorbehaltlosen Zahlung nicht, dass die Betriebskostennachforderung des Vermieters wegen Versäumung der Nachforderungsfrist ausgeschlossen sei, der Mieter habe hiermit auch nicht gerechnet.

Nimmt man ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis an, ist der Umfang des Einwendungsausschlusses festzulegen. Nach Ansicht des BGH kann der Vermieter dabei den Umfang der Erklärung des Mieters nicht weiterziehen, als es dessen Interessen entspricht²⁷. Langenberg stellt hier darauf ab, dass der Mieter später geltend machen kann, anlässlich des Saldoausgleiches wären ihm solche Einwendungen unbekannt gewesen, die er erst mit zusätzlicher Kontrolle der Abrechnungsbelege ermitteln konnte²⁸.

XIII. Einwendungsausschlussfrist/Umfang des Einwendungsausschlusses

BGH; Urteil vom 10.10.2007 – VIII ZR 279/06 – www.bundesgerichtshof.de

²³ Langenberg, a.a.O.

²⁴ BGH, NJW-RR 2007, 530; vgl. auch BGH, Beschluss vom 03.06.2008 – XI ZR 239/07

²⁵ hierzu kritisch Langenberg, a.a.O und Langenberg, Festschrift für Wolf-Rüdiger Bub zum 60. Geburtstag, 339 ff.; vgl. auch Ludley, NZM 2008, 72 ff.

²⁶ NZM 2006, 222

²⁷ BGH, NJW 1983, 1903 (1904)

²⁸ Langenberg, NJW 2008, 1269, 1271

a) Einwendungsausschlussfrist

Mit der Mietrechtsreform hat der Gesetzgeber für den preisfreien Wohnraum eine Einwendungsausschlussfrist für den Mieter nach Erhalt einer Betriebskostenabrechnung in § 556 Abs. 3 S. 5, S. 6 BGB konzipiert. Diese Regelung findet weder für den preisgebundenen Wohnraum²⁹ noch für die Geschäftsraummiete³⁰ Anwendung. Ratio der genannten Frist ist eine Befriedungsfunktion im Hinblick auf einen möglichen Streit über eine erteilte Betriebskostenabrechnung, die Regelung wurde im Interesse der Ausgewogenheit dem Nachforderungsausschluss für den Vermieter bei ausbleibender Abrechnung gegenübergestellt³¹. Schließlich wollte der Gesetzgeber mit der Schaffung der genannten Regelung erreichen, dass Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf lange zurückliegende Abrechnungsperioden verringert werden.³²

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat unter dem 10.10.2007 eine wichtige Frage für die Praxis zum Umfang des Einwendungsausschlusses entschieden, im Folgenden wird untersucht, welche Auswirkungen diese Entscheidung für weitere Streitthemen zum Einwendungsausschluss hat.

b) Einwendungsausschluss und Umlage nicht vereinbarter Betriebskostenpositionen – die Entscheidung VIII ZR 279/06

Im Streitfall hatte der Vermieter die Positionen „Versicherung, Strom allgemein, Kabelanschluss und Haus- und Gartenpflege“ umgelegt, obwohl eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit dem Mieter fehlte. Bis zur Entscheidung des BGH wurde mit Blick auf die angegebene Befriedungsfunktion des Einwendungsausschlusses von einer Ansicht³³ vertreten, dass sich in einem derartigen Fall der Einwendungsausschluss auch auf den Einwand beziehe, für entsprechende Betriebskostenpositionen fehle es an einer Vereinbarung. Die

²⁹ BGH NZM 2005, 737

³⁰ Brandenburgisches OLG, Urteil vom 24.05.2006, InfoM 2007, 22

³¹ Begründung in BT-Drs. 14/5663, Seite 79

³² BR BT-Drs. 14/4553, Seite 87

³³ Streyl WuM 2005, 505; Sternel ZMR 2001, 937; Schmidt ZMR 2002, 727; Rips in Eisenschmid/Rips/Wall, Betriebskostenkommentar § 556 Rdnr. 2064

gegenteilige Auffassung³⁴ verweist darauf, dass es um einen Einwand gegen die Wirksamkeit der Abrechnung selbst geht, demnach um einen formellen Fehler.

Der BGH ist der zuerst genannten Ansicht für den Fall gefolgt, dass eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung vorliegt³⁵ und es sich um Positionen handelt, die grundsätzlich Betriebskosten sein können.³⁶ Hieraus folgt zunächst einmal, dass das Gericht hier einen materiellen Fehler annimmt.

Der BGH begründet seine Ansicht mit der oben skizzierten Befriedungsfunktion der Ausschlussfristenregelung. Ausdrücklich offen gelassen hat das Gericht die Frage, wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn der Vermieter Betriebskosten abrechnet, obwohl eine Übernahme von Betriebskosten überhaupt nicht oder als Pauschale vereinbart sei.³⁷

c) Beginn der Einwendungsfrist – formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung?

Nach bisher überwiegender Meinung in der Literatur beginnt die Einwendungsfrist nur dann, wenn eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung mitgeteilt ist.³⁸ Nach anderer Ansicht setzt jede Abrechnung die Einwendungsfrist in Gang³⁹. Mit Blick auf die vom VIII. Zivilsenat in der genannten Entscheidung hervorgehobene Befriedungsfunktion kann argumentiert werden, dass jede mitgeteilte Abrechnung für einen Beginn der Einwendungsfrist sorgt, dies gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass der BGH jüngst in mehreren Entscheidungen eine positionsbezogene Betrachtungsweise für die Frage des Vorliegens einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung an den Tag gelegt hat.⁴⁰ Folgt man der bisher herrschenden Meinung, so würde dies bedeuten, dass für einen Teil der Abrechnung die Einwendungsfrist läuft, für andere Positionen hingegen nicht. Für die Gegenansicht spricht deshalb

³⁴ Lützenkirchen NZM 2002, 512, 513; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Geschäftsraummiete, 4. Auflage 2006, G Rdnr. 192

³⁵ Diese Einschränkung ergibt sich aus Rdnr. 24 der Urteilsgründe.

³⁶ Auch diese Einschränkung ergibt sich aus Rdnr. 24 der Entscheidungsgründe.

³⁷ Rdnr. 25 der Entscheidungsgründe

³⁸ Langenberg, Betriebskostenrecht G Rdnr. 189; Beuermann/Blümmel Seite 117; Lützenkirchen NZM 2002, 512, Sternal ZMR 2001, 937, 939

³⁹ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten Rdnr. 3259

⁴⁰ BGH, Urteil vom 14.02.2007 – VIII ZR 1/06; Beschluss vom 11.07.2007 – VIII ZR 1/07

jedenfalls das Argument, die Befriedungsfunktion auf die gesamte Abrechnung zu erstrecken.

Ein Grundgedanke der jüngsten Mietrechtsreform ist, das Mietrecht im Sinne von Klarheit, Verständlichkeit und Transparenz zu vereinfachen.⁴¹ Folge ist die Notwendigkeit einer einheitlichen Begriffsbildung.⁴² Dieser Zielsetzung des Gesetzgebers wird man nicht gerecht, wenn man an den Begriff der „Abrechnung“ in einem Absatz einer Vorschrift (hier § 556) verschiedene Anforderungen stellt. Hinsichtlich der Abrechnungsfrist nach § 556 Abs. 3 S. 3 BGB hat der BGH ausdrücklich festgelegt, dass es auf eine formell ordnungsgemäße Abrechnung ankommt⁴³, nichts anderes kann für die „Abrechnung“ gelten, die die Einwendungsfrist nach § 556 Abs. 3 S. 5 BGB in Gang setzt. Nach der Gegenansicht käme es im Übrigen zu einem erheblichen Wertungswiderspruch, zunächst würde man bei einer formell nicht ordnungsgemäßen Abrechnung mit der Rechtsprechung des BGH einen Nachforderungsverlust begründen, anschließend müsste der Mieter bei mangelnder Rüge dennoch die Nachforderung ausgleichen. Nach der hier vertretenen Ansicht bleibt es daher auch nach dem hier besprochenen Urteil des BGH dabei, dass der Beginn der Einwendungsfrist eine formell ordnungsgemäße Abrechnung voraussetzt.

d) Nicht umlagefähige Kostenanteile in einzelnen Betriebskostenpositionen

Häufig kommt es in der Praxis vor, dass in einzelnen Betriebskostenpositionen (z. B. Hauswart) nichtumlagefähige Kostenanteile für Verwaltungs- oder Instandhaltungs-/Instandsetzungsaufwendungen einbezogen sind. Es fragt sich, wie nach dem Urteil des BGH mit diesem Fehler hinsichtlich der Reichweite des Einwendungsausschlusses umzugehen ist.

Nach der hier vertretenen Ansicht läuft die Einwendungsfrist nicht, wenn die Betriebskostenabrechnung formell ordnungswidrig erstellt ist.

⁴¹ BT-Drs. 14/4553, II „Ziele der Mietrechtsreform“

⁴² BT-Drs. a. a. O., III 1 b „...und die Terminologie zu vereinheitlichen“

⁴³ BGH NJW 2005, 219

Hier ist festzuhalten, dass bisher vom BGH nicht entschieden ist, inwieweit eine entsprechende Position überhaupt formell ordnungsgemäß abgerechnet ist. In zwei vorliegenden Entscheidungen aus jüngster Zeit hat der VIII. Zivilsenat lediglich die Frage beurteilt, wie mit dem Sachverhalt umzugehen ist, dass der Vermieter die angegebenen Kostenanteile herausrechnet und dies dem Mieter nicht mitteilt, hier hat der BGH das Vorliegen einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung verneint.⁴⁴ Blickt man nun auf die hier zu besprechende Entscheidung des BGH, könnte man argumentieren, dass der beschriebene Fehler nur materieller Art ist, da das Gericht sogar diese Fehlerkategorie angenommen hat, wenn der Vermieter vertraglich nicht vereinbarte Positionen in die Abrechnung einstellt. Indes liegt der Fall hier anders, zum einen geht es jedenfalls partiell um „Nichtbetriebskosten“. Andererseits ist der Mieter im Gegensatz zur beschriebenen Konstellation im BGH-Fall nicht in der Lage, den Fehler beim Lesen der Abrechnung inklusive beiliegendem Mietvertrag zu erkennen.⁴⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht liegt deshalb bei besagter Konstellation ein formeller Fehler der Abrechnung vor, bezüglich der entsprechenden Position ist die Abrechnungsfrist nicht eingehalten, die Einwendungsausschlussfrist läuft nicht, die Reichweite des Einwendungsausschlusses ist nicht zu diskutieren.

e) Einwendungsfrist und Substantiierungspflicht

Ohnehin geht die herrschende Meinung schon bisher davon aus, dass Einwendungen im Sinne des § 556 Abs. 3 S. 5 BGB nur dann vorliegen, wenn der Mieter substantiiert einzelne Fehler der Abrechnung rügt.⁴⁶ Diese Betrachtungsweise gilt erst recht, wenn man die Befriedungsfunktion der Regelung über die Einwendungsausschlussfrist in den Vordergrund rückt. Auch mit Blick auf die Entscheidungen des VIII. Zivilsenats aus jüngster Zeit, die eine positionsbezogene Betrachtungsweise vornehmen, muss der Mieter davor gewarnt werden, globale Einwendungen gegen die Abrechnung insgesamt für ausreichend zu halten, er wird jede Position einzeln mit Einwendungen versehen müssen, wenn er erfolgreich gegen eine Betriebskostenabrechnung vorgehen will.

⁴⁴ vgl. Fußnote 12

⁴⁵ BGH NJW 2005, 219 zur Evidenz des Fehlers als Abgrenzungskriterium

⁴⁶ Langenberg NZM 2002, 787; Lützenkirchen NZM 2002, 513; a. M. Münchner Kommentar, Schmid, § 556 Rdnr. 95

f) Ausblick

Der VIII. Zivilsenat hat mit der Entscheidung vom 10.10.2007 in Sachen VIII ZR 279/06 die Befriedungsfunktion der Regelung über den Einwendungsausschluss in den Vordergrund gerückt und sich in der Konsequenz für einen eher weit reichenden Einwendungsausschluss entschieden. Spannend ist, wie sich diese Tendenz für die hier angesprochenen weiteren Streitfragen auswirkt.

Vermietervertreter sollten in der Praxis überlegen, ob sie den Ablauf der Einwendungsfrist vor Erhebung einer Klage aus einer Nachforderung abwarten. Mietervertreter sind erst recht an die Haftungsfolgen eines großzügigen Umgangs mit der Geltendmachung von Einwendungen gegen Betriebskostenabrechnungen erinnert, dies auch mit besonderem Blick auf die Entscheidung des BGH vom 25.10.2006 – VIII ZR 102/06 zu Fehlern in der Rechtsberatung des Mieters⁴⁷

⁴⁷ Zu den Konsequenzen dieser Entscheidung wird insbesondere auf die Überlegungen von Blank, Mietrechtsberatung und Mieterrisiko, NZM 2007, 788 ff. verwiesen.