BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 57/04

Verkündet am:
9. März 2005
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

MHG § 4 Abs. 1 Satz 2
BGB § 556 Abs. 3

Rechnet der Vermieter nicht fristgerecht über die Betriebskosten eines Abrechnungszeitraumes ab, so kann der Mieter, wenn das Mietverhältnis beendet ist, sogleich die vollständige Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen verlangen; er ist nicht gehalten, zuerst auf Erteilung der Abrechnung zu klagen. In einem solchen Fall hindert auch die Rechtskraft eines der Klage des Mieters stattgebenden Urteils den Vermieter nicht daran, über die Betriebskosten nachträglich abzurechnen und eine etwaige Restforderung einzuklagen.

BGH, Urteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 57/04 - LG Hildesheim
AG Hildesheim

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren mit Schriftsatzfrist bis zum 14. Januar 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Ball und Dr. Wolst sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim vom 5. Februar 2004 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen nach Beendigung eines Mietverhältnisses.

Die Kläger waren seit dem 1. Juni 1989 Mieter einer in S. , H. Straße gelegenen Wohnung, deren Eigentümerin und Vermieterin die Beklagte ist. Mit einem Schreiben, das die Datumsangabe "25.01.2001" trägt und bei der Beklagten am 26. Juli 2001 eingegangen ist, kündigten die Kläger unter Bezugnahme auf eine Abmahnung der Beklagten vom 7. Juni 2001 das Mietverhältnis zum 1. Oktober 2001. Seit diesem Zeitpunkt zahlten sie keine Miete mehr.

Nach dem Mietvertrag hatten die Kläger auf die Betriebskosten monatliche Vorauszahlungen von 100,- DM zu leisten. Für die Jahre 1997 bis 1999 erteilte die Beklagte jeweils ordnungsgemäße Abrechnungen über die Nebenkosten, wobei sich in den beiden erstgenannten Jahren Nachzahlungen, im Jahr 1999 dagegen ein geringfügiges Guthaben der Kläger ergaben. Für die Jahre 2000 und 2001 erteilte die Beklagte trotz entsprechender Aufforderung der Kläger bislang keinerlei Abrechnungen, weil der Hausverwalter nicht mehr erreichbar ist und die Beklagte deshalb keinen Zugriff auf die Unterlagen hat.

Mit ihrer Klage verlangen die Kläger unter Hinweis auf das Fehlen der von der Beklagten geschuldeten Abrechnungen die vollständige Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen für die Zeit von Januar 2000 bis einschließlich September 2001 in Höhe von insgesamt 1.073,71 € (2.100,- DM). Die Beklagte hält die Forderung für unbegründet; hilfsweise rechnet sie mit rückständiger Miete für die Monate Oktober bis Dezember 2001 sowie mit restlichen Mietansprüchen für den Zeitraum Januar bis Mai 2001 auf, während dessen die Kläger die Miete gemindert hatten. Das Amtsgericht hat die Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen, das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Kläger zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Klageanspruch in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Ein Rückerstattungsanspruch komme, wie das Amtsgericht unter Hinweis auf zwei Rechtsentscheide der Oberlandesgerichte Hamm (NZM 1998, 568 = ZMR 1998, 624

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

= NJW-RR 2000, 9) und Braunschweig (NZM 1999, 751 = ZMR 1999, 694 = NJW-RR 2000, 85 m.w.Nachw.) zutreffend dargelegt habe, nur insoweit in Betracht, als die geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen nicht durch unstreitig entstandene Nebenkosten verbraucht seien. Es wäre unbillig, wenn der Vermieter sämtliche Vorauszahlungen erstatten müßte, obwohl feststehe, daß Nebenkosten überhaupt entstanden seien. Der Mieter sei daher gehalten, anhand entsprechender Anhaltspunkte die Mindesthöhe der tatsächlich entstandenen Nebenkosten zu schätzen und annäherungsweise vorzutragen. Nur wenn der Mieter keinerlei Anhaltspunkte für die Höhe der angefallenen Betriebskosten habe, könne ein Rückforderungsanspruch (insgesamt) bestehen. Ein solcher Fall liege hier jedoch nicht vor; denn die Kläger könnten angesichts der langen Mietdauer und insbesondere auf Grund der Abrechungen für die Jahre 1997 bis 1999 auf eine tragfähige Schätzgrundlage zurückgreifen. Ihrer danach bestehenden Darlegungslast hätten die Kläger nicht genügt, und zwar auch nicht dadurch, daß sie sich in der Berufungsinstanz pauschal und ohne jede Substanz mit einem hinter der Klageforderung zurückbleibenden Betrag zufrieden geben wollten. Im übrigen wäre eine Klage auf Erstellung der Abrechnungen entgegen der Auffassung der Kläger auch nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet, da sämtliche erforderlichen Rechnungen nacherstellt werden könnten.

II.

Diese Erwägungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Das Landgericht hat offensichtlich übersehen, daß für die Abrechnungszeiträume 2000 und 2001 unterschiedliche gesetzliche Regelungen gelten, soweit es um die Frist geht, innerhalb derer der Vermieter über die Neben-

kostenvorauszahlungen abzurechnen hat, und um die Frage, welche Folgen sich aus der Nichteinhaltung dieser Frist ergeben. Nach § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB in der Fassung des am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) ist die Abrechnung dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechungszeitraums mitzuteilen. Gemäß Satz 3 dieser Vorschrift ist die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter nach Ablauf dieser Frist ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten. Nach der Übergangsbestimmung des Art. 229 § 3 Abs. 9 EGBGB sind diese Vorschriften jedoch nicht anzuwenden auf Abrechnungszeiträume, die vor dem 1. September 2001 beendet waren. Im vorliegenden Fall ist daher für die Abrechnung über die Nebenkosten des Jahres 2000 die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes maßgebend; insoweit verbleibt es mithin bei der Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 2 MHG, der lediglich die jährliche Abrechnung über die Nebenkosten vorschrieb, hierfür jedoch keine bestimmte Frist und keine Rechtsfolgen bei verspäteter Abrechnung vorsah. Die Abrechnung für das Jahr 2001 richtet sich dagegen in vollem Umfang nach der neuen Gesetzeslage, und zwar unabhängig davon, ob das Mietverhältnis, wie die Kläger vortragen, zum 1. Oktober 2001 oder - so die Auffassung der Beklagten - frühestens am 31. Dezember 2001 geendet hat.

2. Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes, im vorliegenden Fall also für den Abrechnungszeitraum des Jahres 2000, war die Frage, welche Rechte dem Mieter zustehen, wenn der Vermieter über die Betriebskosten nicht innerhalb angemessener Zeit abrechnet, in Rechtsprechung und Literatur umstritten und höchstrichterlich nicht - jedenfalls nicht abschließend - geklärt. In einem Rechtsentscheid vom 11. April 1984 (VIII ARZ 16/83, BGHZ 91, 62) hatte der Senat lediglich die Vorlagefrage zu entscheiden, ob der Vermieter einer mit öffentlichen Mitteln geförderten, preisgebundenen Wohnung

mit seinem Anspruch auf Zahlung der durch die Vorauszahlungen nicht gedeckten Betriebskosten ausgeschlossen ist, wenn er ihn nicht binnen drei Monaten nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes geltend macht. Der Senat hat diese Frage unter anderem mit der Begründung verneint, daß in einem solchen Fall die Voraussetzungen der Verwirkung nicht erfüllt seien. Damit war jedoch nicht geklärt, was für den Bereich des freifinanzierten Wohnungsbaus und bei einem längeren Zuwarten des Vermieters mit der Abrechung oder sogar bei völliger Untätigkeit des Vermieters zu gelten hat.

a) Für den hier zu beurteilenden Zeitraum ist ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung davon ausgegangen, ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen bei fehlender Abrechnung sei dem Mieter im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung grundsätzlich zuzubilligen. Ein anderer zumutbarer Weg stehe dem Mieter jedenfalls dann nicht (mehr) zur Verfügung, wenn das Mietverhältnis beendet sei, weil er dann das Druckmittel der Zurückbehaltung laufender Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 273 BGB nicht mehr in der Hand habe und ihm im übrigen der umständliche und im Ergebnis möglicherweise erfolglose Weg einer Klage auf Abrechnung nicht zuzumuten sei. Allerdings sei dem Mieter nicht ein Anspruch auf volle Erstattung der Vorauszahlungen zuzugestehen, sondern lediglich in Höhe des Überschusses nach Abzug der verbrauchten Beträge. Für die Höhe der tatsächlich entstandenen Betriebskosten sei zwar der Vermieter nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtig. Der Mieter sei jedoch verpflichtet (§ 138 Abs. 1 ZPO) und in der Regel auch in der Lage, anhand der gegebenen Anhaltspunkte den Mindestbetrag der tatsächlich angefallenen Nebenkosten zu schätzen und vorzutragen; Sache des Vermieters sei es sodann, sich durch Vorlage der geschuldeten Nebenkostenabrechnungen gegen das Vorbringen des Mieters zu verteidigen (vgl. dazu insgesamt OLG Braun-

schweig, Rechtsentscheid vom 8. Juli 1999 aaO; ebenso OLG Köln, ZMR 2002, 108).

b) Dagegen hat das OLG Hamm in einem Rechtsentscheid vom 26. Juni 1998 (aaO) die Auffassung vertreten, ein Rückzahlungsanspruch des Mieters entstehe in jedem Fall erst mit der Vorlage einer ordnungsgemäßen Abrechnung; der Mieter müsse deshalb zunächst auf Erstellung der Abrechnung klagen, bevor er in schlüssiger Weise seinen Rückforderungsanspruch gelten machen könne. Im übrigen stehe ihm - zumindest bei einem fortdauernden Mietverhältnis - ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) hinsichtlich der laufenden Betriebskostenvorauszahlungen zu.

c) Im Schrifttum waren die Meinungen ebenfalls geteilt. Überwiegend - allerdings mit unterschiedlicher Begründung - wurde die Auffassung vertreten, der Mieter könne jedenfalls bei beendetem Mietverhältnis die Vorauszahlungen insgesamt zurückverlangen, wenn der Vermieter für einen bestimmten Abrechnungszeitraum die geschuldete Abrechnung nicht innerhalb angemessener Frist erteile (Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 7. Aufl., § 4 MHG, Rdnr. 43; Lammel, Wohnraummietrecht, § 4 MHG, Rdnr. 144; Soergel/Heintzmann, BGB, 12. Aufl., § 4 MHG, Rdnr. 10; ebenso wohl Erman/P. Jendrek, BGB, 10. Aufl., § 535 Rdnr. 54 unter Hinweis auf OLG Braunschweig aaO; Schmid, Miete und Mietprozeß, Rdnr. 379). Nach anderer Ansicht sollte der Mieter die geleisteten Vorauszahlungen nur insoweit zurückverlangen können, als feststeht, daß sie nicht verbraucht sind (Kossmann, Handbuch der Wohnraummiete, 5. Aufl., S. 149 Rdnr. 5). Schließlich wurde die Meinung vertreten, auch nach Beendigung des Mietverhältnisses, wenn das naheliegende Druckmittel des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB dem Mieter nicht mehr zur Verfügung stehe, müsse der Mieter in jedem Fall zunächst den Vermieter auf Erteilung der Abrechnung verklagen und ein obsiegendes Urteil sodann im We-

ge der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO, gegebenenfalls also durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, durchsetzen (Schmidt-Futterer/ Langenberg, Mietrecht, 7. Aufl., § 546 Rdnr. 202). Einigkeit bestand indessen darin, daß als angemessene Frist für die Erstellung der Abrechnung ein Jahr anzusehen sei (§ 20 NMV analog) und daß die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe der tatsächlich angefallenen Betriebskosten beim Vermieter liege (so z.B. Lammel aaO Rdnr. 142; Kossmann aaO S. 148 Rdnr. 33 und S. 149 Rdnr. 3; Emmerich/Sonnenschein/ Weitemeyer, Miete, 7. Aufl., § 4 MHRG Rdnrn. 38, 43; Schmidt-Futterer/Langenberg aaO Rdnrn. 314, 413; Staudinger/Sonnenschein/Weitemeyer, Art. 3 WKSchG II § 4 MHRG, 13. Bearbeitung 1997, Rdnrn. 66, 81).

3. Der Senat hält die im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung jedenfalls im Ergebnis für zutreffend. Der Mieter, dessen Mietverhältnis beendet ist, ist nicht gezwungen, den mit der Abrechnung säumigen Vermieter auf Erteilung der Abrechnung zu verklagen. Vielmehr kann er die von ihm geleisteten Vorauszahlungen zurückverlangen, solange der Vermieter nicht durch eine ordnungsgemäße Abrechnung nachweist, daß die Vorschüsse durch die für den betreffenden Zeitraum angefallenen und vom Mieter zu erstattenden Nebenkosten verbraucht sind.

a) Allerdings steht dem Mieter, wenn der Vermieter ordnungsgemäß abgerechnet hat, ein vertraglicher Rückerstattungsanspruch nur zu, soweit die geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen durch die in dem betreffenden Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallenen Nebenkosten nicht aufgezehrt sind. Denn die vertraglich vereinbarten Abschlagszahlungen beruhen lediglich auf einer vorläufigen Schätzung oder einer freien Festsetzung (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2004 - VIII ZR 195/03, NJW 2004, 1102 = NZM 2004, 251 = Grundeigentum 2004, 416); aus der entsprechenden Regelung des Mietvertra-

ges folgt deshalb unmittelbar die Verpflichtung des Vermieters zur Erstattung etwaiger Überzahlungen, ohne daß es insoweit eines Rückgriffs auf die gesetzlichen Vorschriften des Auftrags oder der ungerechtfertigten Bereicherung, auf die Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung oder einer ergänzenden Vertragsauslegung bedarf. Gleiches gilt für eine etwaige Nachzahlungsverpflichtung des Mieters.

b) Über die Höhe der tatsächlich entstandenen Nebenkosten hat der Vermieter abzurechnen, weil er nur im Umfang des tatsächlichen Verbrauchs einen vertraglichen Erstattungsanspruch gegen den Mieter hat. Das liegt ohne weiteres auf der Hand, wenn der Vermieter - was ihm frei steht (Senatsurteil vom 11. Februar 2004 aaO) - keine Vorauszahlungen erhebt, sondern lediglich am Ende eines Abrechungszeitraumes die Aufwendungen geltend macht, die ihm durch die nach dem Vertrag vom Mieter zu tragenden Betriebskosten entstanden sind. Diese Rechtslage ändert sich nicht dadurch, daß der Vermieter mit dem Mieter monatliche Abschlagszahlungen vereinbart, über die nach Ablauf eines Jahres abzurechnen ist (vgl. Lammel aaO Rdnr. 142; Kossmann aaO S. 148 Rdnr. 33 und S. 149 Rdnr. 3; Emmerich/ Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 7. Aufl., § 4 MHRG Rdnr. 43; Schmidt-Futterer/Langenberg aaO Rdnr. 413; Staudinger/Sonnenschein/Weitemeyer aaO Rdnr. 81).

Über die Höhe der im Abrechnungszeitraum entstandenen Betriebskosten soll die durch § 4 Abs. 1 Satz 2 MHG zwingend vorgeschriebene jährliche Abrechnung des Vermieters - insbesondere im Interesse des Mieters - Klarheit verschaffen. Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung erscheint es selbstverständlich, daß der Zeitpunkt für die Abrechnung nicht in das freie Belieben des Vermieters gestellt ist, sondern daß die Abrechnung innerhalb angemessener Frist zu erfolgen hat. In Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung der Instanzgerichte und dem Schrifttum (s.o. unter 2 c a.E.) sieht der

Senat in der für den preisgebundenen Wohnraum maßgebenden Jahresfrist des § 20 Abs. 3 Satz 4 NMV einen brauchbaren Anhaltspunkt für die Angemessenheit der Abrechnungsfrist. Eine Überschreitung dieser Frist kann dem Vermieter nur dann zugestanden werden, wenn er an der rechtzeitigen Erstellung der Abrechnung aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen gehindert war.

c) Grundsätzlich werden der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten ebenso wie der Anspruch des Mieters auf Erstattung etwaiger Überzahlungen mit der Erteilung der Abrechnung fällig (st. Rspr., z.B. Senatsurteil BGHZ 113, 188, 194; Senatsurteil vom 27. November 2002 - VIII ZR 108/02, NJW-RR 2003, 442 = NZM 2003, 196 = ZMR 2003, 334 unter III 1; Senatsurteil vom 3. Dezember 2003 - VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851 = ZMR 2004, 250 = NZM 2004, 188 unter II 2). Für den Erstattungsanspruch des Mieters kann dies jedoch dann nicht gelten, wenn der Vermieter nicht innerhalb angemessener Frist über die Betriebskosten abrechnet, es sei denn, daß er an der Einhaltung der Frist aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen gehindert war. Andernfalls bliebe die Abrechnungsfrist ohne praktische Bedeutung, und der Vermieter hätte es in der Hand, die Fälligkeit eines Rückzahlungsanspruchs des Mieters nach Belieben hinauszuzögern. Dieser Folge kann nur dadurch wirksam begegnet werden, daß der Mieter die Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen verlangen kann, wenn der Vermieter nicht fristgerecht abgerechnet hat; dieses Ergebnis ist dem Mietvertrag im Wege der ergänzenden Auslegung zu entnehmen (§§ 133, 157 BGB; vgl. dazu OLG Braunschweig aaO unter II 2). Der Rückforderungsanspruch des Mieters wird deshalb in einem solchen Fall nicht erst mit der Mitteilung der Abrechnung des Vermieters, sondern bereits dann fällig, wenn die Abrechnungsfrist erfolglos abgelaufen ist. Fraglich kann dann nur noch sein, ob der Mieter die volle Rückzahlung fordern kann oder ob er auf die Geltendmachung einer geschätzten Überzahlung beschränkt ist (s. dazu unter e).

d) Der Senat teilt die in Rechtsprechung und Literatur in diesem Zusammenhang überwiegend vertretene Ansicht schließlich auch insofern, als dem Mieter das Recht zugestanden wird, unmittelbar auf Rückerstattung von Nebenkostenvorauszahlungen zu klagen, wenn der Vermieter seiner Verpflichtung zur Erteilung der Abrechnung nicht innerhalb der Frist von (grundsätzlich) längstens einem Jahr nachkommt. Dies muß jedenfalls dann gelten, wenn das Mietverhältnis beendet ist und der Mieter sich deshalb nicht mehr gemäß § 273 BGB durch Einbehaltung der laufenden Abschlagszahlungen schadlos halten oder Druck ausüben kann. Der - unter Umständen äußerst zeitraubende und nicht immer Erfolg versprechende - Umweg über eine (Stufen-)Klage auf Erteilung der Abrechnung kann dem Mieter, wie das OLG Braunschweig (aaO) zutreffend ausgeführt hat, nicht zugemutet werden (a.A. Schmidt-Futterer/ Langenberg aaO Rdnr. 202 a.E.; offengelassen von OLG Hamm aaO unter II 2 c bb a.E.). Es ist allein Sache des Vermieters, fristgerecht über die angefallenen Kosten vollständig und richtig abzurechnen (§ 259 BGB); ein etwaiges Verschulden seiner Hilfspersonen bei der Versäumung der Frist hat er sich wie eigenes Verschulden zurechnen zu lassen (§ 278 BGB). Deshalb kann der Mieter zu Recht erwarten, daß er nach spätestens einem Jahr zuverlässig erfährt, ob und inwieweit er die Vorauszahlungen zurückverlangen kann oder eine Nachzahlung zu leisten hat. Die bis dahin bestehende Ungewißheit würde ohne zwingenden Grund verlängert, wenn der Mieter nur in einem mehrstufigen Verfahren oder sogar in zwei getrennten Prozessen seinen möglicherweise bestehenden Rückforderungsanspruch geltend machen könnte.

e) Kommt der Vermieter seiner Pflicht zur Abrechnung der Betriebskosten nicht innerhalb angemessener Frist nach, so kann der Mieter die vollständige Erstattung der geleisteten Abschlagszahlungen verlangen. Die Ansicht, daß dem Mieter ein Rückzahlungsanspruch nur insoweit zusteht, als die Vorauszahlungen nach einer von ihm vorzunehmenden Schätzung den Betrag der

mindestens angefallenen Betriebskosten übersteigen, teilt der Senat nicht. Mit der gesetzlich vorgeschriebenen Abrechung macht der Vermieter gegenüber dem Mieter seinen Anspruch auf Bezahlung der vertraglich übernommenen Betriebskosten geltend; die entsprechenden Tatsachen hat er im Prozeß vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen. Es kann deshalb nicht Sache des Mieters sein, darzulegen, in welcher Höhe dem Vermieter ein derartiger Anspruch (mindestens) zusteht. Das wäre mit der allein dem Vermieter obliegenden Abrechnungspflicht nicht zu vereinbaren.

f) Durch eine Klage des Mieters auf vollständige Rückzahlung der geleisteten Vorschüsse, ohne daß er zuvor seinen Anspruch auf Abrechnung klageweise geltend gemacht hat, wird der Vermieter auch nicht über Gebühr benachteiligt. Dabei verkennt der Senat nicht, daß es in aller Regel nahezu zwingend feststeht, daß Betriebskosten in irgendeiner Höhe entstanden sind und der Vermieter deshalb einen entsprechenden Erstattungsanspruch gegen den Mieter hat. Diesen Anspruch kann er jedoch allein auf Grund einer ordnungsgemäßen Abrechnung geltend machen; verzögert er diese Abrechnung, so entsteht ein Schwebezustand, den der Mieter nicht hinzunehmen braucht, weil er gegen den Vermieter einen Anspruch auf Abrechnung innerhalb einer angemessenen Frist hat (s.o. unter b). Steht nach dem erfolglosen Ablauf der Frist aber nicht fest, in welcher Höhe der Vermieter Ersatz seiner Auslagen verlangen kann, so ist der Mieter, da weitere Darlegungen als diejenigen zur Höhe der geleisteten Vorauszahlungen und zur fehlenden Abrechnung von ihm nicht zu fordern sind, berechtigt, die Vorauszahlungen insgesamt zurückzuverlangen.

Abgesehen davon wird eine unangemessene Benachteiligung des Vermieters auch dadurch ausgeschlossen, daß er die bislang versäumte Abrechnung der Nebenkosten im Prozeß nachholen kann. Soweit ihm die Beschaffung der dazu benötigten Daten nicht möglich ist, kann eine Abrechnung auf der

Grundlage von Erfahrungswerten genügen. Soweit im einzelnen Unklarheiten verbleiben, können diese durch eine gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO oder erforderlichenfalls durch ein Sachverständigengutachten überwunden werden.

g) Die gegen die vorstehende Auffassung vereinzelt vorgebrachten Einwände im Hinblick auf Fragen der Rechtskraft (Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rdnr. 287) greifen nicht durch. Denn die Zahlungsklage verschafft unter den dargelegten Voraussetzungen im Ergebnis dem Mieter einen nur vorläufigen Rückzahlungsanspruch, der sich allein auf die fehlende Fälligkeit der korrespondierenden Gegenforderung - des Betriebskostenerstattungsanspruchs des Vermieters - gründet. Führt der Vermieter die Fälligkeit seines Erstattungsanspruchs durch ordnungsgemäße Abrechnung (§ 259 BGB) nach rechtskräftiger Beendigung des Vorprozesses herbei, so steht die Rechtskraft des einer Klage des Mieters stattgebenden Urteils der Klage des Vermieters auf Zahlung der Betriebskosten bzw. des sich aus der Abrechnung ergebenden Saldos nicht entgegen. Die Rechtslage ist dann - spiegelbildlich - nicht anders, als wenn eine vorausgegangene Leistungsklage mangels Fälligkeit des eingeklagten Anspruchs als zur Zeit unbegründet abgewiesen wird. So hat der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden, daß die Rechtskraft eines Urteils, das die Klage eines Bauunternehmers auf Zahlung des Werklohns mit der Begründung abgewiesen hat, die Forderung sei mangels einer prüffähigen Schlussrechnung (noch) nicht fällig, der Zulässigkeit einer neuen, auf die inzwischen eingetretene Fälligkeit des Anspruchs gestützten Klage nicht entgegensteht (BGHZ 140, 365, 368 m.w.Nachw.; BGHZ 143, 169, 172; ebenso Musielak/Musielak, ZPO, 4. Aufl., § 322 Rdnrn. 29, 51; Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., Rdnrn. 53, 55-58 vor § 322). Für den umgekehrten Fall kann nichts anderes gelten. Die Klage, die lediglich deshalb Erfolg hat, weil eine Gegenforderung mangels prüffähiger Schlußrechnung oder ordnungsgemäßer Abrech-

nung noch nicht fällig ist, ist letztlich nur "zur Zeit begründet". Ein rechtskräftiges, der Klage stattgebendes Urteil hindert den im Erstprozeß unterlegenen Unternehmer oder Vermieter daher nicht, durch Erstellung einer ordnungsgemäßen Abrechnung die Fälligkeit seiner (Gegen-)Forderung nachträglich herbeizuführen und gegebenenfalls diese Forderung zum Gegenstand einer neuen Klage zu machen.

4. Nach diesen Grundsätzen kann das Berufungsurteil, soweit es um die Rückforderung der Kläger für das Kalenderjahr 2000 geht, keinen Bestand haben. Ihrer gesetzlichen Verpflichtung, die Betriebskosten für diesen Zeitraum abzurechnen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 MHG), ist die Beklagte nicht nachgekommen, und zwar weder innerhalb der ihr hierfür grundsätzlich zustehenden Jahresfrist noch später. Der Umstand, daß der Hausverwalter sämtliche Unterlagen mitgenommen hat, macht eine fristgerechte Abrechnung nicht entbehrlich, sondern rechtfertigt allenfalls geringere Anforderungen an die substantiierte Darlegung der einzelnen Positionen. Die Kläger, deren Mietverhältnis beendet ist, waren daher berechtigt, auf Rückzahlung der für das Kalenderjahr 2000 geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen zu klagen, und zwar, wie ausgeführt, in voller Höhe und ohne Beschränkung auf einen den Mindestbetrag der schätzungsweise angefallenen Betriebskosten übersteigenden Überschuß.

5. Für den Abrechnungszeitraum des Kalenderjahres 2001 ist, wie eingangs erwähnt, § 556 Abs. 3 BGB in der Fassung des am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetzes vom 19. Juni 2001 maßgebend. Insofern hat sich an der Verpflichtung des Vermieters zur jährlichen Abrechnung über die Betriebskostenvorauszahlungen nichts geändert; an die Stelle des bisher geltenden § 4 Abs. 1 Satz 2 MHG ist die inhaltsgleiche Bestimmung des § 556 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbs. BGB getreten. Neu ist allerdings die verbindliche Festschreibung einer Abrechnungsfrist von zwölf Monaten und der grundsätzli-

che Ausschluß von Nachforderungen des Vermieters nach Ablauf dieser Frist (§ 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB). Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Mieter auf Abrechnung klagen (vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 14/4553, S. 51). Darauf ist er indessen, wie oben ausgeführt, nicht beschränkt; vielmehr kann er - wie nach dem bisherigen Rechtszustand - sofort die Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen fordern. Daß der Gesetzgeber, dem die uneinheitliche Rechtsprechung zu den Reaktionsmöglichkeiten des Mieters auf das Fehlen einer fristgerechten Nebenkostenabrechnung des Vermieters bekannt war, die sofortige Klage des Mieters auf Erstattung der Betriebskostenvorauszahlungen schlechthin ausschließen wollte, ist nicht anzunehmen. Die Bemerkung in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz (aaO), bei fehlender Abrechnung müsse der Mieter zunächst auf Rechnungslegung klagen und könne anschließend Rückzahlung des überzahlten Betrages verlangen, bezieht sich, wie dem folgenden Satz mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Zurückbehaltung zukünftiger Nebenkostenvorauszahlungen zu entnehmen ist, lediglich auf noch nicht beendete Mietverhältnisse.

a) Welche Anforderungen an den Umfang und die Begründung einer solchen Klage des Mieters zu stellen sind, ist nach wie vor gesetzlich nicht geregelt und im Schrifttum weiterhin umstritten; obergerichtliche Rechtsprechung hierzu existiert bislang, soweit ersichtlich, nicht.

Nach überwiegender Meinung kann der Mieter seine Vorauszahlungen in voller Höhe zurückverlangen, wenn sich der Vermieter nicht zur Sache einläßt (Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 556 Rdnr. 153; Emmerich/Sonnenschein/Weitemeyer, Miete, 8. Aufl., § 556 Rdnr. 91). Der Vermieter soll mit seiner Gegenforderung auf Ersatz der Betriebskosten jedoch aufrechnen oder diese gesondert geltend machen können (Schmid, Miete und Mietprozeß, 4. Aufl.,

S. 326 Rdnr. 567; unklar ders. in MünchKommBGB, 4. Aufl., § 556 Rdnr. 63); dabei wird indessen der Sinn der dem Vermieter obliegenden Abrechnungspflicht verkannt, die von vornherein auf die Saldierung von Vorauszahlungen des Mieters und Aufwendungen des Vermieters gerichtet ist (§ 259 Abs. 1 BGB). Des Umwegs über eine Aufrechnung oder gesonderte Geltendmachung der Forderung des Vermieters bedarf es daher nicht.

b) Die Gegenmeinung versagt dem Mieter grundsätzlich ein Recht zur Rückforderung der Vorauszahlungen, solange als Gegenleistung dafür überhaupt Betriebskosten aufgewendet worden sind (Eisenschmid/Rips/Wall, Betriebskostenkommentar, Teil 2, Rdnr. 293). Nach Langenberg (in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 556, Rdnrn. 282 ff., insbesondere Rdnr. 289; ders. in Betriebkostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 3. Aufl., Abschnitt G, Rdnrn. 48 ff., 58), der den Rechtsentscheid des OLG Braunschweig vom 8. Juli 1999 (aaO) als durch die geänderte materielle Gesetzeslage überholt ansieht, soll es auch bei beendetem Mietverhältnis dabei verbleiben, daß der Mieter zunächst auf Abrechnung klagen und ein obsiegendes Urteil sodann im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO durchsetzen muß.

c) Der Senat geht auch für Abrechnungszeiträume, für die nach der neuen Bestimmung des § 556 Abs. 3 BGB abzurechnen ist, davon aus, daß es nicht zur schlüssigen Begründung einer Rückforderungsklage des Mieters wegen Verletzung der Abrechnungspflicht des Vermieters gehört, daß er - der Mieter - anhand der ihm zur Verfügung stehenden Anhaltspunkte den Mindestbetrag der angefallenen Betriebskosten schätzt und von der Summe der Vorauszahlungen abzieht. Die oben dargelegten, vom Senat geteilten Erwägungen des OLG Braunschweig in seinem Rechtsentscheid vom 8. Juli 1999 sind entgegen der Ansicht von Langenberg nicht durch die Neuregelung des § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB überholt; denn die Gefahr eines "evident unhaltbaren" Er-

gebnisses besteht nach der neuen Gesetzeslage, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Ausschlußfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, nicht. Vielmehr ist der Vermieter nach wie vor berechtigt, sich im Prozeß gegen die Rückforderung des Mieters durch substantiierte, den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Abrechnung (§ 259 BGB) genügende Darlegung der ihm entstandenen Aufwendungen für Betriebskosten zu verteidigen oder nachträglich, d.h. auch nach Rechtskraft eines der Rückforderungsklage des Mieters stattgebenden Urteils, die Fälligkeit seines Erstattungsanspruchs durch eine Abrechnung herbeizuführen. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB schließt nach seinem eindeutigen Wortlaut lediglich die Geltendmachung von Nachforderungen aus. Um Nachforderungen in diesem Sinne handelt es sich aber begrifflich nur, wenn der Vermieter nach Ablauf der zwölfmonatigen Abrechnungsfrist einen Betrag verlangt, der eine bereits erteilte Abrechnung oder, falls er eine rechtzeitige Abrechnung nicht erstellt hat, die Summe der Vorauszahlungen des Mieters übersteigt. Andernfalls würde sich die von Langenberg (aaO) zu Recht als "evident unhaltbar" bezeichnete Situation ergeben, daß das Unterlassen der fristgerechten Abrechnung zum völligen Verlust des Aufwendungsersatzanspruchs des Vermieters führen würde. Eine so weitgehende Auslegung wäre weder mit dem Wortlaut der Vorschrift zu vereinbaren noch durch ihren Schutzzweck geboten (vgl. dazu Senatsurteil vom 17. November 2004 - VIII ZR 115/04 unter II 1 b). Auch den Gesetzesmaterialien läßt sich nichts dafür entnehmen, daß der Gesetzgeber die Bestimmung des § 556 Abs. 3 Satz 3 in diesem weitreichenden Sinn verstanden hat (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 14/4553 S. 51 unter 4 c a.E.). Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens sind in § 556 Abs. 3 BGB zwar noch die Sätze 5 und 6, die einen Einwendungsausschluß auch für den Mieter vorsehen, hinzugefügt worden (Haas, Das neue Mietrecht - Mietrechtsreformgesetz, S.158 ff.); Satz 3 ist jedoch unverändert geblieben.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil mit der gegebenen Begründung insgesamt keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, da die Beklagte gegen die Klageforderung hilfsweise mit Gegenansprüchen wegen Mietrückständen aufgerechnet hat (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Hierauf ist das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - bisher nicht eingegangen; das wird in der neuen Berufungsverhandlung nachzuholen sein. Dabei wird die Beklagte auch Gelegenheit haben, über die Betriebskosten für die Jahre 2000 und 2001 nachträglich abzurechnen.

Dr. Deppert Dr. Beyer Ball

Dr. Wolst Hermanns