



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 319/09

vom

10. August 2010

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. August 2010 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Hessel, den Richter Dr. Achilles sowie die Richterin Dr. Fetzner

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die vom Berufungsgericht zugelassene Revision durch einstimmigen Beschluss nach § 552a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

- 1 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

- 2 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Fortbildung des Rechts zugelassen, weil die Frage, ob der Vermieter - gestützt auf eine nachträglich erteilte Betriebskostenabrechnung - Vollstreckungsgegenklage gegen das ihn zur Rückzahlung der Betriebskostenvorauszahlungen verpflichtende Urteil erheben kann, noch nicht entschieden sei. Diese Erwägung trägt indessen weder den vom Berufungsgericht genannten Zulassungsgrund noch liegt einer der weiteren im Gesetz genannten Zulassungsgründe vor.

- 3 Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung; eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Denn die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage, über die, soweit ersichtlich, weder in der Rechtsprechung der Instanzgerichte noch in der Literatur ein Meinungsstreit besteht, ist nicht zweifelhaft; sie lässt sich vielmehr anhand der Rechtsprechung des Bun-

desgerichtshofs eindeutig in dem auch vom Berufungsgericht entschiedenen Sinne beantworten.

- 4 a) Nach der Rechtsprechung des Senats, von der auch das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, ist eine Klage des Mieters auf Rückzahlung von Vorauszahlungen, die mangels Erteilung der fälligen Betriebskostenabrechnung Erfolg hat, lediglich "zur Zeit begründet" (Senatsurteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, unter II 4 g), so dass der Vermieter auch noch nach Rechtskraft dieser Entscheidung mit einer Abrechnung die Voraussetzung für die Fälligkeit der Betriebskostenabrechnung schaffen und den Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Vorauszahlungen damit nachträglich zu Fall bringen kann (Senatsurteil, aaO, unter II 5 c).
- 5 b) Die mit der vorliegenden Vollstreckungsgegenklage erhobene Einwendung des Klägers, die Rückforderung der Vorauszahlungen sei angesichts der zwischenzeitlich erteilten Betriebskostenabrechnung (nunmehr) unbegründet, ist nach § 767 Abs. 2 ZPO zulässig, denn sie beruht auf der am 14. Oktober 2008 erfolgten Abrechnung der Nebenkosten und somit auf Gründen, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess (2. Oktober 2008) entstanden sind und nicht mehr durch Einspruch hätten geltend gemacht werden können.
- 6 Zwar ist für Gestaltungsrechte wie beispielsweise die Aufrechnung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass es für die Frage des Einwendungsausschlusses nicht auf die Ausübung des Gestaltungsrechts ankommt, sondern darauf, ob dieses - also etwa die Aufrechnungslage - zu dem nach § 767 Abs. 2 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt objektiv bereits bestanden hat (BGHZ 24, 97, 98; 34, 274, 279; 100, 222, 225, st. Rspr.). Bei der Betriebskostenabrechnung, der nach der Rechtsprechung des Senats schon kein rechtsge-

schäftlicher Erklärungswert zukommt, handelt es sich aber nicht um ein Gestaltungsrecht, sondern lediglich um einen Rechenvorgang im Sinne des § 259 BGB (Senatsurteile vom 28. April 2010 - VIII ZR 263/09, NJW 2010, 1965, Tz. 8 sowie vom 23. November 1981 - VIII ZR 298/80, NJW 1982, 573, unter I 2 aa), der die materielle Voraussetzung dafür schafft, dass dem Vermieter die Vorauszahlungen - soweit durch das Abrechnungsergebnis gerechtfertigt - endgültig verbleiben und ein etwaiger Nachforderungsanspruch fällig wird.

7 Für den Ausschluss einer Einwendung nach § 767 Abs. 2 ZPO kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darauf an, ob sie bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung objektiv hätte erhoben werden können; hieran fehlt es, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Einwendung - hier die die Fälligkeit der Nebenkostenforderung des Vermieters herbeiführende Betriebskostenabrechnung - zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgelegen haben. Dass der Schuldner die materiellen Voraussetzungen für eine Einwendung vor diesem Zeitpunkt hätte schaffen können, genügt für den Einwendungsausschluss nicht (BGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - VII ZR 351/03, NJW 2005, 2926, unter II 2 b cc).

8 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

9 a) Das Berufungsgericht hat die Zwangsvollstreckung aus dem im Vorprozess ergangenen Urteil vom 19. Juni 2008 zu Recht für unzulässig erklärt. Die Einwendung des Klägers, dass der Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der Vorauszahlungen mit der Erteilung der Betriebskostenabrechnung entfallen sei, ist - wie dargelegt - gemäß § 767 Abs. 2 ZPO zulässig. Die vom Beklagten erbrachten Vorauszahlungen gebühren nach der Abrechnung, die einen Saldo zu Lasten des Beklagten aufweist, vollständig dem Kläger.

10 b) Soweit die Revision die Entscheidung des Berufungsgerichts über die von dem Beklagten erhobenen Einwände gegen die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung vom 14. Oktober 2008 mit Verfahrensrügen angreift, hat der Senat diese geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

11 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Ball

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Fetzer

Hinweis:

Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

AG Nauen, Entscheidung vom 30.03.2009 - 12 C 355/08 -

LG Potsdam, Entscheidung vom 19.11.2009 - 11 S 41/09 -