

KG Berlin

Urteil

§§ 259, 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB

- 1. Aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB folgt nicht, dass die auf die gewerbliche Nutzung entfallenden Betriebskosten stets vorweg abzuziehen sind (vgl. BGH Urteil vom 08. März 2006 - VIII ZR 78/05 - GE 2006, 502).**
- 2. Ein Vorwegabzug der Kosten für Gewerbeflächen in gemischt genutzten Abrechnungseinheiten für alle oder einzelne Betriebskostenarten ist jedenfalls dann nicht geboten, wenn die auf die Gewerbeflächen entfallenden Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen (vgl. auch LG Düsseldorf DWW 1990,240; LG Frankfurt/a.M. NZM 1998,434; LG Braunschweig ZMR 2003,114).**
- 3. Einwendungen des Mieters gegen einzelne Betriebskostenpositionen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn er diese aufgrund der eingesehenen Belege konkretisiert (OLG Düsseldorf GE 2003, 878; LG Berlin GE 2003, 1492; LG Berlin GE 2003, 1492; Kinne/Schach/Bieber, a.a.O., § 556 BGB, Rdnr.100a).**

KG, Urteil vom 24.07.2006, Az.: 8 U 224/05

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 11. November 2005 verkündete Urteil der Zivilkammer 29 des Landgerichts Berlin teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 6.734,06 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß §1 DÜG

auf 103,79 EUR vom 1. Oktober 2000 bis zum 31. Dezember 2001,

auf 315,71 EUR vom 1. Februar 2001 bis zum 31. Dezember 2001,

nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB

auf 419,50 EUR seit dem 1. Januar 2002,

nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB

auf 3.542,75 EUR seit dem 19. Januar 2005 und

nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB

auf 2.771,81 EUR seit dem 19. Januar 2005

zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Widerklage wird als unzulässig abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz haben die Klägerin 19 % und der Beklagte 81 % zu tragen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz haben die Klägerin 10 % und der Beklagte 90 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Beklagten ist nur teilweise begründet (I.).

Die Widerklage ist unzulässig (II.).

I.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten Anspruch auf Zahlung von 6.734,06 EUR gemäß § 535 Abs. 2 BGB. Der weitergehende Zahlungsanspruch ist unbegründet.

A. Restmietzinsansprüche

a) Die Klägerin kann vom Beklagten rückständigen Mietzins in Höhe von 103,79 EUR verlangen. Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, dass die Klägerin die unstreitige Zahlung für September 2000 am 04. September 2000 in Höhe von 1.990,56 DM nicht berücksichtigt habe. Der Beklagte schuldete folgenden Mietzins:

Netto kalt	1.572,00 DM	
zzgl. MwSt.	1.823,52 DM	
BK - Vorschuss	307,40 DM	
HK - Vorschuss	62,64 DM	
Gesamt	2.193,56 DM	
Zahlung	1.990,56 DM	
Rest	203,00 DM	= 103,79 EUR.

Die Klägerin hat die Zahlung von 1.990,56 DM zunächst auf die Vorschüsse verrechnet. Der Beklagte hat die Zahlung mit der Bestimmung „Miete 9/2000“ vorgenommen. Daraus ergibt sich nicht, auf welche Mietzinsbestandteile die Teilzahlung zu verrechnen war. Fehlt es an einer derartigen Bestimmung des Mieters, so ist davon auszugehen, dass zunächst der Anspruch des Vermieters auf den Betriebskostenvorschuss getilgt wird, weil diese Forderung infolge der Notwendigkeit der Abrechnung spätestens ein Jahr nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes dem Vermieter geringere Sicherheit bietet (Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Auflage, Teil II, Rdnr. 124; LG Berlin GE 2000, 205 und 1623; LG Berlin GE 2002, 1336). Mangels Tilgungsbestimmung konnte die Klägerin daher die Zahlung zunächst auf die Nebenkostenvorschüsse verrechnen, so dass noch restlicher Nettomietzins offen ist.

b) Der Klägerin steht ein Anspruch auf rückständigen Mietzins für Dezember 2000 in Höhe von 512,03 EUR nicht zu, weil diese Forderung durch Aufrechnung des Beklagten mit Gegenforderungen erloschen ist (§ 389 BGB).

Für Dezember 2000 war unter Berücksichtigung des Nettomietzinses (d.h. ohne Nebenkostenvorschüsse) von 1.823,52 DM abzüglich der geleisteten Zahlung von 822,07 DM noch ein Betrag von 1.001,45 DM offen.

Der Beklagte hat insoweit entsprechend der Schreiben der Hausverwaltung vom 24. November 2000 und 27. November 2000 eine Verrechnung mit den Guthaben aus den Betriebskostenabrechnungen für 1998 und 1999 in Höhe von 170,91 DM und von 830,54 DM = 1.001,45 DM (= 512,03 EUR) vorgenommen.

c) Für Januar 2001 kann die Klägerin noch restlichen Mietzins von 315,71 EUR verlangen, der weitergehende Anspruch ist durch Aufrechnung erloschen (§ 389 BGB).

Für Januar 2001 war unter Berücksichtigung des Nettomietzinses (d.h. ohne Vorschüsse) von 1.823,52 DM abzüglich der geleisteten Zahlung von 1.023,52 DM noch ein Betrag von 800,00 DM geschuldet. Demgegenüber hat der Beklagte die Aufrechnung mit dem Abrechnungsguthaben aus der Heizkostenabrechnung für den Zeitraum vom 01.05.1998 bis 30.04.1999 in Höhe von 182,53 DM erklärt, so dass noch der Betrag von 617,47 DM = 315,71 EUR offen ist.

B. Nebenkostennachforderungen

Der Klägerin stehen Nachzahlungen in Höhe von 6.314,56 EUR aus Betriebskosten - und Heizkostenabrechnungen zu. Im Einzelnen kann die Klägerin Ausgleich der Nachzahlungsforderungen wie folgt verlangen:

a) Betriebskostenabrechnung 2000 vom 08. August 2000 von noch 648,87 EUR

Unter Berücksichtigung der auf den Beklagten entfallenden Gesamtkosten von 4.343,07 DM hat die Klägerin zuletzt Vorauszahlungen in Höhe von 3.070,40 DM (für die Monate Januar bis Oktober 2000 von monatlich 307,40 DM) zugunsten des Beklagten in Abzug gebracht (4.343,07 DM - 3.070,40 DM = 1.269,07 DM). Der Beklagten hat unstreitig erst ab November 2000 keine Nebenkostenvorauszahlungen mehr erbracht.

b) Betriebskostenabrechnung 2001 vom 23. August 2002 von 2.251,33 EUR

c) Betriebskostenabrechnung 2002 vom 22. August 2003 von 2.306,80 EUR

d) Heizkostenabrechnung 2000/2001 von noch 270,52 EUR

Unter Berücksichtigung der auf den Beklagten entfallenden Heizkosten von 904,93 DM hat die Klägerin zuletzt Vorschüssen in Höhe von 375,84 DM (für Mai bis Oktober 2002 von monatlich 62,64 DM) in Abzug gebracht (904,93 DM - 375,84 DM = 529,09 DM).

e) Heizkostenabrechnung 2001/2002 von 372,03 EUR

f) Heizkostenabrechnung 2002/2003 von 465,01 EUR

1. Es ist davon auszugehen, dass die Betriebskostenabrechnungen ordnungsgemäß erstellt worden sind und den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entsprechen. Sie enthalten eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und den Abzug der Vorauszahlungen des Mieters (BGH NJW 1982, 573).

Nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen Gewerbemietvertrag (AVB), die Vertragsbestandteil des Mietvertrages vom 11./12. Juni 1998 geworden sind, erfolgt die Umlage der Betriebskosten nach dem Verhältnis der jeweils

tatsächlichen Mietflächen, soweit nicht für einzelne oder alle Betriebskosten vom Vermieter ein anderer Umlageschlüssel gewählt wird (vgl. Ziff. 6.3). Der Abrechnungsmaßstab muss der Billigkeit entsprechen, d.h. er muss nach objektiven Kriterien ausgerichtet und möglichst nah am Verbrauch orientiert sein. Grundsätzlich ist die Abrechnung nach dem Verhältnis der Flächen angemessen (vgl. OLG Hamm WuM 1983, 315; Senatsurteil vom 12.04.2001- 8 U 2143/99 - ,GE 2001, 850).

Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, dass sämtliche Abrechnungen „falsch,“ - gemeint ist wohl nicht fällig - seien, weil bei dem gemischt genutzten Objekt von Wohnraum und Geschäftsraum die nicht verbrauchsabhängig erfassten Betriebskosten nicht getrennt nach Wohn- und Geschäftsraum aufgeteilt worden seien. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Betriebskostenabrechnung von vornherein deswegen nicht fällig ist, wenn die Betriebskosten für die im Gebäude befindlichen Gewerbebetriebe nicht getrennt ausgewiesen und vorweg abgezogen sind. Aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB folgt nicht, dass die auf die gewerbliche Nutzung entfallenden Betriebskosten stets vorweg abzuziehen sind (vgl. BGH Urteil vom 08. März 2006 - VIII ZR 78/05 - GE 2006, 502). In dieser Entscheidung hat der BGH für preisfreien Wohnraum entschieden, dass ein Vorwegabzug der Kosten für Gewerbeflächen in gemischt genutzten Abrechnungseinheiten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht geboten ist, wenn die auf die Gewerbeflächen entfallenden Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen (vgl. auch LG Düsseldorf DWW 1990,240; LG Frankfurt/a.M. NZM 1998,434; LG Braunschweig ZMR 2003,114). Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass durch den Vorwegabzug verhindert werden soll, dass die Wohnungsmieter mit Kosten belastet werden, die allein oder in höherem Maße aufgrund einer gewerblichen Nutzung entstehen (BGH GE 2006, 502).

Es kann für die Entscheidung dahingestellt bleiben, ob sich der Beklagte, der selbst Gewerbemieter ist, hierauf berufen kann. Jedenfalls kann nicht festgestellt werden, dass der von der Klägerin gewählte Abrechnungsmaßstab für die Betriebskosten nach Flächenanteil - mit Ausnahme bezüglich der Grundsteuer, die nach dem Verhältnis der Rohmieterträge umgelegt ist - unbillig wäre. Der Beklagte hat hier auch nicht konkret geltend gemacht, in Bezug auf welche Betriebskosten im Verhältnis zu den Wohnraummieter Unbilligkeit vorliegen würde.

Soweit der Beklagte sich weiter darauf beruft, dass die Abrechnung nicht ordnungsgemäß sei, weil einzelne Gewerbemieter wie ein türkischer Imbiss, ein Internet - Cafe´ und eine Arztpraxis, einen höheren Wasserverbrauch hätten, ist der Einwand ebenfalls unerheblich. Zwar kann auch im Verhältnis von Gewerberaummieter untereinander ein differenzierter Abrechnungsmaßstab geboten sein, wenn einzelne Gewerbe bei bestimmten Abrechnungspositionen einen spezifisch höheren Verbrauch haben oder Kosten verursachen. Dann kann ein Vorwegabzug in Betracht kommen (vgl. Senatsurteil vom 12. April 2001 - 8 U 2143/99-, GE 2001, 850 für

Grundsteuer). Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die genannten anderen Gewerbeeinheiten erheblich höhere Wasserkosten verursachen würden als die als Anwaltskanzlei genutzten Büroräume des Beklagten. Der Beklagten hat auch keinerlei Anhaltspunkte dazu vorgetragen, aus denen sich ergäbe, dass eine Unbilligkeit vorliegen würde. Bezüglich des türkischen Imbisses hat der Beklagten weder zur Größe noch zum Umfang des Geschäfts etwas vorgetragen, die Schlüsse auf einen etwaigen höheren Verbrauch zuließen. Soweit es das Internet - Café und die Arztpraxis betrifft, ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen diese höhere Wasserkosten haben sollen als die Anwaltskanzlei des Beklagten. Im Übrigen betrifft dieser Einwand bezüglich der Wasserkosten auch nur die Betriebskostenabrechnung für 2000. In den Abrechnungen für die Folgejahre 2001 und 2002 ist - nach Einbau von Wasseruhren- der Wasserverbrauch für die einzelnen Einheiten erfasst und damit verbrauchsabhängig erfasst.

Soweit es die Grundsteuer angeht, hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass die Verteilung der Grundsteuerbeträge nach den Rohmieterträgen auf die einzelnen Abrechnungseinheiten erfolgt ist. Dies entspricht der Rechtsprechung des Senat (vgl. Senatsurteil vom 12.04.01, a.a.O.).

Der Beklagte hat demnach erhebliche Einwendungen gegen die Abrechnungen nicht erhoben. Zudem sind Einwendungen des Mieters gegen einzelne Betriebskostenpositionen nur dann zu berücksichtigen, wenn er diese aufgrund der eingesehenen Belege konkretisiert (OLG Düsseldorf GE 2003, 878; LG Berlin GE 2003, 1492; LG Berlin GE 2003, 1492; Kinne/Schach/Bieber, a.a.O., § 556 BGB, Rdnr.100a).

Soweit der Beklagte geltend macht, dass er die Klägerin vergeblich aufgefordert habe, die Belege für die Abrechnungen gegen Aufgabe der Kosten zu übersenden, ist auch dies unerheblich. Nach der Rechtsprechung des BGH besteht ein Anspruch des Mieters auf Übersendung von Fotokopien auch gegen Übernahme der Kosten nicht. Dem Interesse des Mieters an einer Überprüfung der Abrechnung wird in der Regel bereits dadurch Rechnung getragen, dass er vom Vermieter Einsicht in die der Abrechnung zugrunde liegenden Belege verlangen kann (BGH Urteil vom 08. März 2006 - VIII ZR 78/05 -, a.a.O.). Es ist auch nichts dazu vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass es dem Beklagten ausnahmsweise nicht zugemutet werden könnte, die Belege bei der Klägerin einzusehen.

2. Die Heizkostenabrechnungen sind entsprechend den Anforderungen der Heizkostenverordnung erstellt. Der Beklagten hat Einwendungen dagegen auch nicht erhoben.

II.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Widerklage nach Schluss der mündlichen Verhandlung - nämlich nach Ablauf der den Parteien gemäß § 283 ZPO gesetzten Erklärungsfristen - eingereicht worden

ist. Es handelt sich bei der Widerklage um einen neuen Sachantrag, der zwar nicht unter § 296 a ZPO fällt, aber gleichwohl unzulässig ist. Eine Widerklage kann nach Schluss der mündlichen Verhandlung nicht mehr in zulässiger Weise erhoben werden (vgl. BGH NJW-RR 1992, 1085; BGH NJW 2000, 2512).

Die in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage ist unzulässig. Gemäß § 533 ZPO ist eine Widerklage nur zulässig, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und diese auf Tatsachen gestützt wird, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Die Klägerin hat ihre Einwilligung nicht erteilt. Es kann dahingestellt bleiben, ob Sachdienlichkeit vorliegt. Jedenfalls ist die Widerklage nicht auf Tatsachen gestützt, die das Berufungsgericht seiner Entscheidung ohnehin zugrunde zu legen hat. Denn mit der Widerklage führt der Beklagte einen neuen Streitgegenstand in das Verfahren ein. Er verlangt Zahlung von Kosten an einen Sachverständigen, der mit der Erstattung eines Gutachtens über die Miethöhe beauftragt worden ist, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob die Beauftragung des Sachverständigen notwendig ist. Dieser Streitgegenstand hat mit dem Gegenstand der Berufung nichts zu tun.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 284, 288, 291 BGB 1.F., Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB, §§ 286, 288, 291 BGB n.F.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97, 91, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Die Revision wird nicht zugelassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO).