

# BGH Urteil vom 08.03.2006 AZ VIII ZR 78/05

Vorinstanzen:

AG Berlin-Mitte, Entscheidung vom 24.02.2004 - 2 C 144/03 -

LG Berlin, Entscheidung vom 23.08.2004 - 67 S 99/04 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren mit Schriftsatzfrist bis zum 16. Januar 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Ball, Dr. Leimert und Dr. Frellesen

für Recht  
erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 67 des Landgerichts Berlin vom 23. August 2004 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

## Tatbestand:

Der Beklagte ist Mieter einer nicht preisgebundenen Wohnung der Klägerin in B.xxx. Nach dem Mietvertrag vom 17. Juni 1995 hat der Beklagte neben der Miete monatliche Vorschüsse auf Betriebs- und Heizkosten zu zahlen, über die die Klägerin jährlich abzurechnen hat.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 1999 erteilte die Klägerin die Betriebskostenabrechnung für das Jahr 1998, die unter Verrechnung eines Guthabens des Beklagten aus der gesondert erstellten Heizkostenabrechnung eine Nachforderung der Klägerin ergab. Der Beklagte bat die von der Klägerin beauftragte Hausverwaltung um Übersendung von Fotokopien der Abrechnungsbelege gegen Kostenerstattung. Diesem Verlangen kam die Hausverwaltung, die dem Beklagten stattdessen die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen in ihren ebenfalls in B. xx gelegenen Büroräumen anbot, nicht nach. Auch die Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 1999, 2000 und 2001 ergaben Nachforderungen der Klägerin. Der Beklagte zahlte den Nachforderungsbetrag für das Jahr 1999 unter Vorbehalt, nachdem er die Hausverwaltung der Klägerin

vergeblich zur Übersendung von Fotokopien der Abrechnungsbelege aufgefordert hatte.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin unter anderem Zahlung rückständiger Miete bis Juni 2003 sowie ihrer Nachforderungen aus den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 1998 (57,98 €), 2000 (47,37 €) und 2001 (335,06 €) verlangt. Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, sämtliche Nachforderungen von 1998 bis 2001 seien nicht fällig, weil die Klägerin die im Gebäude befindlichen Gewerbeflächen in den Abrechnungen nicht vorweg abgezogen und ihm darüber hinaus keine Fotokopien zu den Abrechnungsbelegen überlassen habe. Gegenüber den Ansprüchen der Klägerin auf Zahlung der Miete für August 2001 in Höhe von 592,41 € und der restlichen Miete für September 2001 in Höhe von 183,38 € hat der Beklagte mit seinen von der Klägerin in ihren Betriebskostenabrechnungen jeweils verrechneten separaten Heizkostenguthaben aus den Jahren 1998 in Höhe von 246,19 € und 1999 in Höhe von 157,58 € sowie mit einem Anspruch auf Rückerstattung des unter Vorbehalt gezahlten Nachforderungsbetrages aus der Abrechnung von 1999 in Höhe von 250,41 € - insgesamt in Höhe von 654,18 € - die Aufrechnung erklärt. Hinsichtlich der von der Klägerin verlangten Vorauszahlungen für Betriebs- und Heizkosten ab Februar 2003 in Höhe von monatlich 128,88 € hat der Beklagte wegen der nach seiner Auffassung nicht ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Der Beklagte hat Widerklage erhoben und unter anderem die Auszahlung des von der Klägerin verrechneten Heizkostenguthabens für das Jahr 2000 in Höhe von 293,87 € begehrt. Während des Rechtsstreits hat die Klägerin dem Beklagten rund 300 Kopien ihrer Abrechnungsbelege für die Jahre 1998 bis 2001 übersandt.

Das Amtsgericht hat den Zahlungsansprüchen aus der Klage teilweise stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Der Widerklage des Beklagten hat es hinsichtlich des begehrten Heizkostenguthabens stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre Klage um Mietforderungen bis März 2004 einschließlich Betriebs- und Heizkostenvorauszahlungen von monatlich 128,88 € nebst Zinsen erweitert hat, hat das Landgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben; die Widerklage hat es insgesamt abgewiesen. Die Berufung des Beklagten hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht - beschränkt auf die vorgenannten Ansprüche - zugelassenen Revision begehrt der Beklagte im Umfang der Zulassung des Rechtsmittels die Abweisung der Klage; hinsichtlich der Widerklage begehrt er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

## I.

Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - zur Begründung ausgeführt:

Die Mietforderungen der Klägerin für die Monate August und September 2001 seien nicht in Höhe der mit Schreiben des Beklagten vom 29. Juni 2001 angekündigten und in seinem Schriftsatz vom 12. Mai 2003 wiederholten Aufrechnung erloschen. Die zur Aufrechnung gestellten Heizkostenguthaben des Beklagten aus den Jahren 1998 und 1999 seien bereits erloschen gewesen, weil die Klägerin zuvor wirksam mit ihren Nachforderungen aus den jeweiligen Betriebskostenabrechnungen aufgerechnet habe. Dem Beklagten stehe auch kein aufrechenbarer Anspruch auf Rückerstattung des Nachzahlungsbetrags für das Jahr 1999 zu. Die Nachforderungen der Klägerin aus ihren in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnungen seien fällig gewesen. Ein Vorwegabzug der Gewerbeflächen in den Abrechnungen sei nicht geboten gewesen, weil die in dem Gebäude befindlichen Geschäftsbetriebe keine erhebliche Mehrbelastung an Kosten verursacht hätten.

Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass die Klägerin ihm keine Kopien der Abrechnungsbelege überlassen habe. Die Regelung des § 29 Abs. 2 Satz 1 der Neubaumietenverordnung - wonach der Mieter anstelle der Einsicht in die Berechnungsunterlagen Ablichtungen gegen Erstattung der Auslagen verlangen kann - sei nicht anwendbar, weil sie ausschließlich für preisgebundenen Wohnraum gelte; die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den preisfreien Wohnraum seien nicht erfüllt. Ein Anspruch des Beklagten auf Überlassung von Belegkopien sei auch nicht nach § 242 BGB begründet, zumal B. über ein ausgebautes System des öffentlichen Personennahverkehrs verfüge, so dass der zeitliche Aufwand für den Weg zum Vermieter nicht beachtlich ins Gewicht falle. Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass der Betreuungsaufwand für den Vermieter bei einer Einsichtnahme vor Ort eher höher sei, weil er regelmäßig gezwungen werde, die Modalitäten der Rechnungslegung näher zu erläutern. Insoweit sei dem Vermieter eine Dispositionsfreiheit zuzubilligen, zumal einzelne Fragen, die im Zusammenhang mit der Einsichtnahme in die Rechnungsbelege aufträten, gegebenenfalls sogleich geklärt werden könnten. Dem Mieter stehe es frei, sich fachkundiger Unterstützung bei der Einsicht in die Belege zu bedienen. Soweit der Beklagte darauf verwiesen habe, dass es ihm aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit als Geschäftsführer eines Gastronomiebetriebes nicht möglich gewesen sei, die bevollmächtigte Hausverwaltung innerhalb ihrer Geschäftszeiten aufzusuchen, habe er nicht dargelegt, sich um eine Absprache eines für beide Seiten hinnehmbaren Termins überhaupt bemüht zu haben.

Die Klägerin könne sowohl Zahlung ihrer Nachforderungen aus den Abrechnungen der Jahre 1998, 2000 und 2001 als auch der monatlichen Vorschüsse für die Betriebs- und Heizkosten für den Zeitraum von Februar 2003 bis Juni 2003 (richtig: März 2004) verlangen. Dem Beklagten stehe kein Zurückbehaltungsrecht zu, weil die Abrechnungen für die Jahre 1998 bis 2001 ordnungsgemäß seien. Der Beklagte könne mit der Widerklage nicht die Auszahlung seines Heizkostenguthabens aus dem Jahr 2000 verlangen, weil das Guthaben bereits infolge der früheren Aufrechnung der Klägerin mit ihrer Nachforderung aus der Abrechnung für das Jahr 2000 erloschen gewesen sei.

## II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Revision des Beklagten ist daher zurückzuweisen.

### A. Klage

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Ansprüche der Klägerin auf Zahlung der Miete für den Monat August 2001 in Höhe von 592,41 € und der restlichen Miete für September 2001 von 183,38 € nicht in Höhe von insgesamt 654,18 € infolge der Aufrechnung des Beklagten erloschen sind (§ 389 BGB). Die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor dem 29. Juni 2001 erklärte Aufrechnung des Beklagten ist unwirksam, weil ihm keine Aufrechnungsforderung zustand.

a) Die auf gesondert erstellten Abrechnungen beruhenden Heizkostenguthaben des Beklagten aus den Jahren 1998 in Höhe von 246,19 € und 1999 von 157,58 € bestanden im Zeitpunkt seiner Aufrechnungserklärung nicht mehr, weil die Klägerin bereits zuvor in ihren Abrechnungsschreiben vom 18. Dezember 1999 und 3. November 2000 mit ihren entsprechenden - höheren - Betriebskostennachforderungen aufgerechnet hatte. Entgegen der Auffassung der Revision bewirkten die Aufrechnungen der Klägerin das Erlöschen der Heizkostenguthaben (§ 389 BGB).

aa) Die Revision meint, die Klägerin habe nicht wirksam aufrechnen können (§ 387 BGB), weil sie in ihren Abrechnungen die Betriebskosten für die im Gebäude befindlichen Gewerbebetriebe nicht getrennt ausgewiesen und vor- weg abgezogen habe; die Abrechnungen der Klägerin seien daher fehlerhaft und nicht fällig gewesen. Diese Rüge ist nicht begründet.

(1) Für den preisgebundenen Wohnraum bestimmt § 20 Abs. 2 Satz 2 der Neubaumietenverordnung 1970 (im Folgenden: NMV) allerdings, dass Betriebskosten, die nicht für Wohnraum entstanden sind, bei der

Umlage der Betriebskosten vorweg abzuziehen sind. Die Neubaumietenverordnung ist jedoch nach ihrem § 1 nur auf bestimmte preisgebundene Wohnungen anzuwenden. Für Wohnraum, der - wie die Wohnung des Beklagten - nicht der Preisbindung unterliegt, fehlt eine entsprechende Regelung.

Eine analoge Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 2 NMV kommt nicht in Betracht. Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsurteil BGHZ 155, 380, 389 f. m.w.Nachw.). Das ist hier nicht der Fall. § 20 Abs. 2 Satz 2 NMV ist eine spezielle Regelung des sozialen Wohnungsbaurechts, die ihre Grundlage in den auf dem Prinzip der Kostenmiete beruhenden Preisbindungsvorschriften hat (vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 9. Aufl., Rdnr. 4185). Sie kann nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers bereits deshalb nicht auf andere Sachverhalte übertragen werden, weil es sich um eine auslaufende, nur noch auf den Altbestand im sozialen Wohnungsbau anzuwendende Regelung handelt. Der Gesetzgeber hat das Recht des sozialen Wohnungsbaus durch das Wohnraumförderungsgesetz vom 13. September 2001 (BGBl. I S. 2376 - WoFG) mit Wirkung ab dem 1. Januar 2002 auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt. Aufgrund dessen ist die Neubaumietenverordnung nur noch nach Maßgabe der Übergangsbestimmung des § 50 WoFG weiterhin anzuwenden. Soweit das Wohnraumförderungsgesetz keine Sonderregelung trifft, gelten im Verhältnis der Mietvertragsparteien untereinander die allgemeinen wohnraummietrechtlichen Bestimmungen (Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks. 14/5538 S. 33 f.). Von der Schaffung einer § 20 Abs. 2 Satz 2 NMV entsprechenden Nachfolgeregelung hat der Gesetzgeber abgesehen (zu dem auf die Abrechnungen von 1998 und 1999 nicht anwendbaren § 556 a Abs. 1 BGB vgl. unten 2 b).

(2) Die Klägerin war im vorliegenden Fall auch nicht aus Gründen der Billigkeit (§§ 315, 316 BGB) verpflichtet, die Betriebskosten, die auf die in ihrem Gebäude befindlichen Gewerbeflächen entfielen, vorweg abzuziehen. Soweit die Parteien - wie im vorliegenden Fall - nichts anderes vereinbart haben, ist im preisfreien Wohnraum ein Vorwegabzug der Kosten für Gewerbeflächen in gemischt genutzten Abrechnungseinheiten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht geboten, wenn die auf die Gewerbeflächen entfallenden Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen (LG Düsseldorf, DWW 1990,

240; LG Frankfurt am Main, NZM 1998, 434; LG Braunschweig, ZMR 2003, 114, 115; Staudinger/Weitemeyer, BGB (2003), § 556 a Rdnr. 34 m.w.Nachw.; Schmid, aaO, Rdnr.4181 ff.; Schneider in Müller/Walther, Miet- und Pachtrecht, Stand: November 2005, § 556 a Rdnr. 30; a.A. Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., III Rdnr. 358). Durch den Vorwegabzug soll verhindert werden, dass die Wohnungsmieter mit Kosten belastet werden, die allein oder in höherem Maße aufgrund einer gewerblichen Nutzung entstehen. Dem Wohnungsmieter entsteht jedoch aus einer gemischten Nutzung des Gebäudes kein Nachteil, wenn er durch die Umlage der auf das Gebäude entfallenden Gesamtkosten nach einem einheitlich für alle Mieter geltenden Maßstab nicht schlechter gestellt wird als im Fall einer Voraufteilung zwischen Wohn- und Gewerbeflächen.

Entgegen der Auffassung der Revision kann auf einen Vorwegabzug der Gewerbeflächen in der Betriebskostenabrechnung nicht lediglich dann verzichtet werden, wenn die auf die unterschiedliche Nutzung entfallenden Verursachungsanteile ausnahmsweise gleich hoch sind. Eines Vorwegabzugs bedarf es auch dann nicht, wenn die Geschäftsbetriebe in Bezug auf einzelne Kostenarten keine erhebliche Mehrbelastung verursachen. Die einheitliche Abrechnung - die dem Interesse beider Mietvertragsparteien an einer Vereinfachung der Abrechnung Rechnung trägt - belastet die Mieter auch unter Zugrundelegung dieses Maßstabs nicht unbillig. Da die Mieter zur Entstehung der Gesamtkosten in unterschiedlichem Maße beitragen - etwa durch einen höheren oder sparsameren Wasser- und Energieverbrauch - sind gewisse Ungenauigkeiten auch bei der Verteilung von Betriebskosten in einem allein zu Wohnzwecken dienenden Gebäude im Regelfall nicht zu vermeiden. Auch bei einer ausschließlich zu Wohnzwecken dienenden Nutzung des Gebäudes muss der Mieter die Abrechnung nach einem einheitlichen, generalisierenden Maßstab trotz gegebenenfalls unterschiedlicher Verursachungsanteile der Mietparteien grundsätzlich hinnehmen. Eine andere Beurteilung ist im Verhältnis der Wohnraummieter zu den gewerblichen Mitmietern nicht angebracht. Die durch die gewerbliche Nutzung verursachten Kostenanteile müssen daher nicht vorweg abgezogen und getrennt abgerechnet werden, wenn sie sich nicht erheblich von den auf die Wohnraummieter anteilig entfallenden Kosten unterscheiden.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die in dem Gebäude befindlichen fünf Gewerbebetriebe - darunter ein Job-Center und ein Internet-Café mit 30 Sitzplätzen - hätten keine erhebliche Mehrbelastung hinsichtlich der einzelnen Betriebskostenarten verursacht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Revisionsgericht kann die Feststellung der Voraussetzungen eines unbestimmten Rechtsbegriffs - wie hier die Erheblichkeit einer Mehrbelastung - nur beschränkt darauf überprüfen, ob der Tatrichter wesentliche Umstände übersehen oder

nicht vollständig gewürdigt hat, Erfahrungssätze verletzt oder Verfahrensfehler begangen hat (Senatsurteil vom 1. Dezember 1993 - VIII ZR 129/92, NJW 1994, 443 = WM 1994, 387, unter II 1 b; BGH, Urteil vom 10. Mai 1994 - XI ZR 212/93, NJW 1994, 2093 = WM 1994, 1203, unter II 2 a). Ein Rechtsfehler wird von der Revision, die das Ergebnis der tatrichterlichen Würdigung ohne nähere Begründung beanstandet, nicht aufgezeigt und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich.

bb) Zu Unrecht meint die Revision, an einer Aufrechnungslage gemäß § 387 BGB habe es auch deshalb gefehlt, weil die Klägerin dem Beklagten auf dessen Verlangen hin keine Fotokopien der Belege zu den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 1998 und 1999 übersandt habe.

(1) Die Betriebskostennachforderungen der Klägerin waren im Zeitpunkt ihrer Aufrechnungserklärungen in den Abrechnungsschreiben vom 18. Dezember 1999 und 3. November 2000 fällig. Entgegen einer in der Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Auffassung (OLG Hamm, WuM 1982, 72; Staudinger/Weitemeyer, aaO, § 556 Rdnr. 122; Sternel, aaO, III Rdnr. 374, jew.m.w.Nachw.) setzt der Eintritt der Fälligkeit nicht voraus, dass nach Erteilung der Abrechnung zunächst eine angemessene Frist zu ihrer Überprüfung durch den Mieter verstrichen ist. Gemäß § 271 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten wird daher grundsätzlich mit der Erteilung der - formell ordnungsgemäßen - Abrechnung fällig (Senatsurteil vom 9. März 2005 - VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499, unter II 3 c m.w.Nachw.; BGH, Urteil vom 11. November 2004 - IX ZR 237/03, NJW-RR 2005, 487, unter 1 b; Schmid, aaO, Rdnr. 3330; Erman/Jendrek, BGB, 11. Aufl., § 535 Rdnr. 85). Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt der Aufrechnungen der Klägerin vor.

(2) Ein Zurückbehaltungsrecht, das gemäß § 390 Satz 1 BGB a.F. (nunmehr § 390 BGB) der Aufrechnung entgegenstehen könnte, stand dem Beklagten nicht zu. Zwar kann dem Mieter gegenüber der Nachforderung des Vermieters ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zustehen, solange der Vermieter ihm keine Überprüfung der Abrechnung ermöglicht (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 299; LG Frankfurt am Main, WuM 1997, 52; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rdnr. 492 f.; für ein Leistungsverweigerungsrecht des Mieters nach § 242 BGB Schmid, aaO, Rdnr. 3327; Palandt/Weidenkaff, BGB, 65. Aufl., § 535 Rdnr. 97). Die Klägerin hat dem Beklagten jedoch die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen in ihren Büroräumen angeboten und ihm damit eine ausreichende Überprüfung ihrer Abrechnung ermöglicht. Zu Recht hat das Berufungsgericht darüber hinaus angenommen, dass

die Klägerin nicht verpflichtet war, dem Beklagten Fotokopien ihrer Abrechnungsbelege zu übermitteln.

(a) Gemäß § 259 Abs. 1 BGB hat der zur Rechenschaft Verpflichtete dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und Belege "vorzulegen", soweit diese erteilt zu werden pflegen. Einen Anspruch des Mieters auf Überlassung von Fotokopien der Abrechnungsbelege sieht das Gesetz für den Bereich des preisfreien Wohnraums nicht vor. Allerdings ist für preisgebundene Wohnraummietverhältnisse in § 29 Abs. 2 Satz 1 NMV bestimmt, dass der Mieter anstelle der Einsicht in die Berechnungsunterlagen Ablichtungen davon gegen Erstattung der Auslagen verlangen kann. Nach einer in Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums vertretenen Auffassung, die sich die Revision zu eigen macht, ist diese Regelung entsprechend auf den preisfreien Wohnraum anzuwenden (LG Duisburg, WuM 2002, 32; LG Neubrandenburg, WuM 2002, 339; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 4. Aufl., I Rdnr. 16 ff.; ders. in Schmidt-Futterer, aaO, § 556 Rdnr. 495 m.w.Nachw.; Schmid, aaO, Rdnr. 3313). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen (so auch LG Frankfurt am Main, NZM 2000, 27; LG Köln, NZM 2001, 617; LG Zwickau, WuM 2003, 271; Palandt/Weidenkaff, aaO; vgl. für die Gewerberaummiete OLG Düsseldorf, WuM 1993, 411 f.).

Einer analogen Anwendung steht entgegen, dass eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes nicht vorliegt. § 29 Abs. 2 Satz 1 NMV ist eine nur noch nach Maßgabe des § 50 WoFG anwendbare Sonderbestimmung für den preisgebundenen Wohnraum (vgl. oben aa (1)). Von einer Nachfolgeregelung hat der Gesetzgeber abgesehen.

(b) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch einen Anspruch des Beklagten auf Übersendung von Fotokopien nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verneint. Unter Berücksichtigung der jeweiligen berechtigten Interessen der Vertragsparteien genügt es zur Begründung eines solchen Anspruchs des Mieters nicht, dass er - wie hier der Beklagte - bereit ist, dem Vermieter dessen Auslagen für die Anfertigung der Kopien zu erstatten (a.A. Staudinger/Weitemeyer, aaO, Rdnr. 115 m.w.Nachw.). Dem Interesse des Mieters an einer Überprüfung der Abrechnung wird im Regelfall bereits dadurch Rechnung getragen, dass er vom Vermieter Einsicht in die der Abrechnung zugrunde liegenden Belege verlangen und sich hierbei, soweit erforderlich, fachkundiger Hilfe bedienen kann. Zwar ermöglicht es die Überlassung von Fotokopien dem Mieter darüber hinausgehend, die Abrechnung in seiner Wohnung zu überprüfen und die Kopien gegebenenfalls einem fachkundigen Berater zu überlassen. Die Überlassung von Fotokopien mag im Einzelfall auch dem Vermieter



entgegenkommen. Jedoch kann der Vermieter, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ein berechtigtes Interesse daran haben, den Mieter auf die Einsichtnahme in die Rechnungsbelege zu verweisen, um den durch die Anfertigung von Fotokopien entstehenden zusätzlichen Aufwand zu vermeiden und dem Mieter mögliche Unklarheiten im Gespräch sofort zu erläutern. Hierdurch kann Fehlverständnissen der Abrechnung und zeitlichen Verzögerungen durch ein Verlangen des Mieters nach Übersendung weiterer Kopien von Rechnungsbelegen - wie es auch der Beklagte nach Erhalt von rund 300 Fotokopien gestellt hat - vorgebeugt werden. Dieses Interesse des Vermieters würde nicht hinreichend berücksichtigt, wenn er dem Mieter stets - auch gegen Kostenerstattung - auf dessen Anforderung hin Belegkopien zu überlassen hätte.

Ein Anspruch des Mieters auf Übermittlung von Fotokopien von Rechnungsbelegen kommt nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausnahmsweise dann in Betracht, wenn ihm die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen in den Räumen des Vermieters nicht zugemutet werden kann (LG Frankfurt am Main, LG Köln, LG Zwickau, jew. aaO). So lag der Fall hier jedoch nicht. Dass dem Beklagten mit der von ihm gegebenen Begründung die Einsichtnahme in den Geschäftsräumen der ebenfalls in B. xxx gelegenen Hausverwaltung nicht unzumutbar war, hat das Berufungsgericht mit rechtsfehlerfreien und von der Revision nicht beanstandeten Erwägungen angenommen.

b) Dem Beklagten stand keine aufrechenbare Gegenforderung (§ 387 BGB) auf Rückerstattung der unter Vorbehalt geleisteten Nachzahlung aus der Betriebskostenabrechnung für 1999 in Höhe von 250,41 € zu (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB). Der Beklagte hat die Nachzahlung nicht ohne rechtlichen Grund geleistet, weil der - fällige - Anspruch der Klägerin nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts rechnerisch bestand.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Ansprüche der Klägerin aus den Betriebskostenabrechnungen der Jahre 1998, 2000 und 2001 in Höhe von insgesamt 406,85 € fällig und durchsetzbar sind.

a) Die Nachforderungen der Klägerin aus ihrer Abrechnung für das Jahr 1998 - die nach der nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts aufgrund einer Verrechnung mit anderen Forderungen noch in Höhe von 24,42 € besteht - und aus der Abrechnung für das Jahr 2000 in Höhe von 47,37 € sind fällig, wie das Berufungsgericht auch für das Jahr 2000 - unter Bezugnahme auf seine Ausführungen zu den Abrechnungen für 1998 und 1999 (oben 1 a) - rechtsfehlerfrei angenommen hat. Der Beklagte kann die geschuldete Leistung nicht mit der Begründung zurückbehalten (§ 273 Abs. 1 BGB), dass die Klägerin seinem Verlangen nach Überlassung von Fotokopien

nicht nachgekommen ist; denn ein solcher Anspruch stand ihm nicht zu (oben)

1 a bb). Es kann daher dahingestellt bleiben, ob, wie die Revision geltend macht, die dem Beklagten während des Rechtsstreits übersandten - insgesamt rund 300 - Abrechnungsbelege unvollständig waren.

b) Auch die Nachforderung der Klägerin aus ihrer Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2001 in Höhe von 335,06 € ist fällig. Entgegen der Auffassung der Revision war die Klägerin zu einem Vorwegabzug der im Gebäude befindlichen Gewerbeflächen nicht aufgrund des § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet, der durch das Mietrechtsreformgesetz (BGBl. I S. 1149) mit Wirkung ab dem 1. September 2001 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden und auf das Abrechnungsjahr 2001 anzuwenden ist (vgl. Art. 229 § 3 Abs. 9 EGBGB).

Gemäß § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Betriebskosten, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben und vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften, nach dem Anteil der "Wohnfläche" umzulegen. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht (Schmidt-Futterer/Langenberg, aaO, § 556 a Rdnr. 65) folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht, dass die auf die gewerbliche Nutzung entfallenden Betriebskosten stets vorweg abzuziehen sind. Dem steht bereits entgegen, dass § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB sich nur mit einer Umlage nach dem Flächenmaßstab, nicht aber mit anderen - insbesondere den für den Vorwegabzug von Gewerbeflächen bedeutsamen verbrauchsbezogenen Umlagemaßstäben (vgl. § 556 a Abs. 1 Satz 2 BGB) - befasst. Gegen das von der Revision vertretene Verständnis der Vorschrift spricht aber insbesondere, dass der Gesetzgeber von der Übernahme einer § 20 Abs. 2 Satz 2 NMV entsprechenden Regelung - die in Abs. 2 Satz 1 ebenfalls die Umlage der Betriebskosten nach der "Wohnfläche" anordnet - in § 556 a BGB abgesehen hat. Auch aus der Gesetzesbegründung zu § 556 a BGB lässt sich nichts für die Auffassung der Revision herleiten, der Gesetzgeber habe den Vermieter generell zum Vorwegabzug von Gewerbeflächen verpflichten wollen. Dort ist nicht etwa - in Abgrenzung zu Gewerbemietflächen - von der "Wohnfläche", sondern von der Umlage nach dem Flächenmaßstab die Rede (BT-Drucks. 14/4553 S. 51).

Dass die Klägerin auch hinsichtlich der im Jahr 2001 angefallenen Betriebskosten nicht zu einem Vorwegabzug der im Gebäude befindlichen Gewerbeflächen verpflichtet war, weil die hierauf entfallenden Kosten keine ins Gewicht fallende Mehrbelastung verursachten, hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf seine

Ausführungen zu den Betriebskostenabrechnungen für 1998 und 1999 (vgl. dazu oben 1 a aa (2)) rechtsfehlerfrei angenommen.

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch den Anspruch der Klägerin auf Zahlung der monatlichen Vorschüsse auf Betriebs- und Heizkosten für den Zeitraum von Februar 2003 bis März 2004 in Höhe von jeweils 128,88 € - insgesamt 1.804,32 € - als begründet angesehen. Dem Beklagten steht kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB zu, weil die Betriebskostenabrechnungen der Klägerin aus den Jahren 1998 bis 2001, wie ausgeführt, ordnungsgemäß sind.

#### B. Widerklage

Der Beklagte kann nicht die Auszahlung des mit der Widerklage geltend gemachten Guthabens aus der Heizkostenabrechnung für das Jahr 2000 in Höhe von 293,87 € verlangen, weil das Guthaben infolge der im Abrechnungsschreiben vom 15. Oktober 2001 erklärten Aufrechnung der Klägerin mit ihrer - höheren - Nachforderung aus der entsprechenden Betriebskostenabrechnung erloschen ist. Die Aufrechnung der Klägerin war wirksam, wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf seine Ausführungen zu den vorangegangenen Betriebskostenabrechnungen rechtsfehlerfrei angenommen hat, so dass die Forderung des Beklagten nicht mehr besteht.