
Datum: 22.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 9/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:1222.22U9.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 364/07

Tenor:

Die Berufung des Beklagten wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das am 23.12.2008 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 22 O 364/07 - wie folgt neu gefasst wird:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 9.155,68 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

aus 1.100,63 € vom 05.05.2006 bis 20.04.2007,

aus 400,34 € vom 05.06.2006 bis 20.04.2007,

aus 400,34 € vom 05.07.2006 bis 20.04.2007,

aus 400,34 € vom 05.08.2006 bis 20.04.2007,

aus 165,54 € vom 05.09.2006 bis 20.04.2007,

aus 234,80 € seit dem 05.09.2006,

aus 400,34 € seit dem 05.10.2006,

aus 400,34 € seit dem 05.11.2006,

aus 400,34 € seit dem 05.12.2006,

aus 469,37 € seit dem 05.01.2007,

aus 469,37 € seit dem 05.02.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.03.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.04.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.05.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.06.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.07.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.08.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.09.2007,

aus 835,36 € seit dem 05.10.2007

abzüglich am 02.04.2008 gezahlter 8.807,82 €,

sowie außergerichtliche Kosten in Höhe von 411,30 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.05.2007 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich die Klage durch Zahlung in Höhe von 8.807,82 € am 02.04.2008 erledigt hat.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

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

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin hat ursprünglich rückständige Miete aus einem inzwischen beendeten Mietverhältnis für den Zeitraum Mai 2006 bis Oktober 2007 in Höhe von 16.451,94 € (Aufstellung Bl. 123/124 d.A.) und Erstattung von Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 507,50 € geltend gemacht.

1

2

3

4

Der Beklagte, der die Miete wegen eines behaupteten Mangels des Fußbodens ab Mai 2006 um 15 % minderte und seitdem keine Nebenkostenvorauszahlung mehr zahlte, hat sich gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Mietzahlung in voller Höhe und Nachzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen ab Mai 2006 zum einen auf Minderung berufen. Die das Recht der Minderung, der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts einschränkende Bestimmung in § 8 des Mietvertrages hält er für unwirksam. Im Übrigen hat er die Aufrechnung mit Rückzahlungsansprüchen von Nebenkostenvorauszahlungen im Hinblick darauf erklärt, dass eine Nebenkostenabrechnung für die Jahre 2000 bis 2002 – unstreitig – nicht erfolgt ist und die Abrechnungen für die Jahre 1999 und 2003 bis 2005 nach seiner Auffassung fehlerhaft sind.	
Das Landgericht hat die Klage in Höhe von 11.935,93 € (Hauptforderung: 11.424,63 €, außergerichtliche Kosten: 411,30 €) zugesprochen, im Übrigen abgewiesen und auf Antrag der Klägerin festgestellt, dass die Klage durch verschiedene Verrechnungen der Klägerin erledigt sei. Nach seiner Auffassung war eine Berufung des Beklagten auf Minderung wegen Mängeln der Mietsache durch die Vertragsbestimmungen wirksam ausgeschlossen, der Beklagte allerdings nicht zur Nachzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen für den streitigen Zeitraum verpflichtet, weil insoweit Abrechnungsreife eingetreten und der Anspruch der Klägerin auf Vorauszahlungen dadurch untergegangen sei.	5
Zur Aufrechnung berechtigende Ansprüche des Beklagten auf Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen wegen der nicht erfolgten Abrechnung der Nebenkosten in den Jahren 2000 bis 2002 hat das Landgericht wegen Verjährung solcher Ansprüche verneint.	6
Mit der Berufung begehrt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.	7
B.	8
Die zulässige Berufung hat im Ergebnis – bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen - keinen Erfolg.	9
I. Ansprüche der Klägerin:	10
1) Ansprüche auf rückständige Miete	11
a) Die Klägerin hat gemäß § 535 BGB einen Anspruch auf Mietzahlungen für den Zeitraum Mai 2006 bis Oktober 2007 in Höhe von 11.524,63 € abzüglich einer Gutschrift aus den Nebenkostenabrechnungen 2003 bis 2005 in Höhe von 2.066,85 €, die bereits mit Schreiben vom 20.04.2007 (Bl. 38 d.A.) und damit vor Klageerhebung erteilt und auf die Hauptforderung verrechnet worden ist. Es verbleibt ein Restanspruch in Höhe von 9.457,78 €.	12
b) Die Miete ist nicht wegen der vom Beklagten behaupteten Mängel gemäß § 536 BGB gemindert. Insoweit ist die Berufung des Beklagten unbegründet.	13
Der Beklagte kann gegen die Klageforderung – ungeachtet der bereits zum Grund des Anspruchs bestehenden Bedenken - nicht mit Ansprüchen aus Minderung aufrechnen.	14
Einer Aufrechnung mit Minderungsansprüchen steht § 8 Nr.1 MV (Bl. 20 d.A.) entgegen. Die Klausel ist – zumal in einem Gewerberaummietvertrag – zulässig. Sie enthält entgegen der Auffassung des Beklagten keinen endgültigen Ausschluss des Anspruchs auf Minderung: Nr. 1 Satz 1 der Regelung enthält zwar das grundsätzliche Verbot der Aufrechnung und der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts. Satz 2 enthält dagegen die Einschränkung, dass	15

hiervon ausgenommen unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Forderungen sind. Diese Einschränkung, die der Klausel zur Zulässigkeit verhilft, gilt ersichtlich auch für Minderungsrechte. Der erste Halbsatz des Satzes 2 beschreibt eine ganz bestimmte Forderung gegen den Vermieter; der zweite Halbsatz soll eindeutig alle übrigen Forderungen aus dem Mietverhältnis mit Ausnahme der Nebenkosten (die in Satz 3 geregelt sind) erfassen. Die zur Minderung führenden Tatsachen sind indessen weder unstreitig noch rechtskräftig festgestellt noch entscheidungsreif. Ansprüche wegen Minderung konnten mithin nicht im Wege der Aufrechnung, sondern nur im Wege der Widerklage geltend gemacht werden.

c) Der Rechtsstreit ist – abweichend von der Tenorierung im angefochtenen Urteil - nur durch den Zugriff der Klägerin auf die Bürgschaft in Höhe von 8.807,82 € erledigt. In Höhe des – auf die Hauptforderung - verrechneten Betrags von 2.066,85 € war die Klageforderung, wie ausgeführt, bereits vor Rechtshängigkeit erloschen; bezüglich des hinterlegten Betrags von 3.990,00 € ist Erledigung nicht eingetreten, weil die Hinterlegung keine Erfüllungswirkung hat. Denn die Hinterlegung erfolgte ausweislich der Hinterlegungsurkunde des Amtsgerichts Bergisch Gladbach vom 26.09.2007 (Bl. 250 d.A.) zur Abwendung des Vermieterpfandrechts, auf das Recht zur Rücknahme wurde ausdrücklich nicht verzichtet. Nach den Angaben der Parteien in der mündlichen Verhandlung ist über die Freigabe dieses Betrags sogar ein Rechtsstreit anhängig. In Höhe dieses Betrags ist der Klageantrag nach der Erörterung in der mündlichen Verhandlung dahin auszulegen, dass der Betrag hilfsweise geltend gemacht wird. 16

2) Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs.1, Satz 2, §§ 286, 280 Abs.1 und 2 BGB unter dem Gesichtspunkt des Verzugs. Allerdings war bei dem Zinsanspruch zu berücksichtigen, dass die Schuld durch Verrechnung in Höhe eines Teilbetrags von 2.066,85 €, die die Klägerin auf die Hauptforderung vorgenommen hat, am 20.04.2007 erloschen ist. Dem war bei der Berechnung des Zinslaufs Rechnung zu tragen. 17

3) Ein Anspruch der Klägerin auf Nachzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen im Zeitraum Mai 2006 bis Oktober 2007 - rechnerisch ergibt sich ein Fehlbetrag von 18

(8 x 269,86 € =) 2.158,88 € für 2006 und (10 x 276,84 =) 2.768,40 € für 2007 - besteht dagegen nicht. 19

Das Landgericht hat die Klage insoweit mit der – im Zeitpunkt der Entscheidung zutreffenden - Begründung abgewiesen, hinsichtlich der Jahre 2006 und 2007 sei Abrechnungsreife eingetreten, der Anspruch auf Vorauszahlung deshalb untergegangen. Da die Klägerin keine (Anschluss-) Berufung eingelegt hat, ist die Entscheidung insoweit in Rechtskraft erwachsen und der Senat an einer abweichenden Entscheidung gehindert, auch wenn die Abrechnungen inzwischen vorgenommen wurden. 20

4) Allerdings hat die Klägerin – aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils (UA S.10) - Anspruch auf Erstattung von Anwaltskosten in Höhe von 411,30 € nebst Zinsen, die allerdings der Höhe nach als reine Geldschulden auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz beschränkt sind (§ 288 Abs.1 BGB). § 288 Abs.2 BGB gilt nur für Entgelt-, nicht für Schadensersatzforderungen. 21

Damit ergibt sich insgesamt ein Anspruch der Klägerin in Höhe von 9.457,78 € (Hauptforderung) und weiterer 411,30 € (vorgerichtliche Anwaltskosten), insgesamt 9.869,08 €. 22

II. 23

Der Anspruch der Klägerin ist, von einem geringfügigen Betrag (Anwaltskosten) abgesehen, nicht durch Aufrechnung mit Gegenansprüchen des Beklagten erloschen. Denn dem Beklagten stehen Ansprüche auf Rückzahlung geleisteter Nebenkostenvorauszahlungen, mit denen die Aufrechnung erklärt werden könnte, nicht zu. Auf die Frage, ob eine Aufrechnung, die hier im Übrigen nicht "gegen Nebenkosten" vorgenommen wird, durch die Bestimmung des § 8 Nr.3 MV (Bl. 20 d.A.) in zulässiger Weise ausgeschlossen wird, kommt es nicht an.	24
1. Nebenkostenvorauszahlungen 1999	25
Ein Anspruch auf Rückzahlung der für das Jahr 1999 geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen besteht schon deshalb nicht, weil die Abrechnung für dieses Jahr erfolgt ist. Ansprüche insoweit bestehen – ungeachtet aller anderen Fragen – nicht.	26
2. Nebenkostenvorauszahlungen 2003 bis 2005	27
Aus den selben Gründen bestehen auch keine Rückzahlungsansprüche für die Jahre 2003 bis 2005, da für diesen Zeitraum die Nebenkosten – mit einem bereits verrechneten Guthaben des Beklagten - abgerechnet sind, so dass es schon an einem Rückzahlungsgrund fehlt.	28
Die Einwendungen gegen die Abrechnungen 2003 bis 2005 (Bl. 319 d.A. unter 4 ff.) greifen nicht durch. Keinesfalls besteht ein Anspruch auf vollständige Rückzahlung der Vorauszahlungen für die Jahre 2003 ff, wie der Beklagte meint (Schriftsatz vom 13.12.2007, S.2 f., Bl. 153 f. d.A., Berufungsbegründung S. 6, Bl. 460 d.A.). Die Berufungsbegründung enthält hierzu keinen die angefochtene Entscheidung konkret angreifenden Vortrag, sondern beschränkt sich auf eine Bezugnahme auf den unzureichenden bzw. nicht erheblichen erstinstanzlichen Vortrag.	29
3. Nebenkosten 2006 bis 2007	30
Für den streitgegenständlichen Zeitraum (2006 bis 2007) stellt sich die Frage eines Rückzahlungsanspruchs nicht, weil zum einen kein Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Nebenkosten besteht, zum anderen ab Mai 2006 Nebenkostenvorauszahlungen nicht geleistet worden sind.	31
4. Nebenkostenvorauszahlungen 2000 – 2002	32
Problematisch sind somit allein die für die nicht abgerechneten Jahre 2000 – 2002 geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen. Auch insoweit besteht indessen kein Rückzahlungsanspruch des Beklagten. Denn die Nichtabrechnung der Nebenkosten für diese Zeiträume begründet wegen der Besonderheiten des Falles keine Rückgewähransprüche, sondern lediglich ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Nebenkostenvorauszahlungen für nachfolgende Abrechnungsperioden.	33
a) Der dogmatische Streit darüber, ob und in welchen Fällen ein Mieter die Rückzahlung von Nebenkosten für nicht abgerechnete Perioden verlangen kann (vgl. dazu statt aller: Schmidt/Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 556 Rdn.280 ff.), ist durch zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2005, 1499 = NZM 05, 379 und BGH, NJW 2006, 2552) beendet worden. Danach gilt grundsätzlich:	34
Auch in gewerblichen Mietverhältnissen ist der Vermieter verpflichtet, die Abrechnungen innerhalb angemessener Zeit zu erstellen. Als angemessen gilt – entsprechend § 556 Abs.3 BGB – ein Zeitraum von einem Jahr. Erfolgt die Abrechnung innerhalb dieses Zeitraums	35

nicht, kann der Mieter im bestehenden Mietverhältnis ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des auf den abzurechnenden Zeitraum entfallenden Betrags geltend machen, § 273 BGB. Dies wird als *im laufenden Mietverhältnis* ausreichendes "Druckmittel" angesehen, des weitergehenden Rechts auf Rückzahlung der geleisteten Nebenkosten bedarf es nicht (BGH NJW 2006, 2552).

Ist das *Mietverhältnis* dagegen *beendet*, versagt dieses Druckmittel. Dem Mieter wird – in 36
ergänzender Vertragsauslegung - ein Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Betriebskostenvorschüsse zugestanden, ohne dass er zunächst auf Abrechnung klagen müsste (BGH NJW 2005, 1499).

b) In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergeben sich 37
Rückzahlungsansprüche des Beklagten nicht.

aa) Zwar ist das Mietverhältnis beendet. Dies führt indessen nicht "automatisch" zu einem 38
Anspruch auf Rückzahlung von Nebenkosten für nicht abgerechnete Perioden. Denn ein Rückzahlungsanspruch ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundegerichtshofs nur, wenn und soweit mit dem Ende des Mietverhältnisses das "Druckmittel" des Zurückbehaltungsrechts ins Leere geht. Das ist dann der Fall, wenn Gegenforderungen, denen es entgegengehalten werden könnte, mit der Beendigung des Mietverhältnisses nicht mehr entstehen. Sind etwa nur die Nebenkosten für das letzte Jahr des Mietverhältnisses nicht abgerechnet, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr mit Erfolg ausüben, weil für das Folgejahr Nebenkostenvorauszahlungen nicht mehr entstehen können. Kann das Zurückbehaltungsrecht dagegen seine Funktion als Druckmittel zur Erfüllung der geschuldeten Gegenleistung (Abrechnung der Nebenkosten) noch entfalten, weil bis zur Beendigung des Mietverhältnisses in gleicher Höhe weitere Nebenkostenvorauszahlungen offen waren, verbleibt es bei dem Recht, bezüglich dieser Beträge das Zurückbehaltungsrecht auszuüben.

So liegt der Fall im Verhältnis zwischen den Parteien: 39

Bezüglich der Jahre 2000-2002 hat eine Abrechnung der Nebenkosten nicht stattgefunden, 40
so dass zunächst – im laufenden Mietverhältnis - ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch der Klägerin auf Nebenkostenvorauszahlung – aber auch nur diesem gegenüber - in Höhe der für diesen Zeitraum geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen von (269,86 € x 36 Monate =) 9.714,96 € entsprechend den vom Bundegerichtshof aufgestellten Grundsätzen entstanden ist. Der Beklagte konnte dieses Zurückbehaltungsrecht den Nebenkostenvorauszahlungen für die Folgejahre entgegenhalten - und hat es für die Abrechnungsperioden 2006 und 2007 auch ausgeübt. Für diese Abrechnungsperioden hat das Zurückbehaltungsrecht seine Funktion als Druckmittel trotz der Beendigung des Mietverhältnisses nicht verloren, weil es dem Anspruch auf Nebenkostenvorauszahlungen für 2006 und 2007 bis zur Abrechnung der früheren Jahre entgegengehalten werden kann. Auf diese Fallkonstellation ist deshalb nicht die Rechtsprechung des Bundegerichtshofs anzuwenden, dass sich bei Beendigung des Mietvertrages aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Rückzahlungsanspruch des Mieters bezüglich der Nebenkostenvorauszahlungen für nicht abgerechnete Nebenkostenperioden ergibt. Anzuwenden ist vielmehr der Grundsatz, dass sich in einem laufenden Mietverhältnis das Recht des Mieters auf die Zurückhaltung der für folgende Abrechnungsperioden geschuldeten Nebenkostenvorauszahlungen beschränkt.

Das Zurückbehaltungsrecht läuft auch nicht etwa deshalb leer, weil 41
Nebenkostenvorauszahlungen ab Mai 2006 nicht mehr bezahlt worden sind und der Klägerin

wegen der eingetretenen Abrechnungsreife ein Anspruch auf Nachzahlung der Nebenkosten *vorauszahlungen* für den Zeitraum ab Mai 2006 nicht mehr zusteht. Denn das Zurückbehaltungsrecht setzt sich an der Forderung aus den Abrechnungen für die Jahre 2006 und 2007, in die – zwangsläufig – die nicht gezahlten Nebenkostenvorauszahlungen anspruchserhöhend einfließen, fort (vgl. Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 556, Rdn.287).

bb) Ein Rückzahlungsanspruch - in Anwendung der Grundsätze des BGH – kommt auch 42
nicht deshalb in Betracht, weil etwa das im laufenden Mietverhältnis entstandene Zurückbehaltungsrecht im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses der Höhe nach mögliche Gegenansprüche des Vermieters überstiege und deshalb als Druckmittel in der überschießenden Höhe versagte. Ein solcher überschießender Anspruch besteht schon nicht, weil das Zurückbehaltungsrecht des Beklagten selbst unter Berücksichtigung des § 215 BGB durch die Erhebung der Einrede der Verjährung gegenüber dem Anspruch auf Abrechnung der Höhe nach auf die für das Jahr 2002 geleisteten Nebenkostenvorauszahlungen beschränkt und im Übrigen verjährt ist (dazu (1), (2)), wenn es auf den Eintritt der Verjährung überhaupt ankommen sollte (dazu (3)):

(1) Einer Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts hinsichtlich der Abrechnungsjahre 43
2000 bis 2002 steht insgesamt zunächst die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung entgegen.

Das Zurückbehaltungsrecht unterliegt als materiell-rechtlicher Anspruch im Sinne des § 194 44
BGB der Verjährung. Als unselbständiger Anspruch verjährt es mit dem Anspruch, aus dem es abgeleitet wird (Palandt/Heinrichs, 68. Aufl., § 194, Rdn. 6), so dass mit der Verjährung des Anspruchs auf Abrechnung auch das mögliche Zurückbehaltungsrecht verjährt. Die Ansprüche auf Abrechnung der Perioden 2000 bis 2002 sind indessen seit dem 31.12.2006 verjährt.

Auch der Anspruch auf Abrechnung unterliegt als ebenfalls schuldrechtlicher Anspruch im 45
Sinne des § 194 Abs.1 BGB der Verjährung, und zwar der allgemeinen, dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in der der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs.1 Nr.1 BGB). Dieser Zeitpunkt entspricht demjenigen, in dem nach allgemeinen Grundsätzen die Verjährung von Nachzahlungs- und Rückzahlungsansprüchen beginnt, grundsätzlich also mit dem Ende des Jahres, in dem die Abrechnung erteilt wird (Palandt, 68. Aufl., § 535 Rdn. 98) oder spätestens hätte erteilt werden müssen. Diese Zeitpunkte sind vorliegend der 31.12.2001 für das Abrechnungsjahr 2000, der 31.12.2002 für 2001, der 31.12.2003 für 2002. Für die Verjährung dieser Ansprüche gelten die §§ 195, 199 BGB (Palandt, a.a.O.). Rückzahlungsansprüche für 2002 wären demnach am 31.12.2006 verjährt, die übrigen Ansprüche entsprechend ein bzw. zwei Jahre früher.

Dem Lauf der Verjährung steht entgegen der Auffassung des Beklagten keine Unmöglichkeit 46
der Abrechnung iSd § 275 Abs. 1 BGB entgegen. Allein der Umstand, dass die – mit den Abrechnungen seinerzeit offenbar betraute – Verwalterfirma Minol sich als unzuverlässig erwiesen hat, reicht für die Annahme einer Unmöglichkeit nicht aus. Soweit in die Nebenkostenabrechnungen öffentlich-rechtliche Kosten oder vertragliche Leistungen Dritter einfließen, sind diese ohne weiteres rekonstruierbar. Dass verbrauchsabhängige Kostenbelege unwiederbringlich verloren wären, ist nicht ersichtlich. Aber selbst wenn dem Vermieter die Beschaffung der für die Abrechnung 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 unter Berücksichtigung der Verbrauchswerte der Vergangenheit und der späteren,

abgerechneten Verbräuche oder erforderlichenfalls durch ein Sachverständigengutachten überwunden werden (BGH, NJW 2005,1499 [1502]).

Umstände, die die Verjährung iSd § 204 BGB bis zum 31.12.2006 hätten hemmen können, sind nicht vorgetragen; die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozess (§ 204 Abs.1 Nr.5 BGB) erfolgte erst im Schriftsatz vom 12.10.2007 (Bl. 59 ff, 65 d.A.). 47

Selbst wenn man in der Aufforderung durch Rechtsanwalt Longree vom 30.03.2006 (Bl. 99) und der dazu behaupteten Erklärung der Verwalterin der Klägerin, der Zeugin K, vom selben Tag (vgl. Bl. 337), man möge sich gedulden (vgl. Bl. 60 unten d.A.), Verhandlungen iSd § 203 BGB sähe, wäre die daraus resultierende Hemmung nicht ausreichend. Die mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 9.12.2008 nachgeschobenen Behauptungen ergeben nichts anderes: Wiederholt wird die Abgabe des Schreibens vom 20.04.2006 und die Erklärung der Zeugin K dazu. Auf das Schreiben vom 29.11.2006 (Anl. B 16, Bl. 339 d.A.) hat sich die Klägerin bezüglich der unterbliebenen Abrechnungen gerade nicht eingelassen, also auch keine Verhandlungen geführt. 48

Zwar ist, wie der Beklagte zutreffend ausführt, der Begriff der Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB weit auszulegen (Palandt/Heinrichs, § 203, Rdn. 2). Der Vortrag des Beklagten (zuletzt im Schriftsatz vom 10.12.2009, Seite 3), die Zeugin K habe auf seine Anfragen dazu "stets erklärt, dass entsprechende Abrechnungen derzeit wegen den Problemen mit der Abrechnungsfirma bzw. fehlender Unterlagen nicht möglich seien", mag beinhalten, dass der – ohnehin unzweifelhaft bestehende – Anspruch auf Abrechnung nicht in Abrede gestellt werde. Die behauptete Erklärung der Zeugin K beinhaltet aber zugleich den Hinweis auf Schwierigkeiten, die der Abrechnung entgegenstanden. Sie enthält also gerade nicht die Ankündigung, die Abrechnungen würden erfolgen, sondern, im Gegenteil, die Mitteilung, mit den Abrechnungen sei derzeit nicht zu rechnen. Dies hätte, zumal angesichts der sich ersichtlich für mehrere Abrechnungsperioden wiederholenden Erklärung, Anlass gegeben, verjährungsunterbrechende Maßnahmen zu ergreifen. 49

Abgesehen davon sind all dies Umstände, die erst nach dem Ablauf der Verjährungsfrist für 2001 (31.12.2005) liegen, also für die Abrechnungen 2000, 2001 ohnehin keine verjährungsunterbrechende Wirkung mehr entfalten können. 50

Da die Zeugin K auch nach dem Vortrag des Beklagten, der hieraus gerade die Anwendung des § 275 BGB ableitet, die Möglichkeit der Abrechnung in Zweifel gezogen hat, kann ihrer Erklärung auch nicht die Bedeutung eines Anerkenntnisses i.S.d. § 212 Abs.1 Nr.1, 4.Alt. BGB beigemessen werden. 51

Soweit die Einrede der Verjährung gegenüber dem Anspruch auf Abrechnung greift, erfasst sie auch das Zurückbehaltungsrecht. Denn als unselbständiger Anspruch verjährt es, wie ausgeführt, mit dem Anspruch, aus dem es abgeleitet wird (Palandt/Heinrichs, 68. Aufl. § 194, Rdn.6). 52

(2) Die Wirkung der Verjährung ist nur bezüglich der Abrechnung für das Jahr 2002 gemäß § 215 BGB aufgehoben. 53

Nach § 215 BGB schließt die Verjährung eines Anspruchs die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden konnte. Geltend gemacht werden konnte – und ist - das Zurückbehaltungsrecht erstmals (mit Schreiben vom 20.04.2006) gegenüber den Nebenkostenvorauszahlungen ab Mai 2006. Zu diesem 54

Zeitpunkt waren die Ansprüche auf Abrechnung der Jahre 2000 und 2001 – und mit ihnen das auf diese Zeiträume entfallende Zurückbehaltungsrecht bereits – am 31.12.2005 - verjährt.

In nichtverjährter Zeit standen sich also nur noch der Anspruch der Klägerin auf Nebenkostenvorauszahlung ab Mai 2006 und das Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen der unterbliebenen Abrechnung für das Jahr 2002 gegenüber. Dieses bestand mithin nur in Höhe von $(269,86 \text{ €} \times 12 \text{ Monate}) = 3.238,32 \text{ €}$. Dieser Betrag ist geringer als der Anspruch der Klägerin auf Nebenkostenvorauszahlung für die Jahre Mai 2006 bis zur Beendigung des Mietverhältnisses im Oktober 2007 ($8 \times 269,86 \text{ €}$ und $10 \times 276,84 \text{ €} = 4.927,28 \text{ €}$). Ein zur Aufrechnung verwendbarer "überschießender" Betrag ergibt sich also nicht. 55

(3) Selbst wenn man – entgegen den Ausführungen unter (1) – nicht von einer Verjährung der Ansprüche auf Abrechnung ausgehen würde, ergäbe sich ein Rückzahlungsanspruch nicht. 56

Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Nebenkostenvorauszahlungen nur dann, wenn das Mietverhältnis beendet ist und wegen der Beendigung Ansprüche des Vermieters auf weitere Nebenkostenvorauszahlungen nicht mehr entstehen können, denen gegenüber der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht wegen ausstehender Nebenkostenabrechnungen geltend machen könnte. Ist der Mieter hingegen in der Lage, ein Zurückbehaltungsrecht noch während des laufenden Vertrages geltend zu machen, ist er nach der Rechtsprechung des Bundegerichtshofs nicht schutzbedürftig, ein Anspruch auf Rückzahlung steht ihm dann auch nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zu. 57

So liegt der vorliegende Fall: 58

Dem Beklagten wäre es möglich gewesen, das Zurückbehaltungsrecht bereits bezüglich der Nebenkostenvorauszahlungen ab 2003 geltend zu machen. Dieses hätte bis zum 31.12.2005 den gesamten nichtabgerechneten Zeitraum von drei Jahren (2000 bis 2002) erfasst. Daher erscheint der Beklagte, der das Zurückbehaltungsrecht erst ab Mai 2006 ausgeübt hat, nicht schutzwürdig. 59

Hinzu kommt, dass selbst der Zeitraum, für den das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt worden ist, mögliche Erstattungsforderungen für die Jahre 2000 bis 2002 abdecken dürfte. 60

5. Aufrechnung des Beklagten mit einem Anspruch auf Zahlung von Anwaltskosten in Höhe von 302,10 €: 61

Wegen der Inanspruchnahme von Rechtsanwalt Longree steht dem Beklagten wegen der unterbliebenen Abrechnung ein Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten nach einem Streitwert von $(12 \times 269,86 \text{ €}) = 3.238,32 \text{ €}$ zu, also in Höhe von 302,10 € (dazu Anl. B3,4, Bl. 101,103 d.A. und Berechnung Bl. 330 d.A., 1. Abs. a.E.). Das Aufrechnungsverbot steht nicht entgegen, da dieser Anspruch entscheidungsreif ist. 62

Die Einschaltung des Anwalts war gerechtfertigt, nachdem die Klägerin über Jahre die Nebenkosten nicht abgerechnet hat. Durch die Aufrechnung vermindert sich der Anspruch der Klägerin bezüglich der Hauptforderung auf $(9.457,78 \text{ €} \text{ ./. } 302,10 \text{ €}) = 9.155,68 \text{ €}$. 63

III. 64

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs.1 ZPO.	65
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr.10, 713 ZPO.	66
IV.	67
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Weder hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs.2 Nr.1 ZPO), noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der Senat wendet vielmehr die vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze im Einzelfall an.	68
Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 10.000,- Euro	69
