



hat der 8. Zivilsenat des Kammergerichts Elßholzstr. 30 - 33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 15.09.2005 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Bieber, die Richterin am Kammergericht Dr. Henkel und den Richter am Landgericht Dittrich

**f ü r R e c h t e r k a n n t :**

Auf die Berufungen der Beklagten wird das am 13.12.2004 verkündete Schlussurteil der Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin (12 O 535/04 ) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin 791,74 Euro nebst Zinsen in Höhe von 10 %

- a) die Beklagte zu 1) seit dem 16.07.2005,
- b) der Beklagte zu 2) seit dem 05.09.2004

zu zahlen.

Der Beklagte zu 2) wird ferner verurteilt, als Gesamtschuldner mit der gesondert verurteilten Beklagten zu 1) an die Klägerin 7.051,12 Euro nebst Zinsen in Höhe von 10 % von je 1.762,78 Euro seit dem 16.05., 14.06., 14.07. und 15.08.2004 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen werden zurückgewiesen.

Die Beklagten habe die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz als Gesamtschuldner zu tragen.

Bezüglich der Kosten des Berufungsverfahrens gilt folgende Kostenverteilung:

Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Beklagten zu 1) und 2) zu 17 % als Gesamtschuldner und der Beklagte zu 2) zu weiteren 76 % als Teilschuldner. Die Klägerin trägt die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) zu 7% und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) zu 42 %.  
Im Übrigen tragen die Parteien ihre Kosten jeweils selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe:**

## A.

Die Berufungen der Beklagten richten sich gegen das am 13.12.2004 verkündete Schlussurteil der Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird. Der Beklagte zu 2. schied auf Grund Vereinbarung vom 27.12.2002 zum 31.12.2002 aus der mietenden A■ A■■■■■■■■■ , M■■■■■ und G■■■■ Z■■■■ & P■■■ OHG aus.

Die Beklagte zu 1. wiederholt und vertieft ihre erstinstanzlichen Einwendungen gegen die Betriebskostennachforderung für 2002 in Höhe von 1.356,30 EUR.

Sie trägt vor:

Die Abrechnung vom 03.08.2004 sei nicht prüfbar. Es würden lediglich Heizkosten von 17.159,24 EUR mitgeteilt, ohne die Bestandteile der Summe darzulegen. Erforderlich sei eine Aufschlüsselung nach Kosten der Wärmeerzeugung, Brennstoffkosten, ihrer Lieferung, des Betriebsstroms, der Reinigung und sonstigen Kosten. Die unterschiedliche Verwendung der Verteilungsschlüssel „1“ und „2“ sei nicht nachvollziehbar. Die Positionen „Bewachung Gesamtareal, Bewachung Gebäude 2 und 3 und Wartung RWA“ seien nicht vereinbart. Es handele sich nicht um „sonstige“ Betriebskosten, da hierunter ausschließlich mit der Bewirtschaftung unmittelbar zusammenhängende Kosten fielen, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch verursacht sind.

Mit Überschreitung eines Abrechnungszeitraums von einem Jahr sei eine Nachforderung ausgeschlossen.

Der Beklagte zu 2., der sich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nur damit verteidigt hatte, dass er als ausgeschiedener Gesellschafter nicht mehr hafte, und erstmals mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 08.12.2004 vorgebracht hat, dass eine Überprüfung der Ordnungsgemäßheit der Abrechnung ohne näheren Sachvortrag der Klägerin nicht möglich sei, trägt zur Begründung seiner Berufung vor:

Die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters sei - entgegen der Entscheidung des BGH vom 27.09.1999 - auch nach Inkrafttreten des § 160 HGB weiterhin durch (zusätzliche) Anwendung der sog. Kündigungstheorie auf den Zeitraum bis zur Kündbarkeit des Dauerschuldverhältnisses durch den Gläubiger zu beschränken. Dem Gesetzgeber sei es um eine Begrenzung

der Nachhaftung gegangen. Im Übrigen setze die Nachhaftung nach dem Wortlaut des § 160 Abs. 1 HGB voraus, dass eine bis zum Ausscheiden „begründete Verbindlichkeit“ vorliege. Das sei hier nicht gegeben, da der Mietzinsanspruch monatlich begründet werde.

In Bezug auf die Betriebskostenabrechnung schließe sich der Beklagte zu 2. dem Vortrag der Beklagten zu 1. an. Eine prüffähige Abrechnung liege nicht vor.

Das gelte für zahlreiche Positionen wie „Bewachung“ und „Wartung“. Die Heizkosten seien nicht aufgegliedert. Die Klägerin habe bislang sämtliche Angaben aus der Abrechnung nicht näher erläutert und schlüssig dargetan.

Im Hinblick darauf, dass die Klägerin unter dem 30.05.2005 gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch in Höhe von 5.286,29 EUR mit einer Mietforderung für September 2004 von 940,15 EUR und einer Betriebskostennachforderung für 2003 von 1.563,16 EUR aufgerechnet hat, meint der Beklagte zu 2., dass der Rechtsstreit im Umfang der Aufrechnung für erledigt zu erklären sei.

Es bestünden auch Bedenken, ob angesichts der vorhandenen Kautions ein Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin für dieses Verfahren bestehe.

Die Beklagten beantragen,

die Klage unter Abänderung des am 13.12.2004 verkündeten  
Schlussurteils des Landgerichts Berlin (12.O.535/04) abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufungen der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Mit Schriftsatz vom 29.06.2005 hat sie die Abrechnungs-Positionen „Wartung RWA“ und „Heizkosten“ - unter Vorlage einer B■■■ - Abrechnung- näher erläutert und ferner eine „Übersicht Mietflächen 2002“ vorgelegt, auf die Bezug genommen wird (Anlage K 7).

B.

I. Berufung der Beklagten zu 1.:

Die Berufung der Beklagten zu 1., mit der sie sich gegen die Verurteilung zur Nachzahlung von Betriebskosten für 2002 in Höhe von 1.356,30 EUR nebst 10 % Zinsen seit dem 05.09.2004 wendet, ist teilweise begründet.

Der Klägerin steht ein Zahlungsanspruch lediglich in Höhe von 791,74 EUR nebst 10 % Zinsen seit dem 16.07.2005 zu.

1) Die Beklagte zu 1. haftet für die Nachzahlung der in 2002 entstandenen Betriebskosten aus § 9.1 des Mietvertrags der A■ A■■■■■■■ , M■■■■■ und G■■■■ OHG mit der Klägerin bereits, weil sie mit dem Ausscheiden des Beklagten zu 2. als zweitem Gesellschafter Gesamtrechtsnachfolgerin der Gesellschaft wurde (vgl. Palandt, BGB, 64. Aufl., § 736 Rn 4). Ferner haftet sie gemäß § 25 Abs. 1 HGB, da sie das Handelsgeschäft der OHG ab dem 01.01.2003 unter der bisherigen Firma fortführt. Das Fortlassen des nunmehr unrichtigen Rechtsformzusatzes und die Aufnahme des neuen Inhaberszusatzes stellen keine erheblichen Änderungen der Firma dar (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl., § 25 Rn 7). Gegen ihre Haftung wendet sich die Beklagte zu 1. auch nicht.

2) Zu Unrecht macht die Beklagte zu 1. geltend, dass die Überschreitung einer angemessenen Abrechnungsfrist von einem Jahr einen „Verlust“ der Nachforderung zur Folge habe. Zwar ist, wenn wie vorliegend eine Abrechnungsfrist nicht ausdrücklich vereinbart ist, grundsätzlich eine angemessene Frist von einem Jahr nach Ende des Abrechnungszeitraums maßgeblich (so jetzt in Übereinstimmung mit der bisher überwiegenden Rechtsprechung BGH NJW 2005, 1499, 1501). Jedoch hat die Fristüberschreitung keinen Verlust der Forderung des Vermieters zur Folge, sondern - nach der genannten Entscheidung des BGH- lediglich das Recht des Mieters, nach Beendigung des Mietverhältnisses mangels Vorlage einer Abrechnung die Vorauszahlungen (vorläufig) zurückzufordern. Die Abrechnung ist jedoch im Prozess oder auch noch nach rechtskräftiger Stattgabe der Rückzahlungsklage nachholbar (a.a.O., S. 1502). Die Abrechnungsfrist ist somit nicht etwa eine Ausschlussfrist zum Nachteil des Vermieters.

Für eine Verwirkung ist nichts ersichtlich, der Einwand wird von der Beklagten zu 1. auch nicht mit Vortrag unterlegt.

3) In Bezug auf die Positionen „Bewachung Gesamtareal, Bewachung Gebäude 2+3“ sowie „Wartung RWA“ (= Rauch- und Wärmeabzugsanlage) fehlt es an einer hinreichend bestimmten und damit wirksamen Umlagevereinbarung, so dass der Nachforderungsbetrag um zusammen

564,56 EUR zu reduzieren ist. Nach § 9.1 des Mietvertrags und der ihm beigefügten Anlage „Aufstellung der Betriebskosten“ sind die in der Anlage 3 zu § 27 II. Beklagtenvertreter bezeichneten Betriebskosten auf die Mieterin umlegbar. Bewachungskosten und Kosten einer Rauch- und Wärmeabzugsanlage sind in den Nummern 1 bis 16 der Anlage 3 zu § 27 II. BV nicht genannt. In Nr. 17 bestimmt die Anlage 3 zu § 27 II. BV - ebenso wie nunmehr § 2 Nr. 17 BetrKV -, dass „sonstige Betriebskosten“ diejenigen Betriebskosten sind, die in den Nummern 1 bis 16 nicht genannt sind. Die frühere Streitfrage, ob die Bezugnahme des Mietvertrags auf Anlage 3 zu § 27 II. BV dazu führt, dass wegen der Auffangfunktion der Nr. 17 sämtliche auch im Vertrag und Nr. 1 bis 16 der Anlage nicht besonders aufgeführten Betriebskosten umlegbar sind (dafür: Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., Rn 2060 f. i.V.m. Rn 3040; Kinne/Schach, Miet- und Mietprozessrecht, 3. Aufl., § 556 Rn 208 für die Betriebskosten, die den in Nr. 1 bis 16 genannten ähnlich sind; OLG Celle ZMR 1999, 238 jedenfalls für den Fall nachträglich entstandener Betriebskosten; dagegen: Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rn 47, 203; OLG Oldenburg WuM 1995, 430) ist nunmehr vom BGH verneinend entschieden worden (Urteil vom 07.04.2004, VIII ZR 167/03, ZMR 2004, 430). Danach können Betriebskosten nur dann auf den Mieter umgelegt werden, wenn dies vorher im Einzelnen vereinbart war. Der Verweis auf Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 II. BV genügt nicht, da er dem Mieter keine Klarheit gibt, welche Kosten auf ihn zukommen können. Dies ist jedoch erforderlich, weil nach § 546 BGB a.F. (jetzt § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB) grundsätzlich der Vermieter verpflichtet ist, die auf dem Grundstück ruhenden Lasten zu tragen (a.a.O., S. 432). Der Senat schließt sich diesen Ausführungen, die ohne weiteres auch für die Gewerberaummiete Geltung beanspruchen, an (vgl. zum Erfordernis einer klaren und transparenten Vereinbarung der Betriebskostenumlage auch im Gewerbemietverhältnis bereits Senat, GE 2002, 327).

Damit kommt es auf die weitere Frage, ob es sich bei den Positionen überhaupt um (sonstige) Betriebskosten handelt, nicht an.

- 4) Der Einwand fehlender Prüffähigkeit der Abrechnung und damit Fälligkeit der Nachzahlungsforderung ist seit Zugang des Schriftsatzes der Klägerin vom 29.06.2005 nicht mehr begründet.
  - a) Die Abrechnung ist nicht deshalb zu beanstanden, weil die Heizkosten von 17.159,24 EUR nicht nach Kosten der Wärmeerzeugung, Brennstoffkosten, Kosten der Brennstofflieferung, des Betriebsstroms, der Reinigung und sonstigen Heizungsbetriebskosten aufgegliedert

sind. Eine derartige Aufgliederung kommt nur bei Betrieb einer Zentralheizung in Betracht (vgl. § 7 Abs. 2 HeizkV und Nr. 4 a) der Anlage 3 zu § 27 II. BV), während bei der - hier vorliegenden - Beheizung mit Fernwärme das Entgelt für die Wärmelieferung und etwaige Kosten des Betriebs der zugehörigen Hausanlagen maßgeblich sind (vgl. Nr. 4 c) der Anlage 3 zu § 27 II. BV). Bei der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme gehören zu den Betriebskosten die kompletten vom Versorgungsunternehmen berechneten Kosten einschließlich der darin enthaltenen Investitions- und Verwaltungskosten und auch der Unternehmergewinn des Lieferanten (BGH NJW 2003, 2900, 2901); der Katalog des § 7 Abs. 2 HeizkV ist hier nicht von Belang (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Aufl., Rn 5120).

Vorliegend bezieht sich der von der Beklagten zu 1. als nicht hinreichend untergliedert gerügte Betrag auf die Wärmelieferung der B■■■, wie aus der im Rechtsstreit vorgelegten Lieferantenrechnung hervorgeht. Eine nähere Erläuterung des Betrags in der Betriebskostenabrechnung war nicht erforderlich. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1982, 573) ist die Mitteilung von Einzelrechnungen grundsätzlich nicht Fälligkeitsvoraussetzung einer Nebenkostenabrechnung (vgl. auch Senat, ZMR 1998, 627, 629). Hätte die Beklagte von ihrem Recht auf Belegeinsicht Gebrauch gemacht, wären etwaige bei ihr vorhandene Fehlvorstellungen über die Zusammensetzung des Betrages ausgeräumt worden.

- b) Die Beklagte, die ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils bereits in erster Instanz fehlende Prüffähigkeit der Nebenkostenabrechnung eingewandt hatte, hat zu Recht geltend gemacht, dass die unterschiedliche Verwendung des Verteilerschlüssels für die verschiedenen Betriebskostenarten in der Abrechnung ohne nähere Erläuterung nicht nachvollziehbar sei. Sofern der Umlage eine geringere Fläche als die Gesamtfläche des Mietobjekts zugrunde gelegt wird, ist diese Abweichung - wenn eine Kenntnis des Mieters nicht bereits gegeben ist - zu erläutern, um seinem Informationsbedürfnis und damit den Anforderungen an eine prüffähige und insoweit fälligkeitsbegründende Abrechnung zu genügen (vgl. BGH NJW 1982, 573, 574 f.; OLG Nürnberg WuM 1995, 308, 309; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rn 355). Während der Verteilerschlüssel „1“, der sich auf die „Summe der vermietbaren Flächen des Gesamtobjektes“ bezieht, aus sich heraus verständlich ist, ist dies beim Verteilerschlüssel „2“ nicht der Fall. Dieser wird lediglich definiert als die „Summe der beteiligten Mietflächen“. In der Abrechnung werden bei vier Positionen, auf die

dieser Schlüssel zutreffen soll, drei verschiedene Flächenmaße zugrunde gelegt; da die Positionen „Bewachung Geb. 2+3“ und „Wartung RWA“ mangels Umlagevereinbarung nicht schlüssig sind (s.o.), stellt sich die Frage der Prüffähigkeit noch für die Positionen „Strom“ (2.913,63 qm) und „Heizkosten“ (3.871,74 qm). Eine konkrete Erläuterung für die Abweichung von der Gesamtfläche war der Abrechnung insoweit nicht zu entnehmen. Auch die Position „Bewachung Geb. 2+3“ ließ keine sicheren Rückschlüsse zu, da die dort angegebene Fläche von 2.951,35 qm mit dem bei Strom und Heizung angegebenen Flächenmaß nicht übereinstimmt.

Die notwendige Erläuterung des Verteilungsmaßstabs ist von der Klägerin jedoch mit Schriftsatz vom 29.06.2005 und dessen Anlage K 7 nachgeholt worden. Daraus ist ersichtlich, dass sich die Abrechnung auf „Gebäude 2“ mit 3.871,74 qm und „Gebäude 3“ (eine Halle) mit 180,00 qm bezieht, woraus sich die Gesamtfläche von 4.051,74 qm zusammen setzt. Die Heizkosten betreffen somit die Beheizung des Gebäudes 2. Die der Position „Strom“ zugrunde liegende Fläche von 2.913,63 qm stellt nach der Auflistung K 7 die (monatlich) durchschnittlich vermietete Fläche des Gebäudes 2 im Jahr 2002 dar.

5) Die nach Vorlage der prüffähigen Abrechnung von der Beklagten zu 1. vorgebrachten inhaltlichen Einwendungen greifen nicht durch.

a) Heizkosten:

Das Bestreiten der Beklagten zu 1. mit Nichtwissen, dass das Gebäude 2 über einen direkten Hausanschluss Fernwärme verfügt, die in der Anlage K 6 (= B■■■ -Rechnung) angegebenen Kosten für das Gebäude 2 entstanden sind und die beheizbare Fläche des Gebäudes 2 3.824 qm (gemeint wohl: 3.871,74 qm) beträgt und diese der vermietbaren Fläche entspricht, ist unsubstantiiert. Unklar ist bereits, was genau die Beklagte damit bestreiten will: Die Art der Wärmeversorgung oder nur die Art des Hausanschlusses, den Anfall der Kosten überhaupt oder nur „für das Gebäude 2“, eine zu hoch oder zu gering angegebene beheizbare Fläche des Gebäudes 2. Jedenfalls ist das Bestreiten unsubstantiiert bzw. nicht relevant. In Bezug auf die Heizart ist es der Beklagten zu 1. als Mieterin zumutbar, konkret zu bestreiten, indem sie eine andersartige Beheizung als Fernwärme darlegt. Die Relevanz der „Unmittelbarkeit“ eines Hausanschlusses ist nicht erkennbar. Sofern die Beklagte eine größere Fläche des Gebäudes 2 behaupten will, in dem ihre Räume liegen, ist das Bestreiten unsubstantiiert, da sie keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der in der Abrechnung zugrunde gelegten Fläche mitteilt und nicht einmal eine konkrete andere Fläche nennt, was Voraussetzung für eine Beweisaufnahme durch

Einholung eines Gutachtens wäre, da anderenfalls das vom beklagten Mieter mit dem Bestreiten eingegangene Kostenrisiko nicht erkennbar wäre und eine Beweiserhebung auf eine Ausforschung hinaus liefe.

Die Heizkosten sind auch nach dem in § 9.2 des Mietvertrags vorgesehenen Verteilerschlüssel umgelegt. Zwar ist dort vorgesehen, dass die Umlage nach dem Verhältnis der vermietbaren Fläche der Gebäudeflächen des Gesamtobjekts zur Mietfläche des Vertrags erfolgt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Klägerin Betriebskosten, die nur für ein Gebäude (hier: Gebäude 2) anfallen, auch auf andere Gebäude umlegen muss. Dahin kann die Klausel nach §§ 133, 157 BGB bei verständiger Würdigung nicht verstanden werden, zumal eine solche - der Sache nach ungerechtfertigte - Umlage sich unzulässig zum Nachteil der Mieter der nicht beheizbaren Gebäude auswirken würde. Sind Einrichtungen nur für bestimmte Mieter nutzbar, ist eine Kostentrennung erforderlich (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 535 Rn 89).

b) Stromkosten:

Die Beklagte zu 1. bestreitet, dass dieser Position „die durchschnittliche vermietete Fläche des Gebäudes 2 von 2.913,63 qm zugrunde gelegt wurde, das Gebäude 3 ungezählt blieb“. Dieses Bestreiten ist unsubstantiiert. Der von der Klägerin als Anlage K 7 vorgelegten „Übersicht Mietflächen 2002“ ist zu entnehmen, wie die vermietete Fläche von 2.913,63 qm errechnet wurde. Eine Umlage erfolgte gerade nach dieser Fläche. Anhaltspunkte dafür, dass entgegen der Abrechnung auch das Gebäude 3 - bei dem es sich um eine 180 qm große Halle handelt - mit dem hier abgerechneten Strom versorgt worden sei, hat die Beklagte nicht vorgebracht. Ihr ist es zuzumuten, zwecks substantiierten Bestreitens in die Belege, hier also die Stromrechnungen, Einsicht zu nehmen (vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 Rn 539).

Dem von der Beklagten zu 1. im Verhandlungstermin erhobenen Einwand, die Umlage nur auf die vermietete Fläche entspreche nicht § 9.2 des Mietvertrags, kann nicht gefolgt werden. Der Festlegung des Umlageschlüssels ist der Grundsatz der Umlagegerechtigkeit immanent (vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 8. Aufl., § 556 a Rn 7). Daraus folgt, dass die Vereinbarung grundsätzlich gemäß §§ 133, 157 BGB so auszulegen ist, dass eine

gerechte Aufteilung der Kosten erfolgt. Dieser Grundsatz gilt in beiden Richtungen. Ebenso, wie es anerkannt ist, dass der Vermieter wegen des von ihm zu tragenden Vermietungsrisikos bei der Umlage verbrauchsunabhängiger Betriebskosten im Regelfall den Kostenanteil zu tragen hat, der auf leer stehende Räume entfällt (vgl. BGH NJW 2003, 2902, 2903 m.N.), ist daher auch in der Regel davon auszugehen, dass der Vermieter keine Kosten zu tragen hat, die verbrauchsabhängig sind und für die leer stehenden Räume nicht anfallen; diese Kosten sind angemessener Weise nur auf die tatsächlich genutzten Flächen zu verteilen (a.A. etwa LG Braunschweig ZMR 2003, 490). Dies gilt auch im vorliegenden Mietvertrag, da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien mit der Bezugnahme auf die Gesamtfläche eine Regelung gerade der Leerstandsproblematik beabsichtigten. § 9.2 des Vertrags legt nur den allgemeinen Grundsatz der Flächenumlage fest, ist unter Berücksichtigung des vernünftigen Parteiwillens jedoch nicht als Ausdruck eines Regelungswillens für die Verteilung der verbrauchsabhängigen Kosten bei teilweisem Leerstand anzusehen. Der Senat hat im Rahmen der Erörterung im Verhandlungstermin zum Ausdruck gebracht, dass er von einem Anfall nur verbrauchsabhängiger Kosten für die genutzten Flächen ausgehe, ohne dass die Beklagte dem entgegen getreten ist. Ihr bloßer Verweis auf § 9.2 des Mietvertrags führt, wie dargelegt, nicht zu einer Kostenverteilung unter Einschluss der Leerstandsflächen.

- 6) Somit ist nach Abzug der nicht vereinbarungsgemäß umlagefähigen Positionen „Bewachung“ und „Wartung RWA“ ein Nachforderungsbetrag von 1.356,30 EUR ./. 221,37 EUR ./. 273,38 EUR ./. 69,81 EUR = 791,74 EUR begründet.

Der Zinsanspruch ist nach § 286 Abs. 3 BGB, § 7.4 des Mietvertrags in Höhe von 10 % seit dem 16.07.2005 begründet. Die Parteien haben in § 7.4 des Mietvertrags vereinbart, dass die Mieterin einen Verzugszins von mindestens 10 % zu zahlen hat, jedoch erst nach einem Zahlungsrückstand von länger als 10 Tagen. Verzugszins ist auf die begründete Forderung von 791,74 EUR erst ab dem 16.07.2005 zu zahlen, da die Positionen „Strom“ und „Heizung“, die diesen Betrag übersteigen, erst mit Zugang der Anlage K 7 des Schriftsatzes vom 29.06.2005 prüffähig abgerechnet waren und fällig wurden. Mit Fälligkeit konnte nach § 286 Abs. 1 Satz 2 BGB n.F. Verzug eintreten, wobei der vereinbarte Karenzzeitraum von 10 Tagen hinzuzurechnen ist. Der bei Vertragsschluss geltende § 284 Abs. 3 BGB a.F., der Verzug erst 30 Tage nach Fälligkeit eintreten ließ, ist vorliegend auf Grund der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB nicht anzuwenden, da das Mietverhältnis über den 01.01.2003 hinaus fortbestand (vgl. Palandt, BGB, 64. Aufl., Art 229 § 5 Rn 5, 7). Bei einem angenommenen Zugang des Schriftsatzes vom 29.06.2005 am 05.07.2005 trat Verzug somit

am 16.07.2005 ein.

## II. Berufung des Beklagten zu 2.:

Der Beklagte haftet für die gegen die A■ OHG entstandene Mietzinsforderung für Mai bis August 2004 in Höhe von 7.051,12 EUR und eine begründete Betriebskostennachforderung für 2002 in Höhe von 791,74 EUR. Seine Berufung hat nur wegen des darüber hinausgehenden Betriebskostenbetrags und eines Teils der Zinsen auf die Mietzinsforderung Erfolg.

- 1) Die Haftung des Beklagten ergibt sich aus § 128 HGB in Verbindung mit der klaren und abschließenden Regelung des § 160 Abs. 1 HGB, wonach der ausgeschiedene Gesellschafter der OHG für deren bis zu seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten haftet, wenn sie innerhalb von fünf Jahren nach der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister fällig sind und nach Maßgabe des § 160 Abs. 1 Satz 1, 3 HGB rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht werden. Diese Voraussetzungen einer Nachhaftung sind vorliegend gegeben.

Die Forderungen waren bereits bei Ausscheiden des Beklagten am 31.12.2002 - die Handelsregistereintragung (§ 143 Abs. 2 HGB) ist insoweit nicht relevant, da sie nur deklaratorisch ist - „begründet“ im Sinne von § 160 Abs. 1 HGB. Das gilt für die Betriebskostennachforderung für 2002 ohnehin, aber entgegen der Ansicht des Beklagten auch für die Mietzinsforderung für Mai bis August 2004. Denn bei Dauerschuldverhältnissen ist die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits im Vertrag selber angelegt mit der Folge, dass die Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluss als entstanden anzusehen sind, auch wenn einzelne Verpflichtungen erst später fällig werden (so BGHZ 142, 324 ff = NJW 2000, 208, 209; BGHZ 150, 373 ff = NJW 2002, 2170, 2171). Dass der Mietzinsanspruch nur bei Gebrauchsgewährung geltend gemacht werden kann, besagt nichts anderes. Kommt es im Lauf des Vertrags zu einer Störung oder gar Verhinderung des Mietgebrauchs, können Rechte des Mieters wegen Sach- oder Rechtsmangels bestehen, die er dem bereits bestehenden Zahlungsanspruch einredeweise entgegen halten kann.

Die Forderungen wurden im Nachhaftungszeitraum fällig und rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht. Nach der Eintragung des Ausscheidens am 31.07.2003 läuft der Nachhaftungszeitraum bis zum 31.07.2008. Die Forderungen wurden innerhalb dieses Zeitraums fällig, nämlich die Mietzinsforderung in 2004 und die Betriebskostennachforderung in 2005 (s.o.). Sie sind auch innerhalb des Zeitraums gerichtlich geltend gemacht worden. Mit Klageerhebung ist nach § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB i.V.m. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB Hemmung in Bezug auf den zu wählenden 5-Jahrens-Zeitraum für die rechtskräftige Feststellung des Anspruchs (§ 160 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB) eingetreten (zum Zweck der seit

01.01.2002 geltenden Regelung, die an die Stelle der früheren, im Ergebnis aber weitgehend gleichbedeutenden Regelung des § 160 HGB a.F. getreten ist, wonach Ansprüche innerhalb des Nachhaftungszeitraums „gerichtlich geltend gemacht“ worden sein mussten, vgl. Baumbach/ Hopt, HGB, 31. Aufl., § 160 Rn 3 i.V.m. § 26 Rn 8).

Die Ausführungen des Beklagte geben keinen Anlass, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuweichen, wonach eine Nachhaftungsbegrenzung allein nach Maßgabe des § 160 HGB besteht und die vom BGH vor dessen Einführung entwickelten Grundsätze einer Nachhaftung nach der sog. Kündigungstheorie, das heißt einer Haftung nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger Kenntnis vom Ausscheiden hat und erstmals das Dauerschuldverhältnis kündigen konnte, daneben zur weiteren Haftungsbegrenzung nicht mehr anwendbar sind (BGHZ 142, 324 ff = NJW 2000, 208, 210; BGHZ 150, 373 ff = NJW 2002, 2170 f.). Nach dieser Rechtsprechung besteht nach Einführung des § 160 HGB im Jahr 1994 kein Bedürfnis für eine Fortgeltung der Kündigungstheorie. Der Gesetzgeber hat mit § 160 HGB nicht lediglich eine zeitliche Obergrenze der Haftung festgelegt, sondern das Problem der Nachhaftungsbegrenzung in Kenntnis der Rechtsprechung zum alten Recht umfassend geregelt. Dass gegenüber dem alten Rechtszustand die neue Regelung im Ergebnis zu einer längeren Haftung führen kann, widerspricht, anders als wohl der Beklagte meint, nicht dem Sinn einer Nachhaftungsbegrenzung. Der Gesetzgeber war bei Kodifikation des Problems nicht an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gebunden.

- 2) a) Der Zahlungsanspruch wegen Miete und Nutzungsentschädigung für die Monate Mai bis August 2004 in Höhe von 7.051,12 EUR folgt aus den §§ 535 Abs. 2, 546 a BGB.

Der Verzugszinsanspruch von 10 % ist jedoch nach § 286 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB, § 7.3 und 7.4 des Mietvertrags erst jeweils 10 Tage nach Verzugseintritt begründet, der wiederum am dritten Werktag eines Monats - zu denen auch Samstage zählen, BGH NJW 2005, 2154, 2155- erfolgte. Insoweit war das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung des Beklagten abzuändern.

- b) Die Betriebskostennachforderung ist auch gegen den Beklagten zu 2. nur in Höhe von 791,74 EUR begründet, da die Positionen „Bewachung“ und „Wartung RWA“ nicht als umlagefähig vereinbart waren. Dass der Beklagte zu 2. die Betriebskostenabrechnung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils und des Terminprotokolls nicht angegriffen und sich allein mit fehlender Passivlegitimation verteidigt hat, führt nicht etwa nach § 531 Abs. 2 ZPO zum Ausschluss des Verteidigungsvorbringens. Denn die Frage, ob eine wirksame

Umlagevereinbarung überhaupt vorliegt, gehörte zu der vom erstinstanzlichen Gericht auch ohne Bestreiten vorzunehmenden Schlüssigkeitsprüfung (vgl. Senat, ZMR 1998, 627, 628 r. Sp.), so dass sich die Frage der Zurückweisung eines neuen Verteidigungsmittels nicht stellt.

In Bezug auf den Verzugszins ist die Berufung des Beklagten zu 2. jedoch - im Gegensatz zu der der Beklagten zu 1. - nicht begründet. Denn der Beklagte zu 2. kann sich gemäß § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz nicht darauf berufen, dass die Betriebskostenabrechnung vom 03.08.2004 nicht prüffähig gewesen sei. Erstmals in der Berufungsbegründung hat der Beklagte zu 2. fehlende Prüffähigkeit der Abrechnung gerügt und sich den Ausführungen der Beklagten zu 1. im Schriftsatz vom 25.02.2005 angeschlossen, in denen diese die unterschiedliche Verwendung der Verteilerschlüssel als nicht nachvollziehbar gerügt hatte. Es handelt sich hinsichtlich des Beklagten zu 2. um ein neues Verteidigungsmittel, das im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurde, und das nicht zuzulassen ist, weil die unterlassene Geltendmachung nicht ohne Nachlässigkeit erfolgte (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Welche Mindestanforderungen an die Schlüssigkeit einer Betriebskostennachforderung zu stellen sind, insbesondere, ob diese überhaupt die Vorlage der Abrechnung voraussetzt, kann dahinstehen. Es ist zu trennen zwischen der Schlüssigkeit der Klage einerseits und den inhaltlichen Anforderungen, die an eine Abrechnung zu deren Fälligerwerden zu stellen sind, andererseits (vgl. Senat, ZMR 1998, 628, 629 I. Sp.).

Jedenfalls ist eine Erläuterung eines von der Gesamtläche abweichenden Verteilerschlüssels nicht stets Bestandteil einer fälligkeitsbegründenden Abrechnung. Sie ist nämlich dann nicht erforderlich, wenn entsprechende Kenntnisse des Mieters etwa aufgrund früherer Abrechnungen vorhanden sind (vgl. BGH NJW 1982, 573, 574/575). Daraus folgt, dass der Einwand fehlender Prüffähigkeit der Abrechnung in diesem Punkt von dem Beklagten zu 2. erhoben werden musste und es sich nicht um ein Element der Schlüssigkeitsprüfung handelte. Das Unterlassen der Geltendmachung in erster Instanz beruhte auf Nachlässigkeit, da der Beklagte nicht im Vertrauen auf das Durchgreifen des Einwands fehlender Passivlegitimation weitere Einwendungen zurückhalten durfte (vgl. Zöller-Gummer/Heßler, ZPO, 25. Aufl., § 531 Rn 31 f.).

Nach § 286 Abs. 3 BGB trat Verzug mit der Betriebskostennachforderung 30 Tage nach Zugang der Abrechnung und damit am 05.09.2004 ein. Hiergegen wendet sich der Beklagte zu 2. insoweit auch nicht.

3) Ohne Erfolg macht der Beklagte zu 2. geltend, dass sich die Klageforderung wegen Aufrechnung der Klägerin mit einem Nutzungsersatzanspruch für September 2004 in Höhe von 940,15 EUR und einer Betriebskostennachforderung für 2003 in Höhe von 1.563,16 EUR insoweit erledigt habe. Denn diese Forderungen sind nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

Auch ist das Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Zahlungsklage nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Klägerin die Kautionshöhe weiter erhöht (5.286,29 EUR ./. 940,15 EUR ./. 1.563,16 EUR = ) 2.782,98 EUR zurückhält.

Denn die Kautionshöhe dient der Sicherung einer noch abzurechnenden Betriebskostenforderung für 2004 und eines Kostenerstattungsanspruchs aus dem vorliegenden Rechtsstreit. Der Rückzahlungsanspruch wird erst fällig, wenn feststeht, dass dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche mehr zustehen (BGHZ 141, 160 ff = NJW 1999, 1857, 1858), was somit hier nicht der Fall ist. Der Mieterin steht ein ihrerseits aufrechenbarer Rückzahlungsanspruch folglich derzeit nicht zu.

### III.

Die Kostenentscheidung erster Instanz beruht auf den §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 91 a, 100 Abs. 4 ZPO. Dass die Betriebskostennachforderung gegenüber der Beklagten zu 1. erst während des Berufungsverfahrens fällig wurde, führt zu keiner Änderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung. Denn diese richtet sich nicht danach, ob das Vordergericht „richtig“ entschieden hat, sondern nach dem Ausgang des Rechtsstreits in letzter Instanz (Grundsatz der Kosteneinheit, vgl. Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91 Rn 15). Die Beklagte zu 1. hat von der Möglichkeit eines sofortigen Anerkenntnisses gemäß § 93 ZPO, das eine andere Kostenentscheidung rechtfertigen könnte, keinen Gebrauch gemacht. Im Übrigen würde sich gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO selbst dann keine andere erstinstanzliche Kostenentscheidung ergeben, wenn man der Klägerin auch im Umfang des später fällig gewordenen Betrags von 791,74 EUR die Kosten auferlegen wollte.

Die Kostenentscheidung des Berufungsverfahrens folgt aus den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO und berücksichtigt, dass die Beklagte zu 1. im Verhältnis zum Beklagten zu 2. nur in einem geringen Umfang gegen die gemeinschaftliche Verurteilung Berufung eingelegt hat und sich ihre (gesamtschuldnerische) Kostentragungspflicht hierauf beschränkt. Die Klägerin hat nicht etwa nach § 97 Abs. 2 ZPO die gesamten Kosten der Berufung der Beklagten zu 1. zu tragen. Allerdings ist diese Vorschrift nach wohl herrschender Meinung nicht nur anwendbar, wenn der Berufungskläger wegen eines neuen Vorbringens in zweiter Instanz obsiegt, das er in erster Instanz

schuldhaft nicht geltend gemacht hat, sondern auch, wenn die in erster Instanz siegreiche Partei die Zurückweisung des Rechtsmittels auf Grund Vorbringens erreicht, das sie entgegen einer gebotenen gewissenhaften Verfahrensförderung in erster Instanz noch nicht vorgetragen hatte (Stein/Jonas/Bork, a.a.O., § 97 Rn 12; s. etwa OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 837, 839). So liegt es hier jedoch nicht. Zwar hat die Klägerin erst in zweiter Instanz eine prüffähige Abrechnung vorgelegt und damit verhindert, dass die Berufung der Beklagten zu 1. auch im Umfang von 791,74 EUR Erfolg hatte. Jedoch lag in dem erstinstanzlich unterlassenen Vorlegen einer geänderten, prüffähigen Abrechnung keine schuldhafte Verletzung einer Prozessförderungspflicht. Das wäre nur der Fall, wenn das Landgericht auf Bedenken gegen die Prüffähigkeit hingewiesen und Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben hätte, ohne dass die Klägerin dem nachkam. Ohne einen solchen Hinweis bestand für die Klägerin kein Anlass zu weiterem Vortrag bzw. zur Änderung der Abrechnung.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, 2 ZPO). Insbesondere ist die Auslegung des § 160 HGB entgegen der Ansicht des Beklagten zu 2. anhand des Gesetzeswortlauts und der höchstrichterlichen Rechtsprechung zweifelsfrei vorzunehmen.

Bieber Dr. Henkel Dittrich