

Oberlandesgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 556, 611, 675 BGB

- 1. In dem vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen ist der Bereicherungsanspruch auf Erstattung überzahlter Nebenkosten auch nicht als Minus enthalten. Vielmehr handelt es sich dabei um unterschiedliche Streitgegenstände, die unterschiedliche Grundlagen haben und anderen Voraussetzungen unterliegen. Während der Anspruch auf Rückzahlung sämtlicher Vorauszahlungen erfordert, dass keine (formell wirksame) Betriebskostenabrechnung vorliegt, setzt der Anspruch auf Auszahlung eines Guthabens gerade eine Abrechnung voraus.**
- 2. Das schließt indes nicht aus, dass der klagende Mieter beide Ansprüche miteinander verbindet, indem er in erster Linie die Formwirksamkeit der Nebenkostenabrechnung bestreitet und für den Fall, dass das Gericht seiner Auffassung nicht folgt, hilfsweise die Überzahlung der berechtigten Nebenkosten geltend macht. In dem Fall handelt es sich bei dem verfolgten Anspruch auf Erstattung der Überzahlung allerdings nicht um ein bloßes Hilfsvorbringen, sondern um einen eventualiter gestellten Antrag.**
- 3. Ein Rechtsanwalt darf einem Mandanten zur hilfsweisen Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs nur raten, wenn der Mandant in der Lage war, ihm (nach Belegeinsicht) zu jeder Kostenart die dem Vermieter entstandenen Aufwendungen und den zutreffenden Umlageschlüssel anzugeben, weil sie andernfalls Gefahr lief, dass ihr Hilfsanspruch (rechtskräftig und zusätzliche Kosten verursachend) als un schlüssig abgewiesen werden würde.**
- 4. Konnte der Mandant die für die korrekte Abrechnung der Nebenkosten notwendigen Informationen nicht beschaffen, weil er insbesondere keine klare Vorstellung von dem zugrunde zu legenden Flächenmaßstab hatte, hätte der Beklagte zu 2) ihm empfehlen müssen, sich (zunächst) auf die Zurückforderung der Vorschüsse zu beschränken.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2017 - 24 U 152/16

Der 24. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat auf die mündliche Verhandlung vom 14.03.2017 für Recht erkannt:

Tenor:

Unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils der 11. Zivilkammer des

Landgerichts Duisburg vom 21.07.2016 und unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen werden die Beklagten verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin 5.292,29 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.12.2015 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten der ersten und zweiten Instanz werden den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

I.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg - Einzelrichter - vom 21.07.2016 ist zulässig und teilweise begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagten aufgrund einer anwaltlichen Pflichtverletzung gemäß §§ 611, 675, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Anspruch auf Zahlung von 5.292,29 € zu; im Übrigen unterliegt die Berufung der Zurückweisung.

1. Die Beklagten haben ihre anwaltlichen Pflichten gegenüber der Klägerin bei der Vertretung im Vorprozess vor dem Amtsgericht Duisburg Ruhrort Az. 9 C 768/08 (nachfolgend zitiert als BA1) verletzt.

Der Rechtsanwalt hat den Mandanten in seiner Rechtssache grundsätzlich umfassend und möglichst erschöpfend rechtlich zu beraten. Insbesondere sind Zweifel und Bedenken, zu denen die Sach- oder Rechtslage Anlass gibt, sowie mögliche mit der Einleitung eines Rechtsstreits verbundene Risiken und deren abschätzbares Ausmaß darzulegen und mit dem Mandanten zu erörtern; nur in Kenntnis solcher Umstände kann dieser über sein weiteres Vorgehen sachgerecht entscheiden (BGH, Urteil vom 08.11.2011 - IX ZR 64/01; Vill in Zuehör/Fischer/Vill/Fischer/ Rinkler/Chab, Handbuch der Anwaltshaftung, 3. Aufl., Rdnr. 624). Erscheint eine beabsichtigte Rechtsverfolgung wenig aussichtsreich, so muss der rechtliche Berater hierauf sowie auf die damit verbundenen Gefahren hinweisen (BGH, Urteil vom 29.04.2003 - IX ZR 54/02; Urteil vom 20.10.1994 - IX ZR 116/93, WM 1995, 398, 399 f.; Urteil vom 27.11.1997 - IX ZR 141/96, NJW 1998, 900, 901). Diesen Anforderungen sind die Beklagten bei der anwaltlichen Vertretung der Klägerin im Vorprozess nicht gerecht geworden.

a) Die Klägerin begehrte im Vorprozess gegen ihre ehemaligen Vermieter die Rückzahlung sämtlicher Vorschüsse auf die Nebenkosten bzw. der überschüssigen Nebenkostenvorauszahlungen.

Der in erster Linie geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung sämtlicher geleisteter Vorauszahlungen für den Zeitraum 2005 bis 2010 war jedoch nicht begründet, da die Voraussetzungen, d.h. die Beendigung des Mietverhältnisses und eine fehlende bzw. formell unwirksame Abrechnung, erkennbar nicht erfüllt waren.

Für den streitigen Zeitraum wurde unstreitig jeweils eine Nebenkostenabrechnung erstellt, die auch über eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, der Angabe und - soweit erforderlich - Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, der Berechnung des Anteils des Mieters und den Abzug dessen Vorauszahlungen entsprechend den Anforderungen der Rechtsprechung des BGH verfügte (Vgl. BGH, Urteil vom 11.08.2010 - VIII ZR 45/10 m.w.N.).

In dem vertraglichen Anspruch auf Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen ist der Bereicherungsanspruch auf Erstattung überzahlter Nebenkosten auch nicht als Minus enthalten. Vielmehr handelt es sich dabei um unterschiedliche Streitgegenstände, die unterschiedliche Grundlagen haben und anderen Voraussetzungen unterliegen. Während der Anspruch auf Rückzahlung sämtlicher Vorauszahlungen erfordert, dass keine (formell wirksame) Betriebskostenabrechnung vorliegt, setzt der Anspruch auf Auszahlung eines Guthabens gerade eine Abrechnung voraus (Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2011 - I-10 W 16/11; BGH, Urteil vom 20.01.2016 - VIII ZR 93/15s; Beschluss vom 15.03.2011 - VIII ZR 243/10).

Das schließt indes nicht aus, dass der klagende Mieter beide Ansprüche miteinander verbindet, indem er in erster Linie die Formwirksamkeit der Nebenkostenabrechnung bestreitet und für den Fall, dass das Gericht seiner Auffassung nicht folgt, hilfsweise die Überzahlung der berechtigten Nebenkosten geltend macht. In dem Fall handelt es sich bei dem verfolgten Anspruch auf Erstattung der Überzahlung allerdings nicht um ein bloßes Hilfsvorbringen, sondern um einen eventualiter gestellten Antrag (Vgl. Zöllner, ZPO-Kommentar, 29. Aufl., 2012, Einleitung Rdnr. 74; § 260 Rdnr. 1, 4), auch wenn er nicht ausdrücklich als solcher angekündigt wird ("verdeckter Hilfsantrag").

b) Die an den Vortrag des Mieters, der die Erstattung überzahlter Nebenkosten fordert, zu stellenden Anforderungen hat das Amtsgericht Duisburg-Ruhrort im Hinweisbeschluss vom 14.05.2010 (BA1 190) zutreffend unter Hinweis auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats zusammengefasst. Danach hat der Mieter konkret zu jeder Position der Betriebskostenabrechnung nach Grund und/oder Höhe vorzutragen, die er nicht anerkennen will (Senat, Urteil vom 21.04.2009 - 24 U 160/08).

c) Auf dieser Basis hätte der Beklagte zu 2) der Klägerin zur hilfsweisen Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs nur raten dürfen, wenn die Klägerin in der Lage war, ihm (nach Belegeinsicht) zu jeder Kostenart die dem Vermieter entstandenen Aufwendungen und den zutreffenden Umlageschlüssel anzugeben, weil sie andernfalls Gefahr lief, dass ihr Hilfsanspruch (rechtskräftig und zusätzliche Kosten verursachend) als unschlüssig abgewiesen werden würde. Konnte die Klägerin die für die korrekte Abrechnung der Nebenkosten notwendigen Informationen nicht beschaffen, weil sie insbesondere keine klare Vorstellung von dem zugrunde zu legenden Flächenmaßstab hatte, hätte der Beklagte zu 2) ihr empfehlen müssen, sich (zunächst) auf die Zurückforderung der Vorschüsse zu beschränken. Dass er dieser Belehrungspflicht nachgekommen ist, behaupten die Beklagten selbst nicht.

2. Ob die Amtsrichterin, die den Hinweisbeschluss vom 14.05.2010 verfasst hat, ihre Hinweispflicht verletzt hat, weil sie dem Beklagten zu 2) versprochen hat, ihren

Hinweis noch einmal zu überdenken, aber weder sie noch ihre Amtsnachfolger ihn vor der Verkündung des Urteils vom 20.04.2012 (BA1 361) über das Ergebnis ihrer Überlegungen unterrichtet haben, mag dahinstehen. Auf dieser Verletzung des Verfahrensrechts, die zu Gunsten der Beklagten als wahr unterstellt werden kann, beruht das Urteil des Landgerichts Duisburg nicht, § 513 Abs. 1 ZPO. Obwohl das Amtsgericht im Urteil vom 20.04.2012 an der bereits im Hinweisbeschluss vom 14.05.2010 vertretenen Auffassung festgehalten hat, hat der Beklagte zu 2) sich für die Klägerin in der Berufungsbegründung vom 11.07.2012 (BA1 384, 388) nämlich hilfsweise auf dem Bereicherungsanspruch berufen, ohne der vom AG aufgezeigten Darlegungslast zu genügen. Spätestens da hätte ihm aber die Gefahr, dass sich die Berufungskammer der Ansicht des Amtsgerichts - wie geschehen (Berufungsurteil vom 11.09.2012, BA1 414 ff.) - anschließen könnte, bewusst sein müssen. Einen nochmaligen Hinweis auf die Darlegungslast durch das Berufungsgericht konnte der Beklagte zu 2) unter diesen Umständen nicht ernsthaft erwarten.

3. Das Amtsgericht Duisburg-Ruhrort (Az. 9 C 818/12, nachfolgend zitiert als BA2) hat die Klage, mit der die Klägerin in 2005 bis 2010 überzahlte Nebenkosten zurückverlangt hat, wegen anderweitiger Rechtskraft abgewiesen. Diese Entscheidung müssen die Beklagten sich schon aufgrund der mit der Streitverkündung verbundenen Interventionswirkung (§§ 74 Abs. 3, 68 ZPO) entgegenhalten lassen. Die Klägerin hat den Beklagten in dem Rechtsstreit AG Duisburg-Ruhrort 9 C 818/12 den Streit verkündet (SS vom 16.04.2013, ZU am 20.04.2013, BA2 120, 129). Darauf weist das Landgericht Duisburg im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils ausdrücklich hin (Seite 2 = GA 163). Damit steht aufgrund des formell rechtskräftigen Urteils des Amtsgerichts Duisburg-Ruhrort vom 20.08.2015 (BA2 329) im Verhältnis der Parteien zueinander bindend fest, dass dem geltend gemachten Anspruch die Einrede der anderweitigen Rechtskraft (ne bis in idem) entgegensteht. Auf eine mangelhafte Prozessführung der Klägerin können sich die Beklagten nicht berufen, weil die Klägerin die von ihr eingelegte Berufung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist (ZU vom 21.08.2015, BA2 343) mit Schriftsatz vom 14.10.2015 (BA 357) "freiwillig" zurückgenommen hat. Denn dadurch wurde ihnen die Rechtsverfolgung nicht erschwert. Es war ihnen nämlich unbenommen, dem Rechtsstreit schon in erster Instanz beizutreten und ihrerseits Berufung einzulegen. Dass die Klägerin eine Berufung der Beklagten durch Rechtsmittlrücknahme vereitelt hätte, ist nicht anzunehmen (Vgl. OLG München, Beschluss vom 21.03.2012 - 9 U 5189/10).

4. Der Zinsanspruch ist gemäß §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 Satz 1 BGB seit dem 04.12.2015 begründet, da die Klägerin die Beklagten mit dem Aufforderungsscheiben vom 19.11.2015 unter Fristsetzung bis zum 03.12.2015 in Verzug gesetzt hat (GA 47).

Soweit die Zinsen bereits ab dem 10.04.2013, d.h. vier Wochen nach Geltendmachung der Ersatzansprüche mit Schreiben vom 10.03.2013 (GA 36) verlangt werden, genügt dieses Schreiben nicht, um die Beklagten in Verzug zu setzen, da in diesem Schadensersatzansprüche lediglich angekündigt werden.

II.

Die Kostenscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, da die Zuvielforderung der

Klägerin verhältnismäßig geringfügig war (geringer als 10 % des Streitwertes, vgl. Zöller/Herget, ZPO-Kommentar, 29. Auflage, 2012, § 92 Rdnr. 10) und keinen Gebührensprung ausgelöst hat.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Wert der Berufung: 5.752,75 €