

Kammergericht Berlin

BESCHLUSS

§§ 305, 307, 535 BGB

- 1. Kosten der Bewachung des Gebäudes können auf Grundlage einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung - auch einer allgemeinen Geschäftsbedingung - als Betriebskosten auf den Mieter von Gewerberaum umgelegt werden, ohne dass es einer Begrenzung der Höhe nach bedarf.**
- 2. Einer Begrenzung bedarf es zwar, soweit Instandhaltungspflichten an gemeinsam genutzten Flächen und Anlagen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf den Gewerberaummieter übertragen werden. Dieser Grundsatz ist aber auf die Bewachungskosten nicht übertragbar.**

KG Berlin, Beschluss vom 02.05.2022, Az.: 8 U 90/21

Tenor:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 11.05.2021, Aktenzeichen 11 O 254/20, wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Berlin ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages zuzüglich 10 % abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.
4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 101.358,03 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin hat Räume für eine Orthopädiepraxis in einem Ärztehaus gemietet. Das Landgericht hat ihre Klage auf Rückzahlung von Betriebskosten für die Jahre 2014 bis 2016 abgewiesen. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und der Anträge in erster Instanz wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge hinsichtlich Bewachungskosten in Höhe von 73.505,87 € weiter und macht geltend:

Die Klausel zur Übertragung der Bewachungskosten sei intransparent und damit unwirksam. Die hohen Bewachungskosten seien für durchschnittliche Gewerbemieter bei Mietvertragsunterzeichnung nicht im Ansatz überschaubar noch kalkulierbar gewesen.

Die Überwachung des Objekts rund um die Uhr für mittlerweile 200.248,44 € jährlich liege nicht im Interesse der Klägerin, die keine werthaltigen Dinge in ihrer Praxis vorhalte und einen eigenen Wachschatz mit Alarmaufschaltung unterhalte.

Bewachungskosten dürften dem Mieter ebenso wenig wie Erhaltungslasten von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen unbegrenzt auferlegt werden, denn die Bewachung zielt darauf, Dritte vom Objekt fernzuhalten und Verunreinigungen oder Sachbeschädigungen durch derartige Personen zu verhindern, mit denen der Mieter nichts zu tun habe und die nicht in seine Risikosphäre fallen. Da der Vermieter bei permanentem Aufenthalt unbefugter Personen einem Minderungsanspruch ausgesetzt wäre, liege es überwiegend in seinem Interesse, diese Personen fernzuhalten.

Soweit das Gericht trotz gegenteiligem Beweisantritt der Klägerin unterstelle, das Gebäude sei in einer Gegend gelegen, in der es nicht viele Obdachlose und Drogensüchtige gebe, verkenne es die Beweislast. Die Beklagte sei beweibelastet dafür, dass die Bewachungskosten zum bestimmungsgemäßen Gebrauch des Mietobjekts gehören und überwiegend dem Mieter zugutekommen, und trage dazu nicht substantiiert vor.

Das Landgericht habe gegen § 139 Abs. 1 ZPO verstoßen. Hätte es seine Auffassung zu erkennen gegeben, die Bewachung käme überwiegend den Mietern zugute, hätte die Klägerin dazu vortragen können, dass nahezu alle weiteren Mieter in dem Ärztehaus über eigene Wachschatzaufschaltungen verfügen und der überwiegende Teil der Mieter von daher nicht auf eine „rund um die Uhr Bewachung“ angewiesen sei und diese auch nicht wünsche. Das Gericht hätte hier weitere Sachverhaltsaufklärung betreiben müssen statt einfach Dinge zu unterstellen, ohne jemals in dem Gebäude und Umfeld gewesen zu sein. Die Prozessleitung verstoße auch gegen § 139 Abs. 1 ZPO, indem das Gericht sich nach Übergang ins schriftliche Verfahren (unter Verkennung der Beweislast) darauf gestützt habe, die Klägerin habe zu unbefugten Dritten und Beschädigungen sowie Verunreinigungen in dem Mietobjekt nicht substantiiert vorgetragen.

Mit Schriftsatz vom 31.12.2021 hat die Klägerin die Klage um 27.852,16 € Wachschatzkosten für 2017 gemäß Betriebskostenabrechnung vom 20.12.2018 erweitert. Der angeforderte Kostenvorschuss ist nicht eingegangen und die Zustellung der Klagerweiterung nicht veranlasst worden.

Die Klägerin beantragt,
unter Abänderung des am 11.05.2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Berlin Az.: 11 O 254/20 die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 73.505,87 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, bei den Kosten der Bewachung handele es sich unstreitig um Betriebskosten gemäß § 1 BetrKV, die aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung auf den Mieter umgelegt werden können. Eine eindeutige Umlagevereinbarung wie hier in § 3 Abs. 3 Mietvertrag werde nicht dadurch intransparent, dass ggf. sehr hohe Kosten entstehen können.

Für die Wirksamkeit einer Vereinbarung zur Umlage von Betriebskosten bedürfe es keiner Angabe einer Kostengrenze. Soweit der BGH bei der Übertragung von Instandhaltungskosten für gemeinschaftlich genutzte Flächen, welche vom Leitbild des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB abweiche, eine Kostenobergrenze für notwendig erachte, könne dies nicht auf Bewachungskosten übertragen werden, weil die Übertragung von Betriebskosten auf den Mieter schon in der Wohnraummiete dem gesetzlichen Leitbild (§ 556 Abs. 1 BGB) entspreche und erst recht in der Gewerberaummiete. Der Mieter sei vor der Umlage überhöhter und unwirtschaftlicher Kosten hinreichend durch das Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt.

In dem Gebäude seien auch ein Zentrum für spezielle Gelenkchirurgie mit teuren Behandlungsgeräten, ein MRT-Zentrum mit mindestens einem MRT-Gerät, weitere Arztpraxen sowie eine Apotheke und sämtliche Mieter würden über hochwertige EDV-Anlagen verfügen, die oft Begehrlichkeiten von Dieben wecken. Die Mieter selbst hätten auf einem Mietertreffen am 26.01.2016, an dem für die Klägerin ihr Gesellschafter D... S... teilgenommen habe, wegen einer Vielzahl von Einbrüchen einstimmig einen effektiven Wachschutz rund um die Uhr gefordert und darüber hinaus einen Pförtner in der Zeit von 8-19 Uhr gewünscht. Jeder durchschnittliche Gewerberaummieter könne die erheblichen Kosten einer 24-Stundenbewachung erkennen, nämlich bei einem Ansatz von nur 20 €/h Lohnkosten 175.200 € pro Jahr. Die Beauftragung eines zusätzlichen Wachschutzes durch den Mieter hindere nicht die Umlage der Kosten des vom Vermieter beauftragten Wachschutzes.

Die Beklagte habe schon in erster Instanz vorgetragen, dass die Bewachung zum Schutz der Mieter vor Einbrüchen und Diebstählen veranlasst werde. Selbst wenn sie u. a. erfolgen würde, um Obdachlose und Drogenabhängige vom Gebäude fernzuhalten, würde es sich um Betriebskosten handeln, weil deren Aufenthalt in erster Linie das Interesse der Mieter beeinträchtige, dass sich Kunden oder Patienten durch den unerwünschten Anblick oder aus Furcht vor Belästigungen und Sekundärkriminalität vom Aufsuchen des Geschäfts oder Praxis abhalten lassen.

II.

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 11.05.2021, Aktenzeichen 11 O 254/20, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

Zur Begründung wird auf den Beschluss vom 17.02.2022 Bezug genommen, in dem der Senat ausgeführt hat;:

„1. Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Klage ist unbegründet. Die Klägerin kann nicht gemäß § 812 BGB Rückerstattung ihrer Betriebskostenzahlungen für die Jahre 2014 bis 2016 verlangen, soweit sie sich auf Bewachungskosten beziehen. Gemäß § 3 Ziffer 3 des Mietvertrages zählen „die Kosten für die Bewachung des Gebäudes“ zu den Nebenkosten, welche der Mieter gemäß § 3 Ziffer 2 des Vertrages zusätzlich zur Nettomiete zu tragen hat. Diese Regelung ist nicht gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

2. Allerdings handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Klägerin im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, die der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB unterliegt.

2.1 Die Beklagte hat die Klausel gestellt, die bereits in dem Mustervertrag (Anlage B 4) enthalten war, den die Beklagte – wie mit ihrem Schriftsatz vom 27.04.2021 vorgetragen – zu Beginn der Vertragsverhandlungen überreichte.

2.2 Die Beklagte hat (in erster Instanz) zu Unrecht eingewandt, es handele sich gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, weil die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien in umfangreichen Verhandlungen mit anwaltlicher Hilfe im Einzelnen ausgehandelt worden seien. Eine Klausel ist nicht schon dann ausgehandelt worden, wenn nach Verhandlungen über verschiedene andere Teilaspekte eines Vertrages dort Vertragsbedingungen geändert worden sind; vielmehr muss sich das Aushandeln jeweils auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen (BGH, Beschluss vom 19.03.2019 - XI ZR 9/18 - NJW 2019, 2080, Rn. 15 m. w. N.). Zwischen den Parteien wurde offenbar – wie im angefochtenen Urteil zutreffend und von der Beklagten unangegriffen ausgeführt – nicht über die umlagefähigen Betriebskosten verhandelt, die Modifikation der Klausel zu anteiligen Kosten für Reparatur, Instandhaltung und Instandsetzung betraf keine Betriebskosten.

2.3 Gemäß dem insoweit nicht bestrittenen Vorbringen im Schriftsatz der Klägerin vom 31.12.2020 ist die hier interessierende Vertragsbestimmung für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden (s. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) und haben sämtliche Mieter in dem Ärztehaus inhaltsgleiche Verträge. Auch weist die Beklagte mit Schriftsatz vom 19.02.2021 darauf hin, dass die Klägerin „Ankermieter“ war und den übrigen für die Anmietung gewonnenen Ärzte bzw. Unternehmen mit einer „Junktivvereinbarung“ (Anlage B 1) ein Rücktrittsrecht für den Fall eines berechtigten Rücktritts der Klägerin eingeräumt wurde.

3. Die vorliegende Überwälzung von Bewachungskosten auf die Klägerin stellt keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB dar. Die Regelung ist insbesondere nicht im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, unvereinbar.

3.1 Die „Kosten für die Bewachung des Gebäudes“ sind Betriebskosten im Sinne von § 1 Abs. 1 BetrKV, d. h. „Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.“ (ebenso OLG Celle, Urteil vom 16.12.1998 – 2 U 23/98 - ZMR 1999, 238, juris Rn. 9 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 12.03.2003 - 7 U 50/02 - ZMR 2004, 182, juris Rn. 4; Senat, Urteil vom 02.10.2003 - 8 U 25/03 - GE 2004, 234, 235; LG Berlin, Urteil vom 26.11.2003 - 29 O 374/03 - GE 2005, 237, juris Rn. 26; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Auflage, § 556 BGB Rn. 195).

3.2 Die gegenteilige Auffassung, Bewachungskosten würden vielmehr als Verwaltungskosten, d. h. als „die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht, der Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit, die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und die Kosten für die Geschäftsführung“ gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV nicht zu den Betriebskosten gehören, (so AG Köln, Urteil vom 20.10.1988 – 201 C 134/98 - WM 2002, 337; Schmid/Harz, Mietrecht, 6. Auflage, 2020, § 2 BetrKV Rn. 424; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 17. Auflage, 2021, Rn. 5610; das Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.07.1991 - 10 U 1/91 – wird zu Unrecht für diese Ansicht angeführt), überzeugt nicht. Eine Bewachung geht deutlich über die allgemeine Verwaltung hinaus (ebenso OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2012 - 24 U 123/11 - MDR 2012, 1025, juris Rn. 49; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Auflage, 2019, Rn. A 265).

Dies ergibt sich auch aus dem Urteil des BGH vom 18.12.2019 – VIII ZR 62/19 – NZM 2020, 457. Dort heißt es zur Begründung, weshalb eine an den Hausmeister entrichtete Notdienstpauschale zu den Verwaltungskosten zählt: „Denn es handelt sich nicht um eine Vergütung für eine allgemeine Kontroll- und Überwachungstätigkeit, sondern um Aufwendungen für die als Verwaltungstätigkeiten einzuordnende Entgegennahme von Störungsmeldungen und erforderlichenfalls die Veranlassung von Reparaturmaßnahmen durch Dritte.“ (a. a. O. Rn. 20). Bei der hier interessierenden Bewachung des Gebäudes geht es dagegen gerade um eine allgemeine Kontroll- und Überwachungstätigkeit.

3.3 Die Auffassung im Urteil des LG Berlin vom 05.12.2003 – 64 S 369/03 – MM 2004, 76, Wachsutzkosten seien trotz ausdrücklicher Umlagevereinbarung nicht umlagefähig, weil die Aufzählung der Betriebskosten in Anlage 3 zu § 27 der II. BV abschließend gewesen sei, ist unvereinbar damit, dass Nr. 17 dieser Anlage 3 – wie nunmehr § 2 Nr. 17 BetrKV – sonstige Betriebskosten aufführt.

3.4 Entscheidungen und Literaturstimmen, welche danach differenzieren, ob die Bewachung vornehmlich im Interesse der Mieter oder aber zum Schutz des Vermieters vor Beschädigungen des Grundstücks bzw. Gebäudes erfolgt (s. BGH, Beschluss vom 05.04.2005 – VIII ZR 78/04 – NZM 2005, 452 zu einem - anscheinend nachträglich eingeführten - Pförtnerdienst in einem Wohngebäude; LG Hamburg, Urteil vom 06.03.1997 - 333 S 139/96 - ZMR 1997, 358; LG Köln, Urteil vom 28.01.2004 - 10 S 134/03 - WuM 2004, 400, juris Rn. 29 ff.; LG München, Urteil vom 17.04.2019 - 14 S 15269/18 - GE 2019, 1420, juris Rn. 14 zu Wohnraum; Langenberg/Zehlein, a. a. O. Rn. 266 ff.), beziehen sich offenbar auf Mietverträge, welche die Umlage von Bewachungskosten nicht ausdrücklich regeln, und sind vorliegend angesichts der ausdrücklichen Vereinbarung zu den Kosten der Bewachung in § 3 Ziffer 3 des Mietvertrages nicht einschlägig.

Für die Umlage „sonstiger Betriebskosten“ im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV sind diese im Einzelnen zu benennen (BGH, Urteil vom 07.04.2004 – VIII ZR 167/03 – ZMR 2004, 430 Rn. 14; BGH, Urteil vom 27.06.2007 – VIII ZR 202/06 – NJW 2007, 3060, Rn. 19), auch bei Gewerberaum (OLG Düsseldorf, Urteile vom 25.07.1991 – 10 U 1/91 – NJW-RR 1991, 1354, juris Rn. 7, vom 15.12.2011 – 10 U 96/11 - ZMR 2012, 184, juris Rn. 2 und vom 27.03.2012 - 24 U 123/11 - MDR 2012, 1025, juris Rn. 49; Senat, Beschluss vom 11.10.2021 - 8 U 64/21; Langenberg/Zehlein a.a.O. Rn. B 91; Both in: Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Auflage, § 556 BGB Rn. 22). Die vom Gewerbenieter zu tragenden Kosten müssen der Art nach konkretisiert werden, wobei der allgemeine Verweis auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV dem Mieter hinsichtlich der Nr. 1 – 16 hinreichende Klarheit darüber gibt, mit welchen Nebenkosten er dem Grunde nach zu rechnen hat (BGH, Urteil vom 02.05.2012 – XII ZR 88/10 – ZMR 2012, 614 Rn. 14 f.). Gemäß dem Urteil des BGH vom 08.04.2020 – XII ZR 120/18 – ZMR 2020, 638 erfasst zwar eine individualvertragliche Vereinbarung, wonach der Mieter sämtliche Betriebskosten zu tragen hat, im Zweifel alle zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in die gesetzliche Definition einbezogenen Kostenarten (a. a. O. Rn. 25), eine Betriebskostenvereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen bedarf jedoch einer ausdrücklichen, inhaltlich bestimmten Regelung, damit der Mieter sich zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können (a. a. O. Rn. 14).

Darüber hinaus dürfte eine Vertragsklausel, wonach neu entstehende Betriebskosten vom Mieter zu tragen sind, die Umlage der Kosten einer Bewachung rechtfertigen, die im Interesse der Mieter notwendig geworden ist (so OLG Celle, Urteil vom 16.12.1998 – 2 U 23/98 - a. a. O. Rn. 2, 11 - eine solche Klausel mag auch dem o. g. Beschluss des BGH vom 05.04.2004 zugrunde liegen).

Darauf kommt es aber hier nicht an, weil der vorliegende Mietvertrag bei der Aufzählung der vom Mieter zu tragenden Nebenkosten, also an systematischer richtiger Stelle und nicht überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB, die Bewachungskosten ausdrücklich aufführt.

3.5 Nach Auffassung des erkennenden Senats fällt eine Bewachung im Hinblick auf den regelmäßigen Nutzen auch für die Mieter grundsätzlich unter den bestimmungsmäßigen Gebrauch im Sinne von § 1 Abs. 1 BetrV. An dieser Stelle danach zu unterscheiden, ob das Interesse von Vermieter oder Mieter überwiegt, erscheint weder rechtsdogmatisch begründbar noch praktikabel (ebenso Schmid/Harz a. a. O.). Eine Ausnahme mag in Betracht kommen, wenn der Wachdienst wie im Fall des LG München a. a. O. in weit überwiegendermaßen öffentlich zugängliche Flächen schützt, nicht aber im vorliegenden Fall. Ob die Kosten außer Verhältnis zum Nutzen für die Mieter stehen und deshalb nicht umlagefähig sind, ist hier im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebotes zu prüfen (s. u. zu 4.).

3.6 Die Umlage der Bewachungskosten als sonstige Betriebskosten benachteiligt die Klägerin nicht unangemessen.

Eine Benachteiligung ist unangemessen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGH, Urteil vom 17.09.2009 - III ZR 207/08 - NJW 2010, 57, Rn. 18 m. w. N.).

Ein Wachschutz ist darauf ausgerichtet, ein unbefugtes Betreten des Grundstücks, z. B. durch Einbrecher, Obdachlose und Drogensüchtige zu verhindern, und dient damit dem Schutz der Mieter und ihres Eigentums, ihrer Mitarbeiter und Kunden vor Kriminalität und Belästigungen. Zwar wird zugleich Beschädigungen von Grundstück und Gebäude und damit einem erhöhten Instandhaltungsaufwand des Vermieters entgegengewirkt. Dem Gewerberaummieter können aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in vielfältiger Weise mehr Pflichten auferlegt werden als im Gesetz vorgesehen. Insbesondere können Verwaltungskosten durch eine Formulklausel wirksam auf ihn umgelegt werden, ohne dass es einer Bezifferung oder höhenmäßigen Begrenzung dieser Kosten bedarf; vor überhöhten Forderungen ist der Mieter insoweit durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt (BGH, Versäumnisurteil vom 10.09.2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 11 ff.). Erst recht können Gewerberaummieter die Kosten einer Bewachung auferlegt werden, die - im Unterschied zu Verwaltungskosten - in aller Regel auch ihrem Interesse dient.

Einer Prüfung, welcher Vertragspartei der Wachschutz nach den Eigenheiten des Objekts mehr nützt, bedarf es daher nach Auffassung des erkennenden Senats an dieser Stelle nicht. Sie wäre im Rahmen der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB auch nicht zulässig. Dabei ist ein abstrakt genereller Maßstab zugrunde zu legen und allein auf die typische Interessenlage der im Normalfall am jeweiligen Geschäft beteiligten Personen abzustellen, während Einzelfallumstände gerade keine Beachtung finden können (BGH, Urteil vom 31.05.2012 - I ZR 73/10 - Rn. 19 m. w. N.).

3.7 Die vom Mieter zu tragenden Kosten der Bewachung sind in der Vertragsklausel nicht im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB der Höhe nach zu begrenzen.

Einer solchen Begrenzung bedarf es zwar, soweit Instandhaltungspflichten an gemeinsam genutzten Flächen und Anlagen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen auf den Gewerberaummieter übertragen werden (BGH, Urteil vom 06.04.2005 - XII ZR

158/01 – NZM 2005, 863, Rn. 25). Dieser Grundsatz ist aber auf die Bewachungskosten nicht übertragbar. Das Landgericht hat anhand dieses BGH-Urteils völlig zutreffend ausgeführt, dass die begrenzte Abwälzbarkeit der Instandsetzungskosten auf der Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild beruht, wonach der Vermieter die Sache im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten hat (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dagegen regelt § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Wohnungsmiete, dass die Betriebskosten durch Vereinbarung der Vertragsparteien – abweichend von § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB – dem Mieter auferlegt werden können. Eine entsprechende Regelung – auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen – weicht daher nicht vom gesetzlichen Leitbild ab. Dies gilt auch gegenüber Gewerberaummieter, die keinesfalls schutzwürdiger als Wohnungsmieter sind. Die Kosten der Bewachung des Gebäudes als sonstige Betriebskosten können daher durch Formulklausel ohne eine Beschränkung auf den Gewerbemieter umgelegt werden, wie es (sogar) der erörterten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Verwaltungskosten entspricht.

Die vereinzelte Gegenmeinung von Lützenkirchen (in: Mietrecht, 3. Auflage, Rn. B 286, C 845), der sich zu Unrecht auf das Urteil des OLG Düsseldorf vom 27.03.2012 - 24 U 123/11 - beruft, überzeugt nicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Bewachungskosten abweichend von den übrigen Betriebskosten behandelt werden sollten, bei denen - soweit dem Senat bekannt - niemand eine Kostenbegrenzung fordert.

3.8 Eine Intransparenz ergibt sich auch nicht aus besonderen Umständen des Falles. Entscheidend ist entsprechend dem o. g. Beschluss des BGH vom 08.04.2020 - XII ZR 120/18 - Rn. 14, dass sich die Klägerin bei Vertragsschluss ein grobes Bild davon machen konnte, was an Bewachungskosten auf sie zukommen kann. Für einen durchschnittlichen Gewerbemieter und auch für die Klägerin, die bei den Vertragsverhandlungen anwaltlich unterstützt wurde, war ohne Weiteres erkennbar, dass die Bewachung des Gebäudes einen Wachschatz rund um die Uhr einschließen kann und dass in diesem Fall schon die Lohnkosten (samt Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung) für 365 Tage x 24 Stunden = 8.760 Stunden - zuzüglich Urlaubsvertretung etc. - einen sechsstelligen Betrag pro Jahr ergeben.

4. Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot ist nicht ersichtlich.

4.1 Den Vermieter trifft gegenüber seinem Mieter die vertragliche Nebenpflicht, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der letztlich von diesem zu tragenden Nebenkosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen (BGH, Urteil vom 28.11.2007 - VIII ZR 243/06 - NJW 2008, 440, Rn. 14). Dabei hat der Vermieter einen gewissen Ermessensspielraum (Langenberg/Zehlein a. a. O. Rn. 13 m. w. N.).

4.2 Zwar sind hohe Kosten für die Bewachung des Gebäudes angefallen, beispielsweise für das Jahr 2016 in Höhe von 171.023,95 € bzw. 25,2801 €/qm (s. Anlage K 4). Die Einbruchgefahr erscheint allerdings bei Arztpraxen, die typischerweise mit wertvollen medizinischen Geräten (in diesem Gebäude u. a. MRT) sowie EDV-Anlagen ausgestattet sind, erheblich und erst recht bei einer Apotheke, die sich ebenfalls im Haus befindet. Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten sind mehrere Einbruchversuche in dem Ärztehaus erfolgt und wurde auf einer Mieterversammlung am 26.01.2016 gefordert, dass ein Wachschatz 24 Stunden am Tag anwesend sein muss. Ob dies – wie im Protokoll (Anlage B 2) vermerkt – einstimmig, also mit Zustimmung des anwesenden Gesellschafters der Klägerin entschieden wurde, was sie bestreitet, kann dahin stehen. Jedenfalls ist nicht festzustellen, dass die Bewachung gegen den Willen der Mieterschaft und deren Interesse erfolgt. Dies ergibt sich auch nicht aus den - ohnehin nur pauschalen - Behauptungen in der Berufungsbegründung, „nahezu alle weiteren Mieter in dem Ärztehaus“ würden über eigene Wachschatzaufsichtungen verfügen und „der überwiegende Teil der Mieter“ wünsche keine „rund um die Uhr Bewachung“.

4.3 Dass die durchgängige Bewachung zu niedrigeren Kosten zu erhalten wäre als von der Beklagten abgerechnet, macht die Klägerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich.

5. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung durch Urteil. Der Senat sieht sich - wie erörtert - im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und divergierende obergerichtliche Entscheidungen sind nicht ersichtlich.

6. Eine mündliche Verhandlung ist nicht im Sinne von § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO geboten, auch wenn die Begründung des Senats für die Zurückweisung der Berufung mit der Argumentation des Landgerichts nicht gänzlich übereinstimmt. Abweichend von dem, was der Begründung in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 17/6406) zu entnehmen sein könnte, erfordert ein Wechsel der Begründung nicht in jedem Fall eine mündliche Berufungsverhandlung. Nach der Funktion des Verfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO ist eine erneute mündliche Verhandlung vielmehr nur dann geboten, wenn die Entscheidung des Berufungsgerichts auf eine umfassend neue rechtliche Würdigung gestützt wird und diese mit den Parteivertretern im schriftlichen Verfahren nicht sachgerecht erörtert werden kann (ebenso OLG Hamm VersR 2013, 604; OLG Koblenz VersR 2013, 708 - juris Rn 28; OLG Braunschweig, Beschl. v. 21.11.2018 - 10 U 90/18, juris Rn 217 f.; OLG Frankfurt BeckRS 2013, 22588; Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 522 Rn 40; Saenger/Wöstmann, ZPO, 8. Aufl., § 522 Rn 12.1) bzw. wenn nur die Durchführung einer mündlichen Verhandlung dem Gebot prozessualer Fairness entsprechen würde (s. BGH GE 2017, 825 Rn 8 f., mit dem Hinweis, dass eine etwaige Verletzung dieser Anforderung eine Revision jedoch nicht allein begründen würde). Dies ist hier nicht der Fall.

7. Die Klagerweiterung vom 31.12.2021 wird entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO wirkungslos, wenn die Berufung durch Beschluss zurückgewiesen oder zurückgenommen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 17.01.2017 - XI ZR 170/16 - Rn. 9 m. w. N.).

8. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass er weiteren – streitigen – Vortrag nur nach Maßgabe des § 531 Abs. 2 ZPO zulassen dürfte. Gründe für die Zulassung wären daher ggf. glaubhaft zu machen. Ferner weist der Senat darauf hin, dass weiterer Vortrag zurückgewiesen werden könnte, wenn sich der Rechtsstreit dadurch verzögert und ein Entschuldigungsgrund für den unterbliebenen Vortrag in der Berufungsbegründung nicht glaubhaft gemacht ist (§ 530, § 296 Abs. 1, 4 ZPO).“

Der Senat hält an dieser Beurteilung fest, welcher die Klägerin nach zweimaliger Verlängerung der Frist zur Stellungnahme auch innerhalb der beantragten weiteren Fristverlängerung bis zum 04.04.2022 nicht entgegen getreten ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO und die Vollstreckbarkeitsentscheidung auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG bestimmt. Die nicht zugestellte Klagerweiterung erhöht gemäß § 40 GKG den für die Berechnung der Gerichtsgebühren maßgeblichen Wert; über einen abweichenden Wert für die Vergütung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten ist gemäß § 33 RVG nur auf Antrag zu entscheiden (vgl. KG JurBüro 2018, 249).