

Urteil vom 15.12.2011 Oberlandesgericht Düsseldorf, AZ: I-10 U 96/11

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 21.04.2011 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.181,49 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.07.2010 zu zahlen, sowie außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 302,10 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.10.2010.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 60 %, die Beklagte zu 40 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die zulässige Berufung hat in der Sache hinsichtlich der Kosten der Elektronikversicherung in Höhe von 2.268,00 €, hinsichtlich der Wartungskosten Türanlagen in Höhe von 1.012,50 € und teilweise hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten Erfolg. Im Übrigen beruht das angefochtene Urteil im Ergebnis weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 546 ZPO) noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) eine abweichende Entscheidung.

1.

Ein weiteres Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung 2008 steht der Klägerin nicht in zuerkannter Höhe von 6461,99 €, sondern nur in Höhe von 3.181,49 € zu. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt zugunsten der Beklagten darüber hinaus keine von der angefochtenen Entscheidung abweichende Beurteilung. Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung, die der Senat sich zu eigen macht, angenommen, dass Ziffer 5.1.15 der mietvertraglichen Betriebskostenvereinbarung wegen fehlender Transparenz auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist. Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners (BGH, Urt.

v. 23.2.2011, XII ZR 101/09; NZM 2007, 516). Dem genügt die vorliegende Klausel aus den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts nicht. Gerade im Hinblick darauf, dass nach § 535 Abs.1 Satz 3 BGB grundsätzlich der Vermieter verpflichtet ist, die auf dem Grundstück ruhenden Lasten zu tragen, muss dem Mieter – auch dem gewerblichen Mieter - deutlich gemacht werden, welche Betriebskosten auf ihn übergewälzt werden (Senat, GuT 2003, 87 = ZMR 2003, 109, NZB zurückgewiesen durch Beschl. v. 15.6.2005, XII ZR 271/02). Daher ist es erforderlich, auch die "sonstigen Betriebskosten" im einzelnen zu benennen (BGH NZM 2004, 417). Die Entscheidung OLG Celle ZMR 1999, 238 ist durch die zitierte Rechtsprechung des BGH überholt.

Die vertragliche Formulierung in § 5 Ziffer 5.1.15 wird dem nicht gerecht. Sie ist auch mit der gewählten Formulierung "sonstige Kosten im Zusammenhang mit Betrieb und Unterhaltung des Gebäudes" in hohem Maße intransparent, weil sie die von der Klägerin als Alleinmieterin des Grundstücks zu tragende Kostenlast weder inhaltlich noch ihrem Umfang nach ansatzweise in einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden Weise erkennen lässt. Anders als bei der formularmäßigen Umlage von "Verwaltungskosten" (BGH, NJW-RR 2010, 739; NJW 2010, 671) kann zur Ausfüllung der Kostenposition des § 5 Ziffer 5.1.15 nicht auf im Wesentlichen übereinstimmende Definitionen in der BetrKV bzw. der II. BV zurückgegriffen werden. Soweit nach § 2 Nr. 17 BetrKV bzw. Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 II. BV "sonstige Betriebskosten" umgelegt werden dürfen, setzt eine wirksame Umlagenvereinbarung voraus, dass die insoweit in Betracht kommenden "sonstigen Betriebskosten" konkret bezeichnet sind (BGH NZM 2004, 417; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 5. Aufl., B 34). Für die streitgegenständliche Klausel gilt nichts Anderes. Kosten des Feuerwehranschlusses (1.505,52 €) können deshalb nicht auf die Klägerin umgelegt werden, so dass ihr in dieser Höhe zu Recht ein Rückzahlungsanspruch zuerkannt worden ist.

2.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat die Beklagte zu Recht die Kosten der Elektronikversicherung (2.268,00 €) und unter der Kostenposition "Türwartung" in Höhe anteiliger 1.012,50 € auch die Kosten der Torwartung mit der Klägerin abgerechnet. Die übrigen streitgegenständlichen Kosten lassen sich nach zutreffender Beurteilung des Landgerichts im nachfolgend aufgeführten Umfang auch nicht anderen der in § 5 aufgeführten Betriebskostenpositionen zuordnen. Rechtserhebliches hierzu ist der Berufung nicht zu entnehmen. Das beruht, soweit der Vortrag der Beklagten Anlass zur Erörterung gibt, auf folgenden Erwägungen.

a. Kosten der Elektronikversicherung der Brandmeldeanlage

Kosten der Elektronikversicherung der Brandmeldeanlage sind entgegen der Auffassung des Landgerichts Kosten der "Gebäude-, Haftpflichtversicherung" i.S. von Ziffer 5.1.6 des vertraglichen Betriebskostenkatalog. Da die vertragliche Sprachregelung nicht erkennen lässt, welche Kosten im Einzelnen

nach dieser Kostenziffer auf den Mieter umgelegt werden können, ist zu ihrer "Erläuterung" gemäß Ziffer 5.1 Satz 1 MV die entsprechende Position der Betriebskostenverordnung vom 25.11.2003 in der jeweils neuesten Fassung heranzuziehen. Das ist § 2 Nr. 13 BetrKV, wonach die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung zu den Betriebskosten zählen. Hierzu gehören namentlich die Kosten der Versicherung des Gebäudes gegen Feuer-, Sturm-, Wasser sowie sonstige Elementarschäden, der Glasversicherung, der Haftpflichtversicherung für das Gebäude, den Öltank und den Aufzug. Die Aufzählung ist nur beispielhaft ("namentlich") und damit nicht abschließend. Unter Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 II. BV fallen grundsätzlich alle Sach- und Haftpflichtversicherungen, die dem Schutz des Gebäudes und seiner Bewohner und Besucher dienen (BGH, Urt. v. 13.10.2010, XII ZR 129/09; Langenberg, a.a.O., A 97). Als Sachschadenversicherung (vgl. Voit in Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010, ABE 2008, A. 1. Versicherte Sachen, Rn. 1) zählt auch die Elektronikversicherung der Brandmeldeanlage zum Kreis der in § 2 Nr. 13 BetrKV geregelten Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung und ist dementsprechend gemäß Ziffer 5.1.6 in den Kreis der vertraglichen umlegbaren Kosten der Gebäude- und Haftpflichtversicherung einbezogen, ohne dass es ihrer ausdrücklichen Nennung in der vertraglichen Betriebskostenaufstellung bedurfte (AG Spandau, WuM 2006, 566; Langenberg, a.a.O., A 102; Fischer-Dieskau/Heix, § 2 BetrKV, Anm. 15; Beyerle in Geschäftsraummieta, 2. Aufl., Kap. 11, Rn. 110). Die vertragliche Formulierung in § 5.1.6 und die erläuternde Bezugnahme in § 5.1 auf die Betriebskostenverordnung und damit auch auf die "Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung" in § 2 Nr. 13 BetrKV schließen sämtliche umlagefähigen Sach- und Haftpflichtversicherungen ein (Langenberg, a.a.O., A 103; Both, Betriebskostenlexikon, 2. Aufl., Rn. 219). Dieser Zusammenhang wird von Wall (Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rn. 3671) verkannt. Ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen in Form eines weiteren Guthabens in Höhe von 2.268,00 € steht der Klägerin mithin nicht zu.

Soweit die Beklagte zum Nachweis der Kosten mit nachgelassenem Schriftsatz den Instandhaltungs- und Schutzvertrag der Fa. S. vom 02.07.2007 vorgelegt hat, weist dieser zwar als Standort der Anlage nicht die Anschrift des streitgegenständlichen Mietobjekts, sondern die frühere Firmenanschrift der Klägerin auf. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin ist das Mietverhältnis mit der Beklagten unter dieser Anschrift aber seit Jahren beendet, während der Mietvertrag über das nunmehrige Firmengrundstück vom 03./06.06.2006 datiert, so dass es sich den Umständen nach nur um eine unbeachtliche Falschbezeichnung handeln kann.

b.

Kosten der Überwachungsanlage in Höhe von 300,00 € für das Abrechnungsjahr 2008 kann die Beklagte dagegen auch nicht gemäß Ziffer 5.1.7 in die jährliche Umlagenabrechnung mit der Klägerin einstellen. Danach hat der Mieter neben der Miete die Kosten des "Wach- und Schließdienstes, sowie etwaige Hausmeisterkosten" zu tragen. Letztere entsprechen gemäß Ziffer 5.1 Satz 1 MV i.V.m. § 2 Nr. 14 BetrKV den Kosten für den Hauswart, zu denen die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die der Eigentümer oder Erbbauberechtigte dem Hauswart für seine Arbeit gewährt gehören, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft. Die Kosten des Wach- und Schließdienstes sind ebenso wie die Kosten der streitgegenständlichen Überwachungsanlage in der BetrKV nicht expressis verbis aufgeführt und sind - wenn überhaupt - nur als sonstige Betriebskosten i.S. des § 2 Nr. 17 BetrKV umlagefähig (vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2005, VIII ZR 78/04 für die Kosten eines Concierge-/Pfortner- dienstes), sofern sie in der Umlagenvereinbarung als solche ausdrücklich genannt sind (BGH, Urt. v. 7.4.2004, VIII ZR 167/03). Hieran fehlt es hinsichtlich der Kosten der Überwachungsanlage, die im Übrigen auch sprachlich nicht den vertraglich als umlagefähig vereinbarten Kosten des "Wach- und Schließdienstes" zugeordnet werden können.

c.

Die vorstehenden Ausführungen gelten sinngemäß für die in der vertraglichen Betriebskostenaufzählung nicht aufgeführten Kosten für den Aufzugsnotruf (540,00 €). Gemäß § 5.1.14 MV sind lediglich die Kosten der "Wartung der gebäudetechn. Ausstattung" abrechnungsfähig, zu denen kraft ausdrücklicher Nennung "Tore, Klimaanlage, Heizung, Aufzug, etc." gehören. Soweit der Mietvertrag in § 5.1 zur Erläuterung einzelner Positionen auf die Betriebskostenverordnung verweist, handelt es sich nicht um eine - zulässige - allgemeine Bezugnahme auf § 2 BetrKV, sondern - einschränkend - lediglich um eine Auslegungshilfe in Bezug auf die tatsächlich aufgeführten Betriebskostenarten. Kosten des Aufzugsnotrufs sind aber bereits begrifflich keine Wartungskosten, sondern in dem vertraglichen Betriebskostenkatalog nicht berücksichtigte Kosten der Beaufsichtigung und Überwachung i. S. von § 2 Nr. 7 BetrKV.

Kosten für den erstmaligen Anschluss des Aufzugsnotrufs (190,47 €) sind schon begrifflich keine Betriebskosten, da sie nicht laufend entstehen (vgl. die Betriebskostendefinition in § 1 Abs. 1 BetrKV) und lassen sich im Übrigen auch keiner der Ziffern des vertraglichen Betriebskostenkatalogs zuordnen.

d.

Die Berufung hat in Höhe von 1.012,50 € teilweise Erfolg, soweit das Landgericht der Klägerin in dieser Höhe ein weiteres Guthaben infolge des Abzugs der angesetzten Kosten für die "Wartung der Türanlagen" in Höhe von 1.487,00 € zuerkannt hat. Zwar kann die Beklagte aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung und mangels ausreichender Bestimmtheit der in Ziffer 5.1.14 getroffenen Regelung diese Kosten gegenüber der Klägerin nicht abrechnen. Die im Klammerzusatz "(Tore, Klimaanlage, Heizung, Aufzug etc.)" aufgeführten Beispiele sind in Anwendung der Zweifelsregelung des § 305 c Abs. 2 BGB als enumerativ einzustufen. Das Kürzel "etc." lässt nicht mit der notwendigen inhaltlichen Bestimmtheit erkennen, auf welche weiteren Bestandteile des Objekts sich die Wartungspflicht des Mieters erstrecken soll. Der abgerechnete Betrag von 1.487,00 €, setzt sich jedoch nach dem von der Beklagten erst zweitinstanzlich vorgelegten und inhaltlich von der Klägerin nicht substantiiert bestrittenen Wartungsvertrag der Fa. T. zum einen zusammen aus den nicht umlagefähigen Kosten für die Wartung der Türanlagen (437,00 €) und zum anderen aus den - vertraglich abrechnungsfähigen - Kosten für die Wartung konkret bezeichneter Tore (975,00 €), sowie aus einer einmaligen Anfahrtspauschale von 75,00 €, so dass das erstinstanzlich zuerkannte Guthaben um anteilige 1.012,50 € (= 975 € + 37,50 €) zu kürzen ist.

Soweit aus der Nebenkostenabrechnung 2008 hervor geht, dass die Beklagte unter Ziffer 12 die Kosten der "Wartung Toranlage" mit 1.755,00 € und zugleich unter Ziffer 11 die Kosten der "Wartung Türanlagen" mit 1.487,00 € abgerechnet hat, einem Betrag, der nach dem vorgelegten Wartungsvertrag in Höhe von 975,00 € ebenfalls auf die Wartung von Toranlagen entfällt, hat die Klägerin, die hierfür darlegungs- und beweisbelastet ist, eine Doppelberechnung nicht schlüssig dargelegt. Aus den Ziffern 11. und 12. der Nebenkostenabrechnung geht hervor, dass die Beklagte die Leistung verschiedener Firmen abgerechnet hat. Ob es sich hierbei um eine Doppelberechnung handelt, hätte die Klägerin zunächst durch Einsichtnahme in die zugrunde liegenden Belege klären müssen (OLG Düsseldorf, Ur. v. 22.6.2006, DWW 2006, 378 = GE 2006, 1230 = GuT 2006, 233 = NJOZ 2007, 1079 = OLGR 2006, 747 - I-10 U 164/05). Hiervon hat sie ersichtlich keinen Gebrauch gemacht, so dass eine Doppelberechnung nicht festgestellt werden kann.

3.

Der Teilerfolg der Berufung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Nebenkostenabrechnung 2008 keine Steueridentifikationsnummer enthält. Ob den Anforderungen des § 14 UStG bereits mit der Angabe der Steuernummer im Begleitschreiben vom 10.11.2009 zur Nebenkostenabrechnung genügt ist, mag dahinstehen. Jedenfalls geben fehlende Angaben i.S. des § 14 UStG dem Mieter nur ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Erstellung einer korrigierten Betriebskosten, sind aber keine alleinige Rechtfertigung für die in der Sache unberechtigte Rückforderung geleisteter Betriebskostenvorauszahlungen. Darauf, ob die Fläche der Büro- und Hallenräume 15.126 qm oder nur

15.093,96 qm beträgt, kommt es nicht an. Die Klägerin legt nicht dar, warum sich hieraus zu ihren Gunsten ein weiteres Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung ergeben soll. Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin als Alleinmieterin ausweislich der Nebenkostenabrechnung 2008 in zulässiger Weise die jeweils entstandenen Gesamtkosten abgerechnet, nicht aber eine Kostenverteilung anhand einer bestimmten Fläche des Mietobjekts vorgenommen.

4.

Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten schuldet die Beklagte gemäß §§ 280, 286 BGB nur nach einem Gegenstandswert von 3.181,49 €. Dies entspricht auf der Grundlage einer Geschäftsgebühr von 1,3 entsprechend der Berechnung in der Klageschrift einem Nettobetrag von 302,10 €. Mehrwertsteuer auf den Verzugsschadensersatzanspruch kann die Klägerin als vorsteuerabzugsberechtigte Unternehmerin nicht verlangen.

5.

Soweit das Landgericht Düsseldorf mit Urteil vom 18.11.2011 im Verfahren 33 O 162/08 zugunsten der Klägerin den ihr erstinstanzlich zuerkannten Betrag von 6.461,99 € im Wege der Aufrechnung berücksichtigt hat, steht dies einer Entscheidung des Senats nicht entgegen. Für eine analoge Anwendung des § 322 Abs. 2 ZPO ist schon deshalb kein Raum, weil das vorgenannte Urteil nicht rechtskräftig ist und eine Doppelberücksichtigung des vom Senat mit 3.181,49 € ermittelten Guthabens der Klägerin im Rechtsmittelzug abwendbar ist.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, Abs. 2, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Streitwert: 6.358,99 €

Der Streitwert für die erste Instanz wird gemäß § 63 Abs. 3 GKG abweichend von der landgerichtlichen Wertfestsetzung von Amts wegen auf 7.961,99 € (6.461,99 € + 1.500,00 €) festgesetzt.