| | |
|---|---|
| **Gericht:** | KG Berlin 8. Zivilsenat |
| **Entscheidungsdatum:** | 01.12.2022 |
| **Rechtskraft:** | ja |
| **Aktenzeichen:** | 8 U 50/21 |
| **ECLI:** | ECLI:DE:KG:2022:1201.8U50.21.00 |
| **Dokumenttyp:** | Urteil |
| **Quelle:** | juris |
| **Normen:** | § 305 Abs 1 S 1 BGB, § 305c Abs 2 BGB, § 307 Abs 1 S 1 BGB, § 307 Abs 1 S 2 BGB, § 307 Abs 2 BGB ... mehr |

---

**Umlage von Kosten für Hinweisbeschilderung eines Einkaufscenters**

**Leitsatz**

1. Wenn dem Mieter entstehende Kosten nicht kalkulierbar sind, verstößt die Regelung des Mietvertrages gegen das Transparenzgebot, weil sie dem Mieter Kosten für die Werbe- und Hinweisbeschilderung auch außerhalb des Gebäudes auferlegt, ohne dass bestimmt wird, in welchem Radius außerhalb des Gebäudes die Werbe- und Hinweisbeschilderung erfolgt (Anschluss BGH, Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01).(Rn.24)

2. Die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist nur dann wirksam, wenn sie in einem zumutbaren, durch eine Kostenbegrenzung beschriebenen Rahmen erfolgt.(Rn.33)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, 3. Februar 2021, 52 O 20/20

**Tenor**

Das Versäumnisurteil vom 29. Oktober 2020 wird mit der Maßgabe aufrechterhalten, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 112.768,97 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 67.376,96 € seit dem 17. Februar 2020 und aus 45.392,01 € seit dem 16. Juni 2020 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 4.498,62 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. Januar 2021 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in I. Instanz tragen mit Ausnahme der Kosten der Säumnis der Beklagten im Termin am 3. September 2020, welche die Beklagte zu tragen hat, die Klägerin 35 % und die Beklagte 65 %. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin 14 % und die Beklagte 86 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

**I.**

1 Mit Mietvertrag vom Dezember 2012 vermietete die Beklagte der Klägerin Gewerberäume in dem Einkaufszentrum „M... ... B...“ zum Betrieb eines „D... c... H...“-Einzelhandelfachgeschäfts. Die Parteien streiten im Rahmen der Klage über die Berechtigung der Klägerin zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Rückzahlung von nach Ansicht der Klägerin überzahlten Nebenkosten in den Jahren 2014 - 2018 sowie die Auszahlung eines unstrittigen Betriebskostenguthabens für das Jahr 2018, nachdem die Klägerin zunächst im Juli 2016 unter der Firma „D... c... H... e. K.“ in das Handelsregister des Amtsgerichts Dresden und sodann im September 2016 die durch Übertragung dieses einzelkaufmännischen Unternehmens als Ganzes im Wege der Ausgliederung zur Neugründung entstandene „D... c... H... GmbH“ in das Handelsregister des Amtsgerichts Dresden eingetragen worden waren. Weiterhin nimmt die Beklagte die Klägerin im Wege der Widerklage auf Zahlung rückständigen Mietzinses für die Zeit von April bis Juni 2020 in Anspruch, der aufgrund der pandemiebedingten Einschränkungen nicht entrichtet worden war. Die Zivilkammer 52 des Landgerichts hat mit Teil- und Versäumnisurteil vom 29.10.2020 – 52 O 20/20 – die Beklagte aufgrund ihrer Säumnis im Termin vom 3.9.2020 verurteilt, an die Klägerin aus abgetretenem Recht 118.961,74 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 72.017,80 € seit dem auf den Tag der Zustellung der Klageschrift folgenden 17. Februar 2020 und aus 46.943,94 € seit dem auf den Tag der Zustellung des klageerweiternden Schriftsatzes vom 26.5.2020 folgenden 16.6.2020 verurteilt. Auf den Einspruch der Beklagten hin hat die Zivilkammer 52 des Landgerichts das Versäumnisurteil vom 29.10.2020 aufrechterhalten und die Beklagte zur Zahlung weiterer 4.498,62 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.1.2021 an die Klägerin aus abgetretenem Recht verurteilt.

2 Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von Rückforderungsansprüchen für die Jahre 2014 und 2015, ihre Verurteilung zur Rückzahlung der Kosten der Beschilderung/Werbungskosten, ihre Verurteilung zur Rückzahlung von Kosten Hausmeisterdienst/Betreuung durch Haustechniker, ihre Verurteilung zur Rückzahlung von Kosten der Instandsetzung, Instandhaltung und Wartung, ihre Verurteilung zur Zahlung der im Wege der Klageerweiterung über 4.498,62 € geltend gemachten Rückforderungsansprüche sowie ihre Verurteilung zur Zahlung von Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Insoweit trägt sie unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag vor:

3 Die Klägerin mache einen Bereicherungsanspruch geltend, der nicht mit 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen sei.

4 Etwaige Rückforderungsansprüche aus 2014 und 2015 seien verjährt. Maßgebend sei, dass die Beklagte der Klägerin die Abrechnungen für die Jahre 2014 und 2015 zugestellt habe und in 2016 noch die Belegeinsicht stattgefunden habe, worauf hin dezidierte

Einwände erhoben worden sein. Damit habe die Klägerin positive Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen ihrer vermeintlichen Ansprüche gehabt.

5 Die Klageerhebung durch die nichtberechtigte Klägerin Ende des Jahres 2019 habe die Verjährung nicht gehemmt.

6 Die der Kostenposition Beschilderung/Werbungskosten zugrundeliegenden Einzelbelege habe die Beklagte als Anklagenkonvolut B 13 eingereicht. Die Beklagte habe auch erstinstanzlich mehrfach dargelegt, warum die nach dem (unsubstantiierten) Vortrag der Klägerin angeblich nur auf einzelne Mieter angefallenen Kosten tatsächlich auf das gesamte Einkaufscenter angefallen seien. Es sei auch unstrittig, dass die Beklagte einen Leasingvertrag abgeschlossen habe.

7 Zu Unrecht gehe das Landgericht davon aus, dass eine unangemessene Benachteiligung vorliege, weil Mieter in der Regel gemeinschaftlich genutzte Flächen und Anlagen bei Mietbeginn im gebrauchten Zustand vorfinden. Denn die Mall of Berlin sei neu errichtet und im Jahr 2015 eröffnet worden und die Klägerin sei von Anfang an Mieterin gewesen, sodass sie keine gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen im gebrauchten Zustand vorgefunden habe. Jedenfalls wären die Kosten nach § 2 Nummer 14 der BetrKV umlegbar. Es handele sich insoweit um zwei selbstständige Anspruchsgrundlagen und daher liege keine unzulässige geltungserhaltende Reduktion vor.

8 Die Kosten der Instandsetzung, Instandhaltung und Wartung seien ebenfalls umlegbar, weil es sich hierbei jeweils um Maßnahmen handele, die der Erhaltung dienen. Wartungskosten seien daher von den Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung umfasst.

9 Die in den Jahren 2014 bis 2019 geltend gemachten Hauswartskosten gliedert die Beklagte in Betriebskosten, Kosten der Wartung, Kosten der Instandsetzung/Instandhaltung und Verwaltungskosten auf. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlagen BB 3 und BB 4 zum Schriftsatz vom 10.10.2022 Bezug genommen.

10 Die Beklagte beantragt:

11 1. Unter Abänderung des am 11.02.2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Berlin, Az.: 52 O 20/20 wird das Versäumnisurteil vom 29. Oktober 2020 aufgehoben und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 61.927,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verurteilt worden ist;

12 2. Unter Abänderung des am 11.02.2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Berlin, Az.: 52 O 20/20 wird das Versäumnisurteil vom 29. Oktober 2020 auch über den in Antrag zu 1. genannten Umfang hinaus aufgehoben und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte zur Zahlung von Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz und nicht nur 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verurteilt worden ist;

13 3. Unter Abänderung des am 11.02.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts Berlin, Az.: 52 O 20/20 wird die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte auf die Klageerweiterung vom 23. Dezember 2020 zur Zahlung von 4.498,62 € nebst

Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz verurteilt worden ist.

14 Die Klägerin beantragt,

15 die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 11.2.2021 (52 O 20/20) kostenpflichtig zurückzuweisen.

16 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter weitgehender Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

17 Die Klägerin hat ihre Berufung gegen die Abweisung ihrer Klage auf Rückzahlung von 4.498,62 € aus eigenem Recht zurückgenommen.

**II.**

18 Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat aber in der Sache nur zu einem geringen Teil Erfolg.

19 Zu den Berufungsrügen der Beklagten ist im Einzelnen auszuführen:

A.

20 Ohne Erfolg rügt die Beklagte, dass der Klägerin die Aktivlegitimation hinsichtlich der mit Klageerweiterung vom 23.12.2020 geltend gemachten Rückforderungsansprüche in Höhe von 4498,62 € nebst Zinsen fehle. Soweit sie in dem Schriftsatz vom 23.12.2020 ausführt, die Firma D... c... Hx... GmbH habe ihr vorsorglich die Ansprüche auf Zahlung von 1.777,18 € und 2.721,44 € nebst Zinsen abgetreten, hat die Klägerin damit konkludent erklärt, die Ansprüche primär aus eigenem und hilfsweise aus abgetretenem Recht geltend zu machen.

B.

21 Hinsichtlich der einzelnen Kostenpositionen gilt:

1.

22 Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht auf Rückzahlung der Kosten für Beschilderung/Werbungskosten für die Jahre 2014 bis 2018 aus abgetretenem Recht angenommen. Der Anspruch beruht auf dem Mietvertrag vom 5./.12.20212 i.V.m. § 398 Satz 2 BGB.

23 a) Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung festgestellt, dass es sich bei den Klauseln des Mietvertrages, aufgrund derer die Beklagte die Nebenkosten abgerechnet hat, um vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt, die die Beklagte ihren Mietern gestellt hat. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung auch nicht.

24 b) Die Beklagte kann die Kosten für die Unterhaltung und den Ersatz der Werbe- und Hinweisbeschilderung des Einkaufscenters nicht auf der Grundlage von Teil B 5.2.1.r) des Mietvertrages umlegen. Denn diese Klausel ist unwirksam, da sie gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) verstößt.

25 Die von § 535 BGB abweichende Vereinbarung der Übernahme weiterer Kosten neben der Miete für die Gewährung des Gebrauchs durch den Mieter bedarf stets einer ausdrücklichen und inhaltlich bestimmten Vereinbarung. Nur dann ist es dem Mieter möglich, sich zunächst ein grobes Bild davon zu machen, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können (BGH, Urteil vom 6.4.2005 – XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84,85; BGH, Urteil vom 2.7.2006 – XII ZR 39/04 – MDR 2007, 77 – Rn. 15 bei juris). Diesen Anforderungen genügt Teil B Ziffer 5.2.1 r) des Mietvertrages nicht.

26 (1) Zwar hat der BGH mit Urteil vom 4.5.2022 – XII ZR 112/09 – (Rn. 11 bei Juris) zur Umlage von Verwaltungskosten ausgeführt, die Bewertung einer Klausel könne nicht von der Höhe der Kosten im Einzelfall und deren Verhältnis zu anderen Kosten abhängen, schon weil bei Vertragsschluss nicht feststehen müsse, welche Kosten entstehen werden, und der Mieter sei insoweit vor überhöhten Forderungen durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt.

27 (2) Der BGH hat aber mit Urteil vom 2.7.2006 – XII ZR 39/04 – für einen Fall, in dem der Mieter nach dem Mietvertrag durch eine allgemeine Geschäftsbedingung verpflichtet wurde, einer Werbegemeinschaft beizutreten, entschieden, dass die entsprechende Klausel gegen das Transparenzgebot verstößt, wenn diese hinsichtlich der tatsächlichen Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft nur bestimmt, dass sie gemäß den Flächen abgerechnet werden. Dies genüge dem Transparenzgebot genauso wenig wie der Umstand, dass die Werbegemeinschaft nach Treu und Glauben den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit beachten muss, weil auch dadurch die dem Mieter entstehenden Kosten nicht kalkulierbar seien. Vielmehr müsse die Höhe der Beiträge zur Werbegemeinschaft bestimmbar sein, z.B. durch einen bestimmten Prozentsatz der Miete; mindestens jedoch muss eine Höchstgrenze festgeschrieben werden (BGH, Urteil vom 12.7.2006 – XII ZR 39/04 – MDR 2007, 77 - 78, Rn 15 bei juris m.w.N. s.a. Bub in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Auflage 2019, Kap. II Rn. 1177; Leonhard in Guhling/ Günter, Gewerberaummiete, 2. Auflage 2019, Anhang 1 zu § 535 Rn. 128).

28 Entsprechendes gilt, wenn dem Mieter bereits im Mietvertrag formularmäßig die anteilige Kostentragungspflicht hinsichtlich der Kosten für die Unterhaltung und den Ersatz von Werbe- und Hinweisbeschilderung auferlegt wird, ohne dass dem Mieter die dadurch entstehenden Kosten kalkulierbar sind. Zwar sind nach Teil B Ziffer 5.2.1. Satz 3 des Mietvertrages insoweit die Kosten für Instandhaltung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung pro Abrechnungsjahr auf den Gegenwert von einer Netto-Monatsmiete begrenzt, mithin die Kosten für den Ersatz von Werbe- und Hinweisbeschilderung. Nicht unter diese Kostenbegrenzung fallen nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB aber die Kosten für das reine Aufstellen und Unterhalten von Werbe- und Hinweisschildern, so die Kosten für die Konzeption der Werbung z.B. durch Werbeagenturen, für die Erstellung von Schildern oder von Plakaten, für die Anmietung von Werbeflächen und für die Aufstellung von Werbeträgern bzw. Anbringung von Schildern.

29 (3) Erst recht sind hier die dem Mieter entstehenden Kosten nicht kalkulierbar und verstößt die Regelung in Teil B Ziffer 5.2.1 r) des Mietvertrages gegen das Transparenzgebot, weil sie dem Mieter Kosten für die Werbe- und Hinweisbeschilderung auch außerhalb des Gebäudes auferlegt, ohne dass bestimmt wird, in welchem Radius außerhalb des Gebäudes die Werbe- und Hinweisbeschilderung erfolgt. Insoweit ist für den Mieter in keiner Weise die Höhe der auf ihn zukommenden Kosten für die Anbringung und Unterhaltung derartiger Werbe- und Hinweisschilder vorhersehbar, weil diese letztlich in

ganz Berlin bzw. in dem ganzen Bundesgebiet und in jeglichem Ausmaß angebracht bzw. aufgestellt werden könnten.

30 (4) Schließlich kommt es auch nicht in Betracht, die Klausel zur Übertragung der Kosten für Werbe- und Hinweisbeschilderung mit einem zulässigen Inhalt aufrechtzuhalten. Dem steht das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 26.9.2012 – XII ZR 112/10 – MDR 2012, 1456 – 1458, Rn. 21 bei juris).

2.

31 Die Klägerin hat aus abgetretenem Recht auch einen Anspruch auf Rückzahlung der Kosten der Weihnachtsdekoration für die Jahre 2014 bis 2018, §§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt., 398 Satz 2 BGB.

32 a) Nach Teil B Ziffer 5.2.1 f) und u) des Mietvertrages sind die insoweit umgelegten Leasingkosten bereits deshalb nicht ersatzfähig, weil es sich hierbei nicht um Kosten der Instandhaltung oder Reinigung und - jedenfalls nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB - auch nicht um Kosten für Anschaffung, Betrieb, Unterhalt oder Ersatzbeschaffung handelt.

33 b) Die Leasingkosten für die Weihnachtsdekoration sind auch nicht nach Teil B Ziffer 5.2.1 l) des Mietvertrages ersatzfähig. Die Klägerin macht zu Recht geltend, dass die Formulierung „Kosten für Dekorationen“ nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB auch Kosten der Erhaltungslast, nämlich Kosten für Instandhaltung, Instandsetzung (Reparatur) und Ersatzbeschaffung der Weihnachtsdekoration erfassen kann (Bd. I Bl. 57). Die Auferlegung derartiger Kosten auf den Mieter durch Formularvertrag ohne Beschränkung der Höhe nach verstößt gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB (BGH, Urteil vom 6.4.2005 – XII ZR 158/01 – MDR 2006,17-18). Die Begrenzung der Kosten in Teil B Ziffer 5.2.1 Satz 4 des Mietvertrages umfasst die Kosten für Instandhaltung, Instandsetzung und Ersatzbeschaffung nach Ziffer 5.2.1 l) nicht.

34 Auch hier scheidet eine Aufrechterhaltung der Klausel zur Übertragung der Kosten für Werbe- und Hinweisschilder mit einem zulässigen Inhalt aus, weil dem das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion entgegensteht (BGH, Urteil vom 26.9.2012 – XII ZR 112/10 – MDR 2012, 1456 – 1458, Rn. 21 bei juris).

3.

35 Die Klägerin kann aus abgetretenem Recht auch teilweise die Rückzahlung der von den Beklagten abgerechneten Kosten für Hausmeisterei und Betreuung durch Haustechniker verlangen.

36 a) Nach § 535 Abs. 1 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Ihm obliegt somit die Instandhaltung und Instandsetzung des Mietobjekts. Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann nach der Rechtsprechung des BGH bei der Geschäftsraummiete formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Denn damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die

nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Ihm werden dadurch, dass er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand vorfindet, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt, so dass auch insoweit ihm nicht zurechenbare und der Höhe nach nicht vorhersehbare Kosten auf ihn übertragen werden. Diese Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages benachteiligen den Mieter unangemessen; die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist nur dann wirksam, wenn sie in einem zumutbaren, durch eine Kostenbegrenzung beschriebenen Rahmen erfolgt (BGH, Urteil vom 26.9.2012 – XII ZR 112/10 –, MDR 2012, 1456 – 1458, Rn. 17 bei juris; BGH, Urteil vom 6.4.2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863, 865).

37 b) Vorliegend sind die Begriffe „Hauswart/Hausmeister“ und „Haustechniker“ nicht gleichbedeutend. Dies folgt schon daraus, dass die Beklagte die Kosten für „Hausmeister“ und für „Haustechniker“ nebeneinander aufführt. Mit der Umlage der Kosten für Haustechniker wird nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB eine Umlage von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten geregelt, die mangels Kostenobergrenze unzulässig ist. Eine höhenmäßige Begrenzung der Kostenposition „Haustechniker“ in Ziffer 5.2.1 i) ist in Teil B Ziffer 5.2.1 Satz 4 des Mietvertrages nicht vorgesehen.

38 c) Daher hält die hier verwendete Klausel zur Übertragung der Hausmeister- und Haustechnikerkosten einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB nicht stand, soweit darin dem Mieter Kosten für Haustechniker übergebürdet werden. Zwar trifft es zu, dass der Klägerin als Erstmieterin vorliegend aufgrund der Neueröffnung des Einkaufszentrums im Jahre 2014 bei Vertragsschluss im Jahre 2014 keine Kosten für die Behebung bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet werden konnten. Das Landgericht führt aber zu Recht aus, dass dem Mieter durch die Klausel auch Kosten übertragen werden, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind, Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel, die nicht aus ihrem Risikobereich stammen, sowie Kosten für Schäden, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt.

39 d) Indes verbleibt nach Wegstreichen der unwirksamen Teilregelung ein aus sich heraus verständlicher Klauselrest, wonach die Vermieterin die Kosten der Hausmeisterei, soweit sie keine Wartungskosten (dazu s. u. zu 4.), Instandhaltungs-/Instandsetzungs- oder Verwaltungskosten sind, umlegen kann (sog. „blue pencil-test“, st. Rechtsprechung des BGH, u.a. BGH NJW 2001, 292/294; BGH NJW 2003, 2899 und BGH NJW 2004, 3045 jeweils für Fortgeltung einer teilunwirksamen Mietkautionsabrede).

40 e) Hinsichtlich der mit der Tabelle Anlage BB 3 von der Beklagten auf den Hinweis des Senats vom 22.8.2022 (Bd. IV Bl. 78, 78R d.A.) unter der Kostenposition „Hausmeisterkosten“ geltend gemachten Positionen rügt die Klägerin zu Recht, dass nicht nachvollziehbar ist, welche konkreten Kosten unter den Positionen Gebäudeleittechnik-Betreuung (Pos. 8), Nebenkostenzähler (Pos. 24), Türen/Schließanlagen (Pos. 26), Installationen/Montagen (Pos. 29) und Transportarbeiten/Lager (Pos. 34) erfasst werden, so dass auch nicht festgestellt werden kann, dass es sich insoweit um Betriebskosten i.S.v. Teil B Ziffer 5.2.1 Satz 1 des Mietvertrages handelt.

41 Weiterhin rügt die Klägerin zu Recht, dass es sich bei den unter Pos. 14 - 20 genannten Inspektions- und Testkosten und den unter Pos. 22 - 23 genannten Kontrollkosten um Wartungskosten und nicht um Betriebskosten handelt.

42 Auch trifft es zu, dass Reinigungsaufgaben nach dem als Anlage K35 vorgelegten Vertrag mit der WISAG gesondert abgerechnet werden, und in den streitigen Nebenkostenabrechnungen werden Reinigungskosten auch gesondert unter den Positionen Gebäudereinigung Mall, Reinigung Tagesfrau und Reinigung Glas erfasst. Welche Reinigungsarbeiten zusätzlich unter der Positionen Hausmeisterdienst Mall abgerechnet werden sollen, ist daher nicht nachvollziehbar.

43 Lediglich nicht zurückfordern kann die Klägerin die unter Objektbegehung (Pos. 27) abgerechneten Kosten, die Betriebskosten i.S.v. Teil B Ziffer 5.2.1 Satz 1 des Mietvertrages sind. Bei einem Anteil der Klägerin entsprechend dem von der Beklagten angesetzten Umlageschlüssel von 347/16047,50tel entfällt mithin von den Objektbegehungskosten in Höhe von insgesamt (24.061,97 € + 31.913,40 € + 14.917,38 € + 17.504,36 + 14.703,59 € =) 103.100,70 € auf die Klägerin ein Anteil von 2.229,37 €, den sie nicht zurückfordern kann. Soweit die Klägerin insoweit die angesetzten Stundensätze in Abrede stellt, ist dieses Bestreiten unbeachtlich, da sie entsprechende Belege bei der Beklagten einsehen könnte.

44 f) Die weiteren Kosten der Position für „Hausmeisterei und Betreuung durch Haustechniker“ kann die Klägerin nicht hilfsweise auf der Grundlage von § 2 Nr. 14 BetrKV geltend machen. Mit der dezidierten Regelung in Teil B Ziffer 5.2.1 a) bis u) des Mietvertrages zu den umlagefähigen Betriebskosten haben die Mietvertragsparteien konkludent die entsprechenden Kostenpositionen aus dem Betriebskostenkatalog in § 2 BetrKV ausgeschlossen. In Teil B Ziffer 5.2.1. v) des Mietvertrages werden die in § 2 der Betriebskostenverordnung genannten Kosten lediglich ergänzend, nicht hilfsweise vereinbart. Dies folgt aus der Formulierung

45 > „alle sonstigen Betriebskosten des Geschäftszentrums, insbesondere jene gemäß § 2 Betriebskostenverordnung …, auch wenn bisher nicht genannt…“

4.

46 Die Klägerin kann aus abgetretenem Recht auch die Rückzahlung der von den Beklagten abgerechneten Kosten für Wartung verlangen.

47 a) Eine formularmäßige Bestimmung, wonach der Mieter in einem Einkaufszentrum unter anderem die Wartungs- und Instandhaltungskosten für "alle technischen Einrichtungen (z.B. Telefonzentrale, Musikübertragungsanlage, Blumen und Pflanzen etc.) einschließlich Außenanlagen und Parkplätzen" zu tragen habe, stellt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar, weil ihm dadurch ohne Begrenzung der Höhe nach die Kosten der Erhaltung des gesamten Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanlagen aufgebürdet werden (BGH, Urteil vom 26.9.2012 – XII ZR 112/10 – MDR 2012, 1456 – 1458, Rn. 22 in juris; BGH, Urteil vom 6.4 2005 - XII ZR 158/01 - NZM 2005, 863, 865).

48 b) Die gleichen Wirksamkeitsbedenken ergreifen auch die Klauseln über die Umlagefähigkeit von Wartungskosten in Teil B Ziffer 5.2.1 des Mietvertrages. Dadurch werden dem Mieter Kosten der Erhaltung des gesamten Einkaufszentrums und seiner Gemein-

schaftsanlagen aufgebürdet, ohne dass die entsprechenden Kosten der Höhe nach begrenzt würden.

49 Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, dass die Kostenbegrenzung in Teil B Ziffer 5.2.1 Satz 4 des Mietvertrages auch Wartungskosten erfasse, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar mögen die Begrifflichkeiten „Wartung“ sowie „Instandhaltung und Instandsetzung“ jeweils Maßnahmen, die der Erhaltung der Funktionsfähigkeit bzw. des bestimmungsmäßigen Gebrauchs dienen, bezeichnen. Der Begriff „Instandhaltung und Instandsetzung“ ist jedoch kein Oberbegriff, der auch Wartungen umfasst. Vielmehr handelt es sich um unterschiedliche Kostenpositionen. Dies folgt – trotz Abgrenzungsschwierigkeiten - daraus, dass (einzelne) „Wartungskosten“ in § 2 Satz 1 Nr. 2, Nr. 4 lit. d) und Nr. 5 lit. c) BetrKV als Unterfall von Betriebskosten aufgeführt sind und die Differenzierung zwischen Betriebs- und Instandhaltungskosten aus §§ 27, 28 II. BV folgt (und zu Verwaltungskosten aus § 26 II. BV). Auch wird im Mietvertrag in Teil B Ziffer 5.2.1 die Kostenposition „Wartung“ jeweils neben der Kostenposition „Instandhaltung und Instandsetzung“ genannt, so in Teil B Ziffer 5.2.1 Satz 1 wie auch unter den Buchstaben f), h), j), n) und o). Die Beklagte trägt zudem selbst vor, dass Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung solche sind, die zur Beseitigung von baulichen oder sonstigen Mängeln, die durch Abnutzungsalterung und Witterungseinwirkung entstanden sind, aufgewendet werden müssen. Soweit der Begriff der Wartung im Duden mit „Durchführung von Arbeiten an einer technischen Anlage o.ä., die der Erhaltung ihrer Funktionsfähigkeit dienen“ definiert, dienen diese Arbeiten nicht der Beseitigung von Mängeln, sondern deren Verhinderung.

50 c) Das vom Vermieter ohnehin zu beachtende Wirtschaftlichkeitsgebot stellt keine Kostenbegrenzung im Sinne der Rechtsprechung des BGH dar; diese muss vielmehr für die Wirksamkeit der Klausel vertraglich vereinbart werden.

5.

51 Indes rügt die Beklagte zu Recht, dass die Klägerin keine Rückzahlung der abgerechneten Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung verlangen kann, da insoweit eine kostenmäßige Begrenzung in Teil B Ziffer 5.2.1 Satz 4 des Mietvertrages vereinbart ist.

52 a) Soweit die Klägerin hiergegen unter Berufung auf das Urteil des OLG Brandenburg vom 29.3.2022 – 3 U 118/20 – einwendet, dass die Kosten für Wartung, Instandhaltung und Instandsetzung insgesamt nicht wirksam einem Mieter überbürdet sind, wenn nur die Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung betragsmäßig begrenzt sind, weil es nicht möglich sei, klar und eindeutig zwischen Instandhaltungs- und Wartungskosten zu trennen, kann dem nicht gefolgt werden. Wie oben unter 4b) ausgeführt, sind (einzelne) „Wartungskosten“ in § 2 Satz 1 Nr. 2, Nr. 4 lit. d) und Nr. 5 lit. c) BetrKV als Unterfall von Betriebskosten aufgeführt und folgt die Differenzierung zwischen Betriebs- und Instandhaltungskosten aus §§ 27, 28 II. BV (und zu Verwaltungskosten aus § 26 II. BV). Nach gefestigter Rechtsprechung (z. B. BGH WM 2016, 2215 Rn. 8 zur Widerrufsbelehrung) muss nicht deutlicher formuliert werden als vom Gesetzgeber. Eine Intransparenz zulasten des Mieters besteht daher nicht.

53 b) Die Begrenzung auf eine Monatsmiete pro Jahr ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht unangemessen, auch wenn die Kosten der Wartung nicht enthalten sind (s.a. Menn in: Guhling/Günter, Gewerberaummiete, 2. Auflage 2019, § 535 Rn. 121 m.w.N, wonach 8 - 10 % der Jahresnettomiete angemessen sind).

54 c) Aus den Tabellen Anlage K 15 und K 23 folgt, dass die Beklagte bei dem von ihr angesetzten Umlageschlüssel von 347/16047,50tel folgende Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten umlegen durfte, welche die Klägerin danach nicht zurückfordern kann:

55

| | |
|---|---|
| **2014** | **27,31 €** |
| **2015** | (542,43 € + 84,40 € + 10,94 € + 24,14 € =) **661,91 €** |
| **2016** | (20,60 € + 76,28 € + 3,65 € + 61,92 € + 23,25 €+ 64,58 € + 17,22 € + 9,65 € + 19,38 € + 152,20 € + 121,97 € + 192,98 € los 5,80 € + 104,40 € +101,63 € + 54,58 € + 293,21 € + 4,68 € =) **1328,68 €** |
| **2017** | (40,60 € + 42 € + 7,44 € + 83,25 € + 96,63 € + 196,21 € + 72,69 € +202,780 € + 1,65 € + 67,43 € + 74,45 € + 13,79 €+ 250,73 € + 2,62 € + 171,07 € + 8,19 € + 363,64 € =) **1960,07 €** |
| **2018** | (31,95 € + 50,57 € + 14,91 € + 141,91 € + 120,69 € + 89,56 € + 39,31 € + 315,82 € + 12,92 € + 152,45 € + 361,94 € + 11,50 € + 179,21 € + 46,76 € + 73,91 € + 8,10 € =) **1651,51 €** |

C.

56 Zutreffend führt das Landgericht aus, dass den Rückforderungsansprüchen für die Jahre 2014 und 2015 die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht entgegensteht, weil die entsprechenden Ansprüche erst im Jahr 2018 entstanden sind. Die der Klägerin im Jahre 2016 zugegangenen Abrechnungen für die Jahre 2014 und 2015 sind insoweit schon deshalb nicht maßgebend, weil die Klägerin diese Nebenkostenabrechnungen nicht nur korrigiert hat, sondern mit den den korrigierten Nebenkostenabrechnungen für 2014 und 2015 anliegenden Schreiben vom 9.7.2018 (Anlagen K3 und K4) die im Jahre 2016 erteilten Nebenkostenabrechnungen 2014 mit der Rechnungsnummer 2017-20069 und 2015 mit der Rechnungsnummer 2016-20270 jeweils storniert hat. Der Vermieter kann nach Treu und Glauben keine Rechte aus einer Abrechnung herleiten, die er selbst im Ganzen für wirkungslos erklärt hat – auch wenn die Korrektur einzelner Abrechnungspositionen den Verjährungsbeginn nicht berühren dürfte (dazu LG Berlin, Urteil vom 19.04.2016 – 67 S 25/16 – juris Rn. 8 m. w. N.).

57 Ohne Erfolg wendet die Beklagte zur Verjährungseinrede ein, die Stornierung der Abrechnungen sei für die Durchsetzung der behaupteten Ansprüche der Klägerin und deshalb für den Verjährungsbeginn nicht relevant, da anderenfalls ein Vermieter eine Verjährung von Nachforderungsansprüchen durch Stornierung vorheriger Abrechnungen vermeiden könnte. Eine solche Vorgehensweise des Vermieters scheitert regelmäßig an § 242 BGB und ggf. an Verwirkung (s. a. BGHZ 113, 188 juris Rn. 20).

58 Der Verjährungseinrede steht auch nicht entgegen, dass – wie der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 10.11.2022 ausführte – die Beklagte aus buchhalterischen Gründen gezwungen gewesen wäre, die fehlerhaften ursprünglichen Nebenkostenabrechnungen zu stornieren und neue Abrechnungen zu erteilen. Aus dem Mietvertrag ist der Vermieter wegen zuvor fehlerhafter Abrechnung nicht etwa zu einer vollständigen Neuabrechnung verpflichtet, sondern kann sich auch auf ei-

ne Nachbesserung der bereits erteilten Abrechnung beschränken (vgl. BGH NJW 1982, 573,575). Soweit die Beklagte im vorliegenden Fall die fehlerhaften Abrechnungen lediglich aus umsatzsteuerrechtlichen Gründen storniert haben sollte, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dies der Klägerin bekannt gewesen wäre oder aus der Sicht der Klägerin erkennbar gewesen wäre. Sie durfte und musste die den korrigierten Abrechnungen anliegenden Erklärung der Beklagten, die ursprünglichen Abrechnungen zu stornieren, daher dahingehend verstehen, dass die Klägerin hieraus keine Rechte mehr herleiten wolle, §§ 133, 157 BGB.

59 Ohnehin greift Verjährung nicht ein. Der Zugang der Abrechnungen für 2014 und 2015 im Jahre 2016 reicht hier nicht aus, weil die streitgegenständlichen Rückforderungsansprüche darin nicht ausgewiesen wurden. Vielmehr kommt es gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB darauf an, wann die Klägerin Kenntnis von den maßgeblichen Abrechnungsmängeln erlangt hat, auf die sie die Klage stützt, oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Mit Schreiben der Klägerin vom 01.07.2016 (Anlage K7) wurden im Wesentlichen Unklarheiten (nur) der Nebenkostenabrechnung für 2014 gerügt und Nachweise verlangt. Eine Unrichtigkeit der Abrechnung wurde (in der Anlage zum Schreiben) nur im Hinblick auf eine Heizkostenkürzung um 279,63 € definitiv geltend gemacht, welche nicht Gegenstand des Rechtsstreits ist; eine Rückzahlung von Heizkosten ist nur für die Jahre 2016-18 eingeklagt worden (Band II Bl. 25 d.A.). Sonstige Anhaltspunkte für Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin von Abrechnungsmängeln im Jahre 2016 bestehen nicht. Ein Verjährungsbeginn 2017 ist unerheblich, weil die Klage im Laufe des Jahres 2020 auf abgetretenes Recht der Forderungsinhaberin (D... c... H... GmbH) gestützt worden ist (Band I Bl. 106, 169 d.A).

D.

60 Soweit die Kostenposition Instandhaltung und Instandsetzung sowie die Position „Hausmeisterei und Betreuung durch Haustechniker“, soweit diese Betriebskosten im Sinne von Teil B 5.2.1 Satz 1 des Mietvertrages und keine Wartungskosten, Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung oder Verwaltungskosten sind, umlegbar sind, ist die von der Klägerin geltend gemachte Klageforderung für die Jahre 2014-2018 bei der von der Beklagten angesetzten Gesamtfläche von 16.074,50 qm in Höhe von 5.629,48 € Instandhaltungs-/Instandsetzungskosten und in Höhe von 2.229,37 € Objektbegehungskosten, mithin insgesamt in Höhe von 7.858,85 € nicht berechtigt.

61 Indes rügt die Klägerin in der Klageschrift zu Recht hilfsweise, dass der Umlageschlüssel unzulässig gekürzt worden ist (Bd. I Bl. 12 d.A.). Die hier formularmäßig von der Beklagten gestellte Betriebskostenumlageklausel, welche die Flächen von Großmietern nur bis zur Größe von 1.000 qm und bei zweigeschossigen Mietflächen mit 50 % der tatsächlichen Fläche berücksichtigt, verzerrt den flächenbezogenen Abrechnungsmaßstab zugunsten dieser Großmieter und ist wegen unangemessener Benachteiligung der Kleinmieter nach § 307 ZPO unwirksam (vgl. Senat, Urteil vom 15.8.2019 – 8 U 209/16 – GE 2020, 541). Anzusetzen ist daher die vermietbare Gesamtfläche von 20.389,50 qm.

62 Entsprechend den Anlagen K 17, K 18 sind daher von 7.858,85 € nur (16.074,50 qm unzulässig angesetzte gekappte Flächen : 20.389,50 € vermietbare Gesamtflächen =) 78,8 % vom zuzusprechenden Betrag in Abzug bringen, d. h. (7.858,85 € x 78,8 % =) 6.192,77 €.

E.

63 Die Beklagte rügt mit der Berufung zu Recht, dass der Rückforderungsanspruch der Klägerin nur mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist, § 288 Abs. 1 BGB.

64 § 288 Abs. 2 BGB ist auf diesen Anspruch nicht anzuwenden. „Entgeltforderungen“ in § 288 Abs. 2 BGB sind Forderungen auf Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung (BGH, Urteil vom 20.5.2021 – VIII ZR 38/20 – BauR 2021, 1466 - 1468, Rn 17 bei juris). Bei dem geltend gemachten Rückforderungsanspruch handelt es sich nicht um eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB, da hierfür keine Gegenleistung erbracht wurde. Auch ist der vertragliche Anspruch des Mieters auf Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen, soweit Nebenkosten nicht entstanden bzw. nicht umlegbar sind, mit einem Bereicherungsanspruch vergleichbar, der gemäß § 288 Abs. 1 BGB zu verzinsen ist (s. BGH, Urteil vom 24.10.2017 – XI ZR 362/15 - NJW 2018, 458 Rn. 46).

F.

65 Die Kostenentscheidung ergeht nach §§ 91a, 92 Abs. 1, 344, 516 Abs. 3 ZPO. Hinsichtlich des übereinstimmend für erledigt erklärten Teils der Widerklageforderung (Nebenkostenvorauszahlungen für April, Mai und Juni 2020 über 20.609,64 € nebst anteiliger Zinsen seit 31.12.2021) hat die Klägerin ihre Kostentragungspflicht mit Schriftsatz vom 8.9.2022 anerkannt.

66 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit fußt auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

67 Die Nichtzulassung der Revision beruht darauf, dass die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Eine Revisionszulassung ist insbesondere auch nicht im Hinblick auf das Urteil des OLG Brandenburg (OLG Brandenburg, Urteil vom 29.3.2022 – 3 U 118/20 – (Rn. 107 bei Juris) angezeigt, weil dieses die Wahrung des Transparenzgebotes durch Verwendung gesetzlicher Termini nicht in den Blick nimmt und auch durch die angeführte Kommentierung von Both in: Guhling/Günter, Gewerberaummiete, 2. Auflage 2019, § 2 BetrKV Rn. 6 f. nicht gestützt wird.