Landgericht Krefeld, 2 S 56/09

Datum:	17.03.2010
Gericht:	Landgericht Krefeld
Spruchkörper:	2. Zivilkammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	2 S 56/09
ECLI:	ECLI:DE:LGKR:2010:0317.2S56.09.00

Vorinstanz:	Amtsgericht Krefeld, 10 C 6/09

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Krefeld vom 03.09.2009 wie folgt abgeändert:

Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger EUR 284,42 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.01.2009 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, die weitergehende Berufung sowie die Anschlussberufung werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 37% und die Beklagten als Gesamtschuldner zu 63%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils zu vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e:

I. 2

Der Kläger nimmt die Beklagten als Gesamtschuldner auf Ausgleich abgerechneter Betriebskosten für das Jahr 2007 in Höhe von EUR 448,54 in Anspruch. Der Kläger vermietete den Beklagten mit Vertrag vom 13.07.2007 (Bl. 16 ff. d.A.) zum 01.10.2007 eine Wohnung im Haus X in X. Die Wohnung der Beklagten umfasst eine Wohnfläche von 107 m², die Gesamtwohnfläche des Hauses 1053 m². Die Parteien vereinbarten in § 4 Ziffer 1 des Mietvertrages eine Netto-Kaltmiete in Höhe von EUR 590,00 sowie eine monatliche Betriebskostenvorauszahlung mit jährlicher Abrechnung in Höhe von EUR 180,00. Die Betriebskosten umfassen gemäß § 4 Ziffer 2.11 unter anderem die Kosten der Gartenpflege gemäß der Betriebskostenverordnung. Ergänzend zu § 4 Ziffer 2 vereinbarten die Parteien in einer Anlage zum Mietvertrag (Bl. 29 d.A.), dass die Verteilung der verbrauchsunabhängigen Betriebskosten nach der Wohnfläche erfolgen solle sowie weiterhin: *"Die verbrauchsabhängigen Betriebskosten, Müllabfuhrgebühren, Wasser- und Kanalisationsgebühren sowie Abwasser- und Fäkalienkosten/ Abfluß-Rohrreinigungskosten einschl. Beseitigung von Verstopfungen in Abwasserleitungen werden nach der Hausbelegungsstärke, d.h. für die einzelne Wohnung nach Kopfzahl multipliziert mit der m²-Zahl der Wohnungsgröße und der Monatszahl der Bewohnung pro Jahr abgerechnet, wobei Änderungen der Kopfzahl dem Vermieter oder Hausmeister unverzüglich mitzuteilen sind".* 3

Mit Schreiben vom 03.11.2007 (Bl. 34 d.A.) rechnete der Kläger die auf den Zeitraum vom 01.10.2007 bis 31.12.2007 entfallenden Betriebskosten ab. Er legte für die Beseitigung von Schäden im Garten des Mietobjekts durch den Sturm "Kyrill" zu Lasten der Beklagten anteilige Kosten in Höhe von EUR 11,14 um und für die Fällung eines kranken Mammutbaumes anteilige Kosten in Höhe von EUR 33,25. Für die verbrauchsunabhängigen Kosten ermittelte der Kläger einschließlich dieser Positionen den Kostenanteil der Beklagten mit insgesamt EUR 311,92. Für die verbrauchsabhängigen Kosten ermittelte der Kläger den Kostenanteil der Beklagten mit EUR 282,00. Die verbrauchsabhängigen Kosten betrugen für das Mietobjekt insgesamt EUR 6.387,95. Hinsichtlich der Berechnungen im Einzelnen wird auf die Betriebskostenabrechnung (Bl. 35ff. d.A.) Bezug genommen. Insgesamt errechnete der Kläger einen Nachzahlungsbetrag in Höhe von EUR 448,54 und bat um Zahlung innerhalb von 16 Tagen nach Datum der Abrechnung. Die Beklagten verweigerten jegliche Zahlung mit der Begründung, die Betriebskostenabrechnung sei fehlerhaft. Der Kläger habe weder den - unstreitig - erhöhten Leerstand im Mietobjekt im Jahr 2007 durch Ansatz einer fiktiven Personenzahl für jede leerstehende Wohnung berücksichtigt, noch seien die Kosten für die Beseitigung der Sturmschäden sowie für die Fällung umlagefähig. Mit Schreiben vom 10.11.2008 mahnte der Kläger die Zahlung des Abrechnungsbetrages bis zum 17.11.2008 an. 4

Das Amtsgericht Krefeld hat die Beklagten mit Urteil vom 03.09.2009 zur Zahlung in Höhe von EUR 437,40 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.11.2008 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Fällkosten seien umlagefähig. Hierbei handele es sich um aperiodische Betriebskosten, die nur dann nicht abgerechnet werden dürften, wenn es sich um eine Instandsetzungs- oder Nachholmaßnahme handele, was hier nicht der Fall sei. Der vereinbarte Abrechnungsschlüssel für die verbrauchsabhängigen Kosten, der Wohnungsleerstand nicht berücksichtige, sei zulässig. Lediglich die anteiligen Kosten in Höhe von EUR 11,14 für die Beseitigung der Sturmschäden könnten mangels Umlagefähigkeit nicht ersetzt verlangt werden. Die Schäden stünden im Zusammenhang mit dem Sturm "Kyrill", der ein ganz 5

außergewöhnliches Naturereignis dargestellt habe. Im Übrigen wird gem. § 540 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Beklagten verfolgen mit der Berufung ihr auf vollständige Klageabweisung gerichtetes Begehren unter Vertiefung und Ergänzung ihres Vorbringens weiter. Sie halten darüber hinaus den vertraglich vereinbarten Umlageschlüssel für die verbrauchsabhängigen Kosten für unwirksam, weil damit das Risiko des Leerstandes im Mietobjekt auf die Mieter abgewälzt werde. 6

Die Beklagten beantragen, 7

> unter Abänderung des am 03.09.2009 verkündeten Urteils des Amtsgerichts Krefeld die Klage abzuweisen. 8

Der Kläger beantragt, 9

die Berufung zurückzuweisen. 10

Er ist der Ansicht, das Amtsgericht habe in der angefochtenen Entscheidung zu Unrecht die Kosten für die Beseitigung der Sturmschäden mangels Umlagefähigkeit abgewiesen und beantragt im Wege der Anschlussberufung, 11

> das angefochtene Urteil dahingehend abzuändern und der Klage in Höhe von EUR 448,54 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17.11.2008 stattzugeben. 12

Die Beklagten beantragen, 13

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 14

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie den Akteninhalt im Übrigen Bezug genommen. 15

II. 16

Die Berufung ist zulässig und hat in der Sache teilweise Erfolg. Die Anschlussberufung ist zulässig, aber unbegründet. 17

1. 18

Der Kläger hat gegen die Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von EUR 284,42 aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2007 vom 03.11.2008. 19

a. 20

Der Kläger kann den mit der Betriebskostenabrechnung vom 03.11.2008 ermittelten Kostenanteil für die verbrauchsabhängigen Kosten nicht in Höhe der angesetzten EUR 282,00, sondern nur in Höhe von EUR 162,27 verlangen. 21

Der in der Anlage zu § 4.2 des Mietvertrages durch die Parteien vereinbarte Umlageschlüssel für die verbrauchsabhängigen Kosten ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Der Umlageschlüssel stellt eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB dar. Das ergibt sich schon aus dem äußeren Anschein der Klausel; überdies verwendet der Kläger den Umlageschlüssel unstreitig in einer Vielzahl seiner Mietverträge für die Häuser 22

Dahlienstrasse 41, 45, 49, 53, 61 und 65, weswegen das Amtsgericht die Berufung zugelassen hat.

aa. 23

Es entspricht einhelliger Meinung, dass die Parteien durch Formularvertrag die verbrauchsabhängigen Betriebskosten nach dem Verhältnis der Personenzahl umlegen können (Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556a Rdn. 9a m.w.N.). Gleiches muss gelten, wenn die Personenzahl nicht der allein ausschlaggebende Bemessungsfaktor ist, sondern - wie hier - eine Kombination aus Fläche und Kopfzahl. 24

Dieser Umlageschlüssel benachteiligt die Beklagten als Mieter aber unangemessen, weil bei der Umlage der verbrauchsabhängigen Betriebskosten etwaige Leerstandsflächen im Mietobjekt nicht berücksichtigt werden. Leerstand ist im Falle der Kostenverteilung auf Grund des gesetzlichen Flächenschlüssels grundsätzlich zu berücksichtigen (BGH NZM 2006, 655). Das ist aus der gesetzgeberischen Risikoverteilung abzuleiten, die in § 556a Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt. Der Vermieter hat das Vermietungsrisiko und damit das Leerstandsrisiko zu tragen. Auf Grund dieser Risikoverteilung kann der Vermieter die auf leer stehende Wohnungen entfallenden Betriebskosten grundsätzlich nicht auf die Mieter abwälzen, wenn die Betriebskosten nach dem Verhältnis der Fläche der Mietwohnung zur Gesamtwohnfläche umzulegen sind (Flächenschlüssel). Das gilt für die verbrauchsunabhängigen genauso wie für die verbrauchsabhängigen Betriebskosten (BGH NZM 2006, 655). Die Wohnfläche ist als Regelmaßstab für die Verteilung der Betriebskosten in § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB gesetzlich verankert worden. Nur für Betriebskosten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung durch den Mieter abhängen, gilt dies gem. § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB nicht. Dass der Flächenschlüssel für den Fall einer fehlenden Vereinbarung und vorbehaltlich anderweitiger Vorschriften gesetzlich vorgeschrieben ist, beruht auf der Wertung des Gesetzgebers, dass dieser Verteilungsschlüssel für alle Betriebskosten sachgerecht ist; das Gesetzt enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Leerstandsflächen bei der Umlegung auszuklammern sind (BGH NZM 2006, 655). 25

Die im vorliegenden Fall entscheidungserhebliche Frage, ob etwaiger Leerstand im Falle der Kostenverteilung der verbrauchsabhängigen Betriebskosten nach der Personenzahl zu berücksichtigen ist, wird in Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet und ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Teilweise wird vertreten, auch bei einer Verteilung der Betriebskosten nach Personenanzahl müsse etwaiger Leerstand im Mietobjekt (zu Lasten des Vermieters) berücksichtigt werden (AG Köln WuM 2002, 285; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 556a Rdn. 56; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 a Rn. 9c; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., Rdn. F.59). Nach einer anderen Ansicht soll das bei verbrauchsabhängigen Betriebskosten nicht notwendig sein, wenn auf die leerstehenden Wohnungen kein Verbrauch entfällt und die Verbrauchskosten deshalb ausschließlich von den verbleibenden Mietern verursacht worden sind (Amtsgericht Zwickau NJW-RR 2001, 1010). Nach einer dritten Ansicht ist die Konsequenz, dass bei einer Kostenverteilung nach Personenzahl leere Wohnungen von der Kostenverteilung faktisch ausgenommen werden (weil ein Bemessungsfaktor von null Personen keinen Kostenanteil ergibt), hinzunehmen (Schmidt, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., Rdn. 4013). 26

Die Kammer schließt sich der Auffassung an, dass Leerstandsflächen auch bei einer Umlage der verbrauchsabhängigen Betriebskosten nach Personenzahl zu berücksichtigen sind. Es vermag nicht zu überzeugen, warum bei einem Personenschlüssel hinsichtlich der Risikoverteilung etwas anderes gelten soll als bei der Verwendung des Flächenschlüssels. 27

Das Vermietungsrisiko fällt ebenso allein in die Sphäre des Vermieters wie der Entschluss, aus anderen Gründen von der Neuvermietung abzusehen. Deshalb ist der Vermieter verpflichtet, etwaigen Leerstand zu seinen Lasten zu berücksichtigen. Insbesondere überzeugt nicht das Argument, die Betriebskosten würden bei Umlage der verbrauchsabhängigen Kosten nur auf die tatsächlichen Nutzer verteilt und die Kosten stiegen durch den Leerstand nicht an. Der Personenschlüssel verteilt nämlich auch bei verbrauchsabhängigen Kosten nicht einen erfassten Verbrauch im Sinne von § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB; hierfür wären Messeinrichtungen nicht nur für den Gesamtverbrauch, sondern für jede einzelne Wohneinheit erforderlich. Der Personenschlüssel ist vielmehr eine - vermeintlich - gerechtere *Schätzung* als der Flächenschlüssel, aber eben nur eine Schätzung und keine Verbrauchsmessung. Dass auch dieser Schlüssel zu einer unangemessenen Verteilung führen kann, zeigt das (zwar extreme, aber zur Verdeutlichung erlaubte) Beispiel eines Zweifamilienhauses mit zwei Einzelmietern, bei dem der Mieter der einen Wohnung diese tatsächlich nicht (oder nur wenig) nutzt: Der nicht nutzende Mieter muss die Hälfte der Kosten tragen, obwohl der andere Mieter sämtlichen Verbrauch verursacht hat. Hierdurch wird klar, dass der Personenschlüssel den Mehrverbraucher begünstigt und den Wenigverbraucher benachteiligt (siehe auch Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., Rdn. 4012). Bei einem Leerstand, den nicht der Vermieter zu tragen hat, ist das ähnlich. Ein etwaiger erheblicher Mehrverbrauch eines einzelnen oder weniger Mitmieter wird auf eine geringere Anzahl von Personen verteilt, so dass die Belastung der Normal- und Wenigverbraucher steigt. Die Umlagegerechtigkeit, die elementare Grundlage der Verteilung ist (Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 a Rn. 9), erfordert daher eine Leerstandsberücksichtigung, und zwar vorliegend umso mehr, als nicht ein reiner Personenschlüssel vereinbart ist, sondern ein modifizierter Flächenschlüssel, der auch die Kopfzahl der Bewohner einbezieht. Nach dem Flächenschlüssel müsste aber - wie ausgeführt - der Vermieter das Leerstandsrisiko tragen.

Entscheidend kommt Folgendes hinzu: Die Umlagegerechtigkeit muss sich an Hand des Flächenschlüssels beurteilen. Dieser ist als gesetzlicher Regelfall zu Gunsten des Mieters als angemessen anzusehen. Ein vom Flächenmaßstab abweichend vereinbarter Umlagemaßstab soll dazu dienen, die Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Mietern zu erhöhen, nicht aber dazu, den Vermieter von Kosten freizustellen, die er nach dem gesetzlichen Maßstab zu tragen hätte. Das würde bei einem Personenschlüssel geschehen, der den Leerstand nicht (etwa durch eine fiktive Wohnungsbelegung) berücksichtigt. 28

Der vorliegend vereinbarte Umlageschlüssel weicht zu Lasten des Mieters von der gesetzlich anerkannten Risikoverteilung ab. Nicht der Vermieter, sondern die Gesamtheit der Mieter trägt danach das Risiko von Leerstandsflächen. Diese unangemessene Benachteiligung führt nach Auffassung der Kammer zur Unwirksamkeit der Klausel mit der Maßgabe, dass der gesetzliche Flächenschlüssel gemäß § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB gilt, für den die gesetzliche Vermutung der Angemessenheit spricht (so auch wohl Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 a Rn. 9c). Die Klausel kann nicht durch Auslegung auf einen wirksamen Inhalt reduziert werden, indem bei der Abrechnung der Betriebskosten jeder leerstehenden Wohnung eine fiktive Bewohnerzahl zugeordnet wird (so aber Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 556a Rdn. 76). Nach dem Gebot der kundenfeindlichsten Auslegung ist nämlich angesichts der in der Klausel konkret (aber unverständlich) vorgegebenen Berechnungsformel davon auszugehen, dass nur tatsächlich vorhandene Bewohner in die Berechnung einzubeziehen sind: Wenn keine Bewohner vorhanden sind, ist die Kopfzahl null und eine Multiplikation mit null führt zu einem Kostenanteil von null. Die Berücksichtigung einer fiktiven Personenzahl erscheint zwar nicht ausgeschlossen, ist aber weder naheliegend noch das einzig sinnvolle Auslegungsergebnis. Ob für einen weniger konkret formulierten Personenschlüssel dasselbe 29

gilt, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Nach dem Flächenschlüssel, der wegen der Unwirksamkeit des vereinbarten Schlüssels gem. § 306 Abs. 2 BGB anzuwenden ist, ist der Kostenanteil der Beklagten für die verbrauchsabhängigen Kosten wie folgt zu berechen: Die Höhe der gesamten verbrauchsabhängigen Kosten geteilt durch die Gesamtfläche des Mietobjektes mal die Wohnfläche der Wohnung. Der Betrag ist dann durch die Anzahl der Monate zu teilen, die die Beklagten die Wohnung bewohnten. Es ergibt sich aus der Berechnung EUR 6.387,95 / 1.053 m² x 107 m² / 4 ein zu berücksichtigender Kostenanteil in Höhe von EUR 162,27. 30

bb. 31

Die Frage, ob der Umlageschlüssel darüber hinaus wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist, kann nach Auffassung der Kammer vorliegend dahinstehen. Bei Verstoß gegen das Transparenzgebot ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners daraus, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen sind nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen; tatbestandliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen in Formularbedingungen sind so genau zu beschreiben, dass einerseits für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und andererseits der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann (BGH NJW 2008, 1438). 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 Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Vertragspartners (BGH NZM 2007, 516). 32

Der vereinbarte Umlageschlüssel für die verbrauchsabhängigen Kosten dürfte intransparent sein, da hiernach für den Mieter nicht nachvollziehbar ist, wie er die Höhe der verbrauchsabhängigen Betriebskosten errechnen muss bzw. welchen Rechenweg der Vermieter vornehmen wird; die Formel ist für einen durchschnittlichen Mieter unverständlich. Auch mit Hilfe der streitgegenständlichen Betriebskostenabrechnung wird die mögliche Intransparenz nicht beseitigt, die Abrechnung ist vielmehr hinsichtlich der verbrauchsabhängigen Kosten ebenfalls in sich unverständlich und nicht nachvollziehbar und damit nicht formell ordnungsgemäß. Es erhellt sich nämlich schon nicht ohne Weiteres, ob der Betrag der Gesamtkosten von EUR 6.387,95 mit dem Bruch des Umlageschlüssels (963/21.814) multipliziert oder eine andere Rechenart angewendet werden muss. 33

Ob ein durchschnittlich gebildeter Mieter sich dies noch erschließen oder durch Ausprobieren herausfinden kann, kann hier aber letztlich ebenso dahinstehen wie die Transparenz der Klausel, weil die Beklagten mit diesen Einwendungen gem. § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB ausgeschlossen wären. Die Beklagten rügten nämlich zu keiner Zeit eine mangelnde Nachvollziehbarkeit oder Verständlichkeit der Vereinbarung oder der Abrechnung selbst. Die Unwirksamkeit der Klausel wegen mangelnder Transparenz ist dabei lediglich ein materieller Fehler ähnlich wie eine gänzlich fehlende Umlagevereinbarung (siehe dazu BGH NZM 2008, 81), für die der Einwendungsausschluss ohne Weiteres gilt. Nach Auffassung der Kammer wäre die zwölfmonatige Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB aber auch bei einer formell unzureichenden Abrechnung bzw. bei einzelnen formell unzureichenden Abrechnungspositionen (hier wären das die verbrauchsabhängigen Kosten) zu wahren. Das Berufen auf die formelle Unwirksamkeit einer Abrechnung ist sprachlich gesehen eine Einwendung. Hierbei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Forderung des Vermieters aus formellen oder materiellen Gründen unberechtigt ist. Zudem lässt sich nur bei 34

einem solchen vollständigen Einwendungsausschluss die gesetzgeberische Intention, möglichst schnell Klarheit über die Richtigkeit der Abrechnung zu schaffen, verwirklichen (siehe zur näheren Begründung sowie zur Gegenansicht Streyl NZM 2009, 809).

b. 35

Auch der vom Kläger mit der Betriebskostenabrechnung vom 03.11.2008 ermittelte Kostenanteil für die verbrauchsunabhängigen Kosten in Höhe von EUR 311,92 ist fehlerhaft. Der Kläger war nach Auffassung der Kammer weder berechtigt, die Fällkosten für den Mammutbaum in Höhe von EUR 33,25 noch die Kosten für die Beseitigung der durch den Sturm "Kyrill" bedingten Schäden in Höhe von EUR 11,14 im Rahmen der Betriebskostenabrechnung zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen. Es ist daher lediglich ein Kostenanteil in Höhe von EUR 267,53 anzusetzen. Weitere Abzüge sind nicht zu machen. 36

aa. 37

Weitere Abzüge bei den verbrauchsunabhängigen Kosten ergeben sich insbesondere nicht daraus, dass der Kläger über diese Kosten nicht formell ordnungsgemäß abgerechnet hat. An einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung der nicht verbrauchsabhängigen Kosten fehlt es deshalb, weil der Kläger in der Abrechnung einen wesentlichen Rechenschritt nicht mitgeteilt hat. Wenn man nämlich von den Gesamtkosten von EUR 12.278,71 mit Hilfe des Flächenschlüssels (107/1053) den Anteil der Beklagten berechnet, ergibt dies einen Betrag von EUR 1.247,69 und nicht, wie in der Abrechnung ausgewiesen, von EUR 311,92. Letztere Summe errechnet sich erst, wenn man 1.247,69 durch 4 teilt, also die Anzahl der Monate des Jahres 2007, in denen die Beklagten in der Wohnung gewohnt haben. 38

Auch diesen formellen Mangel haben die Beklagten nicht gerügt, er ist daher gem. den vorstehenden Ausführungen vom Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB erfasst. Er war allerdings insofern zu berücksichtigen, als er die Fälligkeit des Abrechnungssaldos betrifft. Bei einem formellen Fehler der Abrechnung wird diese nicht schon mit Übersendung fällig, sondern erst nach Ablauf der Einwendungsfrist. Erst ab diesem Zeitpunkt konnten die Beklagten wirksam in Verzug gesetzt werden. 39

bb. 40

Das Amtsgericht geht nach Auffassung der Kammer zu Unrecht von der Umlagefähigkeit der Fällkosten für den Mammutbaum aus. Die Frage, ob die Kosten für das Fällen von Bäumen im Rahmen der Gartenpflegekosten vom Vermieter auf den Mieter abgewälzt werden können oder nicht, wird in Literatur und Rechtssprechung uneinheitlich beantwortet und kontrovers diskutiert. Teilweise werden die Kosten für das Fällen eines Baumes unter Verweis auf die Betriebskostenverordnung im Rahmen der Kosten für die Gartenpflege für umlagefähig erachtet (LG Frankfurt a.M. NZM 2005, 338; AG Spandau GE 2005, 1255; AG Köln NZM 2001, 41; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., Rdn. A.85). Nach anderer Ansicht sollen die Kosten nur dann nicht umlagefähig, wenn es sich nicht um eine Pflegemaßnahme handelt, wie beispielsweise bei einer Entfernung auf Grund von Beschwerden durch Bewohner des Nachbarhauses wegen Sicht- oder Lichtmangels (AG Düsseldorf MDR 2002, 498). Demgegenüber wird nach einer dritten Ansicht die Kostenumlage auf den Mieter für gänzlich unzulässig gehalten mit der Begründung, die Kosten für das Fällen eines Baumes entstünden nicht laufend und stellten eine nicht umlagefähige Instandsetzungsmaßnahme dar (LG München, Urteil vom 12.02.2008, Az. 12 S 3615/07 zu finden bei juris; AG Hamburg WuM 1989, 641; AG Reutlingen WuM 2004, 95; LG Tübingen WuM 2004, 669; AG Dinslaken WuM 2009, 115). In zahlreichen weiteren 41

Entscheidungen wird die Umlagefähigkeit lediglich für einen konkreten Sachverhalt verneint. Die Fällkosten seien etwa dann nicht umlegbar, wenn der Baum eine Gefahrenquelle darstelle und der Vermieter durch das Entfernen seiner Verkehrssicherungspflicht genüge (AG Neustadt a.d. Weinstrasse ZMR 2009, 456; AG Gelsenkirchen/Buer DWW 2005, 205), wenn die Fällung durch Sturmschäden verursacht wurde (AG Mönchengladbach DWW 2003, 262) sowie wenn sie auf Grund nicht fachgerechter Ausführung der erforderlichen Rückschnitte in der Vergangenheit entstanden seien (AG Schöneberg ZMR 2003, 198; LG Hamburg WuM 1994, 695). Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob das Fällen von Bäumen zur Gartenpflege zählt, in seiner Entscheidung vom 29.09.2008 (NZM 2009, 27) offen gelassen.

Die Kammer schließt sich der Auffassung an, die eine grundsätzliche Umlagefähigkeit von Fällkosten verneint. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV sind Betriebskosten die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Nicht zu den Betriebskosten gehören nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV die Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen (Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten). Das Fällen eines kranken oder abgängigen Baumes stellt bereits nach der Art der Maßnahme eine nicht umlagefähige Instandsetzungsmaßnahme im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV dar, da durch das Fällen insoweit ein am Grundstück bestehender sonstiger Mangel beseitigt wird. Eine Umlagefähigkeit wäre von daher zu verneinen. 42

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 2 Nr. 10 BetrKV. Zu berücksichtigen ist dabei, dass nach dieser - und anderen - Vorschriften ausnahmsweise auch periodisch anfallende Instandsetzungskosten umlegbare Betriebskosten sein können. Die Legaldefinition der Betriebskosten in § 1 BetrKV wird nämlich konkretisiert durch die Aufstellung in § 2 BetrKV. Die Vorschrift des § 2 Nr. 10 BetrKV umfasst dem Wortlaut nach die Kosten der Gartenpflege, wozu die Kosten der Pflege gärtnerisch angelegter Flächen einschließlich der Erneuerung von Pflanzen und Gehölzen, der Pflege von Spielplätzen einschließlich der Erneuerung von Sand und der Pflege von Plätzen, Zugängen und Zufahrten, die dem nicht öffentlichen Verkehr dienen, gehören. Der Ausnahmecharakter der Vorschrift gebietet aber eine restriktive Auslegung im Lichte der allgemeinen Definition der Betriebskosten gem. § 1 BetrKV. 43

Einer Umlagefähigkeit der Fällkosten steht bei dieser Grundannahme der allgemeine Betriebskostenbegriff des § 1 Abs. 1 BetrKV entgegen, wonach nur die *laufend* entstehenden Kosten zu den Betriebskosten zählen. Für die Umlagefähigkeit von Betriebskosten ist es danach erforderlich, dass sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit anfallen; ein bestimmter Rhythmus ist nicht notwendig, ebenso wenig eine jährliche oder mehrmals jährliche Entstehung, es genügt eine wiederkehrende, wenn auch unregelmäßige Belastung (siehe BGH NZM 2004, 417 für die Dachrinnenreinigung; BGH NZM 2007, 1356 für die Revision der Elektroanlage; BGH NZM 2010, 79 für die Erdöltankreinigung). Dem wohnt ein Element der Erwartbarkeit inne. Gerade an dieser Erwartbarkeit fehlt es bei den Fällkosten. Bäume habe ganz überwiegend eine lange Lebensdauer, so dass eine Fällung eher durch Zufall oder Krankheit, als durch eine Regelmäßigkeit bestimmt ist. Die meist lange Lebensdauer von Bäumen steht insbesondere derjenigen von Gebäuden oder sonstigen Grundstücksbestandteilen kaum nach. Daher ist nicht zu erkennen, warum für Bäume als wesentliche Grundstücksbestandteile ein anderer Maßstab als für andere Gebäude- oder 44

Grundstücksbestandteile gelten soll.

Die Aufstellung in § 2 Nr. 10 BetrKV stellt lediglich eine Konkretisierung des allgemeinen Betriebskostenbegriff dar. Der Anwendungsbereich darf nicht dadurch unzulässig ausgedehnt werden, dass nicht laufend entstehende Kosten als Betriebskosten umgelegt werden können. Eine Ausnahme wäre nur dann zu machen, sofern ausdrücklich angeordnet würde, auch nicht laufend entstehende Kosten seien Betriebskosten; eine solche ausdrückliche Anordnung gibt es aber nicht, auch nicht in der Regelung in § 2 Nr. 10 BetrKV, nach der die Kosten für die Erneuerung von Pflanzen und Gehölzen als Betriebskosten gelten. Zwar mag zu einer "Erneuerung" die Beseitigung alter und die darauf folgende Neuanpflanzung von Gehölzen zählen, so dass zunächst die Annahme möglich scheint, auch die Kosten für das Fällen von Bäumen müssten darunter fallen. Dieser Schluss ist jedoch keineswegs zwingend, auch diese Teilregelung ist vielmehr im Lichte des allgemeinen Betriebskostenbegriffs auszulegen und enthält gerade keine ausdrückliche Anordnung dahingehend, dass jegliche und nicht nur die regelmäßig wiederkehrende Erneuerung von Pflanzen (etwa in einem Blumenbeet) gemeint ist. 45

Dieses Ergebnis wird durch eine historische Auslegung unterstützt. Der Bundesrat stellte im Zuge des Verfahrens zum Erlass der Betriebskostenverordnung in seiner Drucksache vom 15.08.2003 (BR-Dr 568/03, S. 32 zu § 2 Nr. 10 - WuM 2003, 678, 682) klar, dass zu den Kosten der Gartenpflege auch die Kosten für das Schneiden und Ausasten von Bäumen zählen. Trotz Ansehung der uneinheitlichen Rechtsprechung wurden die selten anfallenden Fällkosten gerade nicht erwähnt. 46

Gegen die Umlagefähigkeit von Fällkosten sprechen ferner die schutzwürdigen Interessen des Mieters. Das Entstehen der Kosten ist für den Mieter überraschend und rein zufällig. Insbesondere auf Grund der jahrzehntelangen Lebensdauer von Bäumen rechnet ein Mieter nicht damit, mit eventuellen Fällkosten - die überdurchschnittlich hoch ausfallen können - belastet zu werden. 47

cc. 48

Das Amtsgericht hat die Umlagefähigkeit der Kosten für die Beseitigung der Schäden durch den Sturm "Kyrill" zu Recht verneint. Die Anschlussberufung war als unbegründet zurückzuweisen. Wie dargelegt gehören nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 BetrKV zu den Betriebskosten grundsätzlich nur diejenigen Kosten, die laufend, d.h. wiederkehrend entstehen. Bei den von dem Kläger geltend gemachten Kosten handelt es sich aber um solche, die durch ein singulär schweres Ereignis, den Jahrhundertsturm "Kyrill" verursacht wurden. Derartige schwere Stürme sind in dieser Region eine Seltenheit und hierdurch verursachte Schäden nicht fortlaufend und mit einer gewissen Regelmäßigkeit zu erwarten. Das erforderliche Kriterium der fortlaufenden Wiederholbarkeit fehlt. Eine abweichende Entscheidung ist nicht dadurch rechtfertigt, dass in anderen Regionen, wo mit einer gewissen Regelmäßigkeit Sturmschäden aufgrund der geografischen Lage auftreten, gegenteilig zu entscheiden wäre (LG Hamburg, WM 1989, 640). Stellt sich ein schwerer Sturm als für die Region ungewöhnliches Naturereignis dar, können anfallende Kosten nicht berücksichtigt werden. 49

c. 50

Unter Berücksichtigung der festgestellten Kostenanteile für die verbrauchsunabhängigen Kosten in Höhe von EUR 267,53 und für die verbrauchsabhängigen Kosten in Höhe von EUR 162,27 ergibt sich an Hand der Betriebskostenabrechnung vom 03.11.2008 (Bl. 35 d.A.) unter 51

Addition und Verrechnung der unstreitigen Positionen Heizkosten, Abrechnungskosten nach § 1 Satz 1 BetrKV und Vorauszahlungen der ausgeurteilte Betrag von EUR 284,42.

2. 52

Da es gem. den obigen Ausführungen unter II.1.b.aa. an einer wirksamen Inverzugsetzung fehlte, waren dem Kläger nur Rechtshängigkeitszinsen gem. § 291 BGB zuzusprechen. 53

3. 54

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 55

Die Revision war zuzulassen, denn die Frage der Notwendigkeit der Leerstandsberücksichtigung, der Anwendbarkeit des Einwendungsausschlusses auf formell nicht ordnungsgemäße Abrechnungspositionen und die Abwälzbarkeit von Baumfällkosten sowie von Sturmschadensbeseitigungskosten hat grundsätzliche Bedeutung. 56

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt EUR 448,54. 57

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE