

Landgericht Lübeck

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 556, 558c Abs. 1 Satz 3 BGB; 6, 12 HeizkostenV; 5 Abs. 3 NMV

- 1. Dem Mieter steht im Fall der materiellen Unrichtigkeit einer Nebenkostenabrechnung für geleistete Vorauszahlungen kein Rückzahlungsanspruch zu.**
- 2. Ihm steht allerdings auch bei einer materiell unrichtigen Abrechnung ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der laufenden Betriebskostenvorauszahlung zu. Dieses ist jedoch der Höhe nach auf die insgesamt im Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen beschränkt.**
- 3. Zum anderen kann er auf Erteilung der Abrechnung klagen.**
- 4. Wärmecontractingkosten sind nicht umlagefähig, wenn sie vertraglich nicht vereinbart worden sind.**
- 5. Wärmecontractingkosten sind keine neu entstehende Betriebskosten, wenn die Kosten des Betriebs einer Heizungsanlage durch Eigenversorgung bereits Gegenstand des Mietvertrages sind.**
- 6. Ein Verstoß gegen die Mitteilungspflicht des Vermieters aus § 6 Abs. 1 HeizKV berechtigt den Mieter nicht zur Kürzung der Betriebskostenvorauszahlung.**
- 7. Garten- oder Parkflächen, die durch bauplanerische Bestimmungen oder auch durch den Vermieter selbst für die Nutzung der Öffentlichkeit gewidmet werden, der erforderliche Bezug zur Mietsache verloren, der über das in § 556 BGB Absatz 1 Satz 2 BGB enthaltene Merkmal des bestimmungsgemäßen Gebrauchs für die Umlegung von Betriebskosten vorausgesetzt ist. Liegt eine derartige Widmung zugunsten der Öffentlichkeit vor, so dass jedermann die Nutzung dieser Flächen unabhängig davon gestartet ist, ob er eine Wohnung in der Wohnanlage der Beklagten angemietet hat, können die Kosten der Pflege dieser Flächen nicht mehr als Nebenkosten den Mietern angelastet werden.**
- 8. Grundsätzlich begründet eine Zahlung kein Anerkenntnis des Abrechnungssaldos. Nur wenn der Mieter positive Kenntnis von den Einwendungen gegen den sich aus der Abrechnung ergebenden Nachforderungsbetrag hatte, ist die Rückforderung ausgeschlossen.**

Die 14. Zivilkammer des Landgerichts Lübeck hat auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 06.10.2016 für Recht erkannt:

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 08.07.2015 verkündete Urteil des Amtsgerichts Reinbek, 11 C 482/14, abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass der Kläger derzeit nicht verpflichtet ist, an die Beklagte € 779,49 zuzahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, über die vom Kläger geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebs- und Heizkosten für die Jahre 2011 und 2012 formell und materiell rechtmäßig abzurechnen.
3. Der Kläger ist berechtigt, bis zur Höhe eines Betrages von 6.618,00 € die monatlichen Vorauszahlungen auf die Heiz- und Betriebskosten zurückzubehalten, bis die Beklagte formell und materiell ordnungsgemäße Abrechnungen für die Jahre 2011 und 2012 erteilt hat
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 147,56 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 24.06.2014 zu zahlen.
5. Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
6. Die Kosten des Rechtsstreits erster trägt der Kläger zu 72% und die Beklagte zu 28%. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 18% und die Beklagte 82%.
7. Dieses und das angefochtene Urteil - soweit es aufrechterhalten bleibt - sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

I.

Die Parteien streiten um die Berechtigung der Betriebs- und Heizkostenabrechnung der Beklagten für die Abrechnungszeiträume 2011 und 2012.

Der Kläger schloss mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 17.12.1986 einen Wohnungsmietvertrag über öffentlich geförderten Wohnraum in ... Die Wohnung des Klägers wird über eine im Haus befindliche Zentralheizung beheizt. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten betrieb die Heizungsanlage zunächst selbst, im Januar Wärmelieferungsvertrag. Auf Anlagen B6, Blatt 124 d. A., B3, Blatt 72-77 d. A. sowie Anlage B4, Blatt 78 d. A. wird Bezug genommen. Die Beklagte rechnete auf

Grundlage von Verbrauchserhebungen der Firma ...über die Heizkosten ab. Gegenstand der Berechnung waren auch die Kosten für die Wärmelieferung des Contractors. Mit den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2011 und 2012 machte die Beklagte u. a. auch Gartenpflegekosten (auch solche, die nach § 35a EStG als haushaltsnahe Dienstleistungen abzugsfähig sind) sowie Hausmeisterkosten geltend. Zwischen den Parteien ist die Berechtigung zur Geltendmachung der Wärmecontractingkosten sowie der Gartenpflege- und Hausmeisterkosten streitig.

Aus der Abrechnung über die Heiz- und Betriebskosten für das Abrechnungsjahr 2011 errechnete die Beklagte eine Nachforderung in Höhe von 382,15 €. Diesen Betrag beglich der Kläger.

Für das Abrechnungsjahr 2012 gelangte die Beklagte zu einem Nachzahlungsbetrag in Höhe von 779,49 €.

Der Kläger hat schon erstinstanzlich vorgetragen, die Abrechnungen seien falsch. Wärmecontractingkosten seien im Rahmen des vorliegenden Mietvertrages nicht umlagefähig. Die berechneten Preise seien zudem zu hoch. Die Hausmeisterkosten seien nicht vollständig umlagefähig, da auch nicht umlagefähige Reparaturkosten abgerechnet worden seien. Mit der Klage hat er die Rückzahlung der geleisteten Nachforderung aus der Heiz- und Betriebskostenabrechnung 2011 in Höhe von 382,15 € sowie die Rückzahlung der Vorauszahlung auf die Positionen Gartenpflege- und Hausmeisterkosten sowie auf die Heizkosten in Höhe von 982,44 € geltend gemacht. Wegen der Abrechnung über die Betriebs- und Heizkosten für das Jahr 2012 hat er eine Rückzahlung auf die Vorauszahlung auf die Betriebskosten sowie eine Rückzahlung auf die Vorauszahlung für die Heizkosten in Höhe von gesamt 567,40 € geltend gemacht. Zudem hat er die Feststellung begehrt, dass er den Saldo aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2012 in Höhe von 779,39 € nicht zu zahlen hat. Darüber hinaus hat er wegen Pflichtverletzung vorgerichtliche Anwaltskosten geltend gemacht.

Der Kläger hat demgemäß erstinstanzlich beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn € 1.549,84 nebst Zinsen von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.05.2014 zu zahlen,

ferner die Beklagte zu verurteilen, anwaltliche Gebühren und Auslagen in Höhe von € 255,85 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen sowie

festzustellen, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, an die Beklagte € 779,49 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Amtsgericht hat der Klage nur hinsichtlich des Feststellungsantrages stattgegeben. Die Abrechnung über Heizkosten für das Abrechnungsjahr 2012 sei materiell fehlerhaft, da Wärmecontractingkosten nach den zwischen den Parteien

geltenden mietvertraglichen Bestimmungen nicht umlagefähig seien. Vorauszahlungen könne der Kläger nicht zurückverlangen, da er nicht hinreichend konkret dargelegt habe, in welcher Höhe sein Rückzahlungsanspruch bestehe.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, mit der sie jeweils ihr erstinstanzliches Begehren weiter verfolgen. Zudem hat der Kläger die Klage erhöht.

Der Kläger ist der Auffassung, das Gericht habe ein Überraschungsurteil gefällt, da es seiner Hinweispflicht gem. § 139 ZPO nicht nachgekommen sei, dass der klägerische Vortrag, hinsichtlich der Substantiierung des Rückzahlungsanspruches nicht ausreichend sei. Mit der Berufung legt der Kläger nunmehr erstmals eine alternative Abrechnung für die Zeiträume 2011 und 2012 anhand der Abrechnung der Firma H aufgrund eines eigenen Zahlenwerks vor. Im Jahr 2011 sei ein Gaspreis von 61,09 € je MWh und im Jahr 2012 von 84,70 € je MWh üblich gewesen. Wegen verspäteter Zusendung der Abrechnungsunterlagen habe der Kläger einen Anspruch auf Kürzung in Höhe von 15% gem. § 12 Abs. 1 Heizkosten Verordnung, so dass für das Jahr 2011 die Summe der anteiligen Heizkosten 1.044,44 € und die Summe der anteiligen Warmwasserkosten 219,76 € betrage. Der seitens der Beklagten geforderte Wert liege bei 2.058,12 €. Die Differenz betrage somit 739,92 €. Die Differenz für das Jahr 2012 zwischen den errechneten Heiz- und Warmwasserkosten zu den von der Beklagten geltend gemachten Kosten betrage 678,25 € (geltend gemachter Wert 2.625,13 € abzüglich Gesamtkosten nach klägerischer Berechnung in Höhe von 1.946,88 €).

Wegen des näheren Inhaltes wird Bezug genommen auf den klägerischen Schriftsatz vom 29.02.2016 Blatt 366 d. A. Darüber hinaus behauptet der Kläger, die Beklagte habe keine ordnungsgemäßen Belege vorgelegt. So fehlten die Belege für das Jahr 2011 komplett. Zudem sei die Ablesung im Jahr 2012 zu spät erfolgt und zudem auch noch falsch, da die Ablesewerte vom 31.12.2012 nicht identisch mit jenen vom 05.01.2013 sein könnten.

Der Kläger ist der Auffassung, er habe darüber hinaus einen Rückzahlungsanspruch von überzahlten Vorauszahlungen auf die Betriebskosten. Die Hausmeisterkosten beinhalteten auch Reparaturkosten, die jedoch nicht umlagefähig seien. Die Hausmeisterkosten seien zudem nicht belegt. Er behauptet, die Wohngebäude seien von einem parkartigen Gelände umgeben, das der Allgemeinheit zugänglich sei. Er meint daher, das Gelände habe keinen Bezug zur Mietsache, so dass die Gartenpflegekosten gar nicht umlagefähig seien.

Der Kläger könne daher die Gartenpflegekosten für das Jahr 2011 und das Jahr 2012 in Höhe von 322,34 € + 346,21 € = 648,55 € zurückfordern. Hinsichtlich der abgerechneten Hausmeisterkosten für beide Jahre sei ein Betrag in Höhe von 20% abzugsfähig. Bei Gesamtkosten in Höhe von 214,36 € ergebe dies einen Betrag von 42,80 €.

Mithin ergebe sich eine Rückzahlungsforderung hinsichtlich der Hetz- und Betriebskosten in Höhe von 739,92 € zzgl. 678,25 € sowie hinsichtlich der Gartenpflegekosten und Hausmeisterkosten i. H. v. 648,55 € und 42,80 €, mithin in Höhe von insgesamt 2.109,52 €.

Der Kläger beantragt zuletzt klagerhöhend,

1. unter Abänderung des Urteils des Amtsgerichts Reinbek vom 08.07.2015, A2; 11 C 482/14 die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger über den ursprünglichen Klagantrag hinaus insgesamt einen Betrag in Höhe von 2.100,52 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von 1,549,84 € seit dem 09.05.2014 und auf einen Betrag von 559,68 € seit dem 27.09.2016 zu zahlen

2. die Beklagte zu verurteilen, anwaltliche Gebühren und Auslagen in Höhe von 255,85 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.06.2014 zu zahlen,

hilfsweise;

3. die Beklagte zu verurteilen, über die vom Kläger geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebs- und Hetzkosten für die Jahre 2011 und 2012 formell und materiell rechtmäßig abzurechnen,

hilfsweise:

4. das Urteil des Amtsgerichts aufzuheben und an das Amtsgericht zur erneuten Verhandlung zurückzuweisen, mit Schriftsatz vom 29.02.2016 hilfsweise:

5. festzustellen, dass die Kläger seit Zugang der Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2011 berechtigt sind, bis zu einer materiell und formell ordnungsgemäßen

5. Nebenkostenabrechnung keine Vorauszahlung auf Heiz- und Betriebskosten entrichten zu müssen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie beantragt ihrerseits mit der Berufung das am 06.05.2015 verkündete Urteil des Amtsgerichts Reinbek, AZ: 11 C 482/14 abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Ergänzend wird Bezug genommen auf die erstinstanzlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil.

Entscheidungsgründe:

II.

Die jeweiligen Berufungen der Parteien sind zulässig, hinsichtlich des Klägers teilweise und hinsichtlich der Beklagten vollständig unbegründet,

A) Berufung des Klägers

1. Zahlungsanspruch in Höhe von 2.109,52 € nebst Zinsen

Das Amtsgericht hat zutreffend den Zahlungsantrag des Klägers abgewiesen. Demensprechend steht dem Kläger auch kein Anspruch auf Zahlung des mit der Klagerhöhung geltend gemachten Betrages zu.

Ein Anspruch auf Rückzahlung der für die Abrechnungszeiträume 2011 und 2012 geleisteten Vorauszahlungen und des geleisteten Nachforderungsbetrages aus der Abrechnung 2011 steht dem Kläger nicht zu. Auf die einzig in Betracht kommende Anspruchsgrundlage für einen Rückzahlungsanspruch, nämlich aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1, Satz 1 BGB kann sich der Kläger nicht berufen.

Der Kläger wendet sich gegen die materielle Richtigkeit der Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2011 und 2012. Im Fall der materiellen Unrichtigkeit einer Nebenkostenabrechnung steht dem Mieter für geleistete Vorauszahlungen kein Rückzahlungsanspruch zu.

Im Falle einer unterlassenen bzw. unbrauchbaren Abrechnung hat der Mieter bei fortbestehendem Mietverhältnis zwei Möglichkeiten (Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Auflage 2014, § 556, Rn. 244). Zum einen steht dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der laufenden Betriebskostenvorauszahlung zu. Zum anderen kann er auf Erteilung der Abrechnung klagen. Auch der BGH hat in seiner Entscheidung vom 29.03.2006 (NJW 2006, 2552) bei unwirksamer Abrechnung einen Rückzahlungsanspruch verneint, da dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht an den Vorauszahlungen bis zur ordnungsgemäßen Abrechnung als Druckmittel zur Verfügung stünde.

An diesen Grundsätzen ist auch dann festzuhalten, wenn der Mieter sich nicht auf eine nicht vorhandene oder formell unwirksame Abrechnung beruft, sondern auf die inhaltliche Unrichtigkeit. In untergerichtlicher Rechtsprechung und teilweise in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass einem Mieter bei fehlerhafter Abrechnung ein Rückzahlungsanspruch zu viel geleisteter Vorschüsse zustünde. Nach einer Entscheidung des Landgerichts Berlin vom 20.11.2006 (AZ: 62 S 95/06) bestehe kein Grund, den Mieter im laufenden Mietverhältnis auf ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Vorschüssen zu verweisen. Vielmehr sei ihm eine eigenständige Berechnung auf der Grundlage der ihm vorliegenden Unterlagen zu ermöglichen und entsprechend der tatsächlich entstandenen Nebenkosten zu schätzen und annäherungsweise dazu vorzutragen. Auch in der Literatur wird bei inhaltlich falscher Abrechnung ein Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Vorauszahlungen bejaht (Emmerich/Sonnenschein, 11, A 2014, § 556

BGB, Rn. 93). Trage der Mieter substantiiert vor, dass er mehr an Nebenkosten gezahlt hat, als er zu bezahlen verpflichtet gewesen wäre, ist der Vermieter beweispflichtig dafür, dass er nichts zurückzahlen müsse (Emmerich a. a. O.).

Diesen Erwägungen ist jedoch nicht zu folgen. Auch bei einer materiell unrichtigen Abrechnung steht dem Mieter uneingeschränkt das Druckmittel des Zurückbehaltungsrechtes an den laufenden Betriebskosten bis zur Erstellung einer materiell richtigen Abrechnung zu. Zudem streiten die Parteien vorliegend nicht nur um leicht begrenzbare Einzelpositionen einer Abrechnung, für die der Mieter eine Alternativberechnung anstellen und so den Rückzahlungsbetrag leicht ermitteln kann. Vorliegend macht der Kläger insbesondere geltend, dass Wärmecontractingkosten überhaupt nicht umlagefähig seien und stellt diesbezüglich Alternativberechnungen mit durchschnittlichen Gaspreisen im Versorgungsgebiet an. Dem Mieter ermangelt es jedoch tatsächlich an einer ausreichenden Schätzgrundlage für die Ermittlung zugrunde zu legender Heizkosten. Dies gilt insbesondere für eine Wohnanlage in der Größe wie sie vorliegend als Wirtschaftseinheit abgerechnet wird. Der Kläger selbst hat in der Berufungsverhandlung darauf hingewiesen, dass etwa 4.500 Menschen in der Anlage wohnen. Aufgrund der privatautonomen Vertragsmöglichkeiten einer Vermieterin in der Größe der Beklagten muss ihr die Aufgabe überlassen werden, in nachvollziehbarer Weise eine Abrechnung unter Berücksichtigung eines alternativen, nicht durch Wärmecontracting erfolgenden Gasbezugs zu erstellen. Der Beklagten ist hierbei in ihrer Entscheidung, welches Versorgungsunternehmen zu welchen Lieferpreisen sie ihrer Berechnung zugrunde legt, ein billiges Ermessen einzuräumen. Sie ist insoweit aber den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit unterworfen, wonach sie lediglich angemessene und erforderliche Kosten der Wärmelieferung zugrunde legen darf, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind (arg. ex § 556 Abs. 3 BGB, § 20 Abs. 1 S. 2 NMV, § 24 Abs. 2 II. BV).

Auch aus der von Klägerseite zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 06. Februar 2013 - VIII ZR 184/12) ergibt sich nichts anderes. Mit dieser Entscheidung hat der BGH einem Mieter die Möglichkeit zuerkannt, das von ihm ermittelte Abrechnungsergebnis, das ein Guthaben aufwies, gegen die Miete aufzurechnen. Dieser Fall ist jedoch nicht vergleichbar mit dem streitgegenständlichen Sachverhalt. In dem vom BGH entschiedenen Fall stand dem Mieter nicht mehr das Druckmittel des Zurückbehaltungsrechtes zu, da die Vermieterin die Nebenkostenabrechnung ihrerseits korrigiert hatte. Ob die von dem Kläger angestellte Alternativberechnung zutreffend ist, ist zudem, entgegen dem vom BGH entschiedenen Sachverhalt, nicht geklärt. Auch hat vorliegend die Beklagte, im Gegensatz zu dem vorgenannten Sachverhalt, überhaupt keine Alternativabrechnung erstellt, zu der sie jedoch, wie die folgenden Ausführungen zeigen, verpflichtet ist. Dem Kläger steht daher nach wie vor das Druckmittel des Zurückbehaltungsrechtes hinsichtlich der Vorauszahlungen zu, um die Beklagte zu einer ordnungsgemäßen Abrechnung zu bewegen.

2. Abrechnung über die vom Kläger geleisteten Vorauszahlungen auf die Betriebs- und Heizkosten für die Jahre 2011 und 2012.

Soweit die Beklagte Wärmecontractingkosten in die Jahresabrechnung einbezieht, ist die Abrechnung materiell fehlerhaft. Unter Contracting wird die gewerbliche

Wärmelieferung für Gebäude durch spezialisierte Unternehmen verstanden. Technisch geht es darum, dass der Contractor im Auftrag des Vermieters für den Betrieb der Heizungsanlage und/oder Warmwasseranlage verantwortlich ist. Dabei werden zwei Modelle des Contracting unterschieden: Bei dem praktisch wichtigsten Model finanziert der Contractor den Austausch der meist veralteten Heizkessel gegen eine moderne Neuanlage mit höherer Effizienz (§ 556 c Abs. 1 Nr. 1 BGB). Er übernimmt außerdem den Brennstoffeinkauf und die laufende Wartung (sog. full Contracting). Beim sog. Betriebsführungscontracting oder Teilcontracting (§ 558 c Abs. 1 S. 3 BGB) beschränkt sich der Contractor darauf, den Wirkungsgrad der vorhandenen Anlage durch Wartung und Steuerung zu verbessern, zudem übernimmt er die Beschaffung des Brennstoffs. Voraussetzung ist stets, dass die Anlage von Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung betrieben wird. Zum Entgelt der gewerblichen Wärmelieferung zählen nicht nur die reinen Verbrauchskosten, sondern auch solche, die der Wärmelieferant dem Vermieter als bei der Wärmeerzeugung entstanden berechnet, einschließlich kalkulatorischer Kosten (Investitions- und Finanzierungskosten, Amortisation, Reparaturen, Pacht von Räumen) sowie Gewinn, (vgl. Schlosser in Beckscher Online-Kommentar, Stand 01.08.2016, § 556 c BGB, Rn. 5). Vorliegend liegt der Fall des Betriebsführungscontracting vor, da nach den vertraglichen Bestimmungen die Beklagte für die Instandhaltung der Anlage verantwortlich bleibt (vgl. z. B. Vertrag 2012 § 8 Abs. 1 Anlage K3(BL 35; Vertrag 2009 §§ 3 Abs. 4,4, 7 Abs. 1).

Voraussetzung für die Umlage der Kosten der Wärmelieferung ist eine wirksame Vereinbarung über die Umlage der Kosten (Schlosser a. a. O., Rn. 9).

Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Wärmecontractingkosten hier nicht umlagefähig, da sie vertraglich nicht vereinbart worden sind. Bei dem zwischen den Parteien geltenden Mietvertrag handelt sich um einen Altvertrag aus dem Jahr 1986, der in § 3 Abs. 4 wegen der umzulegenden Betriebskosten auf § 27 zweite Berechnungsverordnung verweist. Zum damaligen Zeitpunkt sah Anlage 3 zu § 27 der zweiten Berechnungsverordnung eine Umlegung der Wärmelieferungskosten auf den Mieter nur für den Bereich der Fernwärme vor. Vorliegend wird für die Wohnung des Klägers jedoch Wärme im Nahbereich geliefert. Die durch Erzeugung von Wärme im Keller entstehenden Kosten sind jedoch erst durch die Verordnung zur Änderung energiesparrechtlicher Vorschriften vom 19.01.1989 in den Kreis der umlagefähigen Betriebskosten einbezogen worden. Der Einwand der Beklagten, nach § 3 Abs. 4 (am Ende) seien auch neu entstehende Betriebskosten umlagefähig, greift nicht durch. Vielmehr ist die Auffassung des Amtsgerichtes zutreffend, wonach nach Auslegung des Mietvertrages über die in § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 4 geregeltem Falle hinaus auch die Wärmekosten eines Contractors zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen würde. Mit neuen Betriebskosten im Sinne von § 3 Abs. 4 des Mietvertrages sind völlig neue, vorher noch nicht existente Kosten gemeint. Die Kosten des Betriebs der Heizungsanlage durch Eigenversorgung (und nicht durch Dritte) war damals schon vertragsgegenständlich.

Auch § 5 Abs. 3 Neubaumietenverordnung 1970, die auf preisgebundenen Wohnraum anzuwenden ist, spricht gegen eine Überwälzung der Kosten des Wärmecontracting auf den Kläger. Nach dieser Norm sind nämlich die Kosten des Wärmecontractings aus den Gesamtkosten herauszurechnen. Die Kostenmiete ist im Fall der Umlegung mithin zu reduzieren. Daran ändert auch der Einwand der

Beklagten nichts, dass die NMV 1970 nach § 16 SHWoFG nicht mehr gelte. Nach dieser Bestimmung wird lediglich die Kostenmiete von der Basismiete abgelöst. Das darf jedoch nicht zu einer Benachteiligung des Mieters führen.

Betriebskostendefinitionen des § 556 Abs. 1 und 4 BGB dürfen bei allen Arten von Wohnraum nicht zum Nachteil des Mieters abgeändert, insbesondere erweitert werden (Langenberg/Zehlein, Betriebskosten -und Heizkostenrecht, 8. A. 2016 Rn. B2). Das gilt auch für preisgebundenen Wohnraum (§ 20 Abs. 1 NMV). Die nach SHWoFG definierte Basismiete darf mithin nur im Sinne der bundesrechtlichen zwingenden Vorschriften zu den Betriebskosten verstanden werden. Durch die landesrechtliche Bestimmung des § 16 SHWoFG können mithin die zwingenden mieterschützenden Vorschriften zu Betriebskosten nicht abbedungen werden. Es verbleibt daher insoweit bei der Anwendbarkeit der NMV 1970.

Entgegen der Auffassung der Beklagten führte auch nicht das Ausscheiden zum 01.06.2004 aus dem Mietvertrag zu einer Einbeziehung der Wärmecontractorkosten. Nach dem Nachtrag Nr. 1 zum Mietvertrag (Anlage K10, Blatt 118 d. A.) wird ausdrücklich unter Ziffer II bestimmt, dass alle übrigen Bestimmungen des Mietvertrages unverändert bleiben und noch Ziffer 1 lediglich aus dem Mietvertrag ausscheidet.

Soweit der Kläger die Verbrauchsablesung 2012 bestreift, ist nach dem Vorbringen der Beklagten kein durchgreifender Einwand gegen die Verbrauchsermittlung festzustellen.

Vielmehr entspricht danach der am 05.01.2013 durch einen Mitarbeiter abgelesene Wert demjenigen, der durch Funk am 31.12.2012 übertragen worden ist. Am 05.01.2013 hat mithin der Mitarbeiter lediglich das Messergebnis festgestellt. Eine gesonderte Ablesung war damit nicht verbunden. Das ist nachvollziehbar und dem ist der Kläger auch nicht substantiiert entgegengetreten. Einer Korrektur der Abrechnung bedarf es insoweit nicht.

Bereits vorsorglich wird der Kläger darauf hingewiesen, dass eine Kürzung der Heizkostenabrechnung pauschal um 15% nicht gerechtfertigt ist. Er begründet das Kürzungsrecht mit § 12 Abs. 1 HeizkostenV, da die Ablesung zu spät erfolgt und dem Kläger das Ergebnis zu spät mitgeteilt worden sei und zudem keine ordnungsgemäßen Belege vorgelegt worden seien. Ein Kürzungsrecht besteht, wenn die Kosten der Versorgung mit Wärme und Warmwasser nicht nach den Vorschriften der HeizkostenV verbrauchsabhängig abgerechnet werden, obwohl der Vermieter hierzu verpflichtet ist. Darum geht es vorliegend aber nicht. Nach § 6 Abs. 1 HeizKV soll dem Nutzer das Ergebnis der Ablesung in der Regel innerhalb eines Monats mitgeteilt werden. Hieraus folgt kein Kürzungsrecht, weil das Unterbleiben der Mitteilung keine Abrechnung entgegen den Vorschriften der HeizkostenV ist. Eine Sanktion gegen den Verstoß der Mitteilungspflicht ist nicht gesetzlich bestimmt (MüKoBGB/M. Schmid HeizkostenV § 12 Rn. 1 - 4). Ein Kürzungsrecht steht dem Kläger daher nicht zu.

Im Hinblick auf die Vorauszahlungen auf die Gartenpflegekosten, die der Kläger aufgrund parkähnlichen Charakters gänzlich zurückfordert, ist die Kammer nach den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung der Auffassung, dass die Abrechnung ebenfalls zu korrigieren ist. Nach der Entscheidung des BGH

(10.02.16, VIII ZR 33/15) geht Garten- oder Parkflächen, die durch bauplanerische Bestimmungen oder auch durch den Vermieter selbst für die Nutzung der Öffentlichkeit gewidmet werden, der erforderliche Bezug zur Mietsache verloren, der über das in § 556 BGB Absatz 1 Satz 2 BGB enthaltene Merkmal des bestimmungsgemäßen Gebrauchs für die Umlegung von Betriebskosten vorausgesetzt ist. Liegt eine derartige Widmung zugunsten der Öffentlichkeit vor, so dass jedermann die Nutzung dieser Flächen unabhängig davon gestartet ist, ob er eine Wohnung in der Wohnanlage der Beklagten angemietet hat, können die Kosten der Pflege dieser Flächen nicht mehr als Nebenkostenden Mietern angelastet werden (BGH a. a. O.). Die Beklagte hat mit Anlage B 16 (Bl. 228 f.) Auszüge aus dem Liegenschaftskataster der Wirtschaftseinheit eingereicht. Hieraus ergibt sich, dass zwischen den Wohnblocks der Beklagten umfangreiche Freiflächen vorhanden sind. Eine Abzäunung insbesondere zu den an das Gelände angrenzenden Straßen und Wegen ist unstreitig nicht vorhanden. Schon allein aufgrund der Größe des Areals, das nach den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung über mehrere Straßenzüge in Glinde reicht, können Bewohner anliegender Grundstücke das Gelände ohne weiteres als Abkürzung nutzen. Dass die Beklagte eine Nutzung Dritter bestreitet, ist in Anbetracht dieser Dimensionen des Anwesens der Beklagten nicht hinreichend konkretisiert. Die Anlage spricht mithin bereits aufgrund ihrer Gestaltung und der gegenwärtigen Nutzung dafür, dass hier zumindest eine stillschweigende Widmung des Eigentümers für die Öffentlichkeit gegeben ist. Zudem waren im Abrechnungszeitraum auch unstreitig keine Hinweisschilder aufgestellt, die nur den Bewohnern das Betreten der Anlage gestattete. Auch das spricht zumindest für eine stillschweigende Widmung für die Öffentlichkeit durch den Eigentümer.

Hinsichtlich der fehlenden Belege zu den Hausmeisterkosten mag der Kläger sein Recht zur Einsichtnahme in die Belege nach Vorlage der korrigierten Abrechnung ausüben. Etwaige Einwendungen hinsichtlich der Einbeziehung von Reparaturkosten wären danach einer Prüfung zu unterziehen.

Der Kläger kann erneute Abrechnungen für die Jahre 2011 und 2012 verlangen. Die Begleichung des Nachforderungssaldos aus 2011 steht einem neuen Abrechnungsverlangen nicht entgegen. Der Einwendungsausschluss gem. § 556 Abs. 3 S. 5 und 6 BGB gilt nicht für preisgebundenen Wohnraum (BGH NJW 2005,3135). Auch muss sich der Kläger nicht die Einwendung der Kenntnis der Nichtschuld (§ 814 BGB) entgegen halten lassen. Grundsätzlich begründet eine Zahlung kein Anerkenntnis des Abrechnungssaldos (allg. M., s. Blank in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. A. 2014, § 556, Rn. 228). Nur wenn der Mieter positive Kenntnis von den Einwendungen gegen den sich aus der Abrechnung ergebenden Nachforderungsbetrag hatte, ist die Rückforderung ausgeschlossen (Blank a. a. O. Rn. 229). Zweifel an der Abrechnung oder die Absicht, diese nach erfolgter Zahlung noch rechtlich zu überprüfen zu lassen, begründen noch keine positive Kenntnis (vgl. Milger in *NZM* 2009, 497). Positive Kenntnis von der Nichtschuld hatte der Kläger nicht. Der Kläger mag von dem aus §§ 8 Abs. 4 WoBindG, 29 Abs. 1 NMV folgenden umfassenden Auskunfts- und Einsichtsrecht in die Belege gehabt haben. Dass für ihn hieraus jedoch auch Einwendungen gegen die Rechnungshöhe folgen könnten, ist nicht vorgebracht. Zwar ergibt sich aus der Abrechnung 2011 die Geltendmachung von Kosten für "gewerbliche Wärmelieferung" (Abrechnung vom 18.07.2012, dort Seite 1 unten, Bl. 55 d. A.). Dass der Kläger damit auch Kenntnis von den Einwendungen hatte, die gegen

Wärmecontractingkosten geltend gemacht werden können, hat die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht vorgetragen.

3. Zurückbehaltungsrecht an Heiz- und Betriebskosten bis zur erneuten Abrechnung

Der Kläger hat den mit Schriftsatz vom 29.02.2016 gestellten Hilfsantrag nach entsprechender Auslegung seines Begehrens hilfsweise für den Fall gestellt, dass er mit seinem Zahlungsanspruch nicht durchdringt. Da er keine Zahlung, wohl aber eine erneute Abrechnung für die Jahre 2011 und 2012 verlangen kann, ist über den Hilfsantrag zu entscheiden. Dem Mieter steht zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Erteilung einer Abrechnung gemäß § 273 BGB an den laufenden Betriebskostenvorauszahlungen ein Zurückbehaltungsrecht zu. Dieses ist jedoch der Höhe nach auf die insgesamt im Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen beschränkt (Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. A. 2016, G II Abrechnungspflicht, Rnr. 96 m. w. N.). Gleiches hat auch für die Heizkosten zu gelten. Für das Abrechnungsjahr 2011 hat er gemäß der Abrechnung vom 30.11.2012 (Anlage K 7, Bl. 51 d. A.) 1.475,00 € auf die Betriebskosten und 1.735,00 € auf die Heizkosten, insgesamt also 3.210,00 €, geleistet Ausweislich der Abrechnung für das 2012 hat der Kläger 1.596,00 € auf die Betriebskosten und 1.812,00 € auf die Heizkosten als Vorauszahlung gezahlt, insgesamt 3.408,00 € (Anlage K 2, Bl. 25 d. A.). Im Umfang des Gesamtbetrages von 6.618,00 € ist damit der Kläger zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts befugt. In diesem Umfang war der Antrag entsprechend zu beschränken.

4. Ein weitergehender Schadensersatzanspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Anwaltskosten als zugesprochen steht dem Kläger nicht zu. Der Kläger dringt mit seinem Zahlungsanspruch nicht durch und kann lediglich neue Abrechnungen verlangen.

5. Über den Hilfsantrag auf Zurückverweisung war nicht zu entscheiden, da den vorherigen Hilfsanträgen stattgegeben worden ist,

B) Berufung der Beklagten

Die Berufung ist unbegründet. Ein Zahlungsanspruch aus der fehlerhaften Abrechnung 2012 steht der Beklagten nicht zu. Der Feststellungsantrag des Klägers war insoweit begründet.

C) Die Revision war nicht zuzulassen, da wegen der Einzelfallgestaltung die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch eine Fortbildung des Rechts oder Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung erforderlich ist.

D) Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 97, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.