BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

XII ZR 56/11

Verkündet am:
10. September 2014
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 305 c, 307 Bb, 308 Nr. 5, 310, 535

a) Die Umlage von "Verwaltungskosten" in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mietvertrages über Geschäftsräume ist weder überraschend im Sinne von § 305 c BGB, noch verstößt sie gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, auch wenn die Klausel keine Bezifferung oder höhenmäßige Begrenzung der Verwaltungskosten enthält (im Anschluss an Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41).

b) Die formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach verstößt gegen § 307 Abs. 1, 2 BGB (im Anschluss an Senatsurteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84).

c) Die formularmäßig vereinbarte Klausel eines Gewerberaummietvertrages, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum belegenen Ladenlokals als Nebenkosten zusätzlich zu den Kosten der "Verwaltung" nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des "Center-Managements" gesondert auferlegt, ist intransparent und daher gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam (im Anschluss an Senatsurteile vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41).

BGH, Versäumnisurteil vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - OLG Brandenburg
LG Frankfurt/Oder

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. September 2014 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Nedden-Boeger und Dr. Botur

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 20. April 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage über die teilweise Abweisung in dem Urteil des Landgerichts Frankfurt (Oder) vom 1. Juli 2010 hinaus in Höhe weiterer 27.764,95 € nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Rückzahlung von Betriebskosten für die Jahre 2005 bis 2007 aus einem beendeten Mietverhältnis über Gewerberäume.

2 Die Parteien waren durch einen auf zehn Jahre befristeten, formularmäßig abgeschlossenen Mietvertrag über ein Ladenlokal in einem Einkaufszentrum verbunden. Sie streiten darüber, ob und in welchem Umfang einzelne auf die Gemeinschaftseinrichtungen des Zentrums entfallenden Nebenkosten wirksam auf die Klägerin - anteilig - umgelegt wurden.

3 Die maßgebende Klausel des Mietvertrages vom 12. Juli 1995 lautet wie folgt:

> "§ 8/II
>
> Nebenkosten
>
> Sämtliche Nebenkosten des Einkaufszentrums, insbesondere alle Kosten des Betriebes und der Instandhaltung der technischen Anlagen werden von allen Mietern anteilig getragen. Die Nebenkosten werden in ihrer tatsächlichen, nachgewiesenen Höhe ohne Beschränkung auf die in der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung aufgeführten Kosten auf die Mieter umgelegt. Insbesondere sind dies Kosten für:
>
> - Heizung, darin enthalten die Kosten des Betriebes, der Wartung und Pflege, und die Instandhaltung sowie des Energieverbrauchs aller Einrichtungen, die Heizungs- und Lüftungsanlage betreffen,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

sowie einschließlich der Beheizung der Passage, sowie die Kosten für die Verbrauchserfassung und Abrechnung.

- ...

- ...

- Wassergeld einschließlich Instandhaltung der Wasserversorgungsanlagen,

- Pflege der Grünanlagen und Anpflanzungen,

- Schornsteinfeger,

- Hausmeister, Betriebspersonal, Center-Manager und Verwaltung,

- Aufzug, Fahrsteigen und Fahrtreppen (Strom, Wartung, TÜV-Gebühren),

-...

- ...

- die Lautsprecheranlage und Berieselung,

- die Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes,

- Reinigung der Sozialräume, Verkehrswege, Parkflächen und sonstigen Auslagen einschließlich Straßenreinigung und Schneeräumung,

- ...

- ...

- Stromversorgung der Gemeinschaftsanlagen und Verkehrsflächen einschließlich der Instandhaltung der Stromversorgungsanlagen,

- Versicherungen, - Raumkosten für Büro-, Verwaltungs- und Technikräume, sowie Gemeinschaftseinrichtungen, Gemeinschaftssozialräume, Kunden-WC's usw. auf der Grundlage örtlicher Mieten einschließlich der darauf anteilig entfallenden Nebenkosten.

...

Der Mieter kann binnen 3 Wochen nach Zugang der Abrechnung Einsicht - nach vorheriger Anmeldung - in die vom Vermieter oder dessen Hausverwalter ausliegenden Unterlagen während der üblichen Geschäftszeiten nehmen. Einwendungen gegen die Abrechnung muss der Mieter innerhalb von 4 Wochen nach Zugang der Abrechnung schriftlich erheben. Nach Ablauf dieser Fristen sind Einwendungen gegen die Abrechnung ausgeschlossen."

4 Wegen der Betriebskosten der Jahre 1998 bis 2004 ergaben sich teilweise Guthaben der Klägerin, teilweise Nachforderungen der Beklagten. Insofern forderte die Klägerin Auszahlung bzw. veranlasste Nachzahlungen. Bis zum Abrechnungsjahr 2003 umfassten die Nebenkostenabrechnungen 16 Kostenarten. Unter dem 14. Dezember 2005 wurde für das Jahr 2004 eine Nebenkostenabrechnung erstellt, in der wesentlich mehr Kostenpositionen aufgeführt waren. Ebenso wurde für die Jahre 2005 bis 2007 verfahren. Die Klägerin kürzte die für die vorgenannten Jahre erstellten Nebenkostenabrechnungen um diver-

se Positionen. Nach teilweiser Klagerücknahme hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 34.630,84 € nebst Zinsen zu verurteilen.

5 Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 31.173,97 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das angefochtene Urteil teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erstrebt.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang begründet und führt insoweit zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist sie unbegründet. Über das Rechtsmittel ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden, weil die Beklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung in der mündlichen Revisionsverhandlung nicht anwaltlich vertreten war; inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis der Beklagten, sondern auf einer umfassenden Würdigung des Sach- und Streitstandes (BGHZ 37, 79, 81 f.).

I.

7 Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

8 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte für die Jahre 2005 bis 2007 kein Anspruch auf Rückzahlung von Nebenkostenvorauszahlungen zu, da sie die

abgerechneten Betriebskosten aufgrund der mietvertraglichen Regelung schulde. Die in § 8/II getroffene Umlagevereinbarung sei wirksam und stelle deshalb den Rechtsgrund für die von der Klägerin geleisteten Zahlungen dar. In einem Formularmietvertrag über Geschäftsräume könnten die Vertragsparteien zur weitergehenden Übertragung von Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten und von deren Kosten Regelungen treffen. Wartungskosten könnten ohne Kostenobergrenze auf die Mieter abgewälzt werden. Dies gelte ebenso für Verwaltungskosten. Die in § 8/II des Mietvertrages getroffene Regelung sei dahin zu verstehen, dass der Mieter die in der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung aufgeführten Kosten der Nr. 1 bis 16 und darüber hinaus sämtliche übrigen anfallenden Nebenkosten, insbesondere alle Kosten der Wartung und der Instandhaltung der technischen Anlagen einschließlich der Kosten des Betriebes, zu tragen habe. Soweit die Parteien die umzulegenden Betriebskosten nicht im Einzelnen aufgelistet hätten, sei eine Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung oder der Betriebskostenverordnung ausreichend. Die getroffene Vereinbarung bestimme die zu tragenden Betriebskosten daher hinreichend genau. Sie enthalte auch keine überraschenden oder unklaren Klauseln im Sinne des § 3 AGBG/§ 305 c BGB. Die Regelung halte auch der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 ff. AGBG/§§ 307 ff. BGB stand. Das Landgericht habe zu Unrecht einen Verstoß gegen die bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Unternehmern allein maßgebliche Generalklausel des § 9 AGBG/§ 307 BGB festgestellt. Eine unangemessene Benachteiligung entgegen Treu und Glauben liege nicht vor. Das gelte auch hinsichtlich der im 7. Spiegelstrich getroffenen Regelung zur Umlage der Kosten für "Hausmeister, Betriebspersonal, Center-Manager und Verwaltung". Die Kostenansätze zu den einzelnen Positionen seien zwar gegebenenfalls in der Abrechnung eindeutig zu differenzieren und dürften keineswegs mehrfach erfolgen. Unklare oder un-

verständliche Regelungen im Sinne des Transparenzgebots lägen aber nicht vor. Die Beklagte habe die Tätigkeit des Centermanagements mit Schreiben vom 1. März 2007 im Einzelnen erläutert und auch im Übrigen die im Einzelnen entstehenden Kosten in der Abrechnung eindeutig differenziert. Die Betriebskostenabrechnungen ab dem Jahr 2004 enthielten zwar erheblich mehr Einzelpositionen als die vorausgegangenen Abrechnungen. Dies begründe aber nur eine verbesserte Nachvollziehbarkeit für die Mieter. Bei Bedenken hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Kosten hätte die Klägerin Einsicht in die Belege nehmen können und müssen. Die Annahme, dass andere Kostenpositionen als in den Jahren zuvor umgelegt worden seien, sei nicht gerechtfertigt. Im Übrigen hätte die Klägerin dies kontrollieren und gegebenenfalls im Einzelnen reklamieren müssen.

II.

9 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Rückzahlung bereits gezahlter Betriebskosten aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB gegen die Beklagte, soweit die Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet worden sind. Das ist insoweit der Fall, als Betriebskosten nicht wirksam auf die Klägerin als Mieterin umgelegt worden sind.

10 1. Dabei sind die unstreitig formularmäßigen Vertragsklauseln nicht am Maßstab des früheren § 9 AGBG, sondern an demjenigen des § 307 BGB zu überprüfen. Denn nach Art. 229 § 5 EGBGB sind auf Dauerschuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind, nicht mehr das BGB und das AGB-Gesetz in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, sondern vom 1. Januar 2003 an nur das BGB nebst weiteren Gesetzen in der dann geltenden

Fassung anzuwenden. Diese Übergangsregelung bezieht sich gerade auf den Fall, in dem Vertragspflichten bereits vor dem Stichtag wirksam begründet wurden (vgl. Senatsurteil vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rn. 10 mwN).

11 2. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die in § 8/II des Mietvertrages unter dem 7. Spiegelstrich getroffene Vereinbarung über die Umlage von Verwaltungskosten wirksam ist. Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine in einem gewerblichen Mietvertrag vereinbarte Formularklausel zur Umlage der "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" nicht überraschend iSv § 305 c Abs. 1 BGB und benachteiligt den Mieter auch nicht unangemessen iSv § 307 BGB. Das gilt für die vorliegend vereinbarte Umlage der "Verwaltungskosten" in gleicher Weise (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 8 ff.; vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NJW-RR 2010, 739 Rn. 7 ff.; vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - NZM 2012, 83 Rn. 8 ff.; vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rn. 11 ff. und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 23 f.).

12 a) Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich bei der Regelung nicht um eine unzulässige Überraschungsklausel iSd § 305 c BGB. Die Umlegung von Verwaltungskosten auf den gewerblichen Mieter ist nicht so ungewöhnlich, dass dieser als Vertragspartner damit nicht zu rechnen brauchte. Etwas anderes ergibt sich weder aus der Art der Kosten noch aus den sonstigen Umständen.

13 aa) Die Frage der Einbeziehung der Klausel ist allein aufgrund des Vertragsinhalts zu beantworten (§ 305 c BGB). Dass die Bewertung der Bestimmung nicht von der Höhe der Kosten im Einzelfall und deren Verhältnis zu an-

deren Positionen abhängen kann, zeigt sich schon daran, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststehen muss, welche Kosten entstehen werden. Der Mieter ist vor überhöhten Forderungen insoweit durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt, das den Vermieter etwa dazu verpflichtet, den Mieter von der Umlegung nicht erfasster Kosten freizustellen (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 11 und vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - NZM 2012, 83 Rn. 11).

14 Die Klausel ist demnach nur überraschend, wenn sie einen - gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden - Inhalt hat, mit dem der Vertragspartner des Verwenders nicht zu rechnen braucht. Das ist hier nicht der Fall. Der Vermieter kann die Verwaltungskosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen umlegen. Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass die Kosten nicht zu einem Überraschungseffekt führen. Wenn sie sich im Rahmen des Ortsüblichen halten, können sie von dem gewerblichen Mieter wenigstens im Groben abgeschätzt werden (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 12 mwN und vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - NZM 2012, 83 Rn. 11). Das Berufungsgericht hat nicht in Frage gestellt, dass die in den streitgegenständlichen Nebenkostenabrechnungen angesetzten Verwaltungskosten hinsichtlich der Höhe üblich sind. Insofern hat auch die Revision keine Einwendungen erhoben. Deshalb musste die Klägerin als gewerbliche Mieterin aufgrund der Beschreibung der Kostenposition auch ohne zusätzliche Aufklärung oder Bezifferung der Kosten damit rechnen, dass die Kosten in dieser Größenordnung anfallen werden (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 13 und vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - NZM 2012, 83 Rn. 12).

15 bb) Ein Überraschungseffekt ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus der Stellung der Klausel über die Verwaltungskosten im Rahmen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Durch die Platzierung der

Klausel unter den 7. Spiegelstrich wird auch im Zusammenhang mit der fehlenden Bezifferung der Kosten nicht der Eindruck erweckt, dass es sich um eine vergleichsweise unbedeutende Position handele. Die einzelnen Kostenarten der Auflistung stehen vielmehr gleichrangig nebeneinander. Es gibt - auch aus der Sicht des Vertragspartners - keinen Grund für die Annahme, dass die Kostenpositionen im weiteren Verlauf der unter den Spiegelstrichen erfolgenden Aufzählung weniger bedeutsam sind. Aus der Stellung der Klausel könnte sich ein Überraschungseffekt vielmehr nur dann ergeben, wenn diese in einem systematischen Zusammenhang stehen würde, in dem der Vertragspartner sie nicht zu erwarten braucht (vgl. Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 16 f. und vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - NJW 2010, 3152 Rn. 27).

16 Das ist hier indessen nicht der Fall. Nach der Systematik des in § 8/II des Mietvertrages enthaltenen Kostenkatalogs ist die Regelung der Verwaltungskosten unter dem 7. Spiegelstrich nicht überraschend. Aus der Überschrift "Nebenkosten" und dem Umstand, dass die Verwaltungskosten nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV nicht zu den Betriebskosten gehören, folgt nichts anderes (vgl. auch BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 17).

17 Schließlich folgt auch nicht aus einer Gesamtwürdigung der Umstände, hier der im Mietvertrag nicht genannten konkreten Höhe der Verwaltungskosten sowie der unter demselben Spiegelstrich erfolgten Aufzählung verschiedener Kostenarten, dass die Klausel überraschend ist. Hätte die Klägerin nähere Angaben über die Kosten erhalten wollen, hätte sie insoweit nachfragen müssen (vgl. Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 19 f. und vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - NZM 2012, 83 Rn. 16).

18 b) Die Klausel ist auch nicht wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Nach diesem Gebot sind

Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Vertragspartners (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 22). Dem genügt die vorliegende Klausel.

19 Der in § 8/II des Mietvertrages unter dem 7. Spiegelstrich verwendete Begriff der "Verwaltungskosten" ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten kann auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden. Dass diese Regelungen für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind, steht ihrer Heranziehung als Hilfsmittel zur näheren Begriffsbestimmung nicht im Wege. Auch die Herausnahme der Verwaltungskosten aus den umlegbaren Kosten nach der Betriebskostenverordnung hindert nicht daran, im Bereich der Geschäftsraummiete zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die vorhandene gesetzliche Definition zurückzugreifen. Es trifft zwar zu, dass bei gewerblichen Mietobjekten andere Verwaltungskosten anfallen als bei der Wohnraummiete. Daraus folgt aber nicht, dass die gesetzliche Definition bei der Gewerbemiete nicht sinnvoll anzuwenden wäre. Wenn die im Einzelfall anfallenden Verwaltungskosten auch weitere als die gesetzlich definierten Positionen erfassen, so folgt daraus allein, dass die Kosten insoweit bei Heranziehung der gesetzlichen Definition nicht umlegbar sind. Die Transparenz des Begriffs der Verwaltungskosten wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Verbleibende Unklarheiten gehen überdies nach § 305 c Abs. 2 BGB zulasten des Klauselverwenders (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 23 ff.; vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NJW-RR 2010, 739 Rn. 9; vom 4. Mai 2011

- XII ZR 112/09 - NZM 2012, 83 Rn. 18; vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rn. 12 ff. und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 24).

20 Entgegen der Auffassung der Revision ist eine andere Beurteilung nicht aufgrund des Umstands gerechtfertigt, dass unter dem 7. Spiegelstrich weitere Kostenpositionen und unter dem letzten Spiegelstrich zusätzlich Raumkosten für Büro-, Verwaltungs- und Technikräume aufgeführt werden. Dadurch wird die Regelung über die Verwaltungskosten nicht intransparent. Denn bei den einzelnen Klauseln bzw. Klauselteilen, die jeweils die Übertragung verschiedener Kosten regeln, obwohl sie teilweise denselben Sachkomplex betreffen, handelt es sich um nebeneinanderstehende selbständige Regelungsteile. Der Begriff der Verwaltungskosten verliert nicht dadurch seine Bestimmtheit, dass daneben noch andere Kosten auf den Mieter abgewälzt wurden. Vielmehr ist, soweit sich Kostenpositionen teilweise überschneiden, bei der Betriebskostenabrechnung darauf Bedacht zu nehmen, dass Kosten nicht doppelt abgerechnet werden (vgl. Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 25 und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 24). Soweit der Senat bei einer Klausel, die Verwaltungskosten enthielt, einen Verstoß gegen das Transparenzgebot angenommen hat (Senatsurteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84, 85), waren im entschiedenen Fall die Verwaltungskosten Teil einer wesentlich umfangreicheren Regelung, die auch Versicherungs- und Instandhaltungskosten einschloss und schon im Hinblick auf den Umfang des Gesamtobjekts, auf das sich die Kosten bezogen, unklar war (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 28 und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 25 ff.).

21 3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts benachteiligt § 8/II des Mietvertrages die Mieterin gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB dagegen unan-

gemessen, soweit ihr anteilig die Erhaltungslast für das gesamte Einkaufszentrum auferlegt wird. Die Überwälzung der gesamten Kosten der Instandhaltung des Einkaufszentrums weicht insoweit erheblich vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages ab.

22 Die Verpflichtung zur Instandsetzung und Instandhaltung kann nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur bei der Gewerberaummiete 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. 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 benachteiligten den Mieter unangemessen (Senatsurteile vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84, 85 mwN und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 16 f.).

23 Nach diesen Grundsätzen halten die von der Klägerin beanstandeten vertraglichen Bestimmungen über die Wartung und Instandhaltung aller techni-

schen Einrichtungen einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB nicht stand (vgl. auch Senatsurteil vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 22). Sie überbürden dem Mieter anteilig nach der von ihm gemieteten Fläche ohne Begrenzung der Höhe nach die Kosten der Instandhaltung des Einkaufszentrums und seiner Gemeinschaftsanlagen sowie der Instandhaltung der im Einzelnen aufgeführten Anlagen. Die Klausel ist deshalb insoweit gemäß § 307 BGB unwirksam.

24 Da das Berufungsgericht die vorgenannten Bestimmungen für wirksam erachtet hat, hat es sich nicht die Frage vorgelegt, inwieweit sich aus der Unwirksamkeit Auswirkungen auf die Betriebskostenabrechnungen für die streitgegenständlichen Jahre ergeben. Die von der Klägerin beanstandeten Kostenpositionen enthalten zwar von ihrer Bezeichnung her keinen Instandsetzungsaufwand. Da insbesondere nach § 8/II Satz 1 des Mietvertrages aber sämtliche Nebenkosten des Einkaufszentrums, insbesondere des Betriebs, der Instandhaltung und der Gemeinschaftsanlagen, unterschiedslos auf die Mieterin abgewälzt worden sind, kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch solche Kosten in die Abrechnung eingeflossen sind.

25 4. Schließlich hält auch die Klausel unter § 8/II des Mietvertrages (7. Spiegelstrich) der Inhaltskontrolle nicht stand, soweit die Kosten des Centermanagements anteilig auf die Mieterin umgelegt worden sind. Der Senat hat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden, dass der Begriff des Centermanagements oder "Center-Manager", wie im Vertrag aufgeführt, nicht hinreichend bestimmt ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hinsichtlich dieses Begriffs fehlt es an ausreichender Transparenz; es ist nicht ersichtlich, welche Kosten hier einbezogen und welche Leistungen dem Inhalt nach hiervon erfasst werden sollen. Denn gerade weil die Klägerin daneben auch "Kosten für Verwaltung" und ferner "Raumkosten für Büro- und Verwaltungsräume" verlangt, ist nicht

ersichtlich, welche anderen Kosten unter den Begriff "Center-Manager" fallen. Der Begriff "Kosten für Center-Manager" erlaubt keine Eingrenzung der damit inhaltlich verbundenen Einzelpositionen, da etwa auch Aufwendungen für Marktanalysen, Ermittlung von Kundenwünschen, Werbe- und PR-Maßnahmen, Dekoration, Veranstaltungen sowie sonstige Profilierungsmaßnahmen erfasst sein könnten. Da der Umfang der durch den "Center-Manager" zu ergreifenden Maßnahmen weder vertraglich eingegrenzt ist noch etwa die Begriffe eines allgemein "Ortsüblichen und Notwendigen" eine hinreichend klare Eingrenzung ermöglichen, können die hierunter entstehenden Kosten auch nicht im Groben abgeschätzt werden und sind deshalb intransparent (Senatsurteile vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rn. 15 mwN und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 14 f.). Verstöße gegen das Transparenzgebot entsprechen nicht den Gebräuchen und Gepflogenheiten des Handelsverkehrs (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB) und führen daher auch gegenüber einem Unternehmer zur Unwirksamkeit formularmäßiger Geschäftsbedingungen. Das gilt auch dann, wenn der mit den Geschäftsbedingungen konfrontierte Unternehmer eine bedeutende Marktstellung innehat, aufgrund derer er von vornherein hätte versuchen können, andere Vertragsbedingungen auszuhandeln (Senatsurteile vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rn. 16 und vom 26. September 2012 - XII ZR 112/10 - NJW 2013, 41 Rn. 11).

26 An dieser Bewertung ändert sich auch im Hinblick auf das Schreiben der Beklagten vom 1. März 2007, mit dem sie die Aufgaben des Center-Managers erläutert hat, nichts. Denn bei der Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, ist auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (BGHZ 185, 133 = NJW 2010, 2041 Rn. 30 mwN).

27 5. Selbst wenn die Klägerin die Nebenkostenabrechnungen auch hinsichtlich der streitgegenständlichen Positionen in der Vergangenheit unbeanstandet beglichen haben sollte, wäre hierdurch keine gesonderte Vereinbarung einer Umlagenregelung zustande gekommen (vgl. Senatsurteil vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - NJW 2012, 54 Rn. 17). Ein Änderungsvertrag, der eine erweiterte Umlage von Betriebskosten zum Gegenstand hat, kann zwar grundsätzlich auch stillschweigend zustande kommen (BGH Urteil vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 279/06 - NJW 2008, 283 Rn. 18; Senatsbeschluss vom 29. Mai 2000 - XII ZR 35/00 - NJW-RR 2000, 1463). Erforderlich ist dafür aber, dass der Vermieter nach den Gesamtumständen davon ausgehen kann, der Mieter stimme einer Umlage weiterer Betriebskosten zu. Dafür reicht es grundsätzlich nicht aus, dass der Mieter Betriebskostenabrechnungen unter Einbeziehung bisher nicht wirksam vereinbarter Betriebskosten lediglich nicht beanstandet. Abgesehen davon lässt sich aus der Sicht des Mieters der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die von den Formulierungen des Mietvertrages an sich gedeckt ist, schon nicht ohne weiteres der Wille des Vermieters entnehmen, eine Änderung des Mietvertrages herbeiführen zu wollen. Selbst wenn der Mieter daraufhin eine Zahlung erbringt, kommt darin zunächst allein dessen Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein. Anders verhält es sich, wenn aufgrund besonderer Umstände der Änderungswille des Vermieters für den Mieter erkennbar ist; solche besonderen Umstände lagen hier indessen nicht vor.

28 6. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben, soweit die Klägerin die Betriebskostenabrechnungen - mit Ausnahme der Verwaltungskosten - noch beanstandet. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, da es weiterer tatrichterlicher Feststellungen dazu bedarf, ob und gegebenenfalls inwieweit die von der Klägerin beanstandeten Positionen Aufwendungen enthalten, deren Umlage nicht wirksam vereinbart worden ist.

29 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

30 Nach § 8/II letzter Absatz des Mietvertrages muss der Mieter Einwendungen gegen die Abrechnung innerhalb von vier Wochen nach Zugang der Abrechnung schriftlich erheben; nach Ablauf dieser Frist sind Einwendungen gegen die Abrechnung ausgeschlossen. Ob die Klägerin nach dieser Maßgabe Einwendungen geltend gemacht hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sollte dies nicht der Fall sein, wird zu prüfen sein, ob die vorgenannte Regelung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhält.

31 Die Klausel verstößt gegen das Regelungsverbot des § 308 Nr. 5 BGB. Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Eine solche Hinweispflicht des Verwenders ist im Mietvertrag nicht begründet worden.

32 Allerdings ist das Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB hier nicht unmittelbar anwendbar, weil es sich bei der Klägerin um einen Unternehmer handelt. Auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, findet § 308 BGB keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 308 BGB aufgeführt sind. Dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche an-

gemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das bedeutet, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverboten zum Ausdruck kommenden Wertungen berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind. Den Klauselverboten kommt im Rahmen der Inhaltskontrolle somit Indizwirkung für die Unwirksamkeit der Klausel auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu. Fällt eine Klausel bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm der §§ 308, 309 BGB, so ist dies ein Indiz dafür, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden

(BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774 Rn. 11 f. mwN). Auch zu den zuletzt genannten Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen. Dies wird gegebenenfalls nachzuholen sein.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen dieses Versäumnisurteil steht der säumigen Partei der Einspruch zu. Dieser ist von einem bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab der Zustellung des Versäumnisurteils bei dem Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45 a, Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsfrist einzulegen.

Dose Weber-Monecke Klinkhammer

Nedden-Boeger Botur

Vorinstanzen:
LG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 01.07.2010 - 13 O 111/10 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 20.04.2011 - 3 U 117/10 -