

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 12zr205\_09

**letzte Aktualisierung:** 5.10.2011

**BGH**, 3.8.2011 - XII ZR 205/09

BGB §§ 307 Abs. 1 S. 2, 310 Abs. 1 S. 2; EGBGB Art. 229 § 5

## **AGB-mäßige Auferlegung nicht näher aufgeschlüsselter Kosten des „Center-Managements“ intransparent**

Die formularmäßig vereinbarte Klausel eines Gewerberaummietvertrages, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum belegenen Ladenlokals als Nebenkosten des Einkaufszentrums zusätzlich zu den Kosten der "Verwaltung" nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des "Center-Managements" gesondert auferlegt, ist intransparent und daher unwirksam.



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 205/09

Verkündet am:  
3. August 2011  
Küpferle,  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 307 Abs. 1 Satz 2 Bb, 310 Abs. 1 Satz 2; EGBGB Art. 229 § 5

Die formularmäßig vereinbarte Klausel eines Gewerberaummietvertrages, die dem Mieter eines in einem Einkaufszentrum belegenen Ladenlokals als Nebenkosten des Einkaufszentrums zusätzlich zu den Kosten der "Verwaltung" nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des "Center-Managements" gesondert auferlegt, ist intransparent und daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 3. August 2011 - XII ZR 205/09 - OLG Dresden  
LG Leipzig

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren, in dem bis zum 22. Juni 2011 Schriftsätze eingereicht werden konnten, durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richterin Weber-Monecke und die Richter Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Nedden-Boeger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 20. November 2009 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien sind durch einen im Jahre 1993 formularmäßig geschlossenen Mietvertrag über ein in einem Einkaufszentrum belegenes Ladenlokal miteinander verbunden. Die klagende Vermieterin verlangt eine Betriebskostennachzahlung für das Wirtschaftsjahr 2006 in Höhe von 15.962 € nebst Zinsen auf der Grundlage ihrer Abrechnung vom 23. Juli 2007. Zwischen den Parteien steht im Streit, ob und in welchem Umfang einzelne auf die Gemeinschaftseinrichtungen des Einkaufszentrums entfallenden Nebenkosten wirksam auf die Mieterin (anteilig) umgelegt sind. Die insoweit strittige Vertragsklausel (§ 8/II) lautet wie folgt:
- 2 "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 2. Berechnungsverordnung aufgeführten Kosten auf die Mieter umgelegt." Insbesondere sind dies die Kosten für (auszugsweise):

- a) Heizung, darin enthalten Kosten des Betriebes, der Wartung und Pflege, und die Instandhaltung sowie des Energieverbrauches aller Einrichtungen, die Heizungs- und Lüftungsanlage betreffen, sowie einschließlich der Beheizung der Passage, sowie die Kosten für die Verbrauchserfassung und Abrechnung,
- e) Wassergeld einschließlich Instandhaltung der Wasserversorgungsanlagen,
- h) Hausmeister, Betriebspersonal, Center-Manager und Verwaltung,
- l) die Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes,
- p) Stromversorgung der Gemeinschaftsanlagen und Verkehrsflächen einschließlich Instandhaltung der Stromversorgungsanlagen,
- r) Raumkosten für Büro-, Verwaltungs- und Technikräume, sowie Gemeinschaftseinrichtungen, Gemeinschaftssozialräume, Kunden-WC's usw. auf der Grundlage örtlicher Mieten einschließlich der darauf anteilig entfallenden Nebenkosten.

3

Das Landgericht hat die unter l), p) und r) aufgeführten Nebenkostenumlagen für unwirksam gehalten, da diese den Mieter unangemessen benachtei-

ligten bzw. nicht hinreichend bestimmt und deshalb intransparent seien. Da die unter den Positionen abgerechnete Summe bereits den eingeklagten Betrag übersteige, sei die Zahlungsklage insgesamt abzuweisen. Die hiergegen eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht mit der Begründung zurück, dass die unter Buchstabe h) aufgeführten Kostenpositionen des "Centermanagements" (21.581 € netto) und der "Verwaltungskosten" (2.475,45 € netto) wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nicht wirksam auf die Mieterin umgelegt seien und deshalb kein Nachzahlungsanspruch verbleibe. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der sie ihren Zahlungsanspruch weiter verfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

- 4 Die Revision hat keinen Erfolg.
- 5 1. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Der im Jahre 1993 abgeschlossene Mietvertrag sei an den Vorschriften des seinerzeit geltenden AGBG zu messen. Die unter Buchstabe h) vereinbarte einschränkungslose Übernahme der "Verwaltungskosten" werde dem Transparenzgebot nicht gerecht und benachteilige die Mieterin unangemessen (§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG aF). Bei den "Verwaltungskosten" handle es sich um Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, um die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und für die Geschäftsführung. Dies begründe, soweit - wie hier - keine summenmäßige oder sonstige Begrenzung vorgesehen sei, eine erhebliche Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Inklusivmiete gemäß § 535 BGB. Diese sei nur wirksam, wenn der Mieter sich durch eine hinreichend bestimmte Vereinba-

rung wenigstens ein grobes Bild von den zusätzlich auf ihn zukommenden Kosten machen könne. Das sei hier nicht der Fall; der Begriff der "Verwaltungskosten" sei zu unbestimmt. Der Mieter müsse auch keine eigene Recherche über die zu erwartenden Kosten anstellen.

6 Aus denselben Gründen verstoße auch die vorgesehene Übernahme der Kosten des "Centermanagers" gegen das Transparenzgebot und benachteilige die Mieterin unangemessen. Auf Grundlage der Vertragsbedingungen vermöge der Mieter nicht einzuschätzen, welche Kosten im groben Umfang auf ihn zukommen könnten. Zwar werde der durchschnittliche Mieter den Aufgabenbereich des Centermanagements in groben Zügen kennen, nämlich die Organisation des Erfolgs des Centers in der Außenwelt und die interne Umsetzung des Vermietungskonzepts. Dieses Wissen ermögliche jedoch noch nicht die Eingrenzung der damit verbundenen Kosten, da nicht ersichtlich sei, ob nur die Personalkosten des Centermanagers oder etwa auch Kosten für Werbeaktionen und Events umgelegt würden. Die Vertragsbestimmung weiche daher erheblich vom gesetzlichen Leitbild ab und sei damit als unwirksam zu behandeln.

7 Die Unwirksamkeit sei auch nicht nachträglich dadurch geheilt, dass die Beklagte die Betriebskostenabrechnungen seit 1996 unbeanstandet ausgeglichen und die Umlagevereinbarung bis 2007 nicht beanstandet habe. Denn die Heilung der unwirksamen Allgemeinen Vertragsbedingung setze eine bewusste Bestätigung voraus. Daran fehle es, da die Beklagte keinen Zweifel an der Rechtsbeständigkeit gehegt habe und daher ein Bestätigungswille nicht angenommen werden könne. Die jahrelange Zahlung begründe auch keine eigenständige stillschweigende Umlagevereinbarung, die neben dem Mietvertrag Bestand hätte. Denn dafür reiche nicht aus, dass die Beklagte ihren vermeintlichen Zahlungspflichten nachgekommen sei, vielmehr müssten weitere konkrete Anhaltspunkte dafür hinzukommen, dass die Beklagte unabhängig von der Wirk-

samkeit der formularmäßigen Vereinbarung mit der Übernahme der abgerechneten Kosten einverstanden gewesen sei. Solche Anhaltspunkte lägen nicht vor. Die Berufung der Beklagten auf die Unwirksamkeit der formularmäßigen Umlagevereinbarung sei auch nicht treuwidrig und rechtsmissbräuchlich, da die Beklagte kein Vertrauen darauf geweckt habe, sie werde die Unwirksamkeit der Klauseln nicht geltend machen.

8 Ebenfalls unwirksam seien die Klauseln, die dem Mieter die Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten unabhängig davon auferlegten, ob diese dem Mietgebrauch oder der Sphäre des Mieters zuzuordnen seien oder die Umlegung von vornherein nur in einem bestimmten Rahmen erfolge. Das betreffe sowohl die einleitende Generalklausel, mit der die "Instandhaltung der technischen Anlagen" umgelegt worden sei, als auch die spezifizierten Wiederholungen unter den Buchstaben a), e), l) und p). Soweit die Klägerin behauptete, es seien tatsächlich keine Instandhaltungskosten umgelegt worden, sei die Abrechnung jedenfalls formal fehlerhaft, weil sie dieses nicht ausdrücklich ausweise.

9 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

10 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die formularmäßigen Vertragsklauseln allerdings nicht am Maßstab des früheren § 9 AGBG, sondern am Maßstab des § 307 BGB zu überprüfen. Denn gemäß Art. 229 § 5 EGBGB sind auf Dauerschuldverhältnisse, die vor dem 1. Januar 2002 entstanden sind, nicht mehr das BGB und das AGBG 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 (vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NJW-RR 2010, 739 Rn. 7; BGH Urteil vom

12. Oktober 2007 - V ZR 283/06 - NJW-RR 2008, 251 Rn. 12 f.; BAG NJW 2005, 1820). Diese Überleitungsregelung bezieht sich gerade auf den Fall, in dem Vertragspflichten bereits vor dem Stichtag wirksam begründet wurden, denn für Verträge, die erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts geschlossen wurden, bedürfte es keiner besonderen Überleitung.

11           b) Der Senat hat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden, dass eine in einem gewerblichen Mietverhältnis vereinbarte Formularklausel zur Umlage der "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" nicht gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671; siehe auch Senatsurteil vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - GuT 2011, 48 Rn. 8 ff.). Das gilt für die vorliegend vereinbarte Umlage der "Verwaltungskosten" in gleicher Weise (Senatsurteil vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NJW-RR 2010, 739 Rn. 7).

12           Diese Formularklausel ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinreichend transparent. Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners (Senatsurteil vom 16. Mai 2007 - XII ZR 13/05 - NZM 2007, 516 mwN). Dem genügt die vorliegende Klausel h), soweit sie die Verwaltungskosten betrifft.

13           Der im Mietvertrag verwendete Begriff der "Verwaltungskosten" ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (Senatsurteile vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NJW-RR 2010, 739 Rn. 9 und BGHZ 183,

299 = NJW 2010, 671 Rn. 23 mwN). Wie auch das Berufungsgericht erkannt hat, kann zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 26 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden. Dass diese Regelungen für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind, steht ihrer Heranziehung als Hilfsmittel zur näheren Bestimmung der umlegbaren Kosten 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 (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 24 mwN). Zwar fallen bei gewerblichen Mietobjekten andere Verwaltungskosten an als bei der Wohnungsmiete. 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 zu Lasten des Klauselverwenders (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 25).

14            Auch im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kosten bedurfte es keiner näheren Konkretisierung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch nicht der Festlegung einer Höchstgrenze, zumal zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststehen musste, welche Kosten entstehen werden. Vielmehr hatte die Klägerin ein legitimes Interesse an der variablen Ausgestaltung der Kostenregelung. 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 (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 27 f. mwN; vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NJW-RR 2010, 739 Rn. 11 und vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - GuT 2011, 48 Rn. 11). Gegen die Umlegung überhöhter oder nicht erforderlicher Kosten ist der Mieter schließlich durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot hinreichend geschützt, das den Vermieter dazu verpflichtet, den Mieter von der Umlegung nicht erforderlicher Kosten freizustellen (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 11 und vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - GuT 2011, 48 Rn. 19).

- 15 c) Mit zutreffenden Erwägungen hat das Oberlandesgericht allerdings die unter der Position Centermanagement abgerechneten Kosten für nicht umlagefähig gehalten. Denn der Begriff des Centermanagements oder "Center-Manager", wie im Vertrag aufgeführt, ist nicht ausreichend bestimmt. Hinsichtlich dieses Begriffs fehlt es an ausreichender Transparenz; es ist nicht ersichtlich, welche Kosten hier einbezogen werden sollen oder welche Leistungen dem Inhalt nach hiervon erfasst werden sollen. Denn gerade weil die Klägerin daneben unter Buchstabe h) auch "Kosten für Verwaltung" und unter Buchstabe r) fernerhin "Raumkosten für Büro- und Verwaltungsräume" verlangt, ist nicht ersichtlich, welche anderen Kosten unter dem Begriff "Center-Manager" anfallen (vgl. KG KGR 2004, 21, 22; s. auch Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 26). Zu Recht weist das Berufungsgericht darauf hin, dass der Begriff "Kosten für Center-Manager" keine Eingrenzung der damit inhaltlich verbundenen Einzelpositionen erlaubt, da etwa auch Aufwendungen für Marktanalysen, Ermittlung von Kundenwünschen, Werbe- und PR-Maßnahmen, Dekoration, Veranstaltungen sowie sonstige Profilierungsmaßnahmen erfasst sein könnten. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte sich in § 13/II des Mietvertrages eigens verpflichtete, einer mit ähnlicher Zielsetzung noch zu

gründenden Werbegemeinschaft für das Einkaufszentrum beizutreten (zur Zulässigkeit solcher Klauseln vgl. Senatsurteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04 - NJW 2006, 3057). Weil 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 (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 27 f. mwN, vom 24. Februar 2010 - XII ZR 69/08 - NJW-RR 2010, 739 Rn. 11 und vom 4. Mai 2011 - XII ZR 112/09 - GuT 2011, 48 Rn. 11).

16            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.

17            d) Die mehrjährige unbeanstandete Begleichung der u.a. die Position "Center-Manager" enthaltenen Betriebskostenabrechnung begründet auch keine gesonderte, außerhalb des Mietvertrages stehende Vereinbarung einer Umlageregelung (vgl. Senatsbeschluss vom 29. Mai 2000 - XII ZR 35/00 - NJW-RR 2000, 1463).

18            e) Da die Klägerin nur einen aus ihrer Abrechnung offen stehenden Betrag von 15.962 € beansprucht, die nicht umlagefähigen Kosten des Centermanagements diesen Betrag jedoch übersteigen, haben die Instanzgerichte die

Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen, ohne dass es weiterer Aufklärungen zur Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots im übrigen bedarf.

Hahne

Weber-Monecke

Klinkhammer

Schilling

Nedden-Boeger

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 13.05.2009 - 1 O 2762/08 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 20.11.2009 - 5 U 967/09 -