

- d) Eine solche Regelung erfasst auch dann alle von der Betriebskostenverordnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgelisteten Kostenarten, wenn sich ihr eine mit "insbesondere" eingeleitete Aufzählung einzelner Kostenarten aus dem Katalog anschließt.

BGH, Urteil vom 8. April 2020 - XII ZR 120/18 - OLG Celle
LG Hannover

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. April 2020 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Schilling, Dr. Günter, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 9. November 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte als Gewerberaummieterin verpflichtet ist, dem Kläger - ihrem Vermieter - die Grundsteuer für das Mietobjekt als Betriebskosten zu erstatten.
- 2 Mit Vertrag vom 13. August 1990 mietete die Beklagte vom Kläger ein bebautes Grundstück zum Betrieb eines Supermarkts mit Getränkehandel und Parkplätzen. Zu den Betriebskosten enthält der Vertrag folgende Regelung:

"Sämtliche Betriebskosten werden von dem Mieter getragen. Hierunter fallen insbesondere die Kosten der Be- und Entwässerung sowie der Heizungs- einschließlich Zählermiete und Wartungskosten. (...)"

3 In den jährlichen Betriebskostenabrechnungen bis einschließlich 2011 ließ der Kläger die für das Mietobjekt anfallende Grundsteuer unberücksichtigt. Im Jahr 2016 machte er erstmals für die Jahre 2012 und 2013 wegen der Grundsteuer eine Nachforderung von jeweils 5.116,92 € geltend, die die Beklagte nicht beglich.

4 Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung der beiden Grundsteuerbeträge nebst Zinsen stattgegeben und die auf Feststellung, nicht zur Tragung der Grundsteuer als Betriebskosten verpflichtet zu sein, gerichtete Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert, die Klage abgewiesen und die mit der Widerklage begehrte Feststellung ausgesprochen.

5 Dagegen wendet sich der Kläger mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Dieses hat seine in ZMR 2019, 263 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet:

8 Einem Antrag auf Nachzahlung von anteiliger Grundsteuer stehe zwar weder der Einwand der Verwirkung entgegen, weil das Umstandsmoment nicht erfüllt sei, noch greife die Einrede der Verjährung durch. Auf der Grundlage der

mietvertraglichen Regelung sei der Kläger aber nicht berechtigt, die Grundsteuer auf die Beklagte umzulegen. Denn der streitgegenständlichen Klausel fehle es an der inhaltlichen Bestimmtheit. Sie enthalte weder eine abschließende Aufzählung der umzulegenden Betriebskosten noch einen konkreten Hinweis auf die Betriebskostenverordnung. Es könne auch nicht unbesehen auf den Betriebskostenbegriff des § 556 BGB zurückgegriffen werden, weil diese Vorschrift für Gewerberaummietverhältnisse nicht zur Anwendung komme. Gegen die Anwendung spreche, dass bei Gewerberaum formularvertraglich auch die Umlage von Betriebskosten möglich sei, die nicht im Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV genannt seien. Die Formulierung "sämtliche Betriebskosten" sei intransparent, weil sie die von der Mieterseite zu tragende Kostenlast - mit Ausnahme der aufgezählten Einzelpositionen - nicht ansatzweise in einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden Weise erkennen lasse. Selbst wenn man den Betriebskostenbegriff als Hilfsmittel heranziehe, verblieben wegen der durch das Wort "insbesondere" eingeleiteten Aufzählung nicht behebbare Zweifel. Für dieses Vertragsverständnis spreche auch signifikant das Verhalten des Klägers, der in der Zeit zwischen 1990 und 2016 der Beklagten zu keinem Zeitpunkt Grundsteuer als Betriebskostenart in Rechnung gestellt habe.

- 9 Der Kläger berufe sich ohne Erfolg auf § 305 c Abs. 2 BGB. Er habe noch in erster Instanz vorgetragen, bei dem Vertragstext habe es sich um eine Individualvereinbarung gehandelt, die von der Beklagten vorgelegt worden sei. Mit der erstmals in der Berufungsinstanz aufgestellten und von der Beklagten bestrittenen Behauptung, bei der Regelung zu den Betriebskosten handele es sich um eine Formulklausel, sei er daher ausgeschlossen. Selbst wenn man das anders sähe, fehle es an der ausreichenden Bestimmtheit.

II.

10 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Berechtigung des Klägers, die Grundsteuer auf die Beklagte umzulegen, nicht verneint werden.

11 1. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht die mietvertragliche Regelung zur Tragung der Betriebskosten als Individualvereinbarung eingeordnet hat. Dies wird weder von der Revision noch von der Revisionserwiderung in Zweifel gezogen. Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts sind die Voraussetzungen für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht gegeben.

12 2. Die daher streitentscheidende Frage, ob der einzelvertraglichen Regelung die Verpflichtung der Mieterin zu entnehmen ist, die Grundsteuer zu tragen, hat das Berufungsgericht hingegen rechtsfehlerhaft verneint.

13 a) Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Der Vermieter hat die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen (§ 535 Abs. 1 Satz 3 BGB). Dazu gehören auch die Betriebskosten. Das Gesetz geht mithin davon aus, dass der Vermieter die aus der Gebrauchsgewährung herrührenden Kosten in die Miete einkalkuliert und diese mit dem vereinbarten Mietentgelt abgegolten werden. Abweichungen hiervon bedürfen der Vereinbarung (Senatsurteil vom 2. Mai 2012 - XII ZR 88/10 - NJW-RR 2012, 1034 Rn. 13), zu deren Inhalt § 556 BGB nur für die Wohnraummiete (vgl. Senatsurteil BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rn. 18 ff.) gesetzliche Vorgaben enthält und die auch konkludent getroffen werden kann (vgl. etwa Senatsurteil vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 27 mwN).

14 b) Wie jede schuldrechtliche Vereinbarung muss diejenige über eine Betriebskostenumlage bestimmt oder zumindest bestimmbar sein, um wirksam zu sein (vgl. Senatsurteil vom 24. Juli 2013 - XII ZR 104/12 - NJW 2013, 3361 Rn. 21 mwN; BGHZ 55, 248 = WM 1971, 310 f.; Guhling/Günter/Both Gewerbe- raummiete 2. Aufl. § 556 BGB Rn. 12). Weitergehende Anforderungen an die Transparenz einer individualvertraglichen Betriebskostenvereinbarung bestehen hingegen nicht, anders als bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wo es wegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB einer ausdrücklichen, inhaltlich bestimmten Regelung bedarf, damit der Mieter sich zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können (vgl. Senatsurteile vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 25 mwN und vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84, 85). Denn bei einer einzelvertraglichen Regelung bedarf keine Vertragspartei des Schutzes davor, dass ihr mittels vorformulierter Vertragsbedingungen ihrem Umfang nach nicht durchschaubare Pflichten auferlegt werden und auf diese Weise die Entschlie- ßungsfreiheit beim Abschluss des Vertrags eingeschränkt wird (vgl. Guhling/Günter/Guhling Gewerbe- raummiete 2. Aufl. § 307 BGB Rn. 7 und 74). Deshalb stellt sich hier - von den Fällen des § 138 BGB abgesehen - nicht die von § 307 BGB aufgeworfene Frage einer entgegen den Geboten von Treu und Glauben erfolgenden unangemessenen Benachteiligung. Soweit dem Senatsur- teil vom 2. Mai 2012 (XII ZR 88/10 - NJW-RR 2012, 1034 Rn. 14) etwas ande- res entnommen werden könnte, hält der Senat daran nicht fest.

15 c) Ob eine Betriebskostenart durch eine entsprechende Individualverein- barung auf den Mieter umgelegt ist, ist durch Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Während bei Allgemeinen Geschäftsbedingun- gen eine objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientie- rende Auslegung geboten ist (vgl. etwa Senatsurteile vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13 - NJW-RR 2016, 572 Rn. 10 mwN und BGHZ 162, 39 = NJW

2005, 1183, 1184), ist bei der Auslegung von einzelvertraglichen Vereinbarungen nach §§ 133, 157 BGB der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und demgemäß in erster Linie dieser und der ihm zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Bei seiner Willensforschung hat der Tatrichter aber auch den mit der Absprache verfolgten Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 7. September 2011 - XII ZR 114/10 - GuT 2012, 268 Rn. 17 mwN und BGHZ 184, 128 = FamRZ 2010, 887 Rn. 33 mwN).

16 Die Auslegung von Individualvereinbarungen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung ist für das Revisionsgericht bindend, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen worden ist und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis führt, selbst wenn ein anderes Auslegungsergebnis möglich erscheint. Sie kann deshalb vom Revisionsgericht grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche Auslegungsregeln oder allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder die Denkgesetze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr., vgl. etwa Senatsurteil vom 30. Januar 2019 - XII ZR 46/18 - NZM 2019, 474 Rn. 15 mwN).

17 d) Auch in Anbetracht dieses eingeschränkten Überprüfungsmaßstabs wird die angefochtene Entscheidung, die der Regelung zu den Betriebskosten die erforderliche Bestimmtheit abspricht, den rechtlichen Anforderungen an die Vertragsauslegung nicht gerecht.

18 aa) Unzutreffend ist bereits der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, das für die wirksame Umlage der Betriebskosten eine ausdrückliche und inhaltlich bestimmte Regelung fordert, die es dem Mieter ermöglicht, sich zumindest ein grobes Bild davon zu machen, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können, und die streitgegenständliche Formulierung daher unter Transparenzgesichtspunkten prüft. Denn damit legt es den für die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gültigen Maßstab an, obwohl die Vertragsparteien nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen tatrichterlichen Feststellungen eine einzelvertragliche Vereinbarung geschlossen haben (vgl. auch Bińkowski/Mönig ZfIR 2019, 194, 195).

19 bb) Darüber hinaus wird die Auslegung des Berufungsgerichts dem Wortlaut der vertraglichen Bestimmung und hierbei insbesondere dem darin verwendeten Begriff der "Betriebskosten" nicht gerecht.

20 (1) Ist ein von den Vertragsparteien verwendeter Rechtsbegriff gesetzlich definiert, so kann für die Auslegung regelmäßig auf diese Definition zurückgegriffen werden, wenn sich kein übereinstimmendes abweichendes Begriffsverständnis der Parteien feststellen lässt (vgl. etwa Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 23 ff.; BeckOK BGB/Wiederhold [Stand: 1. Februar 2020] § 556 Rn. 51; Blank in Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. § 556 BGB Rn. 276; Guhling/Günter/Both Gewerberaummieta 2. Aufl. § 556 BGB Rn. 20; Staudinger/Singer BGB [2017] § 133 Rn. 46 mwN). Denn eine solche gesetzliche Definition ist geeignet, die fachsprachliche Bedeutung eines Begriffs im Zusammenhang mit der Regelung rechtlicher Beziehungen zu umschreiben. Ohne Auswirkung ist insoweit grundsätzlich, ob die die Definition enthaltende Gesetzesbestimmung auf den Vertrag zur Anwendung kommt. Daher hat es der Senat als zulässig erachtet, für die Auslegung des in Gewerberaummietverträgen enthaltenen Begriffs der "Verwaltungskosten" auf die in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV

und § 26 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung enthaltenen Definitionen zurückzugreifen, obwohl diese Bestimmungen für die Gewerberaummiete nicht einschlägig sind (vgl. Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 24 und vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 19 mwN).

21 (2) Nicht anders verhält es sich im Ergebnis bei der hier erforderlichen Auslegung des Begriffs der "Betriebskosten".

22 (a) Dieser ist seit vielen Jahrzehnten durch Rechtsverordnung und später durch Gesetz definiert. Bereits in der am 1. November 1957 in Kraft getretenen Zweiten Berechnungsverordnung (BGBl. I S. 1719) fand sich in § 27 die Definition, dass es sich dabei um die Kosten handelt, die "dem Eigentümer (...) durch das Eigentum am Grundstück (...) oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit laufend entstehen". Seit dem 1. Januar 2007 ist die im wesentlichen unveränderte Definition (statt "der Wirtschaftseinheit" lautet es inzwischen "der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks") in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB selbst enthalten. Zudem ergibt sich aus § 556 Abs. 1 Satz 3 BGB der Verweis auf die Aufstellung der Betriebskostenverordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346), die den bis 31. Dezember 2003 geltenden - und seinerseits die Auflistung in § 27 Abs. 1 Satz 2 der Zweiten Berechnungsverordnung ablösenden - Betriebskostenkatalog in der Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung ersetzt hat (vgl. BGH Urteil vom 10. Februar 2016 - VIII ZR 137/15 - NJW 2016, 1308 Rn. 15). Von Anfang an waren in der Aufzählung die laufenden öffentlichen Lasten und namentlich die Grundsteuer als Betriebskostenart aufgeführt.

23 (b) Wie der Bundesgerichtshof für die Wohnraummiete bereits entschieden hat, ist der in einem Mietvertrag verwendete Begriff der "Betriebskosten" mit Blick auf diese Gesetzeslage ohne Weiteres in dem in diesen Bestimmun-

gen niedergelegten Sinne zu verstehen (vgl. BGH Urteil vom 10. Februar 2016 - VIII ZR 137/15 - NJW 2016, 1308 Rn. 15 f.).

24 (c) Obwohl § 556 BGB nicht auf Gewerberaummietverhältnisse anwendbar ist, gilt für diese das Gleiche, so dass auch dort die gesetzliche Definition zur Beantwortung der Frage herangezogen werden kann, welchen Bedeutungsgehalt der in einem Mietvertrag verwendete Begriff "Betriebskosten" hat (vgl. KG NZM 2008, 128; Blank in Blank/Börstinghaus *Miete* 5. Aufl. § 556 BGB Rn. 276; Bub/Treier/Emmerich *Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete* 5. Aufl. Kap. III Rn. 189; Guhling/Günter/Both *Gewerberaummieta* 2. Aufl. § 556 BGB Rn. 20; Schmidt-Futterer/Langenberg *Miete* 14. Aufl. § 556 BGB Rn. 68; a.A. Lammel *jurisPR-MietR* 7/2019 Anm. 2). Dem steht nicht entgegen, dass im Bereich der Gewerberaummieta auch Kostenpositionen auf den Mieter umgelegt werden können, die im Katalog des § 2 BetrKV nicht aufgeführt sind (vgl. Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 Rn. 25 und vom 10. September 2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 19 mwN). Denn es ist den Vertragsparteien unbenommen, es bei der Umlage der von der Betriebskostenverordnung erfassten Kostenpositionen zu belassen. Sonstige Kosten werden freilich vom Begriff der Betriebskosten regelmäßig nicht erfasst sein; insoweit bedarf es einer konkreten Einigung.

25 cc) In Anbetracht dieses Wortsinns fehlt es einer Vereinbarung, wonach der Mieter sämtliche Betriebskosten zu tragen hat, auch im Bereich der Gewerberaummieta nicht an der für eine Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB erforderlichen Bestimmbarkeit, ohne dass es einer Bezugnahme auf die gesetzlichen Normen oder der Aufzählung der einzelnen Kostenpositionen bedarf (vgl. KG NZM 2008, 128; OLG Frankfurt NZM 2018, 789, 790; OLG München ZMR 1997, 233, 234; BeckOGK/Drager BGB [Stand: 1. Januar 2020] § 556 Rn. 32; BeckOK BGB/Wiederhold [Stand: 1. Februar 2020] § 556 Rn. 46; Blank in

Blank/Börstinghaus Miete 5. Aufl. § 556 BGB Rn. 276; Bub/Treier/Emmerich Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 5. Aufl. Kap. III Rn. 189; Erman/Lützenkirchen BGB 15. Aufl. § 556 Rn. 117; Gramlich Mietrecht 15. Aufl. § 556 BGB Rn. 1; Guhling/Günter/Both Gewerberaummiete 2. Aufl. § 556 BGB Rn. 20; Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. B. Rn. 21 und 91; Schmidt-Futterer/Langenberg Miete 14. Aufl. § 556 BGB Rn. 68; Staudinger/Artz BGB [2018] § 556 Rn. 51; a.A. OLG Düsseldorf ZMR 2003, 109, 110; BeckOK Mietrecht/Pfeifer [Stand: 1. Dezember 2019] BGB § 556 Rn. 1127; NK-BGB/Frommeyer 3. Aufl. § 556 Rn. 7 mwN). Vielmehr erfasst eine solche Regelung dann, wenn sich kein übereinstimmendes abweichendes Begriffsverständnis der Vertragsparteien feststellen lässt, alle zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in die gesetzliche Definition - hier nach § 27 II. BV iVm Anlage 3 - einbezogenen Kostenarten, so dass vorliegend die Grundsteuer vom Wortsinn der vertraglichen Regelung erfasst sein kann.

26 Nichts anderes folgt - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - daraus, dass in Satz 2 der streitgegenständlichen Betriebskostenregelung einzelne Kostenarten aufgeführt sind, die sich in dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Katalog nach Anlage 3 zu § 27 II. BV fanden (a.A. wohl OLG Schleswig SchIHA 2012, 305). Diese Formulierung kann schon nach ihrem Wortsinn nicht dahin verstanden werden, dass doch nur die ausdrücklich genannten Kostenarten aus dem Katalog umgelegt werden sollen. Denn indem in Satz 1 von "sämtlichen" Betriebskosten die Rede und der Nennung im Folgesatz ein "insbesondere" vorangestellt ist, wird deutlich, dass es bei diesen Positionen nicht sein Bewenden hat, sondern es sich lediglich um eine beispielhafte Aufzählung handelt (vgl. BGH Urteil vom 10. Februar 2016 - VIII ZR 137/15 - NJW 2016, 1308 Rn. 20; Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. B. Rn. 50).

27 3. Die angefochtene Entscheidung ist daher gemäß § 562 ZPO aufzuheben und die Sache ist gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist.

28 Das Berufungsgericht wird die erforderliche Auslegung des Mietvertrags unter Beachtung vorstehender Ausführungen vorzunehmen haben. Dabei wird es zudem in den Blick zu nehmen haben, dass das dem Vertragsschluss nachfolgende Verhalten der Parteien - hier die jahrzehntelange Nichtumlage der Grundsteuer - unter Umständen Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten bei Vertragsschluss haben kann (vgl. BGH Urteil vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 279/06 - NJW 2008, 283 Rn. 16 mwN). Überdies wird aus der bloßen jahrelangen Nichtabrechnung einer ursprünglich als auf den Mieter umgelegt vereinbarten Kostenposition nur bei Hinzutreten besonderer Umstände die konkludente Abänderung der Umlagevereinbarung abgeleitet werden können (vgl. Senatsurteil BGHZ 184, 117 = NJW 2010, 1065 Rn. 23 ff. und BGH Urteil vom 13. Februar 2008 - VIII ZR 14/06 - NJW 2008, 1302 Rn. 10).

29 Sofern das Berufungsgericht danach zu dem Ergebnis gelangt, dass die Grundsteuer wirksam vertraglich auf die Beklagte umgelegt worden ist, wird es auch zu klären haben, ob die vom Kläger geforderten Beträge einen unberechtigten, weil dem Kläger nicht entstandenen Umsatzsteueranteil enthalten (vgl. Senatsurteil vom 21. Januar 2009 - XII ZR 79/07 - NJW-RR 2009, 593 Rn. 16).

Dose	Schilling	Günter
Nedden-Boeger		Guhling

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 15.06.2018 - 17 O 139/17 -

OLG Celle, Entscheidung vom 09.11.2018 - 2 U 81/18 -