

Unbestimmtheit der Umlage sämtlicher Betriebskosten im Gewerberaummietvertrag
Die in einem Gewerberaummietvertrag enthaltene Regelung über die Umlage von Betriebskosten:

"Sämtliche Betriebskosten werden von dem Mieter getragen. Hierunter fallen - insbesondere die Kosten der Be- und Entwässerung sowie der Heizung - einschließlich Zählermiete und Wartungskosten" genügt mit Ausnahme der aufgeführten Regelbeispiele nicht dem Bestimmtheitsgebot.

OLG Celle 2. Zivilsenat, Urteil vom 09.11.2018, 2 U 81/18,

ECLI:DE:OLGCE:2018:1109.2U81.18.00

§ 535 Abs 2 BGB

VERFAHRENSGANG

vorgehend LG Hannover, 15. Juni 2018, Az: 17 O 139/17

TENOR

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15. Juni 2018 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Hannover geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage der Beklagten wird festgestellt, dass die Beklagte im Zusammenhang mit der Anmietung des Objekts ... S., ..., nicht zur Tragung von Grundsteuer als Betriebskosten verpflichtet ist.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung seitens der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht die Beklagte vor Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Berufungsverfahren wird auf 17.909,22 € festgesetzt.

GRÜNDE

I.

1

Der Kläger macht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung rückständiger Nebenkosten (Grundsteuer) auf der Grundlage eines Gewerberaummietvertrages gelten. Die Beklagte begehrt widerklagend die Feststellung, dass der Kläger nicht berechtigt sei, Grundsteuer auf die Beklagte umzulegen.

2

Für Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Hannover vom 15. Juni 2018 (Bl. 146 f. d. A.), insbesondere die Wiedergabe des Parteivertrags mit den gestellten Anträgen Bezug genommen.

3

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung rückständiger Grundsteuer in Höhe von 2 x 5.116,92 € nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage der Beklagten abgewiesen.

4

Zur Begründung hat die Einzelrichterin ausgeführt, dass der Kläger von der Beklagten die Zahlung der angefallenen Grundsteuer im Rahmen der Betriebskostenabrechnung aufgrund von § 8 des geschlossenen Gewerbemietvertrages für die Jahre 2012 sowie 2013 in Höhe von jeweils 5.116,92 € verlangen könne. Gemäß § 8 des geschlossenen Gewerbemietvertrages seien sämtliche Betriebskosten von dem Mieter zu tragen. Hierunter würden insbesondere die Kosten der Be- und Entwässerung sowie der Heizung einschließlich Zählermiete und Wartungskosten fallen. Für eine wirksame Umlagevereinbarung von Betriebskosten bedürfe es auch in Gewerberaummietverträgen nicht der Aufzählung einzelner Betriebskosten, weil der Begriff der Betriebskosten bereits seit vielen Jahrzehnten durch Rechtsverordnungen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hinreichend festgelegt worden sei. Auch ein fehlender Verweis auf eine entsprechend gültige Berechnungsverordnung sei dabei unschädlich, weil der Begriff der Betriebskosten einen durchschnittlichen Gewerberaummieter als bekannt vorausgesetzt werden könne. Es handle sich dabei auch im Rahmen von Gewerberaummietverträgen nicht um ein inhaltlich leeren Begriff, der im Vertrag nicht durch Aufzählung einzelner Positionen konkretisiert werden müsse. Wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10. Februar 2016 (AZ.: VIII ZR 137/15) bereits zutreffend festgestellt habe, finde sich bereits in der am 1. November 1957 in Kraft getretenen zweiten Berechnungsverordnung in § 27 die Definition, dass es sich bei Betriebskosten um die Kosten handle, die dem Eigentümer durch das Eigentum oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen würden. Zu berücksichtigen sei dabei weiterhin, dass die Definition des Begriffes der Betriebskosten, wie sie in der Betriebskostenverordnung festgelegt worden sei, nicht nur auch die Verwendung bei Wohnraummietverträgen beschränkt sei, sondern diese Definition allgemein Gültigkeit beigemessen werden könne und daher auch auf Gewerberaummietverträgen ohne entsprechende gesetzliche Verweisung auf die Betriebskostenverordnung finde. Dass der Gesetzgeber ein Unterschied der Definition von Betriebskosten im Hinblick auf Wohnraum- und Gewerbemietverträge vornehmen wollte, sei nicht ersichtlich. Die entsprechenden Verweisungen bei Wohnraummietverträgen § 556 BGB sei auf die erhöhte Schutzwürdigkeit

des Wohnraummieters zurückzuführen und lasse nicht den Schluss zu, dass diese nur bei Wohnraummietverträgen Anwendung finde. Vielmehr sei die Gewerbemietende weniger schutzwürdig. Nach der gesetzlichen Definition gehören zu Betriebskosten auch die laufenden öffentlichen Lasten, worunter die angefallene Grundsteuer zähle. Auch durch die in § 8 enthaltenen nicht abschließende Aufzählung („insbesondere“) werde deutlich, dass eine umfassende Umlagevereinbarung gesetzlich zulässigen Umfang gemeint gewesen sei. Der Anspruch des Klägers sei auch nicht gemäß § 242 BGB verwirkt. Allein aus dem Umstand, dass der Kläger in der Zeit von 1990 – 2011 nicht geltend gemacht habe, folge nicht das er dies für die Zukunft beibehalte.

5

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 149 f. d. A.) Bezug genommen.

6

Gegen dieses der Beklagten am 2. Juli 2018 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 27. Juli 2018, beim Oberlandesgericht eingegangen am 30. Juli 2018, Berufung eingelegt, welche sie innerhalb der bis zum 4. Oktober 2018 verlängerten Berufungsbegründungsfrist (Bl. 174 d. A.) mit Schriftsatz vom 11. September 2018, beim Oberlandesgericht eingegangen am 13. September 2018, begründet hat.

7

Die Beklagte macht geltend, dass es für den Bereich der Gewerberaummieter an jeglicher gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Betriebskosten fehle. § 556 BGB sei in der Verweisungsnorm des § 578 BGB nicht genannt und habe somit für gewerbliche Mietverhältnisse keine Geltung. Bereits im Urteil vom 27. Januar 2010 (AZ.: XII ZR 22/07) habe der Bundesgerichtshof festgestellt, dass § 556 BGB nicht analog auf Gewerberaummietverhältnisse anzuwenden sei. Da § 556 BGB nicht gelte sei ein Gewerberaumvermieter bei der Umlage von Betriebskostenarten keineswegs auf den Katalog der Betriebskosten in § 2 der Betriebskostenverordnung beschränkt. Vielmehr könne der Gewerberaummieter auch mit anderen Kostenarten belastet werden. Natürlich könnten die Parteien eines Gewerberaummietvertrages durch einen Verweis auf § 556 BGB oder die Betriebskostenverordnung deren Verordnung vereinbaren. Dies sei im vorliegenden Fall aber nicht geschehen. Eine Vereinbarung zur Umlage von Betriebskosten müsse stets in einer Weise hinreichend bestimmt sein, dass für den Mieter zumindest im Sinne einer Bestimmbarkeit erkennbar sei, mit welchen Kostenarten er im Rahmen des Vertrages belastet werden solle. Es gelte gleichermaßen für Wohn wie auch für Gewerberaummietverhältnisse. Soweit der Bundesgerichtshof im Urteil vom 10. Februar 2016 (AZ.: VIII ZR 137/15) für den Bereich der Wohnraummiete festgestellt habe, dass es in diesem Sinne ausreicht, wenn im Vertrag die Umlage von „Betriebskosten“ vereinbart

worden sei, sei die Beklagte der Auffassung das diese Rechtsprechung nicht auf Gewerberaummietverhältnisse übertragen werden könne, weil die tragenden Gründe der Entscheidung vom 10. Februar 2016 bzw. die hierfür herangezogenen gesetzlichen Grundlagen auf den Bereich der Wohnraummiete beschränkt sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Berufungsbegründungsschrift vom 11. September 2018 (Bl. 176 f. d. A.) Bezug genommen.

8

Die Beklagte beantragt,

9

1. das am 15. Juni 2018 verkündete Urteil des Landgerichts Hannover aufzuheben und die Klage abzuweisen und

10

2. auf die Widerklage festzustellen, dass die Beklagte mit dem Zusammenhang mit der Anmietung des Objekts ... S., ..., nicht zur Tragung von Grundsteuer als Betriebskosten verpflichtet sei.

11

Der Kläger beantragt,

12

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

13

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil. Der Kläger verweist darauf, dass die Beklagte Verwenderin des Mietvertrages gewesen sei, weil dieser von der Beklagten gestellt worden sei. Daher sei eine Auslegung der auslegungsbedürftigen Klausel zu Gunsten der Beklagten als Verwenderin nicht angezeigt, weil gemäß § 305 c BGB Zweifel immer zu Lasten des Verwenders gehen würden. Bei der Beklagten handele es sich um einen äußerst erfahrenen Mieter, dem der Begriff der „Betriebskosten“ bekannt sei. Der Text der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1, II BV müsse dem Vertragstext nicht notwendig beigefügt werden. Die Auslegung von § 8 des Mietvertrages ergebe, dass wirksam vereinbart worden sei, dass die Beklagte Betriebskosten zu haben habe und die Beklagte sämtliche Betriebskosten im Sinne der damals geltenden Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II BV zu tragen habe. Eine wirksame Umlagevereinbarung liege auch ohne ausdrücklichen Verweis auf einen Betriebskostenkatalog oder eine Anlage zum Mietvertrag vor, weil der Begriff „Betriebskosten“ durch Jahrzehnte lange Übung bereits ausgefüllt sei. Das Urteil des Oberlandesgerichts Schleswig sei zu einer Zeit ergangen, in welcher der Bundesgerichtshof noch nicht ausdrücklich klargestellt habe, dass es eines Verweises auf den Betriebskostenkataloges nicht bedürfe, weil der Begriff der Betriebskosten allgemein bekannt sei. Der häufig verwendete Begriff der Betriebskosten sei durch Verkehrssitte und

Handelsbrauch eindeutig geprägt. Jedermann, insbesondere Gewerbemieter, wisse, dass hiermit die Kosten gemäß § 2 Betriebskostenverordnung beziehungsweise vormals der Anlage 3 zum § 27 Abs. 1 der II BV zu verstehen sei. Der Kläger verweist auf ein Urteil des Oberlandesgerichts München vom 10. Januar 1997 wonach die Umlage aller anfallenden Nebenkosten – soweit gesetzlich zulässig „im Rahmen eines Mietvertrages möglich sei. Vorliegend sei ein entsprechender Fall gegeben. Durch die Verwendung des Begriffes „Betriebskosten“ und die eindeutig offene und nicht abschließende Aufzählung exemplarischer Betriebskosten würden gemäß §§ 133, 147 BGB die Betriebskosten im Sinne der Anlage 3 zu § 27 der II Berechnungsverordnung geschuldet. Die Auslegung der von der Beklagten als Verwenderin vorliegenden Klausel führe dazu, dass die Beklagte die Grundsteuer als Betriebskosten zu tragen habe. Es seien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass durch die monierte beispielhafte Aufzählung der Kosten Einschränkungen vorzunehmen seien, denn der Tenor der Klausel „insbesondere“ und die Erkennbarkeit in der Anlage 3 zu § 27 der II Berechnungsverordnung lasse keinen Zweifel zu, dass beide Parteien eine Umlage der Grundsteuer auf die Beklagte gewollt hätten. Das Urteil des Oberlandesgericht Schleswig vom 10. Februar 2012 betreffe zwar offenbar die selbe Beklagte, könne aber insofern nicht mit dem hiesigen Fall verglichen werden, weil der rechtliche Begriff „Betriebskosten“ eindeutig nicht verwendet worden sei und zudem dort gerade der Vermieter Verwender i. S. d. § 305 c BGB gewesen sei. Vielmehr sei der Beschluss des Kammergerichts vom 29. Dezember 2006 (AZ.: 12 U 117/06) und vom 12. Februar 2007 (AZ.: 12 U 117/06) maßgeblich, in welchen das Gericht ausdrücklich mitgeteilt habe, dass ein durchschnittlicher Gewerbemieter dem Begriff Betriebskosten nur i. S. d. § 27 der II. BerechnungsVO verstehen könne.

14

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung vom 9. Oktober 2018 (Bl. 197 f. d. A.) Bezug genommen.

II.

15

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist begründet. Das angefochtene Urteil war zu ändern und die Klage abzuweisen.

16

1. Das Landgericht hat zwar zu Recht angenommen, dass einem Anspruch auf Nachzahlung von anteiliger Grundsteuer nicht der Einwand der Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht, weil das Umstandsmoment nicht erfüllt ist. Denn ein Recht ist erst dann verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft geltend machen

werde. Die Annahme einer Verwirkung setzt somit neben dem Zeitablauf das Vorliegen besonderer ein solches Vertrauen des Verpflichteten begründender Umstände voraus (BGH, Versäumnisurteil vom 17. November 2010, Az.: XII ZR 124/09, zitiert nach juris Rn. 15). Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich dabei letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles (BGH, a.a.O.).

17

Dies vorangestellt, rechtfertigt der Vortrag der Beklagten nicht die Annahme einer Verwirkung. Zwar dürfte das Zeitmoment erfüllt sein, wenn über einen Zeitraum von mehr als 20 Jahren keine Grundsteuer umgelegt worden ist. Dies reicht für sich genommen aber nicht aus. Hinzukommen müssen vielmehr besondere vertrauensbildende Umstände (BGH, Urteil vom 13. Februar 2008, Az.: VIII ZR 14/06), wobei auch die frühere Abrechnungspraxis eine Rolle spielen kann (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2010, Az.: XII ZR 22/07, zitiert nach juris Rn. 41). Ob die Beklagte aufgrund des Inhalts der in den Jahren zuvor erteilten Nebenkostenabrechnungen darauf vertrauen konnte, dass auch in Zukunft keine Grundsteuer umgelegt würde, lässt sich jedoch mangels Vortrags zum konkreten Inhalt der Nebenkostenabrechnungen in den Jahren 1990 bis 2015 nicht feststellen. Die Beklagte hat in erster Instanz trotz des Hinweises des Landgerichts in der Terminsverfügung vom 23. März 2018 keinen weiteren Vortrag gehalten. Auch in der Berufungsbegründung hat die Beklagte das Argument der Verwirkung nicht mehr aufgegriffen.

18

Ebenfalls nicht feststellen lässt sich, dass die Einrede der Verjährung durchgreift. Denn für den Verjährungsbeginn von Nebenkostennachforderungen des Vermieters ist der Zugang einer ordnungsgemäßen Abrechnung beim Mieter maßgeblich, weil frühestens mit diesem Zeitpunkt die Fälligkeit der Nachforderung eintritt (Beyerle, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Auflage, Kap. 11 Rn. 241). Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt also mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in welchem dem Mieter eine ordnungsgemäße Abrechnung zugeht (Beyerle, a.a.O.). Selbst wenn die Auffassung vertreten würde, dass ein Anspruch auf Zahlung der Grundsteuer für das Jahr 2012 verjährt sein könnte, wenn der Beklagten bereits vorher eine Nebenkostenabrechnung für das Kalenderjahr 2012 zugegangen ist, die keine Grundsteuer aufwies, kann hierzu keine Feststellung getroffen werden. Die für die Voraussetzungen der Vollendung der Verjährung darlegungspflichtige Beklagte hat weder vorgetragen, ob ihr für das Kalenderjahr 2012 zuvor eine Nebenkostenabrechnung erteilt worden ist, noch wann genau ihr eine solche Abrechnung vor der Abrechnung mit Schreiben vom 8. August 2016 zugegangen ist.

19

2. Nach Auffassung des Senats war der Kläger auf der Grundlage von § 8 des Mietvertrages allerdings nicht dazu berechtigt, Grundsteuer auf die Beklagte umzulegen. Denn der streitgegenständlichen Klausel fehlt es an der erforderlichen inhaltlichen Bestimmtheit.

20

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf es einer ausdrücklichen und inhaltlich bestimmten Regelung, aus der sich ergibt, dass der Mieter neben der Grundmiete ganz oder anteilig Betriebskosten zu tragen hat. Letztere müssten der Art nach hinreichend konkretisiert werden. Denn nur dann sei es einem Mieter möglich, sich zumindest ein grobes Bild davon zu machen, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können (BGH, Urteil vom 2. Mai 2012, Az.: XII ZR 88/10, zitiert nach juris Rn. 14). Dieser Grundsatz gilt auch bei formularmäßigen Mietverträgen (siehe OLG Brandenburg, Urteil vom 25. Juli 2012, Az.: 3 U 147/11, zitiert nach juris Rn. 29; siehe ferner Schmid, in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, § 556 Rn. 14;).

21

Dem Erfordernis inhaltlicher Bestimmtheit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dann Genüge getan, wenn der Vertrag zur Umlegung der Betriebskosten eine Verweisung auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung (jetzt § 2 Betriebskostenverordnung) enthält, sofern es sich nicht um „sonstige Betriebskosten“ im Sinne von Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung handelt. Denn der allgemeine Verweis auf die Anlage 3 gibt dem Mieter hinsichtlich der Nr. 1 - 16 hinreichende Klarheit darüber, mit welchen Nebenkosten er jedenfalls dem Grunde nach zu rechnen habe (BGH, a.a.O. Rn. 15). Wenn ein Mietvertrag hingegen keine (abschließende) Aufzählung der umzulegenden Betriebskosten enthält und auch keine Verweisung auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung oder die Betriebskostenverordnung enthält, stellt sich die Frage der hinreichenden Bestimmtheit (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 16f.). Genauso verhält sich der vorliegende Fall. Denn auch im vorliegenden Fall fehlt es an einer abschließenden Aufzählung sowie eines konkreten Hinweises auf die Betriebskostenverordnung. In § 8 des Mietvertrages ist in Satz 1 nur davon die Rede, dass der Mieter „sämtliche Betriebskosten“ zu tragen hat. Dies reicht nach Auffassung des Senats für sich genommen aber nicht aus.

22

b) Die Regelung in § 8 spricht nur allgemein von „Betriebskosten“ ohne dass deutlich wird, welche Kosten damit im Einzelnen gemeint sind. Im vorliegenden Fall kann auch nicht unbesehen auf den Betriebskostenbegriff des § 556 BGB zurückgegriffen werden.

23

Zwar ist richtig, dass der für Wohnraummietsachen zuständige Senat im Urteil vom 10. Februar 2016 (Az. VIII ZR 137/15) ausgeführt hat, dass der Begriff der Betriebskosten in der

Wohnraummiete seit vielen Jahrzehnten durch Rechtsverordnung und später durch Gesetz definiert sei (a.a.O., zitiert nach juris Rn. 15) und dass der in einem Wohnraummietvertrag verwendete Begriff der „Betriebskosten gemäß Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV“ ohne Weiteres in dem Sinne zu verstehen sei, wie es jetzt in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelt sei (a.a.O. Rn. 16). Vorliegend geht es jedoch um ein Gewerberaummietverhältnis, für das die Vorschrift des § 556 BGB gerade nicht zur Anwendung kommt. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat der Gesetzgeber durch die gezielte Auswahl der auf die Geschäftsraummiete anwendbaren Vorschriften in § 578 BGB deutlich zum Ausdruck gebracht, dass § 556 BGB für die Geschäftsraummiete nicht gelten solle und über diesen Willen könne auch nicht im Wege der Analogie hinweggegangen werden (BGH, Urteil vom 27. Januar 2010, Az. XII ZR 22/07, zitiert nach juris Rn. 19).

24

Zudem fehlt es im vorliegenden Fall - anders als in dem vom VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes entschiedenen Fall - auch an einer Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV oder der Betriebskostenverordnung. Eine solche Bezugnahme ist aber erforderlich, auch wenn der Begriff der Betriebskosten zum allgemeinen Sprachgebrauch gehört und der durchschnittliche Mieter eine Vorstellung über die wesentlichen umlegbaren Nebenkosten hat (siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. September 2002, Az.: I-10 U 170/01, 10 U 170/01, zitiert nach juris Rn. 17; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Februar 2016, Az.: VIII ZR 137/15, zitiert nach juris Rn. 11).

25

Der Senat verkennt dabei auch nicht, dass es der XII. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 10. September 2014 (Az.: XII ZR 65/11) für zulässig erachtet hat, den Begriff der „Verwaltungskosten“ unter Rückgriff auf die vorhandene gesetzliche Definition in der Betriebskostenverordnung zu bestimmen (a.a.O., zitiert nach juris Rn. 19). Vorliegend geht es aber nicht um die inhaltliche Bestimmtheit einer ganz bestimmten ausdrücklich genannten Betriebskostenposition, sondern um die Frage, ob der allgemeine Begriff der Betriebskosten auch bei Gewerberaummietverhältnissen unter Rückgriff auf die Betriebskostenverordnung definiert werden kann. Dagegen spricht nach Auffassung des Senats, dass bei der Vermietung von Gewerberaum formularvertraglich auch die Umlage solcher Betriebskosten möglich ist, welche nicht im Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV genannt sind, wozu Kosten i.S. von § 2 Nr. 17 BetrKV oder Instandhaltungs- und Verwaltungskosten zählen (Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Auflage, § 556 Rn. 68). Wenn aber der Begriff der Betriebskosten in einem Gewerberaummietvertrag immer deckungsgleich mit dem Betriebskostenbegriff i.S. von § 556 BGB i.V.m. dem Betriebskostenkatalog wäre, dann würde sich die Umlage gerade nicht auf die vorgehend genannten Kosten beziehen, obwohl

im vorliegenden Fall die Verwendung des Wortes „sämtliche“ die Umlegbarkeit sämtlicher (denkbarer) Betriebskosten und damit z.B. auch von Verwaltungskosten nahelegt.

26

c) Ohne Erfolg beruft sich der Kläger in diesem Zusammenhang darauf, dass im vorliegenden Fall die Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Beklagten anwendbar sei, weil diese Verwenderin des Mietvertrages gewesen sei. Soweit die Klägerin mit dem Hinweis auf die Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB inzident vorträgt, bei der Klausel in § 8 des Mietvertrages handele sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, ist sie mit diesem Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. In erster Instanz hat der anwaltlich beratene Kläger im Schriftsatz vom 20. April 2017 vorgetragen, dass es „... sich ... um eine Individualvereinbarung“ handele, „die vor allem damals von der Mieterin vorgelegt wurde.“ (Seite 3 des Schriftsatzes, Bl. 64 d.A.). Wenn der Kläger daher erstmals in zweiter Instanz die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2018 bestrittene Behauptung aufstellt, es liege eine Formulklausel i.S. der §§ 305ff. BGB und keine Individualvereinbarung vor, handelt es sich ersichtlich um neues streitiges Vorbringen i.S. von § 531 Abs. 2 ZPO, welches der anwaltlich beratene Kläger im ersten Rechtszug aus Nachlässigkeit nicht geltend gemacht hat und welches weder einen vom Gericht des ersten Rechtszuges übersehenen Gesichtspunkt betrifft noch infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurde.

27

d) Von einer ausreichenden Bestimmtheit kann im vorliegenden Fall auch deshalb nicht ausgegangen werden, weil - wie bereits oben ausgeführt - der allgemeine Begriff der „Betriebskosten“ offen lässt, wie es sich mit den Kosten verhält, die nach der Betriebskostenverordnung nicht zu den Betriebskosten gehören, welche aber - wenn sie ausdrücklich Erwähnung gefunden haben wie z.B. Verwaltungskosten - umlegbar wären (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 10. September 2014, Az.: XII ZR 56/11, zitiert nach juris, Rn. 11ff.). Die Formulierung „sämtliche Betriebskosten“ ist insoweit in hohem Maße intransparent, weil sie die von der Mieterseite zu tragende Kostenlast - mit Ausnahme der aufgezählten Einzelpositionen - weder inhaltlich noch ihrem Umfang nach ansatzweise in einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden Weise erkennen lässt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Dezember 2011, Az.: I-10 U 96/11, 10 U 96/11, zitiert nach juris Rn. 3 zu der Klausel „sonstige Kosten in Zusammenhang mit Betrieb und Unterhaltung des Gebäudes“).

28

e) Selbst wenn aber davon ausgegangen würde, dass die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung auch im Bereich der Gewerberaumiete als Hilfsmittel zur näheren Bestimmung des Begriffes „Betriebskosten“ herangezogen werden können (so im Ergebnis

offenbar KG Berlin, Beschluss vom 29. Dezember 2006, Az.: 12 U 117/06 = KGR Berlin 2007, 728f., wonach bereits die Erwähnung des Begriffes „Betriebskosten“ ausreicht, um darunter alle Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung zu verstehen; siehe auch Oberlandesgericht Frankfurt, Hinweisbeschluss vom 14. Februar 2018, Az.: 2 U 142/17 = NZM 2017, 789ff.) verbleiben im vorliegenden Fall weitere - nicht behebbare - Zweifel an der ausreichenden Bestimmtheit. Denn der vorliegende Fall erhält sein besonderes Gepräge dadurch, dass in § 8 des Vertrages nicht nur ganz allgemein von „sämtlichen Betriebskosten“ die Rede ist (Satz 1), sondern im Anschluss daran in Satz 2 eine durch das Wort „insbesondere“ eingeleitete Aufzählung folgt.

29

Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 25. September 2018 ausgeführt hat, entspricht es herrschender Meinung, dass bei Vorhandensein einer beispielhaften Aufzählung, die mit dem Zusatz „ua“ oder „etc.“ versehen sein, die im Mietvertrag aufgeführten Betriebskosten im Zweifel nicht umgelegt werden können (vgl. Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Auflage, Kap. B Rn. 25; vgl. auch Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Auflage, § 556 Rn. 37). Nichts Anderes gilt nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall, in dem das Wort „insbesondere“ in § 8 Satz 2 die Frage aufwirft, ob und inwieweit hierin eine Einschränkung des Satzes 1 liegt oder nicht. Denn die in § 8 Satz 2 durch das Wort „insbesondere“ eingeleitete Aufzählung wäre ersichtlich überflüssig, wenn Satz 1 so verstanden wird, dass ohne Einschränkung jede Betriebskostenart im Sinne der Betriebskostenverordnung oder jede andere Betriebskostenart erfasst werden sollte.

30

Der Senat folgt insoweit der Bewertung des Oberlandesgerichts Schleswig in seinem Urteil vom 10. Februar 2012 (Az.: 4 U 7/11), in dem das Oberlandesgericht wie folgt ausgeführt hat:

31

Auch in einem Gewerberaummietverhältnis bedarf die Umlage von - nach dem allgemeinen Grundsatz vom Vermieter zu tragenden - (Betriebs-)Kosten auf den Mieter einer inhaltlich bestimmten und eindeutigen Vereinbarung, wobei Unklarheiten zu Lasten des Vermieters gehen; für den Mieter muss sich aus der Vereinbarung ergeben, welche Betriebskostenarten er zu tragen hat, um sich ein jedenfalls grobes Bild von den auf ihn zukommenden zusätzlichen Kosten zu machen (BGH NZM 2005, 863 f, juris Rdnr. 28 f: „Kosten für den Betrieb“ nicht hinreichend bestimmt; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 556 BGB, Rdnr. 35 ff). Die hiernach erforderliche hinreichende Bestimmtheit fehlt im Hinblick auf die streitgegenständlichen Positionen, die in der Aufzählung nach „insbesondere“ nicht genannt werden.

Auch liegt in der Formulierung in Ziffer 6.1 MV „Nebenabgaben und Kosten, die mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhängen, insbesondere ...“ entgegen der von der Klägerin unter Hinweis auf die Entscheidung KG NZM 2008, 128 f („Bewirtschaftungs- und sonstige Verbrauchsabgaben“ in einem GewerbemietV = „Betriebskosten“ i.S.d. der Anlage 3 zu § 27 II BV; a.A. Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2008, Kap. 11, Rdnr. 43 „zu weitgehend“; einschränkend „nur Verbrauchsabgaben“ Schmidt-Futterer-Langenberg, § 556, Rdnr. 36) vertretenen Auffassung eine zulässige Bezugnahme auf den bei Abschluss des Mietvertrages (1978) geltenden Katalog der Anlage 3 Nr. 1 - 16 zu § 27 der II. BV, der die streitgegenständlichen Betriebskostenarten beinhaltet, nicht.

Nach der vom Senat geteilten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann allerdings die Umlage der Nebenkosten in Formularverträgen durch eine hinreichend konkrete Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 der II. BV vereinbart werden (BGH NZM 2007, 769 und NZM 2006, 534: Fassung des bei Vereinbarung gültigen Kataloges der Betriebskosten; Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2008, Kap. 11 Rdnr. 49). Bei Abschluss des Gewerbemietvertrages im November 1978, der hinsichtlich der Nebenkosten durch die Nachträge nicht geändert worden ist, galten (für preisgebundenen Wohnraum) § 4 MHRG sowie § 27 der II. Berechnungsverordnung (nebst der dazugehörigen Anlage 3, BGBl. 1975 I, S. 569, 592). Hiernach (Legaldefinition des § 27 der II. BV) waren Betriebskosten insbesondere die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes oder des Grundstücks laufend entstehen, es sei denn, dass sie üblicherweise vom Mieter außerhalb der Miete unmittelbar getragen werden. In Ziffer 6.1 des Mietvertrages wird aber auf den Katalog der Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung nicht in hinreichend bestimmter Weise Bezug genommen. Dort fehlt ein konkreter Hinweis auf den Katalog oder den Betriebskostenbegriff in § 27 der II. BV. Auch wird die Legaldefinition des § 27 der II. BV zu den Betriebskosten nicht wiederholt, sondern hiervon abweichend ohne Hinweis auf dem Eigentümer durch das Eigentum entstehende Kosten abgestellt auf „Nebenabgaben und Kosten, die mit dem Betrieb des Mietgegenstandes zusammenhängen“. Gegen eine von den damaligen Vertragsparteien gewollte Überwälzung der (unabhängig vom Betrieb des Mietgegenstandes anfallenden) Grundsteuer und der Versicherungsprämie für die Sturmschadens- und Haftpflichtversicherung spricht ferner, dass die Mieterin die „Nebenabgaben und Kosten“ nach Ziffer 6.1 des Mietvertrages „direkt abführen“ soll, was angesichts der regelmäßigen Belastung des Eigentümers mit Grundsteuer und der Prämie für die Gebäudeversicherung insoweit nicht passt.

Dieser Bewertung steht auch nicht die bereits einleitend zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 10. September 2014 (Az.: XII ZR 56/11) entgegen. Diese Entscheidung betraf eine Klausel in einem - vorliegend nicht gegebenen - Formularymietvertrag mit folgendem Inhalt (BGH, a.a.O., zitiert nach juris Rn. 3):

35

"§ 8/II

36

Nebenkosten

37

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: ...

38

Der Bundesgerichtshof hat in der vorgenannten Entscheidung die angefochtene Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 20. April 2011 (Az.: 3 U 117/10) jedenfalls insoweit nicht beanstandet, als das Oberlandesgericht die Auffassung vertreten hatte, dass es nicht schade, dass die umzulegenden Betriebskosten nicht im Einzelnen aufgelistet worden seien, weil durch die Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung oder Betriebskostenverordnung von einer inhaltlich hinreichend genauen Vereinbarung auszugehen sei (BGH, a.a.O. Rn. 8 i.V.m. Rn. 11). Genau an einer solchen Bezugnahme fehlt es aber im vorliegenden Fall.

39

Eine andere Bewertung kommt auch nicht mit Rücksicht auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 10. Januar 1997 (Az.: 21 U 2464/95) in Betracht. Dieser Entscheidung lag ein anderer Sachverhalt bzw. eine andere Klausel zugrunde. Das OLG München hat sich mit einer Klausel befasst, wonach der „Mieter alle anfallenden Nebenkosten - soweit gesetzlich zulässig - zu tragen“ hatte.

40

Soweit hingegen das Oberlandesgericht Frankfurt in einem Hinweisbeschluss vom 14. Februar 2018 (Az.: 2 U 142/17 = NZM 2017, 789ff.) die Auffassung vertreten hat, dass der Begriff „die Nebenkosten“ oder „alle umlagefähigen Nebenkosten“ auch ohne nähere Bestimmung der einzelnen Kostenarten oder eine Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV oder die Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung eine wirksame Umlage der jedenfalls im Betriebskostenkatalog

konkret aufgeführten Betriebskosten zur Folge habe, vermag der Senat dieser Auffassung aus zweierlei Gründen nicht zu folgen.

41

Zum einen greift das Oberlandesgericht ohne weitere Begründung auf die Entscheidung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes zurück, ohne die entscheidungserhebliche Frage zu erörtern, ob diese Rechtsprechung im Gewerberaummietrecht ebenfalls herangezogen werden kann.

42

Zum anderen hat sich das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Beschluss auch nicht mit der Frage befasst, inwieweit dem Bestimmtheitsgebot auch dann Genüge getan ist, wenn beispielhaft Betriebskosten aufgeführt werden. Das Oberlandesgericht nimmt insoweit nur Bezug auf eine weitere Entscheidung des für Wohnraummietsachen zuständigen VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 10.10.2007 (Az.: VIII ZR 279/06), die aber schon deshalb nicht verallgemeinerungsfähig ist, weil der dieser Entscheidung zugrundeliegende Mietvertrag eine abschließende Aufzählung der Betriebskosten („folgende“) enthielt. Ein solcher Fall ist vorliegend aber ebenfalls nicht gegeben.

43

Für das Vertragsverständnis des Senats spricht vorliegend auch signifikant das Verhalten des Klägers, der unstreitig in der Zeit zwischen 1990 und 2016 der Beklagten zu keinem Zeitpunkt Grundsteuer als Betriebskostenart in Rechnung gestellt hat. Aus diesem Verhalten erhellt, dass der Kläger nicht von der Umlagefähigkeit der in § 8 des Vertrages im Einzelnen nicht erwähnten Grundsteuer ausgegangen ist.

44

f) Lediglich ergänzend und ohne dass es hierauf entscheidungserheblich ankommt, weist der Senat darauf hin, dass die Erwägungen sub. lit. a) bis d) auch dann zum Tragen kommen würden, wenn zugunsten des Klägers unterstellt würde, dass § 8 des Vertrages eine von der Beklagten gestellte Formalklausel mit der Folge ist, dass verbleibende Unklarheiten nach § 305 c Abs. 2 BGB insoweit zu Lasten des Klauselverwenders gehen, ohne dass dadurch das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB tangiert würde (vgl. BGH Versäumnisurteil vom 10. September 2014, Az.: XII ZR 56/11, zitiert nach juris, Rn. 19). Auch in diesem Fall fehlt es an der erforderlichen ausreichenden Bestimmtheit.

III.

45

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

46

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

47

3. Die Entscheidung über die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 ZPO. Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen.

48

Das Oberlandesgericht Frankfurt hat - wie bereits ausgeführt - in einem Hinweisbeschluss vom 14. Februar 2018 die Auffassung vertreten, dass eine (auch formularmäßig) getroffene Vereinbarung, wonach der Mieter „die Nebenkosten“ zu tragen hat, wobei beispielhaft drei Kosten aufgeführt werden, auch ohne nähere Bestimmung der Betriebskostenarten oder eine Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV/Anlage 3 zu § 27 II. BerechnungsVO eine wirksame Umlage der im Betriebskostenkatalog konkret aufgeführten Betriebskosten zur Folge habe. Vorliegend ist ein vergleichbarer Fall gegeben.

49

Überdies hat die Rechtssache auch grundsätzliche Bedeutung. Denn der vorliegende Fall wirft eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage auf, die in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auftreten kann BGHR ZPO (01.01.2002) § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 „Bedeutung, grundsätzliche“ 1). So hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 2. Mai 2012 (Az.: XII ZR 88/10) die in der Rechtsliteratur umstrittene Frage aufgeworfen, ob bei Fehlen einer Aufzählung oder Fehlen eines Verweises auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BerechnungsVO von einer hinreichend bestimmten Regelung ausgegangen werden könne (BGH, a.a.O., zitiert nach juris Rn. 17).

50

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 47 GKG, 3, 9 ZPO i.V.m. § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG. Gemäß § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG ist nur der Wert des höheren Anspruchs (hier: der Widerklage) maßgebend, wenn Klage und Widerklage denselben Gegenstand betreffen. Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Verurteilung zur Zahlung der rückständigen Grundsteuer bedingt zugleich die Abweisung der Widerklage. Der Streitwert der Widerklage beläuft sich auf 17.909,22 € (= 3,5 x 5.116,92 €) und ist höher als der Wert der Klage (10.233,84 € = 2 x 5.116,92 € - Grundsteuer für die Jahre 2012 und 2013).