

TE OGH 2012/11/28 7Ob93/12w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.11.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr.

Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S***** GmbH, *****, vertreten durch Kosch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei K*****-GmbH, *****, vertreten durch Schaffer Sternad Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 25.205,83 EUR sA, über den Rekurs und die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 29. Februar 2012, GZ 39 R 416/11g-36, womit das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 30. September 2011, GZ 48 C 1/10v-32, teilweise aufgehoben und teilweise abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs (Klagsforderung) wird nicht Folge gegeben.

Der Revision (Zwischenfeststellungsanträge der Beklagten) wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird (auch) in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Beklagte ist Bestandnehmerin im Einkaufszentrum (EKZ) der Klägerin „***** W*****“. Schon vor der für März 2004 ursprünglich geplanten Eröffnung des EKZ, nämlich seit 28. 5. 2002 führten der Geschäftsführer der Beklagten, der für die Klägerin tätige Makler und der Vertreter der Klägerin immer wieder Gespräche über die Inbestandnahme von Räumen. Der Geschäftsführer der Beklagten erhielt einen Musterbestandvertrag samt Plan, in dem bereits mehrere Bestandnehmer eingetragen waren. Als die H***** KG insolvent wurde, übernahm die Beklagte von ihr sechs von damals 13 Filialen. Auch über die Übernahme der Filiale im noch nicht eröffneten EKZ wurde gesprochen. Der Masseverwalter übergab dem Geschäftsführer der Beklagten Ende Mai/Anfang Juni 2004 den zwischen der Gemeinschuldnerin und der Klägerin bereits abgeschlossenen Bestandvertrag. Dieser stellte die Verhandlungsbasis zwischen der Klägerin und der Beklagten dar. Der Vertrag entsprach einem Vertragsmuster, das von der Klägerin regelmäßig verwendet wurde.

Am 19. 11. 2004 erfuhr der Geschäftsführer der Beklagten, dass der Rohbau des EKZ fast fertig und die Eröffnung nunmehr für den 13. 10. 2005 geplant sei. Die Beklagte sei ein wichtiger „Ankermieter“. Bei dem EKZ handle es sich um

den zweitbesten Handelsplatz in W*****. Es sei ein sensationeller Branchenmix zu erwarten. Die Vertreter der Klägerin hoben bei den Gesprächen die günstigen Betriebskosten im Verhältnis zu anderen EKZ hervor. Es seien solche in einer Größenordnung von 4 EUR/m² zu erwarten. Die Beklagte wollte den Bestandvertrag ausdrücklich dem Mietrecht unterwerfen, die Klägerin war damit nicht einverstanden. Sie ging davon aus, dass ein Pachtvertrag geschlossen werde. Als das Unternehmen „C*****“ nicht die geplanten Bestandverträge im EKZ abschloss, kamen die Parteien überein, dass die Beklagte diese Objekte (statt der in Aussicht genommenen) in Bestand nehmen sollte.

Der Geschäftsführer der Beklagten formulierte in der Folge „Änderungs- und Ergänzungswünsche“, über die an einem Tag zwischen 9:00 Uhr bis 11:30 Uhr verhandelt wurde. Der Schwerpunkt der Gespräche lag auf „kommerziellen Dingen“. Letztlich gelang ein Kompromiss. Grundsätzlich sollte der zwischen der Klägerin und H***** KG geschlossene Bestandvertrag mit Ergänzungen gelten. Es wurde vereinbart, dass die Kündigungsbestimmungen analog der §§ 29 ff MRG und die Kündigungsschutzbestimmungen laut dem allenfalls günstigerem Vertrag mit „H*****“, der allerdings dem Geschäftsführer der Beklagten nicht bekannt war, gelten sollten. Die Bestandnehmerin verpflichtete sich, das Geschäftslokal laut der Bau- und Architekturbeschreibung (ausgenommen Personenlift) zuzüglich der für das „C***** Geschäftslokal“ vorgesehenen zwei Rolltreppen und des Personen-/Lastenlifts auf eigene Kosten auszustatten. Der vorgesehene Baukostenzuschuss wurde von 726.744,19 EUR auf 400.000 EUR exklusive USt reduziert. Der Geschäftsführer der Beklagten formulierte in der Folge „Änderungs- und Ergänzungswünsche“, über die an einem Tag zwischen 9:00 Uhr bis 11:30 Uhr verhandelt wurde. Der Schwerpunkt der Gespräche lag auf „kommerziellen Dingen“. Letztlich gelang ein Kompromiss. Grundsätzlich sollte der zwischen der Klägerin und H***** KG geschlossene Bestandvertrag mit Ergänzungen gelten. Es wurde vereinbart, dass die Kündigungsbestimmungen analog der Paragraphen 29, ff MRG und die Kündigungsschutzbestimmungen laut dem allenfalls günstigerem Vertrag mit „H*****“, der allerdings dem Geschäftsführer der Beklagten nicht bekannt war, gelten sollten. Die Bestandnehmerin verpflichtete sich, das Geschäftslokal laut der Bau- und Architekturbeschreibung (ausgenommen Personenlift) zuzüglich der für das „C***** Geschäftslokal“ vorgesehenen zwei Rolltreppen und des Personen-/Lastenlifts auf eigene Kosten auszustatten. Der vorgesehene Baukostenzuschuss wurde von 726.744,19 EUR auf 400.000 EUR exklusive USt reduziert.

Der Geschäftsführer der Beklagten suchte seinen Rechtsanwalt auf, um die in einer Gedächtnisnotiz festgehaltenen Ergänzungen in eine „juristisch ordentliche Form“ bringen zu lassen. Der Rechtsanwalt „war aber nicht beauftragt, den Bestandvertrag zu prüfen und prüfte ihn auch nicht“.

Letztlich wurde der Bestandvertrag unter Zugrundelegung des Bestandvertragsformulars der Klägerin (wie bei der H***** KG), abgeändert durch die von der Klägerin akzeptierten Ergänzungswünsche der Beklagten, geschlossen. Insbesondere die im Bestandvertragsformular enthaltenen Punkte VIII (Kosten) und XXIII (Gemeinschaftsaufgaben [Entgelt für Verwaltungstätigkeit]) wurden nicht besprochen. Die Bestimmungen waren standardmäßig in allen (rund 300) Bestandverträgen der Klägerin enthalten. Die Klägerin ist bei Vertragsverhandlungen mit Bestandnehmern grundsätzlich nie von den Klauseln abgewichen. Die Abrechnung soll allen Bestandnehmern gegenüber einheitlich erfolgen. Letztlich wurde der Bestandvertrag unter Zugrundelegung des Bestandvertragsformulars der Klägerin (wie bei der H***** KG), abgeändert durch die von der Klägerin akzeptierten Ergänzungswünsche der Beklagten, geschlossen. Insbesondere die im Bestandvertragsformular enthaltenen Punkte römisch acht (Kosten) und römisch 23 (Gemeinschaftsaufgaben [Entgelt für Verwaltungstätigkeit]) wurden nicht besprochen. Die Bestimmungen waren standardmäßig in allen (rund 300) Bestandverträgen der Klägerin enthalten. Die Klägerin ist bei Vertragsverhandlungen mit Bestandnehmern grundsätzlich nie von den Klauseln abgewichen. Die Abrechnung soll allen Bestandnehmern gegenüber einheitlich erfolgen.

Das zugrundeliegende Bestandvertragsformular enthält (unstrittig) folgende Bestimmungen:

„I Bestandgegenstand

...

5. Alle nicht in Bestand gegebenen und errichteten Gemeinschaftsanlagen des Gebäudes wie Mall, Aufenthaltsräume, Fahrwege, Rampen, Gehsteige, Gartenflächen oder sonstige dem Gemeingebrauch dienenden Bereiche, unterliegen der ausschließlichen Verfügung des Bestandgebers. Dieser behält sich sohin das alleinige Gestaltungs- und Nutzungsrecht über diese nicht in Bestand gegebenen Räumlichkeiten und Flächen vor, insbesondere die Errichtung

von Zu- und Erweiterungsbauten aller Art, die Verlegung oder gänzliche Entfernung von bestehenden Einrichtungen sowie überhaupt jegliche Nutzungsänderung oder gesonderte Bewirtschaftung. Der Bestandgeber hat auch das Recht, Vorschriften über die Nutzung dieser Gemeinschaftsanlagen zu erlassen oder abzuändern.

Der Bestandnehmer und seine Kunden sind berechtigt, die Gemeinschaftsanlagen entsprechend der jeweils aktuellen Hausordnung mitzubedenutzen.

... II. Verwendungszweck... römisch zwei. Verwendungszweck

1. ... Der Bestandnehmer ist verpflichtet, die Bestandsräume einschließlich der Auslagen ausschließlich zu diesem vertraglich festgelegten Zweck für die Dauer des Bestandvertrages zu nutzen und diese dauernd zu betreiben.

...

V. Bestandzinsrömisch fünf. Bestandzins

1. Monatlicher Bestandzins

Der monatliche Bestandzins beträgt 5 % des Nettoverkaufsumsatzes (Umsatzbestandzins), mindestens jedoch monatlich als Grundbestandzins 10,86 EUR/m² Bestandsfläche ... zuzüglich Umsatzsteuer.

...

VIII. Kostenrömisch acht. Kosten

...

2. Festgehalten wird, dass das EKZ W***** ein einheitliches Objekt ist. Etwaige zukünftige bauliche Erweiterungen werden automatisch in dieses einheitliche Objekt einbezogen.

Insoweit der Bestandnehmer mit Betriebs-, Heizungs- oder sonstigen Kosten nicht direkt oder aufgrund eigener Zähler belastet wird, trägt er die Kosten des Betriebes, der Pflege und Betreuung, Wartung, Instandhaltung sowie Reinigung und Sicherheit der gemeinschaftlichen Anlagen oder Einrichtungen im Verhältnis der von ihm in Bestand genommenen Bestandsfläche ... zur gesamten Bestandsfläche des EKZ W*****.

Diese Kosten, die sich grundsätzlich im Rahmen der Wirtschaftlichkeit bewegen müssen, sind beispielsweise:

- die Stromversorgung aller gemeinschaftlich genutzten Anlagen und Einrichtungen, die allgemeine (Sonder-) Müllentsorgung, Kanalbenutzung und Kanalaräumung, Kosten für die Rauchfangkehrung, Schädlingsbekämpfung und dergleichen, die Wassergebühren sowie die Kosten des Betriebes und der Erhaltung der Heizung. Soweit Kosten aufgrund eigener Zählung vom einzelnen Bestandnehmer direkt zu tragen sind, werden darüber hinausgehende Kosten in den gemeinschaftlichen oder für den Kundenbetrieb geschaffenen Einrichtungen oder Anlagen (beispielsweise sämtliche gemeinschaftlichen Anlagen, Passagen, Malls oder Sanitär-, Sprinkler-, Lüftungsanlagen) im Verhältnis der von ihm in Bestand genommenen Flächen ... aufgeteilt;
- alle Verkehrswege, Grünanlagen sowie Außenanlagen betreffenden Kosten einschließlich öffentlicher Straßenreinigungs- und Streugebühren, der Kosten für jede Außenbeleuchtung etc;
- alle gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen baulicher und technischer Art betreffenden Kosten wie beispielsweise Toiletten- und Sanitäranlagen, Aufzüge, Rolltreppen, Fahrbänder, Sprinkleranlagen sowie alle weiteren behördlich oder gewerblich geforderten Anlagen;
- die Kosten der Instandhaltung der Substanz;
- die Kosten des benötigten Hauspersonals;
- die Kosten für den Bestand und die Pflege der Gartenanlagen einschließlich des Ersatzes von Pflanzenmaterial, auch die Kosten der saisonalen Bepflanzung;
- die Kosten für die Sicherheit des gesamten EKZ W***** einschließlich des Personals und der technischen Ausstattung sowie beispielsweise Personalarufanlagen, Videoüberwachung, Hundeführerdienst etc;
- die Kosten für die Einrichtung und den Ersatz der Werbe- und Hinweisbeschilderung innerhalb und außerhalb des EKZ. Hierzu zählen zB auch Fahnen und Fahnenmasten und alle sonstigen Werbeeinrichtungen, die sich nicht auf einzelne Bestandnehmer beziehen. Dem Bestandnehmer steht die unentgeltliche werbewirksame Anbringung von 2

eigenen beleuchteten Schriftzügen am EKZ-Gebäude zu, ebenso beleuchtete Portalschriftzüge;

- die Kosten für die öffentlichen Abgaben und Lasten der Liegenschaften sowie die Kosten der Versicherung des EKZ gegen Brandschaden, Haftpflicht des Bestandgebers, Leitungswasserschäden, Betriebsunterbrechung und gegen Glasbruch hinsichtlich der Verglasung der der allgemeinen Benützung dienenden Räume des Einkaufszentrums einschließlich aller Wand-, Dach- und Portalsverglasungen;

- die Kosten des Betriebes, der Reparatur sowie des Ersatzes der vom Bestandgeber erstmals angeschafften Weihnachtsbeleuchtung;

- sowie alle sonstigen Kosten des Einkaufszentrums im weiteren Sinn, die - auch wenn bisher nicht genannt - mit der Bewirtschaftung des EKZ W***** zusammenhängen.

3. Den Umlageschlüssel, die Art der Abrechnung (Messgeräte, Flächen und Volumina) sowie Ort und Art der Zählung bestimmt der Bestandgeber. Dieser wird objektweise oder für bestimmte Versorgungskreise eigene Zählungen vorsehen, soweit dies bauseits möglich und erforderlich ist.

Bei der Abrechnung nach Flächen gilt die gemäß Punkt 1 Ziff 2 ermittelte tatsächliche Bestandfläche.

4. Der Bestandnehmer hat auf diese Kosten gemäß Punkt VIII Ziff 2 ein monatliches Akonto in Höhe von derzeit 4 EUR je m² Bestandfläche ... zuzüglich Umsatzsteuer ... zu leisten. Dieses Akonto ist zusammen mit dem monatlichen Bestandeuro zu bezahlen. Der Bestandgeber hat das Recht, die Höhe der monatlichen Akontozahlungen den tatsächlich anfallenden Kosten anzupassen. 4. Der Bestandnehmer hat auf diese Kosten gemäß Punkt römisch acht Ziff 2 ein monatliches Akonto in Höhe von derzeit 4 EUR je m² Bestandfläche ... zuzüglich Umsatzsteuer ... zu leisten. Dieses Akonto ist zusammen mit dem monatlichen Bestandeuro zu bezahlen. Der Bestandgeber hat das Recht, die Höhe der monatlichen Akontozahlungen den tatsächlich anfallenden Kosten anzupassen.

Der Bestandgeber wird über diese Akontozahlungen jährlich abrechnen.

...

X. Gemeinsame Werbungrömisches zehnte. Gemeinsame Werbung

1. Werbekostenbeitrag

Der Bestandnehmer verpflichtet sich zur Bezahlung eines Werbekostenbeitrages, wobei die Gemeinschaftswerbung gemäß den Vereinbarungen über die Gemeinschaftswerbung durch den Werbeausschuss festgelegt wird. ...

1.1 ...

Dieser Werbekostenbeitrag beträgt derzeit 0,73 EUR pro Monat und m² Bestandfläche. ...

...

XV. Instandhaltung römisch fünfzehnte. Instandhaltung

1. Der Bestandnehmer ist verpflichtet, das von ihm in Bestand genommene Bestandsobjekt samt Anlagen pfleglich zu behandeln (insbesondere alle technischen Einrichtungen für Heizung, Wasser, Abwasser usw.) und auf eigene Kosten ständig in einem zum vereinbarten Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, sowie alle Reparaturen und Instandhaltungsarbeiten im Inneren des Bestandsobjekts unverzüglich vorzunehmen. Zu dieser Instandhaltung, aber auch zu Investitionen, die aufgrund von Aufträgen von Behörden aus der Betriebsführung notwendig werden, ist der Bestandnehmer auf eigene Kosten ohne Anspruch auf Rückersatz gegenüber dem Bestandgeber verpflichtet. Soweit der Erhaltungsaufwand allgemeine Teile bzw Leistungen betrifft, sind die vom Bestandgeber namhaft gemachten Professionisten zur Durchführung der Arbeiten zu beauftragen. Die Instandhaltungspflicht des Bestandnehmers beschränkt sich auf das Bestandsobjekt im Übergabezustand.

Außenfassade, Verputz, Mauerwerk und Außenfenster sowie Dach und Außenanlagen (Parkplätze, Zu- und Abfahrtsbereich, Anlieferungsbereich) sind vom Bestandgeber instandzuhalten.

...

7. Nach Beendigung des Bestandverhältnisses hat der Bestandnehmer den Bestandgegenstand unter Berücksichtigung der mit dem ordentlichen Gebrauch verbundenen normalen Abnutzung gereinigt, jedenfalls aber funktionsfähig zurückzustellen. Bei Veränderungen, die vom Bestandgeber nicht genehmigt wurden, steht dem

Bestandgeber weiters das Recht zu, die Herstellung des früheren Zustandes auf Kosten des Bestandnehmers zu verlangen. ...

...

XX. Betriebspflicht/Wahrung des Gesamtinteresses römisch zwanzig. Betriebspflicht/Wahrung des Gesamtinteresses

...

1. Der Bestandnehmer ist verpflichtet, den Bestandgegenstand ab Übergabe und während der gesamten Bestandszeit seiner Zweckbestimmung entsprechend ununterbrochen zu nutzen; er wird die Bestandsräume weder ganz noch teilweise unbenutzt lassen.

2. Der Bestandnehmer ist verpflichtet, die den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Öffnungszeiten maximal auszuschöpfen, zumindest aber sein Unternehmen zu den Öffnungszeiten des EKZ offen zu halten und zu betreiben.

...

3. Der Bestandnehmer wird sein Geschäft so betreiben, wie es dem Charakter des EKZ entspricht. ...

...

XXII. Pflichten des Bestandnehmers bei Beendigung des Bestandsverhältnisses römisch 22 . Pflichten des Bestandnehmers bei Beendigung des Bestandsverhältnisses

1. Der Bestandnehmer ist verpflichtet, das Bestandsobjekt sowie das Zubehör nach Beendigung des Bestandsverhältnisses in einem ordnungsgemäßen, erforderlichenfalls renovierten Zustand zurückzugeben.

Um-, An- und Einbauten sowie Einrichtungen etc hat der Bestandnehmer auf Verlangen des Bestandgebers bei Beendigung des Bestandsverhältnisses zu entfernen und die Bestandsräume wieder in den Zustand zu versetzen, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Übergabe befunden haben. ...

...

XXIII. Gemeinschaftsaufgaben römisch 23 . Gemeinschaftsaufgaben

1. Mit sämtlichen Verwaltungssachen, so auch mit den Sachen der Erhaltung und des Betriebes der Gemeinschaftsanlagen, sowie der Parkplätze, Grün- und Gartenanlagen, Schneeräumung, Müllabfuhr und Abfallbeseitigung etc ist der Bestandgeber als Verwalter beauftragt, welcher diese Kosten den jeweiligen Bestandnehmern zuzüglich Umsatzsteuer zur Zahlung vorschreibt und die dafür vereinnahmten Entgelte besonders verwaltet. ...

2. Als Entgelt für die Verwaltungstätigkeit einschließlich des dafür erforderlichen Personalaufwandes gebühren dem Bestandgeber 0,18 EUR pro m² Nutzfläche monatlich sowie die Umsatzsteuer. Die Beträge sind wertgesichert. ...“

Bei der Übergabe der Objekte befand sich das EKZ im Zustand eines „Edelrohbaus“. Die Anschlüsse für Elektro-, Wasser- und Luftzuleitung wurden bis zu den jeweiligen Bestandsobjekten gezogen. Die Beklagte investierte rund 1 Mio EUR in die bauliche Ausgestaltung und Einrichtung der Bestandsobjekte. Die Klägerin sorgte für die erste Brandmeldeschutzebene. Die Beklagte musste den Fußboden, die Sanitäreinrichtungen sowie das Portal, das die Abgrenzung zur Mall darstellt, herstellen.

Das EKZ wurde am 15. 10. 2005 eröffnet.

Die Klägerin legte jährlich eine Abrechnung über die „Bewirtschaftungskosten“. Für das Jahr 2008 ergibt sich aus der Abrechnung für die beiden Bestandsobjekte der Beklagten insgesamt eine Nachforderung in der Höhe des Klagsbetrags. Den Abrechnungen legte die Klägerin einen Verteilungsschlüssel zugrunde, der sich aus der Relation der in Bestand genommenen Flächen zur Gesamtbestandsfläche des EKZ ergibt. Ist eine vermietbare Fläche nicht in Bestand gegeben, so trägt die Klägerin die anteiligen Bewirtschaftungskosten unabhängig von der Dauer der Leerstehung selbst. „Das EKZ W***** ist stets gewissen Änderungen bei der Gesamtfläche ausgesetzt, sodass neue Flächen hinzu- oder wegkommen, was sich auch auf die Abrechnung auswirkt.“

In der Jahresabrechnung für das Jahr 2008, die ein „integrierender Bestandteil“ des Ersturteils ist, wird der Gesamtaufwand angeführt, wobei in der Aufschlüsselung jeder Position eine fünfstelligen Kennzahl vorangestellt ist. Die Abrechnung enthält beispielsweise folgende Punkte unter Angabe des darauf entfallenden Entgelts:

„Dekorationsmaterial; Wartung, Instandhaltung, Brandmeldeanlage; Wartung Sprinkleranlage; Revision Sprinkleranlage; Automatische Türen Wartung; Automatische Türen Reparatur; Elektrotechnik Ersatzmaterial; Elektrotechnik vorgeschriebene; Werkzeug für Instandhaltung; Kleinmaterial für Instandhaltung.“

Weitere Positionen weisen folgende Beträge aus: „div Wartung und Instandhaltung“ 77.042,24 EUR, „Centermanagement“ 30.000 EUR, „Personalaufwand“ 357.006,15 EUR.

Dem Geschäftsführer der Beklagten wurde auf Grund eigener Erfahrung mit einem anderem EKZ in den Jahren 2006 bis 2008 bekannt, dass die Überwälzung der Instandhaltungskosten auf den Bestandnehmer „problematisch“ ist.

Die Klägerin begehrt den Klagsbetrag, weil sich nach der Abrechnung der „Kosten der Bewirtschaftung“ gemäß Punkt VIII des Bestandvertrags für das Jahr 2008 für die Bestandobjekte der Beklagten nach Abzug der Akontozahlungen eine Nachforderung in dieser Höhe ergebe. Die Beklagte habe bisher die Nachforderungen nach den Jahresabrechnungen anstandslos bezahlt. Der Vertrag zwischen den Parteien sei ein Pachtvertrag, bei dem die von § 1099 ABGB abweichende Überwälzung der Bewirtschaftungskosten für die gemeinschaftlichen Anlagen des EKZ, wie dies in Punkt VIII des Vertrags vorgesehen sei, nicht gröblich benachteiligend, sondern zulässig und verkehrsüblich sei. Die Erhaltungskosten seien ein Teil der Hauptleistung, sodass eine Überprüfung nach § 879 Abs 3 ABGB nicht erfolgen dürfe. Selbst wenn man von einer Nebenabrede ausginge, fehlte jedenfalls ein auffallendes Missverhältnis zwischen den Rechtspositionen der Parteien. Die Kunden der Bestandnehmer eines EKZ würden die gemeinsamen Flächen und Einrichtungen benützen, sodass deren Wartung und Erhaltung im Interesse aller Bestandnehmer erfolge. Überdies liege dem Bestandvertrag kein Vertragsformblatt zu Grunde. Der Vertrag sei vielmehr individuell ausgehandelt worden. Die Klägerin begehrt den Klagsbetrag, weil sich nach der Abrechnung der „Kosten der Bewirtschaftung“ gemäß Punkt römisch acht des Bestandvertrags für das Jahr 2008 für die Bestandobjekte der Beklagten nach Abzug der Akontozahlungen eine Nachforderung in dieser Höhe ergebe. Die Beklagte habe bisher die Nachforderungen nach den Jahresabrechnungen anstandslos bezahlt. Der Vertrag zwischen den Parteien sei ein Pachtvertrag, bei dem die von Paragraph 1099, ABGB abweichende Überwälzung der Bewirtschaftungskosten für die gemeinschaftlichen Anlagen des EKZ, wie dies in Punkt römisch acht des Vertrags vorgesehen sei, nicht gröblich benachteiligend, sondern zulässig und verkehrsüblich sei. Die Erhaltungskosten seien ein Teil der Hauptleistung, sodass eine Überprüfung nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB nicht erfolgen dürfe. Selbst wenn man von einer Nebenabrede ausginge, fehlte jedenfalls ein auffallendes Missverhältnis zwischen den Rechtspositionen der Parteien. Die Kunden der Bestandnehmer eines EKZ würden die gemeinsamen Flächen und Einrichtungen benützen, sodass deren Wartung und Erhaltung im Interesse aller Bestandnehmer erfolge. Überdies liege dem Bestandvertrag kein Vertragsformblatt zu Grunde. Der Vertrag sei vielmehr individuell ausgehandelt worden.

Es seien die Gesamtkosten im Verhältnis der in Bestand genommenen Flächen zur gesamten in Bestand zu vergebenden Fläche des EKZ bemessen worden. Die Klägerin bezahle selbst jene Anteile, die auf leerstehende Bestandobjekte entfielen.

Die Positionen in der Abrechnung seien schlüssig und vertragsgemäß. Von Punkt XXIII des Vertrags seien nur die Kosten für die „reine“ Verwaltungstätigkeit durch die von der Klägerin beauftragte S***** GmbH umfasst. Die Vereinbarung nach Punkt VIII.2 des Bestandvertrags beziehe sich hingegen auf die Infrastruktur des EKZ, also die gemeinsamen Anlagen oder Einrichtungen, sodass die ausgewiesenen Kosten für „Verwaltung“ nicht von der Pauschale gemäß Punkt XXIII des Bestandvertrags umfasst seien. Unter die Position „div Wartung und Instandhaltung“ seien Kosten „für alle Instandhaltungen und Wartungen, zB WC-Verstopfungen, nach Stromausfällen, Reparaturen von Brandschutztüren, Fliesenausbesserungen, Malerarbeiten, Tischlerreparaturen, bei Wasserschäden oder Wasserrohrbrüchen etc“ zusammengefasst. Die Rechnungslegung sei ordnungsgemäß erfolgt und der Klagebetrag fällig. Die Positionen in der Abrechnung seien schlüssig und vertragsgemäß. Von Punkt römisch 23 des Vertrags seien nur die Kosten für die „reine“ Verwaltungstätigkeit durch die von der Klägerin beauftragte S***** GmbH umfasst. Die Vereinbarung nach Punkt römisch acht.2 des Bestandvertrags beziehe sich hingegen auf die Infrastruktur des EKZ, also die gemeinsamen Anlagen oder Einrichtungen, sodass die ausgewiesenen Kosten für „Verwaltung“ nicht von der Pauschale gemäß Punkt römisch 23 des Bestandvertrags umfasst seien. Unter die Position „div Wartung und Instandhaltung“ seien Kosten „für alle Instandhaltungen und Wartungen, zB WC-Verstopfungen, nach Stromausfällen, Reparaturen von Brandschutztüren, Fliesenausbesserungen, Malerarbeiten, Tischlerreparaturen, bei Wasserschäden oder Wasserrohrbrüchen etc“ zusammengefasst. Die Rechnungslegung sei ordnungsgemäß erfolgt und der Klagebetrag fällig.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Das Vertragsverhältnis sei als Mietvertrag zu qualifizieren. Es sei kein lebendes Unternehmen übergeben worden. Die Beklagte habe trotz des Baukostenzuschusses enorme Eigenleistungen erbringen müssen. Die Betriebskostennachforderung sei mangels ordnungsgemäßer Abrechnung nicht fällig, weil das Entgelt für die Verwaltungstätigkeit nach Punkt XXIII alle Verwaltungshandlungen abdecke und die Klägerin das Entgelt vereinbarungswidrig mehrfach in Rechnung gestellt habe. Die Klägerin müsse eine Trennung zwischen „Verwaltungstätigkeit“ und den Positionen „Centermanagement“ und „Personalaufwand“ herbeiführen. Unzulässig sei auch, dass die Klägerin in die Jahresabrechnung die Kosten für die Erhaltung allgemeiner Teile der Liegenschaft aufgenommen habe. Die Beklagte sei nämlich von der Regelung in Punkt VIII.2 des Mietvertrags, der eine generelle Überwälzung der Erhaltung des Bestandgegenstands auf den Bestandnehmer vorsehe, gröblich benachteiligt, weil dem Mieter dadurch auch Kosten übertragen würden, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst worden seien und die auch nicht in seinen Risikobereich fielen. Jeder Versuch, von den dispositiven Regelungen des ABGB zu Lasten des Bestandnehmers abzugehen, sei für ihn gröblich benachteiligend, weil für die Beklagte damit ein völlig unkalkulierbares wirtschaftliches Risiko einhergehe. Im Punkt VIII werde kein Bezug darauf genommen, dass die Instandhaltungskosten nur soweit überwält würden, als sie im Interesse des Bestandnehmers lägen. Die aufgezählten Kostenbestandteile dienten dazu, die Klägerin von der ihr vom Gesetz zugewiesenen Pflicht zur Erhaltung der allgemeinen Teile des EKZ zu entlasten. Damit seien die Positionen, die sich auf Instandhaltung und Reparatur bezögen, nicht gerechtfertigt.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Das Vertragsverhältnis sei als Mietvertrag zu qualifizieren. Es sei kein lebendes Unternehmen übergeben worden. Die Beklagte habe trotz des Baukostenzuschusses enorme Eigenleistungen erbringen müssen. Die Betriebskostennachforderung sei mangels ordnungsgemäßer Abrechnung nicht fällig, weil das Entgelt für die Verwaltungstätigkeit nach Punkt römisch 23 alle Verwaltungshandlungen abdecke und die Klägerin das Entgelt vereinbarungswidrig mehrfach in Rechnung gestellt habe. Die Klägerin müsse eine Trennung zwischen „Verwaltungstätigkeit“ und den Positionen „Centermanagement“ und „Personalaufwand“ herbeiführen. Unzulässig sei auch, dass die Klägerin in die Jahresabrechnung die Kosten für die Erhaltung allgemeiner Teile der Liegenschaft aufgenommen habe. Die Beklagte sei nämlich von der Regelung in Punkt römisch acht.2 des Mietvertrags, der eine generelle Überwälzung der Erhaltung des Bestandgegenstands auf den Bestandnehmer vorsehe, gröblich benachteiligt, weil dem Mieter dadurch auch Kosten übertragen würden, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst worden seien und die auch nicht in seinen Risikobereich fielen. Jeder Versuch, von den dispositiven Regelungen des ABGB zu Lasten des Bestandnehmers abzugehen, sei für ihn gröblich benachteiligend, weil für die Beklagte damit ein völlig unkalkulierbares wirtschaftliches Risiko einhergehe. Im Punkt römisch acht werde kein Bezug darauf genommen, dass die Instandhaltungskosten nur soweit überwält würden, als sie im Interesse des Bestandnehmers lägen. Die aufgezählten Kostenbestandteile dienten dazu, die Klägerin von der ihr vom Gesetz zugewiesenen Pflicht zur Erhaltung der allgemeinen Teile des EKZ zu entlasten. Damit seien die Positionen, die sich auf Instandhaltung und Reparatur bezögen, nicht gerechtfertigt.

Seit den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 sei die Gesamtfläche geringer geworden, sodass der Anteil der Beklagten an den Betriebskosten unzulässigerweise größer geworden sei.

Überdies behalte sich die Klägerin in rechtswidriger Weise die Befugnis vor, den Verteilungsschlüssel einseitig zum Nachteil der Bestandnehmer zu ändern und dadurch das Risiko, dass Bestandsobjekte leer stünden, auf diese zu überwälzen. Auch dies sei gröblich benachteiligend.

Die Punkte VIII und XXIII des Bestandvertrags unterlägen der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB. Die Klägerin habe diese Klauseln standardmäßig verwendet. Die Beklagte habe über die Klauseln schon deshalb nicht verhandelt, weil ein Problem im Zusammenhang damit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bekannt gewesen sei. Die Punkte römisch acht und römisch 23 des Bestandvertrags unterlägen der Inhaltskontrolle des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Die Klägerin habe diese Klauseln standardmäßig verwendet. Die Beklagte habe über die Klauseln schon deshalb nicht verhandelt, weil ein Problem im Zusammenhang damit zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bekannt gewesen sei.

Die Beklagte stellt die folgenden Zwischenanträge auf Feststellung:

1. Es möge festgestellt werden, dass Punkt VIII.2 des zwischen den Streitparteien bestehenden Bestandvertrags insofern wegen gröblicher Benachteiligung der Beklagten unwirksam sei, als auch die Kosten der Erhaltung der allgemeinen

Teile des EKZ W***** erfasst seien.1. Es möge festgestellt werden, dass Punkt römisch acht.2 des zwischen den Streitparteien bestehenden Bestandvertrags insofern wegen gröblicher Benachteiligung der Beklagten unwirksam sei, als auch die Kosten der Erhaltung der allgemeinen Teile des EKZ W***** erfasst seien.

2. Es möge festgestellt werden, dass Punkt VIII.3 des zwischen den Streitparteien bestehenden Bestandvertrags insoweit wegen gröblicher Benachteiligung der Beklagten unwirksam sei, als von diesem Vertragspunkt nicht bloß die Anpassung der für die Verteilung der Bewirtschaftungskosten relevanten Gesamtfläche des EKZ W***** an die im jeweiligen Abrechnungszeitraum baulich tatsächlich vorhandene Gesamtvermietungsfläche des EKZ W***** (inklusive allfälliger Leerstellungen) erfasst sei.2. Es möge festgestellt werden, dass Punkt römisch acht.3 des zwischen den Streitparteien bestehenden Bestandvertrags insoweit wegen gröblicher Benachteiligung der Beklagten unwirksam sei, als von diesem Vertragspunkt nicht bloß die Anpassung der für die Verteilung der Bewirtschaftungskosten relevanten Gesamtfläche des EKZ W***** an die im jeweiligen Abrechnungszeitraum baulich tatsächlich vorhandene Gesamtvermietungsfläche des EKZ W***** (inklusive allfälliger Leerstellungen) erfasst sei.

Die Klägerin beantragt die Abweisung der Zwischenfeststellungsanträge.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und stellte im Sinn der Zwischenanträge die gröbliche Benachteiligung der Beklagten durch die Punkte VIII.2 und VIII.3 des Vertrags fest. Der Vertrag zwischen den Parteien sei ein Mietvertrag. Da er aber § 1 Abs 4 Z 1 MRG unterliege, richte sich die Abrechnung der Bewirtschaftungskosten nach § 1099 ABGB. Da die Klägerin in allen ihren Bestandverträgen im EKZ W***** dieselben Kostentragungsregeln verwende, sei von einem Vertragsformblatt nach § 879 Abs 3 ABGB auszugehen. Der Beklagten sollten - ohne Beschränkung der Höhe nach - Kosten überbunden werden, die nicht durch ihren Mietgebrauch veranlasst seien und nicht in ihren Risikobereich fielen. Das Beweisverfahren habe ergeben (das Erstgericht hat dazu allerdings keine Feststellungen getroffen), dass „zu vermuten“ sei, dass beispielsweise auch Kosten für die Reparatur des undichten Daches in der Position 50050 „Instandhaltung Diverses“ aufgenommen worden seien. Die Beklagte könne auf Grund des Punkts VIII.2 Kosten, deren Höhe nicht absehbar seien, zur Behebung von Schäden begehren, die von Dritten verursacht worden seien. Die Abrechnung, die dies nicht berücksichtige, sei daher aus diesem Grund nicht ordnungsgemäß gelegt und nicht fällig. Aus der bisherigen Bezahlung der Jahresabrechnung lasse sich keine Anerkennung der Art der Abrechnung ableiten. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und stellte im Sinn der Zwischenanträge die gröbliche Benachteiligung der Beklagten durch die Punkte römisch acht.2 und römisch acht.3 des Vertrags fest. Der Vertrag zwischen den Parteien sei ein Mietvertrag. Da er aber Paragraph eins, Absatz 4, Ziffer eins, MRG unterliege, richte sich die Abrechnung der Bewirtschaftungskosten nach Paragraph 1099, ABGB. Da die Klägerin in allen ihren Bestandverträgen im EKZ W***** dieselben Kostentragungsregeln verwende, sei von einem Vertragsformblatt nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB auszugehen. Der Beklagten sollten - ohne Beschränkung der Höhe nach - Kosten überbunden werden, die nicht durch ihren Mietgebrauch veranlasst seien und nicht in ihren Risikobereich fielen. Das Beweisverfahren habe ergeben (das Erstgericht hat dazu allerdings keine Feststellungen getroffen), dass „zu vermuten“ sei, dass beispielsweise auch Kosten für die Reparatur des undichten Daches in der Position 50050 „Instandhaltung Diverses“ aufgenommen worden seien. Die Beklagte könne auf Grund des Punkts römisch acht.2 Kosten, deren Höhe nicht absehbar seien, zur Behebung von Schäden begehren, die von Dritten verursacht worden seien. Die Abrechnung, die dies nicht berücksichtige, sei daher aus diesem Grund nicht ordnungsgemäß gelegt und nicht fällig. Aus der bisherigen Bezahlung der Jahresabrechnung lasse sich keine Anerkennung der Art der Abrechnung ableiten.

Den Zwischenanträgen sei stattzugeben. Punkt VIII.2 sei gröblich benachteiligend. Die Klägerin trage zwar das Leerstandsrisiko, sie habe sich aber in Punkt VIII.3 das Recht ausbedungen, den Verteilungsschlüssel einseitig nachträglich zu ändern, wobei die Klausel so allgemein formuliert sei, dass für die Beklagte nicht vorhersehbar sei, auf welcher Grundlage die nächste Abrechnung erfolgen werde. Auch dies sei gröblich benachteiligend. Den Zwischenanträgen sei stattzugeben. Punkt römisch acht.2 sei gröblich benachteiligend. Die Klägerin trage zwar das Leerstandsrisiko, sie habe sich aber in Punkt römisch acht.3 das Recht ausbedungen, den Verteilungsschlüssel einseitig nachträglich zu ändern, wobei die Klausel so allgemein formuliert sei, dass für die Beklagte nicht vorhersehbar sei, auf welcher Grundlage die nächste Abrechnung erfolgen werde. Auch dies sei gröblich benachteiligend.

Die beiden Feststellungen im Sinn der Anträge der Beklagten seien für die Entscheidung in der Hauptsache präjudiziell. Hätte das Gericht die Vereinbarungen in den Punkten VIII.2 und 3 des Mietvertrags nicht als gröblich benachteiligend erkannt, wäre die Klage nicht aus den genannten Gründen abgewiesen worden. Die Feststellungen reichten über den konkreten Rechtsstreit hinaus, weil sie für künftige Abrechnungen wirkten. Die beiden Feststellungen im Sinn der

Anträge der Beklagten seien für die Entscheidung in der Hauptsache präjudiziell. Hätte das Gericht die Vereinbarungen in den Punkten römisch acht.2 und 3 des Mietvertrags nicht als gröblich benachteiligend erkannt, wäre die Klage nicht aus den genannten Gründen abgewiesen worden. Die Feststellungen reichten über den konkreten Rechtsstreit hinaus, weil sie für künftige Abrechnungen wirkten.

Das Berufungsgericht hob das Urteil hinsichtlich des Klagebegehrens auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Hinsichtlich der Entscheidung über die Zwischenanträge auf Feststellung änderte es das Urteil des Erstgerichts dahingehend ab, dass es diese abwies. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Vertrag zwischen den Parteien als Miete oder Pacht zu qualifizieren sei. Die Abrechnung der Bewirtschaftungskosten richte sich auch bei einem Mietvertrag nach § 1099 ABGB und nicht nach dem MRG, weil der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 4 Z 1 MRG vorliege. Die Beklagte habe mit der Klägerin den Bestandvertrag im Einzelnen während eines langen Zeitraums und während intensiver Gespräche ausgehandelt, wobei den Forderungen der Beklagten durchaus auch Rechnung getragen worden sei. Dies verhindere die Annahme, dass ein Vertragsformblatt nach § 879 Abs 3 ABGB vorliege. Es komme nicht darauf an, ob die konkreten Klauseln wirklich besprochen worden seien. Eine Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB scheide damit aus, sodass die Zwischenfeststellungsanträge abzuweisen seien. Das Berufungsgericht hob das Urteil hinsichtlich des Klagebegehrens auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Hinsichtlich der Entscheidung über die Zwischenanträge auf Feststellung änderte es das Urteil des Erstgerichts dahingehend ab, dass es diese abwies. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Vertrag zwischen den Parteien als Miete oder Pacht zu qualifizieren sei. Die Abrechnung der Bewirtschaftungskosten richte sich auch bei einem Mietvertrag nach Paragraph 1099, ABGB und nicht nach dem MRG, weil der Ausnahmetatbestand des Paragraph eins, Absatz 4, Ziffer eins, MRG vorliege. Die Beklagte habe mit der Klägerin den Bestandvertrag im Einzelnen während eines langen Zeitraums und während intensiver Gespräche ausgehandelt, wobei den Forderungen der Beklagten durchaus auch Rechnung getragen worden sei. Dies verhindere die Annahme, dass ein Vertragsformblatt nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB vorliege. Es komme nicht darauf an, ob die konkreten Klauseln wirklich besprochen worden seien. Eine Inhaltskontrolle nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB scheide damit aus, sodass die Zwischenfeststellungsanträge abzuweisen seien.

Ob das Klagebegehren berechtigt sei, könne mangels Feststellungen des Erstgerichts nicht beurteilt werden. Die Anwendung eines nicht korrekten Verteilungsschlüssels hindere die Fälligkeit der Betriebskostennachforderung nicht. Es genüge vielmehr, dass die Abrechnung übersichtlich ein entsprechend aufgegliedertes Verzeichnis der fällig gewordenen Bewirtschaftungskosten enthalte. Ob die Betriebskosten geschuldet seien, müsse vom Erstgericht erst geprüft werden.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass hinsichtlich des Aufhebungsbeschlusses der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Hinsichtlich seines Teilurteils sprach es aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die Revision zulässig sei. Zur Frage, ob Standardklauseln in ausverhandelten Bestandverträgen über Bestandobjekte in Einkaufszentren der Überprüfung nach § 879 Abs 3 ABGB unterlägen, fehle oberstgerichtliche Judikatur. Das Berufungsgericht sprach aus, dass hinsichtlich des Aufhebungsbeschlusses der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Hinsichtlich seines Teilurteils sprach es aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die Revision zulässig sei. Zur Frage, ob Standardklauseln in ausverhandelten Bestandverträgen über Bestandobjekte in Einkaufszentren der Überprüfung nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB unterlägen, fehle oberstgerichtliche Judikatur.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich der Rekurs und die Revision der Beklagten mit dem Antrag, das Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr genauso wie dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs und die Revision sind zulässig. Der Rekurs ist im Ergebnis nicht berechtigt, die Revision ist hingegen im Sinn des im Abänderungsantrag enthaltenen Aufhebungsantrags berechtigt.

Zum Rekurs (Klagebegehren):

Die Parteien relevieren im Revisionsverfahren zutreffend nicht mehr die Frage, ob der Bestandvertrag als Mietvertrag

(vgl dazu etwa 3 Ob 253/05k, 7 Ob 260/07x, 6 Ob 141/09t mwN) oder als Pachtvertrag zu beurteilen ist, weil im Hinblick auf § 1 Abs 4 Z 1 MRG die Tragung der „Bewirtschaftungskosten“ (strittig sind hier nur die Erhaltungskosten) in jedem Fall nach ABGB zu beurteilen ist. Zunächst ist auf die Frage der Fälligkeit der Klagsforderung einzugehen. Die Parteien relevieren im Revisionsverfahren zutreffend nicht mehr die Frage, ob der Bestandvertrag als Mietvertrag vergleiche dazu etwa 3 Ob 253/05k, 7 Ob 260/07x, 6 Ob 141/09t mwN) oder als Pachtvertrag zu beurteilen ist, weil im Hinblick auf Paragraph eins, Absatz 4, Ziffer eins, MRG die Tragung der „Bewirtschaftungskosten“ (strittig sind hier nur die Erhaltungskosten) in jedem Fall nach ABGB zu beurteilen ist. Zunächst ist auf die Frage der Fälligkeit der Klagsforderung einzugehen.

Die Klägerin fordert den sich nach Abrechnung der Kosten gemäß Punkt VIII des Bestandvertrags für das Jahr 2008 für die Bestandobjekte der Beklagten ergebenden Restbetrag, der nicht durch die Akontozahlungen gedeckt ist. Die formellen und inhaltlichen Anforderungen, die an eine derartige Abrechnung zu stellen sind, ergeben sich grundsätzlich - auch bei einem Bestandvertrag über Objekte in einem EKZ - aus dem Zweck der Rechnungslegungspflicht, nämlich dem Bestandnehmer eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung zu liefern, woraus sich der Überschuss oder die Nachforderung ergibt. Die Abrechnung ist übersichtlich und für einen durchschnittlichen Bestandnehmer nachvollziehbar zu gestalten und mit Belegen zu dokumentieren (vgl RIS-Justiz RS0070610). Im Regelfall genügt eine Auflistung der Ausgabenposten, die der Bestandnehmer anhand der ihm zur Einsicht aufliegenden Belege überprüfen kann (vgl RIS-Justiz RS0070032). Die Bewirtschaftungskostenrückstände werden erst dann fällig, wenn sie durch eine ordnungsgemäße Abrechnung nachgewiesen werden (vgl 5 Ob 213/00k). Es kommt dabei (auch bei einem EKZ) nicht auf die materielle Richtigkeit der Abrechnung, sondern auf die formell vollständige und nachvollziehbare Abrechnung an, die es dem Bestandnehmer ermöglicht, die Richtigkeit der Abrechnung an Hand der Belege zu überprüfen (vgl RIS-Justiz RS0106492). Die Klägerin fordert den sich nach Abrechnung der Kosten gemäß Punkt römisch acht des Bestandvertrags für das Jahr 2008 für die Bestandobjekte der Beklagten ergebenden Restbetrag, der nicht durch die Akontozahlungen gedeckt ist. Die formellen und inhaltlichen Anforderungen, die an eine derartige Abrechnung zu stellen sind, ergeben sich grundsätzlich - auch bei einem Bestandvertrag über Objekte in einem EKZ - aus dem Zweck der Rechnungslegungspflicht, nämlich dem Bestandnehmer eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung zu liefern, woraus sich der Überschuss oder die Nachforderung ergibt. Die Abrechnung ist übersichtlich und für einen durchschnittlichen Bestandnehmer nachvollziehbar zu gestalten und mit Belegen zu dokumentieren vergleiche RIS-Justiz RS0070610). Im Regelfall genügt eine Auflistung der Ausgabenposten, die der Bestandnehmer anhand der ihm zur Einsicht aufliegenden Belege überprüfen kann vergleiche RIS-Justiz RS0070032). Die Bewirtschaftungskostenrückstände werden erst dann fällig, wenn sie durch eine ordnungsgemäße Abrechnung nachgewiesen werden vergleiche 5 Ob 213/00k). Es kommt dabei (auch bei einem EKZ) nicht auf die materielle Richtigkeit der Abrechnung, sondern auf die formell vollständige und nachvollziehbare Abrechnung an, die es dem Bestandnehmer ermöglicht, die Richtigkeit der Abrechnung an Hand der Belege zu überprüfen vergleiche RIS-Justiz RS0106492).

Die Beklagte stützt ihren Einwand, dass die Klagsforderung nicht fällig sei, primär auf die inhaltliche Unrichtigkeit der Abrechnung, resultierend aus ihrer Rechtsansicht, dass die Klägerin nicht berechtigt sei, Instandhaltungskosten auf sie zu überwälzen. Es wurde aber auch vorgebracht, dass die Abrechnung nicht nachvollziehbar sei. Die Parteien und die Vorinstanzen widmeten ihre Aufmerksamkeit allein der Frage, ob die Beklagte durch Punkt VIII des Vertrags gröblich benachteiligt ist. Es wurde offenkundig bisher die Frage der Fälligkeit der Abrechnung der Klägerin durch ordnungsgemäße Rechnungslegung (nach formellen Gesichtspunkten wie oben dargelegt) außer Acht gelassen. Gerade diese Frage ist aber zunächst zu klären, weil in dem Fall, dass die Klagsforderung nicht fällig sein (werden) sollte, sich alle anderen Rechtsfragen erübrigen würden und das Klagebegehren und die Zwischenfeststellungsanträge (wegen mangelnder Präjudizialität) abzuweisen wären. Die Beklagte stützt ihren Einwand, dass die Klagsforderung nicht fällig sei, primär auf die inhaltliche Unrichtigkeit der Abrechnung, resultierend aus ihrer Rechtsansicht, dass die Klägerin nicht berechtigt sei, Instandhaltungskosten auf sie zu überwälzen. Es wurde aber auch vorgebracht, dass die Abrechnung nicht nachvollziehbar sei. Die Parteien und die Vorinstanzen widmeten ihre Aufmerksamkeit allein der Frage, ob die Beklagte durch Punkt römisch acht des Vertrags gröblich benachteiligt ist. Es wurde offenkundig bisher die Frage der Fälligkeit der Abrechnung der Klägerin durch ordnungsgemäße Rechnungslegung (nach formellen Gesichtspunkten wie oben dargelegt) außer Acht gelassen. Gerade diese Frage ist aber zunächst zu klären, weil in dem Fall, dass die Klagsforderung nicht fällig sein (werden) sollte, sich alle anderen Rechtsfragen erübrigen würden und das Klagebegehren und die Zwischenfeststellungsanträge (wegen mangelnder Präjudizialität) abzuweisen wären.

Bevor darüber entschieden werden kann, ob die Rechnungslegung vorweg (schon allein nach dem Vorbringen der Klägerin) ordnungsgemäß und die Klagsforderung fällig ist oder nicht, bedarf es (um die Klägerin nicht zu überraschen) einer Erörterung mit ihr, inwiefern die Rechnungslegung ordnungsgemäß ist, etwa ob sie für den durchschnittlichen Bestandnehmer (allenfalls unter Heranziehung der Belege) nachvollziehbar ist. Der Abrechnungstext allein ist nicht ausreichend. Insbesondere die vorhin genannten (pauschalen) Positionen sind nicht ohne weiteres nachvollziehbar, was sich letztlich auf die gesamte Abrechnung auswirken könnte.

So ist etwa bei der Position 55050 allein aus dem Text „div Wartungen und Instandhaltungen“ (77.042,24 EUR) nicht klar, welche Leistungen konkret davon umfasst sind. Dabei ist zu bedenken, dass in der Abrechnung auch noch sonstige Positionen die Kosten für Wartungen und Instandhaltungen umfassen, enthalten sind, wie zB zu Brandmeldeanlagen, Brandschutz, Sprinkleranlagen, automatische Türen usw. Es wird mit der Klägerin zu erörtern sein, inwiefern dem durchschnittlichen Bestandnehmer dennoch die Überprüfung der Abrechnung möglich ist, er also in der Lage ist, zu erkennen, welche Leistungen verrechnet wurden, und allfällige Fehler in der Abrechnung zu entdecken. Er muss die Berechtigung der Forderung überprüfen können. Hervorzuheben ist dazu noch, dass sich die Klägerin gemäß Punkt XV.1 letzter Absatz des Bestandvertrags - dazu wird in den Ausführungen zum ersten Zwischenfeststellungsantrag näher eingegangen werden - zu Instandhaltungsarbeiten hinsichtlich Außenfassade, Verputz, Mauerwerk, Außenfenster, Dach und Außenanlagen verpflichtet hat. Anhand der Abrechnung muss jedenfalls beurteilt werden können, ob darin der Klägerin vorbehaltene Instandhaltungskosten enthalten sind oder nicht. So ist etwa bei der Position 55050 allein aus dem Text „div Wartungen und Instandhaltungen“ (77.042,24 EUR) nicht klar, welche Leistungen konkret davon umfasst sind. Dabei ist zu bedenken, dass in der Abrechnung auch noch sonstige Positionen die Kosten für Wartungen und Instandhaltungen umfassen, enthalten sind, wie zB zu Brandmeldeanlagen, Brandschutz, Sprinkleranlagen, automatische Türen usw. Es wird mit der Klägerin zu erörtern sein, inwiefern dem durchschnittlichen Bestandnehmer dennoch die Überprüfung der Abrechnung möglich ist, er also in der Lage ist, zu erkennen, welche Leistungen verrechnet wurden, und allfällige Fehler in der Abrechnung zu entdecken. Er muss die Berechtigung der Forderung überprüfen können. Hervorzuheben ist dazu noch, dass sich die Klägerin gemäß Punkt römisch fünfzehn.1 letzter Absatz des Bestandvertrags - dazu wird in den Ausführungen zum ersten Zwischenfeststellungsantrag näher eingegangen werden - zu Instandhaltungsarbeiten hinsichtlich Außenfassade, Verputz, Mauerwerk, Außenfenster, Dach und Außenanlagen verpflichtet hat. Anhand der Abrechnung muss jedenfalls beurteilt werden können, ob darin der Klägerin vorbehaltene Instandhaltungskosten enthalten sind oder nicht.

Zu den Positionen 59100 „Centermanagement“ (30.000 EUR) und 59200 „Personalaufwand“ (357.006,15 EUR) wird die Klägerin ebenfalls darzulegen haben, inwiefern für den durchschnittlichen Bestandnehmer nachvollziehbar ist, welche Leistungen damit verrechnet wurden und dass die Beurteilung möglich ist, dass keine Doppelverrechnungen, insbesondere im Hinblick auf die Verwaltungspauschale nach Punkt XXIII.2 des Vertrags, vorliegen. Zu den Positionen 59100 „Centermanagement“ (30.000 EUR) und 59200 „Personalaufwand“ (357.006,15 EUR) wird die Klägerin ebenfalls darzulegen haben, inwiefern für den durchschnittlichen Bestandnehmer nachvollziehbar ist, welche Leistungen damit verrechnet wurden und dass die Beurteilung möglich ist, dass keine Doppelverrechnungen, insbesondere im Hinblick auf die Verwaltungspauschale nach Punkt römisch 23 .2 des Vertrags, vorliegen.

Das Erstgericht wird nach Erörterung auch mit der Beklagten prüfen müssen, ob die Rechnungslegung ordnungsgemäß ist oder zumindest im Zuge der Erörterung die Ordnungsgemäßheit hergestellt wird. Erst wenn eine ordnungsgemäße Abrechnung vorliegt, wird sich das Erstgericht mit der materiellen Berechtigung der Forderung auseinandersetzen müssen. Es ist dabei nicht auszuschließen, dass sich zu einem späteren Zeitpunkt dennoch wieder eine mangelnde Fälligkeit der Forderung deshalb ergibt, weil sich im fortgesetzten Verfahren etwa eine aus der Abrechnung nicht erkennbare, aber notwendige Differenzierung der Kostentragungspflicht der Beklagten (siehe die Ausführungen zum ersten Zwischenfeststellungsantrag) ergeben könnte. Darauf wäre gegebenenfalls Rücksicht zu nehmen.

Zur Revision (Zwischenfeststellungsanträge):

Was unter dem Begriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ (AGB) und „Vertragsformblätter“ zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag

hat. AGB liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Von der Definition sind sowohl Vertragsformblätter als auch AGB umfasst. Eine Differenzierung zwischen diesen ist entbehrlich, weil die rechtlichen Konsequenzen bei Verwendung gesetzwidriger Klauseln gleich sind und der Gesetzgeber sie nur gemeinsam - als Begriffspaar - nennt (7 Ob 89/08a mwN = RIS-Justiz RS0123499). Dies bedeutet, dass die Beurteilung als Vertragsformblatt nicht erfordert, dass von ihm alle Vertragsbestandteile umfasst sind. Ein Vertragsformblatt liegt auch dann vor, wenn es sich nur auf Teile des Vertrags oder bestimmte Vertragspunkte bezieht (so auch Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 263; Vonkilch, Mietrechtliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. „Klausel-Entscheidung“, wobl 2011, 93; aA Lessiak, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 122 [124 ff]). Diese Auffassung entspricht der Judikatur und Lehre zum deutschen Recht, das eine teleologische Verwandtschaft zum österreichischen Recht aufweist (RIS-Justiz RS0123499; BGH VII ZR 318/95 in NJW 1997, 135; ua Stoffels in Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2011, 271 f). Was unter dem Begriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ (AGB) und „Vertragsformblätter“ zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. AGB liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Von der Definition sind sowohl Vertragsformblätter als auch AGB umfasst. Eine Differenzierung zwischen diesen ist entbehrlich, weil die rechtlichen Konsequenzen bei Verwendung gesetzwidriger Klauseln gleich sind und der Gesetzgeber sie nur gemeinsam - als Begriffspaar - nennt (7 Ob 89/08a mwN = RIS-Justiz RS0123499). Dies bedeutet, dass die Beurteilung als Vertragsformblatt nicht erfordert, dass von ihm alle Vertragsbestandteile umfasst sind. Ein Vertragsformblatt liegt auch dann vor, wenn es sich nur auf Teile des Vertrags oder bestimmte Vertragspunkte bezieht (so auch Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 263; Vonkilch, Mietrechtliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. „Klausel-Entscheidung“, wobl 2011, 93; aA Lessiak, Paragraph 879, Absatz 3, ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 122 [124 ff]). Diese Auffassung entspricht der Judikatur und Lehre zum deutschen Recht, das eine teleologische Verwandtschaft zum österreichischen Recht aufweist (RIS-Justiz RS0123499; BGH römisch sieben ZR 318/95 in NJW 1997, 135; ua Stoffels in Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2011, 271 f).

Nach den Feststellungen wurden zwar Teile des Mietvertrags ausverhandelt, die Frage der Kostentragung wurde aber von den Gesprächen nicht berührt und die Klägerin wäre auch von den von ihr in allen Mietverträgen zugrunde gelegten Klauseln nicht abgegangen. Soweit nicht verhandelte und aus der Sicht der Klägerin jedenfalls beizubehaltende Klauseln in Vertragsformularen betroffen sind, liegen Vertragsformblätter im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB vor, auch wenn andere Vertragspunkte (hier: den Bestandgegenstand betreffend) erörtert und über Wunsch der Beklagten abgeändert worden sein sollten. Nach den Feststellungen wurden zwar Teile des Mietvertrags ausverhandelt, die Frage der Kostentragung wurde aber von den Gesprächen nicht berührt und die Klägerin wäre auch von den von ihr in allen Mietverträgen zugrunde gelegten Klauseln nicht abgegangen. Soweit nicht verhandelte und aus der Sicht der Klägerin jedenfalls beizubehaltende Klauseln in Vertragsformularen betroffen sind, liegen Vertragsformblätter im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB vor, auch wenn andere Vertragspunkte (hier: den Bestandgegenstand betreffend) erörtert und über Wunsch der Beklagten abgeändert worden sein sollten.

Zum ersten Zwischenfeststellungsantrag:

Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die Überwälzung unbestimmter Erhaltungsarbeiten auf den Mieter als Nebenbestimmung und nicht als Hauptleistung zu qualifizieren ist (RIS-Justiz RS0126570; Pletzer, Mietrechtliche „Klauselentscheidung“ - die Vierte, Zak 2011/192, 106; Vonkilch, Gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität, wobl 2008, 309 [315 ff]; ders, Mietrechtliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. „Klausel-Entscheidung“, wobl 2011, 93; ders, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215 [216]; aARiss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 [71]; Lessiak, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 122 [124 ff]). Nichts anderes kann für einen Bestandgegenstand in einem EKZ für den Fall gelten, in dem der zu leistende Beitrag zu den Erhaltungsarbeiten weder absehbar noch der Höhe nach begrenzt ist. Aus der (früheren)

Entscheidung 3 Ob 20/08a ist für die Klägerin nichts zu gewinnen, zumal dort eine Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB nicht Gegenstand war. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die Überwälzung unbestimmter Erhaltungsarbeiten auf den Mieter als Nebenbestimmung und nicht als Hauptleistung zu qualifizieren ist (RIS-Justiz RS0126570; Pletzer, Mietrechtliche „Klauselentscheidung“ - die Vierte, Zak 2011/192, 106; Vonkilch, Gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität, wobl 2008, 309 [315 ff]; ders, Mietrechtliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. „Klausel-Entscheidung“, wobl 2011, 93; ders, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB, wobl 2012, 215 [216]; aA Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 [71]; Lessiak, Paragraph 879, Absatz 3, ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 122 [124 ff]). Nichts anderes kann für einen Bestandgegenstand in einem EKZ für den Fall gelten, in dem der zu leistende Beitrag zu den Erhaltungsarbeiten weder absehbar noch der Höhe nach begrenzt ist. Aus der (früheren) Entscheidung 3 Ob 20/08a ist für die Klägerin nichts zu gewinnen, zumal dort eine Prüfung nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB nicht Gegenstand war.

Durch die Generalklausel im letzten Absatz des Punkts VIII.2 des Bestandvertrags, nach dem alle sonstigen Kosten des EKZ im weiteren Sinn, die - auch wenn diese nicht genannt wurden - mit der Bewirtschaftung des EKZ zusammenhängen, vom Bestandnehmer zu tragen sind, ist trotz der beispielhaften Aufzählung im Punkt VIII und des Ausschlusses der Kostentragungspflicht zugunsten des Bestandnehmers in Punkt XV.1 letzter Absatz des Vertrags eine solche grundsätzlich unbestimmte Überwälzung von Instandhaltungskosten vorgesehen. Die Generalklausel unterliegt daher grundsätzlich der Überprüfung nach § 879 Abs 3 ABGB. Der Umstand, dass die Vertragspartner Kaufleute sind, steht der Beurteilung als gröblich benachteiligend nicht entgegen. Allenfalls ist im Einzelfall eine besonders gravierende Ungleichgewichtslage in den durch den Vertrag festgelegten Rechtspositionen zu fordern (3 Ob 122/05w; RIS-Justiz RS0119324). Auch der geschäftstüchtige Kaufmann kann in einer von § 879 Abs 3 ABGB verpönten Situation sein. Durch die Generalklausel im letzten Absatz des Punkts römisch acht.2 des Bestandvertrags, nach dem alle sonstigen Kosten des EKZ im weiteren Sinn, die - auch wenn diese nicht genannt wurden - mit der Bewirtschaftung des EKZ zusammenhängen, vom Bestandnehmer zu tragen sind, ist trotz der beispielhaften Aufzählung im Punkt römisch acht und des Ausschlusses der Kostentragungspflicht zugunsten des Bestandnehmers in Punkt römisch fünfzehn.1 letzter Absatz des Vertrags eine solche grundsätzlich unbestimmte Überwälzung von Instandhaltungskosten vorgesehen. Die Generalklausel unterliegt daher grundsätzlich der Überprüfung nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB. Der Umstand, dass die Vertragspartner Kaufleute sind, steht der Beurteilung als gröblich benachteiligend nicht entgegen. Allenfalls ist im Einzelfall eine besonders gravierende Ungleichgewichtslage in den durch den Vertrag festgelegten Rechtspositionen zu fordern (3 Ob 122/05w; RIS-Justiz RS0119324). Auch der geschäftstüchtige Kaufmann kann in einer von Paragraph 879, Absatz 3, ABGB verpönten Situation sein.

Eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes „bewegliches System“ geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 84/12x mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall vorgesehenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Bei der Angemessenheitskontrolle ist objektiv auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (RIS-Justiz

RS0016913). Eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt (Paragraph 879, Absatz 3, ABGB). Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes „bewegliches System“ geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 84/12x mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall vorgesehenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Bei der Angemessenheitskontrolle ist objektiv auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen (RIS-Justiz RS0016913).

Hervorzuheben ist, dass der vorliegende Vertrag zwischen zwei Unternehmen geschlossen ist, sodass auf Konsumentenschutzbestimmungen nicht Bedacht zu nehmen ist. Streitpunkt bildet nur die Frage der Überwälzbarkeit von Erhaltungskosten (Instandhaltungs- und Reparaturkosten).

Vermieter und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten (§ 1096 Abs 1 ABGB). Die Verpflichtung, das Bestandobjekt in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten, umfasst auch die allgemeinen Teile des Hauses (RIS-Justiz RS0106104, RS0115893). Die Regelung der Bestandgeberpflichten ist nachgiebiges Recht, soweit nicht die Mietrechtsgesetzgebung anderes normiert (RIS-Justiz RS0020841, RS0021233, RS0021525). Die Vereinbarung, wonach der Bestandnehmer die Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung des Bestandgegenstands übernimmt, ist damit grundsätzlich zulässig, sofern dem Bestandnehmer eine angemessene Gegenleistung gewährt wird (RIS-Justiz RS0016799). Auch in der Entscheidung 2 Ob 73/10i (= JBl 2011, 175 [Mayerhofer] = Zak 2011/192 S 106 [Pletzer] = Zak 2011/193, 110 [Kellner] = immolex 2011, 81/25 [Prader/Böhm] = wobl 2011, 93 [Vonkilch] = wobl 2011, 98 [Riss]) hat der Oberste Gerichtshof bekräftigt, dass eine generelle Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter in AGB und Vertragsformblättern, ohne dafür ein entsprechendes Äquivalent zu gewähren, eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht (§ 1096 ABGB) darstellt (RIS-Justiz RS0126571). Vermieter und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten (Paragraph 1096, Absatz eins, ABGB). Die Verpflichtung, das Bestandobjekt in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten, umfasst auch die allgemeinen Teile des Hauses (RIS-Justiz RS0106104, RS0115893). Die Regelung der Bestandgeberpflichten ist nachgiebiges Recht, soweit nicht die Mietrechtsgesetzgebung anderes normiert (RIS-Justiz RS0020841, RS0021233, RS0021525). Die Vereinbarung, wonach der Bestandnehmer die Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung des Bestandgegenstands übernimmt, ist damit grundsätzlich zulässig, sofern dem Bestandnehmer eine angemessene Gegenleistung gewährt wird (RIS-Justiz RS0016799). Auch in der Entscheidung 2 Ob 73/10i (= JBl 2011, 175 [Mayerhofer] = Zak 2011/192 S 106 [Pletzer] = Zak 2011/193, 110 [Kellner] = immolex 2011, 81/25 [Prader/Böhm] = wobl 2011, 93 [Vonkilch] = wobl 2011, 98 [Riss]) hat der Oberste Gerichtshof bekräftigt, dass eine generelle Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter in AGB und Vertragsformblättern, ohne dafür ein entsprechendes Äquivalent zu gewähren, eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht (Paragraph 1096, ABGB) darstellt (RIS-Justiz RS0126571).

In der Lehre (Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu?, immolex 2007, 262 [271]; Pletzer, Erhaltungspflichten im Mietrecht - zum aktuellen Stand der Diskussion, bbl 2010, 131 [141] und Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215 [216 ff]) wird vertreten, dass die Überwälzung der Erhaltung des gesamten Mietgegenstands (mit

allem Zubehör) gröblich benachteiligend sei. Auch der Bundesgerichtshof hat ausgesprochen, dass ein Bestandnehmer unangemessen benachteiligt wird, soweit ihm anteilig die Erhaltungslast für das gesamte EKZ auferlegt wird (BGH XII RZ 158/01). In der Lehre (Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu?, ImmoLex 2007, 262 [271]; Pletzer, Erhaltungspflichten im Mietrecht - zum aktuellen Stand der Diskussion, bbl 2010, 131 [141] und Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß Paragraph 879, Absatz 3, ABGB, wobl 2012, 215 [216 ff]) wird vertreten, dass die Überwälzung der Erhaltung des gesamten Mietgegenstands (mit allem Zubehör) gröblich benachteiligend sei. Auch der Bundesgerichtshof hat ausgesprochen, dass ein Bestandnehmer unangemessen benachteiligt wird, soweit ihm anteilig die Erhaltungslast für das gesamte EKZ auferlegt wird (BGH römisch zwölf RZ 158/01).

Der erkennende Senat vertritt ebenfalls die Ansicht, dass eine in Vertragsformblättern betreffend Bestandverträge über Objekte in einem Einkaufszentrum enthaltene Klausel, die eine unbeschränkte Überwälzung der Erhaltungspflicht und damit der Kosten für das gesamte EKZ auf den Bestandnehmer vorsieht, für diesen gröblich benachteiligend ist. Der Bestandnehmer würde sich einer völlig unabschätzbaren künftigen Kostenlast (auch wenn sie durch Nachlässigkeiten des Bestandgebers verursacht wurde) aussetzen, während dem Bestandgeber der Bestandszins und die Befreiung von jeglichem Erhaltungsaufwand für sein gesamtes Eigentum zugute käme.

Im vorliegenden Verfahren wird der Bestandvertrag aber nicht in einem Verbandsprozess, in dem von der kundenfeindlichsten Auslegung jeder Klausel auszugehen ist (RIS-Justiz RS0016590), geprüft, sondern in einem Individualprozess, in dem der Vertrag im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung des Willens der Parteien auszulegen ist. Steht nicht fest, dass die Parteien die (unstrittigen) Bestimmungen in den Vertragspunkten VIII.2 und Punkt XV.1 letzter Absatz besprochen haben und ihnen übereinstimmend eine bestimmte Bedeutung beigemessen haben, können die Bestimmungen im Zusammenhalt von einem verständigen Erklärungsempfänger (RIS-Justiz RS0113932) objektiv nur so verstanden werden, dass sich der Bestandgeber verpflichtet, in jedem Fall die Kosten für die Erhaltung der Außenfassade, des Verputzes, des Mauerwerks, der Außenfenster, des Daches und der Außenanlagen (Parkplätze, Zu- und Abfahrtsbereich, Anlieferungsbereich) seines Gebäudes selbst zu tragen. Dadurch wird die Generalklausel in Punkt VIII.2 letzter Absatz des Vertrags um die Erhaltung der „Außenhaut“ des Gebäudes und der Außenanlagen eingeschränkt. Darauf haben weder die Parteien noch die Vorinstanzen bisher Bedacht genommen. Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren diese Erwägungen mit den Parteien zu erörtern haben, insbesondere auch, welchen Erklärungswert die Parteien dieser Bestimmung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses allenfalls beigemessen haben. Soweit ein übereinstimmender Wille vorliegt, legt er den Inhalt des Vertrags fest und geht dem objektiven Erklärungswert vor (RIS-Justiz RS0017915, RS0013957). Soweit ein übereinstimmender Wille nicht bestand, ist vom Gericht die Vereinbarung ausgehend vom dargelegten objektiven Erklärungswert zu beurteilen. Im vorliegenden Verfahren wird der Bestandvertrag aber nicht in einem Verbandsprozess, in dem von der kundenfeindlichsten Auslegung jeder Klausel auszugehen ist (RIS-Justiz RS0016590), geprüft, sondern in einem Individualprozess, in dem der Vertrag im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung des Willens der Parteien auszulegen ist. Steht nicht fest, dass die Parteien die (unstrittigen) Bestimmungen in den Vertragspunkten römisch acht.2 und Punkt römisch fünfzehn.1 letzter Absatz besprochen haben und ihnen übereinstimmend eine bestimmte Bedeutung beigemessen haben, können die Bestimmungen im Zusammenhalt von einem verständigen Erklärungsempfänger (RIS-Justiz RS0113932) objektiv nur so verstanden werden, dass sich der Bestandgeber verpflichtet, in jedem Fall die Kosten für die Erhaltung der Außenfassade, des Verputzes, des Mauerwerks, der Außenfenster, des Daches und der Außenanlagen (Parkplätze, Zu- und Abfahrtsbereich, Anlieferungsbereich) seines Gebäudes selbst zu tragen. Dadurch wird die Generalklausel in Punkt römisch acht.2 letzter Absatz des Vertrags um die Erhaltung der „Außenhaut“ des Gebäudes und der Außenanlagen eingeschränkt. Darauf haben weder die Parteien noch die Vorinstanzen bisher Bedacht genommen. Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren diese Erwägungen mit den Parteien zu erörtern haben, insbesondere auch, welchen Erklärungswert die Parteien dieser Bestimmung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses allenfalls beigemessen haben. Soweit ein übereinstimmender Wille vorliegt, legt er den Inhalt des Vertrags fest und geht dem objektiven Erklärungswert vor (RIS-Justiz RS0017915, RS0013957). Soweit ein übereinstimmender Wille nicht bestand, ist vom Gericht die Vereinbarung ausgehend vom dargelegten objektiven Erklärungswert zu beurteilen.

Es ist der Beklagten auch Gelegenheit zu geben vorzubringen, worin unter Berücksichtigung der Einschränkung der Erhaltungspflicht durch Punkt XV.1 des Vertrags ihre, selbst für eine Unternehmerin, gröbliche Benachteiligung liegen

soll und inwiefern sie für die Übernahme der Erhaltungspflichten für „das Innere des EKZ“ im Sinn der Judikatur kein Äquivalent erhält. Weiters ist der Beklagten Gelegenheit zu geben, ihren ersten Zwischenfeststellungsantrag allenfalls entsprechend zu modifizieren. Da das Vorbringen der Parteien zur Zeit nicht absehbar ist, sind weitere Ausführungen zur Frage, in welchem Umfang die Überwälzung von Erhaltungskosten auf die Beklagte zulässig ist, noch nicht zielführend. Es ist der Beklagten auch Gelegenheit zu geben vorzubringen, worin unter Berücksichtigung der Einschränkung der Erhaltungspflicht durch Punkt römisch fünfzehn.1 des Vertrags ihre, selbst für eine Unternehmerin, gröbliche Benachteiligung liegen soll und inwiefern sie für die Übernahme der Erhaltungspflichten für „das Innere des EKZ“ im Sinn der Judikatur kein Äquivalent erhält. Weiters ist der Beklagten Gelegenheit zu geben, ihren ersten Zwischenfeststellungsantrag allenfalls entsprechend zu modifizieren. Da das Vorbringen der Parteien zur Zeit nicht absehbar ist, sind weitere Ausführungen zur Frage, in welchem Umfang die Überwälzung von Erhaltungskosten auf die Beklagte zulässig ist, noch nicht zielführend.

Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass auch unter Berücksichtigung der Einschränkung der Klausel VIII.2 durch Punkt XV.1 letzter Absatz eine teilweise Sittenwidrigkeit vorliege, so ist noch Folgendes zu beachten: Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass auch unter Berücksichtigung der Einschränkung der Klausel römisch acht.2 durch Punkt römisch fünfzehn.1 letzter Absatz eine teilweise Sittenwidrigkeit vorliege, so ist noch Folgendes zu beachten:

Eine Sittenwidrigkeit hat nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge (RIS-JustizRS0016420). Ist bei einer Vertragsbestimmung eine Nichtigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB gegeben, führt dies nicht zu ihrem gänzlichen Wegfall (RIS-Justiz RS0016935). Es stellt sich im Individualprozess dann die Frage der geltungserhaltenden Reduktion. Die Klausel ist nämlich nur insoweit unzulässig, als die gröbliche Benachteiligung reicht (7 Ob 179/03d mwN). Ist die Klausel inhaltlich zum Teil nicht zu beanstanden und entspricht sie dem hypothetischen Parteiwillen, so bleibt sie insoweit bestehen (RIS-Justiz RS0127810). Welche Auswirkungen eine allfällige Teilnichtigkeit auf die Fälligkeit der Klagsforderung haben könnte, wurde bereits erörtert. Eine Sittenwidrigkeit hat nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge (RIS-Justiz RS0016420). Ist bei einer Vertragsbestimmung eine Nichtigkeit nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB gegeben, führt dies nicht zu ihrem gänzlichen Wegfall (RIS-Justiz RS0016935). Es stellt sich im Individualprozess dann die Frage der geltungserhaltenden Reduktion. Die Klausel ist nämlich nur insoweit unzulässig, als die gröbliche Benachteiligung reicht (7 Ob 179/03d mwN). Ist die Klausel inhaltlich zum Teil nicht zu beanstanden und entspricht sie dem hypothetischen Parteiwillen, so bleibt sie insoweit bestehen (RIS-Justiz RS0127810). Welche Auswirkungen eine allfällige Teilnichtigkeit auf die Fälligkeit der Klagsforderung haben könnte, wurde bereits erörtert.

Zum zweiten Feststellungsantrag:

Die grundsätzliche Überprüfbarkeit des Punkts VIII.3 des Vertrags nach § 879 Abs 3 ABGB ist zu Recht nicht strittig. Die grundsätzliche Überprüfbarkeit des Punkts römisch acht.3 des Vertrags nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB ist zu Recht nicht strittig.

Es ist aber zunächst zu beachten, dass der Zwischenantrag auf Feststellung für den Beklagten ein aktives Abwehrmittel ist, mit dem er die der Rechtskraft fähige und für den konkreten Rechtsstreit hinausgehende Feststellung begehrt, dass das für den Anspruch des Klägers präjudizielle Rechtsverhältnis nicht besteht (10 Ob 86/07f mwN = RIS-Justiz RS0039621 [T1]; RIS-Justiz RS0039539, RS0039600). Das Rechtsverhältnis oder Recht ist präjudiziell, wenn die Entscheidung des Prozesses ganz oder zum Teil von dessen Bestehen oder Nichtbestehen abhängt, ohne dass aber das Rechtsverhältnis oder Recht mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch ident ist (RIS-Justiz RS0039539 [T5]).

Um beurteilen zu können, ob der Zwischenfeststellungsantrag zulässig ist, muss zunächst mit den Parteien erörtern werden, wie die Klausel VIII.3 des Vertrags betreffend den Verteilungsschlüssel von den Parteien (wie bereits ausgeführt) ausgelegt wurde. Stellt sich heraus (wie es zur Zeit scheint), dass ohnehin ein gemeinsamer Parteiwille dahin besteht, wie die Bestimmung auszulegen ist, nämlich dass die Klägerin den Verteilungsschlüssel nur bei Veränderungen der Bestandflächen ändern darf, wobei Leerstehungen zu ihren Lasten gehen, dann ist der Vertrag im Individualprozess genau so auszulegen, auch wenn der äußerste Wortlaut der Vereinbarung eine andere, aber von den Parteien nicht gewollte, Interpretation zuließe. Sollte dies der Fall sein, ist mit der Beklagten zu erörtern, inwiefern die Präjudizialität des Zwischenfeststellungsantrags dennoch gegeben sein soll, wenn die Klägerin ohnehin den von ihr gewollten Verteilungsschlüssel zugrunde gelegt hat. Ginge die Klägerin hingegen bei der Abrechnung konkret (dies

wurde vom Erstgericht noch nicht geprüft) von einem völlig willkürlich gewählten Verteilungsschlüssel aus und beharrte sie dennoch auf der Richtigkeit der Abrechnung, wäre die vertragliche Grundlage dazu (nach ihrem äußersten Wortlaut) gröblich benachteiligend, weil sie dem Bestandgeber auch das Recht einräumt, nach eigenem Ermessen aus unsachlichen Gründen den Verteilungsschlüssel zu ändern. Um beurteilen zu können, ob der Zwischenfeststellungsantrag zulässig ist, muss zunächst mit den Parteien erörtern werden, wie die Klausel römisch acht.3 des Vertrags betreffend den Verteilungsschlüssel von den Parteien (wie bereits ausgeführt) ausgelegt wurde. Stellt sich heraus (wie es zur Zeit scheint), dass ohnehin ein gemeinsamer Parteiwille dahin besteht, wie die Bestimmung auszulegen ist, nämlich dass die Klägerin den Verteilungsschlüssel nur bei Veränderungen der Bestandflächen ändern darf, wobei Leerstellungen zu ihren Lasten gehen, dann ist der Vertrag im Individualprozess genau so auszulegen, auch wenn der äußerste Wortlaut der Vereinbarung eine andere, aber von den Parteien nicht gewollte, Interpretation zuließe. Sollte dies der Fall sein, ist mit der Beklagten zu erörtern, inwiefern die Präjudizialität des Zwischenfeststellungsantrags dennoch gegeben sein soll, wenn die Klägerin ohnehin den von ihr gewollten Verteilungsschlüssel zugrunde gelegt hat. Ginge die Klägerin hingegen bei der Abrechnung konkret (dies wurde vom Erstgericht noch nicht geprüft) von einem völlig willkürlich gewählten Verteilungsschlüssel aus und beharrte sie dennoch auf der Richtigkeit der Abrechnung, wäre die vertragliche Grundlage dazu (nach ihrem äußersten Wortlaut) gröblich benachteiligend, weil sie dem Bestandgeber auch das Recht einräumt, nach eigenem Ermessen aus unsachlichen Gründen den Verteilungsschlüssel zu ändern.

Das Erstgericht wird im aufgezeigten Sinn mit den Parteien ihr Vorbringen zu erörtern und gegebenenfalls das Verfahren und die Feststellungen zu ergänzen haben.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E102786

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:00700B00093.12W.1128.000

Im RIS seit

17.01.2013

Zuletzt aktualisiert am

20.08.2021

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at