

Real Estate Fachgruppe

Wenger Plattner verfügt über eine erfahrene Real Estate Fachgruppe. Die Gruppe ist regelmässig auch für gewichtige Akteure vom Baubewilligungsverfahren über die Finanzierung bis hin zur Vermietung und zum Verkauf von Immobilienobjekten tätig.

Die Real Estate Fachgruppe bearbeitet insbesondere Mandate in folgenden Rechtsgebieten:

- Privates Baurecht
- Sachen- und Nachbarrecht
- Miet- und Pachtrecht
- Immobilienbewirtschaftung
- Öffentliches Baurecht
- Enteignungsrecht
- Submissionsrecht
- Spezialgesetzgebung
- Schiedsgerichtsbarkeit
- Kauf und Verkauf von Liegenschaften

Die Real Estate Fachgruppe besteht insbesondere aus **Dr. Thomas Wetzel**, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, langjähriges Mitglied der Geschäftsleitung einer börsenkotierten Immobiliengesellschaft und heute unter anderem Vizepräsident der ebenfalls börsenkotierten Swiss Prime Site, **Peter Sahli**, der als Inhaber des Zürcher Notariatspatents in früheren Jahren die Liegenschaftenabteilung eines grossen Treuhandunternehmens leitete, **Martin Sohm**, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, **PD Dr. Peter Reetz**, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht und ehemaliger assoziierter Professor an der Universität Freiburg (spezialisiert auf Baurechtsfragen), **Dr. David Dussy**, langjähriger Leiter des Bauinspektorats des Kantons Basel-Stadt, **Daniel Tobler**, Inhaber des Zürcher Notariatspatents mit mehrjähriger Praxis auf verschiedenen Zürcher Notariaten sowie auf einer Bank, **Placidus Plattner**, Rechtsanwalt, und **Peter Enderli**, eidg. dipl. Immobilientreuhänder. Diese Spezialisten stehen Ihnen für allfällige Fragen gerne zur Verfügung. ■

Autorenteam



Martin Sohm, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht



Dr. David Dussy, langjähriger Leiter des Bauinspektorats des Kantons Basel-Stadt

Die Autoren verdanken die Mitarbeit von RA Thomas Fleischer.

B A S E L

**Wenger Plattner
Advokatur und Notariat
Aeschenvorstadt 55
CH-4010 Basel
T +41 61 279 70 00
F +41 61 279 70 01
basel@wenger-plattner.ch**

Z Ü R I C H

**Wenger Plattner
Rechtsanwälte
Seestrasse 39
CH-8700 Küsnacht-Zürich
T +41 43 222 38 00
F +41 43 222 38 01
zuerich@wenger-plattner.ch**

B E R N

**Wenger Plattner
Rechtsanwälte
Jungfraustrasse 1
CH-3000 Bern 6
T +41 31 357 00 00
F +41 31 357 00 01
bern@wenger-plattner.ch**

Übersicht

Nebenkosten sind keine Nebensache, sondern von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Mietvertragsparteien müssen der Nebenkostenregelung beim Abschluss von Mietverträgen besondere Aufmerksamkeit widmen. **Seite 1**

Denkmalpflagemassnahmen betreffen nur einen kleinen Bruchteil der vorhandenen Bausubstanz. Für den betroffenen Grundeigentümer haben sie aber eine grosse Tragweite. **Seite 3**

Real Estate Fachgruppe
von Wenger Plattner **Seite 5**

Nebenkosten in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume; Neuere Rechtsprechung

Begriff der Nebenkosten

Nebenkosten aus dem Gebrauch einer Mietsache sind keine Nebensache, sondern von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Bei Einkaufszentren oder Fachmärkten beläuft sich der Anteil der Nebenkosten regelmässig auf rund 10% bis 20% des Bruttomietzinses. Vor diesem Hintergrund müssen Mietvertragsparteien beim Abschluss von Mietverträgen der Nebenkostenregelung besondere Aufmerksamkeit widmen.

Der Nettomietzins ist das Entgelt, welches der Mieter dem Vermieter für die Überlassung des Mietobjekts schuldet (Art. 257 des Obligationenrechts, OR). Mit dem Mietzins werden sämtliche Leistungen des Vermieters aus der Gebrauchsüberlassung abgegolten. **Nebenkosten** sind gemäss zwingender Regelung (Art. 257a Abs. 1 OR) das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch des Mietobjekts durch den Mieter zusammenhängen. Soweit die mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängenden Aufwendungen direkt beim Mieter anfallen und den eigenen Verbrauch des Mieters betreffen (wie z. B. Kosten für elektrischen Strom, Telefongebühren etc.), handelt es sich um **Verbraucher-kosten**, welche nicht unter den Begriff der Nebenkosten fallen. Nicht zu den Nebenkosten zählen ausserdem Lasten und Abgaben des Vermieters und Eigentümers, die mit dem Eigentum an der Mietsache in Zusammenhang stehen (wie z. B. Grundsteuern, Grundpfandzinsen, Gebäudeversicherungsprämien [soweit sie nicht einen allfälligen Mieterausbau betreffen], Anschlussgebühren etc.). Ebenfalls keine Nebenkosten sind Aufwendungen des Vermieters für Reparaturen und Ersatzanschaffungen.

Nebenkostenverrechnung

Die Praxis kennt **verschiedene Systeme der Nebenkostenverrechnung**. In den meisten Fällen sehen die Mietverträge vor, dass der Mieter für die ausgeschiedenen Nebenkosten Akontozahlungen (Vorauszahlungen) erbringt, über welche am Schluss der Abrechnungsperiode vom Vermieter abgerechnet wird. Die Nebenkosten können im Mietvertrag auch als Pauschale vereinbart werden. Die nicht im Nettomietzins inbegriffenen Kosten können dem Mieter aber auch direkt überbunden werden (Direktzahlung der Nebenkosten durch den Mieter gegenüber den jeweiligen Leistungserbringern).

Vertragsgestaltung

Art. 257a Abs. 2 OR bestimmt, dass der Mieter die Nebenkosten nur dann (zusätzlich zum Nettomietzins) bezahlen muss, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat. Fehlt es an einer besonderen Vereinbarung, so gelten die anfallenden Nebenkosten als durch den Mietzins abgegolten. **Die besondere Vereinbarung** im Sinne der genannten Bestimmung hat in Literatur und Rechtsprechung zu Diskussionen Anlass gegeben, insbesondere die Frage, ob dafür eine explizite schriftliche Abrede erforderlich ist oder ob auch eine konkludente oder stillschweigende Vereinbarung genügt.

Rechtsprechung

Nach der **Rechtsprechung des Bundesgerichts** hat der Mieter «nur für diejenigen Nebenkosten aufzukommen, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden (...). Der Hinweis auf einen standardisierten Vertragszusatz wie die «Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume» genügt nicht. Dem Mieter kann nicht zugemutet werden, sich erst aufgrund einer sorgfältigen Konsultation der Vertragsbedingungen ein Bild zu machen, welche Nebenkosten von ihm zu tragen sind. Vielmehr hat er Anspruch darauf, dass ihm nur diejenigen Nebenkosten überbunden werden, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden. Nur wenn die allgemeinen Vertragsbedingungen eine Konkretisierung der im Mietvertrag bereits zu Lasten des Mieters ausgeschiedenen Nebenkosten bedeuten, kann daraus unter Umständen auf deren Übernahme durch den Mieter geschlossen werden»¹.

Das **Obergericht des Kantons Aargau** kam in einem Entscheid vom 22. November 2005² zum Schluss, die im Mietvertrag enthaltene Liste der vom Mieter anteilmässig

zu bezahlenden Betriebskosten enthalte alle möglichen Kosten, welche zum Teil bei einer Mietwohnung kaum anfallen würden, und sei zudem nicht abschliessend, was aus der Formulierung «insbesondere» hervorgehe. Diese nicht abschliessende Aufzählung führe im Resultat dazu, dass der Mieter alle Betriebskosten zu tragen habe. Eine solche Vereinbarung sei nach Lehre und Rechtsprechung mangels Klarheit ungültig, mit der Folge, dass die entsprechenden Betriebskosten nicht auf den Mieter überwälzt werden könnten.

Das **Kantonsgericht Basel-Landschaft** hat am 29. November 2005³ einen Fall beurteilt, in welchem die Betriebskosten im Mietvertrag für eine Wohnung unter der Rubrik Mietzins ausdrücklich als Nebenkosten erwähnt waren und dafür eine Akontozahlungspflicht des Mieters vereinbart wurde. Ausserdem wurden im Mietvertrag allgemeine Vertragsbestimmungen zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrags erklärt. In diesen allgemeinen Vertragsbestimmungen wurden die vom Mieter zu tragenden Heiz- und Warmwasserkosten und die übrigen Betriebskosten detailliert aufgeführt. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft kam zum Schluss, die von Art. 257a Abs. 2 OR verlangte besondere Vereinbarung könne nicht einfach durch einen blossen Hinweis auf die allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag, in denen ein umfangreicher Katalog von möglichen Nebenkosten aufgeführt sei, unterlaufen werden. Für den Mieter sei – angesichts der grossen Anzahl möglicher Nebenkosten, selbst wenn er gebildet sei – bei Mietvertragsabschluss nicht überschaubar, mit welchen konkreten Kosten er werde rechnen müssen.

Die Rechtsprechung stellt somit hohe Anforderungen an die besondere Vereinbarung über die Nebenkosten. Für den Mieter muss beim Abschluss eines Mietvertrags betreffend Wohn- und Geschäftsräume transparent sein, mit welchen Kosten er neben dem Mietzins zu rechnen hat. Gemäss Bundesgerichtsurteil 4C.268/2006, Erwägung 3.3 ist dem Erfordernis der besonderen Vereinbarung im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR Genüge getan, «soweit der Mieter beim Abschluss des Vertrages tatsächlich erkennt, welche weiteren, in den speziellen Vertragsbestimmungen nicht erwähnten Nebenkosten ihm vertraglich aufgebürdet werden sollen, und den Vertrag in diesem Wissen unterzeichnet». In diesem Fall kann sich der Mieter «im Nachhinein nicht auf die fehlende Bestimmtheit des Vertragstextes berufen»⁴. Der Vermie-

¹ Vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.268/2006 vom 7. November 2006, Erwägung 3.2.

² Vgl. mp 1/06 S. 29 f.

³ Vgl. mp 1/06 S. 34 f.

⁴ Vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.268/2006 vom 7. November 2006, Erwägung 3.3.

ter läuft aber bei einer bloss **beispielhaften, nicht abschliessenden Aufzählung der vom Mieter zu tragenden Nebenkostenpositionen** Gefahr, dass die entsprechende Bestimmung als abstrakte und damit im Lichte von Art. 257a Abs. 2 OR unwirksame Regelung qualifiziert wird.

Rückforderungsanspruch des Mieters bei zu viel bezahlten Nebenkosten

Kann ein Mieter, welcher – trotz Fehlens einer besonderen Vereinbarung im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR – während Jahren Akontozahlungen für Nebenkosten geleistet und die (in der Regel) jährlichen Nebenkostenabrechnungen des Vermieters nicht beanstandet hat, die **Rückerstattung der von ihm geleisteten Beiträge** verlangen? Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵ verjähren Forderungen aus Rückerstattungen wegen zu viel bezahlter Nebenkosten nach Art. 128 Ziff. 1 OR (bei periodischen Leistungen; Verjährungsfrist von 5 Jahren) oder nach Art. 127 OR (bei einmaliger Leistung; Verjährungsfrist von 10 Jahren), solange keine Saldovereinbarung geschlossen wurde. Durch eine Saldovereinbarung (Zustellung der Nebenkostenabrechnung; keine Beanstandung des Mieters innert Frist) wird das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien auf eine neue Basis gestellt. Trotz Anerkennung der Abrechnung kann der Mieter dennoch zu viel bezahlte Akontozahlungen nachträglich zurückfordern, da eine Saldovereinbarung keinen Verzicht auf Einwendungen gegen versehentliche Buchungen darstellt. Der Mieter ist für die Unrichtigkeit jedoch beweispflichtig. Nach Rechtsprechung und überwiegender Meinung in der Lehre sind solche **Rückforderungsansprüche bereicherungsrechtlicher Natur**. Der Bereicherungsanspruch des Mieters verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem er von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von 10 Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶ hat der Mieter nicht bereits mit Zustellung der Nebenkostenabrechnung ohne Weiteres Kenntnis von seinem Anspruch. Es kommt nicht darauf an, wann der Mieter bei der nach den Umständen zu erwartenden Aufmerksamkeit den Bereicherungsanspruch hätte erkennen können, sondern es ist auf die tatsächliche Kenntnis des Mieters über den Anspruch abzustellen. ■

«Denkmalschutz – eine Angelegenheit, die höchste Aufmerksamkeit verdient»

Denkmalpflegemassnahmen betreffen nur einen Bruchteil der vorhandenen Bausubstanz. In der Stadt Zürich sind beispielsweise rund 3000 Gebäude im Inventar der schutzwürdigen Bauten erfasst, was rund 7% der Bausubstanz entspricht⁷. Das Thema darf dennoch nicht unterschätzt werden. Für den Grundeigentümer stellen denkmalpflegerische Interventionen nicht selten unliebsame und kostspielige Überraschungen dar.



Foto Hochbaudepartement der Stadt Zürich

Rosengarten

Das abgebildete Haus war Gegenstand eines Rechtsstreits, den das **Verwaltungsgericht** des Kantons Zürich am 29. September 2004 zu entscheiden hatte⁸. Es handelt sich um das ehemalige Restaurant Rosengarten im Zürcher Kreis 4. Das Gebäude weist keine besonderen baukünstlerischen Qualitäten auf. 1841 wurde es ausserhalb des Kerns des damaligen Dorfes Wiedikon errichtet, heute steht es neben einem Tramdepot in einer durch und durch städtischen Umgebung. Das Verwaltungsgericht stellte den «Rosengarten» aber trotzdem **unter Schutz**, weil sich an ihm ablesen lässt, wie sich das ehemalige Bauerndorf Wiedikon zu einem Zürcher Stadtquartier entwickelt hat. Die Eigentümerin darf lediglich zwei Annexbauten aus den Jahren 1877 und 1924 abbrechen. Diese können die **Verstädterung** nicht **dokumentieren**, weil sie bereits städtisch geprägt sind. Dagegen muss die Eigentümerin das Hauptgebäude aus dem Jahre 1841 stehen lassen. Einzelne Eingriffe in die

⁵ Vgl. Bundesgerichtsurteil 126 III 119.

⁶ Vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.250/2006 vom 3. Oktober 2006.

⁷ Die Zahl stammt aus einer Medienmitteilung des Hochbauamtes der Stadt Zürich vom 26. April 2005.

⁸ Vgl. VB.2004.00119.

Bausubstanz bleiben aber möglich. Entscheidend ist, dass das Gebäude die Geschichte von der Verstädterung Wiedikons weiterhin erzählen kann.

Denkmalschutz als architekturhistorisches Objekt

Auf deutlich massivere Einschränkungen müssen sich Eigentümer gefasst machen, wenn die **architektonische Substanz** den Ausschlag für Schutzmassnahmen gibt. Noch in den siebziger Jahren beschränkten sich die zuständigen Behörden darauf, Fassaden zu schützen. Heute umfassen Schutzmassnahmen aber regelmässig auch das **Innere eines Gebäudes**. In mehreren Entscheidungen verweist das Bundesgericht auf den Thurgauer Denkmalpfleger Albert Knoepfli, der das «Unbehagen über denkmalpflegerische **Fassadenmaskeraden** vor ausgehöhlten Bauten»⁹ kritisiert hatte.



© Basler Denkmalpflege, Foto B. Thüring, 2002

Basler Kaufhaus Füglistaller

Beispielhaft für diese Praxis steht ein Bundesgerichtsentscheid vom 13. September 2005¹⁰ über das Basler Porzellangeschäft Füglistaller. Architektonisch ist es von den ab Mitte des 19. Jahrhunderts in Paris erbauten Warenhäusern, den «**Grands Magasins**» inspiriert. Dieser Gebäudetypus fand in ganz Europa rasche Verbreitung. Charakteristisch ist im Innern ein glasüberdachter Lichthof, um den sich die Verkaufsflächen und Galerien anordnen. Das Basler Porzellangeschäft Füglistaller ist nicht nur ein besonders schönes Beispiel für diese «Shopping-

Center des 19. Jahrhunderts», es ist auch das letzte seiner Art. Deshalb bestand das Bundesgericht darauf, dass der Innenhof und die Galerien erhalten bleiben. Diese, nicht etwa die Fassade, geben einem Grand Magasin sein architektonisches Gepräge.

Tragweite der Beschränkungen durch Unterschutzstellung

Nutzungseinschränkungen und Veränderungsverbote werden also vom denkmalpflegerischen Anliegen bestimmt, das die Behörden verfolgen. Gerade das Porzellangeschäft Füglistaller zeigt aber, dass ein **Verzicht** auf eine Nutzung dem Denkmalschutz oft nicht dient. Am anschaulichsten bleibt ein Grand Magasin erhalten, wenn darin eingekauft wird. Dementsprechend «frieren» Denkmalschutzmassnahmen die betroffenen Gebäude nicht einfach im Urzustand ein. Sie stellen einen Kompromiss zwischen Nutzungs- und Schutzinteressen dar. Selbst das Kontrastieren von alter mit neuer Architektur bleibt möglich, wenn die Aussagekraft eines Gebäudes als Zeuge seiner Zeit dadurch nicht übermässig beeinträchtigt wird. Ein anschauliches Beispiel dafür, dass ein denkmalgeschütztes Gebäude durch die Erweiterung mit einem modernen Neubau sogar gestärkt werden kann, stellt die Schweizer Botschaft in Berlin dar.



z. Vfg. Diener & Diener Architekten, Foto Christian Richters

Schweizer Botschaft in Berlin

Für den Grundeigentümer ist somit eine genaue und kritische Auseinandersetzung mit den Gründen, welche Denkmalschutzmassnahmen rechtfertigen sollen, unerlässlich. Sie bestimmen nicht nur ob, sondern auch wie ein Gebäude geschützt wird. ■

⁹ Das Zitat findet sich z. B. im Odéon- oder im Füglistaller-Entscheid, Bundesgerichtsurteil 1P.79/2005, Erwägung 4.3.

¹⁰ Vgl. Bundesgerichtsurteil 1P.79/2005.