

Nebenkosten: Rechtliche Grenzen bei der Verteilung

Können Nebenkosten, sei dies mangels eines Zählers oder aufgrund der Art der Nebenkosten, nicht exakt auf das einzelne Mietobjekt abgewälzt werden, so ist der Vermieter gehalten, für die Verteilung dieser Nebenkosten einen geeigneten Verteilschlüssel zu finden. Mit dem vorliegenden Aufsatz soll aufgezeigt werden, welcher Verteilschlüssel bei unterschiedlichen Mietverhältnissen zur sachgerechten Lösung für die jeweilige Art der Nebenkosten führt.

Art. 257b OR; Art. 7 VMWG

Frais accessoires: limites juridiques de la répartition

Lorsque les frais accessoires, faute de compteurs ou de par leur nature, ne peuvent pas être répercutés exactement sur chacun des objets loués, le bailleur doit trouver une clé adéquate pour leur répartition. La présente contribution montre quelle clé de répartition permet de trouver une solution appropriée pour chaque type de frais accessoires et pour chaque type de bail.

art. 257b CO; art. 7 OBLF



TOBIAS BRÄNDLI, MLaw, Rechtsanwalt, Landquart

TOBIAS BRÄNDLI, MLaw, avocat, Landquart

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	282
II.	Nebenkosten bei Wohn- und Geschäftsräumen	283
1.	Allgemeines	283
2.	Arten von Nebenkosten	283
3.	Die besondere Vereinbarung (Art. 257a Abs. 2 OR)	284

4.	Akonto- oder Pauschalnebenkosten	285
5.	Nebenkostenabrechnung	289
II.	Der Verteilschlüssel in der Nebenkostenabrechnung	290
1.	Vorbemerkungen	290
2.	Grundsätzliches	291
3.	Verbrauchsabhängige und neutrale Kosten	292
4.	Arten von Verteilschlüsseln	293
4.1	Verteilung nach Flächen	294
4.2	Verteilung nach Anzahl Einheiten	295
4.3	Verteilung nach Kubikmetern	296
4.4	Verteilung nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten	297
5.	Wahl des richtigen Verteilschlüssels	297
5.1	Liegenschaften mit reinen Wohnmietverhältnissen	297
5.2	Liegenschaften mit reinen Geschäftsraummietverhältnissen	298
5.3	Liegenschaften mit gemischten Mietverhältnissen	300
6.	Spezialfall Art. 7 VMWG	300
7.	Zweitwohnungen	301
8.	Das Ermessen des Vermieters und seine Grenzen	302
III.	Fazit	304

I. Einleitung

Bei der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen überlässt der Vermieter dem Mieter eine Sache zum Gebrauch und der Mieter leistet dem Vermieter dafür einen Mietzins (Art. 253 OR). Während der Mietzins das Entgelt ist, das der Mieter dem Vermieter für die Überlassung der Sache schuldet (Art. 257 OR), sind die Nebenkosten das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (Art. 257a Abs. 1 OR).

Dabei trifft aber den Mieter nur dann die Pflicht zur Bezahlung der Nebenkosten, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat (Art. 257a

Abs. 2 OR). Dies dürfte in der Praxis heute wohl den Regelfall bilden. Können Nebenkosten, sei dies mangels eines Zählers oder aufgrund der Art der Nebenkosten, nicht exakt auf das einzelne Mietobjekt abgewälzt werden, so ist der Vermieter gehalten, für die Verteilung dieser Nebenkosten einen geeigneten Verteilschlüssel zu finden. Mit dem vorliegenden Aufsatz soll aufgezeigt werden, welcher Verteilschlüssel bei welcher Art von Nebenkosten unter Berücksichtigung der sich in einer Liegenschaft vorzufindenden unterschiedlichen Mietverhältnisse zur sachgerechtesten Lösung führt.

II. Nebenkosten bei Wohn- und Geschäftsräumen

1. Allgemeines

Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch zusammenhängen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257b Abs. 1 OR). Dabei ist selbstredend, dass die allgemeine Bestimmung des Art. 257a Abs. 2 OR auch bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen Anwendung findet. Die Nebenkosten sind also vom Mieter nur dann geschuldet, wenn dies mit dem Vermieter besonders vereinbart wurde.

Aus der Formulierung des Gesetzgebers, dass nur die «tatsächlichen Aufwendungen» des Vermieters als Nebenkosten gelten, folgt, dass der Vermieter aus der Nebenkostenüberwälzung keinen Gewinn erzielen darf¹.

2. Arten von Nebenkosten

Nebenkosten sind bspw. die Kosten für Heizung, Warmwasser, Reinigung des Treppenhauses und Gartenpflege, Liftkosten etc. Davon zu unterscheiden sind die reinen Verbraucherkosten. Zwar sind auch die Verbraucherkosten vom Mieter zu tragen, doch trifft den Vermieter in Bezug auf die Verbraucherkosten keine direkte Leistungspflicht aus Art. 256 OR. Vielmehr besteht hinsichtlich der Verbraucherkosten eine Rechtsbeziehung zwischen dem Mieter und einem Dritten, in der Regel dem Erbringer der Leistung². Typische Verbraucherkosten sind bspw. Stromgebühren für den Stromverbrauch in der Woh-

¹ So auch **ROGER WEBER** in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Auflage, Zürich 2015, N 2 zu Art. 257b OR.

² **WEBER**, a.a.O., N 1 zu Art. 257a OR.

nung, Fernseh-, Internet- und Telefongebühren, Kehrtrichtersackgebühren etc. Soweit es sich um reine Verbraucherkosten handelt, welche direkt vom Mieter verursacht werden, seinen eigenen Verbrauch betreffen und ihm auch direkt in Rechnung gestellt werden, wird das Mietverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter nicht direkt tangiert, womit auch keine Abrechnungsprobleme entstehen können.

Alle anderen Aufwendungen, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen und beim Vermieter anfallen, sind Nebenkosten. Solche Aufwendungen, welche einerseits Leistungen des Vermieters selber, andererseits aber auch Leistungen von Dritten betreffen, können als Nebenkosten ausgeschrieben werden³.

3. Die besondere Vereinbarung (Art. 257a Abs. 2 OR)

Aus der besonderen Vereinbarung der Nebenkosten im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR folgt weiter, dass die Nebenkosten genau bezeichnet sein müssen. Formulierungen, wonach der Mieter «alle Nebenkosten» oder «alle Nebenkosten ohne Strom» bezahlen müsse, sind nichtig und haben zur Folge, dass mit dem Nettomietzins alle Leistungen des Vermieters als abgegolten zu betrachten sind⁴. Auch bei gänzlich fehlender besonderer Vereinbarung gelten die Nebenkosten als im Mietzins eingeschlossen. Für den Fall, dass während eines laufenden Mietverhältnisses neue Nebenkosten entstehen, kann der Vermieter diese nicht einfach auf den Mieter abwälzen. Falls er mit dem Mieter keine Einigung findet, muss er nach den Regeln der Mietzinserhöhung vorgehen⁵.

Die «besondere Vereinbarung der Nebenkosten» beinhaltet eine «genaue Bezeichnung der Nebenkosten». Darunter ist einerseits die konkrete Leistung des Vermieters zu verstehen, für welche der Mieter ihm ein Entgelt in Form von Nebenkosten leisten muss. Andererseits muss daraus auch die Bestimmbarkeit der Höhe hervorgehen. Für den Mieter muss also aus der «besonderen Vereinbarung der Nebenkosten» klar sein, welche Leistungen er mit der Abrede zu bezahlen hat und wie hoch diese Leistungen in etwa sind. Zur Bestimmbarkeit der einzelnen Nebenkostenpositionen ist zweifelsohne auch erforder-

³ Weiterführend dazu: Das schweizerische Mietrecht: Kommentar (nachfolgend: «SVIT-KOMMENTAR»), in: Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft (Hrsg.), Art. 257-257b N 11 f., 3. Auflage, Zürich 2008.

⁴ WEBER, a.a.O., N 5 zu Art. 257a OR.

⁵ SVIT-KOMMENTAR, N 18 ff. zu Art. 257-257b OR.

lich, dass der Vermieter dort, wo die Nebenkosten mittels eines Verteilschlüssels auf die einzelnen Mietobjekte verteilt werden, die genaue Zusammensetzung des Verteilschlüssels bekannt gibt⁶. Die Bekanntgabe des Verteilschlüssels hat dabei spätestens mit der detaillierten Nebenkostenabrechnung zu erfolgen. Meines Erachtens empfiehlt es sich aber, diesen unter Umständen bereits im Mietvertrag festzulegen.

4. Akonto- oder Pauschalnebenkosten

Nebst dem alles umfassenden Mietzins, bei welchem die Nebenkosten bereits abgegolten sind, können der Vermieter und der Mieter in Bezug auf die Nebenkosten auch die direkte Bezahlung an einen Dritten vereinbaren. In der Praxis finden sich aber zumeist Pauschal- oder Akontovereinbarungen.

- a) Mit der Festsetzung einer Pauschalentschädigung für die Nebenkosten werden diese zum Vornherein ziffernmässig festgelegt und können während der festen Vertragsdauer grundsätzlich nicht abgeändert werden. Ungeachtet dessen, ob die effektiven Aufwendungen des Vermieters später höher oder tiefer sind, ist die Bezahlung der Pauschale für die Nebenkosten geschuldet, denn mit ihr werden sämtliche Nebenkosten abgegolten. Dies bedeutet indes nicht, dass die Pauschale willkürlich festgelegt werden könnte. Auch hier gilt der Grundsatz der tatsächlichen Kosten⁷. Werden Nebenkosten vom Vermieter pauschal erhoben, muss er auf die Durchschnittswerte dreier Jahre abstellen (Art. 4 Abs. 2 VMWG).

Die Vereinbarung von Pauschalen für die Nebenkosten ist mit Blick auf die Bestimmung des Art. 257b Abs. 1 OR dennoch nicht ganz unproblematisch. Wenn Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters sind, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen, und der Vermieter aus der Nebenkostenüberwälzung keinen Gewinn erzielen darf, so hat eine zu hoch angesetzte Pauschale aufgrund der zwingenden Bestimmung des Art. 257b Abs. 1 OR einen sofortigen Rückforderungsanspruch des Mieters zur Folge⁸. Eine zu tief angesetzte Pauschale bleibt aber massgebend. In jedem Fall hat der Mieter aber auch bei der Festsetzung einer Pauschale das Recht, in die Belege Einsicht zu nehmen, was aus Art. 257b Abs. 2 OR klar hervor geht. Sofern der Mieter es verlangt, sind ihm dabei die Originalbelege vorzulegen, welche

.....
⁶ Vgl. dazu auch BGer 4A_127/2014, 19.8.2014, E. 6.4, →mp 1/15 S. 23.

⁷ Vgl. dazu ANDREAS BÉGUIN in: Das Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 241 ff.

⁸ WEBER, a.a.O., N 2 und 9 zu Art. 257b OR.

er in der Folge kopieren darf⁹. Bestehen hier keine abweichenden Vereinbarungen, muss sich der Mieter zwecks Einsichtnahme zum Geschäftssitz oder Wohnort des Vermieters begeben und hat seinen Wunsch auf Einsichtnahme frühzeitig anzuzeigen¹⁰. Wird der Vermieter durch eine professionelle Immobilienverwaltung vertreten, sind die Belege bei dieser einzusehen.

Die Festsetzung einer Pauschale für die Nebenkosten befreit demnach keinesfalls von der genauen Bezeichnung der Positionen bzw. Leistungen, für welche ein Entgelt des Mieters geschuldet ist. Die Pauschale hat zwar den Vorteil, dass der Vermieter teils aufwendigen Abrechnungen entgehen kann. Sie birgt aber das Risiko, dass der Vermieter allenfalls zu hoch angesetzte Pauschalen teilweise wieder zurückerstatten muss, während er auf zu tief angesetzten Pauschalen aufgrund der vertraglichen Abrede keine Nachforderung erheben kann.

Will der Vermieter bei der Überwälzung der Nebenkosten mittels Pauschalen nicht auf einem Teil der Nebenkosten sitzen bleiben, so wäre er folglich gehalten, die Pauschalen höher anzusetzen, um eine sichere Deckung zu erhalten. Dies ist ihm aber aufgrund von Art. 4 Abs. 2 VMWG verwehrt, da er auf die Durchschnittswerte der letzten drei Jahre abstellen muss. De facto wird dies in etwa die Kosten decken, welche für die Nebenkosten anfallen. Ein Restrisiko verbleibt aber beim Vermieter.

Für den Vermieter ist daher das System der Akontozahlungen wohl doch attraktiver. Zumal – wie erwähnt – zu berücksichtigen ist, dass der Vermieter auch bei der pauschalen Festsetzung der Nebenkosten auf Verlangen des Mieters jederzeit eine korrekte Nebenkostenabrechnung vorlegen und dem Mieter nachvollziehbar darlegen muss, welche Kosten er für welche Position zu bezahlen hat und welcher Verteilschlüssel dabei zur Anwendung gelangt. Mit anderen Worten ist die pauschale Nebenkostenabrechnung nur bedingt eine Zeit- und Aufwandsparnis für den Vermieter.

- b) Beim System der Akontozahlungen bezahlt der Mieter periodisch einen vereinbarten Betrag im Voraus. In der Regel werden dabei monatliche Akontozahlungen vereinbart. Diese Akontozahlungen werden dann an die jährliche

⁹ PETER HIGI in: Gauch et al (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 5: Obligationenrecht, Teilband 2b: Die Miete: Art. 253-265 OR, 3. Auflage, Zürich 1994, N 30 zu Art. 257a-257b OR.

¹⁰ RICHARD PERMANN in: Jolanda Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), OR Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, N 11 zu Art. 257b OR.

Nebenkostenabrechnung angerechnet. Damit kommt man dem Prinzip der tatsächlichen Kosten gemäss Art. 257b Abs. 1 OR wesentlich näher¹¹.

Bei den Akontovereinbarungen stellt sich die Frage, ob der Mieter sich darauf verlassen kann, dass schon die Akontobeträge grundsätzlich den tatsächlichen Kosten entsprechen müssen. Das Bundesgericht hält dafür, dass es auf die gesamten Umstände des Einzelfalls ankomme und schützte im konkreten Fall den Standpunkt des Vermieters, obwohl die effektiven Nebenkosten sich letztlich auf mehr als das Doppelte der vereinbarten Akontozahlungen belaufen¹². Dieser Entscheid wurde in der Lehre zurecht kritisiert. Haben Akontozahlungen für den Gläubiger (Vermieter) im Wesentlichen die Minimierung des Inkassorisikos zum Ziel, so darf der Schuldner (Mieter) nach Treu und Glauben auch annehmen, dass der Gläubiger diesen Zweck nicht selber durch viel zu tief angesetzte Akontobeträge untergräbt. Kommt hinzu, dass die Bestimmung des Art. 257a Abs. 2 OR den Mieter eben gerade auch vor unabsehbaren Forderungen des Vermieters schützen soll¹³.

Dieser berechtigten Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zuzustimmen. Das System der Akontozahlungen darf nicht dazu führen, dass der Mieter völlig unvorhersehbaren Nachforderungen der Vermieter ausgeliefert wird. Hingegen geht ein Teil der Lehre zu weit, wenn ausgeführt wird, dass die strikte Formulierung von Art. 257b Abs. 1 OR den Schluss zulasse, dass schon die Akontobeträge den tatsächlichen Kosten entsprechen müssten. Zwar ist den Autoren zuzustimmen, wenn sie davon ausgehen, dass der Vermieter die Höhe der Nebenkostenabrechnung des Vormieters kenne und daher gehalten ist, den Mieter über zu tief angesetzte Nebenkosten aufzuklären¹⁴. Art. 4 Abs. 1 VMWG hält indes klar fest, dass der Vermieter einmal jährlich eine Nebenkostenabrechnung im Sinne einer Mindestvorschrift erstellen muss. Die Festlegung der Akontobeträge soll lediglich das Inkassorisiko minimieren und die Nebenkosten möglichst auf alle zwölf Monate gleichmässig verteilen. Es darf nicht vergessen werden, dass es sich dabei um Akontobeträge handelt, die vom Vermieter – dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechend – zwar möglichst genau den tatsächlichen Kosten entsprechend festzulegen sind, für sich aber noch nicht den absoluten Anspruch haben müssen, den tatsächlichen Kosten auch zu entsprechen, da sich diese nie bereits im Voraus mit Sicherheit abschätzen lassen. Da der Vermieter aber aufgrund der Zahlen

.....
¹¹ BÉGUIN, a.a.O., S. 241 ff.

¹² Vgl. BGE 132 III 24 E. 2-6, →mp 4/05 S. 232

¹³ WEBER, a.a.O., N 2a zu Art. 257b OR.

¹⁴ BÉGUIN, a.a.O., S. 246.

der vergangenen Jahre ziemlich genau wird abschätzen können, wie hoch die Nebenkosten ausfallen und er nicht durch viel zu tief angesetzte Akontobeiträge selbst den Sinn und Zweck der Akontozahlungen (Minimieren des Inkassorisikos) untergraben darf, sind meines Erachtens Abweichungen bzw. zu tief angesetzte Akontobeiträge von maximal 10% gerade noch tolerabel. Setzt der Vermieter die Akontobeiträge noch tiefer als mit einer zehnpromzentigen Abweichung von den tatsächlichen Kosten an, so sind seine Nachforderungen meines Erachtens nicht zu schützen. Der Vermieter hat gegenüber dem Mieter detaillierte Vorkenntnisse. Der Mieter muss und darf sich darauf verlassen. Dem Vermieter steht es zudem frei, die Akontobeiträge so anzusetzen, dass sie die tatsächlichen Kosten tendenziell ausreichend decken, sodass es für ihn keinen schützenswerten Grund gibt, weshalb er die Akontobeiträge viel zu tief ansetzen sollte.

Werden die Nebenkosten mittels Akontozahlungen erhoben, ist der Vermieter in jedem Falle zur Abrechnung verpflichtet. Die Abrechnung hat dann auf den vereinbarten bzw. ortsüblichen Termin hin zu erfolgen und kann gerichtlich durchgesetzt werden¹⁵. Dabei hat der Mieter jederzeit das Recht, Einsicht in die Belege zu nehmen (Art. 257b Abs. 2 OR). Verweigert der Vermieter ihm die Einsicht in die Belege, so verhindert dies die Fälligkeit einer Nachforderung des Vermieters bei vereinbarter Akontozahlung¹⁶. Teil der vom Vermieter vorzulegenden Nebenkostenabrechnung bildet auch der Verteilschlüssel. Wendet der Vermieter für die Aufteilung der Nebenkosten einen Verteilschlüssel an, so muss er diesen dem Mieter offen legen. Der Verteilschlüssel muss in jedem Fall nachvollziehbar sein, damit der Mieter überhaupt überprüfen kann, ob der Vermieter den Grundsatz der tatsächlichen Kosten eingehalten hat.

- c) Insgesamt ist in Bezug auf die Erhebung von Nebenkosten das System der Akontozahlungen zu bevorzugen. Es versteht sich von selbst, dass dabei die effektiven Kosten nicht von vornherein genau abgeschätzt werden können. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben darf sich aber ein Mieter darauf verlassen können, dass die monatlichen Akontozahlungen in etwa den tatsächlichen Kosten entsprechen. Kann doch der Vermieter, welcher sein Objekt kennt und sich in der Regel auf Erfahrungswerte abstützen kann, auch in etwa abschätzen, welche monatlichen Akontobeträge realistisch sind. Vorbehalten wesentliche Veränderungen von Rohstoffpreisen oder Preiserhöhungen von Dienstleistungen Dritter bzw. wesentlich höhere Verbraucherkosten eines neuen Mieters, darf von einem Vermieter verlangt werden, dass er die

.....
¹⁵ PERMANN, a.a.O., N 9 zu Art. 257b OR.

¹⁶ PERMANN, a.a.O., N 11 zu Art. 257b OR; HIGI, a.a.O., N 33 zu Art. 257a-257b OR; WEBER, a.a.O., N 7 zu Art. 257b OR.

Akontobeträge für Nebenkosten im Rahmen von geringeren Abweichungen abschätzen kann. Letztlich ist das System von Akontozahlungen für beide Vertragsparteien wohl die gerechteste Lösung, zumal der Vermieter hier – anders als beim System der Pauschale – nicht das Risiko zu tiefer monatlicher Beträge tragen muss.

5. Nebenkostenabrechnung

Allgemein sind in den Art. 4-8 VMWG detaillierte Bestimmungen über die Nebenkostenabrechnung enthalten. So bspw. über die pauschale Erhebung solcher Kosten, über die anrechenbaren bzw. nicht anrechenbaren Heizungs- und Warmwasserkosten sowie über die Abrechnung im Allgemeinen.

Erhebt der Vermieter die Nebenkosten aufgrund einer Abrechnung, muss er diese jährlich mindestens einmal erstellen und dem Mieter vorlegen (Art. 4 Abs. 1 VMWG). In Anbetracht des meist beträchtlichen Umfangs der Nebenkostenpositionen, welche nach Erfahrungswerten zwischen 15-25% der Mietkosten betragen, ist eine jährliche Abrechnung sehr sinnvoll¹⁷.

Eine Aufzählung der in Rechnung gestellten Nebenkosten (z.B. Heizung, Warmwasser, Abwassergebühren, Hauswartungskosten, Liftkosten etc.) mit dem jeweiligen Betrag, ein Gesamttotal der verrechneten Nebenkosten für die betreffende Periode, ein Gesamttotal der vom Mieter geleisteten Akontozahlungen, der verbleibende Saldo sowie letztlich die Angabe des Verteilschlüssels gehören zum Mindestumfang einer Nebenkostenabrechnung¹⁸. Sobald der Vermieter für die Aufteilung der Nebenkosten einen Verteilschlüssel anwenden muss (z.B. infolge fehlenden Zählers oder bei neutralen Nebenkosten), kann er die tatsächlichen Kosten naturgemäss nicht mehr «auf den Fünfer» bestimmen.

Folglich birgt insbesondere der vom Vermieter gewählte Verteilschlüssel in der Nebenkostenabrechnung in der Praxis häufig das Potenzial für Auseinandersetzungen. Ob und inwieweit der Vermieter in der Wahl des Verteilschlüssels frei ist bzw. wie weit sein Ermessen diesbezüglich reicht, soll nachfolgend untersucht werden.

¹⁷ SVIT-KOMMENTAR, N 26b zu Art. 257-257b OR.

¹⁸ Vgl. dazu auch BÉGUIN, a.a.O., S. 248 f.

II. Der Verteilschlüssel in der Nebenkostenabrechnung

1. Vorbemerkungen

Befinden sich mehrere Mieter in einer Liegenschaft, müssen die Nebenkosten aufgeteilt werden, was gestützt auf eine individuelle Abrechnung oder mittels eines Verteilschlüssels geschehen kann. Das Bundesgericht führte im Zusammenhang mit Art. 8 VMWG aus, es treffe zu, dass sich diese Bestimmung nur auf die Heizkosten beziehe und dass im Übrigen keine detaillierten Vorschriften über die Gestaltung einer (genügenden) Abrechnung bestehen. Auch für die allgemeinen Nebenkosten bestehe aber eine Abrechnungspflicht, wenn nicht pauschal abgerechnet werde (Art. 4 Abs. 1 VMWG). Dieser Pflicht komme der Vermieter nur nach, wenn die Abrechnung so klar und verständlich sei, dass der Mieter ersehen könne, für welche Nebenkostenpositionen er in welchem Umfang (Verteilschlüssel) belastet werde¹⁹. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass es fraglich erscheine, ob es genüge, in der Nebenkostenabrechnung die Kosten für Wasser, Kanalisation und Kehricht in einer Position zusammen zu fassen, wobei darüber hinaus der Verteilschlüssel nicht nachvollziehbar sei. Gestützt auf diese Umstände kam das Bundesgericht zum Schluss, dass in einem Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen keine klare Sach- und Rechtslage bestehe²⁰. Dieser Entscheid zeigt – auch wenn er ein Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen betraf, – dass auch das Bundesgericht an die Nebenkostenabrechnung gewisse qualitative Anforderungen stellt. Insbesondere muss für den Mieter klar ersichtlich sein, wie viel er für die einzelnen Nebenkostenpositionen zu bezahlen hat. Dies ergibt sich bereits aus der Bestimmung des Art. 257a Abs. 2 OR. Die Regelung des besonderen Entgelts der Nebenkosten setzt die genaue Bezeichnung derselben und zumindest die Bestimmbarkeit der Höhe voraus²¹. Zwar muss der Verteilschlüssel selbst nicht zwingend im Mietvertrag vereinbart werden. Werden indes Akontozahlungen vereinbart, so ist der Verteilschlüssel spätestens mit der ersten Abrechnung klar und deutlich, das heisst für den Mieter nachvollziehbar mitzuteilen. Der Verteilschlüssel muss insoweit klar und verständlich sein, als dass für den Mieter problemlos ersichtlich wird, wie hoch die Nebenkosten der einzelnen Positionen für ihn ausfallen. Dem zitierten Entscheid ist im Übrigen beizufügen, dass die Zusammenfassung dreier Neben-

¹⁹ BGer 4A_127/2014, 19.8.2014, E. 6.4 mit Verweis auf **HIGI**, a.a.O., N 36 zu Art. 257a-257b OR, →mp 1/15 S. 23.

²⁰ BGer 4A_127/2014, 19.8.2014, E. 6.4, →mp 1/15 S. 23.

²¹ **WEBER**, a.a.O., N 5 zu Art. 257a OR.

kostenpositionen (Wasser, Kanalisation, Kehricht) vom Bundesgericht zu Recht kritisch betrachtet wurde. Eine derartige Zusammenfassung wird meines Erachtens den qualitativen Anforderungen an eine Nebenkostenabrechnung nicht gerecht.

Zahlreiche Nebenkosten lassen sich nicht wirklich mittels einer individuellen Abrechnung auf den einzelnen Mieter abwälzen. Beispielsweise fehlt ein entsprechender Zähler (z.B. bei den Heizkosten) oder die Art der Nebenkosten lässt eine individuelle Abrechnung gar nicht erst zu, was bei den neutralen Nebenkosten (Hauswartung, Treppenhausreinigung, Gartenpflege, Allgemeinstrom) regelmässig der Fall sein dürfte. Daher ist der Vermieter gehalten, entsprechende Verteilschlüssel zu wählen, um die Nebenkosten auf die Mieter zu verteilen. In diesem Zusammenhang sei bereits vorweg erwähnt, dass der Vermieter bei der Aufteilung der Nebenkosten auf die Mieter dem Grundsatz der tatsächlichen Kosten Rechnung zu tragen hat, wobei der Mieter daraus keinen Anspruch auf «Rappenspalterei» ableiten kann. Die Wahl des Verteilschlüssels obliegt dem Vermieter. Getragen vom soeben erwähnten Grundsatz der «tatsächlichen Kosten» hat er einen Verteilschlüssel zu wählen, der diesem Grundsatz so gerecht wie möglich wird. Der Verteilschlüssel muss auf sachlichen Gründen beruhen und darf auf keinen Fall willkürlich sein. Wenn der Vermieter also den Verteilschlüssel mit dem Mieter nicht im Mietvertrag festgelegt hat, so muss er bei dessen Festlegung nach billigem Ermessen vorgehen. Er muss einerseits auf die Interessen der Gesamtheit der Mieter Rücksicht nehmen, kann andererseits aber auch seine Interessen an einer effizienten und sparsamen Verwaltung berücksichtigen²². Mit anderen Worten findet die Pflicht des Vermieters, bei der Verteilung der Nebenkosten nach einer möglichst gerechten Lösung für die Gesamtheit aller Mieter zu trachten, eine erste Schranke an der Praktikabilität.

2. Grundsätzliches

Sofern separate Zähler vorhanden sind, stellt sich die Problematik des Aufteilens eines Nebenkostenpostens auf verschiedene Mieter einer Liegenschaft erst gar nicht. Wie erwähnt, existieren aber für diverse Nebenkostenpositionen keine Zähler bzw. lassen sich gar keine Zähler installieren (bspw. Lift, Hauswart, Allgemeinstrom etc.). Dann ist der Vermieter gehalten, diese Kosten nach einem fairen und auf sachlichen Gründen beruhenden Verteilschlüssel auf die Mieter zu verteilen. Sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb der Liegenschaft zusammenhängen, kann der Vermieter auf den Mieter mit

.....

²² Vgl. hierzu auch OBERLE THOMAS, Nebenkosten-, Heizkosten-, 5. Auflage, Zürich 2012, S. 52.

einem geeigneten Verteilschlüssel überwälzen. Man spricht dabei auch von sogenannten Betriebskosten. Dazu gehören Treppenhausreinigung, Hauswartung, ARA-Gebühren (Abwassergebühren), Kehrrichtabfuhrgebühren, Garten- und Umgebungspflege, Kosten der Scheeräumung, Schneeräumungsgebühren der Gemeinden für Privatstrassen, Kabel-TV-Gebühren/Antennengebühren, Allgemeinstrom, Wasserzins, Strom- und Wasserverbrauch der Waschmaschine, Liftbetrieb, Serviceabonnemente für Waschmaschinen, Tumbler, Lift, Klimatisierung, Alarmanlagen, Gegensprechanlagen etc., Schwimmbad, Kanalisation, Sicherheit und Wachdienst (sofern zum Schutz des Mieters), Personalkosten bei Alterswohnungen, Reinigung Wasserleitung²³. Eine abschliessende Aufzählung gibt es im Prinzip nicht. Sobald Kosten anfallen, die mit dem Betrieb der Liegenschaft anfallen und die sich ihrer Natur nach oder aufgrund eines fehlenden Zählers nicht haargenau auf die einzelnen Objekte verteilen lassen, sind diese per Verteilschlüssel aufzuteilen.

Im Wesentlichen spielen bei der Festlegung eines möglichst genauen Verteilschlüssels drei Hauptfaktoren eine entscheidende Rolle:

- die Art der Nebenkostenposition (z.B. neutrale, verbrauchsabhängige Nebenkosten),
- die Art des Verteilschlüssels (z.B. nach Flächen, Einheiten etc.),
- die unterschiedlichen Nutzungen innerhalb einer Liegenschaft (Wohn- und/oder Geschäftsraummielten).

Anhand dieser drei Faktoren hat der Vermieter nach seinem Ermessen die möglichst sachgerechteste Verteillösung zu suchen.

3. Verbrauchsabhängige und neutrale Kosten

Bei den zu verteilenden Nebenkosten wird zunächst nach sogenannt verbrauchsabhängigen und neutralen Nebenkosten unterschieden.

Die neutralen Nebenkosten stehen dabei in keinem direkten Zusammenhang mit der Grösse der Wohnung. Neutrale Nebenkosten sind z.B. die Hauswartkosten, der Allgemeinstrom, Liftkosten, Gartenpflege, Treppenhausreinigung etc. Unter die neutralen Kosten fallen sämtliche Positionen, die für den allgemeinen Unterhalt und Betrieb einer Liegenschaft anfallen, dies unabhängig von der Grösse der Wohnung.

.....
²³ MARKUS WYTENBACH in: Thomas Geiser et al. (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Wohn- und Geschäftsraummielte, Beraten und Prozessieren im Immobilienmietrecht, Zürich 2015, N 6.7.

Die verbrauchsabhängigen Nebenkosten stehen in einem engeren Zusammenhang mit der Grösse der Wohnung. Zu den verbrauchsabhängigen Kosten zählen beispielsweise Heiz-, Wasser-, Abwasserkosten, Kehrrichtgebühren etc. Unter den Begriff der verbrauchsabhängigen Nebenkosten fallen sämtliche Positionen, die spezifisch mit dem Bewohnen bzw. Benützen einer Wohn- bzw. Geschäftsräumeinheit zusammen und somit vom jeweiligen Verbrauch der Mieter abhängen.

Speziell verhält es sich mit den Heiz- und Warmwasserkosten. Im Grundsatz sind die Heiz- und Warmwasserkosten im engeren Sinne den verbrauchsabhängigen Nebenkosten zuzuordnen. Um indes eine einzelne vermietete Einheit in einer Liegenschaft überhaupt mit Wärme und Warmwasser versorgen zu können, ist die Installation und Wartung entsprechender Anlagen notwendig. Naturgemäss verursacht eine solche Anlage verbrauchsunabhängige Nebenkosten (z.B. Kaminfegerkosten, Revisionskosten etc.). Diese Grundkosten, welche in der Regel 30-50% der Heizkosten betragen, werden wie bei anderen Heizkostenabrechnungen nach einem Verteilschlüssel aufgeteilt²⁴. Der Gesetzgeber widmet den Heiz- und Warmwasserkosten in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) ganze fünf Artikel (Art. 5, 6, 6a, 7 und 8 VMWG), die Art. 257b Abs. 1 OR konkretisieren. Den Heiz- und Warmwasserkosten wird demnach bereits vom Gesetzgeber einige Bedeutung beigemessen²⁵. Dies im Gegensatz zu den übrigen verbrauchsabhängigen und neutralen Nebenkosten.

Grundsätzlich ist daher bei den Arten von Nebenkosten folgerichtig von drei Kategorien (Heiz- und Warmwasserkosten, verbrauchsabhängige Betriebskosten, neutrale Kosten) auszugehen²⁶.

4. Arten von Verteilschlüsseln

Die Frage, nach welchem Verteilschlüssel die Nebenkosten den einzelnen Mietern auferlegt werden können, ist im Gesetz nicht explizit geregelt. Eine Ausnahme bildet lediglich die Aufteilung der Heizungskosten für nicht vermietete Wohn- und Geschäftsräume in Art. 7 Abs. 2 VMWG. Danach sind die Heizungskosten für nicht vermietete Wohn- und Geschäftsräume – sofern keine Geräte zur Erfassung des Wärmeverbrauchs der einzelnen Verbraucher installiert sind und die nicht vermieteten Wohn- und Geschäftsräume nachweisbar nur so-

.....
²⁴ BÉGUIN, a.a.O., S. 252.

²⁵ OBERLE, a.a.O., S. 90.

²⁶ Vgl. auch die Ausführungen von WYTTEBACH, a.a.O., N 6.109 ff.

weit geheizt wurden, als dies zur Verhinderung von Frostschäden notwendig ist – vom Vermieter nur zu einem Teil zu übernehmen. Dieser Teil beträgt in der Regel ein Drittel für Zwei- bis Dreifamilienhäuser (Art. 7 Abs. 2 lit. a VMWG), die Hälfte für Vier- bis Achtfamilienhäuser (lit. b) sowie zwei Drittel für grössere Gebäude sowie für Büro- und Geschäftshäuser (lit. c). Im Übrigen bestimmt der Vermieter den Verteilschlüssel nach billigem Ermessen. Hierbei gilt jedoch – wie bereits erwähnt – der Grundsatz der tatsächlichen Aufwendungen (vgl. Art. 257b Abs. 1 OR). Dieser Grundsatz bedeutet jedoch nicht, dass die auf das einzelne Mietobjekt entfallenden Kosten effektiv zu ermitteln wären²⁷. Solches ist einerseits bei vielen Positionen erst gar nicht machbar und andererseits nicht praktikabel. Grundsätzlich hat der Vermieter bei der Verteilung der Nebenkosten nach pflichtgemässigem Ermessen vorzugehen, wobei ihm aber ein angemessener Spielraum zusteht. Anzustreben ist eine möglichst faire und sachgerechte Verteilung.

Für die Wahl der richtigen Art des Verteilschlüssels sind einerseits die Art der zu verteilenden Nebenkosten und andererseits die Eigenheit der betreffenden Liegenschaft (reine Wohn- bzw. Geschäftsraummieten oder gemischte Mietverhältnisse) entscheidend. Hierbei gilt zu bemerken, dass sich – insbesondere bei gemischten Mietverhältnissen (Wohn- und Geschäftsräume) oder bei Liegenschaften mit reinen Geschäftsräumen – eine andere Verteilung aufdrängen kann bzw. allenfalls auch weitere Arten von Verteilschlüsseln zu sachgerechten Lösungen führen können. In der Wahl der Art des Verteilschlüssels ist der Vermieter grundsätzlich frei. Die nachfolgend beschriebenen Arten von möglichen Verteilschlüsseln decken indes den Verteilungsbedarf von Nebenkosten durch den Vermieter im Wesentlichen ab und führen in der Praxis – bei richtiger Anwendung auf die einzelnen Mietkonstellationen – in der Regel zu sachgerechten Lösungen.

4.1 Verteilung nach Flächen

Eine Umlegung nach Flächen (Quadratmeter) bedeutet, dass die angefallenen Kosten für den Verbrauch (Heiz-, Wasser-, Abwasserkosten, Kehrrechtgebühren etc.) proportional auf den Anteil Wohnfläche am Gesamtobjekt verteilt werden. Bei den verbrauchsabhängigen Kosten entspricht in der Regel eine Umlegung nach Flächen den tatsächlichen Kosten²⁸. Bei der Verteilung nach Flächen (Quadratmeter) wird davon ausgegangen, dass die verbrauchsabhängigen Kosten einer Einheit in einer Liegenschaft proportional mit der einnehmenden Fläche am Gesamtobjekt steigen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird,

²⁷ SVIT-KOMMENTAR, N 26d zu Art. 257-257b OR.

²⁸ SVIT-KOMMENTAR, N 26d zu Art. 257-257b OR.

trifft dies in einer Liegenschaft mit reinen Wohnmietverhältnissen in der Regel zu, sofern die Flächenabweichungen der einzelnen Wohneinheiten untereinander nicht völlig übermässig ausfallen. Eine Verteilung nach Flächen wird jedenfalls in der Praxis – bezogen auf Wohnmietverhältnisse – bei den verbrauchsabhängigen Kosten meist als sachgerecht erachtet.

Erweisen sich aber beispielsweise die vertraglichen Flächenangaben und damit auch der Verteilschlüssel als falsch und werden deshalb zu viel bzw. zu wenig Nebenkosten bezahlt, kann dem Grundsatz nach ein Anspruch auf Rückerstattung zu viel bezahlter Nebenkosten bzw. ein Anspruch auf Leistung eines Saldos aus Nebenkostenabrechnung geltend gemacht werden²⁹. Bei Liegenschaften mit reinen Geschäftsraummietten sowie bei gemischten Mietverhältnissen erweist sich zudem eine Verteilung der verbrauchsabhängigen Nebenkosten nach Flächen (m²) zumeist als problematisch und kann schnell zu unsachgerechten Lösungen führen, die eine Partei über Gebühr belasten würde. Dies aus folgenden Gründen: Befinden sich in einer Liegenschaft beispielsweise diverse Gewerberäume, deren Flächen sehr stark voneinander abweichen und haben sich darin unterschiedliche Gewerbe eingemietet, die folglich auch einen sehr unterschiedlichen Verbrauch mit sich bringen, dann kann nicht einfach eine Verteilung nach Flächen vorgenommen werden. So kann es vorkommen, dass sich in derselben Liegenschaft sowohl eine Einstellhalle für Transportfahrzeuge befindet, die flächenmässig sehr viel Platz einnimmt, vergleichsweise aber einen sehr geringen Verbrauch aufweist, während in der gleichen Liegenschaft ein Handwerkerbetrieb zu finden ist, der eine viel kleinere Fläche beansprucht, jedoch einen hohen Verbrauch aufzuweisen hat. Eine Verteilung nach Flächen eignet sich daher insbesondere bei reinen Wohnmietverhältnissen. Bei reinen Geschäftsraummietten oder gemischten Mietverhältnissen ist eine Verteilung nach Flächen hingegen in der Regel ungeeignet.

4.2 Verteilung nach Anzahl Einheiten

Die Verteilung der Nebenkosten nach Anzahl der sich in einer Liegenschaft befindenden Einheiten (Wohnungen, Geschäftsräume) ist in seinem Prinzip einfach. Die Nebenkosten werden dabei gleichmässig auf die einzelnen Objekte aufgeteilt. Für eine Verteilung der Nebenkosten nach Anzahl der Einheiten eignen sich meist die neutralen Nebenkosten. Diese Nebenkosten sind für den grundsätzlichen Betrieb der Liegenschaft notwendig, weshalb jede Einheit unabhängig von ihrer Grösse nicht nur davon abhängig ist, sondern auch meistens gleichermaßen davon profitiert.

.....

²⁹ CHRISTIAN EICHENBERGER, Der Flächenbegriff im Mietrecht, in: MietRecht Aktuell, 3/13, S. 3.

In Bezug auf reine Wohnmietverhältnisse wird beispielsweise eine Verteilung der neutralen Nebenkosten – die eben in keinem direkten Zusammenhang mit der Grösse des Mietobjektes stehen wie Hauswartung, Treppenhausreinigung, Gartenpflege, Allgemeinstrom, Liftkosten etc. – nach Anzahl der Wohnungen befürwortet³⁰.

Auch hier kann sich aber je nach Nutzung der Liegenschaft ein anderer Verteilschlüssel anbieten, der sachgerechter ist. Dies ist beispielsweise in einer (gemischten) Liegenschaft mit Wohnungen und Gewerbe der Fall, in welcher das Gewerbe eine massiv höhere Verschmutzung des Treppenhauses verursacht. Hier wäre eine Verteilung der Hauswartkosten nach Anzahl der Objekte wohl nicht angemessen und es drängt sich in diesem Falle beispielsweise eine Festlegung von Wertquoten für die Verteilung auf, welche diesen besonderen Umständen Rechnung trägt (hierzu sogleich).

4.3 Verteilung nach Kubikmetern

Auch die Raumkubatur kann eine mögliche Art der Verteilung von Nebenkosten sein. Bei der Verteilung nach Kubikmetern (m^3) werden die Nebenkosten entsprechend den auf die einzelnen Einheiten/Objekte entfallenden Kubaturen verteilt. Beispielsweise kann eine Verteilung der Heizkosten nach der Kubatur Sinn machen, wenn die Räume der Mietobjekte unterschiedliche Höhen aufweisen³¹. Eine Verteilung nach Kubikmetern wird regelmässig dann zu sachgerechten Lösungen führen, wenn es sich um die Verteilung von Heizkosten von Geschäftsraummiets handelt, die nicht selten unterschiedliche Raumhöhen aufweisen können. Im Allgemeinen kann eine Verteilung nach Kubikmetern (m^3) ähnlich wie eine Verteilung nach Quadratmetern (m^2) bei der Verteilung von verbrauchsabhängigen Kosten zu sachgerechten Lösungen führen, sofern es sich wiederum um reine Wohnmietverhältnisse handelt. Bei Geschäftsraummiets bzw. gemischten Liegenschaften gilt es auch bei der Verteilung der Nebenkosten nach Kubikmetern ein Augenmass auf die unterschiedlichen Nutzungen zu legen. Allenfalls drängen sich ergänzend die Festlegung von Wertquoten auf.

Des Weiteren kann eine Aufteilung nach Kubikmetern auch bei der Verteilung der Nebenkosten für die Belüftung oder Klimatisierung einer Liegenschaft interessant sein. Damit lässt sich in der Praxis wohl die genaueste Verteilung erreichen, sofern natürlich sämtliche Einheiten/Objekte einer Liegenschaft von einer zentralen Belüftung oder Klimatisierung gespiesen werden.

.....
³⁰ SVIT-KOMMENTAR, N 26d zu Art. 257-257b OR.

³¹ WYTENBACH, a.a.O., N 6.110 f.

Bei reinen Wohnmietverhältnissen wird sich eine Verteilung nach Kubikmetern indes weniger aufdrängen, zumal die Raumhöhen in der Regel dieselben sind und damit der Verteilung nach Flächen wohl aus reinen Praktikabilitätsgründen der Vorzug zu geben ist.

4.4 Verteilung nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten

Eine weitere Verteilschlüsselart ist die Aufteilung der Nebenkosten nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten. Dabei werden den einzelnen Einheiten in einer Liegenschaft entweder effektiv bestehende oder hypothetische Wertquoten zugeordnet. Ein derartiger Verteilschlüssel ist in der Regel dann sachgerecht und entspricht am ehesten den effektiven Aufwendungen (Art. 257b Abs. 1 OR), wenn sich der individuelle Verbrauch nicht mit einem Zähler ermitteln lässt, die Anwendung anderer Verteilschlüssel (Fläche, Einheit etc.) aber aufgrund einer unterschiedlichen Nutzung zu unsachgerechten Lösungen führt. Die Verteilung nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten stellt ein ähnliches Modell wie die Verteilung nach Flächen dar. Im Gegensatz zur Verteilung nach Flächen lässt sie dem Vermieter indes einen grösseren Spielraum. Mit einer Verteilung nach Wertquoten kann ein Vermieter den gegebenen Verhältnissen angemessen Rechnung tragen, was beispielsweise dann der Fall sein wird, wenn sich in der Liegenschaft gemischte Mietverhältnisse vorfinden (Wohn- und Geschäftsräume). Einer solch unterschiedlichen Nutzung kann der Vermieter mit der reinen Verteilung nach Flächen oder nach Anzahl Einheiten bzw. Objekten im Einzelfall nicht genügend nachkommen. In einem solchen Fall hat er nach seinem Ermessen Wertquoten festzulegen, die der unterschiedlichen Nutzung angemessen Rechnung tragen und einer möglichst genauen Verteilung der tatsächlichen Aufwendungen bzw. Kosten pro Mietobjekt entsprechen. Bei der Festlegung der Wertquoten ist der Vermieter ebenfalls frei, der Mieter muss die festgelegten Wertquoten hinnehmen, wenn sie auf sachlichen Kriterien beruhen und im Ergebnis angemessen und verhältnismässig sind. Es empfiehlt sich daher für den Vermieter, bei der erstmaligen Festlegung eines Verteilschlüssels nach Wertquoten genau festzuhalten, nach welchen Kriterien und Gegebenheiten er den Verteilschlüssel zusammengestellt hat.

5. Wahl des richtigen Verteilschlüssels

5.1 Liegenschaften mit reinen Wohnmietverhältnissen

Befinden sich in einer vermieteten Liegenschaft ausschliesslich Wohnungen, so empfiehlt sich in der Praxis je nach Art der Nebenkosten im Wesentlichen die Anwendung nachfolgender Verteilschlüssel (a-d):

a) Verteilung nach Flächen (m^2)

Die Verteilung der verbrauchsabhängigen Kosten nach Flächen führt bei reinen Wohnmietverhältnissen in der Regel zur korrektesten Aufteilung der Nebenkosten auf die einzelnen Mietparteien. Zu den verbrauchsabhängigen Kosten zählen bspw. wie erwähnt Heiz- und Wasserkosten, Wasserzins, Abwasser- und Kehrrichtabfuhrgebühren etc.

b) Verteilung nach Anzahl der Wohnungen

Die neutralen Kosten lassen sich in der Regel am korrektesten mittels gleichmässiger Verteilung auf die Wohneinheiten aufteilen. Dazu zählen bspw. Treppenhausreinigung, Hauswartung, Garten- und Umgebungspflege, Kosten der Schneeräumung, Allgmeinestrom, Liftbetriebskosten, Serviceabonnemente für Waschmaschinen, Tumbler, Lift, Klimatisierung, Alarmanlagen, Gegensprechanlagen etc., Kanalisationsgebühren etc.

c) Verteilung nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten

Mit der Verteilung nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten steht dem Vermieter bei reinen Wohnmietverhältnissen dort ein Korrigendum zur Verfügung, wo sich bspw. durch krass unterschiedlich grosse Wohnungen eine andere Verteilung der neutralen Nebenkosten aufdrängt oder für die verbrauchsabhängigen Nebenkosten keine Zähler vorhanden sind und sich aufgrund der unterschiedlichen Grösse eine andere Verteilung (als nach Flächen) aufdrängt.

d) Verteilung nach Kubikmetern (m^3)

Grundsätzlich ist eine Verteilung der verbrauchsabhängigen Kosten nach Flächen meines Erachtens aus Praktikabilitätsgründen vorzuziehen. Die Verteilung der verbrauchsabhängigen Nebenkosten nach Kubikmetern macht aber zu Recht dann Sinn, wenn sich unterschiedliche Raumhöhen vorfinden³², was selbstredend auch in Liegenschaften mit reinen Wohnmietverhältnissen gilt. In diesem Falle ist eine Verteilung nach Kubikmetern auch einer Verteilung nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten vorzuziehen.

Des Weiteren ist eine Verteilung der Nebenkosten für eine Belüftung oder Klimaanlage auch bei reinen Wohnmietverhältnissen meines Erachtens am sachgerechtesten mittels einer Aufteilung nach Kubikmetern gelöst.

5.2 Liegenschaften mit reinen Geschäftsraummietverhältnissen**a) Verteilung nach Flächen (m^2)**

.....
³² WYTENBACH, a.a.O, N 6.110 f.

Wie bei reinen Wohnmietverhältnissen lassen sich auch bei reinen Geschäftsraummietverhältnissen grundsätzlich die verbrauchsabhängigen Kosten am sachgerechtesten mittels einer Verteilung nach Flächen aufteilen. Weisen die einzelnen Einheiten in einer Liegenschaft indes verschiedene Raumhöhen auf, so ist eine Verteilung nach Kubikmetern zu bevorzugen.

Sobald sich die in der gleichen Liegenschaft eingemieteten Gewerbe erheblich voneinander unterscheiden (z.B. reine Lagerhalle gegenüber einem verbraucherintensiven Handwerkerbetrieb), so ist diesem Umstand mit der Festlegung von effektiven oder hypothetischen Wertquoten Rechnung zu tragen.

b) Verteilung nach Anzahl der Einheiten

Die neutralen Kosten lassen sich auch bei reinen Geschäftsraummietverhältnissen grundsätzlich nach Anzahl der Einheiten/Objekte verteilen. Auch hier gilt jedoch wiederum den unterschiedlichen Intensitäten der sich in derselben Liegenschaft befindlichen Gewerbe Rechnung zu tragen, indem mit effektiven oder hypothetischen Wertquoten im Einzelfall korrigierend eingegriffen wird (hierzu sogleich).

c) Verteilung nach effektiven oder hypothetischen Wertquoten

Immer dann, wenn sich in einer Liegenschaft reine Geschäftsraummietverhältnisse befinden, ist es angezeigt, dass der Vermieter eine Überprüfung des Verteilschlüssels vornimmt. Grundsätzlich können die neutralen Nebenkosten nach Anzahl Einheiten/Objekte und die verbrauchsabhängigen Nebenkosten nach Flächen bzw. bei unterschiedlichen Raumhöhen nach Kubikmetern verteilt werden. Werden die einzelnen Objekte indes an Mieter mit unterschiedlich intensiver Nutzung vermietet, so muss der Vermieter diesem Umstand Rechnung tragen, ansonsten er Gefahr läuft, den einen Mietern mehr als die tatsächlichen Aufwendungen zu verrechnen. Der unterschiedlich intensiven Nutzung kann der Vermieter am Einfachsten mit der Verteilung der Nebenkosten mittels effektiver oder hypothetischer Wertquoten begegnen. Dabei berücksichtigt er die approximativen Verbräuche der einzelnen Einheiten und legt so sowohl die neutralen als auch die verbrauchsabhängigen Kosten auf die einzelnen Einheiten um. Damit kann der Vermieter eine Verteilung erzielen, die den besonderen Gegebenheiten in einer Gewerbeliegenschaft wohl am gerechtesten werden dürften.

d) Verteilung nach Kubikmetern (m³)

Eine Verteilung nach Kubikmetern ist insbesondere bei reinen Geschäftsraummietverhältnissen interessant, da sich in Gewerbeliegenschaften oftmals Einheiten mit verschiedenen Raumhöhen vorfinden. Zudem wird eine Verteilung nach Kubikmetern auch bei Gewerbeliegenschaften im Falle der Vertei-

lung der Kosten einer Belüftung bzw. Klimaanlage wohl am ehesten den tatsächlichen Aufwendungen pro Einheit gerecht.

5.3 Liegenschaften mit gemischten Mietverhältnissen

Für Liegenschaften mit gemischten Mietverhältnissen gilt grundsätzlich dasselbe wie für Liegenschaften mit reinen Geschäftsraummieten. Bei gemischten Mietverhältnissen empfiehlt sich folgende Vorgehensweise: Der Vermieter prüft zunächst das gesamte Verhältnis Wohn-/Geschäftsraummiete und nimmt nach diesem Verhältnis eine erste Umlegung der Nebenkosten vor. In einem zweiten Schritt verteilt er die auf die Wohn- bzw. Geschäftsräumeinheiten entfallenden Teile mit den vorweg beschriebenen Verteilschlüsseln. Diese zweistufige Vorgehensweise trägt in der Praxis einerseits wohl den gegebenen Umständen angemessene Rechnung, andererseits kann sie für den Vermieter sehr praktisch sein. Befinden sich beispielsweise neben zahlreichen Wohneinheiten lediglich im Erdgeschoss Geschäftsräumeinheiten, was regelmässig in urbaneren Zonen vorkommen dürfte, dann kann der Vermieter nach einer ersten Aufteilung Wohn-/Geschäftsraummiete insbesondere für die Wohneinheiten die bewährten und praktikablen Verteilschlüssel anwenden und muss nicht das gesamte Objekt mit korrigierenden Wertquoten belegen. Zu guter Letzt hat eine zweistufige Vorgehensweise aber auch den Vorteil, dass man den Mietern aufzeigen kann, dass man Gewerbe bzw. Geschäft und Wohnen bei der Verteilung strikte auseinander hält. Nicht selten dürften sich genau bei gemischten Mietverhältnissen die Mieter der Wohneinheiten benachteiligt fühlen. Mit dieser Vorgehensweise kann der Vermieter einfach aufzeigen, dass er die Trennung von Wohn- und Geschäftsraum bei der Verteilung zu allererst berücksichtigt hat und die Verteilung bleibt dabei auch praktikabel.

6. Spezialfall Art. 7 VMWG

Gemäss Art. 7 Abs. 1 VMWG trägt der Vermieter die Heizungskosten für nicht vermietete Wohn- und Geschäftsräume. Art. 7 Abs. 2 VMWG bestimmt weiter folgendes: Sind keine Geräte zur Erfassung des Wärmeverbrauchs der einzelnen Verbraucher installiert und wurden nicht vermietete Wohn- und Geschäftsräume nachweisbar nur soweit geheizt, als dies zur Verhinderung von Frostschäden notwendig ist, muss der Vermieter nur einen Teil der Heizungskosten übernehmen, die nach dem normalen Verteilungsschlüssel auf Wohn- und Geschäftsräume entfallen. Dieser Teil beträgt in der Regel

- ein Drittel für Zwei- bis Dreifamilienhäuser (lit. a)
- die Hälfte für Vier- bis Achtfamilienhäuser (lit. b)
- zwei Drittel für grössere Gebäude sowie für Büro- und Geschäftshäuser (lit. c)

Damit setzt der Gesetzgeber einen Verteilschlüssel in Bezug auf die Heizungskosten nicht vermieteter Wohn- und Geschäftsräume auf. Es gilt aber zu beachten, dass der vom Gesetzgeber vorgeschlagene Verteilschlüssel «in der Regel» nach der Aufteilung in Art. 7 Abs. 2 lit. a-c zu erfolgen hat, was nichts anderes bedeutet, als dass auch bei den Heizungskosten nicht vermieteter Wohn- und Geschäftsräume der Grundsatz der tatsächlichen Kosten gilt. Führt der vom Gesetzgeber statuierte Verteilschlüssel zu unsachgerechten Ergebnissen, so kann der Mieter meines Erachtens vom Vermieter verlangen, dass er den Verteilschlüssel entsprechend anpasst. Dies selbst dann, wenn sich damit ein von Art. 7 VMWG abweichender Verteilschlüssel ergeben sollte. Der Umstand, dass dieser Verteilschlüssel auf Verordnungsebene statuiert wurde, lässt aber auch darauf schliessen, dass ein Abweichen davon nur zulässig sein darf, wenn der gesetzlich vorgesehene Verteilschlüssel im Einzelfall zu offensichtlich unsachgerechten Ergebnissen führen würde, also mit anderen Worten für den Mieter haltlos wäre. Dies bedeutet wiederum, dass in diesem speziellen Fall, also in Bezug auf die Heizungskosten nicht vermieteter Wohn- und Geschäftsräume, das Ermessen des Vermieters sehr stark eingeschränkt ist. Er darf und muss meines Erachtens effektiv nur noch prüfen, ob sich durch die strikte Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. a-c VMWG für die Mieter haltlose Aufteilungen ergeben.

Das Beispiel von Art. 7 VMWG zeigt, dass normierte Verteilschlüssel zwar eine gewisse Rechtssicherheit schaffen können, in der breiten Praxis indes aufgrund der extrem unterschiedlich anzutreffenden Konstellationen von Mietverhältnissen wohl nie zur gewünschten Gerechtigkeit im Sinne des Verteilens der tatsächlichen Kosten führen werden. Auch im Falle normierter Verteilschlüssel müsste nach wie vor eine Überprüfung der Angemessenheit und Verhältnismässigkeit erfolgen und da und dort korrigierend eingegriffen werden.

7. Zweitwohnungen

Befinden sich in einer Liegenschaft Zweitwohnungen, so stellt sich die Frage, ob die Mieter einer Zweitwohnung im selben Umfang belastet werden können, wie Mieter die ihre Wohnung das ganze Jahr über bewohnen. Grundsätzlich gilt analog der Regelung, dass der Vermieter auch die leer stehenden Mietobjekte (Wohn- und Geschäftsräume) anteilmässig nach dem von ihm gewählten Verteilschlüssel belasten muss, auch für Zweitwohnungen, dass die Mieter die Nebenkosten im Zusammenhang mit ihrer Zweitwohnung – ob bewohnt oder nicht – vollumfänglich bezahlen müssen. Die Abwesenheit des

Mieters führt folglich nicht zu einer Änderung der Nebenkostenabrechnung³³. Es ist unzulässig, die Nebenkosten leer stehender Objekte auf die verbleibenden Mieter zu verteilen³⁴. Vorwiegend nicht bewohnte Zweitwohnungen haben also grundsätzlich sämtliche Nebenkosten wie eine bewohnte Wohnung zu bezahlen.

Teilt der Mieter aber den Leerstand vorgängig dem Vermieter mit und ist dieser ausgewiesen, so kann der Vermieter die reduzierte Beheizung berücksichtigen. Wird der Nachweis vom Mieter erbracht, dass die Wohnung leer steht, so kann auch kein Kostenanteil für die Warmwasseraufbereitung verrechnet werden³⁵. Meines Erachtens wäre es in solchen Fällen sogar sachgerecht, wenn man Zweitwohnungen in Analogie zu Art. 7 VMWG in Bezug auf die Heizkosten gleich behandelt. Dies würde bedeuten, dass im Falle fehlender Wärmeverbrauchsgeräte und mit Nachweis, dass die Wohnung nur zur Vermeidung von Frostschäden beheizt wird, der Zweitwohnungsmieter nur einen Anteil der entsprechenden Kosten zu übernehmen hat und die Verteilschlüssel von Art. 7 Abs. 2 VMWG zur Anwendung gelangen könnten. Es bleibt jedoch anzumerken, dass der Nachweis, dass die Wohnung nur zur Vermeidung von Frostschäden beheizt wird, in der Praxis regelmässig schwierig zu erbringen sein dürfte.

8. Das Ermessen des Vermieters und seine Grenzen

Die soeben erläuterten Arten von möglichen Verteilschlüsseln (Fläche, Objekt, Wertquote, Kubikmeter) sind nicht abschliessend. Möglich wäre beispielsweise auch eine Verteilung nach der Anzahl der in den Objekten wohnenden Personen oder Weiteres. Bei der Wahl des Verteilschlüssels ist der Vermieter also grundsätzlich – mit Ausnahme von Art. 7 Abs. 2 VMWG – frei. Tatsächlich wird er bei seiner Wahl indes stark durch die Kriterien der möglichst sachgerechten und fairen Verteilung auf alle Mietparteien eingeschränkt. Er hat eine auf sachlichen Gründen basierende und möglichst gerechte Verteilung der Nebenkosten vorzunehmen. Wobei er gehalten ist, den gegebenen Nutzungen angemessen Rechnung zu tragen. Dies erlangt er meist – wenn eine Verteilung nach Flächen/Kubikmetern oder nach Objekt nicht sachgerecht erscheint – durch die Festlegung von Wertquoten. In einem zweiten Schritt hat der Vermieter dann zu prüfen, ob die resultierende Aufteilung der Nebenkosten dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht.

.....
³³ WYTENBACH, a.a.O., N 6.93; OBERLE, a.a.O., S. 125.

³⁴ WYTENBACH, a.a.O., N 6.92; OBERLE, a.a.O., S. 58.

³⁵ WYTENBACH, a.a.O., N 6.93; OBERLE, a.a.O., S. 125.

Es muss aber festgehalten werden, dass vom Vermieter nicht verlangt werden kann, dass er eine absolute und den effektiven Kosten entsprechende Aufteilung vornimmt. Es ist völlig zutreffend, dass es bei der Verteilung keine «Rappen-Gerechtigkeit» gibt³⁶. Eine solche ist zwar anzustreben, in ihrer Absolutheit aber unzumutbar und nicht praktikabel. Insofern muss der Mieter einen allenfalls nicht ganz gerechten, aber vom Vermieter nach sachlichen und dem Objekt angemessenen Kriterien festgelegten Verteilschlüssel akzeptieren.

Abzuraten ist dem Vermieter beispielsweise von einer Verteilung der Nebenkosten nach Anzahl der in einem Mietobjekt wohnenden Personen. Bei einer solchen Verteilung wäre laufend eine Anpassung vorzunehmen, wenn sich die Personenzahl in der Wohnung ändert. Eine Anpassung des Verteilschlüssels müsste dann dem mehr belasteten Mieter wie eine Mietzinserhöhung angezeigt werden und unterstünde der Formularpflicht, wobei eine Erhöhung der Kosten um 10% bereits als erheblich gilt³⁷. Hierbei würde dem Vermieter ein unverhältnismässig hoher Verwaltungsaufwand entstehen, denn der Vermieter hat grundsätzlich jede Änderung der Nebenkostenabrede unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 269d Abs. 3 und 270b Abs. 2 OR über einseitige Vertragsänderungen vorzunehmen. Dies bedeutet, dass er auch bei einer Änderung des Verteilschlüssels während laufendem Mietverhältnis dem Mieter unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist auf den nächstmöglichen Kündigungstermin und unter Beachtung der gesetzlichen Frist von zehn Tagen auf dem amtlich genehmigten Formular eine entsprechende Änderung des Verteilschlüssels anzeigen muss³⁸. Dies natürlich nur dann, wenn die Änderung für den Mieter nachteilig ist. Der Mieter seinerseits hat dann die Möglichkeit, falls sich der Mietzins durch die Änderung des Verteilschlüssels erhöht, die dadurch bedingte Mietzinserhöhung innert 30 Tagen anzufechten. Gelangt der Mieter allgemein und unabhängig von einer durch den Vermieter initiierten Änderung zur Auffassung, dass der vom Vermieter gewählte Verteilschlüssel nicht sachgerecht ist und ihn über Gebühr belastet, so kann der Mieter jederzeit ein Herabsetzungsbegehren nach den Regeln des Art. 270a OR stellen.

Die Freiheit des Vermieters in der Wahl des Verteilschlüssels erfährt eine erste Schranke darin, dass der Vermieter nur die tatsächlichen Aufwendungen für Nebenkosten an den Mieter weiter verrechnen darf (Art. 257b Abs. 1 OR). Da es in der Praxis keine «Rappen-Gerechtigkeit» gibt, steht bei der Wahl des

.....
³⁶ SVIT-KOMMENTAR, N 26b zu Art. 257-257b OR.

³⁷ OBERLE, a.a.O., S. 117 f.

³⁸ OBERLE, a.a.O., S. 118 ; BÉGUIN, a.a.O., S. 244 f.

Verteilschlüssels im Vordergrund, ob dieser aufgrund sachlicher Kriterien festgelegt worden und verhältnismässig ist. Der Vermieter hat seine Freiheit in der Wahl des Verteilschlüssels dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechend so auszuüben, dass die Mieter damit – unter Berücksichtigung sämtlicher Besonderheiten der Liegenschaft und der unterschiedlichen Nutzungen – eine möglichst gerechte Lösung untereinander vorfinden.

Es muss bedacht werden, dass der Vermieter mit den «Nebenkosten» letztlich Leistungen für den Mieter erbringt. Der Mieter hat diese zu begleichen, hat aber keinen Einfluss darauf, wie diese Leistungen vom Vermieter gestaltet werden. Der Vermieter organisiert für den Mieter quasi alle mit dem Betrieb der Liegenschaft und seiner Wohnung zusammenhängenden Aufwendungen (Hauswart, Lift etc.). In Analogie zum Auftragsrecht hat der Vermieter diese Aufgabe getreu und sorgfältig auszuüben. Dies bedeutet wiederum, dass er in seinem Ermessen in der Wahl des Verteilschlüssels eben soweit frei ist, als die von ihm letztlich getroffene Wahl nach einer sorgfältigen Abwägung der relevanten Faktoren und in guten Treuen erfolgt ist. Auf der anderen Seite setzt die Praktikabilität dem Bedürfnis nach einer möglichst genauen Aufteilung der tatsächlichen Kosten eine Schranke. Für den Vermieter muss der Verteilschlüssel praktikabel bleiben.

III. Fazit

Ist der Verteilschlüssel einmal festgelegt, sind die damit effektiv verteilten Nebenkosten zu prüfen. Diese Prüfung muss ergeben, dass die Verteilung sachgerecht und dem Objekt und dessen Nutzung entsprechend angemessen und verhältnismässig ist.

Haben die Parteien sich im Mietvertrag über den Verteilschlüssel geeinigt, was in der Praxis zu begrüssen ist, so gilt auch dann der zwingende Grundsatz, dass der Mieter nur die tatsächlichen Kosten zu tragen hat (Art. 257b OR). Stellt sich im Laufe des Mietverhältnisses heraus, dass der Mieter – trotz Vereinbarung – durch den gewählten Verteilschlüssel Kosten zu tragen hätte, die offensichtlich von den tatsächlichen Kosten abweichen, so kann sich der Vermieter nicht auf den vereinbarten Verteilschlüssel berufen. Der Vermieter ist in einem solchen Fall gehalten, den Verteilschlüssel entsprechend anzupassen.

Das Ermessen des Vermieters bei der Wahl des richtigen Verteilschlüssels ist gross. Nur ein unhaltbarer Verteilschlüssel wird vor Gericht nicht standhalten. Mit der Praktikabilität eines Verteilschlüssels in der Praxis kann der Vermieter dem Streben nach einer möglichst genauen Umlegung der tatsächlichen Nebenkosten eine Grenze setzen.

Mit der hier beschriebenen Vorgehensweise (Festlegung des Verteilschlüssels nach Art der Nebenkosten und Berücksichtigung der unterschiedlichen Nutzung innerhalb einer Liegenschaft sowie der nachträglichen Überprüfung auf Angemessen- und Verhältnismässigkeit und einer allfällig folgenden Korrektur mittels Wertquoten) findet der Vermieter in der Regel die gerechteste Lösung für den Mieter. Der Mieter seinerseits muss wissen, dass er in Bezug auf die Festlegung des Verteilschlüssels kein Mitspracherecht hat und gewisse Diskrepanzen hinnehmen muss, sofern sie aus einer sorgfältigen und sachgerechten Vorgehensweise des Vermieters bei der Festlegung des Verteilschlüssels resultieren. Absolute Gerechtigkeit ist nicht möglich. Die Verteilung muss praktikabel bleiben.