

# Nachzahlungspflicht bei zu tief angesetzten Akontozahlungen

Dr. Peter Burkhalter und Dr. Boris Grell sind Rechtsanwälte bei Hodler & Emmenegger in Bern und Zürich ([www.swisslawyersgroup.ch](http://www.swisslawyersgroup.ch))

## Sachverhalt

Die Eheleute A mieteten von August 1997 bis Ende März 2003 eine 5-Zimmerwohnung zu einem Nettomietzins von CHF 2 950.– pro Monat. Für die Nebenkosten wurden mit dem Vermieter monatliche Akontozahlungen von CHF 150.– vereinbart. Über die entstandenen Nebenkosten rechnete die eingesetzte Liegenschaftsverwaltung gegenüber den Mietern jährlich ab. Dabei beliefen sich die effektiven Nebenkosten auf mehr als das Doppelte (rund 210–260%) der geleisteten Akontozahlungen. Die Mieter bezahlten immer die betreffenden Nebenkostenrechnungen, verlangten jedoch vom Vermieter am Ende des Mietverhältnisses die Rückzahlung desjenigen Betrags, der 20% ihrer während des Mietverhältnisses geleisteten Akontozahlungen überstieg.

Die Mieter kritisierten die einzelnen Nebenkostenabrechnungen jeweils nicht, machten jedoch bei der Klageeinleitung geltend, sie hätten sich nach Treu und Glauben darauf verlassen dürfen, dass die vertragsgemäss geleisteten Akontozahlungen den tatsächlich anfallenden Nebenkosten ungefähr entsprechen würden.

Das erstinstanzliche Gericht und die Appellationsinstanz wiesen die Forderungsklage der Mieter ab. Daraufhin gelangten die Mieter mit eidgenössischer Berufung ans Bundesgericht.

## Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht\* entschied zunächst, dass die von den Mietern geltend gemachten Rückforderungsansprüche bis März 2002 verjährt seien und trat diesbezüglich auf die Klage nicht ein.

Im Übrigen trat das Bundesgericht auf die Klage ein und erinnerte zu Beginn daran, dass Nebenkosten nach Art. 257a OR dem Mieter nur dann gesondert belastet werden dürfen, wenn die Parteien dies ausdrücklich so vertraglich geregelt haben. Wird dafür keine Pauschale vereinbart, muss der Vermieter nach Art. 4 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen mindestens einmal jährlich eine entsprechende Abrechnung erstellen und diese dem Mieter vorlegen.

In welchem Verhältnis die vereinbarten Akontozahlungen zu den tatsächlich anfallenden Nebenkosten (höchstens) stehen dürfen, ist hingegen gesetzlich nicht geregelt und unterliegt nach Ansicht des Bundesgerichts daher der Vertragsfreiheit. Danach dürfen die Vertragsparteien im Rahmen der allgemeinen Regeln des Obligationenrechts den Inhalt des Vertrags grundsätzlich frei nach ihrem eigenen Gutdünken regeln. Sie müssen sich nach dem Vertrauensprinzip aber auch darauf behaften lassen, wie die Vertragsgegenseite den Wortlaut und Inhalt der Vereinbarung in guten Treuen verstehen durfte. Daher war für das Bundesgericht im besprochenen Fall die Frage zentral, wie der im Rahmen des Mietvertrags verwendete Begriff der «Akontozahlung» von den Parteien verstanden werden durfte und musste.

Dazu führte das Bundesgericht vorab aus, dass bereits der Begriff der «Akontozahlung» auf eine bloss vorläufige Zahlung hindeute, und somit nach Treu und Glauben diese Akontozahlungen an die jährlich aufgelaufenen, vom Mieter aus Vertrag geschuldeten Nebenkosten (bloss) anzurechnen seien. Nicht gelten liess das Bundesgericht das Argument, dass der Mieter aufgrund der Höhe

der geleisteten Akontozahlungen erwarten dürfe, dass diese Zahlungen zur Tilgung der Nebenkosten ausreichten. Denn der Gesamtbetrag sei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unbekannt, könne von einer Abrechnungsperiode zur nächsten variieren und sei zudem vom unterschiedlichen Verbraucherverhalten abhängig. Diese auch dem Mieter erkennbaren Unsicherheiten können gemäss Bundesgericht ohne eine besondere Zusicherung des Vermieters nicht bewirken, dass der Mieter den übersteigenden Betrag nicht oder nicht in vollem Umfang tragen muss. Das Bundesgericht verneinte auch die analoge Anwendung der werkvertraglichen Bestimmung, wonach man auf einen bei Vertragsabschluss verabredeten, ungefähren Kostenansatz behaftet werden kann. Denn nach Ansicht des Bundesgerichts stellt die vertraglich verabredete Höhe von Akontozahlungen wegen der bestehenden Unsicherheiten keine solche werkvertragliche Zusicherung dar. Im Weiteren verneinte das Bundesgericht vorvertragliche Aufklärungspflichten des Vermieters, wonach er im Rahmen der Vertragsverhandlungen von sich aus darauf hinzuweisen hätte, dass er nur für einen Teil der mutmasslich anfallenden, jährlichen Nebenkosten monatliche Anzahlungen verlangen werde. Ebenso verwarf das Bundesgericht den Vorwurf der klägerischen Mieter, dass die Mieter über den effektiven Preis der Wohnung irreführt worden seien im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

## Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Das Bundesgericht hat in begrüssenswert deutlicher Weise die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage der Nebenkostenabrech-

ANZEIGE



[www.immoclick.ch](http://www.immoclick.ch)

[immoclick.ch](http://immoclick.ch)®

Setzen Sie auf Erfolg - Setzen Sie auf uns!

nung und über die bisher dazu greifbare, uneinheitliche kantonale Rechtsprechung entschieden: Wird mit dem Vermieter keine Pauschale vereinbart oder gibt der Vermieter keine besonderen Zusicherungen über die Höhe der Nebenkosten ab, muss der Mieter die tatsächlich entstandenen, die geleisteten Akontozahlungen übersteigenden Beträge bezahlen. Dabei ist besonders beachtenswert, dass es nach Ansicht des Bun-

desgerichts keine Rolle spielt, in welchem Umfang die vorab geleisteten Akontozahlungen überschritten wurden. Denn es stehe den Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsfreiheit offen, auch (zu) tief bemessene Akontozahlungen zu vereinbaren. Ferner seien dem Mieter die wesensgemäss bestehenden Unsicherheiten in Zusammenhang mit den einzelnen Nebenkostenfaktoren erkennbar und ihm zuzumuten, sich bei Zwei-

feldern über die effektive Höhe der geschuldeten Nebenkosten beim Vermieter zu vergewissern.

\* Das hier auszugsweise besprochene Urteil des Bundesgerichts ist für die Aufnahme in die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide vorgesehen. Der Entscheid kann unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch) mit dem Vermerk „4C.177.2005“ heruntergeladen werden.

Schiedsgericht der Schweizer Immobilienwirtschaft

## Einjähriges Jubiläum



Vor einem Jahr hat der SVIT Schweiz das Schiedsgericht der Schweizer Immobilienwirtschaft gegründet und die Schiedsgerichtsordnung der Schweizer Immobilienwirtschaft («SVIT-SGO») in Kraft gesetzt. Das einjährige Bestehen des auf Immobilienstreitigkeiten spezialisierten Schiedsgerichts ist Anlass, das bisher Geschehene zusammenzufassen, oft gestellte Fragen in Zusammenhang mit diesem für die Immobilienbranche neuartigen Rechtsinstitut zu beantworten und einen Ausblick auf die kommenden Ziele des Schiedsgerichts zu wagen.

### Gute Aufnahme des SVIT-Schiedsgerichts

Der SVIT Schweiz nahm die Lancierung des Schiedsgerichts der Schweizer Immobilienwirtschaft zum Anlass, eine beim Schulthess-Verlag vertriebene Fachpublikation zu veröffentlichen, welche dieses für die Immobilienbranche noch nicht sehr bekannte Rechtsinstitut der Schiedsgerichtsbarkeit im Detail vorstellt. Zudem wurde in der Presse die Gründung des Schiedsgerichts der Schweizer Immobilienwirtschaft positiv aufgenommen und fand Eingang in mehrere Zeitungsartikel und Fachzeitschriften (NZZ, Le Temps, helvetissimo, im Druck: Association Suisse de l'arbitrage ASA). Zudem wird das Schiedsgericht immer wieder von interessierten Kreisen kontaktiert und um Rat in Zusammenhang mit einer spezifischen Streitigkeit angefragt. Im Weiteren stellten sich seit der Lancierung zahlreiche namhafte, auf immobilienrechtliche Streitigkeiten spezialisierte Experten dem Schiedsgericht als Schiedsrichter und Anwälte zur Verfügung. Diese offene Liste, die nunmehr bereits 75 Experten umfasst, findet sich auf der Website des Schiedsgerichts der Immobilienwirtschaft ([www.svit-schiedsgericht.ch](http://www.svit-schiedsgericht.ch)). Gerne

hilft das Schiedsgericht rechtssuchenden Parteien bei der Auswahl des Schiedsrichters weiter, indem es die Parteien je nach Lagerung des in Frage stehenden Streitgegenstands mit den entsprechenden rechtskundigen Personen in Verbindung bringt und Vorabklärungen zu einer allfälligen Verfahrenseinleitung trifft.

Wie dem Schiedsgericht bekannt ist, gedenken gegenwärtig auch verschiedene Immobiliendienstleister, in ihren Standardverträgen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts der Schweizer Immobilienwirtschaft vorzusehen und von den Vorteilen der schiedsrichterlichen Streiterledigung zu profitieren. Dazu bietet das Schiedsgericht neben der Immobilien-Fachkunde der Schiedsrichter und der unerlässlichen Diskretion vor allem ein speditives, von wenigen Formalismen geprägtes Verfahren an, das von den Parteien aktiv mitgestaltet werden kann. So können Verhandlungen nicht nur am Sitz des Schiedsgerichts, sondern auch an anderen Orten, beispielsweise in einem Flughafengebäude oder in einem Hotel, und ausserhalb der regulären Geschäftsöffnungszeiten stattfinden.

### Oft gestellte Fragen und erste Antworten

Seit gut einem Jahr können sämtliche nationalen und internationalen Marktteilnehmer der Schweizer Immobilienwirtschaft die Dienste des Schiedsgerichts in Anspruch nehmen. Um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu ermöglichen, ist einzig der Abschluss eines separaten Schiedsvertrags oder die Aufnahme einer Schiedsklausel in einen bestehenden Vertrag nötig. Auf der oben bereits genannten Website des Schiedsgerichts der Schweizer Immobilienwirtschaft findet sich eine entsprechende Schiedsklausel, die wortwörtlich z. B. in einen Maklervertrag aufgenommen werden kann. So kann die Zuständigkeit des Schiedsgerichts der Schweizer Immobilienwirtschaft vor, aber auch erst nach Ausbruch einer Streitigkeit vereinbart werden. Zudem kann das Schiedsgericht eine Streitigkeit mit Immobilienbezug auch dann entscheiden, wenn nur eine oder sogar keine der Streitparteien SVIT-Mitglied ist. Einschränkend ist immerhin zu erwähnen, dass das Schiedsgericht nicht mehr für zuständig erklärt werden kann, wenn die Streitigkeit bereits vor einem staatlichen Gericht rechtshängig ist. Daher empfiehlt es sich, sich im Vorfeld der gerichtlichen Klageeinleitung darüber klar zu werden, ob die Auseinandersetzung vor den staatlichen, von Formalismen (Amtsprache, Gerichtsferien, Fristenpolitik, etc.) geprägten Gerichtsinstanzen mit mindestens zwei Appellationsinstanzen oder vor dem Schiedsgericht ausgetragen werden soll. Diese Weichenstellung ist umso zentraler, als die Urteile des Schiedsgerichts