2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/Droit des obligations – en général

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.3. Miete, Pacht/Bail à loyer, bail à ferme

BGer 4A_451/2017: Die «besondere Vereinbarung» bezüglich Nebenkosten

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_451/2017 vom 22. Februar 2018, *Pensionskasse A.* gegen *B.B. und C.B.*, Mietvertrag, Nebenkostenabrechnung, ungerechtfertigte Bereicherung.



Markus Vischer*

Die «besondere Vereinbarung» im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR kann sich aufgrund eines tatsächlichen oder normativen Konsenses ergeben. Nicht auf Grundlage einer solchen besonderen Vereinbarung bezahlte Nebenkosten können bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden, auch wenn der Mieter hätte wissen müssen, dass die Vereinbarung nicht existiert.

I. Sachverhalt und Rechtsweg

Die Ehegatten B.B. (Mieter 1) und C.B. (Mieter 2, Mieter 1 und 2 gemeinsam nachfolgend: Mieter) schlossen im März 1998 mit der Pensionskasse D., nunmehr firmierend als Pensionskasse A., als Vermieterin einen schriftlichen Mietvertrag über eine 4,5-Zimmerwohnung im Parterre der Liegenschaft Strasse X. in U. Im Mietvertrag wurden neben dem Mietzins weitere Zahlungen vorgesehen, namentlich CHF 80 für «HK-Akonto», CHF 145 für «BK-Akonto» und CHF 25 als «Warmwasserpauschale». Nebst den Mietvertragsbestimmungen von 1994 und der Hausordnung wurde unter dem Titel «besondere Vereinbarung» die Vereinbarung vom 17. Februar 1998 betreffend Wohnungswechsel im Hause als Bestandteil des Vertrags erklärt. Hintergrund dieser besonderen Vereinbarung war, dass die Mieter bereits zuvor in einer der Vermieterin gehörenden Wohnung in derselben Liegenschaft wohnten. Im früheren Mietverhältnis, das zwischen der F. AG als Verwalterin/Vermieterin und den Mietern bestanden hatte, kam es zu einem Streit u.a. über eine Betriebskostenausscheidung, welcher am 30. September 1997 vor dem Mietgericht Dielsdorf mit einem Teilvergleich beigelegt wurde.

Nach dem Auszug der Mieter aus der im März 1998 gemieteten Wohnung im Jahre 2015 verlangten die Mieter die seit 2005 bezahlten Betriebskosten von der Vermieterin. Die Salden der Betriebskostenabrechnung hatten die Mieter bis zur Periode 2012/2013 jeweils bezahlt, auch wenn sie bezüglich Betriebskostenabrechnung für die Periode 2012/2013 erklärt hatten, mit den aufgeführten Betriebskosten nicht einverstanden zu sein. Die Salden der Betriebskostenabrechnungen 2013/2014 und 2014/2015 bezahlten die Mieter nicht mehr. Die Vermieterin verlangte demgegenüber die Bezahlung dieser offenen Salden.

Nach erfolglosem Schlichtungsverfahren begehrten die Mieter mit Klage vom 6. Oktober 2015 beim Mietgericht Dielsdorf, die Vermieterin sei zur Zahlung von CHF 21'519, später erhöht auf CHF 21'832.85, nebst Zins zu verpflichten. Die Beklagte erhob Widerklage, in der sie von der Klägerin CHF 1'356.50 nebst Zins verlangte. Das Mietgericht wies beide Klagen ab. Das Obergericht des Kantons Zürich hiess die Berufung der Mieter mit Urteil vom 7. Juli 2017 gut und verpflichtete die Vermieterin, den Mietern CHF 21'832.85 nebst Zins zu zahlen. Die Anschlussberufung der Vermieterin wies das Obergericht ab.

Mit Berufung in Zivilsachen beantragte die Vermieterin im Wesentlichen, das angefochtene Urteil sei kostenfällig aufzuheben, die Klage sei abzuweisen und die Mieter seien zur Zahlung von CHF 1'356.50 nebst Zins an sie zu verpflichten.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hielt fest, dass unbestritten sei, dass der Text des Mietvertrags vom März 1998 die Anforderungen an eine gültige Nebenkostenvereinbarung nicht erfülle. Es hielt weiter fest, dass beide Vorinstanzen es verneint hätten, dass sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend verstanden hätten, wie die Vermieterin behauptet habe. Entsprechend hätten beide Vorinstanzen die Widerklage abgewiesen. Den Rückforderungsanspruch hätten die Vorinstanzen dagegen unterschiedlich beurteilt. Die Erstinstanz hätte keinen Irrtum über die Schuldpflicht i.S.v. Art. 63 Abs. 1 OR gesehen, während die Vorinstanz einen solchen bejaht habe. Da Letztere zudem das Verhalten der Mieter nicht als rechtsmissbräuchlich erachtete, habe sie deren Klage gutgeheissen (E. 3).

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens, und damit das Bestehen eines natürlichen Konsenses, auf einer Beweiswürdigung beruhe, die vorbehältlich Art. 97 und Art. 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen sei (E. 4.3.1).

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

In der Folge führte das Bundesgericht aus, dass die Vorinstanzen der Vermieterin weder das rechtliche Gehör verweigert hätten noch dass ihre Beweiswürdigung willkürlich sei. Insbesondere sei die Ansicht der Vorinstanz, dass die Betriebskosten gemäss dem früheren Mietvertrag, welche mit dem Teilvergleich vom 30. September 1997 mindestens teilweise geklärt worden seien, und die Betriebskosten gemäss dem Mietvertrag vom März 1998 nicht notwendigerweise identisch seien, nicht unhaltbar, zumal der Akontobetrag im Teilvergleich vom 30. September 1997 um ca. 15 % höher war als im rund fünf Monate später geschlossenen Mietvertrag vom März 1998. Ausserdem seien beim Teilvergleich weder die Vermieterschaft noch die Immobilienverwaltung dieselben gewesen wie beim Mietvertrag vom März 1998. Der beweiswürdigende Schluss der Vorinstanz, wonach nicht erstellt sei, dass die Mieter bei Abschluss des Mietvertrags vom März 1998 über sicheres Wissen verfügten, welche Betriebskosten in diesem Vertragsverhältnis separat abzurechnen seien, erscheine deshalb als nicht willkürlich. Dass die Regelung im Text des Mietvertrags ungenügend sei, sei wie ausgeführt unbestritten. Ohne eine besondere Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 1 OR seien die Betriebskosten im Mietzins enthalten und die Mieter würden sie nicht zusätzlich schulden. Die Widerklage, die darauf basiere, dass eine besondere Vereinbarung nach Art. 257a Abs. 2 OR bestehe, sei von den Vorinstanzen deshalb zu Recht abgewiesen worden (E. 4.3.2–4.3.5).

Fehle es bezüglich Betriebskosten an einer besonderen Vereinbarung nach Art. 257a Abs. 2 OR, seien die Betriebskosten Teil des Mietzinses. Die Mieter hätten eine Nichtschuld bezahlt, indem sie gleichwohl Akontobeträge für diese Betriebskosten sowie Nachzahlungen nach Abrechnung der Nebenkosten gezahlt hätten. Dass sich hier die Rückabwicklung dieser Leistungen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung richte, sei von keiner Seite in Frage gestellt, weshalb es damit sein Bewenden habe. Strittig sei einzig, ob sich die Mieter bei der Erfüllung dieser Nichtschuld in einem Irrtum befunden hätten und ob es rechtsmissbräuchlich sei, wenn sie nunmehr eine Erstattung der geleisteten Beträge fordern würden (E. 5).

Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahle, könne das Geleistete nur zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden habe (Art. 63 Abs. 1 OR). Der Irrtum, aus dem eine Nichtschuld bezahlt werde, brauche nicht entschuldbar zu sein; vielmehr berechtige jede Art, Rechtsirrtum oder Tatirrtum, entschuldbarer oder unentschuldbarer Irrtum, zur Rückforderung. Bei der Prüfung, ob ein solcher Irrtum vorliege, sei kein allzu strenger Massstab anzulegen. Wissenmüssen sei nicht dasselbe wie effektiv wissen. Hätten die Mieter gewusst, dass die Betriebskosten mangels Konsenses nicht geschuldet seien und hätten sie dennoch geleistet, so würden sie sich nicht irren, was eine Rückforderung nach Art. 63 Abs. 1 OR ausschliesse. Hätten sie aber «bloss» wissen müssen, dass sie die Betriebskosten wegen des fehlenden Konsenses nicht schulden, hätten sie dies aber effektiv nicht gewusst, so möge ihr Irrtum zwar fahrlässig und unentschuldbar sein; eine Rückforderung werde aber dadurch nicht ausgeschlossen. Die Vorinstanz habe diesbezüglich auf das Wissen der Mieter um Art. 257a Abs. 2 OR und dessen Tragweite abgestellt. Das aber sei insofern verkürzt, als es um das Wissen (resp. den Irrtum) der Mieter um den fehlenden Konsens bezüglich der separat abzurechnenden Betriebskosten (und damit um das Bestehen einer Nichtschuld) gehe. Die Konsensfrage wiederum würde von den Voraussetzungen einer besonderen Vereinbarung gemäss Art. 257a Abs. 2 OR abhängen. Hätten die Mieter gewusst, dass eine besondere Vereinbarung erforderlich sei, eine solche aber gerade nicht bestehe, und hätten sie trotzdem geleistet, hätten sie irrtumsfrei eine Nichtschuld beglichen. Das Argument der Vermieterin, ein Irrtum liege nicht vor, weil die Mieter gewusst hätten, welche Betriebskosten separat abgerechnet werden, überzeuge nicht. Sofern die Mieter bei Vertragsabschluss wissen würden, welches die einzelnen Betriebskosten seien, die separat abgerechnet würden (und sie damit einverstanden seien), liege eine besondere Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR vor und die entsprechenden Betriebskosten seien geschuldet. Eine Rückforderung gestützt auf Art. 63 OR falle dann bereits deshalb ausser Betracht, weil eine Schuld erfüllt werde. Diese Situation liege aber hier nicht vor. Würden Mieter erst im Laufe des Mietverhältnisses erfahren bzw. erkennen, welche Betriebskosten die Vermieterin separat abrechne, genüge dies zum Ausschluss des Irrtums nach Art. 63 Abs. 1 OR noch nicht, wenn bei Vertragsschluss eine besondere Vereinbarung bezüglich der Tragung der Nebenkosten fehle. Stehe fest, dass die Mieter sich über ihre Schuldpflicht geirrt hätten, sei es auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich nach Erkennen dieses Irrtums auf ihren Rückforderungsanspruch berufen würden. Ein widersprüchliches Verhalten liege mangels Wissens um das Erfüllen der Schuldpflicht gerade nicht vor (E. 5).

Entsprechend hiess das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (E. 6).

III. Bemerkungen

A. Themenkomplex von Art. 257a Abs. 2 OR

1. Vertragsauslegung im Allgemeinen

Nach der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist der Konsens subjektiv-objektiv zu ermitteln bzw. sind

Verträge subjektiv-objektiv auszulegen (und zu ergänzen).[1] In einem ersten Schritt geht es nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung entsprechend um ein Feststellen des tatsächlichen (natürlichen oder empirischen) Konsenses bzw. um eine subjektive Auslegung (und Ergänzung) nach dem tatsächlichen Willen der Parteien (= Rekonstruktion des Parteiwillens). Ist dieser nicht feststellbar, geht es subsidiär um ein «Feststellen» eines rechtlichen (normativen) Konsenses der Parteien bzw. um eine objektive Auslegung (und Ergänzung) nach dem Vertrauensprinzip, welches in Art. 2 ZGB enthalten ist (= Konstruktion des Vertragswillens).[2]

Es ist hier nicht der Platz, diese herrschende Lehre und Rechtsprechung ausgiebig kritisch zu hinterfragen. Auch wenn man sich damit dem Vorwurf des «unverständliche[n] Rückfall[s] in die altertümliche Erklärungstheorie» aussetzt,[3] genügt es hier, mit der Minderheitsmeinung kurz anzumerken, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung nicht überzeugt, ist doch nach Art. 1 Abs. 1 OR nicht der tatsächliche Wille relevant, sondern die Willensäusserung (Willenserklärung). Entsprechend sollten Verträge einheitlich nur objektiv ausgelegt (und ergänzt) werden, allerdings jeweils unter Berücksichtigung des konkreten Falles, was die Begriffe objektiv und subjektiv relativiert. Daran ändert auch Art. 18 Abs. 1 OR nichts, ist doch auch im Falle der objektiven Auslegung nach dem Vertrauensprinzip klar, dass man im Fall der Simulation (und der *falsa demonstratio* und von ähnlichen Konstellationen) nicht die falsche Erklärung, sondern die vom Erklärungsempfänger verstandene richtige Erklärung zum Vertragsinhalt erhebt.[4]

2. Besondere Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR

Die genannte subjektiv-objektive Auslegung klingt auch im hier diskutierten Bundesgerichtsurteil an, wo (wenn man der herrschenden Lehre folgt, richtigerweise) ausgeführt wird, dass die besondere Vereinbarung sich auch infolge einer subjektiven Auslegung ergeben könne, sie mithin also auch in einem tatsächlichen (natürlichen) Konsens liegen könne, unbesehen davon, wie der schriftliche Mietvertrag sich zum Thema äussere.[5]

Die besondere Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR ist damit eine Vereinbarung über die Bezahlung (bestimmter) Nebenkosten durch den Mieter, egal ob sich diese Vereinbarung nun infolge einer subjektiven oder objektiven Auslegung ergibt.

Etwas Besonderes ist sie im Lichte der genannten subjektiv-objektiven Auslegung nicht. Vielmehr ist sie eine «normale» Vereinbarung i.S.v. Art. 1 OR, Art. 18 OR und Art. 2 ZGB.[6] Damit kann die Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR wie überhaupt ein Mietvertrag[7] auch stillschweigend i.S.v. Art. 1 Abs. 2 OR getroffen werden.[8] Im Rahmen der Auslegung, und zwar entgegen dem Bundesgericht nicht nur im Rahmen der subjektiven, sondern auch im Rahmen der objektiven Auslegung,[9] kann auch das nachträgliche Verhalten der Parteien relevant sein, z.B. das jeweilige Bezahlen der Saldi der Nebenkostenabrechnungen durch den Mieter.[10]

---

1 Zur Unmöglichkeit der Unterscheidung von Konsens-, Auslegungs- und Ergänzungsfragen z.B. Markus Vischer, Der Mangelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertrag, recht 2015 (zit. Vischer, Mangelbegriff), 1 ff., 2; Markus Vischer, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014 (zit. Vischer, AGB-Kontrolle), 964 ff., 967 f.

2 Z.B. Markus Vischer, Der Aktionärsbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatkontrakt?, SZW 2017, 425 ff., 432; Vischer, Mangelbegriff (FN 1), 2.

3 Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, Art. 18 OR N 14.

4 Zur Minderheitsmeinung z.B. Bernhard Stehle, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, 257 ff., insbesondere auch zur Relativität der Begriffe der Subjektivität und der Objektivität der Auslegung; Heinrich Honsell, Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 335 ff.

5 E. 4.3; deutlich auch BGer, 4C.268/2006, 7.11.2006, E. 3.3: «Nach der allgemeinen Auslegungsregel des Art. 18 OR, welche durch Art. 257a Abs. 2 OR konkretisiert, aber nicht aus den Angeln gehoben wird, greift die objektivierte Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht Platz, wenn sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend verstanden und entsprechend geeinigt haben»; bestätigt in BGer, 4A_462/2011, 5.3.2012, E. 3.4; 4P.323/2006, 21.3.2007, E. 2.2.

6 Gl.M. Hans Giger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Miete, Art. 253–273c OR, Art. 256–259i OR, Bern 2015 (zit. BK-Giger), Art. 257a OR N 13: «Das Wort 'besonders' ist damit […] überflüssig.»

7 Z.B. BGer, 4C.441/2004, 27.4.2005, E. 2.1.

8 Z.B. Nicole Aellen, Ausgewählte Aspekte der mietvertraglichen Ausscheidung von Nebenkosten, MRA 2017, 117 ff., 127 f.; SVIT-Schweiz (Hrsg.), Das Schweizerische Mietrecht, SVIT Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 257–257b OR N 19.

9 So z.B. Stehle (FN 4), 260; a.M. BGE 132 III 626 E. 3.1; noch anders BGE 96 II 325 E. 6d.

10 BK-Giger (FN 6), Art. 257a OR N 22, und Beat Rohrer, Die «besondere Vereinbarung» von Nebenkosten (Art. 257a Abs. 2 OR), MRA 2006, 87 ff., 88, bezüglich subjektiver Auslegung; anders BGer, 4P.32/2006, 21.3.2007, E. 2.2.2, wo die Relevanz des nachträglichen Verhaltens für das Feststellen einer ursprünglichen Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR selbst bei der subjektiven Auslegung verneint wurde; zum eventuellen Zustandekommen einer nachträglichen Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR durch das jeweilige Bezahlen der Saldi der Nebenkostenabrechnungen durch den Mieter vgl. III.A.4.

Art. 257a Abs. 2 OR drückt damit nur (aber immerhin) aus, dass die Nebenkosten im Mietzins enthalten sind, wenn keine Vereinbarung über die Bezahlung bestimmter Nebenkosten durch den Mieter besteht (unabhängig davon, ob diese Vereinbarung in einem tatsächlichen oder rechtlichen Konsens besteht). Das ist an sich selbstverständlich, denn wenn kein Konsens über die Bezahlung bestimmter Nebenkosten besteht, sind diese mangels Konsens nicht geschuldet.[11] Das folgt aus Art. 1 OR und hätte an sich in Art. 257a Abs. 2 OR nicht noch speziell erwähnt werden müssen.

Allerdings enthält Art. 257a Abs. 2 OR eine gesetzliche Auslegungsregel,[12] nämlich nach der hier vertretenen Auffassung die Regel, wonach der fehlende Konsens über bestimmte Nebenkosten den restlichen (tatsächlichen oder rechtlichen) Konsens (u.a. bezüglich Mietzins) nicht beeinträchtigt, eine Vereinbarung über bestimmte Nebenkosten also *ex lege* zwingend[13] weder objektiv noch subjektiv wesentlich i.S. der Konsenslehre ist.[14] Art. 257a Abs. 2 OR ist so kein Anwendungsfall von Art. 20 Abs. 2 OR, geht es doch nicht um einen teilnichtigen Vertrag,[15] auch wenn Art. 257a Abs. 2 OR wie Art. 20 Abs. 2 OR auf dem Prinzip des *favor negotii* beruht.

Die Rechtsnatur gesetzlicher Auslegungsregeln ist umstritten: Für die einen sind gesetzliche Auslegungsregeln widerlegbare Vermutungen.[16] Für die anderen sind sie keine solchen widerlegbaren Vermutungen, weil es nicht um eine Widerlegung gehe, sondern um den Ausschluss ihrer Anwendung, wenn ein anderer Erklärungsinhalt nachgewiesen wird.[17] Das Resultat beider Betrachtungsweisen ist dasselbe, auch bei der gesetzlichen Auslegungsregel von Art. 257a Abs. 2 OR: Besteht keine Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR über die Nebenkosten (und «nur» eine Vereinbarung über den Mietzins), so ist nur der Mietzins ohne Nebenkosten geschuldet.

Damit ist auch gesagt, was Art. 257a Abs. 2 OR nicht ist: Es ist keine Handhabe für eine besondere AGB-Kontrolle, entgegen dem, was zwar nicht im vorliegend kommentierten Bundesgerichtsurteil, aber in früheren Bundesgerichtsurteilen anklingt.[18] Denn die Vereinbarung gemäss Art. 257a Abs. 2 OR ist eine «normale» Vereinbarung[19] und kann als solche wie jede Vereinbarung auch via AGB zustande kommen,[20] wenn denn ein genügender Einbezug bzw. eine Übernahme der AGB vorliegt.[21] Eine AGB-Kontrolle bezüglich Nebenkosten erfolgt entsprechend nicht über Art. 257a Abs. 2 OR, sondern über die allgemeinen

---

11 S. auch das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid im Rahmen der Ausführungen zu Art. 63 Abs. 1 OR (BGer, 4A_451/2017, 22.2.2018, E. 5.3): «Hätten sie aber 'bloss' wissen müssen, dass sie die Betriebskosten wegen fehlendem Konsens nicht schulden, wussten dies effektiv aber gleichwohl nicht, so mag ihr Irrtum […].»

12 So z.B. BGer, 4A_606/2015, 19.4.2016, E. 4; 4A_194/2012, 20.7.2012, E. 2.1; CPra Bail-Bieri, Art. 257a/257b OR N 21, in: François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (Hrsg.), Commentaire Pratique, Droit du bail à loyet et à ferme, 2. A., Basel 2017 (zit. CPra Bail-Bieri); Peter Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Art. 253–264 OR, Die Miete, 3. A., Zürich 1994, Art. 257a–257b OR N 14; s. auch die Vorinstanz im hier diskutierten BGer, 4A_451/2017, 22.2.2018, E. 4.1.

13 Zur zwingenden Natur von Art. 257a Abs. 2 OR z.B. CPra Bail-Bieri (FN 12), Art. 257a/257b OR N 21.

14 Zu den objektiv und subjektiv wesentlichen Punkten i.S. der Konsenslehre z.B. Markus Vischer/Dario Galli, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, 473 ff., 479; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 256 ff.

15 A.M. Peter Heinrich, Bundesgerichtsentscheid vom 7. April 1999 i.S. E. AG ca. M.M. AG, MRA 2000, 242 ff., 245 f.

16 Z.B. Ahmet Kut, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 18 OR N 16.

17 Z.B. Max Kummer, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 8 ZGB N 341.

18 Z.B. BGE 135 III 591 E. 4.3.1: «Selon l'art. 257a al. 2 CO, les frais accessoires ne sont à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement. La loi exige donc que les parties en soient convenues d'une manière suffisamment précise, en détaillant les postes effectifs […]. En concluant le contrat, le locataire doit comprendre facilement quels sont les postes qui lui seront facturés en plus du loyer […]. Le renvoi à une annexe standardisée du contrat, comme les ‹dispositions générales pour baux d'habitation›, ne suffit pas pour admettre que les parties ont passé une convention spéciale sur le paiement des frais accessoires. En effet, on ne peut exiger du locataire qu'il se fasse une idée des frais accessoires qu'il aura à payer par une consultation attentive des conditions annexées au contrat. Il a bien plutôt droit à ne se voir facturer que les frais accessoires clairement et précisément décrits dans le contrat […]. Les frais énumérés dans des conditions générales peuvent toutefois, selon les circonstances, être facturés au locataire, dans la mesure où ils peuvent être considérés comme une concrétisation des frais accessoires déjà attribués au locataire dans le contrat […]»; bestätigt z.B. in BGer, 4A_719/2016, 31.8.2017, E. 2.1; 4A_622/2015, 4.2.2016, E. 3.1, 3.2; noch differenzierter bezüglich AGB 4A_185/2009, 28.7.2009, E. 2.4, und diesem Urteil folgend, 4A_141/2010, 25.8.2010, E. 2.3.

19 I.S.v. Art. 1 OR, Art. 18 OR und Art. 2 ZGB.

20 Gl.M. Aellen (FN 8), 138; Thomas Wetzel/Michael Grimm/Peter Mosimann, Die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf AGB in Mietverträgen, MRA 2013, 3 ff., 13; Rohrer (FN 10), 89 ff.; s. auch BGer, 4A_606/2015, 19.4.2016, E. 4: «Es handelt sich bei Art. 257 [recte 257a] Abs. 2 OR nicht um eine Vorschrift, die besondere Erfordernisse an die Art […] der Vereinbarung aufstellt.» BGer, 4A_215/2012, 9.7.2012, E. 2.1: «[…] kann sich die besondere Vereinbarung auch aus den Umständen ergeben.»

21 Dazu im Allgemeinen Vischer, AGB-Kontrolle (FN 1), AJP 2014, 965.

Instrumente, z.B. über die Geltungskontrolle, Auslegungskontrolle und Inhaltskontrolle[22] oder über Art. 8 UWG[23].[24]

Entsprechend enthält Art. 257a Abs. 2 OR auch keine gesetzliche Normierung der Unklarheitsregel.[25]

Auch die sogenannte Eindeutigkeitsregel findet in Art. 257a Abs. 2 OR keine Basis. Nach dieser Regel finden andere Auslegungsmittel als der Wortlaut nur Anwendung, wenn der Wortlaut nicht klar ist. Die so definierte Eindeutigkeitsregel ist nicht im Einklang mit Art. 18 Abs. 1 OR und wird denn auch von der herrschenden Lehre und vom Bundesgericht mit Recht abgelehnt.[26]

3. Formvorschriften bezüglich der besonderen Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR

Nicht im vorliegend besprochenen, aber in früheren Urteilen hält das Bundesgericht fest, dass die Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR wie überhaupt ein Mietvertrag[27] keiner besonderen Form bedarf.[28] Das ist richtig. Vorbehalten bleibt allerdings die Formularpflicht nach Art. 270 Abs. 2 OR, soweit eine solche im betreffenden Kanton besteht. Infolge der Verweisung in Art. 270 Abs. 2 OR auf Art. 269d OR muss das Formular auch Angaben über die Nebenkosten enthalten.[29] Vorbehalten bleibt natürlich auch eine vertraglich vorbehaltene Form i.S.v. Art. 16 OR, die nicht bereits darin zu erblicken ist, dass der Mietvertrag schriftlich abgeschlossen wurde.[30] AGB erfüllen i.d.R. die Anforderungen an die (vorbehaltene) Form.[31]

So oder so dürfen die Konsensfrage, die sich zuerst stellt, und die Formfrage, die sich danach stellt, nicht vermischt werden.[32] Zu erinnern ist daran, dass die Eindeutigkeitsregel auch bei formbedürftigen Verträgen nicht gilt.[33]

4. Zeitliche Aspekte bezüglich der besonderen Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR

Die Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR kann nach den allgemeinen Rechtsprinzipien auch nachträglich, d.h. nach Abschluss des Mietvertrags, geschlossen werden.[34] In diesem Fall liegt eine nachträgliche konsensuale Mietvertragsänderung vor.

Diese kann i.S.v. Art. 1 Abs. 2 OR auch stillschweigend erfolgen, z.B. dadurch, dass der Mieter jeweils den Saldo der Nebenkostenabrechnung bezahlt, welche bestimmte Nebenkosten ausweist.[35]

Erneut ist eine solche Vereinbarung nicht formbedürftig.[36] Vorbehalten bleibt aber, neben einer allenfalls vertraglich vorbehaltenen Form nach Art. 16 OR, die Formularpflicht nach Art. 269d OR; allerdings nur, wenn durch die konsensuale Mietvertragsänderung der Schutzzweck von Art. 269d OR vereitelt wird.[37]

---

22 S. für einen Beschrieb und eine Kritik dieser traditionellen Instrumente der AGB-Kontrolle Vischer, AGB-Kontrolle (FN 1), AJP 2014, 966 ff.

23 Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

24 Dazu im Mietvertragsrecht im Besonderen Wetzel/Grimm/Mosimann (FN 20), 3 ff.; zu Art. 8 UWG im Allgemeinen z.B. Vischer, AGB-Kontrolle (FN 1), AJP 2014, 968 ff.

25 Zu dieser Regel im Allgemeinen Vischer, AGB-Kontrolle (FN 1), AJP 2014, 967.

26 Z.B. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1221; Stehle (FN 4), 259 f.; z.B. BGE 127 III 444 E. 1b: «[…], la jurisprudence récente a nuancé le principe selon lequel il y aurait lieu de recourir à des règles d'interprétation uniquement si les termes de l'accord passé entre parties laissent planer un doute ou sont peu clairs. On ne peut ériger en principe qu'en présence d'un ‹texte clair›, on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation. Il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu.»

27 Z.B. BGer, 4A_88/2013, 17.7.2013, E. 2.

28 Z.B. BGer, 4A_606/2015, 19.4.2016, E. 4: «Die besondere Vereinbarung wird in aller Regel eine ausdrückliche, meist eine schriftliche sein, kann jedoch auch formfrei erfolgen und sich gegebenenfalls aus den Umständen ergeben. Es handelt sich bei Art. 257 [recte 257a] Abs. 2 OR nicht um eine Vorschrift, die besondere Erfordernisse an die Art und Form der Vereinbarung aufstellt.» ; BGer, 4A_622/2015, 4.2.2016, E. 3.1; 4A_194/2012, 20.7.2012, E. 2.1; 4A_215/2012, 9.7.2012, E. 2.1; BGE 135 III 591 E. 4.3.4; Aellen (FN 8), 127 f.; CPra Bail-Bieri (FN 12), Art. 257a/257b OR N 22; BK-Giger (FN 6), Art. 257a OR N 18 ff.

29 S. auch Art. 3 i.V.m. Art. 1 VMWG.

30 Wohl gl.M. Aellen (FN 8), 128 f.; wohl auch hier kommentiertes Bundesgerichtsurteil, wo die Formfrage nach Feststellung eines tatsächlichen Konsenses nicht gestellt wurde; a.M. z.B. wohl BGE 135 III 591 E. 4.3.4; BGer, 4C.224/2006, 24.10.2006, E. 2.1; a.M. auch CPra Bail-Bieri (FN 12), Art. 257a/257b OR N 23.

31 Z.B. Aellen (FN 8), 130.

32 Dazu im Allgemeinen Vischer/Galli (FN 14), 474 ff.

33 S. zur Nichtgeltung der Eindeutigkeitsregel im Allgemeinen III.A.2.

34 A.M. CPra Bail-Bieri (FN 12), Art. 257a/257b OR N 24.

35 So wohl Rohrer (FN 10), 93 f.; ablehnend CPra Bail-Bieri (FN 12), Art. 257a/257b OR N 30a; s. auch die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung (z.B. BGer, 4A_606/2015, 19.4.2016, E. 5; 4C.24/2002, 29.4.2002, E. 3.3.2), wonach mit Zustellung der Nebenkostenabrechnung und der Nichtbeanstandung innert Frist eine sogenannte Saldovereinbarung geschlossen wird; zur Ablehnung der damit einhergehenden Saldotheorie im Zusammenhang mit der Rückforderung bezahlter Nebenkosten aufgrund von Art. 63 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 62 Abs. 1 OR vgl. III.B.1.

36 Z.B. Aellen (FN 8), 130.

37 Z.B. BGer, 4A_637/2016, 3.3.2017, E. 2.1; 4D_82/2015, 23.5.2016, E. 5.2; BGE 128 III 419 E. 2.4.2; Raoul Futterlieb, Urteil des Bundesgerichts 4A_295/2016 vom 29. November 2016, MRA 2017, 144 ff., 149 f.; Aellen (FN 8), 136 f.

Das Bundesgericht verkannte dies im vorliegend besprochenen Urteil, indem es im Rahmen der Ausführungen zu Art. 63 Abs. 1 OR nur prüfte, ob bei Mietvertragsschluss eine Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR und damit eine Schuldpflicht i.S.v. Art. 63 Abs. 1 OR bestand, und nicht auch, ob eine solche später entstand (und formgültig) war. Möglicherweise war dies aber auch den diesbezüglich fehlenden Parteivorbringen geschuldet.

B. Themenkomplex von Art. 63 Abs. 1 OR

1. Anwendung von Bereicherungs- oder Vertragsrecht?

In konstanter Rechtsprechung wendet das Bundesgericht auf die Rückforderung von Nebenkosten bei Fehlen einer Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR Bereicherungs- und nicht Vertragsrecht an.[38]

Dieser Auffassung ist zu folgen, denn es handelt sich, wie das hier diskutierte Bundesgerichtsurteil deutlich macht,[39] um Zahlungen ohne Schuldpflicht *(sine causa)*. Entsprechend spielt es keine Rolle, ob es sich um die Rückforderung von Akontozahlungen vor Ausstellen einer Nebenkostenabrechnung oder um die Rückforderung von Saldi gemäss einer Nebenkostenabrechnung handelt, denn beide Male liegt eine Rückforderung aufgrund einer fehlenden Schuldpflicht vor.[40] Damit liegt ein Anwendungsfall einer Leistung im Rahmen eines nicht gültigen, bzw. besser, eines nicht vorhandenen Vertrags[41] und kein Anwendungsfall einer Zuvielleistung im Rahmen eines gültigen Vertrags (bzw. vorhandenen Vertragsbestandteils) vor, bezüglich der heftig diskutiert wird, ob Bereicherungs- oder Vertragsrecht zur Anwendung kommt.[42]

2. Zu Art. 63 Abs. 1 OR im Allgemeinen

Art. 63 Abs. 1 OR ist eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots von Art. 2 Abs. 2 ZGB:[43] Wer freiwillig und nicht irrtümlich eine Nichtschuld erfüllt und das Geleistete trotzdem zurückfordert, handelt widersprüchlich.[44] Weil Art. 63 Abs. 1 OR die Rückforderung nach Art. 62 Abs. 1 OR ausschliesst, wird auch gesagt, dass Art. 63 Abs. 1 OR eine Kondiktionssperre (Rückforderungssperre) enthalte.[45]

Da Art. 63 Abs. 2 OR nur *eine* Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist, sind andere Fälle denkbar, wo die Rückforderung trotz Nichtwissen um die Schuldpflicht[46] aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen ist.[47]

3. Zum Erfordernis der irrtümlichen Leistung gemäss Art. 63 Abs. 1 OR

Rusch hat nachgewiesen, dass das Bundesgericht in einer Vielzahl von Urteilen die Voraussetzung der nicht irrtümlichen Leistung für die Kondiktionssperre nach Art. 63 Abs. 1 OR auf die blosse Voraussetzung des Wissens um das Nichtbestehen der Schuldpflicht herabgesetzt hat.[48]

---

38 S. vorliegend kommentiertes Bundesgerichtsurteil E. 5 Ingress.

39 E. 5.3.

40 A.M. noch BGer, 4C.24/2002, E. 3.3.1, 3.3.2, wo bezüglich der Natur des Rückforderungsanspruchs zwischen der Zeit vor und nach der Saldoziehung in Form einer Nebenkostenabrechnung unterschieden wird, bestätigt in BGer, 4C.250/2006, 3.10.2006, E. 2, und BGer, 4C.248/2006, 3.10.2006, E. 2; zur Kritik an der Saldotheorie auch Vedat Buz, Rückforderung von Zuvielleistungen, AJP 2016, 899 ff., 904 f., allerdings mit der allgemeinen Konklusion, dass der Rückforderungsanspruch immer vertraglicher Natur ist; für einen vertraglichen Erstattungsanspruch auch nach der Saldoziehung in Form einer Nebenkostenabrechnung z.B. BSK OR I-Weber, Art. 257a N 8, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

41 Bzw. eines nicht vorhandenen Vertragsbestandteils, s. III.A.2.

42 Z.B. Buz (FN 40), AJP 2016, 899 ff.; s. auch BGE 126 III 119 zum Fall von Akontozahlungen mit einer Abrechnungspflicht über die Akontozahlungen in einem *gültigen* Vertrag.

43 Z.B. Alfred Koller, Die Kondiktionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR, AJP 2006, 468 ff., 468; zur Notwendigkeit der gesetzlichen und richterlichen Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB in Bezug auf Tatbestand und Rechtsfolge im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_703/2016 vom 24.5.2017, A. gegen Pensionskasse B., Mietvertrag; Kündigung (zur Publikation bestimmt), AJP 2017, 1135 ff., 1136 ff.

44 Z.B. BSK OR I-Schulin (FN 40), Art. 63 N 1; Koller (FN 43), AJP 2006, 468.

45 Z.B. BSK OR I-Schulin (FN 40), Art. 63 N 1; Koller (FN 43), AJP 2006, 468; zur Kontroverse, ob Art. 63 Abs. 1 OR nur eine Kondiktionssperre enthält oder gleichzeitig auch Anspruchsgrundlage bei nicht freiwilligen und irrtümlichen Leistungen ist und alsdann Art. 62 Abs. 1 OR verdrängt, z.B. Anne-Catherine Hahn, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 63 OR N 2, und Koller (FN 43), AJP 2006, 468, mit der m.E. richtigen, von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung aber abgelehnten (z.B. BSK OR I-Schulin (FN 40), Art. 63 N 1; BGE 129 III 646 E. 3.2) Auffassung, wonach nur Ersteres zutrifft; diese Diskussion hat auch Auswirkungen auf die Beweislast, die in Bezug auf die wissentliche Leistung (s. dazu III.B.3) richtigerweise beim Empfänger der Leistung liegen sollte, so Arnold F. Rusch, Das Irrtumserfordernis bei der condictio indebiti, ZSR 2009 I, 131 ff., 149 ff.; a.M. bezüglich Beweislast die herrschende Lehre und das Bundesgericht: z.B. BSK OR I-Schulin (FN 40), Art. 63 N 9 m.w.H.; zur Beweislast im Kontext von Art. 257a Abs. 2 OR wie nach der hier vertretenen Auffassung zu Art. 63 Abs. 1 OR z.B. CPra Bail-Bieri (FN 12), Art. 257a/257b OR N 22; zur Beweislastverteilung nach einer Saldovereinbarung z.B. BGer, 4A_606/2013, 19.4.2016, E. 5.1.

46 S. dazu III.B.3.

47 Gl.M. wohl Monika Sommer, Urteil des Bundesgerichts 4C.224/2006 vom 24. Oktober 2006 (Originaltext französisch, ins Deutsche übertragen von der Kommentatorin), MRA 2007, 77, 83.

48 Rusch (FN 45), 139 ff.

Dadurch werden der Irrtum um die Schuldpflicht und das Nichtwissen um die Schuldpflicht gleichsetzt,[49] womit letztlich auch in der Schweiz die Regelung gemäss § 814 BGB[50] gilt.

Auf dieser Linie bewegt sich das Bundesgericht auch im hier diskutierten Urteil, wenn es unter Bezugnahme auf den *leading case* in BGE 129 III 646 E. 3.2 ausführt, dass jede Art von Irrtum, d.h. Rechtsirrtum oder Tatirrtum, entschuldbarer oder unentschuldbarer Irrtum, genüge, um die Kondiktionssperre aufzuheben, und dass an die Prüfung, ob ein Irrtum vorliegt, kein allzu strenger Massstab anzulegen sei.[51] Konsequenterweise genügt denn auch nach der Meinung des Bundesgerichts im hier diskutierten Urteil im Einklang mit der deutschen Lehre[52] Wissenmüssen nicht, um die Kondiktionssperre aufzuheben.[53]

Das ist vor dem Hintergrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB, welcher an sich differenzierte Regelungen erlauben würde, und angesichts der strengeren Regeln zum Irrtum im Rahmen von Art. 23 ff. OR bedauerlich. Die Haltung des Bundesgerichts erklärt sich gerade durch Fälle wie den vorliegenden Fall, in welchem es die vermeintlich schwächere Partei schützen will[54] und sich dadurch, mindestens soweit es um den fehlenden rechtlichen Konsens und damit eine Rechtsfrage[55] geht, in Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz *«error iuris nocet»*[56] setzt.[57]

Immerhin ist bezüglich des nicht entschuldbaren Irrtums, also insbesondere des Wissenmüssens um den Irrtum, zu überlegen, ob nicht Art. 26 Abs. 1 OR analog angewendet werden sollte, der Leistende also dem Empfänger bei einem nicht entschuldbaren Irrtum das negative Interesse zu ersetzen hat.[58]

IV. Schlussbemerkung

Der vorliegend diskutierte Bundesgerichtsentscheid ist ein Schulbuchfall des oft komplexen Ineinandergreifens von Bestimmungen des OR AT und des OR BT. Es zeigt, dass eine Rückbesinnung auf gewisse Bestimmungen des OR AT auch im Bereich des OR BT durchaus hilfreich sein kann, auch wenn es sich bei der Materie im OR BT um das Mietrecht handelt.

---

49 So deutlich auch in BGer, 4D_13/2015, 3.6.2015, E. 7.

50 «Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, […].»

51 E. 5.3.

52 Hartwig Sprau, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Nebengesetzen, 77. A., München 2018, § 814 BGB N 4.

53 E. 5.3.

54 S. auch das von Rusch (FN 45), 140, zitierte Urteil des Bundesgerichts, nämlich BGE 113 II 187.

55 Hier diskutiertes Bundesgerichtsurteil BGer, 4A_451/2017, 22.2.2018, E. 4.3.1 mit Hinweis auf BGE 132 III 268 E. 2.3.2.

56 Dazu im Allgemeinen z.B. Bruno Schmidlin, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Art. 23/24 OR N 212 ff.

57 S. auch Rusch (FN 45), 151: «Der Nachweis des Irrtums führt in der Schweiz zu unzähligen Gerichtsentscheiden und bewirkt im Ergebnis, dass man sich auf die Gesetzesunkenntnis berufen kann, was bedenklich ist.»

58 So Max Keller/Peter C. Schaufelberger, Ungerechtfertigte Bereicherung, 3. A., Basel/Frankfurt a.M. 1990, 55; s. auch Sommer (FN 47), 82; Rohrer (FN 10), 95, zu den mietrechtlichen Möglichkeiten des Vermieters, wenn bestimmte Nebenkosten mangels Vereinbarung i.S.v. Art. 257a Abs. 2 OR nicht auf den Mieter überwälzt werden können.