

Die Zulässigkeit von Triple-Net Mietverträgen im schweizerischen Mietrecht



SIMON URBACH
lic. iur., Rechtsanwalt,
Zürich



ELISABETH MOSKRICK
Dr. iur., Rechtsanwältin,
Zürich

Inhaltsübersicht

- A. Ausgangslage
- B. Fragestellung
- C. Begriff und Definition des Triple-Net Mietvertrages
- D. Kostenverteilungskonzept zwischen Mieter und Vermieter gemäss schweizerischem Mietrecht
 - I. Grundsatz
 - II. Nebenkosten
 - 1. Begriff
 - 2. Gesetzliche Regelung
 - III. Lasten und öffentliche Abgaben, die mit dem Mietobjekt verbunden sind
 - 1. Begriff
 - 2. Gesetzliche Regelung
 - IV. Unterhalt (Instandhaltung) und Instandsetzung
 - 1. Begriff
 - 2. Gesetzliche Regelung
 - 3. Differenzierung zwischen sog. «kleinem» Unterhalt und übrigen Unterhalt
- E. Die einzelnen Elemente der Triple-Net Vereinbarung und rechtliche Anforderungen an deren gültige Umsetzung in Geschäftsmietverträgen
 - I. Übertragung der Sacherhaltungspflicht auf den Mieter
 - 1. Allgemeines
 - 2. Übernahme der Sacherhaltungspflicht als Teil der Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung
 - 3. Der Schutz des Mieters gemäss Art. 256 Abs. 2 lit. b OR und das Prinzip des Gleichgewichts der vertraglichen Leistungen
 - 4. Volle Entschädigung des Mieters als tragender Grundsatz und dessen Ausgestaltung in der Praxis
 - 5. Besonderheiten bei der Überwälzung der Sacherhaltungspflichten an gemeinschaftlich genutzten Räumen bzw. Gegenständen sowie an Dach und Fach

- 6. Formelle Schranken der rechtswirksamen Vereinbarung einer Sacherhaltungsklausel
- 7. Rechtsfolgen bei wirksamer Überwälzung der Sacherhaltungspflichten auf den Mieter
- II. Überwälzung von öffentlichen Abgaben und Lasten, insbesondere Versicherungskosten, auf den Mieter
- III. Anforderungen an die Ausscheidung von Betriebskosten
- F. Schlussfolgerungen

A. Ausgangslage

Immobilien stellen ein klassisches Objekt der Kapitalanlage dar und erfreuen sich insbesondere in Ländern, die sich durch günstige rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen auszeichnen, einer regen Beliebtheit. Zu diesen Ländern zählt auch die Schweiz, deren Immobilienmarkt in den vergangenen zehn Jahren mehr und mehr in den Blickpunkt internationaler Investoren gerückt ist. Die Internationalisierung des schweizerischen Immobilienmarktes wurde dabei massgebend durch die Revision des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) beeinflusst, welche per 1. Oktober 1997 in Kraft getreten ist und den bewilligungsfreien Erwerb von Geschäftsliegenschaften durch Personen im Ausland – und entsprechend auch deren Finanzierung durch ausländische Banken erlaubt. Im Zuge dieser Internationalisierung wurde zum einen die global zu beobachtende Entwicklung eines grundsätzlich kapitalmarktbezogenen Verständnisses von Immobilienanlagen durch den hiesigen Markt übernommen. Darüber hinaus fanden neben ausländischen Investoren, welche mittels grundpfandgesicherter Darlehen Immobilien vorwiegend auf Fremdkapitalbasis erwerben, auch die Vorgaben der internationalen Kreditmärkte in diese Anlagekategorie Eingang. Diese beschlagen im hier interessierenden Kontext folgende Elemente:

Die Höhe des Kredites, den die finanzierende Bank zu gewähren bereit ist, bemisst sich nach einer Bewertung des fraglichen Grundstücks, wobei der damit generierte Ertrag von herausragender Bedeutung ist. Da die zur Finanzierung von Grundstücken abgeschlossenen Kreditverträge regelmässig eine fixe Laufzeit von durchschnittlich fünf bis sieben Jahren vorsehen, verlangen insbesondere ausländische Banken, die bereit sind, Kredite in einem Volumen von bis zu 90% des Kauf- bzw. Marktwertes einer Immobilie zu gewähren, dass während der Vertragsdauer ein konstantes, genau bezifferbares Einkommen daraus erwirtschaftet wird. Dieses soll grundsätzlich Gewähr dafür bieten, dass der Kreditnehmer finanziell in der Lage ist, den laufenden Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag nachzukommen, indem das generierte

Einkommen für Schuldzins- und Amortisationszahlungen verwendet werden kann. Von eminenter Bedeutung ist dieser Aspekt für die finanzierenden Banken u.a. deshalb, weil der Erwerb von Immobilien zu Anlagezwecken regelmässig durch Gesellschaften erfolgt, deren einziger Zweck im Erwerb und Halten der entsprechenden Immobilie besteht, ohne dass eine darüber hinausgehende Geschäftstätigkeit entfaltet wird. Entsprechend verfügen solche Gesellschaften über keine weiteren Vermögenswerte, während eine persönliche Haftung der Gesellschafter aufgrund der hierfür bevorzugten Gesellschaftsformen der Aktiengesellschaft i.S.v. Art. 620 ff. OR sowie der Gesellschaft mit beschränkter Haftung i.S.v. Art. 772 ff. OR bzw. analoger Rechtsformen ausländischen Rechts ausscheidet. Alleiniges Haftungssubstrat für die Bank ist damit das erworbene Grundstück und die damit erzielten Erträge sowie die damit zusammenhängenden Forderungen.

Die Sicherstellung eines gleichbleibenden Ertrags aus einem Grundstück in Form von Mietzinseinnahmen setzt nebst dem Abschluss von Mietverträgen mit einer fixen Vertragsdauer insbesondere voraus, dass der von den Mietern zu bezahlende Mietzins dem Vermieter vollumfänglich als Gegenleistung für die Überlassung des Mietobjekts zur Verfügung steht und damit als eine Konstante für die Tilgung von Darlehenszinsen und Amortisationszahlungen verwendet werden kann, ohne dass daraus die mit dem Grundstück anfallenden Aufwendungen bestritten werden müssen. Insbesondere im angelsächsischen Raum, zwischenzeitlich aber auch in Deutschland, setzten sich vor dem Hintergrund der kapitalmarktbezogenen Prämissen Mietvertragskonzepte durch, welche die mit dem Grundstück verbundenen Aufwendungen vollumfänglich dem Mieter überwälzen¹.

In der Schweiz ist eine analoge Entwicklung zu beobachten, indem insbesondere im Rahmen von Sale-and-Lease-Back Transaktionen Mietverträge zwischen dem Investor als Erwerber und nachmaligem Vermieter und dem Veräusserer als Mieter abgeschlossen werden, welche letzterem aufwandbezogen eine «Quasi-Eigentümerstellung» einräumen. Diese Lösung weicht vom gesetzlichen Leitbild des schweizerischen Mietrechts ab, weshalb sich immer wieder Fragen zur Gültigkeit solcher Vereinbarungen unter konzeptionellen Aspekten stellen.

B. Fragestellung

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bildet die Klärung der Frage, ob bzw. inwieweit die Überbindung sämtlicher mit einer Geschäftsliegenschaft verbundenen Aufwendungen für Betrieb, Unterhalt und Instandsetzung auf den Mieter vor

den zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Mietrechts, insbesondere Art. 256 OR, standhält.

C. Begriff und Definition des Triple-Net Mietvertrages

Der Begriff des Triple-Net Mietvertrages stammt aus dem angelsächsischen Sprachraum und umschreibt Mietverträge, die dem Vermieter das Mietzinseinkommen dreifach netto gewährleisten, indem der Mieter nebst der Bezahlung des Mietzinses als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung die mit dem Grundstück verbundenen Steuern und Abgaben, die Versicherungskosten, Betriebskosten sowie die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten (auch für Dach und Fach) zu tragen hat². Als Double-Net Mietverträge werden demgegenüber Mietverträge bezeichnet, die dem Mieter nebst der Verpflichtung zur Bezahlung des Mietzinses sämtliche genannten Kosten und Abgaben, mit Ausnahme der Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung von Dach und Fach, auferlegen³. Unter der Wendung *Dach und Fach* werden in der Immobilienwirtschaft die konstruktiven Teile eines Gebäudes (Dachsubstanz, Fassade, tragende Teile etc.) im Gegensatz zu den Einrichtungen im Inneren des Gebäudes verstanden⁴.

Der Begriff des Triple-Net Mietvertrags wurde als wirtschaftlicher Terminus von der schweizerischen und deutschen Immobilienwirtschaft für Mietverträge mit den eingangs geschilderten Eigenschaften übernommen, wobei in der Schweiz anstelle des Begriffs Instandhaltung der Begriff Unterhalt verwendet wird⁵.

D. Kostenverteilungskonzept zwischen Mieter und Vermieter gemäss schweizerischem Mietrecht

I. Grundsatz

Das schweizerische Obligationenrecht regelt den Mietvertrag in Art. 253 ff. OR. Gemäss der Legaldefinition von Art. 253 OR handelt es sich dabei um die entgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch. Als Mietzins definiert sich das Entgelt, das der Mieter für die Gebrauchsüberlassung zu be-

¹ Vgl. dazu HERMANN STAPENHORST, Grenzen der Sacherhaltungspflicht des Geschäftsraummieters, NZM 2007, 17 ff., 17; EKKEHARD MOESER, Triple-Net-Mietverträge, NZM 2003, 425 ff., 425.

² MOESER (FN 1), 425.

³ REINHARD BARTHOLOMÄI in: LINDNER-FIGURA/OPRÉE/STELLMANN, Geschäftsraummiete, München 2006, Kap. 10, N 20.

⁴ Vgl. dazu eingehend HORST SCHLEMMINGER/DOROTHEA MARIA TACHEZY, Alles unter «Dach und Fach»? – Zur Verteilung der Instandhaltungs- und Instandsetzungspflichten in Gewerbetmietverträgen, NZM 2001, 416 ff., 416, wo gleichsam die praktischen Schwierigkeiten bei der Auslegung und Abgrenzung dieses Begriffs erörtert werden.

⁵ Dazu hinten D.IV.

zahlen hat⁶, während die Tragung der übrigen mit dem Mietobjekt verbundenen Kosten Gegenstand einer differenzierten Regelung bildet, welche es nachfolgend darzustellen gilt. Obwohl das Gesetz von Entgelt spricht, muss der Mietzins nicht zwingend in Geld geleistet werden, sondern kann auch in anderer Form entrichtet werden, so z. B. durch die interne Schuldübernahme betreffend finanzielle Leistungen gegenüber Dritten, welche grundsätzlich dem Vermieter obliegen würden⁷.

Die Höhe des geschuldeten Mietzinses kann dabei zwischen den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit unter Berücksichtigung der Bestimmungen über die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen bei Wohn- und Geschäftsräumen i.S.v. Art. 269 f. OR frei vereinbart werden⁸.

II. Nebenkosten

1. Begriff

Als Nebenkosten definiert das Gesetz in Art. 257a Abs. 1 OR das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem *Gebrauch* der Mietsache zusammenhängen. Bei Wohn- und Geschäftsräumen bezeichnet man diese Kosten als Betriebskosten. Diese stehen dem Mietzins gegenüber, welcher grundsätzlich sämtliche Leistungen des Vermieters für die Übergabe und Instandhaltung der Mietsache während der Mietdauer deckt.

Bezogen auf die hier interessierenden Geschäftsräumlichkeiten hält Art. 257b Abs. 1 OR präzisierend fest, dass unter die Nebenkosten lediglich die *tatsächlichen* Aufwendungen des Vermieters für entsprechende Leistungen fallen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten sowie öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben. Darunter fallen u.a. Aufwendungen für Allgemeinstrom, Abwassergebühren, Hauswartung, Garten- und Umgebungspflege, Serviceabonnemente für Liftanlagen sowie Wasser- und Abwassergebühren⁹. Im Hinblick auf die anrechenbaren Heizungs- und Warmwasserkosten ist zudem die Präzisierung in Art. 5 VMWG sowie die Abgrenzung in Art. 6 VMWG zu beachten¹⁰.

Diese gesetzliche Regelung zwingender Natur untersagt, Kosten, welche nicht durch den Gebrauch der Mietsache ver-

ursacht werden, vertraglich den Nebenkosten i.S.v. Art. 257a i.V.m. Art. 257b OR zuzuordnen¹¹. Nicht als Nebenkosten, sondern als Verbraucherkosten zu qualifizieren sind demgegenüber jene Kosten, die im Rahmen des Gebrauchs der Mietsache beim Mieter direkt anfallen, wie z. B. Telefongebühren und Kosten für elektrischen Strom, der im Mietobjekt verbraucht wird¹².

2. Gesetzliche Regelung

Nebenkosten dürfen gemäss Art. 257a Abs. 2 OR dem Mieter nur dann separat in Rechnung gestellt werden, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat. Andernfalls gelten diese Kosten als mit dem Mietzins abgegolten. Nebst einer grundsätzlichen Vereinbarung bedarf es zur wirksamen Überbindung der Nebenkosten einer detaillierten Aufstellung der einzelnen Nebenkostenpositionen innerhalb des unterzeichneten Vertragstextes. Generelle Vertragsklauseln, welche es dem Mieter nicht erlauben, sich ein genaues Bild über die zu übernehmenden Nebenkosten zu machen, genügen den rechtlichen Anforderungen nicht und führen dazu, dass die Pflicht zur Bezahlung der anfallenden Nebenkosten dem Vermieter verbleibt¹³.

Verbraucherkosten sind demgegenüber auch ohne explizite Vereinbarung direkt durch den eigentlichen Verbraucher, mithin den Mieter, zu bezahlen¹⁴.

III. Lasten und öffentliche Abgaben, die mit dem Mietobjekt verbunden sind

1. Begriff

Unter den Begriff der Lasten und öffentlichen Abgaben fallen jene finanziellen Verpflichtungen, die sich nicht aus dem Gebrauch des Mietobjektes, sondern die sich bereits aus dessen blosser Existenz bzw. aus dem Eigentum daran ergeben. Als gebrauchsunabhängige Kosten unterscheiden sie sich dadurch von den gebrauchsunabhängigen Betriebskosten. Hierzu zählen u.a. Kosten für Grundsteuern, Gebäudeversicherung, Kehrrechtabfuhrgrundgebühr sowie Erschliessungsbeiträge aller Art, die das Gemeinwesen erhebt¹⁵.

⁶ Art. 257 OR.

⁷ Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder (Hrsg.), Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, 3. A., Zürich 2008 (zit. SVIT-Kommentar), Art. 257–257b OR N 7; RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht, 2. A., Zürich 2007, Art. 257 OR N 1.

⁸ SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 257–257b OR N 8; BSK OR I-WEBER Art. 257 N 3.

⁹ Dazu ausführlich MONIKA SOMMER/THOMAS OBERLE, Der Mietzins, 3. A., Zürich 2007, 58 ff.; ferner SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 257–257b OR N 11 f. und 21 f.

¹⁰ Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG), SR 221.213.11.

¹¹ ZK-HIGI Art. 257a-257b OR N 3; DAVID LACHAT/DANIEL STOLL/ANDREAS BRUNNER, Mietrecht für die Praxis, 6. A., Zürich 2005, 215 m.w.N.; GIACOMO RONCORONI, Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht, in: Mietrechtspraxis 2/1990, 80.

¹² SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 257–257b OR N 11.

¹³ Vgl. dazu eingehend SOMMER/OBERLE (FN 9), 60 ff. unter Hinweis auf die diesbezüglich restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts; LACHAT/STOLL/BRUNNER (FN 11), 215; SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 257–257b OR N 18.

¹⁴ THOMAS OBERLE, Nebenkosten, Heizkosten, 3. A., Zürich 2007, 19, 46.

¹⁵ PERMANN (FN 7), Art. 256b OR N 1 m.w.N.; SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256b OR N 3.

2. Gesetzliche Regelung

Der Bestimmung von Art. 256b OR folgend trägt der Vermieter die Kosten für Lasten und öffentliche Abgaben. Die Begründung dieser gesetzgeberischen Lösung liegt darin, dass der Mieter den Vermieter vorab für die Überlassung des Mietobjekts zum Gebrauch sowie im Rahmen einer entsprechenden Vereinbarung für die aus dem Gebrauch resultierenden Nebenkosten entschädigen soll, während dem Vermieter in seiner Eigenschaft als Eigentümer die aus der dinglichen Berechtigung am Mietobjekt anwachsenden Kosten zufallen sollen¹⁶.

Die Rechtsnatur von Art. 256b OR ist umstritten, wobei sich die absolut überwiegende Lehre für den dispositiven Charakter dieser Norm ausspricht¹⁷. Diese Rechtsauffassung entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu aArt. 263 OR, welcher vorbehaltlich unbedeutender redaktioneller Änderungen inhaltlich dem geltenden Art. 256b OR entspricht¹⁸. Es ist damit als grundsätzlich zulässig zu erachten, dem Mieter die Tragung von Lasten und öffentlichen Abgaben vertraglich aufzuerlegen.

Aufgrund der gesetzlich zwingenden Bestimmung der Nebenkosten als Kosten, die durch den Gebrauch der Mietsache verursacht werden, entfällt jedoch die Möglichkeit, Aufwendungen für Lasten und öffentliche Abgaben technisch als Nebenkosten auszuscheiden. Diese sind vielmehr als eigene Kostenkategorie zu verbuchen, wobei deren Übernahme durch den Mieter der gesetzlichen Terminologie zufolge ein zusätzliches Element des Entgelts für die Überlassung der Mietsache darstellt¹⁹.

IV. Unterhalt (Instandhaltung) und Instandsetzung

1. Begriff

Der Begriff des Unterhalts umfasst alle Arbeiten an der Mietsache, mit denen nach Übergabe der Mietsache an den Mieter Mängel, die auf Abnutzung, Alterung oder sonstige Umwelteinflüsse zurückzuführen sind, vermieden werden²⁰.

Unterhaltsarbeiten dienen damit der Erhaltung der Mietsache in einem Zustand, welcher dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch entspricht. Dem Sprachgebrauch in der Immobilienbranche folgend wird dafür die Bezeichnung als Instandhaltungsarbeiten verwendet.

Instandsetzungsarbeiten dienen dagegen der Behebung bereits eingetretener Mängel, die auf Abnutzung, Alterung oder sonstige Umwelteinflüsse zurückzuführen sind und bezwecken die Wiederherstellung des vertraglich vorausgesetzten Zustandes der Mietsache. Sowohl Unterhalt bzw. Instandhaltung als auch Instandsetzung dienen dem Erhalt des Mietobjektes, wobei in komplementärer Weise Instandhaltungsarbeiten die Entstehung von Mängeln vermeiden, während mit Instandsetzungsarbeiten bereits entstandene Mängel behoben werden sollen²¹. Für dieses Begriffspaar hat sich in der Immobilienfachsprache der Begriff der *Sacherhaltung* eingebürgert, welcher im weiteren Verlauf dieses Aufsatzes ebenfalls verwendet werden soll.

Der Klarheit halber soll an dieser Stelle angemerkt werden, dass von Unterhalts- und Instandsetzungsarbeiten Erneuerungen und Änderungen der Mietsache i.S.v. Art. 260 f. OR abzugrenzen sind. Im Unterschied zu ersteren verändern diese den Zustand des Mietobjekts, wie es im Zeitpunkt des Vertragschlusses war bzw. ändern dessen Gebrauch²², was Gegenstand einer separaten gesetzlichen Regelung bildet.

2. Gesetzliche Regelung

Das Gesetz verpflichtet den Vermieter in Art. 256 Abs. 1 OR, das Mietobjekt dem Mieter in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben während der Mietdauer zu erhalten. Damit weist es Unterhalt und Instandsetzung des Mietobjekts unter konzeptionellen Aspekten dem Vermieter zu, während es dem Mieter spiegelbildlich dazu entsprechende Mängelrechte gewährt²³. Im Hinblick auf Mietverträge über Geschäftsräume ist die gesetzliche Regelung insofern zwingend, als davon gemäss Art. 256 Abs. 2 OR mietvertraglich nicht *zum Nachteil* des Mieters abgewichen werden darf²⁴. Die Rechtsfolge eines Verstosses gegen diese Regelung besteht in der Nichtigkeit entsprechender Vertragsabreden²⁵.

¹⁶ PERMANN (FN 7), Art. 256b OR N 1 m.w.N.; SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256b OR N 3.

¹⁷ Vgl. dazu die Nachweise bei PERMANN (FN 7), Art. 256b OR N 4 m.w.N.; ausführlich ZK-HIGI, Art. 256a-256b OR N 8. Zu aArt. 263 Abs. 1: BGE 107 II 268 = Pra 70 Nr. 237.

¹⁸ Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für Mieterschutz», zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27. März 1985, BBl. 1985 I 1389 ff., 1424 f. (zit. Botschaft, BBl 1985 I); zu aArt. 263 Abs. 1 OR: BGE 107 II 268 = Pra Nr. 237.

¹⁹ SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256b OR N 7; BSK OR I WEBER Art. 256b N 4 m.w.N.

²⁰ WILHELM WOLF in LINDNER-FIGURA/OPRÉE/STELLMANN, Geschäftsraummieta, München 2006, Kap. 13, N 178.

²¹ LACHAT/STOLL/BRUNNER (FN 11), 176; PERMANN (FN 7), Art. 256 OR N 1.

²² LACHAT/STOLL/BRUNNER (FN 11), 176.

²³ Vgl. Art. 258 und 259a ff. OR. Art. 259a OR stellt dabei klar, dass dem Mieter keine Mängelrechte zustehen für Mängel, welche er zu verantworten hat (vgl. dazu SVIT-Kommentar [FN 7], Art. 259a OR N 4; LACHAT/STOLL/BRUNNER [FN 11], 596, 599 f.).

²⁴ PERMANN (FN 7), Art. 256 OR N 3; ZK-HIGI Art. 256 OR N 4.

²⁵ SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256 OR N 27; ZK-HIGI Art. 256 OR N 74.

3. Differenzierung zwischen sog. «kleinem» Unterhalt und übrigem Unterhalt

Art. 259 OR implementiert die Pflicht des Mieters zur Beseitigung von Mängeln, die durch kleine, für den gewöhnlichen Unterhalt erforderliche Reinigungen oder Ausbesserungen behoben werden können. Die damit verbundene Unterhaltspflicht des Mieters erstreckt sich auf jene Vorkehren, die nach dem Ortsgebrauch im Sinne der lokalen Verkehrsübung gemäss der allgemeinen gesellschaftlichen Anschauung zum sorgfältigen Umgang mit der Mietsache gehören. Diese werden als «kleiner» Unterhalt bezeichnet und umfassen in concreto Arbeiten, die sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch des Mietobjekts ergeben und vom Mieter ohne grösseren persönlichen oder finanziellen Aufwand behoben werden können²⁶.

Angesichts der praktischen Schwierigkeit einer konzi- sen Abgrenzung der mieter- von der vermietetseitigen Unterhaltspflicht wird der kleine Unterhalt einfachheitshalber nicht selten betragsmässig umschrieben, wozu unterschiedliche Auffassungen vertreten werden²⁷. Diese Problematik soll hier nicht vertieft werden, indem die vorliegenden Ausführungen lediglich der Darstellung des gesetzgeberischen Konzepts dienen sollen.

E. Die einzelnen Elemente der Triple-Net Vereinbarung und rechtliche Anforderungen an deren gültige Umsetzung in Geschäftsmietverträgen

Nach der Darstellung der Grundsätze der Kostenverteilung zwischen Mieter und Vermieter im schweizerischen Mietrecht soll nachfolgend aufgezeigt werden, wie die mit Triple-Net Mietverträgen angestrebte Rechtslage im Einklang mit den massgebenden Rechtsnormen verwirklicht werden kann. Entsprechend der praktischen Bedeutung sollen nachfolgend an erster Stelle die entsprechenden Anforderungen betreffend Überwälzung von Unterhalts- und Instandsetzungspflicht auf den Mieter analysiert werden.

²⁶ LACHAT/STOLL/BRUNNER (FN 11), 138 f.; PERMANN (FN 7), Art. 259 OR N 2; SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 259 OR N 13 sowie eingehend ZK-HIGI Art. 259 OR N 14 ff.

²⁷ Auf die diesbezüglich unterschiedlichen Lehrmeinungen sowie die Zulässigkeit sog. «Prozentklauseln» soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Vgl. dazu die Übersicht bei PERMANN (FN 7), Art. 259 OR N 2 sowie SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 259 OR N 19 ff.

I. Übertragung der Sacherhaltungspflicht auf den Mieter

1. Allgemeines

Die Überwälzung der Unterhalts- und Instandsetzungspflicht an der Mietsache auf den Mieter stellt das wesentliche und gleichzeitig prägnanteste Unterscheidungsmerkmal des Triple-Net Mietvertrags von herkömmlichen Mietverträgen i.S.v. Art. 253 ff. OR dar. Das Interesse des Eigentümers sowie der finanzierenden Bank an kontinuierlichen und möglichst wenig reduzierten Mieterträgen, welches sich, wie einleitend erklärt, aus den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ergibt, hat in der Praxis dazu geführt, die Sacherhaltungspflicht des Vermieters auf den Mieter zu verlagern und damit das dem Gesetz zu Grunde liegende Prinzip der Bruttomiete in sein Gegenteil zu verkehren.

Rein faktisch kann dem so beschriebenen Interesse des Eigentümers bzw. der finanzierenden Bank in Mietverträgen über Geschäftsräume auf zwei Arten Rechnung getragen werden: Entweder kann der Mietvertrag vorsehen, dass der Mieter die Immobilie erhalten muss, indem er Unterhalt und Instandsetzung selbst übernimmt oder alternativ können Vermieter und Mieter vereinbaren, dass der Mieter dem Vermieter die entsprechenden Aufwendungen für Unterhalt und Instandsetzung erstattet. Wie gezeigt, setzt das Gesetz in Art. 256 OR einer solchen Praxis allerdings Grenzen, indem es die *Sacherhaltungspflicht* dem Vermieter zuweist und ein vertragliches Abweichen hiervon bei Geschäftsmietverträgen zum Nachteil des Mieters als unzulässig erklärt²⁸. Hieraus folgt, dass die Gültigkeit von Triple-Net-Klauseln von der Beachtung bzw. rechtsgenügenden Umsetzung dieses Grundsatzes abhängt, welcher sich in den folgenden Kriterien widerspiegelt.

2. Übernahme der Sacherhaltungspflicht als Teil der Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung

Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten²⁹. Der Mietzins ist gemäss Art. 257 OR das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, welches nicht notwendigerweise in einer Geldschuld gegenüber dem Vermieter bestehen muss³⁰. Im Falle eines dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden Geschäftsmietvertrages gilt mit dem Mietzins auch der Sacherhaltungsaufwand des Vermieters als entschädigt³¹. Übernimmt nun der Mieter anstelle des Vermieters die Sacher-

²⁸ SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256 OR N 4 ff.

²⁹ Art. 253 OR.

³⁰ Vgl. dazu oben D.I.

³¹ SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 253 OR N 5.

haltungspflicht für die Mietsache, stellt dies die Übernahme einer zusätzlichen Leistungspflicht als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung dar, was zu einem um die beim Mieter zusätzlich anfallenden Aufwendungen reduzierten Mietzins oder zu anderen geldwerten Vorteilen für den Mieter führen muss.

Die Übernahme der Sacherhaltungspflicht durch den Mieter, sei dies in Form einer eigentlichen Sachleistungspflicht oder im Rahmen einer zusätzlichen Kostenübernahme, stellt wegen des Entgeltcharakters Teil der auf Grund des Mietvertrages geschuldeten Hauptleistung dar. Die Sacherhaltungspflicht verliert damit ihren Charakter als Bestandteil der mietvertraglichen Hauptleistungspflicht auch bei Übertragung auf den Mieter nicht und wird mit andern Worten nicht zu einer blossen Nebenpflicht des Mieters aus dem Mietvertrag. Diese Feststellung ist insbesondere für die Rechtsfolgen einer wirksamen Überbindung relevant³².

Die Zulässigkeit einer solchen Ausgestaltung der mieterseitigen Verpflichtungen wurde von der höchstrichterlichen schweizerischen Rechtsprechung bestätigt. So hielt das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Übernahme von Renovationsarbeiten durch den Mieter in BGE 104 II 202 ff. fest, dass die Überbindung einer solchen Pflicht nicht gegen die zwingende Bestimmung des damals geltenden, inhaltlich Art. 256 OR entsprechenden aArt. 254 OR i.V.m. aArt. 5 BMM verstösst, wenn die vom Mieter zu erbringenden Leistungen bei der Festsetzung des Mietzinses berücksichtigt worden sind³³. Exemplarisch nimmt das Bundesgericht in diesem Entscheid vorweg, dass die Verpflichtung zur Erbringung von Renovationsarbeiten als Teil des vom Mieter zu bezahlenden Entgelts in Frage kommt.

Eine analoge Betrachtungsweise findet sich auch in der deutschen Rechtsprechung zu § 535 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), welcher analog zu Art. 256 Abs. 1 OR festhält, dass die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache während der Mietzeit als Bestandteil der vertraglichen Hauptleistungspflicht den Vermieter trifft³⁴. In ständiger Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof im Hinblick auf Schönheitsreparaturen³⁵, wel-

che an sich zur Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 535 BGB gehören, festgehalten, dass deren Übernahme durch den Mieter «rechtlich und wirtschaftlich einen Teil der Gegenleistung für die Überlassung des Mietobjekts darstellt»³⁶. Bekräftigt wird diese Betrachtungsweise durch die Aussage des Bundesgerichtshofes in seinem Entscheid vom 6. Juli 1988³⁷, wonach dem gesetzlichen Leitbild des § 535 BGB zufolge der Vermieter den gesamten Erhaltungsaufwand einschliesslich der Schönheitsreparaturen trägt und sich seinen Aufwand durch einen entsprechenden Bruttomietzins abgelenken lassen kann, wobei letzterer bei Abwälzung der Schönheitsreparaturen (oder sonstiger Leistungspflichten) auf den Mieter in einen Nettomietzins und die daneben vom Mieter zusätzlich zu erbringenden Leistungen aufgespalten wird.

Die Aufspaltung des Bruttomietzinses in der geschilderten Weise ist damit unter konzeptionellen Gesichtspunkten als rechtlich unbedenklich zu erachten.

3. Der Schutz des Mieters gemäss Art. 256 Abs. 2 lit. b OR und das Prinzip des Gleichgewichts der vertraglichen Leistungen

Die Vertragsfreiheit erlaubt es den Parteien, Leistung und Gegenleistung des Mietvertrages, mithin das Wertverhältnis zwischen den auszutauschenden Leistungen, innerhalb der gesetzlichen Schranken³⁸ und unter Berücksichtigung der Bestimmungen über die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen bei Wohn- und Geschäftsräumen i.S.v. Art. 269 f. OR frei zu vereinbaren. Art. 256 Abs. 2 OR setzt dieser Freiheit in quantitativer Hinsicht Schranken, wenn eine Abweichung von der gesetzlichen Ordnung, derzufolge der Vermieter die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu unterhalten hat, vorgesehen wird.

Zweck dieser Bestimmung ist es, dem Mieter die Hauptleistungspflichten des Vermieters insgesamt zu erhalten³⁹. Der Schutzbereich der Norm wirkt sich deshalb nicht nur auf die eigentliche Hauptleistungspflicht aus, d.h. die Gebrauchsüberlassung als solche, sondern auch auf alle vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen, die an die Hauptleistungspflicht des Vermieters anknüpfen, insbesondere die Rechte des Mieters aus einem allfälligen Verzug des Vermieters sowie die Mängelrechte im Falle des Abweichens des geschuldeten Soll-Zustands des Mietobjekts vom Ist-Zustand⁴⁰. Von der gesetzlichen Ordnung abweichende

³² Vgl. dazu hinten E.I.7.

³³ BGE 104 II 202 ff., 203, der in Anwendung des vormaligen Art. 5 BMM erging, welcher für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen gemäss Botschaft dem geltenden Art. 256 Abs. 2 OR entspricht (Botschaft, BBl 1985 I, 1424).

³⁴ HANS-JÖRG KRAEMER in: WOLF-RÜDIGER BUB/GERHARD TREIER, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. A., München 1999, N 1062.

³⁵ Für den Begriff *Schönheitsreparaturen* greift das deutsche Gewerberaummietrecht auf die normative Festschreibung in § 28 Abs. 4 Satz 4 II der Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung – BGBl. I S. 2614) zurück, die ursprünglich nur Geltung für den Bereich des Wohnraummietrechts hatte. Danach umfasst der Begriff der Schönheitsreparaturen ausschliesslich das Tapezieren, Anstreichen oder

Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fussböden, Heizkörper einschliesslich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Aussentüren von innen.

³⁶ Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Band 108, 1 (4) (zit. BGHZ, Band, Seite) unter Hinw. auf BGHZ 101, 253 (262) und BGHZ 105, 71.

³⁷ BGHZ (FN 36) 105, 71 (79 f.).

³⁸ Art. 19 OR.

³⁹ SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256 OR N 26.

⁴⁰ SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256 OR N 27.

Vereinbarungen sind aber nicht stets unzulässig, sondern nur dann, wenn sie zum Nachteil des Mieters ausfallen. So liegt eine Abweichung zum Nachteil des Mieters dann vor, wenn die Vereinbarung eine Schmälerung der Sacherhaltungspflicht des Vermieters zum Inhalt hat, ohne dass damit eine entsprechende Reduktion des Nettomietzinses einhergeht oder dem Mieter eine anderweitige Kompensation zugestanden wird⁴¹. Mit anderen Worten liegt immer dann kein Nachteil im Sinne des Gesetzes vor, wenn das Verhältnis der vertraglichen Leistungspflicht zwischen Mieter und Vermieter bei Überwälzung der Sacherhaltungspflicht rechnerisch demjenigen entspricht, welches aus der Vereinbarung eines herkömmlichen Mietvertrages resultieren würde, mithin diese beiden Verhältnisse in einem hypothetischen Gleichgewicht zueinander stehen.

Das Prinzip des Gleichgewichts der vertraglichen Leistungen hat das Bundesgericht im bereits zitierten BGE 104 II 202 ff. im Zusammenhang mit Renovationsarbeiten angewendet und klargestellt, dass Vereinbarungen, die den Mieter zur Tragung von Renovationskosten verpflichten, nur dann unzulässig sind, wenn die Leistung des Mieters nicht bei der Festsetzung des Nettomietzinses berücksichtigt worden ist. Das genannte Prinzip findet nach der hier vertretenen Ansicht auch auf die so genannte Rohbaumiete Anwendung, bei welcher der Mieter das Mietobjekt im Rohbau übernimmt und es auf eigene Kosten zur Gebrauchstauglichkeit ausbaut⁴².

4. Volle Entschädigung des Mieters als tragender Grundsatz und dessen Ausgestaltung in der Praxis

Eine zulässige Abweichung der gesetzlichen Ordnung von Art. 256 Abs. 2 OR liegt vor, wenn der Mieter für die vereinbarte Schmälerung der Sacherhaltungspflicht des Vermieters bzw. deren Überwälzung voll entschädigt wird⁴³. Hierdurch wird das Gleichgewicht der Leistungen der Parteien gewahrt, so dass dem Mieter kein Nachteil im Sinne des Gesetzes entsteht.

Die Höhe der vollen Entschädigung bemisst sich dabei nach dem Mietzins, der im Zeitpunkt des Vertragschlusses vom Mieter für die Gebrauchsüberlassung der Mietsache bezahlt worden wäre, wenn der Vermieter die Sacherhal-

tungspflicht inne hätte. Die Entschädigung kann in einem – im Vergleich zum Entgelt bei ungeschmälerter Sacherhaltungspflicht des Vermieters – reduzierten Mietzins bestehen. Ferner ist die Vereinbarung einer einmaligen oder in Raten aufgeteilten Entschädigungsleistung denkbar, die bereits zu Beginn des Mietverhältnisses oder nach dessen Beendigung vom Vermieter zu entrichten ist⁴⁴.

Auch anderweitige geldwerte Leistungen des Vermieters kommen als Entschädigung in Frage und sind in der Praxis anzutreffen. Im Hinblick auf die Miete von Geschäftsräumen hat die Dauer des Mietvertrages häufig den Charakter einer Entschädigung für die Übernahme der Sacherhaltungspflicht durch den Mieter. Ein langjähriger, befristeter Mietvertrag bietet wegen des Ausschlusses einer ordentlichen Kündigung dem Mieter die Gewähr, während der vereinbarten Dauer das Mietobjekt nutzen zu können, macht den Mietaufwand für die Zukunft kalkulierbar und erlaubt, Mieterausbauten auf eine bestimmte Zeitdauer hin abzuschreiben. Im Rahmen von Immobilientransaktionen mit Triple-Net Mietverträgen sind daher häufig Geschäftsraummietverträge mit einer durchschnittlichen Laufzeit von 10 bis 20 Jahren anzutreffen. Zusätzlich sind in solchen Mietverträgen oft mehrere Verlängerungsoptionen enthalten, die es dem Mieter durch einseitige Erklärung erlauben, den Mietvertrag um eine bestimmte Dauer zu verlängern, im Fall von so genannten «echten» Optionen ohne Neuverhandlung des Mietzinses⁴⁵. In diesem Sinne hat das Baselstädtische Appellationsgericht in einem Entscheid vom 9. August 1988 in Sachen *Wohnbau-genossenschaft G.* festgehalten, dass die Vereinbarung einer längerfristigen, festen Mietdauer als Gegenwert für die Leistung eines Instandstellungsbeitrages durch den Mieter zulässig ist⁴⁶.

Ein weiteres Element der Entschädigung des Mieters für die Übernahme der Sacherhaltungspflicht stellt die Indexierung des Mietzinses i.S.v. Art. 269b OR dar. Die Indexierung stellt grundsätzlich einen ausschliesslichen Mietzinsanpassungsgrund dar. Vorbehalten bleibt lediglich eine Mietzinserhöhung wegen Mehrleistungen des Vermieters, sofern dies vertraglich vereinbart worden ist⁴⁷. Bei der Vereinbarung einer Indexklausel muss der Vermieter somit davon ausgehen können, dass die im Einklang mit der Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise erfolgende Anpassung des Mietzinses genügen wird, um die mit dem Mietobjekt verbundenen Kosten zu decken. Bei langjährigen Mietverträgen übernimmt der Vermieter dabei insbesondere im Hinblick auf die zukünftigen Fremdkapitalkosten ein er-

⁴¹ ZK-HIGI Art. 256 OR N 68; SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256 OR N 29; ähnlich PETER GAUCH, Mängelhaftung des Vermieters und mangelhafte Mietsache – einige Gedanken zum neuen Mietrecht, in: ZBJV 128 (1992), 189 ff., 194; in diesem Sinne BGE 104 II 102 ff., 103.

⁴² Vgl. dazu eingehend RICHARD PERMANN, Nichtgeregeltes Sonderproblem Rohbaumiete bei Geschäftsräumlichkeiten, in: AJP 12/2007, 1525 ff., a.M. SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 256 OR N 32c, wo von einer analogen Anwendung von Art. 260a OR ausgegangen und die volle Entschädigung des Mieters für den Endausbau als nicht erforderlich erachtet wird.

⁴³ ZK-HIGI Art. 256 OR N 70; GAUCH (FN 41), 195.

⁴⁴ GAUCH (FN 41), 195; ZK-HIGI Art. 256 OR N 71. Die Vereinbarung der konkreten Zahlungsströme reflektiert in der Praxis die individuellen ökonomischen Präferenzen der Parteien, welche von den verschiedensten Parametern beeinflusst werden.

⁴⁵ Vgl. dazu SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 255 OR N 11 m.w.N.

⁴⁶ Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1990, 193 ff., 195.

⁴⁷ LACHAT/STOLL/BRUNNER (FN 11), 359.

hebliches Risiko, welches er nur dann zu tragen gewillt ist, wenn er eine Gegenleistung dafür erhält. Demzufolge kann ein langjähriger Mietvertrag mit Indexklausel durchaus als Gegenwert zur Übernahme von Sacherhaltungspflichten durch den Mieter in Frage kommen.

Bei Sale-and-Lease-Back Transaktionen wird die Entschädigungsleistung grundsätzlich im Kaufpreis für den Erwerb der Immobilie mitberücksichtigt. Der Käufer und nachmalige Vermieter ist bereit, einen vergleichsweise höheren Kaufpreis für eine Immobilie zu bezahlen, wenn er das Risiko schwankender Grössen wie Unterhalts- und Instandsetzungskosten auf den Mieter überwälzen kann und dadurch eine feste Basis für seine Kostenberechnung, nämlich die uneingeschränkt verfügbare Nettomiete erhält. Die so vereinbarte Nettomiete ist gleichzeitig eine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein künftiger Fremdkapitalgeber bereit sein wird, ein Maximum des Kauf- bzw. Marktwertes einer Immobilie zu finanzieren.

Schliesslich kommen als Entschädigung des Mieters weitere geldwerte Leistungen des Vermieters in Form von Sach- und/oder Dienstleistungen in Frage. Zu beachten ist jedoch, dass eine solche Vereinbarung unter Umständen einem Kopplungsgeschäft nach Art. 254 OR nahekommen kann.

Die Praxis zeigt, dass sich die Entschädigung des Mieters für die Übernahme der Sacherhaltungspflicht meist aus einer Kombination der vorerwähnten Leistungen zusammensetzt. Aufgrund der schwerwiegenden Folgen der Nichtigkeit bei einem Verstoss gegen Art. 256 Abs. 2 OR ist es ratsam, die einzelnen Entschädigungsfaktoren im Mietvertrag zu erwähnen.

Diese Darlegungen zeigen auf, dass eine Triple-Net Vereinbarung bei ausgewogener Entschädigung des Mieters für die Übernahme der Unterhalts- und Instandsetzungspflichten die Höhe des aus der Mietsache erzielten Ertrages nicht beeinflusst. Vor diesem Hintergrund ist sie renditemässig als neutral zu bezeichnen und daher nicht Gegenstand einer gesonderten Prüfung im Lichte von Art. 269 ff. OR zu missbräuchlichen Mietzinsen.

5. Besonderheiten bei der Überwälzung der Sacherhaltungspflichten an gemeinschaftlich genutzten Räumen bzw. Gegenständen sowie an Dach und Fach⁴⁸

Das vorgenannte Prinzip des Gleichgewichts der vertraglichen Leistungen gilt als allgemeiner Grundsatz bei der Verschiebung von Hauptleistungspflichten vom Vermieter auf den Mieter unabhängig davon, an welchen Gebäudeteilen die Sacherhaltungspflicht auf den Mieter übertragen wird. Folglich ist es grundsätzlich möglich, die Sacherhaltungspflicht für gemeinschaftlich genutzte Räume bzw. Gegenstände sowie für Dach und Fach auf den Mieter zu überwälzen, sofern dieser für die Übernahme dieser Verpflichtung voll entschä-

digt wird⁴⁹. Im Unterschied zum Mietobjekt selbst, das dem Mieter zur alleinigen Benutzung zur Verfügung steht, dienen die gemeinschaftlich genutzten Räume bzw. Gegenstände sowie Dach und Fach nicht oder nicht ausschliesslich seinem Mietgebrauch und befinden sich damit ausserhalb seines Risikobereiches. Wird die Übernahme der Sacherhaltungspflicht als Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung verstanden, kann es deshalb nur zulässig sein, denjenigen Betrag auf den Mieter zu überwälzen, der dem Vermieter bei einem herkömmlichen Mietvertrag für die Erhaltung der gemeinschaftlich genutzten Räume bzw. Gegenstände sowie Dach und Fach zur Verfügung stehen würde. In diesem Umfang ist die Leistung des Mieters für die Erhaltung der gemeinschaftlichen Räume und Gegenstände sowie für Dach und Fach zu begrenzen. Die Berechnung dieser Kostengrenze gestaltet sich in der Praxis nicht einfach, weshalb in Triple-Net Mietverträgen häufig auf die Vereinbarung einer Kostengrenze verzichtet wird. Eine Sacherhaltungsklausel, die dem Mieter Reparaturverpflichtungen bezüglich Schäden auferlegt, die nicht seinem Mietgebrauch oder Risikobereich zuzuordnen sind, dürfte aber ohne Kostenbegrenzung nichtig sein, da das übernommene Risiko für den Mieter nicht mehr abschätzbar ist, was zu einer nachteiligen Belastung im Sinne von Art. 256 Abs. 2 OR führt.

In der deutschen Lehre wird eine Reparaturklausel, die Schäden ausserhalb des eigentlichen Mietobjekts bzw. Gebrauchsrisikos einbezieht und eine Kostenbegrenzung von 10 % des Jahresmietzinses enthält, überwiegend als zulässig erachtet⁵⁰.

6. Formelle Schranken der rechtswirksamen Vereinbarung einer Sacherhaltungsklausel

Dem Leitbild des schweizerischen Mietrechts zufolge stellt die Sacherhaltungspflicht grundsätzlich eine der vermietetseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Mietvertrag dar⁵¹. Die Überwälzung der Sacherhaltungspflicht auf den Mieter bedarf daher stets einer entsprechenden Parteivereinbarung. Obschon der Mietvertrag über Geschäftsräumlichkeiten keiner Schriftform bedarf, empfiehlt sich die schriftliche Abfassung der entsprechenden Bestimmungen, um späteren Beweisschwierigkeiten vorzubeugen⁵². Um eine unzulässige Benachteiligung des Mieters und die Nichtigkeitsfolge bei der Verschiebung von Sacherhaltungspflichten zu vermeiden,

⁴⁹ Vgl. dazu vorne E.I.4.

⁵⁰ ECKHARD WOLF/HANS-GEORG ECKERT, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 6. A., Köln 1991, N 139; KRAEMER in: BUB/TREIER (FN 34), N 1080; HANS LANGENBERG in: SCHMIDT-FUTTERER, Mietrecht, Grosskommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 9. A., München 2007, § 538 BGB N 39; WOLF-RÜDIGER BUB, Gewerberaummietvertrag und AGB-Gesetz, NZM 1998, Heft 20, 793.

⁵¹ Vgl. dazu vorne D.IV.2.

⁵² PERMANN (FN 7), Art. 253 OR N 17.

⁴⁸ Zur Definition der Wendung *Dach und Fach* siehe vorne C.

müssen Sacherhaltungsklauseln bestimmte Grenzen einhalten. Da die Übernahme der Sacherhaltungspflicht durch den Mieter rechtlich und wirtschaftlich einen Teil seiner Gegenleistung für den Gebrauch des Mietobjekts darstellt, ist es für die Wirksamkeit der Klausel insbesondere notwendig, dass die vom Mieter übernommenen Verpflichtungen bzw. Aufwendungen klar definiert sowie für diesen nachvollziehbar und kalkulierbar sind. Nur dann wird die Höhe des für die Gebrauchsüberlassung insgesamt zu leistenden Entgelts im Sinne der Art. 253 und 257 OR bestimmbar, was zu den Essentialia des Mietvertrags gehört⁵³. Eine Klausel des Inhalts «Die Instandhaltung des gesamten Mietobjekts obliegt dem Mieter», ist grundsätzlich zu unbestimmt. Eine solche Vereinbarung überbindet die Erhaltungspflicht des gesamten Mietobjekts vollständig dem Mieter ohne nähere Spezifikation und führt damit zu einem nicht mehr kalkulierbaren Kostenrisiko und zu einer unbeschränkten Leistungspflicht des Mieters, worin eine Benachteiligung des Mieters im Sinne des Art. 256 Abs. 2 OR liegt (zur Ausnahme bei Sale-and-Lease-Back Transaktionen siehe nachfolgend). Gleiches gilt für die Überwälzung von Kosten, die aus a priori unkalkulierbaren Ereignissen wie höherer Gewalt, Zufall oder durch rechtswidriges Eingreifen Dritter (beispielsweise Einbrecher) entstehen.

Um dem Vorwurf des nicht mehr kalkulierbaren Kostenrisikos zu begegnen, empfiehlt es sich in der Praxis, die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten als eigene Kostenkategorie in einem separaten Abschnitt des Mietvertrages detailliert zu regeln. Für Sacherhaltungsverpflichtungen des Mieters für Flächen, die nicht seinem ausschliesslichen Mietgebrauch oder Risikobereich zuzuordnen sind, wie bei gemeinschaftlich genutzten Räumen bzw. Gegenständen und für Dach und Fach, ist eine Kostenbegrenzung für die einzelnen Aufwandsposten zwischen den Parteien zu vereinbaren. Um Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten der verwendeten Begriffe vorzubeugen, empfiehlt es sich, interpretationsbedürftige Begriffe wie «Dach und Fach» näher im Mietvertrag zu definieren.

Angesichts dessen, dass die Übernahme der Sacherhaltungspflicht durch den Mieter nur gegen volle Entschädigung zulässig ist, sollte auf die entsprechenden Entschädigungsleistungen des Vermieters im Geschäftsraummietvertrag explizit hingewiesen werden, damit das Prinzip des Gleichgewichts erkennbar wird. Vorbehalte gelten diesbezüglich bei Mietverträgen im Rahmen von Sale-and-Lease-Back Transaktionen: Hierbei wird der vormalige Eigentümer zum alleinigen Mieter des Mietobjekts und sein Kenntnisstand über die für die Sacherhaltung des Mietobjekts aufzuwendenden Kosten übertragt bei weitem denjenigen des Erwerbers bzw. Vermieters der Liegenschaft. Der Schutz des Mieters rechtfertigt sich in dieser Konstellation nicht im selben Ausmass, indem er in seiner Eigenschaft als vormaliger Eigentümer

über die mit der betreffenden Immobilie verbundene Kostenstruktur aufgeklärt ist und sich dieses *Wissen* anrechnen lassen muss. An die Detailliertheit diesbezüglicher Triple-Net Klauseln sind deshalb geringere Anforderungen zu stellen.

7. Rechtsfolgen bei wirksamer Überwälzung der Sacherhaltungspflichten auf den Mieter

Der Vermieter und Eigentümer einer Liegenschaft hat in der Regel ein eigenes Interesse daran, in regelmässigen Abständen Unterhalts- und Instandsetzungsarbeiten vorzunehmen oder vornehmen zu lassen, um deren Wert zu erhalten. Der Mieter dagegen, dem die Sacherhaltungspflicht im Rahmen des Mietvertrags übertragen wurde, wird nur dann zur Vornahme von Unterhalts- und Instandsetzungsarbeiten geneigt sein, wenn die Gebrauchstauglichkeit seines Mietobjekts eingeschränkt ist, denn die Werterhaltung der Liegenschaft kommt nicht ihm, sondern dem Eigentümer zugute. Diese Interessenlage gilt insbesondere für Unterhalts- und Instandsetzungsarbeiten an Flächen oder Anlagen, die sich ausserhalb seines Mietgebrauchs befinden. Während der Mieter somit zu Beginn der Mietzeit noch gewillt sein mag, in regelmässigen Abständen Instandsetzungsarbeiten zu leisten, zeigt sich in der Praxis häufig, dass nach Ablauf von Dreivierteln der Mietdauer die Bereitschaft dazu sinkt.

An dieser Stelle interessiert deshalb, welche Rechte der Vermieter zur Durchsetzung seiner Ansprüche aus einer wirksamen Überwälzung der Sacherhaltungspflicht auf den Mieter hat. Vorab festzuhalten ist, dass die Nichterfüllung dieser vertraglichen Hauptleistungspflicht ein vertragswidriges Verhalten darstellt, welches den Vermieter dazu berechtigt, gemäss den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über vertragliche Leistungsstörungen i.S.v. Art. 97 ff. OR vorzugehen. Im weitaus häufigsten Fall einer nicht rechtzeitigen Erfüllung der geschuldeten, an sich möglichen Leistung kommen grundsätzlich Art. 102 ff. OR zur Anwendung, allerdings nur, sofern der Vermieter auf der Erfüllung der geschuldeten Leistung durch den Mieter beharren will. Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Vermieter am Vertragsverhältnis bei Leistungsverzug des Mieters nicht festhalten will: Wie gezeigt, stellt die Übernahme der Sacherhaltungspflicht rechtlich und wirtschaftlich einen Teil des Entgelts für den Gebrauch der Mietsache dar. Hieraus folgt, dass sich der Mieter, wenn er Unterhalt und Instandsetzung bei Fälligkeit nicht vornimmt, mit der Zahlung des Mietzinses im Rückstand befindet. Bei Zahlungsrückstand des Mieters gewährt Art. 257d OR dem Vermieter, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung, unabhängig davon, ob es sich bei der zu erbringenden Leistung um eine Geldleistung oder um eine Leistung in anderer Form handelt⁵⁴. Insoweit

⁵³ BGE 119 II 347; SVIT-Kommentar (FN 7), Art. 253 OR N 5; PERMANN (FN 7), Art. 257 OR N 3.

⁵⁴ ZK-HRGI Art. 257d OR N 8 und 10.

geht Art. 257d OR bei ausserordentlicher Auflösung des Mietverhältnisses als *lex specialis* den allgemeinen Regeln der Art. 107 ff. vor⁵⁵.

Eine Voraussetzung, dass der Mieter mit seiner Leistungspflicht in Verzug gerät, ist die Fälligkeit dieser Leistung. Würden keine Fristen zur Mängelbeseitigung zwischen den Parteien vereinbart, müsste an sich die dispositive Regel von Art. 257c OR über die Fälligkeit des Mietzinses zur Anwendung kommen. Die Bestimmung passt in diesen Fällen aber nicht, wäre doch die Leistung am Ende eines jeden Monats, spätestens am Ende der Mietzeit, fällig. Je nach dem Zeitpunkt, in dem der Mangel eintritt, sähe sich der Mieter unabhängig von der Schwere des Mangels mit gegebenenfalls äusserst knappen, ja zu knappen Fristen zur Mängelbeseitigung konfrontiert, was nicht Sinn und Zweck einer Sacherhaltungsklausel sein kann. Ergeben sich aus der Auslegung der Sacherhaltungsklausel keine anderen Fristen, ist vielmehr von der allgemeinen Regel von Art. 75 OR auszugehen. Gemäss dieser Bestimmung kann der Vermieter den Mieter sogleich zur Mängelbeseitigung auffordern, muss diesem aber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine vernünftige Frist zur Mängelbeseitigung gewähren⁵⁶. Erfüllt der Mieter innerhalb der angesetzten Frist die geschuldete Leistung nicht, kann der Vermieter ihm schriftlich eine erneute Frist von mindestens 30 Tagen zur Mängelbeseitigung ansetzen und nach Art. 257d OR vorgehen.

Als weitere Möglichkeit steht dem Vermieter die Ersatzvornahme offen, wenn der Mieter die ihm auferlegten Sacherhaltungspflichten nicht vertragsgemäss vornimmt. Diese besteht darin, dass er auf Kosten des Mieters die anstehenden Arbeiten selbst vornimmt oder durch einen Dritten vornehmen lässt. Im Unterschied zur Ersatzvornahme des Mieters bei Säumnis des Vermieters gemäss Art. 259b lit. b OR muss sich der Vermieter nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 98 OR vom Richter dazu ermächtigen lassen.

Schliesslich stellt sich im Hinblick auf die Triple-Net Miete als Geschäftsraummiete die Frage, ob der Vermieter das Retentionsrecht gemäss Art. 268 ff. OR geltend machen kann, wenn der Mieter seiner wirksam übernommenen Sacherhaltungspflicht nicht nachkommt. Voraussetzung des Retentionsrechts im Sinne von Art. 268 ff. OR ist neben der angetretenen gültigen Miete eine Mietzinsforderung des Vermieters aus Geschäftsraummiete⁵⁷. Da es sich bei der übernommenen Sacherhaltungspflicht des Mieters um einen Teil des Entgelts für den Gebrauch des Mietobjekts handelt, ist auch diese Leistung retentionsgesichert und das Retentionsrecht des Vermieters grundsätzlich zu bejahen⁵⁸. Eine Prosequierung der Retention durch Betreibung ist aber nur möglich, wenn eine Geldforderung i.S.v. Art. 38 SchKG vorliegt. Dies

ist zunächst nicht der Fall, wenn der Mieter zur Vornahme von Sacherhaltsleistungen verpflichtet ist. Eine Geldforderung entsteht aber dadurch, dass der Vermieter bei Verzug des Mieters gemäss Art. 107 OR vorgeht und unter Verzicht auf die Leistung das positive Interesse geltend macht oder aber zur Ersatzvornahme ermächtigt worden ist. Auch diese Forderungen sind retentionsgesichert, indem das Retentionsrecht auf das gesamte für die Gebrauchsüberlassung vereinbarte Entgelt i.S.v. Art. 257 OR Anwendung findet, unabhängig davon, ob es sich dabei primär um eine Geldschuld handelt. Eine davon abweichende Auffassung würde dazu führen, dass dieses Sicherungsrecht entgegen der Bestimmung von Art. 268 OR nicht für alle Mietzinsforderungen geltend gemacht werden könnte, was der *ratio legis* widerspricht.

Um jedoch die Vollstreckung verzögernde Streitigkeiten über diese Frage zu verhindern, ist es ratsam, im Mietvertrag festzuhalten, dass sich die Sacherhaltungspflicht des Mieters im Falle der Nichterfüllung bei Fälligkeit in eine gleichwertige Geldforderung wandelt.

Der Klarheit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass dem Mieter, soweit ihm die Unterhalts- und Instandhaltungspflicht für das Mietobjekt wirksam übertragen wurde, in diesem Umfang die Mängelrechte nach Art. 259a ff. OR nicht zustehen. Diese stehen ihm gemäss Art. 259a Abs. 1 OR nur bei Mängeln zur Verfügung, die er nicht auf *eigene Kosten* zu beseitigen hat. Obschon diese Formulierung grundsätzlich auf Art. 259 OR verweist, bestimmt vorab der Mietvertrag innerhalb der Schranken von Art. 256 Abs. 2 OR, welche Mängel der Mieter auf eigene Kosten zu beseitigen hat⁵⁹. Art. 259a Abs. 1 OR verdeutlicht, dass die Mängelrechte des Mieters mit der Sacherhaltungspflicht des Vermieters korrelieren. Wurde zwischen den Parteien dagegen *lediglich* vereinbart, dass der Mieter dem Vermieter die Aufwendungen für Unterhalt und Instandhaltung zu erstatten hat, kann der Mieter von den Mängelrechten unvermindert Gebrauch machen. Kommt der Mieter seiner Erstattungspflicht nicht nach, so kommt er in Zahlungsrückstand nach Art. 257d Abs. 1 OR und der Vermieter hat die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung, soweit die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.

Um Rechtsstreitigkeiten nach Ablauf der Mietdauer zu vermeiden, empfiehlt es sich, den Mieter zur Vornahme von regelmässigen Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsarbeiten in Abhängigkeit von der jeweiligen Art der Nutzung zu verpflichten. Bei der Vereinbarung dieser Instandsetzungsintervalle ist aber zu beachten, dass dem Mieter in zeitlicher Hinsicht genügend Spielraum verbleibt, indem ein zu starrer Fristenplan unter Umständen einen Nachteil für den Mieter im Sinne von Art. 256 Abs. 2 OR bedeuten kann⁶⁰.

⁵⁵ ZK-HrIG Art. 257d OR N 6.

⁵⁶ Vgl. BSK OR I-LEU Art. 75 N 5.

⁵⁷ ZK-HrIG Art. 268–268b OR N 23.

⁵⁸ ZK-HrIG Art. 268–268b OR N 25 f.

⁵⁹ ZK-HrIG Art. 259a OR N 9; Botschaft, BBl 1985 I, 1434.

⁶⁰ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 23. Juni 2004 – VIII ZR 361/03 zum deutschen Wohnraummietrecht, der noch nicht auf das Gewerberaummietrecht übertragen worden ist.

II. Überwälzung von öffentlichen Abgaben und Lasten, insbesondere Versicherungskosten, auf den Mieter

Im Hinblick auf die eingangs gestellte Rechtsfrage lässt sich festhalten, dass es aufgrund der dispositiven Regelung von Art. 256b OR zulässig ist, Abgaben und Lasten jeder Art, die aufgrund der Eigentümerstellung am Mietobjekt anfallen und nicht mit dessen Gebrauch im Zusammenhang stehen, wie Nebenkosten separat auszuscheiden und dem Mieter zu überbinden⁶¹. Notwendig dazu ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien oder die Berücksichtigung im Rahmen einer entsprechenden Vertragsänderung im Sinne von Art. 269d Abs. 3 OR. Zu betonen ist, dass es sich hierbei nach der gesetzlichen Terminologie von Art. 257a OR nicht um Nebenkosten handelt, sondern um ein zusätzliches Entgelt, das in der Mietzinskalkulation zu berücksichtigen ist.

III. Anforderungen an die Ausscheidung von Betriebskosten

Wie eingangs dargelegt, können Betriebskosten als tatsächliche Aufwendungen des Vermieters oder eines Dritten für Leistungen, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen, im Rahmen einer mietvertraglichen Vereinbarung gestützt auf Art. 257a OR auf den Mieter überwälzt werden. Dies gilt selbstredend auch für Triple-Net Mietverträge.

Das Bundesgericht stellt dabei sehr strenge Anforderungen an die Vereinbarung über Nebenkosten. Zwar hält es fest, dass die Vereinbarung von Nebenkosten grundsätzlich formlos gültig ist und nicht zwingend in Schriftform erfolgen muss, sondern auch mündlich oder sogar durch konkludentes Handeln erfolgen kann. Wird jedoch ein schriftlicher Mietvertrag geschlossen, so leitet das Bundesgericht davon ab, dass sich die Parteien auch betreffend die Nebenkosten schriftlich verpflichten wollten⁶². Dies hat zur Folge, dass bei schriftlicher Abfassung des Mietvertrages eine mündlich getroffene oder konkludent geschlossene Nebenkostenregelung formnichtig ist. Ein besonderes Augenmerk ist dabei zudem auf die Anforderungen an die rechtsgenügende Detailliertheit der Ausscheidung der einzelnen Betriebskosten zu richten, welche grundsätzlich auch bei Triple-Net Mietverträgen zu beachten ist. Insbesondere bei Sale-and-Lease-Back Transaktionen ist eine derart formalistische Betrachtungsweise jedoch unangebracht, hat doch der Mieter als ehemaliger Eigentümer genaue Kenntnis darüber, welche Betriebskosten im Zusammenhang mit der Liegenschaft bisher angefallen sind.

Im Hinblick auf eine möglichst effiziente Liegenschaftsverwaltung werden bei Triple-Net Mietverträgen häufig Pau-

schalen für die Nebenkosten vereinbart. Mit der Vereinbarung von Pauschalen wird die Entschädigung der Nebenkosten im Voraus ziffernmässig festgelegt⁶³. Gemäss Rechtsprechung muss auch bei dieser Zahlungsart jede geltend gemachte Nebenkostenposition einzeln im Mietvertrag aufgeführt werden⁶⁴. Mit der Bezahlung der Pauschale gelten die Aufwendungen des Vermieters für die Nebenkosten aber in jedem Falle als abgedeckt, unabhängig davon, ob die tatsächlichen Nebenkosten höher oder tiefer liegen als die vereinbarte Pauschale⁶⁵. Der Vorteil der Pauschalierung und damit der Grund für die Verbreitung dieser Abrechnungsart bei Triple-Net Mietverträgen liegt darin, dass keine jährliche Abrechnung erstellt werden muss⁶⁶, wobei klar festzuhalten ist, dass der Mieter auch im Falle der Pauschalzahlung gemäss Art. 257b Abs. 2 OR Anspruch auf Einsicht in die Belege hat.

F. Schlussfolgerungen

Die Vereinbarung von Triple-Net Klauseln in Geschäftsmietverträgen, im Rahmen derer sich der Mieter zur Übernahme sämtlicher mit dem Mietobjekt verbundenen Aufwendungen für Betrieb, Unterhalt und Instandsetzung verpflichtet, ist unter Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Mietrechts bzw. der diesen zugrunde liegenden Prinzipien zulässig. Im Hinblick auf die rechtswirksame Überbindung der einzelnen Kostenarten gilt dabei Folgendes:

Die Übernahme der *Sacherhaltungspflicht* des Mietobjekts durch den Mieter stellt wirtschaftlich und rechtlich einen Teil des Entgelts für die Gebrauchsüberlassung dar. Eine solche Aufteilung des Mietzinses ist rechtlich zulässig, sofern der Wert der entsprechenden Leistungen bei der Festlegung des Nettomietzinses gebührend berücksichtigt wird. Art. 256 Abs. 2 OR untersagt die Überwälzung der Sacherhaltungspflicht nur, wenn dies zum Nachteil des Mieters erfolgt. Es muss somit das Prinzip des Gleichgewichts der vertraglichen Leistungen gewahrt werden, welches besagt, dass das Verhältnis zwischen den Leistungen des Mieters und des Vermieters im Rahmen des Triple-Net Mietvertrages rechnerisch demjenigen eines (hypothetischen) herkömmlichen Mietvertrages über dasselbe Mietobjekt zwischen denselben Vertragsparteien entsprechen muss. Die Schmälerung der Sacherhaltungspflicht des Vermieters ist daher durch eine entsprechende Reduktion des Mietzinses oder die Gewährung anderweitiger Vorteile zugunsten des Mieters zu kompensieren. Die Möglichkeiten hierzu sind vielfältig und

⁶¹ ZK-HIGI Art. 256a–256b OR N 44.

⁶² Urteil des Bundesgerichts 4C.224/2006 vom 24. Oktober 2006, E. 2.1 = Mietrechtspraxis 1/2007, 18 ff., 19.

⁶³ ZK-HIGI Art. 257a–257b OR N 19.

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 4C.346/99 vom 7. April 1999 = MRA 1/00, 242 ff., 245.

⁶⁵ PERMANN (FN 7), Art. 257b OR N 18.

⁶⁶ ZK-HIGI Art. 257a–257b OR N 34; SOMMER/OBERLE (FN 9), 65.

werden in der Immobilienwirtschaft oft kombiniert verwendet. Als weiteren Grundsatz gilt es ferner zu beachten, dass die vom Mieter zu übernehmenden Pflichten im Mietvertrag klar definiert und bestimmbar sein müssen, um ein unkalkulierbares Kostenrisiko auszuschliessen.

Die Qualifizierung der Sacherhaltungspflicht als Teil des geschuldeten Mietzinses und damit als Hauptleistungspflicht des Mieters berechtigt den Vermieter, bei Leistungsstörungen nach Art. 97 ff. OR vorzugehen sowie unter Beachtung der formellen Erfordernisse gemäss Art. 257d OR das Mietverhältnis ausserordentlich zu kündigen, wenn sich der Mieter mit seiner Leistung im Verzug befindet. Zusätzlich kann auch das Retentionsrecht i.S.v. Art. 268 OR geltend gemacht werden.

Betriebskosten sowie *Lasten und öffentliche Abgaben* dürfen demgegenüber gestützt auf eine entsprechende Parteivereinbarung auf den Mieter übertragen werden, ohne dass er hierfür voll entschädigt werden muss. Die Abwälzung der zweitgenannten Kostenart auf den Mieter führt den mietrechtlichen Prämissen folgend jedoch zu einer erhöhten Rendite des Vermieters aus dem Mietobjekt, was bei der Bemessung des Nettomietzinses entsprechend zu berücksichtigen ist.

Die vorliegende Untersuchung zeigt somit auf, dass die Rezeption des Triple-Net Mietvertrags in der Schweiz die Möglichkeit zu individueller Ausgestaltung von Mietverträgen schafft, welche den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Vertragsparteien optimal entspricht.

La présente contribution examine, à l'aune des dispositions impératives du droit suisse du bail, l'admissibilité de contrats de bail à loyer de locaux commerciaux «triple net». Dans le contexte de ces contrats, le locataire s'engage à prendre en charge toutes les dépenses concernant l'utilisation, l'entretien et le maintien en état, liées à la chose louée. L'analyse des dispositions pertinentes démontre qu'une telle convention est admissible, dans les limites des articles 19 et 269 s. CO et sous réserve du respect des principes suivants:

La prise en charge par le locataire de l'*obligation de maintenir en état la chose louée* est qualifiée, d'un point de vue économique et juridique, de partie de la contre-prestation pour l'usage de la chose. Une telle répartition du loyer est autorisée dans la mesure où il en est suffisamment tenu compte lors de la détermination des autres dispositions du contrat de bail à loyer, de sorte qu'il n'en résulte aucun désavantage pour le locataire. Les obligations contractées doivent être clairement définies et déterminables dans le contrat de bail à loyer, afin d'exclure le risque que les coûts soient impossibles à chiffrer.

Les *coûts d'exploitation* ainsi que les *charges et contributions publiques* peuvent en revanche être mises à la charge du locataire sur la base d'une convention afférente des parties, sans qu'il en soit pleinement indemnisé.

(trad. LT LAWYANK, Fribourg)