

## **Kleiner Unterhalt als Mieterpflicht – Inhalt und Schranken**

Die Pflicht des Mieters zur Übernahme des kleinen Unterhalts und der Reinigung ist bezüglich Aufwand und Kosten begrenzt. Erfordert die Reparatur, die Ausbesserung oder die Reinigung besonderes Fachwissen oder spezielle Geräte, so muss diese weder vom Mieter ausgeführt werden, noch muss er die entsprechenden Kosten übernehmen. Die vertragliche Vereinbarung von Prozentklauseln ist weder bei Wohn- noch bei Geschäftsräumen zulässig.

## **Menus travaux à la charge du locataire – Obligations et limites**

L'obligation du locataire de prendre à sa charge les menus travaux de réparation et de nettoyage est limitée quant aux dépenses et aux frais. Le locataire est ni tenu d'exécuter lui-même la réparation ou le nettoyage qui demandent des connaissances spécialistes ou l'utilisation des appareils appropriés, ni de prendre à sa charge les frais de l'intervention. La conclusion d'un calcul au pourcentage n'est pas admissible dans les contrats de bail pour logements et locaux à usage commercial.



Von **DR. ARMIN ZUCKER** und **TOBIAS KUNZ**, Rechtsanwälte, Zürich

## Inhalt

1. Rechtsnatur des kleinen Unterhaltes zulasten des Mieters
2. Begrenzung der Pflicht des Mieters
3. Ausweitung der Mieterpflicht durch Vereinbarung: Prozentklauseln
4. Serviceverträge / Selbstbehalt
5. Tieferer Mietzins
6. Ausweitung der Mieterpflicht durch Ortsgebrauch
7. Kleiner Unterhalt bei Geschäftsräumen

## Einleitung

Der Mieter muss Mängel, die durch kleine, für den gewöhnlichen Unterhalt erforderliche Reinigungen oder Ausbesserungen behoben werden können, nach Ortsgebrauch auf eigene Kosten beseitigen. So der Gesetzestext (Art. 259 OR).

Bei der Beratung zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Jahr 1988 und 1989 gab diese Bestimmung keinen Anlass zu Diskussionen. Wie schon in der Botschaft des Bundesrats zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985<sup>1</sup> wurde es nicht als nötig erachtet, die Mängel, welche durch den Mieter auf dessen Kosten zu beseitigen sind, zu konkretisieren. Die Bestimmung entsprach weitgehend dem Art. 263 Abs. 2 altOR.

Der Gesetzgeber erkannte nicht, dass bereits vor der Revision Klärungsbedarf bestand und belies es bei der unklaren Formulierung. Auch eine vertiefte Auseinandersetzung mit den erläuternden Aussagen von Bundesrätin Kopp anlässlich der Beratung im Ständerat vom 7. Juni 1988 ist nur beschränkt nützlich. Zumindest kann festgehalten werden, dass es sich bei den von Art. 259 OR erfassten Arbeiten gemäss Bundesrätin Kopp um Kleinigkeiten handelt<sup>2</sup>. Doch wie der Ausdruck «Kleinigkeit» sind auch die im Gesetz enthaltenen Begriffe «gewöhnlicher Unterhalt», «Reinigung» und «Ausbesserung» wenig hilfreich bei Abgrenzungsfragen.

Da der Unterhalt der Mietsache eine grundsätzliche Vermieterpflicht darstellt, steht die «kleine Unterhaltspflicht» des Mieters gemäss Art. 259 OR zur allgemeinen Unterhaltspflicht des Vermieters nach Art. 256 OR in einem Verhältnis von Ausnahme zur Regel. Im Zweifel ist dieser Ausnahmecharakter zu berücksichtigen<sup>3</sup>.

Weder aus dem Umstand, dass Art. 259 OR eine Durchbrechung des Prinzips der unbeschränkten Sachgewährleistungspflicht des Vermieters darstellt, noch aus dem Gesetzestext lässt sich das Ausmass der «kleinen» Unterhaltspflicht des Mieters bestimmen. In der Praxis ist es allerdings genau das Ausmass dieser Unterhaltspflicht, welches Probleme schafft.

Es liegt in der Natur der Sache, dass zum kleinen Unterhalt kaum eine publizierte Rechtsprechung entwickelt wurde, geht es doch im Einzelfall um kleine Streitwerte<sup>4</sup>. Umso wertvoller sind die wenigen Urteils-Trouvaillen zu diesem Thema, die in diesem Aufsatz verarbeitet werden.

### 1. Rechtsnatur des kleinen Unterhaltes zulasten des Mieters

Die Pflicht zur Tragung des kleinen Unterhaltes ist zugunsten des Mieters relativ zwingender Natur. Eine vertragliche Abweichung ist somit nur zu Gunsten des Mieters möglich. Dies ergibt sich aus Art. 256 OR<sup>5</sup>.

Beim kleinen Unterhalt zulasten des Mieters handelt es sich um eine Dauerpflicht. Sie beginnt nach Übergabe des Mietobjekts. Vor Antritt des Mietverhältnisses liegt die Pflicht zur Mängelbehebung grundsätzlich vollständig beim Vermieter. Die Unterhalts- und Instandstellungspflicht des Vermieters vor bzw. bei der Übergabe der Mietsache ist im Vergleich zu seiner Unterhaltspflicht während der Dauer des Mietverhältnisses erweitert. So muss der Vermieter vor der Übergabe auch jene Mängelbehebung vornehmen, die unter den kleinen Unterhalt i.S. von Art. 259 OR fällt<sup>6</sup>. Deshalb kann der Mieter die Übergabe der Mietsache in einem Zustand verlangen, in welchem auch Mängel im Sinne des kleinen Unterhaltes durch den Vermieter beseitigt sind (Art. 258 Abs. 3 lit. b OR). In der Praxis liegt diese Pflicht zur Behebung von kleinen Mängeln bei Mietbeginn i.S. von Art. 258 Abs. 3 lit. b OR i.V. mit Art. 259 OR allerdings regelmässig beim Vermieter. Nach der Übergabe liegt der kleine Unterhalt im Verantwortungsbereich des Mieters.

Der Vermieter trägt bekanntlich die Erhaltungspflicht, d.h. er hat das Mietobjekt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Abweichungen zum Nachteil des Mieters sind nichtig, soweit sie in allgemeinen Vertragsbestimmungen oder in Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume vereinbart sind (Art. 256 Abs. 2 lit. a und b OR). Gesetzliche Ausnahme davon ist der kleine Unterhalt im Umfange von Art. 259 OR, der dem Mieter zugeordnet wird. Dieser Verschiebung der Erhaltungspflicht muss eine praktische Überlegung zugrunde liegen, die allenfalls einen Schluss auf den Umfang dieser Erhaltungspflicht zulässt.

Ein Erklärungsversuch ist, dass Art. 259 OR in der Nähe der Sorgfaltpflichten des Mieters stehe und als Unterhaltungspflicht zu bezeichnen sei<sup>7</sup>. Der sorgfältige Gebrauch einer Sache verlangt, dass sie vom Benutzer ebenfalls unterhalten wird<sup>8</sup>. Insbesondere die vom Gesetzgeber gewählten Begriffe Reinigung und Ausbesserung legen diese Vermutung nahe. Bleibt bei gewissen Apparaturen die regelmässige Reinigung aus, so wird dadurch die Lebensdauer oft verkürzt. Die Unterlassung der regelmässigen Reinigung kann als «Unsorgfalt» erachtet werden. Diese Zuordnung ist allerdings bei der Frage, wo die Grenze zwischen der Unterhaltungspflicht des Mieters und derjenigen des Vermieters zu ziehen ist, wenig hilfreich. Denn nicht jede Reinigung und nicht jede Handlung, die sich als Unterhalt bezeichnen lässt, kann Mieterpflicht sein.

Durchaus vertretbar ist die Auffassung, dass eine Reparatur im Begriff der Ausbesserung enthalten ist, allerdings hilft auch dies bei der Frage der Abgrenzung nicht weiter. Denn es kann nicht jede Reparatur dieser Bestimmung zugeordnet werden.

Eine weitere Sichtweise ist praktischer und ökonomischer Natur: Grundsätzlich obliegt der Unterhalt dem Vermieter. Die Kosten dafür trägt dem Prinzip der Kostenmiete folgend indirekt der Mieter. Bei der Kalkulation des Mietzinses ist der Unterhalt berücksichtigt. Steigen die Unterhaltskosten, ist diese Kostensteigerung überwälzbar (Art. 12 VMWG i.V.m. Art. 269a lit. b OR). Bei wenig kostenintensiven Aufwendungen rechtfertigt sich eine direkte Belastung des Mieters, da die Abrechnung jeder Kleinigkeit, bzw. die Erledigung durch den Vermieter zu einer Verteuerung der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien führen würde<sup>9</sup>. Diese Überlegung führt, was in der Folge dargelegt werden will, bei der Begrenzung des kleinen Unterhaltes zu bemerkenswert sachgerechten Lösungen.

## 2. Begrenzung der Pflicht des Mieters

Die Frage, ob der Mangel, den es zu beseitigen gibt, als klein oder als gross zu erachten sei, ist unerheblich. Vielmehr muss der für die Mangelbeseitigung erforderliche Aufwand, sei es Reinigung oder Ausbesserung, klein sein. So kann der Ausfall der Stromversorgung der Wohnung durch das Umliegen eines Schalters oder das Auswechseln einer Sicherung behoben werden. Diese **Kleinheit des persönlichen und/oder finanziellen Aufwandes** setzt somit die Begrenzung der Unterhaltungspflicht des Mieters<sup>10</sup>.

Dass sich die in Art. 259 OR stipulierte Pflicht auf Unterhaltsarbeiten beschränkt, die der Durchschnittsmieter selbst ausführen kann, ist aus dem Wortlaut des Gesetzes, insbesondere den Adjektiven «klein» und «ge-

wöhnlich», abzuleiten. Somit ist vorausgesetzt, dass der durchschnittliche Mieter zur jeweiligen Mängelbehebung überhaupt fähig ist. Diese Lesart ist allerdings nicht so eng auszulegen, dass es sich dabei um eine persönliche Pflicht des Mieters handelt. Dieser ist selbstverständlich befugt, einen Erfüllungsgehilfen beizuziehen, von dem jedoch keine bessere Leistung erwartet werden darf als vom Durchschnittsmieter<sup>11</sup>.

In der Literatur wird mehrheitlich von einem kleinen persönlichen Aufwand zur Mängelbehebung gesprochen, wenn die Reparatur kein Fachwissen voraussetzt und mit einfachen Handgriffen zu erledigen ist<sup>12</sup>. Die Auffassung, wonach die Kleinheit des Aufwandes u.a. nach der Möglichkeit zur Reparatur durch Selbsthilfe beurteilt wird, findet ihren Ursprung in der gesetzlich vorgeschriebenen Kleinheit des Aufwandes zur Mängelbehebung sowie der Einschränkung auf den **gewöhnlichen** Unterhalt. Es ist grundsätzlich richtig, dass dem Mieter kein besonderes Fachwissen unterstellt werden darf. Ansonsten würden die Mieterpflichten eines ausgebildeten Handwerkers weiter gehen als die eines Büroangestellten ohne handwerkliches Geschick. Dafür gibt es vor dem Hintergrund der objektiven Betrachtungsweise, die vom Durchschnittsmieter ausgeht, keine Rechtfertigung<sup>13</sup>.

Eine Ausnahme stellen selbstverständlich jene Mietverhältnisse dar, bei denen das besondere Fachwissen des Mieters in Bezug auf das Mietobjekt genau ein charakteristisches Element des Vertrages ist, etwa bei einem Hauswart. Von diesem Mieter kann ein erhöhtes Fachwissen erwartet werden<sup>14</sup>.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein Mieter eine Reparatur, die von einem Fachmann durchgeführt wurde, und deren Erledigung den Durchschnittsmieter überfordert, grundsätzlich nicht bezahlen muss, oder ob in der Kostenfolge kleine Mängelbehebungen gleichwohl von ihm zu tragen sind. In diesem Zusammenhang trifft man in der Literatur wiederholt auf eine «und/oder» Formulierung: Unter kleinen Unterhalt, der zulasten des Mieters gehen soll, werden Reparaturen subsumiert, welche eine durchschnittliche Mieterschaft ohne übermässigen Aufwand und ohne besonderes Fachwissen selbst ausführen kann und/oder die sie nur mit geringen Kosten belasten<sup>15</sup>. Als betragsmässig «klein» werden in der Literatur Kostengrenzen von Fr. 70.– bis Fr. 150.– genannt<sup>16</sup>. Nach anderen Autoren ist die Bestimmung der Kleinheit des Unterhaltes anhand einer starren Kostenlimite als dem Gesetz inadäquat abzulehnen<sup>17</sup>.

Umstritten ist also, ob eine Kostengrenze zur Definition des kleinen Unterhalts zur Anwendung gelangen soll, wenn die Arbeit den Durchschnittsmieter fachlich überfordert. Zur Klärung der Kontroverse ist die bereits er-

wähnte Überlegung zu berücksichtigen, dass die Mängelbehebung nur dann zulasten des Mieters gehen soll, wenn die Erledigung durch den Vermieter eine erhebliche Steigerung der Kosten auslösen würde<sup>18</sup>. Dieser Gedanke führt zum Ergebnis, dass sobald ein Fachmann beigezogen werden muss, weil der Durchschnittsmieter die Instandstellung nicht vorzunehmen vermag, die Mängelbehebung zulasten des Vermieters geht. Ob nun der Mieter oder die Verwaltung einen Fachmann bestellt, hat auf die Höhe der Kosten grundsätzlich keinen Einfluss. Wenn überhaupt, dann ist die Kostenfolge bei Erledigung bzw. Auftragserteilung durch den Vermieter geringer. So verfügt beispielsweise der Hauswart über technische Kenntnisse, die über jene des Durchschnittsmieters hinausgehen und der Hauswart arbeitet in der Regel preisgünstiger als ein externer Fachmann. Zudem vermögen Vermieter auch häufig bessere Konditionen mit Reparaturservice-Anbietern zu vereinbaren als der einzelne Mieter. Dieser These folgend ist es somit richtig, dass Kosten für Reparaturen, die nicht durch den Durchschnittsmieter ausgeführt werden können, prinzipiell nicht vom Mieter zu tragen sind<sup>19</sup>.

Grundsätzlich können somit die Parteien gar nicht gültig vereinbaren, dass das Auswechseln von technischen und mechanischen Einrichtungen, beispielsweise bestimmten Schaltern, Herdplatten oder von Rollladengurten zum kleinen Unterhalt gehört (wie es in Musterverträgen der Hauseigentümergebände steht), da diese Ausbesserungen nicht vom Durchschnittsmieter persönlich ausgeführt werden können<sup>20</sup>.

Bei der Frage, was nicht vom Durchschnittsmieter ausgeführt werden kann, sind auch Sicherheitsaspekte zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn eine falsche Handhabung oder Installation ein erhebliches Gefährdungspotential für Mensch und Mietobjekt in sich birgt<sup>21</sup>. Damit sind Reparaturen an technischen Geräten und Einrichtungen mit Gefährdungspotential vom kleinen Unterhalt ausgenommen.

Dem in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argument, dass aufgrund des höheren technischen Standards neuerer Geräte bei Reparaturen immer öfter Fachpersonen beigezogen werden müssen und somit die Unterhaltungspflicht des Mieters zulasten der Vermieterschaft immer kleiner würde, kann entgegnet werden, dass der Vermieterschaft vom Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wird, gestiegene Unterhaltskosten auf den Mietzins zu überwälzen<sup>22</sup>. Die allgemeine Unterhaltungspflicht des Vermieters beinhaltet den Erhalt der Gebrauchsfähigkeit der Sache, was den periodischen Ersatz technischer Geräte einschliesst. Häufen sich die Reparaturen bei älteren Haushaltsgeräten, erst recht wenn sie die durchschnittliche Lebensdauer überschritten haben, so hat der Mieter deshalb die Instand-

stellungskosten, auch im Umfange des kleinen Unterhaltes, nicht mehr zu tragen<sup>23</sup>.

Da die Unterhaltspflicht des Mieters i.S.v. Art. 259 OR nebst Reparaturen auch Reinigungen erfasst, gelten die vorstehenden Grundsätze auch für die Säuberung der Mietsache. Reinigungen, die nur unter erschwerten Bedingungen bzw. mit erheblichem technischem Aufwand vorgenommen werden können, wie etwa Aussenreinigung von Fenstern und Läden in luftigen Höhen, sind nicht vom Mieter zu übernehmen, da sie nicht mehr als klein angesehen werden können<sup>24</sup>. Das Extrahieren von textilen Bodenbelägen fällt daher wegen der notwendigen Spezialgeräte ausserhalb des kleinen Unterhaltes, insbesondere wenn eine fachmännische Vornahme verlangt wird, was nachgerade die Erledigung durch den Durchschnittsmieter ausschliesst.

Ob die erwähnte Kostengrenze zwischen Fr. 70.– bis Fr. 150.– für Fälle gelten soll, in denen der Mieter die Ausbesserung bzw. Reinigung selbst vorzunehmen vermag, ist fraglich. Werden dadurch die Auslagen für das Ersatzteil selbst, z.B. die defekte Dichtung, die Fahrtkosten zur Verkaufsstelle des Ersatzteiles und der Zeitaufwand des Mieters erfasst, stellt sich schnell die Frage nach dem «Stundenlohn des Durchschnittsmieters». In diesem Zusammenhang erscheint die bereits erwähnte Faustregel der Reparatur, die kein Fachwissen voraussetzt und mit einfachen Handgriffen zu erledigen ist, vernünftiger als hypothetische Kostenschätzungen unter Einbezug des Wegs zum Baumarkt.

### 3. Ausweitung der Mieterpflicht durch Vereinbarung: Prozentklauseln

In der Literatur wird mehrheitlich vertreten, dass eine sogenannte Prozentklausel, wonach beispielsweise 1% des Jahresmietzinses der Richtwert für die Abgrenzung des kleinen Unterhaltes sein soll, gesetzeswidrig ist, sofern sie im Ergebnis Fr. 100.– bis Fr. 150.– übersteigt<sup>25</sup>. Andere Meinungen sehen die Prozentklausel vor dem Hintergrund des relativ zwingenden Charakters von Art. 259 OR zumindest als nicht unproblematisch<sup>26</sup>. Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente, welche für die Zulässigkeit der Prozentklausel plädieren, überzeugen nicht. So wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass bei der Prozentklausel der Umstand berücksichtigt werde, dass Reparaturen bei teureren Vorrichtungen und Materialien mehr kosten würden als entsprechende Ausbesserungen am billiger ausgestatteten, günstigeren Objekt<sup>27</sup>. Diese Überlegung geht davon aus, dass der Umfang des kleinen Unterhaltes in Relation zum Mietzins steht, der kleine Unterhalt also grundsätzlich relativ ist. Aus dem Gesetz lässt sich diese Interpretation allerdings nicht herleiten. Die Prozentklausel führt sodann in der Praxis zu stossenden Ergebnissen. So wäre der Rah-

men des kleinen Unterhalts für die Mieter einer Familienwohnung regelmässig grösser als für den Mieter einer Einzimmerwohnung mit dem gleichen Ausbaustandard. Dieselbe Reparatur wäre im Mietverhältnis mit tieferem Mietzins eine Unterhaltsarbeit, die nach Art. 256 Abs. 1 OR vom Vermieter zu tragen ist, im Mietverhältnis mit höherem Mietzins hingegen eine Kleinreparatur nach Art. 259 OR. Ein solches Resultat ist sachlich nicht gerechtfertigt<sup>28</sup>.

Weiter wird vorgebracht, dass die Prozentklausel gerecht sei, weil dem meist besser situierten Mieter des teureren Mietobjekts etwas mehr zuzumuten sei, als dem wohl eher auf Schonung angewiesenen Mieter einer billigen Wohnung<sup>29</sup>. Diese Auffassung befremdet, wenn man wiederum das Beispiel der Familienwohnung im Vergleich zur Einzimmerwohnung desselben Standards berücksichtigt. Zudem läuft es im Ergebnis darauf hinaus, dass der Vermieter von teureren Wohnungen einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber dem Vermieter von günstigem Wohnraum hat, weil er mehr Unterhaltskosten auf den Mieter abzuwälzen vermag.

#### 4. Serviceverträge / Selbstbehalt

Sofern Serviceverträge mehr als kleine Instandstellungen i.S.v. Art. 259 OR und/oder periodische Kontrollen beinhalten, kann der Mieter nicht zu deren Abschluss verpflichtet werden<sup>30</sup>. Dies deshalb, weil der Vermieter dem Mieter seine eigene Unterhaltungspflicht nicht durch die Verpflichtung zum Abschluss von Serviceverträgen überbinden darf<sup>31</sup>. Ebenfalls unzulässig ist ein Selbstbehalt des Mieters bei allfälligen Reparaturen, welche über den Rahmen des kleinen Unterhaltes hinausgehen, selbst wenn der Selbstbehalt an sich gering ist<sup>32</sup>.

#### 5. Tieferer Mietzins

Es besteht Einigkeit darüber, dass bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen der durch zwingendes Recht abgesteckte Spielraum, welcher den kleinen Unterhalt als Mieterpflicht begrenzt, durch Abrede in der Regel nicht vergrössert werden kann. Die Ausnahme dieser Regel ist dann gegeben, wenn dies im Mietzins entsprechend berücksichtigt wird<sup>33</sup>. Die im Gesetz vorgesehene starre Einschränkung wurde – weil in diversen Fällen praxisfremd – durch diese Rechtsprechung relativiert. So liegt eine nichtige Vereinbarung dann vor, wenn dadurch die Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch zu erhalten, ganz oder teilweise aufgehoben wird, ohne dass dies bei der Festsetzung des Mietzinses entsprechend berücksichtigt wird<sup>34</sup>. Aus dieser Auffassung geht im Umkehrschluss hervor, dass, wenn der Mietzins entsprechend tie-



fer festgesetzt wurde, eine entsprechende Ausweitung der Unterhaltspflicht zulasten des Mieters zulässig ist.

Diese Rechtsprechung kann allerdings grosse praktische Probleme nach sich ziehen. Es wäre ein Leichtes, in Formularmietverträgen eine Floskel einzubauen, welche festhält, dass der Mietzins um einen gewissen Betrag reduziert wurde und im Gegenzug Unterhaltsarbeiten über das vom Gesetzgeber grundsätzlich erlaubte Mass zulasten der Mieterschaft gehen. Im Streitfall wäre in einem Beweisverfahren zu ermitteln, ob tatsächlich ein Abzug beim Mietzins gemacht wurde. Allenfalls könnte eine entsprechende Beweislastverteilung unter Berücksichtigung von Art. 274d Abs. 3 OR – wie bei der Kündigung zur Ertragsoptimierung<sup>35</sup> – die Vermieterseite davon abhalten, eine solche Klausel grundsätzlich zu verwenden. Eine solche Beweisproblematik könnte im Prozessfall unter Umständen zu stossenden Ergebnissen führen. Der Nachweis, dass ein Mietzins bei einer Liegenschaft tatsächlich gegenüber den bei Vertragsschluss herrschenden Marktverhältnissen für vergleichbare Objekte reduziert wurde, gelingt kaum. Voraussetzung wäre eine beweiskräftige Feststellung eben dieser damaligen allgemeinen Verhältnisse, was in vielen Fällen zum Scheitern verurteilt ist.

## 6. Ausweitung der Mieterpflicht durch Ortsgebrauch

Das Gesetz erwähnt den Ortsgebrauch in Art. 259 OR ausdrücklich. Es besteht die Auffassung, dass der Ortsgebrauch lediglich präzisiere, was innerhalb des Rahmens des kleinen Unterhalts vom Mieter zu tragen sei, somit allenfalls eine zusätzliche Einschränkung der Mieterpflicht, aber keine Ausweitung zulasse<sup>36</sup>.

Richtigerweise wird darauf hingewiesen, dass der Ortsgebrauch in der Praxis nur schwer zu belegen ist<sup>37</sup>. Es wird auch die Auffassung vertreten, dass die in Formularmietverträgen bzw. Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) teilweise festgehaltene Aufzählung von Beispielen für den kleinen Unterhalt des Mieters den Ortsgebrauch darstellt<sup>38</sup>. Diese Auffassung ist unter mehreren Gesichtspunkten zu hinterfragen.

So gilt gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB als Ortsgebrauch das vor Inkrafttreten des ZGB geltende kantonale Recht, sofern eine gegenteilige Übung nicht nachgewiesen werden könne. Wie schon beim Entscheid des Mietgerichts des Kantons Waadt vom 22. September 1995<sup>39</sup>, stellt sich bei Aufzählungen konkreter Beispiele des kleinen Unterhalts in Formularverträgen oder AGB die Frage, ob es sich dabei um Ortsgebrauch oder nicht eher um einen von Art. 259 OR nicht erwähnten Handelsgebrauch handelt. Fraglich ist sowohl das eine wie das andere. Nach Meinung der Autoren lässt sich

aus Formularmietverträgen, die einseitig von einer Partei, meistens von den Hauseigentümerverbänden, verfasst werden, kein Orts- oder Handelsgebrauch herleiten, dies wegen der ungleichen Machtverhältnisse zwischen den Parteien. Solche einseitigen Musterverträge und AGB stellen nicht das Ergebnis eines zwischen ebenbürtigen Parteien erzielten Ausgleichs der beidseitigen Interessen dar. Vielmehr sind sie der Ausdruck der von der stärkeren Vertragspartei in ihren Interessen durchgesetzten und üblich gewordenen Art der Abwicklung der Geschäftsbeziehungen, was im Lichte von Art. 5 ZGB zweifelhaft ist<sup>40</sup>. Demgegenüber können Bestimmungen zum kleinen Unterhalt in Rahmenmietverträgen, da auf paritätischen Abkommen zwischen Vermieter- und Mieterverbänden beruhend, als Ortsgebrauch gelten, wobei auch hier die Grundsätze von Art. 259 OR bzw. Art. 256 OR einzuhalten sind.

Die gesetzliche Bestimmung von Art. 259 OR setzt einen Rahmen der Mieterpflicht fest, und der Ortsgebrauch kann lediglich innerhalb dieses Rahmens berücksichtigt werden<sup>41</sup>. Ein Ortsgebrauch (oder Handelsgebrauch) kann nur zur Anwendung kommen, wenn er sich den Vorschriften des eidgenössischen Rechtes, welches inhaltlich näher bestimmt oder ergänzt wird, genau einfügt<sup>42</sup>. Über den Rahmen von Art. 259 OR hinausgehende Bestimmungen, selbst wenn sie sich auf Ortsgebrauch stützen, sind im Sinne von Art. 256 Abs. 2 lit. b OR grundsätzlich nichtig<sup>43</sup>. Die gegenteilige Auffassung würde Art. 256 Abs. 2 lit. b OR ad absurdum führen.

## 7. Kleiner Unterhalt bei Geschäftsräumen

Auch bei der Miete von Geschäftsräumen ist es üblich, dass vertraglich der kleine Unterhalt definiert wird. Dabei werden neben der Aufzählung verschiedener Arbeiten oft auch Frankenbeträge oder Prozentanteile des Mietzinses festgehalten, welche die Grenze des kleinen Unterhalts darstellen. Sofern eine entsprechende Reduktion des Mietzinses tatsächlich (und vom Vermieter beweisbar) vorgenommen und ausdrücklich vereinbart wurde, scheint dies vertretbar<sup>44</sup>.

Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage, ob bei der Auslegung von Art. 259 OR bei Geschäftsräumen spezielle Kriterien zu berücksichtigen sind. Eine diesbezügliche Absicht des Gesetzgebers ist nicht ersichtlich. Der Mietzins eines Geschäftsraums wird – zumindest theoretisch nach dem Prinzip der Kostenmiete – nicht anders kalkuliert als der Mietzins eines Wohnobjekts. So wird auch der Anteil, den der Mieter für den Unterhalt leistet, grundsätzlich gleich kalkuliert.

Insbesondere Prozentklauseln würden dazu führen, dass Mieter von grossen Mietobjekten Ausbesserungen, welche im speziellen, abgrenzbaren

Fall Kosten von mehreren tausend Franken verursachen, selbst zu tragen hätten. Dabei kann nicht ernsthaft behauptet werden, dass es sich noch um kleinen Unterhalt handelt. Anders zu beurteilen sind hingegen bei grossen Mietobjekten das Ausmass kleiner Ausbesserungen oder Reinigungen. Sie dürfen nicht in der Summe betrachtet werden. So ist die Gesamtreinigung einer gemieteten Grossraumküche mit grossem Aufwand verbunden, stellt allerdings richtig betrachtet nur eine Summe kleiner Unterhaltsarbeiten dar, die im Einzelnen mit wenigen Handgriffen ohne Fachwissen vom Durchschnittsmieter zu bewältigen sind.

Eine strenge Anwendung der jüngeren Rechtsprechung zum kleinen Unterhalt im Kanton Zürich<sup>45</sup>, welche die Unzulässigkeit von Prozentklauseln ebenso bestätigt wie den engen gesetzlichen Rahmen, in welchem der Ortsgebrauch überhaupt Wirkung zeigt, führt im Ergebnis dazu, dass die regelmässig in Verträgen zu Geschäftsräumen definierten Mieterpflichten betreffend kleinen Unterhalt in Form von Prozentklauseln für den einzelnen Fall in weiten Teilen nichtig sind. Es gibt keinen überzeugenden Grund, weshalb der auf den Mieter entfallende kleine Unterhalt bei Geschäftsräumen im Einzelfall grundsätzlich grösser sein sollte als bei Wohnungen.

.....  
1 BBI 1985 I S. 1433.

2 Amtliches Bulletin SR 1988 S. 152.

3 HIGI PETER, Zürcher Kommentar, N 8 und 10 zu Art. 259 OR.

4 SPIRIG IRENE/GABATHULER THOMAS, Rechtsprechungsübersicht: Arbeits- und Mietrecht, in Plädoyer 3/08 S. 45.

5 SVIT-Kommentar, N 1 zu Art. 259 OR; HIGI, a.a.O., N 3 zu Art. 259 OR; mp 2/90 S. 83 ff.; HEINRICH PETER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N 1 zu Art. 259 OR; RONCORONI GIACOMO, Nochmals zur zwingenden oder dispositiven Natur der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts, in mp 2/06 S. 106.

6 HIGI, a.a.O., N 88 zu Art. 258 OR.

7 HIGI, a.a.O., N 7 zu Art. 259 OR.

8 STOLL DANIEL, Die Unterhaltspflicht des Mieters gemäss Art. 263 Abs. 2 OR, in mp 2/89 S. 49.

9 WEBER ROGER, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 259 OR.

10 HIGI, a.a.O., N 13 ff. zu Art. 259 OR; WEBER, a.a.O., N 2 zu Art. 259 OR; LACHAT/STOLL/BRUNNER, Mietrecht für die Praxis, Zürich 2005, S. 138 f.; SVIT, a.a.O., N 20 zu Art. 259 OR.

← ← ←

- 11 **HIGI**, a.a.O., N 32 zu Art. 259 OR; Urteil des Mietgerichts Horgen vom 14. Mai 2007, in mp 4/07 S. 218 ff.
- 12 **HIGI**, a.a.O., N 21 und 32 zu Art. 259 OR; **LACHAT DAVID**, Le bail à loyer, Lausanne 2008, S. 241; **LACHAT/STOLL/BRUNNER**, a.a.O., S. 139; gegenteilig: **SVIT**, a.a.O., N 19 zu Art. 259 OR, der eine ganze Reihe von Arbeiten, die Fachwissen erfordern, als anerkannte typische «Kleinreparaturen» aufzählt.
- 13 **HIGI**, a.a.O., N 15 zu Art. 259 OR.
- 14 **HIGI**, a.a.O., N 16 zu Art. 259 OR.
- 15 **SVIT**-Kommentar, N 20 zu Art. 259 OR; **LACHAT/STOLL/BRUNNER**, a.a.O., S. 139.
- 16 **SVIT**, a.a.O., N 20 zu Art. 259 OR; **LACHAT**, a.a.O., S. 241; **PREROST/THANEI**, Das Mieterbuch, Zürich 1990, S. 79.
- 17 **STOLL**, a.a.O., S. 55; **HIGI**, a.a.O., N 17 zu Art. 259 OR.
- 18 Sinngemäss: **WEBER**, a.a.O., N 1 zu Art. 259 OR.
- 19 Urteile der Mietgerichte Horgen vom 14. Mai 2007 und Uster vom 30. Oktober 2006, in mp 4/07 S. 218–224.
- 20 **PETER ZAHRADNIK**, Wohnungsübergabe und Rückgabe der Mietsache, S. 14, in St. Galler Mietrechtstagung 3. Dezember 2008.
- 21 Urteil des Mietgerichts Horgen vom 14. Mai 2007, in mp 4/07 S. 220.
- 22 Art. 12 VMWG i.V.m. Art. 269a lit. b OR.
- 23 **STOLL**, a.a.O., S. 56 f.
- 24 **STOLL**, a.a.O., S. 54.
- 25 **WEBER**, a.a.O., N 4 zu Art. 259; **LACHAT/STOLL/BRUNNER**, a.a.O., S. 140; **HIGI**, a.a.O., N 17 zu Art. 259 OR.
- 26 **SVIT**, a.a.O., N 21 zu Art. 259 OR.
- 27 **SVIT**, a.a.O., N 21 zu Art. 259 OR.
- 28 **STOLL**, a.a.O., S. 56, m.w.H.
- 29 **SVIT**, a.a.O., N 21 zu Art. 259 OR.
- 30 **LACHAT/STOLL/BRUNNER**, a.a.O., S. 140; **HIGI**, a.a.O., N 30 zu Art. 259 OR; **STOLL**, a.a.O., S. 57.
- 31 **STOLL**, a.a.O., S. 57.
- 32 **LACHAT/STOLL/BRUNNER**, a.a.O., S. 140.
- 33 u.a. **HIGI**, a.a.O., N 67 ff. zu Art. 256 OR, N 4 zu Art. 259 OR; **SVIT**, a.a.O., N 26 ff. zu Art. 256 OR m.w.H., N 9 zu Art. 259 OR.

→ → →

← ← ←

- 34** SVIT, a.a.O., N 27 zu Art. 256 OR mit Verweis auf BGE 104 II 202 und Urteil 4C.39/2003; **HIGI**, a.a.O., N 67 ff. zu Art. 256 OR; **SOMMER**, in MRA 4/05 S. 186.
- 35** zuletzt bestätigt in BGE 4A\_472/2007 vom 11. März 2008, in mp 3/08 S. 171 ff.
- 36** **HIGI**, a.a.O., N 24 zu Art. 259 OR.
- 37** SVIT, a.a.O., N 14 zu Art. 259 OR; **WEBER**, a.a.O., N 14 zu Art. 256 OR.
- 38** **HEINRICH**, a.a.O., N 2 zu Art. 259 OR.
- 39** MRA 3/05 S. 115 ff.
- 40** **LIVER PETER**, Berner Kommentar, Bern 1962, N 7 zu Art. 5 ZGB.
- 41** **HIGI**, a.a.O., N 24 zu Art. 259 OR; Mietgerichte Horgen und Uster, in mp 4/07 S. 218–224.
- 42** **LIVER**, a.a.O., N 105 zu Art. 5 ZGB; **STOLL**, a.a.O., S. 51; **MARTI ARNOLD**, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N 255 zu Art. 5 ZGB.
- 43** **LIVER**, a.a.O., N 105 zu Art. 5 ZGB; **STOLL**, a.a.O., S. 51.
- 44** SVIT, a.a.O., N 27 zu Art. 256 OR mit Verweis auf BGE 104 II 202 und Urteil 4C.39/2003; **HIGI**, a.a.O., N 67 ff. zu Art. 256 OR; **SOMMER** in MRA 4/05 S. 186.
- 45** mp 4/07 S. 218–224.