

Nichtgeregeltes Sonderproblem Rohbaumiete bei Geschäftsräumlichkeiten



RICHARD PERMANN,
lic. iur., Partner der Anwalts-
kanzlei Permann Schaner
& Partner in Zürich und
Mietrichter im Nebenamt
am Mietgericht Bülach

Inhaltsübersicht:

1. Grundsätze der Rohbaumiete
2. Rechtsprechung des Bundesgerichts
3. Anforderungen an den Mietvertrag
4. Entschädigung des Mieters bei Rohbaumiete
 - 4.1 Was passiert, wenn der Mietvertrag vor einer genügend langen Amortisation aufgelöst wird?
5. Unterhaltspflichten
6. Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands
7. Erstreckung bei der Rohbaumiete
8. De lege ferenda

1. Grundsätze der Rohbaumiete

Die Rohbaumiete ist vorwiegend bei der Miete von Geschäftsräumlichkeiten anzutreffen und in der Praxis bei der Miete von Wohnungen ohne Bedeutung. Das liegt auch daran, dass Geschäftsräume eher länger gemietet werden als Wohnungen bzw. in der Praxis ein grösseres Bedürfnis für individuellen Ausbau bei Gewerbetreibenden besteht als bei Privatpersonen. Aus diesem Grund beschäftigt sich dieser Aufsatz vor allem mit den Problemen der Rohbaumiete bei Geschäftsräumlichkeiten. Die Problematik ist deswegen von grösserer Brisanz, als es keine gesetzliche Regelung gibt, wenig Literatur und auch die Judikatur bisher wenig Gelegenheit hatte, sich mit dieser Thematik auseinanderzusetzen. Entsprechend *schlank* fällt deshalb dieser Aufsatz aus. Es verwundert deshalb nicht, dass sowohl der Titel als auch dieser Aufsatz auf die Rohbaumietprobleme bei Geschäftsräumlichkeiten fokussieren. Weder ist der Begriff des Rohbaus im Mietrecht definiert, noch sind es die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Massgebend ist demzufolge der Mietvertragsinhalt. Bei der so genannten Rohbaumiete vereinbaren die Parteien, dass der Mieter die Sache im unausgebauten Zustand übernimmt und auf eigene Kosten selbst aus- oder umbaut. Der Name sagt es deutlich:

Das Mietobjekt weist im Innenbereich nur gerade die unverputzten Aussenmauern sowie die regulären Infrastrukturan schlüsse auf (Gemeinschaftsflächen und -anlagen und Aussenhülle sind allerdings fertig gestellt). Bei der Rohbaumiete überlässt die Vermieterschaft der Mieterschaft demzufolge ein unfertiges (d.h. bezüglich der vereinbarten Nutzung noch nicht gebrauchstaugliches) Mietobjekt und überträgt ihm die Herstellung des gebrauchsmässigen Zustands, der die vertraglich vereinbarte Nutzung erlaubt¹. Mit einem solchen Mietverhältnis wird der Mieterschaft oft auch der zukünftige Unterhalt des Mietobjekts oder zumindest der Mieterbauten übertragen.

Vom Grundsatz her ist eine solche Vorgehensweise zulässig², muss aber bei der Höhe des Mietzinses berücksichtigt werden. Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, das Mietobjekt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und zu erhalten. Diese Rechtsvorschrift ist zwingendes Recht³ und darf nicht zum Nachteil des Mieters abgeändert werden. Mit anderen Worten: Der Innenausbau gehört zur Grundausstattung eines Mietobjektes und muss deswegen vom Vermieter vorgenommen werden⁴. Was also die normale Ausstattung anbelangt wie Bodenbeläge, Anstrich, Verkabelung, Heizung, Elektro-, Sanitär- und Lüftungsinstallationen, so sind die vom Mieter hierfür bezahlten Kosten ihm entweder zu erstatten oder sie sind bei der Festsetzung des Mietzinses als Reduktion gebührend zu berücksichtigen. Für die geschmälerete Hauptleistung des Vermieters ist der Mieter voll zu entschädigen⁵.

Dieser Aufsatz basiert auf einem Vortrag zur Mietrechtstagung vom 15. November 2007 im Kongresshaus Zürich des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen.

- 1 ZK-HIGI, Art. 256 OR N 71.
- 2 Das Mietgericht Zürich hat sich in einem etwas älteren, mittlerweile rechtskräftigen Entscheid mit der Entschädigungsproblematik des Mieters für Investitionen oder Kostenersatz für Unterhalt am Mietobjekt auseinander gesetzt, mit einem Kommentar von JEAN-PIERRE TSCHUDI, MRA 3/1998, 94 ff. In diesem Fall verlangte die Geschäftsmieterin von der Geschäftsvermieterin den Ersatz ihrer Auslagen für die im Jahre 1989 erneuerten Zisternen abzüglich Amortisation. Diese Klage ist sowohl vom Mietgericht Zürich als auch vom Bundesgericht abgewiesen worden.
- 3 RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht, 2. A., Zürich 2007, Art. 256 N 3.
- 4 CLAUDIA HEUSI, Der Geschäftsmietvertrag, Zürich, 62; DIESELBE, Ausgewählte Fragen zur Geschäftsmiete (2. Teil), mp 1/1999, 4 f.
- 5 So explizit Urteil des Obergerichts Zürich, 22.2.2002, MRA 4/2002, 156; Appellationsgericht Basel-Stadt, mp 1989, 62 ff. = BJM 1990, 193; ZK-HIGI, Art. 260a OR N 4 und Art. 256 OR N 70 ff.

Charakteristisch für die Rohbaumiete ist eine Vereinbarung zwischen den Parteien, dass die Mieterschaft die Sache auszubauen oder umzubauen hat, beispielsweise wenn Büro- oder Gewerberäumlichkeiten im Rohbau vermietet werden⁶. In solchen Fällen befindet sich die Mietsache, so wie sie vom Vermieter übergeben wird, in einem Zustand, der zum vorgesehenen Gebrauch erst nach weiteren, meist baulichen Vorkehrungen durch den Mieter taugt. Jede Vertragsabrede, die der Mieterschaft irgendwelche Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache abverlangt, ist nur gültig, falls dadurch die Hauptleistungspflicht des Vermieters weder direkt noch indirekt in Frage gestellt wird. In BGE 104 II 202 ff. hat das Bundesgericht (in Anwendung von Art. 5 BMM, der für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen Art. 256 Abs. 2 OR entspricht) klargestellt, dass nur Klauseln, die dem Mieter die Last von eigentlichen Renovationsarbeiten, d.h. die an sich dem Vermieter obliegende Behebung von Sachmängeln, aufbürden, unzulässig sind und auch diese nur, soweit die Leistung des Mieters nicht bei der Festsetzung des Mietzinses berücksichtigt wird. Um- und Ausbauten des Mietobjekts durch die Mieterschaft können daher in gültiger Weise vereinbart werden, wenn damit nicht die Behebung von Sachmängeln verbunden ist⁷. In diesem Sinne zulässig ist auch die Vereinbarung von Renovationsarbeiten durch die Mieterschaft auf deren Kosten, sofern diese Arbeiten nicht der Beseitigung von Mängeln, sondern vielmehr der Befriedigung entsprechender Wünsche und Ansprüche der Mieterschaft dienen. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen bzw. der Gebrauchsüberlassung der Mietsache in einem Zustand, der noch Um- oder Ausbauten durch die Mieterschaft voraussetzt, wird durch Art. 260a OR bekräftigt, der Erneuerungen der Mietsache durch die Mieterschaft durchaus in Betracht zieht.

2. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht⁸ hat diesen Grundsatz anhand eines Mieters, der die Mieträume auf eigene Kosten renovierte, konkretisiert. Gemäss Bundesgericht muss bei der Renovation des Mietobjekts die vom Mieter erbrachte Leistung bei der Festsetzung des Mietzinses berücksichtigt werden, und zwar als *"zulänglicher Ausgleich"*. Der Ausgleich kann bspw. bei der Rohbaumiete in Form eines tieferen Mietzinses als im ausgebauten Zustand stattfinden. Ob das Bundesgericht bei der Rohbaumiete exakt dieselben Anforderungen stellen wird wie bei der Renovation durch den Mieter, ist zurzeit noch offen.

3. Anforderungen an den Mietvertrag

In einem Mietvertrag über eine Rohbaumiete wird weder objektiv gesehen der Mietzins reduziert, noch wird sonst eine Entschädigung vereinbart.

Was für Ansprüche kann der Mieter gegenüber dem Vermieter diesfalls bei Beendigung des Mietverhältnisses geltend machen?

Ein vorsichtiger Vermieter wird im Mietvertrag schriftlich festhalten, wie ein solcher Ausgleich stattfindet und in welcher Form. Das kann bspw. über die Beteiligung des Vermieters an den Ausbaukosten oder durch einen reduzierten Mietzins geschehen, der unter dem markterhältlichen Stand für ausgebauten Zustand anzusetzen ist. Das wird in der Praxis (leider) oft versäumt. In einem solchen Fall hat die Mieterschaft einen Rückforderungsanspruch, und zwar im Umfang des unterbliebenen Ausgleichs für die reduzierte Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts. Gestützt auf Art. 62 OR kann dann ein Mieter eine Rückforderung seiner zu viel bezahlten Mietzinse verlangen, die infolge einer unterlassenen Reduktion des Mietzinses bei der Rohbaumiete unterblieben sind. Die ungerechtfertigte Bereicherung besteht in einer Vermögensvermehrung, wobei sich die Differenz zwischen dem vorhandenen Vermögensstand und demjenigen, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge, entweder aus einer Vermehrung der Aktiven oder aus einer Verminderung der Passiven ergibt. Wie die Vermögensverschiebung bewirkt wurde, z.B. durch eine Verfügung des Entreicherten (Leistungskondition) oder durch eine unberechtigte Handlung des Bereicherten (Eingriffskondition), ist irrelevant. Es ist umstritten, ob der Bereicherungsanspruch eine Entreicherung auf Seiten des Bereicherten (Vermieters) voraussetzt. Ein Teil der Lehre bejaht dies, indem sie voraussetzt, dass die Vermögensvermehrung des Bereicherten der Vermögensminderung des Entreicherten (Mieters) entspricht und zwischen der Vermehrung und der Verminderung ein Kausalzusammenhang besteht. Nach einem anderen Teil der Lehre kommt es nur auf die Vermögensvermehrung an, unabhängig davon, ob dadurch auch eine aktuelle Vermögensverminderung beim anderen bewirkt wurde, solange sich die Bereicherung jedenfalls wirtschaftlich zum Nachteil des Ansprechers auswirkt⁹. Im Übrigen sollte aber am Erfordernis der Vermögensverschiebung und an einem "Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreicherung"¹⁰ festgehalten werden. Ungerechtfertigkeit der Bereicherung ist anzunehmen bei Zuwendungen, um eine Verpflichtung zu erfüllen oder um einen Austauschwert zu erhalten oder um einen Vorteil ohne Gegenleistung zuwenden zu wollen. Fehlt es an einem dieser Rechtsgründe, ist die Zuwendung ohne Rechtsgrund und damit ungerechtfertigterweise erfolgt. Der Anspruch setzt kein Verschulden des Bereicherten voraus. Hingegen kann sich Gut- oder Bösgläubigkeit auf

6 Vgl. z.B. den Sachverhalt in: ZMP 2/97, Nr. 19.

7 So ausdrücklich Appellationsgericht Basel-Stadt, in: mp 89, 62 ff. = BJM 1990, 193; PETER GAUCH, ZBJV 1992, 195.

8 BGE 104 II 203.

9 Vgl. BGE 119 II 43.

10 OR-SCHULIN, 3. A., Basel 2003, OR 62, N 15.

den Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 64 OR auswirken. Art. 62 Abs. 2 OR unterscheidet drei Fälle einer rechtsgrundlosen Leistung: Zuwendung ohne jeden gültigen Grund (*condictio sine causa*), wenn die zu erfüllende Forderung nicht besteht oder die Parteien sich über den Rechtsgrund nicht geeinigt haben (offener oder versteckter Dissens). Dabei handelt es sich meist um Leistung einer Nichtschuld i.S.v. Art. 63 OR. In Bewegung geraten ist in den letzten Jahren die Abgrenzung der ungerechtfertigten Bereicherung zu vertragsrechtlichen Rückabwicklungsansprüchen. In BGE 114 II 152 wurde erkannt, dass bei einem Vertragsrücktritt gemäss Art. 109 OR das Vertragsverhältnis in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt werde, sodass Rückleistungspflichten nach Art. 109 Abs. 1 OR als vertragliche zu qualifizieren seien. Gemäss BGE 126 III 119 ergibt sich der Anspruch auf Rückerstattung zuviel bezahlter Akontozahlungen nicht aus Art. 62 OR, sondern aus Vertrag (contra BGE 107 II 220). In den genannten drei Fällen entsteht die Bereicherung jeweils durch Zuwendung des Entreicherten (Leistungskondition). Möglich ist aber auch, obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, die Entstehung durch Eingriff des Bereicherten (Eingriffskondition), wenn die Bereicherungslage durch die Handlung des Bereicherten selbst herbeigeführt wird. Dieser Eingriff in fremdes Vermögen muss unberechtigterweise erfolgen, was der Fall ist, wenn er ohne Rechtsgrund vorgenommen wird. Eine Bereicherung kann eintreten, wenn z.B. ein Mieter aufgrund eines Mietvertrages über Rohbaumiete einen marktüblichen Mietzins entrichtet, wie es für eine voll ausgebaute Geschäftsräumlichkeit üblich wäre, obwohl eigentlich ein reduzierter Mietzins geschuldet ist. Eine solche Feststellung wird in der Praxis schwer nachzuweisen sein.

Nach meinem Dafürhalten ist dabei die Differenz zwischen der Rohbaumiete und der Miete für das Mietobjekt in ausgebautem Zustand massgebend. Anders liegt der Fall bei den über die normale Instandstellung hinausgehenden Extras oder Umbauarbeiten auf Wunsch der Mieterschaft. Diese Umbauarbeiten können der Mieterschaft ohne Ausgleichspflicht überbunden werden.

Es ist auf die folgenden Punkte zu achten:

- Bei einem neuen Mietvertrag muss die Zustimmung des Vermieters für Ausbauarbeiten am Rohbau in den Vertrag aufgenommen werden.
- Es sollte erwähnt werden, dass es sich um die Vermietung einer Mietsache im Rohbau handelt.
- Die Mietsache im Rohbau hat im Vergleich zur Vermietung einer Mietsache in ausgebautem Zustand einen reduzierten Mietzins im Betrag von CHF XX oder in Prozenten.
- Die Rückbauverpflichtung im Mietvertrag sollte ausdrücklich ausgeschlossen sein. Kosten sparend kann auch eine Beschränkung der Rückbaupflicht sein.
- Bei der Rohbaumiete sollte vertraglich eine feste Entschädigung für den Mieterausbau oder es sollten die Parameter für die Berechnung des Mehrwertes klar festge-

legt werden. Es empfiehlt sich auch eine Staffelung nach Jahren mit Blick auf eine Lebensdauertabelle.

4. Entschädigung des Mieters bei Rohbaumiete

Allfällige Ausbauarbeiten bei in Rohbau gemieteten Geschäftsräumlichkeiten stellen nach Mehrheit der Lehre keine Erneuerungen oder Änderungen i.S.v. Art. 260a OR dar¹¹. Demzufolge fallen streng rechtlich das schriftliche Zustimmungserfordernis, das Wiederherstellungsrecht des Vermieters und das Entschädigungsrecht des Mieters bei Mietende dahin. Gehen die von der Mieterschaft vorgenommenen Änderungen und Erneuerungen über den vertragsgemässen Ausbau hinaus, so kommt wiederum Art. 260a OR zur Anwendung¹². Aus Beweisgründen ist zu raten, diese Punkte schriftlich zu regeln, so etwa die Zustimmung des Vermieters zu den Ausbauplänen einzuholen oder die Entschädigungspflicht des Vermieters bei Beendigung des Mietverhältnisses zu vereinbaren. Bei einer Entschädigung gemäss Art. 260a OR ist im Einzelfall zu prüfen, ob sie für sich alleine einen genügenden Ausgleich für die geschmälerete Gebrauchstauglichkeit bei der Rohbaumiete darstellt, weil der Zeitwert der Erneuerungen sukzessive und stetig abnimmt. Da die Rechtslage bei der Rohbaumiete strittig ist und weil gerade in einem solchen Fall Investitionen in beträchtlicher Höhe auf dem Spiel stehen können, sollte dies vorgängig schriftlich geregelt werden. Vereinbarungen, in denen der Mieter zur teilweisen Wiederherstellung des Rohbauzustandes verpflichtet wird, müssten sowohl nach Art. 265 Abs. 2 OR als auch nach Art. 267 Abs. 2 OR als nichtig beurteilt werden, sofern der Mieter nicht auch für diese Kosten entschädigt wird. In diesem Zusammenhang kann jedem Mieter zur Wahrung seiner Interessen geraten werden, die Belege aufzubewahren aus denen sich entnehmen lässt, wie viel der Mieter für eigentliche Ausbauarbeiten am Rohbau und wie viel er für die von ihm gewünschten Umbauten ausgelegt hat.

11 PERMANN (FN 3), Art. 260a N 12; D. LACHAT/D. STOLL/A. BRUNNER, Mietrecht für die Praxis, 4. A., Zürich 2002, 620, Fn. 42; ZK-HIGI, Art. 260a OR N 4.

12 Urteil des Obergerichts Zürich, 22.2.2002, MRA 4/2002, 156. Solche Mieterbauten sind gemäss ZK-HIGI, Art. 260a OR N 4 nicht von dieser Norm (Abs. 3) und namentlich von der darin vorgesehenen Entschädigungspflicht explizit erfasst. "Denn der individuelle Ausbau eines Objektes sowie dessen Unterhalt und dessen Erneuerung oder Änderung ist bei der Rohbaumiete Bestandteil der Gebrauchsüberlassung und basiert auf einer zulässigen Abweichung von der in Art. 256 OR getroffenen Unterhaltsordnung (...)", dem zustimmend HANNES ZEHNDER, Die Bestimmung der Mehrwertentschädigung bei Mieterbauten (Art. 260a Abs. 3 OR), AJP 1996, 727.

Sofern der Vermieter dem Mieter Büro-, Gewerbe- bzw. Verkaufsräume lediglich im Rohbau zur Verfügung stellt und dem Mieter gestattet, diese auf eigene Kosten auszubauen, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit von Art. 260a Abs. 3 OR¹³. Die Begründung für diese Auffassung ist, dass der individuelle Ausbau eines Mietobjektes bei der Rohbaumiete gerade Bestandteil der Gebrauchüberlassung ist und auf einer zulässigen Abweichung von Art. 256 OR in Bezug auf die Unterhaltsordnung basiert. Unzutreffend ist m.E. die Meinung von ZEHNDER¹⁴, der Art. 260a Abs. 3 OR auch bei der Rohbaumiete angewendet wissen will. Er begründet seine Auffassung damit, dass auch der Rohbau dank der Investitionen des Mieters, bei Beendigung des Mietverhältnisses einen "erheblichen Mehrwert" aufweist und der Mieter bei einer entsprechenden schriftlichen Vereinbarung ein Anrecht auf einen entsprechenden Ausgleich hat. Der Autor verkennt jedoch, dass individualvertraglich die Miete eines Mietobjektes im Rohbau vereinbart wurde. Wurde zwischen den Vertragsparteien im Rahmen einer Rohbaumiete eine Entschädigungspflicht des Vermieters vereinbart, dann kann entsprechend auf die zu Art. 260a Abs. 3 OR entwickelten Gesichtspunkte zurückgegriffen werden. M.E. drängt sich also eine analoge Anwendung von Art. 260a Abs. 3 OR bei der Miete von Rohbauten geradezu auf.

4.1 Was passiert, wenn der Mietvertrag vor einer genügend langen Amortisation aufgelöst wird?

Sofern die Vertragsparteien keine Regelung vorgenommen haben, was bei einer Auflösung vor einer genügend langen Amortisation zu geschehen habe, so meine ich, dass die Lebensdauer proportional zur Amortisation gesetzt werden sollte. Nehmen wir das Beispiel von einem speziellen Spannteppich mit einer durchschnittlichen Lebensdauer von 10 Jahren. Zu Beginn des Vertragsverhältnisses beliefen sich die Investitionskosten des Mieters auf CHF 100 000.– und nach 5 Jahren wird das Mietverhältnis beendet. Der Wert des Spannteppichs beträgt jetzt noch CHF 50 000.–. Diesen Betrag hat der Mieter gegenüber dem Vermieter zugute und kann ihn von ihm verlangen.

Nehmen wir noch das folgende interessante Beispiel:

Im Vertrag wird eine Reduktion des Mietzinses (z.B. CHF 4000.– statt CHF 5000.–) vereinbart. Vertraglich wird keine Wiederherstellungspflicht, aber auch keine Entschädigungspflicht vereinbart. Was passiert, wenn der Vermieter vor Ablauf der Amortisationsdauer (z.B. bei Investitionen von CHF 100 000.–) kündigt und so Art. 256 OR aushebelt? Kann sich der Mieter diesfalls auf die Nichtigkeit einer solchen Vertragsbestimmung (= Verzicht auf Entschädigung) berufen?

Zweifelsohne kann einzelvertraglich eine Ausgleichsregelung zwischen den Vertragsparteien vorgenommen werden, was bei der Übernahme von einem Rohbau und den anschliessenden Investitionen des Mieters zu geschehen habe.

Aber ein solcher Entschädigungsanspruch des Mieters kann nicht direkt, sondern nur analog auf Art. 260a Abs. 3 OR basieren.

Eine Schmälerung der Hauptleistungspflicht des Vermieters nach Art. 256 Abs. 1 OR setzt, wie erwähnt, voraus, dass der Mieter dafür voll entschädigt wird. Die Entschädigung kann dabei direkt, d.h. durch Rückerstattung der entstandenen Kosten, geleistet werden oder indirekt, durch eine entsprechende Reduktion des Mietzinses. Im letzteren Fall – denkbar sind auch Mischformen – wird der Mietzins entweder nur auf den Kosten des Basisbaus berechnet oder aber der marktübliche Mietzins um die Kosten des Ausbaus reduziert, wobei die Reduktion, analog den Grundsätzen zur Berechnung der Mietzinserhöhung bei wertvermehrten Investitionen, auf den Investitionskosten des Mieters ermittelt werden kann¹⁵. Soweit die Mietdauer kürzer ist als die durchschnittliche Lebensdauer der verschiedenen Mieterbauten, ist zu beachten, dass für eine volle Entschädigung des Amortisationsatzes entweder auf die Mietdauer abgestellt wird oder aber die Höhe und Fälligkeit der Restvergütung bei Auflösung des Mietvertrages festgesetzt werden. Je nach Inhalt der Kündigungsregelung kann es sich ohnehin empfehlen, die Folgen einer – gegenüber den Kalkulationsausnahmen abweichenden – vorzeitigen Vertragsauflösung zu regeln.

Wird auf eine Wiederherstellung verzichtet und weist die Sache bei Beendigung des Mietverhältnisses dank der Erneuerung oder Änderung einen erheblichen Mehrwert auf, so kann der Mieter dafür eine entsprechende Entschädigung verlangen (Art. 260a Abs. 3 OR). Nachdem lange strittig war, ob der Mieter im Voraus rechtsgültig auf einen Entschädigungsanspruch verzichten kann, hat das Bundesgericht¹⁶ entschieden, dass Art. 260a Abs. 3 OR dispositiver Natur sei und die Parteien somit bei der Regelung des Entschädigungsanspruches frei seien. Unabhängig von der Höhe seiner Investitionen kann der Mieter somit im Voraus auf eine Entschädigung verzichten, wobei ein entsprechender Verzicht nach dem Bundesgericht selbst dann gültig ist, wenn das Mietverhältnis vorzeitig aufgelöst wird.

Angesichts dessen, dass der Mieter gänzlich auf eine Entschädigung verzichten kann, ist davon auszugehen, dass die Parteien frei vereinbaren können, nach welchen Kriterien sich eine allfällige Entschädigung des Mieters bemessen soll. Die gesetzliche Regelung nach Art. 260a Abs. 3

13 Vgl. zu Mängeln bei der Rohbaumiete, Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern vom 30.10.1996 (rechtskräftig), MRA 1998, 70 ff., wo sich das Gericht zu Mängeln äusserte und dass diese von den Parteien gemeinsam getragen werden müssten, mit Anm. C. BASELICE. Nach wohl h.M. (ZK-HIGI, Art. 260a N 4) ist Art. 260a Abs. 3 OR auf Mietverhältnisse, die bloss über eine Grundausstattung (Rohbau und bestehende Infrastrukturan Anschlüsse) verfügen, nicht anwendbar.

14 ZEHNDER (FN 12), AJP 1996, 725, 727.

15 BGE 124 III 149 E. 4 und 5.

16 BGE vom 17.3.1998 in mp 1998, 78.

OR kommt somit nur dann zum Zug, wenn Mieter und Vermieter die Frage einer Entschädigung weder negativ noch positiv geregelt haben oder sich im letzteren Fall zu der Berechnung der Entschädigung nicht geäußert haben.

Hinzu kommt, dass Art. 260a Abs. 3 OR als dispositives Recht zu betrachten ist. Dies bedeutet, dass die Parteien frei sind, abweichende Vereinbarungen miteinander abzuschliessen. Die Abs. 1 und 2 sind absolut zwingend und können von den Vertragsparteien nicht abgeändert werden, weil sie den Parteien Rechte und Pflichten einräumen und zum Schutz der Gegenpartei jeweils die genauen Voraussetzungen und Grenzen der Ausübung der Rechte und Pflichten vorschreiben¹⁷. Nach einer anderen Meinung¹⁸ hingegen ist Art. 260a Abs. 3 OR dispositiver Natur, weil es im Belieben des Vermieters steht, seine Zustimmung zur Erneuerung bzw. Änderung zu erteilen, und sich im Gesetzestext (Art. 260a Abs. 3, 1. HS OR) in Bezug auf eine Entschädigung die Formulierung befindet "kann ... verlangen". Nach der hier vertretenen Ansicht ist der dispositive Charakter von Abs. 3 zutreffend, weil es dem Vermieter obliegt, überhaupt eine Bewilligung zu einer Änderung bzw. Erneuerung zu erteilen. Hierzu steht es dann im Belieben der Parteien, über eine etwaige Entschädigungspflicht des Mieters weitergehende schriftliche Vereinbarungen zu treffen. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass die Vermieterschaft die gesetzliche Berechtigung hat, Änderungen und Erneuerungen der Mietsache durch den Mieter generell zu verbieten. Folgerichtig hat er auch das weniger weit gehende Recht, Änderungen und Erneuerungen nur unter gewissen Voraussetzungen, nämlich beim entschädigungslosen Heimfall bei Beendigung des Mietverhältnisses, zu gestatten. Es kann weder der Wille des Gesetzgebers noch im Interesse der Mieterschaft sein, jeden Vermieter, der aufgrund von Ausbauwünschen der Mieterschaft keine finanziellen Folgen tragen möchte, zu zwingen, seine Zustimmung zu verweigern. Die Mieterschaft hat eben gerade kein eigenes Recht zu solchen Ausbauten, weshalb sie diese auch selbst abschätzen und mit der Vermieterschaft vereinbaren muss, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen finanziellen Folgen sie solche trotzdem vornehmen kann. Allzu oft sind Mieterausbauten von Geschäftsräumen auch derart individuell, dass sie ohnehin nicht vom Nachfolgemmieter übernommen werden und dieser wiederum einen Ausbau nach eigenen Vorstellungen vornehmen will. Die Vermieterschaft zieht aus solchen individuellen Ausbauten deshalb oftmals keinen Nutzen, weshalb eine Entschädigungsverpflichtung gar ungerecht sein kann. Weiterhin ist dem Wortlaut von Art. 260a Abs. 3 OR zu entnehmen, dass der Mieter eine Entschädigung verlangen kann, was beinhaltet, dass er darauf ebenso gut verzichten kann. Unzulässig erscheint es wiederum, aus dem letzten Satz der Bestimmung von Art. 260 Abs. 3 OR zu schliessen, dass die Entschädigungsansprüche der Mieterschaft durch Vereinbarung über den Mehrwertersatz hinaus abgelehnt werden können und umgekehrt eine Vereinbarung auch über den Mehrwertersatz hinaus ausgeführt werden könne. Gegen den zwingenden Charakter von Art. 260a Abs. 3 OR spricht auch die Tatsa-

che, dass das alttemporale Recht überhaupt keine entsprechende Regelung enthielt und in der parlamentarischen Beratung mit keinem Wort erwähnt worden ist, dass die neue Regelung nun im Gesetz dazu zwingender Natur geworden sei.

Nach Art. 260 Abs. 3 OR hängt der Entschädigungsanspruch des Mieters davon ab, ob dank der von ihm getätigten Erneuerungen und Änderungen ein Mehrwert geschaffen wurde, der auch im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses noch als erheblich beurteilt werden muss. Die Frage, nach welchen Bezugsgrössen sich bemisst, ob die Investitionen des Mieters einen Mehrwert bewirkt haben, wird in der Literatur kontrovers beantwortet¹⁹. Als mögliche Grössen werden insbesondere genannt: die Auswirkung auf den Verkehrswert, der Ertragswert oder der Anlagewert. Strittig sind aber nicht nur die Kriterien für die Ermittlung – und damit die Berechnung – des Mehrwertes. Auch die Frage, wann ein Mehrwert als erheblich zu gelten hat, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet²⁰.

Zumindest die Kontroverse, nach welchen Kriterien sich entscheidet, ob ein Mehrwert vorliegt, sollte m.E. nach dem vorstehend erwähnten Bundesgerichtsentscheid²¹ weitgehend an Boden verloren haben. Angesichts dessen, dass die Parteien die Entschädigungsfrage beliebig regeln und dabei insbesondere auch nur für gewisse Investitionen eine Entschädigung vorsehen können, ist davon auszugehen, dass alle nicht von der Entschädigungspflicht ausgenommenen Investitionen von den Parteien als nützlich und wertvermehrend betrachtet werden. Massgebend können deshalb nur die Investitionskosten des Mieters sein, selbstverständlich unter Berücksichtigung des Alters sowie des Zustands der Änderungen, für die eine Entschädigung beansprucht wird²².

Strittig ist, wie erwähnt, nicht nur die Ermittlung des Mehrwertes, sondern auch die Frage, wann ein erheblicher Wertzuwachs vorliegt²³. Von den zahlreichen Lösungsvorschlägen, die dabei diskutiert werden – wie z.B. 10 % des

17 Vgl. G. RONCORONI, mp 1990, 82; SVIT-Kommentar, 2. A., Zürich 1998, 260–260a N 7. Abs. 3 von Art. 260a OR ist nach h.M. hingegen relativ zwingend zugunsten des Mieters; vgl. RONCORONI, mp 1990, 89 und 93; LACHAT/STOLL/BRUNNER (FN 11), 620; TH. GUHL/A. KOLLER/J. N. DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, 419.

18 ZK-HIGI, Art. 260a N 5; wohl auch OR-WEBER, 3. A., Basel 2003, Art. 260a N 3; G. RONCORONI, Zwingende oder dispositive Natur der Mietrechtsbestimmungen des OR, mp 2006, 115.

19 ZK-HIGI, Art. 260a N 50 ff. mit weiteren Hinweisen sowie ZEHNDER (FN 12), 725 ff.

20 ZK-HIGI, Art. 260a N 57 mit weiteren Hinweisen.

21 BGE vom 17.3.1998, mp 1998, 78 ff.

22 Für ein Abstellen auf die Investitionskosten des Mieters auch ZK-HIGI, Art., 260a N 52.

23 ZK-HIGI, Art. 260a N 57 mit weiteren Hinweisen.

Wertes der Mietsache²⁴, ein fixer Betrag für alle Mietverhältnisse, ein bestimmtes prozentuales Verhältnis zum ursprünglichen Anlagewert²⁵ – überzeugt einzig derjenige, der auf das Verhältnis zum Mietzins abstellt²⁶. Der Mietzins, insbesondere der bei Geschäftsmieten gebräuchliche jährliche Quadratmeterpreis, enthält eine – von beiden Parteien geteilte – Bewertung der Vermieterleistung und eignet sich deshalb mehr als die anderen Kriterien als Bezugsgrösse. Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass der Mietzins auch bei Mängeln des Mietobjekts zum Mass für die Schwere eines Mangels herangezogen wird. So liegt nach ZÜST²⁷ stets dann noch ein mittlerer Mangel vor, wenn die Reparaturkosten nicht mehr als einen Monatszins betragen. Wenn aber mutmassliche Reparaturkosten von mehr als einem Monatszins einen Mangel als schwer erscheinen lassen, muss umgekehrt auch ein Wertzuwachs von mehr als einem Monatszins (im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses) als erheblich gelten. Der Lösungsvorschlag von ZEHNDER²⁸, einen Mehrwert als erheblich zu taxieren, wenn er die Höhe eines Monatsmietzinses übersteigt, verdient deshalb Zustimmung.

Sind die Voraussetzungen für eine Mehrwertenschädigung gegeben, hat der Mieter selbstverständlich Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe des ganzen Mehrwertes, nicht nur des Betrages, der über dem als erheblich qualifizierten liegt. (In diesem Sinne deutlich nicht nur der deutsche, sondern auch der französische ["une indemnité pour cette plus-value"] und der italienische ["un'indennità per tale aumento di valore"] Gesetzestext.)

5. Unterhaltspflichten

Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR muss die Vermieterschaft für den Unterhalt der Mietsache aufkommen. Eine abweichende Lastenverteilung in Bezug auf die Unterhalts- und Reparaturarbeiten ist nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die Mieterschaft dafür vollständig entschädigt wird – was gerade bei der Rohbaumiete charakteristisch ist. Allzu oft wird der Mieterschaft in Mietverträgen über Geschäftsräume allerdings der künftige Unterhalt für die Mieträume oder gewisse Installationen übertragen, ohne dass eine Abgeltung dieser Pflicht transparent ausgewiesen wird. Derartige Vertragsbestimmungen sind gemäss Art. 256 Abs. 2 OR nichtig, so dass sich der Mieter gleichwohl auf seine Rechte gemäss Art. 259a ff. OR berufen oder aber, gestützt auf Art. 62 OR, eine Rückforderung seiner Auslage fordern kann. In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, dass die Unterhaltspflicht der Vermieterschaft auch auf andere Weise eingeschränkt werden kann als durch eine explizite Übertragung auf die Mieterschaft. Dies gilt insbesondere bei Vertragsklauseln, welche die Haftung der Vermieterschaft gemäss Art. 258 und 259 OR für die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts einschränken oder aber einen bereits mangelhaften Zustand als den vertragsgemässen definieren.

6. Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands

Eine Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands kann bei einer Vermietung im Rohbauzustand von der Mieterschaft grundsätzlich nicht verlangt werden. Wichtig hierbei ist, dass aus dem Mietvertrag ersichtlich ist, dass es sich um die Vermietung einer Geschäftsräumlichkeit in Rohbaumiete handelt.

Nachdem der Mieter in einer ersten Phase die Gebrauchstauglichkeit erstellt hat, baut er das Mietobjekt weiter für seine Bedürfnisse aus (= Phase 2), z.B. durch Einrichtung einer Arztpraxis, Fitnessstudio mit Sauna etc. Wie steht es diesfalls mit der Wiederherstellungspflicht bezüglich dieser beiden Ausbauphasen?

Alle Eventualitäten im Voraus zu regeln, stellt die höchste juristische Beratungskunst dar, die nicht immer gelingen kann. Wenn schon die Parteien etwas zu regeln vergessen, dann wird dies im Zweifelsfall von einem Gericht entschieden. Nach meinem Dafürhalten ist der weitere Ausbau gemäss Phase 2 wie im vorigen Beispiel aufgeführt, von den Vertragsparteien nicht geregelt worden. Es ginge m.E. zu weit, eine Phase 2 zuzulassen, ohne dass der Mieter den ursprünglichen Zustand wiederherstellen müsste. Haben die Vertragsparteien eine Gebrauchstauglichkeit vereinbart (Phase 1) und baut der Mieter weitergehend aus, dann ist er nicht mehr von der Wiederherstellungspflicht befreit. Jetzt müsste er bei Beendigung des Mietverhältnisses den Zustand gemäss Phase 1 auf seine Kosten wiederherstellen. Was nicht vertraglich vereinbart wurde, darf m.E. auch nicht ohne Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands vom Mieter ausgebaut werden.

Wenn die Parteien vergessen haben sollten zu regeln, in welchem Zustand die Mietsache zurückzugeben ist, so enthält Art. 267 Abs. 1 OR die Prämisse, dass die Sache in dem Zustand zurückgegeben werden muss, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Den Vertragsparteien steht es selbstverständlich frei zu vereinbaren, dass die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses in den Rohbauzustand zurückversetzt und im ursprünglichen Zustand an die Vermieterschaft zurückgegeben werden muss. An diese Problematik sollte man zu Beginn des Mietverhältnisses denken, denn Rückbauten bei Geschäftsräumlichkeiten können unter Umständen sehr teuer werden. Nach Art. 267 Abs. 1 OR muss der Mieter die Sache in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Eine Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes ist demnach bei der Rohbaumiete grundsätzlich

24 SVIT-Kommentar, 2. A., Zürich, 1998, Art. 260a N 79.

25 ZK-HIGI, Art. 260a N 59 f.

26 ZEHNDER (FN 12), 727.

27 MARTIN ZÜST, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss. St. Gallen, Bern 1992, N 227.

28 ZEHNDER (FN 12), 727.

ausgeschlossen. Vereinbarungen, gemäss denen der Mieter zur (teilweisen) Wiederherstellung des Rohbauzustandes verpflichtet wird, müssten sowohl nach Art. 265 Abs. 2 OR als auch nach Art. 267 Abs. 2 OR als nichtig beurteilt werden, sofern der Mieter nicht auch für diese Kosten entschädigt wird – zumindest in der Form eines nachvollziehbaren, reduzierten Mietzinses für eine Rohbaumiete. Eine Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes wäre demnach bei der Rohbaumiete grundsätzlich ausgeschlossen.

7. Erstreckung bei der Rohbaumiete

Gemäss dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich²⁹ erzeugen Rohbauausbauten bei der Mieterschaft keinen Härtegrund für eine Erstreckung, vorausgesetzt, die Mieterschaft wird für die vereinbarte Schmälerung der Hauptleistung vollumfänglich entschädigt. Ein solcher Entschädigungsanspruch würde – auch bei noch nicht amortisierten Ausbaurbeiten – eine Härte der Mieterschaft ausschliessen. Gleiches soll bei Erneuerungen und Änderungen i.S.v. Art. 260a OR gelten. Nach meiner Meinung überzeugt diese Begründung nicht vollständig. Zum einen werden die Entschädigungen an die Mieterschaft – falls überhaupt gewährt – oftmals aufgrund der Lebensdauer der Einbauten berechnet und nicht aufgrund der Mietdauer. Zum anderen wird bei Erneuerungen und Änderungen die Restwertentschädigung an die Mieterschaft häufig vertraglich wegbedungen, sodass es zu keinem Ausgleich kommt. Eine Einzelfallbetrachtungsweise drängt sich geradezu auf und erscheint deshalb angezeigt.

8. De lege ferenda

Um zukünftigen Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen, sollte der Gesetzgeber bei einer Gesetzesnovellierung des Mietrechts daran denken, die Rohbaumiete ins Gesetz zu integrieren. Hier wäre mein Textvorschlag für einen neu zu fassenden Art. 256 Abs. 3 OR:

"Bei der Rohbaumiete überlässt der Vermieter dem Mieter ein unfertiges, noch nicht gebrauchstaugliches Mietobjekt und überträgt ihm die Herstellung der vertraglich vereinbarten Nutzung. In Rohbaumiete vermietete Räumlichkeiten verpflichten den Mieter, die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten. Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat der Vermieter keinen Entschädigungsanspruch für den erfolgten Ausbau. Anderweitige schriftliche Vereinbarungen, insbesondere der Rückbau, sind zulässig."

Le bail à loyer portant sur les locaux nus concerne de manière prépondérante les locaux commerciaux et ne revêt aucune importance pour les baux relatifs à des appartements. Cette situation est due au fait que les locaux commerciaux sont, en principe, loués plus longtemps que les appartements respectivement au fait que les personnes exerçant une activité commerciale ont, en principe, un plus grand besoin d'aménagement individualisé que les particuliers. Le problème revêt une acuité particulière, car aucune disposition légale n'en donne la solution, qu'il y a peu de doctrine à ce sujet et que, jusqu'ici, la jurisprudence n'a eu que peu d'occasions d'aborder la thématique. Le droit du bail ne définit pas ce qu'il faut entendre par locaux nus et ne détermine pas non plus les droits et les obligations des parties contractantes. Dans le bail à loyer qui nous occupe, la personne qui loue les locaux se voit souvent transmettre le futur entretien de la chose louée ou, à tout le moins, les travaux d'amélioration nécessaires. En d'autres termes: l'aménagement intérieur appartient à l'équipement de base d'une chose louée et doit, de ce fait, être effectué par le bailleur. Pour ce qui est de l'équipement normal comme le revêtement des sols, l'enduit, le câblage, le chauffage, les installations électriques et sanitaires ainsi que les installations de ventilation, il convient soit de rembourser au locataire les frais correspondants qu'il a pris en charge soit d'en tenir dûment compte par une réduction de loyer. D'après le Tribunal fédéral, en cas de rénovation de la chose louée les prestations du locataire doivent être prises en considération lors de la fixation du loyer en tant que "compensation adéquate". S'agissant du bail à loyer portant sur des locaux nus, la compensation peut par ex. prendre la forme d'un loyer plus bas que dans le cas où les locaux seraient aménagés. Actuellement, reste sans réponse la question de savoir si, pour la location de locaux nus, le Tribunal fédéral poserait exactement les mêmes exigences que pour la rénovation entreprise par le locataire. Dès lors, un bailleur prudent fixera par écrit, dans le contrat de bail, comment une telle compensation peut avoir lieu et sous quelle forme.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

²⁹ Urteil des Obergerichts Zürich, 22.2.2002, MRA 4/2002, 156, Ziff. 5.1.