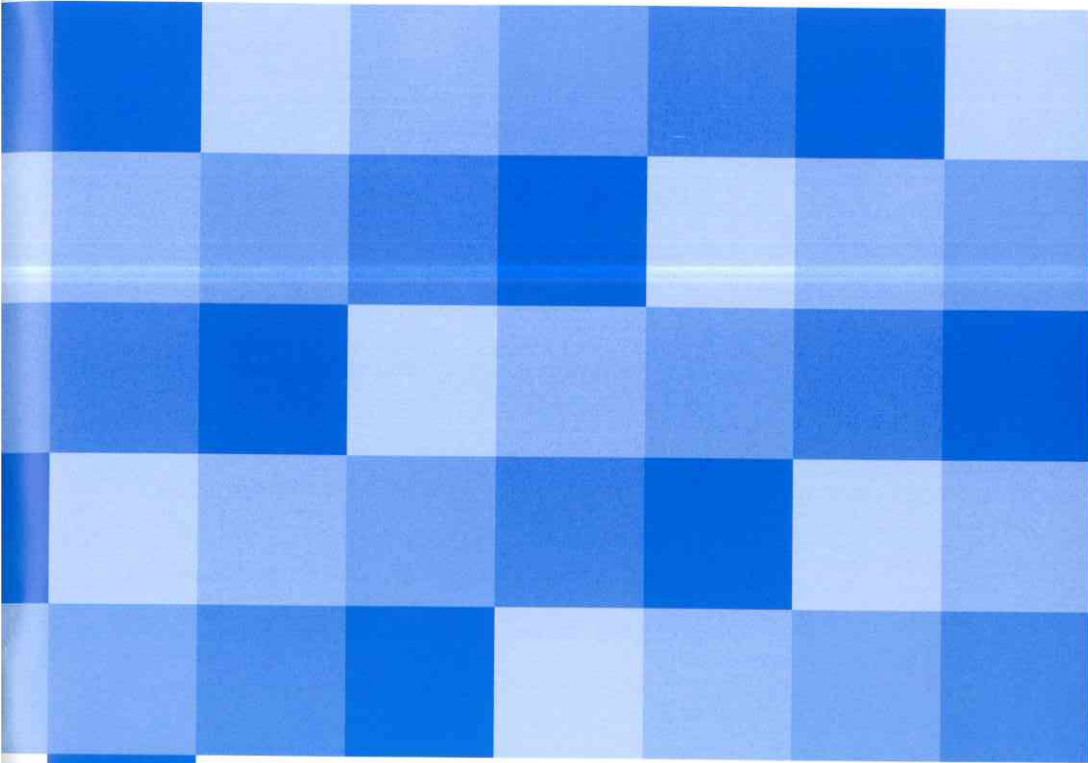


MRA MietRecht Aktuell



3 | 2013

Der Flächenbegriff im Mietrecht

La notion de surface dans le droit de bail

Aufsatz von Dr. Christian Eichenberger, Zürich¹

§ 1. Einleitung

I. Allgemeines

Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass fehlerhafte Flächenangaben in Mietverträgen immer wieder zu jahrelangen Prozessen mit jeweils schwer zu prognostizierendem Ausgang führen.² Dabei steht häufig einiges auf dem Spiel. Nicht nur geht es regelmässig um erhebliche (Rück-)Zahlungen von Netto-Mietzinsen und Nebenkosten und damit einhergehend auch um ein nicht zu unterschätzendes Prozesskostenrisiko. Vielmehr sind aus Vermieter- bzw. Eigentümersicht auch Auswirkungen von fehlerhaften Flächenangaben auf den Wert³ sowie das Management⁴ der betroffenen Immobilien zu beachten.

II. Fehlen einer gesetzlichen Definition des mietrechtlichen Flächenbegriffs

Der Duden definiert Fläche für den allgemeinen Sprachgebrauch als «nach Länge und Breite flach ausgedehnter Bereich; ebenes Gebiet» bzw. als «ebenes oder gekrümmtes zweidimensionales Gebilde»⁵

¹ Der Aufsatz basiert auf einer vom Autor verfassten, am 27. Juli 2012 bei Dr. Beat Rohrer, Zürich, eingereichten wissenschaftlichen Arbeit zur Erlangung eines Master of Advanced Studies in Real Estate am Center for Urban & Real Estate Management (CUREM) der Universität Zürich sowie einem vom Autor am 23. Januar 2013 vor der Fachgruppe Mietrecht des Zürcherischen Anwaltsverbands gehaltenen Referat. Der Autor dankt Dr. Beat Rohrer und Dr. Armin Zucker für die wertvollen Hinweise.

² Für eine Übersicht über die Rechtsprechung zu falschen Flächenangaben in Mietverträgen vgl. Roy in: mp 3/11 180 f. In Deutschland durchgeführte Umfragen gehen davon aus, dass bis zu 80 % aller Mietflächen im Wohnbereich nicht korrekt berechnet wurden, vgl. Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif) Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Wohnraum vom 1.5.2012, S. 3 m.w.H. Es ist zudem notorisch, dass in Geschäftsmietverträgen häufig auf alte, ungenaue Pläne verwiesen wird. Das Streitpotential um fehlerhafte Flächenangaben in Mietverträgen dürfte daher insgesamt noch erheblich grösser sein, als es der Blick in die Rechtsprechung suggeriert.

³ Zur Immobilienbewertung vgl. bspw. The Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS) Chapter Switzerland, Swiss Valuation Standards, 2. Aufl., Zürich 2012, S. 41. Flächenangaben spielen bei praktisch allen wissenschaftlich anerkannten Methoden zur Immobilienbewertung (wie Vergleichswert-, Sachwert- und Ertragswertmethode) in der einen oder anderen Form eine Rolle. Die Mietfläche ist insbesondere bei der Bewertung von Geschäftshäusern und Mehrfamilienhäusern zentral, wenn der Wert über die Discounted-Cash-Flow-Methode ermittelt wird und der jährlich zu leistende Mietzins auf Basis der nutzbaren Fläche festgelegt wird.

⁴ Zum Begriff des Immobilienmanagements gestützt auf Benchmarking und Kennzahlen vgl. SIA Dokumentation d0165, Ausgabe 2000 (SIA d0165), S. 48. Flächenkennzahlen (wie bspw. das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis von Nutzfläche zu Geschossfläche) geben Auskunft über den Nutzungsgrad von Immobilien, SIA d0165, S. 5 f. und stellen ein wichtiges Führungsinstrument des Immobilienmanagements dar.

⁵ Die Dudendefinition ist abrufbar unter <<http://www.duden.de/rechtschreibung/Flaeche>>, zuletzt besucht am 8. April 2013.

Eine gesetzliche Definition des mietrechtlichen Flächenbegriffs fehlt in der Schweiz.⁶

Zwar erwähnt Art. 11 Abs. 1 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) die «Grösse» von Wohn- und Geschäftsräumen. Definiert werden der Flächenbegriff oder eine einheitliche Messmethode in dieser Verordnung jedoch nicht.⁷ Dasselbe gilt für die zu Art. 11 Abs. 1 VMWG ergangene Rechtsprechung. Daneben liefert auch der Verweis auf den Ortsgebrauch häufig keine befriedigenden Resultate.⁸

Fehlt eine gesetzliche Definition zum mietrechtlichen Flächenbegriff kann dieser im Rahmen der Vertragsinhaltsfreiheit von den Vertragsparteien grundsätzlich frei determiniert und definiert werden, womit jeweils den besonderen Umständen des einzelnen Falles Rechnung getragen werden kann.⁹ Die Parteien können im Rahmen der Privatautonomie im Übrigen auch ganz darauf verzichten, Flächenangaben in den Mietvertrag aufzunehmen, da die Fläche eines Mietobjekts keinen objektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellt.¹⁰ Werden Flächenangaben in den Mietvertrag aufgenommen, ist zur Streitprävention vertraglich zu definieren, was unter dem Flächenbegriff zu verstehen ist und wie die entsprechenden Flächen berechnet werden.¹¹ Dies gilt auch dann, wenn über Zirka-Masse ein gewisser vertraglicher Toleranzbereich definiert wird.¹² Insbesondere im Bereich

⁶ Anders ist die Rechtslage bspw. in Deutschland, wo mit der Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche zumindest für den Bereich des sozialen Wohnungsbaus der Begriff der Wohnfläche und eine bestimmte Messmethode gesetzlich definiert werden.

⁷ Damit bleibt bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen bspw. offen, ob Eingangsbereiche oder Heizkeller zur Mietfläche gehören, ob eine Flächenangabe unter Einschluss oder unter Ausschluss von Querschnitten von Wänden «brutto» oder «netto» zu verstehen ist, oder wie die Räume etwa unter Dachschrägen oder bei Heiznischen zu vermessen sind, vgl. Gasche in: mp 1/01 4.

⁸ In BGE 113 II 27 weist das Bundesgericht darauf hin, dass es an die Feststellung der Vorinstanz gebunden sei, wonach in Bern für die Ermittlung vermietbarer Flächen eine allgemein übliche Messweise bestehe. Der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 4.4 in: ZR 107/08 S.95 hält demgegenüber fest, dass in Zürich bezüglich der Definition der Fläche von Mietwohnungen kein Ortsgebrauch bestehe. Gasche, a.a.O., S. 5 weist somit in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der Verweis auf die Messmethode nach Ortsgebrauch nicht befriedigend sei, weil der Ortsgebrauch häufig erst gerichtlich geklärt werden müsse und zudem, wie sein Name sage, von Ort zu Ort verschieden sei.

⁹ Vorbehalten bleiben dabei freilich stets die zwingenden Bestimmungen des Mietrechts. Zur Vertragsinhaltsfreiheit vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich u.a. 2008, N 618. Befindet sich eine Klausel betreffend Flächendefinition und/oder Messmethode in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sind die entsprechenden einschränkenden Regeln zu beachten, vgl. Art. 256 Abs. 2 lit. a OR sowie zu AGB im Allgemeinen Gauch et al., a.a.O., N 1117 ff.

¹⁰ Vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 3.5, in: ZR 107/2008 S.94. Die Mietfläche kann aber ein subjektiv wesentlicher Punkt sein; erfolgt darüber keine Einigung kommt kein Vertrag zu Stande, vgl. Lachat/Stoll/Brunner, Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 28.

¹¹ Gasche, a.a.O., S. 5.

¹² In einem älteren Urteil aus dem Jahr 1913 entschied das Bundesgericht im Zusammenhang mit einem Pachtvertrag unter Hinweis auf die regionalen Anschauungen im Kanton Luzern, dass bei «circa»-Angaben eine Flächenabweichung von bis zu 10 % zu tolerieren sei, vgl. BGE 39 II 239 sowie Gasche, a.a.O., S. 4 f. Jüngere Gerichtsurteile gehen davon aus, dass eine ungefähre Flächenangabe als Marge von 3 % zu verstehen sei, Cour de Justice Genf in mp 1/98 24 und Roy, a.a.O., S. 180; ferner BGE 113 II 28 und Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.2, wonach bei einer ungefähren Flächenangabe nicht mit einer Abweichung der tatsächlichen von der vertraglichen Fläche von rund 8 % bzw. 17 % gerechnet werden müsse.

der Immobiliarmiete bietet es sich daher an, den Flächenbegriff durch Verweis auf ein privates Normenwerk zu konkretisieren.¹³

§ 2. Privates Normenwerk zum Flächenbegriff

I. Allgemeines

Zum Flächenbegriff gibt es eine Vielzahl, um nicht zu sagen einen Wildwuchs, an privatem Normenwerk mit nationalem oder auch internationalem Geltungsanspruch.¹⁴ Zu nennen sind etwa Normen des Deutschen Instituts für Normung e.V. (DIN),¹⁵ der deutschen Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung (gif),¹⁶ der englischen Royal Institution of Chartered Surveyors (RICS),¹⁷ der englischen Investment Property Databank Limited (IPD),¹⁸ der amerikanischen Building Owners and Managers Association International (BOMA) bzw. des American National Standards Institute (ANSI)¹⁹ sowie die Normen des Schweizerischen Ingenieur- Architektenvereins (SIA).²⁰ Seit Mai 2012 verfolgen weltweit führende Immobilienorganisationen das Ziel, über die International Property Measurement Standards Coalition (IPMSC) einen weltweit gültigen Standard zur Flächenermittlung (International Property Measurement Standard (IPMS) zu schaffen.²¹

Die Anwendung unterschiedlicher Normen kann bei der Messung einer bestimmten Grundfläche in ein und demselben Gebäude ohne weiteres zu Abweichungen von bis 30 % führen.²² Deshalb sind sicherlich Harmonisierungstendenzen zu begrüßen, wie sie namentlich mit der DIN EN 15221-6 auf europäischer Ebene oder über die IPMSC auf globaler Ebene verfolgt werden. Daneben stehen in der Schweiz (zumindest einstweilen) die Normen des SIA im Vordergrund, weil diese Normen durch interdisziplinäre Kommissionen erarbeitete, für die Bau- und

¹³ Der Flächenbegriff könnte auch durch Verweis auf öffentliches Baurecht definiert werden, was bis dato in Anbetracht der Vielfalt der kantonalen baurechtlichen Flächenbegriffe nicht gemacht wurde; vgl. Gasche, a.a.O., S. 5 f. Dabei gilt es zu beachten, dass die am 26. November 2010 in Kraft getretene Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB) inskünftig zu einer gewissen Vereinheitlichung auch der baurechtlichen Flächenbegriffe führen sollte, wobei die IVHB wiederum auf dem privaten Normenwerk des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins zum Flächenbegriff basiert; vgl. Musterbotschaft IVHB, S. 24 f.

¹⁴ Hinzu kommen frei erfundene Flächendefinitionen einzelner Immobilieneigentümer vgl. Westermann, Verwirrende Flächenangaben trotz Regeln, in: Tagesanzeiger vom 23.02.2009, abrufbar unter <<http://www.tagesanzeiger.ch/leben/wohnen/Verwirrende-Flaechenangaben-trotz-Regeln/story/12154257>>, zuletzt besucht am 8. April 2013.

¹⁵ DIN 277 Grundflächen und Rauminhalte von Bauwerken, Teil 1 bis 3 sowie DIN EN 15221-6 Facility Management – Teil 6: Flächenbemessung im Facility Management (DIN EN 15221-6).

¹⁶ gif Richtlinien zur Berechnung der Mietfläche für Wohnraum (MF/W) und für gewerblichen Raum (MF/G).

¹⁷ RICS Code of measuring practice – A guide for surveyors and valuers.

¹⁸ IPD Space Code – Measuring the space performance of buildings.

¹⁹ ANSI/BOMA, Standard Method for Measuring Floor Area in Office Buildings.

²⁰ Vgl. namentlich SIA 00165 oder SIA 416 Flächen und Volumen von Gebäuden, Ausgabe 2003.

²¹ Vgl. News-Meldung vom 13. August 2013 auf <<http://www.deal-magazin.com>>, zuletzt besucht am 31. August 2013.

²² DIN EN 15221-6, S. 6. Illustrativ auch der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 4.4 in: ZR 107/08 S. 93 ff., in welchem die Parteien unterschiedliche Auffassungen darüber hatten, was unter der Fläche einer Wohnung zu verstehen war (die Kläger bezifferten die Fläche der Wohnung mit 60,41 m², die Beklagten mit 74 m²).

Immobilienwelt relevante, technische Erkenntnisse enthalten, welche auch dazu dienen, unbestimmte Rechtsbegriffe wie «Stand der Technik» oder «Regeln der Baukunde» auszulegen.²³

II. DIN EN 15221-6 Facility Management – Teil 6: Flächenbemessung im Facility Management

Die aus dem Jahre 2011 stammende DIN EN 15221-6 Facility Management – Teil 6: Flächenbemessung im Facility Management enthält auf europäischer Ebene vereinheitlichte Begriffe und Definitionen sowie Verfahren zur Messung von Grundflächen und Volumen in Gebäuden.²⁴

Die Gebäudegrundflächen werden gemäss DIN EN 15221-6 ausgehend vom Begriff der Ebenenfläche²⁵ unterschieden in Brutto-Grundfläche,²⁶ Innen-Grundfläche,²⁷ Netto-Grundfläche²⁸ und Netto-Raumfläche.²⁹ Die Netto-Raumfläche wiederum wird aufgeteilt in Technikfläche, Verkehrsfläche, Sanitärfläche und Nutzfläche.³⁰ Im Zusammenhang mit der vertraglichen Definition der Miet-Grundfläche empfiehlt die DIN EN 15221-6, sich an die vorgenannten Begriffsdefinitionen zu halten.³¹

In Bezug auf die Messverfahren wird namentlich differenziert zwischen Bruttolänge/-breite und Nettolänge/-breite einerseits bzw. Bruttohöhe, Nettohöhe und lichter Höhe andererseits.³²

III. SIA Dokumentation d0165 Kennzahlen im Immobilienmanagement, Ausgabe 2000

Die in der SIA d0165 enthaltene Gliederung der Flächen- und Volumenparameter stützt sich auf die SIA Norm 416 Flächen und Volumen von Gebäuden (1993) und die DIN 277 Grundflächen und Rauminhalte von Bauwerken im Hochbau,

²³ Vgl. Gasche, a.a.O., S. 6. Daneben basiert auch die IVHB auf dem Normenwerk des SIA zum Flächenbegriff, Musterbotschaft IVHB, S. 24 f.

²⁴ DIN EN 15221-6, S. 7.

²⁵ Unter der Ebenenfläche wird eine Messfläche für eine Ebene verstanden, einschliesslich aller innen liegenden Grundflächen, gemessen bis zur äusseren dauerhaften Fertigoberfläche, DIN EN 15221-6, S. 16.

²⁶ Die Brutto-Grundfläche entspricht der Ebenenfläche abzüglich der Messfläche, die aus Öffnungen, Atrien und Hohlräumen besteht, DIN EN 15221-6, S. 18 und 20.

²⁷ Die Innen-Grundfläche entspricht der Brutto-Grundfläche abzüglich der horizontal gemessenen Fläche, die von den Aussenwandkonstruktionen einschliesslich ihrer Bekleidungen bedeckt wird, DIN EN 15221-6, S. 22 und 24.

²⁸ Die Netto-Grundfläche entspricht der Flächendifferenz aus der Innen-Grundfläche und der Messfläche, die aus der tragenden Innenkonstruktion des Gebäudes (wie Säulen und tragende Wände) besteht, DIN EN 15221-6, S. 26 und 28.

²⁹ Die Netto-Raumfläche entspricht der Summe aller bis zur Innenfläche jedes Raumes gemessenen Grundflächen, DIN EN 15221-6, S. 32.

³⁰ DIN EN 15221-6, S. 34, wonach die einzelnen Kategorien der Netto-Raumfläche in unbeschränkt und beschränkt nutzbare Flächen unterteilt werden können. Mit den Beschränkungen könne auf organisationsbedingte und/oder nationale Vorschriften Rücksicht genommen werden.

³¹ DIN EN 15221-6, S. 14.

³² DIN EN 15221-6, S. 9.

1987.³³ Die SIA d0165 definiert einerseits Kennzahlen, welche als Grundlagen für das Benchmarking im Immobilienmanagement verwendet werden können. Andererseits enthält die SIA d0165 die zu den Kennzahlen passenden Flächendefinitionen und Vermessungsregeln.

Im Zusammenhang mit Kennzahlen zum Nutzungsgrad von Immobilien enthält die SIA d0165 auch eine Definition des Begriffs der vermietbaren Fläche.³⁴ Danach ist die vermietbare Fläche diejenige Fläche, die effektiv vermietet werden kann; sie setzt sich zusammen aus der Geschoss-³⁵ und Aussengeschossfläche³⁶ abzüglich der tragenden Konstruktionsfläche³⁷ sowie den allgemeinen³⁸ Nebennutz-, Funktions-, Verkehrs- und Aussengeschossfläche.³⁹

Die Nutz- und Mietflächen werden gemäss SIA d0165 grundsätzlich bis Innenkante der Aussenwand gemessen.⁴⁰ In Bezug auf Treppenläufe stipuliert die SIA d0165, dass die Geschossflächen von Treppenräumen und Rampen als Projektion auf die darüber liegende Grundrissebene zu berechnen sind, soweit sie sich nicht mit anderen Geschossflächen überschneiden, während Geschossflächen, welche unter der jeweils ersten Treppe oder unter der ersten Rampe sind, derjenigen Grundrissebene zugerechnet werden, auf welcher die Treppe oder Rampe beginnt.⁴¹

³³ SIA d0165, S. 12. Inzwischen sind sowohl die SIA 416 als auch die DIN 277 neu aufgelegt worden. Zudem weicht die SIA d0165 in sechs Punkten bewusst von der SIA 416 und der DIN 277 ab, vgl. SIA d0165 Anhang 3 «Änderungen bezüglich SIA 416 und DIN 277».

³⁴ Für Definitionen von Kennzahlen im Zusammenhang mit der Mietfläche, wie bspw. «Vermietbare Fläche/Geschossfläche» oder «Leerstandsfläche/Vermietbare Fläche» vgl. SIA d0165, S. 7.

³⁵ Die Geschossfläche wird als allseitig umschlossene und überdeckte Grundrissfläche der zugänglichen Geschosse einschliesslich der Konstruktionsflächen verstanden, wobei für die Berechnung auf die äusseren Masse der Bauteile einschliesslich Bekleidung, wie bspw. Aussenputz in Fussbodenhöhe abgestellt wird; konstruktive und gestalterische Vor- und Rücksprünge an den Aussenflächen bleiben dabei unberücksichtigt, SIA d0165, S. 13.

³⁶ Die Aussengeschossfläche wird definiert als die genutzte Grundrissfläche ausserhalb der allseitig umschlossenen und überdeckten Geschossfläche, welche insbesondere Balkone und Terrassen, offene Parkgaragen, Dachgärten sowie Aussentreppen umfasst, sofern und soweit keine direkte Verbindung mit der Umgebungsfäche besteht, SIA d0165, S. 13.

³⁷ Unter der (auszusparenden) tragenden Konstruktionsfläche sind die innerhalb der Geschossfläche liegenden, umschliessenden und innenliegenden Konstruktionsbauteile wie Aussen- und Innenwände, Stützen und Brüstungen gemeint, SIA d0165, S. 14.

³⁸ Allgemeine Nebennutz-, Funktions-, Verkehrs- und Aussengeschossflächen werden deshalb nicht zur vermietbaren Fläche gezählt, weil sie für die Nutzung des Gebäudes unabdingbar sind und deshalb nicht zur ausschliesslichen Nutzung an einen Mieter vermietet werden können. Als Beispiele für allgemeine Nebennutzflächen nennt die SIA d0165 Luftschutzräume (sofern sie nicht als Keller genutzt werden), Hausdienst- und Abwärtsräume sowie Fahrrad- und Müllsammelräume, SIA d0165, S. 16. Im Unterschied zu den allgemeinen Nebennutz-, Funktions-, Verkehrs- und Aussengeschossflächen ist die sog. Zuschlagsfläche gemäss SIA d0165 Bestandteil der vermietbaren Fläche. Es handelt sich dabei zwar auch um Nebennutz-, Funktions-, Verkehrs- und Aussengeschossflächen. Diese werden aber nicht für die Nutzung des Gebäudes als unabdingbar erachtet, sondern werden von mehreren Mietern genutzt. Als Beispiele für Zuschlagsflächen nennt die SIA d0165, S. 18, durch mehrere Mieter genutzte Flure, Korridore, Eingangshallen, Sanitäräume, Balkone oder Terrassen.

³⁹ SIA d0165, S. 16.

⁴⁰ Dies gilt dem Grundsatz nach auch unterhalb von Brüstungen und Dachabschrägungen, SIA d0165, S. 60 f.

⁴¹ SIA d0165, S. 62.

IV. Norm SIA 416 Flächen und Volumen von Gebäuden, Ausgabe 2003

Die aus dem Jahr 2003 datierende Norm SIA 416 Flächen und Volumen von Gebäuden löst die SIA Norm 416, Flächen und Volumen von Gebäuden und Anlagen, Ausgabe 1993, ab.⁴² Die Norm beschränkt sich auf das Definieren von Flächen und enthält nur (aber immerhin) allgemeine Hinweise zur Berechnung.⁴³

Die SIA 416 (2003) definiert die Begriffe der Grundstücksfläche, der Gebäudegrundfläche, der Umgebungsfläche, der Geschossfläche, der Nettogeschossfläche, der Nutzfläche, der Verkehrsfläche, der Funktionsfläche, der Konstruktionsfläche, der Aussen-Geschossfläche, der Aussen-Nettogeschossfläche und der Aussen-Konstruktionsfläche.⁴⁴

Die soeben enumerierten Begriffe sind – bis auf die beiden zuletzt genannten Begriffe der Aussen-Nettogeschossfläche und der Aussen-Konstruktionsfläche – auch in der SIA d0165 enthalten. Die Begriffe der Grundstücksfläche, der Gebäudegrundfläche und der Umgebungsfläche werden, von kleinen sprachlichen Unterschieden abgesehen, gemäss SIA d0165 und SIA 416 (2003) identisch definiert. Bezüglich der übrigen Begriffe bestehen jedoch Unterschiede zwischen der SIA 416 (2003) und der SIA d0165.⁴⁵

V. Exkurs: VZI Flächen-Deklaration für Vermietung und Verkauf

Die Flächen-Deklaration der Vereinigung Zürcher Immobilienunternehmen (VZI) aus dem Jahr 2003 enthält auf die Bedürfnisse von Praktikern der Immobilienbranche ausgerichtete Definitionen der Begriffe der Wohnfläche sowie der Arbeits-Gewerbefläche und verweist «für Spezialfälle» auf die SIA d0165.⁴⁶

Der Begriff der Wohnfläche wird in der VZI Flächen-Deklaration definiert als die Fläche innerhalb der Aussenmauern inklusive Bad/WC und wohnungsinterne Treppen abzüglich Balkon, separate Waschküche, Keller und Wirtschaftsräume.⁴⁷ Der Begriff der Nettowohnfläche wird gemäss VZI definiert als Wohnfläche abzüglich Konstruktionsfläche, wobei unter Konstruktionsfläche Zwischenwände und Schächte verstanden werden. Für den Fall, dass die Konstruktionsfläche nicht bestimmt werden kann, verweist die VZI Flächen-Deklaration darauf, dass für die Konstruktionsfläche ein «Durchschnittswert von 5 %» [recte wohl: der Wohnfläche] angenommen werden dürfe.⁴⁸

⁴² Die Norm SIA 416 (2003) Flächen und Volumen von Gebäuden wird nachfolgend als «SIA 416 (2003)» bezeichnet.

⁴³ SIA 416 (2003), S. 5 und 7. Die SIA d0165 stützt sich, wie oben ausgeführt, auf die Norm SIA 416 (1993).

⁴⁴ SIA 416 (2003), S. 7 ff.

⁴⁵ So enthält die SIA d0165 in Bezug auf den Begriff der Geschossfläche bspw. im Unterschied zur SIA 416 (2003) weitergehende Ausschlüsse sowie spezifische Berechnungsregeln.

⁴⁶ Die VZI Flächen-Deklaration ist auf dem Internet abrufbar unter <<http://www.vzi.ch/flaechendeklaration.pdf>>, zuletzt besucht am 8. April 2013.

⁴⁷ Unklar ist, was mit «Wirtschaftsräumen» gemeint ist.

⁴⁸ Der Begriff der Nettowohnfläche erscheint auch in Art. 10 Abs. 2 der Bewilligungsverordnung (BewV). Gemäss Merkblatt «Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland» des Bundesamtes für Justiz vom 1. Juli 2009, S. 10 zählen zur Nettowohnfläche gemäss BewV «sämtliche bewohnbaren Räume wie Küche, Hausflur, Badezimmer, Toilette, geschlossenes Schwimmbad, Sauna, Hobbyraum, nicht aber Balkon, Treppenhaus, Keller und Estrich».

Der Begriff der Arbeits-Gewerbefläche wird gemäss VZI definiert als Fläche innerhalb der Aussenmauern inklusive WC-Anlagen und interne Treppen abzüglich separate Nebenräume, Keller und Balkone.⁴⁹ Die Nettoarbeits-Gewerbefläche ergibt sich aus der Arbeits-Gewerbefläche abzüglich der Konstruktionsfläche.

VI. Zwischenfazit

Soweit ersichtlich, hat sich bis dato unter Immobilienfachleuten bzw. -eigentümern und Investoren keines der zahlreichen privaten Normenwerke zur Flächendefinition und -berechnung eindeutig als allseits anerkannter Standard durchgesetzt.⁵⁰

Die DIN Normen wie auch die SIA Normen bieten einen differenzierten und sachgerechten Blick auf den Begriff der Fläche von Gebäuden. Im Bereich der Immobilienmiete ermöglicht ein vertraglicher Einbezug namentlich der DIN EN 15221-6, der SIA d0165 oder der SIA 416 (2003) daher beispielsweise, den Mietzins entsprechend der Nutzungsmöglichkeit der vorhandenen Flächen zu differenzieren und transparent auszuweisen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die in der SIA d0165 vorgenommene Untergliederung gemäss DIN 277-2 von weiterem Nutzen.⁵¹ Die in der DIN EN 15221-6 sowie der SIA d0165 enthaltenen ausführlichen Vermessungsregeln vermögen zudem ebenfalls einen sinnvollen Beitrag zur Steigerung der Rechtssicherheit zu leisten. Wünschenswert wäre jedoch sicherlich, wenn die mit der SIA 416 (2003) gegenüber der SIA 416 (1993) vorgenommenen Änderungen möglichst bald in eine Neuauflage der SIA d0165 einfließen könnten. Dabei sollte auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass mittlerweile die DIN Normen neu aufgelegt wurden und es sollte geprüft werden, ob nicht ein Konsens für eine (weitestgehende) materielle Harmonisierung der SIA Normen mit den DIN Normen (und inskünftig allenfalls mit dem IPMS) gefunden werden kann.

Anhand der VZI Flächen-Deklaration wird deutlich, dass namentlich etwa die Dichte des Normenwerks des SIA sowie des DIN den Anforderungen von Praktikern möglicherweise nicht vollumfänglich gerecht zu werden vermag.

§ 3 Rechtsfolgen fehlerhafter Flächenangaben in Mietverträgen

I. Allgemeines

Weicht die tatsächliche von der vertraglich vereinbarten Fläche ab, können sich daraus verschiedene Ansprüche und Rechtsfolgen ergeben.

⁴⁹ Unklar ist, was mit «separaten Nebenräumen» gemeint ist.

⁵⁰ Vgl. Spigir, Wenn die Mietfläche kleiner ist als angegeben, in: NZZ vom 23.12.2011, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/wenn-die-mietflaeche-kleiner-ist-als-angegeben-1.13807112>>, zuletzt besucht am 8. April 2013. Zum unterschiedlichen Ortsgebrauch vgl. FN 8 hiervor m.w.H. Ob sich der in Entstehung begriffene Flächenstandard der IPMSC durchsetzen wird, wird sich zeigen.

⁵¹ Auch die DIN EN 15221-6 enthält im Anhang solche konkretisierenden Unterkategorien.

Welche Fläche vertraglich vereinbart ist, muss durch Auslegung des Vertrages ermittelt werden. Dabei ist gemäss Art. 18 Abs. 1 OR im Rahmen der subjektiven Auslegung in erster Line auf den wirklichen Willen der Parteien abzustellen und nicht die unrichtige Bezeichnung zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.⁵² Falls ein solcher wirklicher Parteiwille nicht festgestellt werden kann, muss die vertraglich vereinbarte Fläche durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden, wobei jene Umstände massgebend sind, die den Willensäusserungen voran gegangen sind oder diese begleitet haben, unter Ausschluss der späteren Ereignisse.⁵³ Dabei können etwa in einem Inserat oder in vor Vertragsabschluss geführter Korrespondenz gemachte Flächenangaben ebenso von Bedeutung sein, wie eine vor Vertragsabschluss durchgeführte Besichtigung des Mietobjekts.⁵⁴

Welche Ansprüche jeweils im einzelnen Fall im Vordergrund stehen, hängt insbesondere vom Zeitpunkt der Geltendmachung ab.⁵⁵ In Frage kommen dabei namentlich Ansprüche aus einem Willensmangel oder aus einem Mangel der Mietsache. Fehlerhafte Flächenangaben können aber auch im Zusammenhang mit der Rück- bzw. Nachforderung von Nebenkosten eine Rolle spielen.

II. Anfechtung des Mietvertrages gestützt auf einen Willensmangel

Irrtum, absichtliche Täuschung und Furchterregung sind Willensmängel, welche vom Gesetzgeber in Art. 23 ff. OR geregelt werden. Im Zusammenhang mit fehlerhaften Flächenangaben in Mietverträgen steht regelmässig der Irrtum im Vordergrund.⁵⁶

Das Bundesgericht nahm in BGE 39 II 241 ff. noch unter altem OR an, dass die Pacht eines Grundstückes von einer Grösse von tatsächlich 12,75 Jucharten anstatt, wie vom Pächter beim Vertragsabschluss angenommen, 20 Jucharten als Error in quantitate zu qualifizieren sei.⁵⁷ In der neueren Lehre und Rechtsprechung werden solche Fälle nunmehr unter den Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR subsumiert.⁵⁸

⁵² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_465 vom 30. November 2010 E. 6 (übersetzt durch Koumbarakis in: MRA 4/11 145).

⁵³ Bundesgerichtsurteil 4A_408/2007 vom 7. Februar 2008 E. 4.1 (übersetzt durch Studer in: MRA 2/08 91); Gauch et al., a.a.O., N 1200 f.

⁵⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_465 vom 30. November 2010 E. 6 (übersetzt durch Koumbarakis, a.a.O.); Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 4.1 in: ZR 107/2008 S. 94.

⁵⁵ Gasche, a.a.O., S. 8.

⁵⁶ Fälle etwa der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR, in welchen die eine Partei gegenüber der anderen Partei vor Vertragsabschluss bewusst falsche Flächenangaben macht, dürften in der Rechtswirklichkeit eher selten vorkommen. Wenn sie vorkommen, dürften die Tatbestandselemente der absichtlichen Täuschung und des Kausalzusammenhangs zwischen Täuschung und Vertragsabschluss häufig schwer nachzuweisen sein.

⁵⁷ Dabei liess das Bundesgericht namentlich die Argumentation des Verpächters nicht gelten, wonach der Irrtum nicht den Pachtgegenstand betreffe, sondern nur dessen Mass, welches kein Individualisierungsmerkmal sei wie bei generisch bestimmten Sachen.

⁵⁸ Dasser, in: Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.): Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, N 10 zu Art. 24 OR m.H.a. BGE 113 II 27.

Im Unterschied zum Erklärungsirrtum, welcher die Äusserung des fehlerfrei gebildeten Willens betrifft, geht es beim Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR um einen mangelhaft gebildeten Willen.⁵⁹ Es handelt sich dabei um einen qualifizierten Motivirrtum.⁶⁰ Qualifiziert ist ein Motivirrtum gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, wenn ein objektives und ein subjektives Merkmal erfüllt sind.⁶¹

In objektiver Hinsicht ist ein Motivirrtum gemäss Bundesgericht nur dann wesentlich, wenn er sich auf Tatsachen bezieht, welche nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Vertragsgrundlage betrachtet werden können.⁶² Im Zusammenhang mit fehlerhaften Flächenangaben in Mietverträgen vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass die Fläche einer Wohnung oder eines Geschäftsraumes grundsätzlich als ein wesentlicher Bestandteil des Mietvertrages und eine wichtige Grundlage für den Vertragsabschluss anzusehen ist.⁶³ Dabei macht das Bundesgericht geltend, die quantitativen Angaben seien ein wichtiger Hinweis, um zu beurteilen, ob der verlangte Mietzins den lokalen Verhältnissen entspreche.⁶⁴ Dies gelte insbesondere im Bereich der Geschäftsmiete, bei der die Quadratmeterpreise konstant bewertet und verglichen würden.⁶⁵ Entsprechend beurteilte das Bundesgericht etwa Flächenabweichungen von 17 %, mehr als 10 % und 13 m², was einem Kinderzimmer entsprach, als wesentlich.⁶⁶ Bei all diesen Fällen war die tatsächliche Fläche entsprechend kleiner als im Mietvertrag angegeben. Eine für einen Grundlagenirrtum relevante Flächenabweichung kann aber auch vorliegen, wenn die Fläche grösser ist als im Mietvertrag angegeben.⁶⁷

In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass die irrende Partei die fehlerhafte Flächenangabe als *condicio sine qua non* für den Vertragsabschluss, also als Bedingung über die nicht hinweggedacht werden kann, erachtete und dies für die Gegenseite erkennbar war.⁶⁸ Am subjektiven Merkmal fehlt es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung namentlich dann, wenn die Flächenabweichung vor

⁵⁹ Dasser 2009, a.a.O., N 11 zu Art. 24 OR. Bundesgerichtsurteil 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008 E. 3.2 (übersetzt durch Studer, a.a.O., S. 89 f.).

⁶⁰ Dasser, a.a.O., N 11 zu Art. 24 OR.

⁶¹ Dasser, a.a.O., N 12 zu Art. 24 OR; Bundesgerichtsurteil 4A_408/2007 vom 7. Februar 2008 E. 3.2 (übersetzt durch Studer, a.a.O., S. 89 f.).

⁶² Bundesgerichtsurteil 4A_408/2007 vom 7. Februar 2008 E. 3.2 (übersetzt durch Studer, a.a.O., S. 90).

⁶³ Koumbarakis, a.a.O., S. 146 f.

⁶⁴ Koumbarakis, a.a.O.; Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.2 (übersetzt in mp 4/2009 219); Bundesgerichtsurteil 4C.5/2001 vom 16. März 2001 E. 3a.

⁶⁵ Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.2 (übersetzt in mp 4/09 219).

⁶⁶ Koumbarakis, a.a.O., S. 147 m.H.a. BGE 135 III 542, 113 II 28 f. und Bundesgerichtsurteil 4C.5/2001 vom 16. März 2001 E. 3a.

⁶⁷ Für das deutsche Recht wurde zu dieser Frage im Zusammenhang mit der Mietfläche von Wohnungen mit Urteil des Bundesgerichtshofs VIII ZR 138/06 vom 23. Mai 2007 E. 2 bb Folgendes festgehalten: «[...] ein Abstellen auf die tatsächliche Wohnungsgrösse ist nur dann in Betracht zu ziehen, wenn einer der Parteien – in diesem Fall: dem Vermieter – das Festhalten an der vertraglichen Vereinbarung nicht zugemutet werden kann [...]. Ein Fall der Unzumutbarkeit für den Vermieter kann aber – wie im umgekehrten Fall einer Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche [...] – nur dann anzunehmen sein, wenn die Flächenabweichung mehr als 10 % beträgt.»

⁶⁸ Dasser, a.a.O., N 13 zu Art. 24 OR m.w.H.

Vertragsabschluss etwa aufgrund eines Augenscheins offensichtlich erkennbar war und der falschen Bezeichnung der Flächenangabe keine Bedeutung beige-messen wurde.⁶⁹

Sind die objektiven und subjektiven Merkmale des Grundlagenirrtums erfüllt, kann die irrende Partei der anderen Partei binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums erklären, dass sie den Vertrag nicht halte (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist gestützt auf einen Grundlagenirrtum jedoch auch eine Teilanfechtung des Mietvertrages möglich, und zwar dann, falls der vom Willensmangel betroffene Inhalt des Vertrags teilbar ist und man davon ausgehen kann, dass die Parteien den Vertrag in Kenntnis des Mangels in angepasster Form abgeschlossen hätten.⁷⁰ Entsprechend kann, falls ein Grundlagenirrtum vorliegt und die Parteien den Mietzins gestützt auf einen Quadratmeterpreis berechnet haben, regelmässig nur (aber immerhin) die Anpassung des Mietzinses sowie die Rückforderung des zu viel bezahlten Mietzinses, nicht aber die Unverbindlichkeit des gesamten Vertrages geltend gemacht werden.⁷¹

Ein Rechnungsfehler gemäss Art. 24 Abs. 3 OR bezieht sich gemäss Bundesgericht einzig auf den von beiden Parteien begangenen Irrtum, welcher auf einen blossen Rechenoperationsfehler zurückzuführen ist, während sich die Parteien über die geschuldeten Leistungen aber einig sind.⁷² Ein solcher Rechenoperationsfehler läge etwa vor, wenn die Parteien das Resultat einer Multiplikation einer vereinbarten Anzahl Flächeneinheiten mit einem vereinbarten Netto-Mietzins pro Flächeneinheit falsch berechneten.

Im Zusammenhang mit dem fahrlässigen Irrtum gemäss Art. 26 OR hat das Bundesgericht entschieden, dass der Mieter, der sich auf einen Grundlagenirrtum beruft, weil das Mietobjekt kleiner ist als im Vertrag angegeben, nicht verpflichtet sei, die Mietsache bei Übernahme auf ihre Beschaffenheit zu prüfen; vielmehr könne sich der Mieter in den Vertragsverhandlungen grundsätzlich auf die Angaben des Vermieters verlassen, wenn er nach den besonderen Umständen des Falles keinen Anlass habe, den Angaben des Vermieters zu misstrauen.⁷³ Der Vermieter ist bereits gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gehalten, keine irreführenden Angaben zu machen.⁷⁴ Ist die tatsächliche Mietfläche grösser als im Mietvertrag angegeben und beruft sich der Vermieter auf einen Grundlagenirrtum, muss im Zusammenhang mit Art. 26 OR nach den Umständen des Falles beurteilt werden, ob der Vermieter im Vorfeld des Ver-

⁶⁹ Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.2 (übersetzt in mp 4/09 220). Vgl. auch Koumbarakis, a.a.O., S. 148.

⁷⁰ Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.1 (übersetzt in mp 4/09 218) m.H.a. BGE 130 III 56.

⁷¹ Vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.1 (übersetzt in mp 4/09 218).

⁷² Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.1 (übersetzt in mp 4/09 217).

⁷³ BGE 113 II 29 f., wo das Bundesgericht auch ausführt, dass sich der Mieter durch sein Misstrauen dem Verdacht aussetzen könnte, ein unbequemer Vertragspartner zu sein; ferner Bundesgerichtsurteil 4A_99/2009 vom 10. Juni 2009 E. 2.1 (übersetzt in mp 4/09 219) m.H.a. Bundesgerichtsurteil 4C.5/2001 vom 16. März 2001 E. 3a.

⁷⁴ BGE 113 II 30 m.H.a BGE 105 II 80.

tragsabschlusses gehalten war, sich über die tatsächlichen Flächenverhältnisse in seiner Liegenschaft Rechenschaft abzulegen.

III. Geltendmachung von Mängelrechten

Gemäss Art. 258 OR kann der Mieter nach den Regeln von Art. 107 bis 109 OR über den Schuldnerverzug vorgehen, also namentlich vom Verträge zurücktreten, wenn der Vermieter ihm das Mietobjekt mit Mängeln übergibt, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen. Falls der Mieter das Mietobjekt trotz solcher Mängel übernimmt und er auf gehöriger Erfüllung beharrt, kann er gemäss Art. 258 Abs. 2 OR nur die Ansprüche geltend machen, die ihm bei Entstehung von Mängeln während der Mietdauer gemäss Art. 259a bis 259i OR zustünden. Gemäss Art. 258 Abs. 3 OR kann der Mieter diese Ansprüche nach den Art. 259a bis 259i OR auch geltend machen, wenn die Sache bei der Übergabe Mängel hat, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch zwar vermindern, aber weder ausschliessen noch erheblich beeinträchtigen.

Gemäss Art. 259a OR kann der Mieter verlangen, wenn am Mietobjekt während der Mietdauer Mängel entstehen oder er im vertragsgemässen Gebrauch des Mietobjekts gestört wird, dass der Vermieter (a.) den Mangel beseitigt, (b.) den Mietzins verhältnismässig herabsetzt, (c.) Schadenersatz leistet oder (d.) den Rechtsstreit mit einem Dritten übernimmt.⁷⁵ Der Mieter einer unbeweglichen Sache kann zudem den Mietzins hinterlegen (Art. 259a Abs. 2 OR).

Im Vordergrund steht bei fehlerhaften Flächenangaben in Mietverträgen regelmässig der Anspruch auf verhältnismässige Mietzinsherabsetzung. Wohl nur in Ausnahmefällen kann auch die Beseitigung des Mangels verlangt werden (beispielsweise dann, wenn der Vermieter in demselben Gebäude über gleichwertige freistehende Flächen verfügt); im Regelfall dürfte der Vermieter nicht in der Lage sein, das Mietobjekt auf die vertraglich zugesicherte Fläche zu vergrössern.⁷⁶

Lehre und Rechtsprechung weisen darauf hin, dass eine gesetzliche Definition des Mangels fehle, weshalb der Begriff des Mangels aus Art. 256 Abs. 1 OR hergeleitet werden müsse.⁷⁷ Ein Mangel sei deshalb alles, was nicht «tauglich» sei, gemessen am vorausgesetzten Gebrauch.⁷⁸ Ob ein Mangel vorliege, ergebe sich aus dem

⁷⁵ Kennt der Vermieter einen Mangel und beseitigt er ihn nicht innert angemessener Frist, kann der Mieter gemäss Art. 259b lit. a OR fristlos kündigen, wenn der Mangel die Tauglichkeit einer unbeweglichen Sache zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliesst. Qualifiziert eine Flächenabweichung als Mangel im Sinne von Art. 258 ff. OR und liegt damit ein besonderer Auflösungsgrund vor, bleibt kein Raum für eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Art. 266g OR vgl. SVIT-Kommentar zum Mietrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 4 zu Art. 266g OR. Zum Verhältnis der Mängelrechte zueinander im Allgemeinen vgl. SVIT-Kommentar zum Mietrecht, a.a.O., N 5 zu Art. 259a OR

⁷⁶ Vgl. SVIT-Kommentar zum Mietrecht, a.a.O., N 8b zu Art. 259g OR, wo davon ausgegangen wird, dass bei in Bezug auf die Grösse mangelhaften Mietobjekten in der Regel kein Beseitigungsanspruch des Mieters bestehe, was auch dazu führe, dass in solchen Fällen die Hinterlegung unzulässig sei.

⁷⁷ Bundesgerichtsurteil 4A_408/2007 vom 7. Februar 2008 E. 4.1 (übersetzt durch Studer, a.a.O., S. 91).

⁷⁸ Lachat et al., a.a.O., S. 138.

Vergleich des tatsächlichen Zustandes des Mietobjektes mit dem Zustand, wie er vereinbart bzw. nach den Umständen zu erwarten oder zugesichert war.⁷⁹

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei der Verminderung der Nutzfläche um einen typischen Fall eines Mangels.⁸⁰ Hingewiesen wird in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Flächenangaben in Immobilienmietverträgen indes insbesondere auch darauf, dass erstens nicht jede Aussage über die Fläche eine Zusicherung sei; zwar könne eine Flächenangabe je nach den Umständen und der gewählten Formulierung die Tragweite einer Zusicherung haben, sie könne aber auch eine unverbindliche Beschreibung darstellen.⁸¹ Zweitens könnten mit einer Flächenangabe verschiedene Flächen gemeint sein.⁸²

Liegt ein Mangel aufgrund einer tatsächlich zu kleinen Mietfläche vor, wird in der Rechtsprechung mit Bezug auf die Mängelfolgen differenziert. Während bei Büroflächen regelmässig eine proportionale Herabsetzung des Mietzinses entsprechend der Flächenverminderung vorgenommen wird, werden namentlich bei Verkaufsflächen zusätzliche Kriterien berücksichtigt.⁸³ So hat ein Neuenburger Gericht bei einem Antiquitätengeschäft mit 40 % zu kleiner Fläche (weil ein rückwärtiger Abstellraum nicht zu zusätzlicher Verkaufsfläche ausgebaut werden konnte) entschieden, bei der Mietzinsherabsetzung sei zu berücksichtigen, dass im konkreten Fall die Lage des Ladengeschäfts an der Gasse, an welcher sich die meisten Antiquitätengeschäfte der Stadt befänden, an sich einen Wert habe; das Gericht erkannte deshalb auf eine Mietzinsherabsetzung von 20 % statt 40 %.⁸⁴

IV. Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückerstattung zu viel bezahlter Nebenkosten bzw. auf Leistung eines Saldos aus Nebenkostenabrechnung

Gemäss Art. 257a Abs. 1 OR sind Nebenkosten das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch des Mietobjektes zusammenhängen.

Erhebt der Vermieter die Nebenkosten aufgrund einer Abrechnung, muss er diese gemäss Art. 4 Abs. 1 VMWG jährlich mindestens einmal erstellen und dem Mieter vorlegen.

⁷⁹ Lachat et al., a.a.O., S. 138 sowie BGE 135 III 347 (übersetzt in mp 3/09 223 f.) m.w.H.

⁸⁰ Bundesgerichtsurteil 4A_483/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 2.4 (übersetzt in mp 3/12 189) m.H.a. Bundesgerichtsurteil 4C_81/1997 vom 26. Januar 1998 E. 3b).

⁸¹ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 3.4 in: ZR 107/2008 S. 93.

⁸² Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 3.5 in: ZR 107/2008 S. 94.

⁸³ Paritätische Lebensdauer-Tabelle, Bewertung von Einrichtungen in Wohn- und Geschäftsräumen, mietrechtspraxis/mp, S. 58 und 67 m.H.a. Tbaux VD 21.11.2000, Cahiers du bail 1/2002 S. 25 ff.

⁸⁴ Paritätische Lebensdauer-Tabelle, Bewertung von Einrichtungen in Wohn- und Geschäftsräumen, mietrechtspraxis/mp, S. 57 und 67 m.H.a. Cciv NE RJN S. 53. Vgl. ferner Bundesgerichtsurteil 4A_483/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 2.4 (übersetzt in mp 3/12 190), wo im Zusammenhang mit einer Mietzinsherabsetzung berücksichtigt wurde, dass eine unbrauchbare Teilfläche eines Lagerplatzes für die Mieterin von geringerer Bedeutung war.

Befinden sich mehrere Mieter in einer Liegenschaft, müssen die Nebenkosten aufgeteilt werden, was gestützt auf eine individuelle Abrechnung oder mittels eines Verteilschlüssels geschehen kann.⁸⁵ Der Verteilschlüssel muss auf sachlichen Gründen beruhen und gerecht sein.⁸⁶ Bei verbrauchsabhängigen Kosten wird eine Umlegung nach den Flächen in der Regel als sachgerecht erachtet.⁸⁷ Erweisen sich die vertraglichen Flächenangaben und damit auch der Verteilschlüssel als falsch und werden deshalb zu viel bzw. zu wenig Nebenkosten bezahlt, kann dem Grundsatz nach ein Anspruch auf Rückerstattung zu viel bezahlter Nebenkosten bzw. ein Anspruch auf Leistung eines Saldos aus Nebenkostenabrechnung geltend gemacht werden.⁸⁸

V. Verhältnis der Ansprüche des Mieters bei fehlerhaften Flächenangaben in Mietverträgen untereinander

Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die Anrufung von Mängelrechten zwangsläufig als sinngemässe Genehmigung des Vertrages nach Art. 31 OR zu werten ist, womit die Berufung auf Grundlagenirrtum ausgeschlossen ist, wenn der Mieter zuvor Mängelrechte geltend gemacht hat.⁸⁹ Bei der Wahl, ob bei fehlerhaften Flächenangaben im Mietvertrag eine Mietzinsherabsetzung gestützt auf Mängelrechte oder eine Teilanfechtung gestützt auf einen Grundlagenirrtum geltend gemacht wird, wird der Mieter regelmässig den zeitlichen Aspekt berücksichtigen. Befinden sich beide Parteien im Irrtum darüber, dass die tatsächliche Fläche kleiner ist, als im Mietvertrag angegeben, kann der Mieter eine Mietzinsherabsetzung gestützt auf einen Mangel erst ab dem Zeitpunkt geltend machen, in welchem der Vermieter vom Mangel Kenntnis erhalten hat, während eine Teilanfechtung gestützt auf einen Grundlagenirrtum grundsätzlich bis zum Vertragsabschluss zurückwirkt.⁹⁰

Ein Anspruch auf Rückerstattung zu viel bezahlter Nebenkosten bzw. auf Leistung eines Saldos aus Nebenkostenabrechnung kann bei fehlerhaften Flächenangaben in Mietverträgen allenfalls kumulativ zu einem Anspruch auf Rückerstattung oder Nachzahlung von Netto-Mietzins geltend gemacht werden.

⁸⁵ Lachat et al., a.a.O., S. 252.

⁸⁶ Lachat et al., a.a.O., S. 253.

⁸⁷ SVIT-Kommentar zum Mietrecht, a.a.O., N 26d zu Art. 257-257b OR, wo darauf hingewiesen wird, dass bei gemischten Mietverhältnissen (Wohnungen und Geschäftsräume) auch der unterschiedlichen Nutzung Rechnung getragen werden müsse.

⁸⁸ Vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.24/2002 vom 29. April 2002 E. 3.3.1 m.w.H. Zur Verjährung des Anspruchs des Mieters auf Rückerstattung zu viel bezahlter Nebenkosten vgl. Sohm in: MRA 1/12 56 ff.

⁸⁹ Lachat et al., a.a.O., S. 162, SVIT-Kommentar zum Mietrecht, a.a.O., N 74 zu Vorbemerkungen Art. 258-259i OR m.H.a BGE 127 III 83 ff., Bundesgerichtsurteil 4A_483/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 2.1

⁹⁰ Vorbehalten bleiben verjährungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Rückforderungsanspruch des Mieters. Zur Verjährung des Anspruchs des Mieters auf Rückforderung zu viel bezahlten Mietzinses nach einer rückwirkenden Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_222 vom 31. Juli 2012 E. 2.4 sowie BGE 130 III 504 übersetzt durch Wetzel in MRA 4/04 149 ff., wonach der Rückforderungsanspruch vertraglicher Natur ist und gestützt auf Art. 128 Ziff. 1 OR innert fünf Jahren verjährt. Der Rückforderungsanspruch gestützt auf Grundlagenirrtum ist m.E. bereicherungsrechtlicher Natur und verjährt gemäss Art. 67 Abs. 1 OR innert eines Jahres seit der Mieter Kenntnis von seinem Anspruch erhalten hat, spätestens aber zehn Jahre seit Abschluss des Mietvertrages.

§ 4 Umgang mit dem Flächenbegriff in der Vertragspraxis

I. Allgemeines

Schriftlich verfasste Immobiliarmietverträge unter schweizerischem Recht enthalten zur Umschreibung des Mietobjekts neben Hinweisen auf Postadresse und Situierung (Stockwerk) häufig auch Flächenangaben. Verbreitet wird zur genaueren Umschreibung des Mietobjekts zudem auf Pläne verwiesen.⁹¹

Die Verfasser von in der Schweiz gebräuchlichen Geschäftsmietverträgen machten sich auch in vielen Fällen Gedanken darüber, wie mit fehlerhaften Flächenangaben umzugehen ist, wie die folgenden zwischen Anpassung und Nichtanpassung des Mietzinses bei fehlerhaften Flächenangaben oszillierenden Praxisbeispiele zeigen.

II. Beispiele aus der Vertragspraxis

1. Anpassung des Mietzinses bei fehlerhaften Flächenangaben

In der Vertragspraxis finden sich Flächenklauseln, gemäss welchen eine Abweichung der tatsächlichen von der vertraglich ausgewiesenen Mietfläche (in der Regel ab einer bestimmten Erheblichkeit) Anspruch auf Anpassung des Mietzinses verleiht. Solche Klauseln weisen beispielsweise folgenden Wortlaut auf:

«Für die Berechnung der Mietfläche massgebend sind die in den Plänen markierten Flächen. Die Parteien sind berechtigt, eine Anpassung des Mietzinses zu verlangen, sofern die tatsächlichen Gesamtflächen um mehr als ein Prozent von den diesem Vertrag zu Grunde liegenden Flächen abweichen.»

Diese Klausel ist auslegungsbedürftig. Ein Hinweis auf die Mess- und Berechnungsmethode der Fläche fehlt ebenso wie eine hinreichend differenzierte Flächendefinition. Die Klausel lässt bspw. auch offen, in welchem Umfang eine allfällige Mietzinisanpassung erfolgen soll, falls der vereinbarte Toleranzbereich überschritten wird.

Ebenfalls auslegungsbedürftig erscheint folgende in der schweizerischen Vertragspraxis anzutreffende Klausel:

«Die erwähnten Flächen sind Richtwerte und können von den tatsächlichen Flächen abweichen. Auf den vereinbarten Nettomietzins haben allfällige Abweichungen bis zu 5 % keinen Einfluss. Ebenso wenig berechtigen allfällige Abweichungen zur ausserordentlichen Auflösung des Mietvertrages unter irgendeinem Titel.»

Auch bei dieser Klausel fehlt ein Hinweis auf die Mess- und Berechnungsmethode der Fläche ebenso wie eine hinreichend differenzierte Flächendefinition. Offen bleibt, ob und wenn ja in welchem Umfang und für welchen Zeitraum eine Anpassung des Nettomietzinses bei einer Abweichung von mehr als fünf Prozent stattfinden soll. Fraglich ist zudem, ob die Wegbedingung des Rechts zur vorzeitigen Vertragsauflösung mit zwingendem Gesetzesrecht (bspw. gemäss Art.

⁹¹ Die Pläne sind aber häufig alt und/oder ungenau.

258 Abs. 1 OR oder Art. 259b lit. a OR) vereinbar ist. Nicht thematisiert werden schliesslich Rück- oder Nachforderungen von Nebenkosten.

Auch die folgende Flächenklausel lässt die Berechnungs- und Messmethode offen, sagt aber relativ klar, in welchem Umfang Flächenabweichungen bezüglich Anpassung von Netto-Mietzins und Nebenkosten zu berücksichtigen sind:

«Bei Abweichungen der in den vorgenannten Grundrissplänen angegebenen Flächenmassen von den tatsächlichen Massen erhöhen oder vermindern sich ab Mietbeginn die Miete sowie die Heiz- und Nebenkosten nach dem Verhältnis der tatsächlichen zur angegebenen Flächengrösse. Unerhebliche Abweichungen bis zu +/- 2% der Flächengrösse bleiben jedoch unberücksichtigt.»

2. Keine Anpassung des Mietzinses bei fehlerhaften Flächenangaben

In der Vertragspraxis finden sich auch Klauseln, welche die Anpassung des Mietzinses bei fehlerhaften Flächenangaben gänzlich ausschliessen wollen, wie folgendes Beispiel zeigt:

«Die erwähnten Flächen sind Richtwerte und können von den tatsächlichen Flächen abweichen. Auf den vereinbarten Nettomietzins haben allfällige Abweichungen keinen Einfluss. Ebenso wenig berechtigen allfällige Abweichungen zur ausserordentlichen Auflösung des Mietvertrages unter irgendeinem Titel.»

Es ist fraglich, ob ein solcher genereller Ausschluss der Anpassung des Mietzinses bei fehlerhaften Flächenangaben vor zwingendem Gesetzesrecht (insbesondere gemäss Art. 256 OR) standhält.⁹² Gleiches gilt für die Wegbedingung des Rechts zur ausserordentlichen Auflösung des Vertrages (bspw. gemäss Art. 258 Abs. 1 OR oder Art. 259b lit. a OR). Insbesondere bei Geschäftsmietverträgen besteht die Gefahr, dass die Klausel in Widerspruch steht zum tatsächlichen (und gemäss Art. 18 OR massgebenden) Parteiwillen, wonach die Fläche für die Berechnung des Mietzinses eben doch massgebend sein soll. Da eine Definition des Flächenbegriffs ebenso fehlt, wie eine Festlegung der Berechnungs- und Messmethode, ist auch unklar, wann eine Flächenabweichung vorliegt. Nicht thematisiert werden Rück- oder Nachforderungen von Nebenkosten.

III. Zwischenfazit

Angaben von Flächen sind insbesondere in Geschäftsmietverträgen häufig, wobei diese vielfach als «circa» Angabe formuliert werden.⁹³ Die in der Vertragspraxis verwendeten Flächenklauseln sind häufig auslegungsbedürftig. Relativ selten

⁹² Vgl. SVIT-Kommentar zum Mietrecht, 3. Aufl., Zürich u.a. 2008, N 26 ff. zu Art. 256 OR sowie in Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Grundlagenirrtums Koumbarakis in: MRA 4/11, S. 148; ferner Lachat/Stoll/Brunner, Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 166, wonach nicht leichthin angenommen werden könne, dass eine Vereinbarung gültig von den Bestimmungen von Art. 258 ff. OR abweichen dürfe; ausnahmsweise könnten die Parteien vereinbaren, dass der Mieter das Mietobjekt «so wie gesehen» übernehme, sofern die vom Gesetz abweichende Lastenverteilung dem Mieter nicht zum Nachteil gereiche, was meist über die Festlegung des Mietzinses sichergestellt werde.

⁹³ Zur Entwicklung der Rechtsprechung im Zusammenhang mit mietvertraglich definierten Zirkum-Massen vgl. FN 12 hiavor.

finden sich im Zusammenhang mit Flächenangaben in Verträgen Hinweise auf entsprechende Flächendefinitionen und Messmethoden.⁹⁴ Letzteres ist möglicherweise darauf zurückzuführen, dass sich die Lehre nicht entschlossen genug und nicht geschlossen hinter einen Standard (wie bspw. die SIA d0165) stellt, was wiederum mit Unklarheiten bei diesen Standards zusammenhängen kann.⁹⁵

Daneben stellen sich im Zusammenhang mit Klauseln, welche jede Mietzinsanpassungsmöglichkeit bei fehlerhaften Flächenangaben im Mietvertrag a priori ausschliessen oder einschränken, Fragen bezüglich der Vereinbarkeit mit zwingendem Gesetzesrecht, insbesondere gemäss Art. 256 OR.⁹⁶

§ 5 Musterklausel zur Erfassung des Flächenbegriffs in Mietverträgen

I. Vorbemerkungen

Mit Musterklauseln muss in der Praxis sorgfältig umgegangen werden und es müssen namentlich die besonderen Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden. Schablonenhaftes Kopieren von Mustervorlagen stellt kein juristisches Arbeiten dar.⁹⁷ Vorbehalten bleiben stets die konkreten Umstände des einzelnen Falles.⁹⁸ Umgekehrt kann eine Mustervorlage auch nicht den Anspruch haben, alle möglichen Sachverhaltsvarianten abzudecken. Da es keinen absolut klaren Wortlaut gibt, wird im Übrigen auch eine detaillierte Flächenklausel bis zu einem gewissen Grad auslegungsbedürftig bleiben.⁹⁹

Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass Vertragsverhandlungen immer auch ein psychologisches Element beinhalten, wobei die Verhandlungsstärke («bar-

⁹⁴ Wenn die Berechnungsmethode thematisiert wird, geschieht dies häufig in wenig präziser Weise. So fand sich beispielsweise in einem Geschäftsmietvertrag folgender Hinweis: «Die Berechnung der Geschossflächen erfolgte über die Nettofläche NGF nach SIA 416». Dabei muss namentlich etwa durch Auslegung ermittelt werden, ob es sich beim Verweis auf die «SIA 416» um einen Verweis auf die Norm SIA 416, Flächen und Volumen von Gebäuden und Anlagen aus dem 1993 oder die Norm SIA 416, Flächen und Volumen von Gebäuden aus dem Jahr 2003 handelt oder ob der Verweis in dem Sinn dynamisch zu verstehen ist, als er jeweils auf die im Zeitpunkt von allfälligen Streitigkeiten aktuellste Version der Norm SIA 416 hinweisen soll; illustrativ im Zusammenhang mit einem gesetzlichen Verweis auf das Normenwerk des SIA: BGE 136 I 321 f.

⁹⁵ So wären bspw. namentlich eine Anpassung der SIA d0165 an die SIA 416 (2003) sowie eine Harmonisierung mit der DIN EN 15221-6 und inskünftig allenfalls mit dem IPMS wünschenswert.

⁹⁶ Gestützt auf die Rechtsprechung ist dabei davon auszugehen, dass es jedenfalls zulässig sein muss, einen Toleranzbereich von +/- 3 % zwischen vertraglicher und tatsächlicher Fläche zu definieren, welcher von beiden Parteien ohne Anspruch auf Mietzinsanpassungen akzeptiert werden muss, vgl. Kasuistik bei Roy in: mp 3/11 180. Mit Bezug auf den Umfang der Mietzinsanpassung besteht ein relativ weiter gerichtlicher Ermessensspielraum, wobei der Richter in entsprechende vertragliche Vereinbarungen regelmässig dann nicht eingreifen wird, wenn diese differenziert und sachgerecht sind und den Umständen des einzelnen Falles, namentlich dem Nutzen, welche einzelne Teilflächen für den Mieter haben, Rechnung tragen, vgl. Bundesgerichtsurtel 4A_483/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 2.4 (übersetzt in mp 3/12 190).

⁹⁷ Vgl. Eichenberger, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Bern 2009 (zugl. Diss. Bern 2008), N 169 m.w.H.

⁹⁸ In jedem einzelnen Fall muss zudem auch beachtet werden, dass sich gesetzliche Grundlagen sowie Lehre und Rechtsprechung ändern können. Insofern stellen Musterklauseln jeweils bloss Momentaufnahmen dar.

⁹⁹ Zur Methodik der Auslegung von Verträgen vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne aussservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich u.a. 2008, N 1196 ff.

gaining power») der Parteien eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt. Versucht demnach eine Partei der anderen Partei eine bestimmte Regelung aufzuoktroyieren, kann dies je nach Marktlage und damit verbundener Verhandlungsstärke zur Folge haben, dass die Vertragsverhandlungen abrupt einseitig abgebrochen werden.

Hinweise, welche im Zusammenhang mit der folgenden Musterklausel zu berücksichtigen sind, werden im Anschluss an die Musterklausel wiedergegeben und in der Musterklausel jeweils mit «Bem. [Nr.】 referenziert.

II. Musterklausel

«Artikel [...] Mietobjekt [Bem. 1]

Die Vermieterin überlässt der Mieterin folgende Räume und Flächen zur mietweisen Benützung gemäss beiliegendem Plan (Anhang [...]), welcher einen integrierenden Vertragsbestandteil bildet: [Bem. 2]

Liegenschaft

[Gemeinde, Grundstücknummer gemäss Grundbuch, Postadresse] [Bem. 3]

Lage [Bem. 4]	Fläche (Art, circa Anzahl Flächeneinheiten) [Bem. 5]	Netto-Mietzins pro Flächeneinheit [Bem. 6]
Untergeschoss	Hauptnutzfläche [...] m ² Nebennutzfläche [...] m ² Funktionsfläche [...] m ² Verkehrsfläche [...] m ² Zuschlagsfläche [...] m ²	[...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF
Erdgeschoss	Hauptnutzfläche [...] m ² Nebennutzfläche [...] m ² Funktionsfläche [...] m ² Verkehrsfläche [...] m ² Aussengeschossfläche [...] m ² Zuschlagsfläche [...] m ²	[...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF
1. Obergeschoss	Hauptnutzfläche [...] m ² Nebennutzfläche [...] m ² Funktionsfläche [...] m ² Verkehrsfläche [...] m ² Aussengeschossfläche [...] m ² Zuschlagsfläche [...] m ²	[...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF [...] CHF
Total ungefähre Mietfläche	[...] m ²	

Die allgemeinen Nebennutz-, Funktions-, Verkehrs- und Aussengeschossflächen können von der Mieterin mitbenützt werden. [Bem. 7]

Alle Flächenangaben verstehen sich gemäss [SIA Dokumentation d0165, Kennzahlen im Immobilienmanagement, Ausgabe 2000]. [Bem. 8]

Die Parteien erklären, das Mietobjekt in Kenntnis der diesem Vertrag als Anhang [...] beiliegenden Pläne am [Datum] besichtigt zu haben. [Bem. 9]

Bei Widersprüchen zwischen dem Inhalt dieses Art. [...] und dem diesem Vertrag als Anhang [...] beigefügten Plan, geht der beigefügte Plan gemäss Anhang [...] vor. [Bem. 10]

Widersprüche zwischen der tatsächlichen Mietfläche und der gemäss diesem Artikel [...] und/oder dem als Anhang [...] beigefügten Plan angegebenen Mietfläche sowie sonstige fehlerhafte Angaben in diesem Artikel [...] und/oder dem als Anhang [...] beigefügten Plan müssen von derjenigen Partei, die daraus Ansprüche ableitet, innert [...] [Tagen/Wochen/Jahren] seit Übergabe des Mietobjekts in schriftlicher Form gerügt werden. Massgebend für die Einhaltung dieser Frist ist der Zugang der schriftlichen Rüge bei der anderen Partei. Mit unbenütztem Ablauf der Rügefrist wird Genehmigung der tatsächlichen Mietfläche als vertragskonform angenommen. Kleine Abweichungen der tatsächlichen Mietfläche von der vertraglich bestimmten ungefähren Mietfläche im Toleranzbereich von +/- [3]% werden von den Parteien zum Vornherein als vertragskonform anerkannt, sind also in jedem Fall auf die Gesamtabweichung anzurechnen. [Bem. 11]

Können sich die Parteien im Nachgang zu einer frist- und formgerechten Rüge über die Mietfläche nicht einigen, so hat jede Partei das Recht, die Erstellung eines Schiedsgutachtens durch einen Einzelgutachter zu verlangen. Können sich die Parteien über die Person des Einzelgutachters innert 30 Tagen seit der Unterbreitung des Vorschlags nicht einigen, so wird die Person des Einzelgutachters auf Begehren einer Partei von der Geschäftsleitung des [Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft (SVIT Schweiz)] bestimmt. [Bem. 12]

Der Einzelgutachter vermisst das Mietobjekt soweit erforderlich neu und bestimmt die Mietfläche in Anwendung der [SIA Dokumentation d0165, Kennzahlen im Immobilienmanagement, Ausgabe 2000]. [Bem. 13]

Die Kosten des Schiedsgutachtens werden von den Parteien nach Massgabe des Verhältnisses der Abweichung ihrer letzten, verbindlich geäusserten Einschätzung zu den Feststellungen des Gutachters getragen. [Bem. 14]

Mit der Übergabe des Schiedsgutachtens wird dem Mietverhältnis die im Gutachten festgestellte Mietfläche zu Grunde gelegt. Entsprechend werden die von der Mietfläche abhängigen Vertragselemente, wie insbesondere der Netto-Mietzins und die Nebenkosten, im Verhältnis der fehlerhaften vertraglichen zur tatsächlichen Mietfläche rückwirkend per Datum des Mietbeginns angepasst. [Bem. 15]

III. Bemerkungen zur Musterklausel

Bem. 1: Die Klausel beschränkt sich auf die Bestimmung des Mietobjekts und geht davon aus, dass der (monatlich oder jährlich) insgesamt zu bezahlende Mietzins in einer separaten Klausel geregelt wird. Sie ist auf Mietverträge über Geschäftsräume zugeschnitten. Für Mietverträge über Wohnräume eignet sich die Klausel bereits deshalb weniger, weil sie für solche Zwecke regelmässig allzu detailliert und für Parteien ohne besondere Immobilienkenntnisse zu wenig verständlich sein dürfte. Kommt hinzu, dass die Parteien im Zusammenhang mit Mietverträgen über Wohnungen das Mietobjekt regelmässig ohne jeden Hinweis auf Flächenangaben hinreichend klar umschreiben können und Flächenangaben auch im Zusammenhang mit der Mietzinsfindung häufig keine wesentliche Rolle spielen dürften.¹⁰⁰ Im Rahmen von Geschäftsmietverträgen soll die vorliegende Flächenklausel im Übrigen nicht zu einer blossen Aufblähung des Vertragswerkes nach amerikanischem Vorbild führen. Vielmehr soll die detaillierte Flächenklausel geschäftserfahrene Parteien im Sinne einer Warnfunktion für den korrekten Umgang mit dem (bisher im Vertragswesen verbreitet eher vernachlässigten) Flächenbegriff sensibilisieren.

Bem. 2: Aktuelle Pläne dienen der Förderung der Klarheit. Es sollte sich dabei um Grundrisspläne des Mietobjekts handeln. Sie sollten die verschiedenen, die Mietfläche ausmachenden Flächenarten (wie bspw. Hauptnutzfläche, Nebennutzfläche etc.) farbig und/oder graphisch hervorheben und durch eine entsprechende Legende ergänzt sein. Der Massstab des Plans sollte aus dem Plan leicht ersichtlich sein. Die Pläne sollten zudem gut sichtbar datiert sein.¹⁰¹

Bem. 3: Flächenberechnungen sind regelmässig für jedes Bauwerk getrennt aufzustellen, auch wenn sich auf einem Grundstück mehrere Bauwerke befinden.¹⁰² Besteht das Mietobjekt demnach aus Flächen in mehreren Gebäuden auf einem Grundstück oder aus mehreren Gebäuden auf verschiedenen Grundstücken, muss dies im Mietvertrag klar zum Ausdruck gebracht werden.

Bem. 4: Die Lage der Mietflächen ist in Einklang mit der vom entsprechenden Referenzregelwerk für die Flächenberechnung verwendeten Terminologie zu umschreiben, vgl. dazu Bem. 8 hiernach. In der SIA d0165 erfolgt die Flächenberechnung auf Basis der Geschossfläche, weshalb bei der Umschreibung der Lage der Mietflächen ebenfalls an diesen Begriff angeknüpft wird. Dieselbe Terminologie ist auch bei der Beschriftung der dem Mietvertrag beizufügenden Pläne zu verwenden.

¹⁰⁰ Vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 4.6 f. in: ZR 107/2008 S. 96, wo im Zusammenhang mit Mietverträgen über Wohnungen ein Verweis auf Definitionen, wie sie die SIA 416 (2003) oder das öffentliche Planungs- und Baurecht zur Verfügung stellen, als unüblich bezeichnet werden. Ferner wird darauf hingewiesen, dass erfahrungsgemäss für die meisten Wohnungssuchenden die Zahl der Zimmer im Vordergrund stehe und auch das Wissen um die unterschiedlichen Flächendefinitionen bei Personen ohne beruflichen Bezug zu Immobilien nicht sehr verbreitet sei; vgl. aber auch Bundesgerichts-urteil 4C.5/2001 vom 16. März 2001 E. 3a.

¹⁰¹ Spirig, Wenn die Mietfläche kleiner ist als angegeben, in: NZZ vom 23.12.2011, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/wenn-die-mietflaeche-kleiner-ist-als-angegeben-1.13807112>>, zuletzt besucht am 8. April 2013, weist zu Recht darauf hin, dass sehr alte Pläne nicht unesehen übernommen werden sollten.

¹⁰² Vgl. bspw. SIA d0165, Kennzahlen im Immobilienmanagement, Ausgabe 2000, S. 12.

Bem. 5: Als Flächeneinheit bieten sich regelmässig Quadratmeter an. Mit dem Hinweis darauf, dass es sich bei der Anzahl der Flächeneinheiten um «circa»-Angaben handelt, wird eine De-minimis Regel eingeführt, vgl. Bem. 11 i.f. hier-nach.¹⁰³ Danach sind kleinere Flächenabweichungen von den Parteien ohne weiteres zu akzeptieren. Die Parteien können die De-minimis Regel aber auch modifizieren oder ganz auf sie verzichten und ihrem Vertrag exakte Flächenzahlen zu Grunde legen.

Die verschiedenen, die Terminologie der die Mietfläche ausmachenden Flächenarten muss in Einklang stehen mit der im entsprechenden Referenzregelwerk für die Flächenberechnung verwendeten Terminologie. Gemäss SIA d0165 kann die Mietfläche namentlich aus Hauptnutzfläche, Nebennutzfläche, Funktionsfläche, Verkehrsfläche, Aussengeschossfläche und Zuschlagsfläche bestehen. Mit der systematischen Einteilung der Flächen wird eine Differenzierung des Mietzinses ermöglicht und eine erhöhte Vergleichbarkeit der Flächen und den daraus abgeleiteten Kennzahlen zwischen verschiedenen Objekten sichergestellt.

Bem. 6: Die Angabe des Netto-Mietzinses pro Flächeneinheit ermöglicht es den Parteien, den Mietzins nach Flächenart zu differenzieren und diese Differenzierung transparent zu machen. Damit werden auch klare Berechnungsgrundlagen geschaffen, um eine allfällige Anpassung oder Korrektur der Flächenangaben in Bezug auf den Mietzins nachzuvollziehen. Bei der gemäss SIA d0165 von mehreren Mietern in Anspruch genommenen Zuschlagsfläche ist zu beachten, dass der Mietzins für diese Fläche den entsprechenden Mietern anteilmässig in Rechnung gestellt wird.¹⁰⁴

Bem. 7: Die Flächen zur Mitbenützung sind in der Terminologie des entsprechenden Referenzregelwerks für die Flächenberechnung wiederzugeben.¹⁰⁵ In der Terminologie der vorliegend beispielhaft gewählten SIA d0165 sind allgemeine Nebennutz-, Funktions-, Verkehrs- und Aussengeschossflächen für die Nutzung des Gebäudes unabdingbar und können durch den Eigentümer nicht gesondert vermietet werden.¹⁰⁶ Entsprechend erweist sich auch die Angabe von Flächenmassen für diese Flächen als entbehrlich.

Bem. 8: Als Referenzregelwerk für die Flächenberechnung wird vorliegend beispielhaft die SIA Dokumentation d0165, Kennzahlen im Immobilienmanage-

¹⁰³ Vgl. zur gerichtlichen Interpretation von «circa»-Angaben FN 12 hiervoor.

¹⁰⁴ SIA d0165, S. 18.

¹⁰⁵ Gasche in mp 1/01 7 verweist beispielhaft auf die Norm SIA 416 (1993), welche inzwischen durch die SIA Norm 416 (2003) ersetzt wurde. Die SIA d0165 stützt sich noch auf die SIA 416 (1993). Sie enthält detailliertere Angaben zur Flächenberechnung als die SIA Norm 416 (2003). Auch Westermann, Verwirrende Flächenangaben trotz Regeln, in: Tagesanzeiger vom 23.02.2009, abrufbar unter <<http://www.tagesanzeiger.ch/leben/wohnen/Verwirrende-Flaechenangaben-trotz-Regeln/story/12154257>>, zuletzt besucht am 8. April 2013, erwähnt als massgebenden Standard für die Bau- und Immobilienbranche die SIA d0165. Einige grosse schweizerische Immobiliengesellschaften legen ihren Mietverhältnissen im Übrigen ebenfalls die SIA d 0165 zugrunde. Mit der Übernahme der SIA d 0165 erhält der Eigentümer zudem eine ideale Basis für das Immobilienmanagement bzw. das Benchmarking.

¹⁰⁶ SIA d0165, S. 16.

ment, Ausgabe 2000 angegeben.¹⁰⁷ Falls ein anderes Referenzregelwerk gewählt wird, ist die Terminologie im Mietvertrag und in den Mietvertragsplänen entsprechend anzupassen.

Das Bundesgericht hat sich zur Berechnungsmethode und entsprechenden Regelwerken bis jetzt nicht geäußert, weil es sich bei Streitigkeiten um die Mietfläche grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz halten muss.¹⁰⁸

Bem. 9: Es ist üblich und jedem Mieter im Rahmen einer Due Diligence Prüfung zu empfehlen, das Mietobjekt vor Vertragsabschluss zu besichtigen.¹⁰⁹ Der Vermieter sollte dem Mieter ermöglichen, sich anhand von Plänen auf diese Besichtigung vorzubereiten, damit der Mieter den Planinhalt im Rahmen der Besichtigung von Auge verifizieren bzw. nachmessen kann. So können allfällige Unstimmigkeiten bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen bereinigt werden. Stehen bei der Besichtigung vor Vertragsabschluss keine Pläne zur Verfügung, ist die Klausel entsprechend anzupassen. Kann keine Besichtigung durchgeführt werden (etwa weil ein noch zu erstellendes Mietobjekt ab Plan gemietet wird) ist der entsprechende Absatz in der Musterklausel zu streichen und anstelle dessen ein Hinweis aufzunehmen, wonach die verbindlichen, dem Mietverhältnis zu Grunde zu legenden Flächenmasse am Bau erst noch ermittelt werden müssen.

Bem. 10: Flächenangaben im Mietvertrag und in den dem Mietvertrag beiliegenden Plänen sind zu harmonisieren. Für den Fall von Abweichungen zwischen Vertrags- und Planinhalt ist eine Kollisionsregel vorzusehen. Vorliegend wird vom Primat des Planes ausgegangen, da angenommen wird, dass die Pläne vorgängig zum Vertrag erstellt werden und die Parteien entsprechend bei den Vertragsverhandlungen und der Bildung ihres Vertragswillens vor allem auf die Pläne abstellen.

Bem. 11: Die Frage, ob vertragliche Frist- und Formerfordernisse im Zusammenhang mit Mängelrechten zulässig sind, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten.¹¹⁰ Ein Teil von Lehre und Rechtsprechung erachtet vertragliche Fristen im Zusammenhang mit Mängelrügen als ungültig, weil die Unterhaltungspflicht des Vermieters gemäss Art. 256 OR nicht wegbedungen werden könne und dementsprechend auch nicht von einer Mängelrüge innerhalb einer bestimmten Frist abhängig gemacht werden sollte.¹¹¹ Andere Autoren weisen im Zusammenhang

¹⁰⁷ Als Alternative zur SIA d0165 könnte bspw. die DIN EN 15221-6 Facility Management – Teil 6: Flächenbemessung im Facility Management oder inskünftig allenfalls der International Property Measurement Standard vereinbart werden.

¹⁰⁸ Vgl. BGE 113 II 27 sowie Art. 105 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann, Art. 97 Abs. 1 BGG.

¹⁰⁹ Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2007 E. 4.6 in: ZR 107/2008 S.95: «Es ist üblich, dass Wohnungssuchende sich erst nach einer Besichtigung für oder gegen eine Wohnung entscheiden.» Dies gilt auch für die Miete von Geschäftsräumen.

¹¹⁰ Lachat et al., a.a.O., S. 131 f. und 152 je m.w.H.

¹¹¹ Lachat et al., a.a.O., S. 152 m.w.H.

mit Art. 258 Abs. 2 OR darauf hin, dass die Erklärung des Mieters, er beharre trotz Übernahme der Mietsache auf korrekter Erfüllung, zwar grundsätzlich formfrei erfolgen könne und an keine Frist gebunden sei, einer allfälligen späteren Geltendmachung der Mängelrechte bei anfänglichen Mängeln oder beim anfänglichen Fehlen zugesicherter Eigenschaften jedoch das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegenstehen könne.¹¹² Im Allgemeinen anerkannt wird, dass der Mieter nicht wie ein Käufer verpflichtet sein könne, das Mietobjekt bei Übernahme auf seine Beschaffenheit zu prüfen und dem Vermieter allfällige Mängel oder fehlende Eigenschaften sofort anzuzeigen.¹¹³ Gleichzeitig ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch auch anerkannt, dass die Übernahme und Ingebrauchnahme des Mietobjekts eine Genehmigung des Zustands, in welchem sich das Mietobjekt befindet, darstellen kann.¹¹⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung sind vertragliche Rügefristen und Formvorschriften im Zusammenhang mit Flächenangaben im Hinblick auf die Schaffung von Rechtssicherheit grundsätzlich insofern zulässig, als damit rechtsmissbräuchliches Verhalten der einen oder anderen Partei ausgeschlossen werden soll.¹¹⁵ Zentral ist es deshalb namentlich etwa, an die Übergabe und Ingebrauchnahme des Mietobjekts anzuknüpfen. Dabei wird davon ausgegangen, dass im Regelfall Übergabe und Ingebrauchnahme des Mietobjekts durch den Mieter zeitlich zusammenfallen. Falls dies nicht zutrifft, ist dies im Vertrag entsprechend zum Ausdruck zu bringen und der Beginn der Rügefrist an die Ingebrauchnahme zu knüpfen. Für die Dauer der Rügefrist muss es unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und den konkreten Umständen des Falles eine sachgerechte Begründung geben. Entsprechend kann es je nach den Umständen des Falles beispielsweise sachgerecht sein, an die 30-tägige Frist zur Anfechtung des Anfangsmietzinses oder etwa bei Erstvermietungen an die zweijährige werkvertragliche Rügefrist gemäss Art. 172 Abs. 1 SIA Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 2013 anzuknüpfen.

Die Bestimmung geht im Übrigen vom Regelfall aus, dass tatsächliche Flächenabweichungen bereits zu Beginn des Mietverhältnisses bestehen; sie ist jedoch auch anwendbar, wenn Flächenabweichungen erst im Verlauf des Mietobjekts entstehen, namentlich wenn der Vermieter Änderungen am Mietobjekt vornimmt (bspw. einen Lift einbaut oder ein Gebäude von innen isoliert).

Der beispielhaft vorgeschlagene Toleranzbereich von $\pm 3\%$ orientiert sich an der neueren Rechtsprechung.¹¹⁶ Die Parteien können im Rahmen des zwingenden Rechts auch einen anderen Toleranzbereich definieren oder ganz auf eine De-minimis Regel verzichten. Verzichten die Parteien auf eine De-minimis Regel entfällt der letzte Satz des Absatzes in der Musterklausel ersatzlos.

¹¹² Higi, Zürcher Kommentar (ZK), Die Miete, 3. Aufl., Zürich 1994, N 82 zu Art. 258 OR.

¹¹³ BGE 113 II 29, BGE 104 II 274, SVIT-Kommentar zum Mietrecht, a.a.O., S. 231.

¹¹⁴ BGE 104 II 274.

¹¹⁵ Im Übrigen kann der vertraglichen Frist auch zumindest der Charakter einer Ordnungsfrist zukommen.

¹¹⁶ Vgl. FN 12 hiervoor.

Bem. 12: Gemäss Art. 189 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) können die Parteien vereinbaren, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Damit wird die Sachverhaltsfeststellung und –würdigung im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung gewissermassen ausgelagert.¹¹⁷ Dabei bindet das Schiedsgutachten das Gericht gemäss Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO allerdings nur, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können. Dies trifft auf Mietverhältnisse grundsätzlich zu.¹¹⁸ Die Frage, ob die Einschränkung der Schiedsfähigkeit gemäss Art. 361 Abs. 4 ZPO, wonach in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen nur die Schlichtungsstelle als Schiedsgericht eingesetzt werden kann, auch auf Schiedsgutachten übertragen werden kann, ist zu verneinen.¹¹⁹ Weder Wortlaut noch Systematik oder Sinn und Zweck von Art. 361 Abs. 4 ZPO liefern Anhaltspunkte für eine solche Auslegung. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass sich die Parteien dem Schiedsgutachten in den meisten Fällen freiwillig unterwerfen werden, womit sich ein Rückgriff auf staatliche Gerichte erübrigt (und sich die Frage der Bindung des Gerichts an das Schiedsgutachten gar nicht stellt).

Als Ernennungsstelle für den Einzelgutachter bei Uneinigkeit der Parteien wird vorliegend die Geschäftsleitung des SVIT genannt, weil diese in vielen Fällen die erforderliche Unabhängigkeit von den Parteien aufweisen dürfte. Die Parteien können selbstverständlich eine andere Ernennungsstelle, wie beispielsweise den Präsidenten von RICS Switzerland, einsetzen, was sich insbesondere immer dann aufdrängt, wenn sich die Geschäftsleitung des SVIT aufgrund der Umstände des Falles als nicht vollkommen neutral und von den Parteien unabhängig erweisen sollte.¹²⁰

Bem. 13: Dem Gutachter soll in Bezug darauf, inwieweit zur verbindlichen Feststellung der Mietfläche eine Neuvermessung des Mietobjekts erforderlich ist, ein gewisser Ermessensspielraum verbleiben. Wichtig ist aber, dass die Parteien bereits im Vertrag festlegen, nach welcher Berechnungs- und Messmethode der Gutachter zu verfahren hat, wofür vorliegend beispielhaft auf die SIA Dokumentation d0165, Kennzahlen im Immobilienmanagement, Ausgabe 2000, verwiesen wird.

Bem. 14: Die Kostenregelung orientiert sich an der für den Zivilprozess gebräuchlichen Kostenverteilung, wonach die Parteien die Kosten grundsätzlich nach Massgabe des Unterliegens zu tragen haben.¹²¹ Behauptet also bspw. ein Vermieter die Mietfläche betrage 119 m², während der Mieter behauptet, die Mietfläche

¹¹⁷ Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2013, N 4 zu Art. 189 ZPO.

¹¹⁸ Vgl. Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 25 zu Art. 189 ZPO.

¹¹⁹ A.M. Dolge, Basler Kommentar, Basel 2010, N 24 zu Art. 189 ZPO.

¹²⁰ Treu und Glauben gebieten dabei, dass eine Partei, die einen Schiedsgutachter mangels Unabhängigkeit ablehnen will, dies unmittelbar nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes und ausdrücklich verlangt; andernfalls ist ein Verzicht auf Ablehnung anzunehmen, Perroulaz, Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, N 22 zu Art. 189.

¹²¹ Vgl. 106 ZPO.

betrage 101 m² und stellt der Gutachter eine tatsächliche Fläche von 120 m² fest, hat der Mieter die Kosten im Verhältnis von 19:1 zu tragen. Gleichzeitig soll diese Regelung die Parteien dazu verhalten, bei den Verhandlungen über die Mietfläche möglichst genaue Angaben zu machen.

Bem. 15: Wird eine Flächenabweichung schiedsgutachterlich festgestellt, ist der Vertrag entsprechend anzupassen, was die Parteien in einem Nachtrag zum Mietvertrag festhalten sollten. Obwohl die Vertragsanpassung damit einvernehmlich geschieht, ist den Parteien zu empfehlen, dem Nachtrag ein amtliches Formular beizulegen, in welchem die tatsächliche Fläche, der angepasste Netto-Mietzins sowie allenfalls angepasste Akonto- oder Pauschalzahlungen für die Nebenkosten festgehalten werden.¹²² Erscheint die proportionale Herabsetzung aufgrund der konkreten Umstände des Falles als nicht sachgerecht, ist in Anpassung der Musterklausel ein entsprechender Korrekturfaktor in den Mietvertrag aufzunehmen.

Neben der Anpassung der vertraglichen Grundlagen müssen die Parteien auch die aufgrund einer schiedsgutachterlich festgestellten Flächenabweichung rückwirkend zu leistenden Zahlungen regeln. Dabei werden sie die Verjährung des Rückforderungsanspruchs mitberücksichtigen. Da die Parteien den Toleranzbereich von +/- 3 % zwischen vertraglicher und tatsächlicher Fläche in der Musterklausel als vertragskonform anerkannt haben, ist dieser Toleranzbereich bei der Berechnung der für die Mietzinsanpassung massgebenden Flächendifferenz auf jeden Fall mitzubерücksichtigen.¹²³ Auch die Regelung der geschuldeten Zahlungen geschieht idealerweise in einem Nachtrag zum Mietvertrag. Wurden für die Nebenkosten Akontozahlungen vereinbart, müssen rückwirkend auch die Nebenkostenabrechnungen korrigiert werden. Ob der Vermieter dabei weitere Mieter einbeziehen kann, hängt davon ab, ob deren Nebenkostenabrechnungen nach Saldoziehung als verbindlich zu betrachten sind oder nicht.¹²⁴

§ 6 Schlussfolgerungen

Um jahrelange Prozesse über fehlerhafte Flächenangaben in Mietverträgen und damit allenfalls verbundene, negative Auswirkungen auf die Immobilienbewertung und das Immobilienmanagement möglichst zu vermeiden, lohnt es sich für beide Vertragsparteien bei Vertragsverhandlungen, wie auch bei der Redaktion von Flächenklauseln in Mietverträgen, Sorgfalt walten zu lassen. Diese Sorgfalt kann insbesondere Folgendes umfassen:

¹²² Vgl. Rohrer/Müller/Baretels/Ruf/Hulliger/Schneider, 66 Fragen zum Mietrecht, Zürich 2010, S. 132.

¹²³ Wird beispielsweise festgestellt, dass die Fläche tatsächlich 10 % kleiner ist als vereinbart, müsste die Mietzinsherabsetzung unter Berücksichtigung des 3 %-Toleranzbereichs von einer massgebenden Flächenabweichung von 7 % ausgehen. Im Bundesgerichtsurteil 4A_483/2011 vom 2. Dezember 2011 haben sich die Vorinstanzen und das Bundesgericht soweit ersichtlich nicht damit beschäftigt, ob, und wenn ja, in welchem Umfang ein vertraglich vereinbarter Toleranzbereich von 2 % bei einer Mietzinsherabsetzung gestützt auf eine Verminderung der Nutzfläche des Mietobjekts aufgrund einer baurechtlichen Auflage zu berücksichtigen war.

¹²⁴ Vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_267/2011 vom 29. Juni 2011 E. 3 übersetzt durch Sohm in MRA 1/12 55.

- (a) *Besichtigung des Mietobjekts vor Vertragsabschluss: Es ist üblich, dass der Mieter das Mietobjekt vor Vertragsabschluss besichtigt. Der Vermieter sollte ihn dabei unterstützen und ihm vorab Pläne des Mietobjekts zukommen lassen.*
- (b) *Prüfung der Erforderlichkeit von Flächenangaben im Mietvertrag: Vor Vertragsabschluss haben sich die Parteien darüber Rechenschaft abzulegen, welche Bedeutung Flächenangaben für sie haben. Falls Flächenangaben für keine Partei subjektiv wesentlich sind, rein beschreibende Funktion haben und für die Mietzinsbestimmung unerheblich sind, kann es zur Streitprävention sinnvoll sein, auf Flächenangaben in Mietverträgen gänzlich zu verzichten.*
- (c) *Traktandierung und Bereinigung von Zweifeln bezüglich Flächenangaben anlässlich der Vertragsverhandlungen: Beide Parteien sollen allfällige Zweifel bezüglich Flächenangaben auf Plänen vor Vertragsabschluss gegenüber dem prospektiven Vertragspartner klar zum Ausdruck bringen. Der Vermieter hat den Mieter über Alter und Herkunft des Vermessungs- und Planmaterials aufzuklären und ihm von sich aus die Gelegenheit zu geben, die Richtigkeit des Planinhalts anlässlich eines gemeinsamen Augenscheins zu prüfen.*
- (d) *Klare und ausführliche Vertragsgestaltung in Bezug auf den Flächenbegriff und Bestimmung der Berechnungs- und Messmethode: Falls Flächenangaben für eine oder beide Parteien subjektiv wesentlich sind (etwa weil die Mietzinsberechnung auf Flächenangaben beruht), ist die Aufnahme einer detaillierten Flächenklausel in den Vertrag zu prüfen, wobei insbesondere die anwendbare Berechnungs- und Messmethode vertraglich zu definieren ist. Letzteres kann namentlich durch einen Verweis auf ein Referenzwerk wie beispielsweise die SIA Dokumentation d0165, Kennzahlen im Immobilienmanagement, Ausgabe 2000 geschehen.*
- (e) *Alternative Konfliktlösung für den Fall fehlerhafter Flächenangaben: Die Bestimmung der tatsächlichen Fläche eines Mietobjekts braucht Fachwissen und kann deshalb – auch im Rahmen gerichtlicher Auseinandersetzungen – nur durch einen Sachverständigen geschehen. Es ist deshalb sinnvoll, wenn sich die Parteien für den Fall von allfälligen Meinungsverschiedenheiten über die Mietfläche im Voraus auf einen Sachverständigen einigen und erklären, sich dessen Gutachten unterwerfen zu wollen, um lange und teure gerichtliche Streitigkeiten möglichst zu vermeiden.*