

APH-07 589, publiziert Januar 2009

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Studiger (Referent), Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter Bühler sowie Kammerschreiberin Schmidt

vom 20. August 2008

in der Streitsache zwischen

**A.B.,
B.B.,**

Beklagte/Appellanten

**A.C.,
B.C.,**

Beklagte/Appellanten

alle vertreten durch Fürsprecher X.

und

D.,
vertreten durch Fürsprecher Y.

Klägerin/Appellatin

Regeste:

1) Art. 257b, Art. 257a und Art. 256b OR; Nebenkostenfähigkeit der Kehrichtgrundgebühr
2) Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257b Abs. 1 OR). Die Stadt Bern hat seit dem 1. Mai 2007 ein neues Abfallreglement, wonach sich die Grundgebühr nach der Bruttogeschossfläche bemisst, welche je nach Nutzungsart mit einem Faktor multipliziert wird. Die Kehrichtgrundgebühr hängt mit dem Gebrauch der Sache zusammen, da die Bruttogeschossfläche darüber Auskunft gibt, wie viele Leute auf dieser Fläche wohnen, bzw. arbeiten. Die Bruttogeschossfläche wird zudem mit einem Korrekturfaktor multipliziert, welcher aufgrund der jeweiligen Nutzungsart bemessen wird. Daher bejahte die Kammer die Nebenkostenfähigkeit der Kehrichtgrundgebühr.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Appellatin beantragte mit Klage vom 4. Juni 2007 die Feststellung, dass die mit amtlichen Formularen per 1. Mai 2007 mitgeteilte neue Nebenkostenposition „Kehrichtgrundgebühr“ wirksam bzw. nicht missbräuchlich ist. Die Gerichtspräsidentin hiess die Klage gut und stellte

fest, dass die neue Nebenkostenposition „Kehrichtgrundgebühr“ wirksam, bzw. nicht missbräuchlich ist. Dagegen erklärten die Appellanten die vollumfängliche Appellation. Die Kammer bestätigte das Urteil der Vorinstanz.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Rechtsmittel- und Prozessvoraussetzungen

1. (...)

2. (...)

3. (...)

III. Sachverhalt

(...)

IV. Rechtliches

1. (...). (...). (...).

2. (...)

3. (...)

4. Unbestritten ist, dass die Abfallgrundgebühr vor Mai 2007 durch das ewb (Energie, Wasser Bern) zusammen mit den Stromkosten direkt beim Mieter bezogen worden ist. Ab Mai 2007 wird die Kehrichtgrundgebühr neu beim Vermieter erhoben. Nicht bestritten ist ebenfalls, dass die Grundgebühr auf den Mieter überwälzt werden kann, fraglich ist vorliegend nur, ob dies im Rahmen einer Mietzinserhöhung (Kostenmiete) oder aber als neue Nebenkostenposition zu geschehen hat. Für den Mieter fallen somit keine neuen – wenngleich erhöhte – Kosten an.

5. (...)

6. Allgemeines zu den Nebenkosten

Nach Art. 256b OR trägt der Vermieter die mit der Sache verbundenen Lasten und öffentlichen Abgaben.

Die Nebenkosten sind das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen (Art. 257a OR).

Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch zusammenhängen, wie Heizungs- und Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257b Abs. 1 OR).

Bei Wohn- und Geschäftsräumen finden sich im Wesentlichen vier Arten, wie Nebenkosten in Rechnung gestellt werden:

der Alles umfassende Mietzins;

direkte Bezahlung an eine Drittpartei;

Pauschale;

Akontozahlungen (LACHAT/STOLL/BRUNNER, Schweizerischer Mieterinnen und Mieterverband, Mietrecht für die Praxis, 6. Auflage, Zürich 2005, S. 216, Kapitel 14, N. 2.1).

Der alles umfassende Mietzins findet in der Praxis fast nur bei mündlich abgeschlossenen Mietverträgen Anwendung, oder wenn ein Mietverhältnis ohne Verwendung vorformulierter allgemeiner Vertragsbedingungen eingegangen wird (LACHAT/STOLL/BRUNNER, a.a.O., S. 216, Kapitel 14, N. 2.2). Bei der Miete von Einfamilienhäusern wird häufig vereinbart, dass die Mieterschaft die Nebenkosten direkt an eine Drittpartei leistet, beispielsweise bestellt die Mieterschaft selber das Brennmaterial und bezahlt auch die Lieferfirma (LACHAT/STOLL/BRUNNER, a.a.O., S. 217, Kapitel 14, N. 2.3). Mit der Vereinbarung von Pauschalen wird die Entschädigung der Nebenkosten im Voraus ziffernmässig festgelegt und kann während der Vertragsdauer grundsätzlich nicht abgeändert werden. Mit der Zahlung der Pauschale sind sämtlichen Nebenkosten abgegolten (LACHAT/STOLL/BRUNNER, a.a.O., S. 217, Kapitel 14, N. 2.4).

In der Praxis ist das System der Akontozahlung sehr verbreitet. Die Mieterschaft bezahlt periodisch – in der Regel monatlich – einen vereinbarten Betrag im Voraus, der an die jährlichen Nebenkosten angerechnet wird. Am Ende der Abrechnungsperiode berechnet die Vermieterschaft die tatsächlich angefallenen Nebenkosten (LACHAT/STOLL/BRUNNER, a.a.O., S. 217, Kapitel 14, N. 2.5). Der effektiv geschuldete Betrag, den der Mieter schuldet, ergibt sich somit immer erst nach Vorliegen der jährlichen Nebenkostenabrechnung.

7. Nebenkostenfähigkeit der Kehrichtgrundgebühr

Nach Art. 256b OR trägt der Vermieter die mit der Sache verbundenen Lasten und öffentlichen Abgaben. Dabei handelt es sich um Verpflichtungen, die aus der Tatsache, dass die Sache existiert, entstanden sind oder entstehen, unbeschadet darum, ob es sich um eine Mietsache handelt oder nicht. Es sind somit Verpflichtungen aus dem „Haben“ der Sache und nicht Verpflichtungen, die aus dem Gebrauch der Sache folgen (HIGI, a.a.O., N. 40 zu Art. 256a-256b OR).

Unter dem Begriff Lasten und Abgaben sind die öffentlich-rechtlichen Belastungen zu verstehen, die an das Eigentum an der Sache anknüpfen, wie Grundsteuern, Gebäudeversicherungsprämien, Wasser-, Abwasser-, Meteorwasser- und Kehrichtabfuhrgrundgebühren, dingliche Lasten des privaten und öffentlichen Rechts (Grund- und Vorzugslasten) und ähnliche Verpflichtungen „aus dem „Haben“ der Sache“ (WEBER, a.a.O., N. 1 zu Art. 256b OR, HIGI, a.a.O., N. 42 zu Art. 256a-256b OR).

Nebenkosten sind das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch einer Sache zusammenhängen (Legaldefinition in Art. 257a Abs. 1 OR). Diese Definition ist zwingend (HIGI, a.a.O., N. 3 zu Art. 257a-257b OR). Der Mieter

muss die Nebenkosten nur bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat (Art. 257a Abs. 2 OR).

Nicht zu Nebenkosten zu zählen sind die sogenannten Verbraucherkosten. Sie sind zwar ebenfalls vom Mieter zu tragen, sie sind aber nicht von der Leistungspflicht des Vermieters erfasst, sondern beruhen auf einer direkten Rechtsbeziehung zwischen dem Mieter und dem Erbringer der Leistung, beispielsweise Kehrichtsackgebühr, Telefongebühr, Rechnung für den Stromverbrauch in der Mietwohnung (WEBER, a.a.O., N 1 zu Art. 257a OR).

Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch zusammenhängen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257b Abs. 1 OR).

Art. 257b Abs. 1 OR macht gegenüber dem allgemeinen Wortlaut von Art. 257a OR zwei Präzisierungen für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, nämlich einerseits darf der Vermieter nur die tatsächlichen Aufwendungen auf den Mieter überwälzen und andererseits werden nebst den eigentlichen Betriebskosten auch Aufwendungen verstanden „für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache – sprich des Mietobjektes – ergeben“.

Die von der Stadt Bern neu beim Vermieter erhobene Abfallgrundgebühr ist unzweifelhaft eine Abgabe des öffentlichen Rechts.

Zu prüfen wird nachfolgend die Frage sein, ob sich diese Abgabe aus dem Gebrauch des Mietobjektes ergibt.

Es wird im Gesetz klargestellt, dass auch die öffentlichen Abgaben, welche nach Art. 257b OR den Vermieter treffen, als Nebenkosten ausgeschieden werden dürfen, sofern sie *mit dem Gebrauch der Sache* zusammenhängen (WEBER, a.a.O., N 3 zu Art. 257b OR. Als Beispiele nennt Weber, a.a.O., N. 3 zu Art. 257b OR, Wasser-, Abwasser- und Kehrichtabfuhrgrundgebühren).

Da der unmittelbare Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache fehlt, fallen demgegenüber z.B. Objektsteuern, Gebäudeversicherungsprämien, Erschliessungskosten, Vorzugslasten, Hypothekarzinsen, Strassenbeiträge und Anschlussgebühren nicht darunter (WEBER, a.a.O., N 3 zu Art. 257a und N. 3 zu Art. 257b OR).

Der scheinbare Widerspruch, der sich daraus ergibt, dass der Kommentator Weber einerseits ausführt, Kehrichtabfuhrgrundgebühren seien Abgaben, die vom Vermieter zu tragen sind (Art. 256b OR), aber andererseits der Meinung ist, sie könnten als Nebenkosten ausgeschieden werden, ergibt sich daraus, dass diese Abgaben grundsätzlich vom Vermieter zu tragen sind, sie aber aufgrund der Spezialbestimmung von Art. 257b Abs. 1 OR wegen ihrem Bezug zum *Gebrauch* des Mietobjekts trotzdem als Nebenkosten ausgeschieden werden können.

Bezüglich Nebenkostenfähigkeit von Meteorgebühren wird in der 3. Auflage des SVIT-Kommentars (SVIT-Kommentar Mietrecht III, 3. Auflage, Zürich 2008, N. 29 zu Art. 257-257b OR) ausgeführt, die Stadt Zürich erhebe für den Abfluss von verschmutztem und unverschmutztem Abwasser von Liegenschaften in die Kanalisation eine Abwassergebühr, welche sich aus einer Grundtaxe, berechnet nach der Nenngrosse des Wasserzählers und der bezogenen Wassermenge berechne; Letzteres sei klar eine Verbrauchsgebühr. Soweit derartige Abwassergebühren nur bei Grundeigentümern von

bebauten (und ans Wassernetz angeschlossenen) Grundstücken erhoben würden, handle es sich insgesamt um eine Verpflichtung aus dem Gebrauch, d.h. der Nutzung des Grundstückes für Wohn- und Gewerbebezwecke. Abwassergebühren könnten daher ohne Weiteres im Sinne von Art. 257a und 257b OR als Nebenkosten ausgeschieden werden. Die gleichen Grundsätze würden auch für Kehrrichtgebühren gelten. HIGI (HIGI, a.a.O., N. 42 zu Art. 256a – 256b OR) vertrete demgegenüber die Meinung, mindestens die Grundgebühr falle unter den Begriff der nicht nebenkostenfähigen Abgabe. Diese Auffassung wäre aber nur dann richtig, wenn die Grundgebühren wie eine Steuer voraussetzungslos geschuldet seien, was im Einzelfall abzuklären sei. Gebühren seien an sich ein Entgelt für die Benützung einer öffentlichen Einrichtung, sie würden sowohl bei der Kehrrichtabfuhr, als auch der Kanalisation auf dem Gebrauch der öffentlichen Dienstleistung beruhen (SVIT-Kommentar Mietrecht III, N. 29 zu Art. 257-257b OR).

Der Vergleich zwischen Abwasser- und Kehrrichtentsorgung liegt nahe. In beiden Fällen, d.h. bei der Kehrrichtabfuhr wie auch bei der Wasserentsorgung, erbringt das Gemeinwesen eine Dienstleistung, indem es eine Infrastruktur aufbaut, bereithält, betreibt und unterhält, wobei die Kehrrichtabfuhrgebühr (Kehrrichtsackgebühr) wie die verbrauchsabhängige Abwassergebühr eine Verbrauchsgebühr ist. In beiden Fällen wird die Möglichkeit bereitgestellt, die Infrastruktur zu benutzen, wobei auch Kosten anfallen, wenn sie vorübergehend weniger oder gar nicht benutzt wird. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Gebühr wie eine Steuer voraussetzungslos geschuldet ist, denn sobald eine Liegenschaft länger leer steht, kann die Gebühr nicht mehr erhoben werden.

Die Systeme der Abwasser- und der Kehrrichtentsorgung zeigen viele Parallelen. Es würde künstlich wirken, wenn die Gebühren in nicht nebenkostenfähige Grundgebühren und nebenkostenfähige (Verbrauchs-)gebühren unterteilt würden.

Die Stadt Bern hat ihr neues Abfallreglement am 1. Mai 2007 in Kraft gesetzt. Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a Abfallreglement erhebt die Stadt Bern für ihre Leistungen im Bereich der öffentlichen Entsorgung von den Eigentümerinnen und Eigentümern von Gebäuden eine jährliche Grundgebühr. Nach Art. 17 Abs. 2 Abfallreglement bemisst sich die Grundgebühr nach der Bruttogeschossfläche des Grundstücks (Liegenschaft, Miteigentumsanteil).

Grundvoraussetzung für die Gebührenerhebung ist somit, dass ein Gebäude steht, nicht bloss ein unbebautes Grundstück oder ein Baurecht vorliegt. Gebäude dienen dem Wohnen, dem Handel, Gewerbe, Sport, der Religionsausübung, der Kultur usw.. Je nach Nutzungsart des Gebäudes wird mehr oder weniger Abfall produziert, der entsorgt werden muss.

Nach Art. 17 Abs. 3 des Abfallreglements wird die Kehrrichtgrundgebühr mit einem Faktor multipliziert, welcher der Abfallproduktion der betreffenden Nutzungsart Rechnung trägt.

Aus Art. 14 und 17 des Abfallreglements geht hervor, dass sich die Verpflichtung, die Kehrrichtgrundgebühr zu bezahlen, aus dem Gebrauch eines Gebäudes und die Gebührenbemessung aus dessen Nutzung ergibt.

Es stellt sich zudem die Frage, ob sich die Materialien zu diesem doch relativ neuen Erlass dazu äussern, ob die Kehrrichtgrundgebühr als gebrauchsfähig oder

gebrauchsunabhängig qualifiziert wird. Der Botschaft des Stadtrates an die Stimmberechtigten für die Gemeindeabstimmung vom 25. September 2005 lässt sich entnehmen, dass erstmals auch ein Volksvorschlag vorgelegen hatte für ein neues Abfallreglement. Der Volksvorschlag wollte die Kehrrechtgrundgebühr nach der Anzahl der erwachsenen Personen in einem Haushalt oder nach den ständigen Arbeitsplätzen eines Betriebes bemessen (Art. 17 des Volksvorschlages). Nach Art. 17 des Abfallreglements gemäss Stadtratsbeschluss vom 11. November 2004 (nachfolgend Abfallreglement) sollte sich die Grundgebühr nach der Bruttogeschossfläche des Grundstückes (Miteigentumsanteil, Liegenschaft) bemessen. Es stellte sich somit die Frage, ob die Gebühr kopfbezogen oder objektbezogen erhoben werden sollte. Einfacher war es zweifellos, ebenfalls aus Praktikabilitätsgründen, für die Berechnung der Grundgebühr die Bruttogeschossfläche heranzuziehen, denn die Fläche bleibt immer gleich, währenddem sich die Anzahl der Personen, welche in einem Haushalt leben bzw. in einem Betrieb arbeiten, stetig ändern kann. Die Bruttogeschossfläche gibt Auskunft darüber, wie viele Personen sich normalerweise auf dieser Fläche aufhalten. Es wird also auch bei der Berechnung nach der Bruttogeschossfläche berücksichtigt, wie viele Personen in einem Haushalt oder Betrieb Abfall produzieren. Die Kehrrechtgrundgebühr will somit den mutmasslichen Gebrauch bzw. die mutmassliche Menge Abfall, welcher auf dieser Fläche produziert wird, erfassen. Es handelt sich somit um eine gebrauchsbabhängige Berechnungsmethode, auch wenn dies nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist.

Die Appellanten machen geltend, die Kehrrechtgrundgebühr sei objektbezogen, weil die Gebühr auch bei Leerstand bezahlt werden müsse. Dem ist zuerst entgegen zu halten, dass der Staat aufgrund des Äquivalenzprinzips keine Gebühren erheben darf, wenn er keine Leistung erbringt. In der Botschaft des Stadtrates wird zu Art. 17 zudem folgendes ausgeführt (Botschaft des Stadtrates an die Stimmberechtigten, Gemeindeabstimmung vom 25. September 2005, S. 9).

„Die Grundgebühr soll die Kosten decken, die der Abfallentsorgung dadurch entstehen, dass genügend Personal, Lastwagen und Entsorgungseinrichtungen bereit gehalten werden, um die ordentliche Kehrrechtabfuhr und Sondersammlungen zu gewährleisten. Diese Bereitschaftskosten entstehen auch dann, wenn Wohnungen oder Arbeitsräume vorübergehend nicht genutzt werden. Die Bruttogeschossfläche ist eineindeutig definiertes, leicht messbares Kriterium und deshalb der richtige Berechnungsfaktor für die Grundgebühr. Das neue Gebührenmodell schafft zum einen die Voraussetzungen für einen verursachergerechten Ausgleich der seit mehreren Jahren defizitären Entsorgungsrechnung. Zum anderen wird die Gebührenregelung gegenüber heute insofern gerechter, als sie die Möglichkeiten zur Umgehung der Grundgebühr eliminiert.“

Aus dem klaren Wortlaut der Botschaft geht hervor, dass die Gebühr nur bei *vorübergehenden* Leerständen erhoben wird / werden kann. Wenn ein Gebäude länger leer steht, könnte wegen des Äquivalenzprinzips des öffentlichen Rechts keine Gebühr erhoben werden. Dass die Gebühr bei vorübergehend leer stehenden Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten erhoben werden kann, ist sachgerecht, da ansonsten nach jedem, noch so kurzen Leerstand die Gebühr neu berechnet bzw. wieder neu eingefordert werden müsste, sei es auch nur, weil eine Wohnung renoviert würde, bevor die nächsten Mieter einziehen. Dass die Gebühr auch bei Leerstand erhoben wird, vereinfacht lediglich die Bemessung der Gebühr, indem bei einem Leerstand wegen Mieterwechsel oder ähnlichem keine Rückerstattungen oder Gutschriften vorgenommen werden müssen. Zudem ist zu beachten, dass der Leerstand von Gebäuden

gesellschaftlich nicht erwünscht ist und der Leerbestand von Wohnungen bzw. Geschäftsräumlichkeiten real sehr klein ist.

Dass die Gebühr auch bei einem Leerstand erhoben wird, ergibt sich denn auch nicht aus dem Reglement selber, sondern nur aus der Botschaft. Die Botschaft stellt nur ein Hilfsmittel dar, um das Reglement besser verstehen zu können.

Ebenfalls wird in der Botschaft ausgeführt, dass das Gebührenmodell einen „verursachergerechten Ausgleich“ schafft. Dies kann ebenfalls als Indiz für die Gebrauchsabhängigkeit der Kehrichtgrundgebühr gewertet werden, die Verursacher von grösseren Abfallmengen auch mehr zu bezahlen haben.

Weiter wird in der Botschaft (S. 10) ausgeführt, dass die Grundgebühren rund zwei Drittel der Entsorgungskosten decken sollen.

In der Botschaft (S. 12) findet sich überdies ein weiteres Indiz für die Nebenkostenfähigkeit der Kehrichtgrundgebühr. Es wird dort ausgeführt, den Hausbesitzenden und Vermietenden sei zuzumuten, dass sie diese Kosten weiter verrechnen. Sie müssten ohnehin eine jährliche Nebenkostenabrechnung erstellen. Der Stadtrat ging somit davon aus, dass die Kehrichtgrundgebühr über die Nebenkosten abgerechnet wird.

Es bleibt der Vollständigkeit festzuhalten, dass das oben erläuterte Problem des Leerstandes relativiert wird, da der Gesetzgeber der Ansicht war, die Kehrichtgrundgebühr werde über die Nebenkosten bezahlt. Es werden nur diejenigen belastet, welche den Abfall verursachen und nur die effektiven Kosten abgerechnet.

Nach Ansicht der Kammer ergibt sich die Gebrauchsabhängigkeit ebenfalls aus der Bemessungsmethode der Kehrichtgrundgebühr. Gemäss Art. 17 Abs. 3 des Abfallreglements wird die Grundgebühr nach Bruttogeschossfläche mit einem Faktor multipliziert, welcher der Abfallproduktion der betreffenden Nutzungsart Rechnung trägt. Abfallintensive Betriebe bezahlen somit mehr Kehrichtgrundgebühr als Betriebe oder Haushaltungen, die weniger Abfall verursachen. So wird beispielsweise bei Schulen, Museen, Bibliotheken oder kirchlichen Bauten der Faktor 0.5 mit der Bruttogeschossfläche multipliziert, bei Verkaufsgeschäften oder Teilen von solchen mit Produkten, deren Verpackungen in der Regel nicht mit dem Hauskehricht, sondern im öffentlichen Raum entsorgt werden, wie namentlich Verkaufsstellen für Take-Away-Verpflegung oder ähnliches, wird die Bruttogeschossfläche mit dem Faktor 2 multipliziert (vgl. Ziff. 2 des Anhangs „Rahmen-Gebührentarif für die Abfallentsorgung“ zum Abfallreglement). Weiter ist vorgesehen, dass der Faktor aufgrund der vorwiegenden Nutzung bestimmt wird. Für Grundstücke, die auf mehr als eine Art genutzt werden, werden die auf verschiedene Nutzungen entfallenden Flächen anteilmässig berücksichtigt. Es ergibt sich somit auch aus diesen Bestimmungen, dass die Kehrichtgrundgebühr gebrauchtsabhängig ist, denn je nach Nutzungsart werden höhere oder weniger hohe Gebühren verlangt.

Zudem dient die Aufteilung in eine Grundgebühr und eine Verbrauchsgebühr (Sackgebühr, Gebühren für Container) auch dem Zweck, die Entsorgungskosten gerechter auf die Verursacher zu verteilen, zumal gerade Take-Away-Geschäfte zwar viel Kehricht produzieren, dieser aber oft im öffentlichen Raum entsorgt wird, ohne dass das verursachende Geschäft dafür finanziell belangt werden könnte.

Aus diesen Überlegungen erhellt, dass sich die Kehrichtgrundgebühr aus dem Gebrauch der Mietsache ergibt und nebenkostenfähig im Sinne von Art. 257b OR ist.

Die Appellanten machen schliesslich geltend, Art. 257b OR sei zwingend, und damit restriktiv auszulegen. Man könne den vorliegenden Fall der Kehrichtgrundgebühr nicht unter Art. 257b OR subsumieren. In der Regel sei alles im Mietzins inbegriffen, die Nebenkosten seien im Sinne einer Ausnahme auszulegen. Ausnahmen seien restriktiv auszulegen. Art. 257b OR stelle die Ausnahme zu Art. 256b OR dar.

Da die Legaldefinitionen von Art. 257 und 257a Abs. 1 OR zwingenden Charakter haben, können die Parteien nur bestimmen, für welche Nebenleistungen der Vermieter eine gesonderte Entschädigung in Form von Nebenkosten fordern darf. Was nicht im Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache steht, darf zwingend nicht mittels Nebenkosten abgegolten werden (WEBER, a.a.O., N 6 zu Art. 257a OR). Zwingend ist also, dass nur nebenkostenfähige Kosten auf den Mieter überwält werden können. Selbst wenn Art. 257a und 257b OR restriktiv ausgelegt werden, sind Kosten, welche mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen, nebenkostenfähig. Die Kehrichtgrundgebühren stehen wie aufgezeigt im Zusammenhang mit dem Gebrauch des Mietobjekts. Der Gebrauch wird durch die Bruttogeschossfläche (grössere Bruttogeschossfläche „verursacht“ grössere Abfallmenge) und die verschieden hohen Grundgebühren je nach Nutzungsart (z.B. Korrekturfaktor bei Gewerbe, welche kleine Fläche haben und viel Abfall produzieren) definiert. Somit ist festzuhalten, dass die Kehrichtgrundgebühr unter Art. 257b OR fällt und daher nebenkostenfähig ist.

Somit ist mit WEBER (WEBER, a.a.O., N. 3 zu Art. 257b OR), den Kommentatoren des SVIT-Kommentars (SVIT-Kommentar Mietrecht III, N. 29 zu Art. 257-257b OR), sowie OBERLE und entgegen der Ansicht von HIGI die Nebenkostenfähigkeit der Kehrichtgrundgebühr zu bejahen.

Für die Bejahung der Nebenkostenfähigkeit spricht schliesslich noch ein weiteres Argument: Die Abrechnung der Kehrichtgrundgebühr über die Nebenkosten bietet den Vorteil, dass sie transparent ist. Die Kehrichtgrundgebühr, welche bei vorübergehendem Leerstand der Liegenschaft erhoben wird, ist vom Vermieter zu tragen, zumal er nur die tatsächlichen Nebenkosten in Rechnung stellen darf (Art. 257b OR). Auch könnte sich der Mieter gegen eine Falschbemessung der Bruttogeschossfläche seiner Wohnung oder seiner Geschäftsräumlichkeiten zur Wehr setzen, indem er die Nebenkostenabrechnung anfecht. Diese Möglichkeit hätte er bei einer Berücksichtigung der Grundgebühr in der Kostenmiete nicht.

8. Fehlende Bezifferung der Höhe der Kehrichtgrundgebühr

Die Nebenkosten unterliegen mitunter starken Schwankungen, so insbesondere die Heizkosten (abhängig von den Wintertemperaturen, dem Ölpreis etc.), so dass entweder nachzubezahlen ist oder aber eine Rückerstattung vorgenommen wird. Die vereinbarten Akontozahlungen müssen grundsätzlich den tatsächlichen Kosten entsprechen, da ihnen der Charakter eines Kostenvoranschlages zukommt, weshalb eine Abweichung über 15 % nicht hinzunehmen ist (WEBER, a.a.O., N. 2 zu Art. 257b OR).

Dass vorliegend keine Bezifferung der neuen Nebenkostenposition gemacht wurde, ist nicht zu beanstanden; das Risiko, dass die tatsächlichen Nebenkosten indessen über 15% der Akontozahlungen liegen und durch die Beklagten nicht bezahlt werden, trägt die

Klägerin.

Im Übrigen wird auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen.

9. Fazit

Es wird demnach festgestellt, dass die Kehrrechtgrundgebühr nebenkostenfähig ist und dass daher die mit amtlichem Formular vom 4. Januar 2007 per 1. Mai 2007 mitgeteilte neue Nebenkostenposition „Kehrrechtgrundgebühr“ wirksam bzw. nicht missbräuchlich ist. _

(...)

Hinweis:

Dieses Urteil ist rechtskräftig.