



Abschlussarbeit

zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

Die Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Urteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 zur zulässigen Netto-/Bruttorendite.

Verfasser: Tonini-Schneider
Muriel

Eingereicht bei: Dr. Sibylle Schnyder, LL.M.

Abgabedatum: 06.09.2021

Inhaltsverzeichnis

I.	Abkürzungsverzeichnis	IV
II.	Executive Summary	V
1.	Einleitung	1
2.	Ausgangslage	2
2.1	Zielsetzung	2
2.2	Abgrenzung des Themas	3
2.3	Vorgehen	3
3.	Theoretische Grundlagen	4
3.1	Bundesgerichtsurteil 4A_544/2019 vom 26. Oktober 2020	4
3.1.1	Sachverhalt	4
3.1.2	Erstinstanzliches Urteil	5
3.2	Historischer Kontext Art. 270 OR i.V.m. Art. 269 und 269a OR	6
3.3	Missbräuchlicher Mietzins Art. 269 & 296a OR	8
3.4	Anfechtung des Anfangsmietzinses Art. 270 Abs. 1 OR	9
3.4.1	Geltungsbereich	9
3.4.2	Voraussetzungen Anfechtung	10
3.4.3	Formularpflicht	11
3.4.4	Anfechtungsverfahren	13
3.5	Berechnung des übersetzten Ertrags nach der relativen Methode	17
3.5.1	Zulässige Bruttorendite	24
3.5.2	Zulässige Nettorendite	25
3.5.3	Teuerung auf Eigenkapital	27
3.6	Praxisänderung bei der Berechnung der Nettorendite: BGer 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020	29
3.7	Marktgleichgewicht	30
4.	Praxisbeispiel Anfechtung des Anfangsmietzinses	30
4.1	Ausgangslage	31
4.2	Voraussetzungen der Anfechtung durch den Mieter	31

4.3	Materielle Prüfung	31
4.4	Anfechtungsprozess	32
4.5	Einfluss von BGer 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020.....	32
4.5.1	Berechnungsbeispiel Nettorendite nach bisheriger Rechtsprechung	34
4.5.2	Berechnungsbeispiel Nettorendite nach neuem Bundesgerichtsurteil 4A_554/2019.....	35
4.6	Chancen und Risiken für Vermieter.....	36
4.7	Einfluss alter Liegenschaften	37
5.	Empfehlung und Würdigung.....	38
5.1	Mietzinsfestlegung	38
5.2	Mietzinsanfechtung	39
5.3	Rechtfertigung der Regelungen im heutigen Umfeld	40
5.4	Ausblick	41
6.	Literaturverzeichnis.....	43

I. Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BMM	Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
evtl.	eventuell
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
mind.	mindestens
OR	Obligationenrecht
resp.	respektive
VD	Vaud, Waadt
VMM	Verordnung über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen
z.B.	zum Beispiel

II. Executive Summary

Die vorliegende Abschlussarbeit behandelt die Thematik der Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR mit Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Urteil vom 26. Oktober 2020 zur zulässigen Netto-/Bruttorendite. Die Zielsetzung der Arbeit besteht darin, die Regelung der Anfechtung des Anfangsmietzinses zu analysieren und dabei insbesondere auf folgende Aspekte einzugehen: Bundesgerichtsurteil 4A_554/2019, historischer Kontext Art. 270 OR, missbräuchlicher Mietzins, Anfechtung des Anfangsmietzinses nach Art. 270 Abs. 1 OR, Berechnung des übersetzten Ertrags nach der relativen Methode und Praxisbeispiel Anfechtung Anfangsmietzins mit Einfluss des neuen Bundesgerichts-Entscheids.

Es konnte festgestellt werden, dass bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses durch das neue Bundesgerichtsurteil vom 26. Oktober 2020 4A_554/2019 die Situation für den Vermieter verbessert wurde, weil die zulässige Nettorendite neu 2.0% über dem Referenzzinssatz (Voraussetzung Referenzzinssatz \leq 2.0%) liegen darf und bei Erfolg des Mieters bei der Anfechtung, die Mietzinssenkung für den Vermieter geringer ausfällt, als dies vor dem neuen Urteil der Fall war.

Im Lichte der neuen Rechtsprechung wird aus Sicht des Vermieters empfohlen, bei der Mietzinsfestlegung auf die angepasste, zulässige Brutto-/Nettorendite mit Urteil des BGer vom 26. Oktober 2020 4A_554/2019 Rücksicht zu nehmen. Es gilt mit Spannung abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die zulässige Brutto-/Nettorendite entwickelt, sollte der Referenzzinssatz in Zukunft auf über 2.0% steigen.

1. Einleitung

Der Mietzins und das Mietrecht waren im letzten Jahr, 2020, während der Corona Pandemie ständiges Thema politischer und gesellschaftlicher Debatten. Insbesondere seit der Wirtschaftskrise 2008, als die Zinsen und der Referenzzinssatz stark gesunken sind und der Immobilienmarkt starken Veränderungen unterworfen war, ist die Debatte rund um Immobilien und deren Mietzinse und Mietrecht neu zentrales Thema der Finanzbranche geworden. Das tiefe Zinsumfeld führte zu einem Anlagenotstand und brachte neue Mitspieler in die Immobilienbranche und machte zudem die Immobilienbranche zu einem wichtigeren Anlageteil. Bereits in den 70er und 80er Jahren waren der Mietzins und das Mietrecht aufgrund von mangelnden Angeboten im Wohnungsmarkt Thema politischer und gesellschaftlicher Debatten, was im Jahr 1986 in einem Gesetzgebungsauftrag endete und Bestimmungen zum Schutz der Mieter vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen Forderungen erlassen wurden.

Im Mietrecht wird der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen im zweiten Abschnitt des achten Titels in Art. 269 – 270e OR geregelt. Die Anfechtung des Anfangsmietzinses wird in Art. 270 OR geregelt. Die Zielsetzung der vorliegenden Masterarbeit liegt darin, die Regelung zur Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR in Verbindung mit der jüngsten Rechtsprechung zur zulässigen Brutto-/Nettorendite resp. Teuerung auf dem Eigenkapital zu analysieren und erläutern. Dabei soll insbesondere auf folgende Aspekte eingegangen werden: Erläuterung der Gründe für die Einführung der Missbrauchsgesetzgebung, des historischen Kontexts und der gesetzgeberischen Entwicklung; Aufzeigen, wie der Gesetzgeber und die Rechtsprechung einen Mietzins als missbräuchlich qualifizieren nach Art. 269 & 269a OR; Aufzeigen, wie der Mieter den Anfangsmietzins anfechten kann gemäss Art. 270 Abs. 1 OR und wie der Geltungsbereich und die Voraussetzungen der Anfechtung geregelt sind; Darlegung der Berechnung des übersetzten Ertrags nach der relativen Methode und der zulässigen Brutto-/Nettorendite und der zulässigen Überwälzung der Teuerung auf dem Eigenkapital auf den Mietzins; Aufzeigen der Praxisänderung bei der Berechnung der Nettorendite gemäss dem jüngsten Bundesgerichtsurteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020.

Da Mietzinse nicht staatlich kontrolliert werden, kann der Mieter missbräuchliche Anfangsmietzinse aktiv anfechten. Das Gesetz regelt in Art. 270 OR, wie der Mieter gegen einen übersetzten Mietzins vorzugehen hat, und in Art. 270a OR werden die Voraussetzungen definiert, mit welchem Rechtsbehelf der Mieter während der Mietdauer gegen missbräuchliche Mietzinse vorgehen und eine Mietzinsherabsetzung verlangen kann. Die

dabei zulässige Nettorendite des Vermieters hat das Bundesgericht mit Urteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 angepasst. Dies gilt es in der vorliegenden Arbeit aufzuzeigen.

2. Ausgangslage

Die vorliegende Arbeit untersucht die Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Urteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 zur zulässigen Netto-/Bruttorendite. Dabei wird im Mietrecht der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und weiteren missbräuchlichen Forderungen des Vermieters im zweiten Abschnitt des achten Titels in Art. 269 – 270e OR geregelt. In Art. 269 – 270e OR und den dazugehörigen Art. 10 – 20 VMWG werden diese Regelungen auf Gesetzesstufe konkretisiert. Es wird in Art. 109 Abs. 1 BV geregelt: „Der Bund erlässt Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen, namentlich gegen missbräuchliche Mietzinse, sowie über die Anfechtbarkeit missbräuchlicher Kündigungen und die befristete Erstreckung von Mietverhältnissen.“

In der vorliegenden Masterarbeit gilt es, die darauf basierenden geltenden Gesetzesnormen, Verordnungen und die aktuelle Bundesrechtsprechung zu untersuchen.

2.1 Zielsetzung

Die vorliegende Arbeit hat die Zielsetzung, die Regelungen zur Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR mit den zugrundeliegenden Berechnungsarten und der jüngsten Rechtsprechung zur zulässigen Netto-/Bruttorendite zu untersuchen. Dabei geht die Arbeit insbesondere auf folgende Aspekte ein:

- Urteil des BGer 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 und deren neue Berechnungsparametern
- Aufzeigen der Gründe für die Einführung der Missbrauchsgesetzgebung und Erläuterung der historischen Kontexts sowie der gesetzgeberischen Entwicklung.
- Aufzeigen der Situationen, in welchen der Anfangsmietzins vom Mieter angefochten werden kann, und wie der Vermieter vorzugehen hat bzw. wie der Vermieter sich gegen die Anfechtung mit Einreden wehren kann.
- Praxisbeispiel der Anfechtung des Anfangsmietzinses erläutern mit Bezug auf die Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit (relative Methode). Aufzeigen, unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist und wie die Chancen des Vermieters vor der Schlichtungsbehörde stehen. Erläuterung der Unterschiede des Alters der Liegenschaft (Alt- oder Neubau).

- Kriterien für den missbräuchlichen Mietzins mit besonderer Berücksichtigung der zulässigen Netto-/Bruttorendite erläutern und das Verhältnis zwischen den Kriterien mit Bezug zur heutigen Rechtsprechung aufzeigen.
- Empfehlungen an den Eigentümer in Bezug auf die Mietzinsfestlegung und das Vorgehen im Falle einer Mietzinsanfechtung darlegen.
- Beurteilung der Regelungen zur Anfechtung des Anfangsmietzinses und die zulässige Brutto-/Nettorendite im Kontext der heutigen Marktsituation.

2.2 Abgrenzung des Themas

In der vorliegenden Abschlussarbeit wird Art. 270 OR betreffend Anfechtung des Anfangsmietzinses mit besonderer Beachtung der zugrundeliegenden Berechnungsart der Brutto-/Nettorendite analysiert und erläutert. Hierbei wird insbesondere auf die Berechnungsart der Brutto-/Nettorendite der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2020 BGer 4A_554/2019 mit der früheren Berechnungsmethode verglichen und analysiert.

2.3 Vorgehen

Die Struktur der vorliegenden Masterarbeit erfolgt einem deduktiven Aufbau. In Kapitel 3 werden die theoretischen Grundlagen zur Anfechtung des Anfangsmietzinses, Art. 270 OR i.V.m. Art. 269 und 269a OR, erläutert. Dabei wird in Kapitel 3.1 das Urteil des Bundesgerichts 4A_544/2019 vom 26. Oktober 2020 erläutert und in Kapitel 3.2 der historische Kontext hierzu aufgezeigt. In Kapitel 3.3 und 3.4 werden der missbräuchliche Mietzins nach Art. 269 & 269a OR und die Anfechtung des Anfangsmietzinses nach Art. 270 Abs. 1 OR erläutert. Dabei wird im Unterkapitel 3.4.1 der Geltungsbereich aufgezeigt, in 3.4.2 folgen die Voraussetzungen der Anfechtung, in 3.4.3 die Formularpflicht und in 3.4.4 das Anfechtungsverfahren. In Kapitel 3.5 folgt die Erläuterung der Berechnung des übersetzten Ertrags nach der relativen Methode, wobei im Unterkapitel 3.5.1 die zulässige Bruttorendite, in 3.5.2 die zulässige Nettorendite und in 3.5.3 die Teuerung auf dem Eigenkapital nach geltender Rechtsprechung erläutert wird. Hiernach wird in Kapitel 3.6 die Praxisänderung bei der Berechnung der Nettorendite nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgezeigt und verglichen. Zuletzt folgt im Kapitel 3.7 ein kurzer Exkurs ins Marktgleichgewicht. Im Kapitel 4 folgt das Praxisbeispiel der Anfechtung des Anfangsmietzinses, wobei Ausgangslage in 4.1, die Voraussetzungen der Anfechtung für den Mieter in 4.2, die materielle Prüfung und der Prozess der Anfechtung in 4.3 dargelegt werden, sowie der Einfluss von BGer 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 in 4.5, Chancen und Risiken für Vermieter in 4.6 und abschliessend Einfluss alter

Liegenschaften in 4.7 erläutert werden. Im Kapitel 5 folgt eine Empfehlung und Würdigung der Mietzinsfestlegung, der Mietzinsanfechtung und zuletzt der neusten Rechtsprechung und deren rechtlichen und ökonomischen Auswirkungen und einen Ausblick.

3. Theoretische Grundlagen

Zu Beginn des Kapitels 3 wird unter Punkt 3.1 das Urteil des Bundesgerichts 4A_544/2019 vom 26. Oktober 2020, der zugrunde liegende Sachverhalt und das erstinstanzliche Urteil erläutert. Unter Punkt 3.2 bis 3.4 werden die theoretischen Grundlagen der Art. 270, 269 und 269a OR, die Gegenstand dieses Bundesgerichtsurteils sind, insbesondere Art. 270 OR, ausgearbeitet. In Kapitel 3.5 wird eingehend auf die Berechnungsgrundlage des Mietzinses, welche eine bedeutende Änderung durch das Bundesgerichtsurteil erfahren hat, eingegangen und anschliessend unter Punkt 3.6 wird diese neue Berechnung des Bundesgerichts zur Brutto-/Nettorendite dargelegt und umfassend erläutert. Zusätzlich zu den Berechnungen des Bundesgerichts betreffend Brutto-/Nettorendite gibt es einen kurzen Exkurs ins Marktgleichgewicht in Kapitel 3.7 und deren theoretische Grundlagen.

3.1 Bundesgerichtsurteil 4A_544/2019 vom 26. Oktober 2020

3.1.1 Sachverhalt

Im Urteil vom 26. Oktober 2020 ist ein Mietvertrag vom 16. Juni 2017, unterzeichnet am 18. Juni 2017, für eine 4.5 Zimmerwohnung mit 101 m² im Erdgeschoss und zwei Einstellplätzen im Kanton Waadt Gegenstand der Klage. Die monatliche Miete betrug CHF 2'190 netto, zusätzlich kamen die Nebenkosten von CHF 270 hinzu. Im Kanton Waadt besteht eine Formularpflicht (3.4.3), das Formular wurde gemeinsam mit dem Mietvertrag unterzeichnet und ausgehändigt. Gemäss Formular zahlte der vorherige Mieter einen monatlichen Mietzins von CHF 2'020 seit 2009 und zusätzliche Nebenkosten von CHF 290. Die Erhöhung der Miete wurde vom Vermieter aufgrund der Orts- und Quartierüblichkeit angepasst.¹

In zwei separaten Mietverträgen vom gleichen Datum des Hauptmietvertrages, mieteten die Mieter zwei zusätzliche Parkplätze in der Garage mit einem monatlichen Mietzins von CHF 130. Gemäss dem offiziellen Formular haben die früheren Mieter für einen

¹ BGE 4A_554/2019, S. 1

Parkplatz CHF 110 monatlich seit September 2009 bezahlt. Dieser Erhöhung liegt die gleiche Begründung zu Grunde wie bei der Wohnung.²

Der Kanton Zürich hat durch mehrere Transaktionen, Eigentumsübertragungen und Fusionen vier Grundstücke für seine Pensionskasse erworben. Die Hälfte der vier Liegenschaften wurde am 18. Dezember 2003 zum Preis von CHF 24'950'000 übertragen. Auf diesen 4 Grundstücken wurden zwischen 1996 und 1998 insgesamt 19 Gebäude erstellt, in einem dieser befindet sich die gegenständliche Wohnung.³

3.1.2 Erstinstanzliches Urteil

Die Mieter der oben genannten Wohnung und klagende Partei beklagte am 24. August 2017 den Anfangsmietzins der Wohnung und der beiden Garagenplätze bei der Schlichtungsbehörde in Nyon (VD). Gegen das vorgeschlagene Urteil dieser Schlichtungsbehörde erhoben die Mieter, nachdem die klagenden Parteien die Ermächtigung zum Verfahren erhalten hatten, am 4. Dezember 2017 ihre Klage beim Mietgericht des Kantons Waadt und beantragten in ihren Schlussanträgen, „die anfängliche monatliche Nettomiete für ihre Wohnung auf CHF 814.30 (zuzüglich Nebenkosten) und ab dem 1. Dezember 2018 auf CHF 1'375.70 festzusetzen, die monatliche Miete für jeden Parkplatz auf CHF 80 pro Monat festzusetzen und die Mietzinsgarantie auf CHF 50 pro Monat zu reduzieren, die Mietkaution auf CHF 2'242.90 zu reduzieren und die Überzahlung zurückzuerstaten.“⁴

Der Vermieter beantragte diese Anträge des Mieters abzulehnen und behauptete, das Gebäude sei alt und dass die Unterlagen zum Nachweis von Vergleichsmieten vom Mieter vorzulegen seien. Der Vermieter legte weder die Abtretungsurkunde noch die Berechnung des Nettoertrages oder die Rechnung für alle Baukosten des Gebäudes vor, um die der Vermieter gebeten wurde. Mehrere Listen und statistische Studien über 4 bis 4,5-Zimmer-Wohnungen legte der Vermieter vor: eine Liste mit Immobilieninseraten in derselben Gegend mit Monatsmieten von CHF 2'130 und CHF 2'850, eine Statistik mit einer Medianmiete in der Gemeinde von CHF 260 pro m² und Jahr und eine Statistik des Waadtländer Departements für Finanzen und Aussenbeziehungen, wonach die durchschnittliche monatliche Nettomiete im Jahr 2015 CHF 1'617 und im Jahr 2016 CHF 1'633 betrug. Das Mietgericht gab mit Urteil vom 8. Januar 2019 der Klage des Mieters statt und setzte den monatlichen Anfangsmietzins für die besagte Wohnung ab dem 16. August 2017 auf CHF 900 und für die beiden überdachten Parkplätze auf je CHF 50 fest. Zudem

² BGE 4A_554/2019, S. 1

³ BGE 4A_554/2019, S. 2

⁴ BGE 4A_554/2019, S. 2

ordnete das Mietgericht dem Vermieter die Rückerstattung der Überzahlung an und reduzierte zusätzlich den Betrag der Mietkaution auf CHF 2'700. Am 2. Oktober bestätigte das Appellationsgericht für Zivilrecht des Kantons Waadt das angefochtene Urteil und wies die Berufung des Vermieters ab, der seine Mietzinsforderung auf CHF 1'950 für die Wohnung und CHF 120 für jeden Parkplatz pro Monat reduziert hatte.⁵

Der Vermieter erhob gegen dieses Urteil am 8. November 2019 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht und beantragte, es aufzuheben und die Sache zur neuen Untersuchung und Entscheidung an das Kantonsgericht Waadt zurückweisen. Zusätzlich beantragte der Vermieter, das Urteil so umzugestalten, dass der monatliche Mietzins für die Wohnung auf CHF 1'950 und derjenige für jeden der Parkplätze auf CHF 120 festgelegt werde. Zusammengefasst rügte der Vermieter zunächst, dass das kantonale Gericht willkürlich entschieden und dass er bei der Berechnung des Nettoertrages nicht mitgewirkt habe. Der Beklagte bestritt anschliessend, dass der Selbstkostenpreis des Gebäudes auf der Grundlage der Übertragungsurkunde von 2003 bestimmt werden könne. Schliesslich hätte das Gericht sich auf kantonale oder kommunale statistische Daten stützen müssen, es sei nicht möglich den Nettoertrag zu berechnen. Abschliessend wandte sich der Vermieter einstweilen gegen die Begrenzung der Aufwertung des Eigenkapitals auf 40% und die Erhöhung des Referenzhypothekensatzes um 0,5%. Schliesslich sei eine solche Monatsmiete von CHF 900 für eine derartige Wohnung schockierend. Hinsichtlich der Anwendung von Statistiken verwiesen die Beklagten lediglich darauf, dass nach der Rechtsprechung, wenn eine Ertragsberechnung möglich ist, diese nicht mit dem üblichen Mietzinsniveau in der Nachbarschaft oder mit Statistiken verglichen werden müsse. Sie waren der Ansicht, dass die Rechtsprechung, welche die Neubewertung des Eigenkapitals bisher auf 40% begrenzte, nicht von der Entwicklung des Referenzhypothekenzinssatzes abhängig gestaltet werde. Weder der Vermieter noch der Mieter haben weitere Stellungnahmen abgegeben.⁶ Das Ergebnis des Urteils des BGer vom 26. Oktober 2020 4A_554/2019 wird im Kapitel 3.6 näher erläutert und werden die neuen Berechnungsparametern ausgeführt.

3.2 Historischer Kontext Art. 270 OR i.V.m. Art. 269 und 269a OR

Die Rechtsgrundlage gemäss Verfassungsauftrag für den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen wurde am 6. Dezember 1986 mit der Revision des Art. 34^{septies} BV durch Volk und Stände erlassen. Dem Gesetzgeber wurde damit der Auftrag erteilt, Bestimmungen zum Schutz der Mieterinnen und Mieter vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen

⁵ BGE 4A_554/2019, S. 2

⁶ BGE 4A_554/2019, S. 2

missbräuchlichen Forderungen sowie betreffend die Anfechtbarkeit missbräuchlicher Kündigungen und die befristete Erstreckung von Mietverhältnissen, zu erlassen.⁷

Die Erweiterung des Artikels in der Bundesverfassung hatte es erlaubt, dass die damaligen anwendbaren Bestimmungen des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) ins ordentliche Gesetzesrecht überführt werden konnten. Die Überführung war beschränkt auf die Kategorie der Wohn- und Geschäftsräume. Der Verfassungsauftrag hat den Gesetzgeber soweit beauftragt, dass die seit Jahr 1972 für Gebiete mit Wohnungsnot geltenden Bestimmungen des BMM in ihrem inneren Gehalt weitestgehend beizubehalten waren. Der Unterschied zur früheren Gesetzgebung bestand darin, dass die Regelungen für das gesamte Gebiet der Schweiz anwendbar sein sollten und nicht nur auf die Gebiete mit Wohnungsnot. Deswegen wurde bekräftigt, dass die neuen Bestimmungen gemäss Art. 269 ff. OR wörtlich oder sinngemäss mit entsprechenden Bestimmungen des früher geltenden BMM bzw. der Bestimmungen des VMWG und der früheren VMM übereinstimmen. Der Gesetzgeber hat sich konzentriert auf politisch bedeutsame Themen wie Anfechtung des Anfangsmietzinses oder die institutionalisierte Überwälzung von Veränderungen des Zinssatzes für Ersthypotheken. Es wurden die wesentlichsten Bestimmungen vom früheren BMM und der VMM in das ordentliche Recht übernommen, weil der Gesetzgeber der Meinung war, die bisherigen Regelungen seien ausreichend. Anschliessend konnte die Rechtsprechung eigene Weiterentwicklungen zur Rechtsanwendung an das BMM anknüpfen.⁸

Der revidierte Art. 109 der Bundesverfassung ist am 1. Januar 2000 in Kraft getreten, welcher den Bund zum Erlass von Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen, u.a. gegen missbräuchliche Mietzinse, verpflichtet. Dieser Artikel bietet nunmehr die verfassungsrechtliche Grundlage für die entsprechenden Bestimmungen im Mietrecht. In der Lehre wird von Beat Rohrer kritisiert, dass der Gesetzgeber mehrere Grundsatzfragen und die im BMM und der VMM bestandenen Lücken im neuen Gesetz nicht geklärt habe und es fortan Unsicherheiten über die Rechtsanwendung bezüglich solcher Fragen gebe. Beispielsweise wurde das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundtatbestand von Art. 269 OR und den Ausnahmetatbeständen von Art. 269a OR nicht gelöst. Ferner wurden Art. 14 und 15 BMM fast identisch ins neue Recht von Art. 269 und 269a OR überführt. Die wichtige Frage bleibt, in welchem Verhältnis die Ausnahmebestimmungen in Bezug

⁷ (Rohrer, 2018, S. 676)

⁸ (Rohrer, 2018, S. 677)

auf das Kriterium orts- und quartierübliche Mietzinse gegenüber dem Tatbestand, der Erzielung eines angemessenen Ertrages (Art. 269 OR), stehen.⁹

Nach Inkrafttreten des revidierten Rechts fehlte im Gesetz eine Definition verschiedener grundlegender Begriffe, beispielsweise für die Definition des angemessenen Ertrages und der dazugehörigen Berechnung mit den relevanten Kostenparametern. Es fehlt eine rechtlich definierte Grenze zwischen dem zulässigen und missbräuchlichen Ertrag in Art. 269 OR, darüber hinaus wird die kostendeckende Bruttorendite im Gesetz nicht klar definiert. Ferner sind die Bestimmungen über die missbräuchlichen Mietzinse nur anwendbar für Wohn- und Geschäftsräume und für nichtlandwirtschaftliche Pachtobjekte gemäss Art. 253b OR. Die Schutzwirkung der Bestimmungen ist für Ferienwohnungen, welche höchstens für drei Monate gemietet werden (Art. 253a Abs. 2 OR), luxuriöse Wohnungen (Art. 253b Abs. 2 OR) und für Wohnräume, deren Bereitstellung durch die öffentliche Hand gefördert und deren Mietzinsgestaltung durch eine Behörde kontrolliert werden (Art. 253b Abs. 2 OR), nicht anwendbar.¹⁰

3.3 Missbräuchlicher Mietzins Art. 269 & 296a OR

Die Preisgestaltung der Mietzinse überlässt das traditionelle Privatrecht dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage. Mietzinsänderungen sind in einem Dauerschuldverhältnis nur aufgrund einer Parteivereinbarung möglich. Die Parteien können ihren Handlungsspielraum mittels vereinbarter Kündigungsfrist oder allenfalls mittels vertraglicher Anpassungsklausel durchsetzen. Hieraus ergibt sich für beide Vertragsparteien die Möglichkeit der Erzwingung einer Zinsanpassung durch Änderungskündigung.¹¹

In Fällen, in welchen ein Marktgleichgewicht nicht besteht und Güter in Frage stehen, welche für die eine Partei von existenzieller Bedeutung ist, stellen sich automatisch überhöhte Preise ein. Besonders gilt dies für Wohn- und Geschäftsräume, weil die Nachfrage v.a. durch externe Faktoren (Umzugskosten, Wahl des Lebensmittelpunktes, Erhaltung der Laufkundschaft) bestimmt wird. Die Ausweitung des Angebots wird hingegen von Raumplanungs- und allgemeinen Umweltschutzzielsetzungen begrenzt. Die Regeln des allgemeinen Obligationenrechts (vgl. Art. 21 OR) können dazu nur einen eingeschränkten Ausgleich schaffen.¹² Der Art. 109 Abs. 1 der Bundesverfassung verlangt vom Gesetzgeber zusätzliche Massnahmen zur Korrektur von Ungleichgewichten.¹³

⁹ (Rohrer, 2018, S. 677-678)

¹⁰ (Rohrer, 2018, S. 678-679)

¹¹ (Weber, 2015, S. 1519)

¹² Vgl. BGE 123 III 292

¹³ (Weber, 2015, S. 1519)

3.4 Anfechtung des Anfangsmietzinses Art. 270 Abs. 1 OR

Bei der Anfechtung des Mietzinses wird bzw. muss zwingend zwischen Anfangsmietzins gemäss Art. 270 OR und Mietzinserhöhung gemäss Art. 270a bis 270d OR unterschieden werden. Die Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR ist sowohl bei befristeten wie auch bei unbefristeten Mietverträgen möglich. Demgegenüber ist eine Mietzinserhöhung bei befristeten Verträgen ausgeschlossen, sofern keine Vereinbarung betreffend Indexierung gemäss Art. 269b OR, Staffelmiete gemäss Art. 269c OR oder in anderer Weise getroffen wurde (vgl. Art. 270c und 270d OR).¹⁴

3.4.1 Geltungsbereich

Das Gesetz stellt dem Mieter drei Anfechtungsmöglichkeiten zur Verfügung: Anfechtung des Anfangsmietzinses nach Art. 270 OR, Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 270a OR und Anfechtung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen nach Art. 269d OR. Die Anfechtung des Anfangsmietzinses nach Art. 270 OR richtet sich gegen die Mietzinsfestsetzung bei Mietbeginn. Die anderen beiden Anfechtungsmöglichkeit in Art. 270a und Art 269d OR bieten die Möglichkeit, während der Dauer des Mietverhältnisses gegen einen missbräuchlichen Mietzins vorzugehen, entweder indem der Mieter eine Herabsetzung des Mietzinses verlangt oder indem er sich gegen einen vom Vormieter angezeigte Mietzinserhöhung oder andere einseitige Vertragsänderung zur Wehr setzt.¹⁵

Der Anfangsmietzins kann innerhalb von 30 Tagen nach Übernahme der Mietsache bei der Schlichtungsbehörde gemäss Art. 270 Abs. 1 OR als missbräuchlich angefochten werden und es kann eine Herabsetzung verlangt werden. Da die Anfechtung des vertraglich vereinbarten Anfangsmietzinses unmittelbar nach Vertragsschluss eine Eindringung in den Grundsatz der Vertragstreue zur Folge hat, ist die Anfechtung des Anfangsmietzinses nur unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Die Möglichkeit, den Anfangsmietzins anzufechten, besteht bei Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume, bei der Erstvermietung und bei Neu- oder Wiedervermietung.¹⁶

Bei Mietverträgen über Wohn- und Geschäftsräume kann der Anfangsmietzins unabhängig davon, ob eine befristete oder unbefristete Mietdauer vereinbart wurde, und unabhängig von der vereinbarten Mietzinsgestaltung angefochten werden. Die Erstvermietung sieht eine Möglichkeit vor, den Anfangsmietzins nicht nur bei einer Erstellung einer Liegenschaft, sondern auch nach einer Totalsanierung, sofern keine Identität mit dem

¹⁴ (Huguenin, 2008, S. 80)

¹⁵ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 128)

¹⁶ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 129)

ursprünglichen Gebäude mehr besteht und daher die Festsetzung eines neuen Anfangsmietzinses zulässig ist, anzufechten. Ob es sich bei einem Neubeginn des Mietverhältnisses zwischen denselben Parteien um eine Neu- oder Wiedermietung handelt oder nur dann, wenn die Vertragsparteien zum ersten Mal einen Mietvertrag über das Mietobjekt abschliessen, ist umstritten. Das Bundesgericht hielt in BGE 131 III 566 E 3.1 fest, dass keine Wiedervermietung vorliegt, wenn die gleichen Parteien ein Mietverhältnis fortsetzen; alsdann hielt es in BGE 139 III 145 E 4.2.3 fest, dass wenn nach Ablauf eines echten befristeten Mietverhältnisses der Mietzins zwischen den Parteien neu festgesetzt wird, dieser neue Anfangsmietzins angefochten werden kann, obgleich kein Mieterwechsel stattgefunden hat. Bei einem befristeten Vertrag, der stillschweigend fortgesetzt wird, liegt kein neuer anfechtbarer Anfangsmietzins vor. Ein neuer Mietzins ist gemäss Art. 270 OR auch dann anfechtbar, wenn die Parteien während eines Mietverhältnisses einen neuen Mietvertrag mit wesentlich veränderten Konditionen abschliessen. Eine solche Situation liegt auch bei einem Wechsel oder teilweisen Wechsel der Mietparteien verbunden mit weiteren Vertragsanpassungen vor. Bei einer konsensualen Mietzinserhöhung ist auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der neu festgelegte Mietzins als Anfangsmietzins anfechtbar. Diese bundesgerichtliche Praxis wird von der Lehre mehrheitlich abgelehnt.¹⁷

3.4.2 Voraussetzungen Anfechtung

Nach Übernahme der Mietsache kann der Anfechtungsmietzins innert 30 Tagen bei der Schlichtungsbehörde für Mietangelegenheiten angefochten werden, falls folgende Voraussetzungen alternativ erfüllt sind: Erhebliche Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem früherem Mietzins nach Art 270 Abs. 1 lit. b OR; bei Zwang zum Vertragsabschluss aufgrund persönlicher oder familiärer Notlage nach Art 270 Abs. 1 lit. a OR; und bei Zwang zum Vertragsabschluss aufgrund der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. a OR.¹⁸

Das Bundesgericht hielt im Entscheid BGE 136 III 82 fest, dass i.d.R. eine Erhöhung des Anfangsmietzinses von mindestens 10% als erheblich gilt. Unter dem Anfangsmietzins versteht man den Anfangsbruttomietzins, die Nebenkosten werden mitgerechnet mit dem Nettomietzins. Ebenfalls als Erhöhung gelten somit neu ausgeschiedene Nebenkosten, die vorher im Mietzins inbegriffen waren.¹⁹ ²⁰ In diesem Urteil begründete das

¹⁷ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 129)

¹⁸ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 130)

¹⁹ (Rohrer, 2018, S. 893)

²⁰ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 130)

Bundesgericht, dass die Zwangslage am Wohnungsmarkt so beschaffen sei, dass ein Verzicht auf den Abschluss des Mietvertrags unvernünftig gewesen wäre. In dieser Entscheidung vom Bundesgericht ist auch klar zum Ausdruck gekommen, dass sogar bei objektiv erstelltem Vorliegen der einen oder anderen Voraussetzung, wie sie in Art. 270 Abs. 1 lit. a OR gefordert werden, stets bezogen auf den Einzelfall beurteilt werden muss, ob der Vertragsabschluss subjektiv als vernünftiger Entscheid des Mieters qualifiziert werden kann.^{21 22}

Von dieser Praxis der auf den Einzelfall zu beurteilenden Voraussetzung, ob der Vertragsabschluss als subjektiv vernünftiger Entscheid des Mieters zu qualifizieren ist, hat sich das Bundesgericht nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der Lehre entfernt und entschieden, dass alle drei in Art. 270 Abs. 1 OR erwähnten Voraussetzungen, also die persönliche oder familiäre Notlage des Mieters, die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume und die gegenüber dem früheren Mietzins vorgenommene erhebliche Erhöhung, für sich alleine, alternativ dem Mieter die Anfechtung ermöglichen. Das subjektive Element entfalle und eine statistisch erstellte Knappheit an Angeboten erfülle bereits für sich alleine die Voraussetzung für die Anfechtung des Anfangsmietzins. In der Entscheidung BGE 142 III 442 vertrat das Bundesgericht zu Art. 270 Abs 1 OR zusammengefasst die Auffassung, dass beim Anfechtungsgrund gemäss Art. 270a Abs. 2 OR der Nachweis genügt, dass im örtlichen Wohnungsmarkt Wohnungsnot herrscht, ohne dass darüber hinaus zusätzlich eine Not- oder Zwangslage des Mieters erwiesen werden muss. Der BGE 142 III 442 wurde zum Leitentscheid und bewirkte, dass nunmehr jeder Anfangsmietzins angefochten werden konnte, ohne dass der Mieter besondere Voraussetzungen nachweisen musste.^{23 24}

3.4.3 Formularpflicht

Art. 270 Abs. 2 OR sieht vor, dass die Kantone für Ihre Gebiete oder Teile davon bei Wohnungsmangel eine Formularpflicht vorschreiben. Auf diesem Formular müssen ausschliesslich bei Wohnräumen gewisse Informationen, insbesondere der bisherige und der neue Mietzins gemeinsam mit der Begründung einer allfälligen Erhöhung, angezeigt werden. Mit diesem Formular soll die Anfechtung des Anfangsmietzins erleichtert und gesichert werden, dass sich zudem Vermieter mit Mietzinserhöhungen bei einem

²¹ (Rohrer, 2018, S. 882-883)

²² BGE 136 III 82

²³ (Rohrer, 2018, S. 883-884)

²⁴ BGE 142 III 442

Mieterwechsel zurückhalten. Ein Obligatorium für ein solches Formular besteht für die Kantone Basel-Stadt, Genf, Freiburg, Neuenburg, Nidwalden, Waadt, Zug und Zürich.²⁵

²⁶

Der Gesetzgeber überlässt es den Kantonen zu ermitteln, ob in ihrem Gebiet oder in Teilen davon ein Wohnungsmangel besteht. Weder im Gesetz noch in der Verordnung finden sich Anhaltspunkte über die Kriterien, die im Zusammenhang mit dieser Ermittlung beachtlich sind. Dies ist gemäss herrschender Lehre zu bedauern, weil doch so die Gefahr einer uneinheitlichen Rechtsanwendung besteht. Wenig aussagekräftig sind in diesem Zusammenhang auch die sogenannten Leerwohnungsziffern, solange nicht einheitlich definiert wird, nach welchen statistisch relevanten, seriös erhobenen Kriterien eine Wohnung als Leerwohnung qualifiziert werden kann.²⁷

Das Formular hat nach Art. 19 Abs. 3 VMWG dieselben Informationen zu enthalten, wie eine Mietzinserhöhungsanzeige gemäss Art. 269d OR. Folgende Elemente müssen enthalten sein: Bisheriger und neuer Mietzins inkl. Angabe der Nebenkosten, Berechnungsgrundlagen, klare Begründung einer allfälligen Mietzinserhöhung gegenüber dem bisherigen Mietzins und die handschriftliche Unterzeichnung. Umstritten ist, ob ein allfälliger Vorbehalt auch im Formular aufzuführen ist oder der Vermerk im Mietvertrag dazu ausreicht.²⁸

Eine Nichteinhaltung der Formularpflicht führt gemäss Bundesgerichtsentscheid, BGE 120 II 341, zu einer Teilnichtigkeit des Mietvertrages.²⁹ Im konkreten Fall hat ein Vermieter im Kanton Genf ein Formular übergeben, das keine Begründung enthielt und daher, bei analoger Anwendung von Art. 269d Abs. 2 lit. b OR, nichtig ist.³⁰ Falsche Angaben auf dem Formular führen ebenfalls zur Teilnichtigkeit. Bei der Teilnichtigkeit ergänzt die Schlichtungsbehörde oder das Gericht den Mietvertrag und setzt einen angemessenen Anfangsmietzins fest. Es gilt, sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, d.h. orts- oder quartierüblicher Mietzins, zulässiger Ertrag und nach Lehrmeinung der bisherige Mietzins. Unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots kann die partielle Nichtigkeit grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden. Die zu viel bezahlten Mietzinse können aufgrund der Regelungen der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 ff. OR zurückgefordert werden.³¹

²⁵ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 131)

²⁶ (Rohrer, 2018, S. 900)

²⁷ (Rohrer, 2018, S. 900)

²⁸ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 131)

²⁹ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 131)

³⁰ (Rohrer, 2018, S. 901)

³¹ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 131)

3.4.4 Anfechtungsverfahren

Der Mieter hat gemäss Art. 270 Abs. 1 OR innert 30 Tagen seit Übernahme der Mietsache, d.h. unabhängig von einem früher oder später vereinbarten Mietbeginn, den Anfangsmietzins bei der zuständigen Schlichtungsbehörde anzufechten. Als Übernahme der Mietsache gilt der Zeitpunkt, in welchem dem Mieter die Verfügungsmacht über die Mietsache tatsächlich verschafft wird, in den meisten Fällen ist das die Übergabe der Schlüssel zur Mietsache oder ein Übergabeprotokoll. Bei der Anfechtungsfrist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist.³² Bei Vorhandensein einer Formularpflicht beginnt der Fristenlauf der 30-tägigen Anfechtungsfrist erst am Tag nach Aushändigung des Formulars. Für die Beurteilung des angefochtenen Mietzinses ist die örtlich zuständige Schlichtungsbehörde für Mietangelegenheiten zuständig. Formell entspricht das Verfahren zur Anfechtung des Anfangsmietzinses dem Anfechtungsverfahren einer Mietzinserhöhung oder anderen einseitigen Vertragsänderungen. Die formellen Anfechtungsvoraussetzungen werden von der Schlichtungsbehörde von Amtes wegen geprüft.³³ Wird vom Mieter die Schlichtungsbehörde angerufen, so kann die Schlichtungsbehörde nach durchgeführter Verhandlung entweder dem Mieter, als klagende Partei, eine Klagebewilligung ausstellen oder den Parteien einen Urteilstvorschlag unterbreiten.³⁴ Während der gesamten Dauer des Anfechtungsverfahrens besteht für den Mieter die fortgeführte Pflicht zur vertraglich vereinbarten Mietzinszahlung, welcher angefochten wird. Wird dem Begehren vom Kläger, also dem Mieter, teilweise oder ganz entsprochen, hat der Mieter ein Rückforderungsanspruch für zu viel bezahlte Mietzinse gegenüber dem Vermieter.³⁵

Bei der Prüfung der materiellen Voraussetzungen ist der Vermieter, der Beklagte, verpflichtet offenzulegen, nach welcher Methode, absoluter oder relativer Methode, er den Anfangsmietzins festgesetzt hat. Bei neueren Bauten beruft sich der Vermieter vorteilhafterweise auf die Netto- oder Bruttorendite. Bei älteren Bauten wird der Vermieter sich auf das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit berufen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Überprüfung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses im vorliegenden Fall anhand der absoluten Berechnungsmethode zu überprüfen.³⁶ Falls sich der Vermieter für die Mietzinsfestlegung auf die relative Methode beruft, so bleibt er

³² (Rohrer, 2018, S. 907)

³³ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 132)

³⁴ (Rohrer, 2018, S. 907)

³⁵ (Rohrer, 2018, S. 908)

³⁶ BGE 120 II 240 E.2

daran gebunden. In diesem Fall hat die Überprüfung des Anfangsmietzinses nach der relativen Methode zu erfolgen.³⁷

Die Beweislast der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses im Sinne der Kriterien von Art. 269 ff. OR sowie für das Vorhandensein der Klagevoraussetzungen gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. a oder b OR, liegt beim Mieter. Der Vermieter ist aber verpflichtet, mitzuwirken bzw. die sachdienlichen Belege vorzuweisen, die zur Beurteilung der Ertragssituation erforderlich sind.³⁸ Der Vermieter hat die Berechnungsgrundlagen des Anfangsmietzinses offenzulegen, z.B. orts- und quartierüblicher Mietzins und Rendite. Der Mieter muss je nach Begründung des Vermieters nachweisen, dass der orts- und quartierübliche Mietzins tiefer als der Anfangsmietzins ist oder der Vermieter durch den Anfangsmietzins einen übersetzten Ertrag erwirtschaftet. Bei Altbauten hat die Orts- und Quartierüblichkeit Vorrang vor der Rendite. Falls der Vermieter die Mitwirkungspflicht kommentarlos verletzt, wird die Missbräuchlichkeit des Mietzinses vermutet.³⁹ Die Mitwirkungspflicht des Vermieters beschränkt sich auf die in seinem „Besitz befindlichen Unterlagen“.⁴⁰

Falls der Vermieter den Mietzins bei Mieterwechsel trotz rückläufigem Referenzzinssatz und rückläufiger oder moderater Teuerung um mehr als 10% erhöht, so hat der Vermieter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Dies kehrt die Beweislast um. Es wird in dieser Zusammensetzung gemäss Bundesgericht die Missbräuchlichkeit des Mietzinses vermutet.⁴¹ Falls für die Mitteilung des Anfangsmietzinses ein amtliches Formular vorgeschrieben ist, wird eine Wohnungsnot bzw. ein Geschäftsraummangel vermutet. Folglich muss der Mieter dies nicht mehr nachweisen.⁴²

Sofern keine Einigung über den Anfangsmietzins erzielt werden kann, wird der anfechtenden Partei, dem Mieter, eine Klagebewilligung nach Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO ausgestellt oder es wird ein Urteilsvorschlag gemäss Art 210 Abs. 1 lit. b ZPO unterbreitet. Diejenige Partei, welche den Urteilsvorschlag ablehnt, erhält die Klagebewilligung zum Weiterzug des angefochtenen Anfangsmietzinses an das Gericht gemäss Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO. Die Frist für die Anfechtung beträgt 30 Tage. Sollte die ablehnende Partei nicht fristgerecht an das Gericht gelangen, so gilt der im Urteilsvorschlag festgesetzte Mietzins nach Art. 211 Abs. 3 ZPO. Es gilt der vertraglich festgelegte Mietzins während dem Verfahren nach Art. 270e OR. Sollte sich der angefochtene Anfangsmietzins als

³⁷ BGE 120 II 240

³⁸ (Rohrer, 2018, S. 908)

³⁹ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 132-133)

⁴⁰ BGer 4A_17/72017 vom 7. September 2017

⁴¹ BGE 139 III 13

⁴² (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 133)

missbräuchlich herausstellen, so kann der Mieter den zu viel gezahlten Mietzins gemäss ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 67 OR mit einer relativen Frist von einem Jahr nach Entdeckung und einer absoluten Frist von zehn Jahren zurückfordern. Falls die Anfechtung für den Mieter erfolgreich ist, so wird der Anfangsmietzins auf das zulässige Mass herabgesetzt. Falls die Anfechtung scheitern sollte, so gilt der vereinbarte Anfangsmietzins.⁴³

Der Mieter erhält gemäss Art 271a Abs. 1 lit. d OR einen Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, während ein mit dem Mietverhältnis zusammenhängendes Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren läuft, bzw. er kann die Kündigung anfechten, ausser der Mieter hat das Verfahren missbräuchlich eingeleitet.⁴⁴ Der Art. 271a Abs 1 lit. d OR schützt während eines laufenden Verfahrens. Der Kündigungsschutz gilt während eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren ab Einreichung der Klage bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens.⁴⁵ Dies gilt, selbst wenn der Vermieter noch keine Kenntnis vom laufenden Verfahren hat, also wird gemäss BGer keine missbräuchliche Ausübung des Kündigungsrechts durch den Vermieter vorausgesetzt.⁴⁶ Auch die Parteienrollenverteilung im Verfahren sind für die Sperrwirkung nicht von Bedeutung, ausgenommen sind rechtsmissbräuchliche Klageerhebungen, d.h. mutwillige Prozessführung.⁴⁷ Die Voraussetzung ist, dass das angehobene Schlichtungsverfahren bzw. die Klage mit dem Mietverhältnis zusammenhängt und die Einleitung des Verfahrens nicht gegen Treu und Glauben verstösst. Die gutgläubige Prozessführung ist bis zum Nachweis der Bösgläubigkeit zu vermuten.⁴⁸ Der Vermieter kann trotz laufendem Verfahrens gemäss Art. 271a Abs. 3 OR in folgenden Fällen kündigen und muss die Sperrfrist des laufenden Verfahrens nicht beachten: wegen dringenden Eigenbedarfs des Vermieters für sich, nahe Verwandte oder Verschwägerte (Art. 20 Abs. 1 ZGB definiert Verwandtschaftsgrad in gerader Linie), wegen Zahlungsrückstands des Mieters gem. Art. 257 d OR, wegen schwerer Sorgfaltspflichtverletzung des Mieters gem. Art 257 f Abs. 3 und 4 OR, wegen Veräusserung der Sache gem Art. 261 OR, aus wichtigem Grund gem. Art. 266 g OR und wegen Konkurs des Mieters gem. Art. 266 h OR.

Wie bei der Kündigung während des laufenden Verfahrens gem. Art. 271 a Abs. 1 lit. besteht nach rechtskräftiger Erledigung des Verfahrens eine Kündigungssperrfrist von

⁴³ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 133)

⁴⁴ (Gauch, Stöckli, 2016, Auflage 51, S.80)

⁴⁵ (Gauch, Stöckli, & Gmünder Perrig, 2016, S. 178)

⁴⁶ BGE 141 III 101 E. 2.2

⁴⁷ (Weber, 2015, S. 1592)

⁴⁸ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 178)

drei Jahren für Wohn- und Geschäftsräume. Gem. Art. 271 a Abs. 1 lit. e besteht eine unwiderrufliche gesetzliche Vermutung der missbräuchlichen Kündigung, wenn diese innert drei Jahren nach Abschluss des Verfahrens erfolgt.⁴⁹ Im Unterschied zur Sperrfrist zum Kündigungsschutz während eines laufenden Verfahrens, erfordert die dreijährige Kündigungssperrfrist nach Abschluss eines Mietrechtsstreites, einen Teilerfolg des Mieters im abgeschlossenen Verfahren. Dabei kann es sich auch um ein Verfahren handeln, in welchem der Klagegegenstand darin besteht, festzustellen ob überhaupt ein Mietvertrag vorliegt.^{50 51}

Der Erfolg oder Teilerfolg des Mieters darf nicht nur marginal sein und das Unterliegen des Vermieters zu einem erheblichen Teil i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 1 darf nicht an allzu strenge Anforderungen geknüpft werden. „Die Sperrfrist soll der Beruhigung der Gemüter dienen und nicht der Prozesslust Vorschub leisten.“⁵² Die aus der Lehre anzutreffende Prozentsätze dienen als Richtschnur und sind keine absoluten Zahlen. Im Einzelfall ist die Erheblichkeit der Streitsache, die qualitativen Aspekte, der Streitgegenstand und das vorprozessuale Verhalten der Parteien sowie die Abschätzung der Prozesschancen zu gewichten.⁵³ Zu einem erheblichen Teil unterlegen ist der Vermieter, wenn der Mieter mit nur lediglich ungefähr zu 20-30% (nach Zihlmann) mit seinem Begehren durchdringen konnte, andere Meinung zu 35-40% (nach Barbey und Heinrich).⁵⁴

Bei einem Vergleich vor der Schlichtungsbehörde oder dem Gericht, kommt die Sperrfrist ohne Rücksicht auf den Erfolg des Mieters oder Unterliegen des Vermieters zum Tragen. Was sich zwar mit dem Rechtsfriedensziel eines Vergleichs begründen lässt, erschwert aber die vergleichsweise Bereinigung einer Streitsache, weil der Vermieter bei einem Zugeständnis die Möglichkeit verliert, eine gegebenenfalls legitime Kündigung aussprechen zu können.⁵⁵ Wird eine Klage zurückgezogen oder eingeschränkt, besteht für den Mieter eine dreijährige Sperrfrist, innert welcher der Vermieter grundsätzlich dem Mieter nicht kündigen darf. Der Vermieter kann gem. Art. 271 a Abs. 3 OR trotz der dreijährigen Sperrfrist aus denselben Gründen, wie während eines laufenden Verfahrens, kündigen.⁵⁶

⁴⁹ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 179)

⁵⁰ BGE 137 III 24 E. 3.4

⁵¹ (Weber, 2015, S. 1592)

⁵² (Weber, 2015, S. 1593)

⁵³ (Weber, 2015, S. 1592-1593)

⁵⁴ (Weber, 2015, S. 1593)

⁵⁵ (Weber, 2015, S. 1593)

⁵⁶ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 179)

3.5 Berechnung des übersetzten Ertrags nach der relativen Methode

Die Beurteilung des missbräuchlichen Mietzinses knüpft an die beim Vermieter entstehenden Kosten für Eigentum und Vermietung an. Deshalb sollen die Mietzinseinnahmen diese Kosten und allfällige Kostenveränderungen decken. Es handelt sich um das Prinzip der Kostenmiete. Der Vermieter soll jedoch auf dem investierten Eigenkapital eine gewisse Rendite erwirtschaften können. Im Gegensatz dazu ist das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit nicht von der Kostenstruktur der Vermieterseite abhängig, sondern knüpft an bestehende Marktverhältnisse an. Die Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses wird beim Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit auf Vergleichsmietzinsen für ähnliche Mietobjekte im Ort oder Quartier abgestützt.⁵⁷

Kostenveränderungen bilden einen relativen Anpassungsgrund zusammen mit dem Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital nach Art. 269a lit. e OR. Dahinter steckt die Überlegung, dass ein zuvor angemessener Mietzins nicht missbräuchlich werden kann, sofern sich dieser im Rahmen der allgemeinen Veränderungen seit der letzten Mietzinsfestlegung hält. Dahingehend kommt zwangsläufig ein Missbrauchsverdacht auf, wenn ein allgemein gesunkenes Kostenniveau nicht auf den Mietzins durchschlägt. Besondere Tragweite haben die relativen Anpassungsründe innerhalb der Reichweite der relativen Methode. Der Grund liegt darin, dass der Grundsatz von Treu und Glauben der Neufestsetzung des Mietzinses während der Dauer des Mietverhältnisses gestützt auf absolute Anpassungsgründe Schranken setzt (vgl. dazu nähere Regelungen in Art. 13 Abs. 4 VMWG).⁵⁸

Der Hypothekarzins ist der wichtigste Kostensteigerungs- bzw. -senkungsfaktor. In der Praxis ist eine standardisierte Überwälzung zu den in Art. 13 VMWG festgelegten Hochsätzen zulässig, welche unter Berücksichtigung der kalkulatorischen Ausgangslage je nach effektiver Höhe des Referenzzinssatzes degressiv von 2-3% Mietzinserhöhung pro ¼% Hypothekarzinserhöhung ausgestaltet sind. Die definierten Sätze beruhen auf einem festgelegten Berechnungsmodell, bei welchem angenommen wird, ein typischer (Netto-)Mietzins dient zu 70% der Kapitalfinanzierung, davon sind 60% Fremdkapital und 40% Eigenkapital, und zu 30% für Unterhalt, Abgaben und Amortisation.⁵⁹

Falls der Hypothekarzinssatz von beispielsweise 5 auf 5 ¼% steigt, so nehmen die Fremdkapitalkosten um 5% zu; demzufolge dienen nur 42% des Mietzinses der

⁵⁷ (Rohrer, 2018, S. 679)

⁵⁸ (Weber, 2015, S. 1535)

⁵⁹ BGE 118 II 45 E.2a/aa = Pra 1993 Nr. 57

Fremdkapitalfinanzierung. Dies ergibt einen Überwälzungssatz von 2.08% oder nach Art. 13 VMWG einen gerundeten Wert von 2%. Es gilt bei Hypothekarzinssenkungen die Sätze in der Verordnung entsprechend anzupassen. Die Senkung eines Hypothekarzinssatzes von 6 ½% auf 6% bewirkt eine Mietzinssenkung von 3.85%, Nachfolgend die Berechnung.^{60 61}

$$\frac{\text{Erhöhungssatz} \times 100}{(\text{Erhöhungssatz} + 100)}$$

In der Praxis ist der Ausgleich auf dem Nettomietzins in Durchbrechung des Kostenprinzips ohne Rücksicht auf die Höhe des in der Mietsache investierten Fremdkapitalanteils auch für hypothekarfreie Objekte zulässig.⁶² Seit 10.9.2008 wird daher nicht mehr auf den jeweiligen kantonalen Leitzinsfuss referenziert, sondern gemäss Art. 12a VMWG wird auf einen vom Bundesamt für Wohnungswesen alle drei Monate ermittelten, geglätteten Referenzzinssatz abgestellt. Mit diesem Referenzzinssatz werden die unerwünschten volkswirtschaftlichen Folgen der Koppelung zwischen Miet- und Hypothekarzins erheblich gemildert.⁶³

Ein Ausschluss der Anpassung des Mietzinses an den Hypothekarzins kann nicht rechtmässig ausgeschlossen werden.⁶⁴ Die Kalkulation der Mietzinsanpassungen anhand der gesamten Mehr- oder Minderbelastung des investierten Kapitals durch Hypothekarzinsveränderungen ist möglich, falls die Mietzinsgestaltung dauernd nach der reinen Kostenmiete erfolgt gemäss Art. 13 Abs. 3 VMWG.⁶⁵

Der Nachweis der übrigen Kostensteigerungen für Betrieb, Gebäudeunterhalt, Gebühren, Versicherungsprämien und Steuern nach Art. 12 Abs. 1 VMWG kann nur individuell erfolgen. Eine Berechnung auf Basis von Kostenindizes (Baukostenindizes) ist nicht erlaubt. Vorliegend wird ein Vergleich von Durchschnittswerten der tatsächlichen Aufwendungen über mehrere (mind. drei) Jahre durchgeführt gemäss Art. 20 VMWG.⁶⁶ Dabei werden besonders hohe ausserordentliche Kosten geglättet in den Mehrjahresvergleich einbezogen, und zwar anhand eines Amortisationssatzes basierend auf ihrer Lebensdauer und einer jährlichen Verzinsung des noch nicht amortisierten Betrages.⁶⁷ Das

⁶⁰ BGE 106 II 356 E.4a = Pra 1981 Nr. 102

⁶¹ (Weber, 2015, S. 1536)

⁶² BGE 101 II 338; 103 II 263; 118 II 45 E.2a = Pra 1993 Nr. 57

⁶³ (Weber, 2015, S. 1536)

⁶⁴ BGE 133 III 6 1

⁶⁵ (Weber, 2015, S. 1536)

⁶⁶ BGE 106 II 356 E.5 = Pra 1981 Nr. 102; 111 II 378 E.2;

⁶⁷ BGE 140 III 433 E.3.5

Bundesgericht hat dabei entschieden, dass nicht einfach jegliche Unterhaltskosten einbezogen werden dürfen. Angedacht sind, dass im Kontext umfassender Überholungen nur ausserordentliche, aperiodisch anfallende Aufwendungen integriert werden dürfen. Das Bundesgericht lehnt in seiner Rechtsprechung Aufwendungen ab, welche zum laufenden Unterhalt gehören oder die durch Vernachlässigung desselben entstanden sind.^{68 69}

Das Bundesgericht hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass der investitionsvermehrnde Anteil einer Sanierung nach Art. 14 VMWG auf 50-70% der Gesamtkosten veranschlagt wird. Es wird dabei nicht nur eine echte Mehrleistung erfasst, sondern auch die mit der Sanierung verbundene Steigerung der ordentlichen Unterhaltskosten.⁷⁰

Die pauschale Überwälzung von allgemeinen Kostensteigerungen ist grundsätzlich unzulässig. Das Bundesgericht erlaubt dem Vermieter, auf vorhandene neuere Belege abzustellen, falls er bei der letzten Mietzinsfestsetzung noch nicht Eigentümer der Mietsache war und daher nicht über die massgeblichen Belege verfügt.⁷¹ Zur Anwendung können Pauschalen gebracht werden, falls die individuelle Berechnung, etwa wegen angefallener ausserordentlicher Kosten, ein unrichtiges Resultat ergäbe.⁷² Eine pauschale Überwälzung allgemeiner Kostensteigerungen ist anzunehmen, wenn der Vermieter unter dem Titel der Kaufkraftsicherung des investierten Eigenkapitals mehr als 28% geltend macht.⁷³ Dies ist nur bis zu maximal 40% der Indexveränderung möglich.⁷⁴

Die Praxis der Schlichtungsbehörden sieht vor, dass Pauschalen von bis zu 1% pro Jahr für Kostensteigerungen erlaubt sind. Es gilt vorab darauf zu achten, ob und in welchem Ausmass Betriebskosten mit Nebenkosten abgegolten werden. Umso mehr Nebenkosten ausgeschieden werden, desto weniger schlagen Kostenveränderungen auf den Nettomietzins durch. Ausserdem ist die absolute Mietzinshöhe entscheidend, denn die Kosten steigen nicht proportional zur Mietzinshöhe, sodass von einer geringeren prozentualen Kostensteigerung auszugehen ist, desto höher der Nettomietzins. Eine ähnliche allgemeine Teuerung erfordert auch eine Reduktion der Pauschale. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts⁷⁵ darf nicht grundsätzlich auf Pauschalen abgestellt werden. Die Standardisierung wäre hier problematisch, weil sie dem Vermieter den Anreiz zur Erfüllung seiner Pflichten zum Unterhalt der Liegenschaft nehmen würde.⁷⁶

⁶⁸ BGer, 17.12.12., 4A_530/2012, E.3.2; BGE 110 II 404 E.3a; 118 II 315 E.3a

⁶⁹ (Weber, 2015, S. 1536)

⁷⁰ (Weber, 2015, S. 1536-1537)

⁷¹ BGE, 17.7.2013, 4A_88/2013, E.4.5

⁷² BGE 111 II 378 E.2; BGer, 1.10.2001, 4C.157/2001, E.2; 17.7.2013, 4A_88/2013, E.4.1 und 4.6.2

⁷³ BGE 120 II 100 E.5

⁷⁴ (Weber, 2015, S. 1537)

⁷⁵ BGE 106 II 356 E.5 = Pra 1981 Nr. 102; BGer, 1.10.2001, 4C.157/2001, E.2

⁷⁶ (Weber, 2015, S. 1537)

Die Mehrleistung des Vermieters wird definiert als Investitionen für wertvermehrende Verbesserungen wie auch Vergrösserungen der Mietsache oder andere zusätzliche Nebenleistungen. Für den Mieter muss die «Mehrleistung» keinen direkten Nutzen erbringen, wenn ein gemeinsamer Teil des Gebäudes wertvermehrend neugestaltet wird, z.B. Dach oder Fassade.⁷⁷ Hingegen muss die Investition unmittelbar mit den vorgenommenen Arbeiten an der Sache zusammenhängen. Die Überwälzung von Mietzinsreduktionen als Folge der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Sache während der Bautätigkeit gemäss Art. 259d OR scheidet deshalb aus. Bauberatungsdienstleistungen dürfen in die Rechnung einbezogen werden, sofern sie für die gehörige Durchführung der Arbeiten nötig sind.^{78 79}

Mietzinserhöhungen sind gemäss Art. 14 Abs. 4 VMWG nicht missbräuchlich, falls sie den angemessenen Satz für Verzinsung, Amortisation und Unterhalt der Investition nicht überschreiten. Es gilt als Zinssatz jeweils die Hälfte des Kapitalzinssatzes, bei Bauten der um ½% erhöhte Hypothekar- bzw. Referenzzinssatz einzusetzen. Dies aus dem Grund, dass mit der Abschreibung der Investition der Verzinsungsbedarf abnimmt.⁸⁰ Es wird in der Regel eine lineare Amortisation vorgenommen und diese hängt lediglich von der Lebensdauer der Investition ab. Mithilfe der paritätischen Lebensdauertabelle vom Hauseigentümer- und Mieterverband kann diese ermittelt werden. Es gilt, unter dem Titel Unterhalt 1% der Gestehungskosten pro Jahr zu veranschlagen. Alternativ ist 10% des kumulierten Zins- und Amortisationssatzes möglich.⁸¹ Folgendes Rechenbeispiel dient der Veranschaulichung:

Kosten neuer Kühlschrank = CHF 1'800

Lebensdauer 15 Jahre, Referenzzins 1.25%,

Verzinsung = 0.88% $\left(\frac{1}{2} \times \left(1\frac{1}{4}\% + \frac{1}{2}\%\right)\right)$ oder CHF 15.84,

Amortisation = CHF 120 $\left(\frac{\text{CHF } 1800}{15}\right)$

Unterhalt = CHF 18 pro Jahr

Monatliche Mietzinserhöhung = CHF 12.82

⁷⁷ BGE 110 II 404 E.3a = Pra 1985 Nr. 56

⁷⁸ BGer, 20.1.2011, 4A_495/2010, E.10.2.2

⁷⁹ (Weber, 2015, S. 1537)

⁸⁰ BGE 118 II 415 E.3c = Pra 1993 Nr. 144

⁸¹ BGE 111 II 378 E.5; 118 II 415 E.3c = Pra 1993 Nr. 144; BGer, 26.3.2002, 4C.287/2001, E.3.4

Falls eine im Mietobjekt befindliche Einrichtung (z.B. Wärmeisolation, Haushaltapparat) durch eine andere von deutlich besserer Qualität oder Funktion ersetzt wird, so wird nur durch einen Teil der Investition einen Mehrwert geschaffen und es darf nur dieser Teil auf den Mieter überwältzt werden.⁸² Es ist nicht entscheidend, ob eine Erhöhung des Gebrauchswert der Sache erfolgt, sondern inwieweit die Kosten für die Investition im bisherigen Anlagewert der Sache und damit im bisherigen Mietzins schon enthalten sind gemäss Art. 14 Abs. 3 VMWG. Sämtliche investitionsvermehrenden Ausgaben des Vermieters sind letztlich überwältzbar, mithin die Differenz zwischen den Kosten einer neuen Vorrichtung zu den teuerungsbereinigten Kosten der bisher vorhandenen Installation.⁸³ Daraus folgt umgekehrt, dass trotz einer Mehrleistung keine Mietzinserhöhung gerechtfertigt ist, falls die neue Vorrichtung den Vermieter teuerungsbedingt nicht teurer zu stehen kommt als die bisherige Installation, welche bereits im Anlagewert der Sache und damit im Mietzins enthalten ist. Die vorliegende abweichende Lösung widerspricht jedoch dem Prinzip der Kostenmiete. Es lässt sich oft nicht mehr bestimmen, was die ersetzte Einrichtung seinerzeit gekostet hat. Deshalb wird in der Praxis die Ermessensbestätigung eingesetzt. Beispielsweise hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung den Ersatz von einfach verglasten Fenstern durch solche mit Isolierverglasung mit einem investitionsvermehrenden Anteil von 40% festgesetzt.⁸⁴ Gemäss Art. 14 Abs. 3 VMWG soll der wertvermehrnde Anteil nur noch aufgrund eines Kostenvergleichs bestimmt werden. In der seit 1.7.2014 geltenden Fassung wurde verankert, dass der Vermieter sich auch Fördergelder anrechnen muss, die er für energetische Verbesserungen erhalten hat gemäss Art. 14 Abs. 3^{bis} VMWG. Die Förderbeträge sind dabei vom Betrag der Mehrleistungen abzuziehen.⁸⁵

Für eine sogenannte umfassende Überholung konkretisiert Art. 14 Abs. 2 VMWG das Gesetz dahin, dass im Sinne einer widerlegbaren Vermutung 50-70% der Kosten als wertvermehrnde Investitionen zu betrachten sind.⁸⁶ Man spricht deshalb von 50-70% investitionsvermehrenden Ausgaben. Anrechenbar sind nur die effektiven Ausgaben für die Schaffung der Investitionsvermehrung. Mietzinsminderungen und Entschädigungen für den Mieter oder seine Nachbarn während den Bauarbeiten oder Baukreditzinsen sind irrelevant. Geschäftsmässig nicht begründbare Bauberatungsdienstleistungen sind ebenfalls nicht anrechenbar. Der Teil von Kosten, welcher keinen investitionsvermehrenden

⁸² BGE 110 II 404 E.3a = Pra 1985 Nr. 56; 118 II 415 E.3a

⁸³ (Weber, 2015, S. 1538)

⁸⁴ BGer, 26.3.2002, 4C.287/2001, E.3.3

⁸⁵ (Weber, 2015, S. 1538)

⁸⁶ BGE 118 II 415 = Pra 1993 Nr. 144; BGer, 9.12.2005, 4C.328/2005, E.2.5

Charakter hat, gehört zu den Unterhaltsaufwendungen und wird bei der Ermittlung der Liegenschaftskosten berücksichtigt.

Die Pauschale deckt den investitionsvermehrenden Anteil mehr als nur ab und schafft einen Anreiz für die Pflege der Bausubstanz durch den Vermieter. Es hat diejenige Partei, welche vom Pauschalsatz abweichen will, für jede einzelne Investition den wertvermehrenden bzw. werterhaltenden Anteil nachzuweisen, bei grösseren Arbeiten ist dies schwierig.⁸⁷

Nach Art. 20 VMWG kann der Mieter verlangen, dass der Vermieter den Erhöhungsbeitrag «zahlenmässig» begründet. Die Gerichte gewähren in der Regel einen Überwälzungssatz von 60%. Der Überwälzungssatz muss tiefer liegen, wenn die Überholung mit Blick auf die Amortisationsdauer in zu grossem⁸⁸ oder zu kleinem Abstand von der letzten Renovation erfolgt. Darüber liegt der Überwälzungssatz, falls nach Ablauf der normalen Lebensdauer der bisherige Standard erheblich angehoben wird. Energiepolitische Überlegungen spielen keine Rolle bei der Bestimmung des anwendbaren Satzes. Es ist nicht Sache des Mieters, durch eine Doppelzahlung Anreize für ein volkswirtschaftlich erwünschtes Verhalten des Vermieters zu schaffen. Energetische Massnahmen haben durchaus einen positiven Einfluss auf die Mietsache, sei es durch tieferen Energieverbrauch oder höheren Komfort. Die Annahme der Investitionsvermehrung ist daher ohne weiteres berechtigt gemäss Art. 14 Abs. 2 VMWG.⁸⁹

Dahingehend liegt keine umfassende Überholung vor, wenn nur einzelne Arbeiten ausgeführt werden und der wertvermehrende Anteil ohne weiteres konkret bestimmt werden kann. Die Anwendung des Pauschalsatzes von 50-70% ist unzulässig, denn die konkrete Berechnungsweise hat gegenüber der Pauschalen Vorrang.⁹⁰

Die Erhöhung kann daher zeitlich erst geltend gemacht werden, wenn die entsprechenden Arbeiten ausgeführt sind und die sachdienlichen Belege zur Überprüfung der Kosten vorliegen gemäss Art. 14 Abs. 3 VMWG. Diese Verordnung erlaubt, bei grösseren Arbeiten gestaffelte Mietzinserhöhungen nach Massgabe bereits erfolgter Zahlungen vorzunehmen. Dem Mieter stehen während der Bauarbeiten regelmässig Minderungsansprüche im Umfang der Beeinträchtigung durch die Bauimmissionen nach Art. 259d OR zu.⁹¹

Die Anwendung der Missbrauchskriterien und die Beurteilung der zulässigen bzw. nicht missbräuchlichen Mietzinsen erfolgt im Rahmen einer Gesamtbetrachtung. Diese

⁸⁷ BGer, 20.1.2011, 4A_495/2010, E.9.2

⁸⁸ Aufgeschobener Unterhalt, siehe BGE 118 II 415

⁸⁹ (Weber, 2015, S. 1539)

⁹⁰ BGer, 26.3.2002, 4C.287/2001, E.3

⁹¹ (Weber, 2015, S. 1540)

Gesamtbetrachtung kann jederzeit auf einen Stichtag angestellt werden. Dies ungeachtet der früheren Mietzinsgestaltung. Die Missbrauchsprüfung erfolgt absolut, sowohl bei der Anwendung des Kriteriums der Erzielung eines angemessenen Ertrages (Beurteilung der Eigenkapitalrendite, Art. 269 OR) sowie mit Bezug auf das Kriterium der kostendeckenden Bruttorendite bei neueren Bauten nach Art. 269a lit. c OR. Die Kostenberechnung der Liegenschaft bzw. der Ertrag aus der Mietliegenschaft bzw. Mietobjekten wird im Sinne einer «Momentaufnahme» beurteilt.⁹² Das genannte Kriterium der orts- und quartierüblichen Verhältnisse stellt eine Beziehung zwischen dem Mietzins eines Mietobjektes zu Mietzinsen andere nach Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode vergleichbarer Objekte für einen ganz bestimmten Zeitpunkt dar.⁹³

Im Gegensatz zu den absoluten werden die relativen Erhöhungsgründe als Kriterien beurteilt, bei denen Mietzinse infolge einer laufenden Kostenentwicklung veränderten Verhältnissen angepasst werden. Dazu zählen die in Art. 269a lit. b OR erfassten Veränderungen bezüglich des Referenzzinssatzes, vom Vermieter erbrachte Mehrleistungen sowie allgemeine Kostensteigerungen und der Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital nach Art. 269a lit. e OR i.V.m. Art. 16 VMWG.^{94 95} Zudem fällt die Anpassung des Mietzinses an Veränderungen des Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik in Verträgen, in welchen sich zumindest der Vermieter für mindestens fünf Jahre gebunden hat, ebenfalls unter die Mietzinsgestaltung nach Kostenelementen gemäss Art. 269b und 270c OR i.V.m. Art. 17 Abs. 4 VMWG.⁹⁶

Der Vermieter kann auf einen nächstmöglichen Kündigungstermin Mietzinsanpassungen unter Berufung auf einen im Gesetz erwähnten Grund geltend machen. Allerdings gilt mit Blick auf die sogenannten relativen Erhöhungsgründe, dass nur diejenigen Veränderungen eine Mietzinsanpassung rechtfertigen, die seit der letzten massgebenden Mietzinsfestlegung eingetreten bzw. bei einer früheren Mietzinsanpassung nicht bereits geltend gemacht worden sind. Von Gesetzes wegen ist in Bezug auf die absoluten Kriterien, nämlich den angemessenen Ertrag (Art. 269 OR), die kostendeckende Bruttorendite (Art. 269c lit. c OR) und die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse (Art. 269a lit. a OR), jederzeit und unabhängig von der früheren Mietzinsgestaltung eine Überprüfung auf Missbräuchlichkeit zulässig.⁹⁷

⁹² (Rohrer, 2018, S. 680)

⁹³ (Siegrist, 1997, S. 41)

⁹⁴ (Siegrist, 1997, S. 42)

⁹⁵ (Rohrer B. , 90/1994)

⁹⁶ (Rohrer, 2018, S. 680)

⁹⁷ (Rohrer, 2018, S. 693)

Gemäss geltender Rechtsprechung gilt für die Festlegung des Mietzinses grundsätzlich die relative Methode. Nur in folgenden Fällen gilt die absolute Methode zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses: Bei Neuvermietung⁹⁸, nach einer Handänderung⁹⁹, nach wesentlichen Veränderungen der Verhältnisse¹⁰⁰, im Verfahren betreffend Herabsetzung des Mietzinses im Sinne von Art. 270a OR¹⁰¹, bei entsprechendem Einwand des Mieters gegen eine angezeigte Mietzinserhöhung¹⁰² und bei einer Mietzinserhöhung des Vermieters oder bei einem Herabsetzungsbegehren des Mieters.¹⁰³

3.5.1 Zulässige Bruttorendite

Die Bruttorendite stellt das ausgedrückte Verhältnis des Nettomietzinses zum gesamten Anlagekapital in Prozent dar. Das Anlagekapital besteht aus Eigen- und Fremdkapital. Nach Schätzungspraxis ist bei Neubauten eine Bruttorendite kostendeckend, wenn diese ca. 2% über dem Zinssatz für Erstranghypotheken liegt.¹⁰⁴ Massgebend ist die Bruttorendite nur für neuere und von Grund auf sanierte Bauten, welche maximal 10-jährig sein dürfen. Danach steigt der Unterhaltsbedarf stark an, sodass nur die konkrete Betrachtungsweise gestützt auf Art. 269 OR verlässliche Resultate zeigt. Die Zulassung der Mietzinsüberprüfung anhand der Bruttorendite basiert auf der Überlegung, dass eine kostendeckende Vermietung von Neubauten erfahrungsgemäss nicht möglich ist.^{105 106}

Als Anlagekosten sind die Investitionen des Erstellers eines Neubaus oder des Ersterwerbers nach unmittelbarer Fertigstellung zu verstehen.¹⁰⁷ Ausser Betracht fallen, wie bei der Nettorenditebetrachtung, die übersetzten Investitionen nach Art. 15 Abs. 2 VMWG. Der Rückgriff auf die Vergleichsmiete ist nicht möglich, weil die Bruttorendite Mietzinse erlaubt, welche über dem orts- und quartierüblichen Niveau liegen. Die Bestimmung will Absprachen verhindern und greift daher ein, falls das Land mehrfach den Eigentümer gewechselt hat oder falls Hinweise auf Absprachen mit den Bauunternehmern bestehen. Dieser Fall wird jedoch kaum eintreten, da schon die gerechtfertigten Kosten für den Vermieter am Mietmarkt Probleme bereiten.¹⁰⁸

⁹⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 31. August 1994, in: MRA 0/94, S. 3 ff.

⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 1994, in: mp 2/94, S. 93 ff. und Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juni 1999, in: MRA 5/99, S. 189 ff.

¹⁰⁰ BGE 117 II 77; Urteil des Bundesgerichts vom 14. April 1997, in: MRA 3/97, S. 95 ff.

¹⁰¹ BGE 116 II 73, 121 III 163.

¹⁰² BGE 124 III 310

¹⁰³ Urteile des Bundesgerichts 4A_489/2010 und 4A_531/2010 vom 6. Januar 2011, in: MRA 3/11, S. 87 ff.

¹⁰⁴ BGE 118 II 124 E.5

¹⁰⁵ BGE 118 II 124 E.4a;

¹⁰⁶ (Weber, 2015, S. 1540)

¹⁰⁷ BGE 116 II 594 E.5d

¹⁰⁸ (Weber, 2015, S. 1540)

Die Teuerung ist nur auf dem investierten Eigenkapital zugelassen, sofern das Eigenkapital maximal 40% des investierten Gesamtkapitals beträgt.¹⁰⁹ Der Vermieter trägt die Beweispflicht für die Höhe der Anlagekosten bei einer Mietzinserhöhung gestützt auf die Bruttorendite oder beim entsprechenden Einwand gegen ein Senkungsbegehren des Vermieters. Dies kann für den Vermieter verhängnisvoll werden, wenn sich dieser auf einer Schätzung des Werts seines vor Jahrzehnten erworbenen Landes beharrt und den tatsächlichen Kaufpreis nicht offenlegen will. Daher ist immer eine individuelle Berechnung bei der Überprüfung der Bruttorendite für das fragliche Mietobjekt erforderlich.¹¹⁰

Die Argumentation der ungenügenden Bruttorendite unterliegt als absoluter Erhöhungsgrund immer der relativen Berechnungsmethode.¹¹¹ Für die Absicherung des Vermieters bedarf es demzufolge eines ausdrücklichen, zahlenmässig bestimmten und ausreichend begründeten Vorbehalts gemäss Art. 18 VMWG im Mietvertrag und in allfälligen späteren Mietzinsanpassungen. Die ungenügende bzw. übersetzte Bruttorendite kann stets zur Abwehr eines Erhöhungs- oder Senkungsbegehrens angerufen werden, gestützt auf relative Anpassungsgründe. Dahingehend hat der Vermieter die Möglichkeit, sich auf die Grundregel von Art. 269 OR zu berufen, auch falls er die Mietzinserhöhung mit der kostendeckenden Bruttorendite begründet hat.¹¹²

3.5.2 Zulässige Nettorendite

Gemäss der alten Bundesrechtspraxis ist der Ertrag auf dem Eigenkapital i.d.R. nicht übersetzt, so lange er den Leitzinssatz für erste Hypotheken nicht um mehr als ein halbes Prozent übersteigt.¹¹³ Seit 10.09.2008 wird gemäss Art. 12a VMWG auf einen vom Bundesamt für Wohnungswesen periodisch ermittelten, geglätteten Referenzzinssatz abgestellt. Es gilt die Regelung, dass das Eigenkapital einem ähnlichen Risiko ausgesetzt ist, wie die zweite Hypothek.¹¹⁴ ¹¹⁵ Schwierig zu erfassen ist dabei die Argumentation des Bundesgerichts, weshalb die zulässige Nettorendite des Vermieters identisch sein soll mit der Bruttorendite einer Bank, welche mit dem Hypothekarzins nicht nur ihr Eigenkapital verzinsen, sondern auch ihre Verwaltungskosten decken muss. Der vom Bundesgericht bestimmte Zinssatz hat zum Vorteil, dass er dem Vermieter für sein geringes bis mittleres Risiko eine durchaus attraktive Rendite verschafft und damit dem gesetzgeberischen Ziel

¹⁰⁹ BGE 120 II 100 E.5b

¹¹⁰ (Weber, 2015, S. 1541)

¹¹¹ BGE 118 II 124 E.4b und 6

¹¹² BGE 116 II 594; 118 II 124

¹¹³ Vgl. BGE 112 II 149; 116 II 184; 120 II 100 E. 6b; 122 III 257 E. 3a; 123 III 171 E. 6a

¹¹⁴ (Lachat & et. al., 2016, S. 337)

¹¹⁵ Vgl. BGE 140 III 433 E.3.5.2

der Verhinderung von Missbräuchen im Wesentlichen gerecht wird. Die Vermietungsrisiken sind innerhalb der Schweiz sehr unterschiedlich, was sich in den unterschiedlichen Leerständen zeigt.¹¹⁶

Der Nettoertrag wird anhand der Mietzinseinnahmen bestimmt. Falls die Nebenkosten ausgeschieden werden, sind diese bei den Mietzinseinnahmen und Ausgaben zu eliminieren. Von dem massgeblichen Betrag sind die tatsächlich bezahlten Fremdkapitalkosten abzuziehen. Es dürfen dabei nur Fremdkapitalkosten abgezogen werden, sofern das Fremdkapital wirklich in die Liegenschaft investiert wurde.¹¹⁷ Die vom Vermieter bezahlten Unterhalts-, Betriebs- und Verwaltungskosten können im Umfang der durchschnittlichen Aufwendungen der letzten fünf – mindestens jedoch drei – Jahre abgezogen werden. Diese Aufwendungen müssen allerdings stets konkret nachweisbar sein.^{118 119}

Kein Abzug ist möglich unter dem Titel der Risikoprämie, wie für Leerstände, da das Vermietungsrisiko beim zulässigen Renditesatz zu berücksichtigen ist.¹²⁰ Darüber hinaus dürfen keine Rückstellungen oder Amortisationen (Abschreibungen) eingerechnet werden. Es ist nur der bereits angefallene Aufwand in die Rechnung aufzunehmen. Der gehörige Unterhaltsaufwand in der Ertragsrechnung darf nicht für zusätzliche Abschreibungen auf der gesamten Liegenschaft verwendet werden.^{121 122}

Bei Einberechnung von Abschreibungen auf dem Anlagewert ist der massgebliche Zinssatz für die Investition zu halbieren. Das wird so angewendet, weil mit fortschreitender Amortisation das noch zu verzinsende Kapital im Laufe der Zeit abnimmt.¹²³

Dieses erwähnte Vorgehen ist zu rechtfertigen bei der Miete einer Fahrnisbaute, da diese im Gegensatz zur Substanz einer raschen Altersentwertung ausgesetzt ist. Der Mieter darf nicht einen Vorschuss für künftige Investitionen leisten, weil er unter Umständen für Leistungen bezahlt, in deren Genuss er im Falle eines Auszugs vor der Ersatzanschaffung nicht mehr käme.^{124 125}

Die Behandlung tatsächlich angefallener Unterhaltskosten, die über die laufenden Aufwendungen hinausgehen, ist sehr kostspielig und fällt nur in grossen Zeitabständen an, und es stellt sich hier nicht die Frage nach der Zulässigkeit von Abschreibungen auf dem

¹¹⁶ (Weber, 2015, S. 1521)

¹¹⁷ BGE 123 III 171 E.6a = Pra 1997 Nr. 123; BGE 121 III 324

¹¹⁸ BGE 122 III 257 E.3b/bb

¹¹⁹ (Weber, 2015, S. 1523)

¹²⁰ BGE 120 II 100 E.6c; 122 III 257

¹²¹ BGE 123 III 171 E.6d

¹²² (Weber, 2015, S. 1523)

¹²³ BGE 123 III 171 E.6d; 125 III 241 E.2d = Pra 2000 Nr. 30

¹²⁴ BGE 125 III 241 E.2d; 123 III 171 E.6d; 117 II 77 E.3c/aa

¹²⁵ (Weber, 2015, S. 1524)

Anlagewert. Wenn man als Vermieter solche Ausgaben in vollem Betrage in die Erfolgsrechnung einsetzt, so resultiert in den ersten fünf Jahre nach Vornahme ein ohne weiteres zulässiger, danach ein offensichtlich missbräuchlicher Mietzins. Deshalb sind die bereits angefallenen Kosten grundsätzlich vom Mietertrag abziehbar. Die Lebensdauer der entsprechenden Einrichtungen und andererseits die Verzinsung gilt es während dieser Zeit zu berücksichtigen. Das Bundesgericht hat einen Zinssatz von 5% in den ersten Entscheiden angewandt. Anschliessend hat das Bundesgericht in BGE 140 III 433 den Zinssatz geändert auf den um 0.5% erhöhten Referenzzinssatz. Falls es daneben noch ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen von CHF 100'000 bei einer Lebensdauer der Installationen von 25 Jahren gibt, so beträgt der Abschreibungssatz 4%. Die angefallenen Ausgaben müssen während der gesamten Abschreibungsdauer durchschnittlich zum Prozentsatz verzinst werden, der sich aus der Halbierung des um 0.5% erhöhten Referenzzinssatzes ergibt. Es werden unter dem Titel der ausserordentlichen Unterhaltsaufwendungen fünf der aus dieser Rechnung resultierenden Jahresbeträge in die Renditeberechnung einbezogen. Bei Unterhaltsaufwendungen von total CHF 200'000 ergibt dies bei einem Referenzzinssatz von 2% also CHF 10'500, 4% plus 1.25%.^{126 127}

3.5.3 Teuerung auf Eigenkapital

Der Teuerungsausgleich stellt einen relativen Anpassungsgrund auf dem risikotragenden Kapital des Vermieters dar. Der Teuerungsausgleich bezieht sich auf Veränderungen seit der letzten Mietzinsfestsetzung. Basierend auf dem zugehörigen Index des Bundesamtes für Statistik wird die Teuerung berechnet und darf höchstens zu 40% der festgestellten Steigerung auf den Mieter überwältzt werden gemäss Art. 16 VMWG. Der Teuerungsausgleich kann mit Kostensteigerungen und Mehrleistungen kumuliert werden, die Kostensenkungen können verrechnet werden. Dabei ist auch eine Kumulation mit dem Grund von Art. 269a lit. d OR möglich, jedoch nicht mit absoluten Anpassungsgründen.¹²⁸

Der Anpassungssatz basiert auf dem Berechnungsmodell, welches davon ausgeht, dass der Mietzins zu 60% der Finanzierung des Fremdkapitals und zu 40% der Finanzierung des Eigenkapitals dient.

Das neue Modell des VMWG sieht vor, dass 70% des Mietzinses zur Kapitalfinanzierung verwendet werden, die restlichen 30% werden für die Kostendeckung von Unterhalt und Abgaben verwendet. Dies hätte zu einer Korrektur der Überwälzungssätze für Hypothekarzinsveränderungen und für den Teuerungsausgleich führen müssen. Die Kritik der

¹²⁶ BGE 140 III 433 E.3.5.3.2; BGer, 24.1.2001, 4C.293/2000, E.1b; BGer, 17.12.12., 4A_530/2012

¹²⁷ (Weber, 2015, S. 1524)

¹²⁸ (Weber, 2015, S. 1524)

Lehre hat das Bundesgericht veranlasst, dass eine pauschale Abgeltung allgemeiner Kostensteigerungen anzunehmen ist, soweit der Vermieter unter dem Titel des Teuerungsausgleiches mehr als 28%, d.h. 40% von 70%, geltend macht.¹²⁹

Dieser Anpassungssatz wird in der Lehre weiterhin kritisiert. Der Grund für die Kritik liegt darin, dass die Mietzinsen und Energiekosten im Warenkorb des Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik mit mehr als 26% gewichtet sind. Deshalb hat der volle Teuerungsausgleich auf dem Eigenkapital einen preistreibenden Effekt, weil jede Mietzinserhöhung auf die Mieten im Warenkorb durchschlägt. Infolgedessen hat der Bundesrat in der VMM und anschliessend bis 1996 in der VMWG mittels Anpassungsklausel die Indexierung von Wohnungsmietzinsen bis maximal 80% erlaubt.¹³⁰

Die laufenden Kostenverhältnisse werden nach standardisierten Ansätzen auf den Mietzins überwält. Dies gilt insbesondere für die Überwälzung von Hypothekarzinsveränderungen. Seit 01. Januar 2008 ist ein quartalsweise vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement ermittelter und publizierter Referenzzinssatz massgebend. Die zugrundeliegende gesetzliche Norm findet sich in Art. 269a lit. b OR i.V.m. Art. 12a und 13 VMWG. Der Teuerungsausgleich bezieht sich auf das investierte Eigenkapital, das sogenannte risikotragende Kapital. Dieser basiert auf dem im Landesindex der Konsumentenpreise abgebildeten Teuerung, wie er monatlich vom Bundesamt für Statistik publiziert wird. Als Standard wird ein Anteil von 40% als risikotragendes Kapital der Anlagekosten bewertet. Der Anteil dieser Teuerung darf auf den Mietzins überwält werden gemäss Art. 269a lit. e OR i.V.m. Art. 16 VMWG.

Das Bundesamt für Wohnungswesen hat ein fiktives Berechnungsmodell ausgearbeitet, welches als standardisiertes Überwälzungsmodell gilt. Dabei gilt die Fiktion, dass 70% der Mietzinseinnahmen zur Deckung der Kapitalkosten inkl. Eigenkapitalverzinsung erforderlich sind. Ausgehend von diesen 70% müssen dabei 60% (42%) zur Deckung der Fremdkapitalkosten genutzt werden und die restlichen 40% (28%) sind zur Verzinsung des Eigenkapitals notwendig. Die übrigen 30% der Mietzinseinnahmen dienen dabei der Deckung der laufenden Unterhaltskosten, Rückstellungen, Verwaltungskosten, Risikoprämie für Mietzinsausfälle, Steuern, Abgaben aller Art und weitere Betriebskosten.

¹²⁹ BGE 120 II 100 E.5a

¹³⁰ (Weber, 2015, S. 1542)

Das Bundesamt hat die Ansätze für diese 30% wie folgt definiert:¹³¹

Aufwand in % des Bruttomietzinses

Laufende Unterhaltskosten	12%
Rückstellungen, Amortisationen	10%
Verwaltungskosten	5%
Risikoprämie	1%
Eigentümerkosten	2%

3.6 Praxisänderung bei der Berechnung der Nettorendite: BGer 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020

Das Bundesgericht hat die Praxis bei der Berechnung der zulässigen Nettorendite nach dem Urteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 wie folgt angepasst:¹³²

- *Bisherige Rechtsprechung: Referenzzinssatz von 1.25% + 0.50% = Nettorendite von 1.75%*
- *Rechtsprechung neu: Referenzzinssatz von 1.25% + 2.00% = Nettorendite von 3.25%*
- *Rechtsprechung neu: Referenzzinssatz von 2.25% + 0.50% = Nettorendite von 2.75%*

Zudem hat das Bundesgericht festgelegt, dass das investierte Eigenkapital neu zu 100% – und nicht wie bisher nur zu 40% – an die Teuerung anzupassen ist.¹³³

Das Bundesgericht begründete das Urteil damit, dass die Rechtsprechung zu den beiden nunmehr geänderten Parametern aus den Jahren 1994 bzw. 1986 datiere. Für die aktuelle Praxisänderung massgebend seien die seither eingetretenen Veränderungen, insbesondere die nachhaltig gesunkenen Zinssätze für Hypotheken resp. des massgebenden Referenzzinssatzes. Die Entwicklung des Zinsumfelds habe dazu geführt, dass gemäss bisheriger Berechnungsmethode mittlerweile sehr niedrige Mieterträge resultierten. Diese sehr niedrigen Mieterträge stehen in keinem angemessenen Verhältnis zur Nutzung betreffender Wohnungen. Zudem seien die Mieterträge für Pensionskassen, die Renten an ihre Versicherten zahlten und dementsprechend einen hinreichenden Ertrag aus ihren eingeschränkten Anlagemöglichkeiten erwirtschaften müssten, nicht ausreichend. Zudem gilt das auch

¹³¹ (Rohrer, 2018, S. 689)

¹³² (SVIT, 2021)

¹³³ (SVIT, 2021)

für die übrigen Immobilieneigentümer, die ebenfalls Risiken eingehen würden (u.a. Mietzinsverluste, leerstehende Räumlichkeiten).¹³⁴

3.7 Marktgleichgewicht

Ein Marktgleichgewicht ist jene Situation am Markt, in der die angebotene und die nachgefragte Menge nach Gütern übereinstimmen. Ein Markt befindet sich im Gleichgewicht, wenn die beim gegenwärtigen Preis die von den Verbrauchern (Mietern) nachgefragte Menge und die von den Produzenten (Vermietern) angebotene Menge übereinstimmen. Wenn die gegenwärtigen Mietzinse höher als der Gleichgewichtsmietzins sind, wird es zu einem Angebotsüberschuss am Wohnungs- und Geschäftsraummarkt kommen. Und umgekehrt, wenn der gegenwärtige Mietzins geringer als der Gleichgewichtsmietzins ist, wird es zu einem Nachfrageüberschuss am Wohnungs- und Geschäftsraummarkt kommen.¹³⁵

Im freien Spiel von Angebot und Nachfrage regelt sich der Mietzins auf einem ausgeglichenen Wohnungsmarkt selber, ohne dass es zu überhöhten Mieten kommt. Ein Wohnungsmarkt gilt als ausgeglichen, wenn die Zahl der angebotenen Wohnungen diejenigen der nachfragenden Haushalte um ca. 3% übersteigt.¹³⁶

Gemäss Marktbericht von der Credit Suisse „Schweizer Immobilienmarkt 2021: Wohneigentum gefragter denn je“ hält sich die Mietwohnungsnachfrage in der COVID-19-Pandemie erstaunlich stabil, auch dank der robusten Zuwanderung im Jahr 2020. Da sich der Schweizer Arbeitsmarkt im Vergleich zu anderen Ländern als besonders krisenresistent bewährte, ist zudem die Zahl von Wegzürgern stark gesunken. Die hohen Eintrittshürden ins Wohneigentum stützen gleichzeitig die Nachfrage nach Mietwohnungen.¹³⁷ Die aktuelle Marktsituation unterscheidet sich wesentlich von der Situation in den 70er und 80er Jahren, wie Eingangs unter Punkt 3.2 erwähnt.

4. Praxisbeispiel Anfechtung des Anfangsmietzinses

In diesem Kapitel werden die theoretischen Grundlagen zur vorherig genannten Regelung betreffend Anfechtung des Anfangsmietzinses in einem Praxisbeispiel dargelegt. Das Praxisbeispiel dient dazu, exemplarisch aufzuzeigen, unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung des Anfangsmietzinses möglich ist und wie die Praxisänderung des

¹³⁴ (SVIT, 2021)

¹³⁴ (SVIT, 2021)

¹³⁵ (Goolsbee, Levitt, & Syverson, 2014, S. 33)

¹³⁶ (Weber, 2015, S. 257)

¹³⁷ (Credit Suisse, 2021)

Bundesgerichts betreffend zulässige Nettorendite Auswirkungen auf die zulässige Rendite hat resp. wie die Chancen des Vermieters im Anfechtungsverfahren bei der Einrede des übersetzten Ertrages stehen.

4.1 Ausgangslage

Als Ausgangslage dient das nachfolgend aufgeführte Fallbeispiel, dass ein neuer Mieter einer neuen Liegenschaft in der Stadt Zürich den Anfangsmietzins innerhalb von 30 Tagen nach Übernahme des Mietobjekts anfechtet. Im Kanton Zürich besteht eine Formularpflicht wie im Kanton Waadt, wo eine Gerichtsklage seinen Ursprung für das neue Bundesgerichtsurteil vom 26. Oktober 2020 4A_554/2019 fand. Der Eigentümer hat den Anfangsmietzins aufgrund eines Gutachtens eines renommierten und anerkannten Bewertungsinstituts an die Orts- und Quartierüblichkeit, mittels Verwendung des amtlichen Formulars und mit korrekter Begründung, angepasst.

4.2 Voraussetzungen der Anfechtung durch den Mieter

Der Mieter kann den Anfangsmietzins innerhalb von 30 Tagen nach Übernahme des Mietobjekts gemäss Art. 270 OR anfechten, falls (i) der Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins erheblich erhöht wurde oder (ii) ein Zwang zum Vertragsschluss aufgrund einer persönlichen oder familiären Notlage oder aufgrund der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume vorlag. Als erhebliche Erhöhung des Anfangsmietzinses gilt mind. 10% gegenüber dem Vormietzins.¹³⁸ Es gilt den Begriff „Anfangsmietzins“ ist als Anfangsbruttomietzins zu verstehen, d.h. Nettomietzins und Nebenkosten.

4.3 Materielle Prüfung

Der Vermieter muss bei der Prüfung der materiellen Voraussetzungen offenlegen, ob er den Anfangsmietzins nach absoluter oder relativer Methode festgesetzt hat. Im vorliegenden Praxisbeispiel beruft sich der Vermieter auf die Netto- oder Bruttorendite, weil es sich um eine neue Liegenschaft handelt. Falls es sich um eine ältere Baute handeln würde, würde sich der Vermieter auf das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit berufen. Die Überprüfung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses ist grundsätzlich mittels der absoluten Berechnungsmethode zu prüfen. Wenn sich der Vermieter für die Mietzinsfestlegung auf die relative Methode beruft, so bleibt er daran gebunden. Es erfolgt die Überprüfung des Anfangsmietzinses nach der relativen Methode.¹³⁹

¹³⁸ (Herzog, Merkli, & Oeschger, 2019, S. 145-146)

¹³⁹ BGE 120 II 240

Die Beweislast der Missbräuchlichkeit eines angefochtenen Anfangsmietzinses liegt beim Mieter. Der Vermieter hat jedoch bei der Beweiserbringung mitzuwirken. Der Vermieter hat die Berechnungsgrundlagen des Anfangsmietzinses offenzulegen, z.B. orts- und quartierüblicher Mietzins und Rendite. Der Vermieter kann dies im vorliegenden Fall mit dem Gutachten des renommierten und anerkannten Bewertungsinstituts erfüllen. Je nach Begründung des Vermieters muss der Mieter nachweisen, dass der orts- und quartierübliche Mietzins tiefer als der Anfangsmietzins ist oder der Vermieter durch den Anfangsmietzins einen übersetzten Ertrag erwirtschaftet. Falls der Vermieter das Gutachten dem Mieter zur Verfügung stellt, wird der Vermieter seine Mitwirkungspflichten nicht verletzen.¹⁴⁰ Falls der Vermieter der Mitwirkungspflichten nicht nachkommt, würde die Missbräuchlichkeit des Mietzinses vermutet. Der Umfang der Mitwirkungspflichten des Vermieters beschränkt sich auf die in seinem „Besitz“ befindlichen Unterlagen.¹⁴¹

4.4 Anfechtungsprozess

Sollte vor der Schlichtungsbehörde keine Einigung über den Anfangsmietzins erzielt werden, wird dem anfechtenden Mieter eine Klagebewilligung nach Art. 209 Abs. 1 lit. b ZPO ausgestellt oder es wird ein Urteilsvorschlag gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO unterbreitet. Falls der Urteilsvorschlag abgelehnt wird, so erhält diejenige Partei, welche den Urteilsvorschlag ablehnt, die Klagebewilligung zum Weiterzug des angefochtenen Anfangsmietzinses an das Gericht gemäss Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO. Die Frist beträgt 30 Tage für die Anfechtung. Falls die ablehnende Partei nicht fristgerecht an das Gericht gelangt, so gilt der im Urteilsvorschlag festgesetzte Mietzins nach Art. 211 Abs. 3 ZPO. Es gilt jeweils der vertraglich festgelegte Mietzins während dem Verfahren gemäss Art. 270e OR.

4.5 Einfluss von BGer 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020

Das Bundesgericht hat mit Urteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 zwei Parameter zur Bestimmung des zulässigen Anfangsmietzinses von Wohn- und Geschäftsräumen anhand der Nettorendite angepasst. Künftig ist das investierte Eigenkapital in vollem Umfang der Teuerung anzupassen. Es gilt ein zulässiger Ertrag, der den Referenzzinssatz um 2.0 Prozent übersteigt, wenn der Referenzzinssatz 2.0 Prozent oder weniger beträgt. Falls

¹⁴⁰ BGE 142 III 568

¹⁴¹ BGer 4A_17/2017 vom 7. September 2017

der Referenzzinssatz über 2.0 Prozent liegt, gilt ein zulässiger Ertrag, welcher den Referenzzinssatz um 0.5 Prozent übersteigt.¹⁴²

Gemäss Medienmitteilung kann der Mieter den Anfangsmietzins für Wohn- und Geschäftsräume als missbräuchlich anfechten und dessen Herabsetzung verlangen. Die Missbräuchlichkeit des Mietzinses bestimmt sich danach, ob damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Nettorendite) oder ob sich der Mietzins im Rahmen des Orts- oder Quartierüblichen bewegt. Bei Liegenschaften, welche weniger als 30 Jahre alt sind, ist prioritär auf die Nettorendite abzustellen. Im vorliegenden Fall betrug der monatliche Anfangsmietzins für eine 4.5-Zimmer-Wohnung im Kanton Waadt CHF 2'190 (exklusive Nebenkosten) und für die zwei Einstellhallenplätze je CHF 130. Das zuständige Mietgericht hat die Wohnungsmiete auf Klage der Neumieter aufgrund einer Berechnung der Nettorendite auf CHF 900 pro Monat, die Miete für die beiden Parkplätze auf je CHF 50 pro Monat, gesenkt. Das Waadtländer Kantonsgericht hat diesen Entscheid bestätigt. Die Pensionskasse hat daraufhin beim Bundesgericht Beschwerde eingelegt, welche das Bundesgericht teilweise gutgeheissen hat. In Kapitel 3.1.1 und 3.1.2 wird der Sachverhalt und das Urteil näher erläutert. Massgebend ist dabei die Änderung der folgenden zwei Parameter¹⁴³:

- Erstens ist das investierte Eigenkapital neu zu 100 Prozent – und nicht wie bisher nur zu 40 Prozent – an die Teuerung anzupassen.
- Zweitens darf der Ertrag den Referenzzinssatz um 2 Prozent – und nicht wie bisher nur um ein halbes Prozent – übersteigen, wenn der Referenzzinssatz 2 Prozent oder weniger beträgt.

Falls der Referenzzinssatz mehr als 2 Prozent beträgt, so gilt die bisherige Regelung für die zulässige Nettorendite:

$$\text{Referenzzinssatz} + 0.5 \text{ Prozent}$$

Beim aktuellen Referenzzinssatz von Referenzzinssatz von 1.25% beträgt folglich die neu maximal zulässige Nettorendite 3.25% (1.25% + 2.00%). Falls der Vermieter eine höhere Nettorendite erzielt, so gilt der Mietzins als missbräuchlich.

Die neue Regelung erfordert je nach Höhe des Referenzzinssatz eine unterschiedliche Berechnung, welche zu einer paradoxen Situation führen kann: Bei einem Referenzzinssatz von über 2.00% ist die zulässige Nettorendite kleiner als beim aktuellen Referenzzinssatz von 1.25%.

¹⁴² (Bundesgericht, 2020)

¹⁴³ (Bundesgericht, 2020)

- *Bisherige Rechtsprechung: Referenzzinssatz von 1.25% + 0.50% =
Nettorendite von 1.75%*
- *Rechtsprechung neu: Referenzzinssatz von 1.25% + 2.00% =
Nettorendite von 3.25%*
- *Rechtsprechung neu: Referenzzinssatz von 2.25% + 0.50% =
Nettorendite von 2.75%*

4.5.1 Berechnungsbeispiel Nettorendite nach bisheriger Rechtsprechung

Das nachfolgende Berechnungsbeispiel gibt einen Überblick über die zulässige Nettorendite bei der bisherigen Regelung, vor dem Bundesgerichtsurteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020. Im ersten Schritt gilt es, das Eigenkapital zu berechnen. Dies ist gemäss Definition derjenige Betrag, der ausgehend von den gesamten Anlagekosten abzüglich des Fremdkapitals verbleibt.

Beispiel 1: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, mit Hypothek)

Anlagekosten: CHF 2'500'000.00

- 1. Hypothek: CHF 1'500'000.00

Eigenkapital: CHF 1'000'000.00

Beispiel 2: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, ohne Hypothek)

Anlagekosten: CHF 2'500'000.00

Eigenkapital: CHF 2'500'000.00

Anschliessend werden die Kosten der Liegenschaft bzw. der Wohnung berechnet:

Beispiel 1: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, mit Hypothek)

1. Hypothek (1'500'000.00 x 1,5%) CHF 22'500.00

Unterhalts-, Betriebs- und Verwaltungskosten CHF 29'000.00

Total CHF 51'500.00

Beispiel 2: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, ohne Hypothek)

Unterhalts-, Betriebs- und Verwaltungskosten CHF 29'000.00

Total CHF 29'000.00

Für die Berechnung der zulässigen Miete wird anschliessend die zulässige Rendite auf dem Eigenkapital berechnet und zu den Kosten hinzugerechnet.

Beispiel 1: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, mit Hypothek)

- Rendite: 1'000'000 x 1.75%	CHF	17'500.00
- Kosten:	CHF	51'500.00
Jährlich zulässige Miete	CHF	69'000.00
Miete pro Wohnung (Annahme: identische Grösse)	CHF	17'250.00

Beispiel 2: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, ohne Hypothek)

- Rendite: 2'500'000 x 1.75%	CHF	43'750.00
- Kosten:	CHF	29'000.00
Jährlich zulässige Miete	CHF	72'750.00
Miete pro Wohnung (Annahme: identische Grösse)	CHF	18'187.50

Folgende monatliche Mieten sind zulässig:

Monatliche Miete nach bisheriger Rechtsprechung

Beispiel 1: Wohnung in MFH, mit Hypothek:	CHF	1'437.50
Beispiel 2: Wohnung in MFH, ohne Hypothek:	CHF	1'515.65

4.5.2 Berechnungsbeispiel Nettorendite nach neuem Bundesgerichtsurteil 4A_554/2019

Bei der Anwendung der zulässigen Nettorendite nach dem neuen Bundesgerichtsurteil ergeben sich folgende zulässige Werte. Als Ausgangslage wird ein Referenzzinssatz von 1.25% angenommen. Die Maximalgrenze der zulässigen Nettorendite 3.25% wirkt sich auf die beiden Beispiele wie folgt aus:

Beispiel 1: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, mit Hypothek)

- Rendite: 1'000'000 x 3.25%	CHF	32'000.00
- Kosten:	CHF	51'500.00
Jährlich zulässige Miete	CHF	83'500.00
Miete pro Wohnung (Annahme: identische Grösse)	CHF	20'875.00

Beispiel 2: Mehrfamilienhaus (4 Wohnungen, ohne Hypothek)

- Rendite: 2'500'000 x 3.25%	CHF	81'250.00
- Kosten:	CHF	29'000.00
Jährlich zulässige Miete	CHF	110'250.00
Miete pro Wohnung (Annahme: identische Grösse)	CHF	27'562.50

Monatliche Miete nach bisheriger Rechtsprechung

Beispiel 1: Wohnung in MFH, mit Hypothek CHF 1'739.60

Beispiel 2: Wohnung in MFH, ohne Hypothek CHF 2'296.90

Aufgrund der neuen Rechtsprechung steigt die Miete in Beispiel 1 monatlich um CHF 302.10, in Beispiel 2 um CHF 781.25.

4.6 Chancen und Risiken für Vermieter

Nach Art. 8 ZGB muss der Mieter die Missbräuchlichkeit des angefochtenen Anfangsmietzinses beweisen. Der Vermieter hat eine Mitwirkungspflicht, insbesondere muss er die Berechnungsgrundlagen des Anfangsmietzinses offenlegen. Im vorliegenden Praxisfall kann der Vermieter das Gutachten des renommierten und anerkannten Bewertungsinstituts vorlegen und erfüllt diesbezüglich seine Mitwirkung. Der Mieter muss daraufhin nachweisen, dass der orts- und quartierübliche Mietzins tiefer liegt als der Anfangsmietzins oder dass der Anfangsmietzins dem Vermieter einen übersetzten Ertrag abwirft. Bei einer Offenlegung der Berechnungsgrundlage der Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit muss der Mieter mindestens fünf nach den Kriterien von Art. 11 VMWG zum Vergleich geeignete Objekte bezeichnen. D.h. die Objekte bedürfen einer vergleichbaren Lage, einer übereinstimmender Zimmeranzahl, eines vergleichbaren Zustands und einer vergleichbaren Ausstattung sowie einer Bauperiode im gleichen Zeitraum von 10 Jahren (bei älteren Bauten Bandbreite von 20 Jahren)¹⁴⁴. Dieser Nachweis ist schwierig zu erbringen, sodass die Chancen für den Vermieter hoch sind, dass der Nachweis misslingt und der höhere Mietzins gilt.

Ein Risiko besteht für den Vermieter darin, dass falls der Vermieter den Mietzins beim vorliegenden Mieterwechsel trotz rückläufigen Referenzzinssatzes und rückläufiger oder moderater Teuerung um mehr als 10% erhöht hat, so hat der Vermieter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Somit wird die Beweislast umgekehrt. Dabei wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Missbräuchlichkeit des Mietzinses vermutet und der Mietzins wird reduziert.¹⁴⁵

Falls es vor der Schlichtungsbehörde keine Einigung gegeben hat und der Mieter mit der Klagebewilligung weiter an das Gericht zieht, besteht das Risiko für den Vermieter, dass das Gericht den Mietzins im Urteilsvorschlag neu tiefer festsetzt. Dabei kann der Mieter den zu viel bezahlten Mietzins unter Wahrung der bereicherungsrechtlichen Verjährungsfristen nach Art. 67 OR zurückverlangen.

¹⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2009 vom 6. Oktober 2009; BGE 141 III 569

¹⁴⁵ BGE 139 III 13

4.7 Einfluss alter Liegenschaften

Bei neueren Bauten beruft sich der Vermieter vorteilhafterweise auf die Netto- oder Bruttorendite. Bei älteren Bauten wird der Vermieter sich auf das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit berufen, weil gemäss Bundesgericht die Ertragsberechnung wegen der Beschränkung des Teuerungsausgleichs auf den risikobelasteten Teil des investierten Eigenkapitals bei Altbauten bereits tiefe Mieten als missbräuchlich erscheinen lässt.¹⁴⁶ Bei Altbauten sollen sich Vermieter daher stets auf die Orts- und Quartierüblichkeit berufen. Bei älteren Bauten ist die Renditeberechnung nach Art. 269 oder 269a lit. c OR eingeschränkt aufgrund der Massgeblichkeit der historischen Kosten und der mit ihrer Eruiierung verbundenen Schwierigkeit, den zugehörigen Beweis zu erbringen.¹⁴⁷

Der Mieter kann bei älteren Bauten nicht einen übersetzten Ertrag geltend machen, sondern muss nachweisen, dass der orts- und quartierübliche Mietzins tiefer liegt als der Anfangsmietzins. Der Beweis hat hohe Hürden und ist schwierig zu erbringen. Der Mieter kann bei einer Nicht-Altbaute den übersetzten Ertrag geltend machen und dieser Beweis ist einfacher zu erbringen, weshalb die Chancen für den Mieter für die Beweiserbringung höher stehen. Es ist jedoch ungewöhnlich, dass der Mieter einer Altbaute eine auf relative Gründe gestützte Erhöhung unter Berufung auf die Nettorendite in Frage stellen kann, was ihm verwehrt ist, wenn dem Vermieter der Nachweis der Vergleichsmiete gelingt. Es gibt in beiden Fällen das Problem, dass eine Ertragsrechnung zu historischen Anlagekosten bei einer Altbaute einen übersetzten Ertrag ergibt, obwohl der Gebrauchswert des Mietobjekts auch nach der Wertung des Gesetzes wesentlich über dieser Kostenmiete liegt. Die neue Rechtsprechung geht von einem Vorrang der Vergleichsmiete bei Altbauten aus. Die Renditeberechnung ist nur möglich gestützt auf einen aktuellen Kaufpreis. Wann eine Altbaute vorliegt, wird nicht im Gesetz definiert. Das Bundesgericht hat entschieden, eine 27-jährige Liegenschaft nicht als solche zu qualifizieren.^{148 149}

¹⁴⁶ BGE 122 III 257

¹⁴⁷ BGer, 9.4.2002, 4C.323/2001, E.3a = mp 2002, 153 ff.; BGer 30.1.2004, 4C.236/2004, E.3

¹⁴⁸ BGE 140 III 433 E.3.1

¹⁴⁹ (Weber, 2015, S. 1534)

5. Empfehlung und Würdigung

5.1 Mietzinsfestlegung

In einem ausgeglichenen Wohnungsmarkt regelt sich der Mietzins im freien Markt von Angebot und Nachfrage. Dabei gilt ein Wohnungsmarkt als ausgeglichen, falls die Zahl der angebotenen Wohnungen diejenige der nachfragenden Haushalte um ca. 3% übersteigt.¹⁵⁰

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bekam das Privatrecht, insbesondere für die Bereiche des Arbeits-, Boden-, Miet- und Pachtrecht, eine neue Ausgestaltung im Hinblick der Rolle des Staates. Wo der freie Ausgleich der Interessen misslingt und die gesellschaftliche Solidarität bedroht ist, wird neu die Intervention des staatlichen Gesetzgebers gewisser Gesellschaftsgruppen zunehmend erwartet. Der Begriff des Sozialrechts betreffend des Arbeits-, Boden-, Miet- und Pachtrecht wurde von Otto von Gierke bereits Ende des 19. Jahrhunderts zukunftsweisend geprägt.¹⁵¹ Eingriffe in einen funktionierenden Markt durch den Staat mittels Gesetz und die Rechtsprechung, führen zu zweifelhaften Gerichtspraxen, die in unfaire Urteile und in diesen Fällen in unfaire Mietzinsberechnungen münden. Durch die Gesetzesbestimmung der Formularpflicht ist ein Mieter in den Kantonen mit Formularpflicht längst nicht mehr die schwächere Partei.

Aufgrund der Entwicklungen und Erkenntnisse Ende 19. und 20. Jahrhundert geht man von stärkeren und schwächeren Parteien im Privatrecht aus und sieht den Mieter und den Arbeitnehmer als die schwächere Partei und den Vermieter und Arbeitgeber als die stärkere Partei. Diese Pauschalierung führte zu Gesetzesänderungen und Urteilen, die weder dem Markt noch dem Grundprinzip des Privatrechts gerecht werden.

Das Urteil des Bundesgerichts 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 bringt für den Vermieter eine Verbesserung der Berechnungsparametern. Jedoch ist der Mieter durch dieses Urteil immer noch klar im Vorteil, da sich an der Rechtsgrundlage nichts geändert hat.

Solange die Zinsen unter 2.0% liegen, werden zusätzlich 2% bei der Berechnung des Mietzinses hinzugerechnet, sobald die Zinsen über 2% steigen, werden nur 0.5% hinzugerechnet (vgl. Kapitel 3.5 & 3.6). Eine absurde Berechnungsmethode, die wieder zu unfairen Berechnungen führt. Spätestens wenn der Zins über 2.0% steigt, müsste die Berechnung wieder angepasst werden. Als Vermieter kann man nur hoffen, dass der Referenzzinssatz über 2% steigen wird und es dann nicht umgehend zu einem neuen Bundesgerichtsurteil kommt.

¹⁵⁰ (Honsell, 2017, S. 257)

¹⁵¹ (Lachat & et. al., 2016, S. 2)

In der aktuellen Situation empfiehlt es sich als Vermieter sehr vorsichtig mit Sanierungen und deren Kosten umzugehen. Als Mieter und mittlerweile „stärkere“ Partei ist man, insbesondere in den Kantonen mit Formularpflicht, gut beraten den Anfangsmietzins innerhalb von 30 Tagen seit Übernahme der Mietsache zu bekämpfen und deren Neufestlegung und Herabsetzung vor der Schlichtungsbehörde zu begehren.

5.2 Mietzinsanfechtung

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Mieter den Anfangsmietzins unter gewissen Voraussetzungen anfechten kann, sollte die Einrede des Mieters auf einen übersetzten Ertrag lauten, kann der Vermieter basierend auf der Praxisänderung eine höhere Nettorentite geltend machen. Als Vermieter gilt es im Rahmen der Mietzinsfestlegung eine Abwägung zwischen Renditemaximierung und Risiko der Anfechtung zu treffen.

Der Satz *pacta sunt servanda* wird in Art. 270 OR ausser Kraft gesetzt. Ein Mieter darf einen Mietvertrag, im Bewusstsein einen überhöhten Mietzins zu vereinbaren, abschliessen und anschliessend die Schlichtungsbehörde anrufen und den Anfangsmietzins anfechten. Dies ist unter rechtsstaatlichem Aspekt sehr bedenklich, denn der Vermieter würde den Vertrag evtl. nicht abschliessen, wüsste er, dass der Mieter den Mietzins anfechten wird.¹⁵² Zumal auch vermutet werden kann, dass der Vermieter bei Wissen um die Anfechtungsabsichten des Mieters betreffend Anfangsmietzins, nicht bereit gewesen wäre, aufgrund der zusätzlichen Kosten, den Mietvertrag abzuschliessen. Unter Würdigung aller gegenseitig vereinbarten Leistungspakete innerhalb eines Mietverhältnisses stellt sich im konkreten Einzelfall die Frage, ob sich ein Vermieter im Falle einer Reduktion des vereinbarten Mietzinses nicht auf einen Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen könnte.¹⁵³

Schon bei der Anfechtung des Mietzinses wird mit ungleichen Spiessen verhandelt – durch das irrtümliche Verständnis der 70er und 80er Jahre. Und noch heute geht man davon aus, dass der Mieter die schwächere Partei ist. Dies führte zu dieser unfairen Rechtsprechung und Gerichtspraxis, die nun den Vermieter benachteiligt und den Mieter bevorzugt. Die für die schwächere Partei gehaltene, ist nun die stärkere Partei.

Diese Rechtspraxis und Gesetzesanwendung wird auf kurze oder lange Zeit darauf hinauslaufen, dass Vermieter vermehrt von Sanierungen Abstand nehmen werden, wenn Sie die Kosten der Sanierung nicht wesentlich über anschliessende Mietzinserhöhungen wieder abdecken können. Sofern es nicht zu einer Revision des Mietrechts kommt und die

¹⁵² (Honsell, 2017, S. 264)

¹⁵³ (Rohrer, 2018, S. 912)

Rechtsprechung Abstand von einer einseitigen Gerichtspraxis nimmt, wird der Vermieter betreffend Mietzins keine wirklich faire Gerichtspraxis erfahren.

5.3 Rechtfertigung der Regelungen im heutigen Umfeld

Die früheren beiden Parameter der Gesetzgebung und Rechtsprechung im Mietrecht aus den Jahren 1994 bzw. 1986, speziell die Bestimmung zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, war die Folge der konjunkturellen Lage der siebziger und achtziger Jahre. Während dieses Zeitabschnittes war der Leerwohnungsbestand äusserst gering und die grosse Bautätigkeit war nicht in der Lage, die stetig zunehmende Nachfrage voll aufzufangen. Die Situation war verbunden mit einer massiven Teuerung hinsichtlich der Baukosten und einem starken Anstieg der Bodenpreise. Dies führte zu einem unverhältnismässigen Anstieg der Bodenpreise. In dieser Situation war ein stärker ausgeprägter Mieterschutz sozialpolitisch vertretbar. Die heutige Marktsituation im Flächenmarkt ist jedoch wirtschaftlich gesehen insgesamt anders. Das Verhältnis von Nachfrage und Angebot hat sich normalisiert und der Leerwohnungsbestand erreicht heute bis zu 2%, die Mieten entwickelten sich rückläufig. Es war daher nicht mehr vertretbar, mittels Gesetzes restriktiv zum Nachteil des Vermieters in den Mietermarkt einzugreifen. Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Urteil 4A/_554/2019 vom 26. Oktober 2020 wird diesem Missverhältnis und der Benachteiligung der Vermieter zum Teil gerecht.

Der Markt in den siebziger und achtziger Jahren war nicht im Gleichgewicht. Durch die Gesetzgebung und Rechtsprechung im Mietrecht wurde der Markt wieder ins Gleichgewicht gebracht.¹⁵⁴ Das Urteil 4A_554/2019 vom 26. Oktober 2020 des Bundesgerichts korrigierte diesen Eingriff in den Markt und passte die Berechnungsparameter an die neue Marktsituation an. Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein Eingriff in den Mietermarkt nach wie vor benötigt wird, scheint doch der Mietermarkt überwiegend wieder im Gleichgewicht zu sein. Die Änderung der Rechtsprechung hat wohl indirekt auch dazu beigetragen, dass die vom Bundesrat zur Annahme beantragte Motion Nr. 20.3922 betreffend «eine ausgewogene Revision der Regeln zur Mietzinsgestaltung bei Wohn- und Geschäftsräumen» mittlerweile auch vom Ständerat neu evaluiert wurde.¹⁵⁵ Die Motion wurde am 26. März 2021 von der Kommission für Rechtsfragen jedoch abgelehnt mit der Begründung: «Soll die Mietzinsgestaltung im Miet- und Pachtrecht tatsächlich modernisiert werden, so gelingt dies nur mit einem kohärenten Revisionsvorschlag, der sowohl

¹⁵⁴ (Credit Suisse, 2021)

¹⁵⁵ (KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN SR, 2020)

den Vermieter- wie auch den Mieterinteressen Rechnung trägt und mit diesen Akteuren abgesprochen ist.»¹⁵⁶

Bereits 1997 erkannte Robert Sigrist in seiner Dissertation «Der missbräuchliche Mietzins Regel und Ausnahmen (Art. 269 und 269a OR)», dass die Marktsituation Ende der 90er Jahre bereits eine ganz andere war. Er hielt fest, dass das Verhältnis von Nachfrage und Angebot sich Ende der 90er Jahre normalisiert habe. Der Leerwohnungsbestand erreichte damals bis zu 2% gemäss Jahresbericht 1995/96 des SVIT und die Mieten entwickelten sich rückläufig. Daher war es seines Erachtens nicht mehr zu vertreten, per Gesetz restriktiv zum Nachteil des Vermieters in den Mietermarkt einzugreifen. Der Staat hatte keine politische Legitimation mehr, einem Teil seiner Bürger mit gesetzlichen Kontrollmechanismen den wirtschaftlich möglichen Ertrag vorzuenthalten, jedenfalls dann nicht, wenn die Grenzen zum Missbrauch nicht überschritten werden.¹⁵⁷

Bleibt abzuwarten, ob durch eine neuerliche Motion zur Revision des Mietrechts der Eingriff in den Mietermarkt zugunsten eines sich wieder hergestellten Gleichgewichts weiterhin in Art. 270 i.V.m. Art 269 und 269a OR bestehen bleibt oder ganz wegbedungen wird. Jedoch scheint es, und das seit über 20 Jahren, unmöglich, eine Revision die den Mieter- sowie auch den Vermieterinteressen Rechnung trägt, in naher Zukunft zu erarbeiten und zu erlassen und den nach wie vor bestehenden, aber abgeänderten Markteingriff wieder vollends zu revidieren. Die politischen Interessen scheinen zu stark zu divergieren, um den Interessen aller Akteure am Mietermarkt gerecht zu werden und eine entsprechende marktgerechte Revision des dringend benötigten Mietrechts in absehbarer Zeit zu erreichen.

5.4 Ausblick

Die dargelegte Rechtspraxis der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Anfangsmietzinsen hat sich weiterentwickelt und verschärft. Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_183/2020 vom 6. Mai 2021 festgelegt, dass die in BGE 139 III 13 festgelegten Grundsätze bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Anfangsmietzinsen gelten. Insbesondere, dass bei einer erheblichen Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormietverhältnis die Vermieterin nicht nur eine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit treffe. Zusätzlich sei von einer tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses auszugehen und es obliege der Vermieterin, die auf Vergleichselemente stützenden Gegenbeweise zu erbringen.¹⁵⁸ Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_183/2020

¹⁵⁶ (KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN SR, 2018).

¹⁵⁷ (Sigrist R. , 1997, S. 143-144)

¹⁵⁸ (Raubert, 2021, S. 1)

jedoch festgelegt, dass nicht bereits bei einer Erhöhung um 10% von einer erheblichen Erhöhung des Anfangsmietzinses und damit von einer begründeten Vermutung der Missbräuchlichkeit auszugehen sei, sondern erst bei einer „massiven Erhöhung des Mietzinses von deutlich über 10%, welche nicht durch die Entwicklung des Referenzzinssatzes resp. der Schweizerischen Konsumentenpreise erklärt werden könne. Im vorliegenden Fall lag die Erhöhung bei knapp 44% und es greife gemäss BGer die Vermutung der Missbräuchlichkeit.¹⁵⁹ Im BGE 139 III 13 hat das BGer präzisiert, dass von der Vermieterin nicht der volle Beweis für die Nichtmissbräuchlichkeit des angefochtenen Mietzinses zu verlangen sei, weil damit eine Umkehr der Beweislast oder eine rechtliche Vermutung vorhanden sein müsste. Es reiche aus, wenn die Vermieterin beim Gericht begründete Zweifel an der Korrektheit der tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses wecke. Falls das Gericht zum Schluss kommt, dass der Vermieter begründete Zweifel an der Vermutung der Missbräuchlichkeit geweckt hat, entfällt die Beweislastumkehr zu Lasten des Vermieters und es obliege dem Mieter, mithilfe von 5 Vergleichsobjekten bzw. einer amtlichen Statistik die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses zu beweisen. Falls es dem Vermieter nicht gelingt, begründete Zweifel zu wecken, so gilt zu Gunsten des Mieters die Vermutung der Missbräuchlichkeit, wobei es dem Vermieter offensteht, der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Anfangsmietzinses zu erbringen. Die Hürden sind allerdings hoch (Kapitel 3.4.4) und das Risiko besteht, dass die Beweiserbringung zu Ungunsten des Vermieters scheitert.¹⁶⁰ Das Urteil zeigt auf, dass die Praxis der Rechtsprechung die Beweislast teilw. zu Ungunsten der Vermieter gewandelt hat.

Es gilt zusammenfassend mit Spannung die künftige Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend der Missbräuchlichkeit von Anfangsmietzinsen abzuwarten mit besonderem Blick auf die zulässige Brutto-/Nettorendite im Falle einer Erhöhung des Referenzzinssatzes oberhalb von 2.0%.

¹⁵⁹ (Rauber, 2021, S. 1)

¹⁶⁰ (Rauber, 2021, S. 1)

6. Literaturverzeichnis

- Bundesgericht. (16. 11 2020). *Medienmitteilung des Bundesgericht*. Von Urteil vom 26. Oktober 2020 (4A_554/2019: https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/4a_0554_2019_yyyy_mm_dd_T_d_11_07_27.pdf abgerufen
- Credit Suisse. (02. 03 2021). *Credit Suisse Immobilienmarkt 2021*. Von <https://www.credit-suisse.com/ch/de/articles/private-banking/schweizer-immobilienmarkt-2021-wohneigentum-gefragter-denn-je-202103.html> abgerufen
- Gauch, P., Stöckli, H., & Gmünder Perrig, D. (2016). *Schweizerisches Obligationenrecht*. Zürich: Schulthess.
- Goolsbee, A., Levitt, S., & Syverson, C. (2014). *Mikroökonomik*. Stuttgart: Schäffer-Poeschel.
- Herzog, J., Merkli, S., & Oeschger, S. (2019). *Repetitorium Mietrecht. Kurz gefasste Darstellung mit Schemata, Übungen und Lösungen*. Zürich: Orell Füssli Verlag.
- Honsell, H. (2017). *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- Huguenin, C. (2008). *Obligationenrecht. Besonderer Teil*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN SR. (06. 11 2018). *Parlament.ch - Motion 18.4101*. Von Revision der Regeln der Mietzinsgestaltung bei Wohn- und Geschäftsräumen: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20184101> abgerufen
- KOMMISSION FÜR RECHTSFRAGEN SR. (10. 08 2020). *Parlament.ch - Motion 20.3922*. Von Ausgewogene Revision der Regeln zur Mietzinsgestaltung bei Wohn- und Geschäftsräumen: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203922> abgerufen
- Lachat, D., & et. al. (2016). *Mietrecht für die Praxis (Bd. 9. Auflage)*. Zürich: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz.
- Rauber, M. (2021). 4A_183/2020: Anfechtung Anfangsmietzins, Orts- und Quartierüblichkeit, Beweislast (amt. Publ.). *swissblawg - schweizerisches Wirtschaftsrecht*. hrsg. von Juena Vasella und Fabian Klaber, 2.
- Rohrer, B. (2018). Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. Vorbemerkungen zu Art. 269-270e OR. In H. Bättig, I. Biber, R. Bisang, Z. Koumbarakis, J. Müller, & M. Tschudi, *Das schweizerische*

- Mietrecht. SVIT-Kommentar. 4. Auflage.* (S. 676-695). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Rohrer, B. (90/1994). Die sogenannte "relative Methode" als Beschränkung der Mietzinsgestaltungsrechte des Vermieters nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts. *SJZ*, 153-158.
- Siegrist, R. (1997). *Der missbräuchliche Mietzins: Regel und Ausnahmen: Art. 269 und 269a OR*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- SVIT. (30. 07 2021). *SVIT-Website*. Von SVIT-Website: Bundesgericht: Praxisänderung bei der Berechnung der Nettorendite: <https://www.svit.ch/de/bundesgericht-praxisaenderung-bei-der-berechnung-der-nettoendite> abgerufen
- Vornholz, G. (1. 09 2015). Die Auswirkungen von Immobilienzyklus und Investmentzyklus auf die finanzierenden Banken. *Immobilien & Finanzierung*, S. 583-586.
- Weber, R. (2015). Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen. In H. Honsell, N. Vogt, & W. Wiegand, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR* (S. 3272). Basel: Helbling Lichtenhahn Verlag.

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema „Die Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR unter Berücksichtigung der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem Urteil 4A_544/2019 vom 26. Oktober 2020 zur zulässigen Netto-/Bruttorendite“ selbstständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe. Alle Stellen die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

_____, den 06.09.2021

Muriel Tonini-Schneider