

Herrn
Bundesrat Joseph Deiss
Eidgenössisches Volkswirtschafts-
departement
Bundeshaus Ost
3003 Bern

RR/rl

312

Bern, 7. April 2006

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechtes, Achter Titel (Die Miete)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Anbei erhalten Sie die Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) in eingangs genannter Angelegenheit.

I. Vorbemerkungen

Die Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) sind sowohl geschäftlich als auch privat teils Vermieter oder Vermieterinnen, teils Mieter oder Mieterinnen. Der SAV betrachtet sich daher, was die politische Seite des vorgelegten Änderungsentwurfes zur Teilrevision des Mietrechtes anbetrifft, als neutral. Das Schwergewicht der Beurteilung des Revisionsvorschlages besteht daher in der Auseinandersetzung mit der Frage, ob die vorgeschlagene Revision in sich kohärent, widerspruchsfrei und für den Recht suchenden Bürger klar erscheint.

In grundsätzlicher Hinsicht werden der nachfolgenden Beurteilung einzelner Vorschriften des Revisionsvorschlages folgende Gedanken vorangestellt:

Der SAV begrüsst es, dass inskünftig **verschiedene Methoden** zur Ermittlung der sogenannten Missbräuchlichkeit eines Mietzinses angeboten werden. Die regionale, aber auch lokale Vielfalt von Wohnungstypen, das unterschiedliche Gefälle von Alt- und Neubauwohnungen sowie die völlig unterschiedliche Angebots- und Nachfragesituation in ländlichen oder städtischen Gebieten lassen es nach Auffassung des SAV nicht zu, inskünftig die sogenannte Missbräuchlichkeit von Mietzinsen nach einem einheitlichen System zu beurteilen.

Der SAV äussert grundsätzliche Vorbehalte gegenüber einer Missbrauchsgesetzgebung, die auf **statistische Erhebungen** abstellt. Wesentlicher Grund dafür ist ein nach Auffassung des SAV in der Bevölkerung weit verbreitetes Misstrauen ge-

genüber amtlich ermittelten Statistiken, weil es mit Bezug auf die Erhebung der statistischen Werte in der Regel an der erwünschten Transparenz fehlt. Die einstweilen bestehende Unsicherheit bezüglich der Frage, inwieweit die zu erhebenden Statistiken offiziell zugänglich sein werden und die Befürchtung eines Systems mit den Parteivereinbarungen entzogenen, staatlich administrierten Mietzinsen erwecken Skepsis und Bedenken.

Der vorgelegte Revisionsentwurf enthält in zahlreichen Bestimmungen sogenannte **unbestimmte Rechtsbegriffe**. Dem erläuternden Bericht des Bundesamtes für Wohnungswesen ist zu entnehmen, dass wichtige Ergänzungen zu diesen unbestimmten Rechtsbegriffen im Rahmen einer Verordnung geregelt werden sollen. Der SAV würde es begrüßen, wenn im weiteren Verlauf der Beratungen zur vorgeschlagenen Revision des Mietrechtes auch bereits der Verordnungstext vorgelegt werden könnte.

II. Zu einzelnen Bestimmungen des Änderungsvorschlages

Art. 253b Abs. 2

Der Ausschluss der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die sogenannt missbräuchlichen Mietzinse stellt nach heutigem Recht auf ein qualitatives und ein quantitatives Element ab. Nach dem Revisionsvorschlag soll das quantitative Element insofern abgeändert werden, als nicht mehr die Zimmerzahl, sondern eine Mindestwohnfläche den Luxuscharakter mitbestimmt. Die Gründe für die vorgeschlagene Änderung leuchten ein.

Die Frage, wann eine Wohnung als "luxuriös" qualifiziert werden kann, belässt der zur Beurteilung angerufenen Behörde einen ausserordentlich grossen **Ermessensspielraum**. Angesichts der Bedeutung, welche eine Unterstellung von Mietobjekten unter die Bestimmungen über die missbräuchlichen Mietzinse hat, erscheint dies problematisch. Der SAV schlägt deshalb vor, auf das sogenannte "qualitative" Kriterium, nämlich auf die Voraussetzung eines "luxuriösen" Objektes ganz zu verzichten. Der SAV vertritt die Auffassung, dass bereits das quantitative Kriterium, nämlich eine Nettowohnfläche von mehr als 150 m², einen gewissen Luxus indiziert, der diejenige Partei, welche sich diesen Luxus leisten kann, nicht als sozialschutzbedürftig erscheinen lässt.

Art. 269, 269a, 269j und 270c

Im Zusammenhang mit dem Gegenvorschlag des Bundesrates zur Initiative des Mieterinnen- und Mieterverbandes "Ja zu fairen Mieten" wurde vorgeschlagen, dass für die Definition des Begriffes der missbräuchlichen Mietzinse auf statistisch ermittelte Vergleichsmietzinse von Objekten mit ähnlichen Eigenschaften und Standortqualitäten abgestellt werden sollte. Aufgrund umfangreicher Erhebungen mit Auswertung statistisch relevanten Zahlenmaterials überzeugten die Vertreter des Bundesamtes für Wohnungswesen sowohl die Exponenten auf Mieter- als auch auf Vermieterseite im Rahmen von Referaten und Berichten davon, dass ein Missbrauch dann vorliegt, **wenn der statistisch ermittelte Vergleichsmietzins um mehr als 15 % übertroffen werde**.

Es kann angenommen werden, dass sich die Grundregeln der Statistik innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren kaum wesentlich verändert haben. Umso mehr erstaunt es, dass nun für den wohl grösseren Teil der zu beurteilenden Mietobjekte, nämlich bei Bauten, die bis 30 Jahre alt sind (oder denen aufgrund vorgenommener Erneuerungen oder Sanierungen ein wirtschaftlich massgebendes Baujahr zugeordnet wird, das unter der Grenze von 30 Jahren liegt) ein Missbrauch bereits dann anzunehmen ist, wenn der statistische Vergleichsmietzins **um 10 % überschritten** wird. Die sich aus den sich kurz nacheinander folgenden Revisionsvorschlägen des gleichen Bundesamtes ergebende, einstweilen nicht erklärbare Diskrepanz ist dem ohnehin gefährdeten Vertrauen der Recht Suchenden in die Aussagekraft von Statistiken - als zentrales Element für die Festlegung einer Missbrauchsgrenze bei Mietzinsen - nicht gerade förderlich.

Soweit das Gesetz die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen anhand der sogenannten vergleichbaren Wohn- oder Geschäftsräume definiert, gelten für die Bestimmung der Missbrauchsgrenze **unterschiedliche Limiten**: Art. 269 Abs. 1 erklärt Mietzinse für missbräuchlich, wenn sie die Mietzinse vergleichbarer Wohn- oder Geschäftsräume **erheblich überschreiten**. Anfangsmietzinse sind nach Art. 269a Abs. 1 und 2 nur dann missbräuchlich, wenn die Mietzinse vergleichbarer Wohn- oder Geschäftsräume bei Bauten, die älter als 30 Jahre sind, **um 15 %** und bei solchen, die bis 30 Jahre alt sind, **um 10 %** überschritten werden. Unklar ist, ob damit definiert wird, was "erheblich" ist und ob das Entsprechende auch für Art. 269 Abs. 1 gilt.

Wird im Sinne von Art. 269j der Mietzins nach einer Handänderung erhöht, so ist er missbräuchlich, wenn er den Mietzins der sogenannt vergleichbaren Wohn- und Geschäftsräume **überhaupt**, also nicht mehr "erheblich" bzw. um (je nach Alter der Liegenschaft) 10 % oder 15 % überschreitet. Daraus ergäbe sich folgende an einem Fallbeispiel dargestellte Konsequenz:

Vermieter A. vermietet dem Mieter M. eine Wohnung in einer Liegenschaft, die vor 15 Jahren erstellt wurde. M. ficht daraufhin den Anfangsmietzins an. Im Anfechtungsverfahren wird der Anfangsmietzins unter Berücksichtigung der in Art. 269a Abs. 1 und 2 erwähnten Kriterien so festgelegt, dass er die Mietzinse vergleichbarer Wohn- oder Geschäftsräume um nicht mehr als 10 % überschreitet, was nicht missbräuchlich ist.

3 Monate später veräussert A. die Mietliegenschaft an B. B. will eine Mietzinserhöhung durchsetzen. Unter Berufung auf Art. 269j erweist sich nun der vor wenigen Monaten noch als zulässig qualifizierte Mietzins als missbräuchlich, weil nach einer Handänderung der Mietzins denjenigen vergleichbarer Wohn- und Geschäftsräume überhaupt nicht, also auch nicht "erheblich" bzw. um 10 % oder 15 % überschreiten darf.

Mieter K. bezahlt für die identische Wohnung in der Mietliegenschaft den gleichen Mietzins, wie er seinerzeit im Anfechtungsverfahren zwischen A. und M. als nicht missbräuchlich qualifiziert worden ist. Er hat nach der Handänderung keine Erhöhungsanzeige erhalten. Beflügelt vom Erfolg von M. verlangt er unter Berufung auf Art. 270c Abs. 2 eine Mietzinsreduktion. Da nun die Missbräuchlichkeit kraft ausdrücklichen Verweises auf Art. 269 wieder danach zu beurteilen ist, ob die Mietzinse vergleichbarer Wohn- oder Geschäftsräume "erheblich" überschritten werden, ist der

Mietzins von K., obwohl er betragsmässig 10 % höher ist als derjenige von M., nicht missbräuchlich.

Fazit:

Es ist nicht einzusehen, weshalb für die Bestimmung der Missbräuchlichkeit bei der **Anfechtung des Anfangsmietzinses**, bei der **Erhöhung eines Mietzinses nach Handänderung** oder bei einem **Mietzinssenkungsbegehren eines Mieters nach Handänderung** unterschiedliche Missbrauchsgrenzen massgebend sein sollen.

Die Regelung von Art. 269j Abs. 1 birgt sodann – zumindest theoretisch – die Gefahr in sich, **dass statistisch betrachtet rund 50 % sämtlicher Mietzinse missbräuchlich sind**. Stellt man sich nämlich vor, dass sich die für die Ermittlung des statistischen Durchschnittes herangezogenen Mietzinse auf einer Gauss'schen Verteilkurve darstellen lassen, so ergäbe sich bei einer gleichmässigen Verteilung günstigerer und teurerer Mietobjekte, dass statistisch rund 50 % der effektiv bezahlten Mietzinse (von denen ein wesentlicher Teil im Rahmen einer Anfangsmietzinsanfechtung nach Art. 269a nicht als missbräuchlich qualifiziert werden könnte) missbräuchlich sind.

Die Bestimmungen von Art. 269, 269a, 269j und 270c sind somit **inkonsequent** und enthalten **nicht erklärbare Widersprüche**.

Art. 269a Abs. 3

Die vorgeschlagene Bestimmung von Art. 269a Abs. 3 lässt völlig offen, nach welchen Kriterien ein entsprechend dem Erneuerungsumfang massgebendes **wirtschaftliches Baujahr** festgelegt wird. Nicht nachvollziehbar ist sodann, weshalb für die Bestimmung der unterschiedlichen Ansätze betreffend Überschreitung des statistischen Durchschnitts ein starres Alter von 30 Jahren angenommen wird.

Der systematische Zusammenhang wirft im Übrigen die Frage auf, ob das aufgrund vorgenommener Erneuerungsarbeiten festzulegende, wirtschaftlich massgebende Baujahr nur im Hinblick auf die zulässige Überschreitung des Mietzinses vergleichbarer Wohn- oder Geschäftsräume um 10 % bzw. 15 % relevant ist. Richtig erschiene es, dass das wirtschaftlich massgebende Baujahr aufgrund getätigter Erneuerungen im Zusammenhang mit den in Art. 269b Abs. 1 genannten Vergleichskriterien erwähnt wird. Es wird daher vorgeschlagen, den Text von Art. 269a Abs. 3 unmittelbar im Anschluss an Art. 269b Abs. 1 folgen zu lassen oder ihn als neuen Absatz 2 in Art. 269b zu integrieren.

Art. 269a Abs. 5

Wenn die Möglichkeit der Anfangsmietzinsanfechtung gegenüber dem heutigen Recht wirklich dadurch erleichtert werden soll, dass auf die Bedingungen einer persönlichen oder familiären Notlage oder einer wesentlichen Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem früher für die gleiche Sache bezahlten Mietzins verzichtet wird, so erscheint die schon nach geltendem Recht mögliche, in der Praxis aber äusserst problematische Verwendung eines Formulars zur Mitteilung des Anfangsmietzinses – die auch schon als administrativer Leerlauf bezeichnet wurde – als entbehrlich. Abgesehen davon, dass das Unterlassen dieser Formalität nach heuti-

gem Recht faktisch keine Konsequenzen hat, diente die Möglichkeit der Kantone, für ihr Gebiet im Falle von Wohnungsnot die Verwendung eines solchen Formulars einzuführen, insbesondere dem Zweck, dem Mieter aufzuzeigen, ob der Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht worden war. Danach konnte somit beurteilt werden, ob diese formelle Voraussetzung für die Anfangsmietzinsanfechtung erfüllt war. Wenn nun auf die erwähnte Bedingung verzichtet werden soll, ergibt die Verwendung eines Formulars zur Mitteilung des Anfangsmietzinses keinen Sinn. Der Mieter verfügt im Übrigen schon aufgrund von Art. 256a Abs. 2 OR über den Anspruch, die Höhe des früheren Mietzinses zu erfahren.

Art. 269b Abs. 2

Im erläuternden Bericht des Bundesamtes für Wohnungswesen wird festgehalten, dass bei der statistischen Ermittlung der vergleichbaren Mietzinse für Wohnräume luxuriöse Wohnungen mit mehr als 150 m² Nettowohnfläche sowie Wohnungen, die mit Hilfe der öffentlichen Hand gefördert wurden (also diejenigen Wohnungen, die nach Art. 253b Abs. 2 und 3 OR vom Missbrauchsschutz ausgenommen sind) als Vergleichsobjekte ausser Betracht fallen. Dies ist derart wichtig, dass es in jedem Fall ausdrücklich im Gesetz erwähnt werden sollte.

Art. 269c

Die Kriterien zur Festlegung der maximal zulässigen Bruttorendite belassen einen derart grossen **Ermessensspielraum**, dass die Beurteilung der Zulässigkeit eines Mietzinses mindestens für Laien ausserordentlich schwierig erscheint. Gleichzeitig bedeutet dies, dass die zuverlässige Kalkulation allfälliger Verfahrensrisiken kaum möglich ist. Dies gilt namentlich für das Kriterium des Zuschlages für Unterhaltskosten, der vom Alter der Liegenschaft abhängig sein soll und sodann für den Zuschlag für die Betriebskosten in Abhängigkeit der separat auf die Mieter überwälzten Nebenkosten. Angesichts dieser Unsicherheiten werden die Vertragsparteien und ihre Berater häufig überfordert sein – es besteht die Gefahr, dass die Beurteilung zulässiger Mietzinse ohne unter Umständen teure fachkundige Abklärungen nicht mehr möglich ist.

Art. 269d

Art. 269d nennt als Grundlage für die Berechnung des kostenbestimmten Mietzinses bzw. des in diesem Zusammenhang massgebenden mietrechtlichen Anlagewertes unter anderem "die Erwerbskosten". Entsprechend der heutigen Praxis zur Ermittlung des sogenannten angemessenen Ertrages gehören zu den Erwerbskosten auch **Erwerbsnebenkosten**, nämlich Notariats- und Handänderungsgebühren, Handänderungssteuern, Kosten für Schuldbrieferrichtung oder -erhöhung, Mäklerprovisionen etc. Damit nicht der - unzutreffende und sachlich nicht gerechtfertigte - Eindruck entsteht, solche Kosten könnten inskünftig im Zusammenhang mit der Bestimmung des nach Kostenkriterien beurteilten Mietzinses keine Rolle mehr spielen, drängt eine entsprechende Präzisierung des Gesetzestextes auf.

Gemäss Absatz 1 sollen die effektiven und nachweisbaren ursprünglichen Land- und Baukosten sowie die Erwerbskosten nicht massgebend sein, wenn sie "offensichtlich übersetzt" sind. Abgesehen davon, dass die Beurteilung der Frage, was offensichtlich übersetzt ist, einen erheblichen, schwer kalkulierbaren **Ermessensspielraum** offen lässt, ist unklar, nach welchem Kriterium dies überhaupt festgestellt werden soll: Die im heutigen Recht im Zusammenhang mit dem angemessenen Ertrag ähnlich lautende Regelung wird durch Art. 10 VMWG präzisiert: Als offensichtlich übersetzt gilt demgemäss ein Erwerbspreis, der den Ertragswert einer Liegenschaft, **berechnet auf den orts- oder quartierüblichen Mietzinsen für gleichartige Objekte**, erheblich übersteigt.

Sollten ähnliche Überlegungen für die Bestimmung eines allenfalls "offensichtlich übersetzten" Erwerbspreises massgebend sein, so käme es zur **Vermischung der beiden Missbrauchs-Bestimmungssysteme**: Das Abstellen auf die eher am Markt orientierten Vergleichsmietzinse wäre im Bereich der sogenannt kostenbestimmten Miete **inkonsequent**.

Art. 269d regelt sodann den Fall nicht, in welchem die möglicherweise noch bekannten ursprünglichen Land- und Baukosten gegenüber den aktuellen Wertverhältnissen "**irrealistisch**" sind. Nach heutigem Recht können solche Werte zur Bestimmung des sogenannt angemessenen Ertrages, also im Bereich der Kostenmiete, nicht herangezogen werden (BGE 122 III 257 ff., E 3b)aa), S. 258 f.). Konsequenterweise müsste daher Absatz 2 insofern ergänzt werden, als auch dann auf einen bereinigten Gebäudeversicherungswert (mit Zuschlag für Landkosten) abzustellen ist, wenn die effektiv bekannten, vor vielen Jahren aufgewendeten Kosten offensichtlich von den aktuellen Wertverhältnissen abweichen.

Absatz 3 sieht vor, dass unter gewissen Umständen die Bestimmung des mietrechtlichen Anlagewertes durch ein **Realwertgutachten** erfolgen soll. Dies ist sowohl aus Vermieter- als auch aus Mietersicht unbefriedigend: Im Hinblick auf die Beurteilung allfälliger prozessualer Risiken müsste die jeweils betroffene Partei gewissermassen im Voraus schon ein entsprechendes Gutachten, das unter Umständen mit hohen Kosten verbunden sein kann, in Auftrag geben, um diese Risiken überhaupt beurteilen zu können. Ohne ein entsprechendes Gutachten sind weder Vermieter noch Mieter noch die sie beratenden Treuhänder, Rechtsanwälte, aber auch Schlichtungsbehörden, denen ja ebenfalls Beratungsfunktion zukommt (Art. 274a Abs. 1 lit. a OR) in der Lage, Verfahrensrisiken zu beurteilen. Da im Übrigen Realwertgutachten in der Regel nicht bereits auf Stufe Schlichtungsbehörde eingeholt werden, ist die Schlichtungsbehörde auch in Ihrer Funktion als Sühninstanz kaum in der Lage, einen sachgerechten Vergleichsvorschlag zu unterbreiten.

Der Vorschlag von Art. 269d Abs. 2 OR lässt nicht erkennen, nach welchen Kriterien der "Zuschlag für die Landkosten" ermittelt wird. Dies ist aber von zentraler Bedeutung und sollte nicht erst im Rahmen der Verordnung geregelt oder gar der Rechtsprechung der Gerichte überlassen werden.

Nachdem gemäss Absatz 1 von Art. 269d OR die ursprünglichen Land- und Bau- oder Erwerbskosten lediglich im Umfang des Teuerungsausgleiches auf dem Eigenkapital veränderten Verhältnissen angepasst werden dürfen und nachdem Absatz 3 als Ersatz für nicht mehr bekannte Land-, Bau- oder Erwerbskosten ein Realwertgutachten vorschlägt, ist zu befürchten, dass auch bei der Ermittlung der massgebenden

den Landkosten die **Marktentwicklung** ausser Acht gelassen werden soll. Dies würde faktisch zu einer Privilegierung von Mieterinnen und Mietern in Altbauten und zu einer Benachteiligung von Mietparteien führen, die darauf angewiesen sind, auf dem freien Markt angebotene Wohnungen zu mieten. Es ergäbe sich als Effekt - ähnlich wie heute - , dass ältere Einzelpersonen ihre seit Jahrzehnten bewohnten grossen, für Familien geeigneten Wohnungen nicht verlassen, weil sie billiger sind als neu erstellte Kleinwohnungen. Junge Familien andererseits werden weiterhin darauf angewiesen sein, neu erstellte, kleinere und der Marktentwicklung entsprechend teurere Wohnungen zu mieten. Ist im Übrigen ein Vermieter gezwungen, seiner Kostenberechnung entsprechend Art. 269d OR "historische", also nicht den aktuellen Marktverhältnissen entsprechende Werte zugrunde zu legen, wird dies den Anreiz zum Verkauf erhöhen: Der Neuerwerber ist in der Folge in der Lage, die Mietzinse aufgrund des bezahlten Kaufpreises massiv zu erhöhen und der Nachweis, wonach ein "offensichtlich übersetzter" Kaufpreis bezahlt worden ist, dürfte - wie im heutigen Recht - kaum zu erbringen sein.

Art. 269e

Gemäss Art. 269e Abs. 3 soll ein Wechsel der Anpassungsmethode im laufenden Mietverhältnis unter Vorbehalt von Art. 269j Abs. 2 nicht zulässig sein. Art. 269k und Art. 270c halten ergänzend fest, dass bei der kostenbestimmten Miete beide nach Ablauf von mindestens 7 Jahren eine Anpassung des Mietzinses verlangen könnten.

Das sich in den vorerwähnten Bestimmungen manifestierende System, welches das neue Missbrauchsrecht beherrschen soll, erweist sich damit als recht **unflexibel**. Der SAV vermag nicht zu beurteilen, inwieweit aufgrund konkreter oder allenfalls sich im Laufe eines Mietverhältnisses verändernder Umstände ein Bedürfnis bestehen könnte, das einmal gewählte System zu verlassen. Erschwert man jedoch einen solchen Systemwechsel, so erzeugt dies im ungünstigsten Fall einen gewissen **Kündigungsdruck**, der sich zulasten der Mieterschaft auswirkt. Warum sollte ein Systemwechsel nicht zugelassen werden, wenn doch die Missbräuchlichkeit nach beiden grundsätzlich zur Verfügung stehenden Systemen ermittelt werden kann? Das oberste Ziel, welches mit der Missbrauchsgesetzgebung verfolgt wird, besteht ja lediglich darin, den Mieter überhaupt vor einem missbräuchlichen Mietzins zu schützen.

Art. 269f

Nach dem seit 1972 für Gebiete mit Wohnungsnot geltenden Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) konnten Mietzinse bei Geschäftsliegenschaften zu 100 %, für Wohnungen zu 80 % der Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden. Diese Regelung wurde bei der Revision des Mietrechtes am 1. Juli 1990 durch die Bestimmung von Art. 17 VMWG ins neue Recht übernommen. Mit Wirkung auf 1. August 1996 wurde diese Bestimmung allerdings insoweit revidiert, als nunmehr auch für Wohnungsmietverhältnisse eine Anpassung der Mietzinse an die volle Teuerung als zulässig erklärt wurde.

Im Gegenvorschlag des Bundesrates zur Initiative "Ja zu fairen Mieten" wurde - entsprechend dem aktuellen Rechtszustand - erneut vorgeschlagen, dass Mietzinse sowohl für Wohn- als auch für Geschäftsräume grundsätzlich zu 100 % der Entwicklung der Teuerung angepasst werden dürften, jedenfalls soweit die Teuerung in zwei

aufeinanderfolgenden Kalenderjahren den jährlichen Ansatz von 5 % nicht übersteigt.

Im nun vorgelegten Revisionsentwurf soll die Missbrauchsgrenze für Wohn-Mietverhältnisse wieder auf 80 % festgelegt werden. Der SAV vermag keine sachlichen Gründe zu erkennen, die es rechtfertigen könnten, von der heute als nicht missbräuchlich empfundenen Regelung, wie sie noch im Zusammenhang mit dem Gegenvorschlag des Bundesrates vor kurzer Zeit vorgeschlagen worden ist, abzuweichen.

Art. 269f Abs. 1 bestimmt, dass der Mietzins "einmal jährlich" der Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden kann. Der erläuternde Bericht enthält - einschränkend und ohne Bezugnahme auf den Wortlaut des Revisionsvorschlages - den Hinweis, dass die Anpassung nur möglich sei, wenn seit Vertragsabschluss oder seit der letzten Mietzinsanpassung mindestens 12 Monate verstrichen seien.

Wenn es nicht missbräuchlich ist zu vereinbaren, dass der Mietzins entsprechend der Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden kann, so ist nicht verständlich, weshalb mit Bezug auf den Überwälzungsrhythmus einschränkende Vorschriften erlassen werden müssen. Der Mietzins wäre doch auch dann nicht missbräuchlich, wenn er jeden Monat dem jeweils massgebenden Indexstand angepasst würde.

Art. 269g

Absatz 3 bestimmt, dass die Teuerung auf Unterhalts- und Betriebskosten nur geltend gemacht werden könne, wenn sie nicht durch "vernachlässigten Unterhalt" begründet sei.

Die Beurteilung der Frage, wann "vernachlässigter Unterhalt" vorliegt, belässt der angerufenen Behörde einen **ausserordentlich weiten Ermessensspielraum**. Erneut ist für Recht Suchende, wie Vermieter, Mieter und ihre Berater kaum kalkulierbar, inwieweit Kosten auf "vernachlässigten Unterhalt" zurückzuführen sind.

Art. 269g Abs. 3 bezweckt offenkundig, Vermieter, welche als bestehend erachtete Unterhaltsverpflichtungen vernachlässigen, zu bestrafen. Es erscheint dem SAV zweifelhaft, ob sich dieses "pönale Element" nicht letztlich für die Mieter kontraproduktiv auswirkt:

Der Einführung von Art. 14 VMWG (bzw. der ähnlich lautenden Bestimmung der Verordnung zum Bundesbeschluss über Massnahmen gegen missbräuchliche Mietwesen [VMM]) lag der Gedanke zu Grunde, dass Vermieter ermuntert werden sollten, die grosszyklisch notwendigen Unterhaltsaufwendungen regelmässig zu erbringen, gleichzeitig aber auch, Sanierungen wenn immer möglich zusammenzufassen, weil die dadurch geschaffenen Synergien Kosteneinsparungen bewirkten, die sich auch für die Mieterschaft günstig auswirkten. Angesichts des noch immer relativ hohen Anteils der dem Vermieter verbleibenden Kosten bei umfassenden Sanierungen (30 % bis 50 % der Investitionen) ist im Übrigen offenkundig, dass in der Zeit zwischen grösseren Sanierungsarbeiten angemessene Rückstellungen gebildet werden müssen.

Die Regelung von Art. 269g Abs. 3 läuft nun der Tendenz, wie sie sich seit 1977 grundsätzlich bewährt hat, diametral entgegen. Es ist zu befürchten, dass die Konsequenz eines "vernachlässigten Unterhalts" nicht die Totalsanierung im Sinne einer sanften Renovation, sondern die Kündigung mit der Aussicht einer Neuvermietung zu marktüblichen Bedingungen sein könnte.

Art. 269g Abs. 2 bestimmt unter anderem, dass Mietzinse unter Berücksichtigung der **Teuerung auf dem Eigenkapital** angepasst werden können. Damit unterscheidet sich die inskünftig im Gesetz enthaltene Regelung von Art. 269a lit. e OR, gemäss welcher Bestimmung die Teuerung auf dem sogenannten "risikotragenden" Kapital ausgeglichen werden kann. Allerdings liest man im erläuternden Bericht, dass "wie in der geltenden Praxis" (gemeint: entsprechend Art. 16 VMWG) der Mietzins nur zu 40 % an die Teuerung angepasst werden kann.

Der SAV ist der Meinung, dass nach dem vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut – abweichend vom heutigen Recht – das gesamte investierte und jederzeit nachweisbare Eigenkapital der lediglich dem Inflationsschutz dienenden Teuerung angepasst werden sollte. Im Gegenzug sollten sich Hypothekarzinsveränderungen nur im Rahmen der tatsächlichen Finanzierungsverhältnisse auf Mietzinse auswirken können. Es ergibt innerhalb eines an Kosten orientierten Missbrauchssystems keinen Sinn, die Wirkung von Veränderungen des Hypothekarzinssatzes auch auf Eigenkapitalanteile auszudehnen und umgekehrt.

Art. 269h

Die heute im Gesetz verankerte Regelung betreffend gestaffelte Mietzinse (Art. 269c OR) wird ergänzt durch Art. 270d OR, wonach **unter Vorbehalt der Anfechtung des Anfangsmietzinses gestaffelte Mietzinse nicht angefochten werden können**. Eine dieser Bestimmung entsprechende Regelung fehlt im vorgelegten Änderungsentwurf. Offenkundig entspricht es aber dem Willen des Gesetzgebers, auch inskünftig die Anfechtung der einzelnen, durch Mietzinsstaffelung begründeten Mietzinserhöhungen auszuschliessen, was dadurch belegt wird, dass gemäss Art. 269m Absatz 7 Mietzinserhöhungen bei vereinbarter Staffelung lediglich schriftlich, nicht aber mit einem vom Kanton genehmigten Formular mitgeteilt werden müssen. Dies ist nur dadurch zu erklären, dass die entsprechende Mitteilung keine nicht der Rechtslage entsprechende Rechtsmittelbelehrung enthalten soll. Der Gesetzestext wäre somit durch eine Art. 270d OR entsprechende Regelung zu ergänzen.

Art. 269h des Revisionsentwurfes löst ein bereits in der heutigen Rechtsordnung bestehendes Problem wiederum nicht:

Gemäss Art. 270d OR kann der Mieter "*unter Vorbehalt der Anfechtung des Anfangsmietzinses*" gestaffelte Mietzinse nicht anfechten. Angenommen, die Parteien vereinbaren während einer Mietdauer von 5 Jahren einmal jährlich gestaffelte Mietzinsanpassungen. Der Mieter ficht nun den Anfangsmietzins an, und im anschließenden gerichtlichen Verfahren wird dieser Anfangsmietzins reduziert. Was geschieht nun mit den von den Parteien vertraglich im Voraus bereits festgelegten, gestaffelten Mietzinsanpassungen? Es kann ja im Zeitpunkt der Anfangsmietzinsüberprüfung nicht beurteilt werden, ob diese sich erst in Zukunft auswirkenden Mietzins-

anpassungen nach dannzumaligen Verhältnissen einen übersetzten Ertrag verschaffen oder - nach heutigem Recht - orts- oder quartierüblich sind. Damit verbietet sich beispielsweise eine proportionale Reduktion der von den Parteien vereinbarten Staffellung. Würde andererseits die erfolgreiche Anfechtung des Anfangsmietzinses die Rechtsverbindlichkeit der bereits im Vertrag festgelegten künftigen Mietzinsstaffelungen nicht berühren, so wäre auch dies unbefriedigend: Mit Bezug auf möglicherweise massiv überhöhte Mietzinse, die aber erst nach Ablauf einer ersten Periode verlangt werden, während welcher sich der vereinbarte Anfangsmietzins nicht als missbräuchlich erweist, wäre der Mieter schutzlos.

Sollte Art. 269h OR ergänzt werden durch eine dem heutigen Art. 270d OR entsprechende Bestimmung, so stellt sich noch ein weiteres Problem: Da die Parteien die Mietzinsgestaltung während der Dauer des Mietverhältnisses ja der von ihnen selbst vereinbarten Staffellungs-Klausel unterstellen wollen, werden sie sich nicht für eines der in Art. 269 OR vorgesehenen Anpassungssysteme entscheiden. Der Revisionsvorschlag lässt die Frage unbeantwortet, nach welchem Kriterium der Anfangsmietzins auf eine allfällige Missbräuchlichkeit hin überprüft werden soll.

Art. 269i

Mehrleistungen rechtfertigen gemäss Art. 269e eine Mietzinserhöhung unter beiden von den Parteien wählbaren Mietzinsanpassungs-Systemen, also Indexmietzins oder kostenbestimmter Mietzins. Die Bruttorendite spielt jedoch gemäss Art. 269 Abs. 2 nur im Zusammenhang mit der kostenbestimmten Mietzinsgestaltung eine Rolle, nicht aber bei denjenigen Mietzinsen, welche der Entwicklung des Index folgen. Art. 269i impliziert also eine **Vermischung der Systeme**, wenn bei einer Mietzinserhöhung aufgrund von Mehrleistungen die angemessene Bruttorendite stets das Mass der maximal zulässigen Mietzinsanpassung bestimmt, denn dieses Kriterium wäre mangels entsprechender Präzisierung auch in denjenigen Mietverhältnissen anwendbar, in denen der Mietzins dem Index folgt. Im Bereich der indexierten Mietzinse kann jedoch nach der grundlegenden Systematik des Gesetzesentwurfes die Bruttorendite keine Rolle spielen.

Unklar ist sodann, was mit dem Begriff der "anrechenbaren Investitionen" gemeint ist.

Im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 269a lit. b OR - welcher mit Bezug auf Kostensteigerungen der vorgeschlagenen Bestimmung von Art. 269i in Verbindung mit Art. 269e Abs. 4 lit. a entspricht - spielt Art. 14 VMWG eine zentrale Rolle: Gemäss dieser Bestimmung gelten die Kosten für umfassende Überholungen in der Regel zu 50 % bis 70 % als sogenannt wertvermehrende Investitionen, welche Mietzinserhöhungen unter Berücksichtigung eines angemessenen Satzes für Verzinsung, Amortisation und Unterhalt der Investition erlauben.

Angesichts der **überragenden praktischen Bedeutung** von Art. 14 VMWG sollte eine dieser Bestimmung entsprechende Regelung in Art. 269i übernommen werden. Damit würde Transparenz geschaffen und gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass mit Bezug auf die Möglichkeit, nach umfassenden Sanierungen Mietzinsanpassungen geltend machen zu können, gegenüber dem heutigen Recht nichts geändert wird.

Art. 269j

Mit Bezug auf die Beurteilung der offensichtlich übersetzten Erwerbskosten stellt sich die gleiche Frage, die schon im Zusammenhang mit Art. 269d Abs. 1 aufgeworfen wurde.

Gemäss Art. 269j Abs. 1 soll eine Mietzinserhöhung aufgrund einer Handänderung nur zulässig sein, wenn der Verkäufer während mindestens 2 Jahren Eigentümer der Liegenschaft gewesen ist.

Der SAV anerkennt das in dieser Bestimmung enthaltene Bestreben, Handänderungen zu unterbinden, die das einzige Ziel verfolgen, dem Erwerber eine Ertragsoptimierung zu ermöglichen, welche dem Veräusserer verwehrt gewesen wäre. Trotzdem schränkt nach Auffassung des SAV die vorgeschlagene Regelung die Eigentumsrechte in einer Weise ein, die nicht zu rechtfertigen ist:

Zu beachten ist, dass einem Eigentümer eine Liegenschaft auch gegen seinen Willen - z.B. im Rahmen eines Scheidungsverfahrens oder auf dem Weg eines Zwangsvollstreckungsverfahrens – entzogen werden kann. Es kann durchaus sein, dass die dadurch bedingte Handänderung vor Ablauf von zwei Jahren seit Erwerb der Liegenschaft erfolgt. Weshalb soll nun der Erwerber einer Liegenschaft, welcher diese im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens ersteigert hat, keine Mietzinserhöhung geltend machen dürfen, welche indessen nach einer Beurteilung aufgrund der einschlägigen Missbrauchskriterien zulässig wäre?

Abs. 2 von Art. 269j sieht vor, dass nach Handänderungen ein Wechsel der Anpassungsmethode "**vereinbart**" werden könne. Die damit vorbehaltene Möglichkeit dürfte eine "Totgeburt" sein: Wirkt sich nämlich der Wechsel der Anpassungsmethode zulasten des Mieters aus, so wird dieser dem vorgeschlagenen Systemwechsel niemals zustimmen. Wirkt er sich zu Ungunsten des Vermieters aus, wird dieser einen solchen Wechsel nicht vorschlagen. Will man also dem Vermieter die Möglichkeit einräumen, nach einer Handänderung die Anpassungsmethode zu wechseln, so muss es möglich sein, dies als sogenannte **andere einseitige Vertragsänderung** im Sinne von Art. 269m geltend zu machen.

Art. 269k

Unter Hinweis auf die Überlegung zu Art. 269e schlägt der SAV vor, den Systemwechsel nach einer Zeitspanne von 4 bis 5 Jahren zu ermöglichen, um dem andernfalls unerwünschten Kündigungsdruck zu begegnen.

Es ist davon auszugehen, dass insbesondere Vermieter einen Systemwechsel dann in Betracht ziehen, wenn der Mietzins nach dem anderen, bisher nicht praktizierten System eher an möglicherweise veränderte Marktverhältnisse angepasst werden kann. Verhindert man eine solche Annäherung an veränderte Marktverhältnisse künstlich, so zwingt dies die Eigentümer, eine Vertragsoptimierung auf dem Wege der Kündigung oder allenfalls der Veräusserung der Mietliegenschaft anzustreben. Mietparteien sind im Übrigen durch einen Systemwechsel nicht benachteiligt, da sie nach beiden möglichen Systemen hinreichend vor missbräuchlichen Mietzinsen geschützt werden.

Art. 269I

Zweifellos dient es der Vereinfachung und auch der Transparenz, wenn **Mietzinsvorbehalte** inskünftig gänzlich verboten werden. Es fragt sich aber, ob damit allen Bedürfnissen, die sich in der Praxis ergeben können, hinreichend Rechnung getragen wird.

Vorbehalte spielen beim Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsräume häufig dann eine wichtige Rolle, wenn der Vermieter dem Mieter einen Anfangsrabatt gewährt mit der Konsequenz, dass der grundsätzlich schon beim Vertragsabschluss zulässige, also nicht missbräuchliche Mietzins erst nach mehreren Jahren bezahlt werden muss. Wenn sich der Vermieter nun die Möglichkeit erhalten will, diesen erst nach mehreren Jahren massgebenden, aber schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zulässigen Mietzins den seit Vertragsbeginn eingetretenen Kostenveränderungen anzupassen, so muss er einen Vorbehalt anbringen, weil andernfalls nach der Praxis des Bundesgerichtes die Vermutung gilt, die Parteien hätten mit der Vereinbarung einer Staffelung gewissermassen von ihnen erwartete Kostenveränderungen abgeltet wollen (vgl. BGE vom 9. Mai 1999, MietRecht Aktuell 2/2000, Seite 253 ff.).

Vorbehalte spielen sodann eine erhebliche Rolle im Zusammenhang mit der **vorzeitigen Rückgabe der Sache** im Sinne von Art. 264 OR: Bekanntlich befreit sich ein Mieter, der sogenannten "ausserterminlich" kündigt, von seinen weiteren Zahlungsverpflichtungen dann, wenn er dem Vermieter einen Nachfolgemmieter vorschlägt, der zahlungsfähig und bereit ist, *"den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen"*.

Haben sich nun seit dem Zeitpunkt der letzten Mietzinsfestlegung in einem Mietverhältnis, das von einem Mieter "ausserterminlich" gekündigt wird, Kostenveränderungen eingestellt, so kann der Vermieter diese gegenüber dem vom Mieter bezeichneten Nachfolgemmieter, mit dem in der Regel ein neuer Mietvertrag abgeschlossen wird, nicht geltend machen, weil der Nachfolgemmieter sonst einwenden könnte, das Mietobjekt sei ihm nicht *"zu den gleichen Bedingungen"* angeboten worden. Wird andererseits im neu abgeschlossenen Mietvertrag als Mietzins derjenige Betrag vereinbart, der schon vom Vormieter zu bezahlen war, so verliert der Vermieter die Möglichkeit, gegenüber dem Nachfolgemmieter die seit der letzten Mietzinsfestlegung des Vormieters eingetretenen Kostenveränderungen geltend zu machen, weil er beim Abschluss des Mietvertrages keinen Vorbehalt angebracht hat und weil demgemäss nach Treu und Glauben die unwiderlegbare Vermutung gilt, der Vermieter habe im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss alle ihm zustehenden Möglichkeiten bezüglich der Mietzinsgestaltung vollständig ausgeschöpft. Im Endeffekt ist der Vermieter benachteiligt, weil er ohne vorzeitige Rückgabe der Sache problemlos in der Lage gewesen wäre, bei einer nächsten Mietzinsanpassung diese Kostenveränderungen gegenüber dem Mieter geltend zu machen.

Das sich im beschriebenen Sinn manifestierende Problem kann nur dadurch gelöst werden, dass dem Vermieter gestattet werden muss, im Zusammenhang mit dem Abschluss eines neuen Vertrages mit einem Nachfolgemmieter - nach vorzeitiger Rückgabe der Sache - einen Vorbehalt für die nicht ausgeschöpften Mietzinserhöhungsmöglichkeiten seit der letzten Mietzinsfestlegung anzubringen.

Art. 269m

Absatz 3 enthält den zweideutigen Begriff der "festen" Dauer. Da die Regelung sowohl für befristete als auch für unbefristete Mietverhältnisse gilt (vgl. zu dieser begrifflichen Differenzierung Art. 255 OR), wäre der Begriff der "festen Dauer" zu ersetzen durch "Mindestdauer". Präzisiert werden könnte sodann, dass es genügt, wenn lediglich der Vermieter für eine Mindestdauer (neu: 2 Jahre) nicht kündigen kann, wie dies nach heutiger Praxis im Zusammenhang mit der Anwendung der Art. 269b OR (indexierte Mietzinse) und Art. 269c OR (gestaffelte Mietzinse) der Fall ist.

Art. 269m Abs. 5 lit. b hält fest, dass eine Mietzinserhöhung nichtig ist, wenn die Begründung fehlt.

Nach der heutigen Praxis des Bundesgerichtes wird eine Mietzinserhöhung auch dann als nichtig betrachtet, wenn eine Begründung als "unklar" qualifiziert wird - obwohl sie vorhanden ist, was gemäss der gesetzlichen Bestimmung von Art. 269d Abs. 2 lit. b OR Nichtigkeit eigentlich ausschliesst. Da die Beurteilung der Frage, wann eine sogenannte Begründung "klar" ist oder nicht, den Behörden einen erheblichen **Ermessensspielraum** belässt, bewirkt die erwähnte Praxis eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit. Dies ist deshalb bedenklich, weil bekanntlich die Nichtigkeit noch nach Jahr und Tag geltend gemacht und Rückforderungen unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung erhoben werden können.

Der SAV regt an, im Zusammenhang mit Art. 269m Abs. 5 lit. b klar zu stellen, dass nur die **vollständig fehlende Begründung** zur Nichtigkeit führt. Wünschbar wäre ausserdem, im Sinne der heute in Art. 19 Abs. 1^{bis} VMWG enthaltenen Bestimmung bereits im Gesetz festzuhalten, dass die Begründung auch in einem Begleitschreiben enthalten sein kann. Damit wäre ein wesentlicher Beitrag zur Erhöhung der Klarheit von Begründungen geleistet, da diese nämlich in der Praxis sehr oft deshalb zweifelhaft ist, weil die offiziellen Formulare kaum den nötigen Platz für entsprechende Begründungen enthalten.

Es kommt gelegentlich vor, dass Mietparteien nach vielen Jahren die Nichtigkeit einer früheren Mietzinserhöhungsmittelung geltend machen, weil ein Rechtsvertreter im Zusammenhang mit einer Beratung einen vor langer Zeit "begangenen" Formfehler entdeckt. Danach erhebt der Mieter unter Berufung auf ungerechtfertigte Bereicherung Rückforderungen. Dem Vermieter bleibt in dieser Situation nur die Berufung auf Rechtsmissbrauch. Ein solcher wird jedoch von der Rechtsprechung nur zurückhaltend angenommen. Da in einer solchen Situation dem Vermieter in der Regel der Formfehler nicht bewusst gewesen ist, hat er auch keine Möglichkeit gehabt, ihn legal zu korrigieren.

Der SAV regt **im Interesse der Rechtssicherheit an, dass die Nichtigkeit einer Formularmittelung betreffend Mietzinserhöhung oder andere einseitige Vertragsänderung innert einer noch zu definierenden Verwirklichungsfrist, beispielsweise innert zwei Jahren, geltend gemacht werden muss.** Nach Ablauf dieser Frist können keine Rückforderungen mehr geltend gemacht werden.

Art. 269n

Die ratio legis für die Einführung von Art. 269n ist dem SAV nicht verständlich. Weshalb sollen Mieterinnen und Mieter von gemeinnützigen Wohnbauträgern bezüglich allfälliger Mietzinsmissbräuche anders behandelt werden als solche, die auf dem freien Markt Wohnobjekte mieten?

Art. 270

Im erläuternden Bericht liest man, dass gesamtschweizerisch Anfangsmietzinse jährlich etwa 300 Mal angefochten werden. Der SAV stellt bei dieser Sachlage die Frage, ob es sich rechtfertigt, einen derart fundamentalen Einbruch in das Grundprinzip "pacta sunt servanda" gesetzlich zu verankern, wenn er sich doch in der Praxis kaum auswirkt. Dies gilt umso mehr, als nach den Erfahrungen von Mitgliedern des SAV Anfechtungen von Anfangsmietzinsen wegen der dem Mieter obliegenden Beweislast selten erfolgreich sind.

Wenn die Möglichkeit der Anfangsmietzinsanfechtung beibehalten wird, so sollten auch die nach heutigem Recht geltenden Bedingungen, nämlich entweder das Vorliegen einer persönlichen oder familiären Notlage bzw. Verhältnisse auf dem örtlichen Markt oder die Tatsache, dass der Vermieter den Mietzins gegenüber dem früher für die gleiche Sache verlangten Mietzins erheblich erhöht hat, beibehalten werden. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen könnten, die Anfechtung des Anfangsmietzinses zu erleichtern.

Art. 270b

Art. 270b Abs. 2 hält fest, dass der Vermieter im Rahmen eines vom Mieter eingeleiteten Verfahrens betreffend Herabsetzung des Mietzinses die Einrede, wonach der Mietzins unter dem Mietzins vergleichbarer Wohn- und Geschäftsräume gemäss Art. 269b Abs. 2 und 3 liegt oder keinen angemessenen Ertrag ermöglicht, nicht vorbringen. Damit wird also eine "absolute" Missbrauchsüberprüfung ausgeschlossen.

Mit dieser Regelung nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass auch ein an sich nicht missbräuchlicher Mietzins unter Umständen reduziert werden muss. Dies ist mit dem Schutzzweck der Missbrauchsbestimmungen grundsätzlich nicht vereinbar. Es ist abgesehen davon nicht verständlich, warum ein Vermieter, der möglicherweise im Zusammenhang mit einer früheren Mietzinsanpassung eine Fehlberechnung vorgenommen hat, für diese Unterlassung nun bestraft werden soll. Auch in diesem Zusammenhang besteht die Gefahr eines verstärkten **Kündigungsdruckes**, wenn es nicht zugelassen wird, dass eine solche Fehlberechnung im Zusammenhang mit einem Herabsetzungsbegehren des Mieters unter Hinweis auf die - immer noch im Einzelnen nachzuweisenden - absoluten Beurteilungskriterien überprüft wird.

Art. 274a Abs. 1 lit. c^{bis} und Abs. 2

Schlichtungsbehörden können nach heute geltendem Recht im Kündigungsschutzverfahren (Art. 273 Abs. 4 OR) bzw. in Verfahren betreffend Mietzins hinterlegung (Art. 259g ff. OR) ohne Rücksicht auf den Streitwert Entscheidungen fällen. Es stellt sich mit Bezug auf den neu formulierten Vorschlag, wonach Schlichtungsbehörde in Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 5'000.00 entscheiden können, die Frage, ob diese Streitwertgrenze nun auch für die gemäss Art. 273

Abs. 4 OR (Kündigungsschutz/Erstreckung) und die gemäss Art. 259g ff. OR zu fällenden Entscheide gilt.

Im Bereich eines Streitwertes bis maximal CHF 5'000.00 sind hauptsächlich strittig Forderungen von Vermieterinnen und Vermietern aufgrund sogenannt **ausserordentlicher Abnutzungsschäden** und Forderungen von Mieterinnen und Mietern **auf verhältnismässige Mietzinsreduktion wegen vorübergehender Störungen und Beeinträchtigungen**. Es spricht nichts dagegen, dass Schlichtungsbehörden bis zu einem Streitwert von CHF 5'000.00 auch in solchen Streitigkeiten einen Entscheid fällen, weil dieser Entscheid ja nicht endgültig ist. Zu beachten ist allerdings, dass im Hinblick auf eine einigermaßen seriöse Beurteilung die Kompetenz zur Erhebung von Beweismitteln, wie sie in zahlreichen kantonalen Ausführungserlassen eingeschränkt wird, auszudehnen sein wird: Da insbesondere Forderungen wegen ausserordentlicher Abnutzungsschäden in der Grössenordnung von über CHF 2'000.00 für Mieterinnen und Mieter in der Regel von erheblicher Bedeutung sind, müssen diesbezüglich gefällte Entscheide sorgfältig erarbeitet werden, was voraussetzt, dass umfassende Beweismittel erhoben werden können. Es fragt sich, ob es sinnvoll erscheint, solche Beweiserhebungen auf die Stufe der Schlichtungsbehörde zu delegieren und die erste ordentlich urteilende Gerichtsstanz gewissermassen zur Rechtsmittelinstanz zu degradieren.

Art. 274 Abs. 1 lit. c^{bis} unterscheidet bezüglich der Entscheidkompetenz der Schlichtungsbehörde danach, ob der betroffene Kanton ein Mietgericht eingesetzt hat oder nicht. Nach Auffassung des SAV rechtfertigt sich diese Unterscheidung nicht. Auch nicht spezialisierte Mietgerichte haben das geltende Recht und die dazu entwickelte Praxis nach bestem Wissen anzuwenden.

Art. 4 Übergangsbestimmungen

Der Begriff der "festen Vertragsdauer" ist zu ersetzen durch "Mindestvertragsdauer", vgl. Bemerkungen zu Art. 269m.

Art. 5 Übergangsbestimmungen

Art. 5 der Übergangsbestimmungen verlangt, dass im Hinblick auf den Systemwechsel, der auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Rechts stattfindet, Anpassungen zum Ausgleich der Differenz zwischen dem nach letzter Festlegung des Mietzinses massgebenden Zinssatz für erste Hypotheken gegenüber dem sogenannten Referenzzinssatz, wie er vom Bundesrat festgelegt werden soll, vorzunehmen sind. Art. 5 der Übergangsbestimmungen enthält keinen Hinweis darauf, dass in diesem Zusammenhang vom Vermieter **Einwendungen unter Berufung auf sogenannte absolute Missbrauchskriterien** geltend gemacht werden können, wie dies nach heutigem Recht bzw. nach heutiger Praxis des Bundesgerichtes möglich ist. Die vorgeschlagene Regelung missachtet somit, dass für die Bestimmung eines missbräuchlichen Mietzinses nach heutigem Recht nicht nur der Zinssatz für erste Hypotheken massgebend ist, sondern auch die Veränderung anderer Kostenfaktoren und insbesondere die sogenannten absoluten Erhöhungskriterien, nämlich der angemessene Ertrag im Sinne von Art. 269 OR (Nettorendite), die kostendeckende Bruttorendite (Art. 269a lit. c OR) sowie die orts- und quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a lit. a OR). Wenn nun in den Übergangsbestimmungen verlangt wird, dass im Hinblick auf die Rechtsänderung Mietzinse nur gerade nach einem von mehreren, systematisch zusammenhängenden Missbrauchskriterien angepasst werden müs-

sen, so ist dies nicht sachgerecht: Es hat nämlich wiederum zur Folge, dass unter Umständen nach heutiger Beurteilung nicht missbräuchliche Mietzinse künstlich reduziert werden müssen oder erhöht werden können. Dies jedoch widerspricht den Zielen der Missbrauchsgesetzgebung, wie sie vom Bundesgericht in mehreren Entscheiden, welche Einreden des Vermieters unter Bezugnahme auf sogenannte absolute Erhöhungskriterien in Herabsetzungsverfahren ausdrücklich zulassen, immer wieder umschrieben worden sind (vgl. grundlegend BGE 121 III 163 ff.).

Art. 6 Übergangsbestimmungen

Der vorgeschlagene Artikel 6 der Übergangsbestimmungen bewirkt, dass seit der letzten Mietzinsfestsetzung eingetretene Kostenveränderungen bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Mietrechtes nicht zu Mietzinsanpassungen führen können. Dafür ist kein plausibler Grund ersichtlich. Ausgangspunkt für die Geltendmachung einer Mietzinserhöhung sollte daher der Zeitpunkt der letzten massgebenden Mietzinsfestlegung und nicht der Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechtes sein.

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen und Argumenten Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband:

Alain Bruno Lévy
Präsident SAV

René Rall
Generalsekretär SAV