

Bundesamt für Wohnungswesen  
Bereich Recht  
Storchengasse 6  
2540 Grenchen

RR/FM

312

Bern, 30. Mai 2008

## **Vernehmlassung**

### **Änderung des Obligationenrechtes (neue Regelung zum Schutz von missbräuchlichen Mietzinsen)**

Sehr geehrte Damen und Herren

In randvermerkter Angelegenheit nehmen wir Bezug auf die uns von Frau Bundesrätin Doris Leuthard unterbreitete Vernehmlassungsvorlage und danken Ihnen für die Gelegenheit, dazu Stellung nehmen zu dürfen.

Aus Sicht des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) sind folgende Bemerkungen anzubringen:

#### **I. Einleitende Bemerkungen**

##### **1. Zur Position des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV)**

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 Änderungsentwurfs zur Teilrevision des Mietrechtes anbetrifft, als neutral. Das Schwergewicht der Beurteilung des Revisionsvorschlages besteht daher in der Beurteilung der rechtsdogmatischen Grundsatzfrage, ob die vorgeschlagene Revision verfassungskonform erscheint. Des Weiteren interessiert den SAV, inwieweit die Gesetzesrevision den Erwartungen an eine in sich geschlossene und widerspruchsfreie Gesetzgebung innerhalb des von der Verfassung vorgegebenen Rahmens entspricht und ferner, ob sie für den Recht suchenden Bürger bzw. allenfalls den diesen beratenden Juristen klar und verständlich erscheint. Schliesslich versucht der SAV zu beurteilen, welche Konsequenzen sich aus den neuen Regelungen für das Verhalten der betroffenen Bevölkerungsgruppen, also Vermieterinnen und Vermieter bzw. Mieterinnen und Mieter, ergeben könnten.

Die vorgeschlagene Gesetzesrevision geht von einem neuen Verständnis des Begriffes "Missbrauch" im Bereich der Mietzinsgestaltung aus. Dies zwingt dazu, dem Kommentar zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen, welche revidiert werden sollen, einige grundsätzliche Überlegungen unter Einbezug der historischen Entwicklung der so genannten Missbrauchsgesetzgebung voranzustellen.

## 2. Verfassungskonformität des Revisionsvorschlages

### 2.1. Zum Begriff des "Missbrauchs" im Bereich der Mietzinsgestaltung

Art. 109 BV verpflichtet den Bund, Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen, namentlich gegen missbräuchliche Mietzinse und Kündigungsschutzvorschriften zu erlassen. Art. 109 Abs. 1 BV entspricht dem vor der Revision der Bundesverfassung geltenden Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 1 aBV.

Der Verfassungsgeber hat dem Gesetzgeber bezüglich der Definition des Begriffes "Missbrauch" einen erheblichen Ermessensspielraum eingeräumt. Verfolgt man die Entwicklung der Gesetzgebung auf der Basis von Art. 34<sup>septies</sup> aBV, so erscheint zunächst bedeutsam, dass die im Jahre 1982 eingereichte Volksinitiative "Für Mieterschutz" verlangte, in Art. 34<sup>septies</sup> aBV sei unter anderem die Pflicht des Bundes zu verankern, auf dem Wege der Gesetzgebung Wohnungs- und Geschäftsmieter gegen *"unangemessene Mietzinse und andere unangemessene Forderungen"* zu schützen. Erst der Gegenentwurf des Bundesrates vom 27. März 1985 enthielt dann den letztlich von Volk und Ständen angenommenen Text, der einen Schutz vor **Missbräuchen**, nicht aber vor "unangemessenen Mietzinsen" verfassungsmässig verankerte. In der Botschaft zur erwähnten Volksinitiative "Für Mieterschutz" begründete der Bundesrat seinen Vorschlag, den in der Verfassung in Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 2 aBV bereits enthaltenen Begriff des "missbräuchlichen" Mietzinses gegenüber der vorgeschlagenen Formulierung beizubehalten damit, dass der Begriff "unangemessen" zu wenig bestimmt sei. Er verfolge gegenüber dem verfassungsmässig verankerten Schutz von Missbräuchen auch eine materielle Änderung in dem Sinne, dass die marktwirtschaftlichen Elemente der geltenden Regelung, nämlich die Vergleichsmiete aufgrund einer Beurteilung der Orts- und Quartierüblichkeit, zugunsten einer möglichst reinen Kostenmiete ausgeschaltet werden sollten. Dem sollte durch Verwendung des Begriffes "Missbrauch" entgegengewirkt werden. Der mindestens implizit vorgebrachten Begründung für die vorgeschlagene Verfassungsänderung, wonach das Spiel von Angebot und Nachfrage generell dazu tendiere, Mietzinse auf ein überhöhtes Niveau emporzutreiben, trat der Bundesrat entgegen. Deziidiert vertrat er die Auffassung, es bestehe **kein Anlass, das marktwirtschaftliche System im Mietsektor grundsätzlich in Frage zu stellen**. Gesetzgeberische Massnahmen im Rahmen des Mietrechtes müssten sich deshalb darauf beschränken, jene Auswüchse zu bekämpfen, die mit dem Begriff des "Missbrauchs" zutreffend charakterisiert seien (Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBL. 1985 I, S. 1389 ff., S. 1401 ff.).

Das Ziel der Missbrauchsgesetzgebung, wie es bereits im Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) vom 30. Juni 1972 konkretisiert worden war, wurde auch vom Bundesgericht zutreffend erkannt, wenn es etwa im Entscheid BGE 107 II 264 ff. festhielt:

*"Fondé sur l'art. 37<sup>septies</sup> Cst., cet arrêté n'entend instaurer ni une réglementation autoritaire en tous points du contenu du bail immobilier, ni un contrôle des prix, mais un système destiné à lutter contre les abus dans le domaine des loyers et du logement (art. 1<sup>er</sup> AMSL). Sous réserve des dispositions impératives qu'il contient, il n'entame pas la liberté des contrats consacrée par l'art. 19 CO...."*

Der Missbrauchsschutz sollte also weder den Grundsatz der Vertragsfreiheit strapazieren noch zu einer staatlichen Mietpreiskontrolle – wie sie in früheren Jahren bestanden hatte – führen. Damit bekräftigte das Bundesgericht das, was Bundesrat Brugger in seinem Eintretensvotum im Zusammenhang mit der Diskussion von Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 2 aBV erklärt hatte:

*"Die Einführung einer Mietzinskontrolle oder eines ähnlichen Bewirtschaftungssystems widerspricht übrigens dem verfassungsmässigen Auftrag. Es ist ausserordentlich schwierig, eine Gesetzgebung zu schaffen, die individuell angewendet werden kann und Rücksicht nimmt auf die Vielfalt der Besonderheiten der Verhältnisse.*

*Was geschaffen wurde, ist etwas Imperfektes, das auch mit einem gewissen Risiko verbunden ist. Es kann nicht absoluter Sicherheit gesagt werden, ob es sich in der Anwendung bewähre, ob es Lücken aufweise, ob es sogar falsche Bestimmungen enthalte. Ohne eine gewisse Risikofreudigkeit, ohne ein wenig Imagination und kreativen Geist wird man auf diesem Gebiet nicht etwas Neues schaffen können, ohne wieder in die alte Bewirtschaftung hineinzurutschen" (Zitat aus Raissig/Schwander, Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, 4. Auflage, Zürich 1984, S. 19).*

Das Autorenteam des SVIT-Kommentars zum Schweizerischen Mietrecht betonte die terminologische Verwandtschaft des Missbrauchsbegriffes im Bereich der Mietzinsgestaltung mit dem Begriff des Rechtsmissbrauches von Art. 2 Abs. 2 ZGB und erkannte, dass das Ziel der Missbrauchsgesetzgebung darin bestand, **die missbräuchliche Ausnützung einer Machtstellung des Vermieters bei der Gestaltung der Mietzinsveränderungen zu unterbinden**, eine Situation, welche der zu Art. 2 Abs. 2 ZGB von der Praxis entwickelten Fallgruppe des **Verbots rücksichtsloser Rechtsausübung** zugeordnet werden konnte (SVIT-Kommentar Mietrecht, 2. Auflage, N 18 ff. zum Kommentar von Art. 34<sup>septies</sup> aBV).

Dass der Missbrauchs begriff sowohl nach Kostenkriterien als auch angelehnt an Marktverhältnisse (Orts- oder Quartierüblichkeit) definiert wurde, stiess ungeachtet der Tatsache, dass die Anwendung der einzelnen Bestimmungen und insbesondere die Umschreibung ihres gegenseitigen Verhältnisses sich in der Praxis als relativ kompliziert erwies, auf breite Zustimmung. Unbestritten war insbesondere, dass sich

die Beurteilung der Missbräuchlichkeit zu Recht auch an **Veränderungen der Marktverhältnisse** orientierte, was der Kommentator Peter Higi in seinem Ausblick auf laufende Revisionsbestrebungen zur Feststellung veranlasste, die Suche nach einer einfacheren Lösung könne auch in der **Vergleichsmiete** liegen, da mit dem System des Vergleichs an sich "Übliches" ermittelt werde. Wörtlich Peter Higi:

*"Und was üblich ist, kann kaum missbräuchlich sein."*

(Peter Higi, Zürcher Kommentar, N 176 zu Vorbemerkungen zu Art. 269 bis 270e OR)

### **Fazit:**

Die Konkretisierung des Missbrauchsbegriffes, wie ihn Art. 34<sup>septies</sup> aBV verwendet, ist geprägt vom Bestreben, frühere staatliche Mietpreiskontroll-Systeme preiszugeben zugunsten eines Systems mit so genannten absoluten Missbrauchskriterien, die sich einerseits an Kosten (angemessener Ertrag oder so genannte kostendeckende Bruttorendite) oder am Markt für Wohn- und Geschäftsräume orientieren. Mit diesen Parametern wurden sowohl für die Festlegung des Anfangsmietzinses als auch für Mietzinsanpassungen in so genannt laufenden Mietverhältnissen die obere Grenzen definiert, die unabhängig von der vertragsbezogenen Mietzinsgestaltung jederzeit eine Überprüfung auf eine allfällige Missbräuchlichkeit hin erlaubte. Materialien, Lehre und Rechtsprechung lassen erkennen, dass der Missbrauchsbegriff eng verbunden ist mit dem **Markt** und seinen Entwicklungen. Die im Laufe der Zeit erhobene Kritik am geltenden Recht richtet sich nicht grundsätzlich gegen das System, das ja schon im Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) vom 30. Juni 1972 verankert worden war, sondern gegen eine zunehmend kompliziertere Anwendung im Einzelfall, die zurückzuführen ist auf einige problematische Entscheidungen des Bundesgerichtes und auf das nie restlos geklärte und wohl im Endeffekt gar nicht existierende Verhältnis verschiedener Missbrauchskriterien untereinander.

Der SAV bedauert es, dass die unternommenen Versuche, Vereinfachungen unter Beibehaltung des aktuellen, grundsätzlich dem Verfassungsauftrag entsprechenden Missbrauchssystems herbeizuführen, gescheitert sind.

## **2.2. Missbrauchsschutz oder Rückfall in staatliche Mietzinskontroll-Mechanismen?**

Stellt man den einleitend aufgezeigten Bemühungen einer Annäherung an den Missbrauchsbegriff die nunmehr vorgeschlagene Gesetzesrevision gegenüber, so stellt sich unweigerlich die Frage, ob diese mit dem Verfassungsauftrag vereinbar ist. Bezeichnenderweise schweigt sich der erläuternde Bericht des Bundesrates zur vorgeschlagenen Änderung des Obligationenrechtes zu dieser Frage aus. Dies gilt im Besonderen für die Beschränkung der Mietzinsanpassungsmöglichkeiten auf Veränderungen des Landesindex der Konsumentenpreise in so genannt laufen-

den Mietverhältnissen. **Die Frage, weshalb jede Mietzinsgestaltung ausserhalb des Inflationsschutzes, wie er durch die Überwälzung der Teuerung erreicht werden kann, per se als "Missbrauch" zu qualifizieren ist, bleibt unbeantwortet, und das Entsprechende ist daher nicht nachvollziehbar.** Warum soll im Rahmen der Missbrauchsbekämpfung inskünftig der Mietzins einer abgelegenen 3-Zimmerwohnung in Le Locle nur noch im genau gleichen Ausmass angepasst werden dürfen wie derjenige eines Ladenlokals an der unteren Bahnhofstrasse in Zürich? Die Festlegung des Landesindexes der Konsumentenpreise als einzigen Missbrauchs-Parameter im so genannt laufenden Mietverhältnis stellt einen Rückfall in die Zeit der staatlichen Mietpreiskontrolle dar, den man, so das Votum von Ernst Brugger, im Rahmen der Neufassung von Art. 34<sup>septies</sup> aBV und der daraus entwickelten Revision des Mietrechtes, welche am 1. Juli 1990 in Kraft trat, wegen der Unvereinbarkeit mit andern verfassungsrechtlich geschützten Prinzipien gerade vermeiden wollte.

Dass der vorgelegte Revisionsentwurf den grundlegenden Verfassungsauftrag nicht gebührend beachtet hat, lässt sich verschiedenen Passagen des erläuternden Berichtes zur vorgeschlagenen Gesetzesrevision entnehmen. Im Vordergrund der Revisionsbemühungen stand nämlich einzig der Wunsch nach einer Vereinfachung des Mietrechtes und – damit verbunden – nach einer Senkung von administrativem Aufwand, nicht aber das Bestreben, Unklarheiten und Widersprüche in der praktischen Umsetzung des im Gesetz konkretisierten Verfassungsauftrages zu eliminieren. Am deutlichsten manifestiert sich die Entfernung vom Verfassungsauftrag dort, wo die Leitlinien der Revision dargelegt werden: Unter dem Hinweis "*Verstetigung sowie wirtschaftliche und soziale Angemessenheit der Mietzinsentwicklung*" lässt der Bericht erkennen, dass das Ziel der Gesetzesrevision offenkundig nicht mehr darauf ausgerichtet ist, Mieterinnen und Mieter vor Missbräuchen zu schützen. Vielmehr soll ein völlig anderes soziales Anliegen verwirklicht werden, nämlich die Vermeidung einer sich im Laufe der Zeit einstellenden Diskrepanz der Mietzinsentwicklung gegenüber der Entwicklung der Löhne. Dieses Anliegen hat nun aber eindeutig nichts mehr mit dem Schutz vor Missbräuchen im richtig verstandenen Sinn des Begriffes zu tun.

Als Fazit dieser etwas ausführlich dargestellten Einleitung ergeben sich für den SAV unüberwindbare Bedenken, ob der vorgelegte Revisionsvorschlag überhaupt **verfassungskonform** ist, d.h., ob er einerseits noch dem Verfassungsauftrag von Art. 109 BV entspricht und ob andererseits damit nicht andere grundrechtlich geschützte Institute, wie die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie die Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) in verfassungswidriger Weise eingeschränkt werden.

### **2.3 Konsequenzen aus dem fehlenden Bezug zur Marktentwicklung**

Es ist offenkundig, dass die exklusive Bindung der Mietzinsgestaltung an den Landesindex der Konsumentenpreise im laufenden Mietverhältnis nicht nur keinen Bezug zur tatsächlichen Kostensituation der betroffenen Liegenschaft aufweist, son-

dern auch, dass ihr jeglicher Bezug zur Marktentwicklung vollkommen fehlt. Dies steht in einem problematischen Gegensatz zur Tatsache, dass Mietzinse bei Neuvermietungen nach den aktuellen Marktverhältnissen, also nach dem Gebot von Angebot und Nachfrage, festgelegt werden. Vermieter überlegen sich in der Regel bei Neuvermietungen nicht, ob der mit dem neuen Mieter vereinbarte Mietzins nach der konservativen Berechnungsmethode des Bundesgerichtes zu einem übersetzten Ertrag führt oder ob er orts- oder quartierüblich ist. Die fehlende Bindung der Indexentwicklung an Veränderungen der Marktverhältnisse ist im geltenden Recht auch dem Bundesgericht nicht entgangen: Es hat in konstanter Praxis zu entsprechenden vertraglichen Regelungen zugelassen, dass Mietzinse nach Ablauf der Mindestdauer, während welcher die Indexentwicklung die Mietzinsanpassungen bestimmte, von beiden Parteien auf den erstmöglichen Kündigungszeitpunkt nach der so genannten absoluten Methode an die veränderten Marktverhältnisse, insbesondere also an die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse angepasst werden können (BGE 121 III 393 ff.; 123 III 76 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C. 236/2004 vom 12. November 2004 = MRA 4/05 S. 159 ff.). Die Möglichkeit, Mietzinse in so genannt laufenden Mietverhältnissen an veränderte Marktbedingungen anzupassen, war damit nach Auffassung des Bundesgerichts durchaus wichtiger Bestandteil des dem Verfassungsauftrag entsprechenden Verständnisses des Missbrauchsbegriffs, auch in den Fällen, in denen die Parteien vertraglich die künftig einzige Möglichkeit von Mietzinsanpassungen vereinbart hatten.

Es kann davon ausgegangen werden, dass auch nach einer allfälligen Revision der Missbrauchsbestimmungen Neuvermietungen grundsätzlich nach Massgabe der aktuellen Marktverhältnisse erfolgen. Damit besteht die erhebliche Gefahr, dass das nunmehr vorgesehene System der Missbrauchsbestimmungen sich für Mieterinnen und Mieter **kontraproduktiv** auswirkt: Nachdem es in laufenden Mietverhältnissen nicht mehr möglich sein wird, Mietzinsanpassungen in Anlehnung an veränderte Marktverhältnisse geltend zu machen, erlangt die **Kündigung als Mittel zur Ertragsoptimierung** wohl einen noch höheren Stellenwert als im heutigen Recht. Nach der konstanten Praxis des Bundesgerichtes ist es bekanntlich zulässig, einem Mieter ausschliesslich deshalb zu kündigen, um vom Nachfolgemieter einen höheren Mietzins erhältlich zu machen. Künftig werden wohl grössere Sanierungen nur noch ausgeführt, wenn zuvor allen Mieterinnen und Mietern gekündigt worden ist, damit die renovierten Mietobjekte in der Folge auf dem Markt neu zur Vermietung angeboten werden können. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass Vermieter inskünftig nur noch **befristete Verträge** abschliessen, Verträge also, die auf einen im Voraus bestimmten Zeitpunkt endigen, ohne dass sie gekündigt werden müssen. Will der Vermieter in der Folge Diskussionen im Zusammenhang mit der Festlegung eines neuen Mietzinses für eine Folgezeit vermeiden, so wird er die Rückgabe des Mietobjektes – gegebenenfalls nach Gewährung einer gewissen Mieterstreckung – fordern und durchsetzen. Beide Konsequenzen, also Kündigung im Hinblick auf eine Ertragsoptimierung und der Abschluss von befristeten Mietverträgen ohne Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses über die vereinbarte Vertragsdauer hinaus,

wirken sich im Ergebnis für Mieterinnen und Mieter, die mit der Gesetzesrevision nicht weniger gut geschützt werden sollen, mit Sicherheit **kontraproduktiv** aus.

## **2.4 Keine besonderen Regelungen für Geschäftsmietverhältnisse**

Im Gegenvorschlag des Bundesrates zur Initiative "Ja zu fairen Mieten", über welche im Jahre 2004 abgestimmt wurde, war vorgesehen gewesen, Geschäftsräume von den Missbrauchsbestimmungen auszunehmen, sofern das davon betroffene Unternehmen eine bestimmte Grösse aufwies. Nachdem der Revisionsvorschlag die Möglichkeiten, in so genannt laufenden Mietverhältnissen Mietzinsanpassungen durchzuführen, massiv einschränkt, hätte sich nach Auffassung des SAV aufge-drängt, die Frage nochmals zu prüfen, ob nicht gewisse Geschäftsraum-Mietverhältnisse von der Unterstellung unter die Missbrauchsbestimmungen hätten ausgenommen werden müssen. Es verhält sich so, dass erfahrungsgemäss Mieter von Geschäftsräumlichkeiten an langjährigen Mietverhältnissen interessiert sind. Vermieter andererseits sind nur dann bereit, längerfristige Bindungen – allenfalls kombiniert mit so genannten Optionsrechten – einzugehen, wenn die Möglichkeit besteht, im Zusammenhang mit der Ausübung eines Optionsrechtes den Mietzins veränderten Marktverhältnissen anzupassen. Der Revisionsvorschlag verunmöglicht dies. Es ist daher zu befürchten, dass Vermieter von Geschäftsräumen nicht mehr bereit sind, langjährige Mietverträge abzuschliessen oder dass sie dann, wenn sie dies in Betracht ziehen, befristete Verträge vorschlagen, die nach Ablauf der Mindestvertragsdauer ohne Kündigung endigen und es erlauben, über den Abschluss eines neuen Mietvertrages zu Marktbedingungen neu zu verhandeln. Benachteiligt von dieser Entwicklung sind alle Geschäftsraummieter.

## **II. Zu den einzelnen Bestimmungen des Revisionsvorschlages**

### **Art. 253b Abs. 2**

Der Ausschluss der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die so genannt 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 vorgeschlagenen Änderungen leuchten ein.

Die Frage, ob 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 so genannte "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 m<sup>2</sup>, einen gewissen Luxus indiziert, welchen diejenige Partei, welche sich diesen Luxus leisten kann, nicht als sozialschutzbedürftig erscheinen lässt.

## **Art. 269**

### **Abs. 1 und 2**

Der SAV äussert grundsätzliche Vorbehalte gegenüber einer Missbrauchsgesetzgebung, die auf statistische Erhebungen abstellt. Wesentlicher Grund dafür ist ein nach Auffassung des SAV ein in der Bevölkerung weit verbreitetes Misstrauen gegenüber amtlich ermittelten Statistiken, weil es mit Bezug auf die Erhebung solcher statistischer 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. Nicht nachvollziehbar erscheint dem SAV, weshalb 10 % der ausserhalb des statistisch erhobenen Mittelwertes liegenden Mietzinse – bei Annahme einer linearen Verteilung nach dem Prinzip der Gauss'schen Kurve, also die im obersten Preissegment befindlichen 5 % über dem statistischen Mittelwert – per se missbräuchlich sein sollen. Das undifferenzierte Abstellen auf einen entsprechend festgelegten Prozentwert erinnert an das Beispiel des Schullehrers, der eine Prüfung durchführt und von Anfang an beschliesst, dass mindestens 10 % der Schüler, gleichgültig, was sie wissen und zu Papier bringen, eine ungenügende Note erhalten müssen.

Nachdem das Instrument des statistisch erhobenen Vergleichsmietzinses ausschliesslich bei der Anfechtung von Anfangsmietzinsen zur Anwendung gelangt, erscheint der Einbezug von Vergleichsmietzinsen, die in der Periode von fünf Jahren vor dem Zeitpunkt der statistischen Erhebung begonnen haben, als zu lang. Damit sich die Überprüfung von Vergleichsmietzinsen nach dem vorgeschlagenen Modell zumindest in der Nähe des Wohnungsmarktes bewegt, sollte die Frist auf ca. zwei bis drei Jahre verkürzt werden.

### **Abs. 3**

Art. 269 enthält zahlreiche, erheblichen Interpretationsspielraum aufweisende Begriffe. So kann sich der SAV einstweilen unter dem Begriff "statistische Erhebungsmodelle, die auf anerkannten wissenschaftlichen Methoden basieren", nichts Konkretes vorstellen. Im Bericht zum Revisionsvorschlag wird festgehalten, dass Mietzinse, die Gegenstand von Finanzhilfen der öffentlichen Hand bilden, bei den Datengrundlagen nicht berücksichtigt werden. Diese wichtige Feststellung findet nun aber im Gesetzeswortlaut keinerlei Niederschlag. Des Weiteren ist festzustellen, dass auch Genossenschaften und von der öffentlichen Hand vermietete Mietobjekte ohne Subventionen in aller Regel nicht nach marktwirtschaftlichen Kriterien vermietet werden. Bei Genossenschaften entspricht dies sogar dem Regelfall, da diese



entsprechend der Funktion einer Genossenschaft nach dem so genannten Selbsthilfe-Prinzip organisiert sind. Damit der Markt im Rahmen der zu erhebenden Statistiken richtig abgebildet wird, ist deshalb darauf zu verzichten, Mietzinse von Objekten, die von der öffentlichen Hand vermietet werden, sowie Genossenschaftswohnungen mitzubersichtigen. Das Entsprechende muss in den Gesetzeswortlaut einfließen.

#### **Formulierungsvorschlag:**

*"Durch das Gemeinwesen vermietete oder subventionierte Wohnungen sowie Genossenschaftswohnungen dürfen bei der Ermittlung der statistischen Vergleichsmietzinse nicht berücksichtigt werden."*

#### **Abs. 4**

Abs. 4 nennt als Kriterien für die Vergleichbarkeit der Wohnräume unter anderem Fläche, Zustand und Bauperiode.

Für den SAV ist nicht erkennbar, wie sichergestellt wird, dass mit Bezug auf die Erhebung von statistischem Vergleichsmaterial von einer einheitlichen Flächenberechnung ausgegangen wird. Erfahrungsgemäss divergieren die Auffassungen der Mietparteien über die Wohnfläche in Streitfällen massiv, und es ist bekannt, dass zur Ermittlung der Wohnfläche auch verschiedene Messmethoden angewendet werden können.

Mit Bezug auf Zustand und Bauperiode ist von zentraler Bedeutung, ob, vor wie langer Zeit und in welchem Umfang grössere Renovationsarbeiten ausgeführt worden sind. Es ist für den SAV nicht erkennbar, wie Unterschiede mit Bezug auf Art und Zeitpunkt grösserer Sanierungsarbeiten die Statistiken beeinflussen können.

#### **Abs. 5**

Der Bundesrat soll die statistischen Erhebungsmodelle und die Vergleichbarkeitskriterien näher umschreiben. Für den SAV ist essentiell, dass diese Umschreibung im Zeitpunkt, in welchem über die Gesetzesrevision zu entscheiden sein wird, vorliegen, da dies von entscheidender Bedeutung ist.

#### **Abs. 6**

Die Möglichkeit, dass auch kantonale oder kommunale statistische Erhebungen zur Überprüfung der Anfangsmietzinse herangezogen werden können, steht nach Auffassung des SAV im Widerspruch zum Ziel, mit der Gesetzesrevision bessere Transparenz zu schaffen. Es kann ausgeschlossen werden, dass kantonale oder kommunale Statistiken exakt nach den gleichen Prinzipien erhoben werden, wie sie dem Grundsatz nach in Art. 269 festgelegt und im Rahmen einer Verordnung näher konkretisiert werden. Der SAV ist der Auffassung, dass der statistische Vergleichsmietzins, wenn der denn die ihm zugedachte Bedeutung erlangen soll, ge-

samtschweizerisch zentral nach einheitlichen Kriterien zu erheben ist und beantragt daher, Abs. 6 ersatzlos zu streichen.

Unklar erscheint der Hinweis auf die Abs. 2 und 3. Kantonale oder kommunale Erhebungen müssten wohl auch den Anforderungen von Abs. 4 entsprechen und höchstwahrscheinlich auch die gemäss Abs. 5 in einer Verordnung festzulegenden statistischen Erhebungsmodelle und Vergleichbarkeitskriterien berücksichtigen. Richtig wäre wohl somit ein Hinweis auf die Abs. 2 bis 5.

#### **Art. 269a**

Gemäss Art. 11 Abs. 2 VMWG kann bei Geschäftsräumen der der beweisbelasteten Partei obliegende Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit unter Hinweis auf Quadratmeterpreise gleichartiger Objekte erfolgen. Im Unterschied zu Wohnungsverhältnissen ist dem Quadratmeterpreis bei Geschäftsräumen überragende Bedeutung beizumessen. Es erstaunt daher, dass Art. 269a keinen Hinweis darauf enthält, dass der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit durch Quadratmeterpreise erfolgen kann. Es wird daher vorgeschlagen, Art. 269a durch einen zweiten Absatz zu ergänzen.

#### **Formulierungsvorschlag:**

*"Der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit kann auf der Grundlage von Quadratmeterpreisen für gleichartige Objekte erbracht werden."*

#### **Art. 269b**

Keine weiteren Bemerkungen.

#### **Art. 269c**

Art. 296c OR sieht für die Geltendmachung einer Mietzinsanpassung aufgrund eines veränderten Indexstandes eine komplizierte und nicht sachgerechte Lösung vor. Die damit in Kauf genommenen Formfehler schaffen erneut Probleme (Nichtigkeit oder Anfechtungstatbestände); das Schutzbedürfnis der Mieterinnen und Mieter erfordert andererseits keine besonderen Regelungen bezüglich Basis-Indexstand und Erhöhungsintervallen. Es erscheint dem SAV unverständlich, weshalb man nicht die Bestimmung des geltenden Rechtes übernehmen will, die bis jetzt in der praktischen Anwendung nie zu irgendwelchen Problemen geführt hat. Da vom Erfordernis einer Mindestvertragsdauer von fünf Jahren abgesehen wird, sollten die Abs. 1 und 2 von Art. 269c ersetzt werden durch folgende Regelung:

*"Mietzinse können einmal pro Kalenderjahr der Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden."*

Im langjährigen Verhältnis spielt es absolut keine Rolle, welcher Indexstand Ausgangspunkt für eine allfällige Mietzinserhöhung bildet, und die Interessen des Mie-

ters sind hinreichend geschützt, wenn pro Kalenderjahr nur gerade eine Anpassung zugelassen wird.

Abs. 3 von Art. 269c sieht vor, dass der Bundesrat eine Reduktion des höchstens zulässigen Überwälzungssatzes anordnen kann, wenn die durchschnittliche Jahresteuierung während zwei aufeinander folgender Jahren 5 % überschreitet. Der SAV ist der Meinung, dass diesfalls den Vermietern gestattet werden muss, den damaligen unter Umständen nicht überwälzbaren Teil der Teuerung in späteren Jahren nachzuholen. Nur so ist längerfristig sichergestellt, dass 100 % der Inflation mietzinswirksam werden können, wie es dem Ziel der Revision entspricht.

#### **Formulierungsvorschlag:**

*"Beträgt die Teuerung in darauf folgenden Jahren weniger als 5 %, kann die Teuerungsentwicklung, die aufgrund einer vom Bundesrat angeordneten Reduktion des höchstens zulässigen Überwälzungssatzes nicht in Anspruch genommen werden konnte, zusätzlich geltend gemacht werden, aber nur so, dass die Mietzinsanpassung aufgrund der Teuerung den Wert von 5 % pro Jahr nicht übersteigt."*

#### **Art. 269d**

Die Möglichkeit, gestaffelte Mietzinse zu vereinbaren, lehnt sich an das heute geltende Recht an. Zwei in der Praxis zu Tage getretene **Schwachstellen** werden jedoch nicht beseitigt:

Zwar wird das Erfordernis, dass eine Mietzinserhöhung aufgrund der vereinbarten Staffelungsklausel mit amtlichem Formular angezeigt werden muss, nicht mehr aufrecht erhalten. Unerfindlich ist jedoch, weshalb gleichwohl eine Formvorschrift beachtet werden muss, nämlich eine schriftliche Anzeige gemäss Art. 269g Abs. 4. Dies ist ein überflüssiges formelles Erfordernis, da dem Mieter zuzumuten ist, sich entsprechend den vertraglich vereinbarten Regelungen zu verhalten. Sollte es der Mieter versäumen, den erhöhten Mietzins zu bezahlen, so stehen ihm selbst dann, wenn der Vermieter nach Art. 257d OR vorgeht, volle 30 Tage zur Verfügung, um das Versäumte nachzuholen.

Das vorgeschlagene Erfordernis einer schriftlichen Anzeige wirft die nicht unbedeutende Rechtsfrage auf, ob der Mieter, der in Befolgung des Mietvertrages den höheren Mietzins bezahlt, obwohl keine Anzeige erfolgte, Nichtigkeit geltend machen kann mit der Konsequenz, dass zu einem späteren Zeitpunkt zuviel bezahlte Mietzinse unter Berufung auf ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zurückgefordert werden können. Um den Folgen solcher unerwünschter Formalismen zu entgehen, beantragt der SAV, auf das Erfordernis einer schriftlichen Anzeige zu verzichten und dies ausdrücklich im Gesetz zu erwähnen.

Ein weiteres ungelöstes Problem besteht darin, dass dann, wenn bei Vereinbarung eines Staffelmietzinses der Anfangsmietzins erfolgreich angefochten wird, nicht entschieden werden kann, was mit den erst in Zukunft in Kraft tretenden Mietzinsstaffe-

lungen geschieht. Es kann ja im Zeitpunkt, in welchem der Anfangsmietzins angefochten wird, nicht beurteilt werden, ob die erst ein, zwei, drei oder mehrere Jahre später in Kraft tretenden Anpassungen missbräuchlich sind, weil diesbezügliche Daten im Zeitpunkt der Beurteilung nicht vorhanden sind. Es kann umgekehrt nicht einfach eine proportionale Reduktion der Staffelungsvereinbarung angeordnet werden, weil dafür, wie erwähnt, die Beurteilungskriterien fehlen. Nur nebenbei erwähnt sei, dass ein Vermieter wohl kaum einen langjährigen Vertrag mit Staffelungsklausel abschliessen will, wenn er damit rechnen muss, dass nicht nur der Anfangsmietzins, sondern auch alle für die Zukunft festgelegten, gestaffelten Mietzinse richterlich modifiziert werden könnten.

### **Art. 269e**

Abs. 1 von Art. 269e entspricht teilweise der Regelung von Art. 14 Abs. 2 VMWG. Dies wirft unweigerlich die Frage auf, ob die im Zusammenhang mit der Vornahme von Mehrleistungen und umfassenden Überholungen wichtige Bestimmung von Art. 14 VMWG bezüglich ihres Anwendungsbereichs eingeschränkt werden soll. Wenn es nicht der Absicht des Bundesrates entspricht, gegenüber dem heutigen Rechtszustand etwas zu verändern, sollte dies dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass zumindest die Absätze 1 und 2 von Art. 14 VMWG im unveränderten Wortlaut in das Gesetz übernommen werden.

Die Überwälzungsmodalitäten des bisherigen Rechts lassen sich nicht tel quel auf das neue Recht übertragen. Nach feststehender bundesgerichtlicher Rechtsprechung (zuletzt Urteil 4C.293\_2000 vom 24. Januar 2001) kann neben dem wertvermehrenden Anteil auch der werterhaltende Teil der Investition überwältzt werden und zwar als so genannte Unterhaltskostensteigerung. Diese mehrstufige Überwälzung ist deshalb folgerichtig, weil das Bundesgericht Rückstellungen des Vermieters nicht akzeptiert. Weil nach neuem Recht das System der Kostenmiete grundsätzlich aufgegeben wird, müssen auch die Bestimmungen über die Überwälzung von Mehrleistungen, die notwendigerweise nach wie vor auf dem Kostenmietmodell beruhen, angepasst werden. Andernfalls werden renovationswillige Vermieter die Liegenschaft vermehrt "leer kündigen". Diese Lösung dürfte von Mieterseite indessen als nachteilig und unerwünscht bezeichnet werden, weshalb sich eine entsprechende Anpassung der Überwälzungsbestimmungen auch aus diesem Grund aufdrängt. Wenn Ziel der Revision eine Vereinfachung des Mietrechtes sein soll, fragt sich ernsthaft, ob anstelle der komplizierten heutigen Berechnung nicht einfach der Gesamtbetrag der Investition zu einem Satz verzinst werden soll, der  $\frac{1}{2}$  Prozent über dem jeweiligen Hypothekarzinsatz liegt. Ausgehend von der Frage, ob der investierende Vermieter nach der Renovation eine bessere, eine schlechtere oder die gleiche Rendite haben soll, ist die Lösung, die ihm lediglich die bisherige Rendite weiterhin gewährleistet, wohl kaum zu beanstanden.

### **Formulierungsvorschlag:**

Art. 269e Abs. 1:

*"Mietzinserhöhungen wegen Mehrleistungen des Vermieters dürfen den ein halbes Prozent über dem Hypothekarzins liegenden Satz für die Verzinsung der Investition nicht überschreiten."*

Für die neu vorgeschlagene Regelung unter Abs. 2 besteht keinerlei praktisches Bedürfnis. Üblicherweise verhält es sich so, dass eine umfassende Sanierung einige Monate vor Arbeitsbeginn geplant und den Mietern kommuniziert wird. Wenn die Arbeiten fertig gestellt sind, dauert es eine gewisse Zeit, bis die sachdienlichen Unterlagen zur Berechnung einer Mietzinserhöhung vorliegen. Diese muss in der Folge unter Einhaltung der Kündigungsfrist zuzüglich 10 Tage angezeigt werden. Es kommt in der Praxis aufgrund dieser zeitlichen Abläufe selten oder nie vor, dass im Zeitpunkt eines Vertragsabschlusses über geplante Sanierungsarbeiten nichts bekannt ist und dass in der Folge früher als nach Ablauf eines Jahres unter Bezugnahme auf zwischenzeitlich getätigte Arbeiten Mietzinse angepasst werden. Es ist nicht erkennbar, welchem praktischen Schutzbedürfnis der vorgeschlagene Abs. 2 von Art. 269e dienen soll.

### **Art. 269f**

Keine weiteren Bemerkungen.

### **Art. 269g**

Zwischen Art. 269g, der grundsätzlich dem heute geltenden Art. 269d OR entspricht, und Art. 269c OR besteht ein Widerspruch mit Bezug auf die Formalitäten der Anzeige einer Mietzinserhöhung.

Die Regelung von Art. 269g lässt ausser Acht, dass namentlich in Geschäftsmietverträgen langjährige Vertragsbeziehungen Usanz sind. Die konsequente Umsetzung von Art. 269g würde deshalb bedeuten, dass während der Mindestvertragsdauer gar nie Mietzinsanpassungen geltend gemacht werden könnten. Dies entspricht keinerlei Bedürfnis, auch nicht aus der Sicht der Mieterschaft, die ja insbesondere im Hinblick auf allenfalls zu tätige Investitionen in Geschäftsräumlichkeiten vorab am Abschluss eines langfristigen Mietvertrages interessiert ist. Es muss sichergestellt werden, dass die Möglichkeit, einmal pro Kalenderjahr den Mietzins einem veränderten Indexstand anzupassen, wie dies gemäss Art. 269c grundsätzlich vorgesehen ist – zulässig ist.

### **Formulierungsvorschlag:**

*"Der Vermieter kann den Mietzins im Sinne von Art. 269c einmal pro Kalenderjahr der Entwicklung des Landesindexes und im Übrigen jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss ...."*

## **Art. 270 Abs. 2**

Die Möglichkeit, dass die Kantone bei so genannter Wohnungsnot die Verwendung eines Formulars zu Mitteilung des Anfangsmietzinses als obligatorisch erklären, hat sich keinesfalls bewährt, weshalb der SAV beantragt, **diese Bestimmung ersatzlos zu streichen**. Zum einen verfügt der Mieter ja gemäss Art. 256a Abs. 2 OR bereits über den Anspruch, dass ihm die Höhe des früher für das gleiche Objekt bezahlten Mietzinses bekannt gegeben wird. Schwierigkeiten bereitet sodann die Frage, wie der Vermieter den Anfangsmietzins auf dem Formular **begründen** soll. Die Überprüfung würde im Anfechtungsverfahren ja nach dem statistisch erhobenen Vergleichsmietzins gemäss Art. 269 erfolgen, den nun der Vermieter gar nicht kennen kann, weil er nach dem Willen des Gesetzgebers nicht öffentlich zugänglich sein soll. **Wie also soll der Vermieter den Anfangsmietzins begründen?**

Die Gerichtspraxis im Zusammenhang mit unterlassenen oder falsch ausgefüllten Formularen zur Mitteilung des Anfangsmietzinses hat deutlich aufgezeigt, dass mit der Formularpflicht zur Mitteilung des Anfangsmietzinses mehr Probleme geschaffen als gelöst werden (vgl. dazu ausführlich SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Auflage, N 36 ff. zu Art. 270 OR). Die erwähnte Formularpflicht wird in diesem Zusammenhang als "unnötige administrative Schikane" bezeichnet, deren vollständige und ersatzlose Abschaffung sich de lege ferenda aufdränge (a.a.O., N 39).

Der SAV schliesst sich der soeben zitierten Auffassung aufgrund der Erfahrungen seiner Mietrechtsspezialisten vorbehaltlos an.

## **Art. 270a Abs. 1**

Der Anpassungsmechanismus gemäss Abs. 1 lit. a ist mit der hier vorgeschlagenen Vereinfachung der Formulierungen in Art. 269c Abs. 1 und 2 zu koordinieren.

### **Formulierungsvorschlag Abs. 1 lit. a:**

*"a. der Stand des Landesindexes nach Ablauf eines Kalenderjahres seit der letzten Mietzinsanpassung oder seit dem Vertragsabschluss tiefer ist als der dabei massgebende Stand;"*

## **Art. 270b Abs. 1**

Keine weiteren Bemerkungen.

## **Übergangsbestimmungen**

### **Art. 3**

Art. 3 sieht vor, dass für Mietverhältnisse, die bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung bestehen, der Stand des Landesindexes bei Inkrafttreten der Änderung als Basis gelten soll.

Mit dieser Lösung werden Vermieter bestraft, die ihnen zustehende Erhöhungsmöglichkeiten seit längerer Zeit nicht mehr ausgeschöpft haben. Das ist nicht gerechtfertigt. Wichtig erscheint in den Augen des SAV deshalb, dass für die erstmalige Anpassung aufgrund einer Entwicklung des Landesindexes derjenige Indexstand massgebend ist, welcher galt, als der Mietzins letztmals - gleichgültig nach welchen Kriterien - angepasst wurde, allenfalls derjenige Stand, der galt, als der Vertrag abgeschlossen wurde oder allenfalls derjenige, der im massgebenden Mietvertrag als Basis für künftige Mietzinsanpassungen bezeichnet wurde.

#### **Zu Art. 4**

Unklar ist, was genau mit dem Begriff der "**festen Vertragsdauer**" gemeint ist. Ist damit die Mindestvertragsdauer gemeint oder zählt auch diejenige Zeit zur "festen Vertragsdauer", um welche der Mieter durch Ausübung eines einseitig ausübbaaren Optionsrechtes das bestehende Vertragsverhältnis verlängern kann?

#### **Formulierungsvorschlag:**

*"Für Mietverhältnisse mit indexierten Mietzinsen, die bei Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung bestehen, gilt bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer, allenfalls verlängert bei Ausübung von dem Mieter eingeräumten Options- oder Verlängerungsrechten, das bisherige Recht."*

Wir danken Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Ernst Staehelin  
Präsident

René Rall  
Generalsekretär