

Vernehmlassung zur „neuen Regelung zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen“

Thema: Obligationenrecht, Achter Titel, Die Miete
Vernehmlassung: vom 27. Februar 2008,
Vernehmlassungsfrist: bis am 31. Mai 2008
Legitimation: VIG Art. 4 Abs. 1
Vernehmlasserin: Mobimo Verwaltungs AG, Seestrasse 59, 8700 Küsnacht
Dr. Matthias Streiff, Leiter Portfolio Management

Vorbemerkungen

Die mit der Revision angestrebten Ziele sind begrüßenswert. Die offenbar bestehende Einigung zwischen den Verbänden überrascht sehr, im positiven Sinne. Diesen Schwung gilt es auszunutzen und damit erkannte Mängel des geltenden Mietrechts zu eliminieren.

Die Revision zielt auf eine einfachere Regelung der Mietzinsgestaltung und erfüllt damit ein zentrales gesetzgeberisches Postulat: Voraussehbarkeit und Praktikabilität der gesetzlichen Norm schafft Rechtsfriede. Das ist zu unterstützen.

Sozialpolitisch heikel ist die Abkoppelung des Mietzinses vom Hypothekarzins für private Vermieter, welche nicht über eine professionelle Finanzierung oder über zu kleine finanzielle Reserven verfügen. Der Anstieg der Zinssätze für variable Hypotheken kann je nach Wirtschaftslage rasant sein. Steigt ein Zinssatz um 1 % in einem Jahr, so wären nach altem Modell mit relativ kurzer zeitlicher Verzögerung insgesamt 12 % Mietzinsaufschläge möglich. Damit kann ein privater Eigentümer die Kostenexplosion seiner Hypothek abfangen (ausser die Mieter verlassen das Mietobjekt mangels Marktfähigkeit der neuen Zinsen). Bei einem solchen Szenario wird der Index im selben Jahr nicht um 12 % ansteigen und eine zeitnahe Überwälzung der Kostensteigerung auf die Mieten ist damit ausgeschlossen. Die Korrelation zwischen Index- und Hypothekarzinsanpassung ist nicht linear. Die Historie zeigt, dass der Index sich stetiger und träger entwickelt als Kostenüberwälzungen im Hypothekarbereich. Durch die Abkoppelung der Mietzinsentwicklung vom Hypothekarzins können kleine private Vermieter mit höherer Fremdfinanzierung in finanzielle Engpässe geraten. Das kann volkswirtschaftlich nicht erwünscht sein. Diese grosse Gruppe von privaten Vermietern muss über eine lange Übergangsfrist Chancen der Umfinanzierung haben. Fünf Jahre sind da, in Anbetracht der heute üblichen Fest-Hypotheken eher zu kurz.

Nicht behandelte Revisionspunkte, welche jedoch thematisch in die Revision passen und die weitgehend unbestritten sein sollten sind:

- Ablösung des verfehlten Sozialschutzes bei Geschäftsmieten, wenn der Geschäftsmieter finanziell potent ist und offensichtlich keinen Sozialschutz benötigt. Diese in der Revision 2006 vorgeschlagene

Position (Revisionsvorschlag 2006: „Art. 253b Abs. 2 Sie gelten nicht für die Miete von: a. Geschäftsräumen, sofern die Parteien den Ausschluss vereinbaren;“) wurde in der damaligen Vernehmlassung positiv aufgenommen, sofern dies nur bei starken und potenten Mietern zur Anwendung kommen sollte. Dies wurde in der definitiven Vorlage berücksichtigt. Leider fehlt der entsprechende Vorschlag in der jetzt zur Vernehmlassung stehenden Version. Das ist unbedingt nachzuholen.

- Aufhebung der verfehlten Regelung über Mieterstreckungen bei befristeten Verträgen. OR 272 Abs. 1 lässt die Erstreckung von von Anfang an befristeten Verträgen zu, was stossend und vertragswidrig ist. Dieser offensichtliche gesetzgeberische Fehlgriff des bestehenden Mietrechts, der jede Vertragstreue spottet und in der Praxis leider hin und wieder zu unkontrollierten Umständen führt, ist zu eliminieren. Ein gutgläubiger Vermieter, der auf den vereinbarten Ablauf eines Mietverhältnisses eine Wiedervermietung mit einem neuen Mieter anstrebt, kann in die Situation kommen, dass der alte Mieter nicht geht und der neue das Objekt nicht beziehen kann. Der Bestrafte ist der Vermieter, der gegenüber dem neuen Mieter vollständig schadenersatzpflichtig wird und der neue Mieter, der allenfalls sein Geschäft nicht eröffnen kann. Da dem vertragsbrüchigen alten Mieter ein gesetzliches Recht auf Erstreckung zusteht, kann der dem neuen Mieter und dem Vermieter entstehende Schaden nicht überwältzt werden. Das ist krass stossend und kann nur *de lege ferenda* bereinigt werden. Die Annahme einer Lücke *contra legem* wagt kaum ein Gericht festzustellen. Dieser gesetzgeberische Mangel könnte jetzt bereinigt werden.
- Mietzinsanpassungen bei befristeten Verträgen sind heute ungenügend geregelt. OR 269d geht nur auf die unbefristeten Verträge ein, welche jeweils per Kündigungstermin hin angepasst werden können. Ergo können befristete Verträge konsequenterweise nie angepasst werden, denn sie enden ja ohne Kündigung. Die Parteien, respektive die Vermieter, haben daraufhin stets Vertragsklauseln eingefügt, die besagten, dass befristete Verträge auch während der festen Mietdauer per einem Datum und unter Wahrung einer Anzeigefrist von bestimmter Dauer angepasst werden können. Ohne diese Klausel waren Mietzinsanpassungen bei befristeten Verträgen höchstens unter Anwendung der *clausal rebus sic stantibus* möglich, was umständlich ist. Die Praxis hat das gesetzgeberische Manko über die Feststellung, dass OR 269d nur relativ zwingend sei, gefüllt. Es wäre jetzt die passende Gelegenheit, dieses Manko positivistisch zu füllen. Den vorgeschlagenen Absatz finden Sie unter Rev. OR 269b I.

Anträge und Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

(farbig hinterlegt der Revisionstext 2008)

Art. 253b Abs. 2

Sie gelten nicht für die Miete von luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern mit mehr als 150 m² Nettowohnfläche.

Ergänzungsantrag: oder für Geschäftsräume mit mehr als 1'000 m² Grösse oder Mietern mit mehr als 200 Angestellten oder 10 Mio. Umsatz.

Mit dieser Ergänzung kann der auch für potente Grossunternehmen heute geltende Sozialschutz entfernt werden und die paradoxe Situation verhindert werden, dass finanzstarke Unternehmen, welche oftmals

stärker sind als (private) Vermieter, sich auf Rechtsbehelfe des offensichtlichen Sozialschutzes stützen können. Sozialschutz ist notwendig, aber nur für Parteien, die diesen bedürfen.

Mietet eine Bank bei einer Privatperson oder einer Erbgemeinschaft, so ist es offensichtlich, dass die sozial schwächere Partei die Vermieterschaft ist. Bei dieser oft vorkommenden Sachlage ist ein Sozialschutz der Mieterin verfehlt. Es gilt diesen Fehler zu eliminieren.

A. Missbräuchliche Mietzinse

Art. 269 I. Anfangsmietzinse für Wohnräume

¹ Anfangsmietzinse für Wohnräume sind missbräuchlich, wenn sie die massgebliche Bandbreite überschreiten.

² Die Bandbreite berechnet sich aufgrund des Mittelwerts der landesweit in repräsentativen Statistiken erhobenen Mietzinse für vergleichbare Wohnräume. Sie umfasst die dem Mittelwert am nächsten liegenden 90 Prozent der Mietzinse für Wohnräume, bei denen das Mietverhältnis in der Periode von fünf Jahren vor dem Zeitpunkt der statistischen Erhebung begonnen hat.

³ Der Vergleich erfolgt aufgrund statistischer Erhebungsmodelle, die auf anerkannten wissenschaftlichen Methoden basieren. Bei der Festlegung der Erhebungsmodelle sind die Mieter- und Vermietersverbände sowie weitere interessierte Organisationen und Fachstellen anzuhören.

⁴ Kriterien für die Vergleichbarkeit der Wohnräume sind insbesondere deren Lage, Fläche, Zustand, Bauperiode und Ausstattung.

⁵ Der Bundesrat umschreibt die statistischen Erhebungsmodelle und die Vergleichbarkeitskriterien näher.

⁶ Bestehen kantonale oder kommunale Erhebungen, die die Voraussetzungen nach den Absätzen 2 und 3 erfüllen, so kann das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement auf Gesuch des Kantons oder der Gemeinde entscheiden, dass die Bandbreite aufgrund dieser Erhebungen festgelegt wird.

Mit einer statistischen Erhebung der möglichen Anfangsmieten entsteht *de facto* ein staatlich erarbeiteter Mietzins. Das ist heikel, wenn die Erhebung dieses Durchschnittszinses nicht vollständig transparent, fair errechnet und im Einzelfall korrigierbar ist. Der Vergleich wird auf Objektebene hergestellt, unabhängig der Vermieterschaft. Subventionierte Wohnungen oder Wohnungen mit gemeinnützigen oder staatlichen Eigentümern, welche keine Gewinnstrebigkeit zeigen, können mit Wohnungen gewinnstrebiger Eigentümer nicht verglichen werden. Die Gefahr, dass diese staatliche Statistik tendenziös oder praxisfremd ausfällt, ist latent. Eine Korrekturmöglichkeit besteht gemäss Vorlage nicht, was mangelhaft ist.

Der staatlich erarbeitete und berechnete mögliche Anfangszins wird Marktentwicklungen nicht rechtzeitig aufnehmen können, wenn auf Zinsen der vergangenen fünf Jahre zurück geblickt wird. Die Glättung über die Zeitachse ist marktfremd.

Ein staatlich erhobener Anfangsmietzins widerspricht der Privatautonomie. Es wird hier ein unser Staat prägendes fundamentales Prinzip, die Vertragsfreiheit, gebrochen. Dazu müssen schwerwiegende Gründe sprechen, ansonsten es nicht opportun ist, dieses staatstragende Prinzip auszuhebeln. Die Anfangsmiete soll der Marktmiete entsprechen und die kann keine retrospektive Statistik erfassen.

Die Vergleichsmiete straft marktkonforme Vermieter, weil sie mit laschen Vermietern verglichen werden. Dazu gibt es keinen Grund.

Der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen soll nur greifen, wenn der Markt zu klein ist, wenn also Wohnungsnot herrscht. Ohne Wohnungsnot muss der Markt Vorrang haben. Demzufolge ist die in der Revision vorgeschlagene Regelung auf die Situation bei Wohnungsnot einzuschränken.

Sprachlich ist der Revisionsvorschlag zu kompliziert. Wieso wird nicht von „Vergleichsmiete“ und „prozentualer Abweichung von dieser Vergleichsmiete“ gesprochen ?

Änderungsvorschlag:

Art. 269 I Abs. 1

Zu Zeiten der Wohnungsnot sind Anfangsmietzinse für Wohnungen missbräuchlich, wenn sie die statistisch erhobene Vergleichsmiete um mehr als 20% überschreiten. ...

Art. 269a II. Anfangsmietzinse für Geschäftsräume

Anfangsmietzinse für Geschäftsräume sind missbräuchlich, wenn sie den Rahmen der orts- und quartierüblichen Mietzinse überschreiten.

Es gibt keinen ersichtlichen Grund bei Geschäftsmieten von der Marktmiete abzuweichen. Falsch ist der Ansatz der Orts- und Quartierüblichkeit, denn diese ist bekannterweise kaum zu beweisen. Unter kaufmännisch geführten Unternehmen soll Vertragsfreiheit gelten und die *ultima ratio*, die rückwirkende Anfechtung einer vertraglichen Vereinbarung, auf sehr krasse Fälle reduziert werden. Dazu dienen die Missbrauchs- und Irrtumstatbestände von OR 19 ff. Eine einschränkendere Regelung für Geschäftsmieter ist überflüssig und daher wegzulassen.

B. Mietzinsanpassungen während der Mietdauer

Art. 269b I. Grundsätze

Mietzinsanpassungen während der Mietdauer sind zulässig, wenn sie:

- a. sich auf die Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise stützen (Landesindex);*
- b. in einer Vereinbarung über gestaffelte Mietzinse vorgesehen sind;*
- c. bei Geschäftsräumen in einer Vereinbarung vorgesehen sind, wonach der Mietzins ganz oder teilweise vom Umsatz des Geschäfts abhängt;*
- d. den Empfehlungen eines Rahmenmietvertrags entsprechen;*
- e. durch Mehrleistungen des Vermieters begründet sind.*

Diese Regelung schützt Mieter vor willkürlicher Preisentwicklung, was klassischer Sozialschutz und in diesem Fall sehr wohl berechtigt ist. Diese Einschränkung gegenüber der freien Preisgestaltung ist tief verankert und allseits akzeptiert. Diese Regelung ist angebracht. Sie verschafft auch Kalkulierbarkeit und Transparenz, was beides begrüssenswert ist.

Art. 269c II. Anpassungen an den Landesindex

¹ *Der Vermieter kann den Mietzins ganz oder teilweise an die Differenz anpassen, die zwischen dem Indexstand bei Vertragsabschluss oder der letzten Mietzinsanpassung und dem Indexstand nach einem oder mehreren ganzen Jahren seit Vertragsabschluss besteht.*

² *Bei einem gesunkenen Indexstand muss der Vermieter den Mietzins entsprechend herabsetzen*

³ *Übersteigt die durchschnittliche Jahreststeuerung während zwei aufeinanderfolgenden Jahren fünf Prozent, so ordnet der Bundesrat eine Reduktion des höchstens zulässigen Überwälzungssatzes an.*

Abs. 2 dieses Revisionsvorschlages entspricht der Logik des Systems und müsste nicht formuliert werden. Er entspricht heute gängiger Praxis. Die Normierung dieser Realität ist überflüssig. Überflüssiges sollte nicht Gesetz werden, wie notorisches nicht bewiesen werden muss. Im Sinne der Verschlinkung kann der Abs. 2 weggelassen werden.

Art. 269d III. Gestaffelte Mietzinse

Die Vereinbarung, dass sich der Mietzins periodisch um einen bestimmten Betrag erhöht, ist nur gültig, wenn:

- a. der Mietvertrag für mindestens drei Jahre abgeschlossen wird;*

b. der Mietzins höchstens einmal jährlich erhöht wird; und

c. der Betrag der Erhöhung in Franken festgelegt wird.

Keine Bemerkung.

Art. 269e IV. Mehrleistungen des Vermieters

¹ Mietzinserhöhungen wegen Mehrleistungen des Vermieters dürfen den angemessenen Satz für ² Verzinsung, Amortisation und Unterhalt der Investition nicht überschreiten. Mietzinserhöhungen wegen wertvermehrender Verbesserungen können nur dann vor Ablauf eines Jahres nach dem Beginn des Mietverhältnisses wirksam werden, wenn sie bei Vertragsabschluss schriftlich angekündigt worden sind.

Bei diesem Revisionsvorschlag wird ein angemessener Satz der Verzinsung genannt, nachdem die ganze Revision die Finanzierung vom Mietzins abzukoppeln versucht. Diese Anbindung an die Finanzierung stellt damit eine Ausnahme im System dar, was heikel ist. Was ist denn eine angemessene Verzinsung? Das kann niemand wertneutral festlegen. Die Antwort fällt oft politisch aus, was einem Gesetz fremd sein sollte. Das alte Element der Kostenmiete passt nicht mehr in das neue System. Mutig und Klarheit verschaffend wäre die Anwendung des dem Privatrecht zu Grunde liegenden generellen Zinssatzes von 5%, der subsidiär so oft zur Anwendung kommt. Ein vom Gesetzgeber festgelegter Zinssatz schafft Rechtssicherheit und verdrängt den Streit über den „angemessenen Satz“ aus dem Gerichtssaal.

Vorgeschlagene Formulierung:

Mietzinserhöhungen wegen Mehrleistungen des Vermieters dürfen den Satz von 5% für Verzinsung, zusätzlich Amortisation und Unterhalt der Investition nicht überschreiten.

Eine kalkulierbare Regelung der Überwälzbarkeit verschafft für Vermieter auch die notwendige Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit von Investitionen. Heute ist es vorausschauend für den Vermieter kaum möglich, die Ertragslage nach Investition zu berechnen. Diese Unkalkulierbarkeit hemmt die Investitionsfreudigkeit was, wie man sieht, zu aufgestautem Unterhalt bei Mietshäusern führt.

Art. 269f C. Gemeinnützige Wohnbauträger

Der Bundesrat kann für gemeinnützige Wohnbauträger einzelne Bestimmungen der Mietzinsgestaltung besonders regeln.

Keine Bemerkungen

Art. 269g D. Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen durch den Vermieter

¹ Der Vermieter kann den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen.

² Die Mietzinserhöhung ist nichtig, wenn der Vermieter:

a. sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt;

b. sie nicht begründet;

c. mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht.

³ Die Absätze 1 und 2 gelten auch, wenn der Vermieter beabsichtigt, sonst wie den Mietvertrag einseitig zulasten des Mieters zu ändern, namentlich seine bisherigen Leistungen zu vermindern oder neue Nebenkosten einzuführen.

⁴ Für die Mitteilung von Mietzinserhöhungen, die in einer Vereinbarung über gestaffelte Mietzinse vorgesehen sind, genügt die schriftliche Form.

Dieser Artikel ist nicht vollständig, denn er regelt die Anpassungen von befristeten Verträgen nicht. Hier ist der Grundsatz einzufügen, dass befristete Verträge jederzeit angepasst werden können, unter Wahrung einer Anzeigefrist von beispielsweise 3 Monaten.

Abs. 1 lautet dann wie folgt:

Der Vermieter kann den Mietzins *unbefristeter Verträge* jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen. *Befristete Verträge können jederzeit unter Wahrung einer Anzeigefrist von 3 Monaten angepasst werden.*

Abs. 2 bis 4 sind gut.

Art. 270 Abs. 2

² Im Fall von Wohnungsmangel können die Kantone für ihr Gebiet oder einen Teil davon die Verwendung des Formulars nach Artikel 269g Absatz 1 beim Abschluss eines neuen Mietvertrags obligatorisch erklären.

Keine Anmerkungen.

Art. 270a Abs. 1

¹ Der Mieter kann die Herabsetzung des Mietzinses auf den nächstmöglichen Kündigungstermin verlangen, wenn:

- a. der Stand des Landesindexes nach einem oder mehreren ganzen Jahren seit Vertragsabschluss tiefer ist als bei Vertragsabschluss oder der letzten Mietzinsanpassung;
- b. der Mietzins für Geschäftsräume gemäss Vereinbarung vom Umsatz des Geschäfts abhängt und der Umsatz abgenommen hat;
- c. der Mietzins den Empfehlungen eines Rahmenmietvertrags folgt und diese nicht eingehalten werden.

Lit. b dieses Revisionsvorschlages ist akademisch gesucht und meines Erachtens überflüssig. Die Umsatzmiete wird in % des erwirtschafteten Umsatzes berechnet. Umsatzmieten werden in der Regel *post um* berechnet und belastet. Massgebend sind die Umsatzzahlen der Mieterin in der zurückliegenden Mietperiode. Da sinkt die Umsatzmiete automatisch, wenn der Umsatz gesunken ist. Ich empfehle den Lapsus nicht Gesetz werden zu lassen, sondern zu streichen.

Art. 270b Abs. 1

¹ Der Mieter kann eine Mietzinserhöhung innert 30 Tagen, nachdem sie ihm mitgeteilt worden ist, bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Artikel 269b anfechten.

Keine Bemerkungen

Übergangsbestimmungen zur Änderung des Achten Titels vom ...

Die Übergangsregelungen sind *de lege artis* und gut. Zu beachten sind allenfalls Übergangsregelungen für kleine private Vermieter, die länger Zeit benötigen, um ihre Liegenschaften auf das neue Recht umzufinanzieren.

Sig. Dr. M. Streiff