

Lettre signature

Frau Bundesrätin
Doris Leuthard
c/o Bundesamt für Wohnungswesen
Bereich Recht
Storchengasse 6
2540 Grenchen

Zürich, 26. Mai 2008/mr

**Änderung des Obligationenrechts (Miete): Vernehmlassungsverfahren
Stellungnahme der Schweizer Immobilienwirtschaft**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 27. Februar 2008 haben Sie interessierte Kreise zur Vernehmlassung zur Revisionsvorlage betreffend Änderung des Obligationenrechts (Miete) eingeladen. Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft – SVIT Schweiz – ist die Berufs- und Standesorganisation der professionellen Immobiliendienstleister. Als Spitzenverband der Immobilienwirtschaft vertreten wir die Interessen der über 25'000 Immobilienfachleute in der ganzen Schweiz, die – abgesehen von den direkt durch den Eigentümer verwalteten Liegenschaften – die Schweizer Immobilienanlagen bewirtschaften. Wir erlauben uns daher die folgenden Bemerkungen:

I.	Allgemeine Bemerkungen zur Revisionsvorlage	2
II.	Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen der Revisionsvorlage:	3
1.	Art. 253b Abs. 2	3
2.	Art. 269	4
3.	Art. 269a	5
4.	Art. 269b	5
5.	Art. 269c	6
6.	Art. 269d	7
7.	Art. 269e	8
8.	Art. 269f	9
9.	Art. 269g	9
10.	Art. 270	10
11.	Art. 270a	11
12.	Art. 270b	12
13.	Art. 1 UeBest	12
14.	Art. 2 UeBest	12
15.	Art. 3 UeBest	12
16.	Art. 4 UeBest	13
17.	Art. 5 UeBest	13

I. Allgemeine Bemerkungen zur Revisionsvorlage

Der SVIT Schweiz hat in der von Frau Bundesrätin Leuthard eingesetzten Arbeitsgruppe Mietrecht mitgearbeitet und in diesem Rahmen Hand zu dem von allen Beteiligten gutgeheissenen Kompromiss geboten, welcher die Basis der vorliegenden Revisionsvorlage darstellt. Diese Bereitschaft des SVIT Schweiz stand stets unter der Bedingung und steht auch heute noch unter der Bedingung, dass am geschnürten Gesamtpaket keine Veränderungen vorgenommen werden. Die in zahlreichen Verhandlungsrunden über Monate ausgehandelte Lösung stellt einen fein austarierten Kompromiss dar, in dessen Rahmen die Vermieterseite massgebende Zugeständnisse gemacht hat und mit welchem der SVIT Schweiz nach wie vor leben könnte. Die nachträgliche Modifikation einzelner Punkte zulasten der Vermieterschaften, die auch der vorliegenden Revisionsvorlage zu entnehmen sind, würde das gefundene Gleichgewicht jedoch zerstören und wäre für den SVIT Schweiz inakzeptabel. Diesfalls müsste der SVIT Schweiz die gesamte Revisionsvorlage ablehnen und sähe sich gezwungen, diese mit den ihm zur Verfügung stehenden politischen Mitteln zu bekämpfen.

In diesem gesamten Zusammenhang darf bereits an dieser Stelle der Hinweis nicht fehlen, dass die heute vorliegende Revisionsvorlage und der damit verbundene „Systemwechsel“, wonach an die Stelle der heutigen Kostenmiete die Indexmiete als grundsätzliches Mietzinsberechnungssystem treten sollte, in der Arbeitsgruppe Mietrecht von der Mieterorganisationen mit Nachdruck gewünscht worden ist. Demgegenüber haben der SVIT Schweiz und auch die übrigen Vermieterorganisationen einen solchen Systemwechsel nicht gesucht. Ausgangspunkt der gesamten Diskussionen war dabei das Einverständnis der Mieterseite, dass, falls der von ihr gewünschte „Systemwechsel“ vollzogen wird, eine Indexierung der Mietzinses

zu 100% gemäss der Veränderung des Landesindexes der Konsumentenpreise möglich wäre. Der SVIT Schweiz hat mit Befremden zur Kenntnis nehmen müssen, da kurz nach Abschluss des Kompromisses im vergangenen Herbst einzelne Mieterorganisationen die Indexierung zu 100%, welcher sie im Rahmen der Arbeitsgruppe Mietrecht noch zugestimmt hatten, wieder in Frage stellten. In diesem Sinne bedauert der SVIT Schweiz auch verschiedene Bemerkungen im erläuternden Bericht zur vorliegenden Revisionsvorlage, welche als Kritik an einer Indexierung zu 100% interpretiert werden könnten. Demgegenüber handelt es sich dabei aus Sicht des SVIT Schweiz nicht nur um die einzig sachgerechte Lösung, sondern auch um das „Herzstück“ des zwischen Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses, dessen nachträgliche Abänderung die gesamten im Rahmen der Arbeitsgruppe Mietrecht geführten Verhandlungen als Makulatur erscheinen liessen.

II. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen der Revisionsvorlage:

1. Art. 253b Abs. 2

Die vorgesehene Neufassung von Art. 253b Abs. 2 OR, wonach bei luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern zukünftig auf die Nettowohnfläche und nicht auf die Anzahl der Räume abgestellt wird, erscheint sachgerecht. **Allerdings ist zu überlegen, ob es für den Ausschluss der Anwendbarkeit der Bestimmungen über missbräuchliche Mietzinse des zusätzlichen Erfordernisses der luxuriösen Wohnung und Einfamilienhauses bedarf.** Abgesehen davon, dass die Praxis die Anforderungen an das Vorliegen von luxuriösen Räumen überspannt, werden Wohnräume mit einer Fläche von über 150 m² regelmässig von Personen angemietet, welche der mietrechtlichen Schutzbestimmungen gar nicht bedürfen. Letztlich handelt es sich bei Wohnräumen mit über 150 m² um „Luxus“, so dass insofern gesetzgeberische Eingriffe verbieten, welche sich auf die Verhinderung von Missbrauch zu beschränken haben. Dies gilt ganz besonders für die Miete von Einfamilienhäusern. Auf das Erfordernis des „Luxus“ kann somit verzichtet werden.

Darüber hinaus besteht aus Sicht des SVIT Schweiz ganz allgemein kein sachlicher Grund, Mietverhältnisse über Geschäftsräume den Schutzbestimmungen bezüglich missbräuchlicher Mietzinse zu unterstellen. Der Unternehmer bedarf eines Sozialschutzes im Bereich der Mietzinsgestaltung nicht. Er wird auch mit Bezug auf andere unternehmerische Entscheidungen, zum Beispiel Selektion von Angestellten und Festlegung der Saläre, Preisgestaltung bezüglich der von ihm angebotenen Produkte oder Dienstleistungen, Einkauf etc. nicht bevormundet oder überwacht. Er ist überdies durch die Allgemeinen Bestimmungen des OR, insbesondere Art. 20, 21 und 24 ff., unter Umständen auch durch Art. 2 ZGB geschützt. Eines weitergehenden Schutzes bedarf er nicht. **Demgemäss sollte im Art. 253b Abs. 2 OR ganz allgemein vorgesehen werden, dass die Bestimmungen über missbräuchliche Mietzinse für die Miete von Geschäftsräumen in keinem Falle gelten.**

2. Art. 269

Aufgrund des mit der Revisionsvorlage angestrebten „Systemwechsels“ ist es aus Sicht des SVIT Schweiz angezeigt, den missbräuchlichen Mietzins – wie vorgeschlagen – nicht mehr nach kostenmässigen Überlegungen, sondern aufgrund eines Modells der Vergleichsmiete zu bemessen, welche ihre Grundlage in repräsentativen, marktnahen Statistiken haben muss. Dabei geht der SVIT Schweiz aufgrund der Ausführungen im erläuternden Bericht davon aus, dass das massgebende Modell qualitativ zumindest dem vom BWO im Rahmen der Arbeitsgruppe Mietrecht vorgestellten, hedonischen Modell der Wüest & Partner AG entsprechen wird und diese Auffassung auch mit dem gesetzgeberischen Willen übereinstimmt, an welchen der Bundesrat in Ausübung der ihm in Absatz 5 der vorgeschlagenen Bestimmung eingeräumten Verordnungskompetenz gebunden ist. **Aus Sicht des SVIT Schweiz muss alles daran gesetzt werden, dass das zur Anwendung gelangende Modell die Wirklichkeit möglichst exakt abbildet.**

Um dieses Ziel eines möglichst exakten Abbilds der Wirklichkeit zu erreichen, wäre es angezeigt, lediglich Mietzinse in die statistische Betrachtung einzubeziehen, die kurz vor der statistischen Erhebung auf dem Markt vereinbart worden sind. Dieser Anforderung wird der Revisionsvorschlag mit einem Zeitraum von fünf Jahren vor dem Zeitpunkt der statistischen Erhebung nicht gerecht. **Im Sinne des in der Arbeitsgruppe Mietrecht gefundenen Kompromisses kann sich der SVIT Schweiz mit der vorgeschlagenen Regelung mit einem Betrachtungszeitraum von fünf Jahren jedoch abfinden. Diese Bereitschaft steht jedoch unter der sich jedoch nur aus dem erläuternden Bericht, nicht aber aus dem vorgeschlagenen Gesetzes ergebenden Voraussetzung, dass nicht die ursprünglich vereinbarten, sondern die zum Erhebungszeitpunkt jeweils aktuellen Mietzinse der zu berücksichtigen sind. Ebenso ist es zur Erzielung eines möglichst exakten Bildes der Wirklichkeit unerlässlich, dass die Statistik regelmässig, das heisst zumindest einmal jährlich erneuert wird. Insofern wäre der Gesetzestext noch zu ergänzen. Schliesslich ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass die Bemessung der für die Festlegung des Missbrauchs massgebliche Bandbreite von 90% der dem Mittelwert am nächsten liegenden Mietzinse ebenfalls Teil des gefundenen Kompromisses und unter anderem auch ein Gegengewicht für die fünfjährige Beobachtungsperiode darstellt.** Eine Verringerung der vorgeschlagenen Bandbreite wäre deshalb für den SVIT nicht akzeptabel.

Nach dem erläuternden Bericht sollen Mietzinse, die Gegenstand von Finanzhilfen der öffentlichen Hand bilden, bei den Datengrundlagen nicht berücksichtigt werden. Diese Beschränkung der Datengrundlagen ist sachgerecht, genügt aber nicht. **Vielmehr sind auch Mietobjekte, die von der öffentlichen Hand und von gemeinnützigen Wohnbauträgern (insbesondere Genossenschaften) vermietet werden, bei der Ermittlung der Vergleichsmiete auszuschliessen.** In diesen Fällen liegen offensichtliche Abweichungen vom „Markt“ vor, die nicht in eine Statistik einfliessen dürfen, welche sich zum Ziel setzt, den „Markt“ zutreffend abzubilden. Die von der öffentlichen Hand und von Genossenschaften vermieteten Objekte werden regelmässig nicht nach Marktkriterien, sondern häufig nach sozialetischen Gesichtspunkten (öffentliche Hand) oder zur Selbsthilfe (Genossenschaften), vermietet. Da sie in städtischen Verhältnissen einen beträchtlichen Anteil der vermieteten Objekte ausmachen, beeinflussen sie die Statistik einseitig zu Lasten der Vermieterschaft. Eine solche zusätzliche Einschränkung der Datengrundla-

gen rechtfertigt sich umso mehr, wenn der vorgeschlagene Art. 269f OR Gesetz werden sollte. **Diese Einschränkung der Datengrundlagen ist im Gesetz ausdrücklich zu verankern.**

Nach Absatz 6 der vorgeschlagenen Bestimmung sollen auch kantonale oder kommunale Erhebungen für die Bestimmung der zulässigen bzw. missbräuchlichen Mietzinse als anwendbar erklärt werden können. Gegen eine solche Möglichkeit sprechen aus Sicht der SVIT Schweiz massgebende Gesichtspunkte. **So handelt es sich beim missbräuchlichen Mietzins um einen gesamtschweizerisch einheitlichen Rechtsbegriff. Somit muss auch die Missbräuchlichkeit gesamtschweizerisch einheitlich bestimmt werden. Dieses Ziel lässt sich jedoch mit verschiedenen Statistiken, welche nicht auf den exakt gleichen Datengrundlagen beruhen, nicht erreichen.** Darüber hinaus macht es bei der Erstellung eines grundsätzlich gesamtschweizerisch hedonischen Modells für die Ermittlung der massgebenden Vergleichsmieten wenig Sinn, einzelne Kantone oder Kommunen „auszuschliessen“ und insofern gesonderte Erhebungen durchzuführen. Aus diesen Überlegungen lehnt der SVIT Schweiz die Zulassung von kantonalen und/oder kommunalen Statistiken grundsätzlich ab. **Bei alledem ist festzuhalten, dass allfällige kantonale und kommunale Erhebungen nicht nur den Anforderungen der Absätze 2 und 3, sondern insbesondere auch der Absätze 4 und 5 des vorgeschlagenen Art. 269 OR zu genügen hätten.**

3. Art. 269a

Aus Sicht des SVIT Schweiz trifft es zwar zu, dass der mit der Erstellung eines hedonischen Modells der Vergleichsmiete für Geschäftsräume verbundene Aufwand kaum zu rechtfertigen wäre. Die Beibehaltung des Begriffs der orts- und quartierüblichen Mietzinse, der sich in der bisherigen Praxis als unpraktikabel erwiesen hat, erscheint aber ebenfalls problematisch. **Aus Sicht der SVIT Schweiz ist es auch vor diesem Hintergrund angezeigt, für Geschäftsräume auf jedwelche Bestimmungen betreffend missbräuchliche Mietzinse zu verzichten und insofern keinerlei Regulierung vorzusehen.**

4. Art. 269b

Alleine im Sinne des von den Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses kann der SVIT Schweiz damit leben, dass im Falle einer Handänderung der neue Eigentümer zukünftig nicht mehr berechtigt sein soll, den Mietzins anzupassen.

Begrüsst wird vom SVIT Schweiz, dass die – heute schon gegebene – Möglichkeit und Zulässigkeit der Umsatzmiete im Gesetz ausdrücklich verankert wird. **Der SVIT Schweiz geht bezüglich der Umsatzmiete davon aus, dass die Parteien berechtigt sind, die für deren Berechnung massgebenden Grundlagen im Mietvertrag völlig frei zu vereinbaren.** Immerhin ist im Zusammenhang mit der Umsatzmiete darauf hinzuweisen, dass sich diese regelmässig dem Schema der Mietzinsanpassung im Sinne des heutigen Art. 269d OR bzw. des vorgeschlagenen Art. 269g OR entzieht. Die vom Mieter aufgrund der vertraglich vereinbarten Faktoren zu bezahlende Umsatzmiete lässt sich regelmässig erst im Nachhinein und für einen bereits vergangenen Zeitraum definitiv bestimmen. Demgegenüber zielen der bestehende Art. 269d OR bzw. der vorgeschlagene Art. 269g OR auf eine Mietzinsfestlegung pro futuro.

Aufgrund dieser unterschiedlichen Ausgangslagen sollte im Gesetz ausdrücklich festgehalten werden, dass die vom Mieter geschuldete Umsatzmiete nicht mit einem vom Kanton genehmigten Formular angezeigt werden muss. Auch erweist sich aufgrund dessen die vorgeschlagene Bestimmung von Art. 270a Abs. 1 lit. b OR als bestenfalls verwirlich.

5. Art. 269c

Die vorgeschlagene Regelung erweist sich unter verschiedenen Gesichtspunkten als verunglückt und kann nicht akzeptiert werden. Das vorgegebene Ziel einer „konsequenten Vereinfachung“ und einer „besseren Transparenz“ wird klar verfehlt.

Aus Sicht des SVIT Schweiz besteht für die vorgeschlagene Regelung, wonach jeweils nur genau die Indexveränderung von jeweils exakt zwölf Monaten für die Anpassung des Mietzinses massgebend sein soll, keine sachliche Berechtigung. Vielmehr würde es sich bei einer solchen Regelung alleine um ein „regulatorisches Unding“ handeln, welches auf Seiten der Vermieterschaften und namentlich für die Liegenschaftsverwaltungen zu erheblichem zusätzlichem Aufwand führt. Insbesondere würden die verwaltungstechnisch einzig sinnvollen einheitlichen Indexstände für alle Objekte in ein und derselben Liegenschaft der Vergangenheit angehören. **Die vorgeschlagene, künstliche Fixierung auf einen zwölfmonatigen Rhythmus für die Mietzinsanpassung gehört ersatzlos gestrichen. Dies gilt umso mehr, wenn eine Anpassung des Mietzinses aufgrund der Veränderung des Landesindex der Konsumentenpreise nur einmal jährlich möglich sein soll, was vom SVIT Schweiz als ebenfalls nicht sachgerecht beurteilt wird, im Sinne eines Kompromisses jedoch akzeptiert würde.**

Ebenfalls zu streichen ist die vorgesehene Beschränkung des zulässigen Basisindexstandes auf den Indexstand bei Vertragsabschluss und das damit verbundene Verbot der Festlegung eines anderen Basisindexstandes. Auch diese Regelung verkennt die tatsächlichen Verhältnisse auf dem „Mietmarkt“. Zum einen wird ein grosser Teil der Wohnungsmietverhältnisse im Nachgang zu einer vorzeitigen Rückgabe des Mietobjektes durch den Vormieter abgeschlossen. Für dieses Mietverhältnis sind jedoch von Gesetzes wegen die gleichen Bedingungen und damit auch der bisherige Mietzins massgebend, welcher auf dem bisherigen Indexstand basiert. Weshalb nun plötzlich ein anderer – und nur dieser andere – Indexstand, nämlich der Indexstand bei Vertragsabschluss massgebend sein darf, ist nicht nachvollziehbar. Zum anderen ist – wie bereits erwähnt – verwaltungstechnisch angezeigt, dass in ein und derselben Liegenschaft einheitliche Indexstände für alle Objekte gelten. Weshalb ein Vermieter gezwungen werden soll, bereits bei Vertragsabschluss eine entsprechende Anpassung vorzunehmen, und damit nicht bis zur regelmässig gleichzeitigen Anpassung aller Mietverhältnisse der gesamten Liegenschaft zu warten darf, ist nicht ersichtlich.

Bei alledem ist auch an dieser Stelle nochmals festzuhalten, dass die – im übrigen bereits nach heutigem Recht zulässige – Überwälzung der Teuerung zu 100% Ausgangspunkt des zwischen den Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses darstellt und demgemäss nicht zur Diskussion stehen kann.

Ebenfalls – und nur – im Sinne des zwischen der Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses ist der SVIT Schweiz mit der dem Bundesrat in Absatz 3 eingeräumten Kompetenz einverstanden, im Falle einer durchschnittlichen Jahresteuern in zwei aufeinanderfolgenden Jahren von jeweils über fünf Prozent die Überwälzung der Teuerung zu 100% zu reduzieren. Allerdings kann es sich dabei nicht um eine verbindliche Verpflichtung des Bundesrates, sondern alleine um eine Frage des sachgemässen Ermessens gehen. **Aus diesem Grund ist Absatz 3 als „Kann-Vorschrift“ zu formulieren. Im Weiteren muss es sich von selbst verstehen, dass trotz einer allenfalls angeordneten Reduktion zumindest noch eine Erhöhung des Mietzinses um jährlich 5% zulässig sein muss und die erfolgte Reduktion in Folgejahren mit durchschnittlichen Teuerungsraten von unter 5% entsprechend kompensiert werden darf. Der Gesetzestext ist insofern noch anzupassen.**

6. Art. 269d

Nach Auffassung des SVIT ist der vorgeschlagene Art. 269d OR in der Weise zu ergänzen, dass der Vermieter an eine langjährige Mietdauer mit Staffelung nicht gebunden sein kann, wenn der Anfangsmietzins vom Richter korrigiert wird. In der heutigen Praxis werden Mietzins-Staffelverträge hauptsächlich abgeschlossen, weil dem Mieter ein Anfangsrabatt gewährt werden soll. Die Staffelung kompensiert längerfristig den gewährten Rabatt oder führt den Mietzins an die Marktverhältnisse heran. Wenn nun der Richter den Anfangsmietzins nach unten korrigiert, so bleibt offen, was mit den von den Parteien einvernehmlich festgelegten Staffelungs-Mietzinsen geschieht: Passt man sie einfach proportional zur Reduktion des Anfangsmietzinses an, so zwingt man den Parteien unter Umständen während längerer Zeit Mietzinse auf, die sie selbst so gar nicht haben festlegen wollen und man zwingt den Vermieter, ein unter Umständen langjähriges Vertragsverhältnis zu erfüllen, das er nie abgeschlossen hätte, wenn er nicht mit den vereinbarten Mietzinsen hätte rechnen können. Erneut sei darauf hingewiesen, dass auch bei gestaffelt vereinbarten Mietzinsen ja eine Abhängigkeit zu anderen Leistungen des Vermieters, wie Investitionen, Gewährung von Optionsrechten etc. besteht. Es kann im Übrigen ja im Zeitpunkt der Anfangsmietzinsanfechtung je nach dem gar nicht beurteilt werden, ob dereinst die von den Parteien vorgesehenen Staffellungen zu missbräuchlichen Mietzinsen führen.

Zudem sollte im Gesetz klar festgelegt werden, dass für das nach Ablauf der Staffeldauer resultierende Indexmietverhältnis der von den Parteien mietvertraglich festgelegte Basisindexstand oder – mangels entsprechender Vereinbarung – der Indexstand bei Mietvertragsabschluss massgebend ist. Eine solche Regelung entspricht der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der massgebenden Kostenstände im Falle des Ablaufs der Staffeldauer.

7. Art. 269e

Die vorgeschlagene Regelung ist namentlich hinsichtlich ihres Konkretisierungsgrades völlig ungenügend und für den SVIT Schweiz in dieser Form nicht akzeptabel.

Teil des von den Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses ist die Zulässigkeit der Mietzinserhöhung aufgrund von Mehrleistungen des Vermieters gemäss dem im Jahre 2007 geltenden Recht. Der vorgeschlagene Absatz 1 setzt diesen Kompromiss jedoch nur völlig ungenügend um, indem er aus Art. 14 VMWG alleine die Regelung des zulässigen Überwälzungssatzes übernimmt. Die in Art. 14 Abs. 1 VMWG enthaltene Umschreibung, um was es sich bei Mehrleistungen des Vermieters handelt, sowie darin vorgesehene Regelung betreffend umfassender Überholung bleibt demgegenüber völlig unerwähnt, was nicht angehen kann. **Aus Sicht des SVIT Schweiz ist insbesondere auch Art. 14 Abs. 1 VMWG ins Gesetz zu übernehmen.** Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, warum nicht auch im Rahmen der Revision die entsprechende Bestimmung auf Gesetzesebene verankert werden soll. Vielmehr entspricht dies dem Verständnis des zwischen den Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses.

Dabei wäre allenfalls zu überlegen, ob anstelle der Bandbreite von 50-70 % überwälzbarem Anteil der umfassenden Überholungen nicht ein Regelsatz von 60 % in das Gesetz aufgenommen werden sollte. Die heute bestehende Regelung, wonach bei umfassenden Überholungen ein Anteil von 50-70 % der getätigten Investitionen "kapitalisiert" auf die Mietzinse überwälzt werden kann, belässt Schlichtungsbehörden und Gerichten einen erheblichen Ermessensspielraum. Anhaltspunkte, nach welchen Kriterien dieses Ermessen zu handhaben ist, sind weder dem Gesetz noch der Verordnung zu entnehmen. Die Praxis hat gezeigt, dass sich Schlichtungsbehörde und Gerichte schwer tun, dieses Ermessen nach objektiven Kriterien auszuüben. Es besteht eine generelle mieterfreundliche Tendenz, lediglich den Minimalansatz von 50 % zuzulassen. Die Festlegung eines Regelsatzes von 60 % vereinfacht und erleichtert die Arbeit von Schlichtungsbehörden und Gerichten, und sie ermöglicht es den Vermietern auch, einigermaßen zuverlässig den "return on investment" im Voraus zu kalkulieren. Dies wiederum ist wichtig, weil Vermieter – angesichts der restriktiven Praxis von Behörden und Gerichten – tendenziell dazu gezwungen werden, allen Mietern zu kündigen, um in der Folge ungestört Sanierungsarbeiten ausführen und die Mietobjekte zu Marktkonditionen anbieten zu können. Diese Tendenz läuft aber den Interessen der Mieter zuwider.

Schliesslich ist im Zusammenhang mit der Übernahme von Art. 14 VMWG ins Gesetz festzuhalten, dass die per 1. Januar 2008 in Kraft getretene Formulierung der erwähnten Bestimmung wohl nur teilweise als glücklich betrachtet werden kann. Insofern wird ausdrücklich auf die Darstellungen im soeben erschienenen SVIT-Kommentar III, N. 60a – 60d zu Art. 269a OR, verwiesen. Leider muss in der Praxis einzelner Schlichtungsstellen bereits beobachtet werden, dass sich die Befürchtungen bewahrheiten, wonach die mit der Neufassung angestrebte Förderung energetischer Massnahmen namentlich nur den heute geltenden Absatz 3 von Art. 14 VMWG in ihr Gegenteil verkehrt wird. **Somit wäre die Formulierung der per 1. Januar 2008 erfolgten Neufassung von Art. 14 VMWG im Falle der Übernahme ins Gesetz anzupassen. Mit Nachdruck sei bei alledem festgehalten, dass sich der Kompromiss der Mieter- und Vermieterorganisationen alleine auf Art. 14 VMWG in seiner bisherigen Fassung bezo-**

gen hat und haben kann. Die verunglückte Neufassung datiert aus dem Dezember 2007, wogegen die Kompromisslösung bereits anfangs November 2007 gefunden worden ist.

Schliesslich weicht der vorgeschlagene Absatz 3 insofern von dem zwischen den Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromiss ab, als die einjährige Sperrfrist erst mit dem Mietbeginn zu laufen beginnen soll, wogegen die vereinbarte Lösung auf den Zeitpunkt der Mietvertragsabschlusses Bezug genommen hat und nur insofern eine Entgegenkommen der Vermieterverbände zugestanden worden ist. **Die vorgeschlagene Version von Absatz 3 ist für den SVIT Schweiz nicht akzeptabel, sondern muss in der Weise korrigiert werden, dass die Frist von einem Jahr mit dem Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses zu laufen beginnt.**

8. Art. 269f

Aus Sicht des SVIT Schweiz sprechen grundsätzliche Überlegungen gegen ein „Sonderrecht“ für bestimmte Personengruppen. Allerdings wird die vorliegende Bestimmung nicht kategorisch abgelehnt. In jedem Falle belegt die vorgeschlagene Regelung, dass Mietobjekte von gemeinnützigen Wohnbauträgern, insbesondere wenn für diese gesonderte Bestimmungen gelten, nicht in die Statistik zur Ermittlung der Vergleichsmiete einfließen dürfen.

9. Art. 269g

Die vorgeschlagenen Absätze 1 – 3 entsprechend der aktuellen gesetzlichen Regelung von Art. 269d OR und geben insofern keinen Anlass für Bemerkungen. Allerdings bedürfen die erwähnten Bestimmungen nach Auffassung des SVIT Schweiz verschiedener Ergänzungen bzw. Verdeutlichungen.

Nach Abs. 1 ist eine Mietvertragsänderung jeweils nur auf einen Kündigungstermin hin möglich. Diese Bestimmung trägt dem Umstand keine Rechnung, dass namentlich bei Geschäftsmietverträgen langfristig und ohne zwischenzeitliche Kündigungsmöglichkeit angeschlossen werden, der Mietzins aber nichtsdestotrotz der Veränderung des Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden soll. **Aus diesem Grunde ist Absatz 1 – analog zum aktuellen Art. 17 Abs. 3 VMWG – dergestalt zu ergänzen, dass in Mietverträgen mit einer unkündbaren Dauer von mehr als einem Jahr die Mietzinsanpassung jeweils unter Einhaltung einer Frist von 30 Tagen auf ein Monatsende angekündigt werden kann.**

In Absatz 2 ist klarzustellen, dass "unklare" Begründungen nicht zur Nichtigkeit führen, um der von der Bundesgerichtspraxis contra legem erfundenen "Nichtigkeit" sogenannt "unklarer" Begründungen endgültig einen Riegel zu schieben. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die auch dogmatisch keine Stütze finden kann, führt zu einer unhaltbaren Rechtsunsicherheit, da über jeder Mietvertragsänderung das Damoklesschwert hängen bleibt, ob eine rechtsanwendende Instanz nicht irgendwann einmal zur Auffassung gelangt, dass die Begründung nicht genügend klar und die entsprechende Anzeige deshalb nichtig sei. Dass die Beantwortung der Frage, ob eine Begründung genügend klar

ist, eine Ermessenssache darstellt, ist offensichtlich. An einen solchen Ermessensentscheid die Nichtigkeitsfolge zu knüpfen, kann nicht angehen. Der Mieter ist durch die ihm vom Gesetz eingeräumte Anfechtungsmöglichkeit genügend geschützt. Auch muss der Vermieter eine (unklare) Begründung im Zweifelsfalle gegen sich auslegen lassen.

Im Weiteren ist im Rahmen der Neufassung von Art. 269g OR festzuhalten, dass es zur formellen Gültigkeit einer einseitigen Vertragsänderung genügt, wenn das Formular mittels faksimilierter Unterschrift unterzeichnet wird. Eine solche Art und Weise der Unterzeichnung ist für den Mieter mit keinerlei Nachteilen verbunden. Beim Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift, welches namentlich für Liegenschaftsverwaltungen einen völlig unhaltbaren, zusätzlichen Aufwand mit sich bringt, handelt es sich um einen übertriebenen formalistischen Akt, was auch der Bundesrat in seiner Beantwortung der Motion Steiner (07.3159) festgehalten hat.

Sinn und Zweck der von Absatz 4 bei der Staffelmiete verlangten schriftlichen Anzeige sind nicht ersichtlich. Vielmehr handelt es sich um einen administrativen Leerlauf. Offenbar ist weiterhin vorgesehen, dass als "Gültigkeitserfordernis" für das Inkrafttreten einer bereits im Voraus vereinbarten Mietzinsstaffelung eine einfache schriftliche Erklärung des Vermieters abgegeben werden muss. Anzunehmen ist, dass trotz gegenteiliger vertraglicher Vereinbarung der erhöhte Mietzins nicht geschuldet ist, wenn der Vermieter diese Mitteilung vergisst. Weshalb ein im Voraus vereinbarter und nicht anfechtbarer Mietzins deshalb missbräuchlich sein soll, weil der Vermieter vergisst, einen Brief zu schreiben, ist unklar. Auf das Erfordernis einer schriftlichen Mitteilung ist daher zu verzichten. **Richtigerweise ist in Absatz 4 somit festzuhalten, dass es bei der Staffelmiete keiner speziellen Anzeige des Vermieters bedarf. Wie bereits erwähnt muss gleiches auch für Umsatzmiete gelten, was im Absatz 4 ebenfalls klargestellt werden könnte.** Der Vermieter berechnet aufgrund der ihm zur Verfügung gestellten Umsatzzahlen den Mietzins und teilt seine Berechnung dem Mieter mitteilt. Diese Mitteilung kann aber nicht formelle Gültigkeitsvoraussetzung dafür sein, dass der Umsatzmietzins überhaupt geschuldet ist. **In beiden Fällen gelten ohne Weiteres die von den Parteien stipulierten vertraglichen Vereinbarungen, ohne dass es insofern weiterer Formalien bedürfen würde.**

10. Art. 270

Die unveränderte Beibehaltung von Art. 270 Abs. 1 OR ist ebenfalls Teil des zwischen den Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses, obwohl es sich um einen vom SVIT Schweiz seit jeher entschieden abgelehnten Einbruch in den Grundsatz der Vertragstreue („pacta sunt servanda“) handelt und namentlich lit. b der fraglichen Bestimmung, welche die Anfechtung im Falle einer erheblichen Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem früheren Mietzins zulässt, sachlich jeglicher Grundlage entbehrt. **Eine weitergehende, das heisst über den heutigen Art. 270 Abs. 1 OR hinaus gehende Anfechtbarkeit des Anfangsmietzinses wäre für den SVIT Schweiz von Vornherein inakzeptabel.**

Ein besonderes Problem ergibt sich bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses im Zusammenhang mit der Umsatzmiete für Geschäftsräume. Insofern ist völlig unklar, wie die Beurteilung der Zulässigkeit bzw. Missbräuchlichkeit des Mietzinses erfolgen soll.

Nach Art. 256a Abs. 2 OR kann der Mieter schon nach heutigem Recht verlangen, dass ihm die Höhe des Mietzinses des vorangehenden Mietverhältnisses mitgeteilt wird. Die von Art. 270 Abs. 2 vorgesehene Formularpflicht liesse sich dann höchstens noch dadurch rechtfertigen, dass der Vermieter gezwungen wird, einen allfällig gegenüber dem früheren Mietzins erhöhten Mietzins zu begründen. Damit lässt sich aber die Formularpflicht nach der Revisionsvorlage über das neu zu konzipierende Mietrecht nicht mehr rechtfertigen: Das einzige Missbrauchskriterium, das bei der Überprüfung des Anfangsmietzinses eine Rolle spielt, ist ja der Vergleichsmietzins bzw. der orts- und quartierübliche Mietzins im Sinne von Art. 269/269a OR. Da der Anfangsmietzins nur nach diesen – von beiden Parteien möglicherweise nicht beurteilbaren – Kriterien überprüft werden kann, interessiert die Begründung des Vermieters für eine allfällige Mietzinserhöhung nicht. Hinzu kommt, dass nach den Erfahrungen – insbesondere im Kanton Zürich – brauchbare Kriterien dafür, was unter dem Begriff des **"Wohnungsmangels"** zu verstehen ist, nicht existieren. Dieser Begriff ist denn auch nichts weiter als ein **Produkt der Presse**: Mieterkreisen nahestehende Personen oder der Mieterverband lancieren von Zeit zu Zeit eine Pressekampagne und kritisieren undifferenziert eine als bestehend erachtete Wohnungsnot. Mangels eigenem Beurteilungsvermögen von Schlichtungsbehörden und Richtern wird die solcherart kolportierte Wohnungsnot in der Folge "gerichtsnotorisch". Nebenbei erwähnt sei, dass die Unterlassung der Verwendung eines vom Kanton genehmigten Formulars zur Mitteilung des Anfangsmietzinses keine Konsequenzen nach sich zieht. Weder ist der Vertrag nichtig (was ja zur Folge hätte, dass der Mieter sofort wieder ausziehen müsste) noch kann einfach angenommen werden, es gelte der vom früheren Mieter bezahlte Mietzins (der ja seinerseits missbräuchlich sein könnte). Mit oder ohne Verwendung des Formulars ändert sich – insbesondere auf der Grundlage des neuen Mietrechtskonzeptes – nichts daran, dass jeder Mietzins, gleichgültig nach welchen Kriterien ihn der Vermieter festgelegt hat, im Sinne von Art. 269/269a auf das Kriterium der Vergleichsmiete bzw. der Orts- und Quartierüblichkeit hin überprüft werden kann. Die Einführung eines vom Kanton genehmigten Formulars zur Mitteilung des Anfangsmietzinses ist ein administrativer Leerlauf. Dieser Befund wird durch die Erfahrungen seit dem Inkrafttreten der Mietrechtsrevision im Jahre 1990 bestätigt, kennt heute doch kein Kanton eine solche Regelung. Vielmehr haben diejenigen Kantone, welche ein solches Formular eingeführt hatten, dieses mangels Tauglichkeit wieder abgeschafft. **Auf Art. 270 Abs. 2 OR ist demnach ersatzlos zu verzichten.**

11. Art. 270a

Der vorgeschlagene Absatz 1 gibt grundsätzlich zu keinen Bemerkungen Anlass, da er die Konsequenz der Neukonzeption darstellt. Davon ausgenommen ist lit. b für die Umsatzmiete. Diese Regelung macht offensichtlich keinen Sinn. Die Umsatzmiete bemisst sich aufgrund der vertraglichen Vorgaben. Insofern findet keine Mietzinserhöhung oder Mietzinsherabsetzung im eigentlichen Sinne statt. Vielmehr variiert der Mietzins alleine aufgrund der vertraglich vereinbarten Parameter. Hat der Umsatz im Vergleich mit der vorangegangenen Bemessungsperiode abgenommen, schuldet der Mieter automatisch ein geringeres Entgelt, ohne dass er dazu ein Mietzinsherabsetzungsbegehren stellen

müsste. Ebenso schuldet der Mieter, wenn sein Umsatz zunimmt, ein höheres Entgelt, was sinnvollerweise ebenfalls keiner formellen Mietzinserhöhungsanzeige bedürfen kann. **Lit. b von Absatz 1 ist somit ersatzlos zu streichen.**

12. Art. 270b

Allenfalls wäre zwecks Verdeutlichung des sich auch aus dem vorgeschlagenen 269b OR ergebenden gesetzgeberischen Willens ausdrücklich festzuhalten, dass im Rahmen der Anfechtung einer Mietzinserhöhung während der Mietdauer alleine die Berechtigung des geltend gemachten Erhöhungsgrundes geprüft wird, nicht aber die Frage, ob der in Frage stehende Mietzins allenfalls missbräuchlich im Sinne der vorgeschlagenen Art. 269/269a OR wäre. Missverständnisse könnten sich insofern allenfalls aus dem Umstand ergeben, dass die geltenden Art. 270c OR für die Indexmiete und Art. 270d OR für die Staffelmiete offensichtlich erhalten bleiben sollen, wonach analoge Bestimmungen hinsichtlich der vorgeschlagenen Erhöhungsgründe von Art. 269b lit. d und e OR (Empfehlung eines Rahmenmietvertrages und Mehrleistungen des Vermieters) fehlen. **Dass eine Mietzinsherabsetzung i.S.v. Art. 270b OR bei der Umsatzmiete – ebenso wenig wie eine Mietzinserhöhung nach Art. 269g OR – von der Sache her nicht in Frage kommen kann, ist bereits festgehalten worden.**

13. Art. 1 UeBest

Bei der vorliegenden Übergangsbestimmung handelt es sich ebenfalls um einen Teil des zwischen Mieter- und Vermieterorganisationen gefundenen Kompromisses. Eine Abänderung zulasten der Vermieterschaft könnte vom SVIT Schweiz nicht akzeptiert werden.

14. Art. 2 UeBest

Keine Bemerkungen.

15. Art. 3 UeBest

Die vorgeschlagene Regelung führt bei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bestehen Mietverhältnissen, zu keiner „nahtlosen“ Berücksichtigung der Indexentwicklung. Beabsichtigt ein Vermieter, Art. 1 Abs. 2 UeBest nicht in Anspruch zu nehmen, sondern umgehend auf das Modell der Indexmiete umzustellen, so verliert er die allfällige Indexsteigerung vom Zeitpunkt, auf welchen die Indexveränderung letztmals angepasst worden ist, bis zum Stand des Landesindex bei Inkrafttreten der Rechtsänderung. Gleiches gilt auch dann, wenn der Vermieter von der altrechtlichen Anpassungsmöglichkeit i.S.v. Art. 1 Abs. 2 UeBest Gebrauch macht. Diesfalls verliert er die allfällige Indexsteigerung vom Zeitpunkt, auf wel-

chen die Indexveränderung letztmals altrechtlich angepasst worden ist, bis zum Stand des Landesindexes bei Inkrafttreten der letzten altrechtlichen Anpassung.

Die vorgeschlagene Regelung erweist sich damit aus Sicht des SVIT Schweiz als nicht sachgerecht. Vielmehr ist auf den für das jeweilige Mietverhältnis konkret massgebenden letzten Indexstand abzustellen. Sofern und soweit dadurch ein Zeitraum vor Inkrafttreten des neuen Rechts beschlagen würde, könnte insofern eine Berücksichtigung der Indexveränderung im Umfange von 40% vorgesehen werden.

16. Art. 4 UeBest

Der Begriff der „festen Vertragsdauer“ ist unklar, da er bis heute vom Gesetzgeber nicht verwendet wird. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere zu klären, dass bei Gewährung von Optionsrechten, falls sie ausgeübt werden, eine feste Vertragsdauer im Sinne dieser Bestimmung bis zum Ablauf der Optionsdauer vorliegt. Haben die Parteien bereits im Mietvertrag festgelegt, welche Mietzinsanpassungen während der „Optionsdauer“ möglich sind, so geht diese Regelung einer allfälligen Rechtsänderung vor. Den Parteien darf keine vom Vertragsinhalt abweichende Mietzinsanpassungsmechanik aufgezwungen werden.

17. Art. 5 UeBest

Hier sollte den Mietvertragsparteien die Möglichkeit eingeräumt werden, die Anwendbarkeit des neuen Art. 253b Abs. 2 OR schriftlich zu vereinbaren.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen
Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft

Urs Gribi
Präsident

Tayfun Celiker
Direktor

Im Doppel