

Orts- oder Quartierüblichkeit



(Keystone)

Rechtsgutachten, erstellt von Dr. Beat Rohrer, Rechtsanwalt

Zürich, 7. Juli 2016



GUTACHTEN

Klient:	SVIT
Mandat:	Orts- oder Quartierüblichkeit
Thema:	Mietzinsgestaltung nach dem Kriterium der Orts- oder Quartierüblichkeit – Aktueller Stand von Lehre und Rechtsprechung und daraus ableitbare Konsequenzen
Verfasser:	Dr. Beat Rohrer
Datum:	7. Juli 2016/4. November 2017

Inhaltsverzeichnis:

1.	Einleitung.....	3
2.	Gesetzliche Regelung und Entstehungsgeschichte der Norm	3
2.1	Gesetzes- und Verordnungstext	3
2.2	Entstehungsgeschichte der Bestimmungen betreffend die orts- oder quartierüblichen Mietzinse	4
2.3	Die Praxis des Bundesgerichtes zur Einordnung der Orts- oder Quartierüblichkeit im System der Missbrauchskriterien	7
2.3.1	Terminologisches.....	7
2.3.2	Formelle Beschränkungen bezüglich der Anrufung der Orts- oder Quartierüblichkeit.....	9
2.3.3	Konkreter Anwendungsbereich der Orts- oder Quartierüblichkeit	10
2.3.4	"Rangordnung" unter den einzelnen Missbrauchskriterien?	11
2.3.5	Exkurs: Die Praxis des Bundesgerichtes zur Berechnung des nicht missbräuchlichen "angemessenen" Ertrages (Art. 269 OR)	12
3.	Die Anforderungen an die zum Vergleich geeigneten Objekte	15
3.1	Allgemeines	15
3.2	Zu den einzelnen Kriterien gemäss Art. 11 VMWG	16
3.2.1	Lage	16
3.2.2	Grösse	17
3.2.3	Zustand und Ausstattung	18
3.2.4	Bauperiode	18
3.3	Anforderungen an die Substantiierung	19
3.4	Expertise als Beweismittel?	20
3.5	Amtliche Statistiken	21
3.6	Beweislast.....	22

4.	Kritische Würdigung der aktuellen Lehre und Rechtsprechung zur Orts- oder Quartierüblichkeit	24
4.1	Die systematische Einordnung des Kriteriums Orts- oder Quartierüblichkeit	24
4.2	Übertriebene Anforderungen an die Vergleichbarkeit.....	26
4.3	Übertrieben hohe Anforderungen an die Substantiierung der Vergleichskriterien und an den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit	29
4.4	Expertise als Beweismittel?	30
4.5	Amtliche Statistiken.....	33
4.6	Schiedsgutachten / Schiedsgericht.....	34
4.7	Beweislast.....	34
5.	Perspektiven im Rahmen des geltenden Rechtes	35
5.1	Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes.....	35
5.2	Erleichterungen für die Substantiierung und den Nachweis der Ortsüblichkeit durch private Statistiken oder durch den Einbezug von Sachverständigengutachten im Prozessverfahren?	36
5.3	Kooperation unter den Liegenschafteneigentümern und Bewirtschaftungsunternehmungen	37
6.	Perspektiven de lege ferenda.....	38
6.1	Anpassung der VMWG	38
6.2	Neukonzeption der Regelungen über die so genannten missbräuchlichen Mietzinse	39
7.	Zusammenfassung.....	40

1. Einleitung

Seit der Einführung der Pflicht des Vermieters, dem Mieter beim Abschluss des Mietvertrages den Anfangsmietzins auf einem so genannten amtlichen Formular bekannt zu geben, hat die Anzahl von Anfechtungen des Anfangsmietzinses im Kanton Zürich stark zugenommen. Da viele Vermieter mangels Alternativen die Anfangsmietzinsgestaltung in der Regel unter Hinweis auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse begründen, erlangt dieses Kriterium – auf das sich Vermieter in so genannt laufenden Mietverhältnissen eher nur in Ausnahmefällen berufen – erhöhte Bedeutung.

Das nachfolgende Gutachten geht der Frage nach, welche Überlegungen sich der Gesetzgeber machte, als er das Kriterium der Orts- oder Quartierüblichkeit in den Katalog der so genannten Missbrauchs-Kriterien im Zweiten Abschnitt des Achten Titels des Obligationenrechtes (Art. 269 ff. OR) aufnahm. Es wird dargestellt, in welcher Weise das Bundesgericht die Anforderungen an den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit konkretisiert hat und wie dieses Kriterium insbesondere im Verfahren von derjenigen Partei, welche sich darauf beruft, substantiiert und bewiesen werden muss. Der kritischen Betrachtung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtes folgen einige Überlegungen über die zukünftigen Perspektiven dieses Missbrauchskriteriums im Rahmen des geltenden Rechtes und im Rahmen einer allenfalls anzustrebenden Änderung von Gesetz oder Verordnung.

2. Gesetzliche Regelung und Entstehungsgeschichte der Norm

2.1 Gesetzes- und Verordnungstext

Bezüglich der Orts- oder Quartierüblichkeit finden sich folgende Bestimmungen in Gesetz und Verordnung:

Art. 269a lit. a OR lautet wie folgt:

"Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie insbesondere:

a. im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen;"

Art. 269a lit. a OR wird ergänzt durch Art. 11 VMWG. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

"Orts- und quartierübliche Mietzinse (Art. 269a Bst. a OR)

¹*Massgeblich für die Ermittlung der orts- und quartierüblichen Mietzinse im Sinne von Artikel 269a Buchstabe a des Obligationenrechts sind die Mietzinse für Wohn- und Geschäftsräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind.*

²*Bei Geschäftsräumen kann der Vergleich im Sinne von Artikel 269a Buchstabe a des Obligationenrechts mit den quartierüblichen Quadratmeterpreisen gleichartiger Objekte erfolgen.*

³*Ausser Betracht fallen Mietzinse, die auf einer Marktbeherrschung durch einen Vermieter oder eine Vermietergruppe beruhen.*

⁴*Amtliche Statistiken sind zu berücksichtigen."*

2.2 Entstehungsgeschichte der Bestimmungen betreffend die orts- oder quartierüblichen Mietzinse

Die heute massgebenden Bestimmungen, welche die orts- oder quartierüblichen Mietzinse als Kriterium für die Überprüfung eines missbräuchlichen Mietzinses enthalten, sind mit der Revision des Mietrechtes, welche auf 1. Juli 1990 in Kraft trat, in das Obligationenrecht aufgenommen worden. Die Art. 269 und 269a OR in der ab 1. Juli 1990 geltenden Fassung entsprechen dabei weitestgehend den Art. 14 und 15 des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 (BMM). Der die orts- oder quartierüblichen Mietzinse betreffende Art. 15 Abs. 1 lit. a BMM lautete nämlich wie folgt:

"Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn insbesondere eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- a. wenn sie sich im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse vergleichbarer Wohnungen und Geschäftsräume unter Berücksichtigung der La-*

ge, der Ausstattung, des Zustandes der Mietsache und der Bauperiode halten;"

Die vorzitierte Bestimmung wurde ergänzt durch Art. 8 der Verordnung über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 10. Juli 1972 (VMM), welche wie folgt lautet:

"Mietzinse für Geschäftsräume

Bei Geschäftsräumen kann der Vergleich im Sinne von Artikel 15 Buchstabe a des Bundesbeschlusses mit den quartierüblichen Quadratmeterpreisen gleichartiger Objekte erfolgen."

Die Randtitel umschrieben die Beziehung von Art. 14 und 15 BMM mit "Grundsatz" – "Ausschluss"; das entsprechende Verhältnis der Art. 269 und 269a OR wird im aktuellen Gesetzestext mit "Regel" – "Ausnahme" umschrieben.

Der BMM wurde als Dringlicher Allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss erlassen, nachdem Volk und Stände am 5. März 1972 die Änderung der Bundesverfassung mit Einführung der Art. 34^{sexties} und 34^{septies} angenommen hatten. Der Anwendungsbereich sollte beschränkt sein auf Gemeinden, in denen Wohnungsnot oder Mangel an Geschäftsräumen herrschte (Art. 2 Abs. 1 BMM). Dabei hatte der Bundesrat diejenigen Gemeinden zu bezeichnen, in welchen diese Voraussetzungen erfüllt waren (Art. 3 Abs. 1 BMM). In der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über dringliche Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 24. April 1972¹ stellte der Bundesrat bezüglich der neu geschaffenen Art. 14 und 15 BMM Folgendes fest:

"Es ist sehr schwierig, positiv auszudrücken, was Missbrauch im Allgemeinen und im Hinblick auf einzelne Tatbestände ist. Aus diesem Grund zählt der Entwurf in Artikel 15 auch solche Tatbestände auf, bei deren Vorliegen in der Regel eine missbräuchliche Mietzinsforderung nicht besteht. Die dort erwähnten Tatbestände sind, jeder für sich, sozusagen ein Exkulpationsgrund, auf den ein Vermieter, gegen den der Vorwurf der Forderung eines missbräuchlichen Mietzinses erhoben wird, sich berufen kann." (a.a.O., S. 1232).

¹ BBl 1972 I 1225 ff.

Weiter liest man in der Botschaft:

"Nach diesem Entwurf sind Mietzinse nicht missbräuchlich, wenn sie sich im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse vergleichbarer Wohnungen und Geschäftsräume unter Berücksichtigung der Lage, der Ausstattung und des Zustandes der Mietsache halten. Dieses Kriterium gilt in gleicher Weise für den langjährigen Besitzer sowie den Erwerber einer Altliegenschaft. Es wird damit das Erfordernis erfüllt, dass der Mietwert nicht vom Zufall der Handänderung abhängig sein soll. Das Kriterium der Vergleichsmiete kann keine Blockierung des gegenwärtigen Mietzinsstandes bewirken. Er erlaubt eine gewisse Beweglichkeit bei der praktischen Anwendung und verschafft die Möglichkeit, dass einzelne missbräuchliche Mietzinse im Anfechtungsfall auf den "Normalstand" zurückgeführt werden können." (a.a.O., S. 1233).

Die Botschaft des Bundesrates zum BMM vom 24. April 1972 äusserte sich nicht weiter zum Verhältnis einzelner Missbrauchskriterien untereinander. Der Bundesrat stellte deshalb in der Botschaft zur Volksinitiative "für Mieterschutz", zur Revision des Miet- und Pachtrechtes im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 27. März 1985² fest, dass sich die Bestimmungen von Art. 14 und 15 BMM in der Praxis zwar eingelebt hätten, obwohl sie in zweierlei Hinsichten nicht zu befriedigen vermochten. Wörtlich dazu die Botschaft:

"Zum einen ist das Verhältnis zwischen der allgemeinen Definition und den besonders geregelten Fällen in der Praxis nicht einheitlich ausgelegt worden. In der deutschen Schweiz wird der Grundsatz, wonach ein Mietzins missbräuchlich ist, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 14 Abs. 1 BMM), praktisch nicht berücksichtigt, sobald nachgewiesen ist, dass der verlangte Mietzins im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse vergleichbarer Wohn- oder Geschäftsräume liegt (Art. 15 Abs. 1 Bst. a BMM). In der welschen Schweiz geht man hingegen gerade von dieser Grundsatz/Ausnahmebeziehung aus und prüft auch bei Mietzinsen, die als orts- oder quartierüblich zu betrachten sind, ob sie dem Vermieter eine übersetzte Rendite gewähren. Trifft dies zu, sind die Mietzinse missbräuchlich, selbst wenn sie im Rahmen des Orts- oder Quartierüblichen liegen. Nach bundesgerichtlicher Praxis besteht die gesetzliche Vermutung, dass ein Mietzins nicht missbräuchlich ist, wenn er eine der Voraussetzungen von Artikel 15 BMM erfüllt; liegen jedoch ernsthafte Gründe vor, die den Mietzins als miss-

² BBl 1985 I, S. 1389 ff.

bräuchlich erscheinen lassen, so ist seine Zulässigkeit nach Artikel 14 BMM zu prüfen (BGE 108 II 137)." (a.a.O., S. 1488; Sonderdruck S. 99).

Zum Verhältnis zwischen dem Kriterium des angemessenen Ertrages (heute Art. 269 OR) und den weiteren Kriterien zur Bestimmung des missbräuchlichen Mietzinses (heute Art. 269a OR) hält die Botschaft schliesslich fest:

*"In **Artikel 12 Absatz 1** [zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen] werden, der geltenden Regelung (Art. 15 Abs. 1 BMM) folgend, Tatbestände aufgezählt, die eine entsprechende Mietzinsforderung rechtfertigen. **Kann sich der Vermieter auf sie berufen, so ist der Vorwurf des missbräuchlichen Mietzinses ungerechtfertigt. Als erstes Kriterium gehört dazu gemäss Buchstabe a der Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse.** Massgebend für diesen Rahmen sind die Mietzinse für vergleichbare Wohn- und Geschäftsräume, wobei deren Lage, Ausstattung, Zustand und Bauperiode berücksichtigt werden (Abs. 2). Neu eingefügt wird hier das Kriterium der Grösse einer Wohnung und damit eine frühere Auslassung korrigiert ..." (a.a.O., S. 1491, Sonderdruck S. 102, Hervorhebung durch den Unterzeichnenden).*

Nachdem die Botschaft zuvor die unterschiedliche Interpretation des Verhältnisses "Angemessener Ertrag" und "Orts- oder Quartierüblichkeit" in der deutschschweizerischen und in der welschen Praxis angesprochen hatte, konnte in der im zitierten Text hervorgehobenen Passage durchaus ein Bekenntnis zum Vorrang der deutschschweizerischen Handhabung dieses Verhältnisses erkannt werden.

2.3 Die Praxis des Bundesgerichtes zur Einordnung der Orts- oder Quartierüblichkeit im System der Missbrauchskriterien

2.3.1 Terminologisches

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden die verschiedenen Kriterien zur Überprüfung der Missbräuchlichkeit eines Mietzinses nach zwei Richtungen: Zum einen werden **Kosten- und Marktelemente** gegeneinander abgegrenzt und zum andern werden so genannte **absolute und relative Mietzinsanpassungskriterien** unterschieden.

Das Kriterium des angemessenen Ertrages gemäss Art. 269 OR stellt zusammen mit demjenigen der kostendeckenden Bruttorendite (Art. 269a lit. c OR), den Kostensteigerungen und Mehrleistungen des Vermieters (Art. 269a lit. b OR) und dem Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital (Art. 269a lit. d OR) ein klassisches **Kostenkriterium** dar. Zur Kategorie der kostenmässig definierten Mietzinsanpassungskriterien gehört auch die Möglichkeit, dass der Mietzins während einer mindestens fünf Jahre einseitig für den Vermieter unkündbaren Vertragsdauer der Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise BfS angepasst werden kann (Art. 269b und 270c OR). Unter diese Kategorie fällt schliesslich – zumindest in der praktischen Anwendung – auch die Mietzinsstaffelung (Art. 269c und Art. 270d OR).

An die **Marktverhältnisse** angelehnt ist demgegenüber das Kriterium der orts- oder quartierüblichen Mietzinse. Dabei handelt es sich allerdings um eine "Vergleichsmiete", da die Überprüfung der Orts- oder Quartierüblichkeit ja nach Massgabe von Mietzinsen vergleichbarer Objekte erfolgt, also von Mietzinsen, die im Beurteilungszeitpunkt in anderen Objekten tatsächlich bezahlt werden. Dabei ist irrelevant, wann die entsprechenden Mietverträge abgeschlossen worden sind. Demgegenüber wäre unter dem Begriff der marktüblichen Mietzinse derjenige Mietzins zu verstehen, der bei einer Neuvermietung auf dem freien Markt mit hoher Wahrscheinlichkeit erzielt werden könnte.³ Das Bundesgericht macht diesbezüglich allerdings keine Unterscheidung, beurteilt es doch Mietzinsanpassungen, die unter Hinweis auf die Marktverhältnisse begründet werden, nach dem Kriterium der Orts- oder Quartierüblichkeit.⁴

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden sodann die **absoluten** von den **relativen Mietzinsanpassungskriterien**. Der Unterschied dieser beiden Kategorien besteht darin, dass bei den absoluten Kriterien der Mietzins jederzeit grundsätzlich losgelöst von der Entwicklung innerhalb der konkreten Vertragsbeziehung auf eine allfällige Missbräuchlichkeit hin beurteilt werden könnte, wohingegen die so genannten relativen Erhöhungsgründe Bezug nehmen auf Anpassungen des Mietzinses, welche innerhalb der Vertragsbeziehung letztmals unter Berufung auf die gleichen Kriterien vorgenommen wurden. Zu den absoluten Missbrauchskriterien gehört nebst dem angemessenen Ertrag und der kostendeckenden Bruttorendite auch die Orts- oder Quartierüblichkeit: Eine Überprüfung des Mietzinses nach einem dieser drei Kriterien ist grundsätzlich losgelöst vom konkreten Mietvertragsverhältnis jederzeit möglich. Zu den relativen Erhöhungsgründen gehört die Entwicklung des

³ SVIT-K, N 4 zur Art. 269a OR; ZK-Higi, N 24 f. zu Art. 269 OR

⁴ Urteil des Bundesgerichtes 4C.330/2002 vom 31. Januar 2003; MRA 2/03, S. 39 ff.

Referenzzinssatzes, vom Vermieter erbrachte, zu verzinsende bzw. zu amortisierende Mehrleistungen sowie allgemeine Kostensteigerungen und ausserdem der Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital (Art. 269a lit. b und 269a lit. e OR). Auch die Anpassung des Mietzinses an Veränderungen des Landesindex der Konsumentenpreise stellt ein relatives Mietzinsanpassungskriterium dar.

Die Praxis hat schliesslich auch noch den Begriff der "**relativen Methode**" bei der Mietzinsgestaltung eingeführt. Er besagt, dass mit jeder Mietzinsanpassung die Vermutung einhergeht, der Vermieter habe alle ihm im konkreten Zeitpunkt zustehenden Möglichkeiten zur Neugestaltung des Mietzinses in Anspruch genommen. Diese Vermutung kann bzw. muss widerlegt werden durch einen **Vorbehalt** im Sinne von Art. 18 VMWG, mit dem der Vermieter erklärt und begründet, dass und in welchem Umfang (in Franken oder Prozenten des Mietzinses) Reserven gegenüber dem im massgebenden Zeitpunkt möglichen Mietzinsaufschlag bestehen. Die relative Methode findet Anwendung für alle Mietzinsanpassungskriterien, also sowohl für die absoluten als auch für die relativen.⁵

2.3.2 Formelle Beschränkungen bezüglich der Anrufung der Orts- oder Quartierüblichkeit

Trotz ihres Charakters als absolutes Erhöhungskriterium hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse "relativiert": Es lässt die Berufung auf dieses Kriterium nur zu, wenn der Mietzins **während eines statistisch relevanten Zeitraumes nicht mehr angepasst worden ist**, es sei denn, der Vermieter habe unter Hinweis auf die Orts- oder Quartierüblichkeit einen Vorbehalt gemäss Art. 18 VMWG erklärt.⁶ Nicht klar definiert ist bis heute, was ein statistisch relevanter Zeitraum ist: Ein Zeitraum von neun Monaten seit der letzten Mietzinsfestsetzung genügt ebenso wenig wie ein solcher von zwei Jahre.⁷ In der Lehre geht man davon aus, dass ein solcher Zeitraum drei und mehr Jahre betragen sollte.⁸

Das Bundesgericht hat des Weiteren entschieden, dass eine Mietzinserhöhung **nichtig** ist, wenn sie **gleichzeitig unter Berufung auf Kostenveränderungen und**

⁵ SVIT-K, N 22/23 Vorbemerkungen zu Art. 269 – 270e OR

⁶ BGE 126 III 124; BGE 118 II 134, E. 3b; SVIT-K, N 7 zu Art. 269a OR; BSK-Weber, N 4b zu Art. 269a OR

⁷ BGE 114 II 360; 118 II 130

⁸ SVIT-K, N 8 zu Art. 269a OR; ZK-Higi, N 126 zu Art. 269a OR

auf das Kriterium der orts- oder quartierüblichen Mietzinse geltend gemacht wird.⁹ Zulässig ist immerhin – und richtigerweise –, dass der Vermieter, wenn er sich auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse beruft, als **Eventualbegründung** auch Kostensteigerungen anführen darf, nach der Praxis des Bundesgerichtes jedenfalls, solange dies aufgrund des Wortlautes der Begründung erkennbar ist.¹⁰ Die Problematik ist von erheblicher **praktischer Relevanz**: Hat ein Vermieter nach erfolgter Kündigung sämtlicher Mietverhältnisse eine Liegenschaft renoviert und vermietet er sie alsdann neu, so wird er sich bei der Neuvermietung auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse berufen, wenn diese einen höheren Mietzins versprechen als die Umlegung der vorgenommenen Sanierungsarbeiten nach den Kriterien von Art. 14 VMWG. Falls nun aber in einem Verfahren betreffend Anfechtung des Anfangsmietzinses der schwierig zu erbringende Nachweis für die Orts- oder Quartierüblichkeit nicht gelingt, so steht dem Vermieter gleichwohl mindestens derjenige Teil der Mietzinsanpassung zu, welchen er unter Berufung auf die durchgeführten Sanierungen begründen könnte. Es muss somit möglich sein, dass sich der Vermieter zur Begründung der Mietzinsgestaltung auf die orts- und quartierüblichen Verhältnisse und im Eventualstandpunkt auf die umfassende Sanierung beruft.

2.3.3 Konkreter Anwendungsbereich der Orts- oder Quartierüblichkeit

Nach der Praxis des Bundesgerichtes gelangt das Kriterium der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse grundsätzlich in folgenden Fällen zur Anwendung:

- Zur Begründung des Anfangsmietzinses bei Neu- bzw. Wiedervermietung,
- Aufgrund der absoluten Funktion als Einrede gegen ein vom Mieter wegen Kostenveränderungen gestelltes Begehren um Mietzinsreduktion,¹¹

⁹ BGE 139 III 13 E. 3.2.1; MRA 2/13, S. 15 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2012 vom 19. November 2012; Urteil 4A_276/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 5.2.1/5.2.3, MRA 4/12, S. 195 ff.; Urteil 4C.245/1999 vom 3. Januar 2000, mp/2000, S. 27 ff.; vgl. aber das Urteil 4C.330/2002 vom 31. Januar 2003, MRA 2/03, S. 39ff.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.330/2002 E. 3.2.2; BGE 123 III 317; SVIT-K, N 40 f. zu Art. 269 OR; BSK-Weber, N 4 zu Art. 269a OR, MfdP/Brutschin, N 21.3.1, MfdP/Oeschger/Zahradnik, N 17.3.3.2.2; Obergericht Zürich, II. ZK, vom 15.01.2013, mp 4/13, S. 305 ff.

¹¹ BGE 122 III 257, Urteil des Bundesgerichts 4C.285/2005 vom 18. Januar 2006; MRA 1/06, S. 1 ff., SVIT-K, N 21 zu Art. 270a OR

- Im sogenannt laufenden Mietverhältnis als Erhöhungsgrund, wenn der Mietzins seit einem statistisch relevanten Zeitraum nicht mehr ohne Erklärung eines entsprechenden Vorbehaltes angepasst worden ist,¹²
- Nach einem singulären (und dogmatisch falschen) Urteil des Bundesgerichtes, wenn der Mieter einer mit Kostenveränderungen begründeten Mietzinsanpassung des Vermieters den Einwand entgegenstellt, es werde ein übersetzter Ertrag erzielt und sich herausstellt, dass Erwerb oder Erstellung der Liegenschaft mehr als 30 Jahre zurückliegen.¹³

2.3.4 "Rangordnung" unter den einzelnen Missbrauchskriterien?

Das Bundesgericht hatte unter dem Geltungsbereich des BMM nie in Frage gestellt, dass die beiden absoluten Kriterien des angemessenen Ertrages und der Orts- oder Quartierüblichkeit als **gleichrangige absolute Missbrauchskriterien** zu betrachten waren. Im Urteil 118 II 130, welches am 15. Januar 1992 erging und sich mit dem Verhältnis von Art. 269 zu Art. 269a OR befasste, weil die zu beurteilende Mietzinserhöhung vor Inkrafttreten des revidierten OR, aber auf einen Zeitpunkt danach angezeigt worden war (Anzeige am 3. Mai 1990 mit Wirkung auf 1. Oktober 1990), hielt es wörtlich Folgendes fest:

"Auf der andern Seite gilt aber ein Mietzins, der sich im üblichen Rahmen hält, selbst dann nicht als missbräuchlich, wenn damit der zulässige Ertrag überstiegen wird (Grundsatz der Marktmiete: Art. 269a lit. a und f OR, Art. 15 Abs. 1 lit. a und e BMM; BGE 112 II 155)."

(Zitat aus E. 3a, S. 134)

Ohne sich mit dieser Praxis auseinanderzusetzen und sie auch nur zu erwähnen, erwog das Bundesgericht im Urteil 124 III 310, die in Art. 269a OR vorgesehenen Missbrauchskriterien seien gegenüber dem Kriterium des angemessenen Ertrages von Art. 269 OR "subsidiär". Es leitete diese Hierarchie aus den diesbezüglich nicht ohne weiteres einschlägigen Randtiteln "Regel" (Art. 269 OR) und "Ausnahme" (Art. 269a OR) ab, wobei es sich auf zwei frühere Urteile berief, die sich allerdings

¹² BGE 126 III 124; 118 II 134 f.

¹³ sogenannte "Altbaute", vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.236/2004 vom 12. November 2004, MRA 4/05, S. 159 ff. mit Kritik Beat Rohrer, S. 165 ff.; BSK-Weber, N 5 zu Art. 269a OR

mit der konkreten Frage gar nicht befassten, sondern lediglich mit dem Verhältnis des Kriteriums des angemessenen Ertrages zu anderen kostenmässigen Mietzinsanpassungskriterien.¹⁴ Jürg Müller mutmasste wohl zu Recht, dass das Bundesgericht die Hierarchie zwischen Art. 269 OR und 269a OR angesichts der dem Mieter obliegenden Beweislast für die Anfechtung des Anfangsmietzins erfunden hatte: Dem Mieter, welcher sich gegen einen unter Berufung auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse angezeigten Anfangsmietzins zur Wehr setzen wollte, sollte angesichts der ihn treffenden Beweisschwierigkeiten (vgl. nachfolgend Ziffern 3.6 und 4.3) mit dem nicht näher zu begründenden Einwand, es werde ein übersetzter Ertrag erzielt, eine wirksame Waffe in die Hand gegeben werden.¹⁵ Das Bundesgericht entwickelte in der Folge seine These, wonach es unter den absoluten Mietzins-Missbrauchskriterien eine Hierarchie gebe, weiter: Es erwog, diese Hierarchie werde bei vor mehreren Jahrzehnten erstellten Gebäude zu Gunsten der Orts- oder Quartierüblichkeit umgekehrt, weil die allenfalls noch bekannten Parameter für die Ertragsberechnung gegenüber den aktuellen Verhältnissen unrealistisch seien.¹⁶ Diese Umkehrung der Hierarchie konnte nun freilich nicht mehr aus den Randtiteln "Regel-Ausnahme" (Art. 269 und 269a OR) hergeleitet werden, und sie erweist sich auch rechtsdogmatisch als verfehlt.¹⁷

2.3.5 Exkurs: Die Praxis des Bundesgerichtes zur Berechnung des nicht missbräuchlichen "angemessenen" Ertrages (Art. 269 OR)

Nachdem das Bundesgericht in seiner Praxis die Anwendbarkeit der Orts- oder Quartierüblichkeit als absolutes Mietzinsgestaltungskriterium gegenüber dem Kriterium des angemessenen Ertrages als untergeordnet betrachtet, solange Erwerb oder Erstellung einer Liegenschaft nicht Jahrzehnte zurückliegen, ist es erforderlich, kurz die Probleme aufzuzeigen, mit denen sich ein Vermieter konfrontiert sieht, wenn er sich auf die Erzielung eines angemessenen Ertrages im Sinne von Art. 269 OR berufen will.

¹⁴ vgl. hierzu den Kommentar von Jürg Müller in MRA 5/98, S. 149 ff. unter Hinweis auf BGE 121 III 163 und 123 II 76

¹⁵ vgl. dazu auch SVIT-K, N 13 Vorbemerkungen zu Art. 269-270e OR, zur Beweislast deutlich Botsch., S. 1491

¹⁶ BGE 140 III 433 E. 3.1, MRA 1/15, S. 16 ff.; Urteil des Bundesgerichtes 4A_276/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 5.2.1/5.2.3, MRA 4/12, S. 195 ff.; Urteil 4A_669/2010 vom 28. April 2011 E. 4.1; Urteil 4C.285/2005 vom 18. Januar 2006, MRA 1/06, S. 1 ff.; Urteil 4C.323/2001 vom 9. April 2002, MRA 4/02, S. 143 ff.; Urteil 4C.236/2004 vom 11. November 2004, MRA 4/05, S. 159 ff.

¹⁷ vgl. dazu nachfolgend Ziffer 4.1, ferner SVIT-K, N 13 ff. Vorbemerkungen zu Art. 269-270e OR

Gemäss der soeben erwähnten Bestimmung sind Mietzinse missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen (Art. 269 OR). Weder Gesetz noch Verordnung präzisieren näher, welche Anlagekosten und welche weiteren Positionen im Rahmen einer Ertragsrechnung berücksichtigt werden können. Nicht geregelt ist des Weiteren, wo die Grenze zwischen dem zulässigen und dem missbräuchlichen Ertrag verläuft. Der Gesetzgeber hat damit die Konkretisierung dieser Fragen vollumfänglich dem Bundesgericht delegiert. Die aktuelle Praxis des Bundesgerichtes zur Berechnung des angemessenen Ertrages lässt sich dabei wie folgt zusammenfassen:

Für die Berechnung des angemessenen Ertrages (auch als "Nettorendite" bezeichnet) ist auszugehen von den vom Vermieter bei Erwerb oder Erstellung der Mietliegenschaft **tatsächlich investierten Kosten (Anlagekosten)**. Zu den Anlagekosten addiert werden dürfen die seither vorgenommenen wertvermehrenden Investitionen. Das investierte Eigenkapital darf der Entwicklung des Landesindexes der Konsumentenpreise gemäss Publikation des Bundesamtes für Statistik angepasst werden, jedoch höchstens bis zu einem Anteil von 40 % der massgebenden Anlagekosten. Das Bundesgericht lehnt es konsequent ab, die auf diese Weise ermittelten "historischen" Anlagekosten an aktualisierte, durch Marktveränderungen bedingte Wertverhältnisse anzupassen, also beispielsweise unter Bezugnahme auf einen Steuerwert, einen Gebäudeversicherungswert (zu dem noch ein geschätzter Landwert zu addieren wäre), oder unter Bezugnahme auf irgendwelche Schätzungen.¹⁸ Das Bundesgericht hat auch die zeitliche Grenze, bis zu welcher der angemessene Ertrag als das dominierende Mietzinsgestaltungskriterium betrachtet wird, definiert: Er beträgt 30 Jahre.¹⁹ Bei der Berechnung des angemessenen Ertrages dürfen ausserdem nur die effektiv aufgewendeten Kosten berücksichtigt werden, also – im Unterschied zur Mietzinsgestaltung in laufenden Mietverhältnissen – die effektiven Kosten der Fremdfinanzierung, keine Rückstellungen für künftige grössere Unterhaltsleistungen, Abschreibungen oder das Risiko von Leerständen.²⁰

Seit dem unter dem Geltungsbereich des BMM ergangenen publizierten Urteil BGE 112 II 149 gilt als gefestigte Praxis, dass der zulässige Ertrag 0,5 % über dem durch-

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_17/2017 vom 7. September 2017 E. 2.1.1

¹⁹ BGE 140 III 433, vgl. MRA 1/15, S. 16 ff.; BGE 122 III 257; Urteil des Bundesgerichtes 4A_669/2010 vom 28. April 2011

²⁰ SVIT-K, N 31 zu Art. 269 OR; HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, Rz 1.18; BGE 122 III 257, vgl. MRA 5/96, S. 187 f.; BGE 123 III 171, vgl. MRA 3/97, S. 95 ff.

schnittlichen Zinssatz für 1. Hypotheken der schweizerischen Grossbanken liegen darf. Dieser Zinssatz ist mittlerweile durch die Einfügung von Art. 12a in die VMWG vom 28. November 2007 abgelöst worden durch den vierteljährlich publizierten so genannten Referenzzinssatz. Als das Bundesgericht seine Auffassung zur Grenze zwischen dem zulässigen und dem missbräuchlichen Ertrag erstmals publik machte, lag der massgebende Leitzinssatz bei 5,5 %. Das Bundesgericht hatte die Frage in nicht publizierten Urteilen schon zu einem früheren Zeitpunkt zu beurteilen gehabt, nämlich im Jahre 1976, als der erwähnte Zinssatz bei 6 % bzw. 5,75 % stand. Das Bundesgericht hat seither nie und insbesondere auch nicht in der jüngsten Vergangenheit, in welcher der Referenzzinssatz einen historischen Tiefstwert erreicht hat, eine Notwendigkeit erkannt zu prüfen, ob es noch sachgerecht erscheine, stur an der Abhängigkeit des zulässigen Ertrages von der Entwicklung des Referenzzinssatzes festzuhalten oder mindestens den Wert, um welchen der zulässige Ertrag diesen Zinssatz übersteigen darf, neu zu definieren.²¹

Die Praxis des Bundesgerichtes zum angemessenen Ertrag führt faktisch dazu, dass die Mietzinse heute rund 50 % niedriger sein müssten als sie es zum Beispiel im Jahr 1993 sein durften.²² Das Bundesgericht nimmt geradezu absurde Resultate seiner Praxis im Übrigen durchaus in Kauf.²³ Das krasseste Beispiel dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtes liefert der Entscheid 4A_645/2011 vom 27. Januar 2012: Der Vermieter hatte den zuvor CHF 1'400.00 netto pro Monat betragenden Anfangsmietzins für eine 3-Zimmerwohnung in Genf bei der Neuvermietung um CHF 100.00 auf CHF 1'500.00 netto pro Monat erhöht. Unter Berücksichtigung der restriktiven Grundsätze zur Ermittlung des angemessenen Ertrages erachtete das Bundesgericht indessen lediglich einen Mietzins von CHF 411.00 netto pro Monat als zulässig! Es erstaunt angesichts dieser Praxis nicht, dass Fachleute im Immobilienbereich sich zur Behauptung versteigen, jeder Vermieter und namentlich jeder institutionelle Anleger habe heute in sämtlichen Liegenschaften übersetzte Erträge. Dies dürfte zutreffen, werden Immobilien heute doch konsequent nach Marktkriterien und nicht nach durchgeführten Ertragsberechnungen unter Berücksichtigung der restriktiven Gerichtspraxis vermietet. Damit wird die Differenz zwischen dem vereinbarten und dem nach Art. 269 OR zulässigen Mietzins im Laufe der Zeit – und je länger Erwerb oder Erstellung der Liegenschaft zurückliegen – immer grösser und die Mietzinse der meisten nach Marktkriterien vermieteten Objekte daher je länger je missbräuchlicher.

²¹ BGE 141 III 245, MRA 4/15, S. 183 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_465/2015 vom 1. März 2016 E. 4.4.2

²² vgl. das Berechnungsbeispiel von Rohrer, Revisionspostulate, S. 171

²³ vgl. die Urteile 4A_276/2011 vom 11. Oktober 2011 bzw. 4C.285/2005 vom 18. Januar 2006

3. Die Anforderungen an die zum Vergleich geeigneten Objekte

3.1 Allgemeines

Der Nachweis für die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse muss dadurch erbracht werden, dass die beweisbelastete Partei eine bestimmte Anzahl von vergleichbaren Objekten bezeichnet, die bezüglich der in Art. 11 Abs. 1 VMWG aufgeführten Kriterien grosse Ähnlichkeiten mit dem konkret zu beurteilenden Mietobjekt aufweisen (vgl. dazu nachfolgend im Einzelnen Ziffer 3.2). Ausserhalb der erwähnten Kriterien stellt die Rechtsprechung noch zusätzliche Anforderungen:

Zunächst erfordert der Nachweis der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse die Bezeichnung von **mindestens fünf** nach den Kriterien von Art. 11 VMWG zum Vergleich geeigneten Objekten. Soweit ersichtlich, hat die Rechtsprechung diese Grundregel bis heute noch nie aufgeweicht.²⁴

Obwohl Art. 11 Abs. 3 VMWG für den Vergleich lediglich Objekte ausschliesst, die auf einer **Marktbeherrschung** durch den Vermieter oder durch eine Vermietergruppe beruhen, hat das Bundesgericht es konsequent abgelehnt, **in anderen Liegenschaften des Vermieters befindliche Objekte** zum Vergleich zuzulassen. Es lehnte also die Berücksichtigung solcher Objekte ab, ohne zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer "Marktbeherrschung" bestanden und ignorierte damit den Wortlaut der Verordnung.²⁵ Es darf ausserdem nach der Praxis pro Gebäude nur ein Objekt zum Vergleich herangezogen werden.²⁶ Immerhin lässt das Bundesgericht einen Vergleich mit Objekten verschiedener Eigentümer zu, wenn diese durch dieselbe Liegenschaftenverwaltung verwaltet werden.²⁷

Das Bundesgericht verlangt sodann, dass die Mietzinse der zum Vergleich angerufenen Objekte **auf den aktuellen Kostenständen** beruhen, dass also insbesondere

²⁴ vgl. dazu insbesondere das Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2009 vom 6. Oktober 2009, MRA 2/10, S. 60 ff., in welchem die Vorinstanz vier Objekte als vergleichbar erachtet hatte, womit der Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit gescheitert war, ferner BGE 141 III 569, MRA 2/16, S. 61 ff., Urteil des Bundesgerichts 4A_295/2016 vom 29. November 2016 E. 5.3.2, HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, Rz 1.19 mit Hinweisen

²⁵ HAP-Bättig, Rz 1.21 mit Hinweisen

²⁶ BGE 123 III 317 E. 4b und c/aa; BSK-Weber, N 2b zu Art. 269a OR

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_573/2008 vom 24. April 2009; mp 2009, S. 261 ff.

die Veränderungen des Referenzzinssatzes, der Kostensteigerungen und des Teuerungsausgleichs auf dem risikotragenden Kapital auf den gleichen Stand gesetzt werden, wie er für das zu beurteilende Mietobjekt gilt. Dabei hat die beweisbelastete Partei im Rahmen der Substantiierung die Kostenstände der zum Vergleich angerufenen Objekte zu nennen.²⁸

Noch weitergehend hat das Bundesgericht in vereinzelt Entscheidungen festgehalten, der Mietzins der zum Vergleich angerufenen Objekte dürfe **nicht missbräuchlich** sein. Es liess allerdings offen, wie dieser Beweis im Streitfall erbracht werden müsste.²⁹

Das Bundesgericht lehnt es konsequent ab, dass Unterschiede bei einzelnen Kriterien durch **Zu- oder Abschläge** ausgeglichen werden dürfen.³⁰

Vereinzelt hat das Bundesgericht sodann verlangt, dass die Mietzinse der zum Vergleich angerufenen Mietobjekte sich in einer bestimmten **Bandbreite** halten müssten.³¹

3.2 Zu den einzelnen Kriterien gemäss Art. 11 VMWG

3.2.1 Lage

Die Praxis verlangt mit Bezug auf die Beurteilung einer **vergleichbaren Lage**, dass die zum Vergleich angerufenen Objekte in einem Quartier, d.h. in einer historischen oder administrativen Einheit innerhalb einer Stadt gelegen sein müssen.³² Im Einzelnen wird beurteilt, ob die Vergleichsobjekte bezüglich der Verkehrslage und der übrigen Infrastruktur (also Nähe zu Schulen, Einkaufs- und Naherholungsmöglichkeiten, Passantenlage etc., aber auch mit Bezug auf Immissionen

²⁸ BSK-Weber, N 2c zu Art. 269a OR; kritisch SVIT-K, N 9 zu Art. 269a OR; BGE 141 III 569 E. 2.2.1 = MRA 2/16, S. 61 ff.; BGE 123 III 317 E. 4d, Urteil des Bundesgerichts 4C.55/2001 vom 4. Juli 2001, MRA 1/02, S. 9 ff.

²⁹ BGE 141 III 569, MRA 2/16, S. 61 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.55/2001 vom 4. Juli 2001, MRA 1/2002, S. 9 ff. mit Kritik Bättig, S. 17 ff.

³⁰ BGE 123 III 317 E. 4a und b; BSK-Weber, N 2a zu Art. 269a OR

³¹ BGE 123 III 317 E. 4c/bb; BSK-Weber, N 2d zu Art. 269a OR; HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, Rz 1.22

³² BGE 136 III 74 E. 2.2.1

oder die Aussicht und Besonnung) die geforderte grosse Ähnlichkeit mit dem konkret zu beurteilenden Objekt aufweisen.³³ Gemäss einem im Kanton Zürich ergangenen Entscheid bildet das Quartier im Sinne von Art. 269a Abs. 1 OR "*historisch, geographisch, soziologisch oder verwaltungstechnisch eine Einheit. Es weist eine gewisse Ausdehnung auf und beschränkt sich nicht auf einzelne Häuserzeilen, geschweige denn auf einen architektonisch homogenen Komplex ... Dass sich der Quartierbegriff nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auf einen architektonisch homogenen Komplex beschränkt, bedeutet nicht, dass die gewachsenen Strukturen unbeachtlich wären und die Bauweise bzw. das Erscheinungsbild der Häuser nicht in die Quartierbestimmung einfließen dürfe ...*".³⁴ Nicht von Bedeutung ist die (in dieser Hinsicht zufällige) politische Abgrenzung eines städtischen Quartiers.³⁵

3.2.2 Grösse

Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist die **übereinstimmende Zimmerzahl** bei kleineren Wohnungen vorrangig: Vergleiche mit Wohnungen, welche eine andere Zimmerzahl aufweisen (z.B. 2 ½ Zimmer anstatt 3 Zimmer), sind nach Auffassung des Bundesgerichtes nicht zulässig.³⁶ Bei grösseren Wohnungen kann eine unterschiedliche Zimmerzahl allenfalls vernachlässigt werden, weil nach Ansicht des Bundesgerichtes diesfalls die **Fläche** das wichtigere Kriterium für den Vergleich der Grösse bildet.³⁷ Nach der Praxis des Bundesgerichtes darf bei solchen Wohnungen die Flächendifferenz rund 20 % betragen. Im Urteil 4C.55/2001, auszugsweise publiziert als BGE 127 III 411 ff., hatte das Bundesgericht eine Wohnung trotz eines Flächenunterschiedes von 25 % noch als vergleichbar erachtet.³⁸

Unbedeutend ist eine Flächenabweichung bei Geschäftsräumen, weil dort gemäss Art. 11 Abs. 2 VMWG auf Quadratmeterpreise gleichartiger, d.h. vergleichbar genutzter Objekte abgestellt werden kann. Mit der vergleichbaren Nutzung ist ge-

³³ BGE 123 III 317 E. 4b/ee, S. 322; Urteil 4C.323/2001 vom 9. April 2002, MRA 4/02, S. 143 ff.; BSK-Weber, N 2a zu Art. 269a OR

³⁴ Obergericht Zürich, II. ZK, NG 1200012-O vom 15.01.2013, mp 4/14, S. 305 ff.

³⁵ SVIT-K, N 11 zu Art. 269o OR, ZK-Higi, N 33 und 35 zu Art. 269 OR; BGE 136 III 74 E. 2.2.1 = mp 2/10, S. 125 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.275/2004 vom 26. Oktober 2004 E. 3.3; mp 1/05, S. 47 ff.

³⁶ BGE 136 III 74 E. 3.2.2, S. 81; Urteil des Bundesgerichts 4A_179/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 2.2.3

³⁷ BGE 123 III 317 E. 4b/cc; Urteil des Bundesgerichts 4A_179/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 2.2.3

³⁸ vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_448/2009 vom 1. Februar 2009, MRA 2/11, S. 77 ff.; nach dem Kommentator Weber ist eine Differenz von 15 % auch bei ähnlicher Zimmerzahl bereits "kritisch", eine solche von 25 % nicht hinzunehmen, a.a.O. N 2a zu Art. 269a OR.

meint, dass Laden mit Laden, Lager mit Lager und Büro mit Büro verglichen werden muss. Unerheblich ist – jedenfalls mangels anderweitiger Erwägungen in publizierten Urteilen –, ob in den zum Vergleich angerufenen Objekten ein ähnliches Verkaufssortiment zum Verkauf angeboten wird (beispielsweise im Zusammenhang mit der Vergleichbarkeit einer kleinen Juwelier-Boutique mit einem grossen Kleider-Ladengeschäft, das aufgrund des Verkaufssortimentes eine wesentlich grössere Fläche benötigt).

3.2.3 Zustand und Ausstattung

Zustand und Ausstattung eines Mietobjektes erfordern eine Bewertung des Gesamteindrucks insbesondere unter Berücksichtigung der Frage, wann das zum Vergleich angerufene Objekt neu erstellt bzw. letztmals umfassend saniert wurde. Im Einzelnen wird dann speziell bei Wohnungen zu prüfen sein, ob sich die zum Vergleich angerufenen Objekte bezüglich **Anzahl von Nasszellen** und deren Einrichtung, bezüglich **Kücheneinrichtung, Vorhandensein eines Balkons, Erschliessung mittels Lift etc.** miteinander vergleichen lassen.

Das Bundesgericht ist mit Bezug auf das Kriterium der Ausstattung sehr streng: Im Urteil 4C.265/2000 schloss es die Vergleichbarkeit von zwei Wohnungen aus, von denen die eine über Doppelverglasungsfenster verfügte und die andere nicht. Die Vorinstanz hatte die entsprechenden Objekte noch als vergleichbar erachtet. Weiter erachtete das Bundesgericht eine Wohnung, welche über einen Kabelfernsehanschluss verfügte, als nicht mit einer anderen Wohnung vergleichbar, die keinen solchen Anschluss hatte.³⁹

3.2.4 Bauperiode

Im Unterschied zur Bewertung der Kriterien "Zustand" und "Ausstattung" erfordert die Berücksichtigung der Bauperiode kein richterliches Ermessen. Obwohl sich zum Vergleich angerufene Objekte wohl eher durch die Eigenschaften, welche im Rahmen des Zustandes oder der Ausstattung zu beurteilen sind, vergleichen lassen – etwa weil im vorletzten Jahrhundert erstellte Liegenschaften zwischenzeitlich durchaus in einer Weise modernisiert worden sein könnten, die den heutigen, für Neubauten entsprechenden Standards entsprechen –, ist das Bundesgericht auch

³⁹ mp 1/01, S. 33; kritisch dazu SVIT-K, N 15 zu Art. 269a OR und MRA 1/02, S. 9 ff., S. 18

mit Bezug auf die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Bauperiode sehr streng: Es lässt nur Objekte zum Vergleich zu, die **innerhalb eines Zeitraumes von 10 Jahren, bei älteren Bauten innert einer Bandbreite von 20 Jahren** erstellt worden sind.⁴⁰

3.3 Anforderungen an die Substantiierung

Die Rechtsprechung verlangt, dass diejenige Partei, welche sich auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse beruft, bereits im Rahmen der Parteivorträge nicht nur die zum Vergleich geeigneten Objekte bezeichnet, sondern **auch mit Bezug auf alle Vergleichskriterien** substantiiert, inwiefern die zum Vergleich angerufenen Objekte bezüglich aller Beurteilungskriterien mit dem konkret interessierenden Objekt vergleichbar sind.

Vor Einführung der schweizweit anwendbaren ZPO hatte Art. 274d Abs. 3 OR im Interesse der als schwächer eingestuften Prozesspartei der so genannten **sozialen Untersuchungsmaxime** Ausdruck verliehen: Absatz 3 dieser Bestimmung sah nämlich vor, dass Schlichtungsbehörde und Richter den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen und die Beweise nach freiem Ermessen würdigen sollten. Daraus wurde zunächst abgeleitet, dass eine Partei, welche sich auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse berief, sich damit begnügen konnte, eine in einer Liegenschaft befindliche Wohnung zu bezeichnen und geltend zu machen, sie eigne sich zum Vergleich. Das Bundesgericht erwog nun aber, Art. 274d Abs. 3 aOR verpflichtete die Parteien, den Schlichtungsbehörden und Richtern alle für die Beurteilung des Streitfalles notwendigen Unterlagen vorzulegen. Es bestehe somit eine **prozessuale Mitwirkungspflicht**, und es sei daher Sache der Parteien, hinsichtlich der von ihnen zum Vergleich angerufenen Objekte auch für jedes der Vergleichskriterien substantiiert darzulegen, weshalb die Eignung zum Vergleich gegeben sei. Von der beweisbelasteten Partei wurde also erwartet, dass sie auch Angaben über Baujahr, Grösse, Zustand, Ausstattung und insbesondere auch über den aktuellen Mietzins und die Kostenstände, die bei der letzten Mietzinsfestsetzung berücksichtigt worden waren, machen konnte. Die Praxis verlangt mit andern Worten von der beweisbelasteten Partei, **dass sie sich auf privatem Wege Informationen beschafft, die öffentlich nicht zugänglich sind und auf deren Erhalt keinerlei Anspruch besteht**, um den Anforderungen an die Substantiierung zu genügen.⁴¹

⁴⁰ BGE 123 III 317; MRA 5/97, S. 185 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A_341/2009 vom 06. Oktober 2009 E. 3.2, MRA 2/10, S. 60 ff.; BSK-Weber, N 2a zu Art. 269a OR

⁴¹ vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts vom 24. April 1995, auszugsweise wiedergegeben und kommentiert in MRA 1/96, S. 1 ff.; mit Bezug auf den Stellenwert der sozialen Untersuchungsmaxime unter dem

Ein Beweisverfahren kann nach den Grundregeln des Prozessrechtes nur dann durchgeführt werden, wenn im Rahmen der Parteibehauptungen die Vergleichskriterien substantiiert werden. Behauptet demgegenüber die beweisbelastete Partei lediglich, es befinde sich an einer bestimmten Adresse in einem bestimmten Stockwerk eine zum Vergleich geeignete Wohnung, so unterbleibt eine Beweiserhebung, weil die Vergleichskriterien nicht substantiiert worden sind. Das Beweisverfahren dient nach konstanter Gerichtspraxis nicht dazu, den ungenügend dargelegten Prozessstoff zu erweitern bzw. ungenügend Substantiiertes auf dem Umweg über ein Beweisverfahren prozessrelevant werden zu lassen.⁴²

Mit dem Urteil BGE 141 III 569 (MRA 2/16, S. 61 ff.) hat das Bundesgericht die Anforderungen an den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit bzw. der einzelnen Vergleichskriterien noch zusätzlich erhöht: Es erwog nämlich, die Bestimmung der ortsüblichen Mietzinse lasse sich nicht auf der Grundlage eines Gesamteindrucks ermitteln. Es genüge auch nicht, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den nachzuweisenden orts- oder quartierüblichen Mietzins spreche. Gefordert sei vielmehr ein **striker Beweis**, der dem beurteilenden Richter die Gewissheit darüber verschaffe, dass der zu beurteilende Mietzins orts- oder quartierüblich sei. Die blosse Schwierigkeit, die Orts- oder Quartierüblichkeit zu beweisen, rechtfertige es nicht, die Anforderungen an den Nachweis zu reduzieren. Im Übrigen sei es nicht Aufgabe des Richters, Unterschiede bezüglich der einzelnen Vergleichskriterien durch schwer zu schätzende Auf- oder Abwertungen auszugleichen.⁴³

3.4 Expertise als Beweismittel?

Prozesstechnisch muss, wie erwähnt, Beweis nur abgenommen werden über rechtsgenügend substantiierte Behauptungen, die von der Gegenpartei bestritten werden. Der beweisbelasteten Partei hilft somit die Berufung auf eine Expertise zum Nachweis der behaupteten Orts- oder Quartierüblichkeit so lange nicht, als sie nicht mit Bezug auf sämtliche zum Vergleich angerufenen Objekte die erforderlichen Informationen bezüglich der Vergleichskriterien beschafft und als Parteibehauptung in das Prozessverfahren eingebracht hat. Solange die beweisbelastete Partei bezüglich aller zum Vergleich angerufener Objekte die Vergleichbarkeit

Geltungsbereich der Schweizerischen ZPO neuerdings BGE 141 III 569, MRA 2/16, S. 61 ff.; MfdP/Brutschin, N 19.2.9

⁴² grundlegend BGE 127 III 365 E. 2b mit Hinweisen

⁴³ a.a.O., E. 2.2.1 mit Hinweis auf die Urteile 4A_612/2012 vom 19. Februar 2013 E. 3.2.2, 4A_472/2007 vom 11. März 2008 E. 2.4; BGE 130 III 321 E. 3.2 und Urteil 5C.97/2005 vom 15. September 2005 E. 4.4.2

nicht für alle dafür massgebenden Kriterien substantiiert hat, werden auch keine Beweise abgenommen. Es wird also weder ein Augenschein durchgeführt noch eine Expertise – beides prozessrechtliche Elemente des Beweisverfahrens – angeordnet. In der mieterfreundlichen Literatur wird in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, eine Expertise als Beweismittel zum Nachweis der orts- oder quartierüblichen Mietzinse sei **generell nicht zulässig**. Die entsprechenden Verweise auf Urteile des Bundesgerichtes erweisen sich allerdings nicht als einschlägig.⁴⁴ Es darf also davon ausgegangen werden, dass eine Expertise durchaus als Beweismittel zum Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit zugelassen werden müsste, was nun aber – folgt man der aktuellen Rechtsprechung – nicht bedeutet, dass deswegen die Anforderungen an die Substantiierung mit Bezug auf jedes einzelne Vergleichskriterium vermindert werden.⁴⁵ Näheres dazu nachfolgend unter Ziffer 4.4.

3.5 Amtliche Statistiken

Wie einleitend erwähnt worden ist, hält Art. 11 Abs. 4 VMWG fest, dass amtliche Statistiken bei der Ermittlung der orts- oder quartierüblichen Mietzinse zu berücksichtigen seien.

Der Begriff "amtlich" indiziert, dass zum Nachweis der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse nur Statistiken zugelassen werden, die einer **staatlichen Kontrolle** unterstellt sind. Der Verordnungstext spricht ja nicht allgemein von "Mietzinsstatistiken". In der mieterfreundlichen Literatur wird denn auch ausdrücklich die Auffassung vertreten, "privat" erhobene Statistiken, die von Immobilienkreisen erstellt würden, könnten nicht in Betracht gezogen werden.⁴⁶

Selbst wenn unter Mitwirkung von staatlichen Behörden erhobene Statistiken existieren, wird gefordert, dass diese einen hohen Detaillierungsgrad bezüglich der massgebenden Vergleichskriterien aufzuweisen haben. Sie dürfen nur berücksichtigt werden, wenn sie **genügend differenzierendes Zahlenmaterial** enthalten, und zwar mit Bezug auf sämtliche Vergleichskriterien, also Lage, Grösse, Ausstattung,

⁴⁴ BSK-Weber, N 2 zu Art. 269a OR mit Hinweisen auf die Urteile BGE 118 II 130 und 123 III 317 E. 4a und 4c/aa, wo diesbezüglich allerdings nichts ausgeführt wird, ebenso MfdP/Brutschin, N 19.2.9 allerdings nur hinsichtlich einer Schätzung des Ertragswertes.

⁴⁵ HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, Rz 1.28

⁴⁶ MfdP/Brutschin, N 19.2.7

Zustand und Bauperiode.⁴⁷ In einem singulären Fall, in welchem ein städtischer Mietpreistraster einige, allerdings nicht alle Angaben zu den Vergleichskriterien enthielt, hielt das Bundesgericht den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit durch den Hinweis auf die erwähnte Statistik für erbracht: Im Mietpreistraster des statistischen Amtes des Kantons Basel wurden Wohnviertel, Zimmerzahl, Bauperiode und das Merkmal renoviert/nicht renoviert berücksichtigt. Nach diesen Kriterien ergab sich für eine 4-Zimmerwohnung ein statistisch ausgewiesener Mietzins von CHF 1'120.00 pro Monat, und das Bundesgericht erachtete unter Berücksichtigung dieses statistischen Wertes den umstrittenen Mietzins von CHF 662.00 als nicht missbräuchlich.⁴⁸

3.6 Beweislast

Angesichts der ausserordentlichen Anforderungen an die Substantiierung – und letztlich den Nachweis – der Kriterien, welche zur Beurteilung der Orts- oder Quartierüblichkeit massgebend sind, kommt der Frage, wer in welchen Situationen den Beweis für die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse zu tragen hat, überragende Bedeutung zu.

Der Vermieter trägt die Beweislast für die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse, wenn er sich für eine **Mietzinserhöhung** auf dieses Kriterium beruft. Er ist auch beweisbelastet, wenn er einem durch eine Referenzzinssatzsenkung begründeten Begehren des Mieters um Mietzinsreduktion den Einwand der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse entgegenhält. Das Bundesgericht hat nach hier vertretener Auffassung zu Unrecht in einem Entscheid, in welchem der Mieter unter Berufung auf Kostenveränderungen eine Mietzinssenkung gefordert und den Einwand erhoben hatte, es werde ein übersetzter Ertrag erzielt, die Beweislast für die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse dem Vermieter auferlegt. Nachdem das Bundesgericht feststellte, dass angesichts des Alters- bzw. Erwerbsjahres der Mietliegenschaft als sogenannte "Altbaute" die Orts- oder Quartierüblichkeit das "dominierende" absolute Kriterium sei, erwog es, der Vermieter habe die Zulässigkeit des Mietzinses nun auch noch unter Berücksichtigung dieses Kriteriums zu beweisen.⁴⁹

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_179/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 2.2.2; BGE 123 III 317 E. 4a, S. 319; Urteil 4C.176/2003 vom 13. Januar 2004; 4A_412/2009 vom 15. Dezember 2009 E. 4; 4A_669/2010 vom 28. April 2011 E. 6.1; BSK-Weber, N 2 zu Art. 269a OR mit weiteren Hinweisen

⁴⁸ MfdP/Brutschin, N 19.2.7

⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.236/2004 vom 12. November 2004, MRA 4/05, S. 159 ff. mit Kritik Beat Rohrer, S. 165 ff.; BSK-Weber, N 5 zu Art. 269a OR

Ficht der Mieter den **Anfangsmietzins** an, welchen der Vermieter unter Hinweis auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse festgelegt hatte, so obliegt ihm grundsätzlich der Nachweis für die Missbräuchlichkeit dieses Anfangsmietzinses. Dies geht unmissverständlich aus der Botschaft des Bundesrates zur Mietrechtsrevision 1990 hervor, heisst es doch wörtlich was folgt:

*"Auch die Folgen des gescheiterten Einigungsversuchs vor der Schlichtungsstelle bleiben die gleichen: **Der Mieter** muss den vereinbarten Mietzins weiterbezahlen, er kann innert 30 Tagen den Richter anrufen und **trägt die Beweislast für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses.**" (a.a.O., S. 1492, Sonderdruck, S. 103, Hervorhebungen durch den Unterzeichnenden).*

Trotz dieser klaren, den Willen des Gesetzgebers manifestierenden Aussage in der Botschaft hat das Bundesgericht die Beweislast dafür, dass der Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist, bei der Anfechtung eines Anfangsmietzinses zumindest in den Fällen, in denen dieser Mietzins gegenüber dem vom früheren Mieter bezahlten Betrag um mehr als 10 % erhöht worden wurde, dem Vermieter auferlegt.⁵⁰ Dies ist, soweit der Vermieter sich auf den angemessenen Ertrag beruft, insofern verständlich, als der Mieter die Ertragssituation mangels Einsicht in die Berechnungsgrundlagen nicht beurteilen kann. Mit Bezug auf die Orts- oder Quartierüblichkeit trifft dies aber nicht zu. Zur Begründung seiner Auffassung erwog das Bundesgericht, es bestehe eine Vermutung, dass ein gegenüber dem früheren Mietzins erheblich erhöhter Mietzins missbräuchlich sei in einer Zeit, in welcher die Entwicklung des Referenzzinssatzes und der allgemeinen Teuerung rückläufig sei. Demzufolge habe der Vermieter zu beweisen, dass diese Vermutung der Missbräuchlichkeit nicht zutreffe. Wie die Erfahrung zeigt, ist damit faktisch – jedenfalls in den weitaus meisten Fällen, in denen das Mietverhältnis mit der früheren Mieterschaft längere Zeit gedauert hat, wegen den veränderten Marktverhältnissen kaum ein konkreter Fall denkbar, in welchem der Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit dem Mieter obliegt.

⁵⁰ BGE 139 III 313, auszugsweise wiedergegeben und kommentiert in MRA 2/13, S. 15 ff., bestätigt im Urteil 4A_295/2016 vom 29. November 2016

4. Kritische Würdigung der aktuellen Lehre und Rechtsprechung zur Orts- oder Quartierüblichkeit

4.1 Die systematische Einordnung des Kriteriums Orts- oder Quartierüblichkeit

Den Materialien zum Vorläufer des heute geltenden Rechts, dem BMM, lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber damals beabsichtigte, unter den beiden wichtigsten so genannt absoluten Missbrauchskriterien des angemessenen Ertrages und der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse eine Art Hierarchie bzw. ein Subordinationsverhältnis herzustellen. Gegenteilig lässt sich den zugegebenermaßen spärlichen Überlegungen zu dieser Frage entnehmen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entsprach, das grundlegende Kosten- und Marktelement gleichrangig zu behandeln.⁵¹

Dafür, dass es zwischen dem Kriterium des angemessenen Ertrages und der Orts- oder Quartierüblichkeit keine Hierarchie geben kann, sprechen nebst den entsprechenden Hinweisen in der Botschaft zur Mietrechtsrevision, die auf den 1. Juli 1900 in Kraft getreten ist, noch weitere Gründe.⁵²

Zunächst geht ja auch das Bundesgericht davon aus, dass die von ihm als bestehend erachtete Hierarchie bei so genannten Altbauten, also Bauten, die nach neuster Praxis vor mehr als 30 Jahren erstellt oder erworben worden sind, umgekehrt sei, dass also die Orts- oder Quartierüblichkeit das dominierende Kriterium sei.⁵³ Dafür, dass es überhaupt eine Hierarchie gibt und dass sich diese je nach dem Erstellungs- oder Erwerbszeitpunkt der konkret zu beurteilenden Liegenschaft ins Gegenteil verkehren kann, **bieten jedoch weder Gesetz noch Verordnung, noch sonst irgendwelche Materialien auch nur die leisesten Anhaltspunkte.**

Das Verhältnis zwischen dem Kriterium des angemessenen Ertrages und der in Art. 269a lit. c OR geregelten kostendeckenden Bruttorendite zeigt auf, dass es ei-

⁵¹ vgl. dazu die einleitend zitierten Passagen aus der Botschaft des Bundesrats vom 24. April 1972, S. 1232, und – ähnlich – in der Botschaft vom 27. März 1985, die im Hinblick auf die auf 1. Juli 1990 in Kraft getretene Mietrechtsrevision verfasst wurde.

⁵² vgl. die Zitate vorne bei Fn 1 und 2

⁵³ BGE 140 III 433 mit Kritik Beat Rohrer in MRA 1/15, S. 16 ff.

ne Hierarchie zwischen Art. 269 und 269a OR nicht geben kann: Beides sind nämlich absolute Kostenkriterien, die für unterschiedliche Phasen in der Existenz einer Liegenschaft zur Anwendung gelangen: Die kostendeckende Bruttorendite als eine Art Pauschalierung der Ertragsrechnung für die ersten 10-15 Jahre, in welchen noch keine repräsentativen Werte für durchschnittliche Unterhalts- und Betriebskosten vorliegen und das Kriterium des angemessenen Ertrages für ältere Bauten, bei welchen auf statistische Durchschnittswerte zurückgegriffen werden kann.

Schliesslich enthält Art. 10 VMWG ein Indiz dafür, dass – wenn es überhaupt eine Hierarchie gibt – das Kriterium der Orts- oder Quartierüblichkeit auch bei neueren Bauten das dominierende Kriterium wäre: Erhebt der Mieter nämlich gegen die vom Vermieter vorgelegte Berechnung des angemessenen Ertrages den Einwand, er habe einen offensichtlich übersetzten Kaufpreis in Anschlag gebracht, so erfolgt die Überprüfung dieses Einwandes nach dem Kriterium der orts- oder quartierüblichen Mietzinse: Es wird aus orts- oder quartierüblichen Mietzinsen der Ertragswert einer Liegenschaft berechnet, gegenüber welchem der vom Vermieter bei seiner Ertragsberechnung berücksichtigte Kaufpreis nicht "offensichtlich", also qualifiziert übersetzt sein darf.

Folgte man den verfehlten hierarchischen Überlegungen des Bundesgerichtes, könnte sich somit folgende, gerade absurde Konstellation ergeben:

Der Vermieter beruft sich bezüglich des Anfangsmietzinses auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse. Der Mieter behauptet – ohne jeden Ansatz einer Substantiierung –, der Vermieter erziele einen übersetzten Ertrag. Daraufhin legt der Vermieter seine Ertragsberechnung vor, in welcher er als Anlagekosten den effektiv entrichteten Kaufpreis einsetzt. Nun behauptet der Mieter, dieser Kaufpreis sei offensichtlich übersetzt. Er muss diesen Einwand nun beweisen, und zwar **indem er den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit erbringt, womit er letztendlich genau das beweisen muss, worauf sich der Vermieter von Anfang an berufen hat!**

Schliesslich widerspricht die vom Bundesgericht – je nach Erwerbs- oder Erstellungszeitpunkt angenommene – Hierarchie auch einem Fundamentalprinzip, das Art. 269d OR zugrunde liegt: Da eine Mietzinserhöhung nichtig ist, wenn der Vermieter sie nicht klar begründet, verlangt die Rechtsprechung, dass die Überprüfung des geltend gemachten Mietzinses **nur und ausschliesslich nach denjenigen**

Kriterien erfolgen darf, auf die sich der Vermieter in seiner Begründung ausdrücklich berufen hat. Das "Nachschieben" weiterer Erhöhungsgründe wird nicht zugelassen.⁵⁴

Lässt man nun bei einer beispielsweise mit Mehrleistungen begründeten Mietzinsenerhöhung den Einwand zu, es werde ein übersetzter Ertrag erzielt oder – bei älteren Liegenschaften – der Mietzins liege ausserhalb der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse, so erfolgt letztlich die Überprüfung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses nach völlig anderen, vom Vermieter gar nicht angerufenen Kriterien.

4.2 Übertriebene Anforderungen an die Vergleichbarkeit

Das Bundesgericht hat primär durch übertrieben hohe Anforderungen an die Ähnlichkeit der zum Vergleich angerufenen Objekte einerseits und durch ebenso übertrieben hohe Anforderungen an Substantiierung und Nachweis der Vergleichbarkeit die Orts- oder Quartierüblichkeit **faktisch aus dem Gesetz eliminiert**.⁵⁵ Weber spricht in seinem Kommentar davon, der "wahrhaft teuflische" Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit könne infolge der strengen Vergleichskriterien schlicht nicht oder dann nur mit grossem Aufwand erbracht werden.⁵⁶ Die faktische Elimination des Kriteriums der Orts- oder Quartierüblichkeit wurde auch in den beiden Botschaften zu den Mietrechtsrevisionen, wie sie mit der Initiative "Ja zu fairen Mieten" und einem späteren Versuch einer Teilrevision des Mietrechtes zugrunde gelegt wurden, angesprochen: In der Botschaft zur Teilrevision des Mietrechtes im Obligationenrecht und zur Volksinitiative "Ja zu fairen Mieten" vom 15. September 1999 (99.076) wird als eine der zahlreichen **Schwachstellen** des aktuellen Rechts *"die praktische Bedeutungslosigkeit des Vergleichsmietepinzips"* und ferner die *"unbefriedigende Systematik des geltenden Rechts"* angeprangert.⁵⁷ Ähnliches ist auch in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 12. Dezember 2008 zu lesen: Nebst der unklaren Systematik wird erneut als **Schwachstelle mit Handlungsbedarf** *"eine Regelung der Orts- und Quartierüblichkeit, die wenig zum Tragen kommt"* erwähnt (08.081, S. 356). Das Bundesgericht stellt selber schliesslich lakonisch fest, es würden für den Nachweis der Vergleichsmiete bereits heute

⁵⁴ vgl. dazu SVIT-K, N 37 und N 42 mit Hinweis auf BGE 118 II 130, 106 II 168 und 117 II 460, 121 III 366

⁵⁵ SVIT-K, N 24 zu Art. 269a OR

⁵⁶ BSK-Weber, N 5 zu Art. 269a OR; Hans Bättig in seinem Kommentar zum BGE 127 III 411, MRA 1/2002, S. 9 ff.; Maja Blumer, Rz 445, S. 137; BK-Giger, N 40 vor Art. 253-273c und ferner Conod, DdB 2013, S. 29 f., als Kommentar zum BGE 139 III 13

⁵⁷ Botschaft vom 15. September 1999, S. 9834

derart strenge Voraussetzungen gelten, **dass er in der Praxis schwer zu erbringen sei.**⁵⁸

Kritisiert wird mit Bezug auf die Anforderungen der Vergleichbarkeit in Lehre und Rechtsprechung namentlich Folgendes:

- Kritisiert wird, dass das Bundesgericht mit Bezug auf die **Bauperiode** stur an einer Bandbreite von maximal 20 Jahren festhält, obwohl diese bei Bauten, die in den Vorkriegsjahren, d.h. vor 1940, erstellt worden sind, kaum ein aussagekräftiges Indiz für die allfällige Vergleichbarkeit darstellt. Richtigerweise müsste der aktuelle Unterhaltszustand stärker gewichtet werden.⁵⁹
- Mit Bezug auf Abweichungen der **Zimmerzahl bzw. der Flächen** von zum Vergleich angerufenen Objekten würde es sich aufdrängen, den **Quadratmeterpreis** als Kriterium heranzuziehen. Es ist nicht einzusehen, weshalb für den Nachweis der Orts oder Quartierüblichkeit einer 3-Zimmerwohnung, die monatlich netto CHF 1'350.00 kostet, nicht beispielsweise auf 2-1/2-Zimmerwohnungen mit kleinerer Fläche verwiesen werden kann, die zu einem höheren Mietzins zwischen CHF 1'400.00 und CHF 1'500.00 vermietet werden.
- Mit Bezug auf die **Ausstattung** genügen nach Auffassung des Bundesgerichtes bereits geringfügige Abweichungen, um die Vergleichbarkeit auszuschliessen. Auf die Beispiele mit unterschiedlicher Fensterverglasung und einem fehlenden bzw. vorhandenen Kabelfernsehanschluss wurde bereits hingewiesen.⁶⁰
- Als problematisch erweist sich, dass bei den zum Vergleich angerufenen Objekten dann eine **rechnerische Anpassung** vorgenommen werden muss, wenn die zum Vergleich angerufenen Mietzinse auf unterschiedlichen Kostenfaktoren beruhen. Dies widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung selber und ist auch offensichtlich falsch. Die entsprechende Praxis des Bundesgerichtes lässt ausser Acht, dass der Vermieter nach kon-

⁵⁸ BGE 127 III 411, auszugsweise wiedergegeben in deutscher Übersetzung und kommentiert in MRA 1/2002 E. 5a, S. 14; dazu auch HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, Rz 1.14 mit Fn 39

⁵⁹ HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, N 1.17; ZK-Higi, N 123 zu Art. 269a OR, welcher mit Bezug auf die Praxis des Bundesgerichtes feststellt, das Kriterium der Bauperiode diene offensichtlich bisweilen vorab dem Zweck, "auf bequeme Weise Unvergleichbarkeit herzustellen"; Sommer, Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes 4A_448/2009 vom 1. Februar 2009, MRA 2/11, S. 77 ff.

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichtes 4C.265/2002; mp 1/01, S. 33

stanter Rechtsprechung nicht verpflichtet ist, eine wegen einer Kostenveränderung vom Mieter verlangte Mietzinssenkung zu gewähren, wenn er sich auf ein absolutes Mietzinsanpassungskriterium, z.B. auf die Erzielung eines angemessenen Ertrages oder eben auf die Orts- oder Quartierüblichkeit, berufen kann.⁶¹ Die Rechtsprechung verlangt somit zumindest indirekt, dass ein Vergleichsobjekt, dessen Mietzins auf einem anderen Kostenstand beruht als derjenige, welcher im konkreten Fall zu beurteilen ist, noch daraufhin untersucht werden müsste, ob dem dort theoretisch bestehenden Senkungsanspruch ein Einwand nach absoluten Kriterien entgegengehalten werden könnte! Im Streitfall müsste zu dieser Frage sogar noch Beweis abgenommen werden, womit das an sich schon komplizierte und aufwendige Verfahren, bei welchem die Orts- oder Quartierüblichkeit eines bestimmten Mietobjektes zu beurteilen ist, noch wesentlich aufwendiger wird.

- Die konsequente Weigerung der Gerichte, nach pflichtgemäßem Ermessen **Vorteile von zum Vergleich angerufenen Objekte gegenüber Nachteilen anderer Objekte abzuwägen** und im Sinne einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen, ob ein Mietzins orts- oder quartierüblich ist, ist zu kritisieren. Eine solche Bewertung drängt sich nur schon deshalb auf, weil absolut identische Vergleichsobjekte in der Regel gar nicht existieren. Gerade im Mietrecht sind viele Fragen vom richterlichen Ermessen abhängig, z.B. die Frage, wie lange nach einer Kündigung bei vorhandener Härte ein Mietverhältnis erstreckt werden kann, bezüglich der Frage, in welchem Umfang ein Mietzins bei vorhandenen Mängeln herabgesetzt werden soll oder in welchem Bereich innerhalb der Bandbreite von 50-70 % ein wertvermehrender Anteil angenommen werden kann, wenn umfassende Sanierungen Anlass zu einer Mietzinserhöhung geben (Art. 14 VMWG). Weshalb es dem Richter, der im Mietrecht also häufig Ermessensfragen zu beurteilen hat, verwehrt sein soll, gewisse Unterschiede von zum Vergleich angerufenen Wohnungen zu bewerten und letztlich aufgrund eines Gesamteindrucks zu beurteilen, was orts- oder quartierüblich ist, ist nicht nachvollziehbar.

⁶¹ BGE 121 III 263, MRA 4/95, S. 177 ff., betreffend den angemessenen Ertrag; BGE 122 III 257 und Urteil 4C.285/2005 vom 5. Januar 2006, MRA 1/06, S. 1 ff., betreffend die Orts- oder Quartierüblichkeit und die kostendeckende Bruttorendite; SVIT-K N 20/21 zu Art. 270a OR

4.3 Übertrieben hohe Anforderungen an die Substantiierung der Vergleichskriterien und an den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit

Das Bundesgericht – und ihm folgend auch untere Gerichtsinstanzen – verlangen, dass die beweisbelastete Partei – in der Regel der Vermieter – im Rahmen der Substantiierungsobliegenheit (Art. 55 ZPO) über sämtliche Vergleichskriterien, also Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode der zum Vergleich angerufenen Objekte, im Behauptungsstadium detaillierte Angaben vorträgt. Die rechtsgenügende Substantiierung setzt, wie bereits erwähnt worden ist, voraus, dass sich die beweisbelastete Partei **Informationen beschafft, die ihr nicht frei zugänglich sind**, so etwa über das Baujahr, die Ausstattung (Kücheneinrichtungen, Waschmaschine/Tumbler, Balkon, Anzahl Nasszellen, Bad/WC oder Bad/Dusche etc.), den Zustand (Zeitpunkt der letzten Sanierung und dabei sanierte Bereiche), die Wohnfläche, die Frage, ob das Mietobjekt durch einen Lift erschlossen ist oder nicht, den aktuellen Kostenstand, auf dem der Mietzins beruht, Umfang der separat zusätzlich zum Mietzins zu bezahlenden Nebenkosten etc. Damit ist die beweisbelastete Partei darauf angewiesen, dass andere Liegenschafteneigentümer oder Bewirtschaftungen diese Angaben preisgeben und auch bereit sind, die zum Nachweis im Prozessfall benötigten Beweismittel, z.B. Mietverträge, amtliche Formularmitteilungen betreffend Mietzinsanpassungen, Zusammenstellung über Art und Umfang vorgenommener Sanierungen etc., zur Verfügung zu stellen. Es ist offenkundig, dass die Beschaffung all dieser Informationen mit einem enormen Aufwand verbunden ist, wenn man bedenkt, dass sich die beweisbelastete Partei ja nicht damit begnügen darf, lediglich fünf zum Vergleich geeignete Objekte aufzuspüren. Vielmehr müsste die beweisbelastete Partei mindestens 15 bis 20 Vergleichsobjekte benennen, um dem Risiko zu entgehen, dass am Schluss nach der strengen selektiv erfolgenden "Ausscheidung" derjenigen Objekte, die mit Bezug auf einzelne Vergleichskriterien ausser Betracht fallen, nicht weniger als die mindestens geforderten fünf Objekte übrig bleiben.

Mit der rechtsgenügenden Substantiierung der Orts- oder Quartierüblichkeit wird der Grundstein dafür gelegt, dass in einem Beweisverfahren die Vergleichbarkeit nach den mehrfach erwähnten Kriterien überprüft werden kann. Die Beweisführung erfolgt einerseits durch Konsultation der verfügbaren Dokumente, also Mietvertrag, amtliches Formular, allenfalls Zusammenstellung oder Abrechnung betreffend Sanierungen etc. durch Augenschein. Dabei steht dem Gericht insbesondere mit Bezug auf das Kriterium "Lage" und "Ausstattung" ein recht breiter Ermessensspielraum zu. Auch geringfügige Unterschiede mit Bezug auf Nähe zu Verkehrsträgern, öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen oder Einkaufsmöglichkeiten werden

dabei zu Lasten der beweisbelasteten Partei gewichtet. Ähnliches gilt mit Bezug auf unterschiedliche Ausstattungen, worauf bereits verwiesen worden ist. Auch an dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die Beweiserhebungen ausserordentlich zeitaufwendig sind. In einem konkreten Fall, in welchem zusätzlich zu den fünf zu beurteilenden Mietobjekten 35 zum Vergleich geeignete Objekte angerufen wurden, nahm die Durchführung des Augenscheins durch die Gerichtsdelegation **eine ganze Arbeitswoche** in Anspruch: Es waren insgesamt 40 Wohnungen zu besichtigen, wofür das Gericht eine Stunde pro Wohnung veranschlagte. An fünf Tagen konnten somit je acht Wohnungen besichtigt werden. Diese nicht nur für die Parteien und ihre (teuren) Rechtsvertreter, sondern auch für das Gericht aufwendigen Beweiserhebungen lassen erkennen, wo der Grund dafür liegen könnte, dass die Gerichte bereits an die Substantiierung der Vergleichskriterien ausserordentlich hohe Anforderungen stellen: **Es ist wesentlich weniger arbeitsintensiv, eine Mietzinsanpassung unter Berufung auf die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse abzuweisen, weil die Vergleichskriterien als ungenügend substantiiert erachtet werden, als nach Durchführung sämtlicher prozessrechtlich notwendiger Beweiserhebungen darüber einen Entscheid zu fällen.**

4.4 Expertise als Beweismittel?

Das Gericht kann im Rahmen der Beweiserhebungen als Beweismittel für eine zu beweisende Tatsache ein **Gutachten** einholen. Dies ist dann geboten, wenn das Gericht bestimmte Aspekte eines Sachverhalts mangels ausreichenden Fachwissens in einem bestimmten Gebiet nicht allein feststellen und/oder würdigen kann. Gegenstand des Gutachtens kann allerdings nicht eine Rechts-, sondern nur eine Tatfrage sein. Dabei hat die sachverständige Person den Auftrag, dem Gericht die erforderliche Sachkunde zu verschaffen bzw. zu vermitteln. Ihre Aussagen müssen sich auf ihr Fachgebiet beschränken, und sie dürfen dem Gericht die rechtliche Würdigung und Subsumtion nicht vorwegnehmen.⁶²

Ginge es im Rahmen der Beweiserhebungen nur darum, festzustellen, ob die zum Vergleich angerufenen Objekte nach den Kriterien Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode mit dem zu beurteilenden Objekt vergleichbar sind, wäre eine Expertise wohl entbehrlich. Denn alle diese Elemente könnten ohne besonderes Fachwissen aufgrund einschlägiger Urkunden oder eines Augenscheins beurteilt werden. Würde man andererseits annehmen, ein Sachverständiger, d.h. ein

⁶² zum Ganzen: Weibel in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Auflage, N 2 und 4/5 zu Art. 183 ZPO

Immobilienfachmann, könne aufgrund seiner eigenen Markterfahrungen und unter Zuhilfenahme von zusätzliche Erhebungen bei Immobilienfirmen, Immobilieneigentümern, privat erstellten Statistiken oder auch unter Berücksichtigung allgemein zugänglicher Informationen, aber ohne individuelle Prüfung jedes einzelnen Vergleichskriteriums beurteilen, ob ein konkret verlangter Mietzins als orts- oder quartierüblich bezeichnet werden kann, so müsste das Gutachten als Beweismittel zugelassen werden, weil es nur unter Berücksichtigung der branchenspezifischen Fachkunde erstellt werden kann.

Das Bundesgericht hat, soweit ersichtlich, lediglich in einem singulären Entscheid erwogen, der für die Bestimmung der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse verlangte Vergleich könne nicht durch ein **Gutachten über den Ertragswert des Grundstückes** ersetzt werden.⁶³ Daraus hat sich in der Literatur die Auffassung verbreitet, der Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit könne generell nicht auf dem Weg eines Gutachtens erbracht werden.⁶⁴ In einem anderen Urteil hat das Bundesgericht den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit durch ein Sachverständigengutachten zumindest nicht ausgeschlossen: Im Sachverhalt, der dem Entscheid 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 zugrunde lag, hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob die Verlängerung des Mietverhältnisses nach ausgeübtem Optionsrecht wirksam geworden war, obwohl sich die Parteien über den für die Verlängerungsdauer massgebenden Mietzins nicht geeinigt hatten. Der Mietvertrag sah dabei vor, dass bei Ausübung der Option derjenige Mietzins bezahlt werden müsse, "der am Ort für gleichartige Parzellen üblich" sei. Das Bundesgericht hielt dafür, die Verlängerung der Vertragsbeziehung sei eingetreten, weil der Mietzins aufgrund des Hinweises auf den justiziablen Begriff der Orts- oder Quartierüblichkeit genügend bestimmbar sei. Sofern sich die Parteien nicht über diesen Mietzins einigen könnten, könne dieser in einem darüber geführten Prozessverfahren ermittelt werden. Wörtlich dann das Bundesgericht:

"Nach Treu und Glauben sind als am Ort gleichartige Parzellen zunächst tatsächlich vermietete Grundstücke zu verstehen, die hinsichtlich Art, Grösse, Erschliessung, Beschaffenheit und Lage vergleichbar sind. ... Besteht keine solche Vergleichsbasis, lässt der im Lichte des favor negotii ausgelegte Wortlaut der Klausel jedoch auch ein Abstellen auf eine hypothetische Vergleichsbasis zu, mithin auf einen ortsüblichen Mietzins, der gestützt auf statistische Erhebungen oder eine nach anerkan-

⁶³ BGE 114 II 361 E. 3, S. 363

⁶⁴ so z.B. ZK-Higi, N 56 zu Art. 269a OR, ausdrücklich unter Hinweis auf den erwähnten BGE; ähnlich auch SVIT-K, N 28 zu Art. 269a OR, zutreffend und Gutachten befürwortend demgegenüber HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, Rz 1.28, S. 17

ten Methoden der Immobilienbewertung durchgeführte Ertragswertschätzung zu ermitteln ist. ..."

(a.a.O. E. 5.2)

Dieser Entscheid steht somit – was die Bedeutung einer **Ertragswertschätzung** für die Ermittlung des orts- oder quartierüblichen Mietzinses angeht – im Widerspruch zum Präjudiz BGE 114 II 361. Immerhin deutet er an, dass im Zusammenhang mit der Ermittlung der Orts- oder Quartierüblichkeit Schätzungen – und damit prozessrechtlich Gutachten – nicht zum vornherein ausgeschlossen erscheinen.

Es ist dennoch zu erwarten, dass die Gerichte auch inskünftig Expertisen als Beweismittel für die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse tendenziell eher ablehnen. Dies aus folgenden Gründen:

Im Allgemeinen dürften die Vermieter wesentlich besser über die Marktverhältnisse informiert sein als die Mieter, selbst dann, wenn sie nicht im geforderten Detaillierungsgrad von allen Elementen, wie sie zum Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit vorgetragen werden müssen, Kenntnis erlangt haben. Experten entstammen in der Regel der Immobilienbranche, tendenziell also eher Organisationen, die den Vermietern nahestehen. Die bezüglich der Marktverhältnisse besser orientierten Vermieter hätten also aufgrund ihres höheren Informationsstandes und der Vernetzung in der Branche gewisse Vorteile in einem Verfahren. Damit sähen sich Mieter, welche es bezüglich der Orts- oder Quartierüblichkeit auf ein Prozessverfahren ankommen lassen, erheblichen Kostenrisiken ausgesetzt, da ihnen im Falle des Unterliegens die Gerichtskosten und damit auch die in der Regel teuren Expertisekosten auferlegt würden. Sie hätten ausserdem der obsiegenden Gegenpartei eine Prozessentschädigung zu bezahlen, welche sich nach dem – in der Regel hohen, weil auf der Basis der zwanzigfachen strittigen Jahresleitung bemessenen – Streitwert richtet. Das Kostenrisiko dürfte also Mietparteien davon abhalten, es auf eine prozessuale Auseinandersetzung ankommen zu lassen, was allgemein als sozialpolitisch unerwünscht erachtet wird. Diese – formaljuristisch betrachtet sachfremden – Überlegungen dürften weiterhin dazu führen, dass Expertisen zum Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit von den Gerichten nicht zugelassen werden.

4.5 Amtliche Statistiken

Gemäss Art. 11 Abs. 4 VMWG sind amtliche Statistiken bei der Erhebung der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse "zu berücksichtigen". In der Literatur wird dezidiert die Auffassung vertreten, von privater Seite erstellte Statistiken, namentlich solche, welche von Fachleuten aus Immobilienkreisen erstellt würden, könnten nicht berücksichtigt werden.⁶⁵

In einem Fall, den das Bundesgericht letztinstanzlich vor nicht allzu langer Zeit entschieden hat, hatte sich die Vermieterin darauf berufen, dass Statistiken von professionellen Kennern der Branche aussagekräftiger seien als amtliche Statistiken von kantonalen oder eidgenössischen Behörden. Das Bundesgericht schloss in seinen Erwägungen den Beizug von Statistiken, die von privater Seite erstellt wurden, nicht ausdrücklich aus, sinngemäss aber schon, indem es festhielt, "*... bei fehlenden amtlichen Statistiken im Sinne von Art. 11 Abs. 4 VMWG erlaubt die Rechtsprechung dem Vermieter den Nachweis der ortsüblichen Mietzinse anhand von mindestens fünf Vergleichswohnungen ...*".⁶⁶ Es erübrigte sich im konkreten Fall, die Frage der Beweistauglichkeit privater Statistiken grundsätzlich zu entscheiden, da die Hinweise der Vermieterin auf Auszüge der Broschüre "Immo-Monitoring 2012-2013" der Firma Wüest & Partner AG sowie auf Mietangebote der Internetseite "www.immoscout.ch" offenkundig die Anforderungen an den Detaillierungsgrad bzw. die Aussagekraft der Statistiken nicht erfüllten. Obwohl das Bundesgericht, wie erwähnt, die konkrete Frage gar nicht explizit prüfte, liest man in der deutschen Übersetzung des erwähnten Urteils in der Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht (mp) in der Überschrift: "*Private Statistiken und Inserate über Mietangebote sind keine tauglichen Beweismittel*" (a.a.O., S. 61).

Wie bereits aufgezeigt worden ist, verlangt das Bundesgericht, dass amtliche Statistiken, mit welchen der Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit erbracht werden will, einen **hohen Detaillierungsgrad** aufweisen und insbesondere aussagekräftige Angaben zu den wesentlichen Vergleichskriterien Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode enthalten müssen. Soweit ersichtlich, existieren in keinen Kantonen oder Gemeinwesen Statistiken, welche diese Anforderungen erfüllen. Es kann im Übrigen davon ausgegangen werden, dass Amtsstellen bzw. Kantone oder Gemeinden nicht daran interessiert sind, auf Kosten der Steuerzahler Statistiken in einem den Beweisanforderungen genügenden Detaillierungsgrad

⁶⁵ MfdP/Brutschin, N 19.2.7

⁶⁶ BGE 141 III 569, MRA 2/16, S. 61 ff., E. 3.3

zu erstellen und zu bewirtschaften, nur um Vermietern die Beweisführung für orts- oder quartierübliche Verhältnisse zu erleichtern.

Es fragt sich somit, ob es sinnvoll erscheint, dass private Organisationen Statistiken aufbauen, welche den erforderlichen Detaillierungsgrad mit Bezug auf die geforderten Vergleichskriterien aufweisen. Der ganze damit verbundene Aufwand wäre ja nutzlos, wenn die Gerichte solche Statistiken generell als untaugliche Beweismittel qualifizieren würden, nur weil sie nicht "amtlich" erhoben worden sind. Sachlich wäre dies nach hier vertretener Auffassung unberechtigt, ist doch nicht einzusehen, weshalb von privater Seite erhobene Statistiken nicht den gleichen Wahrheits- bzw. Informationsgehalt aufweisen können wie amtlich erhobene Statistiken (vgl. dazu auch die Bemerkung von Peter Higi, der dafür hält, die "statistische Wahrheit" könne auch widerlegt werden, nämlich durch den Nachweis einer vergleichsgenügenden Anzahl von Objekten. Higi dann wörtlich: "*Denn amtliche Statistiken sind nicht einfach deshalb stichhaltig, weil sie amtlich sind*").⁶⁷

4.6 Schiedsgutachten / Schiedsgericht

Nach einem wegleitenden Urteil des Bundesgerichtes ist es bei der **Geschäftsraummiete** zulässig, dass die Parteien für die Festsetzung eines neuen Mietzinses ein Schiedsgutachten oder ein Schiedsgericht vorsehen. Ausgeschlossen ist bei Wohn-Mietverhältnissen die Vereinbarung, wonach ein Schiedsgericht den Mietzins festlegen soll. Möglich ist aber, diesen durch ein Schiedsgutachten zu ermitteln.⁶⁸

4.7 Beweislast

Gemäss Art. 8 ZGB hat diejenige Partei, welche eine Tatsache behauptet, den Beweis für diese Tatsache zu führen, falls sie im Prozess bestritten wird und falls sie entscheiderelevant ist. Klar ist, dass der Vermieter, welcher sich zur Erhöhung des Mietzinses oder zur Abwehr eines vom Mieter unter Berufung auf Kostenveränderungen gestellten Senkungsbegehrens auf die Orts- oder Quartierüblichkeit beruft, beweisbelastet ist.

⁶⁷ ZK-Higi, N 62 zu Art. 269a OR mit einem Hinweis auf geschönte Vergleichsquoten in den offiziellen amtlichen Statistiken zur Tätigkeit der Schlichtungsbehörde

⁶⁸ BGE 141 III 201; HAP Immobiliarmietrecht-Bättig, N 1.27

Wie einleitend aufgezeigt wurde, obliegt nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich in der Botschaft des Bundesrates manifestiert hat, die **Beweislast bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses dem Mieter**. Das Bundesgericht hat allerdings, wie bereits dargelegt worden ist, entschieden, bei einer erheblichen Erhöhung des Mietzinses bestehe eine Vermutung für die Missbräuchlichkeit, die vom Vermieter widerlegt werden müsse, wobei dieser dann für die Zulässigkeit des geltend gemachten Mietzinses beweispflichtig sei.⁶⁹

Das Bundesgericht blendete aus, dass die Festlegung des Anfangsmietzinses nach absoluter Methode erfolgt, also unabhängig davon, ob es im früheren Mietverhältnis möglich gewesen wäre, den Mietzins aufgrund von Kostenveränderungen oder unter Berufung auf den angemessenen Ertrag oder die orts- oder quartierüblichen Verhältnisse zu erhöhen. Wenn es erwog, es bestehe eine Vermutung der Missbräuchlichkeit, wenn in einer Phase rückläufiger Referenzzinssätze und sinkender Teuerung ein Mietzins gegenüber dem früher bezahlten Mietzins erheblich erhöht werde, so verkannte es den von ihm selbst mehrfach als wesentlich erachteten Umstand, dass sich Marktverhältnisse eben anders entwickeln können als Kostenverhältnisse. Es vermischte also gerade das, was im Rahmen der Begründung einer Mietzinserhöhung zur Nichtigkeit führt, nämlich Kosten- und Marktelemente. Es ist offenkundig, dass das Bundesgericht in Befolgung der von ihm als wesentlich erachteten, allerdings mit dem Verfassungsauftrag des Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringenden "positiven Loyalitätskriterien" und einem irgendwie gearteten "Sozialschutzgedanken" dem grundsätzlich beweispflichtigen Mieter nicht zumuten wollte, sich den Beweisschwierigkeiten und den damit verbundenen Risiken der Anfechtung des Anfangsmietzinses auszusetzen.⁷⁰

5. Perspektiven im Rahmen des geltenden Rechtes

5.1 Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes

Es gibt keine Anzeichen dafür, dass das Bundesgericht die Anforderungen an die Substantiierung bzw. den Nachweis der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse in naher Zukunft mindert. Das zurzeit aktuellste Urteil BGE 141 III 569 (MRA 2/16, S. 61 ff.) lässt gegenteilig erkennen, dass das Bundesgericht diese Anforderungen

⁶⁹ BGE 139 III 13, MRA 2/13, S. 15 ff. mit Kritik Beat Rohrer, S. 24 ff.

⁷⁰ vgl. zu den erwähnten Prinzipien, welche das Bundesgericht schon mehrfach als Leitlinie für seine mieterfreundlichen Entscheidungen anrief: BGE 141 III 101, MRA 4/15, S. 234 ff.

tendenziell eher noch verschärft, namentlich mit dem Hinweis, es genüge für den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit **nicht der blosse Wahrscheinlichkeitsbeweis, sondern nur der strikte Nachweis**. Das Bundesgericht hat sich in den letzten Jahren mit der in der Literatur geäußerten Kritik an den Anforderungen, welche die beweisbelastete Partei für die Substantiierung und den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit zu erbringen hat, überhaupt nicht auseinandergesetzt und damit zum Ausdruck gebracht, dass es nicht willens ist, von der eingeschlagenen Linie abzuweichen.

5.2 Erleichterungen für die Substantiierung und den Nachweis der Ortsüblichkeit durch private Statistiken oder durch den Einbezug von Sachverständigengutachten im Prozessverfahren?

Wie bereits dargelegt worden ist, erscheint es höchst zweifelhaft, ob die Gerichtspraxis von privater, also nicht amtlicher Seite (mit "staatlicher Kontrolle") erstellte Statistiken für die Substantiierung bzw. den Nachweis der orts- oder quartierüblichen Verhältnisse überhaupt zulassen wird, selbst dann, wenn diese Statistiken entsprechend den Anforderungen des Bundesgerichtes genügend aussagekräftige Informationen bezüglich aller für die Beurteilung wesentlicher Kriterien, also Lage, Grösse, Zustand, Ausstattung und Bauperiode der zum Vergleich angerufenen Objekte, enthalten. Dafür, dass solche Statistiken Beachtung finden könnten, spricht höchstens der Umstand, dass den Gerichten damit der ausserordentliche Arbeitsaufwand abgenommen würde, der mit der Durchführung von Beweisverfahren (Augenscheine etc.) verbunden ist.

Es sprechen dennoch gute Gründe dafür, auf privater Basis aussagekräftige Statistiken zu erstellen:

Zum einen wird ein Grossteil der Mietzinsanfechtungsverfahren, bei denen die Orts- oder Quartierüblichkeit zu beurteilen ist, **im Stadium des Schlichtungsverfahrens** durch Vergleich erledigt. Die Anforderungen an die Substantiierung des eigenen Standpunktes bzw. an den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit sind im Schlichtungsverfahren wesentlich geringer als in einem späteren Gerichtsverfahren. Erkennt nun eine Schlichtungsbehörde aufgrund von privat erstellten, aussagekräftigen Statistiken eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der zu beurteilende Mietzins nicht missbräuchlich ist, so wird sich dies im Vergleichsvorschlag

niederschlagen; im besten Fall wird der Mieterschaft empfohlen, den Standpunkt des Vermieters zu akzeptieren.

Sollen auf privater Basis erstellte Statistiken auch in gerichtlichen Verfahren Verwendung finden, so ist unabdingbar, dass die Informanten, welche die erforderlichen Daten für die Erstellung der Statistiken liefern, die Bereitschaft erklären, in einem allfälligen Prozessfall alle zur notwendigen Substantiierung der Vergleichskriterien erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen und notfalls auch vor Gericht zu bezeugen. Wenn die entsprechende Bereitschaft deklariert wird, so hätten die in der Regel beweisbelasteten Vermieter im Schlichtungsverfahren einen noch besseren Stand, weil sie in Aussicht stellen könnten, die in den Statistiken enthaltenen Daten in einem späteren Prozessverfahren durch Vorlegen sämtlicher sachdienlicher Unterlagen hinreichend substantiieren zu können.

Möglich wäre schliesslich auch, dass auf privater Basis erhobene Statistiken indirekt beweisrelevant werden könnten: Kann ein Vermieter, welcher im Prozessverfahren für die Orts- oder Quartierüblichkeit substantiierungs- bzw. beweispflichtig ist, aus den statistischen Daten und der Bereitschaft der jeweiligen Eigentümer, diese auch zu dokumentieren, im Prozessverfahren die Orts- oder Quartierüblichkeit rechtsgenügend substantiieren, so kann er diejenige Organisation, welche die Statistik erstellt hat, im Hinblick auf ein Beweisverfahren als Expertin anrufen. Die betroffene Organisation wäre dann sachverständig und könnte aufgrund ihres Datenschatzes, der genügend differenzierendes Zahlenmaterial aufweist, die Orts- oder Quartierüblichkeit des konkret interessierenden Objektes beurteilen. Sie wäre damit mangels der erforderlichen Neutralität zwar keine gerichtlich bestellte Expertin, sondern lediglich Parteigutachterin. Es liess sich aber erwarten, dass auch ein vom Gericht ernannter Experte bezüglich der zu beweisenden Tatsache – der Orts- oder Quartierüblichkeit – zum gleichen Resultat gelangt.

5.3 Kooperation unter den Liegenschafteneigentümern und Bewirtschaftungsunternehmen

Angesichts der zunehmenden Anfechtungen von Anfangsmietzinsen und des damit wachsenden Bedürfnisses, die Orts- oder Quartierüblichkeit geltend zu machen, erscheint unabdingbar, dass sich namentlich die professionellen Bewirtschaftungsunternehmen zusammenschliessen und in einer Art "Gentlemen Agreement" übereinkommen, dass diejenigen Vermieter, welche Prozesse über die

Orts- oder Quartierüblichkeit zu führen haben, unkompliziert und unbürokratisch bestmöglich über sämtliche Elemente dokumentiert werden, welche sie für die Substantiierung der Orts- oder Quartierüblichkeit benötigen. Es erscheint in diesem Zusammenhang entbehrlich, einen Datenpool anzulegen, da stets im Einzelfall auf die konkreten individuellen Eigenschaften des zur Beurteilung stehenden Mietobjektes abgestellt werden muss. Zumindest in städtischen Verhältnissen dürfte es aber immer möglich sein, die geforderten fünf Vergleichsobjekte aufzufinden, die hinsichtlich der relevanten Kriterien mit dem konkret zu beurteilenden Objekt vergleichbar sind.

6. Perspektiven de lege ferenda

6.1 Anpassung der VMWG

Nachdem das Bundesgericht, wie dargelegt, die Anforderungen an die Substantiierung und den Nachweis der Orts- oder Quartierüblichkeit in absehbarer Zeit nicht lockern wird, müsste auf eine Änderung von Art. 11 VMWG hingewirkt werden, mit der es ermöglicht wird, den geforderten Nachweis auf einfachere Weise zu erbringen. Der Beitrag des Unterzeichnenden in der Publikation Revisionspostulate enthält diesbezüglich einen konkreten Textvorschlag. Er lautet – in erweiterter Fassung – wie folgt:

"Art. 11 Orts- und quartierübliche Mietzinse

¹*Massgeblich für die Ermittlung der orts- und quartierüblichen Mietzinse im Sinne von Artikel 269a Buchstabe a des Obligationenrechts sind die Mietzinse für Wohn- und Geschäftsräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind.*

²*Bezüglich Bauperiode vergleichbar sind bei Gebäuden, die vor 1930 erstellt worden sind, in der Regel andere Wohn- oder Geschäftsräume, deren Erstellung 30 bis 40 Jahre vor oder nach der zu vergleichenden Mietsache erfolgte. Bei später erstellten Gebäuden beträgt die entsprechende Zeitspanne in der Regel 20 bis 25 Jahren.*

³*Bezüglich Zustand und Ausstattung werden die Kategorien "einfach", "gut" und "überdurchschnittlich" unterschieden. Der Richter gleicht mit Bezug auf einzelne*

Merkmale fehlende Eigenschaften nach seinem Ermessen durch die Berücksichtigung anderer, zusätzlicher oder höherwertiger Eigenschaften aus.

Abs. 2 und 3 neu: Abs. 5 und 6"

⁷Amtliche und genügend differenzierende Statistiken von branchenkundigen Privaten sind zu berücksichtigen."

[Zitat Abs. 1-3 aus: Beat Rohrer, Revisionspostulate, S. 161 ff., 184 f. Vgl. dazu mit ähnlichem Wortlaut die parlamentarische Initiative von Hans Egloff vom 29. September 2017, Nr. 17.493]

6.2 Neukonzeption der Regelungen über die so genannten missbräuchlichen Mietzinse

Die seit 1990 in der Erkenntnis bestehender Schwächen unternommenen Versuche, die Bestimmungen betreffend die missbräuchlichen Mietzinse im Obligationenrecht grundlegend zu verändern, sind allesamt gescheitert. Am 8. Februar 2004 lehnte die Stimmbevölkerung die Initiative des Mieterinnen- und Mieterverbandes "Ja zu fairen Mieten" ebenso ab wie den Gegenvorschlag, welchen der Bundesrat und die Bundesversammlung zur Annahme empfohlen hatten. Ein zweiter Versuch für eine grundlegende Änderung des Gesetzes auf der Basis eines bundesrätlichen Entwurfes von 2008 scheiterte schon im Stadium der parlamentarischen Beratungen. Seither wurden keine grundlegenden Bemühungen um eine umfassende Revision des Mietrechtes im Bereich der Mietzinsgestaltung mehr unternommen, was – politisch betrachtet – mit Sicherheit darauf zurückzuführen ist, dass sich das aktuelle System aufgrund der rückläufigen Entwicklung der Referenzzinssätze aus der Sicht der Mieterorganisationen positiv entwickelt hatte. Es kann davon ausgegangen werden, dass spätestens dann, wenn mit Bezug auf die Hypothekarkredit-Sätze eine Trendwende einsetzt, neue politische Vorstösse zur "Abkoppelung" des Referenzzinssatzes von der Mietzinsgestaltung unternommen werden.

Mangels Aktualität wird an dieser Stelle nicht auf verschiedene Ansätze für grundlegende Änderungen der die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen betreffenden gesetzlichen Regelungen eingegangen, und es wird auch darauf verzichtet, die diesbezüglich unternommenen, jedoch gescheiterten Revisionsbestrebungen zu kommentieren. Erwähnenswert erscheinen indessen einige Überlegungen, welche

Dr. Urs Hausmann in einer jüngst erschienenen Dissertation zum Thema "Vertragsfreiheit im Schweizer Mietrecht von 1804 bis 2014 unter besonderer Berücksichtigung des Mietzinses" anstellt: Hausmann postuliert eine Neudefinition des Begriffs der Missbräuchlichkeit. Wörtlich dazu:

"Statt persönlichen oder familiären Notlagen, statt den Verhältnissen auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume, statt dem Bezug auf den Mietzins im früheren Mietverhältnis und statt den getätigten wertvermehrenden Investitionen sollte ausschliesslich das vertraglich fixierte Preis-Leistungsverhältnis unter dem Titel der Missbräuchlichkeit angefochten werden können."

(Hausmann, Kap 20.2.3.5, S. 405 ff.)

Nach der Auffassung von Hausmann wären Mietzinse missbräuchlich, wenn zwischen der Leistung des Vermieters und dem vereinbarten Mietzins ein offenkundiges Missverhältnis bestünde. Als Referenz wäre im Anfechtungsfall ein mittlerer Vergleichsmietzins im Verständnis eines Marktmietzinses zu ermitteln. Dabei müssten alle Kriterien berücksichtigt werden, die den Mietzins unabhängig von den Eigenschaften der gegenwärtigen und von früheren Vertragsparteien beeinflussen können. Zur Bestimmung des mittleren Vergleichsmietzinses wären dabei in der Regel Gutachten zu erstellen. Mietzinse für Wohnräume wären im Endeffekt dann missbräuchlich, wenn das vereinbarte Niveau im Zeitpunkt der Anfechtung dasjenige des objekt- und standort- sowie marktgerechten mittleren Vergleichsmietzinses um mehr als 20 % übersteigt. Ähnlich wäre auch für Geschäftsräume zu verfahren, wobei dort die zulässige Überschreitung des Vergleichsmietzinses 30 % betragen dürfte.

7. Zusammenfassung

- Den Materialien zum Mietrecht ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber im Bereich der Mietzinsgestaltung den Missbrauchs begriff auf zwei Pfeiler stützen wollte – einen, der sich an der Kostensituation orientieren sollte und einen zweiten – gleichrangigen – der im weitesten Sinn Bezug nahm auf den Markt. Der Gesetzgeber hat es indessen versäumt, das dominierende Kostenkriterium des angemessenen Ertrages und das gegenseitige Verhältnis der einzelnen Missbrauchskriterien näher zu präzisieren.

- Das Bundesgericht hat die ihm delegierte Aufgabe, die im Gesetz fehlenden Leitlinien in der Anwendung der Missbrauchskriterien, namentlich demjenigen der Orts- oder Quartierüblichkeit, zu konkretisieren, aus irgendwelchen Gründen, sicher aber nicht primär auf der Basis des aus den Materialien erkennbaren gesetzgeberischen Willens und damit nicht vorrangig nach juristischen Gesichtspunkten wahrgenommen. Es hat mit übertrieben hohen Anforderungen an die Vergleichbarkeit von Mietobjekten und an die Substantiierung bzw. den Nachweis der einzelnen Vergleichskriterien die Orts- oder Quartierüblichkeit faktisch aus dem Gesetz eliminiert.
- Es sind keine Tendenzen erkennbar, die erwarten lassen, dass die restriktive Praxis des Bundesgerichtes in absehbarer Zeit gelockert werden könnte.
- Dass eine Gesetzesbestimmung faktisch nicht angerufen werden kann, entspricht objektiv einem Missstand, der auch im Zuge von gescheiterten Revisionsbemühungen auf politischer Ebene grundsätzlich erkannt worden ist. Aus dieser Sicht erscheint es trotz des zu erwartenden erbitterten Widerstandes der Mieterverbände nicht völlig aussichtslos, dass die "Wiederbelebung" der Orts- oder Quartierüblichkeit auf dem Weg einer Änderung der VMWG erfolgen könnte.
- Unabhängig davon könnten auf privater Basis erhobene Statistiken mit genügend differenzierendem und aussagekräftigem Zahlenmaterial, verbunden mit der Bereitschaft der Informanten, die im Prozessfall benötigten weiteren Informationen für die erforderliche Substantiierung zur Verfügung zu stellen, mindestens auf Stufe Schlichtungsbehörde erfolgreich eingesetzt werden. Es erscheint dabei nicht völlig ausgeschlossen, dass auch Gerichtsbehörden als seriös einzustufenden Statistiken einen gewissen Beweiswert zuerkennen, sei es als von der beweisbelasteten Partei angerufenes Beweismittel, sei es im Rahmen einer im Verfahren beantragten Expertise.

Zürich, 7. Juli 2016/4. November 2017

Dr. Beat Rohrer
Rechtsanwalt

Anhang: Literaturverzeichnis

Literaturverzeichnis

(Anhang zum Gutachten betreffend Orts- und Quartierüblichkeit)

Blumer Maja	Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Schweizerisches Privatrecht, VII/3
Giger Hans	Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, zitiert: BK-Giger
Bättig Hans	Mietzinsgestaltung, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Wohn- und Geschäftsraummiete, hrsg. von Jürg Müller, Basel 2015, zitiert HAP-Bättig
Hausmann Urs	Vertragsfreiheit im Schweizer Mietrecht von 1804 bis 2014 unter besonderer Berücksichtigung des Mietzinses, Zürich/St. Gallen 2016
Higi Peter	Die Miete, Zürcher Kommentar, Teilband V/2b, 1. – 4. Lieferung, zitiert ZK-Higi
Diverse Autoren Mieterinnen- und Mieterverband	Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, zitiert MfdP/Autor
Rohrer Beat	Revisionspostulate im Mietrecht, in: Aktuelle Fragen zum Mietrecht, hrsg. Vom EuropaInstitut, Zürich, 2012, S. 161 ff., zitiert Rohrer, Revisionspostulate
SVIT – Das schweizerische Mietrecht	Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, zitiert SVIT-K
Weber Roger	Basler Kommentar, 6. Aufl., zitiert BSK-Weber
Zeitschriften: MRA	MietrechtAktuell, hrsg. Vom SVIT-Verlag AG
mp	Mietrechtspraxis, hrsg. vom Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverband