

# Die Anfechtung indexierter Mietzinse bei Wohn- und Geschäftsräumen

Grosse Masterarbeit

Betreuer: Herr Prof. Dr. iur. et lic. oec. Jean- Fritz Stöckli

Beginn der Arbeit: 25. Januar 2010

Abgabedatum: 25. Juli 2010

Vorgelegt von:

Annina Disler

04 – 450 - 888

Hans Huber-Strasse 23, 4053 Basel

[annina.disler@stud.unibas.ch](mailto:annina.disler@stud.unibas.ch)

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	II
Abkürzungen.....	V
Literaturverzeichnis.....	VIII
Rechtsquellen und Materialien.....	XIII
<b>I. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>II. Mietzinse.....</b>	<b>2</b>
1. Mietzinse und ihre Klassifizierung.....	2
2. Überprüfbare Mieten und ihr gesetzlicher Schutz .....	3
2.1. Entstehungsgeschichte .....	3
2.2. Materielle Missbrauchsgesetzgebung.....	5
2.3. Formelle Missbrauchsrecht .....	8
<b>III. Indexierte Mietzinse insb. bei Wohn- und Geschäftsräumen .....</b>	<b>10</b>
1. Begriffserläuterung der Indexierung.....	10
2. Vertraglich vereinbarte indexierte Mietzinse .....	11
2.1. Indexierte Mietzinse- insb. Indexmieten gem. Art. 269 b OR.....	11
2.2. Rechtsnatur von Art. 269 b OR .....	14
2.3. Ratio legis von Art. 269 b OR.....	17
2.4. Geltungsbereich von Art. 269 b OR .....	19
2.5. Verbreitung der Indexmiete auf dem Wohn- und Geschäftsraummarkt.....	20
<b>IV. Anfechtung indexierter Mietzinse bei Wohn- und Geschäftsräumen .....</b>	<b>21</b>
1. Schutz vor missbräuchlichen indexierten Mietzinsen.....	21
1.1. Gesetzliche Grundlagen und ihr Gehalt .....	21
1.2. Generelle Rahmenbedingungen für die Anfechtbarkeit .....	22
1.3. Individuelle Klagevoraussetzungen.....	23
1.3.1. Klagevoraussetzungen für die Anfechtung eines indexierten Anfangsmietzinses .....	23
1.3.2. Klagevoraussetzungen für die Anfechtung einer Mietzinserhöhung resp. für ein Mietzinsherabsetzungsbegehren während des Mietverhältnisses .....	25
1.4. Berufung auf den allg. Grundsatz: „clausula rebus sic stantibus“ .....	26
2. Anfechtungsverfahren .....	28
2.1. Verfahrensablauf bei der Anfechtung eines indexierten Anfangsmietzinses .....	28

2.2.	Verfahrensablauf bei der Anfechtung eines indexierten Mietzinsen während des Mietverhältnisses .....	30
3.	Exkurs: Anfechtung altrechtlich indexierter Mietverträge .....	32
<b>V.</b>	<b>Ist es dem Gesetzgeber im Bereich der indexierten Mietzinse gelungen die divergierenden Interessen der Parteien auszugleichen? .....</b>	<b>33</b>
1.	Aktuelle Lage auf dem Mietraummarkt .....	33
1.1.	Aktuelle Lage auf dem Mietwohnungsmarkt .....	33
1.2.	Aktuelle Lage auf dem Mietgeschäftsmarkt .....	35
2.	Die divergierenden Interessenlager bei der Mietzinsgesetzgebung .....	37
2.1.	Ziele des Gesetzgebers .....	37
2.2.	Interessenslage der Sozialpartner bei Wohn- und Geschäftsräumen.....	39
3.	Entwicklung der Mietzinsgesetzgebung für Wohn- und Geschäftsräume seit Erlass des BMM und ihre Hintergründe .....	40
3.1.	Der BMM vom 20. Juni 1972.....	40
3.2.	Inkraftsetzung des revidierten OR sowie der VMWG am 1. Juli 1990 .....	43
3.3.	Prägnante Revisionen im Mietzinsrecht nach 1990 .....	45
3.3.1.	Änderungen der VMWG per 1. August 1996 .....	45
3.3.2.	Die Volksinitiative „Ja zu fairen Mieten“ und der Gegenvorschlag des Parlaments .....	47
3.3.3.	Mietrechtsrevision auf Verordnungsebene statt auf Gesetzesstufe .....	48
3.4.	Gegenüberstellung der geltenden indexierten Mietzinsregelungen und den historischen Regelungen des BMM .....	49
3.5.	Aktuelle Reformbestrebungen.....	52
4.	Rechtsprechung im Konnex mit der Gesetzgebung der indexierten Mietzinse bei Wohn- und Geschäftsräumen .....	55
5.	Beurteilung der Indexgesetzgebung .....	57
<b>VI.</b>	<b>Exkurs: Landesübergreifender Rechtsvergleich Deutschland-Schweiz .....</b>	<b>60</b>
<b>VII.</b>	<b>Schlusswort.....</b>	<b>61</b>
<b>VIII.</b>	<b>Danksagung.....</b>	<b>62</b>
<b>IX.</b>	<b>Eidesstattliche Erklärung .....</b>	<b>63</b>

## Anhang

Anhang 1: Auszug aus dem bürgerlichen Bundesgesetz vom 1. Januar 1990 (BGB)

Anhang 2: Auszug aus dem Bundesbeschluss vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen

Anhang 3: Auszug aus der Studie „Immo-Monitoring 2010/ 1“ des Beratungsunternehmens Wüest und Partner AG

## Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
allg.	Allgemein
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAZ	Basler Zeitung
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Bundesgesetz vom 1. Januar 1990
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BMM	Bundesbeschluss vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen
BSF	Bundesamt für Statistik
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BWO	Bundesamt für Wohnungswesen
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.r.s.st.	clausula rebus sic stantibus
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EKW	Eidgenössische Kommission für Wohnungswesen
et al.	et alii (= und andere)
etc.	et cetera
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
evtl.	eventuell
f./ ff.	und folgende Seite/ n
Fr.	Franken
gem.	gemäss
gl. M.	gleicher Meinung

Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	In Verbindung mit
insb.	insbesondere
u.U.	unter Umständen
Jg.	Jahrgang
KUKO	Kurzkomentar
LIK	Landesindex der Konsumentenpreise
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MLawO	Ordnung für das Masterstudium der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 28. April 2005
mp	Mietrechtspraxis, Zeitschrift für Schweizerisches Mietrecht (Basel)
MRA	MietRecht Aktuell (Basel)
N	Note
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220.00)
S.	Seite
SMV	Schweizerischer Mieterinnen- und Mieterverband
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.00)
vgl.	vergleiche
VMWG	Verordnung vom 1. Juli 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (SR 221.213.11)
wf	Wirtschaftspolitische Mitteilungen/ Gesellschaft zur Förderung der schweizerischen Wirtschaft
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210.00)

zit.

zitiert

## Literaturverzeichnis

### Zitierweise

Die nachfolgenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- |   |   |
|---|---|
| BASSENGE, PETER/ BRUDER-<br>MÜLLER, GERD/ DIEDERICHSEN,<br>UWE/ EDENHOFER, WOLF-<br>GANG/ ELLENBERGER, JÜRGEN/<br>GRÜNEBERG, CHRISTIAN/<br>HEINRICHS, CHRISTIAN/ HELD-<br>RICH, HELMUT/ HELDRICH, AN-<br>DREAS/ SPRAU, HARTWIG/<br>WEIDENKAFF, WALTER | Beck`sche- Kurzkomentar, Bürgerliches Gesetz-<br>buch, Bd. 7, München 2008 (zit.: Palandt- BEAR-<br>BEITER/ IN)   |
| BROCKHAUS   | Der Brock Haus, in fünf Bänden, Bd. 5: Shap-Z,<br>10. Aufl., Leipzig 2004   |
| BUNDESAMT FÜR STATISTIK<br>(Hrsg.)  | Landesindex der Konsumentenpreise (LIK),<br>Neuchâtel 2010. (zit.: BSF, Landesindex der Kon-<br>sumentenpreise (LIK)- 2010)   |
| BUNDESAMT FÜR STATISTIK<br>(Hrsg.)  | Bau- und Leerwohnungsstatistik der Schweiz,<br>2007/ 2008. Bauausgaben und Bauinvestitionen,<br>Wohnbautätigkeit 2007, Bauvorhaben 2008, Leer-<br>wohnungsstatistik vom 1. Juni 2008, Neuchâtel<br>2009. (zit.: BSF, Bau- und Leerwohnungsstatistik<br>der Schweiz, 2007/ 2008) |
| BUNDESAMT FÜR WOHNUNGS-<br>WESEN (Hrsg.)  | Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts<br>von 1911 bis zur Gegenwart, Bern 2009 (zit.:<br>ROHRBACH)   |



- CHEVALIER, MARCO Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, Diss., Basel 2009
- DICHTL, ERWIN/ ISSING, OTMAR Vahlens Grosses Wirtschaftslexikon, Bd. 1, A-K, 2. Aufl., München 1993
- FORSTMOSER, PETER/ VOGT, HANS-UELI Einführung in das Recht, 4. Aufl. Bern 2008
- FROHMUT, W. GERHEUSER Wohnversorgung und Wohnverhältnisse, Entwicklung 1990- 2000, Eidgenössische Volkszählung 2000, Neuchâtel 2004
- GAUCH, PETER (Hrsg.) Die Miete, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, Erste Lieferung, Art.253- 265 OR, 3. Aufl., Zürich 1994 (zit.: HIGI I)
- GAUCH, PETER/ AEPLI, VIKTOR/ STÖCKLI, HUBERT (Hrsg.) Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Aufl., Freiburg 2009
- GAUCH, PETER/ SCHLUEP, WALTER R./ SCHMID, JÖRG/ EMMENEGGER SUSAN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 9. Aufl., Zürich 2008
- GAUCH, PETER/ SCHLUEP, WALTER R./ SCHMID, JÖRG/ REY, HEINZ/ EMMENEGGER SUSAN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 9. Aufl., Zürich 2008
- GAUCH, PETER/ SCHMID, JÖRG (Hrsg.) Die Miete, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, Dritte Lieferung, Art. 269- 270e OR, 4. Aufl., Zürich 1998 (zit.: HIGI III)

- GAUCH, PETER/ SCHMID, JÖRG  
(Hrsg.) Die Erfüllung der Obligation, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V1e, Dritte Lieferung, Art. 68- 96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000 (zit.: SCHRANER)
- GUHL, THEO Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000
- HANGARTNER, YVO (Hrsg.) Das neue Mietrecht, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Bd. 33, St. Gallen 1991
- HAUSEIGENTÜMERVERBAND  
SCHWEIZ Der Mietzins, Mietzins und Nebenkosten, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit.: SOMMER/ OBERLE)
- HONSELL, HEINRICH Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006 (zit.: HONSELL, BT)
- HONSELL, HEINRICH (Hrsg.) Kurzkomentar Obligationenrecht Art. 1- 529, Basel 2008 (zit.: KUKO OR- BEARBEITER/ IN)
- HONSELL, HEINRICH/ VOGT,  
NEDIM PETER/ WIEGAND,  
WOLFGANG (Hrsg.) Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit.: BSK OR I- BEARBEITER/ IN)
- HUGUENIN, CLAIRE Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 2008
- JEANPRÊTRE, RAYMOND Mémoires de la faculté de droit de Genève, 28-30, dixième journée juridique, Genève 1970, S. 101-162
- KOLLER, ALFRED Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts oh-

- ne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009
- KOSTKIEWICZ, JOLANTA KREN/  
NOBEL, PETER/ SCHWANDER,  
IVO/ WOLF, STEPHAN (Hrsg.) OR Kommentar, Schweizerisches Obligationen-  
recht, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit.: OFK-  
BEARBEITERIN)
- KRAMER, ERNST A. Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010
- LACHAT ET AL. Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009
- MACHER, PETER/ TRÜMPY, JA-  
KOB Mietrecht für Mieterinnen und Mieter, 4 Aufl., Zü-  
rich 2003
- METZGER, PETER Schweizerisches juristisches Wörterbuch, ein-  
schliesslich Versicherungsrecht mit Synonymen  
und Antonymen, Basel 2005
- MÜLLER, RENÉ Der Bundesbeschluss über Massnahmen gegen  
Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972,  
Diss., Zürich 1976
- PERMANN, RICHARD Kommentar zum Mietrecht, Mit einschlägigen bun-  
desrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2.  
Aufl., Zürich 2007
- SCHWEIZERISCHER VERBAND  
DER IMMOBILIEN-TREUHÄNDLER Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3.  
Aufl., Zürich 2008 (zit.: SVIT-Komm.)
- SCHWENZER, INGEBORG Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner  
Teil, 5 Aufl., Bern 2009
- WEBER, ROLF Die Erfüllung der Obligation, Berner Kommentar  
zum schweizerischen Privatrecht, Bd.VI, 1. Abtei-  
lung, 4. Teilband, Art. 68-96 OR, 2. Aufl., Bern

2005

- WIEACKER, FRANZ                      Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967
- WOLF, ERIK                              Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4 Aufl., Tübingen 1963 (zit.: OTTO VON GIERKE)
- WÜEST & PARTNER                      Studie: Immo- Monitoring, 1. Halbjahr, Zürich 2010
- ZIHLMANN, PETER                      Das Mietrecht, Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker, 2. Aufl., Zürich 1995 (zit. : ZIHLMANN, Das Mietrecht)
- ZIHLMANN, PETER                      Das neue Mietrecht. Einführung für den Praktiker, Zürich 1990 (zit.: ZIHLMANN, Das neue Mietrecht)
- ZIHLMANN, PETER/ STRUB,              Mietrecht, Umzug, Kosten, Kündigung- alles, was  
PATRICK                                      Mieter wissen müssen, Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, 6. Aufl., Zürich 2007

## **Rechtsquellen und Materialien**

### **1. Rechtsquellen**

Bürgerliches Bundesgesetz vom 1. Januar 1990 (zit.: BGB)

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (zit.: BV)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (zit.: ZGB)

Bundesbeschluss vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (zit.: BMM)

Verordnung vom 1. Juni 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (zit.: VMWG)

Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (zit.: OR)

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (zit.: StGB)

Ordnung für das Masterstudium der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 28. April 2005 (zit.: MlawO)

### **2. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts**

BGE 108 II 470

BGE 109 II 55

BGE 111 II 71

BGE 112 II 149

BGE 118 II 124

BGE 118 II 130

BGE 123 II 74

BGE 123 III 76

BGE 124 I 127

BGE 124 III 57

BGE 124 III 108

BGE 124 III 201

BGE 124 III 310

BGE 125 III 58

BGE 132 III 702

4C. 157/ 2001

4C. 291/2001

Pra 86 925

### **3. Judikatur**

MietRechtAktuell (zit.: MRA Band/ Jahrgang, Seitenzahl)

Mietrechtspraxis, Zeitschrift für Schweizerisches Mietrecht (zit.: mp Band/ Jahrgang, Seitenzahl)

Wirtschaftspolitische Mitteilungen/ Gesellschaft zur Förderung der schweizerischen Wirtschaft, Indexabhängigkeiten (zit.: wf Jahrgang, Seitenzahl)

### **4. Botschaft und weitere Dokumente**

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 34<sup>sexies</sup> über die Wohnbauförderung und einen Artikel 34<sup>septies</sup> über die Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsvereinbarungen auf dem Gebiet des Wohnungswesens sowie Bericht über das eidgenössische Volksbegehren zur Bildung eines Wohnbaufonds zwecks Förderung des Wohnungsbaues, des Wohnungseigentums und für die Sicherstellung angemessener Wohnungsmietzinse vom 30. Juni 1971, BBI 1971 I., 1657 ff. (zit.: BBI 1971 I, Seitenzahl)

Bundesbeschluss über die Erhaltung des Ergebnisses der Volksabstimmung vom 5. März 1972 zum Bundesbeschluss betreffend die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 34<sup>septies</sup> über die Allgemeinverbindlicherklärung vom Mietverträgen und Massnahmen zum Schutze der Mieter, BBI 1972 I, 1316 (zit.: BBI 1972 I, 1316)

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 5. März 1972 betreffend das Volksbegehren zur Bildung eines Wohnbausfonds und den Bundesbeschluss über den Wohnungsbau sowie den Bundesbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung von Mietverträgen und Massnahmen zum Schutze der Mieter vom 25. Mai 1972, BBI 1972 I, 1309 ff. (zit.: BBI 1972 I, Seitenzahl)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über dringliche Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 24. April 1972, BBI 1972 I 1225 ff. (zit.: BBI 1972 I, Seitenzahl)

Obligationenrecht (Miete und Pacht), Änderung vom 15. Dezember 1989, BBI 1989 III, 1676 ff. (zit.: BBI 1989 III, Seitenzahl)

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative“ für Mieterschutz“, zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrech und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen von 27.März 1985, BBI 1985 I, 1389 ff. (zit.: BBI 1985 I, Seitenzahl)

Botschaft zur Teilrevision des Mietrechts im Obligationenrecht und zur Volksinitiative „Ja zu fairen Mieten“ vom 15 September 1999, BBI 1999 X, 9823 ff. (zit.: BBI 1999 X, Seitenzahl)

Bundesbeschluss über die Volksinitiative „Ja zu fairen Mieten“ vom 12.März 2002, BBI 2002 III, 2737ff. (zit.: BBI 2002 III, Seitenzahl)

Obligationenrecht (Miete), Änderung vom 13. Dezember 2002, BBI 2002 VIII, 8234ff. (zit.: BBI 2002 VIII, Seitenzahl)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen) vom 12. Dezember 2008, BBI 2009 I, 347ff. (zit.: BBI 2009 I, Seitenzahl)

## 5. Internetdokumente

Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2010, [http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/inforthek/erhebungen\\_quellen/blank/blank/lik/02.htm](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/inforthek/erhebungen_quellen/blank/blank/lik/02.htm) (besucht am 24. 02. 2010)

Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2010, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/09/01/key.html> (besucht am 9. 03. 2010)

Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt, Medienmitteilung vom 20. August 2009: Leerstandserhebung 2009. Rückgang des Leerstandes bei den Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten in den beiden Basel, <http://www.medienmitteilungen.bs.ch/2009-08-20-pd-002.htm> (besucht am 11.03. 2010)

Statistisches Amt des Kantons Basel-Stadt/ Statistisches Amt des Kantons Basel-Landschaft, Leerstandserhebung 2009, [http://www.medienmitteilungen.bs.ch/leerstandserhebung\\_2009-daten.pdf](http://www.medienmitteilungen.bs.ch/leerstandserhebung_2009-daten.pdf) (besucht am 11.03. 2010)

Medienmitteilung Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement von 12. Dezember 2008, <http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de&msg-id=24009> (besucht am 7.04. 2010)

Gabler Wirtschaftslexikon, das Wissen der Experten, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/6627/rechtsprechung-v1.html> (besucht am 8. 04. 2010)

Statistisches Bundesamt Deutschland, Wiesbaden 2010, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Preise/Verbraucherpreise/Aktuell,templateId=renderPrint.psm> (besucht am 24.06.2010)

Haus & Grund, Eigentümerschutz-Gemeinschaft, [http://www.haus-und-grund-itzehoe.de/Haus\\_und\\_Grund\\_Itzehoe/Download/Infoblaetter/indexmiete.pdf](http://www.haus-und-grund-itzehoe.de/Haus_und_Grund_Itzehoe/Download/Infoblaetter/indexmiete.pdf) (be-

sucht am 21. 06. 2010)

NZZ, Durchbruch beim Mietrecht erzielt, 13. 11. 2007, <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/mietzins\\_entkoppelung\\_hypothekarzins\\_1.584022.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/mietzins_entkoppelung_hypothekarzins_1.584022.html)> (besucht am 28. 06. 2010)

NZZ, Doch ein neues Mietrecht, 23. Juni 2010, <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/doch\\_noch\\_neues\\_mietrecht\\_1.6243039.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/doch_noch_neues_mietrecht_1.6243039.html)> (besucht am 27. 06. 2010)

NZZ, Eine Chance für das Mietrecht, 18. Juni 2010, <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/eine\\_chance\\_fuer\\_das\\_mietrecht\\_1.6143426.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/eine_chance_fuer_das_mietrecht_1.6143426.html)> (besucht am 18. 06. 2010)

BAZ, Ständerat ist für neues Mietrecht, 17. Juni 2010, <[http://bazonline.ch/schweiz/standard/Staenderat-ist-fuer\\_neuesMietrecht/story/27\\_078751](http://bazonline.ch/schweiz/standard/Staenderat-ist-fuer_neuesMietrecht/story/27_078751)> (besucht am 17. 06. 2010)



## I. Einleitung

Der Mietsektor von Wohn- und Geschäftsräumen entpuppt sich als ein extrem unausgeglichener Markt, der einem grossen Sozialschutzbedürfnis<sup>1</sup> unterliegt.<sup>2</sup> Das schwankende Marktungleichgewicht mit seinen negativen Niederschlägen ist einerseits darauf zurückzuführen, dass sich dieser Marktsektor mit der Gebrauchsüberlassung, von für das menschliche Dasein, essentiellen Gütern befasst.<sup>3</sup> Andererseits tritt die Äquivalenzstörung als logische Folgekonsequenz der starken Beeinflussung resp. Beschränkung des freien Spiels von Angebot und Nachfrage durch externe Faktoren, wie z.B. die Wahl des Lebensmittelpunktes, die Raumplanung des Staates etc. auf.<sup>4</sup> Die vom Gesetzgeber erlassenen Missbrauchsbestimmungen von Art. 269 ff. OR bezwecken dieses Ungleichgewicht auszugleichen sowie das Verlangen nach Sozialschutz zu stillen ohne aber zu weit in die Privatautonomie der Mietparteien einzugreifen.<sup>5</sup>

Unter den vom Gesetzgeber erlassenen Schutznormen befindet sich Art. 269b OR, eine Norm welche dem Bedürfnis nach Anpassung des Mietzinses während des Mietverhältnisses Rechnung trägt.<sup>6</sup> Der Fokus der vorliegenden Masterarbeit richtet sich auf die indexierten Mietzinse gem. Art. 269b OR sowie auf deren formelles Missbrauchsrecht, welches in Art. 270c OR verankert ist. Die Arbeit ist in 6 Teile gegliedert. Zu Beginn wird der Leser im 1. Teil der Arbeit mit den Mietzinsen und deren Klassifizierung bekannt gemacht. Desweiteren erhält er einen Grobüberblick über die Entstehungsgeschichte der überprüfbaren Mieten sowie deren gesetzlichen Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen. Im 2. Teil wird sowohl eine Begriffserläuterung der Indexierung generell als auch eine Erläuterung bzgl. der Sonderkonstruktion der indexierten Mietzinse gem. Art. 269b OR vorgenommen. Im Zentrum dieser Ausführungen stehen die Rechtsnatur, die Ratio legis sowie der Geltungsbereich von Art. 269b OR. Abschliessend folgt noch ein Blick auf die Verbreitung der Indexklauseln in der Praxis. Im 3. Teil werden die Anfechtungsoptionen und die daraus resultierenden unter-

---

<sup>1</sup> m.w.H. OTTO VON GIERKE, S. 698-706.

<sup>2</sup> HONSELL, BT, S. 203; LACHAT ET AL, S. 2; WIEACKER, S. 546 f.

<sup>3</sup> BBI 2009 I, 352; HONSELL, BT, S. 204.

<sup>4</sup> BSK OR I- WEBER, Art. 269 N 2.

<sup>5</sup> BSK OR I- WEBER, Vor Art. 253-274g N 5, Art. 269 N 3; BBI 1999 X, 9827.

<sup>6</sup> OR, 269b; mp 2/ 2003 S. 49 f.

schiedlichen Anfechtungsverfahren der indexierten Mietzinse bei Wohn- und Geschäftsräumen aufgezeigt. Der 4. Teil gewährt dem Leser sodann einen Einblick in die Gesetzgebungsproblematik. Es wird versucht eine Antwort auf die Frage zu finden, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist die divergierenden Interessen der Sozialpartner auszugleichen. Zur Beantwortung wurde u.a. das Gespräch mit Frau Anita Thanei<sup>7</sup>, mit dem Bundesamt für Statistik und mit dem Beratungsunternehmen Wüest & Partner AG<sup>8</sup> gesucht. Desweiteren wurde die aktuelle Lage auf dem Mietraummarkt analysiert, die Interessen des Gesetzgebers und der Mietparteien betrachtet, die Rechtsprechungspraxis konsultiert und ein Blick auf die Normsetzung, ihre Revisionen sowie auf die aktuellen Reformbestrebungen geworfen. Abgerundet wird die Arbeit im 5. und 6. Teil mit einem länderübergreifenden, rechtsvergleichenden Exkurs sowie dem darauf folgenden Schlusswort.

## **II. Mietzinse**

### **1. Mietzinse und ihre Klassifizierung**

Unter dem Begriff Miete versteht man die entgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch auf Zeit.<sup>9</sup> Gemäss der in Art. 257 OR statuierten Legaldefinition versteht man unter Mietzins das Entgelt, das der Mieter dem Vermieter zwingend als Gegenleistung schuldet. Diese Norm gilt für alle Arten von Mietverträgen und ist zwingend.<sup>10</sup> Der Mietzins deckt alle Aufwendungen des Vermieters, welche dieser durch die Vermietung der Sache erfährt, sofern keine vertraglichen Vorbehalte diesbezüglich bestehen.<sup>11</sup> Das Entgelt muss bestimmbar sein und kann sowohl in Form von Geld oder aber auch in einer anderstypischen Gegenleistung bestehen.<sup>12</sup>

Bei näheren Betrachten der verschiedenen Mietzinsbestimmungen des OR's erkennt man sehr rasch, dass verschiedene Mietzinstypen nebeneinander exis-

---

<sup>7</sup> Nationalrätin und Präsidentin des Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverbandes (SMV).

<sup>8</sup> Beratungsunternehmen, dass in den Bereichen Immobilien- und Baumarkt sowie Raum- und Standortentwicklung tätig ist.

<sup>9</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Vor Art. 253-274g N 1.

<sup>10</sup> PERMANN, Art. 257 N 1.

<sup>11</sup> OR, Art. 257a Abs. 2; BGE 111 II 71; BGE 124 III 201 S. 203.

<sup>12</sup> HONSELL, BT, S. 210.

tieren. Ein besonders augenfälliges Indiz dafür liefert der eingeschränkte Geltungsbereich der Art. 269 ff. OR. Die Kategorisierung erfolgt hauptsächlich gestützt auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit, wobei der Fokus auf das Prinzip der Bestimmungsfreiheit gerichtet ist.<sup>13</sup> Man unterscheidet im Wesentlichen zwischen freien-, überprüfbaren- und kontrollierten Mietzinsen, bei denen das Prinzip der Bestimmungsfreiheit jeweils unterschiedlich verwirklicht ist. Bei den freien Mietzinsen ist dieses Prinzip am vollkommensten verwirklicht, da sie weder den Schutznormen von Art. 269-270e OR unterstellt sind noch hoheitlich festgelegt werden.<sup>14</sup> Der Vermieter ist berechtigt das Mietverhältnis aufzulösen, um einen höheren Mietzins zu erlangen.<sup>15</sup> Die freien Mietzinse kommen auf Grund der heutigen Gesetzgebung aber nur noch in einzelnen Fällen vor.<sup>16</sup> Bei der Klasse der kontrollierten Mieten, wird der Mietzins durch Hoheitsakt verbindlich festgelegt, was das Prinzip der Bestimmungsfreiheit ausschaltet. Dieser Mietzinskontrolle unterstehen heute nur noch subventionierte Wohnräume.<sup>17</sup> Bei den überprüfbaren Mieten sind die Parteien in der Mietzinsgestaltung insofern frei, als dass sie die gesetzlichen Schranken beachten.<sup>18</sup> Da alle Mietverhältnisse über Wohn- und Geschäftsräume sowie alle Sachen, die im Zusammenhang mit solchen Räumen vermietet werden, zu dieser Kategorie zählen liegt es auf der Hand, dass die meisten Mietverhältnisse in der Schweiz dieser Kategorie unterstehen.<sup>19</sup> Die vorliegende Arbeit thematisiert die Anfechtung indexierter Mietzinse bei Wohn- und Geschäftsräumen und richtet ihren Fokus somit auf die Kategorie der überprüfbaren Mietzinse.

## **2. Überprüfbare Mieten und ihr gesetzlicher Schutz**

### **2.1. Entstehungsgeschichte**

Die mietrechtlichen Regelungen des revidierten OR vom 1. Januar 1912 waren weitgehend dispositiver Natur und haben somit keinem der beiden Mietparteien

---

<sup>13</sup> HIGI III, Vorbemerkung zu Art. 269-270e N 74- 76.

<sup>14</sup> HIGI III, Vorbemerkung zu Art. 269-270e N 82-84; LACHAT ET AL., S. 272.

<sup>15</sup> LACHAT ET AL., S. 272.

<sup>16</sup> HIGI III, Vorbemerkung zu Art. 269-270e N 82; LACHAT ET AL., S. 272.

<sup>17</sup> HIGI III, Vorbemerkung zu Art. 269-270e N 86; LACHAT ET AL., S. 273.

<sup>18</sup> HIGI III, Vorbemerkung zu Art. 269-270e N 83.

<sup>19</sup> OR, 253a Abs.1; VMWG, Art. 1 f.; LACHAT ET AL., S. 273.

einen besonderen Schutz gewährt.<sup>20</sup> Diese Bestimmungen wurden in den nachfolgenden Jahren durch Vorschriften öffentlicher Art, u.a. durch Mietrechtskontrollen, Mietpreisüberwachungen und durch rechtliche Vorschriften betreffend der Mietdauer, ergänzt.<sup>21</sup> Die erlassenen öffentlichen Vorschriften wurden jedoch zwischen den Jahren 1960 und 1970 alle nach und nach wieder aufgehoben, so dass Anfang der 70<sup>er</sup> Jahre keine öffentlich-rechtlichen Mietrechtsnormen mehr existierten.<sup>22</sup>

Durch den vorherrschenden Mangel an Wohn- und Geschäftsräumen verdichtete sich jedoch das Verlangen nach einem gesetzlichen Schutz gegen Missbräuche im Mietwesen. Zwischen Mieter- und Vermieterschaft kam ein zunehmend grösser werdendes Machtgefälle auf, so dass auch Art. 21 OR und Art. 157 StGB isoliert keinen genügenden Schutz für den Mieter mehr aufzubringen vermochten.<sup>23</sup> Im Jahr 1972 wurde sodann Art. 34<sup>septies</sup>, heute in etwas abgeänderter Form in Art. 109 BV vorzufinden, durch Volksabstimmung in die BV aufgenommen.<sup>24</sup> Dem Bund wurde dadurch der Schutzauftrag erteilt Regelungen „zum Schutze der Mieter vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen Forderungen der Vermieter“<sup>25</sup> zu erlassen, wenn in einer Gemeinde Wohnungsnot oder Mangel an Geschäftsräumen besteht.<sup>26</sup> Am 30. Juni 1972 trat dann der BMM in Kraft, welcher Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vorsah.<sup>27</sup> Der BMM war geprägt vom Grundsatz der Vertragsfreiheit, doch sah er eine Überprüfung durch die Schlichtungsbehörde oder das Gericht vor.

Am 1. Juli 1990 trat das revidierte OR sowie die VMWG, die sich auf Art. 253 Abs. 3 OR stützt, in Kraft.<sup>28</sup> Das System des BMM wurde weitgehend ins neue Obligationenrecht überführt und der BMM somit aufgehoben.<sup>29</sup> Die Mietrechtsbestimmungen des OR sind in 4 Abschnitte gegliedert. Die Allgemeinen Best-

---

<sup>20</sup> JEANPRÉTRE, S. 105 Ziff. 2.

<sup>21</sup> MÜLLER, S. 5-7.

<sup>22</sup> MÜLLER, S. 12.

<sup>23</sup> HONSELL, BT, S. 204; LACHAT ET AL., S. 273.

<sup>24</sup> BV, 109; BBI 1985 I, 1394 ff.; BBI 1972 I, 1316.

<sup>25</sup> MÜLLER, S. 13.

<sup>26</sup> MÜLLER, S. 13; BBI 1972 I, 1316; ZIHLMANN, Das Mietrecht, S.10.

<sup>27</sup> BMM; LACHAT ET AL., S. 4, 273.

<sup>28</sup> ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 11.

<sup>29</sup> BBI 1985, S. 1406; LACHAT ET AL. S. 275; vgl. ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 11.

immungen sind im 1. Abschnitt angeordnet.<sup>30</sup> Die Abschnitte 2 und 3 finden ausschliesslich auf Wohn- und Geschäftsräume Anwendung und zentrieren sich vollumfänglich auf den Schutz des Mieters vor missbräuchlichen Mietzinsen und die Kündigung.<sup>31</sup> Der 4. Abschnitt regelt gestützt auf Art. 122 BV das Verfahren und die Behörden, welche für mietrechtliche Streitigkeiten anzuwenden sind.<sup>32</sup> Die VMWG wurde seit ihrer Inkraftsetzung bereits einigen Änderungen unterzogen, die letzte fand am 1. Januar 2008 statt und bezog sich ausschliesslich auf Aspekte der Mietzinsgestaltung.<sup>33</sup>

Nach dem gesagten, ist die Kategorie der überprüfbaren Mietzinse somit den jahrzehntelangen Entwicklungsphasen und den etlichen Revisionen zu verdanken.

## **2.2. Materielle Missbrauchsgesetzgebung**

Das Bedürfnis nach Sozialschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist, wie bereits erwähnt, das Resultat des vorherrschenden Marktungleichgewichts im Mietsektor.<sup>34</sup> Die Leerstandquote von Wohnungen befindet sich seit etlichen Jahren im Bereich von 1 %.<sup>35</sup> Ideal wäre hingegen eine Wohnungs- und Geschäftsraumsituation, bei der das Angebot um ca. 3% die Nachfrage übersteigt, da dadurch der gesetzliche Mietrechtsschutz hinfällig würde.<sup>36</sup> Art. 269 ff. OR ist ein Versuch des Gesetzgebers, gestützt auf Art. 109 Abs. 1 BV, eine Korrektur dieses Ungleichgewichts mittels einer Missbrauchsgesetzgebung vorzunehmen.<sup>37</sup> Art. 269 OR und Art. 269a OR dienen zur Bestimmung der Missbräuchlichkeit eines Mietzinses, während die nachfolgenden Normen, dieses zweiten Abschnitts, konkrete Regelungen enthalten, die je nach vorliegendem Missbrauchstatbestand spezielle Massnahmen und Vorgehensweisen vorsehen.<sup>38</sup>

---

<sup>30</sup> OR, Art. 253 ff.

<sup>31</sup> BSK OR I- WEBER, Vor Art. 253-274g N 5, 269 N 3.

<sup>32</sup> BSK OR I- WEBER, Vor Art. 253-274g N 5.

<sup>33</sup> ROHRBACH, N 6. 2; SOMMER/ OBERLE, S. 3; m.w.H. Kapitel V. 3.3.3.

<sup>34</sup> HONSELL, BT, S. 203 f.

<sup>35</sup> BBI 2009, 353.

<sup>36</sup> HONSELL, BT, S. 204; gl.M. PERMANN, Art. 269 N 2.

<sup>37</sup> PERMANN, Art. 269 N 3.

<sup>38</sup> OR, Art. 269- 270e; BSK OR I- WEBER, Art. 269 N 2; PERMANN, Art. 257 N 1-2.

Die Konkretisierung des Missbrauchstatbestands gestaltet sich in der Praxis als äusserst schwierig, da bei der Überprüfung der Missbräuchlichkeit auf eine Reihe unterschiedlicher Kriterien abzustellen ist, die als Rahmenbedingungen für einen gerechten Mietzins gelten.<sup>39</sup> Der Gesetzgeber versuchte in Art. 269 OR eine Legaldefinition des missbräuchlichen Mietzinses auszugestalten, da diese aber eher weitläufig ist, wurde Art. 269a OR kreiert, der einen Katalog von Kriterien enthält, bei deren Vorhandensein, sofern sie nicht widerlegt werden können, kein Missbrauch vorliegt.<sup>40</sup> Insbesondere fallen Mietzinse i.d.R. nicht unter den Missbrauchstatbestand, wenn sie sich „im Rahmen der orts- und quartierüblichen Mietzinse“<sup>41</sup> bewegen, „durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen“<sup>42</sup> seitens des Vermieters begründbar sind oder auch bloss „lediglich die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital ausgleichen“<sup>43</sup>. Desweiteren sind Mietzinse nicht missbräuchlich, wenn sie sich nach einem verabredeten Zahlungsplan richten oder aber die Richtlinien in den Rahmenverträgen, die von den Vermieter- und Mieterverbänden aufgestellt worden sind, einhalten.<sup>44</sup> „Bei neueren Bauten“ befinden sich die Mietzinse nicht im missbräuchlichen Bereich, sofern sie „im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen“.<sup>45</sup>

Diese gesetzlich vorgegebenen Kriterien knüpfen entweder an das Berechnungsprinzip der Kostenmiete gem. Art. 269 OR oder aber an die Marktmiete gem. Art. 269a lit. a OR an.<sup>46</sup> Das Prinzip der Kostenmiete ist erfüllt, wenn der Vermieter durch den Mietzins sämtliche Kosten, die ihm aufgrund des Mietobjekts anfallen, decken kann und zudem eine aktuell angemessene Rendite aus seinem investierten Eigenkapital erwirtschaften kann.<sup>47</sup> Ein missbräuchlicher Mietzins liegt somit vor, „wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruht“<sup>48</sup>. Die Marktmiete wiederum knüpft an die vorliegenden Marktverhältnisse

---

<sup>39</sup> ZIHLMANN/ JAKOB, S. 105; SVIT-Komm., Vorbemerkungen Art.269-270e N 6.

<sup>40</sup> PERMANN, Art. 269a N 1; ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 132.

<sup>41</sup> OR, Art 269a lit. a.

<sup>42</sup> OR, Art 269a lit. b.

<sup>43</sup> OR, Art 269a lit. e.

<sup>44</sup> OR, Art 269a lit. d, f.

<sup>45</sup> OR, Art 269a lit. c.

<sup>46</sup> PERMANN, Art. 269 N 6.

<sup>47</sup> ZIHLMANN/ JAKOB, S. 105.

<sup>48</sup> OR, Art. 269.

an d.h. die Missbräuchlichkeit wird aufgrund der Mietzinse für ähnliche Mietobjekte, welche am selben Ort oder im gleichen Quartier liegen beurteilt.<sup>49</sup>

Das Bundesgericht bemüht sich durch seine Rechtsprechung das Werk des Gesetzgebers zu konkretisieren und hat, mit Blick auf diese Zielsetzung, u.a. versucht das Verhältnis zwischen den Berechnungsprinzipien zu bestimmen.<sup>50</sup>

Gemäss langjähriger Praxis des Bundesgerichts herrscht kein Hierarchieverhältnis zwischen den einzelnen Missbrauchskriterien vor. Mietzinse die unter dem Prinzip der Marktmiete nicht als missbräuchlich gelten, sollen nur bei Vorliegen von ernsthaften Gründen zusätzlich noch nach dem Prinzip der Kostenmiete beurteilt werden dürfen.<sup>51</sup> Entgegen der alten Rechtsprechungspraxis<sup>52</sup>,

soll zwischen Art. 269 OR und Art. 269a OR eine Hierarchie vorherrschen, bei welcher der angemessene Ertrag von Art. 269 OR als Grundtatbestand gegenüber den Kriterien von Art. 269a OR Vorrang haben soll. Dies hat zur Konsequenz, dass ein Mietzins, der anhand von Kriterien gem. Art. 269a OR festgelegt worden ist, trotzdem auf einen übersetzten Ertrag bzw. einen übersetzten Kaufpreis gem. Art. 269a OR zu überprüfen ist. Diese neue Praxis des Bundesgerichts wird jedoch von der Lehre stark kritisiert, da sie einerseits zum Ausschluss der Marktkriterien bei der Mietzinsüberprüfung führt und andererseits sich klar dem Willen des Gesetzgebers und dem Gesetzeswortlaut widersetzt.<sup>53</sup>

Die Rechtsprechung hat desweiteren verschiedenartige Berechnungsmethoden des Mietzinses für das Anfechtungsverfahren entwickelt, welche auf die Bestimmung der Missbräuchlichkeit eines Mietzinses je nach Einzelfall ebenfalls Einfluss haben können.<sup>54</sup> Auf dieses Themenfeld wird aber nachstehend in Kapitel V. 4.1. noch näher eingegangen.

Durch die obigen Ausführungen wird ersichtlich, dass durch die Missbrauchsgesetzgebung zwar theoretisch der Missbrauchstatbestand mittels der beiden Berechnungskriterien der Kostenmiete und der Marktmiete vom Gesetzgeber klar definiert ist, in der Praxis aber auf Grund der Art der Definition ein gewisses

---

<sup>49</sup> ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 144.

<sup>50</sup> LACHAT ET AL., S. 275.

<sup>51</sup> BGE 112 II 149; BGE 118 II 130.

<sup>52</sup> BGE 112 II 149.

<sup>53</sup> BGE 124 III 310; MRA 5/ 98, S 147 ff.; SVIT-Komm., Vorbemerkungen Art. 269-270e N 10-16.

<sup>54</sup> ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 133 f.

Spannungsfeld resultiert, da die Rechtsprechung, wie auch die Praxis, sich über das hierarchische Verhältnis zwischen den einzelnen Missbrauchskriterien bzw. den beiden Berechnungskriterien uneinig sind.<sup>55</sup>

### 2.3. Formelle Missbrauchsrecht

Um die materielle Missbrauchsgesetzgebung praktisch auch durchsetzen zu können, war der Gesetzgeber bemüht ein formelles Missbrauchsrecht auszugestalten.<sup>56</sup> Dieses hat er in Art. 270 Abs. 1 und 270 a ff. OR sowie Teilen von Art. 269 d OR verankert.<sup>57</sup> Es sieht drei Anfechtungsoptionen vor, die je nach vorliegender Mietzinssituation zur Anwendung gelangen. Während Art. 270 OR die Anfechtung des Anfangsmietzinses regelt, bezieht sich Art. 270 a OR auf die Anfechtung eines bestehenden Mietzinses während des Mietverhältnisses. Die dritte Anfechtungsvariante bezieht sich gem. Art. 269d OR i.V.m. 270b OR auf die Anfechtung einer Mietzinserhöhung.<sup>58</sup> Das formelle Missbrauchsrecht ist als Obliegenheit ausgestaltet, da nur diejenigen Mieter, welche die Initiative der Mietzinsüberprüfung selbst ergreifen und dazu noch innert gesetzlich vorgesehener Frist an die Schlichtungsbehörden gelangen, die Überprüfung des Mietzinses verlangen können.<sup>59</sup> Um Repressalien seitens der Vermieter zu verhindern und somit allfällige Anfechtungshindernisse der Mieter aus dem Weg zu räumen, hat der Gesetzgeber ein Kündigungsschutz während als auch drei Jahre nach dem Verfahren eingeräumt.<sup>60</sup> Die formellen Missbrauchsnormen sind zwingender Natur und dürfen nicht durch anderweitige Vereinbarungen der Mietparteien wegbedungen werden.<sup>61</sup>

Bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses wird der Mietzins eines neuen oder eines neu vereinbarten Vertrages angefochten.<sup>62</sup> Als Anfechtungsvoraussetzungen gilt, dass der Mieter „sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen sah; oder der Vermieter den

<sup>55</sup> LACHAT ET AL., S. 275; SVIT-Komm., Vorbemerkungen Art. 269-270e N 16.

<sup>56</sup> ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 166, 183.

<sup>57</sup> HIGI III, Art. 270 N 14.

<sup>58</sup> HIGI III, Art. 270b N 3; ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 183, 187, 195.

<sup>59</sup> GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID/ REY/ EMMENEGGER, N 101-103; LACHAT ET AL., S. 282.

<sup>60</sup> LACHAT ET AL., S. 282.; näheres bei: LACHAT ET AL., S. 617 ff.

<sup>61</sup> mp 2/ 1990, S. 84.

<sup>62</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 270 N 4 f.



Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat.<sup>63</sup> Zudem muss der Mieter die Schlichtungsbehörden innert einer Frist von 30 Tagen anrufen.<sup>64</sup>

Bei der Anfechtung auf Herabsetzung des Mietzinses während der Mietdauer gem. Art. 270 a OR, wird dem Mieter die Möglichkeit angeboten eine Überprüfung des bestehenden Mietzinses auf seine Missbräuchlichkeit gem. Art. 269 und 269a OR vorzunehmen. Diese Option steht dem Mieter aber nur insoweit zur Verfügung, als die gesetzlichen vorgesehenen Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>65</sup> Als Hauptvoraussetzung muss das Mietverhältnis auf einer Vertragsgrundlage beruhen, die eine Anpassung des Mietzinses überhaupt zulässt. Weiter sollte eine Mutation der Berechnungsgrundlage oder aber eine „dauerhafte Veränderung der relevanten Marktpreise“ gegeben sein.<sup>66</sup> Wie auch bereits bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses, müssen bei diesem Verfahren die Vorverfahrensbestimmungen gem. Art 270a Abs. 2 OR eingehalten werden.<sup>67</sup> Der Verlauf dieses Vorverfahrens unterscheidet sich jedoch wesentlich von demjenigen von Art. 270 Abs.1 OR.<sup>68</sup> Das Herabsetzungsbegehren des Mietzinses muss schriftlich beim Vermieter gestellt werden. Antwortet dieser nicht innert einer Frist von 30 Tagen oder missfällt dem Vermieter das Begehren, so ist der Mieter befugt innert 30 Tagen die Schlichtungsbehörde anzurufen.<sup>69</sup>

Die dritte Variante der Anfechtung kommt zur Anwendung, wenn Uneinigkeit über eine Mietzinserhöhung besteht oder über andere einseitige Vertragsänderungen des Vermieters.<sup>70</sup> Als Mietzinserhöhung ist jede Erhöhung des aktuellen Mietzustandes zu qualifizieren, die auf einem amtlichen, vorgeschriebenen Formular durch den Vermieter erfolgt.<sup>71</sup> Der Mieter muss die Anfechtung innert 30 Tagen bei der Schlichtungsbehörde einreichen, ansonsten die Annahme

---

<sup>63</sup> OR, Art. 270 Abs.1 lit. a- b.

<sup>64</sup> OR, Art. 270 Abs. 1.

<sup>65</sup> HIGI III, Art. 270a N 22.

<sup>66</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 270a N 4.

<sup>67</sup> SVIT-Komm., Art. 270a N 27f.

<sup>68</sup> OR, Art. 270 Abs. 1, 270a Abs. 2.

<sup>69</sup> OR, Art 270a Abs. 2.

<sup>70</sup> OR, Art. 270b; Art. 269d.

<sup>71</sup> OR, Art. 269d Abs. 2 lit. a; SVIT-Komm., Art. 270b N 3.

getätigt wird, dass der Mieter mit der Mietzinserhöhung einverstanden ist.<sup>72</sup>

Auf die Anfechtbarkeit von indexierten Mietzinsen wird in Kapitel IV., der vorliegenden Arbeit noch näher eingegangen.<sup>73</sup>

### **III. Indexierte Mietzinse insb. bei Wohn- und Geschäftsräumen**

#### **1. Begriffserläuterung der Indexierung**

Unter einer Indexierung versteht man die Bindung eines Nominat- oder Innominatkontrakts an die Entwicklung einer statistisch erhobenen Wertziffer.<sup>74</sup> Zweck einer solchen Indexierung ist es, dass sich der Gläubiger durch eine Indexklausel vor der Inflation und ihren Nachteilen schützen kann, welche durch die Geldentwertung resultiert.<sup>75</sup> Die Indexierung lässt sich anhand des Objekts der Indexierung in verschiedene Klassen aufsplintern. So unterscheidet man bspw. zwischen Lohnindexierung, Zinsindexierung, Steuerindexierung etc.<sup>76</sup>

Indexklauseln gehören den sog. Wertsicherungsklauseln an und sind gem. Bundesgericht aleatorische Klauseln mit einem spekulativen Charakter.<sup>77</sup> Ihr Wesen zeichnet sich dadurch aus, dass sie sich immer auf Sachwerte abstützen, sei es auf direkte oder indirekte Art.<sup>78</sup> Das Verlangen nach solchen Wertsicherungsklauseln findet man v.a. bei Dauerschuldverträgen. Durch Vereinbarung einer Indexklausel im Vertrag erhält der Schuldner die Pflicht dem Gläubiger diejenige Summe auszurichten, welche der Kaufkraft der Geldschuld im Zeitpunkt der Entstehung entspricht.<sup>79</sup> Das Risiko der Geldentwertung wird somit vom Gläubiger auf den Schuldner überwält.<sup>80</sup> Indexklauseln sind sowohl im Privatrecht, als auch im öffentlichen Recht vorherrschend.<sup>81</sup> I.d.R. werden, ne-

---

<sup>72</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 270b N 2-3.; LACHAT ET AL., S. 282.

<sup>73</sup> OR, Art. 269b, 269c, 270c, 270d.

<sup>74</sup> DICHTEL/ ISSING, S. 942; vgl. METZGER, S. 291 f.

<sup>75</sup> WEBER, Art. 84 N 223.

<sup>76</sup> DICHTL/ ISSING, S. 942.

<sup>77</sup> HIGI III, Art. 269b N 18.

<sup>78</sup> BROCKHAUS, S. 5256; WEBER, Art. 84 N 224.

<sup>79</sup> SCHRANER, Art. 84 N 94.

<sup>80</sup> WEBER, Art. 84 N 223.

<sup>81</sup> GAUCH/ SCHLUEP, N 2384.; WEBER, Art. 84 N 235.

ben dem frei wählbaren Anpassungsverfahren, auch noch „Mindestschwinkungsklauseln“ vereinbart, damit die Anpassung nicht zu oft vollzogen werden muss.<sup>82</sup> Die Indexabhängigkeit der Geldschuld wird zudem des Öfteren nur partiell vereinbart.<sup>83</sup> Am häufigsten dient in der Praxis der LIK als Bemessungsparameter, auf welchen in Kapitel III. 2.1. noch näher Bezug genommen wird.<sup>84</sup> Vertragliche Indexklauseln sind innerhalb der gesetzlichen Schranken erlaubt. Jedoch gibt es zahlreiche konkludente, wie auch explizite gesetzliche Vorschriften, die zu beachten sind.<sup>85</sup> Auf die richterliche Indexierung und die gesetzliche Indexierung wird keinen Bezug genommen, da in der vorliegenden Arbeit ausschliesslich die vertraglichen Indexklauseln abgehandelt werden.<sup>86</sup>

Eine Indexierung bewirkt die Umgehung des Nominalwertprinzips, da auf die Entwicklung der Kaufkraft bei der Begleichung der Geldschulden keine Rücksicht genommen wird. Die Indexierung hat somit keinen Einfluss auf die Entwicklung der Inflation, sondern erlöst lediglich den Gläubiger eines indexierten Vertrages von den negativen Folgen einer Inflation.<sup>87</sup>

## **2. Vertraglich vereinbarte indexierte Mietzinse**

### **2.1. Indexierte Mietzinse- insb. Indexmieten gem. Art. 269 b OR**

Vertraglich vereinbarte indexierte Mietzinse können in allen 3 Mietzinskategorien vorkommen.<sup>88</sup> Sie sind insofern rechtsgültig, als sie sich nicht den gesetzlichen Schranken, resp. den behördlichen Anordnungen widersetzen.<sup>89</sup> Für die Kategorie der überprüfbaren Mietzinse hat der Gesetzgeber besondere Regelungen bezüglich indexierter Mietzinse erlassen, auf welche in dieser Arbeit der Fokus gerichtet ist.<sup>90</sup>

Da der vereinbarte Mietzins bei den überprüfbaren Mietzinsen grundsätzlich für die ganze Vertragsdauer gilt, hat der Gesetzgeber in Art. 269 b OR eine Norm

---

<sup>82</sup> WEBER, Art. 84 N 235.

<sup>83</sup> wf Jg. 40 (1984), S. 11.

<sup>84</sup> WEBER, Art. 84 N 235.

<sup>85</sup> GAUCH/ SCHLUEP, N 2384.

<sup>86</sup> WEBER, Art. 84 N 261 ff.

<sup>87</sup> DICHTL/ ISSING, S. 942; WEBER, Art. 84 N 223.

<sup>88</sup> GAUCH/ SCHLUEP, N 2384; HIGI III, Vorbemerkung zu Art. 269-270e N 74.

<sup>89</sup> OR, Art. 229- 269b; HIGI III, Vorbemerkung zu Art. 269- 270e N 82- 84, 91, 96- 99.

<sup>90</sup> OR, Art. 253a, 269b, 270c; VWMG, Art. 1f.

vorgesehen, die dem Bedürfnis nach Anpassung des Mietzinses Rechnung trägt. Dieses Verlangen tritt gehäuft auf bei Verträgen mit einer festen Vertragsdauer oder mit einer verabredeten Mindestdauer sowie wenn Veränderungen der Verhältnisse im Laufe der Vertragsdauer eintreten.<sup>91</sup> Neben der Indexklausel stehen den Mietparteien noch die Optionen der Umsatzmiete und der Staffelmiete offen, da Art. 269b OR lediglich Anpassungsklauseln mit Indexcharakter als unzulässig qualifiziert.<sup>92</sup> Die Indexklausel gem. Art. 269b OR verfolgt, wie die Indexklauseln generell, den Zweck den Vermieter vor den Nachteilen der Inflation zu bewahren, indem das Risiko des Wertzerfalls an den Mieter abgetreten wird.<sup>93</sup> Mietparteien, welche eine Indexklausel vorgesehen haben, sind an die Entwicklung des Indexes gebunden und können i.d.R. keine anderweitigen Mietzinsanpassungen mehr vornehmen. Der Grund dafür resultiert aus der Überlegung, dass alle essentiellen Mietzinsfaktoren durch die vorgesehene Mietzinsanpassung, die sich aus der Entwicklung des Indexes ergibt, abgedeckt sind. Eine darüber hinausgehende Mietzinsanpassung ist lediglich gestattet, wenn sie auf einer Erhöhung aufgrund einer Mehrleistung des Vermieters beruht und diese Option im Vertrag vorbehalten worden ist.<sup>94</sup>

Der Gesetzgeber statuiert in Art. 269 b OR zwei Zulässigkeitsvoraussetzungen die von den Mietparteien bei der Vereinbarung einer Indexklausel nach Art. 269 b OR kumulativ erfüllt werden sollten.<sup>95</sup> Der Gesetzgeber fordert einerseits in Art. 269b OR, dass der Mietvertrag „für mindestens fünf Jahre abgeschlossen“<sup>96</sup> wird. Dies liegt vor, wenn der Vermieter eine Vertragsbindung von mindestens 5 Jahren eingeht.<sup>97</sup> Parteivereinbarungen, welche für den Mieter ein ordentliches Kündigungsrecht vor Ablauf der Fünfjahresfrist vorsehen beeinträchtigen hingegen die Gültigkeit der Indexklausel nicht.<sup>98</sup> Um diese Rechtsprechungspraxis zu festigen und Rechtssicherheit bezüglich dieser Frage zu gewähren, hat der Ge-

---

<sup>91</sup> mp 2/ 2003 S. 49.

<sup>92</sup> OR, Art. 269c; BSK OR I- WEBER, Art. 269b N 10.

<sup>93</sup> HIGI III, Art. 269b N 22; WEBER, Art. 84 N 223.

<sup>94</sup> LACHAT ET AL., S. 404; vgl. SOMMER/ OBERLE, S. 49; m.w.H. SVIT-Komm., Art. 269b N 25 ff.

<sup>95</sup> mp 2/ 2003 S. 50; vgl. OR, Art 269b; Näheres zur Rechtsnatur von Art. 269b OR unter Kapitel III. 2. 2.

<sup>96</sup> OR, Art 269b.

<sup>97</sup> VMWG, Art. 17 Abs. 4; vgl. SOMMER/ OBERLE, S. 46 f.

<sup>98</sup> OFK- PERMANN, Art. 269b N 1.

setzgeber diese Praxis ausdrücklich in Art. 17 Abs. 4 VMWG festgehalten.<sup>99</sup> Die Mindestdauer von 5 Jahren beginnt am Tage des Mietbeginns und nicht bereits mit Vertragsabschluss.<sup>100</sup> Desweiteren sieht Art. 269b OR als massgebender Index den LIK vor.<sup>101</sup> Kombinationen von verschiedenen Indexarten, sowie die Verwendung eines kantonalen Indexes etc. sind gem. Art. 269b OR untersagt.<sup>102</sup> Der LIK „misst die Preisentwicklung der für die privaten Haushalte bedeutsamen Waren und Dienstleistungen. Er gibt an, in welchem Umfang die Konsumenten bei Preisveränderungen die Ausgaben erhöhen oder senken müssen, um das Verbrauchsvolumen konstant halten zu können.“<sup>103</sup> Der Warenkorb ist so ausgestaltet, dass den einzelnen ausgewählten Waren und Dienstleistungen eine unterschiedliche Gewichtung zukommt, je nach Einfluss der einzelnen Ausgabengruppen auf die Haushaltsausgaben.<sup>104</sup> Der Mietzins kann vollständig an die Schwankungen des LIK angepasst werden gem. Art. 17 Abs. 1f. VMWG.<sup>105</sup> Der zahlenmässige Umfang der Mietzinsanpassung lässt sich durch das prozentuale Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Indexstand ermittelt. Der Mietzins ist dann, sofern keine prozentualen Anpassungsbeschränkungen vereinbart worden sind, um den Prozentsatz der Indexschwankung anzupassen.<sup>106</sup>

Ein Formerfordernis existiert gem. Art. 269b OR nicht. Die Parteien sind lediglich an die Einhaltung einer bestimmten Form gebunden, wenn sie eine vertragliche Formabrede getroffen haben.<sup>107</sup> Ob die Indexvereinbarung Bestandteil des Mietvertrages ist oder aber als Vertragsanhang gleichzeitig oder nachträglich beschlossen worden ist, spielt für die Gültigkeit der Indexierung keine Rolle.<sup>108</sup> Auf die Rechtsnatur von Art. 269b OR und die Folgen der Nichteinhaltung der beiden gesetzlich vorgesehenen Indexvoraussetzungen wird sogleich in Kapitel

---

<sup>99</sup> SOMMER/ OBERLE, S. 47.

<sup>100</sup> HIGI III, Art. 269b N 74.

<sup>101</sup> OR, 269b OR.

<sup>102</sup> BSK OR I- WEBER, Art. 269b N 2, 8 ff.; vgl. SOMMER/ OBERLE, S. 48.; vgl. GUHL, § 44 N 114.

<sup>103</sup> BSF, Neuchâtel 2010, <[http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/inforthe/erhebungen\\_quellen/blank/blank/lik/02.htm](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/inforthe/erhebungen_quellen/blank/blank/lik/02.htm)> (besucht am 24. 02. 2010).

<sup>104</sup> VMWG, Art. 17 Abs. 1; BFS, Landesindex der Konsumentenpreise (LIK)- 2010, S. 2.

<sup>105</sup> LACHAT ET AL., S. 408.

<sup>106</sup> LACHAT ET AL., S. 408 f.

<sup>107</sup> HIGI III, Art. 269b N 56.

<sup>108</sup> HIGI III, Art. 269b N 61.

III. 2.2. noch explizit eingegangen.

## 2.2. Rechtsnatur von Art. 269 b OR

Wie bereits unter Kapitel III. 2.1. näher erläutert befinden sich in Art. 269b OR zwei Zulässigkeitskriterien die von den Mietparteien, bei der Vereinbarung einer Indexklausel, kumulativ verabredet werden sollten. Die Norm sieht zum einen die Einhaltung der vorgeschriebenen Dauer von 5 Jahren vor und zum andern die Verwendung des LIK als massgebender Index.<sup>109</sup> Es drängt sich die Frage auf, ob ein einvernehmliches Abweichen von, den in Art. 269b OR aufgeführten, Zulässigkeitsvoraussetzungen durch die Mietparteien möglich wäre? Oder würde sich ein Abweichen von den festgeschriebenen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Parteien negativ auswirken, da Art. 269b OR zwingender Natur ist? In Lehre und Praxis ist die Frage der Rechtsnatur unumstritten. Es herrscht Einigkeit darüber, dass Art. 269b OR zwingender Natur ist.<sup>110</sup> Diese Ansicht wird auch durch Normauslegung, Mittels den verschiedenen Auslegungselementen, bekräftigt. Den Auslegungselementen wird aufgrund des vorherrschenden Methodenpluralismus dieselbe Gewichtung zugesprochen.<sup>111</sup>

Die Analyse des Wortlauts<sup>112</sup> von Art. 269b OR bringt ganz klar zu Gesicht, dass die Norm zwingender Natur sein muss. Allein der vom Gesetzgeber eingeschobene Satz „ist nur gültig, wenn“ weist auf die Unabdingbarkeit der beiden Gültigkeitsvoraussetzungen hin.<sup>113</sup> Auch die teleologische Auslegung der Norm liefert das Resultat der zwingenden Rechtsnatur der Norm. Unter der teleologischen Auslegung versteht man die zweckorientierte Auslegung einer Norm.<sup>114</sup> Der Mieterschutz ist Zweck dieser Bestimmung. Mit der Mindestvertragsdauer von 5 Jahren wird das Bedürfnis des Mieters nach einer langjährigen Vertragsdauer erfüllt. Da bei langen Vertragsverhältnissen der Vermieter eine Mietzinsanpassung verlangt, hat der Gesetzgeber zum Schutze des Mieters als ausschliesslicher Index den LIK vorgesehen. Stünde den Parteien die Wahl des Indexes frei, so wäre der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck des Mie-

<sup>109</sup> mp 2/ 2003 S. 50.

<sup>110</sup> SVIT-Komm., Art. 269b N 2; gl.M. PERMANN, Art. 269b N 1; gl.M. BSK OR I- WEBER, Art. 269c N 5; gl.M. LACHAT ET AL., S. 408; gl.M. HIGI III, Art. 269b N 5.

<sup>111</sup> KRAMER, 56 ff., 122 f.

<sup>112</sup> FORSTMOSER/ VOGT, S. 474 N 17 f.

<sup>113</sup> OR, Art. 269b.

<sup>114</sup> FORSTMOSER/ VOGT, S. 22 N. 85.

terschutzes nicht mehr in jedem Fall garantiert.<sup>115</sup> Die Ratio der beiden Zulässigkeitskriterien d.h. die Motive und Beweggründe weshalb der Gesetzgeber die Kriterien so gewählt resp. ausgestaltet hat, wird in Kapitel III. 2.3. noch näher erläutert. Auch die historische Auslegung, welche „den Willen des historischen Gesetzgebers“<sup>116</sup> zu erörtern versucht, weist darauf hin, dass der Gesetzgeber dem Mieter Schutz verleihen wollte. Dieser Schutz kann jedoch nur verliehen werden, wenn die beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 269b OR ein zwingendes Gültigkeitskriterium darstellen.<sup>117</sup> Auch nach der systematischen Auslegung könnte man in den beschränkten Anfechtungsoptionen von Art. 270c OR ein Grund für die Annahme sehen, dass Art. 269b OR zwingender Natur sein muss.<sup>118</sup> Der Gesetzgeber hätte die Anfechtung während des Mietverhältnisses kaum auf das Vorliegen von reinen Rechenfehlern beschränkt, wenn er nicht zwingend in Art. 269b OR den LIK als ausschliesslicher Index vorgesehen hätte.<sup>119</sup> Die kongruenten Ergebnisse der verschiedenen Auslegungsmethoden bestätigen die Richtigkeit der Annahme, dass Art. 269b OR zwingender Natur ist.

Aufgrund der zwingenden Rechtsnatur von Art. 269b OR müssen die Parteien bei der Vereinbarung einer Indexklausel zwingend kumulativ eine Mindestvertragsdauer von mindestens 5. Jahren sowie als ausschliesslicher Index den LIK vorsehen. Werden diese beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen von den Mietparteien nicht eingehalten so ist die Indexklausel ungültig.<sup>120</sup> Über die Rechtsfolge eines solchen Mangels sind die Meinungen jedoch gespalten. Nach h.L. und Praxis bezieht sich die Nichtigkeit gem. Art. 20 Abs. 2 OR lediglich auf die Indexklausel selbst und nicht auf den ganzen Vertrag. Der gesamte Vertrag wird nur dann als nichtig betrachtet, wenn die Parteien ohne die rechtswidrige Indexklausel den Vertrag nicht geschlossen hätten.<sup>121</sup> Die minder vertretene Meinung, dass das Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung die vollständige

---

<sup>115</sup> OR, Art. 269 ff.; mp 2/ 2003 S. 49 f.; ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, S. 182.

<sup>116</sup> KRAMER, S. 116.

<sup>117</sup> Näheres zur Entstehungsgeschichte und Mieterschutzbedürfnis unter Kapitel III. 2.1. und Kapitel V. 2 f.

<sup>118</sup> KRAMER, S. 85 ff.; ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, S. 181; vgl. SVIT-Komm., Art. 269b N 12.

<sup>119</sup> OR, Art. 269b , 270c.; SVIT-Komm., Art. 270c N 5.

<sup>120</sup> mp 2/ 2003 S. 50.

<sup>121</sup> HIGI III, Art. 269b N 86 ff.; vgl. LACHAT ET AL, S. 407.

Nichtigkeit des Vertrages gemäss Art. 20 Abs. 1 OR zur Folge hat, ist aus zweierlei Gründen abzulehnen. Zum einen wäre diese Rechtsfolge nicht vereinbar mit den angestrebten Zielen der Missbrauchsgesetzgebung. Eine Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte kam zwischen den Mietparteien zustande, auch wenn sie aus gesetzlicher Sicht ungültig ist. Der Mieter kann somit kein Interesse an der vollständigen Nichtigkeit des Vertrages haben. Zum andern kann die zwingende gesetzliche Regelung die rechtswidrige Indexklausel ersetzen.<sup>122</sup> Je nach Voraussetzung die nicht beachtet wurde wird der teilnichtige Vertrag durch zwingendes Gesetzesrecht oder aber durch den hypothetischen Parteiwille ergänzt. Besteht jedoch die Rechtswidrigkeit in der vereinbarten Vertragsdauer, so wird die nichtige Indexklausel des Vertrages mittels des hypothetischen Parteiwillens ergänzt.<sup>123</sup> In der Praxis führt dies i.d.R. zum Ergebnis, dass bei Verträgen mit einer Mindestdauer von weniger als 5. Jahren die Indexklausel dahinfällt und der Mietzins nach den Bestimmungen von Art. 269 OR und 269a OR bestimmt wird. Steht für die Parteien jedoch die Indexierung des Mietzinses im Vordergrund, so kann es vorkommen, dass die Vertragsdauer auf die gesetzlich vorgeschriebene Dauer verlängert wird. Bei abweichenden Indexvereinbarungen wird i.d.R. der vereinbarte Index durch den vorgeschriebenen LIK ersetzt. Lediglich in Fällen in denen die Verbindung des Mietzinses mit einem konkreten Kosten- oder Marktelement bezweckt wurde, kann die Indexklausel ganz weggestrichen werden und eine Mietzinsanpassung gem. Art. 269 OR und Art. 269a OR vorgesehen werden.<sup>124</sup> Weiter ist noch zu erwähnen, dass Mietzinserhöhungen, welche sich auf eine nicht gesetzeskonforme Indexvereinbarung stützen innert gesetzlicher Frist angefochten werden müssen. Erfolgt keine Anfechtung, ist ein späterer Rückforderungsanspruch gestützt auf die Geltendmachung der ungerechtfertigten Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR ausgeschlossen.<sup>125</sup>

Es kommt auch gelegentlich vor, dass zwar im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben waren, diese jedoch nachträglich weggefallen sind. Endet die vereinbarte Dauer von mindestens 5. Jah-

---

<sup>122</sup> SVIT-Komm., Art. 269 N 13.

<sup>123</sup> HIGI III, Art. 269b N 89; mp 2/ 2003 S. 51.

<sup>124</sup> LACHAT ET AL, S. 407 f.

<sup>125</sup> SVIT-Komm., Art. 269b N 8 f.; vgl. mp 2/ 97 S. 102 ff.; a. A. HIGI III, Art. 269b N 92 f.



ren und wird das Vertragsverhältnis konkludent oder ausdrücklich fortgeführt ohne dass eine neue Mindestdauer von mindestens 5. Jahren vereinbart wird, so entfällt gem. Bundesgericht die Indexierung. Die Zinsanpassung erfolgt neu mittels der in Art. 269 und 269a OR aufgeführten Kriterien. Wird hingegen eine Verlängerung auf mindestens 5. Jahre vereinbart, so behält die Indexklausel ihre Geltung auch beim weiterführenden Vertragsverhältnis bei.<sup>126</sup> Im Falle einer Erstreckung des Mietverhältnisses behält der Vertrag gem. Art. 272c Abs. 2 OR, für die Dauer der Erstreckung, seine Geltung unverändert bei.<sup>127</sup>

Betreffend des Schicksals von altrechtlichen Mietverträgen bedarf es eines kurzen Exkurses. Diejenigen Indexklauseln, welche vor der Mietrechtsrevision am 1. Juli 1990 in Kraft getreten sind und aber erst nach dem Revisionszeitpunkt enden, unterstehen nach wie vor dem alten Recht.<sup>128</sup> Dieses sieht gem. Art. 9 BMM keine spezifischen Indexvorschriften vor.<sup>129</sup> D.h. Indexklauseln die einen anderen Index als den LIK vorsehen und vor dem 1. Juli 1990 in Kraft gesetzt worden sind behalten ihre Gültigkeit bei.<sup>130</sup> Wird jedoch ein Vertrag der auf altem Recht beruht nach dem 1. Juli 1990 ausdrücklich oder konkludent fortgesetzt, so gelten für diesen die neuen, revidierten Bestimmungen. Als logische Konsequenz dieser Bundesgerichtspraxis müssen die nach altem Recht für die Mietzinsanpassung vereinbarten Indexarten mit dem LIK ersetzt werden.<sup>131</sup>

### **2.3. Ratio legis von Art. 269 b OR**

Beim Erlass der Indexregelung liess sich der Gesetzgeber vom Hauptmotiv des Mieterschutzes leiten. Statt die Koppelung der Mietzinsgestaltung an die Schwankungen eines ausgewählten Indexes zu verbieten und ein wohnbauförderndes Element zu verabschieden erliess der Gesetzgeber im Jahr 1972 Art. 9 BMM. Aber nicht nur auf Seiten der Vermieter hätte sich ein Indexverbot negativ ausgewirkt, sondern auch das Mieterinteresse an langjährigen Mietverträgen

---

<sup>126</sup> BGE 124 III 57 S. 59 f.; BGE 109 II 55 S. 58; SVIT-Komm., Art. 269b N 5 f.

<sup>127</sup> HIGI III, Art. 269b N 129 ff.

<sup>128</sup> VMWG, Art. 26 Abs. 3.

<sup>129</sup> SVIT-Komm., Art. 269b N 35; BMM, Art. 9.

<sup>130</sup> LACHAT ET AL., S. 407, 415.

<sup>131</sup> LACHAT ET AL., S. 415; mp 4/ 97 S. 221ff.

wäre durch das Verbot beschnitten gewesen.<sup>132</sup> Denn kaum ein Vermieter würde ein langfristiges Mietverhältnis eingehen, wenn im Vertrag keine Mietzinsanpassungsmöglichkeit verankert würde.<sup>133</sup> Der Gesetzgeber erliess somit eine Norm, welche die Indexierung des Mietzinses konditioniert, zum Schutze der Mietpartei, zulässt. D.h. das vom Vermieter in die Immobilie investierte Geld wird mittels Indexierung vor den negativen Folgen der Inflation geschützt.<sup>134</sup> Im Gegenzug muss der Vermieter dem Verlangen des Mieters nach einem langjährigen Mietvertrag nachkommen und sich zu einer Mindestvertragsdauer von mind. 5. Jahren verpflichten.<sup>135</sup> Eine lange Mietdauer garantiert dem Mieter eine gewisse Wohn- bzw. Standortbeständigkeit, was insb. im Geschäftsraumsektor von hoher Bedeutung ist.<sup>136</sup> Bei der Festsetzung der Mindestvertragsdauer hat sich der Gesetzgeber von der Praxis und dem Bedürfnis der Mieter leiten lassen. Die Praxis auf dem Mietgeschäftsraummarkt war v.a. ausschlaggebend für die Statuierung der 5. jährigen Vertragsdauer, da bei Wohnungen die Indexvereinbarung noch nicht allzu verbreitet gewesen war.<sup>137</sup> Auch heute sind je nach Geschäftsbranche Mietverträge mit einer Vertragsdauer von 5.- 10. Jahren üblich.<sup>138</sup> Wäre die Bindungsdauer für den Vermieter zu hoch angesetzt worden hätte die Gefahr bestanden, dass die Sonderkonstruktion der indexierten Mietzinse in der Praxis keine Anwendung gefunden hätte. Der Wunsch nach längerfristigen Mietverträgen von Seiten der Mieter wäre dadurch höchst wahrscheinlich zu einer Utopie geworden.<sup>139</sup>

Da u.U. im Laufe der Zeit, die freie Wahl des anzuwendenden Indexes zu Missbräuchen sowie Verzerrungen im Mietzinswesen führen kann, wurde bei der Überführung des Art. 9 BMM ins OR eine Beschränkung der Indexwahl statuiert.<sup>140</sup> Art. 269b OR lässt für die Mietzinsanpassung als einziger Index der LIK zu.<sup>141</sup> Die Wahl fiel gerade auf diesen Index, da nach einem Index gesucht wur-

---

<sup>132</sup> Amtl. Bull. 1972 S. 333.

<sup>133</sup> mp 2/ 2003 S. 49 f.

<sup>134</sup> MÜLLER, S. 117 f.

<sup>135</sup> Amtl. Bull. 1972 S. 333.

<sup>136</sup> BBI 2009 I, 352; BBI 1999 X, 9827.

<sup>137</sup> Amtl. Bull. 1972 S. 330-332; BBI 1972 I, 1237, 1242.

<sup>138</sup> WÜEST & PARTNER, Studie: Immo-Monitoring 2010/ 1, S. 34.

<sup>139</sup> BBI 1999 X, 9827; BBI 1972 I, 1226-1232; mp 2/ 2003 S. 49 f.; MÜLLER, S. 119.

<sup>140</sup> OR, Art. 269b; BMM, Art. 9; Amtl. Bull. 1972 S. 330; SVIT-Komm., Art. 269b N 1 f.

<sup>141</sup> OR, Art. 269b.

de, der die Erhöhung der Lebenshaltungskosten zu berücksichtigen vermochte. Dem Vermieter soll nämlich nicht durch die stetige Teuerung der Kosten, welche ihm durch die Aufwendungen für die Mietsache zukommen, der Investitionsanreiz entzogen werden.<sup>142</sup> Der LIK „misst die Preisentwicklung der für die privaten Haushalte bedeutsamen Waren und Dienstleistungen. Er gibt an, in welchem Umfang die Konsumenten bei Preisveränderungen die Ausgaben erhöhen oder senken müssen, um das Verbrauchsvolumen konstant halten zu können.“<sup>143</sup> Der LIK ist zwar nicht ideal und bedürfte einigen Reduktionen aber aufgrund des Mangels eines besseren Indexes wurde dieser gewählt.<sup>144</sup> Eine Mietzinsbindung an einen Index, der sich auf Herstellungskosten bezieht wie z.B. der Baukostenindex oder aber auf die Entwicklung des Goldpreises wäre eher problematisch, da diese in einem geringen bis keinem Verhältnis zu den Lebenshaltungskosten stehen.<sup>145</sup>

Auf die Änderung von Art. 17 VMWG per 1. August 1996 und ihre Auswirkungen wird in Kapitel V. 3.3.1. näher eingegangen.

#### **2.4. Geltungsbereich von Art. 269 b OR**

Die Mietrechtsnormen des zweiten Abschnittes beziehen sich ausschliesslich auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, wie aus der Überschrift zu entnehmen ist.<sup>146</sup> Unter dem Oberbegriff „Raum“ versteht man „eine horizontal und vertikal abgeschlossene Einheit“, die „auf eine gewisse Dauer angelegt“ ist. Die Grösse, Ausstattung und Vielzahl der Räume spielt dabei keine Rolle.<sup>147</sup> Die Geschäftsräume müssen zusätzlich zu den verlangten Raumqualitäten noch die Eigenschaft aufweisen, dass sie „dem Betrieb eines Gewerbes oder im weiteren Sinne der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit“ dienen.<sup>148</sup> Dabei ist es irrelevant, ob mit der Haupt- oder Nebentätigkeit ein wirtschaftlicher oder ein ideeller Zweck verfolgt wird, da die Geschäftstätigkeit lediglich erwerbsorientiert sein

---

<sup>142</sup> OR, Art. 269b, 257; Amtl. Bull. 1972 S. 333; LACHAT ET AL., S. 405.

<sup>143</sup> BSF, Neuchâtel 2010, <[http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/inforthek/erhebungen\\_quellen/blank/blank/lik/02.htm](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/inforthek/erhebungen_quellen/blank/blank/lik/02.htm)> (besucht am 24. 02. 2010).

<sup>144</sup> OR, Art. 269b; Amtl. Bull. 1972 S. 334.

<sup>145</sup> Amtl. Bull. 1972 S. 334; BBI 1999 X, 9843.

<sup>146</sup> OR, Art. 269 ff.

<sup>147</sup> BGE 124 III 108 S. 110 f.; SVIT-Komm., Art. 253a N 3.

<sup>148</sup> BGE 124 III 108 S.110 f.; BBI 1985, 1421.

muss.<sup>149</sup> Somit zählen sowohl Büros, Werkstätten, Lagerräume, Waschanlagen, wie aber auch Stiftungslokale, Vereinslokale etc. zur Klasse der Geschäftsräume.<sup>150</sup>

Die Mobiliarmiete wird dem Normwortlaut zu Folge demnach vom Geltungsbereich nicht erfasst, was die Annahme aufkommen lässt, dass bei beweglichen Sachen die Indexklausel nicht den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 269b OR genügen muss.<sup>151</sup> I.d.R. stimmt dies auch, doch hat der Gesetzgeber in Art. 253a Abs. 1 OR eine Ausnahmeregelung statuiert, welche auch bewegliche und unbewegliche Sachen erfasst, die im Zusammenhang mit Wohn- und Geschäftsräumen gemietet werden.<sup>152</sup> In Art. 1 Abs. 1 VMWG ist diesbezüglich noch eine beispielhafte Aufzählung vorzufinden.<sup>153</sup> Auch könnte der voreilige Schluss gezogen werden, dass der Geltungsbereich des 2. Abschnittes des 8. Titels auf die ganze Immobiliarmiete aus zu dehnt sei.<sup>154</sup> Die Regelungsnormen von Art. 269 ff. OR und somit u.a. Art. 269b OR sind gem. ihrer Legaldefinition jedoch lediglich auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräume anzuwenden. Einschränkungen, Erweiterungen sowie Konkretisierungen der beiden Begriffe, die Ergänzungen zum allg. Sprachverständnis darstellen, hat der Gesetzgeber in Art. 253a f. OR und 1 f. VMWG vorgenommen.<sup>155</sup>

## **2.5. Verbreitung der Indexmiete auf dem Wohn- und Geschäftsräummarkt**

Die Indexmiete gem. Art. 269b OR ist bei der Geschäftsraummiете sehr verbreitet, kommt jedoch auch bei Wohnraummieten mit langfristiger Dauer ab und an vor.<sup>156</sup> Da die Indexklauseln jedoch nur bei einer Mindestlaufzeit von 5. Jahren zulässig sind und eine solche langfristige Mietdauer eher selten vorkommt bei Wohnraummieten, ist die Verbreitung geringer als bei Geschäftsraummieten.<sup>157</sup> Begründbar ist das Bedürfnis nach einer langfristigen Mietdauer bei der Ge-

---

<sup>149</sup> HIGI I, Art. 253a- 253b N 30 ff.; SVIT-Komm., Art. 253a N 8.

<sup>150</sup> BGE 124 III 108 S. 111; BBI 1985, 1421; BSK OR I- WEBER, Art. 253a/ 253b N 11 f.

<sup>151</sup> BSK OR I- WEBER, Art. 253a/ 253b N 1; ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, S. 29 f.

<sup>152</sup> BBI 1985, 1421; KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 253b N 9.

<sup>153</sup> VMWG, Art. 1 Abs.1.

<sup>154</sup> HIGI I, Art. 253a- 253b N 4.

<sup>155</sup> HIGI I, Art. 253a- 253b N 4 ff.

<sup>156</sup> ZIHLMANN, Das neue Mietrecht, S. 177.

<sup>157</sup> BBI 1999 X, 9842.

schäftsraummiete damit, dass je nach vorliegender Geschäftstätigkeit eine grosse Bindung an den gewählten Standort besteht. Desweiteren werden auch häufig erhebliche Investitionen getätigt, welche amortisiert werden müssen. Auf einen langjährigen Mietvertrag lassen sich jedoch die meisten Vermieter nur ein, wenn im Vertrag eine Mietzinsanpassungsmöglichkeit verankert wird. Zur beidseitigen Befriedigung dieser Mietparteienbedürfnisse bietet sich die Statuierung einer Indexklausel im auf Dauer eingegangenen Geschäftsraummietverhältnis als mögliche Lösungsvariante somit des Öfteren an.<sup>158</sup>

## **IV. Anfechtung indexierter Mietzinse bei Wohn- und Geschäftsräumen**

### **1. Schutz vor missbräuchlichen indexierten Mietzinsen**

#### **1.1. Gesetzliche Grundlagen und ihr Gehalt**

Die Spezialkonstruktion der indexierten Mietzinse gem. Art. 269b OR i.V.m. Art. 17 VMWG bedarf zur praktischen Durchsetzung und somit zum Schutze vor Missbräuchen ein formelles Missbrauchsrecht.<sup>159</sup> Der Gesetzgeber hat sodann in Art. 270c OR ein Anfechtungsrecht für den Mieter verankert, damit der materiellen Missbrauchsgesetzgebung auch formell zum Durchbruch verholfen werden kann. Diese Norm ist so ausgestaltet, dass sie lediglich Aufschluss über die Anfechtungsoptionen erteilt, jedoch keine materielle-rechtlichen Missbrauchsregelungen enthält.<sup>160</sup> Der Geltungsbereich von Art. 270c OR entspricht demjenigen von Art. 269b OR, welcher in Kapitel III. 2.4. näher erläutert ist.<sup>161</sup> Die Verfahrensnorm ist zwingender Natur und lässt keine davon abweichenden Vereinbarungen zu.<sup>162</sup> Die Wahl, ob eine Missbrauchsüberprüfung erfolgen soll und somit vom Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht wird, liegt jedoch in der alleinigen Entscheidungsmacht der Mietparteien.<sup>163</sup>

Liegt ein Mietvertrag mit einer vereinbarten Indexklausel gem. Art. 269b OR vor,

---

<sup>158</sup> mp 2/ 2003 S. 49 f.

<sup>159</sup> ZIHLMANN, Das Mietrecht, S. 183,198.

<sup>160</sup> HIGI III, Art. 270c- 270c N 3 f.

<sup>161</sup> HIGI III, Art. 270c- 270c N 10.

<sup>162</sup> mp 2/ 1990, S. 80.

<sup>163</sup> HIGI III, Art. 270c- 270c N 11.

so stehen dem Mieter lediglich die in Art. 270c OR aufgeführten Anfechtungsmöglichkeiten zur Verfügung.<sup>164</sup> Diese Norm sieht zum einen eine Anfechtungsoption für indexierte Anfangsmietzinse vor, sowie weitere Anfechtungsmöglichkeit während des Mietverhältnisses.<sup>165</sup> Der Anfangsmietzins kann unter den Voraussetzungen von Art. 270 OR i.V.m. 270c OR angefochten werden.<sup>166</sup> Diese Anfechtungsoption ist von grosser Bedeutung, da nur hier eine umfassende Missbrauchsprüfung im Sinne von Art. 269 und 269a OR durchgeführt werden kann.<sup>167</sup> Bei der Anfechtung während des Mietverhältnisses kann die Mieterschaft lediglich geltend machen, dass der zu bezahlende Mietzins nicht dem Indexverlauf entspricht.<sup>168</sup> Es besteht somit während des Mietverhältnisses die Möglichkeit für den Mieter eine Mietzinserhöhung anzufechten oder aber ein Mietzinsherabsetzungsbegehren zu stellen, sofern der Mietzinsverlauf nicht mehr dem Indexverlauf entspricht.<sup>169</sup> Liegt kein arithmetischer Fehler bei der Mietzinsanpassung vor, so hat der Mieter lediglich noch die Option durch eine Feststellungsklage sich auf die Nichtigkeit der Indexklausel d.h. Vertragswidrigkeit zu berufen.<sup>170</sup> Die allfällige Anfechtungsmöglichkeit mittels des allgemeinen Grundsatzes der „*clausula rebus sic stantibus*“ wird sogleich in Kapitel IV. 1.4. noch abgehandelt.

Damit diese Anfechtungsmöglichkeiten den Mietparteien zur Verfügung stehen müssen sowohl die generell geforderten Rahmenbedingungen als auch die spezifischen Klagevoraussetzungen, die je nach der vorliegenden Anfechtungsoption anders ausgestaltet sind, vorhanden sein.<sup>171</sup> Auf diese Zulässigkeitsvoraussetzungen wird in der Folge in Kapitel IV. 1.2. näher eingegangen.

## **1.2. Generelle Rahmenbedingungen für die Anfechtbarkeit**

Das formelle Missbrauchsrecht gem. Art. 270c OR kommt erst zum Zuge, wenn, nebst den spezifischen Anfechtungsvoraussetzungen der einzelnen An-

---

<sup>164</sup> GUHL, § 44. N 134; PERMANN, Art. 270d N 1-3.

<sup>165</sup> PERMANN, Art. 270d N 1-3; SVIT-Komm., Art. 270c N 3 ff.

<sup>166</sup> ZIHLMANN, das Mietrecht, S. 183; vgl. SVIT-Komm., Art. 270 N 6, Art. 270c N 3.

<sup>167</sup> LACHAT ET AL., S. 411.

<sup>168</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 5.

<sup>169</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 5 ff.

<sup>170</sup> LACHAT ET AL., S. 412; vgl. BSK OR I- WEBER, Art. 269b N 6.

<sup>171</sup> BSK OR I- WEBER, Art. 269b N 8 ff.; LACHAT ET AL., S. 285.

fechtungsmöglichkeiten, die generellen Rahmenbedingungen gegeben sind.<sup>172</sup> Diese sind in Art. 269b OR festgeschrieben und beinhalten die Einhaltung der vorgeschriebenen Dauer und der Verwendung des LIK. Bei Nichtvorliegen dieser beiden vom Gesetzgeber geforderten Zulässigkeitsvoraussetzungen besteht für die Indexklausel Nichtigkeit und bzgl. des ganzen Vertrages Teilnichtigkeit.<sup>173</sup> Ein Anfechtungsverfahren für eine nichtige Indexklausel einzuleiten ist somit überflüssig.<sup>174</sup> Aus diesem Grund ist es wichtig in einem ersten Schritt abzuklären, ob die generellen Rahmenbedingungen, die essentiell sind für eine Anfechtung, überhaupt vorhanden sind.

### **1.3. Individuelle Klagevoraussetzungen**

#### **1.3.1. Klagevoraussetzungen für die Anfechtung eines indexierten Anfangsmietzinses**

Art. 270 c OR behält die Möglichkeit der Anfechtung des Anfangsmietzinses für indexierte Mietzinse vor, sofern die in Art. 270 OR geforderten Voraussetzungen vorhanden sind.<sup>175</sup> Unter Anfangsmietzins versteht man „die Gesamtheit der bei Vertragsabschluss vereinbarten finanziellen Leistungspflichten des Mieters als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung der Mietsache“<sup>176</sup>. Als Anfangsmietzinse gelten aber nicht nur diejenigen Mietzinse, die bei erstmaliger Eingehung eines Mietverhältnisses entstanden sind, sondern auch z.T. Mietzinse bei denen bereits ein Mietverhältnis vorherrscht. Als Musterbeispiel sei das fortgesetzte befristete Mietverhältnis zu nennen, bei welchem der Mietzins als Anfangsmietzins gilt.<sup>177</sup> Sind die formellen Voraussetzungen, die in Art. 270 OR für die Anfechtung des Anfangsmietzinses verlangt werden nicht gegeben, so kann vom Anfechtungsrecht kein Gebrauch gemacht werden.<sup>178</sup> Bei mangelnden Klagevoraussetzungen gem. Art. 270 OR kann weder die Mietzinsbasis auf ihre Missbräuchlichkeit gem. Art. 269f. OR überprüft werden noch ein Übereinstimmungsvergleich von Art. 269b OR und der vertraglichen Indexklausel vor-

---

<sup>172</sup> BSK OR I- WEBER, Art. 269b N 8 ff.; LACHAT ET AL., S. 285.

<sup>173</sup> m.w.H. Kapitel III. 2.2.

<sup>174</sup> HIGI III, Art. 269b N 8.

<sup>175</sup> ZIHLMANN, das Mietrecht, S. 183; vgl. SVIT-Komm., Art. 270 N 6, 270c N 3.

<sup>176</sup> SVIT-Komm., Art. 270 N 3.

<sup>177</sup> HIGI III, Art. 270 N 25 f.; SVIT-Komm., Art. 270 N 3 ff.

<sup>178</sup> LACHAT ET AL., S. 282.

genommen werden.<sup>179</sup> Der Mietzins kann in solch einem Fall erst wieder bei der Gelegenheit einer Mietzinserhöhung angefochten werden und auch dann ist eine Unterschreitung unter den Anfangsmietzins ausgeschlossen.<sup>180</sup>

Gem. Gesetzeswortlaut muss der Mieter eine Anfechtungsfrist von 30 Tagen einhalten und das Vorliegen eines Sachverhalts gem. Art 270 Abs. 1 lit. a OR und Art. 270 Abs. 1 lit. b OR vorweisen können.<sup>181</sup> Solche Sachverhalte liegen vor, wenn der Mieter „Sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsschluss gezwungen sah; oder der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat“<sup>182</sup>.

Die persönlichen Voraussetzungen sind erfüllt, wenn der Mieter wegen persönlicher- oder familiären Faktoren zum Abschluss des Vertrages faktisch genötigt ist und ein Verzicht in Bezug auf das Mietobjekt objektiv als unvernünftig erschiene.<sup>183</sup> Um das Vorliegen dieser persönlichen- oder familiären Faktoren bestimmen zu können, müssen alle vorliegenden Umstände wie bspw. Scheidung, Studiengebühren etc. in Betracht gezogen werden.<sup>184</sup> Die marktbezogene Voraussetzung von Art. 270 Abs.1 lit. a. OR ist hingegen gegeben, wenn ein Mangel an Wohn- und Geschäftsräumen vorherrscht d.h. wenn der Mieter echte, erfolglose Suchbemühungen zu beweisen vermag oder aber eine Leerstandsziffer von weniger als 1,5 % besteht.<sup>185</sup> Eine Erhöhung gegenüber einem früheren Mietzins gem. Art 270 Abs. 1 lit. b OR besteht sobald der neue Mietzins den vorhergehenden Mietzins um 10 % übersteigt.<sup>186</sup> Sind eine oder mehrere der oben aufgeführten Anfechtungsvoraussetzungen vorhanden, so obliegt dem Mieter lediglich noch die Anrufung der Schlichtungsbehörden innert einer Frist von 30 Tagen. Der Fristenlauf beginnt mit der Entgegennahme der Verfügungsgewalt über das Mietobjekt durch den Mieter.<sup>187</sup>

---

<sup>179</sup> PERMANN, Art. 270d N 1.

<sup>180</sup> SVIT-Komm., Art. 270 N 48.

<sup>181</sup> PERMANN, Art. 270 N 1; vgl. OR, Art. 270 Abs. 1.

<sup>182</sup> OR, Art. 270 Abs. 1 lit. a- b.

<sup>183</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 270 N 7 f.; MRA 1/ 2003, S.1 ff.

<sup>184</sup> LACHAT ET AL., S. 286.

<sup>185</sup> HIGI III, Art. 270 N 41; SVIT-Komm., Art. 270 N 12 ff.

<sup>186</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 270 N 9 f.

<sup>187</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 270 N 10 f.; SOMMER/ OBERLE, S. 55.



### **1.3.2. Klagevoraussetzungen für die Anfechtung einer Mietzinserhöhung resp. für ein Mietzinsherabsetzungsbegehren während des Mietverhältnisses**

Neben der Möglichkeit den Anfangsmietzins anzufechten sieht Art. 270c OR desweiteren vor, dass eine Mietzinserhöhung während des Mietverhältnisses vom Mieter angefochten werden kann resp. ein Herabsetzungsbegehren<sup>188</sup> des Mieters gestellt werden darf.<sup>189</sup>

Bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung während des Mietverhältnisses ist keine umfassende Missbrauchsüberprüfung gem. Art. 269 und Art. 269a OR, wie im alten Recht, mehr möglich.<sup>190</sup> Überprüfbar ist hier lediglich, ob ein rechnerischer Fehler bei der Mietzinsanpassung unterlaufen ist, ob überhaupt eine Indexänderung stattgefunden hat und weiter noch, ob die Erhöhung mit den vertraglichen Vereinbarungen übereinstimmt.<sup>191</sup> Diese eingeschränkte Überprüfbarkeit lässt sich dadurch begründen, dass die Indexvereinbarung u.a. ein Verzicht des Mieters darstellt, eine Überprüfung anderweitiger Missbrauchstatbestände vorzunehmen.<sup>192</sup> Eine Ausweitung der Überprüfbarkeit besteht lediglich, wenn eine Mietzinserhöhung aus Gründen von Art. 269a OR vertraglich von den Mietparteien vorbehalten worden ist.<sup>193</sup>

Die Geltendmachung der Missbräuchlichkeit der Mietzinserhöhung, im Rahmen von Art 270b OR, muss jedoch rechtzeitig erfolgen, da ansonsten der z.B. falsch berechnete Mietzins vom Vermieter eingefordert werden kann. Als fristgerecht gilt eine Anfechtung, die gem. Art. 270b OR innert 30 Tagen seit dem Empfang der Erhöhungsmitteilung erfolgt. Wird das Anfechtungsbegehren nicht fristgerecht bei der Schlichtungsbehörde eingereicht so besteht für den Mieter nur noch die Möglichkeit bei der nächsten Mietzinserhöhungsanzeige den Einwand der Falschberechnung erneut hervorzubringen und mit Wirkung in die

---

<sup>188</sup> VMWG, Art. 17 Abs. 2.

<sup>189</sup> PERMANN, Art. 270d N 2.; ZIHLMANN, das neue Mietrecht, S. 179.

<sup>190</sup> ZIHLMANN, das neue Mietrecht, S. 179; LACHAT ET AL., S. 300.

<sup>191</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 5.

<sup>192</sup> HIGI III, Art. 270c- 270d N 21.

<sup>193</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 8; vgl. SOMMER/ OBERLE, S. 49.

Zukunft zu korrigieren.<sup>194</sup>

Entwickelt sich der LIK zurück, so kann der Mieter eine Mietzinsreduktion verlangen gem. Art. 270c OR i.V.m. Art. 17 Abs. 2 VMWG.<sup>195</sup> Aus materiell-rechtlicher Sicht ist die Missbrauchsüberprüfung gleichermassen eingeschränkt wie bei der Anfechtung der Mietzinserhöhung während des Mietverhältnisses.<sup>196</sup> Das Verfahren richtet sich hier nach Art. 270a OR, wobei ein Anspruch auf Anpassung nicht nur bei „wesentlichen Änderungen der Berechnungsgrundlage“<sup>197</sup> zu bejahen ist.<sup>198</sup> Die Geltendmachung des Herabsetzungsbegehrens hat auf den nächst möglichen vertraglich vereinbarten Anpassungstermin zu erfolgen.<sup>199</sup> Ist eine solche Vereinbarung nicht vorhanden, so kann das Herabsetzungsbegehren „unter Berücksichtigung der dem Vermieter eingeräumten dreissigtägigen Reaktionszeit auf den übernächsten Monatsersten gestellt werden“<sup>200</sup>. Erfolgt das Begehren nicht innert, der soeben erwähnten, angemessenen Frist, muss der Vermieter dem Begehren nicht Folge leisten. Die Rechtsfolge ergibt sich aufgrund der Gestalt des Anfechtungsrechts. Dieses ist nämlich als sog. Obliegenheit ausgestaltet, welche bei ihrer Verletzung lediglich einen Rechtsnachteil resp. einen Rechtsverlust für den Belasteten zur Folge hat.<sup>201</sup>

#### **1.4. Berufung auf den allg. Grundsatz: „clausula rebus sic stantibus“**

Der allg. Rechtsgrundsatz c.r.s.st. stellt eine nicht positivierte Irrtumsregelung dar, welche das Prinzip pacta sunt servanda umzustossen vermag.<sup>202</sup> Die c.r.s.st kommt zum Tragen, wenn die Einhaltung des Vertrages, aufgrund von erheblichen nachträglichen Veränderungen des Vertragsverhältnisses, die weder vorhersehbar noch vermeidbar waren, einer Partei oder beiden Parteien nicht mehr zugemutet werden kann.<sup>203</sup> Als Rechtsfolge steht der betroffenen

---

<sup>194</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 6, 10.

<sup>195</sup> HIGI III, Art. 270c- 270d N 24 f.

<sup>196</sup> HIGI III, Art. 270c- 270d N 25.

<sup>197</sup> OR, Art. 270a Abs.1.; VMWG, Art 17 Abs. 2.

<sup>198</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 9.

<sup>199</sup> HIGI III, Art. 270c- 270d N 24.

<sup>200</sup> SVIT-KOMM., Art. 270c N 9.

<sup>201</sup> LACHAT ET AL., S. 282; SCHWENZER, N 4. 27.

<sup>202</sup> KOLLER, § 29 N. 33, 65.

<sup>203</sup> HUGUENIN, N 296- 298.

Partei i.d.R. ein Auflösungsrecht zu. Nur in seltenen Fällen besteht ein Änderungsrecht.<sup>204</sup> In Bezug auf die indexierten Mietverträge und ihre eingeschränkten Anfechtungsoptionen<sup>205</sup> stellt sich die Frage, ob es den Mietparteien erlaubt ist sich mittels der Berufung auf die c.r.s.st. vom Mietvertrag zu entbinden.

Folgt man der Ansicht des Bundesgerichts, so ist die Indexklausel eine aleatorische Klausel d.h. eine Vertragsklausel mit einem spekulativen Charakter.<sup>206</sup>

Spekulativ in so fern als, dass die Mietzinsentwicklung nicht genau vorhersehbar ist.<sup>207</sup> Nachträgliche Äquivalenzstörungen im Vertragsverhältnis können

durchaus resultieren, wenn z.B. die Geldentwertung schneller voranschreitet als die Abnahme des Gebrauchswertes des Mietgegenstandes durch Alterung.<sup>208</sup>

Ein einst gesetzeskonformer indexierter Mietzins kann sich somit im Laufe der Vertragsdauer zu einem missbräuchlichen Mietzins gem. Art. 269 ff. OR entwickeln. Jedoch sollte angemerkt werden, dass der nachträglich resultierende

Missbrauch nur teilweise der Indexierung zuzuschreiben ist. Die vorherrschende Missbrauchsbehandlung gem. Art. 269ff. OR, welche sich in ihrer Bewertung

nicht nur auf Kriterien abstützt die mit der Entwicklung der Teuerung koinzident sind, kann ebenfalls die Missbräuchlichkeit auslösen.<sup>209</sup> Gem. Art. 270c OR

sind während des Mietverhältnisses lediglich noch Rechenfehler anfechtbar. Ein umfassendes Missbrauchsüberprüfungsrecht herrscht jedoch nicht mehr vor.<sup>210</sup>

Die c.r.s.st. könnte für die Mietparteien eine Möglichkeit darstellen sich trotz den Anfechtungseinschränkungen vom Mietvertrag zu entbinden. Gegen die Anwendbarkeit der c.r.s.st. sprechen jedoch so einige Argumentationspunkte. Einerseits findet die c.r.s.st. nur Anwendung sofern einschlägige Anpassungsklauseln fehlen.<sup>211</sup> Die vertraglich vereinbarte Indexklausel hat jedoch gerade Anpassungsregelungen zum Inhalt, was die c.r.s.st. überflüssig macht.<sup>212</sup> Auch spricht der spekulative Charakter der Indexklausel gegen die Anwendbarkeit der c.r.s.st. Die Parteien haben bewusst ein nicht genau vorhersehbares Ele-

---

<sup>204</sup> KOLLER, § 29 N 65.

<sup>205</sup> OR, Art. 269b, 270c i.V.m. 270- 270b.

<sup>206</sup> BGE 123 III 83.

<sup>207</sup> HIGI III, Art. 269b N. 25.

<sup>208</sup> HIGI III, Art. 269b N. 24; vgl. BGE 123 III 76 S. 80 f.; vgl. BGE 108 II 470 S. 472.

<sup>209</sup> HIGI III, Art. 269b N. 24.

<sup>210</sup> LACHAT ET AL., S. 412 f.; SVIT-Komm., Art. 270c N 5; ZIHLMANN, das neue Mietrecht, S. 179.

<sup>211</sup> KOLLER, § 29 N 33.

<sup>212</sup> HUGUENIN, N 296- 298.

ment gewählt für die Anpassung ihres Vertrages. Eine Berufung auf die c.r.s.st. würde m.E. gegen Treu und Glauben<sup>213</sup> verstossen. Zudem würde kaum ein Vermieter einen langfristigen indexierten Vertrag eingehen, wenn die Möglichkeit bestehen würde, dass der Mieter das Vertragsverhältnis mittels der c.r.s.st. auflösen könnte.<sup>214</sup> Geht der Vermieter doch gerade aufgrund des Verzichts des Mieters, eine Überprüfung anderweitiger Missbrauchstatbestände vorzunehmen, den Vertrag ein.<sup>215</sup> Die von den Mietern angestrebte Wohn- bzw. Standortbeständigkeit mittels langfristigen Mietverträgen, würde zu einer Illusion<sup>216</sup> Des Weiteren wäre auch denkbar, dass sich der Vermieter der c.r.s.st. bedient, falls der Indexverlauf für ihn ungünstig ausfallen würde. Der Vermieter könnte sich somit von seiner mindestens 5 jährigen Vertragsbindung vorzeitig befreien, was dem Mieter die Garantie der gewünschten Mindestvertragsdauer entzieht.<sup>217</sup>

Aufgrund der obigen Erwägungen wäre m.E. die Anwendbarkeit der c.r.s.st. sowohl für Geschäft- als auch Wohnraummieten zu verneinen.

## **2. Anfechtungsverfahren**

### **2.1. Verfahrensablauf bei der Anfechtung eines indexierten Anfangsmietzinses**

Das Anfechtungsverfahren nach Art. 270c OR i.V.m. Art. 270 OR folgt den Normen von Art. 274a ff. OR.<sup>218</sup> Gem. Art. 270 Abs. 1 OR besteht für den Mieter eine Anfechtungsfrist von 30 Tagen seit Erlangen der Verfügungsmacht über die Mietsache. In Fällen in denen der Mietvertrag lediglich verlängert wird gilt der Tag an dem der neue Mietvertrag unterzeichnet wird als massgebender Zeitpunkt für den Beginn des Fristenlaufs.<sup>219</sup> Das Anfechtungsbegehren muss bei der Schlichtungsbehörde gem. Art. 270 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 274a OR ein-

---

<sup>213</sup> ZGB, Art. 2 Abs.1.

<sup>214</sup> vgl. mp 2/ 2003 S. 49 f.

<sup>215</sup> HIGI III, Art. 270c - 270d N 21.

<sup>216</sup> BBI 2009 I, 352; BBI 1999 X, 9827.

<sup>217</sup> VMWG, Art. 17 Abs. 4; Amtl. Bull. 1972 S. 333; vgl. SOMMER/ OBERLE, S. 46 f.

<sup>218</sup> HIGI III, Art. 270 N 76.

<sup>219</sup> SVIT-Komm., Art. 270 N 44.

gereicht werden.<sup>220</sup> Laut Gesetz sind die Kantone dafür zuständig „kantonale, regionale oder kommunale Schlichtungsbehörden“<sup>221</sup> einzusetzen.<sup>222</sup> Die Schlichtungsstelle hat zur Aufgabe die Parteien zu beraten<sup>223</sup> sowie eine Einigung zwischen den Parteien zu bewirken.<sup>224</sup> Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde ist für die Mietparteien, die den Mietzins anfechten immer gratis und mit einem Zeitaufwand von 3- 5 Stunden verbunden.<sup>225</sup> Scheitert der Vergleich<sup>226</sup>, muss bei Uneinigkeit das Gericht innert 30 Tagen vom Mieter angerufen werden<sup>227</sup>, sofern er die Anfechtung weiter verfolgen möchte. Grund für das Weiterziehen der Streitigkeit ans Gericht ist die mangelnde Entscheidungskompetenzen der Schlichtungsbehörde.<sup>228</sup> Die Frist für die Anrufung des Gerichts beginnt mit der Bekanntgabe des Beschlusses der Schlichtungsbehörde zu laufen.<sup>229</sup> Während des Anfechtungsverfahrens ist der Mieter verpflichtet den streitigen Mietzins weiter dem Vermieter zu entrichten. Ausnahmen bestehen nur, sofern vor der Schlichtungsbehörde eine Einigung zustande kommt oder aber der Richter vorsorgliche Massnahmen vorsieht.<sup>230</sup> Stimmt der Richter im Anfechtungsverfahren dem Begehren des Mieters zu bzw. teilweise zu, so entsteht ein Rückforderungsanspruch des Mieters gegenüber dem Vermieter.<sup>231</sup> Die Beweislast für das Vorhandensein der Prozess- und der Klagevoraussetzungen<sup>232</sup> gem. Art. 270 OR wird vom Mieter getragen.<sup>233</sup> Weiter trägt der Mieter die Beweislast für den geltend gemachten Missbrauchstatbestand gem. Art. 269 f. OR.<sup>234</sup> Die Praxis hat jedoch die Beweisführung für den Mieter etwas gelockert indem sie dem Vermieter eine gewisse Mitwirkungspflicht auferlegt hat

---

<sup>220</sup> PERMANN, Art. 270 N 8.

<sup>221</sup> OR, Art. 274a Abs 1

<sup>222</sup> VMWG, Art. 22; m.w.H. MACHER/ TRÜMPY, S. 226.

<sup>223</sup> ZIHLMANN/ STRUB, S.117.

<sup>224</sup> VMWG, Art. 21; OR Art. 274, 274a Abs. 1, 274e Abs. 1.

<sup>225</sup> MACHER/ TRÜMPY, S. 72, 226.

<sup>226</sup> OR, 274e Abs. 2.

<sup>227</sup> OR, 274f Abs. 1.

<sup>228</sup> OR, Art. 274e Abs. 1; MACHER/ TRÜMPY, S. 72, 226; SVIT-Komm., Art. 270 N 45.

<sup>229</sup> SVIT-Komm., Art. 270 N 45.

<sup>230</sup> OR, Art. 270e; PERMANN, Art. 270 N 8.

<sup>231</sup> SVIT-Komm., Art. 270 N 46.

<sup>232</sup> Die Klagevoraussetzungen werden in der Arbeit auch als individuelle Zulässigkeitsvoraussetzungen betitelt.

<sup>233</sup> HIGI III, Art.270 N 79.

<sup>234</sup> SVIT-Komm., Art. 270 N 47.

und notorische Tatsachen von der Beweiserbringung befreit hat.<sup>235</sup> Falls gegen das gerichtliche Urteil Berufung ans Bundesgericht eingereicht werden möchte, muss ein Streitwert vom mindestens 15'000 Fr. gegeben sein.<sup>236</sup> Obwohl der geforderte Streitwert nicht erreicht wird ist die Beschwerde bei Vorliegen einer der Voraussetzungen gem. Art. 74 Abs. 2 BGG erlaubt.<sup>237</sup>

## **2.2.    Verfahrensablauf bei der Anfechtung eines indexierten Mietzinsen während des Mietverhältnisses**

Bei der Anfechtung indexierter Mietzinse während des Mietverhältnisses existieren zwei von einander unterschiedliche Verfahrensarten. Je nachdem, ob es sich um die Anfechtung einer Mietzinserhöhung oder aber um ein Herabsetzungsbegehren handelt, kommt die eine oder die andere Verfahrensart zur Anwendung.<sup>238</sup>

Möchte der Mieter eine Mietzinserhöhung anfechten, welche im Laufe des Mietverhältnisses vom Vermieter vorgenommen wird, so muss er die Verfahrensbestimmungen von Art. 270b OR befolgen. Der Mieter hat die Möglichkeit die Mietzinserhöhung innert 30 Tagen bei der Schlichtungsbehörde<sup>239</sup> zu melden.<sup>240</sup> Die Frist läuft ab Eingang des Mietzinserhöhungsformulars beim Mieter.<sup>241</sup> Versäumt dieser die Frist, so wird die Annahme getätigt, dass er mit der Erhöhung der Miete einverstanden ist. Eine Korrektur kann nur noch im Falle einer späteren Mietzinsänderung erfolgen und zwar durch den Einwand, dass mit dem Mietzins ein übersetzter Ertrag erwirtschaftet wird.<sup>242</sup> Auf die vom Bundesgericht entwickelte Praxis bezüglich der Berechnungsmethoden des übersetzten Ertrages wird in Kapitel V. 4.1. näher Bezug genommen. Bei fristgerechtem Anrufen der Schlichtungsbehörde, lädt diese die Parteien zu einem Gespräch ein mit dem Ziel eine Einigung zu finden.<sup>243</sup> Scheitert der Vergleichsversuch, muss das Anfechtungsbegehren innert 30 Tagen beim Gericht einge-

---

<sup>235</sup> HIGI III, Art. 270 N 79 f.; SVIT-Komm., Art. 270 N 47.

<sup>236</sup> BGG, Art. 74 Abs.1 lit. a.

<sup>237</sup> CHEVALIER, N 267- 269.

<sup>238</sup> OR, Art. 270c i.V.m. 270a oder 270b.

<sup>239</sup> Angaben zur Schlichtungsbehörde sind in Kapitel IV. 2.1. vorzufinden.

<sup>240</sup> OR, Art. 270b Abs. 1; vgl. SOMMER/ OBERLE, S. 56.

<sup>241</sup> ZIHLMANN/ STRUB, S. 117.

<sup>242</sup> BSK OR I- WEBER, Art.270b N 1; SVIT-KOMM., Art. 270b N 17.

<sup>243</sup> ZIHLMANN/ STRUB, S. 117.

hen, sofern der Anfechtende an der Weiterziehung interessiert ist.<sup>244</sup> Dieses urteilt sodann über die Missbräuchlichkeit der Erhöhung. Bis zum Zeitpunkt in dem das Urteil seine Rechtskraft erreicht schuldet der Mieter dem Vermieter weder den erhöhten Mietzins noch Verzugszinsen.<sup>245</sup> Für die Option das Gerichtsurteil ans Bundesgericht mittels der Beschwerde in Zivilsachen weiter zu ziehen, ist neben den anderen Voraussetzungen gem. Art. 74 ff. BGG v.a. der Streitwert massgebend.<sup>246</sup>

Das Begehren auf Herabsetzung eines bestehenden Mietzinses richtet sich nach den Verfahrensvorschriften von Art. 270a OR.<sup>247</sup> Der Ablauf des Herabsetzungsverfahrens lässt sich in 2 Verfahrensstadien gliedern. In einem 1. Schritt findet jeweils ein privates Einigungsverfahren zwischen den beiden Parteien statt. Kommt keine Einigung über den Mietzins zu Stande, wird die Streitigkeit über die Mietzinsherabsetzung in einem 2. Schritt vor der Schlichtungsbehörde<sup>248</sup> ausgetragen.<sup>249</sup> Eine Ausnahme, welche die Durchführung des privaten Einigungsverfahrens gem. Art. 270a Abs. 2 OR als zwingende Prozessvoraussetzung ausschliesst ist in Art. 270a Abs. 3 statuiert. Wird somit während der Anfechtung einer Mietzinserhöhung gleichzeitig auch noch ein Herabsetzungsbegehren gestellt, so besteht für die Parteien die Pflicht der Kontaktaufnahme gem. Art. 270a Abs. 2 OR i.V.m. Art. 270a Abs. 3 OR nicht.<sup>250</sup> Die Norm wendet sich aber ausschliesslich an die „Rechtsanwendungsinstanz“ was zur Folge hat, dass die Mietparteien durchaus befugt sind ein privates Einigungsverfahren durchzuführen.<sup>251</sup> Desweiteren hat die Bundesgerichtspraxis ebenfalls vom Beharren auf das private Einigungsverfahren abgesehen, sofern für beide Mietparteien klar ist, dass der Vermieter dem Begehren des Mieters auf keinen Fall nachkommt.<sup>252</sup> Liegt keine der beiden erwähnten Ausnahmesituationen vor, so muss der Mieter ein schriftliches Herabsetzungsbegehren beim Vermieter anbringen, zu welchem dieser innert 30 Tagen Stellung beziehen

---

<sup>244</sup> BSK OR I- WEBER, Art. 270c/ 270d N 4.

<sup>245</sup> 4C. 291/ 2001 E. 6c.

<sup>246</sup> m.w.H zum Streitwert unter Kapitel IV. 2.1.

<sup>247</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 9.

<sup>248</sup> Angaben zur Schlichtungsbehörde sind in Kapitel IV. 2.1. vorzufinden.

<sup>249</sup> OR, Art. 270a Abs. 1 f.; PERMANN, Art. 270a N 3.

<sup>250</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Art. 270a N 9; SVIT-Komm., Art. 270a N 31.

<sup>251</sup> HIGI III, Art. 270a N 8 f.

<sup>252</sup> BGE 132 III 702 S. 706.

muss. Die Herabsetzung kann auf denjenigen Tag verlangt werden, an dem der Vermieter eine Mietzinserhöhung verlangen könnte. Die Reaktionszeit des Vermieters muss aber bei der Kalkulation des Erfüllungszeitpunkts mit einbezogen werden.<sup>253</sup> Ist der Vermieter mit dem Begehren nicht einverstanden bzw. nur teilweise oder erfolgt seine Stellungnahme nicht fristgerecht, so ist der Mieter befugt das zweite Verfahrensstadium einzuleiten und somit die Schlichtungsbehörde innert 30 Tagen mit seinem Begehren zu konsultieren.<sup>254</sup> In Schlichtungsverfahren wird sodann gem. Art. 274e OR versucht eine Einigung mittels behördlicher Hilfe zu finden. Ist der angestrebte Vergleich definitiv gescheitert, so kann der Mieter innert 30 Tagen, sofern das Interesse an der Herabsetzung immer noch besteht, das Gericht zur Erledigung der Streitsache anrufen.<sup>255</sup>

Für einen weiteren Instanzenzug ans Bundesgericht müssen die Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsache gem. Art. 74 ff. BGG erfüllt sein. Auf den massgebenden Streitwert wird in Kapitel IV. 2. eingegangen.

### **3. Exkurs: Anfechtung altrechtlich indexierter Mietverträge**

Mietverträge mit vereinbarten Indexklauseln, die vor der Mietrechtsrevision am 1. Juli 1990 in Kraft getreten sind müssen u.a. bezüglich der Anfechtungsoptionen gesondert betrachtet werden.<sup>256</sup> In Art. 26 Abs.3 VMWG wurde für solche Fälle eine übergangsrechtliche Bestimmung statuiert welche besagt, dass indexierte Mietverträge, die vor dem 1. Juli 1990 rechtskräftig geworden sind und nach der Revision noch weiter andauern dem alten Recht unterstehen.<sup>257</sup> Indexklauseln die hingegen vor dem 1. Juli 1990 verabredet wurden aber erst zu einem späteren Zeitpunkt in Rechtskraft treten, unterstehen jedoch dem neuen Recht.<sup>258</sup> Unter altem Recht hat der Gesetzgeber in Art. 9 BMM eine umfassende Anfechtungsmöglichkeit vorbehalten. Die Mietzinsüberprüfung kann somit in den Schranken von Art. 14 und 15 BMM, heute Art. 269 und 269a OR, umfas-

---

<sup>253</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 9.

<sup>254</sup> OR, Art. 270a Art. 2; BSK OR I- WEBER, Art. 270a N 5.

<sup>255</sup> OR, Art. 270f Abs. 1; SVIT-Komm., Art. 270a N 32a.

<sup>256</sup> HIGI III, Art. 269b N 78- 80; LACHAT ET AL., S. 412 f.

<sup>257</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 11.

<sup>258</sup> mp 2/ 1997, S.109 f.



send vorgenommen werden.<sup>259</sup> Keine Anwendung findet diese Übergangsbestimmung einzig bei Indexklauseln, die zwar vor dem 1. Juli 1990 abgeschlossen worden sind deren Zinsanpassung aber dem LIK gem. Art. 269b OR folgt. In solchen Fällen findet an Stelle der alten Regelung die neue eingeschränkte Anfechtungsmöglichkeit gem. Art. 270c OR Anwendung.<sup>260</sup> Diese Rechtsprechungspraxis findet ihre Begründung darin, dass es stossend wäre, wenn die Mietparteien von altrechtlich indexierten Mietverträgen, welche aber exakt der „Mietzinsanpassungsmechanik“<sup>261</sup> des neuen Rechts entsprechen, einem umfassenderen Missbrauchsschutz unterstünden als diejenigen Parteien die einer solchen Indexklausel unter dem revidierten Recht zugestimmt haben.<sup>262</sup> Weiter ist noch Anzumerken, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Indexklauseln, welche nach ihrem Ablauf fortgeführt werden, dem neuen Recht unterstehen. Dies gilt auch bei stillschweigender Fortsetzung des Mietverhältnisses.<sup>263</sup>

## **V. Ist es dem Gesetzgeber im Bereich der indexierten Mietzinse gelungen die divergierenden Interessen der Parteien auszugleichen?**

### **1. Aktuelle Lage auf dem Mietraummarkt**

#### **1.1. Aktuelle Lage auf dem Mietwohnungsmarkt**

Die Schweizerinnen und Schweizer sind ein Volk von Mieterinnen und Mieter. Rund 3/5 aller Schweizer Haushalte leben zur Miete.<sup>264</sup> Damit hat die Schweiz im Vergleich mit dem Ausland einen überaus hohen Mietquotenanteil.<sup>265</sup> Durchschnittlich steht den Mieterhaushalten pro Kopf eine Quadratmeterzahl von 39

---

<sup>259</sup> MÜLLER, S. 201 f.

<sup>260</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 13.

<sup>261</sup> MRA 1/ 1995, S. 23.

<sup>262</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 13.

<sup>263</sup> mp 4/ 1997, S 223 f.

<sup>264</sup> FROHMUT, S. 26; LACHAT ET AL. S. 3.

<sup>265</sup> LACHAT ET AL., S. 3.

m<sup>2</sup> zur Verfügung.<sup>266</sup> Der Mietwohnungsmarkt ist von spezieller Natur. Einerseits, da grundsätzlich jeder Mensch, sei er als Mieter oder Vermieter, sich auf diesem Markt zurechtfinden muss. Andererseits wird durch die effektive Bodenverfügbarkeit der Produktionssteigerung und somit der Befriedigung der Mietwohnungsnachfrage Schranken gesetzt.<sup>267</sup>

Die Wohnungsproduktion ist eng verbunden mit der Nachfrage. So ist auch der Produktionsrückgang ab 1995 mit der damals bestehenden hohen Leerwohnungsziffer begründbar.<sup>268</sup> Unter Leerwohnungsstand subsumiert man die Gesamtheit aller am gewählten Stichtag zu mietenden oder zu kaufenden Wohnungen. Die Leerwohnungsziffer erteilt dementsprechend über das prozentuale Verhältnis zwischen dem ungefähren Wohnungs- und dem Leerwohnungsbestand Auskunft.<sup>269</sup> Seit 2003 hat die Mietwohnungsproduktion aber wieder massiv zugelegt, da auch die Nachfrage nach Mietwohnungen wieder angestiegen ist. Wirft man einen Blick in die Vergangenheit, so erkennt man rasch, dass der Leerwohnungsquotenhöchststand von 1,85 % im Jahr 1998 längst nicht mehr existiert.<sup>270</sup> In den letzten Jahren hat sich die Leerwohnungsziffer mehr oder weniger im Bereich von 1 % bewegt, wobei sie im Jahr 2008 erstmals seit 2005 wieder unter die 1 % Schranke gefallen ist.<sup>271</sup> Im Jahr 2009 lag die Leerwohnungsziffer dann bei 0,90 %.<sup>272</sup> Das Bundesgericht geht bereits bei einer Leerwohnungsquote von weniger als 1-1,5 % von einem bestehenden Wohnungsmangel aus.<sup>273</sup> Von Wohnungsnot spricht es sobald die Quote weniger als 0,5 % beträgt.<sup>274</sup>

Folgt man der Auffassung des Bundesgerichts, so herrscht in der Schweiz ein momentaner Wohnungsmangel vor. Begründen lässt sich dieser durch das Bevölkerungswachstum und den mutierten Bedürfnissen der Schweizerinnen und Schweizer. Der Gesellschaftswandel führte zu Veränderungen im Arbeitsalltag,

---

<sup>266</sup> BBI 2009 I, 353; vgl. FROHMUT, S. 50.

<sup>267</sup> LACHAT ET AL., S. 3 f.

<sup>268</sup> LACHAT ET AL., S. 3.

<sup>269</sup> LACHAT ET AL., S. 3.

<sup>270</sup> BBI 2009 I, 353.

<sup>271</sup> BSF, Bau- und Leerwohnungsstatistik der Schweiz, 2007/ 2008, S. 13.

<sup>272</sup> BSF, Neuchâtel 2010, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/09/01/key.html>> (besucht am 9. 03. 2010).

<sup>273</sup> BGE 124 I 127 S.130.

<sup>274</sup> BBI 1971 I, 1668; vgl. BGE 124 I 127 S. 130.

in der Arbeitsform sowie in den Haushalts- und Familienstrukturen, was die Bedürfnisse der Bevölkerung stark zu prägen vermochte.<sup>275</sup> So ist das Verlangen nach einem Wohnraum im wirtschaftlichen Zentrum und deren Agglomerationsgebiete wie auch das Bedürfnis nach einer möglichst grossen Wohnfläche pro Kopf enorm angestiegen.<sup>276</sup> Trotz einer Steigerung des Mietwohnungsangebots ist die Leerwohnungsziffer in jüngster Zeit kontinuierlich zurückgegangen. Im Jahr 2008 befand sie sich noch bei 0,97 %, was einem Volumenzahl von 37'118 leer stehenden Wohnungen entspricht, während sie im Jahr 2009 bereits auf 0,9 % gefallen ist.<sup>277</sup> Der aktuelle Schweizerische Mietwohnungsmarkt vermag somit trotz Steigerung der Wohnungsproduktion die enorme Nachfrage nicht zu befriedigen.

Das auf dem Mietwohnungsmarkt vorherrschende Ungleichgewicht von Angebot und Nachfrage und natürlich auch die Koppelung der Mietzinse an den Hypothekarzins, brachte eine stetige Erhöhung der Mietzinse mit sich.<sup>278</sup> Betrag der durchschnittliche Nettomietzins im Jahr 2003 noch ca. 1100 Fr., so liegt er heute ca. 10,2 % höher.<sup>279</sup> Im Vergleich mit dem LIK ist der Mietzins um einiges schneller angestiegen.<sup>280</sup>

Auf Grund der obigen Tatsachen kann der Markt nicht alleine durch das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage reguliert werden. Interessensausgleichende gesetzliche Markteinwirkungen sind unabdingbar.<sup>281</sup>

## 1.2. Aktuelle Lage auf dem Mietgeschäftsmarkt

Bei der Gebäude- und Wohnungserhebung des Bundesamtes für Statistik werden nur Gebäude mit Wohnungen erfasst. Eine Zählung betreffend Mietgeschäftsräume existiert beim Bundesamt für Statistik leider nicht.<sup>282</sup> Die Leerstandsziffern von zu mietenden Geschäftsflächen werden in der Schweiz nur in einzelnen Städten, wie z.B. Zürich, Bern, Basel-Stadt, Basel-Land etc., von den

<sup>275</sup> FROHMUT, S. 50; LACHAT ET AL., S. 3.

<sup>276</sup> BBI 2009 I, 353.

<sup>277</sup> BSF, Bau- und Leerwohnungsstatistik der Schweiz, 2007/ 2008, S. 13; BSF, Neuchâtel 2010, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/09/01/key.html>> (besucht am 9. 03. 2010).

<sup>278</sup> BBI 1999 X, 9834 f.

<sup>279</sup> BBI 2009 I, 354.

<sup>280</sup> LACHAT ET AL., S. 3.

<sup>281</sup> LACHAT ET AL., S. 4.

<sup>282</sup> Auskunft BFS, SEKTION GEBÄUDE UND WOHNUNGEN, MARIANNE GERBER.

statistischen Ämtern der jeweiligen Städte erhoben.

Ein Blick auf die Studien der beiden statistischen Ämter des Kantons Basel-Stadt und Basel-Landschaft im Jahr 2009, weist im Kanton Basel-Stadt einen Geschäftsraumleerstand von 110`929 m<sup>2</sup> und im Kanton Basel-Landschaft einen Geschäftsraumleerstand von 161 849 m<sup>2</sup> vor. Das ergibt zusammen einen Gesamtleerstand von 272`778 m<sup>2</sup>. In der Gesamtbetrachtung der beiden Kantone ist dies statistisch der tiefste Leerstand seit 4 Jahren.<sup>283</sup> Wobei anzumerken bleibt, dass isoliert betrachtet die Geschäftsleerstände im Kanton Basel-Stadt in den vergangenen Jahren eher zugenommen haben während sie im Kanton Basel-Landschaft gesunken sind. Der Leerstand von Geschäftsräumen hängt somit stark von wirtschaftlichen- wie auch politischen Indikatoren ab, denen je nach Region und Geschäftsbereich unterschiedliche Intensität zukommt.<sup>284</sup>

Das Beratungsunternehmen Wüest & Partner AG, das in den Bereichen Immobilien- und Baumarkt sowie Raum- und Standortentwicklung tätig ist, erhebt jedes Quartal eine Studie über die Schweizerischen Verhältnisse zwischen den angebotenen Flächen und dem Flächenbestand im Geschäftsflächenbereich. Zur Ermittlung der Leerstände im Geschäftsflächenbereich verwenden sie jeweils die Angebotsziffer als Indikator, da diese ein Mass für die Marktqualität darstellt. Gemäss dieser Studie standen, im 4. Quartal des Jahres 2009, 7 % der angebotenen Büroflächen, 1,1 % der angebotenen Industrie- und Gewerbeflächen sowie 1,2 % der Verkaufsflächen in der Schweiz leer. Dies ergibt im Bereich der angebotenen Geschäftsräume eine durchschnittliche Leerstandsziffer von 3,1 %.<sup>285</sup> Diese Studie liefert zwar keine genauen Angaben bezüglich der effektiven Lage auf dem Mietgeschäftsmarkt, da sie sich nicht ausschliesslich auf Mietgeschäftsräume bezieht, doch ermöglicht sie eine generelle Marktlageeinschätzung.

Anhand der vereinzelt erhobenen kantonalen Leerstandsziffern von Mietge-

---

<sup>283</sup> Statistisches Amt des Kantons Basel-Stadt/ Statistisches Amt des Kantons Basel-Landschaft, Leerstandserhebung 2009 <[http://www.medienmitteilungen.bs.ch/leerstandserhebung\\_2009-daten.pdf](http://www.medienmitteilungen.bs.ch/leerstandserhebung_2009-daten.pdf)> (besucht am 11.03. 2010).

<sup>284</sup> Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt Medienmitteilung vom 20. August 2009, Leerstandserhebung 2009, Rückgang des Leerstandes bei den Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten in den beiden Basel <<http://www.medienmitteilungen.bs.ch/2009-08-20-pd-002.htm>> (besucht am 11.03. 2010).

<sup>285</sup> Auskunft Wüest & Partner AG, DR. RETO FREY.

schäftswohnungen und der erwähnten Geschäftsflächenstudie von Wüest & Partner erhält man einen Eindruck über die ungefähre Lage auf dem Mietgeschäftsmarkt. Auch auf diesem Markt ist ein Marktungleichgewicht zu verzeichnen. Mietschutzbestimmungen, die zum Ausgleich der Interessen beitragen sind somit auch hier zu begrüßen.

## **2. Die divergierenden Interessenlager bei der Mietzinsgesetzgebung**

### **2.1. Ziele des Gesetzgebers**

Das einheitliche Privatrechtssystem wurde erstmals mit der Ausgliederung des Miet- und Arbeitsrechts, der beiden „sozialen Schwerefelder des Privatrechts“, in Sonderbereiche durchbrochen.<sup>286</sup> Ausschlaggebend für die Beschränkung der Vertragsfreiheit und der Eigentumsfreiheit waren aus geschichtlicher Perspektive vor allem drei Faktoren. Einerseits führten die Einführung der Mietzinskontrolle sowie die vorgenommenen Einschränkungen im Kündigungsrecht zur Aufspaltung des geschlossenen Privatrechtssystems. Andererseits waren auch der gesellschaftliche Wandel des 20. Jahrhunderts vom Individualismus zum Pluralismus und die veränderte Betrachtungsweise der staatlichen Rolle ausschlaggebend für den Systemumbruch.<sup>287</sup> Unter Pluralismus ist der kollektive ökonomische Interessenskampf zu verstehen, welcher sich durch Auseinandersetzungen politischer Art zwischen der Hauseigentümerschaft und der Mieterschaft auszeichnet. Die einzelnen Interessenssubjekte müssen den Kampf zur Interessenswahrung nicht mehr alleine bestreiten sondern können in Form einer Interessensgemeinschaft agieren.<sup>288</sup> Wie bereits erwähnt sind die Tendenzen der Entwicklung des Privatrechts auch auf den Rollenwandel des Staates zurückzuführen. Wenn mittels des freien Spiels des Marktes ein Interessenausgleich nicht erreicht werden kann und es zu einer Gefährdung der gesellschaftlichen Solidarität kommt, erwartet die heutige Gesellschaft eine staatliche Intervention. Auf solchen Märkten herrscht ein sog. Sozialrecht<sup>289</sup> vor, dessen

---

<sup>286</sup> WIEACKER, S. 543.

<sup>287</sup> WIEACKER, S. 545 ff.; vgl. LACHAT ET AL., S. 2.

<sup>288</sup> LACHAT ET AL., S. 2.

Gestalt sich durch die Zusammenarbeit von sozialen Gruppierungen oder aber durch ein vom Gesetzgeber koordinierten Ausgleich ergibt.<sup>290</sup>

Der Mietrechtmarkt zählt zur Kategorie der Märkte, bei denen sozialrechtliche Regelungen durch den Gesetzgeber als essentiell erscheinen, um einen Ausgleich der divergierenden Interessen auf dem Markt garantieren zu können.<sup>291</sup>

Die regulatorischen Eingriffe der gesetzgeberischen Hand in die Abläufe des Mietrechtmarktes strahlen in zahlreiche Bereiche und andersartige Märkte ihre Wirkung aus. Sie nehmen insb. Einfluss auf die Kapital-, Bau- und Bodenmärkte, den Produktionsgang von Wohnungen sowie auf die Volkswirtschaft.<sup>292</sup> Die Auswirkungen der staatlichen Intervention können somit einen immensen Umfang annehmen.

Der Gesetzgeber wird im Mietrecht immer wieder von neuem vor dieselben Fragen gestellt. „Wie weit soll die Einflussnahme gehen? Reichen zum Schutz von Mieterinnen und Mietern wettbewerbsrechtliche Bestimmungen oder privatrechtliche Instrumente wie das Wucherverbot und die Verhinderung der Ausnutzung einer persönlichen Notlage aus, oder bedarf es weiter gehender Regelungen?“<sup>293</sup> Die Beantwortung dieser Frage ist stark umstritten und hängt stark von der politischen- und wirtschaftlichen Situation und dem vertretenen Interessenslager ab, d.h. ob man ein Kritiker oder Befürworter der freien Marktwirtschaft ist.<sup>294</sup> Unangefochten sind jedoch die Zielsetzungen des Gesetzgebers, die Missbräuche im Mietwesen zu vermeiden<sup>295</sup>, für eine angemessene Verzinsung zu sorgen und das investierte Kapital zu erhalten. Desweiteren soll gem. Art. 108 BV und Art.41 Abs. 1lit. e BV der Anreiz in den Mietwohnungsmarkt zu investieren durch die staatlichen Interventionen nicht verloren gehen.<sup>296</sup>

Der Gesetzgeber muss somit bei der Erfüllung seiner Pflicht, gem. Art. 108 f. BV, versuchen alle Eventualitäten und Interessenslager zu berücksichtigen und diese sodann bei seiner Entscheidungsfindung über die Normgestaltung gegenei-

---

<sup>289</sup> Näheres bei OTTO VON GIERKE, S. 698- 706.

<sup>290</sup> WIEACKER, S. 546 f.

<sup>291</sup> LACHAT ET AL., S. 2.

<sup>292</sup> BBI 2009 I, 352.

<sup>293</sup> BBI 1999 X, 9827.

<sup>294</sup> BBI 2009 I, 352.

<sup>295</sup> BV, Art. 109.

<sup>296</sup> BBI 2009 I, 353; Näheres bei LACHAT ET AL., S. 7.

inander abwägen. Es wäre jedoch utopisch vom Gesetzgeber eine Mietrechtsgesetzgebung zu fordern, welche sämtliche Zielkonflikte sowie wirtschaftliche- und politische Auseinandersetzungen zwischen den Mietparteien aus dem Weg räumen würde. Alleine der Fakt, dass die Mietparteien divergierende Interessen verfolgen macht dieses Streben unmöglich.<sup>297</sup> Eine Optimierung des Interessenausgleichs zwischen den Mietparteien, sowie eine optimale Berücksichtigung der Auswirkungen des Mietrechtsschutzes auf andere Bereiche, darf jedoch zu Recht vom Gesetzgeber erwartet werden. Auf die kontroversen Interessen wird sogleich unter Kapitel. V. 2.2. noch näher eingegangen.

## **2.2. Interessenslage der Sozialpartner bei Wohn- und Geschäftsräumen**

Die Mietrechtsnormen im Bereich Wohn- und Geschäftsräume regeln die Gebrauchsüberlassung eines essentiellen Gutes zu dem oftmals eine innige emotionale Verbundenheit besteht.<sup>298</sup> Der Kontakt v.a. mit dem Wohnungsmarkt ist fast unvermeidbar, da eine Unterkunft ein lebensnotwendiges Bedürfnis eines jeden Menschen darstellt.<sup>299</sup> Die Mietparteien vertreten unterschiedliche politische- und wirtschaftliche Standpunkte, was nicht selten Zielkonflikte und emotionsgeladene politische Auseinandersetzungen, der divergierender Interessensgruppen, zur Folge hat.<sup>300</sup> Namentlich die Mietzinsnormen des Mietrechts geben Zündstoff für politische Debatten, da weder die Mieter- noch die Vermieterseite durch die getroffenen Lösungen sich in ihren Interessen befriedigt fühlt.<sup>301</sup> Der Gesetzgeber ist seit Jahrzehnten auf der Suche nach einer Norm, welche die divergierenden Interessen der Mietparteien optimal ausgleicht und das Mietrecht von den kontroversen Beurteilungen und Streitereien befreit.<sup>302</sup>

Während die Mieterseite das freie Spiel von Angebot und Nachfrage stark kritisiert und den Mietmarkt von Wohn- und Geschäftsräumen als besonders schutzbedürftiger Markt betrachtet, befürwortet die Vermieterseite den freien

---

<sup>297</sup> BBI 2009 I, 352 f.

<sup>298</sup> BBI 2009 I, 352.

<sup>299</sup> LACHAT ET AL., S. 3f.

<sup>300</sup> BBI 2009 I, 352.

<sup>301</sup> KUKO OR- HANS PETER WALTER, Vor Art. 253- 274g.

<sup>302</sup> LACHAT ET AL., S. 2, 4.

Markt. Argumente für die eine oder andere Interessensseite gibt es zur Genüge. Gegen staatliche Eingriffe sprechen u.a. der Verlust des Investitionsanreizes in den Wohnmarkt und der damit verbundene Rückgang des Wohnungsbestandes, der Mobilitätsverlust und die damit verbundene Funktionsbeeinträchtigung des Arbeitsmarktes. Auch kann es je nach Mietrecht zu ineffizienter Wohnraumnutzung kommen. Aus Sicht der Vermieter ist der Mietrechtsschutz somit eher kontraproduktiv und nicht von Nöten. Für die Intervention des Staates auf dem Mietmarkt sprechen grössten Teils sozialrechtliche Gedanken, die u.a. einen Schutz für die wirtschaftlich schwächere Partei beanspruchen, die Ortsverbundenheit des Einzelnen berücksichtigen wollen und erschwingliche Mietzinse fordern. Desweiteren argumentiert die Mieterseite mit der Marktbesonderheit, welche zu berücksichtigen sei. Hierbei thematisiert sie vor allem die schlechte Transparenz, die Gefahr der Entstehung von Monopolen sowie die manko hafte Verkehrsfähigkeit von Mieträumen.<sup>303</sup>

Betrachtet man die divergierenden Interessen der Mietparteien, so erkennt man relativ rasch, dass der gesetzgeberische Auftrag ein Interessenausgleichendes Mietrecht zu gestalten äusserst schwer ist.

### **3. Entwicklung der Mietzinsgesetzgebung für Wohn- und Geschäftsräume seit Erlass des BMM und ihre Hintergründe**

#### **3.1. Der BMM vom 20. Juni 1972**

In den Jahren zwischen 1970- 1972 erlangte das privatrechtliche Prinzip der Vertragsfreiheit, durch die Aufhebung der öffentlich-rechtlichen Mietrechtsvorschriften in den Jahren 1960-1970, wieder uneingeschränkte Geltung.<sup>304</sup> Durch den vorherrschenden Leerstandmangel von Mietwohnungen und Mietgeschäftsräumen und das zunehmende Machtgefälle zwischen den Mietparteien, verdichtete sich das Verlangen nach einer erneuten staatlichen Intervention zum Schutze vor Missbräuchen im Mietwesen.<sup>305</sup> Am 5. März 1972 wurde sodann die Mieterschutznorm Art. 34<sup>septies</sup> alt BV, heute in etwas abgeänderter Form in

---

<sup>303</sup> BBI 2009 I, 352; BBI 1999 X, 9827.

<sup>304</sup> LACHAT ET AL, S. 4; MÜLLER, S. 12.

<sup>305</sup> HONSELL, BT, S. 204.



Art. 109 BV, in die Bundesverfassung eingefügt.<sup>306</sup> Die Norm wurde mit einem klaren Mehr der Bevölkerung sowie auch von allen Ständen in die Bundesverfassung aufgenommen.<sup>307</sup> Art. 34<sup>septies</sup> altBV erteilt dem Bund neue Aufgabestellungen im Bereich des Mietwesens.<sup>308</sup> Durch Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 2 alt BV wurde dem Gesetzgeber die Pflicht auferlegt „Bestimmungen zum Schutze der Mieter vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen Forderungen der Vermieter“ zu erlassen.<sup>309</sup> Die Option der Wiederaufnahme des Systems der Mietzinskontrolle oder ähnliche Kontrollsysteme waren alleine aufgrund des Gesetzeswortlautes ausgeschlossen.<sup>310</sup> Gestützt auf diesen Verfassungsartikel setzte der Bund am 7. Juni.1972 den Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) in Kraft. Da der Erlass sich aber auf die Dinglichkeitsklausel gem. Art. 69<sup>bis</sup> BV stützte, beruhte seine Geltungsdauer lediglich bis ins Jahr 1977. In der Folge wurde er jedoch insgesamt 3. Mal auf jeweils 5 Jahre verlängert, so dass seine Geltungsdauer erst im Jahre 1992 ausgelaufen wäre.<sup>311</sup>

Der BMM galt als Versuch ein soziales Mietrecht in der Schweiz einzuführen.<sup>312</sup> Der Bundesbeschluss verfolgt die Philosophie flexible Regelungen zu erlassen, welche den richterlichen Behörden einen weiten Ermessensspielraum einräumen. Der Gesetzgeber sah durch diese Aufgabenzuschreibung an die rechtsanwendende - und rechtsprechende Behörde den vom BMM verfolgten Zweck im konkreten Einzelfall am ehesten garantiert.<sup>313</sup> Es wurde weitgehend versucht den Grundsatz der Vertragsfreiheit zu wahren. Ein Einschreiten von Seiten des Staates fand demnach nur statt, sofern der Mieter Einsprache erhob. Lediglich in solchen Fällen sah der BMM eine Missbrauchsprüfung durch die Schlichtungsbehörde oder das Gericht vor.<sup>314</sup> Inhaltlich war der BMM so gegliedert, dass zunächst der Zweck und Geltungsbereich erläutert wurden.<sup>315</sup> Der Gel-

---

<sup>306</sup> BBI 1972 I, 1225.

<sup>307</sup> BBI 1972 I, 1316.

<sup>308</sup> BBI 1972 I, 1225 f.

<sup>309</sup> alt BV, Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 2.

<sup>310</sup> BBI 1972 I, 1230.

<sup>311</sup> ZIHLMANN, das Mietrecht, S. 9.

<sup>312</sup> HIGLI I, Vorbemerkung zu Art. 253- 274g N 27.

<sup>313</sup> MÜLLER, S. 42.

<sup>314</sup> LACHAT ET AL., S. 273 f.

<sup>315</sup> BBI 1972 I, 1231.

tungsbereich beschränkte sich zunächst auf die vom zugehörigen Kanton angegebenen Gemeinden mit Wohnungsnot oder Mangel an Geschäftsräumen. Ab dem 1. Oktober 1987 wurde der Geltungsbereich auf die ganze Schweiz ausgedehnt. Auf die Erläuterung des Zwecks und des Geltungsbereichs des BMM folgten Art. 5- 13 BMM. Diese Normen sahen einige zwingende Bestimmungen vor, um bei Wohnungs- und Geschäftsmangel die Machtposition der Vermieter etwas zu dämpfen. Diese durften weder wegbedungen, noch zum Nachteil des Mieters abgeändert werden.<sup>316</sup> Unter diesen Bestimmungen befand sich in Art. 9 BMM auch die Zulassung von Indexmieten sowie ihre Voraussetzungen.<sup>317</sup> In Art. 14 und 15 BMM konkretisierte der Gesetzgeber erstmals dann den sog. Missbrauchstatbestand. Mittels dieser Legaldefinition wurde das Prinzip der Kostenmiete<sup>318</sup> sowie der Marktmiete<sup>319</sup> eingeführt.<sup>320</sup> Neben einer Auflistung weiterer missbräuchlicher Forderungen, Verfahrensvorschriften etc. bedarf es die Anfechtungsbestimmungen in Art. 17-22 BMM noch gesondert zu erwähnen.<sup>321</sup> In Art. 17 BMM wurde für Mietwohnungen die Anfechtung des Anfangsmietzinses vorgesehen. Diese Bestimmung war enorm wichtig damit ein Missbrauchsschutz nicht illusorisch blieb, da ein Eingriff von Amtes wegen gemäss BMM nicht möglich war. Für Mietgeschäftsräume war hingegen eine Anfechtung des Anfangsmietzinses nicht vorgesehen.<sup>322</sup> Während des Mietverhältnisses war eine Missbrauchsanfechtung innert 30 Tagen seit dem Mitteilungsempfang bei der Schlichtungsbehörde möglich. In Bezug auf die Spezialform der Indexmiete galt es die Regelung in Art. 9 BMM zu berücksichtigen. Sofern die Indexierung mit der Zeit einen missbräuchlichen Mietzins ergab, durfte eine Anfechtung vorgenommen werden.<sup>323</sup>

Der BMM war der erste bundesrechtliche Versuch der verfassungsrechtlichen Pflicht aus Art. 34<sup>septies</sup> alt BV nachzukommen. Er gestaltete ihn mit der Grundidee „unter Wahrung der berechtigten Interessen der Vermieter, insbesondere

---

<sup>316</sup> MÜLLER, S. 239 ff.

<sup>317</sup> BMM, Art. 9; MÜLLER, S. 241.

<sup>318</sup> BMM, Art. 14 Abs. 1.

<sup>319</sup> BMM, Art. 15 Abs. 1 lit. a.

<sup>320</sup> LACHAT ET AL., S. 273 f.; m.w.H. BBI 1972, 1232 ff.

<sup>321</sup> MÜLLER, S. 239 ff.

<sup>322</sup> BBI 1972 I, 1243.

<sup>323</sup> BBI 1972 I, 1242.

unter Vermeidung der Kontraproduktivität,[...] die Mieterseite vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen der Vermieter durch möglichst einfache, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende und vom Gedanken der Partnerschaft zwischen Vermieter und Mieter getragene Lösungen zu schützen.<sup>324</sup> Dieser Grundidee gesetzgeberisch umzusetzen erwies sich jedoch als äusserst komplex und schwer realisierbar.

### **3.2. Inkraftsetzung des revidierten OR sowie der VMWG am 1. Juli 1990**

Der Erlass des BMM im Jahr 1972 vermochte die Bedürfnisse der Mietparteien nicht zu befriedigen. Unstimmigkeiten, Unruhen an der Mietfront sowie politische Debatten zwischen den Mietparteien prägten fortan den Alltag.<sup>325</sup> Die existenzielle Bedeutung des Mietrechts und v.a. die vorherrschende Wohnraumknappheit brachten das Verlangen nach weiteren regulatorischen Interventionen des Staates im Mietwesen. Das bestehende zeitlich beschränkte Notmietrecht des BMM sollte in ein Mietrecht von beständiger Dauer umgewandelt werden.<sup>326</sup> Aufgrund der zahlreichen parlamentarischen Vorstösse wurde der damalige Bundesrichter Emil Schmid vom Bundesamt für Justiz mit der Prüfung der Revisionsbedürftigkeit der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts beauftragt.<sup>327</sup> Im Jahr 1977 befasste sich dann eine eingesetzte Expertenkommission unter der Leitung von Carlo Soliva mit dieser Fragestellung. Die Expertenkommission gab in ihrem Bericht im Jahr 1980 bekannt, dass sie eine Verbesserung des Kündigungsschutzes, die Integration des BMM ins Obligationenrecht sowie eine Ausdehnung des Geltungsbereiches des BMM auf die gesamte Schweiz als notwendig betrachten würde.<sup>328</sup> In der Zeitspanne der Auswertungsphase wurde jedoch eine Volksinitiative eingereicht, welche eine Abänderung des Art 34<sup>septies</sup> Abs. 2 BV forderte. Der Bundesrat setzte sodann um den Vorgang zu beschleunigen eine Arbeitsgruppe ein, welche bis Mitte 1983 Vorschläge bezüglich einer Revision des Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 2 BV, Veränderungsmöglichkeiten im Bereich des Kündigungsschutzes, sowie Optionen zur Überführung des BMM ins Obligationenrecht vorzulegen hatte. Aufgrund der Resultate

---

<sup>324</sup> MÜLLER, S. 48.

<sup>325</sup> HANGARTNER, S. 17.

<sup>326</sup> HONSELL, BT, S. 204.

<sup>327</sup> ZIHLMANN, das neue Mietrecht, S. 9 f.

<sup>328</sup> LACHAT ET AL., S. 4 f.

tate der Arbeitsgruppe beschloss der Bundesrat eine Botschaft bezüglich der Revision des Mietrechts auszuarbeiten.<sup>329</sup> Im Jahr 1885 gab sodann der Bundesrat gestützt auf die ausgearbeitete Botschaft die Empfehlung ab das OR zu revidieren, den BMM ins ordentliche Recht einzugliedern sowie die Volksinitiative über die Abänderung des Verfassungsartikels abzuweisen und den Gegenvorschlag des Bundesrates anzunehmen.<sup>330</sup> Am 6. Dezember 1886 wurde der Gegenvorschlag sodann von Volk und Ständen angenommen und somit der Geltungsbereich des BMM auf die ganze Schweiz ausgedehnt. Betreffend der Mietrechtsrevision und der Zukunft des BMM wurde in den folgenden Jahren weiter im Nationalrat und Ständerat debattiert und an einem Gesetzesentwurf gearbeitet.<sup>331</sup> Am 15. Dezember 1889, nach der Differenzbereinigung über den beratenen Gesetzesentwurf<sup>332</sup>, folgte in der Schlussabstimmung der Räte die Annahme des Gesetzes. In der Folge wurde das Gesetz dem Volk unterbreitet und die Referendumsfrist fing zu laufen an. Sie verstrich jedoch unbenützt, so dass die Gesetzesrevision am 1. Juli 1890 in Kraft trat. Gleichzeitig erliess der Bundesrat die in Art. 253a Abs. 3 OR vorgesehenen Ausführungsvorschriften in der Verordnung über Miete und Pacht bei Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG).

Ziel der Revision des Obligationenrechts war es die Systematik des Gesetzes zu überarbeiten und zu verbessern, die Regelungen des BMM ins ordentliche Recht zu überführen, sowie auch bestehende materielle Mängel zu beheben.<sup>333</sup> Diese Korrekturen basierten alle auf dem ursprünglichen Grundgedanken die divergierenden wirtschaftlichen- und politischen Interessen der Mietparteien zu einem optimalen Ausgleich zu bringen.<sup>334</sup> Systematisch betrachtet ist der 8. Titel des OR's in 4 Abschnitte unterteilt worden. Im 1. Abschnitt findet man Allgemeine Bestimmungen vor, die grundsätzlich auf alle Mietverhältnisse anwendbar sind.<sup>335</sup> Der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen Missbräuchen, sowie der Kündigungsschutz sind in Abschnitt 2 und 3 verankert.

---

<sup>329</sup> ZIHLMANN, das neue Mietrecht, S. 10.

<sup>330</sup> LACHAT ET AL., S. 5; m.w.H. BBI 1885 I, 1389 ff.

<sup>331</sup> LACHAT ET AL., S. 5 f.

<sup>332</sup> BBI 1889 III, 1676.

<sup>333</sup> HANGARTNER, S. 22 f.

<sup>334</sup> MÜLLER, S. 48.

<sup>335</sup> LACHAT ET AL., S. 6.

Während Abschnitt 4 die Verfahrensvorschriften zum Inhalt hat.<sup>336</sup> In Bezug auf den Inhalt der Gesetzesrevision ist augenfällig, dass die Bestimmungen des BMM weitgehend unverändert ins Obligationenrecht übernommen worden sind. So sind z.B. im Bereich der Mietzinsanpassung und des Missbrauchsbegriffs keine- oder fast keine Änderungen erfolgt.<sup>337</sup> Auf Abweichungen zwischen den BMM und den revidierten OR Bestimmungen im Bereich der Indexmiete wird sogleich unter Kapitel V. 3.4. noch näher eingegangen. Echte materielle Neuerungen sind lediglich bezüglich der Mietzinshinterlegung, der Erstreckung des Mietverhältnisses und dem ausgedehnten Kündigungsschutz zu verzeichnen.<sup>338</sup>

### **3.3. Prägnante Revisionen im Mietzinsrecht nach 1990**

#### **3.3.1. Änderungen der VMWG per 1. August 1996**

Die am 1. Juli 1990 in Kraft getretenen Mietrechtsregelungen des OR und die in diesem Zusammenhang erlassene VMWG vermochten die Mietparteieninteressen nicht zu befriedigen. Kritik erfolgte v.a. von Seiten der Vermieter. Die neuen Mietrechtsregelungen wurden als unübersichtlich und als nachteilig für die Vermieter kritisiert. Insbesondere wurde hervorgebracht, dass die Vermietung von Wohnungen mit den neuen Bestimmungen unattraktiv sei, die Vorbehaltsregelungen zu wenig flexibel seien und die Hypothekarzinsüberwälzungssätze den Vermieter stark benachteiligen würden.<sup>339</sup> Nach Ansicht der Mieter fanden die Probleme der Vermieter ihren Ursprung jedoch viel mehr auf Grund der übersetzten Baukosten, den teuren Landpreisen und der Verschlechterung der Einkommensverhältnisse in der Schweiz, als durch das neue Mietrecht. Zudem bestände für unternehmenstüchtige Vermieter auch mit dem neuen Mietrecht die Möglichkeit eine ertragreiche Rendite zu erwirtschaften.<sup>340</sup> Doch auch die Bedürfnisse der Mieterschaft vermochten die Neuregelungen vom 1. Juli 1990 nicht umfassend zu befriedigen. So waren die Mieter über die Koppelung zwischen Miet- und Hypothekarzinsen unzufrieden.<sup>341</sup>

Aufgrund der zahlreich eingereichten Vorstösse im Parlament setzte das Bun-

<sup>336</sup> ZIHLMANN, das neue Mietrecht, S. 15 f.

<sup>337</sup> LACHAT ET AL., S. 6; MÜLLER, S. 34.

<sup>338</sup> LACHAT ET AL., S. 6; m.w.H. ZIHLMANN, das neue Mietrecht, S 17- 19.

<sup>339</sup> mp 3/ 1996, S. 129.

<sup>340</sup> mp 3/ 1996, S. 131.

<sup>341</sup> mp 3/ 1996, S. 131.

desamt für Wohnungswesen im Jahr 1994 eine Arbeitsgruppe ein, welche Revisionsvorschläge für das VMWG erarbeiten sollte. Die Arbeitsgruppe war aus Mieter- und Vermieterexperten zusammengesetzt, welche jeweils ihre Interessen kundtaten und in die Revisionsvorschläge mit einfliessen liessen. Hauptziel der Revision bestand darin die Anwendung des Mietrechts zu vereinfachen und in der Praxis eine flexiblere Handhabung des Mietrechts zu ermöglichen. Die Interessen der beiden divergierenden Expertenkreise waren jedoch so unterschiedlich gelagert, dass an Stelle von einem Bericht zwei voneinander getrennte Berichte abgeliefert wurden. Diese beiden Berichte dienten sodann als Leitfaden für den ersten Revisionsvorschlag, der im November 1994 vom Bundesamt für Wohnungswesen präsentiert wurde. Das anschliessend durchgeführte Vernehmlassungsverfahren brachte jedoch Ernüchterung. Diskussionen und etliche Rechtsabklärungen verdeutlichten, dass viele der vorgeschlagenen Änderungen sich z. T. gegenseitig ausschalten oder neutralisieren würden und Vollzugskomplikationen unausweichlich bevorstehen würden. Weiter waltete auch die Einsicht, dass der Erlass von grossen, einschneidenden Reformen nicht im Kompetenzbereich der Exekutive und der Verwaltung liegt. Die vom Bundesrat am 1. August 1996 in Kraft gesetzte Änderung der VMWG beinhaltete somit nur einige punktuelle Rechtsänderungen.<sup>342</sup> Nennenswerte Änderungen sind u.a. in Art. 4 Abs. 3, 6a, 14 Abs. 3, 17 Abs. 1 und 19 Abs. 1<sup>bis</sup> VMWG statuiert.<sup>343</sup>

Mit Bezug auf die vorliegende Arbeit ist Art. 17 Abs. 1 VMWG von spezieller Bedeutung. Mit dieser Regelung wird nun auch für indexierte Wohnmietverhältnisse eine umfassende Anpassung an die Entwicklung des LIK möglich. Zuvor war die Indexierung von Wohnmietverhältnissen auf eine Maximalanpassung von 80 % an die effektive Teuerung beschränkt.<sup>344</sup> Die Stellungnahme im Revisionsverfahren zu dieser Norm fiel stets unterschiedlich aus. Gegner der 100 % Indexanpassung machten geltend, dass die Wohnungsmieten bereits im Warenkorb enthalten und beachtlich gewichtet seien.<sup>345</sup> In diesem Zusammenhang machten sie auch auf die potentielle Gefahr einer möglichen Spiralwirkung auf

---

<sup>342</sup> LACHAT ET AL., S. 8; mp 3/ 1996, S. 130 f.

<sup>343</sup> LACHAT ET AL., S. 8.

<sup>344</sup> VMM, Art. 6 Abs. 1; VMWG Art. 17 Abs. 1; LACHAT ET AL., S. 8, 408.

<sup>345</sup> mp 3/ 1996, S. 132 f.

die Teuerung aufmerksam.<sup>346</sup> Weiter wurde die Argumentation hervorgebracht, dass im wirtschaftlichen Vergleich ein umfassender Teuerungsausgleich äusserst ungewöhnlich sei und deshalb aus politischer Sicht äusserst ungeschickt wäre. Befürworter machten hingegen geltend, dass die Begrenzung der Indexierung dazu führen würde, dass die Mietparteien auf die Sonderkonstruktion des indexierten Mietzinses häufig verzichten würden. Dabei wäre die Indexierung für beide Parteien von Nutzen. Dem Vermieter ermöglicht es eine relativ unkomplizierte Mietzinsanpassung und der Mieter kann sich die Sicherheit eines längerfristigen Vertrages erschaffen und hat bezüglich der Mietzinsanpassung eine gewisse Transparenz.<sup>347</sup>

### **3.3.2. Die Volksinitiative „Ja zu fairen Mieten“ und der Gegenvorschlag des Parlaments**

Der anhaltende Mangel am Wohnraum in den 90<sup>er</sup> Jahren sowie die zahlreichen Mietzinserhöhungen, welche auf die immensen Schwankungen des Hypothekenzinssatzes zurückzuführen sind, veranlassten den Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverband dazu eine Volksinitiative zu lancieren. Am 14. März 1997 wurde diese mit dem Titel „Ja zu fairen Mieten“ eingereicht.<sup>348</sup> Die Volksinitiative bezweckte u.a. die Koppelung zwischen Miet- und Hypothekenzins abzuschaffen, einen besseren Kündigungsschutz einzuführen sowie die entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung in die Gesetzgebung zu überführen.<sup>349</sup> Der Bundesrat präsentierte am 15. September 1999 jedoch einen Gegenvorschlag zur Initiative, welcher als Teilrevision des Mietrechts ausgestaltet war.<sup>350</sup> Dieser wurde nach der Differenzbereinigung von den beiden Räten angenommen, während die Volksinitiative „Ja zu fairen Mieten“ von den Räten abgelehnt wurde.<sup>351</sup> Augenfällig im Gegenvorschlag sind v.a. zwei wesentliche Änderungen. Einerseits der Wechsel zur Indexmiete und somit die Entkoppelung der Miete vom Hypothekenzinssatz und andererseits die Beurteilung der Miss-

---

<sup>346</sup> BBI 2009 I, 366.

<sup>347</sup> HANGARTNER, S. 35 f.; vgl. BBI 1985 I, 1485; mp 3/ 1996, S. 133.

<sup>348</sup> BBI 2002 III, 2737 ff.

<sup>349</sup> LACHAT ET AL., S. 9.

<sup>350</sup> LACHAT ET AL., S. 9; BBI 1999 X, 9836 f.

<sup>351</sup> BBI 2002 VIII, 8234; LACHAT ET AL., S. 11.

bräuchlichkeit der Mietzinse an Hand der Marktmiete. D.h. ein Mietzins gilt als Missbräuchlich, wenn er den orts- und quartierüblichen Mietzins um mehr als 15 % übersteigt.<sup>352</sup> Volk und Stände lehnten jedoch in der Abstimmung vom 18. Mai 2003 die Volksinitiative „ja zu fairen Mieten“ sowie am 8. Februar 2004 auch den Gegenvorschlag des Parlaments ab.<sup>353</sup>

### **3.3.3. Mietrechtsrevision auf Verordnungsstufe statt auf Gesetzesstufe**

Am selben Tage an dem der Gegenvorschlag des Parlaments zur Volksinitiative „Ja zu fairen Mietzinsen“ abgelehnt wurde, kündete der damalige Bundesrat Joseph Deiss die Ausarbeitung eines Mietrechtsrevisionsentwurfes an. Es sei an der Zeit eine adäquate Lösung für die vorherrschende Unzufriedenheit v.a. bzgl. der Bindung an den Hypothekarzinssatz und den komplexen Missbrauchsregelungen zu finden.<sup>354</sup> Zu Beginn versuchte das BWO zusammen mit den Interessensvertretern der Mieter und Vermieter verschiedenste Lösungsvarianten zu erarbeiten. Da jedoch keine Einigung gefunden werden konnte zwischen den Verbandsvertretern verlangte die EVD, dass das BWO dem EKW einen ersten potentiellen Entwurf einer Mietrechtsrevision unterbreiten solle. Der als Diskussionsgrundlage dienende Mietrechtsrevisionsentwurf des BWO wurde sodann dem EKW am 8. Oktober 2004 unterbreitet. In der Folge versuchte sich die EKW bis Anfang Juli 2005 in der Neugestaltung des Mietrechts. Die Kommission erarbeitete die neuen Mietrechtsgrundzüge mittels Diskussionen in unterschiedlichsten Sitzungen sowie mit Hilfe von errichteten Arbeitsgruppen. Am 5. Juli 2005 präsentierte die EKW dem EVD die ausgearbeiteten Revisionsvorschläge. Die Empfehlungen des EKW beruhten in Bezug auf die Mietzinse im Wesentlichen auf die Einführung eines sog. Dualen Systems, d.h. die Parteien können wahlweise die Mietzinsanpassung auf die Indexmiete oder aber auf die Kostenmiete abstützen. Die erste Wahlmöglichkeit hat die Entkoppelung der Hypothekarzinse von den Mietzinsen zur Folge während die Möglichkeit der Kostenmiete sich mit einigen Verbesserungen am bereits bestehenden Modell orientiert.<sup>355</sup> Der Revisionsvorschlag der EKW stösste jedoch bei den Vertretern der Mieter- und Vermieterinteressen auf immense Kritik. Der Schweizerische

---

<sup>352</sup> BBI 1999 X, 9840.

<sup>353</sup> LACHAT ET AL., S. 11.

<sup>354</sup> ROHRBACH, S. 18; LACHAT ET AL., S. 11.

<sup>355</sup> ROHRBACH, S. 21 f.



Mieter- und Mieterinnenverband war zwar zufrieden mit der vorgeschlagenen Indexmiete, doch missfiel der Vorschlag der Einführung eines Dual Modells, da es in der Realität an einer realistischen Wahloption der Mieter mangle. Die Vermieterseite brachte hingegen Kritik am zu weit ausgedehnten Interventionspielraum des Staates an sowie an den zu weit reichenden Mietschutzbestimmungen.<sup>356</sup> In Folge der zu kontroversen Beurteilung der Vorlage entschied sich der Bundesrat das Mietrevisionsprojekt auf Gesetzesstufe nicht weiter zu verfolgen und stattdessen einige dringliche Änderungen auf Verordnungsstufe vorzunehmen.<sup>357</sup> Am 1 Januar 2008 wurden die Änderungen zum VMWG sodann in Kraft gesetzt.<sup>358</sup> Aus der Revision des VMWG lassen sich zwei Schwerpunkten herauskristallisieren: zum Einen sind für Mietzinsanpassungen in Zukunft nicht mehr die Referenzzinssätze der verschiedenen Kantonalbanken relevant, sondern ein Schweiz weit einheitlicher Referenzzinssatz wird massgebend sein. Zum Andern wurden neue Normen zur energetischen Sanierung eingeführt.<sup>359</sup> Die Entkoppelung der Mietzinse von den Hypothekarzinsätzen der Kantonalbanken war von Nöten, da die Überwälzung der Hypothekarzinsätze auf den Mietzins „zu einer Politisierung der Hypothekarzinse“ führt und zudem „die Geldpolitik“ tangiert. Gleichfalls hat es zu einer „Kausalität zwischen zwei Märkten“ geführt die nicht direkt miteinander zu tun haben. Mit dem Referenzzinssatz ist es etwas besser aber immer noch nicht befriedigend.<sup>360</sup>

### **3.4. Gegenüberstellung der geltenden indexierten Mietzinsregelungen und den historischen Regelungen des BMM**

Wie bereits erwähnt wurden die BMM Normen z.T. fast unverändert ins OR überführt. Das heute geltende Recht stellt somit eine Zusammenstellung des früheren BMM und des OR dar. In einzelne Normbereiche des BMM griff der Gesetzgeber des heutigen Mietrechts jedoch auch korrigierend sowie ergänzend ein.<sup>361</sup>

---

<sup>356</sup> LACHAT ET AL., S. 12.

<sup>357</sup> ROHRBACH, S. 23.

<sup>358</sup> LACHAT ET AL., S. 12.

<sup>359</sup> ROHRBACH, S. 24.

<sup>360</sup> BBI 1999 X., S. 9834 f.

<sup>361</sup> BBI 1999 X, 9829.

Im Bereich der Indexmiete diskutierte die Rechtsetzung zunächst darüber, ob die Indexmiete überhaupt in die Revision des OR übernommen werden soll. Begründet wurde diese Fragestellung damit, dass die Indexierung ein Freipass für die Legitimation der Inflation darstellen würde und somit selbst einen Beitrag an die Teuerung leiste. Da in der Praxis die Indexmiete aber doch relativ oft Verwendung fand wurde sie gestützt auf eine neue Begründung beibehalten.<sup>362</sup> Weiter wurde auch die Frage diskutiert, ob die Indexmiete allenfalls nur für die Miete von Geschäftsräumen zugelassen werden soll. Wohnraumindexierungsgegner brachten u.a. das Argument hervor, dass die Steigerung des Mietzinses nicht wie bei der Geschäftsraummietauf Dritte übertragen werden kann. Auch wurde argumentiert, dass nicht jeder unselbständige Erwerbstätige einen umfassenden Lohnausgleich erlangt. Da sich das Interesse an indexierten Mietverträgen jedoch auch bei den Mietern von Wohnräumen klar abzeichnete vermochten sich die Indexierungsgegner nicht durchzusetzen.<sup>363</sup> Durch die Indexmiete soll der Mieter sich die Sicherheit eines längerfristigen Vertrages erschaffen können. Diese erlangt er mittels seiner Zustimmung zu einem Mietzinsanpassungsmechanismus und seinem Einverständnis sein Mietzinsanfechtungsrecht zu unterlassen.<sup>364</sup> Ein Vergleich zwischen Art. 9 BMM i.V.m. Art. 6 VMM und den heutigen Art. 269b OR i.V.m. Art. 270c OR sowie Art. 17 VMWG zeigt, dass der Gesetzgeber aber einige Abänderungen resp. Korrekturen im Indexregelungsbereich vorgenommen hat.

Veränderungen sind sowohl im Bereich der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Indexmieten wie auch bei den Anfechtungsoptionen zu erkennen.<sup>365</sup> Unter der Geltung des Art. 9 BMM waren die Parteien an keinen bestimmten Index gebunden. Eine Mietzinserhöhung, die uneingeschränkt der Steigerung des gewählten Index folgen durfte war jedoch nur bei Geschäftsräumen möglich.<sup>366</sup> Für Wohnräume sah Art. 6 VMM hingegen vor, dass „die jeweilige Mietzinserhöhung 4/5 der Steigerung des Landesindex der Konsumentenpreise seit der letzten Festsetzung des Mietzinses nicht übersteigen“<sup>367</sup> darf.<sup>368</sup> Heute ist eine

---

<sup>362</sup> HANGARTNER, S. 35 f.; vgl. BBI 1985 I, 1485.

<sup>363</sup> BBI 1985 I, S 1485.

<sup>364</sup> HANGARTNER, S. 35 f.; vgl. BBI 1985 I, 1485.

<sup>365</sup> BMM, Art. 9; VMM, Art. 6 Abs. 1; OR, Art. 269b, 270c; VMWG Art. 17.

<sup>366</sup> BMM, Art. 9; OR, Art. 269b; VMWG Art. 17; BBI 1999 X, 9829.

<sup>367</sup> VMM, Art. 6 Abs. 1.

Indexmiete nur noch zulässig, wenn als gewählter Index der Landesindex der Konsumentenpreise vorgesehen ist.<sup>369</sup> Zudem wurde Art. 17 Abs. 1 VMWG, welcher gleich wie Art. 6 Abs. 1 VMM ausgestaltet war, im Jahr 1996 auf eine 100 % Anpassungsoption an die Teuerung ausgeweitet.<sup>370</sup> Die Mindestvertragsdauer von 5 Jahren im BMM wurde bei der Revision beibehalten und sogar noch in der Teilrevision des VMWG vom 1. Januar 2008 in Art. 17 Abs. 4 näher konkretisiert. Danach ist die 5 jährige Frist bereits eingehalten, wenn lediglich der Vermieter auf 5 Jahre an den Vertrag gebunden ist.<sup>371</sup> Die Anfechtungsregelungen des BMM wurden bei ihrer Überführung ins OR noch umfassenderen Änderungen unterzogen. Gem. Art. 9 BMM war der Mieter berechtigt eine Mietzinserrhöhung, die gestützt auf die Indexvereinbarung des Mietvertrages erfolgte, auf ihre Missbräuchlichkeit gem. Art. 14 und 15 BMM<sup>372</sup> hin anzufechten. Von dieser Anfechtungsoption durfte der Mieter auch dann Gebrauch machen, wenn er einer solchen Mietzinsvereinbarung zugestimmt hatte.<sup>373</sup> Heute stehen dem Mieter lediglich noch die in Art. 270c OR aufgeführten Anfechtungsmöglichkeiten zur Verfügung.<sup>374</sup> Diese Norm sieht zum einen eine Anfechtungsoption für indexierte Anfangsmietzinse vor, sowie weitere Anfechtungsmöglichkeit während des Mietverhältnisses.<sup>375</sup> Der Anfangsmietzins kann innert 30 Tagen nach dem Wechsel der Verfügungsgewalt bei der Schlichtungsstelle als missbräuchlich angefochten werden.<sup>376</sup> Eine Anfechtung des Mietzinses gestützt auf die Missbrauchsgesetzgebung ist nach Ablauf dieser Frist nicht mehr möglich.<sup>377</sup> Es bleibt somit nur noch die Möglichkeit den Mietzins während des Mietverhältnisses anzufechten.<sup>378</sup> Die Mieterschaft kann hier aber lediglich geltend machen, dass der zu bezahlende Mietzins nicht dem Indexverlauf entspricht.<sup>379</sup>

---

<sup>368</sup> BMM 9; VMM 6 Abs. 1; MÜLLER, S. 119 f., 9829.

<sup>369</sup> OR, Art. 269b.

<sup>370</sup> VMM, Art. 6 Abs. 1; VMWG Art. 17 Abs. 1; LACHAT ET AL., S. 8, 408.

<sup>371</sup> BMM, Art. 9; OR, Art. 269b; VMWG Art. 17 Abs. 4.

<sup>372</sup> Heute OR, Art. 169 f.

<sup>373</sup> MÜLLER, S. 116.; BMM, Art. 9.

<sup>374</sup> GUHL, § 44. N 134; PERMANN, Art. 270d N 1-3.

<sup>375</sup> PERMANN, Art. 270d N 1-3; SVIT-Komm., Art. 270c N 3 ff.

<sup>376</sup> BBI 1985 I, 1486; ZIHLMANN, das Mietrecht, S. 183; vgl. SVIT-Komm., Art. 270 N 6, Art. 270c N 3.

<sup>377</sup> BBI 1985 I, 1486.

<sup>378</sup> OR Art. 270c i.V.m. 270a, 279b.

<sup>379</sup> SVIT-Komm., Art. 270c N 5.

Liegt kein arithmetischer Fehler bei der Mietzinsanpassung vor, so hat der Mieter lediglich noch die Option durch eine Feststellungsklage sich auf die Nichtigkeit der Indexklausel d.h. Vertragswidrigkeit zu berufen.<sup>380</sup> Der Gesetzgeber hat andere Anfechtungsgründe während des Mietverhältnisses bewusst ausgeschlossen, weil die Mietparteien sich vertraglich für diese Indexierung entschieden haben.<sup>381</sup>

Auf die genaueren Hintergründe und Folgen dieser Regelungsabweichungen wird in Kapitel V.5 näher eingegangen.

### 3.5. Aktuelle Reformbestrebungen

Da die Mietrechtsprobleme sich nicht alleine durch Ordnungsrevisionen beheben liessen, blieb der Wunsch der Mieter- und Vermieterverbände nach einer umfassenden Revision auf Gesetzesstufe bestehen. Es wurden sodann erneut der Beschluss gefasst eine Arbeitsgruppe bestehend aus Vertretern der beiden Mietparteien zu bilden, welche auf eine einvernehmliche Gesetzesrevision hin arbeiten sollten.<sup>382</sup> Am 13. November 2007 kam es dann zu einer Konsenslösung zwischen den Mietparteien.<sup>383</sup> Die Einigung stellt ein Kompromiss der Interessensverbände dar.<sup>384</sup> Die Sozialpartner einigten sich auf folgende nachstehende Revisionspunkte: Das Indexsystem wurde für die Mietzinsgestaltung eingeführt und von der Koppelung an den Hypothekarzinssatz losgelöst, sowie die Abkehr vom Modell der Kostenmiete vollzogen. Die Indexierung gilt somit für alle überprüfbaren Mietzinse von Gesetzeswegen. Weiter gilt als neues Missbrauchskriterium die Vergleichsmiete. Die Anfechtung nach absoluter Methode ist jedoch, wie bei den geltenden Indexmieten gem. Art. 269b i.V.m. 270c OR, nur beim Anfangsmietzins möglich.<sup>385</sup> Das für die Überprüfung des Anfangsmietzins vorgesehene Vergleichsmietemodell taugt nämlich nicht als absoluter Überprüfungsmassstab während der Mietdauer, da Vergleichsmiete und Teuerung sich nicht gleich entwickeln.<sup>386</sup> Gem. den Aussagen von Anita Thanei,

---

<sup>380</sup> LACHAT ET AL., S. 412; vgl. BSK OR I- WEBER, Art. 269b N 6.

<sup>381</sup> BBI 1985 I, 1486

<sup>382</sup> ROHRBACH, S. 25.

<sup>383</sup> NZZ, Durchbruch beim Mietrecht erzielt, 13. 11. 2007 <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/mietzins\\_entkoppelung\\_hypothekarzins\\_1.584022.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/mietzins_entkoppelung_hypothekarzins_1.584022.html)> (besucht am 28.06.2010).

<sup>384</sup> LACHAT ET AL., S. 13.

<sup>385</sup> ROHRBACH, S. 25.

<sup>386</sup> BBI 2009 I, 249; Auskunft durch ANITA THANAI, Nationalrätin und Präsidentin des Schweizeri-

amtierende Nationalrätin und Präsidentin des Mieterverbandes, wäre es natürlich wünschenswert eine Überprüfungsmöglichkeit mit einem Kostenmietemodell in der Revision zu verankern, doch hätte es politisch keine Chancen, weil es zu kompliziert wäre. Je komplizierter ein Modell ist, umso missbrauchsanfälliger ist es zulasten der Mieter. Es darf auch nicht in Vergessenheit geraten, dass die neue Vorlage des Bundesrates, welche sich momentan im Revisionsverfahren befindet, eine Kompromisslösung der Sozialpartner darstellt.<sup>387</sup>

.Der von den Mieterverbänden anschliessend ausgearbeitete Gesetzesentwurf stiess im Vernehmlassungsverfahren weitgehend auf Konsens. Lediglich die Frage der prozentualen Anpassung des Mietzinses an den Index und die Indexwahl waren noch strittig. Es wurde verschiedentlich auf einen tieferen Überwälzungssatz plädiert sowie auf die Übernahme des LIK ohne die im Warenkorb aufgeführten Energie- und Mietkosten. Auch wurde das Verlangen nach einer gesetzlichen Regelung, welche für das Vergleichsmietemodell konkrete Festlegungskriterien enthält geäussert.<sup>388</sup> Im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren erteilte der Bundesrat dem EVD den Auftrag einen Gesetzesentwurf zur Obligationenrechtsänderung sowie eine entsprechende Botschaft auszuarbeiten. Der Revisionsentwurf entspricht grösstenteils dem Revisionsvorschlag der Sozialpartner vom 13. November 2007. Aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung enthält der von der EVD entworfene Gesetzesrevisionsentwurf jedoch eine Abstützung auf den LIK unter Ausschluss der Energie- und Wohnkosten. Die umfassende Mietzinsanpassung an den Indexverlauf wurde jedoch trotz Einwänden beibehalten.<sup>389</sup> „Mit dem Verzicht auf die Wohnkosten wird vermieden, dass ein Anstieg der Mietzinse weitere Mietzinserhöhungen auslöst. Durch den Ausschluss der Energiekosten wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Erhöhung der Energiepreise den Mietenden in aller Regel bereits über die jährlichen Nebenkostenabrechnungen belastet wird.“<sup>390</sup> Weiter sieht der Entwurf vor, dass die Missbräuchlichkeit von Ge-

---

schen Mieterinnen- und Mieterverbandes (SMV).

<sup>387</sup> Auskunft durch ANITA THANAI, Nationalrätin und Präsidentin des Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverbandes (SMV).

<sup>388</sup> BBI 2009 I, 361.

<sup>389</sup> ROHRBACH, S. 26.

<sup>390</sup> Medienmitteilung Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement von 12. Dezember 2008 <<http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de&msg-id=24009>> (besucht am 7.04. 2010).

schäftsraummieten anhand der geltenden Bestimmungen der Orts- und Quartierüblichkeit überprüft werden, während die Missbräuchlichkeit der Wohnungsmiete durch das Modell der Vergleichsmiete d.h. durch Abstellen auf Mietzinse von vergleichbare Wohnräumen festgestellt wird. Die Vergleichsmiete wird durch spezielle, sich bereits bewährte wissenschaftlich Methoden ermittelt.<sup>391</sup> Diese Mietrechtsrevisionsvorlage des Bundesrates wurde im Januar 2009 dem Nationalrat als Erstrat unterbreitet.<sup>392</sup> Dieser hat sich in der Schlussabstimmung vom Mai 2009 gegen die Vorlage entschieden. In der darauf folgenden Sommersession hat sich dann jedoch der Ständerat für die Mietrechtsreform ausgesprochen. Die Rechtskommission des Nationalrates hat sich nun im Juni 2010 ebenfalls für die Einführung des neuen Mietrechts entschieden und empfiehlt dem Nationalrat auf den Entscheid vom Mai 2009 zurückzukommen. Allerdings rät die Rechtskommission ihrem Rat einer etwas abgeänderte Version zuzustimmen. Sie spricht sich im Gegensatz zum Ständerat für eine 100 % Anpassung an die Teuerung aus. Die Miet- und Energiekosten würden damit nicht, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, aus dem LIK ausgeschlossen werden. Sollte sich die Version der Rechtskommission im Nationalrat durchsetzen wird, gem. Ankündigung im Ständerat, ein Referendum des Westschweizerischen Mieterverbandes ASLOCA zu erwarten sein.<sup>393</sup>

Der Systemwechsel bringt im Vergleich zum geltenden Recht einige Vorteile. Das Indexsystem führt zu mehr Transparenz, einem ruhigeren Verlauf der Mietzinsentwicklung sowie zur Vereinfachung der Mietzinsgestaltung, was präventiv zur Verhinderung von Streitigkeiten beiträgt. Die Gefahr einer sog. Spiralwirkung auf die Teuerung, welche nach dem geltenden Recht besteht, wird durch den Ausschluss der Energie- und Wohnkosten vom Warenkorb verunmöglicht. Das Tragbarkeitsrisiko der Mietzinsanpassungen für die Mieterschaft bleibt in einem moderaten Rahmen, da die Inflation sowie Lohn- und Rentenentwicklung grundsätzlich kongruent verlaufen. Auf der Vermieterseite kann sich jedoch ein

---

<sup>391</sup> ROHRBACH, S. 26 f..

<sup>392</sup> LACHAT ET AL., S. 14.

<sup>393</sup> NZZ, Doch ein neues Mietrecht, 23. Juni 2010 <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/doch\\_noch\\_neues\\_mietrecht\\_1.6243039.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/doch_noch_neues_mietrecht_1.6243039.html)> (besucht am 27. 06. 2010); BAZ, Ständerat ist für neues Mietrecht, 17. Juni 2010 <<http://bazonline.ch/schweiz/standard/Staenderat-ist-fuer-neues-Mietrecht/story/27078751>> (besucht am 17.06. 2010).

Liquiditätsrisiko ergeben sofern die Finanzierungsstruktur unvorteilhaft ist.<sup>394</sup> „Wie umfangreiche Berechnungen gezeigt haben, ist dieses jedoch wegen der hohen durchschnittlichen Ausstattung mit Eigenkapital, der Amortisationsverpflichtungen, der Korrelation von Teuerung und Hypothekarzins oder der zeitlichen Differenz zwischen Mietzinseinnahmen und Kapitaldienstausgaben in den meisten Fällen vernachlässigbar. Zudem ist denkbar, dass die Banken auf die neue Situation bei der Mietpreisbildung reagieren und noch vermehrt Finanzierungsmodelle mit längerfristigen stabilen Konditionen anbieten werden“.<sup>395</sup> Weiter wird durch die Indexmiete auch die Verlockung überhöhte Anfangsmietzinse einzufordern gedämpft, da die Mietzinse der Teuerung angepasst werden können.<sup>396</sup>

Je nach Voranschreiten der Beratungen in den Räten und deren Beschlussfassung ist diese Mietrechtsrevision bereits im Jahr 2011 zu erwarten.<sup>397</sup>

#### **4. Rechtsprechung im Konnex mit der Gesetzgebung der indexierten Mietzinse bei Wohn- und Geschäftsräumen**

Unter dem Begriff Rechtsprechung versteht man die staatliche Tätigkeit, die von unabhängigen Rechtspflegeorganen im Rahmen eines Rechtsverfahrens ausgeübt wird und zur verbindlichen Rechtsstreiterledigung unter Berücksichtigung des geltenden Rechts führt.<sup>398</sup> Die Rechtsprechung hat die Aufgabe die von Gesetzgeber erstellten Normen im Einzelfall rechtskonform anzuwenden und falls nötig zu konkretisieren, zu erweitern oder zu ergänzen. Die Rechtsprechungsorgane sind fortan gehalten durch ihre Rechtsprechung und die dadurch entwickelten Regeln und Methoden das Werk des Gesetzgebers weiterzuführen. Als Vorzeigebeispiel sei die Entwicklung der sog. relativen Methode für die Überprüfung des Mietzinses durch das Bundesgericht im Jahr 1980 zu nennen.<sup>399</sup>

---

<sup>394</sup> BBI 2009 I, 364 ff. 348 f.

<sup>395</sup> BBI 2009 I, 366.

<sup>396</sup> BBI 2009 I, 348.

<sup>397</sup> Medienmitteilung Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement von 12. Dezember 2008 <<http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de&msg-id=24009>> (besucht am 7.04. 2010).

<sup>398</sup> Gabler Wirtschaftslexikon, das Wissen der Experten <<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/6627/rechtsprechung-v1.html>> (besucht am 8. 4. 2010)

<sup>399</sup> LACHAT ET AL., S. 275; Näheres bei SVIT-KOMM., Vorbemerkungen Art.269- 270e N 22; vgl.

Auch im Zusammenhang mit den Indexregelungen bei Wohn- und Geschäftsräumen und ihrem formellen Missbrauchsrecht hat die Rechtsprechung versucht den Schutzauftrag von Art. 109 BV fortzuführen und somit das gesetzgeberische Werk im Sinne des Schutzauftrages zu vervollständigen.<sup>400</sup> Die Art. 269b und 270c OR wurden u.a. durch folgende wesentliche Rechtsprechungspraxen des BGer geprägt: Lediglich der Vermieter muss eine 5 jährige Bindung an das Mietverhältnis eingehen.<sup>401</sup> Diese Rechtsprechung wurde sodann in Art. 17 Abs. 4 VMWG positiviert. Auf Mietverträge mit einer ungewissen Dauer sowie auf kündbare Mietverträge dürfen die Indexregelungen des OR's nicht analog angewendet werden.<sup>402</sup> Als Mietzinsanpassungsgrund kann während der Geltung der Indexvereinbarung lediglich die Veränderung des Indexverlaufs des LIK geltend gemacht werden.<sup>403</sup> Weitere Erhöhungsfaktoren sind lediglich gestattet, sofern sie auf Mehrleistungen des Vermieters beruhen und vertraglich vorbehalten worden sind.<sup>404</sup> Endet die vereinbarte Vertragsdauer von mindestens 5 Jahren und wird das Vertragsverhältnis konkludent oder ausdrücklich fortgeführt, so entfällt die Indexierung. Eine Abweichung davon und somit eine Weiterführung der Indexierung besteht nur sofern das Vertragsverhältnis erneut auf eine Mindestvertragsdauer von 5 Jahren abgeschlossen wird.<sup>405</sup> Für den Fall dass der Mietvertrag weiterläuft ohne dass aber die Indexklausel noch zur Anwendung kommt, hat die Rechtsprechung vorgesehen, dass die Mietparteien die Wahl haben den künftigen Mietzins nach der relativen oder aber nach der absoluten Methode überprüfen zu lassen.<sup>406</sup> Wird im Zeitpunkt des Ablaufs der Indexierung keine Mietzinsanpassung verlangt, so wird für zukünftige Mietzinsgestaltungen auf den Index im Zeitpunkt des Ablaufs der Indexvereinbarung abgestellt und somit die relative Methode als Anpassungsmethode verwendet.<sup>407</sup>

---

BGE 117 II 452, 457; vgl. BGE 118 II 124; vgl. BSK OR I- WEBER, Art. 269b N 7.

<sup>400</sup> OR, Art. 269b, 270c; BV Art. 109; MÜLLER, S. 13.; ZIHLMANN, Das Mietrecht, S.10; LACHAT ET AL., S. 274 f.

<sup>401</sup> BGE 123 III 76 S. 77.

<sup>402</sup> BGE 125 III 358 S. 362.

<sup>403</sup> BGE 123 III 76 S. 81; BGE 123 III 76 S.82; BGE 124 III 57 S. 59.

<sup>404</sup> Pra 86 927f.

<sup>405</sup> BGE 124 III 57 S. 60.

<sup>406</sup> BGE 124 III 57 S. 61; BGE 123 II 74 S. 83.

<sup>407</sup> 4C.157/ 2001 (1.10.01) E. 1b.



Anhand der oben aufgeführten Beispiele lässt sich gut erkennen, dass die Gerichtspraxis in einem engen Konnex mit der Gesetzgebung steht. Die Rechtsprechung hat die Gesetzgebung der indexierten Mietzinse insofern beeinflusst als sie diese teilweise konkretisiert, ergänzt oder aber sogar erweitert hat. Bei der Beurteilung und der Auslegung von Gesetzesnormen ist es somit essentiell die Rechtsprechungspraxis zu konsultieren.<sup>408</sup>

## 5. Beurteilung der Indexgesetzgebung

Um eine adäquates Urteil über die aktuelle Indexgesetzgebung fällen zu können, müssen die in Kapitel V. 1.- 4. beleuchteten Teilaspekte als Hilfestellung herangezogen werden. Erst wenn die Interessen des Gesetzgebers sowie diejenigen der Vermieter- und Mieterschaft bekannt sind und Gewissheit über die aktuelle Mietmarktlage besteht kann an die Fragestellung herangetreten werden.<sup>409</sup> Desweiteren kann ein Blick auf die Normsetzungsentwicklung, die Rechtsprechung sowie auf die angestrebten Reformen im Antwortfindungsprozess von essentieller Bedeutung sein.<sup>410</sup>

Aufgrund der gegenläufigen Interessen der Mietparteien wäre es utopisch vom Gesetzgeber eine Regelung zu verlangen, welche sämtliche Zielkonflikte sowie wirtschaftliche- und politische Auseinandersetzungen zwischen den Mietparteien beseitigt.<sup>411</sup> Eine Optimierung des Interessensausgleichs, unter bestmöglicher Berücksichtigung der Auswirkungen des Mietrechtsschutzes auf andere Bereiche, darf jedoch zu Recht verlangt werden. Mit der gegenwärtigen Indexregelung ist es m.E. dem Gesetzgeber gelungen, unter Vorbehalt einiger Verbesserungsoptionen, eine Regelung zu kreieren, welche beiden Parteien von Nutzen ist. Dem Vermieter ermöglicht es eine relativ unkomplizierte Mietzinsanpassung und der Mieter kann sich die Sicherheit eines längerfristigen Vertrages erschaffen und hat bezüglich der Mietzinsanpassung eine gewisse Transparenz.<sup>412</sup> Diese Ansicht wird sowohl durch die vergangenen - und gegenwärtigen Reformbestrebungen, die Rechtsprechung als auch durch die Be-

---

<sup>408</sup> LACHAT ET AL., S. 275.

<sup>409</sup> vorn Kapitel V. 1- 2.

<sup>410</sup> vorn Kapitel V. 3- 4.

<sup>411</sup> BBI 2009, 352 f.

<sup>412</sup> HANGARTNER, S. 35f.; mp 3/ 1996, S. 133; vgl. BBI 1985 I, 1485.

trachtung der Normentwicklung bestärkt.<sup>413</sup> Aus den Reformbestrebungen geht klar hervor, dass das Indexsystem bei dem Sozialpartnern Anklang findet.<sup>414</sup> Zumal die Revisionsbestrebungen die Tendenz aufweisen ganz auf die Indexmiete umzusteigen und sich vom Hypothekarzinssatz bzw. Referenzzinssatz<sup>415</sup> loszulösen.<sup>416</sup> Betreffend der Normentwicklung und Rechtsprechung bleibt anzumerken, dass die Indexklausel, auch wenn sie einigen Konkretisierungen und Änderungen unterzogen wurde, seit 1972 in der Rechtsordnung ihren Platz hat.<sup>417</sup> Es gab auch kaum Beanstandungen bzgl. des Indexsystems, da weder Liquiditätsprobleme noch Vernachlässigungen im Unterhalt das übliche Mass gesprengt haben.<sup>418</sup> Das Schweizerische Mietzinssystem insgesamt wird jedoch stark kritisiert. Das auf dem Mietwohnmarkt vorherrschende Ungleichgewicht von Angebot und Nachfrage und natürlich auch die Koppelung der Mietzinse an den Hypothekarzins führten im Vergleich mit dem LIK zu einem schnelleren Mietzinsanstieg.<sup>419</sup> In Bezug auf die gesamte Mietzinsgesetzgebung sind daher interessenausgleichende gesetzlichen Markteinwirkungen unausweichlich.<sup>420</sup>

M.E. hat jedoch auch die Sonderkonstruktion der indexierten Mietzinse die optimale Interessenausgleichung noch nicht ganz erlangt. Der LIK erscheint, unter den unterschiedlichen Indexarten, zwar als am geeignetsten, dennoch sind Korrekturen angebracht.<sup>421</sup> Es sollte entweder ein Ausschluss der Energie- und Wohnkosten im Warenkorb des LIK vorgenommen werden oder aber ein Anpassungsmaximum des Mietzins von 4/5 an die Steigerung des LIK wiedereingeführt werden.<sup>422</sup> Andernfalls kann sich eine Spiralwirkung auf die Teuerung entfalten, da die Mietzinse im Warenkorb bereits mit über 20 % enthalten sind.<sup>423</sup> Bundespräsidentin Doris Leuthard meinte zudem, dass sich der kreierte

---

<sup>413</sup> vorn Kapitel V. 3- 4.

<sup>414</sup> gl.M. ANITA THANAI, Nationalrätin und Präsidentin des Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverbandes (SMV).

<sup>415</sup> VMWG, Art. 12 f.

<sup>416</sup> vgl. BBI 1999 X, 9840.

<sup>417</sup> vgl. Kapitel V. 3- 4.

<sup>418</sup> BBI 1999 X, S. 9842.; Kapitel 3- 4.

<sup>419</sup> LACHAT ET AL., S. 3; vgl. BBI 1999 X, S. 9834 f.

<sup>420</sup> LACHAT ET AL., S. 4.

<sup>421</sup> Amtl. Bull. 1972 S. 334.

<sup>422</sup> VMM, Art. 6; BBI 2009 I, 361.

<sup>423</sup> LACHAT ET AL., S. 14; BBI 1999 X, S. 9842.

Sonderindex für Mietverhältnisse frankenmässig nur gering vom LIK unter-scheide. Das Ausmass des Wertzerfalls des Mietzinses wird sich dadurch in einem moderaten Rahmen halten.<sup>424</sup> Fraglich ist auch, ob die Mindestvertragsdauer herabgesetzt oder gar aufgehoben werden sollte. M.E. bedarf es zu mindestens einer Herabsetzung, da die wirtschaftliche Realität klar aufzeigt, dass auch im Mietwohnungssektor das Bedürfnis nach Wohnstabilität besteht. Die Herabsetzung der Mindestvertragsdauer würde den gesetzlichen Anwendungsbereich der Indexklausel im Mietwohnungssektor erweitern. Ein vermehrtes Vorkommen von indexierten Mietverträgen wäre die logische Konsequenz, da in der heutigen Praxis die Verwendung der Indexklausel des Öfteren an der gesetzlichen vorgegeben Schranke scheitert und nicht etwa am Anwendungswillen der Parteien.<sup>425</sup> Die totale Abschaffung einer Mindestvertragsdauer wird hingegen in der aktuellen Reformvorlage angezielt und führt zu einer Loslösung von der Koppelung des Mietzinses an den Hypothekarzinssatz sowie die Abkehr vom Modell der Kostenmiete.<sup>426</sup> Der Systemwechsel zur Indexmiete stellt eine Kompromisslösung der Sozialpartner dar, welche die problematischen Bereiche der momentanen Mietzinsgesetzgebung auszuschalten versucht.<sup>427</sup> M.E. würde die Abkehr von der Kostenmiete auf das Modell der Indexmiete den Interessensausgleich optimieren, was auch aus der Zufriedenheit bzgl. der Indexmiete in der Praxis abgeleitet werden kann.<sup>428</sup> Eine langjährige Vertragsbindung hängt dann jedoch alleine von den Parteivereinbarungen der Vertragspartner ab und ist nicht mehr von Gesetzeswegen garantiert. In Bezug auf den Mieterschutz wäre es nat. wünschenswert eine Erweiterung der Anfechtungsoptionen während des Mietverhältnisses einzubauen, dies hätte jedoch politisch gesehen keine Chance<sup>429</sup> und würde das relativ einfache System der Indexmiete verkomplizieren.<sup>430</sup> Die Interessensbalance zwischen den Mietparteien würde ne-

---

<sup>424</sup> NZZ, Eine Chance für das Mietrecht, 18. Juni 2010 <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/eine\\_chance\\_fuer\\_das\\_mietrecht\\_1.6143426.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/eine_chance_fuer_das_mietrecht_1.6143426.html)> (besucht am 18. Juni 2010).

<sup>425</sup> vgl. BBI 1985 I, S. 1485; BBI 2009 I, S. 352; BBI 1999 X, S. 9842; vgl. Amtl.Bull. 1972 S. 333.

<sup>426</sup> ROHRBACH, S. 25.

<sup>427</sup> Auskunft durch Anita Thanai, Nationalrätin und Präsidentin des Schweizerischen Mieterinnen und Mieterverbandes (SMV).

<sup>428</sup> vgl. BBI 1999 X, S 9842.; vorn Kapitel V 3- 4.

<sup>429</sup> vgl. mp 2/ 2003 S. 49 f.

<sup>430</sup> Auskunft durch ANITA THANAI, Nationalrätin und Präsidentin des Schweizerischen Mieterinnen- und Mieterverbandes (SMV).

gativ beeinträchtigt, da die Mietparteien sich ja bewusst vertraglich für die Indexierung entschieden haben. Kaum ein Vermieter würde einen langjährigen Vertrag eingehen, wenn der Mieter befugt wäre während des Mietverhältnisses anderweitige Missbrauchstatbestände anzufechten.<sup>431</sup>

## **VI. Exkurs: Landesübergreifender Rechtsvergleich Deutschland- Schweiz**

Ein Blick über die Grenze zeigt, dass die Indexmiete sich auch bei einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eingebürgert hat.<sup>432</sup> Der vorliegende Exkurs soll dies am Rechtsvergleich Deutschland- Schweiz verdeutlichen.

Deutschland kennt, wie auch die Schweiz, die Sonderkonstruktion der indexierten Mietverträge, die den Mietparteien neben den normalen Mietverträgen zur Auswahl stehen.<sup>433</sup> Als gesetzlich vorgeschriebener Index gilt der Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland, welcher vom statistischen Bundesamt ermittelt wird.<sup>434</sup> Die im Warenkorb enthaltenen Waren und Dienstleistungen des Verbraucherpreisindex entsprechen weitgehende denjenigen des LIK und sind auch ähnlich gewichtet.<sup>435</sup> Da eine 100 % Indexanpassung auch nach Deutschem Recht möglich ist, besteht auch hier die potentielle Gefahr einer möglichen Spiralwirkung auf die Teuerung.<sup>436</sup> Die Erhöhungserklärung muss jeweils schriftlich mitgeteilt werden und muss wie nach Art. 19 VMWG ebenfalls Angaben zur Indexänderung und zur Mietzinserhöhung enthalten.<sup>437</sup>

Das Deutsche Mietzinsindexierungsrecht weicht jedoch in einigen Punkten vom Schweizerischen ab. Indexvereinbarungen müssen in Deutschland zwingend schriftlich vereinbart werden, während in der Schweiz keine Formerfordernis

---

<sup>431</sup> HIGI III, Art. 270c- 270d N 21; BBI 1985 I, 1486.

<sup>432</sup> BBI 2009 I, S. 363.

<sup>433</sup> BGB, § 557b; OR, Art. 269b.

<sup>434</sup> BGB, § 557b Abs. 1.

<sup>435</sup> Statistisches Bundesamt Deutschland, Wiesbaden 2010  
<<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Preise/Verbraucherpreise/Aktuell,templateId=renderPrint.psm1>> (besucht am 24.06.2010);  
BSF, Landesindex der Konsumentenpreise (LIK)- 2010.

<sup>436</sup> vgl. BBI 2009 I, 366; mp 3/ 1996, S. 132 f.; BGB, § 557b; VMWG, Art. 17 Abs. 1.

<sup>437</sup> VMWG, Art. 19; BGB, § 557b Abs. 3, 126; Palandt- WEIDENKAFF, § 557b N 13.

besteht.<sup>438</sup> Während nach OR, mangels anderweitiger Vereinbarung, lediglich Indexanpassungen vorgenommen werden dürfen, bestehen nach BGB neben der Indexanpassung noch Anpassungsmöglichkeiten aufgrund von Modernisierungen und Betriebskostenerhöhungen.<sup>439</sup> Mietzinserhöhungen aufgrund von Modernisierungen sind jedoch nur zulässig, wenn es sich um Modernisierungen handelt, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. D.h. bspw. durch gesetzliche Auflagen vorgenommene bauliche Tätigkeiten, die zu einer Modernisierung führen.<sup>440</sup> Anpassungen dürfen im Gegensatz zur Regelung im OR nur ein Mal jährlich vorgenommen werden.<sup>441</sup> Desweiteren besteht nach BGB keine gesetzlich vorgegebene Mindestvertragsdauer.<sup>442</sup> Der Anwendungsbereich der Indexklausel ist in Deutschland somit weitläufiger als derjenige in der Schweiz, was v.a. für Wohnraummieten von Bedeutung sein kann. In § 557b Abs. 4 BGB hat der Gesetzgeber sodann die Gültigkeit von abweichenden Vereinbarungen zu Gunsten des Mieters ausdrücklich positiviert. Art. 269b OR ist hingegen nach h.M. zwingender Natur und lässt somit auch keine Abweichungen zu Gunsten des Mieters zu.<sup>443</sup> Ein weiter prägnanter Unterschied besteht in der Vertragsentbindung. Da das BGB keine vertragliche Mindestbindungsdauer für indexierte Mietverträge vorsieht, steht die ordentliche Kündigung beiden Mietparteien jeder Zeit offen, sofern keine Mietzeit vereinbart wurde.<sup>444</sup> Diese Option besteht bei in der Schweiz abgeschlossenen indexierten Mietverträgen nicht, da sie immer auf mind. 5 Jahre abgeschlossen sind.<sup>445</sup> Das Sonderkündigungsrecht nach §561 BGB steht für indexierte Mietverträge hingegen nicht offen.<sup>446</sup>

## VII. Schlusswort

<sup>438</sup> LACHAT ET AL., S. 405 f.; HIGI III, Art. 269b N 56; BGB, § 126, 557b Abs.1; Palandt- WEIDENKAFF, § 557b N 7- 9.

<sup>439</sup> BGB, § 557b Abs. 2, 560, 559; LACHAT ET AL., S. 405; Näheres bei SVIT-Komm, Art. 269b N 25 ff.

<sup>440</sup> Haus & Grund, Eigentümerschutz-Gemeinschaft, <[http://www.haus-und-grund-itzehoe.de/Haus\\_und\\_Grund\\_Itzehoe/Download/Infoblaetter/indexmiete.pdf](http://www.haus-und-grund-itzehoe.de/Haus_und_Grund_Itzehoe/Download/Infoblaetter/indexmiete.pdf)> (besucht am 21.06.2010)

<sup>441</sup> Haus & Grund, Eigentümerschutz-Gemeinschaft, <[http://www.haus-und-grund-itzehoe.de/Haus\\_und\\_Grund\\_Itzehoe/Download/Infoblaetter/indexmiete.pdf](http://www.haus-und-grund-itzehoe.de/Haus_und_Grund_Itzehoe/Download/Infoblaetter/indexmiete.pdf)> (besucht am 21.6.2010); vgl. LACHAT ET AL., S. 405 f.; BGB, § 557b Abs.2.

<sup>442</sup> OR, Art 269b; BGB, § 557b.

<sup>443</sup> SVIT-Komm., Art 269b N 2; Näheres vorn Kapitel III. 2.2.

<sup>444</sup> BGB, § 557b i.V.m. 542 I.

<sup>445</sup> OR, Art. 266, 266a, 269b OR.

<sup>446</sup> BGB, § 561.

Aus der vorliegenden Arbeit resultiert der Schluss, dass sich der Gesetzgeber mit der Sonderkonstruktion der Indexregelung auf dem richtigen Kurs in Richtung Interessensausgleich der Sozialpartner, unter Wahrung des Mieterschutzes, befindet. Sämtliche Zielkonflikte sowie wirtschaftliche- und politische Auseinandersetzungen zwischen den Mietparteien können jedoch nicht beseitigt werden. Es gilt einen optimalen Ausgleich der divergierenden Mietparteieninteressen zu schaffen.<sup>447</sup> M.E. könnte die Optimierung mittels Herabsetzung - oder gar Aufhebung der Mindestvertragsdauer, sowie durch die erwähnten Korrekturen im Warenkorb des LIK stattfinden. Die bevorstehende Revision bringt Hoffnung für die künftige Mietzinsgesetzgebung. Die Revisionsvorlage<sup>448</sup> beinhaltet sowohl die Korrektur im Warenkorb des LIK wie auch die Einführung der Indexierung für alle überprüfbaren Mietzinse von Gesetzeswegen.<sup>449</sup> Ein Blick über die Grenze verrät uns, dass die Indexmiete sich auch bei einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eingebürgert hat. Das Schweizer Mietzinsrecht würde sich dadurch auch dem Recht einiger Länder der Europäischen Union annähern<sup>450</sup> Ob die Revision und somit die Optimierungsbestrebungen des Interessensausgleichs zwischen den Mietparteien zum Durchbruch gelangt wird sich jüngst im Jahr 2011 zeigen.<sup>451</sup>

## VIII. Danksagung

---

<sup>447</sup> BBI 2009, 352 f.

<sup>448</sup> Näheres vorn Kapitel V. 3.5; Rohrbach S. 25- 28.

<sup>449</sup> ROHRBACH, S. 25 f.; NZZ, Durchbruch beim Mietrecht erzielt, 13. 11. 2007, <[http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/mietzins\\_entkoppelung\\_hypothekarzins\\_1.584022.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/mietzins_entkoppelung_hypothekarzins_1.584022.html)> (besucht am 28.6.2010).

<sup>450</sup> BBI 2009 I, S. 363.

<sup>451</sup> Vgl. Medienmitteilung Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement von 12. Dezember 2008 <<http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de&msg-id=24009>> (besucht am 7.4. 2010); vgl. BBI 2009 I, 361.

Mein Dank gilt allen, die mich bei der vorliegenden Masterarbeit unterstützt haben. Besonderen Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Jean-Fritz Stöckli für die wissenschaftliche Betreuung der Arbeit. Des Weiteren möchte ich Herrn Dr. Reto Frey, Wüest & Partner AG, sowie Nationalrätin Frau Anita Thanei, Präsidentin des Mieterinnen- und Mieterverbands, für die wertvollen Anregungen und Unterstützungen in praktischer Hinsicht herzlich danken. Für das Lektorieren und die sprachliche Durchsicht danke ich Frau Nina Prader ganz herzlich. Der grösste Dank gebührt meiner Familie, die mich sowohl während meiner Masterarbeit als auch während meiner übrigen Studienzzeit in jeder Hinsicht unterstützt hat und mir jederzeit mit Rat und Tat zur Seite stand.

## **IX. Eidesstattliche Erklärung**

Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Hilfsmittel sowie über die mir zuteil gewordene Hilfe in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Ich habe § 27 der MLawO gelesen und bin mir der Konsequenzen eines solchen Handelns bewusst.

Basel, \_\_\_\_\_

Ort, Datum

\_\_\_\_\_

Unterschrift

# Anhang

## **Anhang 1: Auszug aus dem bürgerlichen Bundesgesetz vom 1. Januar 1990 (BGB)**

### **§ 126 Schriftform**

<sup>1</sup>Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

<sup>2</sup>Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

<sup>3</sup>Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

<sup>4</sup>Die schriftliche Form wird durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

### **§ 557b Indexmiete**

<sup>1</sup>Die Vertragsparteien können schriftlich vereinbaren, dass die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland bestimmt wird (Indexmiete).

<sup>2</sup>Während der Geltung einer Indexmiete muss die Miete, von Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 abgesehen, jeweils mindestens ein Jahr unverändert bleiben. Eine Erhöhung nach § 559 kann nur verlangt werden, soweit der Vermieter bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat. Eine Erhöhung nach § 558 ist ausgeschlossen.



<sup>3</sup>Eine Änderung der Miete nach Absatz 1 muss durch Erklärung in Textform geltend gemacht werden. Dabei sind die eingetretene Änderung des Preisindexes sowie die jeweilige Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag anzugeben. Die geänderte Miete ist mit Beginn des übernächsten Monats nach dem Zugang der Erklärung zu entrichten.

<sup>4</sup>Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

### **§ 559 Mieterhöhung bei Modernisierung**

<sup>1</sup>Hat der Vermieter bauliche Maßnahmen durchgeführt, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder nachhaltig Einsparungen von Energie oder Wasser bewirken (Modernisierung), oder hat er andere bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt, die er nicht zu vertreten hat, so kann er die jährliche Miete um 11 vom Hundert der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen.

<sup>2</sup>Sind die baulichen Maßnahmen für mehrere Wohnungen durchgeführt worden, so sind die Kosten angemessen auf die einzelnen Wohnungen aufzuteilen.

<sup>3</sup>Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

### **§ 560 Veränderungen von Betriebskosten**

<sup>1</sup>Bei einer Betriebskostenpauschale ist der Vermieter berechtigt, Erhöhungen der Betriebskosten durch Erklärung in Textform anteilig auf den Mieter umzulegen, soweit dies im Mietvertrag vereinbart ist. Die Erklärung ist nur wirksam, wenn in ihr der Grund für die Umlage bezeichnet und erläutert wird.

<sup>2</sup>Der Mieter schuldet den auf ihn entfallenden Teil der Umlage mit Beginn des auf die Erklärung folgenden übernächsten Monats. Soweit die Erklärung darauf beruht, dass sich die Betriebskosten rückwirkend erhöht haben, wirkt sie auf den Zeitpunkt der Erhöhung der Betriebskosten, höchstens jedoch auf den Beginn des der Erklärung vorausgehenden Kalenderjahres zurück, sofern der Vermieter die Erklärung innerhalb von drei Monaten nach Kenntnis von der Erhöhung abgibt.

<sup>3</sup>Ermäßigen sich die Betriebskosten, so ist eine Betriebskostenpauschale vom Zeitpunkt der Ermäßigung an entsprechend herabzusetzen. Die Ermäßigung ist dem Mieter unverzüglich mitzuteilen.

<sup>4</sup>Sind Betriebskostenvorauszahlungen vereinbart worden, so kann jede Vertragspartei nach einer Abrechnung durch Erklärung in Textform eine Anpassung auf eine angemessene Höhe vornehmen.

<sup>5</sup>Bei Veränderungen von Betriebskosten ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten.

<sup>6</sup>Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

### **§ 561 Sonderkündigungsrecht des Mieters nach Mieterhöhung**

<sup>1</sup> Macht der Vermieter eine Mieterhöhung nach § 558 oder § 559 geltend, so kann der Mieter bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang der Erklärung des Vermieters das Mietverhältnis außerordentlich zum Ablauf des übernächsten Monats kündigen. Kündigt der Mieter, so tritt die Mieterhöhung nicht ein.

<sup>2</sup>Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

## **Anhang 2: Auszug aus dem Bundesbeschluss vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen**

### **Art. 9 Indexgebundene Mietzinse**

Vereinbarungen, wonach die Höhe des Mietzinses einem Index folgt, können gültig nur für Mietverhältnisse getroffen werden, die auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen werden. Die Anfechtungsmöglichkeiten aufgrund dieses Beschlusses bleiben vorbehalten.

### **Art. 14 Missbräuchliche Mietzinse: Grundsatz**

<sup>1</sup>Mietzinse sind missbräuchlich, wenn sie zur Erzielung eines unangemessenen Ertrages aus der vermieteten Wohnung oder dem Geschäftsraum festgelegt werden.

<sup>2</sup>Sie sind auch missbräuchlich, wenn sie auf einem offensichtlichen übersetzten Kaufpreis beruhen.

**Art. 15 Missbräuchliche Mietzinse: Ausschluss**

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 Lage, der Ausstattung, des Zustandes der Mietsache und der Bauperiode halten;
- b. wenn sie durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen des Vermieters begründet sind;
- c. wenn sie sich bei neueren Bauten im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite, berechnet auf den Anlagekosten, halten. Offensichtlich übersetzte Land-, Bau- oder Erwerbskosten fallen für die Berechnung der Bruttorendite ausser Betracht;
- d. wenn sie lediglich der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals dienen;
- e. wenn sie das in Rahmenmietverträgen von Vermieter- und Mieterverbänden oder Organisationen, die ähnliche Interessen wahrnehmen, empfohlene Ausmass nicht überschreiten.

**Art. 17 Anfechtung: beim Abschluss des Mietvertrages**

Der Mieter einer Wohnung, die erstmals oder die wieder vermietet wird, ist berechtigt, innert 30 Tagen seit Abschluss des Mietvertrages den Mietzins als missbräuchlich bei der Schlichtungsstelle anzufechten.

**Art. 18 Anfechtung: bei Mietzinserhöhungen**

<sup>1</sup>Beabsichtigt der Vermieter, den im Mietvertrag vereinbarten Mietzins zu erhöhen, so hat er dem Mieter ohne Androhung einer Kündigung schriftlich das Ausmass und den Zeitpunkt der Erhöhung bekanntzugeben und dies zu begründen; die geltende Frist für die Änderung des Mietvertrages ist einzuhalten. Die Mitteilung hat mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist zu erfolgen.

<sup>2</sup>Die Mitteilung hat mit einem vom Kanton genehmigten Formular zu erfolgen, aus welchem ersichtlich ist, dass der Mieter den Mietzins gemäss Artikel 19 anfechten kann.

<sup>3</sup>Mitteilungen von Mietzinserhöhungen, die nicht mit dem Formular erfolgen, sowie im Zusammenhang mit Mietzinserhöhungen durch den Vermieter ausgesprochene Kündigungen sind nichtig.

#### **Art. 19 Anfechtungsfrist**

Der Mieter kann die Mietzinserhöhung innert 30 Tagen seit Empfang der Mitteilung bei der Schlichtungsstelle als missbräuchlich anfechten; andernfalls gilt die Mietzinserhöhung als angenommen.

#### **Art. 20 Anfechtung: bei anderen Forderungen**

Stellt der Vermieter andere Forderungen, so gilt sinngemäss die Mitteilungs- und Begründungspflicht nach Artikel 18. Der Mieter kann die Forderung innert 30 Tagen seit Empfang der Mitteilung oder seit Abschluss des Mietvertrages bei der Schlichtungsstelle als missbräuchlich anfechten.

#### **Art. 21 Anfechtung: Zuständigkeit**

Zuständig ist die Schlichtungsstelle am Ort der gelegenen Sache.

#### **Art. 22 Ausschluss vertraglich vereinbarter Schiedsgerichte**

Die Parteien dürfen bei Wohnungsmieten die Zuständigkeit der Schlichtungsstelle und der richterlichen Behörden im Sinne dieses Beschlusses nicht durch vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte ausschliessen. Artikel 26 Absatz 3 ist vorbehalten.

### **Anhang 3: Auszug aus der Studie „Immo-Monitoring 2010/ 1“ des Beratungsunternehmens Wüest und Partner AG**