

N

Monthly
Newsletter
October 2021

Real Estate

Schellenberg
Wittmer



Mietzinserhöhungen und -herabsetzungen

Josef Caleff, Yves Jeanrenaud

Key Take-aways

- 1.** In einer neuen Entscheidung hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis geändert: Neu ist für die Nettorendite ein Zuschlag von 2% zum Referenzzinssatz zulässig, solange der Referenzzinssatz 2% oder weniger beträgt.
- 2.** Gemäss erstinstanzlichem Bezirksgericht Zürich stellen Beeinträchtigungen des Betriebs des Mieters durch die staatlichen Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie keinen Mangel am Mietobjekt dar.
- 3.** Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses wird bei einem Zuschlag von "deutlich mehr als 10%" vermutet. Zudem wurden die Anforderungen herabgesetzt, um begründete Zweifel an der Missbräuchlichkeit zu wecken.

1 Einleitung

In den letzten Jahren sind einige Gerichtsentscheide zu Mietzinserhöhungen beziehungsweise -herabsetzungen ergangen, insbesondere im Zusammenhang mit Betriebs-schliessungen aufgrund von Covid-Massnahmen. Zusätzlich sind politische Bestrebungen im Gange, diesen Bereich des Mietrechts zu reformieren. Entsprechend gibt dieser Newsletter einen Überblick über die gesetzlichen Grundlagen sowie die neueren Entwicklungen.

2 Mietzinserhöhungen

2.1 Gesetzliche Grundlage

Grundsätzlich steht es einem Vermieter **frei**, den **Mietzins** in einem laufenden Mietverhältnis **zu erhöhen**. Der Vermieter muss dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen. Die Mietzinserhöhung ist **nichtig**, wenn der Vermieter sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt, sie nicht begründet oder mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht.

Bei Wohn- und Geschäftsräumen (ausgenommen Ferienwohnungen, Luxuswohnungen, öffentlich geförderte Wohnungen) kann der Mieter die **Mietzinserhöhung anfechten, wenn sie missbräuchlich** ist. Missbräuchlich ist eine Mietzinserhöhung, wenn sie zu einem missbräuchlichen Mietzins führt. Ein Mietzins ist missbräuchlich, wenn damit ein **übersetzter Ertrag** aus der Mietsache erzielt wird oder wenn die **tiefe Rendite auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis** beruht. Mietzinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie insbesondere (i) im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen; (ii) durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen des Vermieters begründet sind; (iii) bei neueren Bauten im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen; oder (iv) lediglich die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital ausgleichen. Ein **übersetzter Kaufpreis** liegt vor, wenn der Kaufpreis 10% oder mehr über dem Ertragswert der Liegenschaft liegt. Der Ertragswert wird durch Kapitalisierung von orts- und quartierüblichen Mietzinsen von vergleichbaren Objekten (also nicht der effektiven Mieten des Gebäudes) bestimmt. Will der Vermieter die Mietzinserhöhung mit Verweis auf die höheren orts- oder quartierüblichen Mietzinsen rechtfertigen, dann muss er mindestens **fünf Objekte von gleicher Grösse, Lage, Ausstattung, Zustand und Alter mit höherem Mietzins** vorweisen. Die Objekte dürfen nicht dem Eigentümer gehören, welcher den Mietzins erhöht hat.

Im Falle einer **festen Mietdauer oder einer Mindestmietdauer**, kann der Mietzins vor dem Ablauf der festen Mietdauer beziehungsweise der Mindestmietdauer nur erhöht werden, wenn dies vertraglich vereinbart wurde. Gesetzlich vorgesehen ist der Fall der Indexierung und der Staffelung. Im Falle der Indexierung muss der Mietvertrag für den Vermieter mindestens für eine Dauer von fünf Jahren bindend sein und ist eine Anpassung nur gemäss der Entwicklung des Landesindex der Konsumentenpreise erlaubt. Unschädlich ist eine **vorzeitige Kündigungsmöglichkeit des Mieters**. Eine Staffelung ist nur zulässig, wenn der Mietvertrag für mindestens drei Jahre abgeschlossen, der Mietzins höchstens einmal

jährlich erhöht und der Betrag der Erhöhung in Franken festgelegt wird. Eine **Kombination** von Indexierung und Staffelung ist **nicht zulässig**.

Vertraglich vereinbaren die Parteien zudem in der Regel, dass Erhöhungen bei neuen Gebühren oder bei Mehrleistungen des Vermieters während der festen Mietdauer oder der Mindestmietdauer **auch ohne Berücksichtigung der Kündigungstermine** zulässig sind, was gemäss Rechtsprechung und Lehre möglich ist.

2.2 Neuere Rechtsprechung

Gemäss bisheriger Rechtsprechung war ein Mietzins missbräuchlich, wenn daraus eine Nettorendite von mehr als **0.5% über dem Referenzzinssatz** (s. Ziff. 3.1) resultierte. Die Nettorendite ergibt sich aus dem Nettoertrag zum eingesetzten Eigenkapital. Der Nettoertrag ist gleich den Nettomietzinseinnahmen (ohne Nebenkostenentschädigungen) minus Liegenschaftsaufwand. Der Liegenschaftsaufwand wiederum umfasst sämtliche effektiven Hypothekarzinsen, Verwaltungskosten sowie die nicht von den Mietern gedeckten Unterhalts- und Betriebskosten. In **Entscheid 4A_554/2019** vom 26. Oktober 2020 hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis geändert: Neu ist ein **Zuschlag von 2% zum Referenzzinssatz** zulässig, solange der Referenzzinssatz 2% oder weniger beträgt.

**Ein Mietzins
ist missbräuchlich,
wenn damit ein
übersetzter Ertrag
erzielt wird.**

3 Mietzinsherabsetzungen

3.1 Gesetzliche Grundlagen

Der Mieter kann den **Anfangsmietzins** innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich anfechten und dessen Herabsetzung verlangen, wenn (i) er sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen sah; oder (ii) der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat.

Ein Mieter kann **während der Mietdauer** jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin eine Mietzinsherabsetzung verlangen, wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Änderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt, also der

Mietzins missbräuchlich geworden ist. Als Kostensenkung gilt insbesondere eine **Senkung des Hypothekarzinsatzes**. Für Mietzinsanpassungen aufgrund von Änderungen des Hypothekarzinsatzes gilt der vom Bund erhobene hypothekarische Referenzzinssatz. Eine Herabsetzung des Referenzzinssatzes von 0.25% berechtigt in der Regel zu einer Herabsetzung von 2% bei Hypothekarzinsätzen von mehr als 6%, 2.5% bei Hypothekarzinsätzen zwischen 5% und 6% und 3% bei Hypothekarzinsätzen von weniger als 5%. Der Vermieter kann jedoch die Kosteneinsparung durch Senkung des Referenzzinssatzes mit eingetretenen Kostensteigerungen (seit dem Abschluss des Mietvertrags beziehungsweise der letzten Anpassung) verrechnen. In diesem Fall reduziert sich der Herabsetzungsanspruch entsprechend. Falls eine Mietzinsreduktion in vollem Umfang gewährt wird, muss sich der Vermieter die spätere Geltendmachung von anderweitigen Kostensteigerung ausdrücklich vorbehalten.

Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch während der Mietdauer beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem der Vermieter vom **Mangel** erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt, und dies unabhängig vom Verschulden des Vermieters.

Schliesslich kann ein Mieter eine Mietzinsherabsetzung verlangen, wenn dies **vertraglich vereinbart** wurde, so insbesondere, wenn die Parteien eine Indexierung vereinbart haben und der Index sinkt. In Mietverträgen wird in der Regel vorgesehen, dass der Vermieter im Falle der Veränderung des Indexes eine Mietzinsanpassung vornehmen kann, aber nicht muss. Dies bedeutet, dass im Falle einer Reduktion des Indexes der Vermieter nicht verpflichtet ist, eine Reduktion zu gewähren.

Aufgrund des allgemeinen Vertragsrechts endet der Mietvertrag und damit die Mietzahlungspflicht, wenn die Leistungserbringung dauerhaft **unmöglich** wird. Eine letzte Anpassungsmöglichkeit liegt vor, wenn sich die **Verhältnisse unerwartet derart stark verändert** haben, dass das ursprünglich vereinbarte Austauschverhältnis nicht mehr angemessen ist (*clausula rebus sic stantibus*).

Es stellte sich die Frage, ob eine Covid-Schliessung einen Mangel des Mietobjekts darstellt.

3.2 Neuere Rechtsprechung

3.2.1 Herabsetzung des Anfangsmietzinses

Aufgrund der bisherigen Praxis des Bundesgerichts galt die Vermutung, dass bei einem erheblichen **Zuschlag bei der Neuvermietung** Missbräuchlichkeit vorlag und der Mieter eine Herabsetzung verlangen konnte. Dem Vermieter oblag es, in diesem

Falle im Sinne einer Beweislastumkehr nachzuweisen, dass keine Missbräuchlichkeit vorliegt. War der Zuschlag nicht erheblich musste der Mieter die Missbräuchlichkeit nachweisen. Es war jedoch unklar, ab welchem Zuschlag diese Vermutung galt. Im Entscheid 4A_183/2020 vom 6. Mai 2021 hat das Bundesgericht nun darauf hingewiesen, dass Missbräuchlichkeit erst bei einem Zuschlag von "deutlich mehr als 10%" vermutet wird. Gleichzeitig hat das Gericht die Anforderungen herabgesetzt, um begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung zu wecken. So genügen unter Umständen auch nicht-amtliche Statistiken, drei bis vier Vergleichsobjekte (statt vier bis fünf Vergleichsobjekte) oder eine lange Mietdauer des Vermieters.

3.2.2 Herabsetzung wegen Covid-Massnahmen

Im Rahmen der behördlichen Covid-Schliessungen von Geschäften und Restaurants stellte sich die Frage, ob eine solche Schliessung einen **Mangel des Mietobjekts** darstellt, welcher das Mietobjekt völlig unbrauchbar macht und entsprechend eine Mietzinsreduktion von 100% rechtfertigt. Weiter wurde diskutiert, dass die Covid-Einschränkungen keinen Mangel darstellen, aber eine grundlegende Veränderung der Verhältnisse bewirken, welche von den Parteien nicht voraussehbar war (*clausula rebus sic stantibus*). Schliesslich wurde erwogen, ob es sich um einen Fall der Unmöglichkeit handelt: Dem Vermieter wurde es unmöglich, seine Leistung in der Form der Bereitstellung von nutzbaren Mieträumlichkeiten zu erbringen, weshalb kein Mietzins geschuldet sei.

Im Entscheid eines **Schiedsgerichts** in Luzern vom **30. März 2020** wurde festgehalten, dass ein Mangel aufgrund der Covid-Schliessungen vorliege, dass ein Missverhältnis zwischen den Leistungen vorliege und dass eine angemessene Mietzinsherabsetzung 60% betrage. In einem erstinstanzlichen **Urteil des Bezirksgericht Zürich vom 23. April 2021** wurde zudem erwähnt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass dem betroffenen Mieter gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* ein Anspruch auf Mietzinsreduktion zustehe.

Im Entscheid **MJ210008-L vom 02.08.2021** hat das erstinstanzliche **Bezirksgericht Zürich** nun jedoch entschieden, dass in einem Mietvertrag "in aller Regel die vereinbarte Beschaffenheit des Mietobjekts nur objektbezogene und nicht auch betriebsbezogene Eigenschaften betrifft." Weiter führte das Bezirksgericht Zürich aus, der Vermieter habe sich nur verpflichtet, "gegen Entgelt Räumlichkeiten zu überlassen, in denen der Mieter seinem Geschäft nachgehen kann – dieses Geschäft ist aber, sofern nicht anders vereinbart, nicht Bestandteil des Mietvertrages, sondern besteht unabhängig davon und gehört zur Rechtssphäre des Mieters". Gemäss Bezirksgericht Zürich stellen die Beeinträchtigungen des Betriebs des Mieters durch die staatlichen Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie **keinen Mangel am Mietobjekt** dar.

Das Gericht hat ebenfalls gefolgert, dass mangels Dauerhaftigkeit **kein Fall von Unmöglichkeit** vorliegt. Schliesslich hat das Gericht geprüft, ob es sich um einen Fall der *clausula rebus sic stantibus* handelt. Das Gericht hat dies nicht generell ausgeschlossen. Insbesondere hat es offengelassen, ob die behördlichen Betriebsschliessungen genügend unerwartet waren. Auch diese **Argumentation wurde im vorliegenden Fall aber zurückgewiesen**, da der Mieter nicht genügend nachgewiesen hat, wie stark sich die relativ kurzfristige Betriebsschliessung auf ihn ausgewirkt hat (zum Beispiel durch

Offenlegung der Geschäftsbücher). Insgesamt hat das Bezirksgericht Zürich, zumindest im vorliegenden Fall, eine Reduktion des Mietzinses aufgrund der Covid-Massnahmen abgelehnt. Es wird auf die konkreten Vertragsklauseln sowie die effektive oder zumindest mögliche Nutzung der Räumlichkeiten während der behördlichen Schliessung im Einzelfall ankommen, wie die Gerichte in anderen Fällen entscheiden werden.

eher mieterfreundlich. Dazu gehören etwa die parlamentarische Initiativen (Carlo) Sommaruga und Badran, welche eine periodische Überprüfung der Renditen verlangen, oder die parlamentarische Initiative Töngi, welche vorschlägt, dass der Anteil der wertvermehrenden Investitionen (welche zu Mietzins erhöhungen berechtigen) bei Sanierungen reduziert wird. Es bleibt abzuwarten, welcher Trend überwiegen wird.

4 Fazit

Die jüngsten Entscheide des Bundesgerichts und des Bezirksgerichts Zürich betreffend Mietzins erhöhungen und Mietzins herabsetzungen sind eher vermietetfreundlich. Zumindest in der Frage der Mietzinsreduktionen bei Covid-Schliessungen stellt sich die Frage, wie die höheren Instanzen entscheiden werden. Politische Bestrebungen betreffend Mietzins sind



Josef Caleff
Partner Zürich
josef.caleff@swlegal.ch



Dr. Christine Beusch-Ligenstorfer
Of Counsel Zürich
christine.beusch@swlegal.ch



Yves Jeanrenaud
Partner Genf
yves.jeanrenaud@swlegal.ch



Amanda Burnand Sulmoni
Counsel Genf
amanda.burnand@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



Schellenberg Wittmer AG
Rechtsanwälte

Zürich
Löwenstrasse 19
Postfach 2201
8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genf
15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1 / Schweiz
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapur
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapur 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg