

# Brücken bauen

Festschrift für Thomas Koller

Herausgegeben von:

Susan Emmenegger

Stephanie Hrubesch-Millauer

Frédéric Krauskopf

Stephan Wolf



Stämpfli Verlag

---

# Beweislast und Mitwirkungspflicht im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses

FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN\*

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	59
II.	Grundsätze der Beweislast.....	61
III.	Rechtsbegründende Tatsachen.....	62
	A. Zulassungsvoraussetzungen.....	62
	B. Voraussetzungen für die Gutheissung der Klage.....	64
IV.	Die Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme.....	67
V.	Rechtshindernde Tatsachen.....	70
	A. Luxusobjekt.....	70
	B. Andere Berechnungsmethode.....	71
	1. Bruttorendite.....	72
	2. Orts- und quartierübliche Mietzinse.....	72
	3. Nettorendite.....	73
VI.	Schlussfolgerungen.....	73

## I. Einleitung

Das Prinzip der Vertragsfreiheit liegt auch dem Mietrecht zu Grunde.<sup>1</sup> Vermieter und Mieter sind in der Gestaltung ihres Vertragsverhältnisses frei, insbesondere was den Mietzins betrifft. Jedoch stärkt der chronische Mangel an Wohn- und Geschäftsraum die Verhandlungsposition des Vermieters und führt zu einem Ungleichgewicht auf dem Mietmarkt.<sup>2</sup> Diese Feststellung ist alles andere als neu, musste der Gesetzgeber doch bereits kurz nach Inkrafttreten des OR im Jahre 1912 mittels öffentlich-rechtlicher Bestimmungen in den Markt eingreifen und insbesondere den Anspruch der Vermieter auf Mietzinserhöhung beschränken.<sup>3</sup>

---

\* FRANÇOIS BOHNET, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Neuchâtel und PASCAL JEANNIN, MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für Mietrecht der Universität Neuchâtel.

Die Autoren danken Herrn MLaw XAVIER FITZ für die sprachliche Korrektur.

<sup>1</sup> ZK OR-HIGI, Vorbem. Art. 253-274g N 6 und Vorbem. Art. 269-270e N 75; DAVID LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, S. 371.

<sup>2</sup> LACHAT (Fn. 1), S. 371.

<sup>3</sup> ZK OR-HIGI, Vorbem. Art. 253-274g N 25.

Auf der Grundlage des Verfassungsartikels von 1972<sup>4</sup> hat der Bundesgesetzgeber ein System geschaffen, das die Missbrauchsbekämpfung im Bereich des Mietrechts zum Ziel hat, insbesondere bei der Festsetzung der Mietzinse. Das System weist dem Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen die Rolle der schwächeren Vertragspartei zu und möchte ihn vor Missbräuchen durch den als stärkere Vertragspartei angesehenen Vermieter schützen.<sup>5</sup> Dafür stellt das Gesetz den Mieterinnen und Mietern insbesondere die Möglichkeit zur Verfügung, Mietzinse, die sie für missbräuchlich halten, gerichtlich anzufechten. Mieterinnen und Mieter können während der Dauer des Mietvertrags eine Mietzinserhöhung anfechten (Art. 270b OR) und eine Mietzinssenkung verlangen, sollten wesentliche Änderungen der Berechnungsgrundlagen zu einem übersetzten Mietzins führen (Art. 270a OR). Ebenso können Mieterinnen und Mieter den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache anfechten. Unter «Anfangsmietzins» im Sinne von Art. 270 OR ist der Mietzins eines erstmals abgeschlossenen Mietvertrags zu verstehen. Dies setzt voraus, dass zwischen den beiden Parteien nicht bereits ein Mietvertrag über das gleiche Mietobjekt besteht.<sup>6</sup> Die Anfechtung des Anfangsmietzins ist dann von Erfolg gekrönt, wenn sich der Anfangsmietzins als missbräuchlich im Sinne eines der Kriterien von Art. 269 oder 269a OR herausstellt.

In jedem Prozess ist die Frage nach der Beweislast zentral. Wer hat die Beweise für den rechtserheblichen Sachverhalt beizubringen und was geschieht, wenn ein rechtserheblicher Sachverhalt unbewiesen bleibt? Stellt die Höhe eines Mietzinses das Streitobjekt dar, ist die Beantwortung dieser Fragen besonders komplex. Insbesondere sorgen die Regeln betreffend die Überprüfung der Mietzinse dafür, dass es nicht immer ganz einfach ist, den Sachverhalt zu bestimmen, der im konkreten Einzelfall rechtserheblich ist. Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, die Beweislastverteilung im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses etwas genauer zu ergründen. Es handelt sich hierbei um einen «juristischen Dauerbrenner» des «neuen» Mietrechts von 1989, zu welchem Professor THOMAS KOLLER während der letzten Jahrzehnte öfters Stellung bezogen hat.<sup>7</sup> Der Beitrag beruht im Wesentlichen auf einem für das

<sup>4</sup> Art. 36<sup>septies</sup> aBV; Art. 109 BV.

<sup>5</sup> CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 2.

<sup>6</sup> CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 4 ff.; JEAN-JACQUES SCHWAAB, La fixation et la contestation du loyer initial, in: François Bohnet/Pierre Wessner (Hrsg.), 15<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2008, S. 1 ff., Rz. 53.

<sup>7</sup> Man denke etwa an die jährlichen Rückblicke auf die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, z.B. ZBJV 154 (2018), S. 208 ff. (für die im Jahr 2016 ergangene Rechtsprechung, mit MANFRED STRIK); ZBJV 152 (2016), S. 1 ff. (für die im Jahr 2014 ergangene Rechtsprechung); ZBJV 152 (2016), S. 785 ff. (für die im Jahr 2015 ergangene Rechtsprechung); ZBJV 150 (2014), S. 917 ff. (für die im Jahr 2013 ergangene Rechtsprechung); ZBJV 149 (2013), S. 876 ff. (für die im Jahr 2012 ergangene Rechtsprechung).

19. Mietrechtsseminar der Universität Neuenburg durch dieselben Autoren verfassten Beitrag über die Beweislastverteilung im Mietrecht.<sup>8</sup>

## II. Grundsätze der Beweislast

Nach Art. 8 ZGB hat jede Partei, sofern es das Gesetz nicht anders vorsieht, das Vorhandensein jener behaupteten Tatsachen zu beweisen, aus denen sie Rechte ableitet. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung verteilt diese Norm die Beweislast für alle auf Bundesrecht beruhenden Forderungen und bezeichnet, daraus abgeleitet, welche Partei die Konsequenzen der Beweislosigkeit zu tragen hat.<sup>9</sup>

Die Regeldichte der Norm genügt nicht, um daraus einen Schluss für jeden Einzelfall ziehen zu können.<sup>10</sup> Die Norm muss deshalb unter Beachtung des Grundzwecks von Beweislastnormen – das Risiko eines wegen unvollständig gebliebener Sachverhaltsfeststellung materiell unrichtigen Urteils derjenigen Partei aufzuerlegen, für welche dies am wenigsten unbillig erscheint – konkretisiert werden.<sup>11</sup> Dabei sind den Schwierigkeiten, im Verfahren den Beweis eines bestimmten Sachverhalts zu erbringen, der Art der Forderungen, den Eigenschaften des strittigen Beweises sowie der Beachtung des Gleichheitsgebots Rechnung zu tragen.<sup>12</sup>

Diese Konkretisierung erfolgt unter Zuhilfenahme der «Normentheorie», welche vom deutschen Zivilprozessualisten LEO ROSENBERG entwickelt wurde und deren Kerngehalt wie folgt lautet: «Jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen».<sup>13</sup> Gemäss der Normentheorie ist anhand der Interpretation der materiellrechtlichen Normen und der Beziehungen zwischen ihnen zu bestimmen, welcher Rechtssatz für welche Partei «günstig» ist. Die verschiedenen Rechtsnormen ergänzen sich, schliessen sich aus oder haben untereinander keine Berührungspunkte.<sup>14</sup> Es können grundsätzlich drei Kategorien von Normen unterschieden werden: Normen, welche

---

<sup>8</sup> FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN, *Le fardeau de la preuve en droit du bail*, in: François Bohnet/Blaise Carron (Hrsg.), *19<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail*, Neuchâtel 2016, S. 1 ff.

<sup>9</sup> BGE 139 III 7 E. 2; 129 III 18 E. 2.6; 127 III 519 E. 2a.

<sup>10</sup> BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 127; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 38.

<sup>11</sup> BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 134; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 39.

<sup>12</sup> CR CC I-PIOTET, Art. 8 ZGB N 30 (mit Verweisen).

<sup>13</sup> LEO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 5. Aufl., München 1965, S. 98 f. Bei der ersten Auflage dieses Werks handelt es sich um ROSENBERGS im Jahre 1900 veröffentlichte Dissertation «Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche». ROSENBERG war zu diesem Zeitpunkt gerade einmal 21 Jahre alt.

<sup>14</sup> ROSENBERG (Fn. 13), S. 99 ff.

die Begründung eines Rechts regeln, solche, die die Begründung eines Rechts ausschliessen und solche, die ein Recht zerstören. Normen können also in rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtszerstörende Normen unterteilt werden.<sup>15</sup>

Dementsprechend werden Tatsachen, deren Vorhandensein gemäss einer rechtsbegründenden Norm ein Recht entstehen lassen, als «rechtsbegründende Tatsachen» bezeichnet, solche, deren Vorhandensein die Entstehung eines Rechts gemäss einer rechtshindernden Norm hemmen, als «rechtshindernde» und solche, deren Vorhandensein gemäss einer rechtszerstörenden Norm ein Recht beenden, als «rechtszerstörende Tatsachen».<sup>16</sup> Die Grundregel kann also dahingehend präzisiert werden, dass die klägerische Partei die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen trägt, die beklagte Partei diejenige für die rechtshindernden und rechtszerstörenden Tatsachen.<sup>17</sup> In der Schweiz folgt die herrschende Lehre<sup>18</sup> sowie das Bundesgericht<sup>19</sup> der Normentheorie.

### III. Rechtsbegründende Tatsachen

#### A. Zulassungsvoraussetzungen

Die Normen betreffend den Schutz gegen missbräuchliche Mietzinse sind lediglich auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen anwendbar.<sup>20</sup> Auf eine Anfechtung eines Anfangsmietzinses eines anderen Mietobjekts wird nicht eingetreten. Als «Wohnräume» im Sinne des Gesetzes gelten Räume, in welchen die Mieterin oder der Mieter die wesentlichen Handlungen ihres bzw. seines Privatlebens vornimmt.<sup>21</sup> «Geschäftsräume» sind Räume, welche zum Betrieb eines Gewerbes oder einer anderen wirtschaftlichen Tätigkeit

<sup>15</sup> ROSENBERG (Fn. 13), S. 105 f.; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 134 ff.; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 38; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, N 851.

<sup>16</sup> CR CC I-PIOTET, Art. 8 ZGB N 31; FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 2. Aufl., Neuchâtel 2014, Rz. 1170 ff.; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 11 Rz. 50.

<sup>17</sup> ROSENBERG (Fn. 13), S. 106.

<sup>18</sup> BOHNET (Fn. 16), Rz. 1168 ff.; CR CC I-PIOTET, Art. 8 ZGB N 31; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 129 ff.; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 169; *contra*: ZK ZGB-EGGER, Art. 8 N 9; SUTTER-SOMM (Fn. 15), N 852 ff.. Für eine kritische Betrachtung in der deutschen Lehre, siehe: DIETER LEIPOLD, Beweismass und Beweislast im Zivilprozess, S. 17 ff..

<sup>19</sup> Z.B. BGer, 29.11.2016, 4A\_295/2016, E. 5.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.1.3.1; 130 III 321 E. 3.1; 128 III 271 E. 2a.

<sup>20</sup> CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 4; BSK OR I-WEBER, Art. 269 N 3.

<sup>21</sup> LCHAT (Fn. 1), S. 116.

dienen.<sup>22</sup> Unserer Ansicht nach<sup>23</sup> ist die Tatsache, dass es sich bei einem Mietobjekt um Wohn- oder Geschäftsraum handelt, eine vom Mieter zu beweisende, rechtsbegründende Tatsache, da ihr Vorhandensein eine Voraussetzung für das Zustandekommen des Rechts, den Mietzins anzufechten, darstellt.

Gleich verhält es sich beim Anfangsmietzins:<sup>24</sup> Nur ein solcher kommt als Streitobjekt nach Art. 270 OR in Frage. Wie bereits erwähnt<sup>25</sup> ist in diesem Zusammenhang das Nichtvorhandensein eines vorbestehenden Mietvertrags über dasselbe Objekt zwischen denselben Parteien die relevante Tatsache. Bleibt diese unbewiesen, wird auf das Gesuch um Anfechtung des Anfangsmietzinses nicht eingetreten.

Zudem ist die Anfechtung des Anfangsmietzinses nur unter einer der folgenden Bedingungen möglich:

- *Zwangslage*: Der Mieter sah sich wegen einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume zum Vertragsabschluss gezwungen (Art. 270 Abs. 1 Bst. a OR). Bei der «familiären Notlage» handelt es sich um eine Ermessensfrage. Der Begriff ist weit auszulegen. Die Frage, die sich das Gericht im Wesentlichen zu stellen hat, ist, ob von der Mieterin oder vom Mieter hätte erwartet werden können, auf den Abschluss des Mietvertrags zu verzichten, weil sie bzw. er den Mietzins für zu hoch befindet.<sup>26</sup> Die «Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume» beziehen sich auf den Fall des Wohnungsmangels, welcher gegeben ist, sofern die Leerstandsquote unter 1,5 % liegt.<sup>27</sup> Ausserdem ist Wohnungsmangel eine Voraussetzung dafür, dass die Kantone die Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d OR beim Abschluss eines neuen Mietvertrags für obligatorisch erklären dürfen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass in denjenigen Gebieten, in welchen die Verwendung des Formulars obligatorisch ist, zwangsläufig Wohnungsmangel herrscht.<sup>28</sup> Ist dies der Fall, so braucht die individuelle Zwangslage nicht bewiesen zu werden, denn bei Wohnungsnot besteht rein aufgrund der Marktlage ein Zwang zum Abschluss des Mietvertrags – auch zu missbräuchlichen Bedingungen.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> LACHAT (Fn. 1), S. 123.

<sup>23</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 23 Rz. 58.

<sup>24</sup> So auch ZK OR-HIGI, Art. 270 N 79.

<sup>25</sup> Hiervor, S. 60.

<sup>26</sup> CPra Actions-BOHNET, § 73 Rz. 4; SCHWAAB (Fn. 6), Rz. 87; SVIT-K, Art. 270 OR N 10.

<sup>27</sup> CPra Actions-BOHNET, § 73 Rz. 4; SCHWAAB (Fn. 6), Rz. 89 ff.

<sup>28</sup> Zu diesem Thema, siehe auch: BGE 136 III 82.

<sup>29</sup> BGE 142 III 442 E. 3.1.4.

- *Erheblicher Mietzinsaufschlag*: Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Anfechtung des Anfangsmietzinses auch dann möglich, wenn der Vermieter den Anfangsmietzins gegenüber dem früheren Mietzins für dieselbe Sache erheblich erhöht hat (Art. 270 Abs. 1 Bst. b OR). Die Erhöhung ist «erheblich», wenn sie 10 % übersteigt.<sup>30</sup>

Die diesen zwei Voraussetzungen zugrunde liegenden Tatsachen sind rechtsbegründend: Das Recht des Mieters auf Anfechtung des Anfangsmietzinses entsteht nur, wenn eine dieser Voraussetzungen erfüllt ist. Der Mieter trägt die Beweislast für das Vorhandensein besagter Tatsachen.<sup>31</sup>

Der Mieter hat den Mietzins innert 30 Tagen nach Übernahme des Mietobjekts anzufechten. Es handelt sich hierbei um eine Verwirkungsfrist.<sup>32</sup> Sieht das Gesetz vor, dass ein Recht innert einer bestimmten Frist ausgeübt werden muss und für deren Nichteinhaltung die Verwirkung des Rechts, stellt die Wahrung der Frist eine rechtsbegründende Tatsache dar.<sup>33</sup> Ob die Frist eingehalten wurde, bestimmt sich nach Art. 143 Abs. 1 ZPO. Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Bezogen auf die Anfechtung des Anfangsmietzinses setzt der Nachweis der Fristgerechtigkeit den Beweis des Zeitpunkts der Entgegennahme des Mietobjekts sowie jenen der Übergabe des Anfechtungsgesuchs an die Post, respektive direkt an die Schlichtungsbehörde, voraus.<sup>34</sup>

## B. Voraussetzungen für die Gutheissung der Klage

Materiell setzt die Herabsetzung des Anfangsmietzinses dessen Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 269 OR voraus. Die Tatsachen, aus denen folgt, dass der Anfangsmietzins missbräuchlich ist, stellen somit rechtsbegründende Tatsachen dar, denn ihr Vorhandensein begründet das Recht des Mieters auf

<sup>30</sup> BGE 136 III 82 E. 3.4. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass der alte Mietzins zuerst an die Veränderung der Grundlagen, auf welchen seine Berechnung beruht, anzupassen ist: CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 46; dieser Ansicht folgen die Gerichte gewisser Kantone, so z.B. jene Neuenburgs (DB 1996 N 20) und Waadts (hierzu: SÉBASTIEN FETTER, La contestation du loyer initial, Diss. Bern 2005, Rz. 416 und Fn. 931).

<sup>31</sup> ZK OR-HIGI, Art. 270 N 79.

<sup>32</sup> BGE 131 III 566 E. 3.2; CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 51.

<sup>33</sup> BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 624; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 53.

<sup>34</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 23 Rz. 57.

Herabsetzung des Anfangsmietzinses. Der Mieter trägt folglich die Beweislast dafür.<sup>35</sup>

Wir teilen die Meinung FETTERS,<sup>36</sup> wonach sich die Missbräuchlichkeit des Mietzinses in erster Linie anhand der vom Mieter vorgebrachten Kriterien bestimmt und nicht nach den vom Vermieter vorgebrachten Gründen zur Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormietzins.<sup>37</sup> Diese können dem Vermieter als Gegenargument zu den vom Mieter vorgebrachten Argumenten dienen. Daraus ergibt sich, dass die Tatsachen, aus denen die Missbräuchlichkeit des Mietzinses hervorgeht, rechtsbegründende Tatsachen sind. Die vom Vermieter angegebenen Gründe zur Erhöhung des Mietzinses kann der Vermieter als rechtshindernde Tatsachen vorbringen.<sup>38</sup> Ist die Verwendung des amtlichen Formulars zur Bekanntgabe des Anfangsmietzinses obligatorisch, darf der Vermieter nur diejenigen Gründe vorbringen, welche er im Formular erwähnt hat.<sup>39</sup>

Die Qualifikation der Missbräuchlichkeit als rechtsbegründende Tatsache ist nicht unbestritten. Das Bundesgericht ist der Meinung, beim missbräuchlichen Mietzins handle es sich um eine Form von Rechtsmissbrauch und somit um einen typischen Fall einer rechtshindernden Tatsache.<sup>40</sup> Wir teilen diese Ansicht nicht, denn wir betrachten die Anfechtung des Anfangsmietzinses als eine Klage auf Mietzinssenkung, nicht als eine auf Bestreitung einer Mietzinserhöhung. Der eingeklagte Anspruch ist jener des Mieters auf Senkung des Anfangsmietzinses. Somit handelt es sich bei der Missbräuchlichkeit des Mietzinses um eine rechtsbegründende und nicht um eine rechtshindernde Tatsache.<sup>41</sup> An der eigentlichen Beweislastverteilung ändert diese Sichtweise allerdings nichts. Es obliegt dem Mieter, den Lebenssachverhalt zu beweisen, aus welchem die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses hervorgeht.

Mit dieser Erkenntnis ist jedoch noch nicht viel gewonnen: Es stellt sich die Frage, welche Tatsachen denn *genau* zu beweisen sind. Die Beantwortung dieser Frage erfordert einen kleinen Exkurs in die wohl tiefsten Abgründe des schweizerischen Mietrechts, nämlich jene der Mietzinsgestaltung. Art. 269 und 269a OR sehen Kriterien zur Bestimmung, ob ein Mietzins missbräuchlich ist, vor. Es können zwei Kategorien von Kriterien unterschieden werden: absolute und relative. Erstere führen zu einer von der früheren Mietzinsgestaltung unabhängigen Berechnung des zulässigen Mietzinses,<sup>42</sup> letztere erlauben die Bestimmung der Missbräuchlichkeit des Mietzinses unter Bezugnahme

<sup>35</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 Rz. 59.

<sup>36</sup> FETTER (Fn. 30), Rz. 484.

<sup>37</sup> So jedoch BGE 139 III 13 E. 3.2.3.2 sowie LACHAT (Fn. 1), S. 535 ff.

<sup>38</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 f. Rz. 60.

<sup>39</sup> BGE 139 III 13 E. 3.1.2; LACHAT (Fn. 1), S. 535; SALOME ISABELLE DAÏNA, Le caractère abusif du loyer initial: qui doit prouver quoi?, CdB 2009 97, S. 100.

<sup>40</sup> BGE 139 III 13 E. 3.1.3.2.

<sup>41</sup> So auch: LAURENT BIERI, AJP 2014 1398, S. 1400.

<sup>42</sup> CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 13; BSK OR I-WEBER, Art. 269 N 5.

auf die frühere Mietzinsgestaltung.<sup>43</sup> Die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses wird grundsätzlich anhand absoluter Kriterien überprüft,<sup>44</sup> also anhand der Nettorendite (Art. 269 OR), der orts- und quartierüblichen Mietzins (Art. 269a Bst. a OR) oder der Bruttorendite (Art. 269a Bst. c OR).<sup>45</sup>

Als *Nettorendite* im Sinne von Art. 269 OR wird das Verhältnis zwischen vom Vermieter in das Mietobjekt investierten Eigenmitteln und den Mietzinseinnahmen, nach Abzug der Betriebskosten und Schuldzinsen, bezeichnet. Der Mietzins ist missbräuchlich, sofern die Nettorendite um mehr als 0,5 % höher liegt als der Referenzzinssatz für Hypotheken.<sup>46</sup> Folgende Tatsachen sind zur Bestimmung der Nettorendite rechtserheblich:<sup>47</sup>

- der vom Vermieter für das Mietobjekt bezahlte Kaufpreis beziehungsweise die Baukosten des Mietobjekts;
- die vom Vermieter in das Mietobjekt investierten *Eigenmittel*;
- die vom Vermieter in das Mietobjekt investierten *Fremdmittel*;
- die Betriebs- und Unterhaltskosten;
- die vom Vermieter auf das geliehene Fremdkapital zu entrichtenden Schuldzinsen,
- der Mietzins.

Folglich trägt der Mieter die Beweislast für diese Tatsachen. In Wirklichkeit wird er jedoch nur äusserst selten in der Lage sein, den Beweis zu erbringen, denn die dazu nötigen Informationen und Beweismittel dürften sich mehrheitlich in den Händen des Vermieters befinden. Diesem Problem begegnet die Rechtsprechung mit der Einführung einer Mitwirkungspflicht des Vermieters, auf welche noch zurückzukommen ist.<sup>48</sup>

Die Bestimmung der Nettorendite setzt weiter die Kenntnis des Referenzzinssatzes für Hypotheken sowie des Landesindex der Konsumentenpreise voraus. Hierbei handelt es sich um notorische Tatsachen, die keines Beweises bedürfen.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 13.

<sup>44</sup> Grundlegend dazu: BGE 121 III 364 E. 2b; CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 14; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 Rz. 59; FETTER (Fn. 30), Rz. 476; ZK OR-HIGI, Art. 270 N 59.

<sup>45</sup> CPra Bail-BOHNET, Vorbem. Art. 269-270e OR N 12; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 24 Rz. 59; FETTER (Fn. 30), Rz. 484.

<sup>46</sup> BGE 141 III 245 E. 6.3; 125 III 421 E. 2b; 123 III 17 1 E. 6a; 122 III 257 E. 3a; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 25 Rz. 61. Der Referenzzinssatz wird durch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vierteljährlich erhoben: Art. 12a VMWG.

<sup>47</sup> CPra Bail-BOHNET, Art. 269 OR N 6 ff.; BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 25 Rz. 61.

<sup>48</sup> Hiernach, S. 67 f.

<sup>49</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 25 Rz. 62; LCHAT (Fn. 1), S. 418.

Stützt sich der Mieter auf die *orts- und quartierüblichen Mietzinse* im Sinne von Art. 269a Bst. a OR, hat er nachzuweisen, dass der angefochtene Mietzins diese übersteigt. Der orts- und quartierübliche Mietzins wird anhand der Mietzinse für Wohn- und Geschäftsräume, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind, bestimmt (Art. 11 Abs. 1 VMWG). Es kommen nur Objekte in Frage, die in allen diesen Punkten mit dem Mietobjekt, dessen Mietzins bestritten ist, vergleichbar sind. Eine Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Mietobjekte ist lediglich in diesem Rahmen zulässig.<sup>50</sup> Der Mieter hat also den orts- oder quartierüblichen Mietzins dadurch nachzuweisen, dass er mindestens fünf<sup>51</sup> Mietobjekte in der gleichen Ortschaft oder im gleichen Quartier vorschlägt und für jedes Vergleichsobjekt die Lage, die Grösse, die Ausstattung, den Zustand und die Bauperiode beweist.<sup>52</sup>

Stützt sich der Mieter auf das Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit, hat er den üblichen Mietzins zu beweisen.<sup>53</sup> Dabei wird er ebenfalls auf Probleme stossen, denn nur in den seltensten Fällen verfügt er über das dazu nötige Beweismaterial.

#### **IV. Die Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme**

Die dem Mieter auferlegte Beweislast wird durch verschiedene Elemente etwas abgemildert. Wir beschränken uns im vorliegenden Beitrag auf eines dieser Elemente, nämlich die Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme. Diese hat die Rechtsprechung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet, insbesondere für die Fälle, in denen der Vermieter alleine über die Mittel zum Beweis der entscheidrelevanten Tatsachen verfügt.<sup>54</sup> Nach konstanter Rechtsprechung hat der Vermieter, wenn der Mieter einen übersetzten Ertrag geltend macht, die zur Berechnung der Nettorendite nötigen, in seinem Besitz befindlichen Dokumente herauszugeben.<sup>55</sup> Verweigert der Vermieter die Herausgabe, kann das Gericht im Rahmen der Beweismwürdigung daraus ableiten, dass der Mietzins in Wirklichkeit miss-

---

<sup>50</sup> BGE 141 III 569 E. 2.2.3.

<sup>51</sup> BGE 141 III 569 E. 2.2.3; 136 III 74 E. 3.1; 123 III 317 E. 4a und 4d.

<sup>52</sup> CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 26.

<sup>53</sup> BGer, 28.01.2008, 4A\_421/2007, E. 4.

<sup>54</sup> BGer, 15.02.2016, 4A\_461/2015, E. 3.2; BGer, 19.02.2009, 4A\_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25; CPra Bail-DIETSCHY, Art. 270 OR N 63; DAÏNA (Rz. 39), S. 100.

<sup>55</sup> BGE 139 III 13 E. 3.1.3.2; BGer, 15.02.2016, 4A\_461/2015, E. 3.2; BGer, 19.02.2009, 4A\_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25.

bräuchlich ist.<sup>56</sup> Sofern das Gericht über keine Dokumente verfügt, oder die Dokumente unvollständig sind, hat es eine gesamthafte Würdigung aller ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel vorzunehmen, wobei es insbesondere das Verhalten des Vermieters und allfällige durch die Parteien eingereichte Statistiken zu berücksichtigen hat.<sup>57</sup> Die Rechtsprechung ist von grosser Tragweite, denn in der Praxis verfügt meist nur der Vermieter über die Beweismittel zum Nachweis der Missbräuchlichkeit des Mietzinses.

Selbst in den nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung ergangenen Entscheiden leitet das Bundesgericht die Mitwirkungspflicht des Vermieters weiterhin allein aus dem Prinzip von Treu und Glauben ab. Die Art. 160 ff. ZPO finden in diesem Zusammenhang keine Erwähnung,<sup>58</sup> obwohl sie eine allgemeine Mitwirkungspflicht für Parteien und Dritte betreffend alle Beweismittel und unabhängig von der anwendbaren Prozessmaxime<sup>59</sup> vorsehen und dem Gericht erlauben, die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 164 ZPO). Wir sind der Ansicht, dass die Mitwirkungspflicht des Vermieters nunmehr einen Anwendungsfall dieser Bestimmungen darstellt.<sup>60</sup>

Formell ändert die Mitwirkungspflicht nichts an der Beweislastverteilung: Bleibt die Behauptung, die Nettorendite sei übersetzt, unbewiesen, unterliegt der Mieter im Verfahren. Die Mitwirkungspflicht – oder besser gesagt: deren Nichtbeachtung durch den Vermieter – entfaltet ihre Konsequenzen zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich dem der Beweiswürdigung.<sup>61</sup>

Die Rechtsprechung für den Fall, dass der Mieter geltend macht, der angefochtene Anfangsmietzins erlaube dem Vermieter die Erzielung eines übersetzten Ertrags, kann als gefestigt bezeichnet werden. Wie ist nun aber die Lage, wenn der Mieter geltend macht, der Anfangsmietzins liege über den orts- und quartierüblichen Mietzinsen? Sucht man darauf eine Antwort, stösst man ziemlich schnell auf ein äusserst umstrittenes Urteil des Bundesgerichts vom 6. Dezember 2013<sup>62</sup> (welches, wie wir dank THOMAS KOLLER wissen,

<sup>56</sup> BGer, 19.02.2009, 4A\_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25; BGE 122 III 257 E. 4b; LACHAT (Fn. 1), S. 428; FETTER (Fn. 30), Rz. 517; ZK OR-HIGI, Art. 270 N 86.

<sup>57</sup> BGer, 01.03.2016, 4A\_465/2015, E. 4.5; BGer, 15.02.2016, 4A\_461/2015, E. 3.3; siehe auch: PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, Fixation du loyer initial admissible lorsque le bailleur ne fournit pas les pièces nécessaires au calcul de rendement net (arrêt 4A\_461/2015), Newsletter Bail.ch, April 2016.

<sup>58</sup> BGE 142 III 568 E. 2.1=DB 2016 N 19; BGer, 15.02.2016, 4A\_461/2015, E. 3.2.

<sup>59</sup> BK ZPO II-RÜETSCHI, Vorbem. Art. 160-167 N 11.

<sup>60</sup> So auch: KGer NE, 02.02.2016, CACIV.2015.27, E. 5.

<sup>61</sup> BGer, 19.02.2009, 4A\_576/2008, E. 2.4=DB 2009 N 25; BGE 122 III 257 E. 4b; LACHAT (Fn. 1), S. 428; FETTER (Fn. 30), Rz. 517; ZK OR-HIGI, Art. 270 N 86.

<sup>62</sup> BGE 139 III 13. Kritisch dazu: PHILIPPE CONOD, Contestation du loyer initial: fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels dans la formule officielle, Newsletter Bail.ch, Februar 2013, S. 3 f., sowie BEAT ROHRER, Urteil des

gelegentlich auch als «Samichlaus-Urteil» bezeichnet wird<sup>63</sup>). Darin hat das Bundesgericht die Beschwerde eines Mieters gutgeheissen, der einen gegenüber dem Vormietzins um 43 % erhöhten Anfangsmietzins angefochten hat, den Beweis der orts- und quartierüblichen Mietzinse jedoch nicht hatte erbringen können. Das Bundesgericht hat erwogen, dass es im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Vermieters ebendiesem oblegen hätte, fünf Vergleichsobjekte vorzubringen, um den orts- und quartierüblichen Mietzins zu bestimmen, zumal der Anfangsmietzins mehr als 10 % über dem Niveau des Vormietzinses lag.<sup>64</sup> Uns scheint jedoch, dass das Bundesgericht hier in Wirklichkeit eine Vermutung eingeführt hat, wonach Anfangsmietzinse, die unter der Begründung der Orts- und Quartierüblichkeit um mehr als 10 % gegenüber den Vormietzinsen erhöht werden, missbräuchlich sind, und das Urteil somit auf die Frage nach der Mitwirkungspflicht des Vermieters bei der Bestimmung der orts- und quartierüblichen Mietzinse keine Antwort enthält.<sup>65</sup>

Wie dem auch sei: Mit der Einführung der Art. 160 ff. ZPO wären eigentlich keine dogmatischen Verrenkungen mehr nötig, um die Mitwirkungspflicht des Vermieters zu begründen. In der Praxis besteht jedoch ein entscheidender Unterschied gegenüber dem Fall, in welchem der Mieter eine übersetzte Nettorendite geltend macht: Während man vom Vermieter grundsätzlich erwarten kann, dass er über die zur Berechnung der Nettorendite nötigen Dokumente verfügt,<sup>66</sup> ist dies nicht unbedingt der Fall für die fünf zur Bestimmung der orts- und quartierüblichen Mietzinse nötigen Vergleichsobjekte.<sup>67</sup> Dementsprechend kann sich der Mieter in diesem Fall weniger darauf verlassen, dass der Vermieter im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht die nötigen Dokumente liefern wird.

---

Bundesgerichts 4A\_491/2012 vom 6. Dezember 2012, BGE 139 III 13=MRA 2/2013, S. 15 ff.

<sup>63</sup> THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, ZBJV 150 (2014), S. 917 ff., 938.

<sup>64</sup> BGE 139 III 13 E. 3.2.

<sup>65</sup> Ähnlich sieht dies auch THOMAS KOLLER. Für ihn handelt es sich jedoch um eine Umkehr der Beweislast, nicht um eine Vermutung. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Rechtsinstituten ist in der Praxis jedoch belanglos: BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 16 Rz. 41 ff.

<sup>66</sup> BGer, 15.02.2016, 4A\_461/2015, E. 4.1.

<sup>67</sup> So auch: FETTER (Fn. 30), Rz. 521; DAÏNA (Rz. 39), S. 101.

## V. Rechtshindernde Tatsachen

### A. Luxusobjekt

Welche Argumente kann der Vermieter nun dem Mieter entgegenhalten? Er kann einmal geltend machen, der angefochtene Mietzins falle gar nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen. Insbesondere kann er einwenden, das Mietobjekt sei eine luxuriöse Wohnung oder ein luxuriöses Einfamilienhaus mit sechs oder mehr Wohnräumen (Art. 253b Abs. 2 OR). Unserer Ansicht nach handelt es sich dabei um eine rechtshindernde Tatsache, denn der Gesetzgeber hat die Bestimmung negativ formuliert («Die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269 ff.) *gelten* [...] *nicht* für...») [Hervorhebung hinzugefügt]). Es dürfte sich somit um eine Ausnahmebestimmung handeln: Die zusätzlich zu den rechtsbegründenden Tatsachen auftretende Tatsache, dass es sich um ein Luxusobjekt handelt, lässt das Recht auf Mietzinsenkung ausnahmsweise nicht entstehen.<sup>68</sup>

Auf den Begriff des «Luxusobjekts» im Sinne von Art. 253b Abs. 2 OR möchten wir hier noch kurz etwas näher eingehen: Ein Mietobjekt fällt unter diese Bestimmung, sofern zwei Bedingungen erfüllt sind, nämlich die Mindestanzahl von sechs Wohnräumen, Küche nicht eingerechnet, und die luxuriöse Ausstattung.<sup>69</sup> Der Mietzins solcher Objekte wird allein durch den Markt bestimmt.<sup>70</sup> Um den Anwendungsbereich der Bestimmungen zum Schutz gegen missbräuchliche Mietzinse nicht über Gebühr einzuschränken, ist der Begriff des «Luxus» eng auszulegen: Das übliche Niveau des Komforts muss klar überschritten sein. Hinweise auf den luxuriösen Charakter sind die Verwendung von Marmor im Eingangsbereich, ein Schwimmbad und/oder eine Sauna, mehrere Badezimmer/Duschgelegenheiten, besonders grosszügige Zimmer oder eine besonders grosse Gesamtfläche, Umschwung oder eine besonders geschützte Umgebung. Es reicht nicht aus, wenn nur eines oder einige wenige dieser Merkmale vorhanden sind. Der Luxus muss sich aus den gesamten Umständen ergeben.<sup>71</sup> Da es sich bei den Merkmalen

<sup>68</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 28 f. Rz. 70.

<sup>69</sup> BGer, 11.01.2016, 4A\_257/2015, E. 3.1; BGer, 16.03.2004, 4C.5/2004, E. 4.1=Sem. Jud. 2004 I 385=DB 2005 N 7; BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 6; CR CO I-LACHAT, Art. 253b OR N 5; ZK OR-HIGI, Art. 253a-253b N 66.

<sup>70</sup> BGer, 11.01.2016, 4A\_257/2015, E. 3.1; BGer, 16.03.2004, 4C.5/2004, E. 4.1=Sem. Jud. 2004 I 385=DB 2005 N 7; BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 6; ZK OR-HIGI, Art. 253a-253b N 66.

<sup>71</sup> BGer, 11.01.2016, 4A\_257/2015, E. 3.1; BGer, 16.03.2004, 4C.5/2004, E. 4.2=Sem. Jud. 2004 I 385=DB 2005 N 7; BSK OR I-WEBER, Art. 253a/253b N 7; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 253b OR N 10; CR CO I-LACHAT, Art. 253b OR N 5; ZK OR-HIGI, Art. 253a-253b N 75.

des Luxus wie dargelegt um rechtszerstörende Tatsachen handelt, trifft den Vermieter die Beweislast für deren Vorhandensein.<sup>72</sup>

## B. Andere Berechnungsmethode

Kann der Vermieter zur «Verteidigung» dem Mieter auch eine andere Methode zur Berechnung des Mietzinses entgegenhalten, nach welcher der angefochtene Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist? Die Beantwortung dieser Frage setzt voraus, dass wir uns kurz mit dem Verhältnis zwischen den verschiedenen Kriterien beschäftigen: Das Kriterium der Nettorendite hat grundsätzlich Vorrang gegenüber anderen.<sup>73</sup> Macht der Mieter geltend, die Nettorendite sei übersetzt, kann der Vermieter eigentlich nur den vom Mieter vorgebrachten Sachverhalt bestreiten. Dieser Grundsatz kennt jedoch Ausnahmen. In einigen Fällen ist das Kriterium der Nettorendite nicht ausschlaggebend und der Vermieter kann eine andere Methode einwenden, wie wir nachfolgend besprechen werden.

Wie hiervor bereits erwähnt, ist der Vermieter in jenen Kantonen, die eine Formularpflicht für den Abschluss eines Mietvertrags vorsehen,<sup>74</sup> an die im Formular angegebenen Erhöhungsgründe gebunden.<sup>75</sup> Somit kann er als rechtshindernde Tatsachen nur jene Argumente geltend machen, welche er bereits im Formular als Erhöhungsgründe angegeben hat.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 29 Rz. 71.

<sup>73</sup> PETER ZAHRADNIK, Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht, mp 2014, S. 267 ff., 282; BGE 124 III 310 E. 2b; BGer, 11.10.2011, 4A\_276/2011, E. 5.4.

<sup>74</sup> Gegenwärtig handelt es sich dabei um die Kantone Genf, Waadt, Neuenburg, Freiburg, Zug, Zürich und Nidwalden: ZAHRADNIK (Fn. 73), Fn. 72. Im Kanton Basel-Stadt wurde am 10. Juni 2018 eine Volksinitiative, die die Einführung der Formularpflicht vorsieht, mit einem Ja-Stimmenanteil von über 72% angenommen (Kantonale Volksinitiative «Mieterschutz beim Einzug (JA zu bezahlbaren Neumieten)»: [http://www.staatskanzlei.bs.ch/politische-rechte/initiativen/zustandgekommen.html#page\\_section3\\_section4](http://www.staatskanzlei.bs.ch/politische-rechte/initiativen/zustandgekommen.html#page_section3_section4); letzte Konsultation: 13.06.2018). Wann die Formularpflicht in Kraft treten wird, war bei Redaktionsschluss des vorliegenden Beitrags noch nicht bekannt.

<sup>75</sup> Zur Frage, ob der Vermieter auch einen unveränderten Anfangsmietzins zu begründen hat, siehe: FRANÇOIS BOHNET, Muss bei Abschluss eines neuen Mietvertrages der Mietzins auch dann unter Verwendung des offiziellen Formulars begründet werden, wenn der Mietzins gegenüber dem vorherigen Mieter unverändert geblieben ist? CdB 2017, S. 33 ff.

<sup>76</sup> FETTER (Fn. 30), Rz. 484.

## 1. *Bruttorendite*

Wenn es sich beim Mietobjekt um eine «neuere Baute» im Sinne von Art. 269a Bst. c OR handelt, ist der Anfangsmietzins nur missbräuchlich, wenn die *Bruttorendite* übersetzt ist.<sup>77</sup> Eine «neuere Baute» ist ein Mietobjekt, das vor weniger als zehn Jahren erstellt (oder totalsaniert) worden ist.<sup>78</sup> Als *Bruttorendite* wird das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen dem Nettomietzins und dem gesamten investierten Kapital (also ohne Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital) bezeichnet.<sup>79</sup> Letzterer Wert ist mit den Anlagekosten (Art. 15 VMWG) identisch.<sup>80</sup> Am Anfang der Lebensdauer einer Immobilie können die Betriebs- und Unterhaltskosten kaum zuverlässig ermittelt werden. Deshalb sind diese in pauschalisierter Form zu berücksichtigen, indem der zulässige Renditesatz erhöht wird. Dieser liegt bei maximal 2-2,5 % über dem Referenzzinssatz.<sup>81</sup>

Die nicht-missbräuchliche *Bruttorendite* ist in dieser Konstellation rechtshindernd, weil sie dem Recht des Mieters auf Senkung des Anfangsmietzinses aufgrund eines übersetzten Nettoertrags entgegensteht. Zur Berechnung der *Bruttorendite* gegenüber der *Nettorendite* sind keine zusätzlichen Tatsachen relevant. Der Vermieter hat also nur das Alter seiner Liegenschaft zu beweisen: Wenn der Mieter die Tatsachen, aus welchen die übersetzte *Nettorendite* hervorgeht, nicht beweisen kann, verliert er den Prozess sowieso. Allerdings hat ihm der Vermieter in aller Regel im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht die dazu nötigen Beweismittel zur Verfügung zu stellen.<sup>82</sup>

## 2. *Orts- und quartierübliche Mietzinse*

Wenn es sich beim Mietobjekt um eine Altbaute handelt, kann der Vermieter einwenden, der Mietzins entspreche den orts- oder quartierüblichen Mietzinse (Art. 269a Bst. a OR).<sup>83</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist unter einer Altbaute ein Mietobjekt zu verstehen, welches «vor mehreren

<sup>77</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 30 Rz. 72; FETTER (Fn. 30), Rz. 485.

<sup>78</sup> BSK OR I-WEBER, Art. 269a N 14; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 10; LACHAT (Fn. 1), S. 489; ZK OR-HIGI, Art. 269a N 146; *contra*: SVIT-K, Art. 269a OR N 88; für die Autoren des SVIT-Kommentars ist ein Mietobjekt «neuer», sofern es weniger als 15 Jahre alt ist.

<sup>79</sup> BSK OR I-WEBER, Art. 269a N 13; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 103; LACHAT (Fn. 1), S. 490; ZK OR-HIGI, Art. 169a N 152 f.

<sup>80</sup> CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 102 f.; SVIT-K, Art. 269a OR N 87; ZK OR-HIGI, Art. 269a N 152.

<sup>81</sup> CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 106; BGE 118 II 124 E. 5.

<sup>82</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 30 Rz. 72.

<sup>83</sup> FETTER (Fn. 30), Rz. 485.

Jahrzehnten gebaut[...] oder erworben[...]» worden ist.<sup>84</sup> Unter «vor mehreren Jahrzehnten» ist eine Zeitspanne von 30 Jahren oder mehr zu verstehen.<sup>85</sup> Der Vermieter kann in diesem Fall dem Mieter als rechtshindernde Tatsachen das Alter des Mietobjekts und den orts- oder quartierüblichen Mietzins entgegenhalten, wofür er die Beweislast trägt. In der Praxis dürfte dieser Fall allerdings selten sein, denn der Mieter wird den Nettomietzins kaum beweisen können, da die Beschaffung derart alter Dokumente nur sehr schwer möglich sein dürfte. Diese Beweisschwierigkeiten sind denn auch einer der Gründe, weshalb die orts- und quartierüblichen Mietzinse bei Altbauten Vorrang haben<sup>86</sup>. Ist dem Mieter bekannt, dass das Mietobjekt schon seit Jahrzehnten dem Vermieter gehört, wird er den Mietzins wohl von Anfang an mit dem Argument der Überschreitung der orts- und quartierüblichen Mietzinse anfechten.

### 3. *Nettorendite*

Nun kann der Mieter nicht nur den übersetzten Ertrag geltend machen, sondern auch die Überschreitung der orts- und quartierüblichen Mietzinse. In diesem Fall kann der Vermieter einwenden, er erreiche nur eine ungenügende Nettorendite.<sup>87</sup> In dieser Konstellation ist der Umstand, dass die Nettorendite tiefer liegt als der um ein halbes Prozent erhöhte Referenzzinssatz, rechtshindernd. Der Vermieter trägt also die Beweislast für die Tatsachen, aus welchen die Nettorendite hervorgeht.<sup>88</sup>

## VI. **Schlussfolgerungen**

Zur Überprüfung der Mietzinse hat der Gesetzgeber ein kompliziertes System von Regeln und Ausnahmen und manchmal gar von Ausnahmen von den Ausnahmen vorgesehen. Die gleiche Regel kann je nach Situation rechtsbegründend oder rechtshindernd sein. Dementsprechend trifft je nach Situation den Mieter oder den Vermieter die Beweislast für ein- und denselben Sachverhalt.

Diese Lösung entspricht dem Grundgedanken der Beweislastverteilung, das Risiko eines wegen unvollständig gebliebener Sachverhaltsfeststellung materiell unrichtigen Urteils derjenigen Partei aufzuerlegen, für welche dies am wenigsten unbillig erscheint, nur schlecht. Es ist nicht einzusehen, inwiefern

---

<sup>84</sup> BGE 140 III 433 E. 3.1.2.

<sup>85</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 30 Rz. 72.

<sup>86</sup> BGE 139 II 13 E. 3.1.2.

<sup>87</sup> FETTER (Fn. 30), Rz. 486.

<sup>88</sup> BOHNET/JEANNIN (Fn. 8), S. 31 Rz. 73.

es unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheint, wenn je nach Situation einmal der Mieter und einmal der Vermieter die Beweislast für ein- und dieselben Tatsachen trägt, obwohl in der Praxis in den allermeisten Fällen sowieso nur der Vermieter über das nötige Beweismaterial verfügt.

Die Lösung ist vom dogmatischen Gesichtspunkt aus gesehen unbefriedigend und würde zudem in der Praxis ohne Korrektur zum systematischen Unterliegen des Mieters bei Anfechtung des Anfangsmietzinses und somit zur faktischen Unanwendbarkeit einer wichtigen Bestimmung zum Schutz gegen missbräuchliche Mietzinse führen. Dem hat die Rechtsprechung durch Herleitung einer Mitwirkungspflicht des Vermieters an der Beweisaufnahme aus dem Prinzip von Treu und Glauben entgegengewirkt. Der Vermieter hat die Dokumente zu liefern, die zum Beweis der rechtserheblichen Tatsachen nötig sind und über welche nur er verfügt. Das Gericht kann im Rahmen der Beweiswürdigung eine Verletzung dieser Mitwirkungspflicht in Betracht ziehen und daraus ableiten, dass der Mietzins in Wirklichkeit missbräuchlich ist. Diese Rechtsprechung kann nunmehr auch auf Art. 160 ff. ZPO abgestützt werden. Dogmatisch handelt es sich dabei, wie das Bundesgericht jeweils betont, nicht um eine Beweislastumkehr, sondern um eine wichtige Abmilderung für den Mieter, welche im Endeffekt einer Umkehr der Beweislast sehr nahe kommt.