

[2 | 2021]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

FRANÇOIS BOHNET / BLAISE CARRON
LORIS MAGISTRINI / MAGALIE WYSSEN
TATIANA GURBANOV / MAUD VOLPER
CÉSAR MONTALTO / XAVIER RUBLI
ISABELLE SALOMÉ DAÏNA / CLÉMENCE MORARD-PURRO
MAUDE ROY GIGON / VIRGINIE RODIGARI
NATASA DJURDJEVAC HEINZER / SARAH PERRIER
PLACIDUS PLATTNER / BLAISE CARRON

Formation en droit du bail /
Prozessieren im Mietrecht SEITE / PAGE 54

RETO HEIZMANN

Verbot des Geoblockings:
massvolle Fortentwicklung
des Lauterkeitsrechts SEITE / PAGE 72



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	51
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	53

THEMA / QUESTION DU JOUR

Formation en droit du bail / Prozessieren im Mietrecht	
François Bohnet/Blaise Carron Introduction	54
Loris Magistrini/Magalie Wyssen Punaises de lit et droit du bail	54
Tatiana Gurbanov/Maud Volper Le droit du bail confronté aux plateformes de location de logements «entre particuliers» en ligne	57
César Montalto/Xavier Rubli Loyers abusifs et rendement net	59
Isabelle Salomé Daïna/Clémence Morard-Purro La pénurie en droit du bail	61
Maude Roy Gigon/Virginie Rodigari Pluralité de locataires, pluralité de problèmes? Petit vade-mecum	63
Natasa Djurdjevic Heinzer/Sarah Perrier Slogans aux balcons, que dit le droit du bail?	66
Placidus Plattner/Blaise Carron Mietrecht und Immobilientransaktionen	68
Reto Heizmann Verbot des Geoblockings: massvolle Fortentwicklung des Lauterkeitsrechts	72

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Antoine Berthoud Évaluation des titres non cotés des sociétés d'avocats - questions choisies	81
Johanna Busmann Schlendrian in der Kanzlei beweist schlechte Führung	89

RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE

SAV - KANTONALE VERBÄNDE / FSA - ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	95
---	----

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
24. Jahrgang 2021/24^e année 2021
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)
Kochergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Färberstrasse 4, CH-8832 Wollerau
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33
patrick.sutter@klgp.ch

Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKU)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 82
medlavermarktung@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 233.-, EUR 271.- (Print und Online);
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 123.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 28.-, EUR 28.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel «Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat» by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

MIETRECHT UND IMMOBILIENTRANSAKTIONEN

PLACIDUS PLATTNER

lic. iur., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht,
Wenger Plattner, Küssnacht¹

BLAISE CARRON

Prof. Dr. iur., LL. M. (Harvard), Professor an der Universität Neuchâtel,
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Fachanwalt SAV Mietrecht

Stichworte: Mietrecht, Grundstückkauf, Immobilientransaktionen, Immobilienbewertung

Die Mieteinnahmen bilden bei Anlageimmobilien (im Wesentlichen: Häuser mit Mietwohnungen und/oder vermieteten Geschäftsräumen) die wesentliche Basis der Bewertung. Dementsprechend stellt sich für potenzielle Käufer (und im Rahmen von Bewertungen) die Frage, ob die Angaben zu den aktuellen bzw. künftigen Mieterträgen zutreffen. Häufig wird bei Verkäufen ein «Mietzinspotenzial» angepriesen und für den potenziellen Käufer stellt sich diesfalls die Frage, ob dieses Potenzial realisiert werden kann.²

I. Bedeutung der Mieteinnahmen für den Kaufpreis bzw. die Bewertung

Immobilien kann man auf sehr unterschiedliche Weise bewerten, z. B. durch Vergleiche mit ähnlichen Immobilien (Vergleichswertmethode), durch die Bewertung von Baubsubstanz und Land (Substanzwertmethode) oder durch auf Ertragswerten basierende Methoden. In der Praxis hat sich für Anlageimmobilien, d. h. bei Immobilien, die zu Anlagezwecken erworben bzw. gehalten werden, die Discounted-Cashflow-Methode (DCF) durchgesetzt.

Bei der DCF-Methode werden – stark vereinfacht ausgedrückt – die Zahlungsüberschüsse (Cashflow) ermittelt und anschliessend diskontiert. Der so ermittelte DCF-Wert sollte – idealerweise – den Anlagekosten des Käufers (bzw. dem Verkaufspreis abzüglich Transaktionskosten) entsprechen. Der effektive Preis – im Sinne des Verkehrswerts bzw. Marktpreises – ist aber natürlich auch von Faktoren abhängig, die wenig mit dem DCF-Wert zu tun haben, z. B. Anlagendruck bzw. alternative Anlagemöglichkeiten, spezifische Verhältnisse der Parteien etc. Ungeachtet dieser subjektiven Bewertungselemente bildet der Cashflow bei der Preisbildung von Anlageimmobilien aber normalerweise die Basis für die Wert- bzw. Preisermittlung.

Für die Ermittlung des Cashflows sind einerseits die Mittelzuflüsse (Einnahmen unter Berücksichtigung der Einnahmeausfälle wie Leerstandskosten) und andererseits die Mittelabflüsse (Ausgaben) zu berücksichtigen. Neben den Betriebskosten zählen zu diesen Ausgaben auch die Unterhalts- und Erneuerungskosten inkl. Investi-

tionen und ggf. Baurechtszinsen, Versicherungsprämien, Liegenschaftssteuern und dergl.³

Angesichts dieser wirtschaftlichen Ausgangslage besteht die Aufgabe des Rechtsberaters insbesondere darin, zu prüfen, ob die der Bewertung zugrunde liegenden Mieterträge eine entsprechende rechtliche bzw. vertragliche Grundlage haben (unter Berücksichtigung des zwingenden Mietrechts).

Im Folgenden werden beispielhaft entsprechende Prüfpunkte aus mietrechtlicher Sicht dargestellt (ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit).

II. Knackpunkte auf der Einnahmenseite

1. Mietzinsniveau

In Verkaufsunterlagen, insbesondere bei älteren Bauten, wird häufig mit einem Mietzinspotenzial geworben (z. B. «Mietzinse 30% unter der Marktmiete»). Die «Marktmiete» ist indessen im Mietrecht keine relevante Grösse. Der Vermieter ist nicht berechtigt, bestehende Mietzinse unter Hinweis auf die «Marktmiete» zu erhöhen oder Mietern mit dem Hinweis, er wolle zu Marktmieten neu vermieten,

¹ Placidus Plattner war als Dozent an der «Formation droit du bail 2019/2020 avocats spécialistes FSA» beteiligt.

² Dieser – entsprechend aktualisierte – Kurzbeitrag basiert auf einem Tagungsbeitrag der Autoren im Rahmen des 18^{ème} Séminaire sur le droit du bail (Contrat de bail et valorisation immobilière, in: 18^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuenburg 2014, S. 1 ff.). In einem zentralen Punkt (Referenzzinssatz) hat sich seither eine Änderung der Rechtsprechung ergeben, vgl. nachfolgend II./2.; in einem zweiten zentralen Punkt hat das Bundesgericht eine strittige Frage geklärt (Anwendungsbereich von Art. 261 OR, vgl. nachfolgend III./1.).

³ Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Fremdfinanzierungskosten hier nicht zu berücksichtigen sind, weil die Immobilie grundsätzlich unabhängig von einer bestimmten Finanzierung bewertet wird.

zu kündigen. In rechtlicher Hinsicht stellt sich diesfalls also die Frage nach den zulässigen Mietzinsen bzw. Renditen («Nettorendite» i.S.v. Art. 269 OR⁴ bzw. bei «neueren Bauten» nach der «Bruttorendite» i.S.v. Art. 269a lit. c OR⁵).

In Kenntnis der mietrechtlich zulässigen Rendite wäre also zu prüfen, ob Mietzinserhöhungen bei bestehenden Mietverhältnissen und/oder bei Neuvermietungen zulässig bzw. ob entsprechende Erhöhungen erfolgreich anfechtbar wären.⁶

Bei langjährigen Mietverhältnissen ist sodann zu berücksichtigen, dass diese – infolge der stetigen Senkung des Referenzzinssatzes – regelmässig ein erhebliches Senkungspotenzial gestützt auf die relativen Kriterien aufweisen. Diesfalls stellt sich die Frage, ob der Vermieter entsprechende Senkungsbegehren gestützt auf absolute Kriterien abwenden könnte.⁷

In Bezug auf «Mietzinspotenziale» ist sodann folgendes zu berücksichtigen: Falls der Kaufpreis darauf beruht, dass ein Mietzinspotenzial kurzfristig durch Neuvermietungen (und ggf. Kündigungen, vgl. Fn. 6) ausgeschöpft werden soll, stellt sich die Frage, ob dieser Kaufpreis nicht im Sinne von Art. 269 OR «offensichtlich übersetzt» sein könnte und folglich bei der Renditeberechnung nicht vollumfänglich berücksichtigt werden dürfte.⁸

2. *Formulare betreffend Anfangsmietzins*

Wenn in einem Gebiet die Pflicht besteht, den Anfangsmietzins auf dem amtlichen Formular mitzuteilen (Art. 270 Abs. 2 OR), stellt sich dem potenziellen Käufer die Frage, ob er die erforderlichen Mittel erhält, um die (rechtzeitige) Zustellung/Übergabe des (inhaltlich hinreichenden) Formulars beweisen zu können. Falls das Formular nicht übergeben worden sein sollte bzw. falls ein entsprechender Beweis nicht möglich ist, wären die Konsequenzen potenziell einschneidend: Die Abrede über die Höhe des Mietzinses wäre nichtig, und die Höhe des Mietzinses könnte gerichtlich festgesetzt werden. Der Mangel ist nach herrschender Lehre nicht heilbar.⁹

Für den Käufer hat sich die diesbezügliche Situation dadurch etwas entschärft, als das Bundesgericht mit Urteil vom 26.10.2020 seine – langjährige – Rechtsprechung zur Nettorenditeberechnung in zwei entscheidenden Punkten angepasst hat:¹⁰ Erstens wurde der massgebliche Zinssatz erhöht, nämlich von 0,5% über dem Referenzzinssatz auf 2,0% über dem Referenzzinssatz (bis zu einem Referenzzinssatz von 2%); die entsprechende maximal zulässige «Nettorendite» beträgt daher aktuell neu 3,25% statt bisher 1,75%.¹¹ Zweitens können die investierten Eigenmittel vollständig der Teuerung angepasst werden (bisher nur max. 40% der Anlagekosten).¹²

Da der Mietzins im Falle der Nichtigkeit vom Richter in Anwendung der absoluten Methode festzulegen ist, hat sich die Position des Käufers durch diese Änderung der Rechtsprechung entsprechend verbessert.¹³ Das Problem (bzw. Kostenrisiko), das mit einem Prozess einhergeht, bleibt aber bestehen und sollte bei der Bewertung bzw. Kaufpreisfestsetzung berücksichtigt werden.

III. *Knackpunkte auf der Ausgabenseite*

1. *Mietzinsherabsetzungen und Rückforderungen*

Bei Handänderungen sieht das Gesetz (Art. 261 OR) vor, dass das Mietverhältnis auf den Erwerber übergeht. Gemäss herrschender Lehre gilt allerdings die Spaltungstheorie, wonach Rechte und Pflichten, die den Zeitraum vor der Eigentumsübertragung betreffen, beim Veräusserer verbleiben.¹⁴

Obwohl Art. 261 OR (mit Ausnahme von Abs. 3) grundsätzlich als zwingend betrachtet wird,¹⁵ dürfte dies auf die Spaltungstheorie nicht zutreffen, sodass der Erwerber die Mietverhältnisse integral übernehmen könnte («mit allen Rechten und Pflichten»)¹⁶ Im Falle einer solchen integralen Übernahme wäre der Erwerber indessen gut beraten, zu prüfen, ob entsprechende Ansprüche der Mieter bestehen bzw. er sollte sich allenfalls entsprechende Zusicherungen bzw. Garantien vom Verkäufer geben lassen.

4 Gemäss der betriebswirtschaftlich üblichen Terminologie handelt es sich um die Eigenkapitalrendite; vgl. zum Ganzen SVIT-Kommentar/ROHRER, Art. 269 OR N 5 ff., CPra Bail-BOHNET, Art. 269 OR N 6 ff.; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 461 ff.

5 Gemäss der betriebswirtschaftlich üblichen Terminologie handelt es sich eher um eine Nettorendite; vgl. zum Ganzen SVIT-Kommentar/ROHRER, Art. 269a OR N 88 ff., CPra Bail-BOHNET/BROQUET, Art. 269a OR N 96 ff.; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 533 ff.

6 Soweit ausschliesslich von einer Fortsetzung bestehender Mietverhältnisse auszugehen wäre, kämen selbstverständlich nur Mietzinserhöhungen gestützt auf relative Kriterien in Betracht. Denkbar wäre indessen grundsätzlich eine Kündigung zur Ertragsoptimierung, in welchem Fall (bzw. hinsichtlich der Frage, ob eine solche Kündigung zulässig ist) die absoluten Kriterien relevant wären, vgl. Mietrecht für die Praxis/THANEI, S. 788 f.

7 Vgl. nachfolgend III./1.

8 Vgl. zum Ganzen SVIT-Kommentar/ROHRER, Art. 269 OR N 17 ff., CPra Bail-BOHNET, Art. 269 OR N 42 ff.; Mietrecht für die Praxis/BRUTSCHIN, S. 473 ff. Massgebende Grundlage für die Überprüfung des Kaufpreises ist zwar gemäss herrschender Lehre die orts- und quartierübliche Miete (die notorisch schwierig zu beweisen ist). Ob dies auch bei einer Kaufpreisbildung unter Berücksichtigung eines grösseren «Potenzials» gelten würde, ist u.E. indessen offen.

9 Vgl. zum Ganzen: SVIT-Kommentar/ROHRER, Art. 270 OR N 43 (mit Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung), CPra Bail-DIETSCHY-MARTENET, Art. 270 OR N 81 ff.; Mietrecht für die Praxis/OESCHGER/ZAHRADNIK, S. 408 ff.

10 BGer 4A_554/2019 E. 8.4.

11 Was gilt, falls bzw. wenn der Referenzzinssatz auf 2,25% steigt, ist (noch) offen.

12 BGer 4A_554/2019, E. 8.3; dies ist insbesondere wichtig für Vermieter mit regulatorischen Vorgaben, denen es nicht erlaubt ist, sich zu 60% fremdzufinanzieren (z. B. Vorsorgeeinrichtungen, vgl. Art. 54b Abs. 2 BVV 2, Fremdfinanzierungsgrenze von 30%).

13 Diesbezüglich ist zu ergänzen, dass im vorliegenden Szenario nur die Festsetzung aufgrund der Brutto- bzw. Nettorendite in Betracht kommt. Eine «Altliegenschaft», bei der auf das Kriterium der Orts- oder Quartierüblichkeit abzustellen wäre, würde erst 30 Jahre nach dem Erwerb vorliegen (BGE 144 III 514 E. 3.2).

14 Vgl. SVIT-Kommentar/BÄTTIG, Art. 261-261a OR N 11, CPra Bail-MARCHAND, Art. 261 OR N 26; Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, S. 652 f. (kritisch).

15 Vgl. SVIT-Kommentar/BÄTTIG, Art. 261-261a OR N 1, CPra Bail-MARCHAND, Art. 261 OR N 8; Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, S. 649.

16 Vgl. dazu WYTTENBACH, Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR), mp 2011 S. 1 ff., 8.

Art. 261 OR birgt beim Immobilienkauf indessen noch ein weiteres Risiko für den Käufer: Das Bundesgericht hat kürzlich entschieden, dass Art. 261 OR nicht nur für Mietverhältnisse gilt, bei denen die Mietobjekte vom Mieter übernommen wurden, sondern – entsprechend dem Gesetzeswortlaut – bereits ab Abschluss des Mietvertrages.¹⁷ Dies schützt zwar den Mieter besser und ist z. B. beim Kauf eines erst im Bau befindlichen Objekts auch für den Käufer nützlich. Indessen leidet wegen der fehlenden Publizität die Rechtssicherheit, und der Käufer könnte mit Mietern konfrontiert werden, von denen er nichts gewusst hat. Dementsprechend ist dem Käufer zu empfehlen, sich bestätigen zu lassen, dass der Mieterspiegel abschliessend ist bzw. dass alle geltenden (inkl. bedingten) Mietverträge offengelegt wurden.

2. Nebenkosten

Die Frage, ob und inwieweit die Nebenkosten auf die Mieter überwältigt werden können, ist im Rahmen einer DCF-Betrachtung von wesentlicher Bedeutung. Wenn wir beispielsweise bei einem Geschäftsraum von einer Nettomiete von CHF 300.-/m²/Jahr ausgehen und von Nebenkosten von CHF 40.-/m²/Jahr, betragen die Nebenkosten über 13% der Nettomiete. Angesichts der vermietetseitigen Margen bzw. Renditen wird deutlich, dass die Liegenschaft für den Käufer wohl zu einem Verlustgeschäft würde, wenn er die Nebenkosten entgegen seiner Annahme nicht überwälzen könnte.

Obwohl die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum entsprechenden Art. 257a Abs. 2 OR als gefestigt gelten darf, kommt es in der Praxis immer wieder vor, dass die Nebenkostenkataloge den diesbezüglichen Anforderungen nicht entsprechen (d. h. nicht detailliert und objektbezogen ausgestaltet sind).¹⁸

Nicht restlos klar ist, wann eine – an sich detaillierte – Nebenkostenaufzählung, die Positionen enthält, die in der Mietliegenschaft nicht vorkommen, den Charakter einer «besonderen Vereinbarung» verliert (z. B. wenn in einer Liste, die 18 Punkte umfasst, die Wartung für Rolltreppen und automatische Türen sowie für eine Sprinkleranlage erwähnt wird, obwohl diese Anlagen bzw. Installationen gar nicht vorhanden sind). Das Bundesgericht hielt dazu in BGER 4A_185/2009 E. 2.4.3 Folgendes fest: «Ohnehin gilt auch hier, dass die Beschwerdeführer [Mieter] nach Treu und Glauben nicht die ganze Liste als nicht gültig vereinbart betrachten durften, nur weil eine Position eine gewisse Unsicherheit beinhaltet.»¹⁹ Damit bleibt aber auch offen, wie viele (relativ bzw. absolut betrachtet) nicht anwendbare Positionen aufgeführt sein dürfen, ohne dass der Charakter einer «besonderen Vereinbarung» verloren geht.

3. Double- und Triple-Net-Verträge

Insbesondere bei längerfristigen Geschäftsmietverhältnissen über ganze Gebäude («Single Tenant») werden gelegentlich sogenannte Double-Net- bzw. Triple-Net-Mietverträge verwendet.²⁰ In der Praxis stellen wir fest, dass die Vorstellungen darüber, was ein Double-Net- bzw. ein

Triple-Net-Vertrag ist, teilweise weit auseinander gehen.²¹ Es ist also jeweils zu prüfen, was sich hinter dem Titel (Double-Net bzw. Triple-Net) im Einzelnen für eine Pflichtentlastung verbirgt.

In Bezug auf solche Verträge ist höchstrichterlich auch nicht geklärt, ob die Abweichungen von der gesetzlichen Pflichtentlastung – im Lichte von Art. 256 Abs. 2 lit. b OR – zulässig sind bzw. welche Anforderungen ggf. einzuhalten sind.²² Den Vertragsredaktoren ist daher zu raten, sich an die eher «mieterfreundliche» Literatur zu halten und die Kompensation des Mieters zu dokumentieren.²³ Falls eine entsprechende Regelung im Mietvertrag fehlt, könnte dies der Käufer in seiner Kaufpreisofferte berücksichtigen oder eine entsprechende Gewährleistung verlangen.

IV. Fazit

Aus den vorstehenden Überlegungen wird deutlich, dass die sorgfältige (und rechtmässige) Ausgestaltung von Mietverträgen und die gute Führung der Mieterdossiers einen erheblichen Einfluss auf die Bewertung von Anlageimmobilien und potenziell auf deren Marktwerte hat. Sowohl die potenziellen Verkäufer (aktuelle Eigentümer) als auch die potenziellen Käufer sind gut beraten, diesbezüglich eine entsprechende Sorgfalt walten zu lassen.

¹⁷ BGER 4A_393/2018 E. 2.

¹⁸ Vgl. als Beispiele für nichtige Nebenkostenabreden BGER 4A_451/2017, 4A_622/2015, 4P.323/2006 und 4C.250/2006.

¹⁹ Ebenso: BGER 4A_719/2016 E. 2.2.1.

²⁰ SVIT-Kommentar/TSCHUDI, Art. 256 OR N 53 f.; BSK OR I-WEBER, Art. 256 N 6a.

²¹ Eine mögliche Definition (aus dem US-amerikanischen Raum) geht von folgenden drei «Netto»-Positionen aus, die entsprechend auf den Mieter überwälzt würden: 1. Liegenschaftssteuern, 2. Gebäudeversicherung, 3. Unterhalt. Gemäss einer anderen möglichen Definition übernimmt der Mieter bei Double-Net-Verträgen auch den Unterhalt des Gebäudeinneren, und dem Vermieter bleibt dann nur der Unterhalt der Gebäudehülle bzw. des Rohbaus.

²² Z. B.: Müsste im Mietvertrag festgehalten werden, dass der Mietzins entsprechend reduziert wurde? Müsste die Reduktion quantifiziert werden? Kann ein Ausgleich über nicht monetäre Mittel erfolgen, z. B. Einräumung echter Optionen mit entsprechender langfristiger Bindung des Vermieters?

²³ Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen zur Rohbaumiete in: Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, S. 905 f.; CARRON, Le bail de locaux nus ou bruts (Rohbaumiete), in: Bohnet/Carron (Hrsg.), 20^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuenburg 2018, S. 81 ff., N 52 f.