

Nettorenditeberechnung

Die Nettorendite geht der Ortsüblichkeit vor, es sei denn, dass die Liegenschaft bereits vor mehreren Jahrzehnten erworben wurde. Massgebend für die Anlagekosten ist der tatsächliche Erwerbspreis. Davon kann nur abgewichen werden, wenn der Preis offensichtlich übersetzt ist, wenn eine Schenkung oder eine gemischte Schenkung vorliegt, nicht aber schon bei einem günstigen Kaufpreis.

Art. 269 OR

Calcul du rendement net

Le critère du rendement net a la prééminence sur celui des loyers du marché, à moins que l'immeuble n'ait été acquis il y a quelques décennies. Le prix d'acquisition effectif de l'immeuble est déterminant pour le calcul de rendement. Ce principe admet un correctif uniquement en cas de prix manifestement exagéré ou en cas de donation ou de donation mixte, mais pas en cas de prix préférentiel.

Art. 269 CO

Sachverhalt

Der Vermieter erwarb im September 2002 an zentraler Lage in Lausanne eine Liegenschaft mit einer Fläche von 1'394m². Der Kaufpreis von Fr. 2,95 Mio. lag deutlich unter dem Steuerwert der Liegenschaft. Mit Mietbeginn am 1. Dezember 2007 bezogen B und C in dieser Liegenschaft eine 4-Zimmerwohnung mit einer Fläche von 109.5m². Der monatliche Mietzins betrug Fr. 2'050.– zuzüglich Nebenkosten akonto. Der Vormieter hatte dafür noch mit gleichen Nebenkosten Fr. 1'689.– bezahlt. Die Mietzinserhöhung bei Mieterwechsel war auf dem im Kanton Waadt vorgeschriebenen Formular für die Mitteilung des Anfangsmietzinses wie folgt begründet: «Anpassung des Mietzinses an die Orts- oder Quartierüblichkeit (Art. 269a lit. a OR). Im Übrigen wurden in der Wohnung für rund Fr. 30'000.– Renovationsarbeiten durchgeführt.» Die Mieter fochten den Anfangsmietzins an und beantragten einen monatlichen Nettomietzins von Fr. 800.–. Das Mietgericht setzte den Anfangsmietzins auf monatlich netto Fr. 850.– fest. Das kantonale Gericht erhöhte ihn auf Fr. 880.–. Beide Gerichte erachteten

die Anzeige des Anfangsmietzins als ungültig und stellten insofern eine Teilnichtigkeit des Mietvertrags fest. Der Vermieter (Beschwerdeführer) zog den Fall ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen

1. (Verfahrensfragen)

2. (Prozessuales)

3.

Der Beschwerdeführer rügt eine lückenhafte Erhebung des Sachverhalts, weil das kantonale Gericht die Daten von elf vergleichbaren Wohnungen und die statistischen Zahlen des Wohnungsamtes der Stadt Lausanne nicht berücksichtigt habe. Diese Rügen sind einstweilen nur insoweit zu prüfen, als sie sich rechtlich auswirken können.

4. (Die Festsetzung des Anfangsmietzins wird wegen der widersprüchlichen Begründung in der Formularanzeige als ungültig erachtet.)

5.

5.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 269, 269a und 270 OR. Im Wesentlichen wirft er dem kantonalen Gericht vor, es habe den Mietzins einzig auf der Grundlage der Nettorendite berechnet und dabei

Rügen des Vermieters

die bundesgerichtliche Rechtsprechung verletzt, wonach alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Dazu gehörten auch die quartierüblichen Mietzinse und der vom Vormieter bezahlte Mietzins. Die wörtliche und die historische Auslegung von Art. 269 bis 270 OR ergäben, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet habe, den Mietzins einzig nach dem Kostenprinzip zu definieren. Er habe das Marktprinzip ebenfalls berücksichtigen wollen und dieses Prinzip gleichrangig behandelt. Die Nettorenditeberechnung könne nicht zu einem Mietzins führen, der mehr als 50% unter dem Marktmietzins liege. Angesichts eines derart «abwegigen» Ergebnisses müsse auf das übliche Mietzinsniveau abgestellt werden. Das gestehe die Rechtsprechung auch für ältere Liegenschaften zu. In gleicher Art müsse erlaubt sein, den Marktpreis anstelle des tatsächlichen Erwerbspreises der Nettorenditeberechnung zugrunde zu legen.

5.2 Das Obligationenrecht definiert die Missbräuchlichkeit der Mietzinse wie folgt:

**Verhältnis Netto-
rendite/Ortsüblichkeit –
Rechtsprechung** Art. 269 (Randtitel: A Missbräuchliche Mietzinse I. Regel): Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Miet-
sache erzielt wird oder wenn sie auf einem offensichtlich übersetz-
ten Kaufpreis beruhen. Art. 269a (Randtitel: II. Ausnahmen): Miet-
zinse sind in der Regel nicht missbräuchlich, wenn sie insbeson-
dere: a. im Rahmen der orts- oder quartierüblichen Mietzinse liegen; (...).

Art. 269 und 269a OR und die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen von Art. 10 ff. VMWG übernehmen im Wesentlichen die Regeln von Art. 14 und 15 des altrechtlichen Bundesbeschlusses vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM – AS 1972 II 1534 f.). Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich zum Verhältnis zwischen Art. 14 und 15 BMM beziehungsweise zwischen Art. 269 und 269a OR ge-
äussert. Unter altem Recht entschied es, die in Art. 15 lit. a–e BMM aufge-
zählten Voraussetzungen würden einzig die Vermutung schaffen, dass der
Mietzins nicht missbräuchlich sei. Das schliesse aber nicht aus, dass sich
der Mietzins selbst bei Vorliegen dieser Voraussetzungen als missbräuch-
lich erweisen könne (BGE 102 Ia 19 E. 4b S. 22). Später wurde präzisiert,
der Richter dürfe ohne ernsthafte Gründe nicht von dieser gesetzlichen
Vermutung abweichen. Er könne die Nettorendite im Sinne von Art. 14
BMM nur noch dann zusätzlich prüfen, wenn sich aus der Prüfung des
Falls nach den Regeln von Art. 15 BMM oder aus den Vorbringen des Mie-
ters Hinweise auf eine Missbräuchlichkeit ergäben (BGE 103 II 41 E. 3c S.
49). Ein derartiger Hinweis konnte die unterlassene Weitergabe von kürz-
lich erfolgten Hypothekarzinsen sein (BGE 108 II 135 E. 1a; 112 II
149 E. 1c). Entschieden wurde zudem, dass Art. 14 BMM eine selbständi-
ge Bedeutung zukomme, die nicht von Art. 15 BMM abhängig sei. Die Be-
stimmung könne daher direkt angewendet werden (BGE 116 II 594 E. 6
und 7a).

Nach Inkrafttreten der Art. 269 und 269a OR erwog das Bundesgericht in
einem Leitentscheid, veröffentlicht in BGE 124 III 310, dass den in Art.
269a OR vorgesehenen Ausnahmen nur subsidiäre Bedeutung zukommt.
Diese Ausnahmetatbestände schaffen die Vermutung, der Mietzins sei
nicht missbräuchlich. Doch greift diese Vermutung nur, solange sie vom
Mieter nicht umgestossen wird. Der Mieter muss zum Beweis einer miss-
bräuchlichen Rendite im Sinne von Art. 269 OR zugelassen werden. Leis-
tet er diesen Beweis, kann sich der Vermieter nicht mehr auf die Ver-
gleichsmietzinse berufen (Art. 269a lit. a OR). Die Ortsüblichkeit ist daher
als Kriterium nur anwendbar, sofern es nicht gelingt, die Vermutung ihrer

fehlenden Missbräuchlichkeit umzustossen, oder wenn es unmöglich ist, die Rendite zu berechnen. Das gilt insbesondere bei älteren Liegenschaften (vorgängig zitierter Entscheid E. 2b S. 312). Diese Rechtsprechung hat sich in der Folge nicht mehr geändert (vgl. BGer 4A_3/2011 vom 28. Februar 2011 E. 2; 4A_576/2008 vom 19. Februar 2009 E. 2.4; 4C.61/2005 vom 27. Mai 2005 E. 4.3.2, in SJ 2006 I 34; 4C.236/2004 vom 12. November 2004 E. 3.2; 4C.323/2001 vom 9. April 2002 E. 3a, in SJ 2002 I 434).

5.2.2 Der nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung festgehaltene Vorrang der Nettorendite gilt auch, wenn der Anfangsmietzins nicht gültig angezeigt

Richterliche Festsetzung der Anfangsmiete – Grundsätze

wurde und er daher vom Richter festgesetzt werden muss. Zwar wurde im Grundsatz festgehalten, dass der Richter sich in diesem Fall auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abstützen muss.

Dabei muss er unter anderem die Rendite berücksichtigen, welche der Vermieter aus der Mietsache erzielt, aber auch die im Quartier üblichen Mietzinse und den vom Vormieter bezahlten Mietzins. Ausserdem kann er den von den Parteien vereinbarten Mietzins nicht überschreiten. Dieser bildet die Obergrenze (BGE 120 II 341 E. 6c S. 351; 124 III 62 E. 2b S. 64). Allerdings präzisierte das Bundesgericht später, dass der nach der geschilderten Rechtsprechung festgesetzte Mietzins nicht einfach dem Durchschnitt entspricht, der sich aus dem im Sinne von Art. 269 OR zulässigen, dem quartierüblichen und dem vom Vormieter bezahlten Mietzins ergibt. Ausgangspunkt für den Richter ist ein nach absoluter Methode aufgrund der Nettorendite im Sinne von Art. 269 OR ermittelter Anfangsmietzins. Dieser Mietzins kann danach mit dem quartierüblichen Mietzins verglichen werden. Eine Festsetzung des Anfangsmietzinses auf dem quartierüblichen Niveau verbietet sich aber regelmässig, wenn damit die nach Art. 269 OR noch zulässige Rendite überschritten wird. Denn damit wäre der Mietzins zwangsläufig nach der allgemeinen Regel von Art. 269 OR missbräuchlich (Entscheid 4C.274/1997 vom 27. April 1998 E. 4b/aa, in SJ 1998 S. 718).

5.2.3 Der oben zitierte BGE 124 anerkennt einen Vorbehalt zugunsten der älteren Bauten. Für diese Bauten kann es schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein, das investierte Eigenkapital zu bestimmen, sei es weil dazu die Buchhaltungsunterlagen fehlen, sei es weil die Renditerechnung trotz Indexierung des Eigenkapitals zu einem aus wirtschaftlicher Sicht unrealistischen Ergebnis führt. Die Rechtsprechung erlaubt daher bei Bauten, die vor mehreren Jahrzehnten erworben oder gebaut worden sind, die sonst geltende Hierarchie unter den absoluten Berechnungsmethoden umzukehren. Es gibt bei diesen Bauten daher keinen Raum mehr für eine Überprü-

fung der Rendite, solange der nach relativer Methode erhöhte Mietzins im Rahmen des quartierüblichen Mietzinsniveaus liegt. Der Mieter ist nur noch zum Beweis der missbräuchlichen Nettorendite zugelassen, sofern sich der Vermieter selbst nicht auf das quartierübliche Niveau berufen will oder wenn er sich zwar darauf beruft, aber den Nachweis nicht erbringen kann (Entscheid 4C.323/2001 vom 9. April 2002 E. 2a, in SJ 2002 I 434, bestätigt in den Entscheidungen 4A_669/2010 vom 28. April 2011 E. 4.1; 4C.285/2005 vom 18. Januar 2006 E. 2.4, in CdB 2006 S. 59, übersetzt in MRA 2006 S. 1; 4C.236/2004 vom 12. November 2004 E. 3; unter altem Recht, BGE 112 II 149 E. 3d; vgl. auch BGE 122 III 257 E. 4a/bb).

- 5.2.4 Für die Nettorenditeberechnung sind grundsätzlich die tatsächlichen Anlagekosten der Liegenschaft massgebend. Die Rechtsprechung gesteht eine Korrektur zu, wenn der Vermieter diesen Vermögenswert durch Schenkung unentgeltlich oder im Rahmen einer gemischten Schenkung zu einem Vorzugspreis erworben hat. In diesen Fällen kann für die Berechnung der Anlagekosten auf den Marktwert im Zeitpunkt des Erwerbs abgestellt werden. Denn mit dem gewährten Vorzugspreis oder mit der Schenkung sollte einzig der Vermieter, nicht aber seine Mieter, begünstigt werden. Der Vermieter muss daher persönlich in den wirtschaftlichen Genuss dieser eigens ihm zugedachten Vergünstigung kommen (oben zitierter Entscheid 4C.285/2005 E. 2.5, ein Fall, in dem der Vermieter und Eigentümer einer älteren Baute weder deren Marktwert noch die quartierüblichen Mietzinse nachweisen konnte). Wird der Beweis einer gewährten Begünstigung nicht erbracht und liegt der Preis überdies nicht mindestens rund 10%–20% unter dem Marktwert, kann vom tatsächlich bezahlten Kaufpreis nicht abgewichen werden (BGer 4C.234/1994 vom 6. Dezember 1994 E. 3a, in MRA 1995 S. 75 und →mp 2/95 S. 79).

Massgebende Anlagekosten

- 5.3 Im Gegensatz zu den Ausführungen des Beschwerdeführers verkennt das kantonale Gericht die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht. Es gibt die Grundsätze dazu korrekt wieder. Insbesondere verkennt es die Regeln zur Festlegung eines ungültigen Anfangsmietzinses nicht und folgt ihnen in der in BGE 120 II 341 E. 6c ausgeführten Tragweite, bestätigt im Entscheid 4C.274/1997. Im Kern richtet sich die Kritik des Beschwerdeführers daher gegen die in BGE 124 III 310 festgehaltene Rechtsprechung.

Vorrang der Net- torendite

- 5.4 Insbesondere wenn veränderte Verhältnisse oder gewandelte Rechtsanschauungen dies nahelegen oder eine abweichende Rechtspraxis dem Willen des Gesetzgebers besser gerecht wird, kann es sich rechtfertigen, auf eine Rechtsprechung zurück zu kommen. Eine Praxisänderung muss sich daher auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Interesse der Rechtssicherheit – um so gewich-

tiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 136 III 6 E. 3; 135 II 78 E. 3.2).

Die Rechtsprechung zur Beziehung zwischen den Art. 269 und 269a lit. a OR ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Unter anderem wird vorgebracht, dass der der Nettorendite zugedilligte Vorrang gegen den Wortlaut und den Willen des Gesetzgebers verstosse (vgl. insbesondere **SVIT-KOMMENTAR**, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, S. 514 ff. N 10 ff. der Vorbemerkungen zu den Artikeln 269–270e OR; **JÜRIG MÜLLER**, MRA 1998 S. 149 ff.; vgl. auch **HANS BÄTTIG**, MRA 2002 S. 146 ff.).

Es ist allgemein anerkannt, dass Kosten- und Marktprinzip grundlegend voneinander abweichen und auf grundlegend unterschiedlichen Philosophien beruhen (**HIGI**, a.a.O. N 434 zu Art. 269 OR; Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Wohnungswesen vom 27. Februar 2008 zur Revision des Mietrechts S. 2 Ziffer 2, zugänglich auf Internet www.bwo.admin.ch/dokumentation/00179/00204/index.html?; vgl. auch BGE 118 II 130 E. 3a und 117 II 452 E. 4a, der von einem Spannungsverhältnis zwischen diesen Prinzipien spricht). Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit dem Verhältnis zwischen den beiden Prinzipien für die Mietzinsgestaltung auseinandergesetzt und hat dabei auch die Gesetzesmaterialien berücksichtigt (vgl. insbesondere BGE 102 Ia 19; 103 II 41; 112 II 149 und bereits zitiert 116 II 594). Es hat sich für eine Lösung entschieden, die im Einklang mit den Materialien der Gesetzgebung steht. Darin wurde die Problematik bei älteren Liegenschaften dargestellt. Es wurde zugestanden, dass für sie das Kriterium des ortsüblichen Mietzinses zur Anwendung kommen soll (vgl. **BOTSCHAFT** vom 24. April 1972 [...] betreffend dringliche Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, BBI 1972 I 1221 f. und 1224 f.). Der Gesetzgeber stellte fest, dass es schwierig sei, die beiden Kriterien zu vereinbaren, suchte nach einer Lösung und entschied sich schliesslich für den Status quo (vgl. **BOTSCHAFT** vom 27. März 1985 zur Volksinitiative «für Mieterschutz» [...], BBI 1985 I 1469 ff.; neueren Datums: Botschaft vom 12. Dezember 2008 zur Änderung des Obligationenrechts [Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen], BBI 2009 319 ff. und 330 f.). Es gibt daher keine ernsthaften und sachlichen Gründe für eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung, die in BGE 124 III 310 ausgeführt wird.

- 5.5 Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Situation sei nicht anders als diejenige des Erwerbers einer alten Liegenschaft oder des Begünstigten aus einer gemischten Schenkung. Es rechtfertige sich daher, das Kriterium des ortsüblichen Mietzinses analog anzuwenden. Dieses Kriterium könne

direkt angewendet oder zur Bestimmung der Anlagekosten in die Berechnung der Nettorendite einbezogen werden.

Wie vorgängig erwähnt, rechtfertigt sich der Rückgriff auf die ortsüblichen Mietzinse bei älteren Bauten oder bei einem bereits länger zurückliegenden Erwerb nur, weil in diesen Fällen der Erwerbspreis, sofern überhaupt noch beweisbar, zu einem im Vergleich mit den aktuellen Werten unrealistischen rechnerischen Ergebnis führt. Der Beschwerdeführer kann sich aber nicht auf vergleichbare Umstände berufen. Zudem räumte er ein, die Differenz zwischen dem Erwerbspreis und dem Marktpreis 2002 betrage «zumindest 15%», ohne diese Behauptung allerdings zu beweisen. Weiter ist der Beschwerdeführer der Ansicht, es müsse bei einem vorteilhaften Kaufpreis nicht unterschieden werden, ob der erlangte Vorteil einer gemischten Schenkung oder der Geschäftstüchtigkeit des Vermieters zu verdanken sei.

Nach der Missbrauchsgesetzgebung darf der Vermieter einen Mietzins verlangen, der ihm eine angemessene Rendite auf dem investierten Kapital verschafft. Vom tatsächlichen Kaufpreis kann nach Art. 269 in fine OR nur

**Ortsüblichkeit als
Behelfsgrösse zur
Nettorendite**

abgewichen werden, wenn der Erwerbspreis übersetzt ist. Diese Abweichung ist zum Schutz der Mieter vorgesehen. Eine Abweichung zugunsten des Vermieters ist daher nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Diese liegen vor, wenn der Verkäufer der Person des Vermieters wegen einer besonderen persönlichen Beziehung (vgl. zitierte Entscheid 4C.234/1994 E. 3a) einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen wollte. In diesem Fall rechtfertigt es sich, bei der Renditeberechnung auf den tatsächlichen Wert der veräusserten Liegenschaft abzustellen. Dafür sprechen wichtige Beweggründe. Der Beschwerdeführer kann sich nicht auf vergleichbare besondere Umstände berufen. Er kann daher von der zitierten Rechtsprechung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Schon aus objektiver Sicht beinhaltet eine gemischte Schenkung ein Missverhältnis zwischen dem Preis und dem tatsächlichen Wert des Gutes. Der Beschwerdeführer besteht dagegen auf einem Missverhältnis zwischen dem aus der Nettorenditeberechnung resultierenden Mietzins und dem orts- oder quartierüblichen Mietzins. Allein schon dieses Missverhältnis beweise einen sehr vorteilhaften Kaufpreis. Gleichzeitig bemisst er aber die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert der Liegenschaft auf mindestens 15%. Der Kaufpreis einer Liegenschaft ist aber nur einer von verschiedenen Faktoren, welche die Renditeberechnung beeinflussen. Ausserdem ist es sehr wohl möglich, dass die quartierüblichen Mietzinse und die Mietzinse des Vorgängers missbräuchlich sein können und die betroffenen Mieter nie versucht haben, gegen diese Verhältnisse anzugehen und ihre Rechte geltend zu machen. Es gibt nach

all dem keinen Grund die Rechtsprechung zu älteren Bauten analog auf die mit einer Vergünstigung erworbenen Bauten anzuwenden.

**Spielraum für
richterlich festge-
setzte Anfangs-
miete**

- 5.6 Der Beschwerdeführer wendet zudem ein, er dürfe nicht strenger behandelt werden als ein Vermieter, der auf die Verwendung des amtlichen Formulars verzichte, um damit auf missbräuchliche Art eine Anfechtung des Anfangsmietzinses zu verhindern. In diesen Fällen schreibe die Rechtsprechung vor, den Mietzins zumindest in der vom bisherigen Mieter bezahlten Höhe festzusetzen. Der Beschwerdeführer verkennt die Tragweite dieser Rechtsprechung (BGE 120 II 341 E. 6c S. 351). Der vereinbarte Mietzins stellt selbst bei seiner Ungültigkeit die oberste Grenze eines durch den Richter festgesetzten Mietzinses dar. Das Bundesgericht hat zudem festgestellt, dass der Anfangsmietzins nicht notwendigerweise auf das Niveau des Vormieters gesenkt werden muss (zitierter Entscheid 4C.274/1997 E. 4b/aa). Es hat aber auch festgehalten, dass sich eine Senkung auf das bisherige Niveau rechtfertigen kann, wenn geltend gemacht wird, dass der Mietzins sonst missbräuchlich wird. Das heisst auch, dass der Richter den Mietzins des Vorgängers unterschreiten kann (SÉBASTIEN FETTER, *la contestation du loyer initial*, 2005, S. 229–233; vgl. BGer 4C.281/2006 vom 17. November 2006 E. 2) und zwar unabhängig davon, ob der angefochtene Mietzins formgültig mitgeteilt wurde (BGE 120 II 341 E. 6a).
- 5.7 Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von Art. 9, 26 und 109 BV geltend. Die Rüge erfüllt aber die Anforderungen an die Begründung nach Art. 106 Abs. 2 BGG nicht. Daher kann darauf nicht eingetreten werden. Ausserdem steht dieser Rechtsbehelf im Zusammenhang mit dem Vorwurf einer Verletzung von Art. 269 und 269a OR. Dieser Vorwurf erwies sich als unbegründet.
- 5.8 Das Berufungsgericht hat zusammengefasst kein Bundesrecht verletzt, indem es vom Kriterium der ortsüblichen Mietzinse absah und die Renditeberechnung aufgrund des tatsächlich geleisteten Kaufpreises vornahm. Der Beschwerdeführer bemängelt die Renditeberechnung im Übrigen nicht. Der Mietzins ist daher im festgesetzten Betrag zu bestätigen.
- 5.9 Abweisung der Beschwerde, soweit sie sich gegen die Sachverhaltsdarstellung richtet.
6. (Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten wird und Kostenauflage)

*BGer 4A_276/2011 vom 11. Oktober 2011
Originaltext französisch*