

# **BGE 147 III 431**

Bundesgericht (BGE), 2021-05-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_147 III 431](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_III_431)

FR: ATF 147 III 431

IT: DTF 147 III 431

## **Regeste**

Regeste Art. 269a und 270 OR; Miete; Anfechtung des Anfangsmietzinses für Wohnräume in einer Altbaute; Orts- und Quartierüblichkeit. Verteilung der Beweislast bei Anfechtung des Anfangsmietzinses (E. 3.2). Tatsächliche Vermutung der Missbräuchlichkeit bei massiven Erhöhungen des Anfangsmietzinses von deutlich über 10 %, die sich nicht durch die Entwicklung des Referenzzinssatzes bzw. der Schweizerischen Konsumentenpreise erklären lassen (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 3.3). Um die Vermutung der Missbräuchlichkeit zu erschüttern, muss die Vermieterin begründete Zweifel an deren Richtigkeit wecken (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 4.2 und 4.3).

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Unbestritten ist, dass es sich bei der vermieteten Liegenschaft mit Baujahr 1933, welche die Beschwerdeführerin 1948 erworben hat, um eine Altbaute handelt. Umstritten ist hingegen, ob der vereinbarte Anfangsmietzins gemäss Art. 269a lit. a OR im Rahmen der orts- und quartierüblichen Mietzinse liegt. Dabei ist namentlich umstritten, wer vorliegend den Beweis für die Quartierüblichkeit zu erbringen hatte. (...)

#### **E. 3.2.1**

Gemäss BGE 139 III 13 ist Rechtsmissbrauch eine rechtshindernde Tatsache, für welche die Beweislast der Gegenpartei des Rechtsinhabers obliegt, woraus sich ergibt, dass die Beweislast BGE 147 III 431 S. 434 betreffend die Missbräuchlichkeit des vereinbarten Anfangsmietzinses vom Mieter zu tragen ist, wenn die Vermieterin sich im amtlichen Formular auf die quartierüblichen Mietzinse berufen hat, um die Erhöhung des Mietzinses gegenüber demjenigen des Vormieters zu rechtfertigen ( BGE 139 III 13 E. 3.1.3.2). Der Nachweis der fünf Vergleichsobjekte, die in Bezug auf die in Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 9. Mai 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG; SR 221.213.11) genannten Aspekte mit dem strittigen Mietobjekt vergleichbar sein müssen, obliegt somit bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses dem Mieter.

#### **E. 3.2.2**

In BGE 139 III 13 hat das Bundesgericht im Falle erheblicher Mietzinserhöhungen diesen Grundsatz aber gleichzeitig abgeschwächt. Eine Mietzinserhöhung von 43.61 % im Vergleich zum vorherigen Mietzins wurde vom Bundesgericht als massiv erachtet. Es sei ersichtlich, dass die gegenwärtige Wirtschaftslage ("conjoncture économique actuelle"; Entwicklung des Referenzzinssatzes bzw. der Schweizerischen Konsumentenpreise) eine solche Mietzinserhöhung nicht rechtfertige ( BGE 139 III 13 E. 3.1.4). Gemäss BGE 139 III 13 hat die Vermieterin in diesem Fall die Pflicht, Gegenbeweise anzubieten und zu beweisen, dass es sich trotz des Anscheins um einen Ausnahmefall handelt, mithin der

Anfangsmietzins nicht missbräuchlich ist. Nach Treu und Glauben müsse die Vermieterin bei der Beweiserhebung loyal mitwirken, indem sie alle in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen vorlege, die zur Überprüfung des von ihr im amtlichen Formular angeführten Erhöhungsgrundes nötig seien ( BGE 139 III 13 E. 3.2). Nach dem Gesagten sei die Vermieterin verpflichtet gewesen, bei der Beweiserhebung mitzuwirken und mindestens fünf Vergleichsobjekte beizubringen, die ähnliche Merkmale gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG wie die gemietete Sache aufweisen würden ( BGE 139 III 13 E. 3.3).

### **E. 3.2.3**

Die dargelegte Rechtsprechung wurde zuletzt im Urteil 4A\_191/2018 vom 26. März 2019 E. 3.3.3 wiedergegeben, wobei insbesondere auch auf kritische Stimmen in der Lehre verwiesen wurde. Auch im Urteil 4A\_400/2017 vom 13. September 2018 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514 und im Urteil 4A\_295/2016 vom 29. November 2016 E. 5.3.1 wurde die dargelegte Rechtsprechung erläutert. Eine Anwendung der Rechtsprechung musste allerdings in allen drei Urteilen nicht erfolgen. Im Urteil 4A\_191/2018 vom 26. März 2019 kam das Bundesgericht zum Schluss, die Vorinstanz habe zu Recht das Kriterium des übermässigen Nettoertrags BGE 147 III 431 S. 435 angewandt (zit. Urteil 4A\_191/2018 E. 4.1), in BGE 144 III 514 war nur zu beurteilen, ob eine Altbaute vorlag, und im Urteil 4A\_295/2016 vom 29. November 2016 entsprach die vom neuen Mieter zu bezahlende Miete derjenigen, die der Vormieter bezahlt hatte (zit. Urteil 4A\_295/2016 E. 5.3.1). Eine Anwendung der Rechtsprechung erfolgte aber im [am selben Tag wie BGE 139 III 13 ergangenen] Urteil 4A\_475/2012 vom 6. Dezember 2012).

### **E. 3.3**

Die Tragweite von BGE 139 III 13 ist in der Lehre umstritten.

#### **E. 3.3.1**

So führt KOLLER aus, die beweisrechtlichen Erwägungen des Bundesgerichts seien unklar: Zum einen spreche es von einer Pflicht der Vermieterin zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung, zum andern führe es aus, der Vermieterin obliege der Gegenbeweis. Das stelle mehr dar, als eine blosser Mitwirkung bei der Beweiserhebung (vgl. THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013 [nachfolgend: KOLLER 2013], ZBJV 150/2014 S. 917 ff., 943). BOHNET/JEANNIN erwägen, ihnen schein, dass das Bundesgericht eine Vermutung eingeführt habe, wonach gewisse Anfangsmietzinse missbräuchlich seien, und das Urteil somit auf die Frage nach der Mitwirkungspflicht des Vermieters keine Antwort enthalte (BOHNET/JEANNIN, Beweislast und Mitwirkungspflicht im Verfahren um Anfechtung des Anfangsmietzinses, in: Festschrift für Thomas Koller, 2018, S. 59 ff., 69). Auch KOLLER führt aus, die Erwägungen des Bundesgerichts, wonach die Mietzinserhöhung mit Sicherheit ("très certainement") missbräuchlich sei, weshalb die Vermieterin an der Beweiserhebung mitzuwirken habe, könnten so interpretiert werden, dass die klar missbräuchliche Mietzinserhöhung - ermittelt nach der relativen Methode - eine Vermutung dafür bilde, dass der neue Mietzins - ermittelt nach der absoluten Methode - missbräuchlich sei (KOLLER 2013, a.a.O., S. 945). Im Gegensatz dazu geht WEBER von einer blossen Mitwirkungsobliegenheit aus (ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2019, N. 13a und 13c zu Art. 270 OR ). Im zitierten Urteil 4A\_400/2017 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514 , nahm das Bundesgericht seine Überlegungen in BGE 139 III 13 auf und hielt fest, werde der vereinbarte Anfangsmietzins erheblich erhöht,

sei zu vermuten, dass der vereinbarte Mietzins als missbräuchlich anzusehen sei ("est présumé abusif"), sodass es der Vermieterin obliege, sich auf Vergleichselemente stützende Gegenbeweise zu erbringen ("incombe au bailleur d'apporter des BGE 147 III 431 S. 436 contre-preuves fondées sur des éléments comparatifs"). Aus dieser Formulierung (vgl. auch bereits zit. Urteil 4A\_295/2016 E. 5.3.1) ergibt sich, wie auch die Vorinstanz zu Recht annimmt, dass das Bundesgericht von einer eigentlichen Vermutung und nicht bloss von einer verstärkten Mitwirkungsobliegenheit ausgeht (vgl. THOMAS KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018 [nachfolgend: KOLLER 2018], ZBJV 155/2019 S. 529 ff., 533 f.; XAVIER RUBLI, Jurisprudence choisie en droit du bail, Plädoyer 2019 5 S. 28 ff., 29; vgl. PHILIPPE CONOD, Contestation du loyer initial; calcul de rendement net; âge d'un immeuble ancien, Newsletter bail.ch November 2018, S. 3). Nicht zutreffend ist der Hinweis von WEBER, wonach das Bundesgericht im Urteil 4A\_461/2015 vom 15. Februar 2016 E. 3.3.1 klargestellt habe, dass es bloss um eine verstärkte Mitwirkungsobliegenheit gehe (WEBER, a.a.O., N. 13c zu Art. 270 OR ). Das Urteil betrifft - anders als vorliegend - den Fall, in dem die dem Richter zur Verfügung stehenden Dokumente eine Bestimmung der Nettorendite nicht ermöglichten (zit. Urteil 4A\_461/2015 E. 3.3). Diesbezüglich erwähnt das Bundesgericht die Konstellation, in der die Vermieterin sich weigere oder es ohne jegliche Rechtfertigung versäume, die in ihrem Besitz befindlichen Buchhaltungsunterlagen vorzulegen, womit sie ihre Mitwirkungspflicht verletze (zit. Urteil 4A\_461/2015 E. 3.3.1). Es ist somit präzisierend festzuhalten, dass bei einer erheblichen Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem Vormietverhältnis - über eine (verstärkte) Mitwirkungsobliegenheit hinaus - von einer tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit auszugehen ist.

### **E. 3.3.2**

Umstritten ist weiter, was im Hinblick auf die in BGE 139 III 13 begründete Vermutung der Missbräuchlichkeit als erhebliche Erhöhung des Anfangsmietzinses gilt. In BGE 139 III 13 ging es um eine massive Erhöhung von 43.61 % ( BGE 139 III 13 E. 3.1.1). Im Urteil 4A\_475/2012 vom 6. Dezember 2012 ging es um eine Erhöhung von 28.97 % für die Wohnung, wobei zudem die Miete für den - mit separatem Vertrag gemieteten - Parkplatz um 75 % erhöht wurde (zit. Urteil 4A\_475/2012 E. 2.1.1). BGE 139 III 13 erwähnt allerdings bereits eine Schwelle von 10 % ("[...] trouve tout son sens dans l'hypothèse où ce dernier, comme en l'espèce, a augmenté le nouveau loyer de plus de 10 % par rapport à l'ancien loyer"; BGE 139 III 13 E. 3.2). Auch im Urteil 4A\_400/2017 vom 13. September 2018 wird mit Verweis auf BGE 136 III 82 E. 3.4 eine Erhöhung von mehr als 10 % erwähnt (zit. Urteil 4A\_400/2017 BGE 147 III 431 S. 437 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514 ; vgl. auch bereits zit. Urteil 4A\_295/2016 E. 5.3.1). Ein Teil der Lehre schliesst daraus, die Vermutung der Missbräuchlichkeit gemäss BGE 139 III 13 greife bereits bei einer Mietzinserhöhung, welche 10 % überschreite (PETER ZAHRADNIK, Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung der Anfangsmiete und der Formularpflicht, mp 2014 S. 267 ff., 285 f.; RUBLI, a.a.O., S. 29 f.; BOHNET/JEANNIN, a.a.O., S. 69; CONOD, a.a.O., S. 3; KOLLER 2018, a.a.O., S. 533 f.). Auch WEBER führt aus, die Rechtsprechung des Bundesgerichts scheine sich in die Richtung zu entwickeln, dass dieses die Erheblichkeit im Zusammenhang mit der Missbrauchsüberprüfung gleichsetze mit der formalen Anfechtungsvoraussetzung nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR (WEBER, a.a.O., N. 13a zu Art. 270 OR ). In den nach BGE 139 III 13 ergangenen Urteilen (zit. Urteile 4A\_400/ 2017 E. 2.2.2.2, nicht publ. in: BGE 144 III 514 und 4A\_295/2016 E. 5.3.1) werden die 10 % zwar erneut erwähnt, aus dem Verweis auf BGE 136 III 82 E. 3.4 geht indes hervor, dass das

Bundesgericht die 10 % in Bezug auf die formelle Voraussetzung für die Anfechtbarkeit des Anfangsmietzinses nach Art. 270 Abs. 1 lit. b OR heranzieht. Daraus kann nun aber nicht abgeleitet werden, dass eine Erhöhung von mehr als 10 % bereits als erhebliche Erhöhung gilt, welche die Vermutung der Missbräuchlichkeit gemäss BGE 139 III 13 greifen lässt. So werden im Übrigen im Urteil 4A\_191/2018 vom 26. März 2019 die 10 % nicht mehr erwähnt (zit. Urteil 4A\_191/2018 E. 3.3.3). ROHRER, der die in BGE 139 III 13 begründete Vermutung per se ablehnt, und darin eine eigentliche Beweislastumkehr erblickt, argumentiert, soweit man aus BGE 139 III 13 ableiten möchte, die Vermutung greife schon dann, wenn der Mietzins gegenüber dem früher massgebenden Mietzins um mehr als 10 % angehoben werde, ergäbe sich die stossende Situation, dass die Vermieterin immer - und nicht nur im Ausnahmefall - den Beweis für die Zulässigkeit des Anfangsmietzinses zu erbringen hätte. Abgesehen von Ausnahmefällen fehle es ja bei einer Erhöhung des Anfangsmietzinses gegenüber dem vom Vormieter bezahlten Mietzins um weniger als 10 % an der Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Anfechtungsrechts (BEAT ROHRER, in: Das schweizerische Mietrecht [nachfolgend: Mietrecht], 4. Aufl. 2018, N. 54 zu Art. 270 OR ). Diese Argumentation überzeugt, selbst wenn nicht von einer (eigentlichen) BGE 147 III 431 S. 438 Beweislastumkehr ausgegangen werden kann (vgl. nicht publ. E. 4.1). Die in BGE 139 III 13 statuierte Vermutung der Missbräuchlichkeit bei einer massiven Mietzinserhöhung mildert die konkrete Beweisführungslast des für die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses beweisbelasteten Mieters. Sie ist daher mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen und kann jedenfalls nicht mit den formellen Voraussetzungen der Mietzinsanfechtung gemäss Art. 270 Abs. 1 lit. b OR gleichgesetzt werden. Die Vermutung greift daher nicht bereits dann, wenn der Mietzins um 10 % erhöht wird. Vorausgesetzt ist vielmehr eine massive Erhöhung des Mietzinses von deutlich über 10 %, welche nicht durch die Entwicklung des Referenzzinssatzes bzw. der Schweizerischen Konsumentenpreise (vgl. BGE 139 III 13 E. 3.1.4) erklärt werden kann. Bei der vorliegend unbestrittenen Erhöhung um 44 % ist dies der Fall und es greift die Vermutung der Missbräuchlichkeit. (...)

#### **E. 4**

(...)

#### **E. 4.2**

Entgegen der missverständlichen Formulierung in BGE 139 III 13 (E. 3.3 und E. 3.4), wonach es der Vermieterin nicht gelungen sei, zu beweisen, dass sich der angefochtene Mietzins in den Grenzen der orts- und quartierüblichen Mieten bewege, ist von der Vermieterin nicht der volle Beweis für die Nichtmissbräuchlichkeit des angefochtenen Mietzinses zu verlangen. Dies würde eine Umkehr der Beweislast oder eine rechtliche Vermutung voraussetzen (vgl. KOLLER 2013, a.a.O., S. 943 und 945 f.; ebenso BEAT ROHRER, Anfechtung des Anfangsmietzinses, MietRecht Aktuell [MRA] 2013 S. 15 ff., 26; derselbe, Mietrecht, a.a.O., N. 52 zu Art. 270 OR ). Wie die Beschwerdeführerin aber zu Recht geltend macht, hält die Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts (BBI 1985 I 1389, 1491 Ziff. 526) ausdrücklich fest, dass der Mieter die Beweislast für die behauptete Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses trägt. Dafür, dass die Beweislast unter gewissen Umständen auf die Vermieterin überwälzt werden könne, enthält der Text der Botschaft keinen Anhaltspunkt. BGE 139 III 13 ist somit dahingehend zu präzisieren, dass es ausreicht, wenn die Vermieterin beim Gericht begründete Zweifel an der Richtigkeit der tatsächlichen Vermutung der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses

weckt.

#### **E. 4.3.1**

Um begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung zu wecken, ist beispielsweise denkbar, dass die Vermieterin Statistiken BGE 147 III 431 S. 439 hinzuzieht, selbst wenn diese den Anforderungen gemäss Art. 11 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 VMWG (vgl. nicht publ. E. 3.1.2) nicht durchwegs genügen sollten bzw. es sich dabei nicht um amtliche Statistiken handelt. Nicht genügen kann jedenfalls, dass die Vermieterin bloss 1 oder 2 Vergleichsobjekte anführt (anderer Ansicht offenbar: LAURENT BIERI, *Le fardeau de la preuve des loyers usuels de la localité ou du quartier lors de la contestation du loyer initial*, AJP 2014 S. 1399 ff., 1401 f.). Unter Umständen mag es ausreichen, dass die Vermieterin bloss 3 oder 4 Vergleichsobjekte aufführt, um begründete Zweifel an der Vermutung zu wecken, sofern beispielsweise zusätzlich eine Statistik, selbst wenn diese den Anforderungen gemäss VMWG nicht durchwegs entspricht, oder andere Faktoren, die Orts- und Quartierüblichkeit indizieren. Auch ist an die Vergleichbarkeit der Objekte betreffend die relevanten Kriterien nicht der gleich strenge Massstab wie beim eigentlichen Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit anzulegen. Geht es doch in diesem Schritt nur darum, begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Missbräuchlichkeit zu wecken. Auch ein Privatgutachten kann dafür allenfalls geeignet sein.

#### **E. 4.3.2**

Dabei ist auch dem Umstand eines lange dauernden Vormietverhältnisses von 15-20 Jahren (vgl. nicht publ. E. 3.5.3) angemessen Rechnung zu tragen. Die Vermutung der Missbräuchlichkeit soll jedenfalls nicht dazu führen, dass eine Vermieterin die Miete gegenüber der vom Vormieter bezahlten Miete nicht (entscheidend) erhöhen kann, obwohl eine solche Mietzinserhöhung aufgrund erheblich gestiegener Mieten im Quartier berechtigt wäre (vgl. BIERI, a.a.O., S. 1401; PHILIPPE CONOD, *Contestation du loyer initial: fardeau de la preuve lorsque le bailleur s'est prévalu des loyers usuels du quartier [...]*, Newsletter bail.ch Februar 2013 S. 4). Ein lange dauerndes Vormietverhältnis kann daher - für sich allein oder zusammen mit anderen Faktoren (vgl. hiervor E. 4.3.1) - ein gewichtiges Indiz sein, um begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Missbräuchlichkeit zu wecken.

#### **E. 4.3.3**

Der kantonale Richter hat die von der Vermieterin dargelegten Indizien, einschliesslich der Vergleichsobjekte, unter Berücksichtigung seiner allgemeinen Lebenserfahrung und seiner Kenntnis des lokalen Marktes zu würdigen. Kommt er zum Schluss, die Vermieterin habe begründete Zweifel an der Vermutung geweckt, entfällt diese. In diesem Fall obliegt es dem Mieter, mithilfe von 5 Vergleichsobjekten bzw. einer amtlichen Statistik (vgl. hiervor BGE 147 III 431 S. 440 E. 3.2.1 und nicht publ. E. 3.1.2) die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses nachzuweisen. Gelingt es der Vermieterin andererseits nicht, begründete Zweifel zu wecken, gilt zugunsten des Mieters die Vermutung der Missbräuchlichkeit. In diesem Fall steht der Vermieterin - im Sinne eines Beweises des Gegenteils - der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Anfangsmietzinses offen. Die Anforderungen an die Vergleichsobjekte sind dabei die gleichen wie für den dem Mieter obliegenden Beweis der Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses. Die Vermieterin hat fünf Vergleichsobjekte zu bringen, die mit dem Vergleichsobjekt betreffend die relevanten Aspekte vergleichbar sein müssen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.