

# ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH Masterarbeit\_Ringeisen vom 5. Januar 2025

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2025-01-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_Masterarbeit\\_Ringeisen](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_Masterarbeit_Ringeisen)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH Masterarbeit\_Ringeisen du 5 janvier 2025

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH Masterarbeit\_Ringeisen del 5 gennaio 2025

## Erwägungen

### E. 1

Einleitung ..... 1

#### E. 1.1

Praktische Relevanz Das Mietrecht hat eine grosse praktische Relevanz, da es alle Mieterschaften betrifft und die Schweiz als "Land der Mieter" gilt. Mietzinserhöhungen wiederum sind ein zentrales Thema im Mietrecht, da es für die Vermieterschaft wie auch für die Mieterschaft von grosser Bedeutung ist, wie hoch der Mietzins ausfällt. Für die Mieterschaft kann eine Erhöhung des Mietzinses bedeuten, dass sie sich das Mietobjekt nicht mehr leisten kann oder will und umziehen. 1 Bundesamt für Wohnungswesen, 46 Prozent mehr neue Schlichtungsverfahren im Miet- und Pachtwesen, 19.03.2024, <<https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/das-bwo/informationen/medienmitteilungen.msg-id-100455.html>>. 1

muss. Für die Vermieterschaft sind Erhöhungen wiederum wichtig, weil ansonsten ihr Ertrag vermindert wird oder sogar rote Zahlen geschrieben werden, wenn die Kosten ansteigen, aber nicht auf die Mieterschaft überwältzt werden können. Die grosse praktische Relevanz zeigt sich auch darin, dass im Jahr 2023 so zahlreiche Mietzinserhöhungen vorgenommen und angefochten wurden, dass die Schlichtungsbehörden während Monaten überlastet waren. Die vorliegend behandelte Thematik von weiteren Erhöhungen während eines hängigen Mietzinsanfechtungsverfahrens könnte sich zudem in Zukunft wiederholen, wenn z.B. der Referenzzinssatz nochmals kurz aufeinanderfolgend ansteigt. Wird es der Vermieterschaft verwehrt, gültig eine zweite Erhöhung während eines hängigen Anfechtungsverfahrens anzuzeigen, führt dies, wie bereits erwähnt, zu finanziellen Einbussen für die Vermieterschaft, weil Mietzinse nur pro futuro erhöht werden können. Bisher wurde nur ein Aufsatz von Sarah Brutschin sowie ein Entscheid des Mietgerichts Zürich zum vorliegenden Thema veröffentlicht, weshalb sich eine genauere Betrachtung dieser wichtigen Thematik anbietet.2

#### E. 1.2

Forschungsfrage / Ziele In dieser Masterarbeit soll zuerst ein Grundverständnis für Mietzinserhöhungen und deren Voraussetzungen vermittelt werden. Sodann wird die Fragestellung vertieft beleuchtet, ob eine zweite Mietzinserhöhung wirksam angezeigt werden kann, wenn der Referenzzinssatz während eines hängigen Anfechtungsverfahrens aufgrund einer ersten Mietzinserhöhung nochmals ansteigt, oder ob die Vermieterschaft abwarten muss, bis das erste Anfechtungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde, bevor sie den Mietzins erneut erhöhen kann. Dabei werden die wenigen vorhandenen Lösungsansätze aus der Literatur und Rechtsprechung aufgezeigt und kritisch hinterfragt.

Zudem werden eigene Lösungsvorschläge präsentiert. Schlussendlich soll ein Fazit gezogen werden.

### **E. 1.3**

Aufbau der Arbeit Im ersten Kapitel werden die praktische Relevanz des Themas, die Ziele/Forschungsfrage so- wie der Aufbau der Arbeit dargestellt. Im zweiten Kapitel werden anhand der Standardwerke und Kommentare zum Mietrecht die Grundlagen zur Mietzinsgestaltung, zum Schutz vor miss- bräuchlichen Mietzinsen sowie zur Anfechtung von Mietzinserhöhungen vermittelt. Der Fokus des dritten Kapitels liegt auf den wenigen vorhandenen Lösungsansätzen, welche von der Literatur vorgeschlagen oder von der Rechtsprechung bereits verfolgt wurden. Diese werden aufgezeigt und kritisch hinterfragt. Zudem werden eigene Lösungsvorschläge präsentiert. Es ist darauf hinzuweisen, dass zu dieser spezifischen Thematik bislang nur ein Entscheid des 2. Zivilsenats des Zürcher Obergerichts vom 28.05.2024, in: mp 3/24, S. 233 ff. = ZMP 2024, Nr. 8; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 7 ff. 2

Mietgerichts Zürich vom 28. Mai 2024 sowie ein Aufsatz von Sarah Brutschin veröffentlicht wurden.<sup>3</sup> Den Abschluss bildet das Fazit im vierten Kapitel. 2. Grundsätzliches zu Mietzinserhöhungen Für Mietverträge gelten die allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätze, wie z.B. der Grund- satz der Vertragsfreiheit, das Prinzip der Unveränderbarkeit getroffener Abreden sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 1 ZGB).<sup>4</sup> Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Parteien den Mietzins grundsätzlich frei vereinbaren, wobei sie allerdings durch die Regelun- gen in Art. 269 ff. OR beschränkt werden, welche die Massstäbe zur (zulässigen) Mietzinsfest- legung sowie zur Überprüfung der Mietzinse auf Missbräuchlichkeit festlegen.<sup>5</sup> Aufgrund der Unveränderbarkeit getroffener Abreden sind Verträge so zu halten, wie sie abgeschlossen wurden.<sup>6</sup> Als gesetzlich vorgesehene Ausnahmen von diesem Grundsatz sind vorliegend ins- besondere die Mietzinserhöhungen (Art. 269d OR) sowie die Anfechtung der Mietzinserhö- hungen während des Mietverhältnisses (Art. 270b OR) von Interesse.<sup>7</sup>

## **E. 2**

Grundsätzliches zu Mietzinserhöhungen ..... 3

### **E. 2.1**

Mietzinsgestaltung (Art. 269 und 269a OR) Art. 269 OR ist eine selbständige Grundregel zur Bestimmung von missbräuchlichen Mietzin- sen, wohingegen Art. 269a lit. a-f OR ein nicht abschliessender Ausnahmekatalog für Miet- zinse ist, bei denen die gesetzliche Vermutung besteht, dass sie nicht missbräuchlich sind bzw. die Anpassung des Mietzinses (z.B. Erhöhung oder Herabsetzung) zulässig war.<sup>8</sup> Diese gesetzliche Vermutung kann widerlegt werden, wenn bewiesen wird, dass die Anpassung ge- mäss der absoluten Methode zu einem missbräuchlichen Mietzins i.S.v. Art. 269 oder 269a lit. a oder c OR führt.<sup>9</sup>

#### **E. 2.1.1**

Absolute und relative Anpassungsgründe (Art. 269 und 269a OR) Mietzinse können aufgrund von absoluten oder relativen Gründen festgelegt oder angepasst werden.<sup>10</sup> Mietzinserhöhungen während des Mietverhältnisses stützen sich meist auf relative Gründe, wohingegen die absoluten Gründe oft als Verteidigungsmittel bzw. als Einrede vorge- 3 ZMP 2024, Nr. 8; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 7 ff.

### **E. 2.1.2**

Ertrag aus der Mietsache (Art. 269 OR) als absoluter Anpassungsgrund Mietzinse sind missbräuchlich, wenn sie auf einem offensichtlich übersetzten Kaufpreis beruhen oder damit ein übersetzter Ertrag erzielt wird (Art. 269 OR).<sup>14</sup> Ein offensichtlich übersetzter Kaufpreis der Liegenschaft liegt vor, wenn er den Ertragswert der Liegenschaft (berechnet auf den orts- und quartierüblichen Mietzinsen für gleichwertige Objekte) um mehr als 10% übersteigt (Art. 10 VMWG).<sup>15</sup> Der Kaufpreis umfasst alle Kosten, die der Vermieterschaft im Zusammenhang mit dem Erwerb der Liegenschaft tatsächlich angefallen sind (Erwerbskosten), wie z.B. Kaufpreis, Notariats- und Grundbuchgebühren, Handänderungssteuern etc.<sup>16</sup> Liegt ein offensichtlich übersetzter Kaufpreis vor, ist der darauf beruhende Mietzins stets missbräuchlich, unabhängig davon, ob nur ein angemessener Ertrag aus der Vermietung erzielt wird oder nicht.<sup>17</sup> Gemäss h. L. und Rechtsprechung ist die Eigenkapital- bzw. Nettorendite der massgebende Ertrag für die Beurteilung des übersetzten Ertrags i.S.v. Art. 269 OR.<sup>18</sup>

#### **E. 2.1.2.1**

**Ertrag und Rendite** Der Nettoertrag besteht aus den Nettomietzinseinnahmen für die gesamte Liegenschaft pro Jahr abzüglich der Nebenkosten (z.B. Kosten für Heizung und Warmwasser) und des Liegen-

#### **E. 2.1.2.2**

**Eigenkapital und Anlagekosten** Das mietrechtliche Eigenkapital ist die Gesamtheit der von der Vermieterschaft tatsächlich investierten Eigenmittel für die Erstellung bzw. Ermöglichung der Vermietung und/oder Änderung bzw. Verbesserung des Mietobjekts.<sup>23</sup> Es besteht aus den Anlagekosten (Art. 15 VMWG) abzüglich des Fremdkapitals, zuzüglich der Teuerung auf dem Eigenkapital (Art. 269a lit. e OR, Art. 16 VMWG), zuzüglich der Amortisationen auf dem Fremdkapital, zuzüglich der eigenfinanzierten wertvermehrenden Investitionen (Art. 269a lit. b OR, Art. 14 VMWG).<sup>24</sup> Gemäss der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts können 100% des effektiv investierten Eigenkapitals an die Teuerung gemäss des LIK angepasst werden.<sup>25</sup> Das Fremdkapital besteht aus allen geldwerten Leistungen und/oder Mitteln, die von der Vermieterschaft bei Dritten für die Erstellung, Vermietbarmachung, Verbesserung/Änderung und/oder den Unterhalt tatsächlich aufgewendet wurden (z.B. gesicherte oder ungesicherte Darlehen).<sup>26</sup> Die Anlagekosten (Art. 15 VMWG) bestehen aus den tatsächlich getätigten Investitionen der Vermieterschaft für den Erwerb, die Erstellung oder die Verbesserung der Lie-

#### **E. 2.1.2.3**

**Liegenschaftsaufwand** Der Liegenschaftsaufwand besteht aus den von der Vermieterschaft tatsächlich zu tragenden Ausgaben, die auf den Mietzins überwältzt werden können, d.h. aus den Finanzierungs- und Verwaltungskosten sowie den durchschnittlichen Betriebs- und Unterhaltskosten (Art. 12 Abs. 1 VMWG).<sup>29</sup> Das Bundesgericht lässt keine generellen Pauschalen für den Liegenschaftsaufwand zu, weil dies gegen das Kostenprinzip verstossen würde, dass nur die tatsächlich angefallenen Kosten berücksichtigt werden dürfen.<sup>30</sup> Rückstellungen für zukünftigen Unterhalt, Risikoprämien, Amortisationen (z.B. Rückzahlung von Fremdkapital oder generelle Entwertung der Liegenschaft durch Alter und Abnutzung) sowie Kosten, die die Mieterschaft separat über die Nebenkostenabrechnung i.S.v. Art. 257a f. OR oder direkt an den Leistungserbringer bezahlt, fallen grundsätzlich nicht unter den Liegenschaftsaufwand.<sup>31</sup> Als Unterhaltskosten

werden alle Kosten bezeichnet, die aus der Instandhaltung der Liegenschaft zum vorausgesetzten Gebrauch (ohne Erneuerungen oder Änderungen) sowie deren Werterhaltung entstehen (z.B. Reparaturen, Reinigung, Kosten für den ordentlichen Unterhalt).<sup>32</sup> Es ist auf die effektiv angefallenen durchschnittlichen Kosten der vorangehenden drei bis fünf Jahre abzustellen, die nicht durch die Heiz- und Nebenkosten abgedeckt sind.<sup>33</sup> Die Finanzierungs-/Kapitalkosten beinhalten alle tatsächlich angefallenen Kosten für das investierte Fremdkapital, welches effektiv in der Liegenschaft steckt oder für die Erstellung bzw. Nutzung der Liegenschaft zur Vermietung notwendig ist (z.B. Hypothekar-, Baurechts- und

#### **E. 2.1.2.4**

Bestimmung des zulässigen Mietzinses Der zulässige Mietzins besteht aus dem Ertrag auf dem mietrechtlichen Eigenkapital zuzüglich des Liegenschaftsaufwands, jeweils gemäss Verteilschlüssel auf das konkrete einzelne Mietobjekt aufgeteilt. Der aktuelle Mietzins wird dann mit dem zulässigen Mietzins verglichen, woraus ersichtlich wird, ob und in welchem Umfang der Mietzins missbräuchlich ist.<sup>40</sup> Die individuelle Ertragsberechnung erfolgt pro Mietobjekt mittels Aufteilungsschlüssel. Dieser spiegelt den Anteil des Mietobjekts an der gesamten Liegenschaft wider und kann sich am Rauminhalt, der Quadratmeterfläche, dem Gebäudeversicherungswert oder anderen objektiven Kriterien (z.B. Anzahl Zimmer) orientieren, wobei er den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragen muss.<sup>41</sup>

#### **E. 2.1.3**

Relative Anpassungsgründe (Art. 269a lit. b und e OR) Mietzinse bzw. Erhöhungen sind vermutungsweise nicht missbräuchlich, wenn sie auf Kostensteigerungen (Finanzierungs-, Verwaltungs-, Unterhalts- und Betriebskosten) sowie Mehrleistungen der Vermieterschaft (Art. 269a lit. b OR) oder dem Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital (Art. 269a lit. e OR) beruhen bzw. wenn der Mietzins nur an die entsprechenden Faktoren angepasst wird.<sup>43</sup> Grundsätzlich sind nur diejenigen Veränderungen der Faktoren massgebend, die seit der letzten Mietzinsfestsetzung eingetreten sind.<sup>44</sup>

##### **E. 2.1.3.1**

Unterhalts-, Betriebs- und Verwaltungskosten (Art. 269a lit. b OR / Art. 12 VMWG) Erhöhte Finanzierungs-, Verwaltungs-, Unterhalts- und Betriebskosten berechtigen zur Erhöhung des Mietzinses, wobei nur die Kosten massgebend sind, die auch beim Liegenschaftsaufwand berücksichtigt werden dürfen. Sie können z.B. in einer Erhöhung von Gebühren, Hypothekarzinsen, Immobiliensteuern, Versicherungsprämien, Betriebskosten oder Unterhaltskosten ohne wertvermehrende Investitionen bestehen (Art. 12 Abs. 1 VMWG).<sup>45</sup> Die Finanzierungskosten sind an den Referenzzinssatz gebunden.<sup>46</sup> Zur Erhöhung oder Herabsetzung des Mietzinses berechtigen nur Veränderungen der Kosten, die durch den Nettomietzins abgegolten werden, nicht jedoch separat abgerechnete Nebenkosten.<sup>47</sup> Sie können im Umfang ihrer tatsächlichen Erhöhung oder Senkung zur Anpassung des Mietzinses geltend gemacht werden, wenn die Veränderung dauerhaft ist. Daher müssen Art. 269-269a OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 2 zu Art. 269 OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 20 Rz. 2.2.4; SVIT-ROHRER, N 39 f. zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 12 m.w.Verw. zu Art. 269 OR.

##### **E. 2.1.3.2**

Referenzzinssatz / Finanzierungskosten (Art. 269a lit. b OR / Art. 12, 12a und 13 VMWG)  
Der Referenzzinssatz für Hypotheken (Art. 12a VMWG) besteht aus dem Durchschnittswert aller inländischen Hypothekarforderungen und wird vom BWO alle drei Monate (jeweils Anfang März, Juni, September sowie Dezember) gerundet auf Viertelprocente veröffentlicht (Art. 12a Abs. 1-3 VMWG).<sup>51</sup> Eine Veränderung des Referenzzinssatzes um mindestens 0.25% berechtigt zu einer Erhöhung oder Herabsetzung des Nettomietzinses (Art. 12a i.V.m. Art. 13 Abs. 1 und 4 VMWG).<sup>52</sup> Die Anpassung des Mietzinses muss anhand der Standardsätze gemäss Art. 13 Abs. 1 VMWG erfolgen. Bei einem Referenzzinssatz von unter 5% berechtigt eine Erhöhung des Referenzzinssatzes um 0.25% zu einer Mietzinserhöhung von 3% des Nettomietzinses.<sup>53</sup> Die Standardsätze kommen unabhängig von der Höhe des Fremdkapitalanteils zur Anwendung, denn ausschlaggebend ist nur die Veränderung des Referenzzinssatzes und nicht, ob die Finanzierungskosten der Vermieterschaft tatsächlich betroffen sind oder nicht.<sup>54</sup> Grund dafür ist,

### **E. 2.1.3.3**

Mehrleistungen der Vermieterschaft (Art. 269a lit. b OR / Art. 14 VMWG) Mehrleistungen der Vermieterschaft berechtigen zu einer Mietzinserhöhung und beinhalten alles, was die Kosten für die Wiederherstellung oder Erhaltung des Mietobjekts (ordentlicher Unterhalt) übersteigt (Art. 269a lit. b OR, Art. 14 Abs. 3 VMWG) oder zu einem Mehrwert der bisherigen vertraglichen Leistungen und Nebenleistungen der Vermieterschaft führt, die mit dem Nettomietzins und nicht über die Nebenkosten (Art. 257a Abs. 2 OR) abgegolten werden. Erfasst sind wertvermehrnde Verbesserungen/Investitionsvermehrungen, Vergrößerungen der Mietsache, zusätzliche Nebenleistungen, umfassende Überholungen (Art. 14 Abs. 1 VMWG) sowie energetische Verbesserungen (Art. 14 Abs. 2 VMWG).<sup>56</sup> Nebenleistungen erfassen alle geldwerten Leistungen, die die Vermieterschaft zusätzlich zu ihren vertraglichen Leistungen erbringt.<sup>57</sup> Investitionsvermehrungen erhöhen den Anlagewert der Mietsache. Darunter fallen der Einbau neuer, bisher nicht vorhandener Einrichtungen (z.B. Einbau eines Lifts, Anbau eines Balkons) oder der Ersatz von bestehenden Einrichtungen oder Elementen durch leistungsfähigere bzw. höherwertige neue Einrichtungen oder Elemente.<sup>58</sup> Nur Mehrleistungen rechtfertigen eine Erhöhung des Mietzinses, wohingegen der ordentliche Unterhalt durch den Mietzins abgegolten werden muss und zu keiner Erhöhung berechtigt.<sup>59</sup> Der Mehrwert (bzw. dessen Kosten) muss anteilmässig mittels Verteilschlüssel auf die einzelnen betroffenen Mietobjekte umgelegt werden und erlaubt nur in diesem Umfang eine Erhöhung des Mietzinses.<sup>60</sup> Bei teilweiser Erneuerung des Mietobjekts (z.B. Renovation der Küche, Sanierung der Fassade mit neuer Isolation) ist für gewöhnlich davon auszugehen, dass die Investitionen sowohl wertvermehrend (Art. 269a lit. b OR) als auch werterhaltend bzw. ordentlicher Unterhalt (Art. 256 Abs. 1 OR) sind. Daher muss der wertvermehrende Anteil der Arbeiten bestimmt

55 BGE 133 III 61 E. 3.2.3; 120 II 302 E. 7b; 120 II 100 E. 5b; 118 II 45 E. 2a;  
BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.2; GRATZ, S. 90; ZK-HIGI/WILDISEN, N 205 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 24 Vorb. zu Art. 269-270e und N 41 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 6a zu Art. 269a OR. 56 BGer 4A\_495/2010 & 4A\_505/2010 E. 6.3; 4A\_470/2009 E. 2.1; BGE 110 II 404 E. 3a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.1 ff.; BRUTSCHIN, mp 3/05, S. 129 ff. m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 319 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 20 zu Art. 269-269a OR; LCHAT, mp 4/93, S. 135 ff. m.w.Verw.; SVIT-ROHRER, N 52 f. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 9 zu Art. 269a OR. 57 BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.12; ZK-HIGI/WILDISEN, N 323 ff. zu Art.

269a OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 21 Rz. 5.1.7; SVIT-ROHRER, N 60 zu Art. 269a OR. 58 BGer 4A\_413/2008 E. 4.4; 4A\_416/2007 E. 3.3.1; 4C.287/2001 E. 3.3.1; BGE 110 II 404 E. 2; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.3 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 331 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 53 ff. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 11 zu Art. 269a OR. 59 BGer 4A\_413/2008 E. 4.1; BGE 118 II 415 E 3a; 110 II 404 E. 3a-b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 333 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 20 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 53 ff. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 269a OR. 60 Siehe Kap. 2.1.2.4; BGE 139 III 209 E 2.1; 125 III 421 E. 2d; 118 II 415 E. 3a, 110 II 404 E. 3b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.9; ZK-HIGI/WILDISEN, N 340 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 85 ff. zu Art. 269a OR. 10

werden, da nur dieser auf den Mietzins überwält werden darf.<sup>61</sup> Bei umfassenden Überholungen gilt die widerlegbare Vermutung, dass 50 - 70% der effektiven Kosten wertvermehrend sind und somit auf den Mietzins überwält werden können (Art. 14 Abs. 1 VMWG).<sup>62</sup> Mit einer Mietzinserhöhung können die Verzinsung des effektiv investierten Kapitals, die Amortisation unter Berücksichtigung der Lebensdauer und die neuen Unterhaltskosten für die Mehrleistung auf den Mietzins überwält werden (Art. 14 Abs. 4 VMWG).<sup>63</sup> Die neuen Unterhaltskosten können entweder mit 10% des kumulierten Zins- und Amortisationsatzes oder mit 1% der Gesamtinvestition pauschalisiert werden.<sup>64</sup> Bei der Kapitalverzinsung ist ein Zinssatz von 0.5% über dem Referenzzinssatz zulässig, wobei der Zinssatz aufgrund der Amortisation auf die Hälfte zu reduzieren ist.<sup>65</sup> Mietzinserhöhungen wegen Mehrleistungen dürfen erst dann angezeigt werden, wenn die Arbeiten ausgeführt sind und die entsprechenden Belege bzw. Rechnungen vorliegen, allerdings sind bei grösseren Arbeiten gestaffelte Mietzinserhöhungen gemäss den bereits erfolgten Zahlungen zulässig (Art. 14 Abs. 5 VMWG).<sup>66</sup>

#### **E. 2.1.3.4**

Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital (Art. 269a lit. e OR / Art. 16 VMWG) Art. 269a lit. e OR erlaubt es der Vermieterschaft, die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital (Eigenkapital) auf den Mietzins zu überwälzen.<sup>67</sup> Aufgrund des standardisierten Finanzierungsmodells ist eine Erhöhung des Mietzinses um maximal 40% der Steigerung des LIK zulässig (Art. 16 VMWG), wobei die tatsächlichen Finanzierungsverhältnisse keine Rolle spielen.<sup>68</sup> Gemäss aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen 100% des tatsächlich in- <sup>61</sup> BGer 4C.287/2001 E. 3.2 ff.; BGE 118 II 415 E. 3a-b; 110 II 404 E. 3a-b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.3; CHK-HULLIGER, N 20 zu Art. 269-269a OR; BSK-WEBER, N 11 zu Art. 269a OR. <sup>62</sup> BGer 4A\_531/2016 E. 3.1; 4A\_501/2010 E. 3; BGE 118 II 415 E. 3a; 110 II 404 E. 3a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.4 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 381 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 20 zu Art. 269-269a OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 12 zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 61 ff. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 12 zu Art. 269a OR. <sup>63</sup> BGer 4A\_470/2009 E. 6.1; BGE 118 II 415 E. 3c/bb; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.8; ZK-HIGI/WILDISEN, N 375 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 20 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 72 ff. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 10 zu Art. 269a OR. <sup>64</sup> BGer 4C.287/2001 E. 3.4.; BGE 118 II 415 E. 3c; 111 II 378 E. 5; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.8.3 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 378 zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 20 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 76 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 10 zu Art. 269a OR. <sup>65</sup> Siehe Kap. 2.1.3.2; BGE 141 III 245 E. 6.5; 140 III 433 E. 3.5.3.2; 118 II

415 E. 3c/aa; 110 II 404 E. 3c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.8.1 f.; CHK-HULLIGER, N 20 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 72 ff. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 10 zu Art. 269 OR; a.M. ZK-HIGI/WILDISEN, N 375 ff. zu Art. 269a OR; ROHRER, MRA 4/20, S. 181. 66 BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.5.10; ZK-HIGI/WILDISEN, N 355 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 77 ff. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 12a zu Art. 269a OR. 67 BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.8.1; ZK-HIGI/WILDISEN, N 398 zu Art. 269a OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 21 Rz. 8.1; SVIT-ROHRER, N 110 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 17 zu Art. 269a OR. 68 Siehe Kap. 2.1.3.2; BGE 120 II 100 E. 5a-b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.8.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 400 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 23 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 110 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 18 zu Art. 269a OR; HEV, Landesindex der Konsumentenpreise, <<https://www.hev-schweiz.ch/vermieten/statistiken/landesindex-der-konsumentenpreise>>. 11

vestierten Eigenkapitals an die Teuerung angepasst werden.<sup>69</sup> Relevant für die Mietzinsanpassung ist die Entwicklung der Teuerung im Zeitraum zwischen der letzten Mietzinsfestlegung (alter Indexstand des LIK) und der Erhöhungsanzeige (aktueller Indexstand des LIK).<sup>70</sup> Berechnet wird die Mietzinsanpassung wie folgt: aktueller Indexstand – alter Indexstand 1. Schritt: Anpassungsfaktor in % = \* 40 alter Indexstand 2. Schritt: bisheriger Nettomietzins \* Anpassungsfaktor in % = Mietzinsanpassung .<sup>71</sup>

#### **E. 2.1.4**

Kumulation und Kompensation zwischen den Anpassungsgründen Es können mehrere relative Anpassungsgründe gleichzeitig angerufen bzw. miteinander kumuliert werden.<sup>72</sup> Zudem ist bei mehreren relativen Anpassungsgründen eine Verrechnung bzw. Kompensation möglich.<sup>73</sup> Absolute Anpassungsgründe können weder miteinander noch mit relativen Anpassungsgründen kumuliert oder kompensiert werden.<sup>74</sup> Es ist jedoch zulässig, die einen Gründe (z.B. mehrere relative Gründe) als Haupt- und andere Gründe (z.B. einen absoluten Grund) als Eventualbegründung anzuführen.<sup>75</sup>

#### **E. 2.2**

Überprüfung von Mietzinsen und Mietzinsanpassungen Das Bundesgericht hat zwei Methoden zur Überprüfung der Zulässigkeit von Mietzinsen entwickelt: die absolute und die relative Berechnungsmethode.<sup>76</sup> Grundsätzlich werden relative Anpassungsgründe mit der relativen Methode überprüft und absolute Anpassungsgründe mit der absoluten Methode.<sup>77</sup> Während des Mietverhältnisses kann die Vermieterschaft einseitige Mietzinserhöhungen grundsätzlich nur aufgrund von relativen Anpassungsgründen (Art. 269a lit. b und e OR) vornehmen. Daher erfolgt die Überprüfung des Mietzinses während des Miet- <sup>69</sup> BGer 4A\_28/2020 E. 5.3; 4A\_288/2020 E. 5.3; BGE 147 III 14 E. 8.3-8.5; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 21; CHK-HULLIGER, N 15 zu Art. 269-269a OR; ROHRER, MRA 4/20, S. 181; STASTNY, mp 1/21, S. 13 ff. <sup>70</sup> Siehe Kap. 2.2.2.2; BGE 117 II 77 E. 3b/aa; 106 II 356; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.8.5 m.w.Verw.; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 19-28; ZK-HIGI/WILDISEN, N 408 m.w.Verw. zu Art. 269a OR. <sup>71</sup> BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.8.5; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 21; GRATZ, S. 107 f.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 400 ff. zu Art. 269a OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 21 Rz. 8.6. <sup>72</sup> BGE 106 II 356; 103 II 258 E. 7c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.8.1 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 458 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 und N 194 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 8 zu Art.

269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 116 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 12b zu Art. 269a OR. 73 BGE vom 26.07.1995 E. 4a, in mp 3/96, S. 140 ff.; 106 II 356 E. 5; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 47 zu Art. 269a OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.9.1; ZK-HIGI/WILDISEN, N 273 m.w.Verw. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 17 zu Art. 269a OR. 74 BGE 121 III 6 E. 3b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.8.3 und 21.9.2; GMÜR/THANEI, FM, S. 17; ZK-HIGI/WIL- DISEN, N 463 m.w.Verw. zu Art. 269 und N 274 zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 8 zu Art. 269- 269a OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 23 Rz. 7.3; BSK-WEBER, N 12b ff. zu Art. 269a OR. 75 BGE 142 III 375 E. 3.3; BGer 4C.330/2002; 123 III 317 E. 4e; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.3.1 m.w.Verw.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 93 zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 8 zu Art. 269-269a OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 10 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.2 m.w.Verw.; SVIT-ROHRER, N 44 f. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 3 m.w.Verw. zu Art. 269d OR. 76 BGE 121 III 163 E. 2b; 120 II 240 E. 2; 120 II 302 E. 6b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.5.1; ZK-HIGI/WIL- DISEN, N 452 zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 269-269a OR. 77 BGE 121 III 163 E. 2d/bb; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.5.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 164 f. Vorb. zu Art. 269-270e und N 453 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; LACHAT, mp 4/95, S. 185. 12

verhältnisses grundsätzlich nach der relativen Methode.<sup>78</sup> Es wird dementsprechend vorwie- gend auf die relative Methode näher eingegangen, da vor allem diese für die vorliegende The- matik von zweiten Erhöhungen während eines hängigen Anfechtungsverfahrens relevant ist.

### **E. 2.2.1**

**Absolute Methode** Mit der absoluten Methode wird geprüft, ob der Mietzins an sich missbräuchlich ist, ohne Be- rücksichtigung der Vorgeschichte bzw. der bisherigen Mietzinsentwicklung und allfälliger Ver- einbarungen der Parteien. Die Überprüfung des Mietzinses erfolgt anhand der absoluten An- passungsgründe, d.h. anhand des Ertrags aus der Mietsache (Art. 269 oder 269a lit. c OR), des Kaufpreises (Art. 269 OR) oder durch Vergleich mit den orts- und quartierüblichen Miet- zinsen (Art. 269a lit. a OR).<sup>79</sup> Alle vier können voraussetzungslos als Einrede gegen eine mit relativen Gründen begründete Erhöhung geltend gemacht werden.<sup>80</sup> Einreden sind aus- schliesslich defensive Mittel, weshalb sie einen Mietzins nicht gestalten, sondern nur eine Miet- zinsanpassung abwehren. Bei einer erfolgreichen Einrede bleibt der Mietzins so wie er vor der Mietzinsanpassung war, ausser das Gericht oder die Schlichtungsbehörde legt in einem Urteil oder Vergleich die Kostenfaktoren neu fest.<sup>81</sup>

### **E. 2.2.2**

**Relative Methode** Die relative Methode prüft, ob der Mietzins seit der letzten Mietzinsfestlegung missbräuchlich geworden ist, wobei auf die von den Parteien angerufenen Gründe sowie die zahlenmässige Vorgeschichte bzw. das bisherige Anpassungsverhalten der Vermieterschaft abgestellt wird.<sup>82</sup>

#### **E. 2.2.2.1**

**Anwendung der relativen Methode** Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schützt die relative Methode das Vertrauen der Parteien in das bisherige rechtsgeschäftliche Verhalten der Gegenpartei (Art. 2 Abs. 1 ZGB, Vertrauensschutz bzw. Unveränderbarkeitsgrundsatz).<sup>83</sup> Insbesondere wird vermutet, dass der letzte vereinbarte oder nachträglich angepasste Mietzins (letzte Mietzinsfestlegung) der Vermieterschaft

einen zulässigen und genügenden Ertrag verschafft und eine zulässige und angemessene Verzinsung des investierten Eigenkapitals sichert, ausser die Vermieterschaft 78 Siehe Kap. 2.1.3; BGE 142 III 568 E. 1.4; 123 III 171 E. 6a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.7.5.1; ZK-HIGI/WILDISEN, N 164 Vorb. zu Art. 269-270e und N 498 ff. zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 269a OR. 79 Siehe Kap. 2.1.2; BGE 142 III 568 E. 1.2 und 2.1; 141 III 245 E. 6.3; 121 III 163 E. 2b; BRUTSCHIN, MfdP, 21.5.2 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 473 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 269-269a OR; LACHAT, mp 4/95, S. 185. 80 BGE 140 III 433 E. 3.1; BGer 4C.323/2001 E. 3a; 124 III 310 E. 2b; 122 III 257 E. 4; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.102; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.7.5.1; CHK-HULLIGER, N 2 ff. zu Art. 269-269a OR; HAP-REUDT, Rz. 13.90 ff.; SVIT-ROHRER, N 33 Vorb. zu Art. 269-270e OR; BSK-WEBER, N 18 zu Art. 269 OR. 81 BGE 126 III 124 E. 2a; 124 III 67; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.12; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 42 zu Art. 269a OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.8.1 und 21.1.4; SVIT-ROHRER, N 19 zu Art. 270a OR. 82 BGE 142 III 568 E. 1.2; 123 III 76 E. 4c; 121 III 397; 121 III 163 E. 2b-c; 120 II 240 E. 2; 120 II 302 E. 6; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.5.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 465 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 5 f. zu Art. 269-269a OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 5 Vorb. zu Art. 269-270e OR. 83 Siehe Kap. 2; BGE 121 III 163 E. 2c; 117 II 458 E. 2a; 111 II 201 E. 2; 106 II 166 E. 4; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.5.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 161 ff. Vorb. zu Art. 269-270e m.w.Verw. und N 464 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 6 zu Art. 269-269a OR; BSK-WEBER, N 16 zu Art. 269 OR. 13

habe einen ausdrücklichen Vorbehalt (Art. 18 VMWG) angebracht.<sup>84</sup> Wurde kein Vorbehalt angebracht, dürfen aufgrund des Vertrauensschutzes nur Mietzinsfaktoren berücksichtigt werden, die sich nach der letzten und vor der neuen Mietzinsfestlegung verwirklicht bzw. geändert haben. Geprüft wird dann ausschliesslich, ob der Mietzins bloss den Veränderungen dieser Faktoren folgt oder die Veränderungen überschreitet und somit missbräuchlich geworden ist.<sup>85</sup>

#### **E. 2.2.2.2**

**Letzte verbindliche Mietzinsfestlegung** Die letzte Mietzinsfestlegung begründet die massgebenden Kostenstände für die nachfolgenden Anpassungen des Mietzinses. Dabei gilt der gleiche Stichtag wie bei der Nettorenditeberechnung.<sup>86</sup> Die letzte Mietzinsfestlegung besteht grundsätzlich in der letzten anfechtbaren Mietzinsanpassung.<sup>87</sup> Sie kann daher in einem Vertragsabschluss (Anfangsmietzins), einer unangefochtenen Erhöhung, einem akzeptierten Herabsetzungsbegehren, einem Änderungsvertrag, einem Urteil oder einem Vergleich bestehen.<sup>88</sup> Bei Mietzinsanpassungen aufgrund des Referenzzinssatzes werden von Amtes wegen (Art. 247 Abs. 2 lit. 4 ZPO) die Veränderungen des Referenzzinssatzes während des bestehenden Mietverhältnisses über die letzte Mietzinsfestlegung hinaus berücksichtigt (Art. 13 Abs. 4 VMWG).<sup>89</sup> Die Basis für Anpassungen bildet die letzte rechtskräftige Mietzinserhöhung (nicht aber Mietzinsherabsetzung), welche mit einer Erhöhung des Referenzzinssatzes begründet wurde bzw. der mit der Erhöhung mitgeteilte Referenzzinssatz.<sup>90</sup> Wurde der Mietzins zuletzt bei Vertragsschluss oder konsensual während der Vertragsdauer, aufgrund eines Urteils oder Vergleichs (wenn jeweils Änderungen des Referenzzinssatzes berücksichtigt wurden) oder aufgrund eines absoluten Grundes festgelegt, gilt der Referenzzinssatz in diesem Zeitpunkt als Basis.<sup>91</sup> 84 Siehe Kap. 2.4.3; BGE 121 III 163 E. 2; 118 II 124 E. 4b; 117 II 458 E. 2a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.5.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 162 m.w.Verw.

Vorb. zu Art. 269-270e und N 488 f. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 6 zu Art. 269-269a OR; BSK-WEBER, N 16 zu Art. 269 OR. 85 BGE 141 III 569 E. 2.1.1; 124 III 67 E. 3; 123 III 76 E. 4c; 122 III 20 E. 4b; 121 III 163 E. 2c-d; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.5.3 ff.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 164 Vorb. zu Art. 269-270e und N 489 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 6 zu Art. 269-269a OR; LACHAT, mp 4/95, S. 185; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 23 Rz. 4.1; BSK-WEBER, N 6 zu Art. 269 und N 6 ff. zu Art. 269a OR. 86 Siehe Kap. 2.1.2.4; BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.1.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 499 f. zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 6a zu Art. 269 OR. 87 BGE 126 III 124 E. 2a; 124 III 67 E. 3; 108 II 135 E. 2a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.1 f. m.w.Verw.; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 17; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 30 f. zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 500 f. zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 18 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 7 zu Art. 270a OR. 88 BGE 141 III 569 E. 2.1.1; BGer 4A\_679/2011 E. 2.2.; 124 III 67 E. 3; 119 II 348 E. 4b/dd; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 42 zu Art. 269a OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.1.1 m.w.Verw.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 31 zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 499 f. m.w.Verw. zu Art. 269 OR. 89 BGer 4A\_489/2010 & 4A\_531/2010 E. 4.1; BGE 119 II 348 E. 4b; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 48 zu Art. 269a OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.8 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 265 ff. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 19 zu Art. 269-269a OR. 90 BGE 124 III 67 E. 3b; BGer 4A\_489/2010 & 4A\_531/2010 E. 4.1; 119 II 348 E. 4b/dd; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.8.1; ZK-HIGI/WILDISEN, N 266 zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 19 zu Art. 269-269a OR. 91 BGE 126 III 124 E. 2a; BGer 4A\_679/2011 E. 2.2; 4A\_489/2010 & 4A\_531/2010 E. 4.1; 119 II 348 E. 4b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.8.1 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 265 ff. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 19 zu Art. 269-269a OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 21 Rz. 3.3.4. 14

## **E. 2.3**

Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen allgemein (Art. 269-270e OR) Der Gesetzgeber hat bei den Mietverhältnissen über Wohn- und Geschäftsräume keine Mietpreiskontrolle eingeführt, sondern die Überprüfung des Mietzinses der Mieterschaft überlassen. Somit ist es Sache der Mieterschaft, mittels Anfechtung (Art. 270 ff. OR) gegen missbräuchliche Mietzinse i.S.v. OR 269 und 269a OR vorzugehen.<sup>92</sup>

### **E. 2.3.1**

Geltungsbereich der Schutzbestimmungen Die Schutzbestimmungen von Art. 269-270e OR gelten für Wohn- und Geschäftsräume (Art. 253a Abs. 1 und Art. 253b Abs. 1 OR).<sup>93</sup> Art. 269-269a OR sind absolut zwingendes Recht, somit darf nicht davon abgewichen werden, ansonsten ist die Vertragsklausel nichtig, insbesondere wenn die Berücksichtigung von Änderungen des Referenzzinssatzes bei der Anpassung und Festsetzung des Mietzinses ausgeschlossen wird.<sup>94</sup> Die Schutzbestimmungen gelten auch für Nebensachen, die mit Wohn- und Geschäftsräumen zusammen vermietet werden (z.B. Bastelräume, Parkplätze, Gärten), wenn es sich um ein einheitliches Mietverhältnis handelt (Art. 253a Abs. 1 OR).<sup>95</sup> Auch Untermieten fallen in den Schutzbereich.<sup>96</sup>

### **E. 2.3.2**

Ausnahmen vom Schutzbereich Art. 269-270e OR sind für die nachfolgenden Mietobjekte nicht anwendbar und die Mietzinse können frei vereinbart werden: luxuriöse Wohnungen oder Einfamilienhäuser mit sechs oder mehr Wohnräumen (Art. 253b Abs. 2 OR i.V.m. Art.

2 Abs. 1 VMWG), bis höchstens für drei Monate gemietete Ferienwohnungen (Art. 253a Abs. 2 OR) sowie Mietverhältnisse über Immobilien, die weder Wohn- noch Geschäftsräume und auch nicht mit solchen zusammen vermietet sind (Art. 253a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 1 VMWG e contrario).<sup>97</sup> Für durch die öffentliche Hand geförderte und kontrollierte Wohnräume (Art. 253b Abs. 3 OR) gelten Art. 269-270e OR. Siehe Kap. 2.3.1 f. und 2.4.4; BGE 123 III 70 E. 3a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 16.2.1 und 21.1.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 7 ff. zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 8 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.1 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, S. 286. 93 BGE 146 III 346; BGer 4A\_9/2010; 124 III 108 E. 2; 124 III 62; 123 III 171; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 16.1.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 7 ff. m.w.Verw. zu Art. 253a-253b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 13 ff. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 1 m.w.Verw. zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 7 Vorb. zu Art. 269-270e OR; BSK-WEBER, N 3 m.w.Verw. zu Art. 269 OR. 94 BGE 133 II 61 E. 3-4; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.1 und 19.3.1; ZK-HIGI/WILDISEN, N 9 zu Art. 269 und N 5 zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 1a zu Art. 269-269a OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 20 Rz. 1.4; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.1.2; SVIT-ROHRER, N 1 zu Art. 269 und N 3 zu Art. 269a OR; RONCORONI, mp 2/06, S. 109 ff.; BSK-WEBER, N 3 zu Art. 269 OR. 95 BGer 4A\_670/2020 E. 4.2 ff.; BGE 119 II 353 E. 5c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 16.1.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 21 f. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e und N 322 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.2; PÜNTENER, MfdP, Rz. 4.4.7. 96 BGE 124 III 62 E. 2a-b; ZK-HIGI/WILDISEN, N 14 ff. Vorb. zu Art. 269-270e und N 301 m.w.Verw. zu Art. 269 OR. 97 BGer 4A\_257/2015 E. 3; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 16.1.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 43 ff. zu Art. 253a-253b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 16 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 7 Vorb. zu Art. 269-270e OR; BSK-WEBER, N 5 ff. zu Art. 253a-253b OR. 15

nur beschränkt (Art. 2 Abs. 2 VMWG), weil die behördliche Kontrolle die Schutzbestimmungen teilweise ersetzt.<sup>98</sup>

### **E. 2.3.3**

Weitergeltung des Mietvertrags während Anfechtungsverfahrens (Art. 270e OR)  
Grundsätzlich gilt der bisherige Mietvertrag während des Anfechtungsverfahrens vor der Schlichtungsbehörde und den Gerichten unverändert weiter (Art. 270e OR), denn das Anfechtungsverfahren hat aufschiebende Wirkung. Daher gilt auch der bisherige Mietzins bis zum rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens weiter.<sup>99</sup> Die Art. 269 ff. OR beschränken das Gestaltungsrecht der Vermieterschaft (Mietzinserhöhung) in seinen vertragsverändernden Wirkungen. Bis der Umfang dieser Beschränkung geklärt wurde, kann von der Vermieterschaft kein höherer Mietzins verlangt werden, als derjenige, der bisher zwischen den Parteien gegolten hat.<sup>100</sup> Erst ab dem rechtskräftigen Verfahrensabschluss werden Rück- bzw. Nachforderungsansprüche rückwirkend auf die entsprechenden Termine fällig.<sup>101</sup>

### **E. 2.3.4**

Schutz der Mieterschaft während und nach dem Anfechtungsverfahren (Art. 271a Abs. 1 lit. d und e sowie Abs. 2 OR) Die Mieterschaft genießt während des Verfahrens vor der Schlichtungsbehörde und den Gerichten (Art. 271a Abs. 1 lit. d OR) sowie in den drei

Jahren nach Verfahrensabschluss Kündigungsschutz, wenn sie Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend macht und damit ganz oder teilweise obsiegt oder mit der Vermieterschaft eine gerichtliche oder aussergerichtliche Einigung trifft (Art. 271a Abs. 1 lit. e sowie Abs. 2 OR).<sup>102</sup> Kündigt die Vermieterschaft während dieser Zeit, besteht die widerlegbare Vermutung, es handle sich um eine missbräuchliche Rückkündigung, weshalb diese angefochten und aufgehoben werden kann.<sup>103</sup>

## **E. 2.4**

Mietzinserhöhungen und deren Anfechtung (Art. 269d und 270b Abs. 1 OR)

Mietzinserhöhungen können grundsätzlich nur bei bestehenden und unbefristeten Mietverhältnissen gestützt auf Art. 269d OR vorgenommen werden.<sup>104</sup> Bei befristeten Mietverträgen oder 98 BGE 142 III 568 E. 1.1; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 16.3.2.3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 84 ff. zu Art. 253a- 253b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 29 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; PÜNTENER, MfdP, Rz. 4.4.4.3; SVIT-ROHRER, N 17 ff. m.w.Verw. zu Art. 253b OR; BSK-WEBER, N 10 zu Art. 253a-253b OR. 99 ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 11 ff. zu Art. 270e OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 270b-e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.5; SVIT-ROHRER, N 2 ff. zu Art. 270e OR. 100 Siehe Kap. 2.4.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 8 ff. zu Art. 270e OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 106 ff. Vorb. m.w.Verw. zu Art. 269-270e OR; SVIT-ROHRER, N 2 ff. zu Art. 270e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.5; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 270e OR. 101 Siehe Kap. 2.4.4. 102 BGer 4A\_459/2010; 4A\_525/2009; BGE 131 III 33 E. 3.1; 130 III 563; 114 II 79 E. 3a; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 232 ff. m.w.Verw. zu Art. 271a OR; CHK-HULLIGER, N 10 f. zu Art. 271a OR; THANEI, MfdP, Rz. 29.3.2.5 ff.; BSK-WEBER, N 24 ff. zu Art. 271/271a OR. 103 BGE 141 III 101; BGer 4A\_588/2013; 131 III 33 E. 3.1; 119 II 147 E. 4; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 259 ff. m.w.Verw. zu Art. 271a OR; CHK-HULLIGER, N 10 f. zu Art. 271a OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 16 f. zu Art. 271a OR; THANEI, MfdP, Rz. 29.3.2.5 ff.; BSK-WEBER, N 24 ff. zu Art. 271/271a OR. 104 BGE 128 III 419 E. 2.4.1; 112 II 69; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 9ff. zu Art. 269d OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 148 zu Art. 269-270e OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.2; SVIT-ROHRER, N 7 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 269d OR. 16

Mietverhältnissen mit einer Mindestdauer kann nur einseitig erhöht werden, wenn von Anfang an eine Anpassungsklausel vereinbart wurde (z.B. umsatzabhängige, gestaffelte oder indexierte Mietzinse i.S.v. Art. 269b und 269c OR oder Mietzinse nach einem Zahlungsplan i.S.v. Art. 269a lit. d OR), weil es keinen Kündigungstermin gibt, auf den erhöht oder gekündigt werden kann. Daher sind Mietzinserhöhungen bei fester Vertragsdauer grundsätzlich unwirksam.<sup>105</sup> Eine Mietzinserhöhung i.S.v. Art. 269d Abs. 1 OR liegt nur dann vor, wenn durch die einseitige Vertragsanpassung der Vermieterschaft der Nettomietzins tatsächlich erhöht wird.<sup>106</sup>

### **E. 2.4.1**

Mietzinserhöhungen als Gestaltungsrechte Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h. L. sind Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 1 OR) Gestaltungsrechte der Vermieterschaft zur einseitigen Vertragsanpassung, weil dadurch die bisherige Vereinbarung der Parteien über die Höhe des Mietzinses durch eine einseitige Erklärung der Vermieterschaft auch gegen den Willen der Mieterschaft gültig verändert wird.<sup>107</sup> Damit

sollen Änderungskündigungen verhindert werden (Art. 269d Abs. 2 lit. c und Art. 271a Abs. 1 lit. b OR).<sup>108</sup> Gestaltungsrechte müssen mit einer klaren und zweifelsfreien Willenserklärung ausgeübt werden und brauchen für ihre Wirksamkeit kein Gerichtsurteil.<sup>109</sup> Die vertragsändernde Wirkung (Mietzinserhöhung) tritt grundsätzlich auf den genannten Termin ein und kann nur durch eine Vertragsauflösung oder die Missbrauchsgesetzgebung (Art. 269 und 269a OR) begrenzt werden.<sup>110</sup> Im Anfechtungsverfahren gemäss Art. 270b OR wird nur geprüft, ob die Rechtsausübung missbräuchlich i.S.v. Art. 269 und 269a OR war, was aber nicht direkt in den Vertrag bzw. in die vertraglichen Bestimmungen zum geschuldeten Mietzins eingreift, sondern nur das Gestaltungsrecht in seiner vertragsändernden Wirkung auf das zulässige Mass begrenzt bzw. den Mietzins auf das zulässige Mass korrigiert.<sup>111</sup> Daher 105 BGE 128 III 419 E. 2.4.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 8 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 148 zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 2 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.2; SVIT-ROHRER, N 6 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 5 zu Art. 269d OR. 106 BGE 132 III 702; 126 III 124 E. 2a; 124 III 67 E. 3a; 108 II 135 E. 2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 45 ff. zu Art. 269d und N 17 f. zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 7 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.1 m.w.Verw.; SVIT-ROHRER, N 18 zu Art. 269d und N 3 f. zu Art. 270b OR. 107 BGer 4A\_616/2020 E. 4.2 ff.; BGE 128 III 419; 124 III 67 E. 3; 121 III 6 E. 3c; 110 II 494 E. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 65 ff.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 42 ff. zu Art. 269d und N 13 zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 118 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.1 und 17.3.5.2. 108 Siehe Kap. 2.4.2.4; BGE 125 III 231 E. 3a-c; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 21 zu Art. 269d OR. 109 BGer 4A\_616/2020 E. 4.2 ff. m.w.Verw.; 135 III 441 E. 3.3; 133 III 360 E. 8.1.1; 128 III 129 E. 2a; 121 III 6 E. 3c; 4C.496/1994 E. 2b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 20 zu Art. 257, N 128 ff. zu Art. 269d und N 13 ff. zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 124 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.1 und 17.3.5.1.2; a.M. BSK-WEBER, N 1a zu Art. 269d OR. 110 BGer 4A\_616/2020 E. 4.2 ff. m.w.Verw.; 4C.496/1994 E. 2b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 161 f. zu Art. 269d und N 13 ff. m.w.Verw. zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 125 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 6 zu Art. 269d OR; SVIT-ROHRER, N 5 zu Art. 270e OR; a.M. BSK-WEBER, N 1a zu Art. 269d OR. 111 BGer 4A\_616/2020 E. 4.2 ff. m.w.Verw.; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 11 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 81 ff. zu Art. 269d, N 13 m.w.Verw. zu Art. 270b und N 8 zu Art. 270e OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 152 Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.2. 17

steht erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist, nach Zustandekommen einer Einigung oder nach rechtskräftiger Beurteilung durch eine Schlichtungsbehörde oder ein Gericht fest, ob und in welchem Umfang die vertragsändernde Wirkung eintritt (Art. 270e OR).<sup>112</sup>

#### **E. 2.4.2**

Voraussetzungen für eine gültige Mietzinserhöhung (Art. 269d Abs. 1-2 OR) Die besonderen Voraussetzungen für eine gültige Mietzinserhöhung (Art. 269d Abs. 1-2 OR) sind: die Mitteilung der Erhöhung mit amtlichem Formular, eine klare Begründung, die Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine sowie der zusätzlichen Bedenkfrist von zehn Tagen sowie dass keine Kündigung oder Kündigungsandrohung vorliegt.<sup>113</sup> Die

Mietzinserhöhung ist nichtig, wenn: ein fehlendes oder mangelhaftes amtliches Formular (Art. 269d Abs. 2 lit. a OR) verwendet wurde, eine fehlende oder mangelhafte Begründung (Art. 269 Abs. 2 lit. b OR) oder eine Kündigungsandrohung oder Kündigung (Art. 269 Abs. 2 lit. c) im Zeitpunkt der Erhöhung vorliegt.<sup>114</sup> Ist die Erhöhung nichtig (Art. 269d Abs. 2 OR), entfaltet sie keine Wirkungen und somit gilt weiterhin der bisherige Mietzins. Nichtigkeit kann jederzeit geltend gemacht werden und wird nur durch das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) beschränkt. Sie muss von den Schlichtungsbehörden und Gerichten von Amtes wegen berücksichtigt werden.<sup>115</sup> Die Vermieterschaft kann eine nichtige Erhöhung jederzeit auf den nächstmöglichen Termin mit der gleichen oder einer anderen Begründung korrekt wiederholen, denn Erhöhungen können nicht rückwirkend, sondern nur pro futuro auf einen zukünftigen Kündigungstermin vorgenommen werden.<sup>116</sup>

#### **E. 2.4.2.1**

Mitteilung mit amtlichem Formular (Art. 269d Abs. 1 und Abs. 2 lit. a OR / Art. 19 VMWG) Mietzinserhöhungen müssen der Mieterschaft mit einem amtlichen Formular mitgeteilt werden, ansonsten sind sie i.S.v. Art. 269d Abs. 2 lit. a OR nichtig.<sup>117</sup> Das amtliche Formular soll die Mieterschaft über die Gründe und den Umfang der Erhöhung sowie ihre Anfechtungsmöglichkeiten – 112 BGE 123 III 70 E. 3a; 103 II 258; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 11 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 13 zu Art. 270b und N 8 zu Art. 270e OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 270e OR. 113 BGE 137 III 362 E. 3.2.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 64 ff. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 269d OR. 114 Siehe Kap. 2.4.2.1 ff.; BGE 121 III 6 E. 3b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 5 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4 ff.; SVIT-ROHRER, N 5 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 7 ff. zu Art. 269d OR. 115 Siehe Kap. 3.1.1.1; BGer 4A\_256/2015; BGE 140 III 583; 4A\_1/2014; 123 III 70 E. 3c-d; 4C.134/2001 E. 3b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 222 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.4.1 ff.; SVIT-ROHRER, N 63 zu Art. 269d OR; THANEI, MfdP, Rz. 29.1.4.1; BSK-WEBER, N 8a m.w.Verw. zu Art. 269d OR. 116 Siehe Kap. 2.4.2.3; BGE 124 III 245 E. 3; 124 III 21 E. 2b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 76 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.5 und 17.3.5.1.7; BSK-WEBER, N 4 zu Art. 270b OR. 117 BGE 121 III 6 E. 3b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 181 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.1; SVIT-ROHRER, N 24 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 7 zu Art. 269d OR. 18

keiten aufklären (d.h. wann, wie und bei welcher Stelle die Erhöhung angefochten werden kann).<sup>118</sup> Das Bundesgericht hat wiederholt erklärt, dass bzgl. der Verwendung des Formulars Formstrenge herrscht.<sup>119</sup> Es müssen die kantonalen oder kantonally genehmigten Formulare des Kantons verwendet werden, auf dessen Gebiet die Mietsache liegt (Art. 19 Abs. 4 VMWG), ansonsten ist die Erhöhung nichtig, auch wenn das andere Formular alle notwendigen Angaben enthält.<sup>120</sup> Das Formular muss Folgendes beinhalten (Art. 19 Abs. 1 lit. a VMWG): den bisherigen Mietzins und die bisherigen Nebenkosten (Ziff. 1), den neuen Mietzins und die neuen Nebenkosten (Ziff. 2), den Zeitpunkt, auf den die Erhöhung in Kraft tritt (Ziff. 3), eine klare Begründung der Erhöhung und die Ausweisung in Einzelbeträgen, falls mehrere Erhöhungsgründe geltend gemacht werden (Ziff. 4), bei Mehrleistungen des Vermieters, ob er Förderbeiträge erhalten hat (Ziff. 5,

Art. 14 Abs. 3bis VMWG) sowie die Rechtsbelehrung mit dem Hinweis, dass die Mieterschaft die Erhöhung innert 30 Tagen ab Erhalt bei der Schlichtungsbehörde anfechten kann und welche Schlichtungsbehörde zuständig ist (Art. 19 Abs. 1 lit. c Ziff. 1-2 VMWG).<sup>121</sup> Es wird zudem die qualifizierte Schriftform verlangt, d.h. auf dem amtlichen Formular muss die eigenhändige Unterschrift (Art. 14 Abs. 1 OR) oder eine qualifizierte elektronische Signatur (Art. 14 Abs. 2bis OR) der Vermieterschaft vorhanden sein, ansonsten ist die Erhöhung nichtig.<sup>122</sup> Es ist jedoch zulässig, im Begleitschreiben die Formularinhalte gem. Art. 19 Abs. 1 lit. a und c VMWG aufzulisten und ein leeres Formular beizulegen, solange das Formular eigenhändig unterschrieben ist und darin auf das Begleitschreiben verwiesen wird.<sup>123</sup>

#### **E. 2.4.2.2**

Klare Begründung der Mietzinserhöhung (Art. 269d Abs. 1 und Abs. 2 lit. b OR/ Art. 19 und Art. 20 VMWG) Mietzinserhöhungen müssen von der Vermieterschaft begründet werden, ansonsten sind sie inkl. allfälligem Vorbehalt nichtig (Art. 269d Abs. 2 lit. b OR).<sup>124</sup> Die qualifizierte Schriftform gilt 118 BGE 138 III 401 E. 2.4.2; BGer 4C.330/2002; 123 III 70 E. 2; 121 III 214 E. 3b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 181 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.1.1; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 269d OR. 119 BGE 135 III 220; BGer 4C.110/2003; 4C.330/2002 E. 3.1; 122 III 20 E. 4c; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 201 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 269d OR. 120 BGE 121 III 214 E. 3-4; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 183 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 ff. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.1.1; CPra Bail-MARCHAND, N 19 zu Art. 269d OR; SVIT-ROHRER, N 24 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 269d OR. 121 BGE 138 III 401; BGer 4C.330/2002; 123 III 70; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 11 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 201 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.1.3; SVIT-ROHRER, N 21 ff. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 2 ff. zu Art. 269d OR. 122 BGE 138 III 401; BGer 4C.110/2003 E. 3.4; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.1.2; SVIT-ROHRER, N 33 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 2a zu Art. 269d OR. 123 BGE 138 III 401 E. 2.4; 121 III 214 E. 3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 201 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.1.2; SVIT-ROHRER, N 22 ff. zu Art. 269d OR; a.M. BSK-WEBER, N 2a zu Art. 269d OR. 124 Siehe Kap. 2.4.3; BGer 4C.330/2002 E. 3.1; BGE 121 III 460 E. 4; 121 III 6 E. 3b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 82 ff. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.2; SVIT-ROHRER, N 36 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 7 zu Art. 269d OR. 19

auch für die Begründung.<sup>125</sup> Es braucht eine klare und genügende Begründung der Mietzinserhöhung (Art. 269d Abs. 1 OR, Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 und Art. 20 Abs. 1 VMWG), damit die Mieterschaft sich ein genaues Bild über die Berechtigung und die Tragweite der Erhöhung machen und gestützt darauf entscheiden kann, ob sie die Erhöhung anfechten soll oder nicht.<sup>126</sup> Die Begründung ist Teil der Willenserklärung (und somit der Ausübung des Gestaltungsrechts) der Vermieterschaft und bestimmt die Vertragsanpassung sowie deren konkreten Umfang. Im Zweifelsfall wird die Begründung so ausgelegt, wie sie von der Mieterschaft nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (Vertrauensprinzip).<sup>127</sup> Unklare, widersprüchliche oder mehrdeutige

Begründungen sind gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts nichtig.<sup>128</sup> Pauschale Hinweise auf Gesetzesbestimmungen, vordruckte Standardbegründungen oder allgemeine Begründungen wie «gestiegene Kosten», ohne den konkreten Umfang der Erhöhung zu beziffern, sind ungenügende Begründungen.<sup>129</sup> Die Vermieterschaft muss die Art der Kosten bzw. den geltend gemachten Erhöhungsgrund (z.B. gestiegener Referenzzinssatz) sowie den Umfang der Kostenänderung (z.B. Anstieg von 1.5% auf 1.75%) in Franken oder Prozenten des Nettomietzinses klar angeben. Es braucht eine differenzierte Aufschlüsselung, welche Position um wie viel steigt.<sup>130</sup> Es können mehrere Erhöhungsgründe geltend gemacht werden, solange sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (z.B. Kumulation von relativen und absoluten Anpassungsgründen, Eventualbegründungen sind jedoch zulässig), mehrdeutig sind oder Sammelbegründungen darstellen, indem sie nur auf die gesetzlichen Anpassungsgründe verweisen.<sup>131</sup> Die Vermieterschaft muss für jeden einzelnen Erhöhungsgrund den darauf entfallenden Anteil der Erhöhung in Einzelbeiträgen beziffern.<sup>132</sup> Siehe Kap. 2.4.2.1; BGer 4C.330/2002 E 3.1; BGE 121 III 214 E. 3b; 118 II 130 E. 2b; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2; SVIT-ROHRER, N 40 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 3 zu Art. 269d OR. 126 BGE 137 III 362 E. 2.1; 121 III 6 E. 3; 118 II 130 E. 2a; 117 II 458 E. 2a; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 84 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2; SVIT-ROHRER, N 41 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 3 zu Art. 269d OR. 127 Siehe Kap. 2 und 2.4.1; BGE 137 III 362, S. 365; 121 III 460 E. 4a; 121 III 6 E. 3a; 118 II 130 E. 2a-b; 106 II 356 E. 3c; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 84 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.2; SVIT-ROHRER, N 39 ff. zu Art. 269d OR. 128 BGE 142 III 375 E. 3.3; 137 III 362 E. 3.2.1 ff.; 121 III 460 E. 4; 121 III 6 E. 3b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 213; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 117 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.2; SVIT-ROHRER, N 39 ff. zu Art. 269d OR; a.M. BSK-WEBER, N 7b zu Art. 269d OR. 129 BGE 139 III 13 E. 3.1.2; 121 III 460; 121 III 6 E. 3b; 106 II 166 E. 4b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 88 zu Art. 269d OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 10 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2; SVIT-ROHRER, N 39 ff. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 3 m.w.Verw. zu Art. 269d OR. 130 BGE 142 III 375; 121 III 460; 121 III 6 E. 3c; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 13; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 88 m.w.Verw. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2. 131 Siehe Kap. 2.1.4; BGE 139 III 13 E. 3.1.2; BGer 4A\_260/2012; 121 III 6 E. 3c; 106 II 166 E. 4b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 92 f. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2 und 17.3.3.2.2; SVIT-ROHRER, N 43 m.w.Verw. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 3 zu Art. 269d OR. 20

trägen beziffern (Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VMWG), ebenso sind allfällige Verrechnungen von Erhöhungs- und Herabsetzungsgründen offenzulegen und zu beziffern.<sup>132</sup> Die Vermieterschaft ist an ihre ursprünglich geltend gemachten Erhöhungsgründe in der Begründung gebunden und kann grundsätzlich keine neuen oder anderen Gründe im hängigen Anfechtungsverfahren vorbringen, weil die Missbrauchsprüfung anhand des konkret ausgeübten Gestaltungsrechts erfolgt (Unveränderlichkeitsgrundsatz).<sup>133</sup> Auch der Einbezug von Erhöhungsgründen, die erst nach der Erhöhungsanzeige entstanden sind, ist grundsätzlich nicht möglich, sondern es muss eine neue Erhöhung angezeigt werden. Die genannten Erhöhungsgründe müssen im Zeitpunkt des Zugangs der Erhöhungsanzeige bei der Mieterschaft bereits mit Sicherheit feststehen und sich spätestens auf den Zeitpunkt, auf

welchen erhöht wird, verwirklicht haben, ansonsten verstösst die Erhöhung gegen Art. 2 ZGB und ist nichtig.<sup>134</sup> Immer zulässig ist jedoch die Berichtigung von Rechnungsfehlern sowie anderen (offensichtlichen) Fehlern sowie das Belegen bzw. Präzisieren klar geltend gemachter Erhöhungsgründe (Art. 20 VMWG).<sup>135</sup> Daher ist in den Fällen, in denen die Vermieterschaft die Erhöhungsgründe sowie den Umfang der Erhöhung zwar klar bezeichnet, ihr dabei aber Fehler unterlaufen (z.B. wird übersehen, dass der Referenzzinssatz nie auf 1.25% angepasst wurde, sondern noch immer bei 1.5% liegt, weshalb nicht auf 1.5% «erhöht» werden kann, oder es wird die falsche Zahl beim LIK genommen), die Erhöhung nicht nichtig aufgrund einer falschen Begründung, sondern sie wird auf das zulässige Mass korrigiert (Begrenzung des Gestaltungsrechts).<sup>136</sup>

### **E. 2.4.2.3**

Einhaltung der Fristen (Art. 269d Abs. 1 OR) Mietzinserhöhungen können nur pro futuro auf einen zukünftigen Kündigungstermin vorgenommen werden, aber niemals rückwirkend (Art. 269d Abs. 1 OR).<sup>137</sup> Sie gelten grundsätzlich auf den nächstmöglichen Kündigungstermin, wobei es der Vermieterschaft freisteht, auf einen späteren als den nächstmöglichen Kündigungstermin zu erhöhen.<sup>138</sup> Der Termin, auf welchen 132 BGE 121 III 6 E. 3c; 117 II 458; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.64; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 91 zu Art. 269d OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 10 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2 m.w.Verw.; BSK-WEBER, N 3 zu Art. 269d OR. 133 BGE 139 III 13; 121 III 364 E. 4b; 118 II 130 E. 2a; 117 II 452 E. 5; GUT, mp 1/02, S. 10 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 94 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 3 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.2; SVIT-ROHRER, N 48 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 3 f. zu Art. 269d OR. 134 Siehe Kap. 2.2.2.1; BGE 142 III 375; 122 III 20 E. 4b-c; BGE vom 15.12.1992 E. 4a, in mp 4/93, S. 169 ff.; BRUTSCHIN, Rz. 21.6.1.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 85 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 2 zu Art. 269d OR; CPra Bail-MARCHAND, N 24 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.1; BSK-WEBER, N 6a zu Art. 269d OR und N 3 zu Art. 269d OR. 135 BGE vom 15.12.1992 E. 4b, in mp 4/93, S. 169 ff.; GUT, mp 1/02, S. 10 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 96 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.2. 136 Siehe Kap. 2.4.1; BGE 147 III 365; 123 III 124 E. 3d; 121 III 6; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 20.2.12.1 m.w.Verw.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 88 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.2; SVIT-ROHRER, N 39 zu Art. 269d OR. 137 BGE 128 III 419; 122 III 20 E. 4b; 110 II 494 E. 2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 161 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR und N 17 m.w.Verw. zu Art. 270b OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.3; a.M. SVIT-ROHRER, N 60 zu Art. 269d OR. 138 BGE 131 III 566; 128 III 419; 122 III 20 E. 4a; 112 II 69; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 137 ff. zu Art. 269d OR; CPra Bail-MARCHAND, N 30 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.3; SVIT-ROHRER, N 7 zu Art. 269d OR. 21

die Erhöhung wirksam werden soll, muss von der Vermieterschaft genügend klar bezeichnet werden, wobei die Angabe «auf den nächsten vertraglichen Kündigungstermin» genügt.<sup>139</sup> Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Erhöhungsanzeige mindestens elf Tage vor Beginn der Kündigungsfrist bei der Mieterschaft eintreffen, damit diese zehn Tage Bedenkfrist hat (Art. 269d Abs. 1 i.V.m. Art. 77 Abs. 1 OR).<sup>140</sup> Die zehntägige Bedenkfrist soll der Mieterschaft dazu dienen, sich zu überlegen, ob sie die Mietzinserhöhung akzeptieren oder den Mietvertrag auf den nächstmöglichen

Kündigungstermin auflösen will.<sup>141</sup> Die Anfechtungsfrist (Art. 270b OR) dient der Mieterschaft dazu, sich zu überlegen, ob sie die Erhöhung anfechten will, weshalb sie unabhängig von der Bedenk- und Kündigungsfrist mit dem Zugang der Erhöhungsanzeige zu laufen beginnt.<sup>142</sup> Die Bedenkfrist beginnt am Tag nach dem tatsächlichen Empfang (eingeschränkte Empfangstheorie) bzw. am Tag nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist bei eingeschriebenen Sendungen (Zustellfiktion) zu laufen. Nach Ablauf der zehntägigen Bedenkfrist beginnt direkt die Kündigungsfrist zu laufen.<sup>143</sup> Die Kündigungs- wie auch die Bedenkfrist darf von der Vermieterschaft verlängert aber nicht verkürzt werden.<sup>144</sup> Werden die Fristen und/oder Termine nicht eingehalten (z.B. der genannte Termin ist kein Kündigungstermin, die Kündigungs- und/oder Bedenkfrist wurde verkürzt), gilt die Erhöhung grundsätzlich auf den nächsten möglichen Kündigungstermin (Art. 266a Abs. 2 OR analog), dafür bedarf es keiner Anfechtung durch die Mieterschaft.<sup>145</sup> Da es sich bei Mietzinserhöhungen um ein Gestaltungsrecht handelt, ist es unzulässig, die verspätete Erhöhung zu widerrufen, sobald die Erhöhungsanzeige bei der Mieterschaft eingegangen ist.<sup>146</sup> Zudem sind Mietzinserhöhungen auch während einer Sperrfrist i.S.v. Art. 271 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 OR möglich, denn dadurch wird nur das Kündigungsrecht der Vermieterschaft beschränkt.<sup>147</sup> 139 ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 138 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.3; SVIT-ROHRER, N 30 zu Art. 269d OR. 140 BGE 140 III 244; 107 II 189 E. 2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 37 ff. Vorb. zu Art. 266-266o und N 143 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 2 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.4; SVIT-ROHRER, N 9 ff. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 6 zu Art. 269d OR. 141 BGE 142 III 375 E. 3.3.2.1; 107 II 189 E. 3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 148 zu Art. 269d OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 6 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.4; SVIT-ROHRER, N 9 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 6 zu Art. 269d OR. 142 Siehe Kap. 2.4.4; BGE 107 II 189; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 143 ff. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.1; SVIT-ROHRER, N 6 zu Art. 270b OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 270b OR. 143 BGE 140 III 244 E. 5.1; 137 III 208; 122 III 20 E. 4b; 118 II 42; 107 II 189 E. 2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 37 ff. Vorb. zu Art. 266-266o und N 146 f. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 2 m.w.Verw. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.4 m.w.Verw.; SVIT-ROHRER, N 13 f. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 6 m.w.Verw. zu Art. 269d OR. 144 BGE 107 II 189; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 144 ff. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.3 f.; SVIT-ROHRER, N 9 ff. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 5 zu Art. 269d OR. 145 BGE 131 III 566 E. 3.3; 107 II 189 E. 3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 139 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 2 zu Art. 269d und N 1 zu Art. 270b-e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.3; SVIT-ROHRER, N 30 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 6 zu Art. 269d OR. 146 Siehe Kap. 3.1.2.2. 147 Siehe Kap. 2.3.4; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 74 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.3; SVIT-ROHRER, N 8 zu Art. 269d OR. 22

#### **E. 2.4.2.4**

Keine Kündigung oder Kündigungsandrohung (Art. 269d Abs. 2 lit. c OR) Im Zeitpunkt der Mietzinserhöhung darf weder eine Kündigung noch eine Kündigungsandrohung durch die Vermieterschaft vorliegen, ansonsten ist die Erhöhung nichtig (Art. 269d Abs. 2 lit. c OR), da dann eine Änderungskündigung vorliegt (Art. 271a Abs. 1 lit. b OR). Denn Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 1 OR) sollen Änderungskündigungen verhindern.<sup>148</sup> Zudem soll die Mieterschaft frei entscheiden können, ob sie die Erhöhung anfechten will

oder nicht. Die ausgesprochene Kündigung ist jedoch nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (Art. 271a Abs. 1 lit. b OR).<sup>149</sup>

### E. 2.4.3

Mietzinsvorbehalt (Art. 18 VMWG) Die Vermieterschaft kann einen Mietzinsvorbehalt (Art. 18 VMWG) anbringen, wenn sie be- rechtigt wäre den Mietzins zu erhöhen, dies aber vorläufig noch nicht tut, sondern sich das Recht vorbehält, dies später noch zu tun.<sup>150</sup> Ein Mietzinsvorbehalt kann entweder bei Vertrags- schluss oder während des Mietverhältnisses (Erhöhung, Herabsetzung oder Vergleich) ange- bracht werden.<sup>151</sup> Dabei gelten ähnliche Anforderungen wie bei einer Mietzinserhöhung. Der Vorbehalt muss klar und ausdrücklich gegenüber der Mieterschaft erklärt werden, stillschwei- gende Vorbehalte sind ausgeschlossen.<sup>152</sup> Es ist eine Begründung des Vorbehalts nötig und die Höhe muss in Franken oder Prozenten des Nettomietzinses beziffert werden (Art. 18 VMWG). Werden mehrere Erhöhungsgründe nicht vollständig ausgeschöpft bzw. Vorbehalte darauf gebildet, muss die Vermieterschaft genau darlegen, welcher Betrag oder prozentuale Anteil auf welchen Erhöhungsgrund entfällt.<sup>153</sup> Wie bei den Mietzinserhöhungen dürfen sich die geltend gemachten Erhöhungsgründe nicht gegenseitig ausschliessen.<sup>154</sup> Wird kein aus- drücklicher und begründeter Vorbehalt im Mietvertrag oder in der Erhöhungsanzeige ange-  
148 BGE 128 III 419; 125 III 231 E. 3a-c; 124 III 67; 115 II 83; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 21 ff. zu Art. 269d und N 71 ff. m.w.Verw. zu Art. 271a OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 151 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.5; SVIT-ROHRER, N 1 f. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; THANEI, MfdP, Rz. 29.3.2.3; BSK-WEBER, N 1 ff. zu Art. 269d und N 14 f. zu Art. 271/271aOR. 149  
ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 218 ff. zu Art. 269d und N 72 ff. zu Art. 271a OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.5; SVIT-ROHRER, N 58 zu Art. 269d OR; THANEI, MfdP, Rz. 29.3.2.3 m.w.Verw.; BSK-WEBER, N 14 f. zu Art. 271/271aOR. 150  
BGE 121 III 163 E. 2d/bb; 118 II 124 E. 4a; 117 II 161; 106 II 356 E. 3; HAP-BIBER, Rz. 7.2; ZK- HIGI/BÜHLMANN, N 104 ff. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.3; SVIT-ROH- RER, N 77 ff. zu Art. 269d OR. 151 BGE 139 III 13; 118 II 124 E. 4b; BGer 4C.391/1994; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.2.2 f. und 21.7.4.1 m.w.Verw.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 104 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 4 zu Art. 269d OR; SVIT-ROHRER, N 82 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 4 zu Art. 269d OR. 152 BGer 4C.386/1993 E. 4c/aa; BGE 118 II 124 E. 4b; 117 II 458 E. 2; 117 II 161 E. 3; HAP-BIBER, Rz. 7.5 ff.; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.2.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 105 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HUL- LIGER, N 10 zu Art. 269-269a und N 4 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.3; SVIT-ROHRER, N 80 zu Art. 269d OR. 153 BGer vom 21.07.1997 E. 2d, in mp 4/97, S. 236 ff.; 4C.386/1993 E. 4b-c; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.147; HAP-BIBER, Rz. 7.6 ff.; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.2.1 m.w.Verw.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 113 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 10 zu Art. 269-269a und N 4 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRAD- NIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.3; BSK-WEBER, N 4 zu Art. 269d OR; a.M. SVIT-ROHRER, N 77 zu Art. 269d OR. 154 Siehe Kap. 2.1.4; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.149; HAP-BIBER, Rz. 7.8 f.; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.2.1 m.w.Verw.; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.3; a.M. SVIT-ROHRER, N 77 zu Art. 269d OR. 23

bracht, wird nach dem Vertrauensprinzip vermutet, dass die Erhöhungsmöglichkeiten bzw. die Rendite voll ausgeschöpft werden und der Mietzins der Vermieterschaft einen

zulässigen und genügenden Ertrag verschafft.<sup>155</sup> Einmal angebrachte Vorbehalte müssen bei jeder späteren Mietzinserhöhung oder einseitigen Vertragsänderung erneut klar angebracht werden, ansonsten fallen sie dahin.<sup>156</sup> Die Bildung eines Vorbehalts kann nicht angefochten werden und muss daher auch nicht zwingend auf dem amtlich genehmigten Formular erfolgen, weil damit der Mietzins nicht verändert wird. Eine Anfechtung ist erst möglich, wenn der Vorbehalt aufgelöst und der Mietzins tatsächlich erhöht wird (Art. 270b OR).<sup>157</sup> Die Auflösung des Vorbehalts muss die gleichen Anforderungen wie eine Mietzinserhöhung einhalten (Art. 269d Abs. 1 OR). Zudem muss die Begründung inhaltlich deckungsgleich mit der Begründung in der Vorbehaltserklärung sein.<sup>158</sup>

#### **E. 2.4.4**

Anfechtungsverfahren (Art. 270b Abs. 1 OR) Mietzinserhöhungen i.S.v. Art. 269d Abs. 1 OR können durch die Mieterschaft angefochten und auf Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 269 und 269a OR überprüft werden (Art. 270b Abs. 1 OR).<sup>159</sup> Die Missbrauchsprüfung erfolgt anhand der von der Vermieterschaft in der Begründung genannten Erhöhungsgründe und kann ergeben, dass die Mietzinserhöhung nicht oder nur teilweise gerechtfertigt ist.<sup>160</sup> In diesen Fällen bleibt die vertragsändernde Wirkung des ausgeübten Gestaltungsrechts auf das zulässige Mass begrenzt, indem die Mieterschaft den bisherigen oder einen tieferen, als den mit der Erhöhung mitgeteilten Mietzins, schuldet.<sup>161</sup> Die Mieterschaft muss die Mietzinserhöhung innert Frist bei der zuständigen Schlichtungsbehörde als missbräuchlich i.S.v. Art. 269 und Art. 269a OR anfechten (Art. 270b Abs. 1 OR).<sup>162</sup> Wird sie nicht oder zu spät angefochten, wird sie auf den zulässigen Termin hin wirksam (Mietzinsfestlegung) und es besteht die unwiderlegbare Vermutung, dass der neue Mietzins nicht <sup>155</sup> BGE 121 III 163 E. 2c-2d/bb; 118 II 124 E. 4; 118 II 130 E. 3a; 106 II 356; HAP-BIBER, Rz. 7.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 105 f. zu Art. 269d OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 162 Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 6 zu Art. 269-269a und N 4 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.3; SVIT-ROHRER, N 77 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 4 zu Art. 269d OR. <sup>156</sup> HAP-BIBER, Rz. 7.12; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.2.4; CHK-HULLIGER, N 4 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.3; SVIT-ROHRER, N 80 zu Art. 269d OR. <sup>157</sup> BGer 4C.391/1994 E. 2d; HAP-BIBER, Rz. 7.11 ff.; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.2.1 und 21.6.2.6 m.w.Verw.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 107 ff. zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 10 zu Art. 269-269a und N 4 zu Art. 269d OR; CR CO-LACHAT/BOHNET, N 4 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.3; SVIT-ROHRER, N 78 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 4 zu Art. 269d OR. <sup>158</sup> Siehe Kap. 2.4.2 ff.; BGE 126 III 124; 124 III 67; HAP-BIBER, Rz. 7.26; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.2.5; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 108 zu Art. 269d OR. <sup>159</sup> Siehe Kap. 2.4; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 33 zu Art. 269d und N 6 ff. zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1; SVIT-ROHRER, N 3 ff. zu Art. 270b OR. <sup>160</sup> BGE 137 III 362; BGer 4C.328/2005 E. 2.4; 4C.330/2002; 121 III 6 E. 3a; 118 II 130 E. 2b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 79 ff. zu Art. 269d, N 13 ff. zu Art. 270b und N 8 zu Art. 270e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.6; SVIT-ROHRER, N 36 zu Art. 269d und N 8 m.w.Verw. zu Art. 270b OR. <sup>161</sup> Siehe Kap. 2.4.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 81 zu Art. 269d, N 13 zu Art. 270b, N 8 zu Art. 270e OR. <sup>162</sup> ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 15 ff. zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 270b-e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.1 ff.; SVIT-ROHRER, N 6 zu Art. 270b OR. 24

missbräuchlich ist, auch wenn er eigentlich missbräuchlich wäre.<sup>163</sup> Die Anfechtungsfrist von 30 Tagen beginnt am Tag nach dem tatsächlichen Empfang (eingeschränkte Empfangstheorie) bzw. am Tag nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist bei eingeschriebenen Sendungen (Zustellfiktion) zu laufen.<sup>164</sup> Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, deren Einhaltung von Amtes wegen überprüft werden muss.<sup>165</sup> Die jeweilige Partei muss die Anpassungsgründe bzw. Kostenfaktoren behaupten und beweisen, mit denen sie ihr Erhöhungs- oder Herabsetzungsbegehren oder ihre Einrede begründet (Unveränderlichkeitsgrundsatz) sowie alle notwendigen Unterlagen vorlegen (Art. 8 ZGB, Art. 203 Abs. 2 ZPO, Art. 20 Abs. 2 VMWG). Die Gegenpartei hat allerdings Mitwirkungspflichten bei der Beschaffung der Unterlagen (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO). Weigert sich die Vermieterschaft ohne triftigen Grund die nötigen Unterlagen vorzulegen, wird Missbräuchlichkeit vermutet (Art. 164 ZPO).<sup>166</sup> Der Referenzzinssatz sowie die Entwicklung des LIK sind notorische Tatsachen und müssen von den Parteien nicht bewiesen werden (Art. 151 ZPO).<sup>167</sup> Das Anfechtungsverfahren hat aufschiebende Wirkung, d.h. der bisherige Mietzins gilt unverändert weiter, bis das Anfechtungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde (Art. 270e OR). Somit ist erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens oder einer Einigung klar, welcher Mietzins rückwirkend auf den Termin, auf welchen die Erhöhung ihre Wirkung ursprünglich entfalten sollte, geschuldet ist.<sup>168</sup> Die Mieterschaft hat ein Rückforderungsrecht (Art. 63 Abs. 1 OR) oder ein Recht auf Verrechnung (Art. 265 OR) für zu viel bezahlte Mietzinse, wohingegen die Vermieterschaft ein Nachforderungsrecht für die Zeitspanne hat, in welcher bereits der erhöhte Mietzins geschuldet gewesen wäre, wenn nicht angefochten worden wäre, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens, sollte die Mietzinserhöhung als (teilweise) berechtigt erachtet werden.<sup>169</sup> Die Rückforderung wie auch die Nachforderung an-

163 Siehe Kap. 2.2.2.2;  
ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 161 ff. zu Art. 269d und N 29 ff. zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 6 zu Art. 269d und N 1 zu Art. 270b-e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.2; SVIT-ROHRER, N 16 zu Art. 270b OR. 164 Siehe Kap. 2.4.2.3; BGE 140 III 244 E. 5.1; 137 III 208; 131 III 566 E. 3.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 146 f. zu Art. 269d und N 28 zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 1 m.w.Verw. zu Art. 270b-e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.1; SVIT-ROHRER, N 6 zu Art. 270b OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 270b OR. 165 BGE 140 III 244; 131 III 566 E. 3.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 27 zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 270b-e OR; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, N 8 zu Art. 270b OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.1; SVIT-ROHRER, N 6 zu Art. 270b OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 270b OR. 166 BGer 4A\_183/2020 E. 3.2-4.1; BGE 147 III 14 E. 6.1; 141 III 569 E. 2.2.1; 142 III 568 E. 2.1; 4A\_465/2015 E. 4.5; 139 III 13 E. 3.1.3.1; 4C.85/2002 E. 2a; 127 III 411; 112 II 153; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.100; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.4, 18.4.2, 19.4.5 und 19.5.10 je m.w.Verw.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 38 m.w.Verw. zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 26 zu Art. 269-269a OR; BSK-LARDELLI/VETTER, N 37 ff. zu Art. 8 ZGB; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.6; HAP-REUDT, Rz. 13.87 ff.; BSK-WEBER, N 12a zu Art. 269 und N 5 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR. 167 HAP-BÄTTIG, Rz. 1.100; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.4 und 19.8.6; ZK-HIGI/WILDISEN, N 44 zu Art. 269 OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.6. 168 Siehe Kap. 2.3.3; BGE 103 II 258; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 8 ff. zu Art. 270e OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 270b-e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.5; SVIT-ROHRER, N 2 ff. zu Art. 270e OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 270e

OR. 169 BGE 140 III 583; BGer 4A\_198/2008 E. 3; 4C.96/2005 E. 1.2.2; 130 III 504 E. 6.1-6.2; 4C.291/2001 E. 6c; 123 III 70 E. 3c; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 227 m.w.Verw. zu Art. 269d und N 16 zu Art. 270e OR; 25

sprüche sind sofort nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens rückwirkend auf die entsprechenden Termine fällig und beruhen auf Vertrag bei der Vermieterschaft bzw. ungerechtfertigter Bereicherung bei der Mieterschaft.<sup>170</sup> 3. Lösungsansätze Wie einleitend bereits ausgeführt, hat sich im Dezember 2023 die Frage gestellt, wie damit umgegangen werden soll, wenn während eines hängigen Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung der Referenzzinssatz nochmals ansteigt, bzw. ob eine zweite Mietzinserhöhung während eines hängigen Anfechtungsverfahrens wirksam angezeigt werden kann. Es ist vorab darauf hinzuweisen, dass zur vorliegenden Thematik bislang nur ein Entscheid des Mietgerichts Zürich sowie ein Aufsatz von Sarah Brutschin veröffentlicht wurden.<sup>171</sup> Daher beschränkt sich die Darstellung von Literatur und Rechtsprechung auf diese beiden Quellen. Ausserdem werden eigene Lösungsansätze vorgeschlagen. Zusammengefasst vertritt BRUTSCHIN in ihrem Aufsatz die Ansicht, dass zweite Erhöhungen nichtig seien, wenn das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung noch nicht rechtskräftig abgeschlossen worden sei. Sie begründet ihre Auffassung vor allem damit, dass bei der zweiten Erhöhung der bisherige Mietzins (nach der ersten Erhöhung) nicht verbindlich genannt werden könne, da dieser sowie die ihm zugrunde liegenden Kostenfaktoren zuerst im Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung bestimmt werden müssen. Aufgrund dessen könne die Vermieterschaft den bisherigen Mietzins im amtlichen Formular nicht verbindlich nennen und die Erhöhung daher auch nicht genügend klar begründen.<sup>172</sup> Das Mietgericht Zürich lehnte die Auffassung von BRUTSCHIN ab und entschied am 28. Mai 2024, dass eine zweite Mietzinserhöhung auch während des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung gültig angezeigt werden könne. Die Vermieterschaft dürfe die zweite Erhöhung in Prozenten des Nettomietzinses angeben (Art. 18 VMWG analog). Gemäss Treu und Glauben müsse die zweite Erhöhung von beiden Parteien so verstanden werden, dass diese später um das Ergebnis des ersten Anfechtungsverfahrens korrigiert werde, selbst wenn die zweite Erhöhung nicht angefochten worden sei.<sup>173</sup> Bei den nachfolgenden Ausführungen gehe ich davon aus, dass mit der zweiten Erhöhung primär der erneute Anstieg des Referenzzinssatzes von 1.5% auf 1.75% und somit eine Erhöhung um 3% des Nettomietzinses geltend gemacht wurde. Denn gemäss der relativen Me-CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 270b-e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.5; SVIT-ROHRER, N 57 ff. zu Art. 269d und N 5 zu Art. 270e OR; BSK-WEBER, N 8 zu Art. 269d und N 2 zu Art. 270e OR. 170 BGE 140 III 583 E. 2.3.2; BGer 4A\_198/2008 E. 3; 4C.96/2005 E. 1.2.2; 4C.291/2001 E. 6c; 4C.134/2001 E. 3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 227 m.w.Verw. zu Art. 269d und N 16 zu Art. 270e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.4.2 und 17.3.5.1.5 ff.; SVIT-ROHRER, N 5 zu Art. 270e OR; a.M. CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 270b-e OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 270e OR. 171 ZMP 2024, Nr. 8; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 7 ff. 172 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 7 ff. 173 ZMP 2024, Nr. 8. 26

thode berechtigen nur Veränderungen der Kostenstände seit der letzten Mietzinsfestlegung zu einer Erhöhung. Da die letzte Mietzinsfestlegung im Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung erfolgte, durften nur Veränderungen geltend werden, die nach dem Stichtag für die erste Erhöhung (Juni 2023) eingetreten sind.<sup>174</sup> Die Teuerung war zwischen Juni 2023 und Dezember 2023 relativ konstant, weshalb eine Erhöhung nicht

zulässig gewesen wäre.<sup>175</sup> All- fällige Steigerungen der Betriebs-, Unterhalts- und Verwaltungskosten dürften bei der zweiten Erhöhung wohl kaum eine Rolle gespielt haben, denn sie müssen grundsätzlich über einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren ausgewiesen werden. Eine stabile oder rückläufige Teuerung spricht gegen die Anwendung der Pauschale, zudem muss berücksichtigt werden, wie oft die Pauschale bisher angewendet wurde.<sup>176</sup> Allfällige Mehrleistungen der Vermieterschaft, die seit der letzten Mietzinsfestlegung ausgeführt wurden und deren Belege bereits vorlagen bzw. ge- staffelte Erhöhungen gemäss den bereits erfolgten Zahlungen bei grösseren Arbeiten hätten zu einer Erhöhung des Mietzinses berechtigt.<sup>177</sup>

### **E. 3**

Lösungsansätze ..... 26

#### **E. 3.1**

Kritische Überlegungen zum Aufsatz von Sarah Brutschin

##### **E. 3.1.1**

Mietzinserhöhungen als Gestaltungsrechte BRUTSCHIN führt zunächst aus, dass Mietzinserhöhungen Gestaltungsrechte der Vermieter- schaft seien und die Missbrauchsprüfung gemäss Art. 269 und 269a OR ergeben könne, dass die Mietzinserhöhung nicht oder nur teilweise gerechtfertigt gewesen sei, was sie rechtsmissbräuchlich werden lasse. Die Erhöhung müsse deshalb auf das zulässige Mass reduziert werden.<sup>178</sup> Daher sei bis zum rechtskräftigen Abschluss des ersten Anfechtungsverfahrens unbe- kannt, in welchem Umfang sich die Erhöhung auf den Mietzins auswirken und auf welchen Kostenfaktoren der zulässige bzw. vereinbarte Mietzins beruhen werde. Daraus folgert BRUT- SCHIN, dass die Vermieterschaft während eines hängigen Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung weder den bisherigen Mietzins noch dessen Kostenfaktoren verbindlich in der zweiten Erhöhung angeben könne.<sup>179</sup>

##### **E. 3.1.1.1**

Missbräuchlichkeit vs. Rechtsmissbrauch Die von BRUTSCHIN verwendeten Begriffe «missbräuchlich» und «rechtsmissbräuchlich» ha- ben gemäss h. L. und Praxis unterschiedliche Bedeutungen im Mietrecht und sollten nicht als Synonyme verwendet werden. Missbräuchlich i.S.v. Art. 269 ff. OR bedeutet nur, dass der Mietzins über dem gesetzlich zulässigen Mass liegt und sollte nicht mit rechtsmissbräuchlich verwechselt werden, was gemäss Bundesgericht z.B. in einer nutzlosen, zweckwidrigen oder schikanösen Rechtsausübung oder widersprüchlichem Verhalten besteht (Art. 2 Abs. 2 174 Siehe Kap. 2.1.3.2; 2.1.2.4 und 2.2.2.1 f.; BGE 142 III 568 E. 1.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 263 zu Art. 269a OR. 175 Siehe Kap. 2.1.3.4. 176 Siehe Kap. 2.1.3.1. 177 Siehe Kap. 2.1.3.3 und 2.2.2.1 f. 178 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 11 f. 179 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 12; ROHRER, MRA 5/99, S. 174. 27

ZGB).<sup>180</sup> Ein Fehler bei der Berechnung des Mietzinses ist üblicherweise nicht rechtsmissbräuchlich, sondern führt nur zu einem missbräuchlichen i.S.v. unzulässigen Mietzins, welcher dann auf das zulässige Mass korrigiert wird.<sup>181</sup> Vorbehalten bleiben natürlich Fälle von tatsäch- lichem Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

##### **E. 3.1.1.2**

Einschränkung bei der Ausübung von Gestaltungsrechten In der h. L. und Praxis besteht Einigkeit darüber, dass Mietzinserhöhungen Gestaltungsrechte der Vermieterschaft sind und die Vermieterschaft berechtigt ist, den Mietzins aufgrund eines (erneut) gestiegenen Referenzzinssatzes einseitig zu erhöhen.<sup>182</sup> Unbestritten ist auch, dass dieses Recht zur Erhöhung unabhängig davon besteht, ob ein Mietzinsanfechtungsverfahren hängig ist, sondern einzig aufgrund des Umstands, dass der Referenzzinssatz (erneut) gestiegen ist, was der Vermieterschaft einen Rechtsgrund für die Erhöhung verschafft.<sup>183</sup> Denn die Vermieterschaft wird in der Ausübung ihres Gestaltungsrechts nur durch das Missbrauchsrecht (Art. 269 und 269a OR), die konkrete Vertragsbeziehung und ihr bisheriges Anpassungsverhalten im konkreten Mietverhältnis eingeschränkt.<sup>184</sup> Daher kann die Vermieterschaft meiner Auffassung nach nicht einfach nur deshalb in der Ausübung ihres Gestaltungsrechts eingeschränkt werden, weil die Schlichtungsbehörden überlastet waren und die ersten Mietzinsanfechtungsverfahren nicht innert der vorgesehenen zwei Monate erledigen konnten (Art. 203 Abs. 1 ZPO). Denn die Vermieterschaft trifft keinerlei Verschulden an der Überlastung der Schlichtungsbehörden und auch nicht daran, dass der Referenzzinssatz kurz aufeinanderfolgend gestiegen ist. Gemäss der Argumentation von BRUTSCHIN wäre die Vermieterschaft in der Ausübung ihres Gestaltungsrechts so lange eingeschränkt, bis das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung rechtskräftig abgeschlossen wurde. Dazu möchte ich noch anmerken, dass der rechtskräftige Abschluss des Anfechtungsverfahrens nicht immer bereits vor der Schlichtungsbehörde erfolgt, sondern unter Umständen erst vor Bundesgericht (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. a und b sowie Art. 95 ff. BGG oder Art. 113 ff. BGG), was mit entsprechend langen Verfahrensdauern einher geht. Somit würde die Vermieterschaft in der Ausübung ihres Gestaltungsrechts unter Umständen nicht nur für wenige Monate eingeschränkt, sondern über Jahre.

### **E. 3.1.1.3**

Bestimmbarkeit des bisherigen Mietzinses Entgegen der Auffassung von BRUTSCHIN vertrete ich die Ansicht, dass der bisherige Mietzins bestimmbar ist. Denn auch wenn die erste Erhöhung angefochten wurde, ist der einmalig erhöhte Mietzins (und somit der bisherige Mietzins für die zweite Erhöhung) zwar nicht auf den 180 ZK-BAUMANN, N 8 zu Art. 2 ZGB; ZK-HIGI/WILDISEN, N 9 zu Art. 269-270e OR; SVIT-ROHRER, N 1 Vorb. zu Art. 269-270e OR; ROHRER, MRA 3/12, S. 140 f. m.w.Verw.; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 269 OR. 181 Siehe Kap. 2.4.1. 182 Siehe Kap. 2.1.3.2 und 2.4.1. 183 Siehe Kap. 2.1.3.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 44 zu Art. 269d OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 125 f. Vorb. zu Art. 269-270e OR. 184 Siehe Kap. 2.4.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 464 ff. zu Art. 269 und N 79 m.w.Verw. zu Art. 269d OR. 28

Rappen genau bestimmt, aber er ist bestimmbar. Er liegt nämlich zwischen dem von der Vermieterschaft mit der ersten Erhöhung angezeigten erhöhten Mietzins als Maximalbetrag (wenn die Erhöhung vollumfänglich zulässig ist) und dem bisherigen Mietzins vor der ersten Erhöhung als Minimalbetrag (wenn die Erhöhung vollständig unzulässig ist), abhängig davon, ob die Erhöhung als vollumfänglich, teilweise oder überhaupt nicht zulässig erachtet wird. Meines Erachtens ist daher für beide Parteien die Spanne des Mietzinses nach der ersten Erhöhung bekannt und dieser somit bestimmbar. Somit ist auch der Mietzins nach der zweiten Erhöhung bestimmbar, er liegt nämlich zwischen dem mit der zweiten Erhöhung mitgeteilte Mietzins als Maximalbetrag (wenn beide Erhöhungen vollumfänglich zulässig sind) und dem bisherigen Mietzins vor der

ersten Erhöhung als Minimalbetrag (wenn beide Erhöhungen vollumfänglich unzulässig sind).

### **E. 3.1.2**

Bedingungsfeindlichkeit und Unwiderrufbarkeit von Gestaltungsrechten BRUTSCHIN macht zunächst Ausführungen dazu, dass Mietzinserhöhungen Gestaltungsrechte und daher unwiderruflich und bedingungsfeindlich seien.<sup>185</sup> Die Ausübung eines Gestaltungsrechts müsse gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eindeutig und mittels einer klaren und zweifelsfreien Willenserklärung erfolgen. Da die Mieterschaft Erklärungsempfängerin sei, sei ihr Interesse an einer klaren Rechtslage geschützt.<sup>186</sup> Gemäss der Auffassung von BRUTSCHIN darf die Vermieterschaft zum einen ihre zweite Erhöhung nicht vom Ausgang des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung abhängig machen, indem sie in ihrer Mitteilung für den bisherigen Mietzins und die konkrete Berechnung der Erhöhung auf den im ersten Anfechtungsverfahren als zulässig erkannten Mietzins und dessen Kostenfaktoren verweist. Denn dies genüge nicht, um eine klare Rechtslage zu schaffen.<sup>187</sup> Zum anderen dürfe die Vermieterschaft in ihrer Mitteilung und Berechnung der zweiten Erhöhung auch nicht auf die Kostenfaktoren und den Mietzins abstellen, welchen sie mit der angefochtenen ersten Erhöhung mitgeteilt hat, weil dann die zweite Erhöhung unter dem Vorbehalt stehe, dass der erstmalig erhöhte Mietzins im ersten Anfechtungsverfahren als zulässig qualifiziert werde.<sup>188</sup> Gemäss der Ansicht von BRUTSCHIN ist die Willenserklärung der Vermieterschaft (Mietzinserhöhung) in beiden Fällen mit Unklarheiten und Zweifeln behaftet, da das Ausmass der zweiten Erhöhung vom Ausgang des ersten Anfechtungsverfahrens abhängt. Eine solche Willenserklärung widerspreche dem Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten und erfülle die Anforderungen an eine klare Willensäußerung nicht. Somit könne auch die beabsichtigte Rechtsänderung (Erhöhung des Mietzinses) nicht eintreten. Dabei geht es gemäss BRUTSCHIN nicht darum, ob die Mietzinserhöhung missbräuchlich ist, sondern nur darum, ob die zweite Erhöhung überhaupt wirksam mitgeteilt werden kann. Die Feststellung der Un-

<sup>185</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 12 ff.; HUGUENIN, N 77. <sup>186</sup> BGer 4A\_261/2007 E. 3.1; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 12 f. <sup>187</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 12 f. <sup>188</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 13. 29

wirksamkeit bzw. Nichtigkeit sei kein Anwendungsfall von Art. 270b Abs. 1 OR, sondern müsse auch erfolgen, wenn die zweite Erhöhung nicht oder zu spät angefochten werde.<sup>189</sup> BRUTSCHIN führt weiter aus, dass die Vermieterschaft an ihre abgegebene Mitteilung der zweiten Mietzinserhöhung gebunden bleibe, ausser sie widerrufe ihre Erhöhung.<sup>190</sup> Der Widerruf einer oder mehrerer Erhöhungen erscheine jedoch als unzulässig, weil die Mieterschaft ein schutzwürdiges Interesse daran habe, dass die Vermieterschaft den verlangten Mietzins verbindlich nenne. Denn eine Erhöhung könne dazu führen, dass die Mieterschaft die Wohnung wechseln wolle oder sogar müsse.<sup>191</sup> Gemäss BRUTSCHIN kann die Entscheidung (kündigen, anfechten oder akzeptieren) von der Mieterschaft nur getroffen werden, wenn die Mitteilung über die Erhöhung bindend und somit unwiderruflich ist, weshalb Erhöhungen nicht gültig zurückgezogen werden können.<sup>192</sup> Daher sei es der Vermieterschaft im Anfechtungsverfahren nicht erlaubt, die erste (und evtl. auch die zweite) Erhöhung zu widerrufen und dann die Kostenänderungen kombiniert in einer einzigen Erhöhung geltend zu machen (z.B. den Anstieg des Referenzzinssatzes von 1.25% auf 1.75% in einem Schritt).<sup>193</sup> Denn gemäss BRUTSCHIN kann die Mieterschaft durch eine kombinierte Erhöhung unter Umständen finanziell schlechter gestellt werden,

weil sie z.B. bei der ersten Erhöhung mit ihrer Einrede der übersetzten Netto- rendite Erfolg gehabt hätte, während dies bei der kombinierten Erhöhung aufgrund von veränderten Kosten nicht oder nur teilweise erfolversprechend wäre.<sup>194</sup> Der Vermieterschaft sei es auch nicht erlaubt, die zweite Erhöhung zurückzunehmen bzw. zu widerrufen und zu verlangen, dass die Erhöhung auf der Grundlage des im ersten Anfechtungsverfahren als zulässig erkannten Mietzinses zu berechnen sei.<sup>195</sup>

#### **E. 3.1.2.1**

Vorbehalt vs. Bedingung Die h. L. und Rechtsprechung ist sich einig, dass Mietzinserhöhungen Gestaltungsrechte und daher bedingungsfeindlich sind.<sup>196</sup> Ebenfalls als unbestritten gilt, dass Vorbehalte zulässig sind, denn Erhöhungen stehen immer unter dem Vorbehalt der Anfechtbarkeit und sind nur dann uneingeschränkt gültig, wenn sie nicht angefochten werden, ansonsten muss der neue Mietzins entweder durch einen Vergleich oder Entscheid der Schlichtungsbehörden oder Gerichte festgelegt werden.<sup>197</sup> Wenn die Vermieterschaft bei der zweiten Erhöhung auf den mit 189 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 13; SVIT-ROHRER, N 39 zu Art. 269d OR. 190 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 13; MOHASSEB/VON DER CRONE, SZW 4/19, S. 428 ff.; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.2. 191 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 13 ff.; MOHASSEB/VON DER CRONE, SZW 4/19, S. 428 ff.; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.4. 192 BGE 142 III 375 E. 3.3.2.1; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 14; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.4. 193 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 19 f. 194 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 20; MOHASSEB/VON DER CRONE, SZW 4/19, S. 431. 195 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 14. 196 Siehe Kap. 2.4.1; BGE 110 II 494; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 161 zu Art. 269d OR; CHK-HULLIGER, N 2 zu Art. 266-266f OR; HUGUENIN, N 77; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2.1. 197 ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 13 ff. zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 8 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 1 ff. zu Art. 269d und N 1 zu Art. 270b-e OR; SVIT-ROHRER, N 3 ff. zu Art. 269d OR. 30

der ersten Erhöhung mitgeteilten Mietzins sowie dessen Kostenfaktoren abstellt, handelt es sich meines Erachtens nicht um eine (unzulässige) Bedingung (Art. 151 ff. OR), sondern um einen (zulässigen) Vorbehalt. Denn die Vermieterschaft ist gemäss h. L. und Praxis nicht nur dann zu einer zweiten Erhöhung berechtigt, wenn die erste Erhöhung als zulässig erachtet wird (Bedingung), sondern der seit der ersten Erhöhung erneut angestiegene Referenzzinssatz berechtigt sie zu einer erneuten Erhöhung, unabhängig davon, ob die erste Erhöhung im Anfechtungsverfahren als zulässig erachtet wird und in welchem Umfang.<sup>198</sup> Meiner Auffassung nach kann die zweite Erhöhung unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung mitgeteilt werden, wenn der zulässige Mietzins nach der ersten Erhöhung (bisheriger Mietzins) noch nicht rechtskräftig festgelegt wurde. Denn der bisherige Mietzins nach der ersten Erhöhung ist meines Erachtens bestimmbar, womit auch der Mietzins nach der zweiten Erhöhung bestimmbar ist. Zudem wäre damit auch die Forderung des Mietgerichts Zürich erfüllt, dass die Vermieterschaft nicht ignorieren dürfe, dass das erste Anfechtungsverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen worden sei.<sup>199</sup>

#### **E. 3.1.2.2**

Widerruf vs. Verzicht auf die Durchsetzung eines Gestaltungsrechts BRUTSCHIN übersieht, dass der Widerruf einer Erhöhung vorliegend ohnehin nicht in Frage kommt, da

dieser gemäss h. L. und Praxis zeitgleich mit der Willenserklärung (Mietzinserhöhung) beim Empfänger (Mieterschaft) eintreffen müsste, um wirksam zu sein, denn Gestaltungsrechte sind nicht einseitig widerrufbar.<sup>200</sup> Meiner Ansicht nach geht es vorliegend um den Verzicht auf die Durchsetzung eines Gestaltungsrechts und nicht um einen Widerruf. Denn es ist unbestritten, dass die Erhöhung keine Wirkungen entfaltet, wenn die Mieterschaft die Erhöhung anfechtet (Art. 270b OR) und die Vermieterschaft nicht weiter an der Erhöhung festhält (Art. 270e OR analog).<sup>201</sup> Die Vermieterschaft verzichtet auf die Durchsetzung ihrer Erhöhung meist unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung, was in der Praxis üblich ist und häufig vorkommt. Der Vorbehalt der Wiedereinbringung bedeutet, dass die Vermieterschaft für den Moment auf die Geltendmachung der Erhöhung verzichtet, sich aber das Recht vorbehält, den Mietzins zu einem späteren Zeitpunkt, gestützt auf die gleichen Gründe, wieder zu erhöhen.<sup>202</sup> Meiner Meinung nach ist es der Vermieterschaft im Anfechtungsverfahren möglich, unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung auf die Durchsetzung der ersten (evtl. auch der zweiten) Erhöhung zu verzichten und dann sämtliche Kostenänderungen in einer kombinierten Erhöhung zu verzeichnen und dann sämtliche Kostenänderungen in einer kombinierten Erhöhung zu verzeichnen und dann sämtliche Kostenänderungen in einer kombinierten Erhöhung zu verzeichnen.<sup>198</sup> Siehe Kap. 2.1.3.2 und 3.1.1.2. <sup>199</sup> Siehe Kap. 3.1.1.3 und 3.2; ZMP 2024, Nr. 8, E. 2. <sup>200</sup> BGer 4C.118/2004 E. 3.2; BGE 128 III 129 E. 2a; 128 III 70 E. 2; 109 II 319 E. 4b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 156 ff.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 44 ff. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 266-266o, N 146 ff. zu Art. 269d und N 36 f. zu Art. 270b OR; CHK-HULLIGER, N 2 zu Art. 266-266f OR; ZK-JÄGGI, N 11 ff. zu Art. 9 OR; THANEI, MfdP, Rz. 25.10 m.w.Verw.; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 266a OR 201 BGE 124 III 245 E. 3; 124 III 21 E. 2b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 36 f. zu Art. 270b OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 125 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.5 und 17.3.5.1.7; SVIT-ROHRER, N 15 zu Art. 270b OR; BSK-WEBER, N 1 f. zu Art. 269d, N 4 zu Art. 270b und N 3 zu Art. 270e OR. <sup>202</sup> BSK-INFANGER, N 6 zu Art. 65 ZPO; CHK-SUTTER/SEILER, N 2 m.w.Verw. zu Art. 65 ZPO. 31

hung geltend zu machen. Dies hat den Vorteil, dass nicht zwei separate Verfahren geführt werden müssen und die Vermieterschaft nicht befürchten muss, dass ihre zweite Erhöhung als nichtig erklärt wird. Zugleich stellt es meines Erachtens für die Mieterschaft sogar einen «Gewinn» dar, wenn die Vermieterschaft zumindest vorübergehend auf die Durchsetzung der Erhöhung(en) verzichtet. Denn es ist unbestritten, dass Mietzinse nur pro futuro erhöht werden können. Daher stellt die Zeitspanne, in welcher die Vermieterschaft bereits den höheren Mietzins verlangen könnte, diesen aber noch nicht durchsetzt, finanziell einen «Gewinn» für die Mieterschaft dar, da sie nur den bisherigen Mietzins bezahlen muss und der höhere Mietzins auch nicht nachgefordert werden kann, da noch nicht gültig erhöht wurde.<sup>203</sup> Wurde von der Vermieterschaft kein Vorbehalt der Wiedereinbringung angebracht, kann sie den Mietzins später nicht mehr gestützt auf die ursprünglich geltend gemachten Gründe erhöhen, sondern erst wenn die Kostenfaktoren erneut steigen.<sup>204</sup> Auch dadurch entsteht der Mieterschaft meines Erachtens kein Nachteil. Die von BRUTSCHIN angesprochene mögliche finanzielle Schlechterstellung der Mieterschaft erweist sich meiner Ansicht nach als unbegründet. Denn wenn die Mieterschaft mit ihrer Einrede des übersetzten Ertrags bei der ersten Erhöhung Erfolg gehabt hätte, dann hätte die erste Erhöhung zu einem übersetzten Ertrag geführt. Würde sie mit ihrer Einrede bei der zweiten bzw. kombinierten Erhöhung nicht mehr durchdringen, bedeutet dies, dass kein übersetzter Ertrag mehr vorliegt und der Mietzins somit zulässig ist, z.B. wenn nach der ersten Erhöhung Kosten angefallen bzw. angestiegen sind, die mit der zweiten Erhöhung nicht oder nur teilweise auf die Mieterschaft überwältzt wurden. Die h. L. und Praxis ist sich

einig, dass die Art. 269 ff. OR der Mieterschaft keinen Anspruch auf einen möglichst günstigen Mietzins verleihen, sondern sie vor missbräuchlichen Mietzinsen schützen sollen.<sup>205</sup> Meiner Auffassung nach wird die Mieterschaft durch eine kombinierte Erhöhung finanziell nicht schlechter gestellt. Zum einen muss sie im Beispiel von BRUTSCHIN den unzulässigen Mietzins nach der ersten Erhöhung gar nie bezahlen, weil im ersten Anfechtungsverfahren auf die Durchsetzung dieser Erhöhung verzichtet und dann mit einer kombinierten Erhöhung in einem Schritt auf einen zulässigen Mietzins erhöht wird. Zum anderen ist es für die Mieterschaft finanziell sogar vorteilhafter, wenn beide Erhöhungen in einem Schritt angezeigt werden, weil dann alle Prozentsätze auf dem Nettomietzins vor der ersten Erhöhung gerechnet werden müssen.<sup>206</sup>

### **E. 3.1.2.3**

Kündigung vs. Anfechtung der Mietzinserhöhung Entgegen der Auffassung von BRUTSCHIN sind meiner Meinung nach die Mietzinse nach der ersten sowie der zweiten Erhöhung bestimmbar, womit die Mieterschaft in der Lage sein sollte, <sup>203</sup> Siehe Kap. 2.4.2.3; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 36 zu Art. 270b und N 11 ff. zu Art. 270e OR; OESCH-GER/ZAHRADNIK, MfDP, Rz. 17.3.4.5; SVIT-ROHRER, N 64 zu Art. 269d OR. <sup>204</sup> BSK-INFANGER, N 6 m.w.Verw. zu Art. 65 ZPO; CHK-SUTTER/SEILER, N 2 m.w.Verw. zu Art. 65 ZPO. <sup>205</sup> BGE 125 III 231 E. 3b m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 4 ff. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e und N 488 zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 1 ff. zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 2 zu Art. 269 OR. <sup>206</sup> Siehe das Berechnungsbeispiel in Kap. 3.1.3.1. <sup>32</sup>

zu entscheiden, ob sie kündigen, die zweite Erhöhung anfechten oder akzeptieren will.<sup>207</sup> Mieterschaften, die sich das Mietobjekt aufgrund der zweiten Erhöhung nicht mehr leisten können oder wollen, sollten kündigen und nicht die Erhöhung anfechten. Eine Anfechtung macht meines Erachtens nur dann Sinn, wenn die Mieterschaft im Mietobjekt verbleiben will und finanziell auch kann, aber der Meinung ist, die Erhöhung sei in diesem Umfang nicht gerechtfertigt. Ficht die Mieterschaft die zweite Erhöhung nur an, weil sie sich das Mietobjekt nicht mehr leisten kann und darauf hofft, die zweite Erhöhung werde vollständig oder teilweise herabgesetzt, kann sie einerseits in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Denn die Vermieterschaft hat gemäss h. L. und Rechtsprechung ein Nachforderungsrecht, wenn die Erhöhung als vollständig oder teilweise zulässig erachtet wird.<sup>208</sup> Andererseits wird die Mieterschaft meiner Auffassung nach zeitnah ein neues Mietobjekt suchen müssen, denn sobald die Kostenfaktoren nochmals ansteigen (z.B. Anstieg der Teuerung), hätte sie wieder das gleiche Problem. Meines Erachtens hat es sich bei den zweiten Erhöhungen in den meisten Fällen nur um die Erhöhung von 3% des Nettomietzinses aufgrund des gestiegenen Referenzzinssatzes gehandelt.<sup>209</sup> Daher gehe ich zum einen davon aus, dass sich die Mieterschaft in den meisten Fällen das Mietobjekt nicht nur wegen der zweiten Erhöhung nicht mehr leisten konnte. Zum anderen nehme ich an, dass bei einer Anfechtung in der Hoffnung die Erhöhung werde herabgesetzt und man könne sich das Mietobjekt dann wieder leisten, die Erfolgchancen relativ schlecht stehen, da Veränderungen des Referenzzinssatzes nicht bewiesen werden müssen.

### **E. 3.1.3**

Nennung des bisherigen Mietzinses bei der Mitteilung von Mietzinserhöhungen Zunächst führt BRUTSCHIN aus, dass die Vermieterschaft gemäss Art. 269d Abs. 1 OR die Mietzinserhöhung auf einem amtlichen Formular mitteilen und begründen müsse.<sup>210</sup> Die

Formularpflicht sei nur dann erfüllt, wenn das amtliche Formular diejenigen Angaben enthalte, die für die Überprüfung der mitgeteilten Mietzinserhöhung notwendig seien.<sup>211</sup> Dazu gehöre insbesondere die Mitteilung des bisherigen Mietzinses (Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 VMWG), welcher der Vermieterschaft als Ausgangspunkt für die Berechnung der Erhöhung diene.<sup>212</sup> BRUTSCHIN argumentiert, dass wenn im Zeitpunkt der Mitteilung der zweiten Erhöhung das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung noch hängig sei, die Vermieterschaft den bisherigen Mietzins nicht verbindlich im Formular nennen könne, weil dieser zuerst im hängigen Anfechtungsverfahren geklärt werden müsse.<sup>213</sup> Somit sei es für die Vermieterschaft nicht möglich, <sup>207</sup> Siehe Kap. 3.1.1.3. <sup>208</sup> Siehe Kap. 2.3.3 und 2.4.4. <sup>209</sup> Siehe Kap. 2.1.3.2 und 3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 263 zu Art. 269a OR. <sup>210</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 15. <sup>211</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 16; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 210 ff. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.1.3. <sup>212</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 15 f. <sup>213</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 15; ROHRER, MRA 5/99, S. 177. 33

die Erhöhung mit der erforderlichen Klarheit zu begründen und insbesondere mehrere Erhöhungsgründe jeweils in Einzelbeträgen auszuweisen (Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VMWG).<sup>214</sup> BRUTSCHIN führt weiter aus, dass der Mietvertrag bis zum rechtskräftigen Abschluss des ersten Anfechtungsverfahrens unverändert weitergelte (Art. 270e OR) und die Vermieterschaft in ihrer Erhöhungsanzeige denjenigen Mietzins als bisherigen Mietzins angeben müsse, der im Zeitpunkt der Erhöhungsanzeige gelte (Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 VMWG). Sie vertritt die Meinung, dass wenn die zweite Erhöhung in einem Zeitpunkt mitgeteilt werde, in welchem der Mietzins gemäss der ersten Erhöhung noch nicht in Kraft getreten sei (weil das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung noch hängig sei), müsse die Vermieterschaft in ihrer zweiten Erhöhungsanzeige den Mietzins vor der ersten Erhöhung als bisherigen Mietzins angeben und den Anstieg des Referenzzinssatzes von 1.25% auf 1.75% geltend machen.<sup>215</sup> Nenne die Vermieterschaft den Mietzins nach der ersten Erhöhung als bisherigen Mietzins, obwohl dieser noch gar nicht in Kraft getreten sei, und mache einen Anstieg des Referenzzinssatzes von 1.5% auf 1.75% geltend, sei die Bezeichnung des bisherigen Mietzinses fehlerhaft, was zur Nichtigkeit der zweiten Erhöhung führe.<sup>216</sup> BRUTSCHIN weist allerdings darauf hin, dass in der Lehre die Rechtsfolgen einer fehlenden oder fehlerhaften Nennung des bisherigen Mietzinses umstritten seien. Ein Teil der Lehre vertrete die Meinung, dass dies – analog zur Rechtsprechung bei fehlenden Unterschriften auf der Erhöhungsanzeige – zur Nichtigkeit der Erhöhungsanzeige führe.<sup>217</sup> Ein anderer Teil der Lehre vertrete die Auffassung, dass dies weder zur Anfechtbarkeit noch zur Nichtigkeit der Mietzinserhöhung führe, denn die Formularpflicht diene primär dazu, der Mieterschaft eine möglichst einfache Beurteilung ihrer Anfechtungschancen zu ermöglichen sowie den Rechtsweg aufzuzeigen. Die Mieterschaft kenne den bisherigen Mietzins und Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 VMWG diene im Sinne einer Ordnungsvorschrift nur dazu, den Schlichtungsbehörden bei der Beratung der Mieterschaft eine bessere Beurteilung der Mietzinsanpassung zu ermöglichen.<sup>218</sup> Gemäss BRUTSCHIN ist in vorliegenden Konstellationen jedoch weder den Schlichtungsbehörden noch den Vertragsparteien bekannt, welcher bisherige Mietzins die Grundlage für die Überprüfung der zweiten Erhöhung bildet, da dieser zuerst im hängigen Anfechtungsverfahren festgelegt werden muss. Somit sei die Berechtigung zur zweiten Erhöhung nicht überprüfbar und die Mieterschaft müsste ihren Entschluss, ob sie die Erhöhung anfechten solle, gestützt auf Angaben im amtlichen Formular treffen, die sich später als falsch herausstellen könnten.<sup>219</sup> Wenn die Vermieterschaft den mit der ersten

Erhöhung mitgeteilten Mietzins als bisherigen Mietzins angebe und sich die erste Erhö- 214  
Siehe Kap. 3.1.4; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 15 ff. 215 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 15 ff.;  
ROHRER, MRA 5/99, S. 178. 216 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 15 ff. 217 BGer  
4A\_213/2013 E. 2.3; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 15; LCHAT/STASTNY, Le bail, Kap.  
20 Rz. 4.2.5; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.1.3. 218 BGE 138 III 401 E.  
2.4.2; 135 III 220 E. 1.5.3; 121 III 214 E. 3b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 212 zu Art. 269d  
OR; SVIT-ROHRER, N 27 zu Art. 269d OR; ROHRER, MRA 3/12, S. 139 ff. 219 BGE  
118 II 130 E. 2b; 117 II 458 E. 2a; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 16. 34

hung nachträglich als missbräuchlich erweise, würde die zweite Erhöhung auf falschen  
Anga- ben zum bisherigen Mietzins beruhen, was sie gemäss BRUTSCHIN nichtig werden  
lässt.220 Würde die erste Erhöhung hingegen als zulässig erachtet, wäre der bisherige  
Mietzins zwar korrekt angegeben worden, gemäss BRUTSCHIN müsste die zweite  
Erhöhung aufgrund der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten trotzdem als  
unwirksam gelten.221

### **E. 3.1.3.1**

Bisheriger Mietzins bei der zweiten Mietzinserhöhung In der h. L. und Praxis ist  
unbestritten, dass wenn die erste Erhöhung angefochten wurde, der im  
Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung durch Urteil oder Vergleich festgelegte  
Referenzzinssatz als Basis für die zweite Erhöhung gilt, sofern Änderungen des  
Referenzzins- satzes berücksichtigt wurden.222 Es gilt ebenfalls als unbestritten, dass der  
Mietzins nach der ersten Erhöhung erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des  
Anfechtungsverfahrens in Kraft tritt und bis dahin der bisherige Mietzins weitert gilt (Art.  
270e OR).223 Daher müsste der Miet- zins vor der ersten Erhöhung als bisheriger Mietzins  
bei der zweiten Erhöhung genannt werden (Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 VMWG). Allerdings  
wird gemäss h. L. und Rechtsprechung der Miet- zins nach dem rechtskräftigen Abschluss  
des Anfechtungsverfahrens rückwirkend auf den Ter- min verändert, auf welchen die  
Erhöhung ihre Wirkung ursprünglich entfalten sollte, ausser die Erhöhung wird als  
vollständig unzulässig erachtet.224 Unter dem Blickwinkel, dass das Bun- desgericht  
wiederholt bestätigt hat, dass die Formularpflicht vor allem dazu diene, der Mieter- schaft  
eine möglichst einfache Beurteilung ihrer Anfechtungschancen zu ermöglichen sowie den  
Rechtsweg aufzuzeigen, sollte es meines Erachtens bei der zweiten Erhöhung erlaubt sein,  
den mit der ersten Erhöhung mitgeteilten Mietzins unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des  
Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung als bisherigen Mietzins zu nennen.225  
Denn für mich ist äusserst fraglich, ob die Mieterschaft die Berechtigung und Tragweite der  
Erhöhung besser einschätzen kann, wenn sich die zweite Erhöhung nicht auf die erste Erhö-  
hung stützt, sondern auf den Mietzins und die Kostenfaktoren vor der ersten Erhöhung. Ich  
vermute, dass solche Erhöhungen bei vielen Mieterschaften zu mehr Verwirrung statt  
Klarheit führen würden, weil einzelne Erhöhungsgründe doppelt aufgeführt werden  
müssten (z.B. An- stieg Referenzzinssatz von 1.25% auf 1.5% und dann von 1.25% auf  
1.75%). Dies soll an nachfolgendem fiktivem Beispiel veranschaulicht werden: 220  
BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 16. 221 Siehe Kap. 3.1.2; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 16. 222  
Siehe Kap. 2.2.2.2. 223 Siehe Kap. 2.3.3. 224 Siehe Kap. 2.4.4; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N  
9 zu Art. 270e OR; SVIT-ROHRER, N 5 zu Art. 270e OR. 225 Siehe Kap. 2.4.2.1 f. 35

Erste Erhöhung: Bisheriger/ursprünglicher Nettomietzins CHF 2'000.– Referenzzinssatz  
von 1.25% auf 1.5% + CHF 60.– (3% \* CHF 2'000.–) Gestiegene Betriebs-, Unterhalts- und  
Ver- + CHF 10.– (0.5% \* CHF 2'000.–) waltungskosten (Pauschale von 0.5%) Teuerung

von 105 auf 106.3 + CHF 10.– (0.5% \* CHF 2'000.–) Mehrleistungen + CHF 20.– Neuer Nettomietzins = CHF 2'100.– Zweite Erhöhung auf Basis der ersten Erhöhung: Nettomietzins nach der ersten Erhöhung CHF 2'100.– Referenzzinssatz von 1.5% auf 1.75% + CHF 63.– (3% \* CHF 2'100.–) Neuer Nettomietzins = CHF 2'163.– Zweite Erhöhung gemäss der Auffassung von BRUTSCHIN: Bisheriger/ursprünglicher Nettomietzins CHF 2'000.– Referenzzinssatz von 1.25% auf 1.75% + CHF 120.– (6% \* CHF 2'000.–) Gestiegene Betriebs-, Unterhalts- und Ver- + CHF 10.– (0.5% \* CHF 2'000.–) waltungskosten (Pauschale von 0.5%) Teuerung von 105 auf 106.2 + CHF 9.20 (0.46% \* CHF 2'000.–) Mehrleistungen + CHF 20.– Neuer Nettomietzins = CHF 2'159.20 Es bestehen offensichtliche Differenzen, je nachdem ob die 3% (aufgrund des Anstiegs des Referenzzinssatzes um 0.25%) auf dem erstmalig erhöhten oder dem ursprünglichen Nettomietzins berechnet werden.<sup>226</sup> Auch wenn es sich dabei um kleinere Beträge handelt, möchte ich darauf hinweisen, dass die Vermieterschaft diese Differenz nicht einmalig, sondern fortan jeden Monat verliert, da es sich bei der zweiten Erhöhung um eine Mietzinsfestlegung handelt und daher nicht mehr darauf zurückgekommen werden kann.<sup>227</sup> Wie von BRUTSCHIN erwähnt, sind die Rechtsfolgen einer fehlenden oder fehlerhaften Nennung des bisherigen Mietzinses umstritten.<sup>228</sup> Ich vertrete die Meinung, dass eine fehlerhafte

226 Siehe Kap. 2.1.3.2. 227 Siehe Kap. 2.2.2.1 f. 228 Siehe Kap. 3.1.3.

36

Nennung des bisherigen Mietzinses zur Anfechtbarkeit der Erhöhung führen sollte, denn auch bei Berechnungsfehlern und somit «falschen» Begründungen ist die Erhöhung nicht nichtig, sondern sie kann angefochten und auf das zulässige Mass korrigiert werden.<sup>229</sup> Es ist für mich nicht ersichtlich, weshalb dies bei der Nennung des bisherigen Mietzinses anders sein sollte, insbesondere in der hier behandelten Ausnahmesituation, in welcher es der Vermieterschaft unverschuldeterweise unmöglich ist, den korrekten bisherigen Mietzins zu nennen. Denn die Vermieterschaft trifft keinerlei Verschulden daran, dass aufgrund der Überlastung der Schlichtungsbehörden die Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung im Zeitpunkt der zweiten Erhöhung noch immer hängig waren, darum der zulässige Mietzins nach der ersten Erhöhung noch nicht festgelegt war, weshalb die Vermieterschaft diesen auch nicht als bisherigen Mietzins in der zweiten Erhöhungsanzeige nennen kann.

### **E. 3.1.3.2**

Nichtigkeit vs. Korrektur auf das zulässige Mass Die h. L. und Praxis ist sich einig, dass wenn ein Mietzins bzw. eine Erhöhung als missbräuchlich qualifiziert wird, wird dadurch nur das Gestaltungsrecht der Vermieterschaft bzgl. der vertragsändernden Wirkung (Umfang der Erhöhung) begrenzt.<sup>230</sup> Bezeichnet die Vermieterschaft die Erhöhungsgründe sowie den Umfang der Erhöhung zwar klar, aber unterlaufen ihr dabei Fehler, dann liegt keine nichtige Erhöhung aufgrund der «falschen» Begründung vor, sondern die Erhöhung wird auf das zulässige Mass korrigiert, selbstverständlich unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots. Dies gilt in der h. L. und Rechtsprechung als unbestritten und wird auch von BRUTSCHIN anerkannt.<sup>231</sup> Es ist für mich daher nicht einleuchtend, warum gemäss BRUTSCHIN nur die erste Erhöhung auf das zulässige Mass korrigiert werden kann, nicht aber die zweite Erhöhung, sondern diese sogar nichtig sein soll. Dies erscheint mir stossend, insbesondere wenn die Vermieterschaft nach Treu und Glauben davon ausgeht, dass sie die erste Erhöhung richtig berechnet habe und dieser Mietzins zulässig sei, dann diesen erhöhten Mietzins als bisherigen Mietzins in der zweiten

Erhöhung nennt und sich später herausstellt, dass sich z.B. ein Berechnungsfehler bei der ersten Erhöhung eingeschlichen hat. Meiner Meinung nach sind die zweiten Erhöhungen ebenfalls auf das zulässige Mass (insbesondere um das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung) zu korrigieren.

### **E. 3.1.3.3**

Nachforderungsrecht der Vermieterschaft Wie bereits ausgeführt und in der h. L. und Praxis anerkannt, gilt zwar der bisherige Mietzins bis zum rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens weiter, allerdings hat die Vermieterschaft ein Nachforderungsrecht für zu wenig bezahlte Mietzinse. Unbestritten ist auch, dass diese Nachforderungsansprüche sofort nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens rückwirkend auf die entsprechenden Termine fällig werden und es daher für die Vermieterschaft wie auch für die Vermieterschaft unvorteilhaft ist, wenn die Anfechtungsverfahren lange dauern. Siehe Kap. 2.4.2.2 und 3.1.3.2. 230 Siehe Kap. 2.4.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 13 zu Art. 270b und N 8 zu Art. 270e OR. 231 Siehe Kap. 2.4.2.2 und 3.1.1.1; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 12. 37

dauern.<sup>232</sup> Denn wenn die Erhöhung als (teilweise) zulässig erachtet wird, muss die Vermieterschaft direkt nach dem Abschluss des Verfahrens unter Umständen Hunderte von Franken auf einen Schlag nachzahlen, was zu finanziellen Engpässen führen kann. Die Vermieterschaft muss wiederum, auch wenn die Erhöhung in vollem Umfang als zulässig erachtet wird und sie ein Nachforderungsrecht hat, bis zum Abschluss des Verfahrens die bereits erhöhten Kosten tragen, kann aber keine entsprechend höheren Mietzinseinnahmen generieren, weil bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss der bisherige Mietzins gilt.<sup>233</sup> Dies kann meines Erachtens zu finanziellen Engpässen führen, insbesondere weil nicht alle Anfechtungsverfahren rechtskräftig vor der Schlichtungsbehörde abgeschlossen werden können, sondern unter Umständen erst vor Bundesgericht.<sup>234</sup> Würde der Auffassung von BRUTSCHIN gefolgt, dass eine zweite Erhöhung erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung gültig angezeigt werden könne, würde dies zu finanziellen Einbussen für die Vermieterschaft führen. Denn es ist unbestritten, dass Mietzinse nur pro futuro auf den nächsten Kündigungstermin erhöht werden können. Somit müsste die Vermieterschaft bis zum rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung nicht nur die bereits erhöhten Kosten vorschüssen, sondern sie könnte nach dem Abschluss des Verfahrens auch nichts nachfordern, weil sie während des Verfahrens nicht gültig erhöhen konnte.<sup>235</sup> Damit würde die Vermieterschaft den zweiten erhöhten Mietzins während der gesamten Dauer des ersten Anfechtungsverfahrens definitiv verlieren, was meines Erachtens nicht haltbar ist. Dem könnte entgegengehalten werden, dass Veränderungen des Referenzzinssatzes gemäss geltender Rechtslage immer auf die Vermieterschaft überwälzt werden können, auch wenn gar kein Fremdkapital vorhanden ist und somit auch keine Hypothekarzinsen bezahlt werden müssen, weshalb die finanziellen Einbussen bei manchen Vermieterschaften rein hypothetischer Natur sind. Dies ist meiner Meinung nach irrelevant, denn der Gesetzgeber stellt bewusst nicht auf die tatsächlichen Finanzierungsverhältnisse ab, weshalb diese auch bei den zweiten Erhöhungen keine Rolle spielen dürfen.<sup>236</sup>

### **E. 3.1.4**

Anforderungen an die Begründung von Mietzinserhöhungen BRUTSCHIN führt aus, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Begründung einer Mietzinserhöhung genügend klar und widerspruchsfrei erfolgen müsse, ansonsten sei sie nichtig (Art. 269d Abs. 2 lit. b OR und Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VMWG).<sup>237</sup> Der Umfang der Erhöhung bemesse sich gemäss der relativen Methode nach den eingetretenen Veränderungen.<sup>232</sup> Siehe Kap. 2.3.3 und 2.4.4; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.2; SVIT-ROHRER, N 1 zu Art. 270e OR.<sup>233</sup> Siehe Kap. 2.3.3 und 2.4.4.<sup>234</sup> Siehe Kap. 3.1.1.2.<sup>235</sup> Siehe Kap. 2.4.2.3, 2.3.3 und 2.4.4; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 161 ff. zu Art. 269d OR.<sup>236</sup> Siehe Kap. 2.1.3.2.<sup>237</sup> BGE 142 III 375 E. 3.3; 137 III 362 E. 3.2.1; 121 III 6 E. 3b; 118 II 130 E. 2; 117 II 460 E. 2a; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 17 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 117 zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.3.2; SVIT-ROHRER, N 43 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 3 und N 7b zu Art. 269d OR. 38

gen der Kostenfaktoren seit der letzten verbindlichen Mietzinsfestsetzung (in vorliegenden Konstellationen die im Anfechtungsverfahren beurteilte erste Erhöhung) in Prozenten des bisherigen Mietzinses.<sup>238</sup> Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung sei daher nicht nur der bisherige Mietzins nicht bekannt, sondern auch die Kostenfaktoren, auf denen dieser beruhe.<sup>239</sup> Gemäss BRUTSCHIN ist es daher ausgeschlossen, dass die Vermieterschaft eine Erhöhung im hängigen Anfechtungsverfahren so begründen kann, dass die Mieterschaft in die Lage versetzt wird, sich ein Bild über die Berechtigung und Tragweite der Erhöhung zu machen.<sup>240</sup>

#### **E. 3.1.4.1**

Bestimmbarkeit der Kostenfaktoren Entgegen der Ansicht von BRUTSCHIN sind meiner Meinung nach der bisherige Mietzins (nach der ersten Erhöhung) sowie die Kostenfaktoren, auf welchen dieser beruht, bestimmbar.<sup>241</sup> Denn in der h. L. und Rechtsprechung besteht überwiegend Einigkeit darüber, welche Kostenfaktoren jeweils gelten. Ist die erste Erhöhung nichtig, dann basiert der unveränderte Mietzins auf den bisherigen Kostenständen. Ist sie vollständig missbräuchlich, basiert der unveränderte Mietzins auf den bisherigen Kostenständen bzw. denjenigen im Urteil oder Vergleich. Wird sie hingegen teilweise oder vollumfänglich gutgeheissen, dann gelten die Kostenstände am Stichtag bzw. diejenigen im Urteil oder Vergleich.<sup>242</sup> Meines Erachtens ist daher für die Mieterschaft wie auch die Vermieterschaft die Spanne der Kostenfaktoren bekannt und somit bestimmbar. Sobald das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung rechtskräftig abgeschlossen wurde, sind die Kostenfaktoren sowie der bisherige Mietzins bestimmt und die zweite Erhöhung kann entsprechend diesem Ergebnis angepasst werden.

#### **E. 3.1.4.2**

Möglichkeit einer genügend klaren Begründung Entgegen der Auffassung von BRUTSCHIN vertrete ich die Ansicht, dass eine genügend klare Begründung und Bezifferung der zweiten Erhöhung unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung möglich ist. Denn wenn die zweite Erhöhung z.B. mit «Anstieg Referenzzinssatz von 1.5% auf 1.75%» begründet wird, wird die Mieterschaft damit in die Lage versetzt, sich ein Bild über die Berechtigung und Tragweite der Erhöhung machen zu können. Meines Erachtens sind einerseits der bisherige Mietzins sowie dessen Kostenfaktoren bestimmbar, womit auch die Tragweite der zweiten Erhöhung bestimmbar ist.<sup>243</sup> Andererseits besteht die Berechtigung zur zweiten Erhöhung gemäss h. L. und Praxis unabhängig davon, ob und in welchem Umfang die erste

Erhöhung als zulässig erachtet 238 BGE 122 III 20 E. 4b; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 18. 239 BGE 141 III 245 E. 3.6 und 3.7; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 17 f. 240 BGE 118 II 130 E. 2; 117 II 460 E. 2a; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 17 f. 241 Siehe Kap. 3.1.1.3. 242 Siehe Kap. 2.1.2.4 und 2.2.2.2; BGE 141 III 245 E. 3.6 f.; 126 III 124 E. 2a; 124 III 67; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.12; CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 42 zu Art. 269a OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.8.1; DÖ- NNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 22 f. m.w.Verw.; SVIT-ROHRER, N 19 zu Art. 270a OR; a.M. BSK-WE- BER, N 18 zu Art. 269 OR. 243 Siehe Kap. 2.4.2.2, 3.1.3.1 und 3.1.4.1. 39

wird.<sup>244</sup> Die Vermieterschaft kann meiner Meinung nach unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des ersten Anfechtungsverfahrens die zweite Erhöhung gestützt auf die erste Erhöhung be- gründen und beziffern.<sup>245</sup> Auch das Mietgericht Zürich vertritt die Ansicht, dass beide Parteien die zweite Erhöhung nach Treu und Glauben nur so verstehen dürfen, dass sie um das Ergeb- nis der Anfechtung der ersten Erhöhung korrigiert werde, sobald das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen worden sei.<sup>246</sup>

### **E. 3.1.5**

Schlussfolgerungen des Aufsatzes von Sarah Brutschin BRUTSCHIN folgert aus ihren vorangegangenen Ausführungen, dass die Mitteilung einer weite- ren Mietzinserhöhung während eines hängigen Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhö- hung nichtig sei. Erst wenn das erste Anfechtungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen und die Höhe des zulässigen Mietzinses sowie dessen Kostenfaktoren verbindlich festgestellt wor- den seien, könne die Vermieterschaft eine weitere Erhöhung im Umfang der veränderten Kos- tenfaktoren (z.B. erneut angestiegener Referenzzinssatz) auf den nächstmöglichen Kündi- gungstermin und unter Einhaltung der Fristen rechtswirksam anzeigen (Art. 269d Abs. 1 OR). Allerdings rät BRUTSCHIN, dass die Mieterschaft vorsichtshalber auch eine Erhöhung während eines hängigen Anfechtungsverfahrens innert der 30-tägigen Frist bei der Schlichtungsbe- hörde anfechten solle, falls die zweite Erhöhung nicht als nichtig bzw. unwirksam angesehen werde. Es sei jedoch anzunehmen, dass die zweite Erhöhung ebenfalls als rechtsmissbräuch- lich angesehen würde, wenn die erste Erhöhung als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werde.<sup>247</sup>

#### **E. 3.1.5.1**

Keine automatische Missbräuchlichkeit der zweiten Mietzinserhöhung Wie bereits ausgeführt und von der h. L. und Praxis anerkannt, bedeutet missbräuchlich i.S.v. Art. 269 ff. OR nur, dass der Mietzins das zulässige Mass übersteigt und daher korrigiert wird. Dies hat meistens nichts mit Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zu tun und führt daher auch nicht zur Nichtigkeit der Erhöhung.<sup>248</sup> Es ist für mich nicht ersichtlich, weshalb die zweite Erhöhung automatisch auch als missbräuchlich qualifiziert werden sollte, wenn die erste Erhöhung als missbräuchlich angesehen wird. Es gilt in der h. L. und Praxis als unbestritten, dass die Berechtigung zur zweiten Erhöhung aufgrund des erneut gestiegenen Referenzzins- satzes und somit unabhängig davon besteht, ob die erste Erhöhung als missbräuchlich quali- fiziert wird oder nicht.<sup>249</sup> Meines Erachtens sind zudem der bisherige Mietzins sowie dessen Kostenfaktoren unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des ersten Anfechtungsverfahrens be- stimmbar.<sup>250</sup> Daher ist es meiner Meinung nach durchaus möglich, dass die erste Erhöhung als unzulässig, die zweite Erhöhung hingegen als zulässig erachtet wird, wenn z.B. der Refe- 244 Siehe Kap. 3.1.2.1. 245 Siehe Kap. 3.1.2.1 und 3.1.3.1. 246 ZMP 2024, Nr. 8, E. 2. 247 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 18 f. 248 Siehe Kap.

3.1.1.1 und 2.4.1. 249 Siehe Kap. 3.1.1.2. 250 Siehe Kap. 3.1.1.3, 3.1.2.1, 3.1.3.1 und 3.1.4.1. 40

renzzinssatz nicht angepasst wurde und noch bei 1.5% lag, weshalb mit der ersten Erhöhung nicht auf 1.5% erhöht werden kann, sehr wohl hingegen mit der zweiten Erhöhung auf 1.75%.

### **E. 3.1.5.2**

Vergleich zwischen Mietzinsherabsetzungen und Mietzinserhöhungen Schaut man sich die Mietzinsherabsetzungen (Art. 270a OR) als Gegenstück zu den Mietzinserhöhungen (Art. 270b OR) an, stellt man fest, dass es der Mieterschaft gemäss h. L. und Praxis erlaubt ist, bis zur letzten kantonalen Instanz im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 i.V.m. Art. 227 bzw. Art. 230 ZPO neue Herabsetzungsgründe ins hängige Anfechtungsverfahren einzubringen (Art. 270a Abs. 3 OR). Dies gilt auch für Herabsetzungsgründe, die erst während des Verfahrens eingetreten sind, insbesondere Senkungen des Referenzzinssatzes.<sup>251</sup> Im Gegensatz dazu können gemäss h. L. und Rechtsprechung keine neuen Erhöhungsgründe ins hängige Anfechtungsverfahren eingebracht werden. Die Schlichtungsbehörden und Gerichte dürfen nur Änderungen berücksichtigen, die vor der Erhöhungsanzeige bzw. dem Stichtag eingetreten, aber in die damalige Berechnung noch nicht eingeflossen sind.<sup>252</sup> Da sich der Referenzzinssatz erst nach der Einleitung des Anfechtungsverfahrens erneut veränderte, kann die Vermieterschaft den erneut gestiegenen Referenzzinssatz nicht im gleichen Verfahren vorbringen, sondern muss unter Umständen zwei separate Verfahren führen.<sup>253</sup> Meiner Ansicht nach könnte sich zudem das Problem stellen, dass die zweite Erhöhung «übersprungen» wird bzw. gar nie geltend gemacht werden kann, wenn diese erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung gültig angezeigt werden kann. Dies soll an nachfolgendem fiktivem Beispiel verdeutlicht werden: Die erste Erhöhung vom 10. Juni 2023 (Referenzzinssatz von 1.25% auf 1.5%) wird angefochten. Am 3. Dezember 2023 steigt der Referenzzinssatz von 1.5% auf 1.75%, die Vermieterschaft kann aber keine zweite Erhöhung anzeigen, weil das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung noch hängig ist. Am 3. März 2025 sinkt der Referenzzinssatz von 1.75% auf 1.25%. Weil das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung noch immer hängig ist, konnte die zweite Erhöhung noch nicht angezeigt werden, die Mieterschaft kann jedoch den gesunkenen Referenzzinssatz direkt ins hängige Verfahren bzgl. der ersten Erhöhung einbringen und unter Einhaltung der Kündigungsfrist eine Herabsetzung auf den nächsten Kündigungstermin (1. Juli 2025) verlangen.<sup>254</sup> Am 30. Oktober 2025 wird das Anfechtungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen und der Referenzzinssatz auf 1.25% festgelegt. In diesen Fällen würde die Vermieterschaft ihr Recht zur zweiten Erhöhung sowie den gesamten zweiten erhöhten Mietzins (vom 251 Siehe Kap. 2.1.3.2; BGE 141 III 569 E. 2.1.1; 132 III 702 E. 4.3; 122 III 20 E. 4c; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.110; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.1.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 59 ff. m.w.Verw. zu Art. 270a OR; CHK-HULLIGER, N 10 zu Art. 270a OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.5.2.1 ff., 17.5.5.3 und 17.5.5.4 je m.w.Verw.; SVIT-ROHRER, N 4 ff. zu Art. 270a OR; BSK-WEBER, N 6a m.w.Verw. zu Art. 270a OR. 252 Siehe Kap. 2.1.2.4; 2.2.2.1 f. und 2.4.2.2; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.1.2. 253 BGE 122 III 20 E. 4c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.1.2; GUT, mp 1/00, S. 9. 254 Siehe Kap. 2.1.3.2; BGE 122 III 20 E. 2c; 119 II 32 E. 3c/aa; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.109 f.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 91 ff. zu Art. 270a OR; CHK-HULLIGER, N 1 zu Art. 270a OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.5.4.1 m.w.Verw.; SVIT-ROHRER, N 20

ff. zu Art. 270a OR; BSK-WEBER, N 4 zu Art. 270a OR. 41

1. April 2024 bis 1. Juli 2025) verlieren. Denn gemäss h. L. und Praxis erfolgte mit dem Abschluss des Anfechtungsverfahrens eine Mietzinsfestlegung, auf die nicht mehr zurückgekommen werden kann, weil der Referenzzinssatz berücksichtigt wurde.<sup>255</sup> Da bis zur letzten kantonalen Instanz neue Herabsetzungsgründe vorgebracht werden können, dürfte der Referenzzinssatz für mehrere Jahre nicht sinken, damit die zweite Erhöhung nicht «übersprungen» würde. Denn auch wenn die Schlichtungsbehörden nicht überlastet sind, kann es mehrere Jahre dauern, bis ein Anfechtungsverfahren vor der letzten kantonalen Instanz abgeschlossen wird, womit das Risiko für die Vermieterschaft steigt, je länger die Verfahren dauern. Könnten zweite Erhöhungen jedoch auch während eines hängigen Anfechtungsverfahrens gültig angezeigt werden, würde dieses Problem meines Erachtens nicht bestehen, da die Herabsetzung dann im Verfahren bzgl. der zweiten Erhöhung beurteilt würde, statt diese zu «überspringen».

### **E. 3.1.6**

Mögliche Konstellationen gemäss dem Aufsatz von Sarah Brutschin

#### **E. 3.1.6.1**

Beide Mietzinserhöhungen wurden angefochten BRUTSCHIN vertritt die Meinung, dass eine zweite Erhöhung nichtig bzw. unwirksam sei, solange das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung noch hängig sei. Erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung könne die Vermieterschaft eine weitere Erhöhung gültig anzeigen.<sup>256</sup> Ich verweise auf die vorangegangenen kritischen Überlegungen zum Aufsatz von BRUTSCHIN und vertrete die Meinung, dass beide Erhöhungen gültig sind, weil der bisherige Mietzins und dessen Kostenfaktoren unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung bestimmbar sind. Zudem besteht gemäss h. L. und Praxis die Berechtigung zur zweiten Erhöhung unabhängig von der ersten Erhöhung. Meines Erachtens kann die zweite Erhöhung zudem genügend klar beziffert und begründet werden und wird später um das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung korrigiert.<sup>257</sup> Es wäre wünschenswert, wenn beide Verfahren parallel verhandelt würden oder das Anfechtungsverfahren bzgl. der zweiten Erhöhung sistiert würde, bis das erste Anfechtungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen werden konnte.<sup>258</sup>

#### **E. 3.1.6.2**

Die erste Mietzinserhöhung wurde nicht angefochten Der Auffassung von BRUTSCHIN, dass in dieser Konstellation keine Probleme vorlägen, weil die Mitteilung der zweiten Mietzinserhöhung in einem Zeitpunkt erfolge, in welchem kein Anfechtungsverfahren bzgl. Mietzinserhöhung hängig sei, ist zuzustimmen.<sup>259</sup> <sup>255</sup> Siehe Kap. 2.2.2.2. <sup>256</sup> Siehe Kap. 3.1.5; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 19. <sup>257</sup> Siehe Kap. 3.1.1.2 ff. <sup>258</sup> Siehe Kap. 3.3.1 und 3.3.2. <sup>259</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 21. 42

#### **E. 3.1.6.3**

Die erste Mietzinserhöhung wurde angefochten, die zweite Mietzinserhöhung wurde nach Abschluss des Verfahrens mitgeteilt Wiederum ist der Ansicht von BRUTSCHIN, dass sich keine Probleme ergäben, wenn das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung bereits rechtskräftig abgeschlossen worden sei, bevor die zweite Erhöhung mitgeteilt worden sei, zuzustimmen.<sup>260</sup>

#### **E. 3.1.6.4**

Die erste Mietzinserhöhung wurde angefochten, die zweite Mietzinserhöhung wurde nicht angefochten. BRUTSCHIN argumentiert, dass die Anfechtung der zweiten Erhöhung aufgrund ihrer Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit eigentlich nicht notwendig wäre, denn Nichtigkeit könne jederzeit geltend gemacht werden.<sup>261</sup> Die Mieterschaft müsse zwar fortan den höheren Mietzins bezahlen, allerdings könnten die zu viel geleisteten Mietzinse in den Schranken des Rechtsmissbrauchs und nach den Vorgaben über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) von der Vermieterschaft zurückgefordert werden.<sup>262</sup> Wie bereits erwähnt, sind meiner Meinung nach beide Erhöhungen gültig. Zusammen mit dem Mietgericht Zürich vertrete ich die Ansicht, dass die Mieterschaft nur das Recht verliert, den prozentualen Umfang der zweiten Erhöhung später infrage zu stellen bzw. zu bestreiten, wenn sie die zweite Erhöhung nicht anfechtet. Sie wird trotzdem um das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung korrigiert.<sup>263</sup> Ginge man zusammen mit BRUTSCHIN davon aus, dass die zweite Erhöhung nichtig sei, wäre eine Anfechtung meines Erachtens trotzdem empfehlenswert. Zwar können nichtige Erhöhungen gemäss h. L. und Praxis grundsätzlich nicht Gegenstand eines Anfechtungsverfahrens i.S.v. Art. 270b OR sein, weil sie keine Wirkungen entfalten und somit auch nicht missbräuchlich i.S.v. Art. 269 und 269a OR sein können. Die Mieterschaft kann jedoch jederzeit verlangen, dass die Schlichtungsbehörde die Nichtigkeit der Erhöhung feststellt.<sup>264</sup> Die Feststellung der Nichtigkeit ist gemäss h. L. und Praxis empfehlenswert, insbesondere weil die Gefahr des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) besteht, wenn die Mieterschaft über Jahre unbeanstandet den erhöhten Mietzins bezahlt oder die Nichtigkeit in einem früheren Verfahren nicht geltend machte.<sup>265</sup> Zudem ist eine spätere formgültige Erhöhung nur anfechtbar und nicht automatisch nichtig, wenn sie sich auf die falschen Berechnungsgrundlagen der nichtigen Erhöhung stützt.<sup>266</sup> 260 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 20. 261 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 19. 262 BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 19. 263 Siehe Kap. 3.2 und 3.2.2; ZMP 2024, Nr. 8, E. 2. 264 Siehe Kap. 2.4.2; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 77 ff. zu Art. 269d und N 9 zu Art. 270b OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.4.1; SVIT-ROHRER, N 4 zu Art. 270b OR; WETTSTEIN, MfdP, Rz. 20.2.12.1. 265 Siehe Kap. 2.4.2 und 3.1.1.1; BGE 140 III 583 E. 3.2.1; 123 III 70 E. 3c-d; 4C.134/2001 E. 3b; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 224 ff m.w.Verw. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.4.1 und 17.3.4.4.3; SVIT-ROHRER, N 63 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 8a zu Art. 269d OR. 266 Siehe Kap. 2.4.2; BGE 4A\_256/2015; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 228 f. zu Art. 269d OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.4.5; SVIT-ROHRER, N 64 zu Art. 269d OR. 43

#### **E. 3.1.6.5**

Die erste Mietzinserhöhung wurde nach der Anfechtung von der Vermieterschaft zurückgezogen. Nachdem die Mieterschaft die erste Mietzinserhöhung (z.B. Referenzzinssatz von 1.25% auf 1.5%) angefochten hat, zieht die Vermieterschaft die Erhöhung zurück und stellt der Mieterschaft danach eine neue (zweite) Erhöhung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin zu, in welcher der Anstieg der Kostenfaktoren in einem Schritt berücksichtigt wird (z.B. Referenzzinssatz von 1.25% auf 1.75%).<sup>267</sup> BRUTSCHIN vertritt die Meinung, dass der Widerruf einer oder mehrerer Erhöhungen nicht zulässig sei. Die zweite Erhöhung sei daher als nichtig zu betrachten, denn erst wenn das erste Anfechtungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen worden sei, könne eine

weitere Erhöhung gültig angezeigt werden.<sup>268</sup> Wie bei den vorherigen kritischen Überlegungen zum Aufsatz von BRUTSCHIN bereits ausgeführt, handelt es sich meiner Ansicht nach nicht um einen Widerruf, sondern um einen Verzicht auf die Durchsetzung eines Gestaltungsrechts, welcher zulässig ist und in der Praxis häufig vorkommt.<sup>269</sup> Die kombinierte zweite Erhöhung ist meines Erachtens gültig und kann wiederum von der Mieterschaft angefochten werden.

### **E. 3.1.6.6**

Beide Mietzinserhöhungen wurden angefochten und beide Mietzinserhöhungen wurden von der Vermieterschaft zurückgezogen. Nachdem die Mieterschaft die erste (z.B. Referenzzinssatz von 1.25% auf 1.5%) wie auch die zweite Mietzinserhöhung (z.B. Referenzzinssatz von 1.5% auf 1.75%) angefochten hat, zieht die Vermieterschaft beide Erhöhungen zurück und stellt der Mieterschaft danach eine neue (dritte) Mietzinserhöhung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin zu, in welcher der Anstieg der Kostenfaktoren in einem Schritt berücksichtigt wird (z.B. Referenzzinssatz von 1.25% auf 1.75%).<sup>270</sup> BRUTSCHIN vertritt die Auffassung, der Widerruf einer oder mehrerer Erhöhungen sei nicht zulässig und daher seien die zweite und die dritte Erhöhung nichtig.<sup>271</sup> Wie obenstehend bereits ausgeführt, handelt es sich meines Erachtens um einen Verzicht auf die Durchsetzung eines Gestaltungsrechts. Die zweite wie auch die kombinierte (dritte) Erhöhung sind gültig und können wiederum von der Mieterschaft angefochten werden.<sup>272</sup>

### **E. 3.2**

Kritische Überlegungen zum Entscheid des Mietgerichts Zürich Das Mietgericht Zürich entschied am 28. Mai 2024, dass eine zweite Mietzinserhöhung auch während des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung gültig angezeigt werden könne. Es lehnte die Meinung von BRUTSCHIN ab, dass eine zweite Erhöhung nichtig sei, wenn <sup>267</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 19 ff. <sup>268</sup> Siehe Kap. 3.1.2. und 3.1.5; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 20. <sup>269</sup> Siehe Kap. 3.1.2.2. <sup>270</sup> BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 19 f. <sup>271</sup> Siehe Kap. 3.1.2 und 3.1.6.5; BRUTSCHIN, mp 1/24, S. 20. <sup>272</sup> Siehe Kap. 3.1.6.5. 44

sie ausgesprochen werde, bevor über die erste Erhöhung im Anfechtungsverfahren rechtskräftig entschieden worden sei, weil vor Abschluss des Verfahrens noch unklar sei, auf welcher Grundlage (Höhe des zulässigen Mietzinses sowie dessen Kostenfaktoren) die zweite Erhöhung beruhen werde.<sup>273</sup> Das Mietgericht Zürich argumentierte, dass Art. 18 VMWG es der Vermieterschaft erlaube, einen Mietzinsvorbehalt in Prozenten statt in Franken anzugeben, insbesondere wenn sie keine genauen Beträge angeben könne, weil ihr die entsprechenden Parameter nicht bekannt seien. In analoger Anwendung von Art. 18 VMWG erlaubte das Mietgericht Zürich der Vermieterschaft daher, die zweite Erhöhung in Prozenten des Nettomietzinses anzugeben, wenn sie die Höhe des zulässigen Mietzinses nach der ersten Erhöhung sowie dessen Kostenfaktoren aufgrund des hängigen Anfechtungsverfahrens noch nicht kenne. Hingegen wurde der Vermieterschaft nicht erlaubt, die erste Erhöhung einfach als Grundlage für die zweite Erhöhung zu verwenden und zu ignorieren, dass über die erste Erhöhung noch nicht rechtskräftig entschieden worden sei.<sup>274</sup> Gemäss dem Mietgericht Zürich dürfen beide Parteien die zweite Erhöhung nach Treu und Glauben nur so verstehen, dass diese später um das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung korrigiert wird, auch wenn die zweite Erhöhung nicht angefochten wurde. Wenn die Mieterschaft nur die erste Mietzins-

erhöhung anfechte, nicht aber die zweite (die während des hängigen Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung mitgeteilt worden sei und sich auf das Ergebnis der ersten Erhöhung stütze), verliere sie einzig das Recht, den prozentualen Umfang der zweiten Mietzinserhöhung später infrage zu stellen bzw. zu bestreiten.<sup>275</sup> Das Mietgericht Zürich führte weiter aus, dass sobald das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung rechtskräftig abgeschlossen und der mit der ersten Erhöhung mitgeteilte Nettomietzins (M2) auf das zulässige Mass korrigiert worden sei (N2), könne der zulässige Nettomietzins nach der zweiten Erhöhung (N3), anhand des Verhältnisses der mit den Erhöhungsanzeigen mitgeteilten Nettomietzinse (M2 und M3) M3 mit folgender Formel berechnet werden:  $N3 = N2 \cdot \frac{M3}{M2}$ .<sup>276</sup>

### **E. 3.2.1**

Keine analoge Anwendung von Art. 18 VMWG Die analoge Anwendung der Regelungen über den Mietzinsvorbehalt (Art. 18 VMWG) über- zeugt meines Erachtens nicht restlos. Die Vorschriften von Art. 18 VMWG sind gemäss h. L. und Praxis deshalb weniger streng als diejenigen für «normale» Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 1-2 OR), weil einerseits der Mietzins faktisch (noch) nicht erhöht wird, daher die Mieterschaft (noch) nicht vor einem allfälligen missbräuchlichen Mietzins geschützt werden muss. Deshalb kann auch die Bildung des Vorbehalts nicht angefochten werden.<sup>277</sup> Anderer- seits, weil bei der Auflösung des Vorbehalts, wenn der Mietzins tatsächlich erhöht wird, ge- 273 ZMP 2024, Nr. 8, E. 2. 274 ZMP 2024, Nr. 8, E. 2. 275 ZMP 2024, Nr. 8, E. 2. 276 ZMP 2024, Nr. 8, E. 2. 277 Siehe Kap. 2.4.2 ff. und 2.4.3. 45

mäss h. L. und Praxis die gleichen Voraussetzungen gelten wie bei den «normalen» Erhöhun- gen. Deshalb ist es bei der Bildung des Vorbehalts kein Problem, wenn die Vermieterschaft den bisherigen Mietzins und die massgebenden Kostenstände für die zukünftige Erhöhung noch nicht kennt. Denn es ist unbestritten, dass die Vermieterschaft bei der Auflösung des Vorbehalts für jeden Erhöhungsgrund den darauf entfallenden Anteil der Erhöhung genau be- zeichnen und beziffern (Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 VMWG) und somit auch die massgebenden Kostenstände angeben muss. Die weniger strengen Vorschriften von Art. 18 VMWG gelten somit nicht mehr.<sup>278</sup> Bei den zweiten Erhöhungen wird der Mietzins allerdings faktisch erhöht, weshalb eine analoge Anwendung von Art. 18 VMWG meines Erachtens nicht möglich ist, da keine vergleichbaren Situationen vorliegen, auch wenn die Vorbehaltserklärung mit der Erhö- hungserklärung deckungsgleich sein muss.<sup>279</sup> Der Umweg über die analoge Anwendung von Art. 18 VMWG ist meiner Meinung nach auch nicht notwendig. Denn in der h. L. und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, dass die Vermieterschaft die zweite Erhöhung ohnehin in Prozenten des Nettomietzins angeben kann, solange sie nur einen Erhöhungsgrund geltend macht, was meines Erachtens bei den zweiten Erhöhungen häufig der Fall gewesen sein dürfte.<sup>280</sup> Da ich die Ansicht vertrete, dass die Vermieterschaft die zweite Erhöhung unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des Anfech- tungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung mitteilen darf, können auch mehrere Erhöhungs- gründe in Franken beziffert werden. Denn nach Treu und Glauben muss beiden Parteien klar sein, dass die zweite Erhöhung später um das Ergebnis des ersten Anfechtungsverfahrens korrigiert wird.<sup>281</sup>

### **E. 3.2.2**

Prinzip des «favor negotii» Das Mietgericht Zürich vertritt die Auffassung, dass die zweite Erhöhung auch dann um das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten

Erhöhung zu korrigieren sei, wenn sie nicht angefochten worden sei. Dem ist meines Erachtens zuzustimmen, auch wenn dadurch in einen Mietzins bzw. einen Vertrag eingegriffen wird, der so von beiden Parteien akzeptiert wurde. Denn gemäss h. L. und Praxis gelten die allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätze auch für Mietverträge.<sup>282</sup> Gemäss dem Prinzip des «favor negotii» ist derjenigen Auslegung eines Vertrags der Vorzug zu geben, die den Vertrag nicht unvernünftig oder ungültig macht, d.h. es ist davon auszugehen, dass beide Parteien einen allenfalls ungültigen Vertrag in einer vernünftigen und gültigen Form gewollt haben.<sup>283</sup> Überträgt man dieses Prinzip auf die zweiten Mietzins erhöhungen, welche einseitige Vertragsänderungen der Vermieterschaft darstellen, 278 Siehe Kap. 2.4.2 ff. und 2.4.3. 279 Siehe Kap. 2.4.3. 280 Siehe Kap. 2.4.2.2 und 3. 281 Siehe Kap. 3.1.2.1. 282 Siehe Kap. 2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 74 ff. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e OR. 283 BGer 5A\_140/2014 E. 2.1; 4A\_575/2009 E. 2.2; 99 II 268 E. 3f; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 489 m.w.Verw. zu Art. 18 OR; ZK-JÄGGI, N 24 zu Art. 11 OR; CHK-KUT/BAUER, N 17 zu Art. 18 OR; BSK- WIEGAND, N 40 m.w.Verw. zu Art. 18 OR; ZELLER, S. 288 f. 46

ist meiner Meinung nach zu Gunsten der Gültigkeit des Vertrages bzw. der Vertragsänderung davon auszugehen, dass die zweite Erhöhung gültig angezeigt werden kann und später um das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung korrigiert wird, weil beide Parteien die Erhöhung nur im zulässigen Umfang gewollt haben. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die zweite Erhöhung nicht angefochten wurde und somit der Umfang sowie die Berechtigung der Vermieterschaft zur zweiten Erhöhung nicht bestritten werden. Zusammen mit dem Mietgericht Zürich vertrete ich die Ansicht, dass die zweite Erhöhung auch in diesen Fällen auf das zulässige Mass zu korrigieren ist, weil es ansonsten dazu kommen kann, dass sie auf Kostenständen und/oder Mietzinsen basiert, die gar nie in Kraft getreten sind, weil sie im Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung herabgesetzt wurden. Wurde die zweite Erhöhung ebenfalls angefochten, wird deren zulässiger Umfang ohnehin überprüft und allenfalls neu festgelegt bzw. um das Ergebnis des ersten Anfechtungsverfahrens korrigiert.

### **E. 3.3**

Eigene Lösungsansätze

#### **E. 3.3.1**

Sistierung des Anfechtungsverfahrens bzgl. der zweiten Mietzins erhöhung (Art. 126 Abs. 1 ZPO) Wie bereits ausgeführt, macht eine Beurteilung der zweiten Erhöhung wenig Sinn, wenn das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung noch nicht bekannt ist. Allerdings ist es nicht notwendig, die zweite Erhöhung als nichtig zu erklären, sondern man könnte auch das Anfechtungsverfahren bzgl. der zweiten Erhöhung so lange sistieren, bis das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung rechtskräftig abgeschlossen wurde. Art. 126 Abs. 1 ZPO sieht ausdrücklich vor, dass Verfahren sistiert werden können, wenn der Entscheid vom Ergebnis eines anderen Verfahrens abhängig ist, was vorliegend offensichtlich der Fall ist. Nach dem rechtskräftigen Abschluss des ersten Anfechtungsverfahrens kann die Sistierung aufgehoben und die zweite Erhöhung behandelt bzw. verhandelt werden, da der bisherige Mietzins und dessen Kostenfaktoren nun bekannt sind. Die zweite Erhöhung wird dann um das Ergebnis der Anfechtung bzgl. der ersten Erhöhung korrigiert.<sup>284</sup>

#### **E. 3.3.2**

Gleichzeitige Beurteilung beider Anfechtungsverfahren Statt zuerst das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung abzuschliessen und später dann die zweite Erhöhung zu beurteilen, könnte man auch die beiden separaten Verfahren zusammen behandeln und verhandeln oder sogar vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO), allerdings ist eine Vereinigung erst im gerichtlichen Verfahren möglich.<sup>285</sup> Dies erscheint insbesondere deshalb sinnvoll, weil es sich um die gleichen Parteien, das gleiche Mietobjekt etc. handelt und sich die zweite Erhöhung in den meisten Fällen auf die erste stützt, die beiden Verfahren <sup>284</sup> Siehe Kap. 3.2.2. <sup>285</sup> BK-FREI, N 15 ff. m.w.Verw. zu Art. 125 ZPO; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 18 ff. zu Art. 270a OR; CHK- SUTTER/SEILER, N 1 ff. m.w.Verw. zu Art. 125 ZPO. 47

also inhaltlich zusammenhängen. So könnte man mit einer einzigen Verhandlung beide Ver- fahren abschliessen, wodurch diese schneller und effizienter erledigt werden können.

### **E. 3.3.3**

Anreize im Anfechtungsverfahren Würde der Auffassung von BRUTSCHIN gefolgt und alle zweiten Erhöhungen während eines Anfechtungsverfahrens als nichtig qualifiziert, würde dies meiner Meinung nach zu längeren Verfahrensdauern führen, während kürzere Verfahren zu erwarten wären, wenn die Vermie- terschaft gültig eine zweite Erhöhung mitteilen kann. Die Gründe dafür sind einerseits, dass Mietzinse gemäss geltender Rechtslage nur pro futuro erhöht werden können und anderer- seits, dass die Mieterschaft neue Herabsetzungsgründe direkt ins hängige Anfechtungsver- fahren einbringen kann.<sup>286</sup> Können zweite Erhöhungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des ersten Anfechtungsverfahrens nicht gültig angezeigt werden, hat die Mieterschaft meiner Auf- fassung nach ein Interesse daran, dass die Verfahren möglichst lange dauern. Denn gemäss h. L. und Praxis muss der erhöhte Mietzins während der Dauer des Verfahrens weder bezahlt noch kann er später nachgefordert werden.<sup>287</sup> Zudem steigen die Chancen, dass sich während der Verfahrensdauer Herabsetzungsgründe ergeben (z.B. der Referenzzinssatz wieder sinkt), die dann direkt ins hängige Verfahren eingebracht werden können, womit die zweite Erhöhung «übersprungen» wird.<sup>288</sup> Meines Erachtens profitiert die Mieterschaft somit von langen Verfah- rensdauern, während diese für die Vermieterschaft ausschliesslich nachteilig sind, weil sie den zweiten erhöhten Mietzins und unter Umständen sogar ihr Recht zur zweiten Erhöhung ver- liert.<sup>289</sup> Würde man die zweiten Erhöhungen hingegen als gültig erachten, bestünde meiner Ansicht nach für die Vermieterschaft wie auch für die Mieterschaft ein Anreiz, die Verfahren möglichst kurz zu halten. Denn ich gehe davon aus, dass die Vermieterschaft möglichst kurz die bereits erhöhten Kosten vorschiesse und die Mieterschaft nicht hohe Summen auf einen Schlag nachzahlen möchte.<sup>290</sup> 4. Fazit BRUTSCHIN vertritt in ihrem Aufsatz die Ansicht, dass zweite Erhöhungen nichtig seien, solange das Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung noch nicht rechtskräftig abgeschlossen worden sei. Sie begründet dies vor allem damit, dass bei der zweiten Erhöhung der bisherige Mietzins (nach der ersten Erhöhung) nicht verbindlich genannt werden könne, weil dieser zu- sammen mit den ihm zugrunde liegenden Kostenfaktoren zuerst im Anfechtungsverfahren bzgl. der ersten Erhöhung festgelegt werden müssen. Ihrer Meinung nach dürfe nicht auf die Kostenfaktoren und den Mietzins nach der ersten Erhöhung abgestellt werden, da es sich um eine fehlerhafte Nennung des bisherigen Mietzinses handeln könnte, falls die erste Erhöhung <sup>286</sup> Siehe Kap. 2.4.2.3 und 3.1.5.2. <sup>287</sup> Siehe Kap. 2.3.3, 2.4.4 und 3.1.3.3. <sup>288</sup> Siehe Kap. 3.1.5.2. <sup>289</sup> Siehe Kap. 3.1.5.2. <sup>290</sup> Siehe Kap. 2.3.3, 2.4.2.3, 2.4.4 und 3.1.3.3. 48

nicht in vollem Umfang als zulässig erachtet werde. Die zweite Erhöhung dürfe auch nicht auf das Ergebnis des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung verweisen, denn dies sei eine Bedingung. Aufgrund dessen könne die Vermieterschaft auf dem amtlichen Formular zur Mitteilung von Mietzins erhöhungen den bisherigen Mietzins nicht verbindlich nennen und die Erhöhung nicht genügend klar begründen und beziffern (Art. 269d Abs. 1 OR i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 VMWG). Daher könne die zweite Erhöhung als einseitiges Gestaltungsrecht auch nicht bedingungslos und mit einer klaren und zweifelsfreien Willensäusserung ausgeübt werden. Auch ein Rückzug der ersten und/oder zweiten Erhöhung wird von BRUTSCHIN als unzulässig erachtet, weil die Vermieterschaft den Mietzins verbindlich nennen und an ihre Erhöhung gebunden bleiben müsse. Die Auffassung von BRUTSCHIN überzeugt meines Erachtens nicht. Auch das Mietgericht Zürich lehnte in seiner Entscheidung vom 28. Mai 2024 die Meinung von BRUTSCHIN ab und entschied, dass eine zweite Mietzins erhöhung auch während des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung gültig angezeigt werden könne. Das Mietgericht Zürich argumentierte, dass beide Parteien die zweite Erhöhung nach Treu und Glauben nur so verstehen dürfen, dass diese später um das Ergebnis der Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung korrigiert werde, auch wenn die zweite Erhöhung nicht angefochten worden sei. Zudem erlaubte das Mietgericht Zürich der Vermieterschaft, die zweite Erhöhung in Prozenten des Nettomietzins anzugeben (Art. 18 VMWG analog), wenn sie die Höhe des zulässigen Mietzins nach der ersten Erhöhung sowie dessen Kostenfaktoren aufgrund des hängigen Anfechtungsverfahrens noch nicht kenne. Das Mietgericht Zürich untersagte der Vermieterschaft jedoch, die erste Erhöhung einfach als Grundlage für die zweite Erhöhung zu verwenden und zu ignorieren, dass über die erste Erhöhung noch nicht rechtskräftig entschieden worden sei. Die Ansicht des Mietgerichts Zürich überzeugt grundsätzlich, auch wenn meiner Meinung nach der Umweg über die analoge Anwendung von Art. 18 VMWG nicht nötig wäre, da gemäss h. L. und Praxis eine Erhöhung ohnehin in Prozenten des Nettomietzins angegeben werden kann, solange nur ein Erhöhungsgrund geltend gemacht wird. Meines Erachtens können auch mehrere Erhöhungsgründe genügend klar begründet und in Franken beziffert werden, da der bisherige Mietzins sowie dessen Kostenfaktoren unter dem Vorbehalt des Ergebnisses des ersten Anfechtungsverfahrens bestimmbar sind. Zudem sollte nicht vergessen werden, dass es nicht das Verschulden der Vermieterschaft ist, dass der bisherige Mietzins (nach der ersten Erhöhung) nicht verbindlich genannt werden kann, sondern die Überlastung der Schlichtungsbehörden zu dieser Problematik geführt hat. Es erscheint mir daher geradezu unfair, der Vermieterschaft eine zweite Erhöhung aufgrund von Umständen zu untersagen, die sie weder verschuldet hat noch beeinflussen konnte, ausser dass sie ihre Gestaltungsrechte ausgeübt hat. Gemäss h. L. und Praxis besteht die Berechtigung zur zweiten Erhöhung unabhängig davon, ob und in welchem Umfang die erste Erhöhung als zulässig erachtet wird. Daher kann es meiner Ansicht nach nicht angehen, dass die Vermieterschaft in der Ausübung ihres Gestal-

49  
tungsrechts eingeschränkt wird, nur weil die Schlichtungsbehörden überlastet waren bzw. sind oder wieder sein werden. Zusätzlich würde die Vermieterschaft den zweiten erhöhten Mietzins definitiv verlieren, wenn erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung eine zweite Erhöhung gültig angezeigt werden könnte, da Mietzinse gemäss geltender Rechtslage nicht rückwirkend erhöht werden können. Zudem bestünde die Gefahr, dass die zweite Erhöhung «übersprungen» wird und die Vermieterschaft ihr Recht zur zweiten Erhöhung sowie den zweiten erhöhten Mietzins

verliert, weil die Mieterschaft aufgrund der geltenden Rechtslage neue Herabsetzungsgründe direkt ins hängige Anfechtungsverfahren einbringen kann. Dies setzt meines Erachtens auch die falschen Anreize im Anfechtungsverfahren, da die Mieterschaft von langen Verfahrensdauern profitiert, während diese für die Vermieterschaft ausschliesslich nachteilig sind. Könnten zweite Erhöhungen hingegen auch während eines hängigen Anfechtungsverfahrens bzgl. der ersten Erhöhung gültig angezeigt werden, würde dies für beide Parteien einen Anreiz schaffen, die Verfahren möglichst zügig zu beenden. Die Verfahrensdauer kann auch verkürzt werden, wenn beide Anfechtungsverfahren von den Schlichtungsbehörden und Gerichten gleichzeitig behandelt und verhandelt werden oder wenn das Anfechtungsverfahren bzgl. der zweiten Erhöhung so lange sistiert wird, bis das erste Anfechtungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde. Meiner Auffassung nach ist es der Vermieterschaft im Anfechtungsverfahren zudem möglich, unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung auf die Durchsetzung der ersten (evtl. auch der zweiten) Erhöhung zu verzichten und dann sämtliche Kostenänderungen in einer kombinierten Erhöhung geltend zu machen. Die Mieterschaft wird dadurch nicht benachteiligt, sondern profitiert sogar. Die Frage, ob während eines hängigen Mietzinsanfechtungsverfahrens gültig eine weitere Mietzinserhöhung angezeigt werden kann, bleibt ungeklärt, da abgesehen vom Aufsatz von Sarah Brutschin und dem Entscheid des Mietgerichts Zürich vom 28. Mai 2024 weder Literatur noch Rechtsprechung zu dieser Thematik existieren. Es bleibt daher abzuwarten, wie das Bundesgericht entscheiden wird, oder ob allenfalls der Gesetzgeber eingreift.

#### **E. 4**

BGE 121 III 163 E. 2c-2d/bb; 118 II 124 E. 4; 118 II 130 E. 3a; ZK-HIGI/WILDISEN, N 74 ff. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e OR; CHK-HULLIGER, N 6 m.w.Verw. zu Art. 269-269a OR.

#### **E. 5**

BGE 123 III 70; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 16.1.2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 618 ff.; ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 63 ff. m.w.Verw. zu Art. 269d OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 74 ff. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 18 Rz. 2.2; TERCIER/BIERI/CARRON, S. 286 f.

#### **E. 6**

BGE 108 II 466 E. 2; BUCHER, S. 90 f.; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 11; ZK-HIGI/WILDISEN, N 105 ff. m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e OR; KOLLER, S. 153; ZK-JÄGGI, N 89 ff. zu Art. 1 OR.

#### **E. 7**

ZK-HIGI/BÜHLMANN, N 20 zu Art. 257 OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 118 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR.

#### **E. 8**

BGE 124 III 310 E. 2b; 118 II 124 E. 4a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.1 und 19.1; ZK-HIGI/WILDISEN, N 11 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 und N 7 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 1 zu Art. 269a OR; RON-CORONI, Tagung, S. 11 ff.; BSK-WEBER, N 5 ff. zu Art. 269 und N 1 zu Art. 269a OR.

#### **E. 9**

Siehe Kap. 2.2.1; BGE 140 III 433 E. 3.1; BGer 4A\_276/2011 E. 5.2.1 ff.; 124 III 310 E. 2a-c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.1; ZK-HIGI/WILDISEN, N 455 ff. zu Art. 269 und N 10 zu Art. 269a OR; BSK-LAR-DELLI/VETTER, N 67 ff. zu Art. 8 ZGB; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 269a OR.

#### **E. 10**

BGE 118 II 124 E. 4b; 117 II 452 E. 4a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.4; ZK-HIGI/WILDISEN, N 452 ff. zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 10 f. Vorb. zu Art. 269-270e OR; BSK-WEBER, N 1 zu Art. 269a OR. 3

bracht werden.<sup>11</sup> Relative Anpassungsgründe berücksichtigen Veränderungen in den Berechnungsgrundlagen, die seit der letzten Festsetzung des Mietzinses eingetreten sind und unterliegen daher Schwankungen. Absolute Anpassungsgründe unterliegen keinen Schwankungen und setzen den Mietzins eigenständig und unabhängig vom bisherigen Mietzins fest.<sup>12</sup> Es wird vorwiegend auf diejenigen Anpassungsgründe näher eingegangen, die für die vorliegende Thematik von zweiten Erhöhungen während eines hängigen Anfechtungsverfahrens relevant sind. Der Ertrag aus der Mietsache i.S.v. Art. 269 OR ist ein absoluter Anpassungsgrund und dient zugleich der Überprüfung von missbräuchlichen Mietzinsen nach absoluter Methode.<sup>13</sup> In dieser Masterarbeit wird er bei den absoluten Anpassungsgründen behandelt.

#### **E. 11**

Siehe Kap. 2.2.1; BGE 117 II 452 E. 4a; ZK-HIGI/WILDISEN, N 478 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 7 ff. zu Art. 269-269a OR; LACHAT, mp 4/95, S. 197 ff.; OFK-PERMAN, N 16 zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 31 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR; BSK-WEBER, N 16 ff. zu Art. 269 OR.

#### **E. 12**

Siehe Kap. 2.2.1; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.4; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 8 ff. Vorb. zu Art. 269-270e OR.

#### **E. 13**

BGE 121 III 163 E. 2d/bb; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.4.1 und 21.5.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 453 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 5 zu Art. 269-269a OR; LACHAT, mp 4/95, S. 185; BSK-WEBER, N 15 zu Art. 269 OR.

#### **E. 14**

BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.1 und 18.4; GUT, mp 1/00, S. 2 f.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 12 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 2 zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 5 f. zu Art. 269 OR.

#### **E. 15**

BGer vom 20.02.1996 E. 3e, in mp 3/96, S. 159 ff.; BGE 117 II 77 E. 3; 116 II 594 E. 7a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.4.1 m.w.Verw.; CHK-HULLIGER, N 14 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 19 zu Art. 269 OR; SPIRIG/WETTSTEIN, mp 3/17, S. 174; BSK-WEBER, N 8a zu Art. 269 OR.

#### **E. 16**

ZK-HIGI/WILDISEN, N 356 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 14 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 17 zu Art. 269 OR.

### **E. 17**

BGE 116 II 594 E. 7; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.4; ZK-HIGI/WILDISEN, N 365 ff. zu Art. 269 OR; BSK- LARDELLI/VETTER, N 64 zu Art. 8 ZGB; SVIT-ROHRER, N 2 zu Art. 269 OR.

### **E. 18**

Siehe Kap. 2.1.2.1; BGer 4A\_465/2015 E. 4.3; BGE 141 III 245 E. 6.3; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.2; BK-GIGER, N 19 Vorb. zu Art. 253-273c OR; GMÜR/THANEI, FM, S. 13 m.w.Verw.; GRATZ, S. 67; ZK- HIGI/WILDISEN, N 35 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; SPIRIG/WETTSTEIN, mp 3/17, S. 172. 4

schaftsaufwands.<sup>19</sup> Der zulässige Nettoertrag berechnet sich anhand der Nettoendite. Die Nettoendite ist das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis des Nettoertrages zum tatsächlich Nettoertrag \* 100 investierten mietrechtlichen Eigenkapital: Nettoendite (in %) =  $\frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Eigenkapital}} \cdot 100$ . Die Vermieterschaft darf auf ihrem investierten Eigenkapital nicht mehr als eine angemessene Verzinsung (Nettoendite) erzielen, ansonsten ist der Mietzins missbräuchlich.<sup>21</sup> Die zulässige Nettoendite richtet sich nach dem Referenzzinssatz (Art. 12a VMWG) und darf gemäss aktu- eller bundesgerichtlicher Rechtsprechung maximal 2% über dem aktuellen Referenzzinssatz liegen, solange der Referenzzinssatz 2% nicht übersteigt.<sup>22</sup>

### **E. 19**

Siehe Kap. 2.1.2.3; BGE 120 II 105; 117 II 77 E. 3c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.2; GRATZ, S. 72; ZK- HIGI/WILDISEN, N 71 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 12 zu Art. 269-269a OR; RAIS- SIG/SCHWANDER, S. 109; SPIRIG/WETTSTEIN, mp 3/17, S. 174; BSK-WEBER, N 6 ff. zu Art. 269 OR.

### **E. 20**

Siehe Kap. 2.1.2.2; BGE 144 III 235 E. 6.3; BGer 4A\_465/2015 E. 4.3; 122 III 257 E. 3a; 120 II 100; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 36 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 12 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 5 zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 6 zu Art. 269 OR.

### **E. 21**

BGE 141 III 245 E. 6; 125 III 421 E. 2b; 123 III 171 E. 6; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.2.2; ZK-HIGI/WIL- DISEN, N 38 zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 6 zu Art. 269 OR.

### **E. 22**

Siehe Kap. 2.1.3.2; BGer 4A\_28/2020 E. 5.3; 4A\_288/2020 E. 5.3; BGE 147 III 14 E. 8.4; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.5; DÖNNI/WETTSTEIN, mp 1/23, S. 26; ZK-HIGI/WILDISEN, N 41 f. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 11 f. zu Art. 269-269a OR; STASTNY, mp 1/21, S. 7 ff.

### **E. 23**

BGE 125 III 421; 123 III 171 E. 6a; 122 III 257 E. 3; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.3.3 ff.; GRATZ, S. 69; ZK-HIGI/WILDISEN, N 157 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 20 zu Art. 269 OR.

### **E. 24**

BGer 4C.285/2005 E. 2.4; BGE 123 III 171 E. 6a; 122 III 257 E. 3a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.3.3 ff.; GRATZ, S. 69; ZK-HIGI/WILDISEN, N 157 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 12 ff. zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 20 ff. zu Art. 269 OR.

#### **E. 25**

BGer 4A\_28/2020 E. 5.3; 4A\_288/2020 E. 5.3; BGE 147 III 14 E. 8.3; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.3.5; ZK-HIGI/WILDISEN, N 206 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 15 zu Art. 269-269a OR.

#### **E. 26**

Siehe Kap. 2.1.2.3; BGer 4A\_204/2010 E. 3.4; BGE 123 III 171; 122 III 257 E. 3a; 117 II 77 E. 3a/aa; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.3.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 161 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR. 5

genschaft (Kaufpreis, Beschaffungs- und Erstellungskosten).<sup>27</sup> Dabei gilt ein striktes Kosten- prinzip und es dürfen nur Kosten berücksichtigt werden, die der Vermieterschaft tatsächlich angefallen sind.<sup>28</sup>

#### **E. 27**

BGE 125 III 421 E. 2b; 123 III 171 E. 6a; 122 III 257; 120 II 100; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.3.1; ZK- HIGI/WILDISEN, N 172 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 14 zu Art. 269-269a OR; RAIS- SIG/SCHWANDER, S. 130; SVIT-ROHRER, N 6 zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 8 zu Art. 269 OR.

#### **E. 28**

BGer 4A\_204/2010 E. 3; 122 III 257 E. 3b; HAP-BÄTTIG, Rz. 1.8; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.3.1; ZK- HIGI/WILDISEN, N 179 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 14 zu Art. 269-269a OR.

#### **E. 29**

Siehe Kap. 2.1.3.1; BGE 147 III 14 E. 7.1; 123 III 171 E. 6a; 117 II 77 E. 3c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6; ZK-HIGI/WILDISEN, N 80 m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 13 zu Art. 269-269a OR; SVIT-ROHRER, N 26 ff. zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 11 m.w.Verw. zu Art. 269 OR.

#### **E. 30**

BGer 4C.157/2001 E. 2; BGE 123 III 171; 122 III 257 E. 3b/bb; ZK-HIGI/WILDISEN, N 140 ff. zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 26 m.w.Verw. Vorb. zu Art. 269-270e und N 38 zu Art. 269 OR.

#### **E. 31**

BGE 141 III 245 E. 6.6; 125 III 421 E. 2d; 123 III 171 E. 6d; 122 III 257; 117 II 77 E. 3c/aa; CPra Bail- BOHNET, N 58 ff. zu Art. 269 OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6.2 ff. m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 92 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 11 zu Art. 269 OR.

#### **E. 32**

BGer 4A\_530/2012 E. 3.1; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6; ZK-HIGI/WILDISEN, N 81 ff. zu Art. 269 OR; LACHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 20 Rz. 8.4.1.

### **E. 33**

BGE 141 III 245 E. 6.6; BGer 4A\_530/2012 E. 3.1; 117 II 77 E. 3c/bb; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 88 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 27 zu Art. 269 OR; BSK- WEBER, N 11 zu Art. 269 OR. 6

Darlehenszinsen, Bankspesen).<sup>34</sup> Die Kapitalkosten sind gemäss den Darlehenskonditionen, die am Stichtag der Nettoenditeberechnung gelten, auf ein Jahr aufzurechnen.<sup>35</sup> Die Betriebskosten enthalten alle wiederkehrenden Kosten, die der Vermieterschaft aus dem oder für den Gebrauch/Betrieb der Mietsache tatsächlich anfallen (z.B. Gebäudeversicherungskosten, Kosten für den Bezug von Wasser, Heizöl und allgemeinem Strom, Liegenschaftssteuern).<sup>36</sup> Berücksichtigt werden die tatsächlich angefallenen durchschnittlichen Betriebskosten der vorangehenden drei bis fünf Jahre.<sup>37</sup> Die Verwaltungskosten erfassen alle Kosten, die der Vermieterschaft aus der üblichen Verwaltung der Mietsache entstehen (z.B. Führung von Administration und Rechnungswesen, Korrespondenz mit der Mieterschaft), sofern sie nicht bei den Unterhalts- oder Betriebskosten bereits berücksichtigt wurden.<sup>38</sup> In der Praxis wird bei der Verwaltung durch die Vermieterschaft (Eigenverwaltung) meist eine Pauschale von 3.5 - 5% der Nettojahresmietzinseinnahmen (Nettoertrag + übriger Liegenschaftsaufwand) verwendet. Bei der Verwaltung durch Dritte (Fremdverwaltung) wird auf die effektiven Verwaltungskosten des vorangegangenen Rechnungsjahres abgestellt, wobei nur Kosten im üblichen Umfang berücksichtigt werden dürfen.<sup>39</sup>

### **E. 34**

BGer 4A\_445/2007 E. 3.2; BGE 123 III 171 E. 6a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6 f. und 19.3.1; GRATZ, S. 17 ff.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 102 ff. zu Art. 269 OR.

### **E. 35**

Siehe Kap. 2.1.2.4; BGE 121 III 319 E. 5a/dd; CPra Bail-BOHNET, N 60 zu Art. 269 OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6.1; GUT, mp 4/96, S. 193 f.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 102 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; LCHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 20 Rz. 8.2.1; SVIT-ROHRER, N 26 zu Art. 269 OR.

### **E. 36**

BGE 122 I 305 E. 6b/cc; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 110 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; LCHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 20 Rz. 8.3.2; SVIT-ROHRER, N 33 zu Art. 269 OR.

### **E. 37**

BGer 4C.273/2000; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6.2; SVIT-ROHRER, N 33 zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 11 zu Art. 269 OR; a.M. GUT, mp 4/96, S. 194; ZK-HIGI/WILDISEN, N 118 zu Art. 269 OR.

### **E. 38**

ZK-HIGI/WILDISEN, N 119 ff. zu Art. 269 OR; SVIT-ROHRER, N 35 f. zu Art. 269 OR.

### **E. 39**

BGE 117 II 77 E. 3c; CPra Bail-BOHNET, N 63 zu Art. 269 OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6.2 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 123 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 13 zu Art. 269- 269a OR; LCHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 20 Rz. 8.3.2; SVIT-ROHRER, N 35 f. zu Art. 269 OR.

#### **E. 40**

BGE 125 III 421 E. 2d; 122 III 257; 120 II 100 E. 6c; 116 II 184 E. 3a; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.8 f. m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 50 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 17 zu Art. 269- 269a OR; SVIT-ROHRER, N 39 zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 12 zu Art. 269 OR.

#### **E. 41**

BGE 141 III 245 E. 5.2; BGer 4A\_35/2008 E. 4.1 ff.; 120 II 100 E. 6c; 116 II 184 E. 3a-b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.9 m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 235 ff. zu Art. 269 OR; CHK-HULLIGER, N 17 zu 7

Für die Durchführung der oben geschilderten Mietzinsüberprüfung braucht es einen Stichtag, da die Nettorendite auf sich verändernden Werten basiert. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist nicht das Datum des Anpassungsbegehrens (Erhöhung, Herabsetzung oder Einrede) massgebend, sondern es wird auf die Werte des Tages abgestellt, an welchem die Partei ihr Anpassungsbegehren spätestens hätte stellen müssen bzw. der Post übergeben musste, damit es unter Berücksichtigung der massgebenden Fristen, Termine, des Postwegs und der siebentägigen Abholfrist bei eingeschriebenen Sendungen noch rechtzeitig bei der Gegenpartei eintrifft.<sup>42</sup>

#### **E. 42**

BGE 141 III 245 E. 3.4 ff.; 122 III 257 E. 5; 122 III 20 E. 4b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 21.6.1.2; ZK-HIGI/WILDISEN, N 64 ff. m.w.Verw. zu Art. 269 OR; LCHAT/STASTNY, Le bail, Kap. 20 Rz. 9; CPra Bail-MARCHAND, N 31 zu Art. 269d OR; BSK-WEBER, N 6a zu Art. 269 OR.

#### **E. 43**

BGE 123 III 317 E. 4d; 121 III 156 E. 2c; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.1 und 21.5.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 490 ff. zu Art. 269 und N 7 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; LCHAT, mp 4/93, S. 185; SVIT-ROHRER, N 1 zu Art. 269 OR; BSK-WEBER, N 1 ff. zu Art. 269a OR.

#### **E. 44**

Siehe Kap. 2.2.2.1 f.; BGE 119 II 348; ZK-HIGI/WILDISEN, N 196 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR.

#### **E. 45**

Siehe Kap. 2.1.2.3; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6 und 19.3 ff.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 198 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 34 f. zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 6a ff. zu Art. 269a OR.

#### **E. 46**

Siehe Kap. 2.1.3.2; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 18.6.1 und 19.3; ZK-HIGI/WILDISEN, N 202 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 41 zu Art. 269a OR.

#### **E. 47**

CPra Bail-BOHNET/BROQUET, N 49 zu Art. 269a OR; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.4; ZK-HIGI/WILDISEN, N 212 f. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 35 zu Art. 269a OR. 8

für die Berechnung der Überwälzung die durchschnittlichen Kosten des konkreten individuellen Mietobjekts der letzten drei bis fünf Jahre vor der Erhöhung mit den durchschnittlichen Kosten der letzten drei bis fünf Jahre vor der letzten Festsetzung des Mietzinses verglichen werden.<sup>48</sup> Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen Kostensteigerungen nicht pauschal auf die Mieterschaft überwältzt werden, sondern nur effektive Veränderungen bzw. angefallene Kosten berechtigen zu einer Mietzinsanpassung. Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden in der Praxis der Schlichtungsbehörden oft Pauschalen von 0.25 - 0.5% des Nettomietzinses pro Jahr zugelassen, wenn die Pauschale nicht bestritten wird oder die Vermieterschaft sie glaubhaft machen kann.<sup>49</sup> Die Pauschale kommt nicht oder nur reduziert zur Anwendung, wenn z. B. eine allgemein geringe Teuerung, vernachlässigter Unterhalt oder ein hoher Nettomietzins vorliegen. Ausserdem wird berücksichtigt, wie oft die Pauschale bisher angewendet wurde und was sie im Einzelnen abgelten soll.<sup>50</sup>

#### **E. 48**

Siehe Kap. 2.2.2.2; BGE 141 III 245 E. 6.5 f.; 140 III 433 E. 3.5.1; 111 II 378 E. 2; 106 II 356 E. 5b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.4.1 ff. m.w.Verw.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 224 ff. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 36 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 8 zu Art. 269a OR.

#### **E. 49**

BGer 4A\_88/2013 E. 4.1; 4C.34/2007 E. 3.2; 4C.157/2001 E. 2a; BGE 122 III 257 E. 3b/bb; 111 II 378 E. 2; 106 II 356 E. 5b; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.4.1 f.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 214 f. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; CHK-HULLIGER, N 19 zu Art. 269-269a OR; OESCHGER/ZAHRADNIK, MfdP, Rz. 17.3.5.1.6; SVIT-ROHRER, N 38 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 8 zu Art. 269a OR.

#### **E. 50**

BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.4.2; GUT, mp 1/00, S. 16; ZK-HIGI/WILDISEN, N 216 zu Art. 269a OR; MAAG, MRA 4/05, S. 149 ff.; SVIT-ROHRER, N 38 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 8 zu Art. 269a OR. 51 BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.5; ZK-HIGI/WILDISEN, N 41 f. m.w.Verw. zu Art. 269 und N 208 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 41 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 7 zu Art. 269a OR. 52 BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.5; ZK-HIGI/WILDISEN, N 261 f. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 42 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 6a zu Art. 269a OR. 53 BGE 120 II 302 E. 7a; 120 II 100; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.5; GRATZ, S. 92; HIGI/GUT, BR, S. 41 f.; ZK-HIGI/WILDISEN, N 263 f. m.w.Verw. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 43 zu Art. 269a OR. 54 BGE 133 III 61 E. 3.2.3; 120 II 302 E. 7a; 118 II 45 E. 2a; 103 II 258 E. 5; 101 II 333 E. 2d; BRUTSCHIN, MfdP, Rz. 19.3.5 m.w.Verw.; BK-GIGER, N 18 Vorb. zu Art. 253-273c OR; ZK-HIGI/WILDISEN, N 205 ff. zu Art. 269a OR; SVIT-ROHRER, N 44 zu Art. 269a OR; BSK-WEBER, N 7 zu Art. 269a OR. 9

dass Art. 13 und Art. 16 VMWG auf einem standardisierten Finanzierungsmodell des BWO basieren, gemäss welchem der Mietzins zu 70 % der Kapitalfinanzierung (40 % Eigenkapital und 60 % Fremdkapital) und zu 30 % zur Deckung der übrigen Kosten diene.<sup>55</sup>

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