



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Abschlussarbeit

zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

Die Renditeberechnungen im schweizerischen Mietrecht – eine kritische Analyse der aktuellen Rechtslage und mögliche Lösungsansätze

Verfasserin: Haus
Manuela
manuela.haus@hotmail.com

Eingereicht bei: Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Wetzel

Abgabedatum: 06.09.2024

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
Abbildungsverzeichnis	VI
Executive Summary.....	VII
1. Einleitung	1
1.1 Ausgangslage.....	1
1.2 Zielsetzung	2
1.3 Abgrenzung des Themenbereichs.....	2
1.4 Methodischer Aufbau der Arbeit.....	2
2. Renditedefinitionen und -berechnungen.....	3
2.1 Nettorendite	3
2.1.1 Nettoertrag	4
2.1.2 Eigenkapital	7
2.2 Bruttorendite.....	7
2.2.1 Anlagekosten	9
2.2.2 Kostendeckender Mietzins	10
2.3 Teuerungsausgleich auf Eigenmitteln	11
2.4 Referenzzinssatz	12
3. Analyse und kritische Würdigung der Renditedefinitionen und -berechnungen ...	13
3.1 Entstehungsgeschichte der Mietzinsregulierungen	14
3.2 Nettorenditedefinition und -berechnung.....	17
3.2.1 Rechtsprechungsänderung	17
3.2.2 Problemstellungen	19
3.2.3 Ergebnis	22
3.3 Bruttorenditedefinition und -berechnung	25
3.3.1 (Mögliche) Rechtsprechungsänderung	25
3.3.2 Problemstellungen	26
3.3.3 Ergebnis	28

3.4	Teuerungsausgleich auf Eigenmitteln	29
3.5	Referenzzinssatz	31
4.	Lösungsansätze	32
4.1	Verwendung ökonomischer Renditedefinitionen und -berechnungen	33
4.1.1	Nettorendite	34
4.1.2	Bruttorendite	37
4.2	Abstellen auf Objektrenditen	39
4.2.1	Nettoobjektrendite	40
4.2.2	Bruttoobjektrendite	41
4.3	Verwendung ökonomischer Ertragsdefinitionen und -berechnungen	43
4.3.1	Brutto- und Nettoertrag	43
4.3.2	Brutto- und Nettozinssatz	44
4.3.3	Brutto- und Nettoertragswert	45
4.4	Mietzinsregulierungen in Anlehnung an deutsches Recht	46
4.4.1	Mietzinsregulierungen von Wohnräumen	47
4.4.2	Mietzinsregulierungen von Geschäftsräumen	49
4.5	Koppelung der Mietzinse an Teuerung statt an Referenzzinssatz	50
5.	Zusammenfassung, Handlungsempfehlungen und Ausblick	52
5.1	Zusammenfassung	52
5.2	Handlungsempfehlungen	53
5.2.1	Revisionsansatz 1: Neudefinition von Renditedefinitionen und -berechnungen / Koppelung an mittlere Renditeerwartungen	55
5.2.2	Revisionsansatz 2: Abstellen auf Objektrenditedefinitionen und -berechnungen / Koppelung an mittlere Renditeerwartungen	56
5.2.3	Revisionsansatz 3: Abkehr von Renditedefinitionen und -berechnungen zu Vergleichsmiete / Koppelung an mittleren Vergleichsmietzins	56
5.3	Ausblick	57
	Literaturverzeichnis	58
	Anhang	63

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGMM	Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen
BMM	Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BWO	Bundesamt für Wohnungswesen
D	Dokumentation (SIA)
E.	Erwägung in BGE
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes (Gewinn vor Zinsen und Steuern)
et. al.	et alii
etc.	et cetera
f. / ff.	folgende
Fn.	Fussnote
HEV	Hauseigentümerverband
Hrsg.	Herausgeber(in)
LIK	Landesindex der Konsumentenpreise
lit.	litera

MietNovG	Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz) vom 21. April 2015 (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911 (SR 220)
S.	Seite / Seiten
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIV	Schweizerischer Immobilienschätzer-Verband
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
SVS	Swiss Valuation Standard
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11)
WACC	Weighted Average Cost of Capital (Zinssatz für die gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten)
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Formel zur Berechnung der zulässigen Nettorendite	4
Abbildung 2: Formel zur Berechnung des Nettoertrags	4
Abbildung 3: Zusammensetzung Liegenschaftsaufwand für Nettoertrag	5
Abbildung 4: Herleitung Eigenkapital zur Berechnung der Nettorendite	7
Abbildung 5: Formel zur Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite	8
Abbildung 6: Zusammensetzung Liegenschaftsaufwand für Bruttoertrag	11
Abbildung 7: Entwicklung Landesindex der Konsumentenpreise (LIK)	12
Abbildung 8: Entwicklung Referenzzinssatz September 2008 bis Juni 2024	13
Abbildung 9: Formel zur Berechnung der ökonomischen Nettorendite	34
Abbildung 10: Formel zur Berechnung der mietrechtlichen Nettorendite	34
Abbildung 11: Formel zur Berechnung der ökonomischen Bruttorendite	37
Abbildung 12: Formel zur Berechnung der mietrechtlichen Bruttorendite	37
Abbildung 13: Formel zur Berechnung der Nettorendite als Objektrendite	40
Abbildung 14: Formel zur Berechnung der Bruttorendite als Objektrendite	41
Abbildung 15: Zusammensetzung Liegenschaftskosten	43
Abbildung 16: Formel zur Berechnung des Bruttoertragswertes	45
Abbildung 17: Formel zur Berechnung des Nettoertragswertes	45

Executive Summary

In der Immobilienwirtschaft findet sich eine Vielzahl von Immobilienkennzahlen, darunter verschiedene Renditedefinitionen und -berechnungen, welche im Ergebnis die Ertragskraft einer Immobilie messen. Während im immobilienwirtschaftlichen Kontext auf einheitliche Definitionen und damit auf einheitliche Vergleichskennzahlen zur Messung der Ertragskraft von Immobilien abgestellt wird, kennt das schweizerische Mietrecht im Kontext der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen in Form der Nettorendite (Art. 269 OR) sowie der Bruttorendite (Art. 269a lit. c OR) eigenständige Renditedefinitionen und -berechnungen.

Die Analyse der Renditedefinitionen und -berechnungen zeigt auf, dass die im schweizerischen Mietrecht massgebende Netto- und Bruttorendite sowie der Zuschlag zum Referenzzinssatz als Vergleichsgrösse durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert und kontinuierlich (weiter-)entwickelt wurden. Eine Normierung der massgebenden Renditedefinitionen und -berechnungen erfolgte weder im Gesetz noch in der Verordnung. Dies ist unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips sowie der Gewaltenteilung problematisch und zugleich der Rechtssicherheit abträglich. Im Ergebnis zeigt sich, dass die im schweizerischen Mietrecht zur Anwendung gelangenden Renditedefinitionen sowie deren Berechnungen und die diesen zugrunde liegenden Parametern den ökonomischen Gegebenheiten sowie den immobilientypischen Eigenschaften keine Rechnung tragen.

Im Rahmen einer allfälligen Revision des schweizerischen Mietrechts mit Bezug auf die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen sind Lösungsansätze zu verfolgen, welche den ökonomischen Gegebenheiten sowie den immobilientypischen Eigenschaften Rechnung tragen und zugleich den Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, mithin den Sozialschutz, berücksichtigen. Die Lösungsansätze konzentrieren sich dabei auf das Abstellen von in der Immobilienwirtschaft verwendeten Renditedefinitionen und -berechnungen sowie auf das rechtsvergleichende Abstellen auf Vergleichsmieten. Ferner sehen die Lösungsansätze eine Entkoppelung der Mietzinse vom Referenzzinssatz vor.

1. Einleitung

1.1 Ausgangslage

Das schweizerische Privatrecht ist geprägt vom Grundsatz der Vertragsfreiheit und überlässt die Preisgestaltung in Verträgen grundsätzlich der Parteiautonomie, letztlich also dem freien Markt von Angebot und Nachfrage. Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen gilt dagegen im schweizerischen Mietrecht ein anderer Grundsatz: Bereits die Bundesverfassung hält in Art. 109 Abs. 1 fest, dass der Bund Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen erlässt, namentlich gegen missbräuchliche Mietzinse. Dementsprechend finden sich zum Zweck des Schutzes der Mietenden in den Art. 269 OR bis Art. 270e OR konkretisierende Bestimmungen zur Festsetzung von höchstzulässigen Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen.

Gemäss Art. 269 OR sind Mietzinse unter anderem dann missbräuchlich, wenn damit „[...] *ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird* [...]“ (Art. 269 OR). Weiter bestimmt Art. 269a lit. c OR, dass Mietzinse in der Regel nicht missbräuchlich sind, wenn sie bei neueren Bauten „[...] *im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen* [...]“ (Art. 269a lit. c OR). Sowohl die den Ertrag im Sinne von Art. 269 OR messende Nettorendite als auch die Bruttorendite werden weder durch das Gesetz noch durch die Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) definiert. Vielmehr wurden diese Begriffe im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mittels eigenständigen juristischen Renditedefinitionen und deren Berechnungen in den vergangenen Jahrzehnten definiert und kontinuierlich fortgebildet.

Dabei dient die Nettorendite als Messgrösse bei der Neuvermietung, nach einer Handänderung, bei wesentlichen Veränderungen der Verhältnisse, bei einem Einwand der Vermietenden gegen ein Herabsetzungsbegehren des Mietzinses durch die Mietenden, bei der Mietzinsgestaltung auf den ersten Kündigungszeitpunkt eines Mietvertrages mit Index- oder Staffelklausel sowie beim Einwand der Mietenden gegen eine Mietzinserhöhung der Vermietenden (Wetzel, 2007, S. 138). Die Messgrösse der kostendeckenden Bruttorendite darf gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur zur Mietzinsberechnung bei neueren Bauten angewendet werden (Wetzel, 2007, S. 138-139).

1.2 Zielsetzung

Die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit besteht darin, die im schweizerischen Mietrecht geltenden Renditedefinitionen und -berechnungen zu analysieren und einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Ferner sollen Lösungsansätze für die im schweizerischen Mietrecht geltenden Renditedefinitionen und -berechnungen sowie den diesen zugrunde liegenden Kostenständen aufgezeigt werden.

Dabei werden insbesondere die folgenden Fragestellungen thematisiert:

- Welche Renditeberechnungen gelten gemäss der aktuellen Rechtsprechung im schweizerischen Mietrecht?
- Entspricht die aktuell geltende Rechtsprechung dem Sinn und Zweck des Mietrechts und insbesondere dem Schutz der Mietenden vor missbräuchlichen Mietzinsen? Sind die einzelnen verwendeten Kalkulationsfaktoren der Renditeberechnungen im schweizerischen Mietrecht in deren Gesamtbetrachtung zweckmässig?
- Gibt es alternative Lösungsansätze zur aktuellen Rechtsprechung zu den Renditeberechnungen und den diesen zugrunde liegenden Kalkulationsfaktoren? Welches sind die Vor- und Nachteile der verschiedenen Lösungsansätze?

Abschliessend sollen im Rahmen der vorliegenden Arbeit Handlungsempfehlungen abgegeben werden.

1.3 Abgrenzung des Themenbereichs

Die vorliegende Arbeit fokussiert sich auf die im schweizerischen Mietrecht aktuell geltenden Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie deren Berechnungen und die diesen zugrunde liegenden Kostenstände unter dem Aspekt der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen. Weitere Renditedefinitionen, wie die der Immobilienwirtschaft zugrunde liegenden Renditedefinitionen, werden im Zusammenhang mit den möglichen Lösungsansätzen thematisiert, aber nicht im Detail behandelt.

Die vorliegende Arbeit berücksichtigt dabei die Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung bis zum 31. Juli 2024.

1.4 Methodischer Aufbau der Arbeit

Zunächst werden die im schweizerischen Mietrecht aktuell geltenden Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie deren Berechnungen und die diesen zugrunde liegenden Kostenstände gemäss der Lehre und Rechtsprechung definiert. Sodann erfolgt eine

Analyse und kritische Würdigung der aktuell geltenden Renditedefinitionen und deren Berechnungen sowie den diesen zugrunde liegenden Kalkulationsfaktoren. Aufgrund dieser Analyse und kritischen Würdigung sollen sodann mögliche Lösungsansätze zu den im schweizerischen Mietrecht aktuell geltenden Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie deren Berechnungen und den diesen zugrunde liegenden Kostenständen unter dem Aspekt der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen ausgearbeitet werden. Schliesslich sollen Handlungsempfehlungen abgegeben werden.

2. Renditedefinitionen und -berechnungen

Nachfolgend werden zunächst die im schweizerischen Mietrecht geltenden Netto- und Bruttorenditedefinitionen und deren Berechnungen sowie die zulässigen Höchstgrenzen und die diesen zugrunde liegenden Kostenstände gemäss der Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts definiert.

2.1 Nettorendite

Gemäss Art. 269 OR sind Mietzinse insbesondere dann missbräuchlich, wenn die Vermietenden damit einen übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielen. Mit Urteil aus dem Jahr 1986 definierte das Bundesgericht den massgeblichen Ertrag als Nettorendite (BGE 112 II 149, E. 2a) und hielt hierzu fest, dass sich der zulässige Ertrag als Nettoertrag der von der Eigentümerin oder dem Eigentümer in die Liegenschaft investierten eigenen Mittel, das heisst der Nettorendite auf den Eigenmitteln, bestimmt (BGE 122 III 257, E. 2a). Nach Auffassung des Bundesgerichts war eine Nettorendite, das heisst ein Nettoertrag auf den Eigenmitteln der Vermietenden, zulässig und folglich nicht missbräuchlich, solange sie die Zinssätze für erste Hypotheken der Grossbanken (heute: Referenzzinssatz) nicht um mehr als ein halbes Prozent überstieg (BGE 112 II 149, E. 2b; BGE 122 III 257, E. 3a; BGE 123 III 171, E. 6a; BGE 142 III 568, E. 2.1). Mit Urteil vom 26. Oktober 2020 (BGE 147 III 14) änderte das Bundesgericht seine seit dem Jahr 1986 bestehende Rechtsprechung (BGE 112 II 149) dahingehend, dass die Nettorendite bei einem Referenzzinssatz von zwei Prozent oder weniger Prozent um maximal zwei Prozent – und nicht wie bisher nur um ein halbes Prozent – über dem Referenzzinssatz liegen darf (BGE 147 III 14, E. 8.4).

Mit Urteil aus dem Jahr 1994 hielt das Bundesgericht sodann fest, dass das investierte Eigenkapital der Eigentümerin oder des Eigentümers bis zu maximal 40 Prozent der gesamten Anlagekosten an die Teuerung anzupassen ist (BGE 120 II 100, E. 5b). Die massgeblichen Eigenmittel bilden sich dabei gemäss der konstanten bundesgerichtlichen

Rechtsprechung aus der Differenz zwischen den tatsächlich ausgewiesenen ursprünglichen Anlagekosten der Liegenschaft und den Schulden (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 29 unter Verweis auf BGE 141 III 245, E. 6.4-6.6; BGer 4C_285/2005 vom 18. Januar 2006, E. 2.4). Mit Urteil vom 26. Oktober 2020 änderte das Bundesgericht seine seit dem Jahr 1994 bestehende Rechtsprechung (BGE 120 II 100) dahingehend, dass das investierte Eigenkapital neu zu 100 Prozent – und nicht wie bisher nur zu 40 Prozent – an die Teuerung angepasst werden darf (BGE 147 III 14, E. 8.3).

Damit ergibt sich die Nettorendite auf der Basis der in die Liegenschaft investierten Mittel der Eigentümerin oder des Eigentümers (Eigenkapital) sowie anhand des Nettoertrages (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 45). Die zulässige Nettorendite darf sodann den Referenzzinssatz um maximal zwei Prozent übersteigen (BGE 147 III 14, E. 8.4). Die Formel zur Berechnung der zulässigen Nettorendite lautet wie folgt:

$$\frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Eigenkapital}} \times 100 = \text{Referenzzinssatz} + 2\%$$

Abbildung 1: Formel zur Berechnung der zulässigen Nettorendite (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 45)

2.1.1 Nettoertrag

Der Nettoertrag setzt sich aus der Differenz zwischen den Nettomietzinseinnahmen und dem Liegenschaftsaufwand zusammen (Gratz, 1995, S. 72):

$$\text{Nettoertrag} = \text{Nettomietzinseinnahmen} - \text{Liegenschaftsaufwand}$$

Abbildung 2: Formel zur Berechnung des Nettoertrags (Gratz, 1995, S. 72)

Dabei entsprechen die Nettomietzinseinnahmen den gesamten jährlichen Mietzinseinnahmen (Bruttomietzins) abzüglich jener Nebenkosten, welche den Mietenden zusätzlich zum Nettomietzins in Rechnung gestellt werden, mithin den Nebenkosten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 36).

Unter dem Liegenschaftsaufwand wird die Summe von Finanzierungs-, Betriebs- und Verwaltungsaufwendungen sowie Unterhaltskosten verstanden (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 36-37):

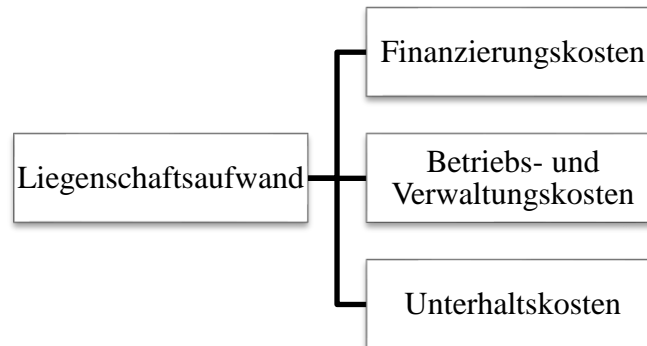


Abbildung 3: Zusammensetzung Liegenschaftsaufwand für Nettoertrag (vgl. Sommer & Bartholdi, 2023, S. 36-37)

Unter die Unterhaltsaufwendungen fallen sämtliche Kosten, welche aus dem Unterhalt respektive aus der Instandhaltung des Mietobjekts zum vorgesehenen Gebrauch resultieren (Higi, 1998, S. 87). Die Kosten, welche aus dem ordentlich anfallenden Unterhalt resultieren, sind im Liegenschaftsaufwand des jeweiligen Jahres aufzunehmen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 38). Anders dagegen verhält es sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Investitionen der Vermietenden für ausserordentliche Unterhaltsmassnahmen, die in der Regel in grösseren Zeitabständen zur Erneuerung der Liegenschaft erforderlich sind: Diese Kosten für ausserordentliche Unterhaltsmassnahmen dürfen nicht im jeweiligen Jahr der Investition in die Liegenschaftsrechnung aufgenommen werden. Vielmehr sind diese anhand der Lebensdauer der sanierten Einrichtungen und Bereiche auf mehrere Jahre aufzuteilen und der jeweilige Kostenanteil ist bis zur vollständigen Amortisation der Einrichtungen zu den ordentlichen Unterhaltskosten eines jeden Jahres in der Liegenschaftsrechnung zu berücksichtigen. Der noch nicht amortisierte Teil der Investition für den ausserordentlichen Unterhalt darf gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verzinst werden und im jeweiligen Jahr ebenfalls den Unterhaltskosten hinzugerechnet werden, wobei das Bundesgericht eine Verzinsung mit dem halben Nettoertragszins als angemessen erachtet (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 38 unter Verweis auf BGE 141 III 245, E. 6.6; BGer 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001, E. 1 b; sowie Rohrer, 2018, S. 710-711). Die wertvermehrenden Investitionen der Vermietenden werden den Anlagekosten zugerechnet und führen dadurch zu einer Erhöhung des Anlagewertes der Liegenschaft (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 37). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt

es folglich einerseits zwischen den wertvermehrenden und den werterhaltenden Investitionen zu unterscheiden und andererseits sind bei den werterhaltenden Massnahmen zusätzlich erhebliche ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen vom gewöhnlichen Unterhalt zu unterscheiden (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 39; BGer 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001, E. 1b).

Bei der Bestimmung der Unterhalts- und Betriebskosten ist im Rahmen der Ermittlung des Nettoertrages gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf einen Mehrjahresdurchschnittswert der letzten drei bis fünf Jahre abzustellen (BGE 141 III 245, E. 3.7; BGE 117 II 77, E. 3c/bb). Dadurch sollen jährliche Schwankungen und Zufälligkeiten im Rahmen der Berechnung minimiert werden (BGer 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001, E. 1b).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es den Vermietenden untersagt, Rückstellungen für künftig fällig werdende grössere, umfassende Überholungen bei der Berechnung des Nettoertrages zu berücksichtigen (BGE 125 III 421, E. 2b; BGE 117 II 77, E. 3c/aa). Ebenso wenig darf im Rahmen der Berechnung des Nettoertrages ein Risikozuschlag für Mietzinsausfälle, Leerstände, Zahlungsrückstände der Mietenden und dergleichen gemacht werden (BGE 120 II 100, E. 6b/bb).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht vom Prinzip der individuellen Ertragsberechnung aus: Für die Ertragsberechnung massgebend ist damit nur der Ertrag der betreffenden Wohnung respektive des betreffenden Geschäftsraumes und nicht die Rendite der gesamten Liegenschaft oder gar einer ganzen Gruppe von Liegenschaften der Vermieterin oder des Vermieters (BGE 116 II 184, E. 3a; BGE 120 II 100, E. 6c; BGer 4A_17/2017 vom 7. September 2017, E. 2.1.2; BGer 4A_28/2020 vom 13. Januar 2021, E. 5.1). Damit sind die Werte der Gesamtliegenschaft (insbesondere Eigenmittel, Amortisationen, Liegenschaftskosten etc.) auf die einzelnen Mietobjekte aufzuteilen, wobei es grundsätzlich den Vermietenden obliegt, wie eine solche Aufteilung zu erfolgen hat. Sie haben dabei einen sachgerechten Verteilschlüssel zu wählen (BGer 4A_17/2017 vom 7. September 2017, E. 2.1.2). Dieser kann beispielweise im Abstellen auf einer Verteilung nach Wohnfläche, auf einer Verteilung nach Rauminhalt oder nach Anzahl Zimmer erfolgen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 48). Ein gerichtliches Eingreifen kommt nur bei einem sich unhaltbar erweisenden Verteilschlüssel in Frage (BGer 4A_17/2017 vom 7. September 2017, E. 2.1.2).

2.1.2 Eigenkapital

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht die Berechnung der Nettorendite der Verzinsung des Eigenkapitals. Das Eigenkapital im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich dabei aus der Differenz zwischen den Anlagekosten und den aufhaftenden Schulden (BGE 122 III 257, E. 3a). Massgeblich für die Ermittlung der Anlagekosten sind dabei die ursprünglich von den Vermietenden tatsächlich investierten Eigenmittel (Gratz, 1995, S. 69). Zu diesem Kapital dürfen sodann die Amortisationen sowie die eigenfinanzierten wertvermehrenden Investitionen hinzugezählt werden (BGE 122 III 257, E. 3a). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung resultiert daraus die folgende Berechnung für die Ermittlung des Eigenkapitals (Gratz, 1995, S. 69):

Anlagekosten
- Fremdkapital
+ Amortisationen
+ wertvermehrende Investitionen
= Eigenkapital

Abbildung 4: Herleitung Eigenkapital zur Berechnung der Nettorendite (Gratz, 1995, S. 69)

Sowohl Steuerwerte wie auch Real- oder Verkehrswerte und Gebäudeversicherungswerte dürfen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden (BGE 122 III 257, E. 3b/bb; BGer 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 3.1.2; BGer 4A_28/2020 vom 13. Januar 2021, E. 3.1.2).

2.2 Bruttorendite

Bei neueren Bauten sind nach Art. 269a lit. c OR Mietzinse in der Regel nicht missbräuchlich, wenn diese im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite liegen.

Aufgrund dessen, dass bei neu erstellten Bauten die Vermietenden noch über keine aussagekräftigen Werte zu den Betriebs- und Unterhaltskosten der Liegenschaft verfügen und damit eine Berechnung der Nettorendite im Sinne von Art. 269 OR, welche sich auf die effektiven Kosten der Vermietenden bezieht, nicht möglich ist, wollten die Gesetzgebenden mit dem Kriterium der kostendeckenden Bruttorendite den Vermietenden die Möglichkeit geben, in der Anfangsphase nach Erstellung der Liegenschaft kostendeckende Mieterträge zu erzielen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 57). Wie lange nach der Erstellung einer Liegenschaft die Berechnung der kostendeckenden

Bruttorendite zur Anwendung gelangt beziehungsweise was „[...] *neuere* [...] *Bauten* [...]“ (Art. 269a lit. c OR) sind, wird weder durch das Gesetz noch durch die Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) definiert (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 57). In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass von „neueren Bauten“ dann auszugehen ist, wenn deren Erstellung nicht mehr als zehn Jahre zurückliegt (Higi, 1998, S. 259). Dahingegen will ein anderer Teil der Lehre Liegenschaften, deren Erstellung nicht mehr als 15 Jahre zurückliegen, als „neuere Bauten“ erachten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 58; Rohrer, 2018, S. 781).

Anders als die Ertragsberechnung im Sinne von Art. 269 OR, welche die Eigenkapitalverzinsung der Vermietenden ausdrückt, indem die Nettorendite auf den Eigenmitteln eruiert wird, basiert die Bruttorendite auf der Verzinsung der gesamten Anlagekosten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 62). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt als kostendeckende Bruttorendite das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen den Nettomietzinseinnahmen und den gesamten Anlagekosten (BGE 118 II 124, E. 5a; Rohrer, 2018, S. 791). Die kostendeckende Bruttorendite gründet damit auf der Basis der Nettomietzinseinnahmen und den Anlagekosten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63):

$$\frac{\text{kostendeckender Mietzins (Jahresmietzinseinnahmen)}}{\text{Anlagekosten}} \times 100$$

Abbildung 5: Formel zur Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63)

Mit Urteil aus dem Jahr 1992 (BGE 118 II 128) hielt das Bundesgericht fest, dass der Satz der kostendeckenden Bruttorendite in Abhängigkeit vom jeweiligen Zinssatz für erstrangige Hypotheken (heute: Referenzzinssatz) im massgebenden Berechnungszeitpunkt zu bestimmen ist (BGE 118 II 124, E. 5). Das Bundesgericht erachtete eine Bruttorendite, welche den Wert von zwei Prozent über dem Zinssatz für erstrangige Hypotheken (heute: Referenzzinssatz) nicht überschreitet als „[...] *in der Praxis üblich* [...]“ (BGE 118 II 124, E. 5). Eine Differenzierung nach den individuellen Eigenschaften des konkreten Mietobjekts erfolgte dabei nicht (BGE 118 II 124). In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass es sich bei der zulässigen Bruttorendite rechtfertige, abhängig von den individuellen Eigenschaften des jeweiligen Mietobjekts, beispielsweise dem Alter, der Ausstattung, dem konkreten Unterhaltszustand sowie der Nutzung der Mietliegenschaft, auf differenzierte Ansätze innerhalb einer Bandbreite von einhalb Prozent bis drei Prozent über dem Referenzzinssatz abzustellen (Rohrer, 2018,

S. 791; Brutschin, 2016, S. 536; Gratz, 1995, S. 78-79; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63-64).

Inwiefern sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Urteil vom 26. Oktober 2020 mit Bezug auf den Zuschlag zum Referenzzinssatz für die Bestimmung der zulässigen Nettorendite (BGE 147 III 14, E. 8.4) auch auf den Zuschlag zum Referenzzinssatz für die Bestimmung der kostendeckenden Bruttorendite auswirkt, wurde höchstrichterlich noch nicht geklärt (Stand: 31. Juli 2024). In der Lehre wird davon ausgegangen, dass die um eineinhalb Prozent erhöhte Eigenmittelverzinsung von zwei Prozent – statt wie vormals um ein halbes Prozent – auch bei der Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite analog zur Anwendung gelangt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69; Rohrer, 2020, S. 181; Rohrer, 2021, S. 123). Damit muss – gemäss der Lehre – die kostendeckende Bruttorendite – bei einem Referenzzinssatz von maximal zwei Prozent – neu um dreieinhalb Prozent über diesem jeweiligen Referenzzinssatz liegen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69; Rohrer, 2020, S. 181; Rohrer, 2021, S. 123).

2.2.1 Anlagekosten

Gemäss Art. 15 Abs. 1 VMWG wird die Bruttorendite auf den gesamten Anlagekosten berechnet. Als Anlagekosten sind sämtliche Investitionen für die Erstellung eines Neubaus oder die Erwerbskosten unmittelbar nach der Fertigstellung der Liegenschaft zu verstehen (Rohrer, 2018, S. 787). Die Anlagekosten umfassen folglich alle mit dem Erwerb beziehungsweise mit der Erstellung verbundenen Kosten, wie insbesondere die Handänderungssteuer, die Notariatsgebühren, die Kosten der Verschreibung, Verhandlungsspesen, Kosten für Schätzungen oder bauliche Expertisen und Verhandlungskosten für Anwältinnen oder Anwälte sowie Baunebenkosten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind ausschliesslich die tatsächlichen Kosten der Vermietenden zu berücksichtigen (BGE 106 II 170, E. 6c; BGer 4A_204/2010 vom 29. Juni 2010, E. 3.1.3, E. 3.2 und E. 3.3), wobei spätere Mehrleistungen – insbesondere wertvermehrnde Investitionen – ebenfalls zu berücksichtigen sind. Dabei haben die Vermietenden die effektiven Kosten zu belegen (BGE 106 II 170, E. 6c). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Abstellen auf Schätzungsgutachten zur Ermittlung des Anlagewertes unzulässig (BGer 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 4.3.1).

Während in der Lehre die Frage der Teuerungsanpassung auf jenem Teil der Anlagekosten, welcher aus Eigenmitteln finanziert wird, unterschiedlich behandelt wird (bejahend: Sommer & Bartholdi, 2023, S. 64; Gratz, 1995, S. 79; kritisch: Brutschin, 2016, S. 540-542; Weber, 2020, S. 1749), hat das Bundesgericht die Frage verschiedentlich offengelassen (BGE 116 II 599, E. 5d; BGE 118 II 124, E. 5a).

Art. 15 Abs. 2 VMWG bestimmt sodann, dass offensichtlich übersetzte Land-, Bau- und Erwerbskosten ausser Betracht fallen. Diese müssen auf ein zulässiges Mass korrigiert werden (BGE 106 II 172; Rohrer, 2018, S. 785).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht – in Analogie zur Nettorenditeberechnung – auch bei der Bruttorenditeberechnung vom Prinzip der individuellen Ertragsberechnung aus: Für die Ertragsberechnung massgebend ist damit nur der Ertrag der betreffenden Wohnung respektive des betreffenden Geschäftsraumes und nicht die Rendite der gesamten Liegenschaft oder gar einer ganzen Gruppe von Liegenschaften der Vermietenden (BGE 116 II 184, E. 3a; BGer 4A_204/2010 vom 29. Juni 2010, E. 2.1). Damit sind bei Überbauungen mit mehreren unterschiedlichen Bauten die unterschiedlichen Landerwerbskosten für die Renditeberechnung zu berücksichtigen, wobei es grundsätzlich den Vermietenden obliegt, wie eine solche Aufteilung zu erfolgen hat. Sie haben dabei einen sachgerechten Verteilschlüssel zu wählen (BGer 4A_727/2012 vom 21. Mai 2013, E. 2.1; BGE 125 III 421, E. 2d). Ein gerichtliches Eingreifen kommt nur bei einem sich unhaltbar erweisenden Verteilschlüssel in Frage (BGer 4A_727/2012 vom 21. Mai 2013, E. 2.1; BGE 125 III 421, E. 2d).

2.2.2 Kostendeckender Mietzins

Um eine kostendeckende Bruttorendite zu erzielen, muss aus den Mietzinseinnahmen abzüglich sämtlicher mit dem Mietobjekt verbundenen Kosten sowie einer angemessenen Amortisation des Mietobjekts eine angemessene Verzinsung der investierten Eigenmittel resultieren (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 66). Ebenso sind die in die Liegenschaft investierten Eigenmittel zu verzinsen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 66).

Dabei lassen sich die Kosten, welche durch den Bruttoertrag der Mietliegenschaft abgedeckt werden müssen, in die folgenden Kostengruppen gliedern (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 67):

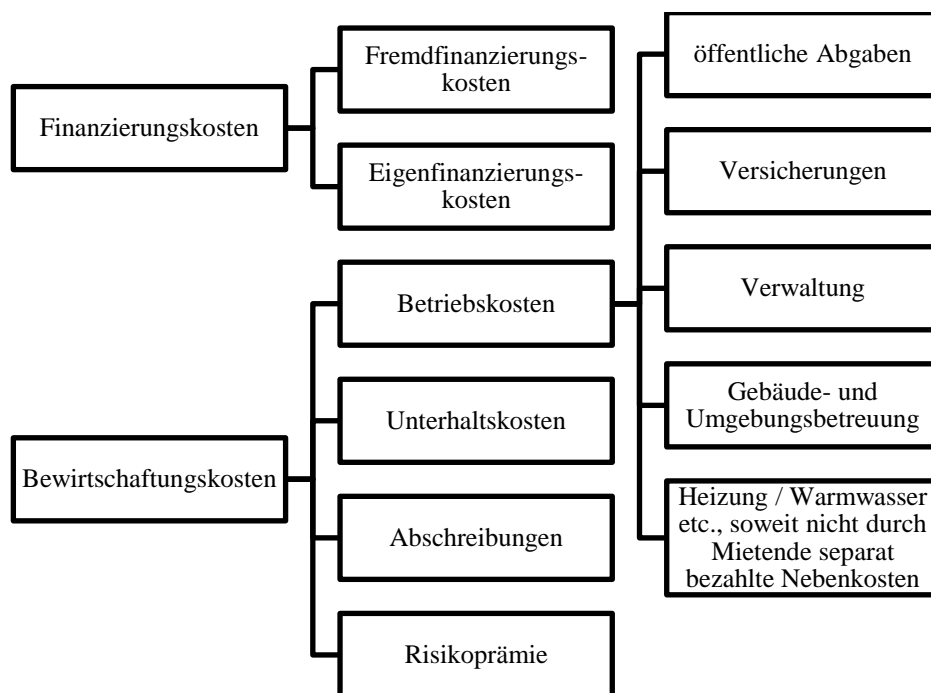


Abbildung 6: Zusammensetzung Liegenschaftsaufwand für Bruttoertrag (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 67)

Da bei der Bruttorendite aufgrund mangelnder Erfahrungswerte zufolge Neubau noch keine konkreten Werte für Unterhalts- und Betriebskosten vorliegen, werden pauschalisierte Ansätze verwendet. Denn in den ersten zehn Jahren fallen kaum massgebliche Unterhaltsarbeiten an, weshalb erst in den späteren Jahren repräsentative Referenzwerte für die Kostenhöhe entstehen (Rohrer, 2018, S. 786). Der kostendeckende Mietzins wird damit gestützt auf pauschalisierte Werte, die in Abzug gebracht werden, festgesetzt (Rohrer, 2016, S. 786).

2.3 Teuerungsausgleich auf Eigenmitteln

Der Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) misst die Teuerung der Konsumgüter in der Schweiz. Er wird monatlich vom Bundesamt für Statistik (BFS) zwecks Messung der Preisentwicklung berechnet (BFS, 2024, S. 1). Dabei werden jeden Monat rund 100'000 Preise erhoben, wobei die Preisentwicklung anhand einer Auswahl der von den privaten Haushalten konsumierten Waren und Dienstleistungen abgebildet wird (BFS, 2024, S. 1). Die entsprechenden Güter und Dienstleistungen werden sodann gewichtet (BFS, 2022, S. 9). Der Mietpreisindex (MPI) als Teilindex des Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) misst die gesamtschweizerische Teuerung auf Mieten für dauerhaft zu

Wohnzwecken vermietete Wohnobjekte (BFS, 2022, S. 21). Der Mietpreisindex wird mit einem Gewicht von rund 16 Prozent im Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) berücksichtigt und stellt damit dessen wichtigster Teilindex dar (BFS, 2022, S. 21).

Der Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) beläuft sich im Juli 2024 auf einen Stand von 107.5 Punkten (Dezember 2020 = 100) (BFS, 2024). Damit sank der Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) im Juli 2024 im Vergleich zum Vormonat um 0.2 Prozent. Gegenüber dem Vorjahresmonat beläuft sich die Teuerung auf ein Plus von 1.3 Prozent (BFS, 2024).

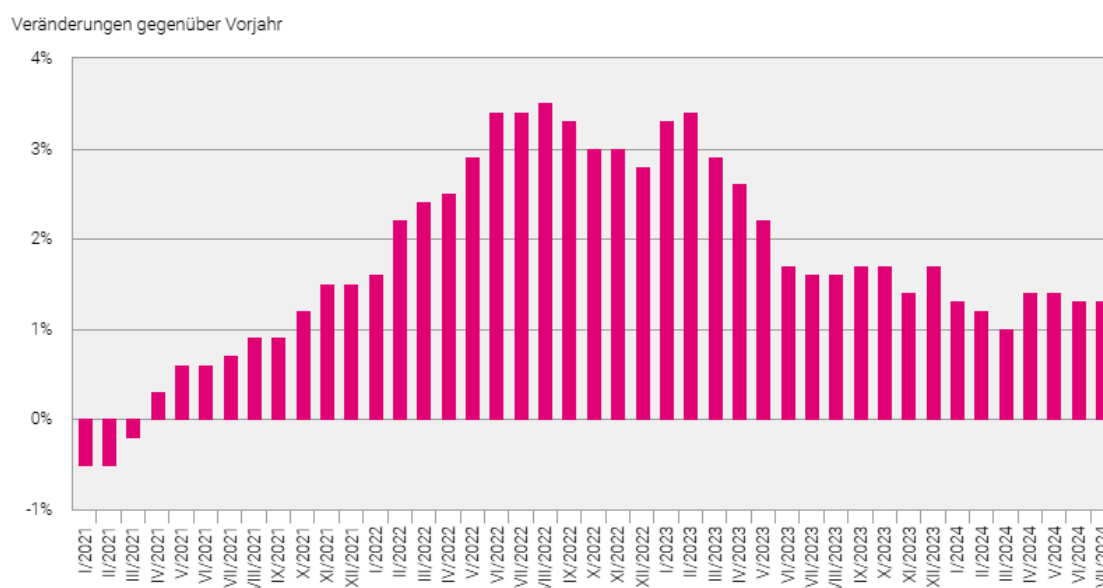


Abbildung 7: Entwicklung Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) Januar 2021 bis Juli 2024 (BFS, 2024)

2.4 Referenzzinssatz

Seit dem 10. September 2008 gilt für Mietzinsanpassungen infolge von Hypothekarzinsänderungen ein schweizweit einheitlicher Referenzzinssatz (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 23), welcher in Art. 12a VMWG definiert wird. Dieser ersetzte die bis dahin massgebenden variablen Zinssätze für erstrangige Wohnhypotheken der Kantonalbanken (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 23). Der Referenzzinssatz basiert auf dem volumengewichteten Durchschnittszinssatz für inländische Hypothekarforderungen und wird durch kaufmännische Rundung in Viertelprozenten festgesetzt (Art. 12a Abs. 1 VMWG). Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) gibt den Referenzzinssatz vierteljährlich bekannt (Art. 12a Abs. 2 VMWG).

Wie sich aus der nachfolgenden Grafik zur Entwicklung des Referenzzinssatzes im Zeitraum vom September 2008 bis Juni 2024 ergibt, ist der Referenzzinssatz seit September 2008 von 3.5 Prozent kontinuierlich auf einen Stand von 1.25 Prozent im März 2023 gesunken. Erstmals im Juni 2023 stieg der Referenzzinssatz von 1.25 Prozent auf 1.50 Prozent. Ein weiterer Anstieg des Referenzzinssatzes von 1.50 Prozent auf 1.75 Prozent erfolgte im Dezember 2023. Aktuell (Stand: 31. Juli 2024) beträgt der Referenzzinssatz 1.75 Prozent (BWO, 2024).

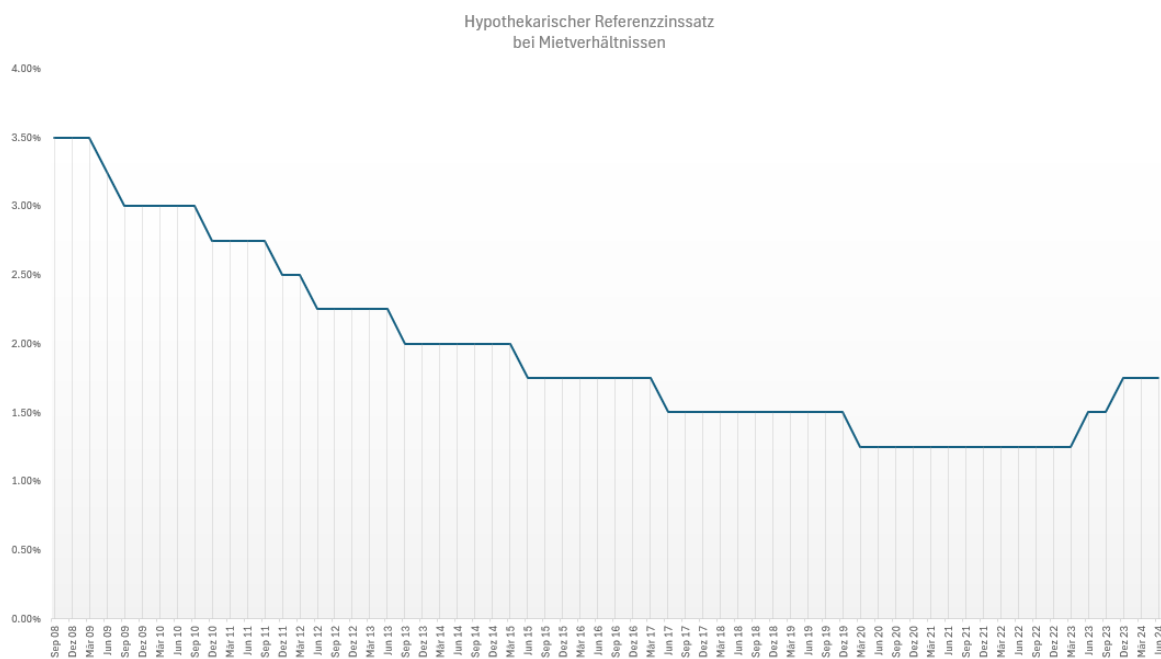


Abbildung 8: Entwicklung Referenzzinssatz September 2008 bis Juni 2024 (in Anlehnung an BWO, 2024)

3. Analyse und kritische Würdigung der Renditedefinitionen und -berechnungen

Sowohl mit Bezug auf die Nettorendite als auch mit Bezug auf die Bruttorendite finden sich weder Definitionen der Missbräuchlichkeit noch deren Berechnungen sowie zulässige Höchstgrenzen im Gesetz oder in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG). Vielmehr wurden die Definitionen der Missbräuchlichkeit, deren Berechnungen sowie die zulässigen Höchstgrenzen durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert und kontinuierlich (weiter-)entwickelt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 22). Vor dem Hintergrund der Bedeutung und der Tragweite der Renditedefinitionen und -berechnungen im Kontext der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen, erscheint dies – mit Blick auf das Legalitätsprinzip und die Gewaltenteilung – problematisch (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 22; Feller, 2017): Entsprechend dem Prinzip der Gewaltenteilung ist es die Aufgabe der Gesetzgebenden, Gesetze zu erlassen. Die Aufgabe der Rechtsprechung besteht dagegen in der Anwendung

der erlassenen Gesetze. Dabei besteht die Gewaltenteilung auf allen staatlichen Ebenen und soll eine Machtkonzentration bei einzelnen Institutionen verhindern (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 21-22).

Wie sich aus der Entstehungsgeschichte des schweizerischen Mietrechts und insbesondere den Mietzinsregulierungen zeigt, greift eine blosser Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu kurz. Der Ursprung und Auslöser für die unter demokratischen Aspekten problematische bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Definition der Netto- und Bruttorendite sowie deren Berechnungen und die Bestimmung der zulässigen Höchstgrenzen im Rahmen der Missbräuchlichkeit lässt sich letztlich bei den Versäumnissen der Gesetzgebenden, um den Erlass von konkreten und praktikablen gesetzlichen Grundlagen für Mietzinsregulierungen besorgt zu sein, verorten (Rohrer, 2018, S. 677; Weber, 2020, S. 1723).

3.1 Entstehungsgeschichte der Mietzinsregulierungen

Die Mietzinsgestaltung ist in der Schweiz seit jeher ein Politikum und war immer schon ein bevorzugter Gegenstand für staatliche Interventionen (Gratz, 1995, S. 62). Es gab jedoch auch immer wieder Bestrebungen, einen dem marktwirtschaftlichen Ideal entsprechenden freien Wohnungsmarkt zu schaffen (Gratz, 1995, S. 62). Allerdings gab es seit dem Jahr 1936 lediglich in anderthalb Jahren zwischen Dezember 1970 und Juli 1972 eine Phase, in welcher die Mietpreisgestaltung frei erfolgte, mithin keine Regulierungen bestanden (Gratz, 1995, S. 62).

Nur wenige Jahre nachdem der Grundsatz der Vertragsfreiheit in Art. 19 OR gesetzlich verankert wurde, wurde dieser mit Bezug auf Mietverträge und insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung von Mietzinsen durch einzelne in Kraft gesetzte kantonale Ausführungsverordnungen mehr oder weniger stark eingeschränkt (Hausmann, 2016, S. 138). Die einzelnen in Kraft gesetzten kantonalen Ausführungsverordnungen gingen zurück auf das während der Dauer des ersten Weltkrieges geltende Notrecht und die kriegsbedingte Sondersituation (Hausmann, 2016, S. 125-126). Im Rahmen der einzelnen in Kraft gesetzten kantonalen Ausführungsverordnungen hat sich insbesondere die Kostenmiete, welche noch heute das schweizerische Mietrecht prägt, etabliert (Hausmann, 2016, S. 138-139). Dementsprechend hatten die Vermietenden nachzuweisen, dass ihnen durch die Vermietung der Mietliegenschaft Kosten in der Höhe des festgesetzten Mietzins entstanden sind (Gratz, 1995, S. 63). Von massgeblicher Bedeutung war sodann die damalige Normierung von nach heutigem geltenden Mietrecht als missbräuchlich zu qualifizierenden Mietzinsen (Hausmann, 2016, S. 139). Bereits

damals diene die Rendite, welche die Vermietenden aus dem Mietobjekt erzielten, als Messgrösse für die Beurteilung der Angemessenheit der Höhe des Mietzinses (Hausmann, 2016, S. 139). Auch das im schweizerischen Mietrecht nach wie vor vorherrschende Renditeverständnis, wonach die von den Vermietenden erzielte statische, das heisst stichtagsbezogene Rendite auf dem von ihnen ursprünglich in die Mietliegenschaft investierten Eigenkapital, als massgebend zu erachten ist, stammt aus dieser Zeit (Hausmann, 2016, S. 139). Die Ursprünge der Bestimmungen von missbräuchlichen Mietzinsen im Sinne von Art. 296 OR sowie Art. 296a OR und Art. 15 VMWG lassen sich in den damaligen Erlassen verorten (Hausmann, 2016, S. 139). Gleiches gilt für die funktionale Wirkung des Hypothekarzinseszinses auf die Höhe beziehungsweise die Veränderung des Mietzinses (Hausmann, 2016, S. 139). Massgebliche Grundsätze des schweizerischen Mietrechts und insbesondere der Mietzinsgestaltung erfuhren damit ihre rechtliche Legitimation während eines kriegsbedingten historischen Ausnahmezustandes (Hausmann, 2016, S. 139).

Nach dem Ende des ersten Weltkrieges änderte sich zunächst zur Fortführung der während der Kriegszeit etablierten Instrumente der Mietzinsregulierungen einzig deren Begründung: Anstelle der kriegsbedingten Sondersituation bildete die Wohnungsnot die Legitimationsgrundlage der Mietzinsregulierungen (Hausmann, 2016, S. 126).

Die marktwirtschaftliche Phase der Mietzinsgestaltung fand schliesslich mit der Aufnahme des Mieterschutzartikels in Art. 34^{septies} Abs. 2 BV 1874 im Nachgang an die Volksabstimmung vom 5. März 1972 (Hausmann, 2016, S. 297) und dem rückwirkend auf den 5. März 1972 in Kraft gesetzten Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) vom 30. Juni 1972 (Hausmann, 2016, S. 306) ihr Ende (Gratz, 1995, S. 63). Art. 34^{septies} Abs. 2 BV 1874 sah folgendes vor: *„Der Bund erlässt Bestimmungen zum Schutze der Mieter vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen Forderungen der Vermieter. Die Massnahmen sind nur anwendbar in Gemeinden, wo Wohnungsnot oder Mangel an Geschäftsräumen besteht.“* (Art. 34^{septies} Abs. 2 BV 1874; Hausmann, 2016, S. 279-280). Die Geltungsdauer des für dringlich erklärten Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) vom 30. Juni 1972 betrug ursprünglich fünf Jahre. Letztlich wurde die zeitliche Geltungsdauer des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) bis zum Inkrafttreten des revidierten Mietrechts auf den 1. Juli 1990 mehrfach verlängert (Hausmann, 2016, S. 306).

Die Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechtes vom 27. März 1985 umfasste sowohl einen Gesetzesentwurf mit der Revision der mietrechtlichen Bestimmungen im Obligationenrecht als auch einen separaten Entwurf für ein Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BGMM) (Hausmann, 2016, S. 353; BBl 1985 1389 ff., S. 1389). Das Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BGMM) sollte nach Auffassung des Bundesrates eine Überführung des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) in ordentliches und unbefristetes Recht darstellen (Hausmann, 2016, S. 353-354). Auf Begehren der Kommission des Ständerates wurden schliesslich die Regelungen im Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BGMM) direkt in das Obligationenrecht integriert. Daraus resultierte im Achten Titel über die Miete der Zweite Abschnitt betreffend den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Hausmann, 2016, S. 354). Die Revision des Mietrechtes trat zusammen mit der Verordnung vom 9. Mai 1990 über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) am 1. Juli 1990 in Kraft (Hausmann, 2016, S. 354). Insgesamt kam es im Rahmen der Überführung des Bundesbeschlusses über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) in das Obligationenrecht mit Bezug auf die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen zu keinen inhaltlichen Änderungen: Sowohl Art. 14 BMM als auch Art. 15 BMM betreffend die Regel und Ausnahme zur Missbräuchlichkeit von Mietzinsen wurden sinngemäss in Art. 269 OR respektive in Art. 269a OR überführt (AS 1972 1502 ff., S. 1505). Dies ist umso bedauerlicher, als dass die Problematik der Anwendung von Art. 14 BMM zur Regel der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen und insbesondere die umfangreichen Berechnungen in der Praxis bereits damals bekannt und als problematisch erachtet wurden (Hauri, 1979, S. 105).

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zeigt sich, dass das aktuell geltende schweizerische Mietrecht und insbesondere die Regelung zur gesetzlichen Mietzinsgestaltung mit Bezug auf die Missbräuchlichkeit mehrheitlich aus ursprünglich notrechtlich erlassenen Bestimmungen besteht (Hausmann, 2016, S. 399). Die einzelnen Bestimmungen entstanden unter Zeitdruck und in Folge von kriegsbedingten oder wirtschaftsbedingten Krisen (Hausmann, 2016, S. 399). Eine unabhängige und vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik des Schutzes der Mietenden fand kaum statt (Hausmann, 2016, S. 399). Ferner lässt sich der Ursprung und Auslöser für die unter demokratischen Aspekten problematische bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Definition und kontinuierlichen Weiterentwicklung der Begrifflichkeiten der Netto- und Bruttorendite sowie deren Berechnungen und die Bestimmung der zulässigen

Höchstgrenzen letztlich bei den Versäumnissen der Gesetzgebenden verorten: Diese unterliessen es – teilweise gar wissentlich um die sich in der Praxis stellenden Anwendungsprobleme (Hauri, 1979, S. 105) – gesamtheitlich und systematisch kohärente Bestimmungen, welche sich als praktikabel erweisen, zur gesetzlichen Mietzinsgestaltung mit Bezug auf die Missbräuchlichkeit zu erlassen (Rohrer, 2018, S. 677).

3.2 Nettoertragsdefinition und -berechnung

Im schweizerischen Mietrecht wird unter der den Ertrag im Sinne von Art. 269 OR messenden Nettoertragsdefinition das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen dem in der Mietsache steckenden Eigenkapital der Vermietenden und dem Nettovermietungsertrag verstanden (Wetzel, 2007, S. 138). Im Ergebnis handelt es sich bei der mietrechtlichen Definition der Nettoertragsdefinition um die Eigenkapitalertragsdefinition (Wetzel, 2007, S. 139).

3.2.1 Rechtsprechungsänderung

Mit Urteil vom 26. Oktober 2020 nahm sich das Bundesgericht der in der Politik (Feller, 2017) sowie der Rechtslehre (BGE 147 III 14, E. 8.2 insbesondere unter Verweis auf Weber, 2020, S. 1730 sowie Rohrer, 2018, S. 704-706) geäusserten Kritik zur Berechnung der Renditen unter dem Aspekt der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen an. Im Zusammenhang mit der Anfechtung eines Anfangsmietzinses im Kanton Waadt unterzog das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum übersetzten Ertrag im Sinne von Art. 269 OR einer Überprüfung (BGE 147 III 14). Gestützt auf die sowohl in der Politik (Feller, 2017) sowie in der Rechtslehre (BGE 147 III 14, E. 8.2 insbesondere unter Verweis auf Weber, 2020, S. 1730 sowie Rohrer, 2018, S. 704-706) geäusserten Kritik und unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Wirtschaftslage (BGE 147 III 14, E. 8.2) änderte das Bundesgericht mit Bezug auf zwei Parameter seine bisherige Rechtsprechung: Erstens ist das investierte Eigenkapital zu 100 Prozent – und nicht wie bis anhin lediglich zu 40 Prozent – an die Teuerung anzupassen (BGE 147 III 14, E. 8.3) und zweitens darf der Ertrag den Referenzzinssatz um zwei Prozent – und nicht wie bis anhin lediglich um ein halbes Prozent – übersteigen, solange der Referenzzinssatz zwei Prozent oder weniger beträgt (BGE 147 III 14, E. 8.4; vgl. auch Sommer & Bartholdi, 2023, S. 26). Zur Begründung führte das Bundesgericht mit Urteil vom 26. Oktober 2020 aus, dass die Einschränkung des Teuerungsausgleichs auf einem Eigenkapitalanteil bis zu höchstens 40 Prozent der Gestehungskosten auf der Rechtsprechung aus dem Jahr 1994 (BGE 120 II 100) basiere (BGE 147 III 14, E. 8.2). Weiter gehe die Rechtsprechung zur Verzinsung des teuerungsbedingten Eigenkapitals auf die Rechtsprechung aus dem Jahr

1986 (BGE 112 II 149) zurück (BGE 147 III 14, E. 8.2). Diese Rechtsprechung stamme noch aus einer Zeit, als der Referenzzinssatz (damals der Hypothekarzinssatz für erste Hypotheken der Grossbanken) noch bei 5.5 Prozent lag (BGE 147 III 14, E. 8.2). Seit dem Jahr 1995 sei dieser Zinssatz kontinuierlich auf 1.25 Prozent gesunken (BGE 147 III 14, E. 8.2). Im Ergebnis führe die Berechnung der zulässigen Rendite nunmehr zu sehr niedrigen Mietzinsen, die in keinem Verhältnis zum Gebrauchswert des betreffenden Mietobjekts mehr stünden (BGE 147 III 14, E. 8.2). Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die Rechtsprechung aus den Jahren 1986 und 1994 sicherstellen wollte, dass die Vermietenden eine angemessene Verzinsung des von ihnen investierten Kapitals erhalten, wobei die damit verbundenen Risiken – insbesondere Mietzinsausfälle und Leerstände – ebenfalls zu berücksichtigen seien (BGE 147 III 14, E. 8.2). Dies sei aufgrund der gegenwärtigen Wirtschaftslage nicht mehr gewährleistet (BGE 147 III 14, E. 8.2). Mit Bezug auf die Einschränkung des Teuerungsausgleichs auf einem Eigenkapitalanteil bis zu höchstens 40 Prozent der Gestehungskosten gemäss Rechtsprechung aus dem Jahr 1994 führte das Bundesgericht weiter aus, dass die Rechtsprechung damals entschieden hätte, dass Art. 269a lit. e OR in Verbindung mit Art. 26 VMWG den Vermietenden lediglich einen Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital von höchstens 40 Prozent garantiere. Denn durch den Verkauf einer Immobilie könne 60 Prozent des Kaufpreises der Immobilie, mithin die Gestehungskosten, gedeckt werden. Bis zu diesem Wert könne nämlich die Liegenschaft mittels Hypotheken belehnt werden. Dabei handle es sich um risikosicheres Kapital, das nicht der Teuerung angepasst werden dürfe (BGE 147 III 14, E. 8.3 unter Verweis auf BGE 120 II 100, E. 5b). Das Bundesgericht hält fest, dass eine Einschränkung des Teuerungsausgleichs auf einem Eigenkapitalanteil bis zu höchstens 40 Prozent der Gestehungskosten – unabhängig vom tatsächlich investierten Eigenkapital (BGE 120 II 100, E. 5b) – nicht aufrechterhalten werden könne (BGE 147 III 14, E. 8.3). Das Bundesgericht hob damit die Beschränkung der Teuerungsanpassung der investierten Eigenmittel auf (BGE 147 III 14, E. 8.3).

Das Bundesgericht liess im Urteil vom 26. Oktober 2020 die Frage offen, was gelten soll, wenn die Hypothekarzinsen massgeblich ansteigen sollten und der Referenzzinssatz dadurch auf über zwei Prozent steigt (Rohrer, 2020, S. 180). Folglich ist unklar, was dannzumal für ein Zuschlag zur Anwendung gelangen wird (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 28; Rohrer, 2021, S. 125). Damit besteht durch die Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts eine Rechtsunsicherheit, welche sich kaum in absehbarer Zeit klären wird, denn das Bundesgericht hat eine offene Frage nur in einem konkreten Anwendungsfall zu prüfen (Rohrer, 2021, S. 125). Nicht möglich ist es dagegen, die

Folgen der Rechtsprechung beispielsweise durch Übergangsbestimmungen oder klärenden Präzisierungen zu Auswirkungen auf andere Bereiche abzufedern (mp 7/2020; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 28). Als problematisch erweist sich das Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2020 allerdings nicht nur aufgrund des Aspekts der mangelnden Rechtssicherheit. Vielmehr greift das Bundesgericht, indem es zur Begründung seiner Rechtsprechungsänderung insbesondere auch auf die damals noch hängige parlamentarische Initiative von Nationalrat Olivier Feller (Feller, 2017) zurückgreift, in den demokratischen Meinungsbildungsprozess ein (mp 7/2020). Vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung erweist sich das Urteil des Bundesgerichts vom 26. Oktober 2020 damit als ebenso problematisch: Es kann nicht sein, dass mangels Regelung im Gesetz oder in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) das Bundesgericht als Judikative sich auf damals noch hängige parlamentarische Initiativen bezieht und ihnen teilweise entspricht, anstelle dies dem demokratischen Meinungsbildungsprozess zu überlassen (mp 7/2020). Gerade hängige parlamentarische Initiativen zeigen auf, dass eine Veränderung der Parameter in einem politischen Meinungsbildungsprozess mit einer Beratung, Vernehmlassung und einer Anhörung der verschiedenen Interessenverbände sowie in einem politischen Diskurs erfolgen sollten (mp 7/2020). Denn dabei sind nicht nur juristische Überlegungen massgebend. Vielmehr bedarf eine solche Neuerung einer vertieften Analyse, wobei auch ökonomische Überlegungen mitzuberücksichtigen sind (mp 7/2020).

3.2.2 Problemstellungen

Abgesehen von den beiden mit Urteil vom 26. Oktober 2020 angepassten Parametern zur Ertragsberechnung, hält das Bundesgericht an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Berechnung der Nettorendite fest (mp 7/2020; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 26). Damit verbleiben weiterhin eine Vielzahl von Problemstellungen:

Als problematisch zu erachten ist, dass das Bundesgericht für die Berechnung des Ertrags auf den Zeitpunkt des Erwerbs beziehungsweise die Erstellung des Mietobjekts und damit auf die ursprünglich investierten Eigenmittel der Vermietenden abstellt (BGer 4A_28/2020 vom 13. Januar 2021, E. 4.1.2 und E. 5.1). Eine Anpassung der Erwerbs- beziehungsweise Erstellungskosten an aktuelle Immobilienwerte, beispielsweise auf der Basis von Statistiken oder Gutachten, erachtet das Bundesgericht als nach wie vor unzulässig (BGer 4A_28/2020 vom 13. Januar 2021, E. 5.1 und E. 5.2.1). Bei über 15-jährigen Bauten führt die Berechnung des Ertrags auf der Basis der historischen Erwerbs- oder Erstellungskosten gegenüber den aktuellen Wertverhältnissen

des Mietobjektes zu ökonomisch irrationalen Werten und lebensfremd tiefen Mieten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 27). Sind die ursprünglichen Erstellungs- oder Erwerbskosten nicht mehr bekannt, ist eine Ertragsberechnung zudem gar nicht möglich. Ferner werden dadurch langjährige Immobilieneigentümerschaften gegenüber Neuerwerberschaften ungleich behandelt: Während Letztere die Mieten gestützt auf den aktuellen Kaufpreis festlegen können, dürfen langjährige Immobilieneigentümerschaften ihre Mieten – selbst im Falle eines Mietendenwechsels – nicht an den aktuellen Wert des Mietobjektes anpassen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 27). Von dieser Ungleichbehandlung sind auch die Mietenden betroffen: Abhängig davon, ob eine Mietliegenschaft seit längerer Zeit der gleichen Eigentümerschaft gehört oder erst vor kurzer Zeit zum aktuellen Marktpreis durch eine Eigentümerin oder einen Eigentümer erworben wurde, lassen sich aufgrund der unterschiedlich bewerteten Anlagekosten unterschiedliche maximal zulässige Mietzinse errechnen (Rohrer, 2018, S. 704-706). Die Verweigerung einer Anpassung der Erwerbs- beziehungsweise Erstellungskosten an aktuelle Immobilienwerte durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die damit einhergehende Ungleichbehandlung zwischen langjährigen Eigentümerschaften und Neuerwerberschaften ist weder sachlich noch rechtlich gerechtfertigt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 27).

Als unpraktikabel erweisen sich ferner die Vorgaben des Bundesgerichts, wonach bei der Berechnung des Ertrages zwischen wertvermehrenden und werterhaltenden Investitionen zu unterscheiden ist und ferner bei werterhaltenden Massnahmen zusätzlich erhebliche ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen wiederum anders zu behandeln sind als der normale Unterhalt (BGer 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001, E. 1b). Eine klare Abgrenzung zwischen den einzelnen Kategorien besteht nicht. Ebenso wenig besteht eine gesetzliche Grundlage hierfür. Vielmehr wurde auch die Unterscheidung zwischen normalem und ausserordentlichem Unterhalt durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Laufe der Jahrzehnte aufgrund von Einzelfällen konkretisiert (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 39). Aufgrund des Umstandes, dass in der Praxis kaum unterschiedliche Abrechnungen bei Sanierungen der Mietobjekte geführt werden, führt die unterschiedliche Behandlung der Investitionen im Rahmen der Berechnung des Ertrages zu teilweise willkürlichen Ergebnissen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 40).

Den ökonomischen Realitäten widerspricht sodann auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach es den Vermietenden untersagt wird, Rückstellungen für künftig fällig werdende grössere und umfassende Überholungen bei der Berechnung des

Nettoertrages zu berücksichtigen (BGE 125 III 421, E. 2d; BGE 117 II 77, E. 3c/aa; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 41). Zur Begründung führt das Bundesgericht hierzu aus, dass Rückstellungen keine tatsächlichen Ausgaben seien und es den Mietenden nicht möglich sei, die Zweckbestimmung der Rückstellungen zu kontrollieren. Ferner dürfe den Mietenden nicht zugemutet werden, für künftige Investitionen Rückstellungen zu zahlen, von denen sie unter Umständen, aufgrund eines vorzeitigen Verlassens des Mietobjekts, gar nicht mehr profitieren könnten (BGE 125 III 421, E. 2d; BGE 117 II 77, E. 3c/aa; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 41). Die Begründung des Bundesgerichts vermag – sowohl aus ökonomischen Überlegungen (Gratz, 1995, S. 73-74) als auch vor dem Hintergrund der Regelung in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) – nicht zu überzeugen: Zum einen ist es aus ökonomischen Gründen angezeigt, Rückstellungen zu bilden. Zum anderen dürfen die Vermietenden gemäss Art. 14 VMWG bei umfassenden Überholungen lediglich 50 bis 70 Prozent der Kosten auf die Mietzinse überwälzen. Damit wird vorausgesetzt, dass die Vermietenden die restlichen 30 bis 50 Prozent der Investitionskosten aus Rückstellungen finanzieren können (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 41; Gratz, 1995, S. 73-74). Eine Berücksichtigung von künftig fällig werdenden, ausserordentlichen Unterhalts- und Erneuerungsarbeiten im Rahmen der Berechnung der Nettoertragsrate hätte insbesondere den Vorteil, dass die Liegenschaftskostenrechnungen über die Jahre besser geglättet werden würden, weil die Rückstellungen ähnlich wie die nachträgliche Verzinsung und Amortisation von getätigten Aufwendungen gebildet werden könnten und zwar unabhängig davon, ob und in welchem Umfang in den einzelnen Jahren die effektiven Sanierungen oder Mehrleistungen erbracht wurden (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 41).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird die Berücksichtigung eines Risikozuschlages bei der Berechnung des Ertrages für Mietzinsausfälle, beispielsweise zufolge von Leerständen und Zahlungsrückständen der Mietenden, abgelehnt (BGE 120 II 100, E. 6b/bb). Ebenso wenig werden Abschreibungen berücksichtigt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 42). Zur Begründung führt das Bundesgericht hierzu aus, dass dem Risiko der Vermietenden dadurch Rechnung getragen werde, dass eine Verzinsung der gesamten investierten und aufgewerteten Eigenmittel zu einem Zinssatz zugelassen werde, der zwei Prozent über dem Referenzzinssatz liege (BGE 120 II 100, E. 6b/bb; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 42). Damit scheint das Bundesgericht wiederum den ökonomischen Realitäten keine Rechnung zu tragen: Denn mit diesem schmalen Risikozuschlag haben die Vermietenden das ganze Investitionsrisiko abzudecken. Der Risikozuschlag von zwei Prozent auf den Eigenmitteln gilt dabei unabhängig von der

Nutzungsart und der Lage der Mietliegenschaft sowie den weiteren massgeblichen Risikofaktoren und deckt damit die Risiken der Vermietenden – abhängig von der Nutzungsart und der Lage – nicht zureichend ab (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 42).

Wenig transparent ist sodann die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit Bezug auf das geltende Prinzip der individuellen Ertragsberechnung: Demnach ist im Rahmen der Ertragsberechnung nur der Ertrag des betreffenden Mietobjekts und nicht die Rendite der gesamten Mietliegenschaft massgebend (BGE 116 II 184, E. 3a; BGer 4A_204/2010 vom 29. Juni 2010, E. 2.1). Allerdings obliegt die Auswahl des Verteilschlüssels, mithin die Entscheidung wie die Werte der Gesamtliegenschaft auf die einzelnen Mietobjekte aufgeteilt werden, den Vermietenden. Das Gericht greift nur bei einem sich unhaltbar erweisenden Verteilschlüssel ein (BGer 4A_727/2012 vom 21. Mai 2013, E. 2.1; BGE 125 III 421, E. 2d). Nicht nachvollziehbar ist, dass das Bundesgericht ein Abstellen auf das Verhältnis des Rauminhaltes eines Mietobjekts im Verhältnis zum Rauminhalt des Gebäudes als zulässig erachtet (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 49 unter Verweis auf BGE 120 II 100), führt dies doch zu einer starken Gewichtung von Nebenräumen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 49; Rohrer, 2018, S. 722-723).

3.2.3 Ergebnis

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zeigt sich, dass die den Ertrag im Sinne von Art. 269 OR messende Nettorendite weder im Gesetz noch in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) definiert wird. Vielmehr wurde die Nettorendite sowie deren Berechnung und die zulässige Höchstgrenze durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert und kontinuierlich (weiter-)entwickelt. Aufgrund der Bedeutung und der Tragweite der Nettorendite im Kontext der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen ist dies unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips sowie der Gewaltenteilung problematisch (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 22; Feller, 2017). Ferner führt die kontinuierliche Entwicklung der Nettorendite sowie deren Berechnung und die Festsetzung der zulässigen Höchstgrenzen durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einer Rechtsunsicherheit (Rohrer, 2021, S. 125).

Weiter zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass die im schweizerischen Mietrecht bestehende eigenständige Nettorenditedefinition im Widerspruch zu den ökonomischen Gegebenheiten steht: So zog auch das Bundesgericht für die mit Entscheid vom 26. Oktober 2020 vorgenommene Rechtsprechungsänderung Überlegungen zur gegenwärtigen Wirtschaftslage bei (BGE 147 III 14, E. 8.2). Bereits die Terminologie der „Nettorendite“ ist missverständlich, wenn man berücksichtigt, dass es sich bei der im

schweizerischen Mietrecht verwendeten „Nettorendite“ im Ergebnis und unter Berücksichtigung der in der Immobilienbranche üblichen Terminologie letztlich um nichts anderes als eine Eigenkapitalrendite handelt (Wetzel, 2007, S. 139). Zur Ermittlung des Eigenkapitals wird dabei auf die ursprünglichen Erstellungs- oder Erwerbskosten und nicht auf die aktuellen Wertverhältnisse abgestellt (Gratz, 1995, S. 69). Damit wird im mietrechtlichen Kontext auf eine stichtagsbezogene Renditegrösse abgestellt (Hausmann, 2016, S. 139). Eine allfällige Wertsteigerung der Liegenschaft bleibt – mit Ausnahme des Teuerungsausgleichs auf den ursprünglich investierten Eigenmitteln – im Rahmen der mietrechtlichen Nettorenditeberechnung unberücksichtigt (Gratz, 1995, S. 70). Zu Recht kann man sich fragen, ob die Nichtberücksichtigung der aktuellen Wertverhältnisse dem Sinn und Zweck der Missbrauchsgesetzgebung im schweizerischen Mietrecht entspricht (Gratz, 1995, S. 70). Im Ergebnis führt dies zur Ungleichbehandlung von langjährigen Eigentümerschaften und Neuerwerberschaften, wobei diese Ungleichbehandlung sich ebenfalls auf die Mietenden auswirkt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 28; Rohrer, 2018, S. 704-706). Die langjährige Immobilieneigentümerschaft wird, um einen Wertzuwachs realisieren zu können, gezwungen sein, ihre Liegenschaft zu veräussern (Gratz, 1995, S. 70). Mittels Neuinvestition der durch die Veräusserung der Liegenschaft gewonnenen Liquidität sind die Vermietenden wiederum in der Lage, den Wertzuwachs der Liegenschaft ertragswirksam werden zu lassen (Gratz, 1995, S. 70).

Ferner kann man sich in einem volatilen Zinsumfeld die Frage stellen, ob die bundesgerichtliche Unterscheidung zwischen Eigenkapital als risikotragendes Kapital und Fremdkapital als risikosicheres Kapital (BGE 147 III 14, E. 8.3 unter Verweis auf BGE 120 II 100, E. 5b) im Rahmen der Berechnung der Nettorendite noch zeitgemäss und damit gerechtfertigt ist: In einem steigenden Zinsumfeld und abhängig vom konkreten gewählten Fremdfinanzierungsmodell dürften auch die Kosten für die Finanzierung des Fremdkapitals steigen. Umgekehrt dürften – wiederum abhängig vom konkret gewählten Fremdfinanzierungsmodell – die Kosten für die Finanzierung des Fremdkapitals bei sinkendem Zinsumfeld abnehmen. Die im Rahmen der mietrechtlichen Nettorenditedefinition vorgenommene Aufteilung zwischen risikotragendem Kapital im Sinne von Eigenkapital und Fremdkapital, verstanden als risikosicheres Kapital, erscheint nicht sachgerecht. Sowohl bei der Finanzierung mit Eigen- als auch Fremdkapital bestehen in einem volatilen Zinsumfeld für die Immobilieneigentümerschaft gewisse Risiken.

Ferner wird im Gegensatz zum ökonomischen Verständnis der Nettorendite, bei welcher keine isolierte Betrachtung des Eigenkapitals vorgenommen wird (Canonica, 2018, S. 109), bei der mietrechtlichen Definition der Nettorendite lediglich das Eigenkapital berücksichtigt (Gratz, 1995, S. 69). Im Ergebnis kann es indessen nicht Sinn und Zweck der Missbrauchsgesetzgebung sein, in die von der Eigentümerschaft gewählte Finanzierungsstruktur einzugreifen und ihr abhängig davon eine höhere oder tiefere zulässige Rendite zuzusprechen.

Den ökonomischen Gegebenheiten widersprechend ist sodann auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach weder Rückstellungen für umfassende Überholungen (BGE 125 III 421, E. 2d; BGE 117 II 77, E. 3c/aa) noch Risikozuschläge für Mietzinsausfälle zufolge von Leerständen und Zahlungsrückständen (BGE 120 II 100, E. 6b/bb) und Abschreibungen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 42) im Rahmen der Nettorenditeberechnung zu berücksichtigen sind. Sowohl unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten als auch unter den geltenden Rechnungslegungsstandards und den diesen inhärenten Grundsätzen des Vorsichts- und Niederstwertprinzips bei Sachanlagen wie Immobilien, sind Abschreibungen und anderweitigen Wertverlusten durch entsprechende Wertberichtigungen buchhalterisch Rechnung zu tragen (Löpfe, Cachemaille, Conca, Feusi, Frei, Prien, Rinderknecht, Schädle & Seiler, 2017, S. 39-40).

Unter ökonomischen und immobilienwirtschaftlichen Aspekten befremdlich ist sodann auch der Umstand, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung den immobilientypischen Eigenschaften keine Rechnung trägt (Higi, 1998, S. 79): Bei einem pauschalen Risikozuschlag von zwei Prozent über dem Referenzzinssatz auf den Eigenmitteln – unabhängig von der Nutzungsart und der Lage einer Immobilie sowie den weiteren massgeblichen Risikofaktoren – wird den verschiedenen Investitionsrisiken und den damit zusammenhängenden Renditeerwartungen nicht Rechnung getragen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 42; Wetzel, 2007, S. 139).

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass man sich zu Recht fragen kann, ob die im schweizerischen Mietrecht den Ertrag im Sinne von Art. 269 OR messende Nettorendite dem gesetzgeberischen Willen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 24-25) und insbesondere dem Sinn und Zweck der Missbrauchsgesetzgebung entspricht (Gratz, 1995, S. 70; Higi, 1998, S. 79). Sowohl die ökonomische Lehre (Bodmer & Borner, 2015, S. 19-20; Gratz, 1995, S. 70; Bodmer, 2023, S. 66-67), als auch die Rechtslehre (Rohrer, 2018, S. 699-700; mp 7/2020; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 25; Bättig, 2016, S. 7) hat sich verschiedentlich kritisch gegenüber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

geäussert. Auch auf politischer Ebene führte die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verschiedenen Vorstössen und Revisionsprojekten, welche bislang jedoch scheiterten (Sommer & Bartholdi, S. 25 unter Verweis auf Feller, 2017; Feller, 2014). Schliesslich kann man sich in einem volatilen Zinsumfeld durchaus auch die Frage stellen, ob das Institut der Nettorendite überhaupt noch eine geeignete Messgrösse für die Bestimmung der Missbrauchsgrenze bildet (mp 7/2020).

3.3 Bruttorenditedefinition und -berechnung

Im schweizerischen Mietrecht wird unter der kostendeckenden Bruttorendite im Sinne von Art. 269a lit. c OR das in Prozenten ausgedrückte Verhältnis zwischen dem investierten Gesamtkapital beziehungsweise den Gesamtanlagekosten und den Netto-Mietzinseinnahmen verstanden (Wetzel, 2007, S. 138).

3.3.1 (Mögliche) Rechtsprechungsänderung

Inwiefern sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Urteil vom 26. Oktober 2020 mit Bezug auf die Nettorendite auch auf die Berechnung der Bruttorendite auswirken wird, wurde höchstrichterlich bislang noch nicht geklärt (Stand: 31. Juli 2024). Die Lehre geht davon aus, dass die Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts für die Berechnung des zulässigen Ertrages im Rahmen der Nettorenditeberechnung auch eine entsprechende Anpassung der Berechnung der zulässigen kostendeckenden Bruttorendite nach sich ziehen wird (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69; Roher, 2020, S. 181; Rohrer, 2021, S. 123). Würde die aus den Jahren 1992 und 1997 stammende Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die zulässige Bruttorendite höchstens zwei Prozent über dem jeweiligen Referenzzinssatz liegen darf, beibehalten werden, so hätte dies zur Folge, dass der höchstzulässige Renditesatz bei der Nettorendite im Sinne von Art. 269 OR gleich hoch wäre wie bei der kostendeckenden Bruttorendite nach Art. 269a lit. c OR (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69). Ein solches Ergebnis wäre stossend: Denn während bei der Nettorendite unter Abzug sämtlicher effektiver Aufwendungen lediglich die Eigenmittelverzinsung umfasst wird, müssen bei der kostendeckenden Bruttorendite durch den standardisierten Zuschlag zum Referenzzinssatz sowohl die Finanzierungskosten als auch der gesamte weitere Liegenschaftsaufwand abgedeckt werden können (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69). Darin liegt auch der Grund, weshalb bislang die Rendite der Anlagekosten (Bruttorendite) um eineinhalb Prozent höher lag als jener für die Rendite der investierten Eigenmittel (Nettorendite) (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69). Die Lehre geht davon aus, dass diese Rendite-Differenz beizubehalten ist (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69; Rohrer, 2020, S. 181; Rohrer, 2021, S. 123). Folglich

muss unter Beibehaltung des standardisierten Zuschlags zur Abdeckung des Aufwandes die kostendeckende Bruttorendite – bei einem Referenzzinssatz von maximal zwei Prozent – neu um dreieinhalb Prozent über dem jeweiligen hypothekarischen Referenzzinssatz liegen dürfen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 69; Rohrer, 2020, S. 181). Damit resultiert vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechungsänderung mit Urteil vom 26. Oktober 2020 – in Analogie zur Berechnung der Nettoendite – auch mit Bezug auf die Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite eine sich kaum zeitnah ändernde Rechtsunsicherheit (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 28; Rohrer, 2021, S. 125).

3.3.2 Problemstellungen

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem Jahr 1992 wurde die Möglichkeit der Vermietenden, einen bei Vertragsabschluss unter dem kostendeckenden Niveau festgelegten Mietzins während der Dauer des Mietverhältnisses gestützt auf die Bruttorendite anzuheben, eingeschränkt (BGE 118 II 124, E. 4-6; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 59): Das Bundesgericht hielt fest, dass in einem bestehenden Mietverhältnis die Vermietenden den Mietzins nur dann gestützt auf die kostendeckende Bruttorendite erhöhen können, wenn sie bereits bei Vertragsabschluss einen quantitativen bestimmten Mietzinsvorbehalt im Sinn von Art. 18 VMWG angebracht haben (BGE 118 II 124, E. 4-6; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 59). Eine solche Einschränkung der Anwendung der kostendeckenden Bruttorendite durch das Bundesgericht lässt sich gesetzlich nicht begründen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 60). Ebenso wenig vermag sie von einem ökonomischen Gesichtspunkt aus betrachtet Stand halten: Unterstellt man den Vermietenden, dass sie bei der Festlegung des Anfangsmietzins zum Ausdruck haben bringen wollen, dass sie mit dem festgelegten Mietzins während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses einen genügenden Ertrag erzielen können, so lässt man ausser Acht, dass die Rendite der Vermietenden keine starre Grösse ist. Vielmehr verändert sie sich im Laufe der Zeit mit der Kostenentwicklung (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 60). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung führte zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereiches der kostendeckenden Bruttorendite (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 60).

Ferner hat das Bundesgericht im Jahr 1998 entschieden, dass sich aus den Randtiteln von Art. 269 OR und 269a OR eine Rangfolge unter den Missbrauchstatbeständen ergebe (Sommer & Bartholdi, S. 18 unter Verweis auf BGE 124 III 310; BGer 4A_276/2011 vom 11. Oktober 2011, E. 5; BGE 144 III 514; BGer 4A_191/2018 vom 26. März 2019; BGer 4A_28/2020 vom 13. Januar 2021). Gemäss der vom Bundesgericht festgelegten

Hierarchieordnung hat das Missbrauchskriterium des angemessenen Ertrags im Sinne von Art. 269 OR Vorrang gegenüber den Mietzinskriterien im Sinne von Art. 269a OR (Rohrer, 2018, S. 787-788; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 61). Eine solche Hierarchie unter den Mietzinskriterien von Art. 269 OR und Art. 269a OR ergibt sich weder aus den gesetzlichen Bestimmungen noch aus den diesen zugrunde liegenden Materialien (Rohrer, 2018, S. 787-788; Art. 269 OR; Art. 269a OR; BBl 1985 1389 ff., S. 1491-1492). Im Ergebnis führt die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Hierarchie der Missbrauchskriterien dazu, dass auch bei einem nach Art. 269a OR erwiesenermassen nicht missbräuchlichen Mietzins die Mietenden nach wie vor verlangen können, dass auch noch geprüft wird, ob die Vermietenden damit einen übersetzten Ertrag erzielen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 18-19). Die vom Bundesgericht geschaffene Hierarchieordnung der Missbrauchskriterien entspricht weder dem Willen der Gesetzgebenden noch ist sie sachgerecht (Rohrer, 2018, S. 787-788; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 19). Vielmehr könnte sie gar zu einer Benachteiligung der Vermietenden führen, die in ihre Mietobjekte investieren, indem diese zu befürchten haben, dass eine korrekt berechnete Mietzinsanpassung aufgrund von wertvermehrenden oder energetischen Verbesserungen vom Gericht als unzulässig beurteilt wird, weil sie am zusätzlich verlangten Beweis des angemessenen Ertrags scheitert (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 20). Auch diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist unter demokratischen Aspekten, insbesondere mit Blick auf das Legalitätsprinzip und die Gewaltenteilung problematisch (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 21).

Die undifferenzierte Festlegung der Bruttorendite mit einem fixen Zuschlag zum massgeblichen Referenzzinssatz bei Mehrfamilienhäusern und bei gemischt genutzten Bauten sowie bei Gewerbe- und Industriebauten gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht sachgerecht (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 68): Die Bruttorendite hängt in massgeblichem Ausmass von der Bauart, dem Ausbaustandard, dem Zustand sowie der Nutzungsart und der Lage des Mietobjekts ab (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 68). Den immobilientypischen Eigenschaften wird durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht Rechnung getragen.

Als problematisch zu erachten ist weiter, dass das Bundesgericht für die Berechnung der Anlagekosten ausschliesslich die Erstellungs- oder Erwerbskosten unmittelbar nach der Fertigstellung respektive dem Erwerb der Immobilie der Vermietenden berücksichtigt (BGE 106 II 170, E. 6c). Hinzu kommen spätere Mehrleistungen. Ein Abstellen auf ein Schätzungsgutachten zur Ermittlung der Anlagekosten ist nicht zulässig

(BGer 4A_461/2015 vom 15. Februar 2016, E. 4.3.1). Die effektiven beziehungsweise tatsächlichen Kosten sind dabei von den Vermietenden zu belegen (BGE 106 II 170, E. 6c). Die Verweigerung einer Berücksichtigung von Schätzungsgutachten durch das Bundesgericht führt in der Praxis zu stossenden Ergebnissen: Einerseits hat diese Rechtsprechung zur Konsequenz, dass bei Nichterbringung des Nachweises der Vermietenden über die tatsächlichen Kosten, diese mit einer Nichtbeachtung bei der Renditeberechnung einhergehen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 64). Weiter führt die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei einem bereits vor längerer Zeit erfolgten Landerwerb zu einem tiefen Mietzinsniveau (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 64).

Auch im Rahmen der Berechnung der Bruttorendite – analog wie bei der Berechnung der Nettorendite – gelangt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Prinzip der individuellen Ertragsrechnung zur Anwendung (BGE 116 II 184, E. 3a; BGer 4A_204/2010 vom 29. Juni 2010, E. 2.1). Damit sind bei Überbauungen mit mehreren unterschiedlichen Bauten auch die unterschiedlichen Landerwerbskosten für die Renditeberechnung zu berücksichtigen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 66 unter Verweis auf BGer 4A_35/2008 vom 13. Juni 2008).

3.3.3 Ergebnis

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zeigen sich bei der im schweizerischen Mietrecht geltenden kostendeckenden Bruttorendite im Sinne von Art. 269a lit. c OR eine Vielzahl ähnlich gelagerte Problemstellungen wie bei der den Ertrag im Sinne von Art. 269 OR messenden Nettorendite: Die kostendeckende Bruttorendite im Sinne von Art. 269a lit. c OR wird weder im Gesetz noch in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) definiert. Vielmehr wurde die kostendeckende Bruttorendite sowie deren Berechnung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert und kontinuierlich entwickelt. Höchstrichterlich bislang (Stand: 31. Juli 2024) noch ungeklärt ist, inwiefern sich die Rechtsprechungsänderung mit Urteil vom 26. Oktober 2020 mit Bezug auf die Nettorendite auch auf die Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite auswirken wird. Vor dem Hintergrund der Bedeutung und Tragweite der kostendeckenden Bruttorendite im Kontext der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen ist die mangelnde gesetzliche Grundlage unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips problematisch (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 22; Feller, 2017). Ferner führt die kontinuierliche Entwicklung der Definition und Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite und die aktuell offene Fragestellung der zulässigen Höchstgrenze zu einer Rechtsunsicherheit (Rohrer, 2021,

S. 125). Das ist auch mit Blick auf die Gewaltenteilung als problematisch zu erachten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 22; Feller, S. 2017). Gleiches gilt auch mit Bezug auf die im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hergeleitete Hierarchie unter den Missbrauchstatbeständen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 18-21 und S. 61 mit weiteren Hinweisen).

Weiter zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass die im schweizerischen Mietrecht massgebende Bruttorenditedefinition im Widerspruch zu den ökonomischen Gegebenheiten steht: Zur Ermittlung der Anlagekosten wird auf die ursprünglichen Erstellungs- oder Erwerbskosten und nicht auf die aktuellen Wertverhältnisse abgestellt (BGE 106 II 170, E. 6c). Auch bei der Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite wird damit auf eine stichtagsbezogene Renditegrösse abgestellt (Hausmann, 2016, S. 139, Fn. 581).

Den ökonomischen Gegebenheiten widersprechend ist sodann auch der Umstand, dass im Rahmen der Bruttorendite den objektspezifischen Gegebenheiten nicht Rechnung getragen wird: Aufgrund dessen, dass beim kostendeckenden Mietzins die effektiv zukünftig anfallenden Kosten nicht im Voraus bestimmbar sind, wird mit pauschalisierten Ansätzen für die Betriebs- und Unterhaltskosten sowie die Abschreibungen und die Risikoprämie kalkuliert (Rohrer, 2018, S. 786). Es handelt sich hierbei um Annahmen, welche die konkreten objektspezifischen Gegebenheiten im Einzelfall nicht berücksichtigen (Rohrer, 2016, S. 791-792).

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass man sich zu Recht fragen kann, ob die im schweizerischen Mietrecht massgebliche kostendeckende Bruttorendite im Sinne von Art. 269a lit. c OR dem Sinn und Zweck der Missbrauchsgesetzgebung entspricht. Sowohl die ökonomische Lehre (Bodmer & Borner, 2015, S. 19-20; Bodmer, 2023, S. 66-67), als auch die Rechtslehre (Rohrer, 2018, S. 786 und S. 791-792; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63-64 und S. 68-69; Brutschin, 2016, S. 536) hat sich verschiedentlich kritisch gegenüber der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geäussert. Auch auf politischer Ebene führte die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verschiedenen Vorstössen und Revisionsprojekten, welche bislang jedoch scheiterten (Sommer & Bartholdi, S. 25 unter Verweis auf Feller, 2017; Feller, 2014).

3.4 Teuerungsausgleich auf Eigenmitteln

Entgegen seiner früheren Rechtsprechung (BGE 112 II 149; BGE 117 II 77) legte das Bundesgericht mit Entscheid aus dem Jahr 1994 (BGE 120 II 100) fest, dass ein

Teuerungsausgleich auf einem Eigenkapitalanteil von maximal 40 Prozent der gesamten massgebenden Anlagekosten bei der Berechnung der Nettorendite angerechnet werden könne (BGer 4A_456/2015 vom 1. März 2016; BGE 122 III 257; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 31-32). Ein Teuerungsausgleich auf einem grösseren Eigenmittelanteil in der Liegenschaft, als 40 Prozent der Anlagekosten durfte nicht vorgenommen werden (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 32). Damit wurden im Ergebnis diejenigen Eigentümerinnen und Eigentümer mit einem hohen Anteil an Eigenmitteln, insbesondere Pensionskassen, schlechter gestellt als Eigentümerschaften mit einem hohen Fremdfinanzierungsanteil. Ferner wurde durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Vornahme von Amortisationen benachteiligt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 32).

Mit Entscheid vom 26. Oktober 2020 korrigierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung dahingehend, als dass es die Beschränkung der Teuerungsanpassung der investierten Eigenmittel aufhob (BGE 147 III 14, E. 8.3; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 32). Seither ist es zulässig, die investierten Eigenmittel zu 100 Prozent an die Teuerung anzupassen (BGE 147 III 14, E. 8.3). Entgegen seiner Rechtsprechung ab dem Jahr 1994 (BGE 120 II 100; BGer 4A_456/2015 vom 1. März 2016; BGE 122 III 257) und – zu Recht – erkannte das Bundesgericht mit Entscheid vom 26. Oktober 2020, dass sich seine bisherige Rechtsprechung zur Begrenzung des Teuerungsausgleiches auf dem Eigenkapitalanteil von maximal 40 Prozent nicht aus Art. 269a lit. e OR in Verbindung mit Art. 16 VMWG ableiten lässt (BGE 147 III 14, E. 8.3): Gemäss Art. 269a lit. e OR sind Mietzinse nicht missbräuchlich, wenn sie lediglich die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital ausgleichen (Art. 269a lit. e OR). Zum Ausgleich der Teuerung auf dem risikotragenden Kapital im Sinne von Artikel 269a lit. e OR darf der Mietzins um höchstens 40 Prozent der Steigerung des Landesindex der Konsumentenpreise erhöht werden (Art. 16 VMWG). Zu Recht stellt das Bundesgericht mit Entscheid vom 26. Oktober 2020 darauf ab, dass Art. 16 VMWG eine Erhöhung des Mietzinses – und nicht des Eigenkapitalanteils – um 40 Prozent der Teuerung gemäss dem Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) erlaubt (BGE 147 III 14, E. 8.3).

Inwiefern sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Urteil vom 26. Oktober 2020 mit Bezug auf den Teuerungsausgleich auf den Eigenmitteln zur Berechnung der Nettorendite auch auf die Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite auswirkt, wurde höchstrichterlich noch nicht geklärt (Stand: 31. Juli 2024). In der Lehre wird allerdings – zu Recht – darauf hingewiesen, dass es weder sachlich noch rechtlich nachvollziehbar sei, warum mit Bezug auf die Teuerungsanpassung der mit Eigenmitteln

finanzierten Anlagekosten bei der Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite anders verfahren werden sollte als bei der Berechnung der Nettorendite (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 64; Rohrer, 2020, S. 181; Rohrer, 2021, S. 125). Folglich wird in der Lehre teilweise statuiert, dass auch bei der Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite jener Teil der Anlagekosten, welcher aus Eigenmitteln finanziert wurde, zu 100 Prozent an die Teuerung anzupassen sei (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 64; Rohrer, 2020, S. 181; Rohrer, 2021, S. 125).

3.5 Referenzzinssatz

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hängt die zulässige Rendite vom jeweils aktuellen Referenzzinssatz ab (Rohrer, 2018, S. 701). Dies gilt für sämtliche Mietobjekte von Wohn- und Geschäftsräumen gleichermassen und zwar ungeachtet von dem konkreten Standort, vom Ausbaustandard und weiteren objektspezifischen Kriterien (Rohrer, 2018, S. 701-702; Higi, 1998, S. 79). Die Ursprünge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die eine Koppelung der Missbräuchlichkeit des Mietertrages an den Referenzzinssatz (damals der Hypothekarzinsatz für erste Hypotheken der Grossbanken) vorsehen, gehen dabei auf eine Zeit zurück, als die massgeblichen Hypothekarzinsen noch bei 5.5 Prozent lagen (BGE 112 II 149; BGE 147 III 14, E. 8.2; Rohrer, 2018, S. 701; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 23).

Auch als zuzufolge der Finanzkrise das Zinsniveau stark sank, setzte sich das Bundesgericht nie vertieft mit der Frage der Angemessenheit der Koppelung der Missbräuchlichkeit der Mieterträge an den Referenzzinssatz und dem festgelegten Zuschlag zur Berechnung der zulässigen Rendite auseinander (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 23). Vielmehr begründete das Bundesgericht seine Rechtsprechung – sowohl historisch als auch rechtsdogmatisch unzutreffend – damit, dass die Koppelung der Missbräuchlichkeit des Mietertrages an den Referenzzinssatz von den Gesetzgebenden gewollt sei und es folglich den Gesetzgebenden obliege, eine allfällige Änderung bezüglich der Missbrauchsgrenze zu bestimmende Referenzgrösse herbeizuführen (Rohrer, 2018, S. 701; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 23). Dabei scheint das Bundesgericht zu verkennen, dass eine Koppelung der Missbräuchlichkeit des Mietertrages an den Referenzzinssatz und der festgelegte Zuschlag zum Referenzzinssatz zur Berechnung der zulässigen Rendite weder eine rechtliche Grundlage im Gesetz noch in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) findet (Rohrer, 2018, S. 702). Ebenso wenig findet sich in der Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechtes vom 27. März 1985 eine derartige Grundlage (BBl 1985 1389 ff., S. 1491-1492; Rohrer, 2018,

S. 702). Die sich aufdrängende Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – insbesondere unter Berücksichtigung der gegenwärtigen wirtschaftlichen Gegebenheiten – widerspiegelt sich nun im Entscheid vom 26. Oktober 2020 (BGE 147 III 14, E. 8.4). Allerdings begnügte sich das Bundesgericht auch im Entscheid vom 26. Oktober 2020 damit, lediglich den Zuschlag zur Berechnung der zulässigen Nettorendite heraufzusetzen (BGE 147 III 14, E. 8.4). Zuzufolge dessen, dass sich der Immobilien- und Hypothekarmarkt indessen nicht bloss in den letzten Jahrzehnten massgeblich verändert hat, sondern sich auch inskünftig verändern werden dürfte, ist kaum davon auszugehen, dass der vom Bundesgericht mit Entscheid vom 26. Oktober 2020 gewählte Zuschlag (BGE 147 III 14, E. 8.4) längerfristig Bestand haben dürfte. Inwiefern sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Urteil vom 26. Oktober 2020 mit Bezug auf die Nettorendite auch auf die Berechnung der Bruttorendite auswirken wird, wurde höchststrichterlich bislang noch nicht geklärt (Stand: 31. Juli 2024). Unsicherheiten bestehen damit auch im Rahmen der kostendeckenden Bruttorendite.

In der Vergangenheit führte die Koppelung des höchstzulässigen Mietzinses an den Referenzzinssatz auch zu zahlreichen politischen Debatten (Feller, 2014; Grüne Fraktion, 2013). Beanstandet wurde insbesondere, dass der Referenzzinssatz, der sich auf den volumengewichteten Durchschnittzinssatz für inländische Hypothekarforderungen stützt, nicht den ökonomischen Gegebenheiten entspreche (Feller, 2014; Grüne Fraktion, 2013). Mit der Koppelung des höchstzulässigen Mietzinses an den Referenzzinssatz werde man weder den Ansprüchen der Vermietenden noch jenen der Mietenden gerecht (Feller, 2014).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass man sich zu Recht die Frage stellen kann, ob eine Koppelung des Mietzinses an den Referenzzinssatz und insgesamt die Messgrösse des Referenzzinssatzes zeitgemäss und dem Sinn und Zweck der Missbrauchsgesetzgebung entsprechend ist.

4. Lösungsansätze

Gemäss Art. 109 Abs. 1 BV ist der Bund verpflichtet, Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen, namentlich gegen missbräuchliche Mietzinse, zu erlassen. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen wäre eine konkretere gesetzliche Normierung zur Festsetzung von höchstzulässigen Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen wünschenswert. Ferner wäre im Rahmen einer allfälligen Revision des schweizerischen Mietrechts mit Bezug auf die Festsetzung von höchstzulässigen

Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen zu prüfen, ob die aktuell geltenden Mietzinsregulierungen nicht durch einen praxistauglicheren und in sich konsistenten Ansatz ersetzt werden könnten (Hausmann, 2016, S. 405). Dabei wäre insbesondere auch den ökonomischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen.

Nachfolgend sollen im Hinblick auf eine allfällige Revision des schweizerischen Mietrechts mit Bezug auf die Festsetzung von höchstzulässigen Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen mögliche Lösungsansätze sowie deren Vor- und Nachteile dargestellt werden. Eine summarische Gegenüberstellung der Lösungsansätze anhand der zu berücksichtigenden Problemstellungen findet sich im Anhang der vorliegenden Arbeit. Ferner finden sich zwecks Veranschaulichung der verschiedenen Lösungsansätze Berechnungsbeispiele im Anhang dieser Arbeit.

4.1 Verwendung ökonomischer Renditedefinitionen und -berechnungen

Das wesentlichste Merkmal von Immobilien besteht in deren Standortgebundenheit. Die Lage der Immobilie beeinflusst insbesondere deren Nutzungsmöglichkeiten sowie den ökonomischen und den subjektiven Wert einer Immobilie (Gondring, 2009, S. 19). Daneben weisen Immobilien weitere spezifische Eigenschaften gegenüber zahlreichen anderen Wirtschaftsgütern auf: Immobilien kennzeichnen sich insbesondere durch ihre Heterogenität, deren begrenzte Substitutionsfähigkeit, die lange Realisationszeit, deren langen Lebenszyklus sowie die hohen Investitions- und Transaktionskosten (Gondring, 2009, S. 19-20).

Das Ziel von Immobilieninvestitionen besteht im Wesentlichen in der Erzielung eines nachhaltigen Ertrags und damit in einer nachhaltigen Rendite (Wetzel, 2007, S. 137). In der Schweiz hat sich für den Vergleich von betriebswirtschaftlich relevanten Immobilienkennzahlen die Dokumentation (D) 0213 des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein (SIA) etabliert, an deren Kontenplan sich auch der Swiss Valuation Standard (SVS) anlehnt (SIA, 2015, S. 6; Löpfe et. al., 2017, S. 95). Der Schweizerische Ingenieur- und Architektenverein (SIA) verfolgt mit der Dokumentation zu den Finanzkennzahlen für Immobilien das Ziel, einheitliche Definitionen und damit einheitliche Vergleichszahlen für Immobilienkennzahlen zu schaffen (SIA, 2015, S. 4). Die Dokumentation enthält dabei zwölf Immobilienkennzahlen, darunter auch die Brutto- und Nettorendite (SIA, 2015, S. 4-5).

Um sowohl den immobilisenspezifischen Merkmalen als auch den ökonomischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen, bestünde ein Lösungsansatz zur Festsetzung von

höchstzulässigen Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen in der Anwendung der ökonomischen Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie deren Berechnungen.

4.1.1 Nettorendite

Die Nettorendite bildet gemäss dem ökonomischen Verständnis das Verhältnis zwischen dem am Stichtag erzielten Nettoertrag und dem aktuellen Verkehrswert der Immobilie (Canonica, 2018, S. 109; SIA, 2015, S. 17):

$$\text{Nettorendite} = \frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Verkehrswert}} \times 100$$

Abbildung 9: Formel zur Berechnung der ökonomischen Nettorendite (Canonica, 2018, S. 109; vgl. SIA, 2015, S. 17)

Dagegen bildet die Nettorendite gemäss dem mietrechtlichen Verständnis das Verhältnis zwischen dem Nettoertrag sowie den in die Liegenschaft investierten Eigenmitteln der Eigentümerin oder des Eigentümers (Eigenkapital) (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 45):

$$\text{Nettorendite} = \frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Eigenkapital}} \times 100$$

Abbildung 10: Formel zur Berechnung der mietrechtlichen Nettorendite (vgl. Sommer & Bartholdi, 2023, S. 45)

Die Berechnung der Nettorendite aus ökonomischer Betrachtung unterscheidet sich damit von der Berechnung der Nettorendite aus mietrechtlicher Betrachtung, und zwar sowohl mit Bezug auf den Zähler als auch den Nenner (Canonica, 2018, S. 109):

Der Nettoertrag ergibt sich gemäss der ökonomischen Herleitung aus dem Mietertrag (IST) abzüglich der Betriebs- und Instandhaltungskosten (SIA, 2015, S. 8). Während unter die Betriebskosten sämtliche Kosten fallen, die der Eigentümerschaft durch den bestimmungsgemässen Gebrauch der Liegenschaft resultieren, also insbesondere alle nicht auf die Mietenden überwälzbaren Nebenkosten (SIA, 2015, S. 7), bezeichnen die Instandhaltungskosten alle für die Bewahrung des Sollzustandes der Liegenschaft notwendigen Kosten, die durch die Eigentümerschaft zu tragen sind (SIA, 2015, S. 7). Der Mietertrag (IST) bildet sich dabei aus der Summe aller im Betrachtungszeitraum möglichen Einnahmen bei Vollvermietung, das heisst dem Mietertrag (SOLL) abzüglich der Mietzinsausfälle und der Mietzinsreduktionen (SIA, 2015, S. 6-7). Dagegen werden bei der Berechnung des Nettoertrages gemäss der mietrechtlichen Herleitung Mietzinsausfälle und Mietzinsreduktionen nicht berücksichtigt (BGE 120 II 100, E. 6b/bb). Berücksichtigt dagegen werden bei der mietrechtlichen Herleitung die

Finanzierungskosten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 36-37). Im Rahmen der ökonomischen Herleitung werden die Finanzierungskosten nicht im Rahmen des Nettoertrages berücksichtigt, sondern erst nach dem nachhaltigen Liegenschaftsertrag (EBIT) ausgewiesen und im Rahmen des Liegenschaftserfolges (Triple Net) in Abzug gebracht (SIA, 2015, S. 6).

Im Rahmen der ökonomischen Herleitung wird sodann auf den Verkehrswert, verstanden als den Marktwert abgestellt (SIA, 2015, S. 5 und S. 17). Der Marktwert entspricht dabei „[...] dem geschätzten Betrag, für den ein Objekt am Bewertungsstichtag zwischen einem kaufwilligen Käufer und einem verkaufswilligen Verkäufer nach erfolgter ordnungsgemässer Vermarktung übertragen wird, wobei jede der Parteien unabhängig, wissentlich und ohne Zwang gehandelt hat.“ (SIA, 2015, S. 10 unter Verweis auf den International Valuation Standards, IVS). Beim Verkehrswert handelt es sich um eine marktorientierte Bewertungsgrösse (Canonica, 2018, S. 15-16). Diese unterscheidet die Finanzierung mittels Eigen- und Fremdkapitals nicht. Dagegen wird bei der Berechnung des Nettoertrages gemäss der mietrechtlichen Herleitung auf das Eigenkapital abgestellt, welches sich aus der Differenz zwischen den ursprünglichen Anlagekosten und den aufhaftenden Schulden ergibt (BGE 122 III 257, E. 3a). Zu den ursprünglichen von den Vermietenden tatsächlich investierten Eigenmittel dürfen sodann Amortisationen sowie die eigenfinanzierten wertvermehrenden Investitionen hinzugezählt werden (Gratz, 1995, S. 69; BGE 122 III 257, E. 3a).

Würde man im Rahmen der mietrechtlichen Berechnung der Nettorendite auf die ökonomische Herleitung zur Berechnung der Nettorendite sowie den diesen zugrunde liegenden Parametern abstellen, könnten dadurch eine Vielzahl der sich aktuell stellenden Probleme gelöst werden: Würde man statt auf die ursprünglich investierten Eigenmittel im Rahmen der Erstellungs- und Erwerbskosten auf den aktuellen Verkehrswert abstellen, so würde man dadurch den immobilienpezifischen Merkmalen und Eigenschaften und sodann auch den wirtschaftlichen Gegebenheiten gebührend Rechnung tragen. Hinzu kommt, dass mittels Abstellens auf den aktuellen Verkehrswert keine Ungleichbehandlung zwischen langjährigen Immobilieneigentümerschaften und Neuerwerberschaften erfolgen würde, welche sich letztlich auch auf die Mietenden auswirkt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 27; Rohrer, 2018, S. 706). Ebenso wenig würde man in die von der Eigentümerschaft gewählte Finanzierungsstruktur eingreifen und ihr – abhängig davon – eine unterschiedliche zulässige Rendite zusprechen. Ferner würde die Problematik der Beschaffung sämtlicher relevanter Informationen bei langjährigen

Bestandesliegenschaften (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 27) entfallen. Weiter birgt das Abstellen auf den Nettoertrag im Sinne der ökonomischen Herleitung den Vorteil, dass lediglich noch zwischen den im Rahmen der Berechnung des Nettoertrages zu berücksichtigenden Instandhaltungskosten und den im Rahmen der Berechnung des Nettoertrages nicht zu berücksichtigenden Instandsetzungskosten (SIA, 2015, S. 6) zu unterscheiden wäre. Eine aufwändige und in der Praxis mit Ungenauigkeiten behaftete Differenzierung zwischen wertvermehrenden und werterhaltenden Investitionen sowie innerhalb der werterhaltenden Massnahmen von normalen und ausserordentlichen Unterhaltsaufwendungen (BGer 4C.293/2000 vom 24. Januar 2001, E. 1b; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 39-40) entfielen dadurch. Ferner würde den Mietzinsausfällen und den Mietzinsreduktionen gebührend Rechnung getragen.

Während von Seiten der vermietendenfreundlichen Literatur das Abstellen auf den aktuellen Verkehrswert statt auf die ursprünglich investierten Eigenmittel im Rahmen der Erstellungs- und Erwerbskosten begrüsst wird (Rohrer, 2018, S. 706; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 27), wird in der mietendenfreundlichen Literatur ein differenzierter Ansatz gefordert (Brutschin, 2016, S. 473). Dementsprechend soll auf den aktuellen Erstellungswert der Liegenschaft abgestellt werden, wobei vom aktuellen Erstellungswert der Liegenschaft ein Faktor für die Altersentwertung in Abzug zu bringen ist. Ferner ist der Landwert bis zu einer maximalen Höhe von 20 Prozent des Erstellungswertes hinzuzuzählen. Von diesem Wert wiederum wäre das Fremdkapital in Abzug zu bringen. Mittels dieser Berechnung kann man im Ergebnis das fiktive Eigenkapital ermitteln (Brutschin, 2016, S. 473). Im Ergebnis würde man – dem mietendenfreundlichen Ansatz folgend – wiederum mittels einer komplexeren und wenig transparenten Berechnung in die von der Eigentümerschaft gewählte Finanzierungsstruktur eingreifen.

Vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht im Rahmen seiner Rechtsprechungsänderung mit Urteil vom 26. Oktober 2020 insbesondere auch auf die gegenwärtige Wirtschaftslage abstellte (BGE 147 III 14, E. 8.2), dürfte die bisherige Argumentation des Bundesgerichts, wonach ein Rückgriff auf den aktuellen Verkehrswert aufgrund des Umstandes, dass ein solcher zu sehr vom Markt abhängt (BGE 122 III 257, E. 3b/bb), nicht mehr Stand halten. Anstelle von korrigierenden Eingriffen durch Rechtsprechungsänderung(en) des Bundesgerichts im Rahmen der Berechnung der zulässigen Nettorendite (BGE 147 III 14, E. 8.2-8.3) wäre ein Abstellen auf den aktuellen Verkehrswert wesentlich transparenter und praktikabler.

Durch das Abstellen auf den aktuellen Verkehrswert würde man den Vermietenden einen entsprechenden Inflationsgewinn zugestehen, was indessen vor dem Hintergrund, dass auch ein allfälliger Inflationsverlust seitens der Vermietenden zu tragen ist, konsequent erscheint. Die Koppelung des höchstzulässigen Mietzinses an den Referenzzinssatz respektive dessen Zuschlag wäre zu revidieren. Grund hierfür ist, dass die Nettorendite im Sinne der ökonomischen Herleitung deutlich tiefer ausfällt als diejenige im Sinne der mietrechtlichen Herleitung: Während der aktuelle Verkehrswert der Mietliegenschaft höher ist als das Eigenkapital und sich damit der Nenner vergrössert, dürfte der Nettoertrag im Zähler anhand der ökonomischen und mietrechtlichen Herleitung ähnlich ausfallen. Denn im Rahmen der ökonomischen Herleitung werden Mietzinsausfälle und Mietzinsreduktionen berücksichtigt, nicht aber die Finanzierungskosten, wohingegen im Rahmen der mietrechtlichen Herleitung die Mietzinsausfälle und Mietzinsreduktionen keine Berücksichtigung finden. Stattdessen werden aber im Rahmen der mietrechtlichen Herleitung die Finanzierungskosten berücksichtigt. Durch ein Abstellen auf die ökonomische Nettorendite wird ebenfalls eine statische und stichtagsbezogene Berechnung des höchstzulässigen Mietzinses angestrebt.

4.1.2 Bruttorendite

Die Bruttorendite bildet gemäss dem ökonomischen Verständnis das Verhältnis zwischen dem am Stichtag erzielten Bruttoertrag, das heisst dem Mietertrag (SOLL), und dem aktuellen Verkehrswert der Immobilie (SIA, 2015, S. 17; Canonica, 2018, S. 108):

$$\text{Bruttorendite} = \frac{\text{Mietertrag (SOLL)}}{\text{Verkehrswert}} \times 100$$

Abbildung 11: Formel zur Berechnung der ökonomischen Bruttorendite (SIA, 2015, S. 17; vgl. Canonica, 2018, S. 108)

Dagegen bildet die Bruttorendite gemäss dem mietrechtlichen Verständnis das Verhältnis zwischen den Nettomietzinseinnahmen und den Anlagekosten (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63):

$$\text{Bruttorendite} = \frac{\text{kostendeckender Mietzins (Jahresmietzinseinnahmen)}}{\text{Anlagekosten}} \times 100$$

Abbildung 12: Formel zur Berechnung der mietrechtlichen Bruttorendite (vgl. Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63)

Die Berechnung der Bruttorendite aus ökonomischer Betrachtung unterscheidet sich damit von der Berechnung der Bruttorendite aus mietrechtlicher Betrachtung, und zwar

sowohl mit Bezug auf den Zähler als auch auf den Nenner (vgl. Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63; Canonica, 2018, S. 108; SIA, 2015, S. 17): Der Mietertrag (SOLL) ergibt sich gemäss der ökonomischen Herleitung aus der Summe aller im Betrachtungszeitraum möglichen Einnahmen der Vollvermietung, das heisst aus den Nettomietzinsen exklusive Nebenkosten (SIA, 2015, S. 7). Im Gegensatz zum Mietertrag (IST) werden dabei Mietzinsausfälle und Mietzinsreduktionen nicht berücksichtigt (SIA, 2015, S. 6). Dagegen werden bei der Berechnung des kostendeckenden Mietzinses gemäss der mietrechtlichen Herleitung pauschalisierte Ansätze für Betriebs- und Unterhaltskosten sowie für Abschreibungen und Risikoprämien in Abzug gebracht (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 67; Rohrer, 2018, S. 786). Während im Rahmen der ökonomischen Betrachtung zur Berechnung der Bruttorendite damit auf eine marktorientierte Miete abgestellt wird, handelt es sich bei der mietrechtlichen Betrachtung zur Berechnung des kostendeckenden Mietzinses um pauschalisierte Ansätze aufgrund einer kostenbasierten Kalkulation (Gratz, 1995, S. 14).

Im Rahmen der ökonomischen Herleitung wird sodann auf den Verkehrswert, verstanden als Marktwert, abgestellt (SIA, 2015, S. 5 und S. 17). Dagegen wird bei der Berechnung der Bruttorendite gemäss der mietrechtlichen Herleitung auf die Anlagekosten abgestellt, welche sich aus der Summe sämtlicher Investitionen für die Erstellung eines Neubaus oder der Erwerbskosten unmittelbar nach der Fertigstellung beziehungsweise dem Erwerb der Liegenschaft zusammensetzen (Rohrer, 2018, S. 787; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63). Abzustellen ist dabei ausschliesslich auf die tatsächlichen Kosten der Vermietenden (BGE 106 II 170, E. 6c; BGer 4A_204/2010 vom 29. Juni 2010, E. 3.1.3, E. 3.2 und E. 3.3).

Würde man im Rahmen der mietrechtlichen Berechnung der Bruttorendite auf die ökonomische Herleitung zur Berechnung der Bruttorendite sowie den dieser zugrunde liegenden Parametern abstellen, könnten dadurch eine Vielzahl der sich aktuell stellenden Probleme gelöst werden: Würde man statt auf die ursprünglich investierten Anlagekosten im Rahmen der Erstellungs- und Erwerbskosten auf den aktuellen Verkehrswert abstellen, so würde man dadurch den immobilienpezifischen Merkmalen und Eigenschaften und sodann auch den wirtschaftlichen Gegebenheiten gebührend Rechnung tragen. Hinzu kommt, dass die umstrittene Einschränkung der Anwendung der Bruttorenditenberechnung (BGE 118 II 124, E. 4-6; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 59) obsolet werden würde. Stellt man auf den aktuellen Verkehrswert ab, so resultiert keine Ungleichbehandlung bei vor längerer Zeit erworbenen Landanteilen und neueren

Erwerben, welche sich letztlich auch auf die Mietenden auswirkt (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 64). Ferner würde die Problematik der Beschaffung sämtlicher relevanter Informationen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 64) entfallen.

Durch das Abstellen auf den aktuellen Verkehrswert würde man den Vermietenden – analog wie im Rahmen der Nettorendite – einen entsprechenden Inflationsgewinn zugestehen, was indessen vor dem Hintergrund, dass auch ein allfälliger Inflationsverlust seitens der Vermietenden zu tragen ist, konsequent erscheint. Die Koppelung des höchstzulässigen Mietzinses an den Referenzzinssatz respektive dessen Zuschlag wäre zu revidieren. Grund hierfür ist, dass die Bruttorendite im Sinne der ökonomischen Herleitung tiefer ausfällt als diejenige im Sinne der mietrechtlichen Herleitung: Bereits der aktuelle Verkehrswert der Mietliegenschaft gemäss der ökonomischen Herleitung fällt in der Regel höher aus als die Anlagekosten nach der mietrechtlichen Herleitung, womit sich der Nenner im Rahmen der ökonomischen Herleitung vergrössert. Der Zähler dagegen hängt im Rahmen der ökonomischen Herleitung in massgeblicher Weise von der Nutzungsart und der Lage des Mietobjekts ab: Der Mietertrag (SOLL) gemäss der ökonomischen Herleitung dürfte in städtischen Lagen eher höher ausfallen als in peripheren Lagen. Ähnlich verhält es sich mit Bezug auf die Nutzungsart des Mietobjekts. Dagegen variiert der Zähler im Rahmen der mietrechtlichen Herleitung nicht nach objektspezifischen Kriterien. Vielmehr wird auf pauschalisierte Ansätze abgestellt. Folglich dürfte der Zähler im Rahmen der ökonomischen Herleitung bei hoher Nachfrage entsprechend der Lage und der Nutzungsart der Mietliegenschaft höher ausfallen als gemäss der mietrechtlichen Herleitung. Umgekehrt dürfte der Zähler im Rahmen der ökonomischen Herleitung bei tiefer Nachfrage entsprechend der Lage und der Nutzungsart der Mietliegenschaft tiefer ausfallen als gemäss der mietrechtlichen Herleitung. Durch ein Abstellen auf die ökonomische Bruttorendite wird ebenfalls eine statische und stichtagsbezogene Berechnung des höchstzulässigen Mietzinses angestrebt.

4.2 Abstellen auf Objektrenditen

Sofern man an den bisherigen durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung definierten und kontinuierlich fortgebildeten Renditedefinitionen und deren Berechnungen anknüpfen will, zugleich aber den Vermietenden mittels Rückgriff auf den Verkehrswert der Liegenschaft keinen Inflationsgewinn auf das Mietobjekt gewähren will (BGE 122 III 257, E. 3b/bb; Brutschin, 2016, S. 472-473), so bestünde die Möglichkeit, im Rahmen der Renditeberechnungen im Nenner auf die ursprünglichen und historischen Anlagekosten abzustellen. Die Zähler würden dagegen – in Anlehnung an die

ökonomischen Renditeberechnungen – dahingehend angepasst werden, als dass im Rahmen der Objektrendite die Ertragskraft der Immobilie und nicht die Ertragskraft des eingesetzten Kapitals gemessen werden soll (Wetzel, 2007, S. 137, Fn. 5).

4.2.1 Nettoobjektrendite

Während die mietrechtliche Nettorenditeberechnung im Ergebnis nichts anderes darstellt als die Eigenmittelrendite und damit die Ertragskraft des eingesetzten (Eigen-)Kapitals (Wetzel, 2007, S. 137), würde durch das Abstellen auf das Verhältnis zwischen dem Nettoertrag und den historischen und ursprünglichen Anlagekosten die Ertragskraft der Immobilie als Objektrendite resultieren (Wetzel, 2007, S. 137, Fn. 5). Die Nettorendite würde sich folglich aus dem Verhältnis zwischen dem Nettoertrag und den Anlagekosten bilden (Wetzel, 2007, S. 138):

$$\text{Nettorendite} = \frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Anlagekosten}} \times 100$$

Abbildung 13: Formel zur Berechnung der Nettorendite als Objektrendite (vgl. Wetzel, 2007, S. 138)

Der Nettoertrag entspricht dabei – wie bei der ökonomischen Herleitung – dem Mietertrag (IST) abzüglich der Betriebs- und Instandhaltungskosten (SIA, 2015, S. 8). Während unter die Betriebskosten sämtliche Kosten fallen, die der Eigentümerschaft durch den bestimmungsgemässen Gebrauch der Liegenschaft entstehen, also insbesondere alle nicht auf die Mietenden überwälzbaren Nebenkosten (SIA, 2015, S. 7), bezeichnen die Instandhaltungskosten alle für die Bewahrung des Sollzustandes der Liegenschaft notwendigen Kosten, die durch die Eigentümerschaft zu tragen sind (SIA, 2015, S. 7). Der Mietertrag (IST) bildet sich dabei aus der Summe aller im Betrachtungszeitraum möglichen Einnahmen bei Vollvermietung, das heisst dem Mietertrag (SOLL) abzüglich der Mietzinsausfälle und der Mietzinsreduktionen (SIA, 2015, S. 6-7).

Die Anlagekosten entsprechen dabei – wie bei der mietrechtlichen Herleitung der Bruttorendite – der Summe sämtlicher Investitionen für die Erstellung eines Neubaus oder den Erwerbskosten unmittelbar nach der Fertigstellung beziehungsweise dem Erwerb der Liegenschaft (Rohrer, 2018, S. 787; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63). Abzustellen ist dabei ausschliesslich auf die tatsächlichen Kosten der Vermietenden (BGE 106 II 170, E. 6c; BGer 4A_204/2010 vom 29. Juni 2010, E. 3.1.3, E. 3.2 und E. 3.3).

Würde man im Rahmen der mietrechtlichen Berechnung der Nettorendite auf den Objektertrag und damit auf die Ertragskraft der Immobilie abstellen (Wetzel, 2007,

S. 137), könnten dadurch verschiedene sich aktuell stellende Probleme gelöst werden: Einerseits würde man dadurch nicht in die von der Eigentümerschaft gewählte Finanzierungsstruktur eingreifen und ihr – abhängig davon – eine unterschiedlich hohe zulässige Rendite zusprechen. Ferner würde man durch die Berücksichtigung von Abschreibungen und Rückstellungen den ökonomischen Gegebenheiten gebührend Rechnung tragen. Allerdings würde man nach wie vor auf die ursprünglichen Anlagekosten zurückgreifen und dadurch insbesondere den wirtschaftlichen Gegebenheiten ungenügend Rechnung tragen. Ferner verbleibt die Ungleichbehandlung zwischen langjährigen Immobilieneigentümerschaften und Neuerwerberschaften. Ebenso verbleibt die Problematik der Informationsbeschaffung über die historischen Anlagekosten. Die Koppelung des höchstzulässigen Mietzinses an den Referenzzinssatz respektive dessen Zuschlag wäre zu revidieren. Grund hierfür ist, dass die Nettorendite im Sinne der Objektrendite tiefer ausfällt als diejenige im Sinne der mietrechtlichen Herleitung: Die Anlagekosten der Mietliegenschaft gemäss der Nettoobjektrendite fallen höher aus als das Eigenkapital nach der mietrechtlichen Herleitung, womit sich der Nenner im Rahmen der Nettoobjektrendite vergrössert. Dagegen dürfte der Nettoertrag im Zähler anhand der objektbezogenen und mietrechtlichen Herleitung ähnlich ausfallen. Denn im Rahmen der objektbezogenen Herleitung werden Mietzinsausfälle und Mietzinsreduktionen berücksichtigt, nicht aber die Finanzierungskosten, wohingegen im Rahmen der mietrechtlichen Herleitung die Mietzinsausfälle und Mietzinsreduktionen keine Berücksichtigung finden. Stattdessen werden aber im Rahmen der mietrechtlichen Herleitung die Finanzierungskosten berücksichtigt. Durch ein Abstellen auf die objektbezogene Nettorendite wird ebenfalls eine statische und stichtagsbezogene Berechnung des höchstzulässigen Mietzinses angestrebt.

4.2.2 Bruttoobjektrendite

In Analogie zur objektbezogenen Nettorendite wäre bei der objektbezogenen Bruttorendite auf das Verhältnis zwischen dem Mietertrag (SOLL) und den historischen und ursprünglichen Anlagekosten abzustellen (vgl. Wetzel, 2007, S. 138). Die Bruttorendite würde sich folglich aus dem Verhältnis zwischen dem Mietertrag (SOLL) und den Anlagekosten bilden (vgl. Wetzel, 2007, S. 138):

$$\text{Bruttorendite} = \frac{\text{Mietertrag (SOLL)}}{\text{Anlagekosten}} \times 100$$

Abbildung 14: Formel zur Berechnung der Bruttorendite als Objektrendite (vgl. Wetzel, 2007, S. 138)

Der Mietertrag (SOLL) entspricht dabei – wie bei der ökonomischen Herleitung – der Summe aller im Betrachtungszeitraum möglichen Einnahmen der Vollvermietung, das heisst aus den Nettomietzinsen exklusive Nebenkosten (SIA, 2015, S. 7). Im Gegensatz zum Mietertrag (IST) werden dabei Mietzinsausfälle und Mietzinsreduktionen nicht berücksichtigt (SIA, 2015, S. 6). Damit wird im Ergebnis auf eine marktorientierte Miete abgestellt (Gratz, 1995, S. 14).

Die Anlagekosten entsprechen dabei der mietrechtlichen Herleitung der Bruttorendite und bilden die Summe sämtlicher Investitionen für die Erstellung eines Neubaus oder den Erwerbskosten unmittelbar nach der Fertigstellung beziehungsweise dem Erwerb der Liegenschaft (Rohrer, 2018, S. 787; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63). Abzustellen ist dabei ausschliesslich auf die tatsächlichen Kosten der Vermietenden (BGE 106 II 170, E. 6c; BGer 4A_204/2010 vom 29. Juni 2010, E. 3.1.3, E. 3.2 und E. 3.3).

Würde man im Rahmen der mietrechtlichen Berechnung der Bruttorendite auf eine objektbezogene Bruttorendite abstellen, so würde man damit auf eine marktorientierte Miete abstellen, statt wie im Rahmen der mietrechtlichen Betrachtung zur Berechnung des kostendeckenden Mietzinses auf pauschalisierte Ansätze auf der Basis einer kostenbasierten Kalkulation (Gratz, 1995, S. 14). Allerdings würde man nach wie vor auf die ursprünglichen Anlagekosten zurückgreifen und dadurch insbesondere den wirtschaftlichen Gegebenheiten ungenügend Rechnung tragen. Ferner verbleibt die Ungleichbehandlung zwischen langjährigen Immobilieneigentümerschaften und Neuerwerberschaften. Ebenso verbleibt die Problematik der Informationsbeschaffung über die historischen Anlagekosten. Während die Bruttorendite im Sinne der objektbezogenen Herleitung im Nenner gleichermassen wie die mietrechtliche Herleitung auf die Anlagekosten abstellt und damit identisch bleibt, hängt der Zähler dagegen im Rahmen der objektbezogenen Herleitung wie bei der ökonomischen Herleitung in massgeblicher Weise von der Nutzungsart und der Lage des Mietobjekts ab: Der Mietertrag (SOLL) gemäss der objektbezogenen Herleitung dürfte in städtischen Lagen eher höher ausfallen als in peripheren Lagen. Ähnlich verhält es sich mit Bezug auf die Nutzungsart des Mietobjekts. Dagegen variiert der Zähler im Rahmen der mietrechtlichen Herleitung nicht nach objektspezifischen Kriterien. Vielmehr wird auf pauschalisierte Ansätze abgestellt (Gratz, 1995, S. 14). Folglich dürfte der Zähler im Rahmen der objektbezogenen Herleitung bei hoher Nachfrage entsprechend der Lage und der Nutzungsart der Mietliegenschaft höher ausfallen als gemäss der mietrechtlichen Herleitung. Umgekehrt dürfte der Zähler im Rahmen der objektbezogenen Herleitung bei

tiefer Nachfrage entsprechend der Lage und der Nutzungsart der Mietliegenschaft tiefer ausfallen als gemäss der mietrechtlichen Herleitung. Durch ein Abstellen auf die objektbezogene Bruttorendite wird ebenfalls eine statische und stichtagsbezogene Berechnung des höchstzulässigen Mietzinses angestrebt.

4.3 Verwendung ökonomischer Ertragsdefinitionen und -berechnungen

Vor dem Hintergrund des Wortlautes des Gesetzes, wonach gemäss Art. 269 OR Mietzinse unter anderem dann missbräuchlich sind, wenn damit „[...] *ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird* [...]“ (Art. 269 OR), erscheint auch ein Abstellen auf ertragsbezogene Kennzahlen im Rahmen eines möglichen Lösungsansatzes denkbar.

Als Ertragswert wird die per Bewertungsstichtag diskontierte Summe von unendlich vielen konstanten jährlichen Erträgen verstanden (Canonica, 2018, S. 183). Der Ertragswert entspricht dem kapitalisierten Ertrag (Canonica, 2018, S. 183). Im Rahmen der Bewertung von Immobilien wird zwischen dem Bruttoertrag als Nutzen, den Kosten und Rückstellungen als Aufwand sowie dem daraus resultierenden Nettoertrag (= Cashflow) unterschieden (Canonica, 2018, S. 184).

4.3.1 Brutto- und Nettoertrag

Unter dem Bruttoertrag wird der am Markt erzielbare maximale nachhaltige jährliche Ertrag verstanden, wobei sich dieser bei vermieteten Liegenschaften ohne weitere Berechnung aus den erzielbaren Mietzinsen, mithin aus den Mietverträgen, ableitet (Canonica, 2018, S. 185-186). Der Nettoertrag einer Immobilie ergibt sich aus dem Bruttoertrag abzüglich aller Nutzungskosten und Rückstellungen (Canonica, 2018, S. 190). Die Nutzungskosten stellen dabei die Liegenschaftskosten dar und enthalten die folgenden Kostenpositionen (Canonica, 2018, S. 190-191):

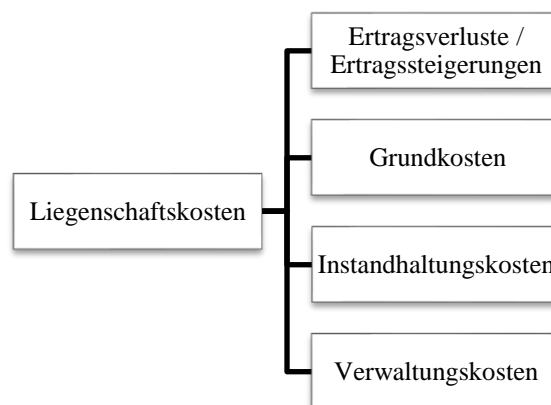


Abbildung 15: Zusammensetzung Liegenschaftskosten (vgl. Canonica, 2018, S. 191)

Dabei umfassen die Ertragsverluste / Ertragssteigerungen die konstanten Mietzinsverluste, Leerstandskosten sowie Verluste aus Mietendenwechseln. Von den Grundkosten werden Gebühren, Abgaben, Versicherungsprämien sowie Steuern und dergleichen erfasst. Die weiteren Kostenpositionen der Nutzungskosten stellen die Instandhaltungs- sowie die Verwaltungskosten dar (Canonica, 2018, S. 191). Die Berechnung der entsprechenden Abzüge für die Nutzungskosten (Liegenschaftskosten) hängen dabei in massgeblicherweise von der konkreten Mietliegenschaft ab und können bei Vorliegen von Liegenschaftsabrechnungen der vergangenen Jahre daraus ermittelt werden (Canonica, 2018, S. 190-191). Liegen keine Liegenschaftsabrechnungen der vergangenen Jahre vor – insbesondere bei neueren Bauten – so ist auf pauschalisierte Ansätze in Prozenten des Bruttoertrages unter Berücksichtigung der objektspezifischen Eigenschaften für die einzelnen Kostenpositionen abzustellen (Canonica, 2018, S. 191).

Ferner sind – wiederum objektspezifisch – Rückstellungen für die erforderlichen grosszyklischen Erneuerungen zu berücksichtigen (Canonica, 2018, S. 191). Die Rückstellungen sind in Prozenten des Bruttoertrages zu ermitteln (Canonica, 2018, S. 192). Auch hier kann bei Nichtvorliegen von entsprechenden Liegenschaftsabrechnungen auf pauschalisierte Ansätze unter Berücksichtigung der objektspezifischen Eigenschaften zurückgegriffen werden (Canonica, 2018, S. 192).

4.3.2 Brutto- und Nettozinssatz

Die Ertragswertberechnungen basieren auf dem Diskontieren, das heisst dem Abzinsen von zukünftigen Erträgen mit einem bestimmten Zinssatz (Canonica, 2018, S. 193). Im Gegensatz zur Ermittlung der Erträge, bei denen zunächst der Bruttoertrag festgesetzt wird und sodann durch entsprechende Abzüge der Nettoertrag ermittelt wird, wird bei den Zinssätzen zunächst der Nettozinssatz festgelegt, aus welchem sich mit entsprechenden Zuschlägen sodann der Bruttozinssatz ermitteln lässt (Canonica, 2018, S. 193).

Der Nettozinssatz ist die Summe aus dem Anteil des Zinssatzes für Fremdkapital und dem Anteil des Zinssatzes für Eigenkapital (Canonica, 2018, S. 193). Er bildet den Zinssatz für die gewichteten durchschnittlichen Kapitalkosten, den Weighted Average Cost of Capital (WACC), und gibt an, wie viel Prozent des Kapitals für die jährlichen Kapitalkosten aufgewendet werden müssen (Canonica, 2018, S. 193).

Der Bruttozinssatz ist die Summe aus dem Nettozinssatz, dem Zinssatzanteil für die Nutzungskosten und dem Zinssatzanteil für die erforderlichen Rückstellungen (Canonica,

2018, S. 194). Er gibt an, wie viel Prozent des Kapitals für die Gesamtkosten einer Immobilie, bestehend aus Kapital- und Nutzungskosten sowie aus den Rückstellungen, jährlich aufgewendet werden müssen (Canonica, 2018, S. 194).

4.3.3 Brutto- und Nettoertragswert

Der Bruttoertragswert ergibt sich aus dem mit dem Bruttozinssatz kapitalisierten Bruttoertrag und stellt das Verhältnis zwischen dem Bruttoertrag und dem Bruttozinssatz dar (Canonica, 2018, S. 196):

$$\text{Bruttoertragswert} = \frac{\text{Bruttoertrag}}{\text{Bruttozinssatz}}$$

Abbildung 16: Formel zur Berechnung des Bruttoertragswertes (vgl. Canonica, 2018, S. 196)

Der Nettoertragswert ergibt sich aus dem mit dem Nettozinssatz kapitalisierten Nettoertrag und stellt das Verhältnis zwischen dem Nettoertrag und dem Nettozinssatz dar (Canonica, 2018, S. 197):

$$\text{Nettoertragswert} = \frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Nettozinssatz}}$$

Abbildung 17: Formel zur Berechnung des Nettoertragswertes (vgl. Canonica, 2018, S. 196-197)

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zeigt sich, dass ein Abstellen auf die ökonomische Ertragsdefinitionen und -berechnungen im Rahmen der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen kaum ein praktikabler Lösungsansatz darstellt: Während sich der Bruttoertragswert mit eher geringem Aufwand ermitteln lässt, sind für die Ermittlung des Nettoertragswerts aufwändigere Berechnungen erforderlich. Auch hier sind wiederum die Liegenschaftsabrechnungen der vergangenen Jahre – oder alternativ pauschalisierte Ansätze unter Berücksichtigung der objektspezifischen Eigenschaften für einzelne Kostenpositionen – erforderlich. Dieses Vorgehen beschlägt wiederum die Transparenz in negativer Weise. Würde man im Rahmen der mietrechtlichen Berechnung auf die ökonomischen Ertragsdefinitionen und -berechnungen abstellen, so würde man in Abkehr zu den statischen und stichtagsbezogenen Renditen auf die in der Bewertungspraxis verbreiteten dynamischen Renditeberechnungen abstellen (Wetzel, 2007, S. 138). Allerdings hat dies zur Konsequenz, dass man auf zukünftig zu erzielende Erträge abstellt, welche – bei Feststellung einer Missbräuchlichkeit eines Mietzinses – unter Umständen gar nicht mehr erzielt werden können beziehungsweise dürfen. Ebenso wäre die Koppelung des höchstzulässigen Mietzinses an den Referenzzinssatz respektive dessen Zuschlag zu revidieren. Insgesamt ist ein Abstellen auf die ökonomischen

Ertragsdefinitionen und -berechnungen damit kaum ein valider Lösungsansatz im Rahmen von Mietzinsregulierungen.

4.4 Mietzinsregulierungen in Anlehnung an deutsches Recht

Die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen im Sinne von Art. 269 OR bis Art. 270e OR gelten sowohl für eigentliche Mietverträge als auch sinngemäss für Verträge, die eine Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen gegen Entgelt regeln, unabhängig von der konkreten Vertragsbezeichnung (Art. 253b Abs. 1 OR; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 15). Vom Anwendungsbereich der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen ausgenommen sind insbesondere „[...] *die Miete von luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern mit sechs oder mehr Wohnräumen (ohne Anrechnung der Küche).*“ (Art. 253b Abs. 2 OR). Während die Bestimmung der Anzahl Zimmer in der Praxis kaum zu Problemen führen dürfte, wird der Begriff von „[...] *luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern* [...]“ (Art. 253b Abs. 2 OR) weder im Gesetz noch in der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) definiert (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 15). Damit verbleibt ein grosser Ermessensspielraum für die rechtsanwendenden Behörden (Rohrer, 2018, S. 59). Gemäss der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Gesamteindruck für die Frage des luxuriösen Charakters des Mietobjektes entscheidend, wobei ein solcher nur mit Zurückhaltung angenommen werden darf (Rohrer, 2018, S. 59; Püntener, 2016, S. 83; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 18; BGer 4A_257/2015 vom 11. Januar 2016, E. 3.1). Luxuriösen Charakter ist einem Mietobjekt nur dann zu attestieren, wenn es das übliche Mass an Komfort deutlich übersteigt beziehungsweise einen Standard aufweist, den man selten antrifft (Rohrer, 2018, S. 59). Grund für den gesetzlichen Ausschlussgrund von Luxusobjekten vom Anwendungsbereich der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen ist die *ratio legis* der Missbrauchsgesetzgebung (Püntener, 2016, S. 83; Rohrer, 2018, S. 55): Die Mietenden, die sich ein entsprechendes Mietobjekt leisten können, bedürfen keinen Sozialschutz, womit eine Beschränkung der Vertragsfreiheit unangemessen wäre (Rohrer, 2018, S. 55; Sommer & Bartholdi, 2023, S. 18). Weiter werden vom Anwendungsbereich der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen auch „[...] *Wohnräume, deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurde und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden.* [...]“ (Art. 253b Abs. 3 OR) ausgenommen (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 18).

Ein differenzierter Ansatz zu Mietzinsregulierungen von Wohn- und Geschäftsräumen und Ausnahmetatbeständen vom Anwendungsbereich derselben finden sich dagegen in Deutschland. Mit Blick auf den Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und in Anlehnung an das in Deutschland massgebende Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) kann man sich die Frage stellen, ob eine differenzierte Betrachtung von Mietzinsregulierungen von Wohn- und Geschäftsräumen in Abkehr zu den Renditedefinitionen und -berechnungen sowie eine Erweiterung der Ausnahmetatbestände von den Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen angezeigt erscheint.

4.4.1 Mietzinsregulierungen von Wohnräumen

Im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) finden sich in § 535 BGB bis § 548a BGB allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse. Für Mietverhältnisse über Wohnräume finden sich sodann weitere konkretisierende Bestimmungen in § 549 BGB bis § 561 BGB, wobei sich Bestimmungen über höchstzulässige Mietzinse insbesondere in § 556d BGB sowie in den §§ 557 bis 561 BGB finden. § 556d Abs. 1 BGB sieht dabei vor, dass beim Abschluss eines Mietvertrages über Wohnraum in einem gemäss Verordnung bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt, die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete höchstens um zehn Prozent übersteigen darf (§ 556d Abs. 1 BGB; sog. „Mietpreisbremse“). Die ortsübliche Vergleichsmiete ergibt sich dabei aus den üblichen Entgelten, „[...] *die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten sechs Jahren vereinbart oder [...] geändert worden sind.* [...]“ (§ 558 Abs. 2 BGB). Zwecks Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete dienen die von den Gemeinden oder von Interessenvertreterinnen und Interessenvertretern der Vermietenden und der Mietenden gemeinsam erstellten oder anerkannten Mieterspiegel. Diese Mieterspiegel bilden die ortsüblichen Vergleichsmieten ab (Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung, 2024, S. 9).

Die Bestimmungen zur sogenannten Mietzinsbremse gehen zurück auf das am 1. Juni 2015 in Kraft getretene Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz [MietNovG]) (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 6). Dieses Gesetz begrenzt die zulässige Mietzinshöhe in Gebieten mit einem angespannten Wohnungsmarkt bei der Wiedervermietung auf die

Höhe des ortsüblichen Vergleichs zuzüglich zehn Prozent (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 6; § 556d Abs. 1 BGB). Im Falle einer höheren Vormiete darf der Mietzins bis auf die Höhe der Vormiete festgesetzt werden (§ 556e BGB). Die Gebiete mit einem angespannten Wohnungsmarkt werden durch die einzelnen Bundesländer mittels Rechtsverordnung festgesetzt, wobei ein Gebiet für höchstens fünf Jahre zu einem angespannten Wohnungsmarkt bestimmt werden darf (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 6; § 556d Abs. 2 BGB). Von den Bestimmungen zur sogenannten Mietpreisbremse ausgenommen sind insbesondere Neubauten, die erstmals nach dem 1. Oktober 2014 genutzt und vermietet wurden sowie Mietobjekte im Rahmen der Erstvermietung nach einer umfassenden Modernisierung (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 6; § 556f BGB). Einfache Modernisierungen in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses können weiterhin bei der Festsetzung des Mietzinses berücksichtigt werden (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 6; § 556e Abs. 2 BGB).

Die mietpreisbegrenzenden Bestimmungen bezwecken eine Dämpfung von Mietpreisanstiegen auf angespannten Wohnungsmärkten. Die Mietpreisbegrenzung auf den angespannten Wohnungsmärkten soll dazu beitragen, einer Verdrängung von wirtschaftlich weniger leistungsfähigen Mietenden aus stark nachgefragten Wohnquartieren entgegenzuwirken (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 7). Den Bestimmungen kommt dabei sowohl mit Bezug auf den zeitlichen Geltungsbereich von maximal fünf Jahren als auch mit Bezug auf den räumlichen Geltungsbereich, der sich auf angespannte Wohnungsmärkte begrenzt, den Charakter einer vorübergehenden Massnahme zu (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 7). Durch die Ausnahmetatbestände von der Mietzinsbegrenzung für Erstvermietungen und Vermietungen nach umfassenden Modernisierungen soll sichergestellt werden, dass Neubautätigkeiten und Modernisierungen von Wohnräumen weiterhin stattfinden (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 7). Mit der Ausnahme der Höhe der Vormiete soll sodann der Bestandesschutz gewährleistet werden (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 7).

In der Vergangenheit wurde in der Schweiz von der mietendenfreundlichen Seite verschiedentlich die Einführung einer Mietpreiskontrolle für Wohnimmobilien gefordert (Mieterinnen- und Mieterverband, 2022; Badran, 2021; Sommaruga, 2021). Gefordert

wurde eine periodische Revisionspflicht für Vermietende, welche eine Vielzahl von Mietobjekten als Wohnräume vermieten, um sicherzustellen, dass die Höhe der Mietzinse den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Letztlich sollte damit vermieden werden, dass durch die Erzielung eines übersetzten Ertrages missbräuchliche Mietzinse resultieren (Mieterinnen- und Mieterverband, 2022; Badran, 2021; Sommaruga, 2021). Diese Bestrebungen sind bislang gescheitert (Badran, 2021; Sommaruga, 2021).

Mit Blick auf die Mietzinsregulierungen von Wohnräumen gemäss den Bestimmungen des in Deutschland massgebenden Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und in Anlehnung an die in der Schweiz seitens der mietendenfreundlichen Seite verschiedentlich postulierte Einführung einer Mietpreiskontrolle, kann man sich durchaus die Frage stellen, ob auch in der Schweiz eine analoge Regelung zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen bei Wohnräumen wie in Deutschland zielführend sein könnte. Einerseits würde durch die Erstellung von Mieterspiegeln, welche die ortsüblichen Vergleichsmieten abbilden, sowohl für Vermietende als auch für Mietende mehr Transparenz geschaffen werden. Ferner könnten durch die Ausnahmetatbestände von der Mietzinsbegrenzung für Erstvermietungen und für Vermietungen nach umfassenden Überholungen negative Effekte auf die Neubautätigkeit und die Modernisierung von Wohnräumen vermieden werden. Weiter würde durch den sowohl in örtlicher als auch in zeitlicher Hinsicht begrenzten Geltungsbereich den unterschiedlichen regionalen Gegebenheiten gebührend Rechnung getragen werden. Insgesamt erscheinen die Mietzinsregulierungen für Wohnräume gemäss dem deutschen Recht sowohl für die Vermietenden als auch für die Mietenden transparenter und praktikabler. Allerdings gilt zu berücksichtigen, dass die Wirksamkeit der in Deutschland geltenden mietspreisbegrenzenden Bestimmungen lediglich punktuell evaluiert werden konnten und damit noch keine abschliessende Beurteilung zur Wirksamkeit der Mietpreisregulierungen von Wohnräumen mit Blick auf den Sinn und Zweck der Bestimmungen erfolgen kann (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 2019, S. 95-99).

4.4.2 Mietzinsregulierungen von Geschäftsräumen

Die Geschäftsraummiete wird in dem in Deutschland massgebenden Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) lediglich dahingehend reguliert, als dass die Geschäftsraummiete nicht sittenwidrig oder Wucher darstellen darf (§ 138 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) (Gondring, 2009, S. 585). Gemäss § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, nichtig. Nichtig ist dabei im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB „[...] ein

Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen.“ (§ 138 Abs. 2 BGB). Von Wucher im Rahmen eines Mietverhältnisses ist dann auszugehen, wenn der Mietzins über 50 Prozent über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt und die Vermietenden bei Vertragsschluss zugleich die Unerfahrenheit der Mietenden, eine Zwangslage der Mietenden, ein Mangel ihres Urteilsvermögens oder eine erhebliche Willensschwäche bewusst ausgenutzt haben (Gondring, 2009, S. 585; § 138 Abs. 2 BGB).

Mit Blick auf die Mietzinsregulierungen von Geschäftsräumen gemäss den Bestimmungen des in Deutschland massgebenden Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, kann man sich durchaus die Frage stellen, ob auch in der Schweiz eine analoge Regelung zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen bei Geschäftsräumen wie in Deutschland zielführend sein könnte. Ein möglicher Lösungsansatz bestünde darin, dass man die Geschäftsraummiete gänzlich von den Mietzinsregulierungen ausnimmt, denn im Rahmen des Geschäftsverkehrs gilt in sämtlichen Bereichen der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Es ist weder ersichtlich noch mit dem Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, mithin mit dem Sozialschutz, vereinbar, eine Beschränkung der Vertragsfreiheit mit Bezug auf die Geschäftsraummiete und damit im Geschäftsverkehr aufrecht zu erhalten. Zumal bereits in Art. 19 ff. OR sowie insbesondere in Art. 157 StGB gesetzliche Schranken der Vertragsfreiheit statuiert werden. Diese würden mit Bezug auf die Mietzinsbeschränkung von Geschäftsraummiets zur Anwendung gelangen.

4.5 Koppelung der Mietzinse an Teuerung statt an Referenzzinssatz

Der Referenzzinssatz basiert auf dem volumengewichteten Durchschnittzinssatz für inländische Hypothekarforderungen und wird durch kaufmännische Rundung in Viertelprozenten festgesetzt (Art. 12a Abs. 1 VMWG). Dabei gibt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung den Referenzzinssatz vierteljährlich bekannt (Art. 12a Abs. 2 VMWG).

Verschiedentlich wurde die Anknüpfung der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen an den Referenzzinssatz (vormals den Hypothekarzinssatz für erste Hypotheken der Grossbanken) mit unterschiedlichen Begründungen kritisiert: Einerseits wird ein Abstellen auf ein gesamtschweizerisch einheitlicher Referenzzinssatz (vormals den

Hypothekarzinssatz für erste Hypotheken der Grossbanken) deshalb kritisiert, weil dadurch die individuellen beziehungsweise objektbezogenen Kriterien nicht berücksichtigt werden (Wetzel, 2007, S. 139). Damit bleibt der Umstand unberücksichtigt, dass Immobilieninvestoren – insbesondere abhängig von der Lage ihrer Renditeobjekte – unterschiedliche Renditeanforderungen stellen (Wetzel, 2007, S. 139). Andererseits wird ein Abstellen auf den Referenzzinssatz deshalb kritisiert, weil es sich dabei um den volumengewichteten Durchschnittzinssatz für inländische Hypothekarforderungen handelt und dieses Kriterium „[...] *künstlich und abstrakt* [...]“ und nicht der „[...] *sozioökonomischen Realität* [...]“ entsprechend ist (Feller, 2014 unter Verweis auf: Grüne Fraktion, 2013). Aufgrund des Anstieges des Referenzzinssatzes in der jüngsten Vergangenheit wurde die Debatte zur Koppelung des höchstzulässigen Mietzinses an den Referenzzinssatz erneut entfacht (Fister, Kraft & Steffen, 2024; Martel, 2023; Gugger, 2023; Dandrès, 2023; Sommaruga, 2023). Gefordert wird unter anderem, die höchstzulässigen Mietzinse an die allgemeine Teuerung respektive den Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) anzubinden, anstelle einer Koppelung an den Referenzzinssatz (Fister et. al., 2024; Martel, 2023).

Am 12. Dezember 2008 legte der Bundesrat einen Entwurf betreffend die Änderung des Obligationenrechts mit Bezug auf die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen vor (BBl 2009 347 ff., S. 347). Im Vordergrund der Revision stand dabei die Aufhebung der Koppelung der höchstzulässigen Mietzinse an die Hypothekarzinssätze. Vorgesehen wurde, dass die Mietzinse der Entwicklung der Teuerung folgen sollten. Begründet wurde der vorgeschlagene Wechsel von einem Modell der Kostenmiete zu einem Indexsystem mit der Vereinfachung der Mietzinsgestaltung sowie deren höheren Transparenz und einem moderateren Anstieg von Mietzinsen (BBl 2009 347 ff., S. 348). Die Revisionsbestrebungen scheiterten schliesslich mangels Einigung über den Indexierungsgrad, mithin der konkreten Höhe der Überwälzung der Inflation auf die Mietzinse (Hausmann, 2016, S. 383).

Mit Blick auf die ausländischen Rechtsordnungen, in denen eine Indexierung der Miete an die allgemeine Teuerung weit verbreitet ist (Fister et. al., 2024; vgl. § 557b BGB) und in Anlehnung an die in der jüngsten Vergangenheit geführte Diskussion (Fister et. al., 2024; Martel, 2023; Gugger, 2023; Dandrès, 2023; Sommaruga, 2023), kann man sich durchaus die Frage stellen, ob auch in der Schweiz eine analoge Regelung zur Anbindung der Mietzinse an den Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) anstelle einer Koppelung an den Referenzzinssatz angezeigt erscheint. Die Vorteile gegenüber der

heutigen Lösung wären sowohl die starke Vereinfachung als auch der kleinere administrative Aufwand zur Bestimmung der höchstzulässigen Mietzinse (Fister et. al., 2024). Ferner zeichnet sich eine solche Lösung durch höhere Transparenz und einen moderateren Anstieg von Mietzinsen aus (BBl 2009 347 ff., S. 348). Zudem würde eine Indexmiete Abhilfe zur paradoxen Situation schaffen, wonach die Schweizerische Nationalbank mit ihren Zinserhöhungen, welche die Inflation bremsen sollen, gleichzeitig die Wohnungsmieten steigen lassen und damit die Teuerung indirekt antreiben (Martels, 2023; Fister et. al., 2024).

5. Zusammenfassung, Handlungsempfehlungen und Ausblick

Die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit bestand darin, die im schweizerischen Mietrecht geltenden Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie deren Berechnungen zu analysieren und einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Ebenso sollten Lösungsansätze aufgezeigt werden und schliesslich Handlungsempfehlungen abgegeben werden.

5.1 Zusammenfassung

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen lässt sich zusammenfassend festhalten, dass weder die Nettorendite noch die Bruttorendite durch das Gesetz oder die Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) definiert wird. Vielmehr wurden sowohl die Netto- als auch die Bruttorendite im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mittels eigenständigen juristischen Renditedefinitionen und -berechnungen in den vergangenen Jahrzehnten definiert und kontinuierlich fortgebildet. Aus der Entstehungsgeschichte des schweizerischen Mietrechts und insbesondere den Mietzinsregulierungen zeigt sich, dass sich die Bestimmungen und Grundsätze zur Missbräuchlichkeit von Mietzinsen in ursprünglich mehrheitlich notrechtlich erlassenen Bestimmungen verorten lassen (Hausmann, 2016, S. 399). Aufgrund der Bedeutung und der Tragweite der Netto- und der Bruttorendite sowie deren Berechnungen im Kontext der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen ist dies unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips sowie der Gewaltenteilung problematisch (Sommer & Bartholdi, 2023, S. 22; Feller, 2017). Ferner ist der Umstand der kontinuierlichen (Weiter-)Entwicklung der Netto- und der Bruttorendite sowie deren Berechnungen und die Festsetzung der zulässigen Höchstgrenzen der Rechtssicherheit abträglich (Rohrer, 2021, S. 125).

Die im schweizerischen Mietrecht zur Anwendung gelangenden Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie deren Berechnungen und die diesen zugrunde liegenden

Parametern weichen insbesondere von den in der Immobilienwirtschaft massgeblichen Renditedefinitionen und -berechnungen ab. Im Ergebnis tragen die im schweizerischen Mietrecht zur Anwendung gelangenden Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie deren Berechnungen und die diesen zugrunde liegenden Parametern den ökonomischen Gegebenheiten sowie den immobilientypischen Eigenschaften keine Rechnung. Im Rahmen einer allfälligen Revision des schweizerischen Mietrechts bezüglich der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen wäre zu prüfen, ob die aktuell geltenden Mietzinsregulierungen nicht durch einen praxistauglicheren und in sich konsistenten Ansatz ersetzt werden könnten. Dabei wäre beispielsweise durch das Abstellen auf ökonomische Renditedefinitionen, wie die Netto- und Bruttorendite, oder durch das Abstellen auf Objektrenditen, insbesondere auch den ökonomischen Gegebenheiten sowie den immobilientypischen Eigenschaften gebührend Rechnung zu tragen. Ferner wäre insbesondere mit Blick auf den Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, mithin dem Sozialschutz, zu prüfen, ob eine differenzierte Betrachtung von Mietzinsregulierungen von Wohn- und Geschäftsräumen sowie eine Erweiterung der Ausnahmetatbestände von den Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, beispielsweise in Anlehnung an das in Deutschland massgebende Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), angezeigt erscheint.

Die vorstehend skizzierten validen Lösungsansätze lassen sich in drei alternative Revisionsansätze zu ganzheitlichen und kohärenten Handlungsempfehlungen zusammenfügen. Die Anregungen zur mietzinsbezogenen Revision des Obligationenrechts sowie der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) gemäss den drei verschiedenen Revisionsansätzen finden sich im Anhang der vorliegenden Arbeit.

5.2 Handlungsempfehlungen

Den drei Revisionsansätzen gemeinsam ist die Empfehlung einer konkreten gesetzlichen Normierung der massgebenden Grundlagen zur Definition und der dieser zugrunde liegenden Berechnung von missbräuchlichen Mietzinsen, um dem Aspekt des Legalitätsprinzips sowie der Gewaltenteilung und schliesslich auch der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.

Ebenso ist den Revisionsansätzen gemeinsam, dass im Unterschied zu regulierten Mietzinsen von Wohnräumen im Rahmen der Geschäftsraummietauf den Grundsatz der Vertragsfreiheit abzustellen ist, mithin keine Mietzinsregulierungen vorzusehen sind.

Eine Einschränkung der Vertragsfreiheit mit Bezug auf die Geschäftsraummieta lässt sich mit dem Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, mithin dem Sozialschutz, nicht rechtfertigen.

Weiter ist den Revisionsansätzen gemeinsam, dass – mit Blick auf Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen von Wohnräumen – sich lediglich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Parteien eine Überprüfung des Mietzinses auf seine Rechtmässigkeit hin rechtfertigt. Denn den Parteien kommt nur im Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsabschlusses die Möglichkeit zu, sich über die Höhe des Mietzinses als Ausfluss der Parteiautonomie zu verständigen und zu einigen (Hausmann, 2016, S. 401-402). Analoges gilt auch mit Bezug auf das Mietobjekt: Die Parteien können sich nur im Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsabschlusses auf dieses Mietobjekt im entsprechenden Zustand einigen (Hausmann, 2016, S. 404). Während den Vermietenden weiterhin die Möglichkeit einer Modernisierung des Mietobjekts zukommen soll, sollen daraus resultierende Mietzinsanpassungen in laufenden Mietverhältnissen ausgeschlossen sein. Denn die Mietenden haben keine Möglichkeit, die Veränderung des Mietobjekts zu beeinflussen oder zu verhindern (Hausmann, 2016, S. 404). Bei einer Folgevermietung könnten die Vermietenden den Mietzins wiederum anpassen (Hausmann, 2016, S. 404). Folglich ist in Abkehr vom Konzept der „wertvermehrenden“ Mehrleistungen seitens der Vermietenden, die eine Erhöhung des Mietzinses in einem laufenden Mietverhältnis zu begründen vermögen, im Zuge einer allfälligen Revision eine vollständige Streichung von Art. 269a lit. b OR sowie Art. 14 VMWG vorzusehen (Hausmann, 2016, S. 403-404). Davon ausgenommen – und wiederum im Rahmen der Revisionsansätze zu berücksichtigen – ist die Möglichkeit einer während der Mietdauer erfolgende Anpassung des Mietzinses an die Teuerung. Damit soll eine spätere Überprüfung des Mietzinses auf seine Rechtmässigkeit – mit Ausnahme des zuzulassenden Teuerungsausgleichs – ausgeschlossen werden.

Ferner sind mit Bezug auf die Revisionsansätze Übergangsbestimmungen vorzusehen, sodass für sämtliche Mietverträge, welche vor dem Inkrafttreten der revidierten Normen abgeschlossen worden sind, unverändert die ursprünglichen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen würden, während für sämtliche nach dem Inkrafttreten der revidierten Normen abgeschlossenen Mietverträge die neuen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen würden (Hausmann, 2026, S. 408).

5.2.1 Revisionsansatz 1: Neudefinition von Renditedefinitionen und -berechnungen / Koppelung an mittlere Renditeerwartungen

Ein erster Lösungsansatz besteht in einer Harmonisierung der Renditedefinitionen und deren Berechnungen, mithin in der Verwendung von ökonomischen Renditedefinitionen und -berechnungen im Rahmen der Definition und Berechnung von missbräuchlichen Mietzinsen.

Mit Urteil vom 26. Oktober 2020 nahm das Bundesgericht insbesondere unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Wirtschaftslage (BGE 147 III 14, E. 8.2) eine Rechtsprechungsänderung vor, um im Ergebnis zu gewährleisten, dass die zulässige Renditeerzielung der Vermietenden in keinem Missverhältnis zum Gebrauchswert des betreffenden Mietobjekts steht (BGE 147 III 14, E. 8.2). Anstelle von korrigierenden Eingriffen durch Rechtsprechungsänderung(en) des Bundesgerichts im Rahmen der Berechnung der zulässigen Renditen, ist ein Abstellen auf die ökonomischen Renditedefinitionen und -berechnungen im Rahmen der Definition und Berechnung von missbräuchlichen Mietzinsen transparenter und praktikabler. Zumal dadurch auch den wirtschaftlichen Gegebenheiten sowie den immobilientypischen Eigenschaften gebührend Rechnung getragen wird.

Folglich sind die aktuell im schweizerischen Mietrecht geltenden Renditedefinitionen und -berechnungen im Rahmen der Definition und Berechnung von missbräuchlichen Mietzinsen durch die Verwendung von ökonomischen Renditedefinitionen und deren Berechnungen zu ersetzen.

In Abkehr zur Koppelung der höchstzulässigen Mietzinse an den Referenzzinssatz als volumengewichteter Durchschnittzinssatz für inländische Hypothekarforderungen ist für die Bestimmung der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen als Referenz an die mittlere Renditeerwartung auf dem Markt abzustellen: Zur Bestimmung der mittleren Renditeerwartung auf dem Markt ist auf unabhängige Gutachten oder – alternativ und in Anlehnung an das deutsche Recht – auf Renditespiegel abzustellen. Diesem Lösungsansatz folgend sind Mietzinse für Wohnräume in der Konsequenz dann missbräuchlich, wenn die aus der ökonomischen Herleitung errechnete Rendite das Niveau der mittleren Renditeerwartung auf dem Markt, mithin die objekt-, standort- und marktgerechte Rendite, um mehr als zehn Prozent übersteigt. Die Verordnung des Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über die Erhebung des für die Mietzinse massgebenden hypothekarischen Durchschnittzinssatzes (Zinssatzverordnung) vom 22. Januar 2008 ist damit obsolet und ersatzlos aufzuheben.

5.2.2 Revisionsansatz 2: Abstellen auf Objektrenditedefinitionen und -berechnungen / Koppelung an mittlere Renditeerwartungen

Ein zweiter Revisionsansatz besteht in einer Objektbetrachtung der Immobilie, mithin dem Abstellen auf Objektrenditedefinitionen und -berechnungen, im Rahmen der Definition und Berechnung von missbräuchlichen Mietzinsen.

Dementsprechend sind die aktuell im schweizerischen Mietrecht geltenden Renditedefinitionen und -berechnungen im Rahmen der Definition und Berechnung von missbräuchlichen Mietzinsen durch die Verwendung von objektbezogenen Renditedefinitionen und deren Berechnungen zu ersetzen.

In Abkehr zur Koppelung der höchstzulässigen Mietzinse an den Referenzzinssatz ist für die Bestimmung der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen als Referenz – wie beim ersten Revisionsansatz – an die mittlere Renditeerwartung auf dem Markt abzustellen: Die Bestimmung der mittleren Renditeerwartung erfolgt sodann gleich wie beim zweiten Revisionsansatz, sodass auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden kann. Diesem Revisionsansatz folgend sind Mietzinse für Wohnräume in der Konsequenz dann missbräuchlich, wenn die aus der objektbezogenen Herleitung errechnete Rendite das Niveau der mittleren Renditeerwartung auf dem Markt, mithin die objekt-, standort- und marktgerechte Rendite, um mehr als zehn Prozent übersteigt. Wie beim zweiten Revisionsansatz ist auch bei diesem Revisionsansatz die Verordnung des Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über die Erhebung des für die Mietzinse massgebenden hypothekarischen Durchschnittszinssatzes (Zinssatzverordnung) vom 22. Januar 2008 obsolet und ersatzlos aufzuheben.

5.2.3 Revisionsansatz 3: Abkehr von Renditedefinitionen und -berechnungen zu Vergleichsmiete / Koppelung an mittleren Vergleichsmietzins

Ein weiterer Revisionsansatz besteht in der Abkehr von den aktuell im schweizerischen Mietrecht anwendbaren Netto- und Bruttorenditedefinitionen sowie den diesen zugrunde liegenden Berechnungen und deren zulässigen Höchstgrenzen. Stattdessen ist in Anlehnung an das deutsche Recht die Missbräuchlichkeit von Mietzinsen an die ortsübliche Vergleichsmiete zu knüpfen: Dementsprechend liegt ein missbräuchlicher Mietzins dann vor, wenn beim Abschluss eines Mietvertrages über Wohnraum in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt, die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als zehn Prozent überschreitet. Zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist auf unabhängige Gutachten oder – alternativ und in Analogie zum deutschen Recht – auf Mieterspiegel

abzustellen. Bei der Herleitung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist dabei auf sämtliche Kriterien, die die Höhe der Mietzinse, wie die Art, Grösse, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage des Mietobjekts, beeinflussen, abzustellen.

Folglich sind die aktuell im schweizerischen Mietrecht geltenden Renditedefinitionen und -berechnungen im Rahmen der Definition und Berechnung von missbräuchlichen Mietzinsen durch die ortsübliche Vergleichsmiete zu ersetzen.

In Abkehr zur Koppelung der höchstzulässigen Mietzinse an den Referenzzinssatz als volumengewichteter Durchschnittzinssatz für inländische Hypothekarforderungen, ist dieser für die Bestimmung der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen bei ortsüblichen Vergleichsmieten obsolet und die Verordnung des Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über die Erhebung des für die Mietzinse massgebenden hypothekarischen Durchschnittzinssatzes (Zinssatzverordnung) vom 22. Januar 2008 ist ersatzlos aufzuheben.

5.3 Ausblick

Sowohl im Interesse der Mietenden als auch im Interesse der Vermietenden sollte eine konkrete gesetzliche Normierung der massgebenden Grundlagen zur Definition und der dieser zugrunde liegenden Berechnung von höchstzulässigen Mietzinsen, gesetzlich normiert werden. Dabei sollte sowohl dem Sinn und Zweck der Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, mithin dem Sozialschutz, als auch den wirtschaftlichen sowie den immobilienpezifischen Gegebenheiten und den Interessen der Vermietenden eine angemessene Rendite zu erzielen, gebührend Rechnung getragen werden. Die Schwierigkeit der Findung eines Konsenses hinsichtlich einer allfälligen Revision des schweizerischen Mietrechts mit Bezug auf die Festsetzung von höchstzulässigen Mietzinsen von Wohn- und Geschäftsräumen dürfte dabei insbesondere in der politischen Argumentation der jeweiligen Interessenvertreterschaft liegen. Dabei wäre im Rahmen des politischen Diskurses – nebst der Durchsetzung der jeweiligen (Eigen-)Interessen – auch dem Umstand Rechnung zu tragen, was man mit einer Beibehaltung des *status quo* – sowohl seitens der Mietenden als auch seitens der Vermietenden – einbüsst.

Literaturverzeichnis

- Badran, J. (2021). *Periodische Revisionspflicht der Rendite auf Mieteinnahmen bei Wohnimmobilien zur Sicherstellung des gesetzlichen Zustands. Parlamentarische Initiative (21.469)*. Gefunden unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20210469>.
- Bättig, H. (2016). Mietzinsgestaltung. In Müller, J., Geiser, T., Münch, P., Uhlmann, F., Passadelis, N. (Hrsg.). *Handbücher für die Anwaltspraxis. Wohn- und Geschäftsraummiete. Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht*. (S. 3-70). Basel: Helbling Lichtenhahn Verlag.
- Bodmer, F. & Borner, S. (2015). *Auswirkungen der Mietzinsregulierung. Gutachten im Auftrag des Hauseigentümergebundes Schweiz (HEV)*. Basel: Autor.
- Bodmer, F. (2023). *Der Schweizer Wohnungsmarkt. Eine Auslegeordnung*. In Pensimo (Hrsg.). Zürich: Park Books AG.
- Brutschin, S. (2016). Zu Kapitel 18: Übersetzter Ertrag aus der Mietsache und zu Kapitel 19: Die übrigen Kriterien zur Festsetzung des Mietzinses. Kapitel 19. In Lachat, D., Béguin, A., Brutschin, S., Dörflinger, P., Mühlebach, R., Püntener, R., Roy, C., Spirig, I., Thanei, A., Wytttenbach, M. & Zahradnik, P. (Hrsg.). *Mietrecht für die Praxis*. 9. Auflage. (S. 459 – 550). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Bundesamt für Statistik BFS (2022). *Landesindex der Konsumentenpreise (Dezember 2010 = 100). Methodische Grundlagen. Dokumentation 2021 (5) Preise*. Neuchâtel: Autor. Gefunden unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/landesindex-konsumentenpreise.assetdetail.20984927.html>.
- Bundesamt für Statistik BFS (2024). *Landesindex für Konsumentenpreise (LIK). Dokumentation 2023 (5) Preise*. Neuchâtel: Autor. Gefunden unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/landesindex-konsumentenpreise.assetdetail.30525839.html>.
- Bundesamt für Statistik BFS (2024). *LIK-Resultate. Tabelle für Indexierungszwecke*. Gefunden unter: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/landesindex-konsumentenpreise.gnpdetail.2024-0294.html>.

Bundesamt für Wohnungswesen BWO (2024). *Hypothekarischer Referenzzinssatz*.

Gefunden unter:

<https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/mietrecht/referenzzinssatz/entwicklung-referenzzinssatz-und-durchschnittzinssatz.html>).

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforderung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (2024). *Handlungsempfehlungen zur Erstellung von Mietspiegeln*.

Bonn: Autor. Gefunden unter:

https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/veroeffentlichungen/sonderveroeffentlichungen/2024/handlungsempfehlungen-erstellung-mietspiegel-dl.pdf;jsessionid=B4C48414FBA40FB6FE1E86CA068F5A3A.live21321?_blob=publicationFile&v=2.

Bundesministerium der Justiz BMJ (2022). *Das Mietrecht*. Gefunden unter:

https://www.bmj.de/DE/themen/kaufen_reisen_wohnen/miete_wohnungseigentum/mietrecht/mietrecht_node.html.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2019). *Die Regelungen zur zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten («Mietpreisbremse») in der gerichtlichen Praxis*. Gefunden unter:

https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachpublikationen/MPB_Gutachten_gerichtlichePraxis_BMJV.pdf?_blob=publicationFile&v=4.

Canonica, F. (2018). *Die Immobilienbewertung. Schätzerwissen im Überblick*. 3. unveränderter Nachdruck. Gossau: Cavelti AG.

Dandrès, C. (2023). *Dringliche Massnahme. Mietzinsexplosion stoppen. Parlamentarische Initiative (23.3850)*. Gefunden unter:

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20233850>.

Feller, O. (2014). *Mietrecht. Entkoppelung des zulässigen Ertrags vom hypothekarischen Referenzzinssatz. Parlamentarische Initiative (14.403)*. Gefunden unter:

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140403>.

Feller, O. (2017). *Zeitgemässe Berechnung der zulässigen Rendite im Mietrecht. Parlamentarische Initiative (17.491)*. Gefunden unter:

<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170491>.

Fister, L., Kraft, Ch. & Steffen, D. (2024). *Referenzzinssatz. Sinn oder Unsinn?* In Die Volkswirtschaft. Plattform für Wirtschaftspolitik. Gefunden unter: <https://dievolkswirtschaft.ch/de/2024/05/referenzzinssatz-sinn-oder-unsinn/>.

Gondring, H. (2009). *Immobilienwirtschaft – Handbuch für Studium und Praxis*. 2. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen GmbH.

Gratz, E. (1995). *Mietzinsgestaltung*. St. Gallen: Zollikofer AG.

Grüne Fraktion. (2013). *Mietzinse an die Teuerung binden statt an den Hypozins. Parlamentarische Initiative (13.459)*. Gefunden unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20130459>.

Gugger, N.-S. (2023). *Mietzinserhöhung trifft Mieter vierfach. Evaluation der rechtlichen Grundlage für Mietzinserhöhungen. Parlamentarische Initiative (23.4272)*. Gefunden unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20234272>.

Hauri, H. (1979). *Der missbräuchliche Mietzins. Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich*. Zürich: Juris Druck + Verlag Zürich.

Hausmann, U. (2016). *Vertragsfreiheit im Schweizer Mietrecht von 1804 bis 2014 unter besonderer Berücksichtigung des Mietzinses. Rechtshistorischer und rechtspolitischer Hintergrund der heutigen Vertragsschranken im Mietrecht*. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG.

Higi, P. (1998). Zu Art. 269 OR und zu Art. 269a OR. In Gauch, P. & Schmid, J. (Hrsg.). *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Miete, Band V, Teilband V 2b, Dritte Lieferung Art. 269-270e OR, 4., völlig neu bearbeitete Auflage*. (S. 60-210 und S. 211-347). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.

Löpfe, A., Cachemaille, Y., Conca, D., Feusi, M., Frei, M., Prien, U., Rinderknecht, T., Schädle, S. & Seiler, M. (2017). *Swiss Valuation Standard (SVS). Best Practice of Real Estate Valuation in Switzerland*. 3. Auflage. Zürich: vdf Hochschulverlag AG.

- Martel, A. (2023). *Die Mieten sollten nicht an die Hypozinsen gebunden sein*. In: NZZ Kommentar. Gefunden unter: <https://www.nzz.ch/meinung/die-mieten-sollten-nicht-an-die-hypozinsen-gebunden-sein-ld.1740356>.
- Mieterinnen- und Mieterverband (2022). *Illegale Renditen bei Mieten müssen kontrolliert werden*. Medienmitteilung. Gefunden unter: <https://www.mieterverband.ch/mv/politik-positionen/news/medienmitteilungen/2022/illegale-renditen-bei-mieten-muessen-kontrolliert-werden.html>.
- Mietrechtspraxis (2020). *Vermieterrendite wird aufgestockt*. *Mietrechtspraxis (mp)*. 2020 (7). Gefunden unter: https://legacy.mietrecht.ch/fileadmin/files/Newsletter/mp-flash/mp_flash_7_2020.pdf.
- Oberle, T. & Sommer, M. (2011). *Der Mietzins. Mietzins und Nebenkosten*. 5. Auflage. Zürich: Hauseigentümergebund Schweiz.
- Püntener, R. (2016). Zu Kapitel 4: Geltungsbereich des Mietrechts. In Lachat, D., Béguin, A., Brutschin, S., Dörflinger, P., Mühlebach, R., Püntener, R., Roy, C., Spirig, I., Thanei, A., Wytttenbach, M. & Zahradnik, P. (Hrsg.). *Mietrecht für die Praxis*. 9. Auflage. (S. 69-96). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Rohrer, B. (2018). Zu Art. 253b OR und zu Art. 269-270e OR. In Bisang, R., Burkhalter, P., Futterlieb, R., Heinrich, P., Maag, A., Müller, J., Rohrer, B., Stucki, K. & Tschudi, M. (Hrsg.). *Das schweizerische Mietrecht. SVIT-Kommentar*. 4. Auflage. (S. 53-64 und S. 675-798). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Rohrer, B. (2020). *Zulässige Nettorendite*. *MietRecht Aktuell (MRA)*. 2020 (4); S. 163-182. Zürich: SVIT Verlag AG.
- Rohrer, B. (2021). *Konsequenzen aus der Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die zulässige Nettorendite (BGE 147 III 14)*. *MietRecht Aktuell (MRA)*. 2021 (3); S. 113-125. Zürich: SVIT Verlag AG.
- Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein (SIA) (2005). *Finanzkennzahlen für Immobilien*. Dokumentation D 0213. Zürich: Autor.
- Sommaruga, C. (2021). *Periodische Revision der Renditen auf Mieteinnahmen bei Wohnimmobilien zur Sicherstellung des gesetzlichen Zustands*. *Parlamentarische*

Initiative (21.476). Gefunden unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20210476>.

Sommaruga, C. (2023). *Dringliche Massnahme. Mietzinsexplosion stoppen. Parlamentarische Initiative* (23.3949). Gefunden unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20233949>.

Sommer, M. & Bartholdi, S. (2023). *Der Mietzins. Mietzins und Nebenkosten*. 6. Auflage. Kaltbrunn: ERNi Druck und Media AG.

Weber, R. (2020). Zu Art. 269 OR und zu Art. 269a OR. In Widmer Lüchinger, C. & Oser, D. (Hrsg.). *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1-529 OR*. (S. 1721-1734 und S. 1734-1749). 7. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

Wetzel, T. (2007). Von der Idee zur Rendite – Überlegungen zur Entwicklung von Immobilienprojekten. *Baurecht Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen* 2007 (3), S. 137-146.

Anhang

Anhang 1: Gegenüberstellung der Lösungsansätze anhand der zu berücksichtigenden Problemstellungen im Rahmen der mietrechtlichen Nettorenditedefinition und -berechnung

Problemstellung	Ökonomische Nettorendite	Nettoobjektrendite	Nettoertrag
Abstellen auf historische Erstellungs- bzw. Erwerbskosten	Nein. Abstellen auf Verkehrswert.	Ja.	Nein.
Unterscheidung zwischen wertvermehrenden und werterhaltenden Investitionen sowie zwischen ausserordentlichen und normalen Unterhaltsaufwendungen	Nein. Differenzierung zwischen zu berücksichtigenden Instandhaltungs- und nicht zu berücksichtigenden Instandsetzungskosten.	Nein. Differenzierung zwischen zu berücksichtigenden Instandhaltungs- und nicht zu berücksichtigenden Instandsetzungskosten.	Nein. Berücksichtigung von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten
Keine Berücksichtigung von Rückstellungen / Risikozuschlag für Mietzinsausfälle	Nein. Berücksichtigung von Mietzinsausfällen und -reduktionen.	Nein. Berücksichtigung von Abschreibungen und Rückstellungen.	Nein. Berücksichtigung von Ertragsverlusten.
Eingriff in gewähltes Finanzierungsmodell	Nein. Abstellen auf Nettoertrag statt Eigenkapital.	Nein. Abstellen auf Nettoobjektertrag statt Eigenkapital.	Nein. Abstellen auf Nettoertrag
Statische und stichtagsbezogene Grösse	Ja.	Ja.	Nein.

Anhang 2: Gegenüberstellung der Lösungsansätze anhand der zu berücksichtigenden Problemstellungen im Rahmen der mietrechtlichen Bruttorenditedefinition und -berechnung

Problemstellung	Ökonomische Bruttorendite	Bruttoobjektrendite	Bruttoertrag
Abstellen auf historische Erstellungs- bzw. Erwerbskosten	Nein. Abstellen auf Verkehrswert.	Ja.	Nein.
Berücksichtigung von objektspezifischen Eigenschaften	Ja. Berücksichtigung von marktorientierten Mieten.	Ja. Berücksichtigung von marktorientierten Mieten.	Ja. Berücksichtigung von Ertragsverlusten.
Statische und stichtagsbezogene Grösse	Ja.	Ja.	Nein.

Anhang 3: Beispiel der Nettorenditeberechnung¹

Berechnungsdetails

- Kauf am 1. Februar 1996 zum Preis von CHF 3'100'000.00
- Umfassende Überholungen für CHF 1'297'757.00
- Finanzierung von Anfang an unverändert: CHF 1'000'000.00 (1. Hypothek) mit 2.5% (Festhypothek)
- Unterhalts- und Betriebskosten: Durchschnitt von fünf Jahren
- Verwaltungskosten: ca. 5% der Mietzinseinnahmen
- Investition vom 30. Juni 1998 zu 50% «wertvermehrend», 50% amortisiert auf 25 Jahre und verzinst zu 5%
- Mietzinseinnahmen gemäss Mietverträgen
- Mietzins berechnet per Stichtag 1. April 2017

1. Teuerung

Datum	Investition	Betrag	alter Index	neuer Index	Teuerung
01.02.1996	Kauf	CHF 3'100'000.00	102.8	113.2	CHF 313'618.68
01.02.1996	Handänderung	CHF 33'250.00	102.8	113.2	CHF 3'363.81
30.06.1998	Investition 50%		103.80	113.2	CHF 58'761.64
Total		CHF 3'782'128.50			CHF 375'744.13
Anteil FK		CHF 1'000'000.00			
Anteil EK		CHF 2'782'128.50			CHF 276'396.86
Teuerung EK		CHF 276'396.86			
Anlagekosten		CHF 4'058'525.36			

2. Verzinsung und Amortisation von Investitionen

Datum	Investition	Anteil zu amortisieren in CHF	Amortisation	Verzinsung	Aufwand p.a.
30.06.1998	Investition 50%	CHF 648'878.50	CHF 25'955.15	CHF 7'300.00	CHF 33'255.15
Total			CHF 25'955.15	CHF 7'300.00	CHF 33'255.15

¹ Beispiel übernommen aus: Rohrer, 2018, S. 730-732

3. Unterhalts-/Betriebskosten

Jahr	Unterhalt	Betrieb	Total
2012	CHF 28'567.40	CHF 32'777.50	CHF 61'344.90
2013	CHF 34'976.20	CHF 35'778.00	CHF 70'754.20
2014	CHF 60'009.70	CHF 36'566.10	CHF 96'575.80
2015	CHF 27'898.05	CHF 40'009.80	CHF 67'907.85
2016	CHF 43'944.45	CHF 38'776.30	CHF 82'720.75
Total	CHF 195'395.80	CHF 183'907.70	CHF 379'303.50
Durchschnitt	CHF 39'079.16	CHF 36'781.54	CHF 75'860.70

Berechnung Nettorendite²

Referenzzinssatz 1.75%

Kaufpreis	CHF 3'100'000.00			
Handänderungskosten	CHF 33'250.00			
Investition 50%	CHF 648'878.50			
Teuerung EK	CHF 276'396.86			
Anlagekosten	CHF 4'058'525.36			
Kapitalkosten	Betrag	Zinssatz %		
1. Hypothek	CHF 1'000'000.00	1.35	CHF 13'500.00	
Eigenkapital	CHF 3'058'525.36			
Total Kapitalkosten			CHF 13'500.00	
Total Anlagewert	CHF 4'058'525.36			
Unterhalts- /Betriebskosten				
Unterhaltskosten			CHF 39'079.00	
Betriebskosten			CHF 36'782.00	
Amortisation Investition (4%)			CHF 25'955.00	
Verzinsung Investition (2%)			CHF 7'300.00	
Verwaltungskosten			CHF 11'728.00	
Rückstellungen / Amortisation			-	
Risikoprämie			-	

² Beispiel übernommen aus: Rohrer, 2018, S. 730-732

Total Aufwendungen			CHF 134'344.00	
Mietzinseinnahmen			CHF 234'560.00	
./. Hypothekarzinsen, Unterhalts-/ Betriebskosten			CHF 134'344.00	
Ertrag			CHF 100'216.00	
SOLL-Mietzins gemäss aktuellen Mietverträgen			CHF 200'323.59	
Mietzinsreserve			-	

Beispiel der Nettorenditeberechnung gemäss mietrechtlicher Herleitung³:

Referenzzinssatz 1.75%

maximal zulässige Nettorendite 3.75%

$$\text{Nettorendite} = \frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Eigenkapital}} \times 100^4$$

$$\text{Nettorendite} = \frac{\text{CHF } 100'216.00}{\text{CHF } 3'058'525.36} \times 100 = 3.28 \%$$

³ Ohne Berücksichtigung der individuellen Ertragsberechnung

⁴ vgl. Sommer & Bartholdi, 2023, S. 45

Beispiel der Nettoenditeberechnung gemäss ökonomischer Herleitung:

$$\text{Nettoendite} = \frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Verkehrswert}} \times 100^5$$

SOLL-Mietzins gemäss aktuellen Mietverträgen			CHF 200'323.59		
./. Betriebs- /Unterhaltskosten (ohne Finanzierungskosten)			CHF 120'844.00		
./. Mietzinsausfälle und -reduktionen (ca. 5%)			CHF 10'016.18		
Nettoertrag			CHF 69'463.41		
Verkehrswert per Stichtag			CHF 4'500'000.00		

$$\text{Nettoendite} = \frac{\text{CHF } 69'463.41}{\text{CHF } 4'500'000.00} \times 100 = 1.54\%$$

⁵ Canonica, 2018, S. 109; vgl. SIA, 2015, S. 17

Beispiel der Nettoenditeberechnung gemäss objektbezogener Herleitung:

$$\text{Nettoendite} = \frac{\text{Nettoertrag}}{\text{Anlagekosten}} \times 100^6$$

SOLL-Mietzins gemäss aktuellen Mietverträgen			CHF 200'323.59		
./. Betriebs- /Unterhaltskosten (ohne Finanzierungskosten)			CHF 120'844.00		
./. Mietzinsausfälle und -reduktionen (ca. 5%)			CHF 10'016.18		
Nettoertrag			CHF 69'463.41		

$$\text{Nettoendite} = \frac{\text{CHF } 69'463.41}{\text{CHF } 4'058'525.36} \times 100 = 1.71\%$$

⁶ vgl. Wetzel, 2007, S. 138

Anhang 4: Beispiel der Bruttorenditeberechnung⁷

Berechnungsdetails

- Neubau mit Anlagekosten von CHF 3'782'128.50
- Bodenwert mit CHF 1'000'000.00 und Gebäudewert mit CHF 2'782'128.50
- Verkehrswert mit CHF 4'000'000.00

1. Teuerung

Datum	Investition	Betrag			
Anteil FK	Land	CHF 1'000'000.00			
Anteil EK	Baukosten	CHF 2'782'128.50			
Anlagekosten		CHF 3'782'128.50			

2. Bewirtschaftungskosten

Betriebskosten (0.25% vom Gebäudewert)	CHF 6'955.32		
Unterhaltskosten (1% vom Gebäudewert)	CHF 27'821.29		
Abschreibungen (0.5% vom Gebäudewert)	CHF 13'910.64		
Risikoprämie (0.1% der Anlagekosten)	CHF 3'782.13		
Total	CHF 52'469.38		
Verwaltungskosten (5% der Bewirtschaftungskosten)	CHF 2'623.47		
Total	CHF 55'092.85		

⁷ Beispiel in Anlehnung an: Rohrer, 2018, S. 730-732 sowie Oberle & Sommer, 2011, S. 21

3. Kapitalkosten

Anlagekosten	CHF 3'782'128.50			
Kapitalkosten	Betrag	Zinssatz %		
1. Hypothek	CHF 1'000'000.00	1.35	CHF 13'500.00	
Eigenkapital	CHF 2'782'128.50			
Total Kapitalkosten			CHF 13'500.00	
Total Aufwendungen			CHF 68'592.85	
Kostendeckender Mietzins			CHF 68'592.85	
SOLL-Mietzins gemäss aktuellen Mietverträgen			CHF 100'323.59	

Beispiel der Bruttorenditeberechnung gemäss mietrechtlicher Herleitung⁸:

Referenzzinssatz 1.75%

$$\text{Bruttorendite} = \frac{\text{kostendeckender Mietzins (Jahresmietzinseinnahmen)}}{\text{Anlagekosten}} \times 100^9$$

$$\text{Bruttorendite} = \frac{\text{CHF } 68'592.85}{\text{CHF } 3'782'128.50} \times 100 = 1.81\%$$

Beispiel der Bruttorenditeberechnung gemäss ökonomischer Herleitung:

$$\text{Bruttorendite} = \frac{\text{Mietertrag (SOLL)}}{\text{Verkehrswert}} \times 100^{10}$$

$$\text{Bruttorendite} = \frac{100'323.59}{4'000'000.00} \times 100 = 2.51\%$$

⁸ Ohne Berücksichtigung der individuellen Ertragsberechnung⁹ vgl. Sommer & Bartholdi, 2023, S. 63¹⁰ SIA, 2015, S. 17; vgl. Canonica, 2018, S. 108

Beispiel der Bruttorenditeberechnung gemäss objektbezogener Herleitung:

$$\text{Bruttorendite} = \frac{\text{Mieterttrag (SOLL)}}{\text{Anlagekosten}} \times 100^{11}$$

$$\text{Bruttorendite} = \frac{100'323.59}{\text{CHF } 3'782'128.50} \times 100 = 2.65\%$$

¹¹ vgl. Wetzel, 2007, S. 138

**Anhang 5: Anregungen zu mietzinsbezogener Revision des OR und des VMWG¹²
gemäss Revisionsansatz 1: Revision von Renditedefinitionen und -berechnungen /
Koppelung an mittlere Renditeerwartungen**

Titel	Artikel	Anregung
Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen	Art. 253b Abs. 1 OR	Begrenzung auf Wohnräume
Zweiter Abschnitt: Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen der Vermietenden bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen	Überschrift zu Art. 269 OR - Art. 270e OR	Begrenzung auf Wohnräume
Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269 OR	Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit eine übersetzte Nettorendite erzielt wird. Die Nettorendite ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen dem am Stichtag erzielten Nettoertrag und dem aktuellen Verkehrswert der Mietliegenschaft. Eine übersetzte Nettorendite liegt vor, wenn sie die mittlere marktgerechte Renditeerwartung um mehr als zehn Prozent übersteigt.
Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269a lit. a und lit. b sowie lit. d-f	Ersatzlos streichen
Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269a lit. c OR	Mietzinse sind nicht missbräuchlich, wenn bei neueren Bauten (max. 15 Jahre seit Erstellung bzw. Erwerb) die damit erzielte Bruttorendite die mittlere marktgerechte Renditeerwartung nicht um mehr als zehn Prozent übersteigt.
Indexierte Mietzinse	Art. 269d OR	Die Vermietenden können den Mietzins für Wohnräume frühestens nach Ablauf von einer Mietdauer von drei Jahren mit einem Indexierungsgrad von 100 Prozent an den Landesindex der Konsumentenpreise angleichen.

¹² Tabellarische Darstellung in Anlehnung an Hausmann, 2016, S. 433-434, wobei im Rahmen der vorliegenden Arbeit ein differenzierterer Revisionsansatz aufgezeigt wird.

		Sämtliche übrigen Mietzinserhöhungen während der gesamten Mietdauer sind nichtig.
Gestaffelte Mietzinse	Art. 269c OR	Ersatzlos streichen
Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen durch die Vermietenden	Art. 269d OR	Sinngemässe Anpassung an Art. 269d OR
Anfechtung des Mietzinses I. Herabsetzungsbegehren 1. Anfangsmietzins	Art. 270 OR	Die Mietenden können den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Art. 269 OR und Art. 269a OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen.
Anfechtung des Mietzinses I. Herabsetzungsbegehren 2. Während der Mietdauer	Art. 270a OR	Ersatzlos streichen
Anfechtung des Mietzinses II. Anfechtung von Mietzinserhöhungen und andern einseitigen Vertragsänderungen	Art. 270b OR	Die Mietenden können eine Mietzinserhöhung innert 30 Tagen, nachdem sie ihm mitgeteilt worden ist, bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Art. 269d OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen.
Anfechtung des Mietzinses III. Anfechtung indexierter Mietzinse	Art. 270c OR	Ersatzlos streichen
Anfechtung des Mietzinses IV. Anfechtung gestaffelter Mietzinse	Art. 270d OR	Ersatzlos streichen

Titel	Artikel	Anregung
Geltungsbereich	Art. 1 VMWG	Begrenzung auf Wohnräume
Offensichtlich übersetzter Kaufpreis	Art. 10 VMWG	Ersatzlos streichen
Orts- und quartierübliche Mietzinse	Art. 11 VMWG	Ersatzlos streichen
Kostensteigerungen	Art. 12 VMWG	Ersatzlos streichen
Referenzzinssatz für Hypotheken	Art. 12a VMWG	Ersatzlos streichen

Hypothekarzins	Art. 13 VMWG	Ersatzlos streichen
Mehrleistungen der Vermietenden	Art. 14 VMWG	Ersatzlos streichen
Bruttorendite	Art. 15 VMWG	Die Bruttorendite im Sinne von Art. 269a OR ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen dem am Stichtag erzielten Mietertrag (SOLL) und dem aktuellen Verkehrswert der Mietliegenschaft. (alternativ: Ersatzlos streichen und stattdessen Definition direkt in Art. 269a OR)
Teuerungsausgleich	Art. 16 VMWG	Zum Ausgleich der Teuerung im Sinne von Art. 269d OR darf der Mietzins um 100 Prozent an den Landesindex der Konsumentenpreise angeglichen werden. (alternativ: Ersatzlos streichen und stattdessen direkt in Art. 269d OR festhalten)
Indexierte Mietzins	Art. 17 VMWG	Art. 17 Abs. 1 - 3 VMWG belassen Art. 17 Abs. 4 VMWG ersatzlos streichen
Unvollständige Mietzinsanpassung	Art. 18 VMWG	Ersatzlos streichen
Formular zur Mitteilung von Mietzins erhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen	Art. 19 VMWG	Sinngemässe Anpassung an Bestimmungen gemäss OR und VMWG

Anhang 6: Anregungen zu mietzinsbezogener Revision des OR und des VMWG¹³ gemäss Revisionsansatz 2: Abstellen auf Objektrenditedefinitionen und -berechnungen / Koppelung an mittlere Renditeerwartungen

Titel	Artikel	Anregung
Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen	Art. 253b Abs. 1 OR	Begrenzung auf Wohnräume
Zweiter Abschnitt: Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen der Vermietenden bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen	Überschrift zu Art. 269 OR - Art. 270e OR	Begrenzung auf Wohnräume
Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269 OR	Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit eine übersetzte Nettorendite erzielt wird. Die Nettorendite ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen dem am Stichtag erzielten Nettoertrag und den ursprünglichen Anlagekosten der Mietliegenschaft. Eine übersetzte Nettorendite liegt vor, wenn sie die mittlere marktgerechte Renditeerwartung um mehr als zehn Prozent übersteigt.
Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269a lit. a und lit. b sowie lit. d-f	Ersatzlos streichen
Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269a lit. c OR	Mietzinse sind nicht missbräuchlich, wenn bei neueren Bauten (max. 15 Jahre seit Erstellung bzw. Erwerb), die damit erzielte Bruttorendite die mittlere marktgerechte Renditeerwartung nicht um mehr als zehn Prozent übersteigt.
Indexierte Mietzinse	Art. 269d OR	Die Vermietenden können den Mietzins für Wohnräume frühestens nach Ablauf von einer Mietdauer von drei Jahren mit einem Indexierungsgrad von 100 Prozent an den

¹³ Tabellarische Darstellung in Anlehnung an Hausmann, 2016, S. 433-434, wobei im Rahmen der vorliegenden Arbeit ein differenzierterer Revisionsansatz aufgezeigt wird.

		Landesindex der Konsumentenpreise angleichen. Sämtliche übrigen Mietzinserhöhungen während der gesamten Mietdauer sind nichtig.
Gestaffelte Mietzinse	Art. 269c OR	Ersatzlos streichen
Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen durch die Vermietenden	Art. 269d OR	Sinngemässe Anpassung an Art. 269d OR
Anfechtung des Mietzinses I. Herabsetzungsbegehren 1. Anfangsmietzins	Art. 270 OR	Die Mietenden können den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Art. 269 OR und Art. 269a OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen.
Anfechtung des Mietzinses I. Herabsetzungsbegehren 2. Während der Mietdauer	Art. 270a OR	Ersatzlos streichen
Anfechtung des Mietzinses II. Anfechtung von Mietzinserhöhungen und andern einseitigen Vertragsänderungen	Art. 270b OR	Die Mietenden können eine Mietzinserhöhung innert 30 Tagen, nachdem sie ihm mitgeteilt worden ist, bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Art. 269d OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen.
Anfechtung des Mietzinses III. Anfechtung indexierter Mietzinse	Art. 270c OR	Ersatzlos streichen
Anfechtung des Mietzinses IV. Anfechtung gestaffelter Mietzinse	Art. 270d OR	Ersatzlos streichen

Titel	Artikel	Anregung
Geltungsbereich	Art. 1 VMWG	Begrenzung auf Wohnräume
Offensichtlich übersetzter Kaufpreis	Art. 10 VMWG	Ersatzlos streichen
Orts- und quartierübliche Mietzinse	Art. 11 VMWG	Ersatzlos streichen
Kostensteigerungen	Art. 12 VMWG	Ersatzlos streichen

Referenzzinssatz für Hypotheken	Art. 12a VMWG	Ersatzlos streichen
Hypothekarzinse	Art. 13 VMWG	Ersatzlos streichen
Mehrleistungen der Vermietenden	Art. 14 VMWG	Ersatzlos streichen
Bruttorendite	Art. 15 VMWG	Die Bruttorendite im Sinne von Art. 269a OR ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen dem am Stichtag erzielten Mietertrag (SOLL) und den ursprünglichen Anlagekosten der Mietliegenschaft. (alternativ: Ersatzlos streichen und stattdessen Definition direkt in Art. 269a OR)
Teuerungsausgleich	Art. 16 VMWG	Zum Ausgleich der Teuerung im Sinne von Art. 269d OR darf der Mietzins um 100 Prozent an den Landesindex der Konsumentenpreise angeglichen werden. (alternativ: Ersatzlos streichen und stattdessen direkt in Art. 269d OR festhalten)
Indexierte Mietzinse	Art. 17 VMWG	Art. 17 Abs. 1 - 3 VMWG belassen Art. 17 Abs. 4 VMWG ersatzlos streichen
Unvollständige Mietzinsanpassung	Art. 18 VMWG	Ersatzlos streichen
Formular zur Mitteilung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen	Art. 19 VMWG	Sinngemässe Anpassung an Bestimmungen gemäss OR und VMWG

Anhang 7: Anregungen zu mietzinsbezogener Revision des OR und des VMWG¹⁴ gemäss Revisionsansatz 3: Abkehr von Renditedefinitionen und -berechnungen zu Vergleichsmiete / Koppelung an mittleren Vergleichsmietzins

Titel	Artikel	Anregung
Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen	Art. 253b Abs. 1 OR	Begrenzung auf Wohnräume
Zweiter Abschnitt: Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen der Vermietenden bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen	Überschrift zu Art. 269 OR - Art. 270e OR	Begrenzung auf Wohnräume
Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269 OR	<p>Mietzinse sind missbräuchlich, wenn beim Abschluss eines Mietvertrags über Wohnraum in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als zehn Prozent überschreitet.</p> <p>Zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist auf mindestens zwei unabhängige Gutachten abzustellen, wobei jeder Partei die Auswahl eines Gutachters obliegt und sich die ortsübliche Vergleichsmiete aus dem Durchschnitt der beiden Gutachten ergibt.</p> <p><i>(alternativ: Zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist auf den Mieterspiegel abzustellen.)</i></p> <p>Im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete sind sämtliche Kriterien für die Festsetzung des Mietzinses, insbesondere die Art, Grösse, Ausstattung, Beschaffenheit und die Lage des Mietobjekts zu berücksichtigen.</p>

¹⁴ Tabellarische Darstellung in Anlehnung an Hausmann, 2016, S. 433-434, wobei im Rahmen der vorliegenden Arbeit ein differenzierterer Revisionsansatz aufgezeigt wird.

Missbräuchliche Mietzinse	Art. 269a OR	Ersatzlos streichen
Indexierte Mietzinse	Art. 269d OR	Die Vermietenden können den Mietzins für Wohnräume frühestens nach Ablauf von einer Mietdauer von drei Jahren mit einem Indexierungsgrad von 100 Prozent an den Landesindex der Konsumentenpreise angleichen. Sämtliche übrigen Mietzinserhöhungen während der gesamten Mietdauer sind nichtig.
Gestaffelte Mietzinse	Art. 269c OR	Ersatzlos streichen
Mietzinserhöhungen und andere einseitige Vertragsänderungen durch die Vermietenden	Art. 269d OR	Sinngemässe Anpassung an Art. 269d OR
Anfechtung des Mietzinses I. Herabsetzungsbegehren 1. Anfangsmietzins	Art. 270 OR	Die Mietenden können den Anfangsmietzins innert 30 Tagen nach Übernahme der Sache bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Art. 269 OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen.
Anfechtung des Mietzinses I. Herabsetzungsbegehren 2. Während der Mietdauer	Art. 270a OR	Ersatzlos streichen
Anfechtung des Mietzinses II. Anfechtung von Mietzinserhöhungen und andern einseitigen Vertragsänderungen	Art. 270b OR	Die Mietenden können eine Mietzinserhöhung innert 30 Tagen, nachdem sie ihnen mitgeteilt worden ist, bei der Schlichtungsbehörde als missbräuchlich im Sinne von Art. 269d OR anfechten und dessen Herabsetzung verlangen.
Anfechtung des Mietzinses III. Anfechtung indexierter Mietzinse	Art. 270c OR	Ersatzlos streichen
Anfechtung des Mietzinses IV. Anfechtung gestaffelter Mietzinse	Art. 270d OR	Ersatzlos streichen

Titel	Artikel	Anregung
Geltungsbereich	Art. 1 VMWG	Begrenzung auf Wohnräume
Offensichtlich übersetzter Kaufpreis	Art. 10 VMWG	Ersatzlos streichen
Orts- und quartierübliche Mietzinse	Art. 11 VMWG	Ersatzlos streichen
Kostensteigerungen	Art. 12 VMWG	Ersatzlos streichen
Referenzzinssatz für Hypothesen	Art. 12a VMWG	Ersatzlos streichen
Hypothekarzinse	Art. 13 VMWG	Ersatzlos streichen
Mehrleistungen der Vermietenden	Art. 14 VMWG	Ersatzlos streichen
Bruttorendite	Art. 15 VMWG	Ersatzlos streichen
Teuerungsausgleich	Art. 16 VMWG	Zum Ausgleich der Teuerung im Sinne von Art. 269d OR darf der Mietzins um 100 Prozent an den Landesindex der Konsumentenpreise angeglichen werden. (alternativ: Ersatzlos streichen und stattdessen direkt in Art. 269d OR festhalten)
Indexierte Mietzinse	Art. 17 VMWG	Art. 17 Abs. 1 - 3 VMWG belassen Art. 17 Abs. 4 VMWG ersatzlos streichen
Unvollständige Mietzinsanpassung	Art. 18 VMWG	Ersatzlos streichen
Formular zur Mitteilung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen	Art. 19 VMWG	Sinngemässe Anpassung an Bestimmungen gemäss OR und VMWG

Ehrenwörtliche Erklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Mir ist bekannt, dass ich die volle Verantwortung für die Wissenschaftlichkeit des vorgelegten Textes selbst übernehme, auch wenn KI-Hilfsmittel eingesetzt und deklariert wurden. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit ist in gleicher oder ähnlicher Form oder auszugsweise im Rahmen einer anderen Prüfung noch nicht vorgelegt worden.

Küsnacht, den 6. September 2024

Manuela Haus