



## Newsletter November 2018

### INHALT

Anfechtung des Anfangsmietzinses – Wann ist eine Liegenschaft als alt zu betrachten?	1
Einwendung der Nichterfüllung im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren	2
Werkvertrag, Mängelbehebung gemeinschaftlicher Bauteile im Stockwerkeigentum	3

### MIETRECHT

#### **Anfechtung des Anfangsmietzinses – Wann ist eine Liegenschaft als alt zu betrachten?**

*Claude Monnier, Notar und Rechtsanwalt*

*Kathrin Häcki, Rechtsanwältin, LL.M.*

**Mit dieser Frage hat sich das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 18. September 2018 ([BGE 4A 400/2017](#)) auseinandergesetzt.**

Ein Mieter kann einen missbräuchlichen Anfangsmietzins anfechten, wenn sich der Mieter aufgrund einer persönlichen oder familiären Notlage oder wegen der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt zum Vertragsabschluss gezwungen sah oder wenn der Vermieter den

Anfangsmietzins gegenüber dem Mietzins, den der vorherige Mieter für die gleiche Sache bezahlt hat, erheblich erhöht hat.

Die Zulässigkeit der Anfangsmiete bemisst sich dabei nach der absoluten Methode, mit der in der Praxis überprüft wird, ob die Miete dem Vermieter im Hinblick auf die von ihm zu tragenden Kosten oder im Hinblick auf die Marktpreise keine übermäßige Rendite bringt. Bei der Anwendung der absoluten Methode sind die beiden absoluten Kriterien - kostenabhängige Miete (d.h. Nettorendite) und marktabhängige Miete (d.h. Vergleichsmieten in der Gemeinde oder Nachbarschaft) voneinander unabhängig und schliessen sich deshalb gegenseitig aus. Somit kann das auf einer konkreten und individuellen Kostenberechnung (d.h. der Nettorendite) basierende Kriterium nicht mit marktbezogenen Faktoren, wie z.B. einem objektiven Wert des Gebäudes, vermischt werden. Dabei hat die Berechnung der Nettorendite grundsätzlich Vorrang gegenüber einer marktabhängigen Betrachtung der Miete. Dies gilt indes nicht für ältere Gebäude. Vielmehr ist hier die Rangfolge der absoluten Kriterien gerade umgekehrt, d.h. das Kriterium der üblichen Miete in der Gemeinde oder Nachbarschaft hat Vorrang gegenüber dem Kriterium der Nettorendite. Ob eine Liegenschaft als alt zu betrachten ist oder nicht, kann somit betreffend Zulässigkeit der Anfangsmiete entscheidend sein.

Im Entscheid vom 18. September 2018 ([BGE 4A 400/2017](#)) legte das Bundesgericht nun fest, ab welchem Alter eine Liegenschaft als alt zu betrachten ist. Der Vermieter hatte die Liegenschaft, in welcher sich die streitgegenständliche Wohnung befindet, am 16. Dezember 1982 erworben und 1997 renoviert. Ge-

mäss Darstellung des Vermieters wurde die Liegenschaft 1974, nach der Darstellung der Mieter zwischen 1971 und 1980 erbaut. Mietbeginn war der 1. Oktober 2014.

Gemäss bisheriger Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht nicht zu einer klaren Zahl geäussert. Immerhin war klar, dass Liegenschaften nur als alt gelten wenn sie vor „mehreren Jahrzehnten“ erbaut worden sind.

Im vorliegenden Entscheid hielt das Bundesgericht nun erstmals ausdrücklich fest, dass eine Liegenschaft als alt zu betrachten sei, sofern sie **mindestens 30 Jahre vor dem Beginn des Mietverhältnisses erbaut oder erworben wurde**.

Wir beraten und vertreten Sie gerne in mietrechtlichen Angelegenheiten und stehen Ihnen mit unserer langjährigen Erfahrung zur Verfügung.

[www.haeusermann.ch](http://www.haeusermann.ch)

## SCHULDBETREIBUNGSRECHT

### Einwendung der Nichterfüllung im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren

*Celine Krebs, Rechtsanwältin und Notarin*

**In seinem aktuellen Entscheid [5A 1017/2017](#) vom 12. September 2018 klärt das Bundesgericht die Frage, wer in einem provisorischen Rechtsöffnungsverfahren beim Einwand der Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrages die Beweislast trägt bzw. wie hoch das Beweismass bei diesem Einwand ist.**

Wird gegen einen Schuldner Betreuung eingeleitet, kann dieser den Fortgang des Betreibungsverfahrens damit unterbrechen, dass er Rechtsvorschlag erhebt. Kann der Gläubiger seine Forderung aber auf eine unterzeichnete Schuldanererkennung (wozu auch ein zweiseitiger Vertrag gehören kann) stützen, lässt sich gerichtlich die sog. provisorische Rechtsöffnung verlangen und damit das Betreibungsverfahren fortsetzen.

Diese Rechtsöffnung kann der Schuldner verhindern, wenn er Einwendungen glaubhaft macht, welche die Schuldanererkennung entkräften. Glaubhaftmachen ist zwar nicht gleichbedeutend mit beweisen, verlangt aber gleichwohl ein gewisses Mass an Wahrscheinlichkeit und somit mehr als nur die reine Behauptung. Aufgrund unterschiedlicher Gerichtspraxis in den verschiedenen Kantonen wurde bislang nicht höchstrichterlich geklärt, welches Beweismass dann gilt, wenn der betriebene Schuldner behauptet, der betreibende Gläubiger habe den Vertrag selbst noch gar nicht erfüllt.

Im Entscheid [5A 1017/2017](#) vom 12. September 2018 stellt das Bundesgericht nun aber klar, dass der Schuldner die Einwendung der Nichterfüllung des Vertrags nur behaupten muss. Ein Glaubhaftmachen, wie dies für andere Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG gilt, ist nicht nötig. Mit der Behauptung der Nichterfüllung werde praktisch die Existenz eines provisorischen Rechtsöffnungstitels als solche negiert.

Für das Vorliegen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels sei wiederum der Gläubiger beweispflichtig. Entsprechend habe der Gläubiger, der im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren bezüglich eines zweiseitigen Vertrags mit einem entsprechenden Einwand konfrontiert ist, den Nachweis zu erbringen, dass er seine Leistung unter diesem Vertrag erbracht hat.

Ein betreibender Gläubiger ist also gut beraten, wenn er die eigene Vertragserfüllung bereits im Gesuch um Rechtsöffnung hinreichend darlegt, um ein Unterliegen durch allfällige unbelegte Behauptungen des Schuldners zu verhindern.

Haben Sie Probleme offene Forderungen einzutreiben? Häusermann + Partner steht Ihnen beratend und prozessierend gerne zur Seite.

[www.haeusermann.ch](http://www.haeusermann.ch)

### SACHENRECHT

#### **Werkvertrag, Mängelbehebung gemeinschaftlicher Bauteile im Stockwerkeigentum**

*Claude Monnier, Notar und Rechtsanwalt*

**Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 18. September 2018 ([4A 71/2018](#)) seine 30 jährige Rechtsprechung zur Geltendmachung von Mängelrechten des Stockwerkeigentümers an gemeinschaftlichen Bauteilen korrigiert.**

Der Entscheid BGE 114 II 239 (vom 11. Oktober 1988) ist in der Lehre auf heftigen Widerstand gestossen. Im Entscheid vom Oktober 1988 wurde entschieden, dass der Stockwerkeigentümer die Geltendmachung seiner Mängelrechte am gemeinschaftlichen Eigentum gegenüber dem Unternehmer nur quotenmässig geltend machen könne. Soweit ihm (oder der Verwaltung) die Mängelrechte nicht von den anderen Stockwerkeigentümern abgetreten worden seien, müsse er den Mangel auf eigene Kosten beheben. Die so getätigten Investitionen könne er anschliessend bei den anderen Eigentümern als Stockwerkeigentümerbeitrag zurückfordern.

Es liegt auf der Hand, dass ein solches Vorgehen höchst unpraktikabel ist und zudem Unternehmer begünstigt, da allenfalls Teile der Mängelbeseitigungskosten nicht vom Unternehmer getragen werden müssen. Häufig ist der Verkäufer gleichzeitig der Werkunternehmer und kann somit Mängelbeseitigungsansprüche an gemeinsamen Bauteilen, zumindest solange er selber auch Stockwerkeigentümer ist, verhindern.

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts beseitigt diese nicht zufriedenstellende Situation. Der Unternehmer, der vertraglich die Erstellung einer Stockwerkeinheit übernimmt, ist dem Besteller gegenüber zur Ablieferung des mängelfreien Werkes auch in Bezug auf Bauteile verpflichtet, die anderen Miteigentümern ebenfalls zur Nutzung zustehen. Das Bundesgericht stellt explizit fest, dass der Nachbesserungsanspruch unteilbar ist und jeder einzelne Stockwerkeigentümer

seine vertraglichen Nachbesserungsansprüche gegenüber dem Unternehmer auch dann ungeteilt ausüben kann, wenn diese Ansprüche gemeinsame Bauteile eines in Stockwerkeigentum aufgeteilten Werkes betreffen. Offen bleibt die Frage, ob bei vertraglichen, nicht gleich lautenden Gewährleistungsansprüchen auch identische Mängelbehebungsansprüche bestehen. Dies vorausgesetzt, wird sich aber das rechtliche Vorgehen einer Stockwerkeigentümergeinschaft bei Vorliegen von Baumängeln deutlich vereinfachen.

Wir beraten und vertreten Sie gerne in sachenrechtlichen Angelegenheiten und stehen Ihnen mit unserer langjährigen Erfahrung zur Verfügung.

[www.haeusermann.ch](http://www.haeusermann.ch)