



# Real Estate Legal Update

---

**Neueste Entwicklungen aus den Bereichen** Transaktionen,  
Mietrecht, privates Baurecht, öffentliches Planungs- und Baurecht sowie Immobiliensteuern.

---

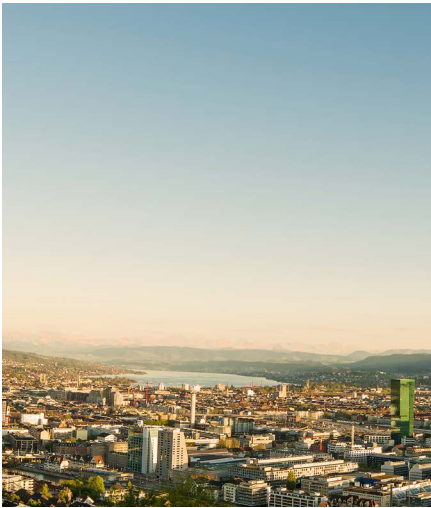
---

## Asset Market Legal Update

### Sale & Lease Back-Transaktionen

Sale & Lease Back-Transaktionen, d.h. der Verkauf von Liegenschaften unter gleichzeitigem Abschluss eines Rückmietvertrags, ermöglichen es Unternehmen, latente Reserven zu mobilisieren, und könnten daher aufgrund der COVID-19-Pandemie wieder stärker in den Fokus von Unternehmen mit eigenen Betriebsliegenschaften rücken. Der vorliegende Beitrag beleuchtet einige rechtliche Aspekte, die dabei zu beachten sind.

[Vollständiger Artikel ->](#)



Dies ist eine Zusammenfassung der Artikel. Die vollständigen Artikel finden Sie auf den Folgeseiten.

---

## Space Market Legal Update

### Neuer Bundesgerichtsentscheid betreffend Missbräuchlichkeit von Mietzinsen

Im kürzlich ergangenen Entscheid Nr. 4\_554/2019 vom 26. Oktober 2020 hat das schweizerische Bundesgericht eine neue Grenze für die zulässige Eigenkapitalrendite in Bezug auf den Anfangsmietzins festgelegt (Art. 269 OR).

Zudem wurde der Prozentsatz des Eigenkapitals, der an den schweizerischen Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden kann, von 40% auf 100% erhöht. Die Entscheidung ist von einiger Bedeutung für Immobilieninvestoren, da die Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit von Mietzinsen unter dem Aspekt der der Vermieterschaft zugestandenen Rendite damit etwas realitätsnaher wird.

[Vollständiger Artikel ->](#)

### Fragen und Stolpersteine in Bezug auf die Zwischennutzung

Lässt ein Eigentümer sein Gebäude im Hinblick auf ein geplantes Bauvorhaben oder eine Umnutzung leer stehen, setzt er sich dem Risiko einer Hausbesetzung, von Vandalismus und von Bauschäden zufolge mangelnden Gebrauchs aus. Mit einer Zwischennutzung kann er sich vor diesen Risiken zumindest teilweise schützen. Die Zwischennutzung ist jedoch mit rechtlichen Fallstricken verbunden. Zu denken ist namentlich an die mietrechtlichen Erstreckungsmöglichkeiten, welche ein Bauvorhaben um Jahre verzögern können. Obwohl auch bei Mietverhältnissen Mittel bestehen, um die mietrechtlichen Risiken zu kontrollieren, werden Zwischennutzungen in der Praxis oft als Gebrauchsleihe ausgestaltet. Doch auch die Gebrauchsleihe kann bei unsorgfältiger Vertragsgestaltung unerwünschte Folgen für den Eigentümer haben.

[Vollständiger Artikel ->](#)

---

## Construction Market Legal Update

### Revisionsvorlage des Bundesrates zur Änderung des Bauvertragsrechts

Gestützt auf verschiedene parlamentarische Vorstösse schickte der Bundesrat vom 19. August bis zum 30. November 2020 eine punktuelle Revision des Obligationenrechts in die Vernehmlassung. Die Revisionsvorlage zielt auf eine Verbesserung der Stellung der Bauherrschaft in Bauverträgen und dürfte daher von der Bauwirtschaft mit Argusaugen beobachtet werden.

[Vollständiger Artikel ->](#)

# Sale & Lease Back-Transaktionen



Von **Thomas P. Müller**  
Dr. iur., Fachanwalt SAV für Bau- und  
Immobilienrecht  
Partner  
Telefon +41 58 658 55 04  
thomas.p.mueller@walderwyss.com



und **Markus Schülin**  
Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar  
Konsulent  
Telefon +41 58 658 14 86  
markus.schuelin@walderwyss.com

## Ausgangslage

Für Unternehmen mit Betriebsliegenschaften in ihrem Eigentum bietet der Verkauf und die gleichzeitige Rückmiete dieser Liegenschaften eine interessante Option zur Kapitalbeschaffung. Eine solche Sale & Lease Back-Transaktion sollte ein Unternehmen namentlich dann prüfen, wenn die durch sein Kerngeschäft erzielte Rendite höher ist als die Mietrendite der eigengenutzten Immobilien. Dazu kommt, dass sich aufgrund des Niedrigzinsumfelds das Preisniveau für Anlageimmobilien derzeit auf sehr hohem Niveau bewegt. Es wäre daher wenig überraschend, wenn sich Unternehmen mit eigenen Betriebsliegenschaften aufgrund der Herausforderungen der COVID-19-Pandemie aktuell vermehrt mit der Möglichkeit einer Kapitalbeschaffung mittels Sale & Lease Back Transaktionen befassen.

Damit eine Sale & Lease Back Transaktion und die damit verfolgte Unternehmensstrategie mittel- und langfristig erfolgreich umgesetzt werden kann, muss die Transaktion sorgfältig und auf der Grundlage einer vertieften Analyse der Bedürfnisse und der Ziele des Unternehmens geplant werden. Die kommerziellen Bedingungen des (Rück-)Mietvertrags haben direkte Auswirkungen auf die Höhe des Kaufpreises, bestimmen aber gleichzeitig auch die künftige Flexibilität des Unternehmens.

## Vertragsstruktur

Die Vertragsstruktur einer Sale & Lease Back-Transaktion besteht im «Grundmodell» aus zwei aufeinander abgestimmten Verträgen: dem Grundstückkaufvertrag und einem Mietvertrag, mit dem die Verkäuferin von der Käuferin das Kaufobjekt zurückmietet. Der Mietvertrag wird dabei üblicherweise unmittelbar vor der Beurkundung des Grundstückkaufvertrags aufschiebend bedingt auf den

Eigentumsübergang abgeschlossen. Weil Sale & Lease Back-Transaktionen regelmässig ein Bieterverfahren vorausgeht, muss diese Vertragsdokumentation bereits zu Beginn der Due Diligence-Phase vorliegen.

Die wirtschaftlichen Parameter der Transaktion werden dabei primär durch die Ausgestaltung des Mietvertrags bestimmt. Im Zentrum stehen die Höhe des Mietzinses und die feste Dauer des Mietvertrags. Vereinfacht: je höher der Mietzins und je länger die Laufzeit, desto höher der Kaufpreis, desto stärker aber auch die künftige finanzielle Belastung des Unternehmens und die Einschränkung seiner Flexibilität hinsichtlich der Immobilienstrategie.

Der maximalen Dauer der (ersten) festen Dauer des Mietvertrags können die für das Unternehmen massgeblichen Rechnungslegungsregeln eine Obergrenze setzen: die mit der Transaktion verfolgten Ziele würden kompromittiert, wenn der Mietvertrag als Finanzierungsleasing qualifiziert würde. (Rück-) Mietverträge mit einer (ersten) festen Dauer von mehr als zwanzig Jahren sind auch aus diesem Grund in der Praxis kaum je anzutreffen. Üblich sind demgegenüber Verlängerungsoptionen zu Gunsten der Verkäuferin/Mieterin.

Bei den Mietzinsbestimmungen ist ein besonderes Augenmerk der Mehrwertsteuerregelung zu widmen. Wenn die im Verkaufsobjekt ausgeübte Tätigkeit auf mehrwertsteuerpflichtige Umsätze ausgerichtet ist, wird sich zwar die mehrwertsteuerliche Optimierung des Mietzinses regelmässig aufdrängen. Angesichts der üblicherweise langen Mietdauer darf in diesem Zusammenhang jedoch die Möglichkeit einer Nutzungsänderung nicht ausser Acht gelassen werden. Lässt sich nicht ausschliessen,

dass die Liegenschaft künftig für Leistungen genutzt wird, die nicht oder nur zu einem reduzierten Satz Mehrwertsteuerpflichtig sind, sollte dies im Mietvertrag mittels spezifischer Anpassungsregeln adressiert werden.

Einen zentralen Aspekt der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bilden sodann die mietvertraglichen Unterhalts- und Erneuerungspflichten. Investoren bevorzugen hier eine möglichst weitgehende Übernahme durch die Mieterin im Rahmen eines sogenannten triple-net oder double-net-Mietvertrags. Bei Sale & Lease Back-Transaktionen stehen diese Formen des Mietverhältnisses auch deshalb im Vordergrund, weil die Mieterin hier als frühere Eigentümerin den Zustand und den Unterhalts- und Erneuerungsbedarf der Liegenschaft besser kennt als die Käuferin. Aus Sicht der Käuferin ist dabei wichtig sicherzustellen, dass die Mieterin diesen Verpflichtungen bis zum Ende des Mietverhältnisses einwandfrei nachkommt. Bei der Umsetzung von triple- oder double-net-Konzepten ist eine sorgfältige Vertragsredaktion zwingend, nicht zuletzt, weil diese in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den (zwingenden) Unterhaltsregelungen des schweizerischen Mietrechts stehen. Häufig entscheiden sich die Parteien aus diesem Grund auch dafür, allfällige Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht beurteilen zu lassen, das mit den Besonderheiten solcher Mietverhältnisse vertraut ist.

Kommerzielle Mietverhältnisse werden üblicherweise als Rohbaumietverträge abgeschlossen, damit die Mieterin bezüglich des Mieterausbaus grösstmögliche Flexibilität wahren kann. Dieses Bedürfnis besteht auch bei (Rück-)Mietverträgen. Weil die Immobilie bei Sale & Lease Back-Transaktionen jedoch bereits in Betrieb steht und daher voll ausgebaut ist, stehen die Parteien vor der Schwierigkeit, dass sie die Schnittstelle zwischen Grund- und Mieterausbau im Nachhinein «konstruieren» müssen. Aus rechtlicher Sicht müssen sie dabei

beachten, dass der bestehende Mieterausbau, der fest mit dem Gebäude verbunden ist, aufgrund des sachenrechtlichen Akzessionsprinzip mitverkauft wird und daher im Eigentum der Käuferin steht. Im Mietvertrag muss der nachträglichen Definition des Mieterausbaus daher mit obligatorischen Änderungs- und Wegnahmerechten Rechnung getragen werden.

Dies sind nur einige Fragen im Zusammenhang mit (Rück-)Mietverträgen; weitere können je nach konkretem Projekt dazukommen, beispielsweise wenn sich die Verkäuferin das Recht zu Um- oder Erweiterungsbauten – auf eigene Kosten oder durch die Käuferin finanziert – ausbedingen will.

Weil die Parteien die wesentlichen Aspekte der Sale & Lease Back-Transaktion überwiegend im (Rück-)Mietvertrag regeln, wird der Grundstückskaufvertrag entsprechend «entlastet». Auch seine Ausarbeitung bleibt jedoch anspruchsvoll, weil er exakt auf den Inhalt des (Rück-)Mietvertrags abgestimmt werden muss.

Neben dieser Grundform der Sale & Lease Back-Transaktion trifft man in der Beratungspraxis immer wieder auch auf verwandte Transaktionsformen. Zu nennen wäre etwa das Mietmodell im Rahmen von Privat Public Partnership und der «Sale & Lease Back» bei einer Projektentwicklung, wenn das Unternehmen eine künftige Betriebsliegenschaft selber entwickelt, diese dann aber bereits vor der Realisierung an einen Investor verkauft und zurückmietet. In diesen Fällen sind zusätzliche Anforderungen beispielsweise aufgrund des öffentlichen Vergaberechts oder im Zusammenhang mit der Regelung der Realisierung der Liegenschaft (Totalunternehmervertrag o.ä.) zu beachten.

Interessant können Sale & Lease Back-Transaktionen aber auch für Unternehmen sein, welche einen

Standortwechsel in Erwägung ziehen, wenn sich ihre bestehenden Betriebsliegenschaften als Entwicklungsprojekt eignen. Hier können kurzfristige (Rück-)Mietverträge zum Zuge kommen, so dass die Verkäuferin den neuen Standort fertigstellen und beziehen kann, während die Käuferin die (kurze) Mietphase parallel für die eigene Projektentwicklung nutzen kann.

### Fazit

Klassisch oder verwandte Formen, sind für Unternehmen mit eigenen Betriebsliegenschaften eine interessante Option. Sie müssen für einen nachhaltigen Erfolg jedoch sorgfältig vorbereitet, auf die langfristige Immobilien- und Unternehmensstrategie abgestimmt und rechtlich strukturiert werden.

# Neuer Bundesgerichtsentscheid betreffend Missbräuchlichkeit von Mietzinsen



Von **Nicolas Iynedjian**  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Partner  
Telefon +41 58 658 83 80  
nicolas.iynedjian@walderwyss.com



und **Marie Stenger**  
MLaw, LL.M., Rechtsanwältin  
Associate  
Telefon +41 58 658 30 31  
marie.stenger@walderwyss.com

Im kürzlich ergangenen Entscheid Nr. 4\_554/2019 vom 26. Oktober 2020 hat das schweizerische Bundesgericht eine neue Grenze für die zulässige Eigenkapitalrendite in Bezug auf den Anfangsmietzins festgelegt (Art. 269 OR). Zudem wurde der Prozentsatz des Eigenkapitals, der an den schweizerischen Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden kann, von 40% auf 100% erhöht. Die Entscheidung ist von einiger Bedeutung für Immobilieninvestoren, da die Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit von Mietzinsen unter dem Aspekt der der Vermieterschaft zugestanden Rendite damit etwas realitätsnaher wird.

## Hintergrund

Der Entscheid dreht sich um einen Mietzinsstreit bezüglich einer 4,5-Zimmer-Wohnung (101 Quadratmeter) im Kanton Waadt, zu der zwei Parkplätze gehören. Der Anfangsmietzins für die Wohnung wurde auf CHF 2'190.- festgelegt, zuzüglich CHF 130.- für jeden Parkplatz und eines monatlichen Akontobeitrags von CHF 270.- für die Nebenkosten, während der Vormieter von einem Mietzins von CHF 2'020.- zuzüglich CHF 110.- für jeden Parkplatz und eines Akontobeitrags von CHF 270.- für die Nebenkosten profitierte. Die Mietzinserhöhung wurde mit der Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit begründet.

Die Mieter fochten den Anfangsmietzins sowohl für die Wohnung als auch für die Parkplätze vor dem Waadtländer Mietgericht mit der Begründung an, dass er dem Vermieter eine übermässige Rendite verschaffe. Mit Urteil vom 8. Januar 2019 hiess das Gericht die Klage der Mieter gut und setzte den Anfangsmonatsmietzins für die Wohnung auf CHF 900.- sowie für

die beiden Parkplätze auf je CHF 50.- fest. Der Entscheid wurde anschliessend vom Kantonsgericht bestätigt.

Die Vermieterin hat das Urteil des Kantonsgerichts vor Bundesgericht angefochten und u.a. argumentiert, dass ein auf CHF 900.- festgelegter Mietzins für eine solche Wohnung "schockierend" sei und dass die Begrenzung der Neubewertung des Eigenkapitals auf 40% und die Erhöhung um 0,5% über den Referenzzinssatz in Frage gestellt werden soll.

## Entscheid

Das Bundesgericht bekräftigte in seinem Urteil Nr. 4\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, dass zur Feststellung, ob ein Mietzins im Hinblick auf die Eigenkapitalrendite missbräuchlich ist, die so genannte "absolute Methode" anzuwenden sei. Diese Methode stellt ein juristisches Instrument dar, um zu beurteilen, ob der geltende Mietzins es dem Vermieter erlaubt, angesichts der Kosten, die er zu tragen hat, übermässige Einnahmen aus dem Mietobjekt zu erzielen: der Mietzins muss einerseits eine angemessene Rendite im Verhältnis zum eingesetzten Eigenkapital bieten und andererseits die Liegenschaftskosten decken.

In diesem Zusammenhang ist in einem ersten Schritt die Eigenkapitalrendite zu ermitteln. Gemäss dem von der Rechtsprechung im Laufe der Jahre entwickelten Ansatz sind dabei unter anderem die beiden folgenden Kriterien zu berücksichtigen: (i) Zur Anpassung der Teuerung auf dem risikotragenden Kapital (Art. 269a Bst. e OR) dürfen nur 40% des Eigenkapitals an den Landesindex der Konsumentenpreise angepasst



werden (1994 festgelegtes Kriterium) und (ii) die maximal zulässige Nettorendite darf nicht höher sein als der Referenzzinssatz plus 0,5% (Kriterium 1986 festgelegt).

Als Antwort auf das Argument der Vermieterin stellte das Bundesgericht in seinem Urteil fest, dass diese beiden Kriterien (und ihr entsprechender Prozentsatz) zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen übernommen wurden, als der massgebende Hypothekarzins (heute: der Referenzzinssatz) bei 5,5% lag. Seither ist der Zinssatz ständig gesunken und liegt heute bei 1,25%, was dazu führt, dass die Forderung nach einer zulässigen Eigenkapitalrendite zu sehr niedrigen Mieten führt, die kaum mehr in einem angemessenen Verhältnis zur Bereitstellung des betreffenden Wohnraums stehen und für Pensionskassen, die Renten an ihre Versicherten zahlen müssen, und für die Vermieter, die auch einen Teil des Risikos (z.B. Nichtzahlung der Miete, leerstehende Mietflächen) tragen, nicht ausreichen.

Das Bundesgericht vergleicht die vorliegende Situation mit dem Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen bei neueren Bauten, bei denen die Vermieter die Kosten vollständig auf den Mietzins umlegen können, um den angemessenen Zinssatz zu bestimmen: Die Berechnung basiert dabei nicht auf der Nettorendite, sondern auf der zulässigen Bruttorendite, die gemäss der Rechtsprechung maximal 2% über dem Referenzzinssatz liegen darf.

Daher entschied das Bundesgericht in seinem Urteil Nr. 4\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, dass auch der qualifizierte Zinssatz für die Berechnung der zulässigen Bruttorendite bei älteren Bauten bei einem Referenzzinssatz von 2% über dem Referenzzinssatz festzulegen ist, wenn der Referenzzinssatz gleich oder weniger als 2% beträgt.

Was die Rechtsprechung zur Begrenzung der Anpassung des Eigenkapitals an die Inflation auf 40% betrifft, so wollte das Bundesgericht damit seinerzeit den Vermietern eine Entschädigung für die Preiserhöhung "für risikobehaftetes Kapital" garantieren.

Ein solcher Prozentsatz wird heute ohne Rücksicht auf das tatsächlich vom Vermieter investierte Eigenkapital angewandt und wird von zahlreichen Autoren in der juristischen Lehre als zu Ergebnissen führend, der wirtschaftlichen Realität unangemessen oder sogar als ungleiche Behandlung zwischen langjährigen Eigentümern und jenen, die eine Immobilie neu erworben haben, angesehen. Das Bundesgericht teilt diese Auffassung und führt weiter aus, dass der Vermieter in der Lage sein muss, einen Mietzins zu erheben, der seine Kosten deckt und eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital unter Wahrung seiner Kaufkraft und unter Berücksichtigung insbesondere der eingegangenen Risiken bietet. (Nichtzahlung der Miete, leerstehende Räumlichkeiten usw.), was im gegenwärtigen wirtschaftlichen Umfeld nicht mehr der Fall ist.

Als Folge davon entschied das Bundesgericht in seinem Urteil Nr. 4\_554/2019 vom 26. Oktober 2020, dass die Begrenzung auf 40% im Zusammenhang mit einem starken Anstieg der Hypothekarzinsen bzw. der Inflation, um den Anstieg der Mieten zu begrenzen, Berechtigung haben könnte, im Rahmen einer Berechnung nach der absoluten Methode und unter den gegebenen Umständen ihre Bedeutung jedoch verlöre. Es müsse gemäss Bundesgericht daher davon ausgegangen werden, dass 100% des investierten Eigenkapitals an den Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden dürften.

Aufgrund des Vorangehenden entschied das Bundesgericht im vorliegenden Fall teilweise zugunsten des Vermieters und

setzte den Mietzins für die Wohnung auf CHF 1'390.- und auf CHF 73.- pro Parkplatz. Dies ist deutlich mehr als der von den Vorinstanzen festgelegte Mietzins (CHF 900 und CHF 50 pro Parkplatz), aber immer noch deutlich weniger als das, was die Vermieterin als orts- und quartierüblichen Mietzins (CHF 2'190.- zuzüglich CHF 130.- für jeden Parkplatz) betrachtete.

## Fragen und Stolpersteine in Bezug auf die Zwischennutzung



Von **André Kuhn**  
Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar  
Managing Associate  
Telefon +41 58 658 29 36  
andre.kuhn@walderwyss.com



und **Flora Reber**  
MLaw, Rechtsanwältin  
Associate  
Telefon +41 58 658 58 24  
flora.reber@walderwyss.com

Lässt ein Eigentümer sein Gebäude im Hinblick auf ein geplantes Bauvorhaben oder eine Umnutzung leer stehen, setzt er sich dem Risiko einer Hausbesetzung, von Vandalismus und von Bauschäden zufolge mangelnden Gebrauchs aus. Mit einer Zwischennutzung kann er sich vor diesen Risiken zumindest teilweise schützen. Die Zwischennutzung ist jedoch mit rechtlichen Fallstricken verbunden. Zu denken ist namentlich an die mietrechtlichen Erstreckungsmöglichkeiten, welche ein Bauvorhaben um Jahre verzögern können. Obwohl auch bei Mietverhältnissen Mittel bestehen, um die mietrechtlichen Risiken zu kontrollieren, werden Zwischennutzungen in der Praxis oft als Gebrauchslleihe ausgestaltet. Doch auch die Gebrauchslleihe kann bei unsorgfältiger Vertragsgestaltung unerwünschte Folgen für den Eigentümer haben.

### Ausgangslage

Bei der Zwischennutzung werden vorübergehend leerstehende Räumlichkeiten, Gebäude oder ganze Areale bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses bzw. bis zur Umsetzung einer geplanten zukünftigen Verwendung genutzt. Praktisch häufigster Anwendungsfall der Zwischennutzung sind Umbauprojekte, die eine Räumung des gesamten Gebäudes oder Areals erfordern. Weil sich solche Bauprojekte aus vielerlei Gründen häufig zeitlich nicht genau planen lassen, werden bestehende Mietverhältnisse oftmals frühzeitig aufgelöst, um eine rechtzeitige Entmietung des Gebäudes sicherzustellen. Bis zum effektiven Baubeginn kann deshalb eine Zwischennutzung angezeigt sein, da mit leerstehenden Gebäuden gewisse Risiken verbunden sind. Zu denken ist dabei etwa

an Hausbesetzungen, Vandalismus und Bauschäden zufolge mangelnden Gebrauchs (z.B. wegen zu geringer Beheizung oder Frischluftzufuhr).

Für den Eigentümer der Liegenschaft ist bei der Zwischennutzung entscheidend, dass er sich und seinem Bauvorhaben damit keine Steine in den Weg legt. Es muss bei der Zwischennutzung demnach möglichst sichergestellt werden, dass der oder die Nutzer die Räumlichkeiten termingerecht freigeben und das Bauvorhaben nicht verzögern.

### Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Aus rechtlicher Sicht kann die Zwischennutzung als Miete oder Gebrauchslleihe ausgestaltet werden. Bei beiden Rechtsverhältnissen erfolgt eine Gebrauchsüberlassung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Während diese Gebrauchsüberlassung bei der Miete entgeltlich erfolgt, ist sie bei der Gebrauchslleihe grundsätzlich unentgeltlich.

Die Unentgeltlichkeit der Leihe bedeutet indessen nicht, dass dem Nutzer keine Kosten in Rechnung gestellt werden können. Im Gegenteil: Der Nutzer darf für die gewöhnlichen Gebrauchs- und Erhaltungskosten der Sache zur Kasse gebeten werden. Allerdings ist hierbei Vorsicht walten zu lassen. Denn der Grat zwischen den gewöhnlichen, durch den Nutzer zu tragenden Kosten und denjenigen, die vom Eigentümer zu übernehmen sind, ist ein schmaler. Überbindet der Eigentümer dem Nutzer mehr als die zulässigen Kosten, verliert das Rechtsverhältnis seinen unentgeltlichen Charakter. Die Folge hiervon ist, dass die Gebrauchsüberlassung nicht mehr als

Gebrauchslleihe, sondern als Miete zu qualifizieren ist und entsprechend die mietrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen Anwendung finden.

Möchte der Eigentümer mit der Zwischennutzung indessen eine Rendite erzielen, kommt nur der Abschluss eines Mietvertrags in Frage. Bei der Ausgestaltung der Zwischennutzung als Mietverhältnis ist jedoch Sorgfalt geboten, da der Mieter gestützt auf die zwingenden Mieterschutzbestimmungen die termingerechte Rückgabe des Mietobjekts vereiteln kann. Ein Bauvorhaben kann damit unter Umständen um Jahre verzögert werden.

Relevant sind diesbezüglich sowohl die Regelungen zur Anfechtung missbräuchlicher Kündigungen als auch zur Erstreckung von Mietverhältnissen. Um sich nicht der Gefahr einer erfolgreichen Kündigungsanfechtung und einer daraus resultierenden dreijährigen Kündigungssperrfrist (vgl. Art. 271a Abs. 1 lit. e OR) auszusetzen, kann es sich empfehlen, die Zwischennutzung als befristetes Mietverhältnis auszugestalten. Dieses endet dann automatisch mit Ablauf der vereinbarten Dauer, ohne dass es hierfür einer Kündigung bedarf, die angefochten werden könnte.

Um gleichzeitig dem Erstreckungsrisiko zu begegnen, ist im Mietvertrag explizit festzuhalten, dass das Mietverhältnis im Hinblick auf ein Umbau- oder Abbruchvorhaben für die beschränkte Zeit bis zum Baubeginn oder bis zum Erhalt der Baubewilligung abgeschlossen wird (Art. 272a Abs. 1 lit. d OR). Eine Erstreckung des Mietverhältnisses ist in diesem Fall grundsätzlich nicht möglich. Zu beachten ist indessen, dass die Erstreckungsmöglichkeit nur dann gültig ausgeschlossen werden kann, wenn für das Bau- oder Abbruchvorhaben bereits beim Vertragsabschluss eine konkretisierte Planung besteht. Gibt der Vermieter sein

Bauvorhaben auf oder treibt er dies nicht innert angemessener Frist voran, verliert der Erstreckungsausschluss zudem seine Wirkung.

Um diesen mietrechtlichen Risiken möglichst aus dem Weg zu gehen, tendieren viele Eigentümer dazu, ihre Räumlichkeiten zur Zwischennutzung zu verleihen statt zu vermieten. Wie bereits erwähnt, kann der Eigentümer hierbei aber Gefahr laufen, dass sein Rechtsverhältnis mit dem Nutzer mangels Unentgeltlichkeit als Mietverhältnis angesehen wird. Der Eigentümer hat dann nicht nur keine Rendite erzielt, sondern ist zusätzlich noch den zwingenden Mieterschutzbestimmungen ausgesetzt. Ein Eigentümer ist daher gut beraten, dem Nutzer lediglich die offensichtlichen bzw. typischen Nebenkosten in Rechnung zu stellen. Im Zweifel sind dem Nutzer lieber weniger Kosten aufzuerlegen, um nicht den Anschein der Renditeerzielung zu erwecken.

Richtig ausgestaltet führt die Gebrauchslleihe jedoch dazu, dass die Parteien zur Beendigung des Vertragsverhältnisses weder an Kündigungsfristen noch an Formvorschriften gebunden sind. Zudem hat der Nutzer keine Möglichkeit zur Erstreckung des Rechtsverhältnisses. Diese Vorteile vermögen aus Sicht der Eigentümer bei vielen Zwischennutzungen den Nachteil der fehlenden Rendite zu kompensieren.

### Fazit und Empfehlungen

Jede Zwischennutzung birgt das Risiko, dass der Nutzer das Gebäude oder Areal nicht wie geplant verlässt. Wurde eine Zwischennutzung im Hinblick auf ein bevorstehendes Umbauprojekt gewählt, kann dies bei unsorgfältiger Vertragsgestaltung dazu führen, dass sich das Umbauprojekt um Monate oder gar Jahre verzögert. Besonders hoch ist diese Gefahr, wenn die Zwischennutzung als Mietverhältnis ausgestaltet ist. Denn

dann stehen den Nutzern unter Umständen die zwingenden Mieterschutzrechte zur Verfügung, wodurch sie z.B. eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen können.

Richtig ausgestaltet, bestehen bei einer Gebrauchslleihe keine solchen Schutzbestimmungen. Vielmehr ist der Eigentümer frei, die Gebrauchslleihe jederzeit zu beenden. Dadurch ist die Gebrauchslleihe bei vielen Zwischennutzungen aus Sicht der Eigentümer – trotz fehlender Einnahmen – die interessantere Option als die Miete.

Welche rechtliche Ausgestaltung der Zwischennutzung für den Eigentümer vorteilhafter ist – ob Miete oder Gebrauchslleihe – ist indessen in jedem Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu evaluieren. Egal für welche Variante sich ein Eigentümer entscheidet, tut dieser gut daran, auf eine sorgfältige Vertragsgestaltung zu achten, um die mit der Beendigung solcher Zwischennutzungen verbundenen rechtlichen Risiken möglichst gering zu halten.

Entscheidet sich der Eigentümer für die Miete als Zwischennutzungsverhältnis, so empfiehlt es sich, die Dauer befristet auszugestalten und das Mietverhältnis explizit nur bis zum Baubeginn oder bis zum Erhalt der erforderlichen Baubewilligung abzuschliessen. Bei der Gebrauchslleihe ist demgegenüber zu berücksichtigen, dass dem Nutzer maximal die Nebenkosten in Rechnung gestellt werden.



# Revisionsvorlage des Bundesrates zur Änderung des Bauvertragsrechts



Von **Christian Eichenberger**  
Dr. iur, Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht  
Partner  
Telefon +41 58 658 56 59  
[christian.eichenberger@walderwyss.com](mailto:christian.eichenberger@walderwyss.com)

## Ausgangslage

Es sind zurzeit verschiedene parlamentarische Vorstösse zum Bauvertragsrecht im Parlament hängig. So verlangt etwa die Motion 09.3392 Fässler-Osterwalder eine Stärkung der Rechte der Bauherren im Falle von Baumängeln, während die parlamentarischen Initiativen 12.502 Hutter und 14.453 Gössi eine Verlängerung der werkvertraglichen Rügefrist für verdeckte Mängel auf 60 Tage respektive ein unabdingbares Nachbesserungsrecht für Käufer von neu erstelltem Stockwerkeigentum verlangen. Gemäss der Motion 17.4079 Burkart sollen sodann die Bestimmungen zum Bauhandwerkerpfandrecht dahingehend konkretisiert werden, dass das Recht des Grundeigentümers, eine Ersatzsicherheit zu stellen, wieder praktische Bedeutung erlange.

Der Bundesrat erachtet das heutige Recht als grundsätzlich ausgewogen und praxistauglich, weshalb er von einer umfassenden Revision absehen möchte. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision beschränkt sich deshalb auf die folgenden Einzelpunkte

## Verlängerung der Rügefrist

Gemäss geltendem Recht müssen Baumängel «umgehend» bzw. «sofort», das heisst innert weniger Tage, gerügt werden, andernfalls droht der Untergang der Mängelrechte durch Verwirkung.

Gemäss dem nunmehr in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf soll die Frist zur Rüge eines unbeweglichen Werks neu 60 Tage ab Ablieferung bei

offenen Mängeln bzw. 60 Tage ab Entdeckung bei verdeckten Mängeln betragen. Dieselben Fristen sollen auch für Grundstückskaufverträge gelten. Die Fristen sollen dispositiv ausgestaltet sein, also mittels Parteivereinbarung wegbedungen werden können.

## Nachbesserungsrecht beim Kauf und der Neuerstellung von Wohneigentum

Im Vorentwurf wird ein zwingendes bzw. unabdingbares Nachbesserungsrecht für Verträge über die Erstellung oder den Kauf einer Baute vorgeschlagen, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch bestimmt ist. Damit soll der verbreiteten Praxis, im Rahmen welcher die Haftungsfreizeichnung des Verkäufers oder Unternehmers mit einer Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen Subunternehmer verbunden wird, ein Riegel geschoben werden.

## Konkretisierung der Anforderungen an eine Ersatzsicherheit anstelle der Eigentragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Neu soll es zur Abwendung der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts genügen, wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung zuzüglich Verzugszinsen für die Dauer von zehn Jahren hinreichende Sicherheit leistet. Eine solche Befristung auf zehn Jahre fehlt im bisherigen Recht. Mit der Revision von Art. 839 ZGB soll gewährleistet werden, dass Grundeigentümer wieder Ersatzsicherheiten (insb. Bankgarantien) stellen und so die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts abwenden können.

**Klärung eines weiteren Revisionsbedarfs beim Bauhandwerkerpfandrecht**

Gestützt auf das Postulat 19.4638 Caroni «Ausgewogeneres Bauhandwerkerpfandrecht» stellte der Bundesrat in der Vernehmlassung vom 19. August bis 30. November 2020 diverse Fragen, welche darauf abzielten abzuklären, ob das Verhältnis zwischen Bauherren und Subunternehmern bspw. in Bezug auf das Doppelzahlungsrisiko des Bauherrn mittels eines gesetzgeberischen Eingriffs ausgewogener geregelt werden müsse.

**Fazit**

Wir dürfen mit Spannung auf die Ergebnisse der Vernehmlassung warten. Es ist davon auszugehen, dass diese kontrovers ausfallen werden und noch einige Zeit vergehen wird, bis sich die Räte allenfalls zu einem gutschweizerischen Kompromiss durchringen können.

---

**Walder Wyss AG**  
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58  
Fax + 41 58 658 59 59  
reception@walderwyss.com

[www.walderwyss.com](http://www.walderwyss.com)  
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano