

# VISCHER

## Das Neuste zum Immobilienrecht.

9. September 2021, 12.00 – 13.00 Uhr

Basel/Zürich

Dr. Roland M. Müller, Moritz Jäggy, Lukas Züst, Nadia Tarolli Schmidt, Raphael Butz,  
VISCHER

---

# Begrüssung und Einleitung.



**Dr. Roland M. Müller**  
Partner  
[rmueller@vischer.com](mailto:rmueller@vischer.com)  
+41 58 211 33 50

## Über Dr. Roland M. Müller

- Roland M. Müller ist als Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht sowie als Notar vorwiegend in den Bereichen Bau- und Immobilienrecht sowie Gesellschaftsrecht tätig.
- Er leitet bei VISCHER das Bau- und Immobilienrechtsteam und ist Officer der Real Estate Section der International Bar Association (Co-Chair Commercial Real Estate Subcommittee).
- Roland M. Müller ist regelmässig für Eigentümer, Investoren, institutionelle Parteien und weitere Beteiligte bei Immobilienprojekten und -transaktionen tätig.

# Ihre Referenten.



**Dr. Roland M. Müller**  
Partner  
[rmueller@vischer.com](mailto:rmueller@vischer.com)  
+41 58 211 33 50



**Moritz Jäggy**  
Managing Associate  
[mjaeggy@vischer.com](mailto:mjaeggy@vischer.com)  
+41 58 211 32 33



**Lukas Züst**  
Counsel  
[lzuest@vischer.com](mailto:lzuest@vischer.com)  
+41 58 211 34 35



**Nadia Tarolli Schmidt**  
Partner  
[ntarolli@vischer.com](mailto:ntarolli@vischer.com)  
+41 58 211 33 54



**Raphael Butz**  
Partner  
[rbutz@vischer.com](mailto:rbutz@vischer.com)  
+41 58 211 32 28

Bei Fragen können Sie sich gerne per E-Mail an [webinar@vischer.com](mailto:webinar@vischer.com) wenden. Diese werden von unseren Experten im Nachhinein beantwortet.

# Hot Topics bei der Verhandlung von Geschäftsmietverträgen.



**Moritz Jäggy**  
Managing Associate  
[mjaeggy@vischer.com](mailto:mjaeggy@vischer.com)  
+41 58 211 32 33

## Über Moritz Jäggy

- Moritz Jäggy ist schwerpunktmässig in den Bereichen M&A, Sportrecht (Leiter des Sportrechts-Teams) und Life Sciences tätig und berät regelmässig nationale und internationale Klienten in den Bereichen Immigration und Immobilien.
- Zudem begleitet er Start-up Unternehmen bei Private Equity Finanzierungen.
- Ausgebildet in Basel (Advokat) und San Diego (LL.M.), profitieren seine Klienten insbesondere von seinem Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge und schätzen seine gewinnende und engagierte Art.
- Daneben ist Moritz Jäggy seit 2005 Captain der Schweizer Beach Soccer Nationalmannschaft und mit über 325 Länderspielen deren Rekordnationalspieler.

# Hot Topics bei der Verhandlung von Geschäftsmietverträgen.

## Mietzins

### 1. Anpassungsmechanismus

- Staffelung
- Indexierung

### 2. Achtung: Nur ein Anpassungsmechanismus zur selben Zeit.

# Hot Topics bei der Verhandlung von Geschäftsmietverträgen.

## COVID-Klausel

1. Regelung für zukünftigen Lock-Down

2. Aktuelle Gerichtspraxis:

- Urteil vom Mai 2021: keine Rechtsöffnung
- Urteil vom August 2021: keine Mietzinsanpassung

# Hot Topics bei der Verhandlung von Geschäftsmietverträgen.

## Nebenkosten

### 1. Inhalt von Nebenkosten

- Art. 257b Abs. 1 OR: *«Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch zusammenhängen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben.»*

### 2. Ausdrückliche Vereinbarung der Nebenkosten

- Keine Nebenkostenvereinbarung in AGB's
- Massgeschneiderte Nebenkosten

# Hot Topics bei der Verhandlung von Geschäftsmietverträgen.

## Optionen

### 1. Echte Option

- Flexibilität
- Dauer und Anzahl

### 2. Unechte Option

- Anpassung an marktübliche Mietzinsen
- Eskalationsklausel



# Hot Topics bei der Verhandlung von Geschäftsmietverträgen.

## Mietausstattung / Rückbau

### 1. Schnittstellenpapier

- Abgrenzung Grundausbau / Mieterbauten

### 2. Rückbauverpflichtung

# Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.



**Lukas Züst**  
Counsel  
[lzuest@vischer.com](mailto:lzuest@vischer.com)  
+41 58 211 34 35

## Über Lukas Züst

- Lukas Züst beschäftigt sich seit 2007 hauptsächlich mit Ansiedlungen, Transaktionen (Mergers & Acquisitions) und Handel im Verhältnis Schweiz-China und China-Schweiz.
- Er berät insbesondere ausländische Unternehmen und Privatpersonen beim Erwerb von Immobilien in der Schweiz.
- Während viereinhalb Jahren arbeitete er in Shanghai für eine internationale Anwaltskanzlei, nachdem er seine Ausbildung im Schweizer Recht durch ein Post-Graduate Studium (LL.M.) an der National University of Singapore und East China University of Political Science and Law, Shanghai ergänzt hatte.
- Seine Arbeitssprachen sind Deutsch, Englisch und Chinesisch. Er leitet den China Desk der Kanzlei.

# Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.

## Voraussetzungen der Bewilligungspflicht

1. Erwerb eines Grundstücks (objektive Bewilligungspflicht).
2. Erwerber ist eine Person im Ausland (subjektive Bewilligungspflicht).
3. Es liegt keine Ausnahme vor (insbesondere Betriebsstätte-Grundstücke, Hauptwohnung am Ort des rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes, Ferienwohnungen, Wohneinheit in Apparthotels).

# Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.

## Erwerb eines Grundstücks (objektive Bewilligungspflicht)

1. Direkter Erwerb des Eigentums, eines Baurechts, eines Wohnrechts oder der Nutzniessung an einem Grundstück.
2. Indirekter Erwerb:
  - Erwerb von Anteil an Immobilienfonds, dessen Anteilsscheine nicht regelmässig gehandelt wird.
  - Erwerb von Anteil an privaten Immobiliengesellschaften (tatsächlicher Zweck ist massgeblich).

# Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.

## Person in Ausland (subjektive Bewilligungspflicht)

1. Ausländer mit Wohnsitz im Ausland.
2. Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz, ausser:
  - EU/EFTA Staatsangehörige mit rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitz in der Schweiz.
  - Nicht EU/EFTA Staatsangehörige mit Niederlassungsbewilligung C.
  - Sonderregel für britische Staatsangehörige.
3. Juristische Personen (oder vermögensfähige Gesellschaften ohne jur. Persönlichkeit) mit statutarischem und tatsächlichen Sitz in der Schweiz mit beherrschender Stellung durch Personen im Ausland.

# Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.

## Beispiele «Belgische Managerin»

Belgische Managerin zieht mit Familie 2022 in die Schweiz und will heute schon eine Eigentumswohnung kaufen.

- Für Frage nach der Bewilligungspflicht massgebend ist Eintrag ins Grundbuch.
- Notariell zu beurkundeter Kaufvertrag darf schon jetzt abgeschlossen werden.
- Im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung muss Erwerber den Wohnsitz in der Schweiz haben; belegen durch Aufenthaltsbewilligung und Anmeldung Gemeinde.

# Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.

## Beispiel «Italienischer Student»

EU/EFTA Staatsangehörige ohne rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitz in der Schweiz gelten als Personen im Ausland.

- Für den Begriff der Wohnsitznahme massgebend ist im Wesentlichen Artikel 23 ZGB.
- Der Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung für sich alleine begründet keinen Wohnsitz.

## Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.

### Beispiel «Beherrschende Stellung durch Darlehen» 1/2

Beherrschende Stellung durch Personen im Ausland wird vermutet, wenn Personen im Ausland:

- mehr als ein Drittel des Kapitals einer Gesellschaft besitzen;
- über mehr als ein Drittel des Stimmrechts verfügen; oder
- der Gesellschaft bedeutende Darlehen gewährt haben.



# Lex Koller – Ausgewählte Fragen aus der Praxis.

## Beispiel «Beherrschende Stellung durch Darlehen» 2/2

Bedeutende Darlehen sind, Darlehen, welche mehr als die Hälfte der Differenz zwischen den Aktiven der Gesellschaft und ihren Schulden gegenüber nicht bewilligungspflichtigen Personen ausmachen.

Aktiven	Passiven
2'800k	1'800k Hypothek CH
	800k Darlehen Ausland
	200k EK

# Wirtschaftlicher Neubau, was hat es damit auf sich?.



**Nadia Tarolli Schmidt**  
Partner  
[ntarolli@vischer.com](mailto:ntarolli@vischer.com)  
+41 58 211 33 54

## Über Nadia Tarolli Schmidt

- Nadia Tarolli Schmidt leitet den Standort Basel des VISCHER Steuerteams.
- Sie berät Unternehmen und Privatpersonen zu allen Fragen des Schweizer Steuerrechts – sowohl im nationalen als auch internationalen Umfeld und ebenso im Steuerstrafrecht. Dabei kann sie bei Themen wie Umstrukturierungen, Ansiedlungen und Nachfolgeplanungen auf über zehn Jahre Erfahrung zurückgreifen.
- Zudem nimmt sie verschiedene Tätigkeiten in Verwaltungs- und Stiftungsräten wahr.
- Darüber hinaus ist Nadia Tarolli Schmidt als Richterin der Steuerrekurskommission des Kantons Basel-Stadt tätig. Sie ist ausserdem Herausgeberin des Kommentars zum Basler Steuergesetz.

# Wirtschaftlicher Neubau – eine Impression.

Vorher



Nachher



# Wann wird von einem wirtschaftlichen Neubau ausgegangen?.

- «Wenn die Liegenschaft völlig um- und ausgebaut worden ist, d.h. wenn die "Renovation" umfangmässig eine Totalsanierung darstellt und wirtschaftlich einem Neubau gleichkommt» (BGer 2C\_558/2016; bestätigt in BGer 2C\_242/2020).
- Indizien dafür sind:
  - Ersatz der Gebäudehülle
  - Aushöhlung des Gebäudes
  - Neugestaltung der Innenraumteilung
  - Nutzungsänderung des Gebäudes
  - Totalsanierung
  - Verhältnis Kaufpreis zu Baukosten

# Folgen der Qualifizierung als wirtschaftlicher Neubau.

- Gesamtbetrachtung der ausgeführten Arbeiten anstelle einer Einzelbetrachtung.
- Beurteilung aller Arbeiten als **Anlagekosten**; Unterhaltskosten werden nicht anerkannt.
- Steuerlich:
  - Liegenschaften im Privatvermögen: Gar kein einkommenssteuerermindernder Abzug von Unterhaltskosten möglich.
  - Liegenschaften im Geschäftsvermögen: Relevanz bei monistischen Kantonen (Abgrenzung Gewinn- zu Grundstückgewinnsteuer).
- Energetische Massnahmen:
  - Trotz im Gesetz vorgesehener Abzugsfähigkeit entfällt diese im Zusammenhang eines wirtschaftlichen Neubaus (BGer 2C\_558/2016, E. 2.7.2 und 2C\_242/2020, E. 4).
- Problematik besteht auch bei Heimat- und Denkmalschutzmassnahmen, diese sind auch oft kostspielig.

# Aktuelle Steuerpraxis einzelner Kantone.

- Basel-Stadt:
  - Kein Abzug von Auslagen in sachlichem Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Neubau (Anwendung Praxis wirtschaftlicher Neubau).
- Basel-Land:
  - Folgt ebenfalls der bundesgerichtlichen Praxis (StGer BL 510 17 111, E. 5.3); Basel-Land übt gewisse Zurückhaltung aus.
- Zürich:
  - Anwendung der Bundesgerichtspraxis zum wirtschaftlichen Neubau.
- Bern:
  - Abkehr vom wirtschaftlichen Neubau: Basierend auf mehreren Entscheiden greift wieder eine Einzelbetrachtung, soweit dies möglich ist und vom Steuerpflichtigen die werterhaltenden Kosten nachgewiesen werden.
- Was tun: Präziser Beschrieb und umfassende Dokumentation der Arbeiten (Begriffe wie Unterhalt, Ersatz und Reparatur sind hilfreich) oder zeitliche Staffelung der Arbeiten, wenn möglich.

# Streitfälle im Immobilienrecht – Neues aus dem Bundesgericht.



**Raphael Butz**  
Partner  
[rbutz@vischer.com](mailto:rbutz@vischer.com)  
+41 58 211 32 28

## Über Raphael Butz

- Raphael Butz ist vorwiegend im Bereich Prozessführung und Streiterledigung tätig. Er berät Unternehmen und Privatpersonen bei der Lösung von Konfliktsituationen und vertritt ihre Interessen in gerichtlichen und behördlichen Verfahren, Schiedsverfahren sowie im Rahmen der aussergerichtlichen Streiterledigung.
- Sein Schwerpunkt liegt im Bereich Bau- und Immobilienrecht, Vertrags- und Handelsrecht.

# Übersicht.

## Fälle 1 & 2

- Der Anfangsmietzins wird als missbräuchlich angefochten: Wie steht es um die Abwehrchancen des Vermieters?
  - Fall 1: Kriterium der Nettoendite
  - Fall 2: Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit

## Fall 3

- Klage auf Mietzinserslass/-reduktion infolge behördlicher Schliessung von Geschäftsbetrieben wegen COVID-19: Wie steht es um die Prozesschancen der Parteien?



# Missbräuchlicher Anfangsmietzins? Kriterium der Nettorendite (BGE 147 III 14 vom 26. Oktober 2020).



# Missbräuchlicher Anfangsmietzins? Kriterium der Nettorendite (bisherige Rechtsprechung).

- Nettorendite hat Vorrang vor Orts- und Quartierüblichkeit (ausser Altbau).
- Bisherige Praxis des Bundesgerichts:
  - Gesamtinvestition - FK = investiertes EK
  - + Teuerung auf **max. 40% der Anlagekosten** = indexiertes EK
  - x zulässiger Renditesatz (**Referenzzinssatz + 0.5%**)
  - + Liegenschaftskosten = zulässige Nettorendite für das Gesamtgebäude
  - → Aufschlüsselung (nach m<sup>2</sup>) auf einzelne Mietobjekte

# Missbräuchlicher Anfangsmietzins? Kriterium der Nettorendite (BGE 147 III 14).

## Praxisänderung:

- Gesamtinvestition - FK = investiertes EK
- + Teuerung **auf ~~max. 40% der Anlagekosten~~ 100% des EK** = indexiertes EK
- x zulässiger Renditesatz (**Referenzzinssatz  $\leq 2\%$  ~~+0.5%~~ +2.0%**)
- + Liegenschaftskosten = zulässige Nettorendite für das Gesamtgebäude
- → Aufschlüsselung (nach m<sup>2</sup>) auf einzelne Mietobjekte

# Missbräuchlicher Anfangsmietzins? Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse (BGer 4A\_183/2020 vom 6. Mai 2021).





# Missbräuchlicher Anfangsmietzins? Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse (bisherige Rechtsprechung).

- Liegt der Bau/Erwerb bei Mietbeginn 30 Jahre zurück, kann sich der Vermieter auf orts- und quartierübliche Vergleichsmieten berufen.
- Bisherige Gerichtspraxis:
  - Wenn der Anfangsmietzins «erheblich»/«massiv» höher ist als der Mietzins des Vormieters und nicht durch Teuerung/Investition erklärt werden kann:
    - Vermutung: Anfangsmietzins ist missbräuchlich
    - **Faktische Beweislastumkehr**, d.h. Vermieter musste beweisen:
      - 5 Vergleichsobjekte: Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit dem Mietobjekt vergleichbar (Art. 11 VMVG); oder
      - Amtliche Statistik, welche Art. 11 VMVG genügt.

# Missbräuchlicher Anfangsmietzins? Kriterium der orts- und quartierüblichen Mietzinse (BGer 4A\_183/2020).

## Praxisänderung/Klarstellung:

- Wenn der Anfangsmietzins **min. 10%** höher ist als der Mietzins des Vormieters und nicht durch Teuerung/Investition erklärt werden kann:
  - Vermutung: Anfangsmietzins ist missbräuchlich
  - Keine rechtliche, sondern tatsächliche Vermutung: **Vermieter muss «nur» begründete Zweifel an der Missbräuchlichkeit des Mietzinses wecken. Keine Beweislastumkehr und freie Wahl, wie die Zweifel geweckt werden.**
  - **Mieter** muss sodann die Missbräuchlichkeit beweisen:
    - 5 Vergleichsobjekte: Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit dem Mietobjekt vergleichbar (Art. 11 VMVG); oder
    - Amtliche Statistik, welche Art. 11 VMVG genügt.

# Mietzinsreduktionsanspruch wegen COVID-19: Gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung (ZMP 2021 Nr. 10 vom 2. August 2021).



## Mietzinsreduktionsanspruch wegen COVID-19: Gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung (ZMP 2021 Nr. 10).

- Mieter trägt das Betriebsrisiko. Die Vermieterin muss die Sache nur in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand übergeben und unterhalten.
- Eine Vertragskorrektur wegen Teilunmöglichkeit (Art. 119 OR) oder eine Mietzinsminderung wegen Mangelhaftigkeit der Mietsache (Art. 259d OR) kommt **grundsätzlich nicht** infrage.
- Bei besonders schweren Auswirkungen der behördlichen Massnahmen ist eine gerichtliche Vertragsanpassung wegen wesentlich veränderter Umstände denkbar (**clausula rebus sic stantibus**).
- Die Voraussetzungen sind streng. Die Mieterin trägt die Beweislast:
  - Änderung der Verhältnisse war weder vorhersehbar noch vermeidbar
  - Vertrag wurde nicht vorbehaltlos erfüllt
  - Gravierende Äquivalenzstörung (Umsatzzahlen entscheidend)



## Mietzinsreduktionsanspruch wegen COVID-19: Gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung (ZMP 2021 Nr. 10).

- Die Mieterin hat insbesondere darzulegen:
  - welche betrieblichen Gegenmassnahmen sie mit welchem Erfolg ergriffen hat,
  - welche staatliche Hilfen sie in Anspruch genommen hat und
  - warum sie auf mögliche Gegenmassnahmen verzichtet hat.
- Es ist es zwar ihr gutes Recht, der Gegenpartei und dem Gericht die Einsicht in ihre Geschäftsbücher zu verweigern. Dies hat aber zur Folge, dass die Grundlagen für eine Vertragsanpassung von vornherein fehlen.

# Take Home Messages.

## Fälle 1 & 2: Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzins

- **Fall 1:** Kriterium der Nettoendite
  - Teuerung auf 100% des EK wird berücksichtigt (bisher max. 40% der Anlagekosten).
  - Referenzzinssatz  $\leq 2\%$ : Maximale Nettoendite 2% über Referenzzinssatz (bisher 0.5%).
- **Fall 2:** Kriterium der Orts- und Quartierüblichkeit
  - 10% Mitzinserhöhung schafft Vermutung der Missbräuchlichkeit.
  - Kann vom Vermieter umgestossen werden, indem er Zweifel an der Missbräuchlichkeit weckt.
  - Die Beweislast trägt der Mieter (Art. 11 VMVG).

## Fall 3: Behördliche Massnahmen wegen COVID-19

- Keine Teilunmöglichkeit nach Art. 119 OR
- Grundsätzlich kein Anspruch auf Mietzinsminderung nach Art. 259d OR.
- In krassen Fällen ist eine Vertragsanpassung nach der *clausula rebus sic stantibus* denkbar, doch muss der Mieterin auch die «gravierende Äquivalenzstörung» beweisen.

# VISCHER

Herzlichen Dank.

## **Zürich**

Schützengasse 1  
Postfach  
8021 Zürich, Schweiz  
T +41 58 211 34 00

## **Basel**

Aeschenvorstadt 4  
Postfach  
4010 Basel, Schweiz  
T +41 58 211 33 00

## **Genf**

Rue du Cloître 2-4  
Postfach  
1211 Genf 3, Schweiz  
T +41 58 211 35 00

[www.vischer.com](http://www.vischer.com)

---