

**Kurzgutachten zur Frage der Rückerstattung zu
Unrecht bezogener Mietzinsvergünstigungen bei
Mietverhältnissen über den „günstigen Wohn-
raum“ in der Stadt Bern**

Hans Bättig, Fürsprecher, Bern

Inhaltsverzeichnis

1.	Sachverhalt.....	3
1.1.	Voraussetzungen der Mietzinsvergünstigung	3
1.2.	Meldepflichten, Entfall der Mietzinsvergünstigung, Kündigungsrecht	3
2.	Fragestellung	4
3.	Beurteilung.....	4
3.1.	Die Systematik der Mietzinsvergünstigung	4
3.1.1.	Die Vergünstigung als Mietzinserlass	4
3.1.2.	Gewährung der Vergünstigung.....	4
3.1.3.	Vorgehen bei Wegfall der Vergünstigung.....	5
.1	Kontrolle durch die Vermieterin	5
.2	Meldepflicht des Mieters	5
.3	Der Vorbehalt der gesetzlichen Bestimmungen	6
.4	Der Vorbehalt der Rückforderung.....	6
3.2.	Das Zusammenspiel der beiden Varianten	7
3.2.1.	Bei Versand von Fragebogen.....	7
3.2.2.	Bei Verletzung der Meldepflicht.....	8
3.3.	Die Auslegung der Ausführungsbestimmungen	8
3.3.1.	Der Sinn und Zweck der Bestimmungen	8
3.3.2.	Die Auslegung der Aufhebungs- und Rückforderungsmodalitäten	9
.1	Der Vertrauensschutz des Mieters	9
.2	Vertrauensschutz durch Duldung	10
.3	Begründetes Vertrauen auf Ausschluss der rückwirkenden Nachforderung	11
3.3.3.	Verletzung zwingender Bestimmungen.....	11
3.3.4.	Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung.....	11
3.4.	Verjährungsrechtliche Schranken	12
4.	Zusammenfassung	12
5.	Die Anwendung dieser Grundsätze in der Praxis.....	12
5.1.	Neue Mietverhältnisse mit neuen Formularverträgen	13
5.2.	Alte Mietverhältnisse, die mit den alten Verträgen weitergeführt wurden	13
5.3.	Alte Mietverhältnisse, bei denen ein neuer Formularvertrag abgeschlossen wurde.....	14

1. Sachverhalt

1.1. Voraussetzungen der Mietzinsvergünstigung

Gemäss Ziffer 1. Ausführungsbestimmungen günstiger Wohnraum / Mietzinsrabatt des „Mietvertrages günstiger Wohnraum“, die integrierende Bestandteile der jeweiligen Mietverträge bilden und vom Mieter unterzeichnet werden, sind für die Gewährung eines Mietzinsrabattes sindfolgende Kriterien massgebend (gekürzt):

- Mindestwohnsitzdauer in Bern während 2 Jahren;
- Niederlassungsbewilligung, Ausweis C, B oder F bei Ausländern;
- Mindestbelegung;
- Maximaleinkommen (steuerbares Einkommen);
- Maximalvermögen (steuerbares Vermögen);
- Besondere finanzielle Umstände bleiben bei entsprechendem Nachweis vorbehalten.

1.2. Meldepflichten, Entfall der Mietzinsvergünstigung, Kündigungsrecht

Der Mietvertrag bzw. die erwähnten Ausführungsbestimmungen enthalten sodann folgende Bestimmungen:

„Überprüfung Anspruchsberechtigung auf günstigen Wohnraum / Mietzinsrabatt

Die Mieterschaft verpflichtet sich alle 2 Jahre, beginnend ab 2013, der Vermieterin folgende Angaben mit Hilfe eines Fragebogens zu liefern:

- *Unterschrift(en) als Vollmacht für die Einholung der relevanten Angaben bei der Steuerverwaltung;*
- *Anzahl und Personalien der dauerhaft anwesenden Bewohner und Bewohnerinnen.*

Die Vermieterin ist berechtigt, die Richtigkeit der gemachten Angaben zu überprüfen; sie kann insbesondere die Vorlage zusätzlicher Unterlagen verlangen.

*Sind die genannten Kriterien und Voraussetzungen nicht mehr erfüllt **oder** reicht die Mieterschaft die verlangten Angaben trotz Mahnung nicht fristgerecht ein, entfällt die Anspruchsberechtigung auf günstigen Wohnraum **und** den Mietzinsrabatt. Die Vermieterin teilt dies der Mieterschaft mit eingeschriebenem Brief mit. Die Mieterschaft ist **in diesem Fall** verpflichtet, ab Folgemonat den im Vertrag angegebenen Mietzins ohne Vergünstigungen zu zahlen. Unterlässt die Mieterschaft dies und kündigt die Mieterschaft nicht selbst, so ist die Vermieterin überdies berechtigt, das Mietverhältnis unter Beachtung einer angemessenen Kündigungsfrist von mindestens 12 Monaten aufzulösen.*

Eine Kündigung nach OR Art. 257d bleibt in jedem Fall vorbehalten.

Meldepflicht bei Mietzinsrabatten

Jede Änderung der persönlichen und finanziellen Verhältnisse (z. B. Veränderung der Belegung, höheres Einkommen/Vermögen etc.), die den Anspruch auf einen Mietzinsrabatt beeinflussen kann, muss unverzüglich der Vermieterin gemeldet werden. Bei Verletzungen der Meldepflicht bleiben die gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten.

Allfällig zu Unrecht bezogene Mietzinsrabatte werden zurückgefordert.“
(Hervorhebungen nicht im Original)

2. Fragestellung

Können nach Massgabe der vertraglich festgelegten Kriterien zu Unrecht bezogene Mietzinsvergünstigungen nachträglich zurückgefordert werden?

3. Beurteilung

3.1. Die Systematik der Mietzinsvergünstigung

3.1.1. Die Vergünstigung als Mietzinserlass

Im „Mietvertrag günstiger Wohnraum“ wird einerseits ein Mietzins vereinbart und andererseits wird festgelegt unter welchen Bedingungen dem Mieter eine frankemässig bezifferte Mietzinsvergünstigung gewährt wird. Diese Vergünstigung gilt als einseitiger und freiwilliger *Mietzinserlass*, dessen Voraussetzungen die Vermieterin frei festlegen kann. Das hat verschiedene Konsequenzen:

- Im Rahmen einer allfälligen Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Art. 270 OR ist einzig der Mietzins Anfechtungsgegenstand;¹
- Sämtliche Modalitäten, also Voraussetzungen, Höhe und Befristung des Mietzinserlasses richten sich ausschliesslich nach der getroffenen Vereinbarung
- Die Aufhebung des Mietzinserlasses richtet sich ebenfalls nach der getroffenen Vereinbarung und braucht nicht mit amtlich genehmigtem Formular angezeigt zu werden, da es sich nicht um eine *Mietzinsanpassung* oder -festsetzung handelt;²

3.1.2. Gewährung der Vergünstigung

Die Mietzinsvergünstigung wird regelmässig bei Mietbeginn gewährt. Fälle, in denen die Vergünstigung erst im Laufe des Mietverhältnisses gewährt wird, weil deren Voraussetzungen erst später eintreten, dürften seltene Ausnahme bilden, da der „günstige Wohnraum“ primär denjenigen Einwohnern zur Verfügung stehen soll, welche aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen darauf angewiesen sind.

¹ Vgl. dazu Bättig, Staffelung – Mietzinsvergünstigung – Vorbehalt, MRA 2013 1, Ziffer 2.3, S. 4

² Bättig, a.a.O., Ziffer 7, S. 11

3.1.3. Vorgehen bei Wegfall der Vergünstigung

Im vorliegenden Zusammenhang ist vielmehr von Interesse, unter welchen Voraussetzungen die einmal gewährte Mietzinsvergünstigung wegfallen soll. Die in Ziffer 1.1.2. hier vor wiedergegebene Vereinbarung sieht eine duale Lösung vor:

.1 Kontrolle durch die Vermieterin

Die Vermieterin stellt in Aussicht, die Anspruchsvoraussetzungen alle zwei Jahre zu überprüfen. Der Mieter verpflichtet sich „alle 2 Jahre, beginnend ab 2013, der Vermieterin ... Angaben mit Hilfe eines Fragebogens zu liefern.“ Die Vermieterin behält sich vor, die gelieferten Angaben zu überprüfen.³ Sind die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, entfallen sowohl die Anspruchsberechtigung für den Rabatt als auch auf den „günstigen Wohnraum“.

Die Ausführungsbestimmungen legen nicht fest, ob die Vermieterin diese Kontrolle stets durchführt oder ob sie sich auf Stichproben beschränkt. Die Vermieterin ist daher grundsätzlich frei, ob sie die Voraussetzungen ohne Ausnahme bei sämtlichen Mietverhältnissen überprüft – was bei über 2000 Mietverhältnissen mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein könnte – oder ob sie Stichprobenerhebungen durchführt. Festgelegt wird einzig, dass der Fragebogen nicht häufiger als im Zweijahresrhythmus ausgefüllt werden muss.

Ergibt die Kontrolle, dass die Voraussetzungen für die Mietzinsvergünstigung nicht mehr erfüllt sind, so teilt die Vermieterin dies dem Mieter mit eingeschriebenem Brief mit. Dieser ist in diesem Fall verpflichtet, ab Folgemonat den im Vertrag angegebenen Mietzins ohne Vergünstigungen zu zahlen. Tut der Mieter das nicht und kündigt er das Mietverhältnis nicht von sich aus, so ist die Vermieterin überdies berechtigt, das Mietverhältnis unter Beachtung einer angemessenen Kündigungsfrist von mindestens 12 Monaten aufzulösen.

Dass mit dieser Bestimmung auch die in der Folge genannte Rückforderungsmöglichkeit (s. sogleich) ausgeschlossen werde, ergibt sich weder ausdrücklich noch implizit aus dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmung. Die darin stipulierte Anzeigepflicht gewinnt ihre Bedeutung nicht zuletzt aus der zusätzlich erwähnten Kündigungsberechtigung der Vermieterin, die – in Anlehnung an die Art. 257f und 257d OR – nicht ohne vorangehende Mahnung erfolgen darf.

.2 Meldepflicht des Mieters

Der Mieter ist zusätzlich und unabhängig von den durchgeführten Kontrollen der Vermieterin verpflichtet, dieser „jede Änderung der persönlichen und finanziellen Verhältnisse (z. B. Veränderung der Belegung, höheres Einkommen/Vermögen etc.), die den Anspruch auf einen Mietzinsrabatt beeinflussen kann, ... unverzüglich [zu melden].“

³ Was einerseits selbstverständlich erscheint und andererseits mit Bezug auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse ohnehin eine Prüfung voraussetzt, denn der Mieter wird nicht zur Bekanntgabe dieser Verhältnisse verpflichtet, sondern erteilt der Vermieterin lediglich die Vollmacht, diese Angaben bei der Steuerbehörde zu erfragen.

.3 Der Vorbehalt der gesetzlichen Bestimmungen

Was es mit der zusätzlichen Vereinbarung, wonach die „gesetzlichen Bestimmungen“ bleiben, auf sich hat, ist unklar. Ich habe bewusst darauf verzichtet, bei der Liegenschaftsverwaltung abzuklären, welche gesetzlichen Bestimmungen hier in Frage stehen. Denn Verträge sind nach ihrem Wortlaut auszulegen. Die zusätzliche Regel, wonach bei unklarem Wortlaut der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien massgeblich ist, wäre im vorliegenden Fall wohl unergiebig, weil ausgeschlossen werden kann, dass über die fragliche Bestimmung eine derartige tatsächliche Willensübereinstimmung angenommen werden könnte. Der Mieter wird die Ausführungsbestimmungen – wenn er sie denn überhaupt gelesen hat – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht daraufhin untersucht haben, was mit dieser Bestimmung wohl gemeint sein könnte; geschweige denn hat er mit der Vermieterin darüber diskutiert. Gemäss der sogenannten Unklarheitsregel (in dubio contra stipulatorem), wonach mehrdeutige Bestimmungen zu Ungunsten des Vertragsverfassers auszulegen sind, ist daher von derjenigen Auslegung auszugehen, welche für die andere Partei bei objektiver Betrachtung den meisten Sinn und Zweck ergibt.

Freilich hilft auch das im vorliegenden Fall kaum weiter, denn es ist völlig unklar, welche gesetzlichen Bestimmungen hier vorbehalten bleiben. Am wahrscheinlichsten erscheint, dass es sich um einen floskelhaften Vorbehalt handelt, wie er in Verträgen regelmässig anzutreffen ist, und der sich in aller Regel als überflüssig erweist. Denn handelt es sich bei den vorbehaltenen Bestimmungen um zwingendes Recht, bleibt es schon von Gesetzes wegen vorbehalten und verdrängt eine anderslautende vertragliche Vereinbarung. Handelt es sich umgekehrt um dispositives (nachgiebiges) Recht, so greift es – ebenfalls von Gesetzes wegen – Platz, soweit die Vereinbarung lückenhaft ist.

Gleichviel ob mit den hier vorbehaltenen gesetzlichen Bestimmungen diejenigen über die Meldepflicht des Mieters bei Mängeln (Art. 257g OR)⁴ oder um diejenigen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) geht, ist für die Beantwortung der gestellten Frage wenig zu gewinnen.

Dass schliesslich mit dem Vorbehalt die Bestimmungen von Art. 269d OR über die Mietzinsanpassungen und insbesondere die Verwendung des amtlichen Formulars gemeint sein könnten, ergibt keinen vernünftigen Sinn. Denn einerseits gelten diese Bestimmungen bei Mietzinsvergünstigungen und – erlassen gerade nicht;⁵ andererseits legt die fragliche Bestimmung ausdrücklich fest, dass die Mitteilung der Vermieterin mit eingeschriebenem Brief erfolgen soll.

.4 Der Vorbehalt der Rückforderung

Klar und unzweideutig ist umgekehrt die Bestimmung, dass allfällig zu Unrecht bezogene Mietzinsrabatte zurückgefordert⁶ werden.

⁴ Was nach Auffassung des Verfassers eine einigermaßen „schräge“ Analogie darstellen würde, da es im vorliegenden Zusammenhang weder um Mängel noch um einen daraus entstehenden Schadenersatzanspruch des Vermieters geht.

⁵ Vgl. vorn Ziffer 3.1.12.

⁶ Richtiger wäre die Formulierung „nachgefordert“, denn es handelt sich ja nicht um *ausbezahlte* Vergünstigungen, sondern vielmehr um nicht bezogene. Das spielt aber für die Auslegung keine Rolle.

3.2. Das Zusammenspiel der beiden Varianten

Im Rahmen einer von der Vermieterin durchgeführten Kontrolle mittels Fragebogen ergeben sich folgende Fallvarianten:

3.2.1. Bei Versand von Fragebogen

- **Der Mieter beantwortet die gestellten Fragen wahrheitsgetreu und sie ergeben, dass die Anspruchsberechtigung für die Mietzinsvergünstigung weiterbesteht.**

Seitens der Vermieterin besteht kein Handlungsbedarf.

- **Der Mieter beantwortet den Fragebogen nicht oder schickt ihn trotz Mahnung nicht zurück.**

Diesfalls kann ihm die Vermieterin mit eingeschriebenem Brief mitteilen, dass ab nächstem Monat die Mietzinsvergünstigung entfällt und er den vollen Mietzins bezahlen muss.⁷

- **Aufgrund der wahrheitsgetreuen Beantwortung der Fragen ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Mietzinsvergünstigung weggefallen sind.**

Entweder hebt die Vermieterin die Mietzinsvergünstigung mit eingeschriebenem Brief auf.

Oder aber sie reagiert nicht, obschon sie aufgrund des Fragebogens erkennt bzw. erkennen könnte, dass die Voraussetzungen nicht mehr bestehen. Erkennt sie den Wegfall der Voraussetzungen, so schliesst dies die Berufung auf einen Irrtum aus und die zu Unrecht gewährte Vergünstigung kann nach Ablauf eines Jahres seitdem die Vermieterin Kenntnis hatte, nicht zurück- bzw. nachgefordert werden. Dies ergibt sich – ob man nun den Nachforderungsanspruch als vertragliche Leistung betrachtet oder als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung – aus Art. 31 bzw. Art. 67 OR.

Erkennt die Vermieterin den Wegfall nicht, so bleibt der Rückforderungsanspruch grundsätzlich erhalten, denn er verjährt erst mit *Entdeckung* des Irrtums, auch wenn diese seitens der Vermieterin fahrlässig unterblieb. Nur stellt sich die Frage, ob in diesem Fragebogenszenario eine rückwirkende Geltendmachung überhaupt Platz hat; denn vorgesehen ist ja, dass die Vermieterin den Wegfall der Mietzinsvergünstigung durch eingeschriebenen Brief mitteilen muss.

⁷ Die weitere Möglichkeit der Kündigung durch die Vermieterin und die entsprechenden Kündigungsmodalitäten werden hier ausgeblendet. Sie bilden nicht Gegenstand der vorliegenden Fragestellung.

- **Der Mieter beantwortet den Fragebogen nicht wahrheitsgetreu und macht falsche Angaben**

Erkennt die Vermieterin im Zuge der vorbehaltenen Prüfung der Angaben deren Unrichtigkeit, wird sie die Vergünstigung – wiederum mittels eingeschriebenen Briefes aufheben.

Erkennt sie die Unrichtigkeit nicht⁸ oder unterlässt sie die vorbehaltene Überprüfung, so bleibt der Rückforderungsanspruch nach dem bereits vorn Gesagten grundsätzlich erhalten. Das Unterlassen der Überprüfung kann nicht als Pflicht der Vermieterin betrachtet werden; denn sie muss nicht prüfen, sondern behält sich die Prüfung bloss vor. Anders als bei der Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers, des Bestellers im Werkvertrag oder des Vermieters bei Rücknahme der Sache, in welchen Fällen die Sache sofort geprüft werden *muss*, handelt es sich bei der Prüfungsbefugnis auch nicht um eine Obliegenheit der Vermieterin.

3.2.2. Bei Verletzung der Meldepflicht

Gemäss der vertraglich vereinbarten Meldepflicht hat der Mieter unabhängig von einem allfällig zugestellten Fragebogen jedwede Änderung, welche für die Anspruchsberechtigung auf eine Mietzinsvergünstigung von Bedeutung sein kann, unverzüglich zu melden und riskiert, wenn er diese Pflicht missachtet oder mit Verspätung erfüllt, dass zu Unrecht bezogene Vergünstigungen zurückgefordert werden.

Angaben darüber, wie diese Rück- bzw. Nachforderung erfolgt, fehlen bzw. fehlen im entsprechenden Abschnitt.

3.3. Die Auslegung der Ausführungsbestimmungen

3.3.1. Der Sinn und Zweck der Bestimmungen

Es bedarf keiner besonderen Kenntnis zu erkennen, dass die Gewährung von Mietzinsvergünstigung nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzung erfolgt. Selbst wer auf die Lektüre der Ausführungen verzichtet, weiss bereits nach allgemeiner Lebenserfahrung, dass eine einmal gewährte Mietzinsvergünstigung wegfallen kann, wenn die vorausgesetzte „Bedürftigkeit“ nicht mehr besteht. Im Zuge der Anpassung der Mietzinse, welche die Stadt Bern in den Jahren 2000 und 2001 durchführte, hat das Bundesgericht in einem Leitentscheid Folgendes erwogen:

„Im vorliegenden Fall wurde dem Mieter im Mietvertrag klar und eindeutig zu Kenntnis gebracht, dass er eine "subventionierte resp. sonst wie verbilligte Woh-

⁸ Praktisch werden sich falsche Angaben auf die Zahl der Bewohner beschränken, da die Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht angegeben werden müssen; der Mieter erteilt hier lediglich die Zustimmung zur Einsichtnahme in seine Steuerdaten. Die Überprüfung eine falsche Angabe über die Zahl der Bewohner dürfte alles andere als einfach sein. Möglicherweise sind die mittlerweile ausgezogenen (Kinder, Lebenspartner) nach wie vor an der fraglichen Adresse angemeldet.

nung" miete, so dass er sich nicht auf ein angebliches Vertrauen bezüglich der marktkonformen Höhe des letzten von ihm bezahlten Mietzinses berufen kann. Im Gegenteil musste ihm klar sein, dass das Gemeinwesen aus sozialpolitischen Gründen darauf verzichtete, den an sich zulässigen Mietzins auszuschöpfen. Hinzu kommt, dass auch dem Gemeinwesen, das aus sozialpolitischen Gründen verbilligten Wohnraum zur Verfügung stellt, nicht zumutbar ist, im Hinblick auf einen möglichen künftigen Übergang von der Objektverbilligung zur Subjekthilfe einen konkreten Erhöhungsvorbehalt zu formulieren. Im Unterschied zu Wohnungen, die das Gemeinwesen wie Private zu kostendeckenden Bedingungen vermietet, ist beim subventionierten Wohnungswesen die Bestimmung der genauen Ertragslage nämlich oft gar nicht notwendig, weil der zulässige Mietzins aus sozialpolitischen Gründen ohnehin nicht ausgeschöpft wird.“ (BGE 129 III 272 E. 2.3, S. 275)

Zwar betraf dieser Entscheid die Fallkonstellation, in welcher der Mietzins selber tiefer angesetzt und keine frankenmässiger Mietzinsvergünstigung festgelegt wurde. Aber für die vorliegende Fragestellung ist einzig wesentlich, dass ein Mieter auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt nach Auffassung des Bundesgerichtes wusste bzw. wissen musste, dass er von einer Mietzinsvergünstigung profitiert.

Der Mieter, der die Voraussetzungen für die bestehende Mietzinsvergünstigung nicht mehr erfüllt, kann daher nicht darauf vertrauen, diese werde trotzdem weiterhin gewährt. Damit ist freilich die Frage noch nicht beantwortet, ob im Rahmen der Ausführungsbestimmungen auch eine *rückwirkende* Geltendmachung zu Unrecht bezogener Vergünstigungen vorgesehen ist.

3.3.2. Die Auslegung der Aufhebungs- und Rückforderungsmodalitäten

Man kann nicht sagen, dass die Bestimmungen über Wegfall und Rückforderung von Mietzinsvergünstigungen sich durch besondere Klarheit auszeichnen. Klar und kaum auslegungsbedürftig ist indessen der Satz „*Allfällig zu Unrecht bezogene Mietzinsrabatte werden zurückgefordert.*“ Er bedarf keiner besonderen Auslegung und ist – wenn überhaupt gelesen – für jeden Laien klar und eindeutig.

.1 Der Vertrauensschutz des Mieters

Einwenden kann der Mieter einzig, er sei davon ausgegangen,

- die Vermieterin werde ihm einen Fragebogen zustellen;
- sie werde bestenfalls die Vergünstigung aufheben, wenn sich nach Prüfung seiner Angaben ergebe, dass die Vergünstigung weg falle und er habe – diesmal unter ausdrücklicher Berufung auf exakte Lektüre – damit rechnen müssen, irgendwann einmal einen eingeschriebenen Brief zu erhalten, wonach die Vergünstigung *künftig* aufgehoben werde.

Nachdem weder ein Fragebogen zugestellt worden sei, noch eingeschriebene Briefe versandt wurden, habe er nach Treu und Glauben nicht damit rechnen müssen, dass die Vermieterin die – wie sich nun herausstelle – zu Unrecht bezogenen Vergünstigungen *rückwirkend* zurückgefordert werden könnten.

In Wahrheit bezieht dieses Vertrauen indessen nicht auf die Anspruchsberechtigung für eine Mietzinsvergünstigung als solche, sondern lediglich darauf, dass die Vermieterin sie nicht geltend mache bzw. gar nicht prüfe, ob sie noch bestehe.

Das ändert aber nichts daran, dass der Mieter weiss oder wissen muss, dass seine Anspruchsberechtigung nicht mehr besteht. Seine Annahme, schlimmstenfalls werde er künftig mehr bezahlen müssen, wenn auch die Vermieterin merke, dass er nicht mehr „rabattberechtigt“ sei, begründet indessen kein schützenswertes Vertrauen. Wer ohne Zustimmung der Vermieterin untervermietet, einen Hund hält, eine neue Küche einbaut, wird häufig ebenso darauf vertrauen, die Vermieterin merke das nicht. Nur hilft ihm das nicht, wenn er unter Berufung auf Treu und Glauben geltend zu machen versucht, die Untätigkeit der Vermieterin bzw. die unterlassene Überprüfung auf Untermietverhältnisse, Haustiere usw. begründe einen konkludenten Verzicht auf die Durchsetzung der gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen.

.2 Vertrauensschutz durch Duldung

Anders verhält es sich freilich in den beschriebenen Fällen, wenn die Vermieterin um das grundsätzlich vertragswidrige Verhalten des Mieters weiss und nicht dagegen protestiert. Diesfalls wird der Mieter unter bestimmten weiteren Voraussetzungen annehmen dürfen, der Vermieter dulde sein Verhalten und verzichte damit konkludent auf die Durchsetzung des ursprünglich vertraglich Vereinbarten. Eine derartige Vertragsänderung durch Duldung ist möglich,⁹ aber nicht ohne weiteres anzunehmen.

So erwog das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer unbewilligten Untermiete: *„Voraussetzung [des Anspruchs auf Herausgabe der übersetzten Untermietzinse] ist jedoch, dass der Mieter bösgläubig ist, d. h. er also hätte wissen müssen, dass die Bedingungen der unbewilligten Untermiete mit seinen vertraglichen Pflichten nicht übereinstimmen und dass er so einen unberechtigten Vorteil erlangte; Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, dann hat der Vermieter Anspruch auf Aneignung des Erlöses, der aus dieser unerlaubten Einmischung in seine Geschäfte resultiert.“*¹⁰

Ebenso beschied es einen Mieter, der aus der unterlassenen Nachforderung eines eigenmächtig herabgesetzten Mietzinses einen Verzicht der Vermieterin bzw. eine konkludente Billigung der Herabsetzung ableitete: *„Der freiwillige Verzicht auf einen Teil der geschuldeten Leistung kann nicht leichthin angenommen werden (vgl. zum Schuldertlass BGE 109 II 327 E. 2b S. 329 f. mit Hinweis). Ein bloss passives Verhalten des Beschwerdegegners genügt nicht, um bei der Beschwerdeführerin berechtigtes Vertrauen zu erwecken, er sei mit der Herabsetzung des Mietzinses einverstanden.“*¹¹

Auch im vorliegenden Fall reicht die blossе Untätigkeit der Liegenschaftsverwaltung nicht aus, um nach Treu und Glauben annehmen zu dürfen, sie verzichte auf die Einhaltung der vertraglich festgelegten Voraussetzungen Mietzinsvergünstigungen.

⁹ Vgl. zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A_582/2012 vom 28. Juni 2013, E. 3.2: *„Der vom Vermieter über einen längeren Zeitraum geduldete Gebrauch kann eine stillschweigende Vereinbarung implizieren“* Deutsche Übersetzung in MRA 4/2013 11).

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_594/2012 vom 28. Februar 2013, in MRA 2013 60, E.2.11., S. 63.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_418/2009 vom 27. Oktober 2009, E. 1.4.

.3 Begründetes Vertrauen auf Ausschluss der rückwirkenden Nachforderung

Ebensowenig bleibt Raum für einen Vertrauensschutz bezüglich der Rück- bzw. Nachforderung zu Unrecht bezogener Mietzinsvergünstigungen. Die bereits mehrfach zitierte Bestimmung, wonach eine solche Rückforderung ausdrücklich vorbehalten wird ist klar. Dass das Vorgehen im Rahmen der Kontrolltätigkeit auf ersten Blick lediglich einen Wegfall für die Zukunft vorzusehen scheint, vermag aber nach Auffassung des Verfassers weder die klar vereinbarte Meldepflicht noch die dort stipulierte Rückforderungsmöglichkeit nicht auszuschliessen.

Der Mieter mag es als stossend empfinden, dass er auf Jahr und Tag rückleistungspflichtig wird, weil die Vermieterin die Einhaltung der Bestimmungen nicht kontrollierte. Aber entscheidend ist, dass er wusste bzw. wissen musste, dass Anspruch auf die Vergünstigung nur bestand, solange er die Voraussetzungen für deren Gewährung erfüllte und er auch wusste bzw. hätte wissen müssen, dass dies nicht der Fall war. Wer eine zu Unrecht bezogene Leistung erhalten hat, kann sich nicht darüber beklagen, dass der Leistungserbringer das eigentlich schon früher hätte merken können.

3.3.3. Verletzung zwingender Bestimmungen

Die Gewährung von Mietzinsvergünstigungen geschieht freiwillig und deren Modalitäten können daher frei vereinbart werden. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Ausführungsbestimmungen gegen zwingende Bestimmungen des Mietrechts verstossen könnten. Insbesondere verstösst die rückwirkende Nachforderung der Mietzinsvergünstigung nicht gegen das für Mietzinsanpassungen geltende Verbot rückwirkender Geltendmachung, weil es sich – wie bereits erwähnt¹² – bei der Mietzinsvergünstigung nicht um eine Mietzinsanpassung, sondern um einen Mietzinserslass handelt. Eine Verletzung von Art. 8 UWG ist ebenfalls nicht ersichtlich.

3.3.4. Verstoss gegen das Gebot der Gleichbehandlung

Grundsätzlich gilt im Bereich des Privatrechts das Gleichbehandlungsgebot nicht. Freilich ist die Vermieterin als Gemeinwesen stärker als ein beliebiger privater Vermieter gehalten¹³, den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Möglichkeit auch in ihrer privatrechtlichen Tätigkeit zu beachten.

Es wäre in der Tat unbillig, wenn in denjenigen Fällen, in denen ein Mieter den Fragebogen retournierte, die Vergünstigung nur ex nunc, also für die Zukunft gestrichen würde, während ein Mieter, der nie einen Fragebogen erhalten hatte, die Vergünstigung rückwirkend nachzahlen müsste.

Freilich gilt dieser Gleichbehandlungsgrundsatz dann nur eingeschränkt, wenn sich der Bürger bzw. hier der Mieter auf eine sog. „*Gleichbehandlung im Unrecht*“ beruft. Darauf hat er nur und erst dann Anspruch, wenn das Gemeinwesen, das in

¹² Vgl. vorn Ziffer 3.1.1, S. 2.

¹³ Ob sie *rechtlich* dazu verpflichtet ist, kann hier nicht abschliessend geklärt werden.

der Vergangenheit eine nunmehr als unrichtig erkannte Praxis geübt hat, diese Praxis auch künftig beibehalten will, und nur in „seinem“ Fall davon abweicht.¹⁴

Dies wäre zu beachten, falls die Vermieterin nach Obsiegen in einem Pilotprozess darauf verzichten würde, auch die übrigen Mieter nachträglich ins Recht zu fassen, ohne einen solchen Verzicht auf zureichende sachliche Gründe¹⁵ stützen zu können.

3.4. Verjährungsrechtliche Schranken

Die Rückforderungsansprüche der Vermieterin verjähren – da periodische Leistungen in Rede stehen – nach *fünf* Jahren, soweit es sich um vertragliche Ansprüche handelt.

Sind die Rückforderungsansprüche bereicherungsrechtlicher Natur (die Vermieterin hat Mietzinsvergünstigungen ohne Rechtsgrund gewährt, weil die Voraussetzungen fehlen) beträgt die (relative) Verjährungsfrist *ein Jahr* seit Kenntnis über die fehlenden Voraussetzungen bzw. zehn Jahre seit Wegfall der Voraussetzungen (absolute Verjährung).

4. Zusammenfassung

Die Mietverträge über „günstigen Wohnraum“ sehen klar und unzweideutig vor, dass zu Unrecht bezogene Mietzinsvergünstigungen zurück- bzw. nachgefordert werden.

Die weitere mietvertragliche Bestimmung, wonach die Mietzinsvergünstigung bei einer Überprüfung durch Fragebogen im Folgemonat nach Anzeige des Wegfalls durch die Vermieterin entfällt, schliesst Rückforderungsansprüche nicht aus.

Die Durchsetzung der Rück- bzw. Nachforderungsansprüche verletzt Treu und Glauben nicht.

Die Ansprüche sind innert Jahresfrist seit Kenntnis vom Wegfall der Voraussetzungen geltend zu machen.

5. Die Anwendung dieser Grundsätze in der Praxis

Die Mietverträge bzw. Mietverhältnisse über Wohnungen, die den Bestimmungen über den „Günstigen Wohnraum“ unterstehen, lassen sich in zwei Gruppen aufteilen.

- Neu begründete Mietverhältnisse, die von Beginn an mit den neuen Formularverträgen abgeschlossen;
- Alte, vor Inkrafttreten der neuen Regelung begründete Mietverhältnisse.

¹⁴ Vgl. für das öffentliche Recht dazu ausführlich das Urteil des Bundesgerichts 1C 398/2011 vom 7. März 2012 (sog. „Fensterurteil“)

¹⁵ Wie beispielweise offensichtliche Uneinbringlichkeit, unbekannter oder nur mit grossem Aufwand feststellbarem neuen Wohnsitz weggezogener Mieter, Einforderung bei den Erben verstorbener Mieter usw.

Bei dieser zweiten Gruppe wurde sämtlichen Mietern die Möglichkeit geboten, entweder die alten Mietverträge weiterzuführen, wobei angekündigt wurde, dass die Wohnungen in den Fällen, in denen bei der späteren Überprüfung festgestellt werde, dass die Vermietungskriterien nicht erfüllt werden, mit einer Kündigung des Mietverhältnisses zu rechnen sei.

Alternativ wurde angeboten, einen neuen Mietvertrag unter Verwendung der neuen Formularverträge abzuschliessen, in welchem sowohl die Vermietungskriterien festgelegt als auch der Mietzinsrabatt beziffert wurde, der bei deren Einhaltung gewährt wird. Wer sich freiwillig zum Abschluss eines solchen Mietvertrages entscheidet, bezahlt vorerst den um den Rabatt vergünstigten Mietzins. Ergibt die erstmalige Überprüfung der Vermietungskriterien, dass ein Rabattanspruch nicht besteht, wird ab dem Zeitpunkt der Überprüfung der volle Mietzins fällig.

Zurzeit bestehen damit drei Mieter- bzw. Mietvertragsgruppen:

1. Neue Mietverhältnisse mit neuen Formularverträgen;
2. Alte Mietverhältnisse, die mit den alten Verträgen weitergeführt wurden;
3. Alte Mietverhältnisse, bei denen ein neuer Formularvertrag abgeschlossen wurde.

5.1. Neue Mietverhältnisse mit neuen Formularverträgen

Hier gelten von Beginn weg die neuen vertraglichen Bestimmungen. Der Mieter, der die Vermietungskriterien nicht erfüllt, ist sowohl verpflichtet, den vollen Mietzins zu bezahlen als auch die bereits gewährten Mietzinsrabatte ab dem Zeitpunkt nachzubezahlen, ab welchem die Vermietungskriterien verletzt wurden. Der entsprechende Nachfordeungsanspruch der Vermieterin verjährt ein Jahr ab dem Zeitpunkt, in welchem sie Kenntnis davon hatte, dass die Vermietungskriterien nicht erfüllt sind.

5.2. Alte Mietverhältnisse, die mit den alten Verträgen weitergeführt wurden

Mangels einer anderslautenden Vereinbarung zwischen den Parteien gilt der im Vertrag festgelegte Mietzins. Das Ausmass der Mietzinsvergünstigung ist vertraglich nicht festgelegt und beziffert. Eine Erhöhung dieses Mietzinses ist nur durch eine Mietzinserhöhung gemäss Art. 269d OR möglich. Das erfordert einseits eine Begründung nach Art. 269 oder 269a OR und setzt andererseits die Verwendung des amtlichen Formulars voraus. Es gelten mit anderen Worten die allgemeinen Regeln über die Anpassung von Mietzinsen. Eine *rückwirkende* Erhöhung des Mietzinses ist danach ausgeschlossen.

Zulässig ist einzig, den Mietzins für die *Zukunft* anzupassen, wobei als einziger Anpassungsgrund die Anpassung an die orts- und quartierüblichen Mietzinse in Betracht fällt.

Alternativ können diese Mietverhältnisse gekündigt werden. Eine Kündigung des Mietvertrages weil der Mieter die sozialpolitisch begründeten Vermietungskriterien nicht erfüllt ist klarerweise nicht missbräuchlich.

5.3. Alte Mietverhältnisse, bei denen ein neuer Formularvertrag abgeschlossen wurde

In diesen Fällen hat die Vermieterin beim Abschluss des neuen Formularvertrages ausdrücklich auf die Überprüfung verzichtet, ob und wie weit der Mieter die Vermietungskriterien erfüllt. Sie hat eine spätere Überprüfung lediglich vorbehalten und dem Mieter erklärt, falls er im dannzumaligen Zeitpunkt die Kriterien nicht (mehr) erfülle, werde der volle Mietzins fällig.

Denn die Vermieterin kann sich weder auf eine entsprechende Vereinbarung berufen (vereinbart wurde ja gerade das Gegenteil). Noch kann sie geltend machen, den Rabatt irrtümlich gewährt zu haben, denn sie befand sich beim Abschluss der neuen Verträge nicht im Irrtum, sondern hat vielmehr bewusst darauf verzichtet, die Vermietungskriterien schon bei Vertragsschluss zu prüfen.

Es widerspräche daher Treu und Glauben, wenn die Vermieterin nunmehr verlangen würde, dass der Mieter den gewährten Mietzinsrabatt nachbezahlen müsse. Soweit der Abschluss der neuen Formularverträge mehr als ein Jahr zurückliegt, scheidet eine Nachforderung zudem an der einjährigen Verjährungsfrist.

1. April / 13. Juni 2014 / HB