

## **Die Auflösung des Mietverhältnisses**

Ralph D. Braendli, Fürsprecher  
Advokatur Notariat Lemann, Walz & Partner

### **Inhaltsverzeichnis**

1. Der Abschluss des Mietvertrages
  - 1.1. Geschäfts- und Wohnraummiete
  - 1.2. Missbrauchsgesetzgebung: was fällt darunter, was nicht?
  - 1.3. Echte/unechte Befristung des Mietvertrages
  - 1.4. Indexierung und Staffelung
  - 1.5. Insbesondere das Optionsrecht auf eine weitere Dauer
2. Die Beendigung des Mietvertrages
  - 2.1. Durch Kündigung im Allgemeinen
  - 2.2. Form und Frist der Kündigung durch Mieter/Vermieter
  - 2.3. Die Begründung im Besonderen (Taktik der Verwaltung)
  - 2.4. Auflösung durch Vereinbarung
3. Die ausserordentliche Kündigung (OR 257d und OR 257f)
  - 3.2. Kündigung wegen mangelnder Rücksicht und Sorgfaltnahme durch den Mieter (OR 257f)
  - 3.1. Die Kündigung wegen Zahlungsverzug des Mieters (OR 257d)
4. Die Exmission des Mieters
5. Spezialfälle
  - 5.1. Konkurs des Mieters
  - 5.2. Tod des Mieters
  - 5.3. Der Mieter ist Hauswart oder der Hauswart ist Mieter
6. Aktuelle Probleme aus der Praxis

### **1. Der Abschluss des Mietvertrages**

Der Mietvertrag ist ein Vertrag, worin sich die Parteien auf den Gebrauch einer Sache gegen Entgelt einigen. Durch das soziale Mietrecht, vielfach immer noch das «neue Mietrecht» genannt, obschon es seit dem 1. Juli 1990 in Kraft ist, wurde das ansonsten einfache Rechtsgebilde durch verschiedenste Normen so verklausuliert, dass die Anwendung in der Praxis zuweilen für beide Parteien äusserst kompliziert geworden ist und auch die Hilfe von Rechtsanwälten und

Verbänden notwendig macht. Miete umfasst nicht nur die Miete von Wohnungen und Geschäftsräumen, sondern den Gebrauch sämtlicher Sachen, an welchen eine Miete möglich ist: bewegliche Sachen (Autos, Unterhaltungselektronik, Flugzeuge, Tiere, etc, etc.).

Gegenstand von Verwaltungsmandaten sind aber in der Regel die Miete von Liegenschaften oder Teilen davon. Davon handelt das vorliegende Weiterbildungsseminar im ersten Teil oder Modul.

### **1.1. Geschäfts- und Wohnraummiete**

Die Vorschriften des Mietrechtes zum Schutz der Mieter (OR Art. 269ff.) gelten nur für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (OR Art. 253b Abs. 1). Was versteht man darunter?

- «*Wohnräume*» sind begriffsnotwendig alle Räume, deren Nutzung unter den Begriff «*Wohnen*» subsummiert werden können. Unter «*Raum*» versteht man dabei eine horizontal und vertikal abgeschlossene Einheit und es muss auf eine gewisse Dauer ausgerichtete Einrichtung sein. Keine Räume sind Lagerplätze oder ähnliche, nicht geschlossene Bauten
- «*Geschäftsräume*» sind solche, welche dem Mieter zum Betrieb eines Gewerbes oder der Ausübung seines Berufes dienen (Büros, Werkstätten, Magazine, Lagerräume und dergleichen).

Ob ein Mietvertrag für eine Wohnung oder für einen Geschäftsräum vorliegt, entscheidet sich weder an der baulichen Ausgestaltung noch daran, wie der Mieter die Räume tatsächlich nutzt. Entscheidend ist alleine, welche Nutzung die Parteien vertraglich vereinbart haben. Es ist zu empfehlen, in den Verträgen zu nennen, ob es sich um eine Geschäfts- oder um eine Wohnungsmiete handelt oder eben gerade nicht um eine solche.

### **1.2. Missbrauchsgesetzgebung: was fällt darunter, was nicht?**

Wie bereits erwähnt, gilt die Missbrauchsgesetzgebung des Mietrechtes (insbesondere Kündigungsschutzbestimmungen und Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen) nur für Wohn- und Geschäftsräume. Wie verhält es sich aber mit anderen Räumen und Sachen?

- Ein alleine ohne zugehöriger Wohnung vermieteter **Autoeinstellhallenplatz** oder eine **Garage** ist weder Geschäfts- noch Wohnraum. Deshalb gelten hier die Vorschriften nicht. Wird der AEP aber zusammen mit einer Wohnung oder einem Geschäftsräum vermietet, fällt er trotzdem darunter (OR Art. 253a Abs. 1). Dasselbe gilt für Gärten, bewegliche Sachen, etc. Folge: weder Kündigungsfrist noch Kündigungstermin noch die Modalitäten sind fest geregelt und beide Parteien können dies frei vereinbaren.

- **Clublokal:** Sie vermieten beispielsweise ein Untergeschoss an einen Örgeli-club, welcher diesen seinen Mitgliedern als Übungslokal zur Verfügung stellt und auch Konzerte abhält. Ein solches ist weder Geschäfts- noch Wohnungslokal, denn er dient weder der Ausübung eines Gewerbes oder Berufes noch wird darin begriffsnotwendig und zweckentsprechend gewohnt. Eine Kündigung kann also nicht angefochten werden oder die Miete erstreckt werden.
- **Fischstandplatz:** an der Bottigenstrasse 2 wird zur Zeit ein zeitlich beschränkter Standplatz für einen Gewerbetreibenden 1 mal pro Woche vermietet. Auch das ist kein Geschäfts«raum», denn es fehlt bereits an der eingangs erwähnten, räumlich umgrenzten Abgeschlossenheit. Auch hier kein Kündigungsschutz oder Erstreckung möglich.
- **Tiefkühlfach in Gemeinschaftsanlage:** Hier gilt dasselbe, wie zu den Garagen oder Autoeinstellhallenplätze gesagte. Wenn mit einer Wohnungs- oder Geschäftsmiete zusammen vermietet, fallen sie als Nebensache unter die Bestimmungen der Missbrauchsgesetzgebung. Es spielt dabei keine Rolle, ob die Sache im Hauptmietvertrag mitvermietet oder erst danach in einem separaten Mietvertrag geregelt wird.

### **1.3. Echte/unechte Befristung des Mietvertrages**

Mit einer Befristung wollen die Parteien erreichen, dass das Ende eines Mietvertrages bereits beim Abschluss vorbestimmt ist.

Echt befristet ist ein Mietverhältnis, wenn es ohne Kündigung auf den bestimmten Zeitpunkt hin endet. Eine Kündigung braucht es dazu nicht. Diese Verträge sind – leider – recht selten.

Meistens trifft man sogenannt unecht befristete Verhältnisse vor, welche beispielsweise die folgende Klausel aufweisen:

*«Das Mietverhältnis kann frühestens auf den 31. April 2003 gekündigt werden» oder «Der Mietvertrag wird für eine feste Dauer von 5 Jahren, d.h. bis Ende April 2006, abgeschlossen und läuft hernach für jeweils ein Jahr weiter, wenn er nicht von einer Partei früher gekündigt wird.»* Gemeinsam ist diesen Mietverträgen, dass sie von einer Partei gekündigt werden müssen, ansonsten sie weiterlaufen.

### **1.4. Indexierung und Staffelung**

Indexierung: Der Mietzins folgt dem Landesindex der Konsumentenpreise.  
Staffelung: Der Mietzins erhöht sich anhand einer Klausel schrittweise.

Indexierung und Staffelung ist nur dann zulässig, wenn der Mietvertrag mindestens für fünf bzw. drei Jahre fest abgeschlossen wurde. Dabei reicht es, dass nur der Vermieter während dieser Zeitdauern nicht kündigen kann, dem Mieter kann eine normale Kündigungsmöglichkeit eingeräumt werden.

Bezüglich Beendigungsmodalitäten weist ein solcher Vertrag keine Besonderheiten auf: entweder endet er infolge Zeitablauf (echte Befristung) oder durch die Kündigung einer der Mietparteien. Wichtig sind die vertraglich vereinbarten Modalitäten im Zusammenhang mit einem allenfalls eingeräumten Optionsrecht (Ziff. 1.5. hiernach).

### **1.5. Insbesondere das Optionsrecht auf eine weitere feste Dauer**

Vor allem im Bereich der Geschäftsmiete wird (in der Regel, was aber nicht zwingend ist) dem Mieter bei längerfristigen Verträgen die Möglichkeit eingeräumt, den Vertrag für eine vorbestimmte, weitere feste Dauer zu verlängern. Dies soll es ihm ermöglichen, allenfalls getätigte Investitionen in das Mietobjekt und seine Infrastruktur besser zu amortisieren. Der Vermieter seinerseits hat mit einer frühzeitigen Bekanntgabe den Vorteil, dass er seinen Mietertrag längerfristig planen und gestalten kann und es werden kurzfristige Mieterwechsel vermieden. Die Optionen werden in Zeiten steigender Mietzinse gerne wahrgenommen, in Zeiten sinkender Mietzinse (vor allem in der zweiten Hälfte der 90-er Jahre) aber wurden sie seltener ausgeübt.

Es gibt verschiedene Varianten des Optionsrechts:

- Eine echte Option ist nur dann eine solche, wenn der Optionsberechtigte (in der Regel der Mieter) bis zu einem gewissen Datum ausdrücklich erklären muss, er wolle den Vertrag für die im voraus bestimmte Dauer verlängern: «Der Mietvertrag wird für eine feste Dauer von 5 Jahren, d.h. bis Ende April 2006 abgeschlossen und endet auf diesen Zeitpunkt hin ohne Kündigung. Der Mieter hat aber das Recht bis Ende März 2005 zu erklären, dass er den Vertrag für eine weitere Dauer von 5 Jahren, d.h. bis Ende April 2011 verlängern will. Die Ausübung dieses Optionsrechtes hat mittels eingeschriebenem Brief zuhanden des Vermieters zu erfolgen und muss bis spätestens Ende März 2005 beim Vermieter eingetroffen sein, ansonsten das Optionsrecht dahinfällt. Bei Ausübung des Optionsrechtes gelten im Übrigen sämtliche Vertragsbestimmungen unverändert weiter.»
- Unecht ist die Option dann, wenn beispielsweise im Mietvertrag steht: «Der vorliegende Vertrag läuft bis Ende April 2006. Wenn der Mieter nicht bis Ende März 2005 mittels schriftlicher Erklärung an den Vermieter mitteilt, dass er das Mietverhältnis beenden möchte, läuft er für weitere fünf Jahre, d.h. bis Ende April 2011 weiter». Hier stellt sich die Rechtsfrage, was passiert, wenn der Mieter bis Ende März 2005 keinerlei Erklärung abgibt. Nach dem Inhalt des Vertrages handelt es sich um einen 10-jährigen

Vertrag, welcher durch den Mieter (hier aber nicht durch den Vermieter!) nach 5 Jahren unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten gekündigt werden kann. Das ist eigentlich kein Optionsrecht, sondern eine einseitige Kündigungsmöglichkeit.

Das Optionsrecht kann auch dem Vermieter zugestanden werden, das ist aber sehr selten.

## 2. Die Beendigung des Mietvertrages

Der Mietvertrag endet je nach Bestimmung der Parteien durch:

- Zeitablauf
- Kündigung
- Parteivereinbarung (Aufhebungsvertrag bzw. Abschluss eines neuen Vertrages)

Er wird nicht automatisch beendet durch:

- Eigentümerwechsel: OR 261ff.
- Tod des Vermieters oder Mieters (OR 266i): Die Erben des Mieters können losgelöst vom Vertrag auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen.
- Konkurs des Mieters: Der Vermieter kann unter Fristansetzung nur Sicherheit für zukünftige Mietzinse verlangen. Die rückständigen Mietzinse fallen in die Konkursmasse, aber es ist Vorgehen nach OR 257d möglich (auch gegenüber der Konkursverwaltung). Ohne Erhalt der Sicherheit ist dann fristlose (!) Kündigung möglich.

### 2.1. Durch Kündigung im Allgemeinen

Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung einer Partei, welche auf das Beenden eines Dauerschuldverhältnisses gerichtet ist.

Einseitig: aus eigenem Recht alleine

Willenserklärung: Erklärung, dass man den Vertrag aufheben will

Empfangsbedürftig: Die Erklärung muss beim Vertragspartner eintreffen, um Wirkung zu entfalten. Fristen sind nur eingehalten, wenn die Erklärung am letzten Tag des Beginns der Kündigungsfrist im Herrschaftsbereich des Empfängers eingegangen ist.

Beispiel: Kündigungsfrist 3 Monate auf jedes Monatsende. Der Mieter kündigt am 31. August (Übergabe an Poststelle), der Vermieter empfängt die Kündigung erst am 2. September. Damit verlängert sich die Kündigungsfrist auf Ende Dezember. Will der Mieter das Mietverhältnis per Ende November auflösen, muss die Kündigung am 31.8. beim Vermieter eingetroffen sein. Ob der Vermieter davon Kenntnis hat oder nicht, ist einerlei. Bei einer Verwaltung reicht das Leeren des Postfachs durch eine angestellte Person.

## **2.2. Form und Frist der ordentlichen Kündigung durch Mieter/Vermieter**

Form (bei Wohn- und Geschäftsräumen):

- Vermieter: schriftlich und mit Formular
- Mieter: schriftlich (manche Verträge oder Allg. Geschäftsbedingungen sehen die Kündigung mittels eingeschriebenem Brief vor, womit ein Überbringen an die Verwaltung nicht ausreichen dürfte).

**Fristen:**

Zu unterscheiden ist zwischen Kündigungsfrist und Kündigungstermin: erstere ist die Zeitspanne, welche bis zum Kündigungstermin mindestens verstreichen muss, letztere der Zeitpunkt, auf welchen der Vertrag endet.

- Vorab gilt immer das im Vertrag vereinbarte, wobei die Kündigungsfristen bei Wohnungen nicht weniger als 3 Monate und bei Geschäftsräumen nicht unter 6 Monaten betragen dürfen. Die Kündigungstermine dürfen frei vereinbart werden.
- Ohne vertragliche Vereinbarung gelten die gesetzlichen Termine, vorab die ortsüblichen: Ende April und Ende Oktober jeden Jahres. Ohne Ortsgebrauch: Ende einer dreimonatigen Mietdauer, berechnet ab Beginn des Mietverhältnisses, also vier Termine pro Jahr.

## **2.3. Die Begründung im Besonderen (Taktik der Verwaltung)**

Die Parteien können nach Eingang der Kündigung eine Begründung derselben verlangen (OR271 Abs. 2). Die Verwaltung tut gut daran, sich die Begründung gut zu überlegen, denn sie dient nicht zuletzt zur Überprüfung einer Missbräuchlichkeit im Sinne von OR 271ff. bei Anfechtung der Kündigung. Deshalb die folgenden Ratschläge:

- Die Begründung muss wahr und nachvollziehbar sein.
- Sie soll möglichst kurz ausfallen und möglichst ohne gesetzliche Ausdrücke auskommen.
- Keinesfalls emotionell gefärbte Begründungen liefern.

Merksatz: kurz – prägnant – mit Pulver

Nicht selten kommt es vor, dass die Verwaltung von der Eigentümerschaft gedrängt wird, eine objektiv eigentlich kaum zu begründende Kündigung auszusprechen. Beispielsweise hat der Vermieter zuvor erfolglos versucht, den Mieter zu einem höheren Mietzins «zu bewegen» oder eine Verkaufsofferte für die Wohnung unterbreitet, welche der Mieter nicht annehmen wollte, etc. Deshalb ist es in solchen Fällen eminent wichtig, nachzuforschen, warum der Eigentümer partout kündigen möchte und welche Umstände dem voraus-gegangen sind. Allenfalls ist der Eigentümer als Auftraggeber durch den Verwalter abzumahnen und darauf hinzuweisen, dass diese Kündigung anfechtbar sein könnte. Man «fasst» auch eine dreijährige Kündigungssperre, wenn eine Kündigung vom

Mietamt bzw. Gericht aufgehoben wird oder mit dem Mieter ein Vergleich abgeschlossen wird, in welchem die Vermieterschaft zu einem grossen Teil nachgeben muss. Mit der Abmahnung kann die Verwaltung das Risiko vermeiden, allenfalls gegenüber dem Auftraggeber schadenersatzpflichtig zu werden, was bei Geschäftsmieten sehr schnell ins Gute Geld gehen kann.

## **2.4. Auflösung durch Vereinbarung**

Die Parteien können den Mietvertrag ohne Kündigung durch einen Aufhebungsvertrag zur Auflösung bringen. Dabei sind aber die allgemeinen Geschäftsbedingungen (auch die eigenen) genau nachzulesen. Grundsätzlich ist ein Aufhebungsvertrag formlos möglich (OR 115). Wenn aber Vertrag oder die AGB's die Schriftlichkeit vorbehalten haben, muss auch der Aufhebungsvertrag schriftlich abgefasst werden. Aus Beweisgründen ist dies so oder anders zu empfehlen.

Der Abschluss eines neuen Vertrages ist immer auch Aufhebungsvertrag des alten, das gleiche Mietobjekt betreffenden Mietvertrages. Zur Sicherheit ist die Aufhebung des alten Vertrages zu erwähnen.

## **3. Die ausserordentliche Kündigung (OR 257d und OR 257f)**

In der Praxis kommt es wohl fast häufiger vor, dass ein Mietverhältnis seitens der Vermieterschaft ausserordentlich gekündigt wird, als ordentlich. Verhält sich ein Mieter wohl und bezahlt den Mietzins gibt es in der Regel für die Verwaltung bzw. den Vermieter wenig Grund, das Mietverhältnis aufzulösen.

Es sind grundsätzlich zwei Fälle zu unterscheiden, welche in der Praxis häufig anzutreffen sind:

1. Kündigung wegen Zahlungsverzug des Mieters (OR 257d).
2. Kündigung wegen mangelnder Rücksicht und Sorgfaltnahme durch den Mieter (OR 257f).

### **3.1. Die Kündigung wegen Zahlungsverzug des Mieters (OR 257d)**

Die Modalitäten sind wohl jedem Verwalter bekannt: Bezahlte ein Mieter nicht, ist ihm mittels eingeschriebenem Brief (Beweisbarkeit) eine Frist von 30 Tagen zur Bezahlung der ausstehenden Mietzinse anzusetzen und ihm anzudrohen, dass bei nicht fristgerechter Bezahlung das Mietverhältnis gekündigt werde. Wird nicht bezahlt, darf danach unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf ein Monatsende gekündigt werden.

Es geht hier nicht darum, dies zu wiederholen, sondern die «Haken und Ösen» und die „Fallen“, in die man leicht treten kann, aufzuzeigen.

Wir nehmen ein Beispiel:

Die Verwaltung «Schöner Wohnen GmbH» hat am 1. Juli 1998 mit Herrn und Frau Huber (Familie mit einem 6-jährigen Kind) einen Mietvertrag über eine 3 ½-Zimmerwohnung am Musterweg 33 für monatlich (zahlbar im Voraus) Fr. 1'300.-- zzgl. Nebenkosten à conto Fr. 150.--, total Fr. 1'450.--, abgeschlossen. Anfänglich geht alles gut, die Mietzinse werden pünktlich bezahlt. Die Ehegatten trennen sich im März diesen Jahres und Herr Huber zieht aus der Wohnung aus. Der Mietzins pro Mai wird nicht bezahlt. Sie stellen dies Mitte Mai fest. Wie reagieren Sie und welches «Fristenspiel» läuft nun ab?

Grundsätzlich ist folgendes zu beachten:

- **Form:** zuerst hat die Verwaltung den Mietern die 30-tägige Frist zur Bezahlung der rückständigen Beträge anzusetzen: Das Gesetz verlangt, dass bei Familienwohnungen die Fristansetzung an **beide Ehegatten getrennt** zu ergehen hat (auch bei Trennung wie im Beispiel). Sie muss **schriftlich** sein und eine **Unterschrift** tragen. Bei Nichteinhaltung dieser Formvorschriften ist die Fristansetzung **nichtig!**
- **Inhalt:** Mahnung nach OR Art. 257d mit eingeschriebenem Brief und Ansetzung einer Frist von 30 Tagen zur Bezahlung unter Androhung, dass das Mietverhältnis unter Anwendung der genannten Bestimmung gekündigt werde, wenn nicht innert Frist die Schuld bezahlt werde. Achtung: der fällige Betrag ist zu nennen und zu bezeichnen (sind es Nebenkosten oder Mietzins, welchen Monat betrifft es, etc). Für nicht bezahlte Mietzinskautionen kann man nicht nach 257d vorgehen.
- **Beginn der 30-tägigen Frist:** Sie wird durch (tatsächlichen) Empfang beim / bei den Mieter/n ausgelöst. Bei mehreren Mietern (oder bei Ehegatten bezüglich Familienwohnungen) ist der Empfang der zuletzt eingetroffenen Mitteilung massgebend. Wird die Mitteilung nicht abgeholt, gilt sie als nach der 7-tägigen Abholfrist bei der Post als zugestellt.
- **Ablauf der Frist:** Der Tag des Empfangs ist nicht mitzuberechnen. Endet die Frist an einem Samstag oder Sonntag oder an einem gesetzlich anerkannten Feiertag (Achtung: kantonale Unterschiede!), so erstreckt sie sich auf den nächstfolgenden Werktag.
- **Einhaltung der Frist durch Bezahlung:** Die Frist ist nur dann eingehalten, wenn der Mieter den fälligen Betrag spätestens am letzten Tag der Frist bezahlt hat. Wenn der Vermieter nicht Barzahlung verlangt (Bank- oder PC-Konto), so gilt die Frist als eingehalten, wenn der Mieter den Betrag am letzten Tag der Frist bar einbezahlt (bei Post) und er damit an diesem Tag auf dem PC-Konto der Bank gutgeschrieben wird (auch wenn der Vermieter

ein späteres Valuta-Datum mitgeteilt bekommt<sup>1</sup>). Das kann man vermeiden mit dem Hinweis in der Mahnung: «Zahlungseingang bei uns, das heisst Gutschrift auf unserem Bankkonto».

- **Bei Nichteinhaltung der Frist** darf der Vermieter mit einer Frist von 30 Tagen auf ein Monatsende kündigen. Das heisst, die Kündigung darf am darauffolgenden Tag ausgesprochen werden. Es gelten die normalen Modalitäten der Kündigung (Formular, getrennte Zustellung bei Ehegatten, Angabe Grund etc.). Die Kündigung gilt nach der gerichtlichen Praxis mit dem Empfang beim Mieter als zugestellt und bei Nicht-Abholung am Tag, nach dem der Abholzettel in den Briefkasten gelegt wurde<sup>2</sup>.

Wenn wir die oben genannten Grundsätze auf das eingangs erwähnte Beispiel anwenden unter Annahme, dass die Kündigungsandrohung nicht abgeholt wird, können wir folgendes Szenario entwickeln:

- 11. Mai: Sie stellen fest, dass Mietzins und Nebenkosten nicht bezahlt worden sind. Es ist ein Freitag. Am Montag, 14. Mai entschliessen Sie sich, zu mahnen. Die Adresse des Ehemannes ist Ihnen aber unbekannt, Sie forschen nach und finden sie im Laufe des 18. Mai heraus. Es ist wieder ein Freitag und Sie haben sonst noch viel zu tun.
- 21. Mai (Montag): Sie schicken die Kündigungsandrohung formrichtig (normaler eingeschriebener Brief) an beide Ehegatten ab. Die Ehefrau empfängt sie am 23. Mai, der Ehemann holt sie erst gar nicht ab, ruft Sie aber am Freitag nachmittag, 25. Mai, 17.00 Uhr an und teilt mit, dass ihn die ganze Sache nichts mehr angehe (Trennung, Scheidung, etc.).
- Wann fängt die 30-tägige Frist an zu laufen? Im Zweifelsfall wohl erst am 26. Mai und läuft damit am 24. Juni ab. Dieser ist aber ein Sonntag, damit erstreckt sich der Ablauf der Frist auf den Montag, 25. Juni.
- 5. Juni: Sie stellen fest, dass auch der Juni-Mietzins nicht bezahlt worden ist.
- 26. Juni: Sie kündigen das Mietverhältnis mit Wirkung per Ende Juli.
- 28. Juni: Sie erhalten von Ihrer Bank die Mitteilung einer Gutschrift des ausstehenden Betrages mit Valuta-Datum 27. Juni.
- 4. Juli: Sie stellen fest, dass auch der Juli-Zins nicht bezahlt worden ist.
- 31. Juli: Der Übergabetermin platzt, die Ehefrau macht geltend, der ausstehende Betrag sei fristgerecht bezahlt. Sie legt Ihnen eine Einzahlungsquittung vom 25. Juni vor.
- 2. August: Ihr Rechtsvertreter stellt das Emissionsbegehren. Im Verfahren stellt sich heraus, dass der Ehemann die Kündigungsandrohung tatsächlich nie abgeholt und er den Betrag überwiesen hat. Sie verlieren den Prozess, es ist jetzt der 20. August.
- 20. August: Sie mahnen die ausstehenden Mietzinse pro Juni, Juli und August und setzen eine neue Frist von 30 Tagen.

---

<sup>1</sup> BGE 124 III 145

<sup>2</sup> mp 1997 S. 32ff (Entscheid Appellationsgericht BS)

- Ende September können Sie erneut kündigen auf Ende Oktober, diesmal klappt es.

Ich will kein Horrorszenario entwickeln, aber es kann in der Praxis sehr schnell passieren, dass das Fristenspiel nach OR 257d aufgrund «unglücklicher Verkettungen» zu Ungunsten der Verwaltung / des Vermieters ausgehen kann. Deshalb die folgenden Empfehlungen:

1. Ständige Kontrolle der Mietzinseingänge aller Objekte in Ihrer Verwaltung, vor allem am Monatsanfang.
2. Seien Sie bei Familienwohnungen mit den Adressen der Ehegatten à jour. Bei Mitteilungen von Mietern im Mietdossier an prominenter Stelle festhalten.
3. Mahnen Sie schnell, nachdem Sie einen Rückstand festgestellt haben, damit der Fristenlauf beginnt. Fügen Sie den Hinweis hinzu: *«Zahlungseingang bei uns, das heisst, der rückständige Betrag muss am letzten Tag der 30-tägigen Frist auf unserem Konto eingetroffen (Valuta-Datum) oder bar übergeben sein».*
4. Machen Sie ein Fristenszenario unter Annahme des «worst case»:

Poststempel der Mahnung + 10 Tage + 30 Tage = Ablauf der Frist (SA, SO, Feiertage beachten!)

5. Tragen Sie das frühestmögliche Datum der Kündigung in Dossier und Agenda ein (Ablauf der Frist + 1 Tag).
6. Mahnen Sie allenfalls hinzugekommene, zusätzliche Rückstände vorsorglich unter Beachtung von Ziff. 3 hiervor.
7. Kontrolle Zahlungseingang am Tag der möglichen Kündigung (unter Umständen bei Bank nachfragen).
8. Ohne Eingang Zahlung: Kündigung auf das darauffolgende Monatsende (allenfalls mit gleichzeitiger Mitteilung des Übergabetermins).
9. Rechtliches Inkasso (aller rückständigen Mietzinse) nicht vergessen (Betreibung!). Empfehlung: warten Sie den Kündigungsmonat (Zahlungseingänge kontrollieren) auch noch ab, dann können Sie alle Rückstände zusammennehmen.
10. Schliessen Sie vor Sicherheit der rechtzeitigen Kündigung in keinem Fall einen neuen Mietvertrag für das Objekt ab, um Schadenersatzansprüche des neuen Mieters zu vermeiden. Beachten Sie dabei, dass der Mieter unter Umständen trotz rechtsgültiger Kündigung nicht ausziehen könnte und rechnen Sie ein allfälliges Exmissionsverfahren zeitlich mit ein (+ 2 Monate).
11. Dokumentieren Sie den Fall in Ihrem Dossier chronologisch lückenlos.

Damit werden sicherlich nicht alle Probleme vermieden, doch grössere Überraschungen sollten damit ausbleiben.

### **3.2. Kündigung wegen mangelnder Rücksicht und Sorgfaltnahme durch den Mieter (OR 257f)**

Meistens handelt es sich um Fälle von Lärm (Nachtruhestörung etc.), Unrat (Abfall in Treppenhaus etc.) oder Streit unter einzelnen oder mehreren Mietern und manchmal auch Streit mit der Verwaltung. Auch der nicht zweckentsprechende Gebrauch (bspw. Waschsalon statt Wohnung) steht hier zur Diskussion.

An dieser Stelle möchte ich klar festhalten, dass Aufsässigkeiten im Zusammenhang mit der Miete als solche (ständige Auskunftsbegehren, Einsicht in Nebenkostenbelege, Schadenmeldungen von Kleinigkeiten, etc.) in keinem Fall unter OR 257f fallen. Das Gesetz versteht darunter entweder Handlungen des Mieters, welche der Mietsache Schaden zufügen (Graffiti auf Wänden, «Durchbruch» eines Zimmers, mutwillige Zerstörungen, etc.) oder wenn der Mieter ständig keine Rücksicht auf Mitbewohner nimmt und Mahnung(en) fruchtlos geblieben sind.

Meldungen über Unregelmässigkeiten stammen in der Regel von Nachbarn (Mitmieter oder benachbarte Stockwerkeigentümer). Die Verwaltung (bzw. die Vermieterschaft) hat die Pflicht, für Ruhe und Ordnung zu schaffen. Aber: Meldungen von Mietern sind immer kritisch zu hinterfragen und die (gemeldeten) Vorkommnisse abzuklären. Persönliche Animositäten unter Mietern sind auszublenden. Erst wenn man Gewissheit hat, dass die Meldungen objektiv authentisch sind, ist zu reagieren.

Die Gerichtspraxis zu Kündigungen aufgrund von 257f OR ist relativ spärlich, trotzdem können zwei Leading-Cases genannt werden:

1. Wer als Mieter in einem älteren, ringhörigen Haus mit knarrenden Parkettböden nachts mit Schuhen mit harten Sohlen herumgeht, Möbel umstellt, Staub saugt oder zu jeder Nachtstunde Geschirr abwäscht, verletzt seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Nachbarn in schwerer Weise. Das rechtfertigt eine ausserordentliche Kündigung gemäss OR Art. 257f, Abs. 3. Es spielt keine Rolle, ob die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Nachbarn Ausfluss von Polizeivorschriften, der Hausordnung, einer ausdrücklichen Klausel des Mietvertrages oder ganz einfach eine allgemeine Pflicht ist, die das Zusammenleben auferlegt (BGE frz. 4.06.1998 in Pra 87/1998, Nr. 153).
2. Eine vom Mieter begangene wesentliche Vertragsverletzung, die sich auf den Gebrauch der Mietsache bezieht, berechtigt den Vermieter zur Kündigung nach OR Art. 257f. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Vertragsverletzung zusätzlich auch eine mangelnde Rücksichtnahme auf die übrigen Hausbewohner oder Nachbarn darstellt oder nicht. Die vertragswidrige Tierhaltung durch den Mieter stellt regelmässig eine wesentliche Vertragsverletzung dar und es bleibt kein

Raum für die Prüfung der Missbräuchlichkeit der Kündigung (Entscheid Obergericht Kt. Zug in MRA 2001, S. 1 ff).

Allgemein ist zum Vorgehen der Verwaltung folgendes zu erwähnen: Eine Kündigung nach OR 257f ist nur dann berechtigt, wenn der Mieter trotz schriftlicher Mahnung die ihm zur Last gelegte mangelhafte Rücksicht und Sorgfaltnahme weiterhin begeht (sich also nicht bessert) und es den Hausbewohnern oder dem Vermieter nicht mehr zuzumuten ist, das Mietverhältnis weiterzuführen. Eine gewisse Intensität muss also gegeben sein, Kleinigkeiten reichen nicht aus: beispielsweise mahnen Sie einen Mieter, seinen Abfall aufgrund von Geruchbelästigungen fortan nicht mehr auf dem Balkon zwischenzulagern. Der Mieter macht das zwar nicht mehr, stellt aber dann seine dreckigen Arbeitsschuhe neu (entgegen Hausordnung) ständig ins Treppenhaus. Ist es aber der x-te Verstoss (man muss also annehmen, er mache das stets absichtlich), könnte diese Handlung schon ausreichen. Die vom Gesetz geforderte „Unzumutbarkeit“ seitens der Hausbewohner und der Vermieterschaft ist klarerweise im Einzelfall zu entscheiden. In einem ruhigen Haus mit relativ teuren Wohnungen ist eine Ruhestörung gravierender als in einem durchschnittlichen Mehrfamilienhaus mit 40 Parteien und 30 Familien mit kleinen Kindern.

Als **Checkliste** (beispielsweise bei Lärmelästigung) kann ich nennen:

1. Nehmen Sie Reklamationen entgegen und machen Sie eine möglichst genaue Telefonnotiz.
2. Versuchen Sie (via Hausmeister oder andere Mieter) herauszufinden, ob die Reklamation berechtigt ist und wie oft die Störungen aufgetreten sind bzw. auftreten.
3. Stellen Sie das Geschehnis in das objektive Umfeld des Mietobjekts und entscheiden Sie, ob die Störungen wirklich unzumutbar sind.
4. Mahnen Sie mit einem eingeschriebenen Brief (bei Ehegatten empfehle ich getrennte Zustellung, auch wenn dies nicht vorgeschrieben ist) unter genauem Hinweis auf die begangene «Tat» (evtl. genaue Umschreibung mit Zeitpunkt etc.) und setzen Sie allenfalls eine Frist zur Besserung bei Dauerstörungen (bspw. 5, 7 oder 10 Tage, je nach dem) oder verbieten Sie eine gewisse Handlung. Weisen Sie auf OR Art. 257f hin und drohen Sie allenfalls mit einer ausserordentlichen Kündigung. Die Mahnung sollte möglichst unverzüglich ergehen (also nicht 2 Monate nachdem eine einmalige Nachtruhestörung durch ein rauschendes Fest stattgefunden hat).
5. Kontrollieren Sie, ob Ihre Mahnung fruchtet, lassen Sie sich weitere Vorkommnisse melden. Mahnen Sie lieber einmal zu viel als zu wenig.
6. Allenfalls: Kündigung (Frist: 30 Tage auf Ende eines Monats) unter klarem Hinweis auf OR 257f und die vorangegangene(n) fruchtlose(n) Mahnung(en).

#### **4. Die Exmission des Mieters (einige Hinweise)**

Wenn ein Mieter trotz rechtsgültiger Kündigung auf den Übergabetermin hin nicht aus dem Mietobjekt auszieht, muss er ausgewiesen werden.

Eigenmacht, also das eigenhändige Entfernen aus dem Mietobjekt, empfehle ich Ihnen nicht, ebenso nicht das Wechseln des Schliesszylinders. Einerseits könnte der Mieter die Verwaltung bzw. den/die Verwalter/in wegen Hausfriedensbruch oder sogar Sachentwendung/Diebstahl anzeigen und andererseits kann es mitunter zu gefährlichen Situationen für die Person und die Familie des Verwalters führen (wenn der Mieter zum Beispiel kriminelle „Wurzeln“ hat oder aus dem «Milieu» kommt, etc.).

Deshalb rate zum gesetzlich vorgesehenen Exmissionsverfahren, bei welchem der Mieter auf entsprechendes Gesuch des Vermieters durch den Richter (wenn nötig mit Polizeigewalt) angewiesen wird, das Mietobjekt zu verlassen. Auch wenn der Mieter das Mietobjekt längstens verlassen hat und unbekannten Aufenthalts ist, muss dieses Verfahren beschritten werden (es geht dann etwas länger, weil Verfügungen des Gerichts und das Urteil jeweils publiziert werden müssen).

Es ist ein relativ schnelles und einfaches Verfahren („Summarverfahren“, d.h. der Richter entscheidet in der Regel schriftlich aufgrund der Akten), welches aber eben auch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann. Das Gesuch kann grundsätzlich erst gestellt werden, wenn der Mieter auf den Kündigungstermin hin nicht aus dem Mietobjekt ausgezogen ist.

Achtung: längeres Zuwarten (ca. mehr als drei Wochen nach Auszugstermin) oder eine mündliche Vereinbarung auf Zusehen hin, zuzuwarten, kann den Verlust des Exmissionsrechtes bedeuten. Deshalb sollte man die Exmission schnell an die Hand nehmen.

Bereits vor dem Kündigungstermin kann das Gesuch gestellt werden, wenn der Mieter (beweisbar!) erklärt, er werde so oder anders nicht ausziehen oder auch dann, wenn er die ausserordentliche Kündigung anficht (damit zeigt er ja gerade, dass er nicht ausziehen will). Wenn das Exmissionsgesuch anhängig gemacht wurde, hat der Exmissionsrichter in diesem Fall auch über die Gültigkeit der Kündigung zu befinden, womit das Mietamt «ausgeschaltet» wird (OR 274g).

Merke: Die Verwaltung kann das Gesuch im Namen des Vermieters nicht erheben. Vor Gericht sind als Vertreter nur Anwälte zugelassen, deshalb: ziehen Sie den Anwalt möglichst früh bei. Die zu übergebenden Unterlagen sollten im Original komplett an den Anwalt übergeben werden (Kopien für eigenes Dossier erstellen); in der Regel sind das:

- Mietvertrag

- Belege über aktuellen Mietzins und Nebenkosten (bezüglich OR 257d), d.h.
- Mietzinsicherhöhungen und -herabsetzungen
- Auszug aus dem Mieter-Konto (Beweis für Rückstände)
- Kündigungsandrohung(en), allenfalls mit Rückscheinen (bezüglich OR 257d)
- Kündigung(en)
- sonstige Korrespondenzen Verwaltung/Mieterschaft
- weitere, wichtige Unterlagen (Telefonnotizen, Pläne, etc.)

Nicht zu vergessen ist, dass der beauftragte Anwalt vor Gericht den Vermieter und nicht die Verwaltung vertritt und deshalb auf die Erteilung einer Anwaltsvollmacht durch den Vermieter angewiesen ist.

Das Urteil ergeht als sogenannte *einstweilige Verfügung* wegen vorenthaltenen Besitzes und zwar zur Rückerstattung der Gerichts- und zum Ersatz (eines Teils) der Parteikosten (Anwaltskosten) verurteilt, doch diese können selten erfolgreich vollstreckt werden, wenn dem Mieter bereits wegen Zahlungsrückständen gekündigt werden musste.

Im Urteil wird der Mieter aufgefordert, das Mietobjekt innert 5 Tagen zu räumen und zu verlassen und im Weigerungsfalle kann man den Richter dazu auffordern, die Polizei mit der Räumung zu beauftragen. Das Verfahren hat den Vorteil, dass die sich im Objekt befindlichen Gegenstände amtlich geräumt werden, auch wenn diese Kosten wiederum durch den Vermieter vorgeschnossen werden müssen. Eine Lagerung entfällt aber von vornherein.

Für ein durchschnittliches Verfahren ist - von der Gesuchstellung an gerechnet - mit mindestens 6 Wochen bis zum definitiven Auszugstermin zu rechnen. Vorsichtigerweise rechnet man mit 2 Monaten. Die durchschnittlichen Kosten werden in etwa (Gericht und Anwalt, aber ohne Räumungskosten) Fr. 1'500.-- bis Fr. 2'000.-- betragen, also etwas mehr als eine Monatsmiete.

## 5. Spezialfälle

### 5.1. Konkurs des Mieters

Der Konkurs des Mieters beendet den Mietvertrag nicht. Die Verwaltung kann namens des Vermieters aber beim Konkursamt **und** beim Mieter die Leistung einer Sicherheit für zukünftige Mietzinse und Nebenkosten innert bestimmter Frist (ca. 1-2 Wochen) verlangen (OR 266h). Die Frist ist zwingend beiden anzusetzen. Die Sicherheit kann erbracht werden durch:

- Bankgarantie
- Pfandbestellung (Grund- oder Faustpfand)
- Hinterlegung von Wertpapieren oder Geld beim Vermieter oder einem Dritten

Wir die Sicherheit geleistet, läuft der Mietvertrag mit dem konkursiten Mieter weiter. Die Konkursverwaltung tritt in keinem Fall in den Vertrag ein. Leistet sie Sicherheit, so haftet die Konkursmasse direkt solidarisch (sogenannte Massenschuld, welche vor Auszahlung einer Konkursdividende bezahlt werden muss).

Das Ausmass der Sicherheitsleistung (d.h. wie viele Mietzinse zu hinterlegen sind) bestimmt das Mietrecht nicht. Die Sicherheit sollte aber in jedem Fall die Zeitspanne zwischen einer allfälligen Kündigungsandrohung nach OR 257d bis und mit Abschluss eines Exmissionsverfahrens abdecken, also ca. 5 bis 6 Monatsmietzinse umfassen.

Wird die Sicherheit innert Frist nicht geleistet, darf die Verwaltung / der Vermieter das Mietverhältnis **fristlos** kündigen. Im übrigen gelten die normalen Formalitäten wie bei einer ordentlichen Kündigung.

## 5.2. Tod des Mieters

Auch der Tod des Mieters ist kein automatischer Auflösungsgrund. Die Erben treten einfach in den bestehenden Mietvertrag ein.

Die Erben können aber unter Einhaltung der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, auch wenn der Mietvertrag diese Möglichkeit nicht vorsieht (OR 266i). Kündigen die Erben nicht, verfällt das ausserordentliche Kündigungsrecht ersatzlos. Diese Bestimmung ist zwingend, kann also durch Vereinbarung nicht abgeändert werden.

## 5.3. Der Mieter ist Hauswart oder der Hauswart ist Mieter

Das Bundesgericht hat bereits mehrfach entschieden, dass ein Mietvertrag, welcher mit einem Arbeitsvertrag als Hauswart gekoppelt ist, ein sogenannt gemischtes Vertragsverhältnis darstellt und bei den Kündigungsmodalitäten darauf abgestellt wird, welcher Teil dieses gemischten Vertrages das höhere Gewicht aufweist.

Wenn ein Hauswart vollamtlich angestellt wird, zum Beispiel eine Siedlung zu betreuen und einen Lohn von Fr. 4'000.-- erhalten soll, wobei Fr. 1'500.-- für die eigene Wohnung in der Siedlung in Abzug gebracht wird, ist einsichtig, dass der Hauptteil dem Arbeitsrecht unterstellt werden soll. Wenn der Hauswart gekündigt wird, sind deshalb die Vorschriften des Arbeitsrechtes einzuhalten und die Wohnung wird dadurch „mitgekündigt“. Es braucht nicht noch einmal ein amtliches Formular. Der Hauswart kann diesfalls die Kündigung der Wohnung auch nicht anfechten.

Umgekehrt ist genauso klar, dass derjenige, welcher eine Wohnung für Fr. 2'500 pro Monat mietet und nebenamtlich noch eine Hauswartung übernimmt, welche die Wohnung auf Fr. 2'000.-- „verbilligt“, bezüglich der Kündigung dem Mietrecht unterstehen muss. Mietvertrag und Hauswartung werden dann unter Zuhilfenahme des amtlichen Formulars mietrechtlich zu kündigen sein.

Schwierig wird es, wenn sich Hauswartung (Lohn) und Wohnungsmiete in etwa die Waage halten. Es wird dann zu entscheiden sein, welcher Teil der ausschlaggebende war. Suchte der Hauswart beim Verwalter eine Arbeit oder eine Wohnung? Im Zweifel rate ich hier dazu, das amtliche Formular zu verwenden oder sich an einen Anwalt zu wenden.

## 6. Aktuelle Probleme aus der Praxis

Verschiedene Probleme aus der Praxis wurden mir angetragen, im Rahmen des vorliegenden Referates zu behandeln:

- **Kündigung per Fax durch den Mieter:** OR Art. 266l Abs. 1 bestimmt, dass die Parteien das Mietverhältnis schriftlich zu kündigen haben (der Vermieter zusätzlich noch mit Formular). Sofern eine Mieterkündigung damit schriftlich (das ist der Fax schlussendlich) und unterschriftlich (auf Fax) erfolgt, dürfte diese gültig sein. Den Mieter trifft aber in jedem Fall die Beweispflicht, dass die Kündigung beim Empfänger rechtzeitig eingegangen ist.
- **Kündigung per Fax nach Büroschluss bzw.** an einem Samstag bzw. Sonntag oder Feiertag: Geht die Kündigung per Fax an einem letzten Tag im Monat ein, der zugleich ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist, müsste diese als verspätet ergangen betrachtet werden, weil niemand erwarten darf, dass eine Liegenschaftsverwaltung auch am Wochenende (oder Abends bspw. um 19.00 Uhr) Kenntnis von einer Kündigung nehmen kann. Anders könnte man höchstens entscheiden, wenn der Vermieter, welcher direkt im Haus wohnt, bekanntermassen am Samstag oder Sonntag zu Hause ist und vielleicht mündlich «vorgewarnt» worden ist. Es ist klar, dass der Beweis der rechtzeitigen Kündigung immer der kündigenden Partei obliegt. Hier würde dem Mieter der Beweis misslingen.

Bern, **Entwurf 30. August 2001**  
Ralph D. Braendli, Fürsprecher