



## Kündigung wegen Zahlungsverzugs

Gerät ein Mieter in Zahlungsverzug, kann der Vermieter ihm eine Zahlungsfrist ansetzen und die Kündigung androhen. Kommt der Vermieter dem Mieter anschliessend entgegen, wird das Verhalten des Vermieters unter Umständen als stillschweigender Verzicht auf eine Kündigung oder Ausweisung angesehen. Was zu beachten ist, damit sich Kulanz gegenüber säumigen Mietern nicht zum Bumerang entwickelt, wird im vorliegenden Beitrag erläutert.

■ Von Raphael Rigling, Rechtsanwalt

Das schweizerische Mietrecht ist im Allgemeinen eher mieterfreundlich ausgestaltet. Aus rechts- und sozialpolitischen Gründen macht das Sinn, sind die Schweizer<sup>1</sup> doch ein «Volk von Mietern».<sup>2</sup> Aus dem Meer mieterfreundlicher Normen ragt – quasi als Fels in der Brandung – jedoch die Kündigung wegen Zahlungsverzugs hervor.<sup>3</sup>

### Die gesetzliche Regelung

Die Folgen eines Zahlungsverzugs sind von Gesetzes wegen einschneidend: Gerät ein Mieter nach der Übernahme der gemieteten Wohn- oder Geschäftsräume<sup>4</sup> mit der Bezahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten in Rückstand, kann der Vermieter ihm eine mindestens 30-tägige Zahlungsfrist ansetzen und die Kündigung androhen. Beahlt der Mieter die ausstehenden Mietzinsen oder Nebenkosten innerhalb der Zahlungsfrist nicht vollständig,<sup>5</sup> kann der Vermieter das Mietverhältnis mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf jedes Monatsende ausserordentlich<sup>6</sup> kündigen. Die Erstreckung des Mietverhältnisses ist bei einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgeschlossen.<sup>7</sup>

### PRAXISBEISPIEL

Nach Erfahrung des Autors erfüllt die Fristansetzung und Kündigungsandrohung bisweilen die Funktion eines «Schusses vor den Bug», wenn sich der Mieter in einem sicheren Hafen wähnt. Nicht selten nehmen Mieter und Vermieter in der Folge Gespräche auf oder warten zumindest ab, ob sich die andere Partei «bewegt».

Vermieter müssen sich dabei bewusst sein, dass ihr Verhalten in dieser Phase rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann: Fachliteratur und Rechtsprechung beurteilen gewisse Verhaltensweisen des Vermieters als stillschweigenden Verzicht auf eine Kündigung oder Ausweisung.

Nicht jeder Vermieter hat im Sinn, die dem säumigen Mieter angedrohte<sup>8</sup> Kündigung in die Tat umzusetzen. Vermieter wollen unter anderem das Delkredere bei den Mieterträgen möglichst gering halten und Leerstände vermeiden. Die ausserordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses ist beidem wenig förderlich.

Welche Verhaltensweisen aus Vermietersicht problematisch sein können, wird nachfolgend genauer betrachtet.

### Stillschweigender Verzicht auf Kündigung oder Ausweisung

#### a) Zuwarten mit der Kündigung

Gemäss – soweit ersichtlich – gefestigter Rechtsprechung kann eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs angefochten werden, wenn der Vermieter mit der Kündigung lange zuwartet.<sup>9</sup> Dahinter steckt die Überlegung, dass das Damoklesschwert einer ausserordentlichen Kündigung nicht beliebig lange über dem Mieter schweben soll.

### GERICHTSENTSCHEID

Das Bundesgericht hat sich dahin gehend geäussert, ein Untätigbleiben des Vermieters von drei Wochen (nach Ablauf der Zahlungsfrist) sei wohl an der äusseren Grenze.<sup>10</sup> In der Fachliteratur wird daraus abgeleitet, eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs sei anfechtbar, wenn der Vermieter länger als drei Wochen zuwarte.<sup>11</sup>

Eine Frist von zwölf Wochen hat das Bundesgericht als zu lang beurteilt, obwohl der Vermieter geltend machte, er habe mit der Kündigung gewartet, weil ein Ausweisungsverfahren wegen eines anderen Kündigungsgrundes hängig war.<sup>12</sup> Aus Vermietersicht ist das ein hartes Urteil.

Eine andere Meinung weist zu Recht darauf hin, dass der Vermieter von Gesetzes wegen

nicht verpflichtet ist, unverzüglich eine Kündigung auszusprechen. Gemäss dieser Meinung kann der Vermieter mit der Kündigung etwas zuwarten, um stillschweigend eine Nachfrist für die Bezahlung zu gewähren.<sup>13</sup> Dieser Meinung ist beizupflichten, zumal das Gesetz keine Frist nennt, innerhalb derer das Kündigungsrecht des Vermieters verirken würde.<sup>14</sup>

### WICHTIGER HINWEIS

Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, sollte die Kündigung dennoch so frühzeitig verschickt werden, dass sie innerhalb von drei Wochen nach dem Ende der Zahlungsfrist beim Mieter ankommt. Ansonsten riskiert der Vermieter, dass ihm ein stillschweigender Verzicht auf die Kündigung unterstellt wird.

### b) Entgegennahme von Mietzinsen und Nebenkosten

Begleitet der Mieter die gemahnten Mietzinsen und Nebenkosten innert der Zahlungsfrist vollständig, ist eine trotzdem ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsverzugs rechtlich unwirksam.<sup>15</sup>

Begleitet der Mieter die Ausstände lediglich teilweise, stellt sich folgende Frage: Muss sich der Vermieter ein widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen, wenn er Teilzahlungen entgegennimmt und nachher trotzdem kündigt?

### GERICHTSENTSCHEID

Das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid festgehalten, ein Vermieter verhalte sich nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er Zahlungen des Mieters entgegennimmt und sich nachher darauf beruft, diese seien verspätet erfolgt. Es führte aus, ein Vermieter habe auch dann Anspruch auf die verbleibenden Mietzinsen, wenn er das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs auflöse.<sup>16</sup>

Ebenso wenig kann gemäss Bundesgericht die Entgegennahme von verspäteten Mietzinsen nach der Kündigung als Verzicht auf eine Ausweisung gewertet werden.<sup>17</sup> Diesen Urteilen ist beizupflichten.

### Andere Meinungen

Dennoch finden sich in der Literatur auch gegenteilige Ansichten. So wird die Meinung vertreten, ein Vermieter, der vorbehaltlos Mietzinsen von einem säumigen Mieter ent-



gegennehme, verzichte auf eine spätere Kündigung.<sup>18</sup> Auch das vorbehaltlose Zustellen von Einzahlungsscheinen kann gemäss dieser Meinung als Verzicht auf eine Kündigung gewertet werden.<sup>19</sup>

Diese Ansicht führt im Ergebnis dazu, dass der Vermieter, der eine spätere Kündigung durchsetzen will, rückständige Mietzinsen und Nebenkosten konsequent zurückweisen müsste. Übersehen wird aber, dass sich der Vermieter gerade dadurch widersprüchlich verhalten würde. Immerhin hat er den Mieter ja zur Zahlung aufgefordert.

## WICHTIGER HINWEIS



Die oben wiedergegebene Meinung ist deshalb abzulehnen: Der Vermieter verzichtet – besondere Umstände vorbehalten – grundsätzlich nicht auf eine spätere Kündigung, wenn er rückständige Mietzinsen und Nebenkosten vom säumigen Mieter kommentarlos entgegennimmt.

## c) Einigung zwischen Mieter und Vermieter

Einigen sich Mieter und Vermieter nach einer Fristansetzung und Kündigungsandrohung beispielsweise auf eine ratenweise Abzahlung, stellt sich die Frage, ob mit einer Einigung ein Verzicht des Vermieters auf eine spätere Kündigung oder Ausweisung einhergeht.

Das Bundesgericht hat sich auch mit dieser Problematik schon befasst. Dabei ging es um ein wegen Zahlungsverzugs bereits gekündigtes Mietverhältnis. Die Parteien hatten nach der Kündigung eine Vereinbarung abgeschlossen und festgelegt, dass der Mieter die ausstehenden Beträge in vier Raten abzahlen sollte. Der Vermieter hob im Gegenzug die Kündigung auf.

Die Parteien vereinbarten zudem, dass der Mieter die Wohnung räumen musste, wenn er mit einer Rate in Verzug war. Nachdem der Mieter die letzte der vier Raten nicht bezahlt hatte, verlangte der Vermieter die Ausweisung und setzte gleichzeitig eine neue Zahlungsfrist an. Der Mieter wehrte sich gerichtlich gegen die Ausweisung. Die erste Instanz wies das Ausweisungsbegehren als verfrüht ab. Die obere kantonale Instanz gab hingegen dem Vermieter recht.

## GERICHTSENTSCHEID



Auch das Bundesgericht schützte das Ausweisungsbegehren. Es führte aus, die Vereinbarung füge sich in den Sinn und Zweck einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs ein. Der Mieter sei im Ergebnis in den Genuss einer weit längeren Frist gekommen, um das nötige Geld zur Zahlung der Rückstände zu beschaffen.<sup>20</sup>

In einem anderen Fall ging es um die Anfechtung einer Kündigung, nachdem die Mieter die ausstehenden Beträge innert Zahlungsfrist nur teilweise beglichen hatten.

Der Vermieter hatte ihnen brieflich eine Ratenzahlung für den letzten ausstehenden Mietzins vor der Kündigung angeboten. Zudem bot er an, dass die erste Monats-«miete» nach der Kündigung ebenfalls in Raten gezahlt werden könne. Er wies generell darauf hin, dass die laufenden «Mietzinsen» zu bezahlen seien, unterschied jedoch nicht zwischen eigentlichen Mietzinsen (vor der Kündigung) und Schadenersatz für den Zeitraum nach der Kündigung.<sup>21</sup>

## GERICHTSENTSCHEID



Der Appellationshof des Kantons Genf sah im Verhalten des Vermieters einen Verzicht auf eine Kündigung und führte aus, die Ungenauigkeit bei der Unterscheidung zwischen Mietzinsen und Schadenersatz sei zu seinem Nachteil auszulegen.<sup>22</sup> In der Literatur wird dieses Urteil mit dem (verkürzten und letztlich unzutreffenden) Fazit wiedergegeben, ein Verzicht auf eine Kündigung könne sich auch dann ergeben, wenn der Vermieter Zahlungserleichterungen gewähre.<sup>23</sup>

Dass das Gewähren von Zahlungserleichterungen generell zu einem stillschweigenden Verzicht auf eine Kündigung führen soll, kann nach Ansicht des Autors aus dem zitierten Urteil kaum herausgelesen werden.

## WICHTIGER HINWEIS



Sicherheitshalber sollten Vermieter, die eine Kündigung und Ausweisung durchsetzen wollen, aber davon absehen, dem säumigen Mieter Zahlungserleichterungen zu gewähren.

Werden dennoch Zahlungserleichterungen gewährt, ist eine erneute Fristansetzung und Kündigungsandrohung grundsätzlich mög-

lich.<sup>24</sup> Gerät der Mieter also wieder in Verzug, kann auch der gesetzlich vorgesehene Weg über eine (erneute) Fristansetzung und Kündigungsandrohung gewählt werden.

## Kritik

Meinungen, welche das Verhalten des Vermieters nach einer Fristansetzung und Kündigungsandrohung als Verzicht auf eine Kündigung oder als widersprüchlich beurteilen, werden wohl aus Gründen des Mieterschutzes vertreten.

Es erscheint zwar einleuchtend, dass der Vermieter zum Beispiel nicht beliebig lange mit einer Kündigung zuwarten darf. Ebenso einleuchtend ist es, dass der Vermieter beim Mieter nicht den berechtigten Eindruck erwecken darf, er – der Vermieter – sehe von einer Kündigung oder Ausweisung ab.

Derartige Meinungen haben aber letztlich das Gegenteil ihrer beabsichtigten Wirkung zur Konsequenz: Sie liefern Vermietern eher Gründe dafür, Vermittlungsbemühungen abzulehnen und so schnell wie möglich eine Kündigung auszusprechen. Schliesslich laufen Vermieter ansonsten Gefahr, dass sie der Möglichkeit einer Kündigung oder Ausweisung verlustig gehen.

Nach Ansicht des Autors sollten deshalb gerade Stimmen, welche sich für den Mieterschutz starkmachen, Zurückhaltung dabei üben, Vermietern im Nachhinein einen Verzicht auf eine Kündigung oder Ausweisung unterstellen zu wollen. Nur so wird Vermietern ohne drohenden Rechtsverlust genügend Handlungsspielraum eingeräumt, um zusammen mit ihren Mietern nach Lösungen zu suchen.

## Zusammenfassung und Praxistipps

Begleitet der Mieter die gemahnten Mietzinsen und Nebenkosten innerhalb der Zahlungsfrist nicht vollständig, sollte die Kündigung ohne besondere Umstände innerhalb von drei Wochen zugestellt werden.

Entgegen gewissen Meinungen verwirkt der Vermieter weder sein Kündigungsrecht noch seinen Ausweisungsanspruch, wenn er vom säumigen Mieter Zahlungen entgegennimmt. Wenn der Mieter die gemahnten Mietzinsen und Nebenkosten innerhalb der Zahlungsfrist



vollständig begleicht, ist eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs aber rechtlich unwirksam.

Vermieter, die eine spätere Kündigung und Ausweisung durchsetzen wollen, sollten säumigen Mietern keine Zahlungserleichterungen (z.B. Ratenzahlungen) gewähren. Werden dennoch Zahlungserleichterungen gewährt und gerät der Mieter wieder in Verzug, kann ihm eine erneute Fristansetzung und Kündigungsandrohung zugestellt werden.

## FUSSNOTEN

- 1 Der Einfachheit halber wird im vorliegenden Beitrag die männliche Form verwendet; Schweizerinnen, Mieterinnen und Vermieterinnen sind selbstverständlich mitgemeint. Mitgemeint sind auch sämtliche Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz leben.
- 2 Im Jahr 2016 betrug die Wohneigentumsquote schweizweit lediglich 38,2%; Quelle: BFS – Struktur- erhebung, Gebäude- und Wohnungserhebung 2016, abrufbar auf [www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/wohnerverhaeltnisse/mieter-eigentuemer.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/wohnerverhaeltnisse/mieter-eigentuemer.html), zuletzt besucht am 26. September 2018.
- 3 Art. 257d OR.
- 4 Der vorliegende Beitrag behandelt einzig die Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen, obwohl Art. 257d OR auf sämtliche Mietverhältnisse anwendbar ist.
- 5 Vgl. ZK – Higi, N 8 zu Art. 257d.
- 6 Vgl. Mietrecht für die Praxis/Spirig, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 701.
- 7 Art. 272a Abs. 1 lit. a OR.
- 8 Das in Art. 257d Abs. 1 OR verwendete Verb «androhen» ist nach Auffassung des Autors eigentlich nicht sachgerecht; gemäss Duden hat es u.a. die Bedeutung, jemanden einzuschüchtern, damit er etwas nicht zu tun wagt; erwünscht wäre im Mietrecht aber das Gegenteil; zudem sind schwere Drohungen strafrechtlich verpönt (Art. 180 Abs. 1 StGB); meines Erachtens zeigt die Verwendung des Verbs «androhen», dass die Möglichkeit einer Kündigung den Mieter aufschrecken soll.
- 9 So z.B. BGER 4A\_306/2015 vom 14.10.2015, E. 2.
- 10 Vgl. BSK OR I – Weber, N 7 zu Art. 257d, der aus BGER 4A\_366/2008 vom 25.11.2008, E. 4, zitiert.
- 11 Spirig, a.a.O., S. 714.
- 12 BGER 4A\_244/2017 vom 4.12.2017; auf Deutsch abgedruckt in mp 2/18, S. 124 ff.
- 13 So ZK – Higi, N 45 zu Art. 257d.
- 14 Auch das Bundesgericht weist in BGER 4A\_306/2015, E. 2, darauf hin, dass Kündigungen, die in Übereinstimmung mit Art. 257d OR ausgesprochen wurden, nur «à titre très exceptionnel» gegen Treu und Glauben verstossen (und damit anfechtbar sind).
- 15 So Spirig, a.a.O., S. 714.
- 16 BGE 119 II 232, E. 3, so auch ZK – Higi, N 29 zu Art. 257d.
- 17 BGER 4C.118/2004, E. 4.2, in: mp 1/05, S. 37 ff.
- 18 So Spirig, a.a.O., S. 714.
- 19 So Spirig, a.a.O., S. 715, mit Hinweis auf BWO 34 Nr. 2.
- 20 BGER 4C.118/2004, E. 3.3, in: mp 1/05, S. 37 ff.; zudem erwog das Bundesgericht, in der Entgegennahme von Zahlungen des Mieters könne kein Verzicht auf eine Ausweisung ersehen werden (E. 4.2); vgl. dazu oben.
- 21 Vgl. dazu z.B. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 363.
- 22 mp 1/05, S. 31 ff., basierend auf einem Urteil des Appellationshofs des Kantons Genf vom 8.11.2004.
- 23 BSK OR I – Weber, N 7 zu Art. 257d.
- 24 Vgl. z.B. ZK – Higi, N 45 zu Art. 257d.



## AUTOR

**Raphael Rigling** arbeitet bei Baumberger Rechtsanwälte in Winterthur. Er ist auf Immobilienrecht spezialisiert und war mehrere Jahre als Vorsitzender einer Schlichtungsbehörde für Miet- und Pachtsachen tätig.

## Der Gestaltungsplan nach aargauischem Recht – einige Grundlagen

Wir befassen uns oft mit Gestaltungsplänen. Sie bieten offensichtlich häufig Anlass für rechtliche Auseinandersetzungen. Der Grund liegt vorab darin, dass mit Gestaltungsplänen von der Grundordnung abgewichen werden darf. Die Bauherrschaft möchte in der Regel voluminöser bauen, aber die Nachbarn wehren sich dagegen. Und der Gemeinderat als Planungsbehörde muss offene Bestimmungen (wie «architektonisch gut») anwenden und eine Interessenabwägung vornehmen, was äusserst anspruchsvoll ist. Wir möchten in diesem Beitrag einige grundlegende Aspekte der Gestaltungspläne, die immer wieder im Zentrum von Auseinandersetzungen stehen, kurz darlegen.

■ Von Lea Sturm, Christian Munz und Peter Heer

### Zweck des Gestaltungsplans

Mit der Gestaltungsplanung soll vorab ein siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseres Ergebnis erzielt werden, als es mit dem Rahmennutzungsplan (Zonenplan und Regelbauweise) und dem Baubewilligungsverfahren möglich wäre (siehe § 21 Abs. 1 BauG).<sup>1</sup> Sodann kann die Gestaltungsplanung auch

der Herbeiführung der planungsrechtlichen Baureife (Erschliessung) dienen.<sup>2</sup>

Das Instrument des Gestaltungsplans wurde hingegen nicht geschaffen, um den Planern und Juristen möglichst viel Arbeit zu verschaffen, ebenso wenig, um das Mitsprachepotenzial für die Gemeinde zu vergrössern.

### Gestaltungsplan im raumplanungsrechtlichen Stufenbau

Das Raumplanungsrecht sieht Richtpläne, Nutzungspläne und (zur Umsetzung) Baubewilligungen vor.<sup>3</sup> Nutzungspläne werden gemeinhin unterschieden in Rahmennutzungspläne (oder «Allgemeine Nutzungspläne», siehe § 15 BauG) und Sondernutzungspläne (§§ 16 ff. BauG).<sup>4</sup> Zu den Sondernutzungsplänen gehören die Gestaltungspläne und die Erschliessungspläne.

Gestaltungspläne befinden sich im raumplanungsrechtlichen Stufenbau somit zwischen den Rahmennutzungsplänen und den Baubewilligungen. Der Gestaltungsplan soll den Rahmennutzungsplan konkretisieren, ergänzen oder differenzieren, ihn aber nicht ersetzen.

Wenn sich ein Gebiet für die innere Verdichtung eignet, soll das grundsätzlich im Rahmennutzungsplan geregelt und nicht auf die Gestaltungsplanung verschoben werden.<sup>5</sup> Gegenüber dem Rahmennutzungsplan soll ein Gestaltungsplan einen höheren Detaillierungsgrad aufweisen, jedoch nicht das Baubewilligungsverfahren vorwegnehmen. Der Gestal-