

# Festschrift

Zur Emeritierung  
von Jean-Fritz Stöckli

Herausgegeben von  
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



DIKE

---

## Gedanken zum Schutz von Vermietern

ISABELLE WILDHABER

### Inhaltsübersicht

|      |                                                |     |
|------|------------------------------------------------|-----|
| I.   | Einführung                                     | 835 |
| II.  | Vermieterschutz in der Rechtsprechung des EGMR | 836 |
|      | 1. Immobiliare Saffi v. Italien                | 838 |
|      | 2. Hutten-Czapska v. Polen                     | 839 |
| III. | Vermieterschutz in der Schweiz                 | 841 |
|      | 1. Gesetzliche Instrumente                     | 841 |
|      | 2. Problem der Mietnomaden                     | 843 |
| IV.  | Schlusswort                                    | 846 |

### I. Einführung

JEAN-FRITZ STÖCKLI ist zweifellos einer der führenden schweizerischen Vertreter des Arbeitsrechts, wie seine grundlegenden, gemeinsam mit WOLFGANG PORTMANN verfassten Werke über Kollektives Arbeitsrecht (2004) und Schweizerisches Arbeitsrecht (3. Aufl. 2013) sowie seine Kommentierungen des Arbeitsvertrags (2010) und des Gesamt- und Normalarbeitsvertrags (1999) zur Genüge beweisen. Seine Werke sind stets weiterführend, wohlbedacht und ausgewogen, kenntnisreich und auf die Lösung realer und praktischer Probleme ausgerichtet. Die nachfolgenden Gedanken zum Schutz von Vermietern möchten zugleich JEAN-FRITZ STÖCKLIS grossen Beitrag zur Durchdringung des Arbeitsrechts ehren und einige Ausblicke auf mietrechtliche Problemlagen eröffnen.

Die Gemeinsamkeiten des Arbeitsrechts und des Mietrechts bestehen darin, dass beide zwingende Gesetzesbestimmungen zu Gunsten der als schwächer erachteten Vertragspartei enthalten. Der Arbeitnehmer und der Mieter erhalten beide einen gewissen Schutz. «Arbeiten» und «Wohnen» stellen einen erheblichen Teil im Leben einer Person dar. Dem Arbeitnehmer und dem Mieter soll deshalb eine bestimmte Sicherung seiner Existenz gewährleistet

werden, damit er die Möglichkeit hat, Stabilität in seine Arbeits- und Wohnsituation einzubringen. Diese soziale Komponente ist traditionell in beiden Rechtsgebieten ausgeprägt und beschränkt die Vertragsautonomie der Vertragsparteien.

Die Relevanz dieser Sozialkomponente auch aus Sicht des Vermieters darf mit Blick auf die Eigentumsverhältnisse nicht vernachlässigt werden. Rund 58% der schweizerischen Mietliegenschaften werden von Privateigentümern gehalten und rund 22% von institutionellen Anlegern wie Bau- und Immobilienengesellschaften, Pensionskassen, Versicherungen und Immobilienfonds.<sup>1</sup> Die Gestaltung des Mietrechts hat damit nicht nur Einfluss auf die private Investitionstätigkeit, sondern auch auf die individuelle und die institutionelle Altersvorsorge. Im Gesetzgebungsprozess dürfen nicht nur günstige Mieten im Vordergrund stehen, sondern es müssen auch Anreize für Investitionen im Wohnungsmarkt gesetzt werden.<sup>2</sup>

Die folgenden Gedanken befassen sich damit, inwiefern Regelungen des Mietrechts, welche den Mieter schützen und die Vertragsautonomie der Parteien einschränken, die Eigentumsgarantie des Vermieters und dessen Anreize für Investitionen in Immobilien tangieren können. Zu diesem Zweck wird zuerst ein Blick auf die Rechtsprechung des EGMR zur Eigentumsgarantie des Vermieters gemäss Art. 1 des 1. ZP (nachfolgend II.) und dann auf das Problem der Mietnomaden in der Schweiz (nachfolgend III.) geworfen, gefolgt von einem Schlusswort (nachfolgend IV.).

## II. Vermieterschutz in der Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR hatte sich wiederholt unter menschenrechtlichen Aspekten mit Fragen des Vermieterschutzes auseinanderzusetzen. In der Tat greift in vielen europäischen Ländern die nationale Gesetzgebung in die Gestaltung von Mietverträgen ein, beispielsweise durch die Fixierung der Mietzinsen, oder

<sup>1</sup> MAJA BLUMER, *Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht)*, Obligationenrecht Besonderer Teil VII/3, Basel 2012, S. 22.

<sup>2</sup> REGULA MÜHLEBACH, in: David Lachat et al. (Hrsg.), *Mietrecht für die Praxis*, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 4. Siehe deshalb das Plädoyer für vermehrten Vermieterschutz bei Umbauprojekten mit neuer Nutzungsart MAJA BAUMANN, *Mietrechtliche Stolpersteine bei der Umnutzung von Liegenschaften*, Jusletter vom 25. November 2013.

die automatische Verlängerung oder die Unkündbarkeit von Mietverträgen, oder das Aufschieben des Vollzugs von Räumungsbefehlen.<sup>3</sup> So erstaunt es nicht, dass sich Mieter von Häusern oder Wohnungen auf das Recht auf Achtung der Wohnung («home»/«domicile») nach Art. 8 EMRK beriefen,<sup>4</sup> Vermieter hingegen auf das Recht auf Achtung des Eigentums gemäss Art. 1 des 1. ZP oder ebenfalls auf Art. 8 EMRK.

Der Gerichtshof hielt schon in seinen früheren Urteilen ohne Umschweife fest, dass «housing shortages are an almost universal problem of modern society».<sup>5</sup> Er lehnte es ab, Massnahmen des Mieterschutzes als formelle oder materielle Enteignungen zu behandeln.<sup>6</sup> Stattdessen stützte er sich auf Absatz 2 von Artikel 1 des 1. ZP, wonach im Bereich des Eigentumsschutzes das «Recht des Staates» nicht beeinträchtigt sei, «diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums im Einklang mit dem Allgemeininteresse oder zur Sicherung der Zahlung der Steuern oder sonstigen Abgaben oder von Geldstrafen für erforderlich» halte. Er folgerte daraus, dass den Staaten in den Bereichen der Sozial- und Wirtschaftspolitik – und somit auch des Mietrechts – ein weiterer Ermessensspielraum zustehe: «In spheres such as housing, which plays a central role in the welfare and economic policies of modern societies, the Court will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation.»<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Siehe z.B. den Überblick über das italienische Recht im EGMR-Fall *Immobiliare Saffi v. Italien* (GC), 28. Juli 1999, no. 22'774/93, ECtHR Reports 1999-V p. 73, §§ 18–55; und über das polnische Recht im Fall *Hutten-Czapska v. Polen* (GC), 19. Juni 2006, no. 35'014/97, ECtHR Reports 2006-VIII p. 57, §§ 67–132.

<sup>4</sup> Zur Definition des Wohnungs-Begriffes in Art. 8 EMRK siehe JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Art. 8 N 42; *Prokopovich v. Russland*, EGMR vom 18. November 2004, no. 58'255/00, §§ 36–38.

<sup>5</sup> *Spadea & Scalabrino v. Italien*, EGMR vom 28. September 1995, A/315-B, § 36; *Scollo v. Italien*, EGMR vom 28. September 1995, A/315-C, § 35. Weniger kategorisch und differenzierter *Hutten-Czapska* (FN 3), § 166.

<sup>6</sup> *Mellacher et al. v. Oesterreich* (P), EGMR vom 19. Dezember 1989, A/169, § 44; *Spadea & Scalabrino* (FN 5), § 28; *Scollo* (FN 5), § 27; *Schirmer v. Polen*, EGMR vom 21. September 2004, no. 68'880/01, § 33; *Hutten-Czapska* (FN 3), §§ 160–61.

<sup>7</sup> *Immobiliare Saffi* (FN 3), § 49. Im gleichen Sinn *Mellacher* (FN 6), § 45; *Spadea & Scalabrino* (FN 5), § 29; *Scollo* (FN 5), § 28; *Schirmer* (FN 6), § 34; *Connors v. UK*, EGMR vom 27. Mai 2004, no. 66'746/01, §§ 81–83; *Hutten-Czapska* (FN 3), §§ 165–66, 223–25; *McCann v. UK*, EGMR vom 13. Mai 2008, no. 19'009/04, § 49–50; *Čosić v. Kroatien*, 5. Juni 2009, no. 28'261/06, § 20; *Gladysheva v. Russland*, EGMR vom 6. Dezember 2011, no. 7'097/10, § 76; *Almeida Ferreira & Melo Ferreira v. Portugal*, EGMR vom 21. Dezember 2010, no. 41'696/07, §§ 29–34.

Der Gerichtshof akzeptierte sodann Massnahmen des staatlichen Mieterschutzes als legitime Zielsetzungen, weil sie geeignet seien, soziale Spannungen und Unruhen zu vermeiden.<sup>8</sup> Trotz des grossen Ermessensspielraums bei der gesetzlichen Gestaltung von Mietverhältnissen verlangte der EGMR jedoch im Einzelfall ein faires Gleichgewicht zwischen Allgemein- und Individualinteresse: «[...] a *fair balance* between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights» und «a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued.»<sup>9</sup>

Diese Rechtsprechung ist im grossen Ganzen bis heute unverändert geblieben.<sup>10</sup> Die beiden wichtigsten Fälle werden im Folgenden (nachfolgend 1. und 2.) näher erläutert.

### 1. Immobiliare Saffi v. Italien

Im Falle *Immobiliare Saffi v. Italien*<sup>11</sup> befasste sich der EGMR mit der Beschwerde einer Immobiliengesellschaft, welche Eigentümerin einer Wohnung in Livorno war. Trotz zahlreichen Versuchen, Räumungsbefehle gegen einen Mieter vollstrecken zu lassen, gelang es ihr nicht, dafür polizeiliche Unterstützung zu finden. Erst nach 11 Jahren, nach dem Tod des Mieters, erlangte sie wieder den Besitz der Wohnung. Der Gerichtshof fand, es habe bei Abwägung aller Interessen in diesem Fall an einem fairen Gleichgewicht gefehlt. *Immobiliare Saffi* habe eine exzessive, übermässig lange dauernde Bürde tragen müssen, die nicht einfach durch eine chronische Knappheit des Wohnungsangebotes entschuldigt werden könne.<sup>12</sup> Der lange Prozess der Durchsetzung

<sup>8</sup> *Mellacher* (FN 6), § 47; *Spadea & Scalabrino* (FN 5), § 31; *Scollo* (FN 5), § 30; *Radovici & Stanescu v. Rumänien*, EGMR vom 2. November 2006, nos. 68'479 et al., §§ 75–76; *McCann* (FN 7), § 40; *Almeida Ferreira* (FN 7), §§ 30–34. Im Falle *Almeida Ferreira* spricht der EGMR auch von «sozialer Gerechtigkeit» (§ 33).

<sup>9</sup> *Immobiliare Saffi* (FN 3), § 49, sowie *Velloso Barreto v. Portugal*, EGMR vom 21. November 1995, A/334, §§ 27–30; *Schirmer* (FN 6), §§ 35, 38, 45; *Radovici & Stanescu* (FN 8), §§ 81–84, 88; *McCann* (FN 7), §§ 49–50.

<sup>10</sup> Zu den Besonderheiten des *Hutten-Czapska*-Falles siehe weiter unten. In einzelnen Fällen scheint es, dass willkürliches Handeln staatlicher Behörden den Ermessensspielraum schrumpfen lässt, ohne dass der Gerichtshof dies ausdrücklich sagt, siehe *Prokopovich* (FN 4); *Novoseletsky v. Ukraine*, EGMR vom 22. Februar 2005, no. 47'148/99; *Gladysheva* (FN 7).

<sup>11</sup> *Immobiliare Saffi* (FN 3).

<sup>12</sup> *Id.* §§ 49, 52–59, 66–74. Im Annual Report ECtHR 2001 78 findet sich die Information, dass im Jahr 2001 37 Urteile derselben Art wie *Immobiliare Saffi* gefällt wurden (sog. repetitive Fälle).

der Räumung habe die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit der Vermieterin über ihr Eigentum wesentlich beschränkt.

Der EGMR hat die Notwendigkeit anerkannt, dass eine nationale Prozessordnung in der Lage sein muss, die Entscheidung, Vollstreckungen aufzuschieben, zu überprüfen, um sicherzustellen, dass die Last eines ansonsten akzeptierbaren Systems für den Eigentümer weder willkürlich noch unvorhersehbar ist.<sup>13</sup> Die Behörden müssen eine gesetzliche Möglichkeit vorsehen, Räumungsurteile gegen Mieter durchsetzen zu lassen und Wohnungen an Vermieter zurückzugeben.<sup>14</sup>

## 2. Hutten-Czapska v. Polen

Der komplexeste und zugleich wohl interessanteste Fall zu mietrechtlichen Problemen dürfte *Hutten-Czapska v. Polen* sein.<sup>15</sup> Die polnische Gesetzgebung und Praxis schlepten nach dem Fall des Eisernen Vorhangs jahrelang die starren staatlichen Reglementierungen des früheren kommunistischen Regimes im Bereich des Mietrechts mit sich. Das polnische Verfassungsgericht bezeichnete in mehreren Urteilen dieses Regelwerk als Verletzung des Eigentumsrechts der Vermieter und der Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Rechtsstaatlichkeit («rule of law») und der sozialen Gerechtigkeit («social justice»)<sup>16</sup> Die Urteile führten zu etlichen, jedoch nicht weit genug reichenden Gesetzesänderungen, sodass das Problem an den EGMR gelangte. Die Beschwerdeführerin führte aus, trotz der grossen Kosten der politischen und wirtschaftlichen Umwandlung des Staates gehe es nicht an, die hauptsächlichlichen Opfer zum Wohle der gesamten Gesellschaft nur einer spezifischen Gruppe von Eigentümern (nämlich den Vermietern) aufzuerlegen.<sup>17</sup> Der EGMR stimmte ihr zu.

<sup>13</sup> *Immobiliare Saffi* (FN 3), § 54. Siehe auch Committee of Ministers, Interim Resolution ResDH (2004) 72, wo 156 andere Fälle aufgelistet werden, in welchen eine Verletzung von Art. 1 des 1. ZP aufgrund der gleichen Tatsachen gefunden wurde.

<sup>14</sup> *Prodan v. Moldova*, EGMR vom 22. April 2006, no. 49'806/99.

<sup>15</sup> *Hutten-Czapska* (FN 3).

<sup>16</sup> *Id.* §§ 80–83, 96–104, 105–06, 136–41, 142, 195, 199.

<sup>17</sup> *Id.* § 179, sowie die Zusammenfassungen des EGMR zu den verschiedenen Zeitabschnitten in §§ 202–03, 208, 211, 214–15, 221–22, 223–25.

Dem Gerichtshof wurde vorgetragen, dass in Polen etwa 100'000 Vermieter und 600'000 bis 900'000 Mieter durch das Urteil betroffen sein könnten.<sup>18</sup> Er erliess daher ein sog. Piloturteil und befand, dass das in der polnischen Gesetzgebung bestehende systemische Problem im Mietrecht beseitigt werden müsse.<sup>19</sup> Ein faires Gleichgewicht zwischen den Interessen der Vermieter und dem Allgemeininteresse der Gemeinschaft sei herbeizuführen.

Trotz der zahlreichen, punktuellen Gesetzesänderungen seit 1989 fand der EGMR, die strukturellen Mängel des polnischen Mietrechts seien keineswegs behoben worden. Die Höhe des Mietzinses war strikt geregelt, tief gehalten und so angesetzt, dass die – ebenfalls staatlich geregelten – Unterhalts- und Reparaturpflichten der Vermieter auch nicht annähernd gedeckt werden konnten. Offenbar konnten etwa 60% der Unterhaltskosten aus dem Mietzins finanziert werden; der Rest musste vom Vermieter erbracht werden.<sup>20</sup> Von einem «decent profit», wie ihn sowohl das polnische Verfassungsgericht wie der EGMR verlangten, konnte nicht die Rede sein.<sup>21</sup> Es gab weder gesetzliche Kriterien noch geregelte Verfahren noch eine gerichtliche Kontrolle zur Frage der Rückerstattung der Unterhaltskosten von Vermietern.<sup>22</sup> Dazu kamen die massiven Beschränkungen bei der Kündigung bestehender Mietverträge. Sogar Erben von Mietern konnten die Fortsetzung von Mietverträgen fordern, sodass ein Recht von Vermietern, ihre Wohnungen wieder benützen zu können, weitgehend abgeschafft war.<sup>23</sup>

Der Gerichtshof fasste seine Erwägungen folgendermassen zusammen: «[...] *the violation of the right of property in the present case is not exclusively linked to the question of the levels of rent chargeable but, rather, consists in the combined effect of defective provisions on the determination of rent and various restrictions on landlords' rights in respect of the termination of leases, the statutory financial burdens imposed on them and the absence of any legal ways and means making it possible for them either to*

<sup>18</sup> *Id.* §§ 15, 17, 19, 235–36.

<sup>19</sup> Dispositiv des Urteils *Hutten-Czapska* (FN 3). Siehe auch die Einzelheiten des «friendly settlement» vom 28. April 2008 im Falle *Hutten-Czapska*. Ich verzichte auf weitere Ausführungen zum Begriff des Piloturteils.

<sup>20</sup> *Id.* §§ 198, 210.

<sup>21</sup> *Id.* §§ 198, 210.

<sup>22</sup> *Id.* §§ 198, 210.

<sup>23</sup> *Id.* §§ 183, 196.

*offset or mitigate the losses incurred in connection with the maintenance of property or to have the necessary repairs subsidised by the State in justified cases.»<sup>24</sup>*

Der Gerichtshof fand eine Verletzung von Art. 1 des 1. ZP basierend auf den strengen Auswirkungen der Mietrechtsregelungen auf die Vermieter infolge der starken Einschränkungen ihrer Rechte: das Recht, Einkommen aus ihrem Eigentum zu beziehen<sup>25</sup>, sowie das Recht, das Eigentum zu nutzen und zu besitzen. Eine gerechte Abwägung hätte die Sicherung des Schutzes der Eigentumsrechte der Vermieter sowie die Respektierung der sozialen Rechte der Mieter vorausgesetzt. Für das Ergebnis des Entscheides des EGMR relevant war das Fehlen eines Prozesses, welcher den ökonomischen Einfluss der Mietrechtsregulierung auf Vermieter reduziert und damit für eine gerechte Verteilung der Kosten der Wohnbaureform durch die Allgemeinheit gesorgt hätte.<sup>26</sup>

### III. Vermieterschutz in der Schweiz

#### 1. Gesetzliche Instrumente

In den letzten 40 Jahren wurden immer mehr zwingende Bestimmungen des Mieterschutzes in das schweizerische Mietrecht eingeführt, welche die Vertragsautonomie einschränken.<sup>27</sup> Den Anfang dieser Entwicklung setzte am 5. März 1972 die Annahme einer neuen Verfassungsbestimmung, welche dem Bundesrat das Recht einräumte, Mieterschutzbestimmungen zu erlassen (Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 2 aBV, heute Art. 109 BV).<sup>28</sup> Die Bestimmungen zum Schutz der Mieter vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen Forderungen der Vermieter waren nur anwendbar in Gemeinden, in denen Wohnungsnot oder Mangel an Geschäftsräumen herrschte.

<sup>24</sup> *Id.* §§ 183, 196.

<sup>25</sup> Das Recht, Einkommen aus dem Eigentum zu beziehen, beinhaltet auch Profit; anders Judge Zupančič in seiner *dissenting opinion*.

<sup>26</sup> *Id.* § 225.

<sup>27</sup> Zur Entwicklung siehe HELEN ROHRBACH, Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1911 bis zur Gegenwart, Bundesamt für Wohnungswesen 28. September 2012, unter <[www.bwo.admin.ch/themen/mietrecht/00159/index.html](http://www.bwo.admin.ch/themen/mietrecht/00159/index.html)>.

<sup>28</sup> Botschaft über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Art. 34<sup>sexies</sup> und 34<sup>septies</sup> vom 30.6.1971, BBl. 1971 I S. 1657 ff.

Im gleichen Jahr noch wurden zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung der befristete Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) und die dazu gehörige Verordnung (VMM) erlassen.<sup>29</sup>

Gestützt auf die sodann in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1986 angenommene Revision des Art. 34<sup>septies</sup> Abs. 2–5 aBV wurde in Bezug auf Missbräuche im Mietwesen eine generelle und ständige Gesetzgebungskompetenz, unabhängig von Wohnungsnot und Mangel an Geschäftsräumen, eingeführt.<sup>30</sup> Der Gesetzgeber ging davon aus, dass Mieter sich grundsätzlich in einer strukturellen Position der Schwäche befinden, weil das Wohnen zu den Elementarbedürfnissen gehöre und die Wohnung für die Mieter als Ort der sozialen Beziehungen eine besondere Bedeutung aufweise. Es wurde betont, die Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen sei auf eine gewisse Stetigkeit hin angelegt und es gebe auch bei normal funktionierendem Markt zahlreiche Umstände und schützenswert erscheinende, subjektive Gründe, die es den Mietern verunmöglichten, ohne weiteres auf überhöhte Preise zu reagieren und auf andere Mietobjekte auszuweichen.<sup>31</sup> Dies rechtfertige dauernde Massnahmen zum Schutz vor Missbräuchen, insbesondere im Zusammenhang mit Kündigungen und der Mietzinsgestaltung.

In den Jahren 1987 bis 1989 wurde die Revision des Mietrechts im Parlament behandelt. In der Botschaft vom 27. März 1985 hatte der Bundesrat dem Parlament noch vorgeschlagen, weiterhin eine Missbrauchsgesetzgebung in einem Spezialerlass beizubehalten.<sup>32</sup> Das Parlament zog es jedoch vor, die Bestimmungen des BMM ins ordentliche Mietrecht überzuführen. Diese Lösung wurde in der Schlussabstimmung vom 15. Dezember 1989 vom Parlament verabschiedet und trat auf den 1. Juli 1990 in Kraft.<sup>33</sup> Gleichzeitig

<sup>29</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über dringliche Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 24.4.1972, BBl. 1972 I S. 1225 ff., S. 1248 ff., unter <[www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10045415](http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10045415)>.

<sup>30</sup> Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz» (zur Revision des Miet- und Pachtrechts im Obligationenrecht und zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen) vom 27. März 1985, BBl. I 1985, S. 1389 ff. Siehe dazu den Überblick zur Entstehung auf <[www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis149.html](http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis149.html)>.

<sup>31</sup> Siehe insb. Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz» (FN 30), S. 1397.

<sup>32</sup> Botschaft zur Volksinitiative «für Mieterschutz» (FN 30), S. 1405.

<sup>33</sup> AS 1990, S. 802 ff.

wurde die dazugehörige Verordnung (VMWG)<sup>34</sup> in Kraft gesetzt und der BMM vom 30. Juni 1972 wurde aufgehoben. Im neuen Mietrecht vom 1. Juli 1990 wurde der Mieterschutz weiter ausgebaut.<sup>35</sup>

Heutzutage ist deshalb das schweizerische Mietrecht in erheblichem Masse ein «Mietrecht für die Mieter», wenngleich es natürlich auch einige Schutzmechanismen für die Vermieter enthält.<sup>36</sup>

## 2. Problem der Mietnomaden

Ein Problem im Hinblick auf ein «fares Gleichgewicht» des Mietrechts zwischen den Interessen der Vermieter und der Mieter stellen zahlungsunfähige und zahlungsunwillige Mieter dar, insbesondere die sog. Mietnomaden. Als Mietnomaden werden Mieter bezeichnet, die vorsätzlich Mietverhältnisse begründen mit der Absicht, keine Miete zu zahlen.<sup>37</sup> Nach Aufdeckung ziehen sie teilweise in die nächste Mietwohnung, ohne die Mietschulden zu begleichen.

Der Vermieter kann in solchen Fällen zivilrechtlich gegen die Mietnomaden vorgehen. Er kann z.B. den Mietvertrag aufgrund von Art. 28 OR anfechten,<sup>38</sup> bei Zahlungsverzug des Mieters gemäss Art. 257d OR kündigen, nach SchKG betreiben oder eine Räumungsklage nach Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO einreichen und somit einen Räumungstitel erlangen.<sup>39</sup> Bis der Prozessweg überwunden ist und die Mieter die Wohnung schliesslich – oft erst infolge

<sup>34</sup> Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11).

<sup>35</sup> Siehe dazu die zahlreichen Beiträge in Ivo Hangartner (Hrsg.), Das neue Mietrecht, St. Gallen 1991; PETER ZIHLMANN, Das neue Mietrecht: Einführung für den Praktiker, Zürich 1990.

<sup>36</sup> Art. 269d OR betr. Mietzinserhöhung durch den Vermieter; Art. 257d OR betr. Kündigung wegen Zahlungsverzug des Mieters; siehe statt vieler URBAN HULLIGER, Neuere Rechtsprechung zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs, MRA 2012, S. 65 ff.; CHK-HEINRICH, N 5 zu Art. 257d OR; BGE 127 III 548 Erw. 5; Art. 259 OR betr. Pflicht des Mieters zu kleinen Reparaturen und Ausbesserungen; Art. 257f OR betr. Sorgfalt und Rücksichtnahme des Mieters; Art. 266h OR betr. Kündigung durch den Vermieter wegen Konkurs des Mieters; Art. 266g OR betr. ausserordentliche Kündigung durch den Vermieter; Art. 271a Abs. 3 lit. a OR betr. Kündigung wegen Eigenbedarfs des Vermieters.

<sup>37</sup> FEDOR BRUNNER, Das Phänomen der Mietnomaden in der Rechtspraxis: Strukturelle Hintergründe, zivilrechtliche Mechanismen und Perspektiven, Frankfurt a.M. 2012, S. 20.

<sup>38</sup> BGE 132 II 161 Erw. 4.1.

<sup>39</sup> Basierend auf Art. 267 OR und Art. 641 Abs. 2 ZGB.

Zwangsvollstreckung – räumen, vergehen häufig einige Jahre, in denen die Mieter, ohne jegliche Mietzinse oder Nebenkosten zu entrichten, in der Wohnung leben.<sup>40</sup> Der Vermieter bleibt auf Kosten – wie z.B. dem entgangenen Mietzins, Prozess- und Anwaltskosten, Reparatur- und Reinigungskosten – «sitzen», da die Mietnomaden trotz Unterliegens im Prozess oftmals zahlungsunfähig sind und die Kosten, welche sie gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO zahlen müssten, nicht ersetzen können.<sup>41</sup> Die Mietnomaden wissen, dass der Prozess bis hin zur faktischen Räumung einige Jahre dauern kann und profitieren somit von der mieterfreundlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Es könnte sich deshalb die Frage stellen, ob es sich in solchen konkreten Fällen um unangemessene Verzögerungen bei der Vollstreckung von Räumungsurteilen im Sinne von *Immobiliare Saffi* handelt, welche Art. 1 des 1. ZP widersprechen (die Schweiz hat allerdings das 1. ZP nicht ratifiziert).

Aus solchen Überlegungen hinaus wurde in Deutschland eine Revision des Mietrechts vorgenommen, welche am 1. Mai 2013 in Kraft trat.<sup>42</sup> Einige Regelungen der Mietrechtsreform tragen dem Bedürfnis der Vermieter nach Schutz vor missbräuchlichem, ausserndem Gebrauch der dem Mieter eingeräumten Rechtspositionen Rechnung. Die Mietnomaden nutzten bis anhin die zivilprozessualen Regeln, wonach eine Wohnung nur mit Hilfe eines Vollstreckungstitels geräumt werden darf, bis zum Exzess aus.<sup>43</sup> Die Stärkung der Stellung des Vermieters wird deshalb insbesondere durch die Änderung verschiedener prozessualer Vorschriften erreicht.

- Bei Gericht sind Räumungssachen künftig vorrangig und beschleunigt durchzuführen (§ 272 Abs. 4 ZPO): Eine besonders schnelle Durchführung des Verfahrens ist erforderlich, um nach Möglichkeit zu vermeiden, dass sich die Klagforderung monatlich um das auflaufende Nutzungsentgelt erhöht, falls der Mieter nicht zahlt.

<sup>40</sup> RAOUL EGELI, Schutz vor Mietnomaden, *Immobilien* 2011, S. 26.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> Gesetz vom 11. März 2013 über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG), BGBl. 2013 I. S. 434 ff. (Nr. 13). Siehe dazu BEATE FLATOW, Mietrechtsänderungsgesetz 2013, *NJW* 2013, S. 1185 ff.

<sup>43</sup> HANS REINOLD HORST, Standpunkt: Mietnomaden – Gesellschaftsphänomen oder Randerscheinung?, *NJW* 2010, *NJW*-aktuell Nr. 6, S. 12 ff.

- Auch das Durchstehen eines Räumungsklageverfahrens wird für den Vermieter leichter: Verbindet er die Räumungsklage mit einem Zahlungsantrag auf Zahlung des rückständigen Mietzinses, kann der Richter zur Absicherung der nach Rechtshängigkeit fällig werdenden Mietforderungen die Hinterlegung einer bestimmten Geldsumme durch den Mieter anordnen (§ 283a ZPO). Voraussetzung dafür sind die hohe Erfolgsaussicht der Räumungsklage sowie die Glaubhaftmachung der Gefährdung der Vermieterinteressen. Erbringt der Mieter die zu hinterlegende Summe nicht fristgerecht, so kann das Gericht die Räumung vor Prozessende durch einstweilige Verfügung anordnen (§ 940a Abs. 3 ZPO). So kann verhindert werden, dass der Vermieter durch das Gerichtsverfahren einen wirtschaftlichen Schaden erleidet, weil der Mieter am Ende des Prozesses nicht mehr in der Lage ist, die während des Prozesses aufgelaufenen Mietschulden zu bezahlen.<sup>44</sup>
- Häufig kam es bisher in Räumungsverfahren zur Situation, dass sich in einer zu räumenden Wohnung plötzlich noch weitere Personen aufhielten, von denen der Vermieter nichts wusste und gegen die somit auch kein Räumungstitel vorlag. In Zukunft muss der Vermieter für die Durchführung der Räumung gegen Dritte keinen separaten Rechtsstreit mehr führen, wenn er erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Räumungsverfahren vom Besitz dritter Personen erfahren hat (§ 940a Abs. 2 ZPO). Ein neuer Anspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren gibt dem Vermieter die Möglichkeit, in dieser Situation schnell einen weiteren Räumungstitel auch gegen den unberechtigten Untermieter zu bekommen.<sup>45</sup>
- Die in der Praxis entwickelte sog. «Berliner Räumung» erleichtert die Vollstreckung von Räumungsurteilen. Sie wird auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Es muss nicht erst das gesamte Mobiliar des Mieters aus der Wohnung entfernt, kostenintensiv und meist zunächst auf Kosten des räumenden Vermieters eingelagert werden, sondern die Räumung beschränkt sich darauf, lediglich dem Mieter den Besitz der Wohnung zu entziehen (§ 885a Abs. 1 i.V.m. § 885 Abs. 1 ZPO). Es fällt so kein Kos-

<sup>44</sup> Siehe dazu <[gesetzgebung.beck.de/news/mietrechtsaenderungsgesetz-0](http://gesetzgebung.beck.de/news/mietrechtsaenderungsgesetz-0)>; <[www.bmjv.de/DE/Themen/Gesellschaft/Mietrecht/Mietrecht\\_node.html](http://www.bmjv.de/DE/Themen/Gesellschaft/Mietrecht/Mietrecht_node.html)>.

<sup>45</sup> Siehe FN 44.

tenvorschuss für Abtransport und Einlagerung der in der Wohnung verbleibenden Gegenstände an.<sup>46</sup>

Zur Vermeidung dieser Art von Problemen bleibt dem Schweizer Vermieter nichts anderes übrig als das Ergreifen von präventiven Massnahmen vor Vertragsabschluss zur Vermeidung einer Vermietung an Mietnomaden.<sup>47</sup> Solche Massnahmen umfassen z.B. die Einholung von Informationen über den Mieter (Selbstauskunft), von Gehaltsnachweisen des Arbeitgebers, von Referenzen beim bisherigen Vermieter, von Bank- oder ZEK-Auskünften, die Bestellung von Schuldbetreibungs- und Konkursauszügen (Art. 8a SchKG), das Einfordern von einer Mieterkaution oder die Prüfung von Mietnomaden-Datenbanken. Allenfalls könnte die Erstellung einer Bundes-Datenbank mit Personendaten von Mietnomaden, gegen die ein Räumungstitel oder eine Zwangsvollstreckung erwirkt wurde, Abhilfe leisten.<sup>48</sup>

#### IV. Schlusswort

Regelungen des Mietrechts, welche den Mieter schützen und die Vertragsautonomie der Parteien einschränken, können die Eigentumsgarantie des Vermieters tangieren und dessen Anreizsetzung für Investitionen in Immobilien erheblich beeinflussen. In dieser Hinsicht können u.a. die Mietnomaden ein Problem darstellen. Mietnomaden sind sich bewusst, dass ein Prozess bis hin zur faktischen Räumung mittels Zwangsvollstreckung einige Jahre dauern kann. Sie nutzen so die mieterfreundliche Gesetzgebung und Rechtsprechung aus. In konkreten Fällen kann es sich um unangemessene Verzögerungen bei der Vollstreckung von Räumungsurteilen im Sinne von *Immobiliare Saffi* handeln, welche Art. 1 des 1. ZP widersprechen.

<sup>46</sup> Siehe FN 44.

<sup>47</sup> RUDOLF STÜRZER/MICHAEL KOCH/BIRGIT NOACK/MARTINA WESTNER, Das Vermieter-Praxishandbuch, 7. Aufl., München 2013, S. 26 ff.; MICHAEL KRETZER, «Mietnomaden», «Wohnungs-Hopping», «Miettourismus», «Wohnzappen» – Reaktionsmöglichkeiten des Vermieters auf ein neues Phänomen, ZMR 2005, S. 89 ff.

<sup>48</sup> Zu den datenschutzrechtlichen Problemen siehe DAVID ROSENTHAL, Datenschutz im Mietrecht, mp 2012, S. 159 ff., S. 183; EDÖB, Empfehlungen betreffend die bei Interessen für Mietwohnungen erhobenen Daten, VPB 68.153.

Auch in der schweizerischen Praxis kann eine unangemessene Verzögerung der Vollstreckung von Räumungsurteilen vorkommen. Bis anhin können nur präventive Massnahmen ins Auge gefasst werden, um diesem Problem auszuweichen. Für das schweizerische Recht ist deshalb zu überlegen, ob dem Bedürfnis der Vermieter nach Schutz vor missbräuchlichem, ausserndem Gebrauch der dem Mieter eingeräumten Rechtspositionen nicht vermehrt Rechnung getragen werden sollte. Es könnte z.B. die prozessuale Position von Vermietern gegenüber Mietnomaden verbessert werden, ähnlich wie in der deutschen Mietrechtsreform, welche am 1. Mai 2013 in Kraft getreten ist. Eine andere Überlegung zur Vermeidung dieses Problems wäre freilich, noch wesentlich weiter zu gehen und ähnlich wie im Kartellrecht zu argumentieren. In der Schweiz wird zurzeit bei der Kartellgesetzrevision argumentiert, die faire Preisbildung sei für das Funktionieren von Märkten derart wichtig, dass Eingriffe in den Mechanismus der Preisbildung nur im Notfall erfolgen sollten.<sup>49</sup> Ein derartiger Ausgangspunkt wäre gemäss dem Urteil *Immobiliare Saffi* wohl auch im Mietrecht für Mietzinsen unbedenklich, sofern er auf einer gesetzlichen Grundlage beruhte. Dies würde aber vermutlich auf politische Widerstände stossen.

<sup>49</sup> NZZ vom 12. Dezember 2013, S. 29.