

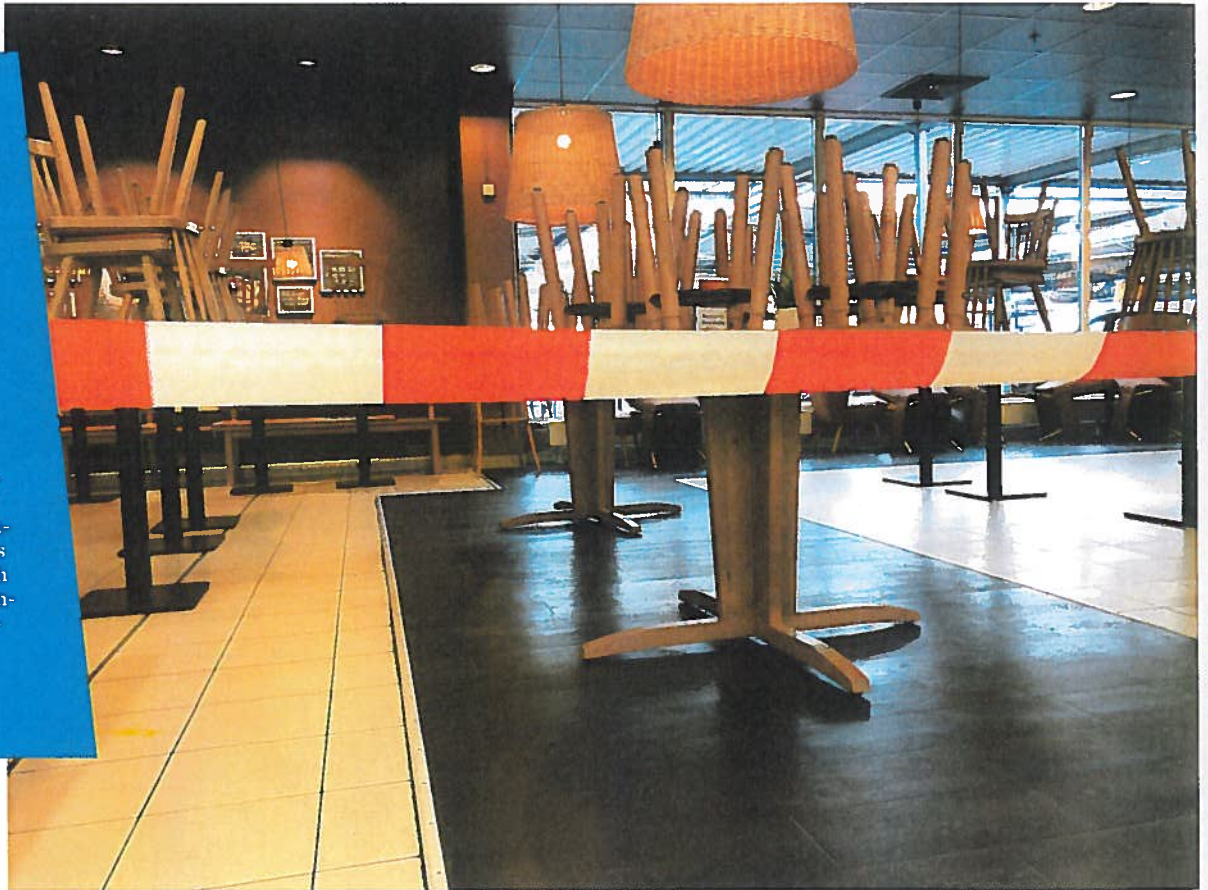
# LOCKDOWN UND GESCHÄFTS- MIETE

Mit der «COVID-19-Verordnung 2» hat der Bundesrat verfügt, bestimmte öffentlich zugängliche Einrichtungen für das Publikum zu schliessen sowie Veranstaltungen zu verbieten. Die Frage steht im Raum, ob diese Unternehmen für die Dauer des Lockdown Mietzinse zu bezahlen haben.

TEXT – MATTHIAS STREIFF\*

Mietzinssenkungen im Gewerbebereich sind aktuell ein politisches Thema. Rechtlich sind die Forderungen nur in besonderen Fällen begründet.

(BILD: 123RF.COM)



## ► 1. AUSGANGSLAGE

Es ist offenkundig und teilweise wirtschaftlich hart, wie die bundesrätlichen Anordnungen und Verbote nicht nur das Sozialverhalten der Bevölkerung, sondern auch die Wirtschaft und da die Unternehmer treffen. Hierbei halten wir uns vor Augen, dass es sich um epidemiologische Schutzmassnahmen handelt, die in aller erster Linie Menschenleben schützen. Darum geht es. Zudem streben diese Schutzmassnahmen längerfristig eine nicht noch schwerer belastete Schweizer Volkswirtschaft an, weshalb sich diese Massnahmen sogar als einen Teil der Schadenminderung verstehen lassen.

Falsch ist es, die Frage auf die Mietzinse zu reduzieren. Falsch ist es auch, daraus politisches Kapital zu schlagen. Falsch ist es schliesslich, darüber zu polemisieren oder rechts- oder links-populistisch zu agieren. Die Fragen sind vielmehr mit Bedacht anzugehen. Es gibt heute wohl unterschiedliche Rechtsauffassungen, aber noch keine Präjudizien. Die Lehre ist gefordert, sich facettenreich der Sache anzunehmen. Dazu dient auch diese Auseinandersetzung. Die dargelegten Überlegungen sind prospektiv und ohne Gewähr.

Die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19), SR 818.101.24, ist eine verwaltungsrechtliche Notverordnung. Sie wurde originär vom Bundesrat erlassen, seither mehrmals geändert sowie ergänzt und weist eine unmittelbare Rechtswirkung auf. Sie beschlägt direkt die verfassungsmässige Wirtschaftsfreiheit.

Die Massnahmen der Notverordnung betreffen durch «Veranstaltungsverbote» und den Lockdown die Unternehmen auf arbeitsrechtlicher, technischer, sozialer und wirtschaftlicher Ebene. Auch Unternehmer ohne Lockdown werden mittelbar betroffen und haben infolge der Corona-Massnahmen Mehr- oder Minderumsätze. Die Unternehmer führen ihre Geschäfte entweder (1) in Pacht- oder Mietobjekten oder (2) in eigenen Betriebsliegenschaften. Wer einen Coiffeursalon im eigenen Haus führt (Fall 2) ist von der COVID-19-Verordnung gleich betroffen wie das Kosmetikstudio im Mietobjekt (Fall 1). Während ein Restaurant unter Umständen vollständig schliessen muss, führt ein anderes Restaurant anstelle des Tisch-Services ein Take-away ein. Eine Bank schliesst die Schalterhalle, aber nicht



**DIE BUNDESRÄTLICHE ANORDNUNG STELLT OFFENSICHTLICH KEINEN SACHMANGEL DAR.**



das «Backoffice». Man erkennt, dass jeder Fall anders gelagert ist. Dies mittragend, gehen wir nachfolgend der Frage nach, wie sich die COVID-19-Massnahmen mietrechtlich auf die Zinsen für Geschäftsräume auswirken.

## 2. LOCKDOWN ALS MANGEL DES MIETOBJEKTS?

Zentral ist die Frage, ob für die Dauer der COVID-19-Massnahmen der Mietzins herabzusetzen oder ob dieser gar hinfällig ist. Stundung, Kündigung und Schadenersatz sind Zusatzfragen. Dabei liegt der Angelpunkt immer darin, ob der Lockdown einen Mangel im mietrechtlichen Sinne darstellt oder nicht. Aufschluss dazu gibt in erster Linie Art. 259a OR i. V. m. Art. 256 OR und Art. 259d OR mit dem gesetzlich normierten «Mangel»: Nur wenn ein rechtserheblicher Mangel vorliegt, kann unter anderem eine Herabsetzung des Mietzinses verlangt werden.

Mietverträge sind synallagmatische Dauerschuldverhältnisse. Deshalb ist die Idee hinter der Herabsetzung von Mietzinsen, dass die vertraglichen Leistungen von Mieter und Vermieter wieder in ein Gleichgewicht zu bringen sind. Ist das Mietobjekt mangelhaft, ist weniger Mietzins geschuldet.

Gemäss bisheriger Meinung liegt ein Mangel dann vor, wenn dem Mietobjekt (ganz oder teilweise) eine Eigenschaft fehlt, die im Mietvertrag zwischen den Parteien vereinbart wurde, wobei die Vereinbarung eine ausdrückliche oder implizite sein kann. Der Vermieter hat das Mietobjekt in dem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand (zu übergeben) und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Dabei ist unter dem Begriff «zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand» grundsätzlich der «vertragsgemässe» Zustand gemeint, der sich in erster Linie aus dem Geschäftsmietvertrag ergibt. Mietvertraglich vereinbaren die Parteien regelmässig einen bestimmten «Mietzweck»; z. B. als «Praxis», als «Lager», als «Shop» usw.

### 2.1 KEIN SACHMANGEL

Der Mangelbegriff von Art. 259a Abs. 1 OR unterscheidet zwischen Sachmängeln und der Störung im vertragsgemässen Gebrauch. Die bundesrätliche Anordnung der Schliessung publikumsorientierter Geschäfte usw. stellt offenkundig keinen Sachmangel dar. Das Mietobjekt erleidet keinen körperlichen Mangel.

### 2.2 MANGEL AN EINER «VORAUSGESETZTEN EIGENSCHAFT DES MIETOBJEKTS?»

Verfügt das Mietobjekt nicht über diejenigen Eigenschaften,

- die der Vermieter zugesichert hat, oder
- die der Mieter unter objektiven Gesichtspunkten berechtigterweise erwarten durfte,

dann liegt gemäss höchstrichterlicher Praxis (illustrierend BGE 135 III 345) ein Mangel vor. Zu Recht gelten unter den bezeichneten zwei Bedingungen also auch nicht körperliche Mängel als Mietmängel i. S. v. Art. 259a Abs. 1 OR und Art. 259d OR.

Was sind typischerweise vorausgesetzte Eigenschaften bei publikumsorientierten Geschäften? Hier geht es um Objekteigenschaften, also primär die baulichen Nutzungs- und Baubewilligungen. Das beinhaltet regelmässig publikumstaugliche Zugänglichkeiten und auch erhöhte bauliche Sicherheiten. Bei ausgebauten «Arztpraxen» und «Gastrobetrieben» mag man auch die Einhaltung der SIA Norm 500 (behindertengerechtes Bauen) oder arbeitsrechtliche Vorschriften (z. B. getrennte WC und Duschen) darunter verstehen. Fehlen derartige rechtliche und tatsächliche Eigenschaften eines Mietobjekts und wird dadurch der Betrieb des Geschäftsmieters eingeschränkt, dann liegt mutmasslich ein Herabsetzungsgrund vor. Massgebend ist jeweils der Einzelfall.

Im vorliegend interessierenden Fall des Lockdown gründet die Schliessung jedoch gerade nicht in einer fehlenden Eigenschaft des Mietobjekts. Das Mietobjekt bleibt von den Massnahmen unberührt und bleibt daher mängelfrei. Der Lockdown hat nichts mit den Eigenschaften eines Mietobjekts zu tun, sondern mit den ausgeübten Geschäften des Mieters und den damit verbundenen Gefahren. Selbstverständlich bleibt das Mietobjekt «Messe» immer noch ein «Veranstaltungsort» wie die Mietobjekte «Schule» und «Zahnarztpraxis» nach wie vor Schulen und Praxen bleiben. Sodann können gewisse Restaurants den Betrieb auf einen Take-away-Betrieb umstellen und Schulen weichen auf Fernunterricht aus. So können einige Geschäfte ihren Betrieb aufrechterhalten, wenn auch nur eingeschränkt und mit Umsatzeinbussen.

Mit anderen Worten beschlägt die COVID-19-Verordnung einzig den Betrieb und das Geschäft des Mieters. Die Ursache der Beeinträchtigung liegt nicht in einer fehlerhaften Leistung des Vermieters oder in einer veränderten Objekteigenschaft, sondern an dem Verbot, dass der Mieter seinem Geschäft wie gewohnt nachgehen darf. Der Geschäftsbetrieb des Mieters liegt im Risikobereich des Mieters.

Augenfällig wird das bei Rohbaumieten. Da übernimmt der Geschäftsmieter Räume und baut diese für seine Geschäftszwecke selber aus. Vernünftige Rohbaumieten beinhalten eine Klausel zur Bewilligungspflicht des Mietersausbaus einerseits und andererseits auch des Betriebs des Mieters: «Betriebsbewilligungen sind Sache des Mieters» oder ähnlich. Derartige Klauseln machen klar, dass das Verbot der Betriebsbewilligung über die COVID-19-Verordnung im Risikobereich des Mieters liegt.

### 2.3. FEHLEN VON BESONDERS ZUGESICHERTEN EIGENSCHAFTEN?

Auch wenn prima vista ein Veranstaltungsverbot oder ein Lockdown die Nutzung eines Geschäftsobjekts so einschränkt, dass man von einem Mangel sprechen will, so wird bei systematischer Betrachtung doch klar, dass nicht der Gebrauch der Mietsache, sondern ▶



**KREATIVE UND KOOPERATIVE VERHANDLUNGEN UND LÖSUNGEN SIND GEFRAGT.**



der Betrieb des Mieters betroffen ist und damit u. E. grundsätzlich nicht von einem rechtserheblichen Mangel im mietrechtlichen Sinne gesprochen werden kann.

Es wird Ausnahmen geben. Für den Fall, wo ein Vermieter einen «jederzeitigen Betrieb» zusicherte, wie beispielsweise mit Ladenöffnungszeiten in Shoppingcentern, oder wo gar Ladenöffnungszeiten als «mieterseitige Betriebspflicht» verlangt werden, und Fälle, wo die «Nutzung als Praxis», «jederzeitige Nutzung als Laden» usw. versprochen werden, sind besonders zu beurteilen. Mit selbstständigen Garantieversprechen, Zusicherungen und dergleichen wird neben den Sacheigenschaften eines Mietobjekts auch eine wirtschaftliche und über den «Gebrauch» hinausgehende Eigenschaft versprochen. Das ist anders als das gesetzlich normierte Mietrecht und verlangt daher eine spezifische vertragliche Grundlage. Massgebend wird hier der konkrete Vertrag sein, denn eine besonders zugesicherte Eigenschaft muss auch «besonders», mithin klar, verständlich und explizit vereinbart worden sein. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, könnte der Lockdown als Mangel an der Mietsache (i. w. S.) verstanden werden, was zu Herabsetzungen der Miete führen kann.

## 2.4 ERSTE WÜRDIGUNG

Die COVID-19-Massnahmen richten sich (generell-abstrakt) ausschliesslich gegen bestimmte Tätigkeiten, Betriebe und Verhalten. Adressaten der Massnahmen sind damit die Unternehmen, in casu die Geschäftsmieter. Diesen wird (für eine bestimmte Dauer) ein Teil der Betriebsbewilligung entzogen. Das bezieht sich auf die Mieter als Subjekte. Das hat grundsätzlich nichts mit den Eigenschaften eines Mietobjekts zu tun. Nicht das Mietobjekt wird geschlossen, sondern der Geschäftsbetrieb des Mieters.

## 3. SCHADENERSATZ UND KÜNDIGUNGEN WEGEN MÄNGELN SIND KEIN THEMA

Aus Sicht des Vermieters werden die Räumlichkeiten dem Mieter nach wie vor zum Gebrauch überlassen, ohne dass ihn eine Pflicht trifft, das Mietobjekt frei von öffentlich-rechtlichen Einschränkungen zu halten. Ohnehin hat der Vermieter keine Möglichkeit, die verordnete

Schliessung des Geschäftsbetriebs zu beiseitigen. Verschulden trifft ihn keines. Der Mieter bleibt im Mietobjekt und kann dieses im Rahmen des Zulässigen gemäss Baubewilligung uneingeschränkt gebrauchen. Damit sind Schadenersatzansprüche, Hinterlegungsverfahren oder ausserordentliche Kündigungen infolge des Lockdown u. E. ausgeschlossen. Die entsprechenden Mängelrechte (aus Art. 259b, 259c, 259e und 259f OR) sind im Zusammenhang mit dem Lockdown kein Thema.

## 4. STUNDUNGEN

Mietzinse sind periodisch geschuldet, so die übliche vertragliche Regelung. In der Presse thematisiert werden die «Stundungen» von Mietzinsezahlungen, also nicht die Aufhebung der Zahlungspflicht, aber der Aufschub einer Zahlung. Da der Vermieter weder das Solvenzrisiko des Geschäftsmieters zu übernehmen hat noch als Kreditgeber agieren muss, hat der Geschäftsmieter u. E. keinen Anspruch auf eine Stundung des Mietzinses. Die Vernunft der Parteien gebietet allenfalls, dass sie sich auf eine Stundung des Mietzinses auf privatrechtlicher Basis einigens sollten.

## 5. WO GREIFT DER COVID-19-LOCKDOWN?

Neben den angesprochenen speziell und besonders zugesicherten Eigenschaften (vorangehend Ziffer 2.3), die je nach dem zu einer Mietzinsherabsetzung führen können, gibt es einen ganz anderen Fall, bei dem der Lockdown direkt auf die Höhe der Mietzinse durchschlägt. Das sind die «Umsatzmieten»:

Bei Umsatzmieten trägt der Vermieter die «Umsatzrisiken» des Mieters mit, um gleichzeitig auch von «Umsatzchancen» zu profitieren. Das ist eine partiarische Regelung, die zulässig und oft sinnvoll ist. Eine Umsatzmiete ist nur bei Geschäftsmieten denkbar und muss zudem (als ausserordentliche Berechnungsmethode) speziell vereinbart werden. Selbstredend werden aufgrund des Lockdown tiefere Umsätze generiert, weshalb auch tiefere Umsatzmieten geschuldet sind. Die Umsatzmiete reagiert übrigens auch bei den nicht durch den Lockdown direkt betroffenen Unternehmen.

Wie und wie weit der Landesindex der Konsumentenpreise auf die Corona-Um-

stände reagieren wird, kann man heute noch nicht abschätzen. Indexverträge jedenfalls werden (leicht verzögert) entsprechend anzupassen sein. Denkbar sind also unter Umständen Mietzinserhöhungen anstelle von Herabsetzungen der Miete. Das ist zurzeit aber erst eine Hypothese.

## 6. WAS IST ZU TUN?

Ohne Präjudizien gibt es keine verbindlichen Richt- und Leitlinien. Angesagt sind Augenmass und ein Verhalten nach Treu und Glauben. Das gilt für Geschäftsmieter, Vermieter und auch alle Bewirtschafter, die jetzt ebenfalls besonders gefordert sind.

Wir sehen – bis auf Ausnahmefälle – heute keine rechtlichen Ansprüche auf Herabsetzung der Geschäftsmiete. Noch weniger sehen wir heute den Wegfall einer Mietzinzzahlungspflicht. Unzulässig ist es u. E. deshalb, die Mietzinzzahlungen (ohne entsprechende vorgängige Einigung mit dem Vermieter) auszusetzen. Ansonsten riskiert der Geschäftsmieter eine Kündigung wegen Zahlungsverzug.

«Corona» ist für den Menschen eine Gefahr. Das ist ernst zu nehmen und steht über den wirtschaftlichen Interessen.

Vor diesem Hintergrund sind kreative und kooperative Verhandlungen zwischen den Parteien angesagt. Zu initiieren sind diese Verhandlungen mieterseitig. Überbrückungsmassnahmen, Teilverzichte, Stundungen usw. sind mögliche Lösungen zur Abwendung negativer Folgen der besonderen Lage. Bei derartigen besonderen Umständen ist es angebracht, gemeinsam die Lasten zu tragen und sich gegenseitig zu helfen. Dieses Credo steht nicht im Mietrecht, aber ebenfalls im Gesetz, und zwar in unserem altherwürdigen ZGB in Art. 2 Abs. 1: «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.» ■

DER BEITRAG BAUT AUF ERSTEN ÜBERLEGUNGEN ZUR MIETZINSHERABSETZUNG INFOLGE CORONA, PUBLIZIERT ENDE MÄRZ 2020 UNTER WWW.WEKA.CH AUF.



### \*MATTHIAS STREIFF

Dr. iur., ist Rechtsanwalt und führt seit 2008 die auf Bau- und Immobilienrecht spezialisierte Kanzlei Streiff Rechtsanwälte AG, Wetzikon, ZH, [www.this-law.ch](http://www.this-law.ch)