

Vorab per E-Mail

recht@bwo.admin.ch

Herr Bundesrat Guy Parmelin
Vorsteher WBF
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Wetzikon ZH, 4. August 2020
MS/RB

**Vernehmlassung zum Bundesgesetz über den Miet- und Pachtzins während Betriebs-
schliessungen und Einschränkungen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19):
Covid-19-Geschäftsmietegesetz**

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Juli 2020 gewähren Sie den interessierten Personen und Verbänden die Möglichkeit, eine Vernehmlassung bezüglich des «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» einzureichen.

Gerne reiche ich hiermit innert gesetzter (verkürzter) Frist eine Vernehmlassung ein und stelle den Antrag, es sei das «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» zu verwerfen und auf das Gesetz insgesamt zu verzichten. Dazu sei dem Parlament zu empfehlen, den Entwurf «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» abzulehnen.

I. Formelles

1. Legitimation

Als Immobilien-Anwalt mit einschlägigen Erfahrungen im Mietbereich gehört der Unterzeichnende zu den «interessierten Kreisen». Diese Vernehmlassung erfolgt nicht auf Mandatsbasis für Dritte, sondern aus staatspolitischen und juristischen Überlegungen des Unterzeichnenden.

II. Materielles

2. Ausgangslage

Die Frage, ob Mietzinsen bei Geschäftsmieten in Folge der im Frühling 2020 angeordneten Geschäftsschliessungen zu reduzieren sind oder nicht, beschlägt den Risikobereich der Geschäftsmieter, denn es mussten deren Geschäfte, welche offenbar als risikobehaftet eingestuft wurden, geschlossen werden. Die bundesrätlichen Anordnungen zu den Schliessungen richteten sich ausschliesslich an die Geschäfte von bestimmten Mietern und nie an die Vermieter.

Es handelte sich bei den bundesrätlichen Anordnungen um verwaltungsrechtliche Massnahmen, insbesondere um gesundheitspolizeilich motivierte Massnahmen. Die (originäre) COVID-19 Verordnung (SR 818.101.24) ist Teil des Verwaltungsrechts.

Zeitlich wurde der Vollzug der COVID-19 Verordnung mit dem sogenannten «Lockdown» mit teilweisen oder ganzen Schliessungen von bestimmten publikumsorientierten Geschäften und Betrieben oder Tätigkeiten differenziert angeordnet. Insgesamt war die Zeit ab dem 13. März 2020 15:30 Uhr bis zur Aufhebung der COVID-19 Verordnung 2 am 22. Juni 2020 00:00 Uhr betroffen.

Der Bundesrat hat einzelne Notmassnahmen im Bereich der Miete angeordnet, beispielsweise bezüglich Fristen (vgl. COVID-19-Verordnung Miete und Pacht vom 27. März 2020 [gültig bis 31. Mai 2020] und Erläuternder Bericht vom Juni 2020, Ziffer 1.1 Abs. 3). Bezüglich der Frage von Mietzinslassen oder Mietzinsherabsetzungen hat sich der Bundesrat gerade nicht verbindlich über den Verordnungsweg geäussert. Dieses qualifizierte Schweigen des Bundesrates war richtig und weise. Der Bundesrat hat es bei einer unverbindlichen Empfehlung

belassen und die Mietparteien lediglich aufgefordert, vernünftige Lösungen im Einzelfall zu finden (Aufruf und Medienmitteilung des Bundesrats vom 8. April 2020).

Das Parlament hat sich in der Folge nicht juristisch, sondern alleine politisch motiviert über das Thema polarisierend ausgelassen, aber nicht einigen können. Das Resultat der Debatten entspricht (ungefähr) den zwei die Basis bildenden Motionen und dem gegenständlichen Vernehmlassungsentwurf «Covid-19-Geschäftsmietegesetz». Dieser Entwurf ist jedoch verfassungswidrig.

Da es in der Lehre (vordergründig) strittig ist, ob ein Lockdown einen Mangel im Sinne des Mietrechts darstelle, der zu einer Mietzins-Herabsetzung rechtfertigen würde, ist das Parlament offenbar nicht bereit, die Frage der grundsätzlich alleine zuständigen Judikative zu überlassen. Die Judikative selber hat sich, soweit ersichtlich, bis heute nicht zur Frage «Mietmangel ja / nein» äussern können. Die Lehre ist wie angedeutet geteilt. Der Unterzeichnende hat sich gegen die pauschale Qualifizierung der angeordneten Geschäftsschliessungen als Mietmangel i.S.v. OR 259a / 259d geäußert; vgl. dazu die Beilage.

Da das gegenständliche «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» grundsätzliche staatspolitische Prinzipien verletzt, ist es zu verwerfen, respektive abzulehnen.

3. Fehlende Rechtsgrundlage

Das Parlament kann nicht zu allen Fragen legislieren - es ist an die Verfassung gebunden. Fehlt einem gesetzlichen Vorschlag die Verfassungsmässigkeit, so liegt ein Verfassungsbruch vor.

Zu Recht stellt der Bundesrat die Verfassungsmässigkeit in den Erläuterungen, Ziffer 5.1 Abs. 1 in Frage. Die Negationen einer Zuordnung des Vorschlages «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» unter Missbrauchsverhinderung im Mietwesen (Art. 109 BV), dem allgemeinen Zivilrecht (Art. 122 BV) oder der Notrechtskompetenz des Bundesrates (Art. 185 Abs. 3 BV) sind richtig.

Die (vorgesehene) Unterordnung des «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» unter Konjunkturpolitik ist falsch. Art. 100 BV handelt von der Konjunkturpolitik und damit von der Planung und gerade nicht von der Tragung / Verteilung bereits entstandener Kosten. Art. 100 BV ist alleine

und ausschliesslich prospektiv. Rückwirkende Massnahmen können nicht unter die «Konjunkturpolitik» subsumiert werden.

Die konjunkturpolitischen Ziele, wie ausgeglichene Entwicklung, Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und Teuerung, werden durch den Vorschlag «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» nicht erreicht. Jedenfalls kann man nicht Umsatz und Gewinn von privaten Vermietern einsetzen, um selektiv einzelne Geschäftsmieter zu unterstützen.

Eine Massnahme des Bundes zum Schutz der Konjunktur nach Art. 100 BV kann nicht sein, dass zivilrechtliche Ansprüche von Vermietern gegen Geschäftsmieter (teilweise) aufgehoben werden.

Ohne Grundlage in der Bundesverfassung ist die Legislative nicht ermächtigt, ein Gesetz zu verabschieden. Der Vorschlag zum «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» ist daher verfassungswidrig.

4. Unzulässige Rückwirkung

Der gegenständliche Entwurf zum «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» sieht eine Mietzinsreduktion für die Dauer des Lockdowns vor. Die COVID-19 Verordnung 2 galt ab 13. März 2020 15:30 Uhr.

Übrigens: Gemäss Art. 6 i.V.m. Art. 12 der COVID-19 Verordnung 2 begann der Lockdown für viele Geschäfte per Inkrafttreten, also am 13. März 2020 15:30 Uhr und nicht wie in den Erläuterungen Ziffer 1.3.1. Abs. 3 aufgeführt erst am 17. März 2020; einzig für Schulen war ein späteres Inkrafttreten vorgesehen.

Mit Aufhebung der COVID-19 Verordnung 2 und den diversen Lockerungen wurde der Lockdown und damit die diversen Schliessungen von Geschäften spätestens am 22. Juni 2020 aufgehoben.

Jedenfalls soll mit dem «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» ein heute bereits eingetretener und zudem abgeschlossener Sachverhalt rückwirkend behandelt werden. Man spricht da von einer «echten Rückwirkung», welche grundsätzlich unzulässig ist. Nur ausnahmsweise, wenn kumulativ fünf Voraussetzungen erfüllt sind, kann eine Rückwirkung gleichwohl zulässig sein (vgl. dazu Alain Griffel, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2017, Rz 305 ff.). Es geht dabei um verwaltungsrechtliche Grundprinzipien wie Legalitäts- und

Verhältnismässigkeitsprinzip, das Gebot der Gleichbehandlung, der Wahrung öffentlicher Interessen und der Unterlassung der Verletzung wohlerworbener Rechte. Griffel bezieht sich da auf die höchstrichterliche ständige Rechtsprechung; z.B. BGE 138 I 189, E. 3.4.

Der erläuternde Bericht zum «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» hat die Brisanz in Ziffer 2.11 erkannt, aber falsch subsumiert. Es geht nicht um «triftige Gründe», welche eine Rückwirkung rechtfertigen können, sondern um die von der Judikative und Lehre herausgearbeiteten (oben aufgeführten) Kriterien, die alle / kumulativ zwingend erfüllt sein müssen, damit ein Bundesgesetz (ausnahmsweise) eine Rückwirkung vorsehen kann. Bezeichnenderweise fehlen den Erläuterungen substantiierte Überlegungen zur nicht nur äussert delikaten, sondern hier auch ungerechtfertigten Rückwirkung.

Das vorgesehene «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» greift in das zivilrechtliche Forderungsrecht ein. Vertragliche Ansprüche von Vermietern sollen gekürzt und reduziert werden. Im Gegenzug erhalten einzelne bestimmte Geschäftsmieter Ansprüche auf Reduktion ihrer Passiven gegenüber ihrer Vermieter. Dieser Vorschlag erfüllt die fünf von Bundesgesetz und Lehre erarbeiteten Voraussetzungen für eine ausnahmsweise rechtmässige Rückwirkung – insbesondere das Gleichbehandlungsgebot – gerade nicht. Über eine Verhältnismässigkeit der Aufteilung 40-60 kann man streiten. Mit der Schaffung des «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» würde eine formelle gesetzliche Grundlage geschaffen. Doch die drei weiteren Voraussetzungen liegen nicht vor:

4.1 Willkür, keine Gleichbehandlung

Der Vorschlag betrifft nicht alle Geschäftsmieter, sondern nur einzelne, was willkürlich ist. Der Vorschlag begünstigt einzelne Geschäftsmieter, obwohl andere Geschäftsmieter von den «Lockdown-Massnahmen» ebenso oder sogar schwerer betroffen wurden. Deshalb ist der Vorschlag willkürlich und verletzt das Gebot der Gleichbehandlung.

Die COVID-19 Verordnung 2 ordnete nicht die eigentliche Schliessung von Restaurants an, sondern verbot nur den Publikumsverkehr (vgl. Art. 6 Abs. 2). Agile Restaurant-Betriebe stellten den Service deshalb schnell um auf den nicht untersagten «Take-away» oder «home-delivery». Restaurants, die so ihren Betrieb umstellten, waren vom Lockdown nicht oder deutlich weniger negativ betroffen. Dieses Beispiel zeigt, dass selbst bei Restaurants ungleiche Voraussetzungen vorliegen und das vorgesehene «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» dessen ungeachtet Pauschallösungen vorsieht. Doch Ungleiches gleich behandeln, ist willkürlich.

Der Lockdown hat nicht nur Geschäftsmieter (von Restaurants und Bars etc.) betroffen, sondern auch geschäftsführende Eigentümer, also Unternehmer, die in eigenen Räumlichkeiten vom Lockdown betroffene Betriebe führten. Solchen geschäftsführenden Eigentümern hilft das gegenständliche «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» nicht, obwohl sie analog der Geschäftsmieter vom Lockdown betroffen waren und entsprechende Logistikkosten finanzieren mussten. Auch diesbezüglich ist der Vorschlag willkürlich.

Werden einzelne Geschäftsmieter gegenüber anderen ebenfalls unter dem Lockdown leidenden Unternehmen begünstigt und Geschäftsmieter insgesamt gegenüber Unternehmern in eigenen Liegenschaften begünstigt, ist das stossend; mithin eine stossende Ungleichheit.

Weshalb Vermieter, die aus Sicht der COVID-19 Verordnungen offensichtlich unbeteiligte Dritte sind, Lasten ihrer Geschäftsmieter tragen sollen, ist nicht erklärbar. «Opfersymmetrie» (wie in den Erläuterungen Ziffer 2.11 Abs. 2 erwähnt) ist keine gesetzliche Grundlage und es ist willkürlich, Vermieter als zusätzliche «Opfer» zu lokalisieren.

4.2 Keine Wahrung öffentlicher Interessen

Es gibt kein öffentliches Interesse daran, die Mietzinsen zu reduzieren. Es gibt kein öffentliches Interesse, die vertraglichen Ansprüche der Vermieter zu beschneiden.

Wenn es kein öffentliches Interesse gibt, dann gibt es noch weniger ein schutzwürdiges öffentliches Interesse.

Natürlich wäre es wünschenswert, wenn vom Lockdown betroffene Geschäfte finanziell schadlos gestellt würden. Doch das ist kein öffentliches Interesse. Es kann kein öffentliches Interesse daran geben, dass private Geschäfte begünstigt werden und von anderen Privaten finanziert werden sollen.

Es gibt keine Gewähr, dass die vorgesehene Mietzinsreduktion das wirtschaftliche Überleben der betroffenen Betriebe sicherstellt, weshalb es an der sichereren Effektivität der Massnahme mangelt.

Die Mechanik der Mittragung der Lockdown-Kosten durch irgendwelche private Vermieter ist durch kein erkennbares öffentliches Interesse zu rechtfertigen.

4.3 Verletzung der wohlerworbenen Rechte

Die zivilrechtlichen Ansprüche auf Mietzinsen sind wohlerworben und klagbar. Die Ansprüche der März, April und Mai-Mietzinsen 2020 sind vertraglicher Natur, sie sind fällig und grundsätzlich auch in Verzug, sollten sie nicht bereits bezahlt sein. Die jeweiligen Ansprüche sind (je nach Mietvertrag) schon anfangs oder Ende März, April und Mai 2020 entstanden.

Ein Gesetz, dass diese wohlerworbenen Ansprüche im Nachhinein, also wenn das «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» in Kraft treten soll, auch nur teilweise untergehen lässt, verletzt den Vertrauensschutz in die Rechtmässigkeit, die Rechtsstaatlichkeit und das Rechtssystem.

Vgl. zum Vertrauensschutz und zu den wohlerworbenen Rechten illustrativ auch Griffel, a.a.O. Rz 390 ff.).

Der Vorschlag zum «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» verletzt offensichtlich SchIT Art. 1 zum ZGB, wonach das geltende Gesetz auf die bisherigen Tatbestände anzuwenden und neues Recht nur auf neue Tatbestände anzuwenden ist. Art. 1 der SchIT zum ZGB ist Grundlage des Verbots rückwirkender Gesetzesanwendung. Darauf gründet zu Recht der Vertrauensschutz der Vertragspartner – auch im Mietrecht. Im Herbst beschlossene Massnahmen können keine Sachverhalte betreffen, die sich schon im Frühling ereigneten.

III. Folgerung

Die Pandemie hat nicht nur die Bevölkerung und unsere Infrastruktur schwer betroffen. Leider sind auch Todesfälle und persönliches Leid zu beklagen. Unser Land hätte die Pandemie nicht so bewältigen können, wenn das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsstaatlichkeit nicht vorhanden wäre.

Bei dieser schweren Prüfung ist es deshalb wichtig, für eine nachhaltig intakte Konjunktur und staatspolitische Resilienz, dass die fundamentalen Grundwerte in die Rechtsstaatlichkeit nicht zur Farce werden. Ein Gesetz ohne klaren verfassungsmässigen Anker verletzt dieses Staatsvertrauen erheblich. Ein Gesetz zu Gunsten einiger Privater und zu Lasten anderer Privater - mit Rückwirkung – hat nichts mit Rechtsstaatlichkeit zu tun.

Vor diesem Hintergrund ist der Vorschlag zum «Covid-19-Geschäftsmietegesetz» m.E. insgesamt zu verwerfen und jedenfalls zur Ablehnung vorzuschlagen.

Besten Dank für Ihre geschätzte Kenntnisnahme. Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Dr. Matthias Streiff
Rechtsanwalt

- Beilage: Auszug aus «Immobilien», SVIT Verlag AG, 05-Mai 2020, S. 34 ff.