

## CORONAVIRUS UND DIE MIETZINSZAHLUNGSPFLICHT

(Stand 15. April 2020)

Practice Group Bau- und Immobilienrecht

### I. AUSGANGSLAGE/FRAGESTELLUNG

- A) Der Bundesrat hat mit Wirkung per 17. März 2020 öffentlich zugängliche Einrichtungen wie Bar- und Restaurationsbetriebe sowie Einkaufsläden (ausser Lebensmitteläden, Apotheken etc.) für das Publikum bis zum 26. April 2020 geschlossen (vgl. [Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus \[COVID-19-Verordnung 2\]](#) sowie die dazugehörigen Erläuterungen).

Im Nachgang an diese behördlich angeordnete Schliessung stellt sich die Frage, ob der Mieter während der Schliessung den Mietzins weiterhin bezahlen muss.

### II. RECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN

#### A) Einleitung

Eine Situation, wie sie die Schweiz derzeit durchlebt, hat es noch nie gegeben. Daher ist – wie so oft – die Rechtslage nicht eindeutig. Die von den Gerichten bisher beurteilten Fälle betrafen zwar ebenfalls die Schliessung von Betrieben durch eine Behörde, nur lag der Grund für die Schliessung entweder im Verantwortungsbereich des Mieters (z.B. Lebensmittelbehörde schliesst ein Restaurant wegen nicht eingehaltenen Hygienevorschriften) oder in demjenigen des Vermieters (z.B. Schliessung eines Restaurants wegen einer Ungezieferplage im ganzen Gebäude).

Nachstehend beleuchten wir in aller Kürze die in unserer Beurteilung in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen:

#### B) Begründet die Schliessung einen Mangel des Mietobjektes?

##### 1. Was ist ein Mangel?

Um die Frage nach dem Vorliegen eines Mangels zu beantworten, sind zwei Zustände des Mietobjekts zu vergleichen, nämlich der geschuldete und der effektive Zustand des Mietobjekts (vgl. BGE 135 III 345 E. 3.2, CPra Bail-AUBERT, Art. 258 OR N. 20 ff.). Ein Mangel liegt 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. Zu den geschuldeten Eigenschaften, die der Mieter auch ohne

ausdrückliche Vereinbarung erwarten darf, zählen diejenigen, welche für die *Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch* erforderlich sind.

Mit dem Begriff «zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand» ist der «vertragsgemässe» Zustand gemeint. Der «vorausgesetzte» Gebrauch beurteilt sich daher in erster Linie nach dem Mietvertrag, das heisst dem *vertraglichen Verwendungszweck*. Nicht unter den Mangelbegriff fallen hingegen Umstände, die keine vom Vermieter geschuldete Eigenschaft des Mietobjekts betreffen.

Wie verhält es sich nun mit einer behördlich angeordneten Schliessung gestützt auf das Epidemienengesetz?

## 2. Unsere Einschätzung

Im Unterschied zu anderen behördlich oder amtlich angeordneten Schliessungen oder Nutzungsbeschränkungen gründet die COVID-19-Schliessung nicht in einer fehlenden Eigenschaft des Mietobjektes: Das Mietobjekt ist mängelfrei, nur darf es nicht mehr benutzt werden. Die bisher von den Gerichten als «Sachmängel rechtlicher Art» beurteilten und nicht vom Mieter verschuldeten Schliessungsfälle (z.B. fehlender Notausgang [Feuerpolizei], Ungezieferbefall des Gebäudes [Gesundheitspolizei], nicht zonenkonforme Nutzung [Baupolizei]) gründeten aber alle in fehlenden Eigenschaften des Mietobjekts, welche der Vermieter klarerweise geschuldet hätte.

Zentral ist damit für uns die Frage: **Schuldet der Vermieter ein Restaurant oder Ladengeschäft, welches dem Publikum zugänglich sein muss?**

Diese Frage ist offen und wir gehen davon aus, dass ein Gerichtentscheid in beide Richtungen gefällt werden kann, ohne dass er grob rechtsfehlerhaft wäre. Einerseits kann argumentiert werden, eine effektive, faktische Nutzbarkeit des Mietobjektes zum vertraglich vereinbarten Gebrauch (gemäss dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck, z.B. Restaurant) sei geschuldet, womit es aktuell an der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts fehlen würde. Andererseits kann man sich auf den Standpunkt stellen, das Mietobjekt bzw. die Räumlichkeiten stünden dem Mieter ja zur Verfügung, wodurch der Vermieter seine Gebrauchsüberlassungspflicht erfülle. Der Vermieter sei nicht verpflichtet, das Mietobjekt frei von öffentlich-rechtlichen Einschränkungen, z.B. aufgrund des Epidemienengesetzes, zu halten.

## 3. Bleibt der Mietzins geschuldet?

Falls die COVID-19-Schliessung einen Mangel darstellt, hat der Mieter einen Anspruch auf Mietzinsherabsetzung (Art. 259d OR). Der Mieter hat den Vermieter vom Mangel in Kenntnis zu setzen. Auch wenn die Betriebsschliessung im vorliegenden Fall als allgemein bekannt gelten kann, ist betroffenen Mietern, welche

entsprechende Herabsetzungsansprüche geltend machen oder sich zumindest vorbehalten wollen, zu empfehlen, dem Vermieter den Mangel direkt und nachweisbar anzuzeigen.

Geht man davon aus, dass die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts gänzlich fehlt, könnte die Mietzinsreduktion bis zu 100% betragen. Da die bekannten Fälle mit der aktuellen Lage nicht direkt vergleichbar sind, könnte die Herabsetzung aber auch geringer ausfallen, nämlich mit der Begründung, der Mieter könne ja im Mietobjekt verbleiben und dieses eingeschränkt nutzen.

Dem Mieter ist aber in keinem Fall zu empfehlen, die Mietzinszahlungen ohne vorgängiges Gespräch mit dem Vermieter auszusetzen. Ansonsten riskiert er eine Kündigung wegen Zahlungsverzug (Art. 257d OR). Sollte die Herabsetzung als berechtigt beurteilt werden, wäre eine solche Kündigung zwar unwirksam. Angesichts der unklaren Rechtslage und der allgemein mit Gerichtsverfahren verbundenen Risiken, ist es indessen dem Mieter nicht zu empfehlen, eine Kündigung in Kauf zu nehmen.

#### **4. Kann der Mietzins hinterlegt werden?**

Da die behördlich angeordnete Betriebsschliessung einen Mangel darstellt, der vom Vermieter nicht beseitigt werden kann, ist eine Hinterlegung des Mietzinses unzulässig (BSK OR I-Weber, N 4 zu Art. 259g OR).

#### **C) Vertragsanpassung aufgrund veränderter Umstände**

Wenn sich die Umstände, d.h. die faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen, unter welchen ein Vertrag geschlossen wurde, massiv verändern, kann dies zu sog. Äquivalenzstörungen (einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung) führen. Ein Vertrag kann in solchen Fällen vom Richter an diese veränderten Umstände angepasst werden (sog. «*clausula rebus sic stantibus*»). Nebst einer inhaltlichen Anpassung des Vertrages kommen auch eine vorzeitige Auflösung desselben oder eine Kürzung bzw. Verlängerung des Vertrages in Frage.

Auf die Rechtsfigur der «*clausula rebus sic stantibus*» muss indessen nur dann zurückgegriffen werden, wenn für das entsprechende Vertragsverhältnis nicht spezifische Anpassungs-Regelungen gelten. Im Mietrecht bestehen diverse gesetzliche Bestimmungen, welche Leistungsstörungen regeln, insbesondere die bereits beleuchtete Regelung bei Mängeln, aber auch das ausserordentliche Kündigungsrecht bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses (Art. 266g OR). Zudem fehlt es nach unserer Beurteilung bei einer bloss vorübergehenden Schliessung an der von der Rechtsprechung geforderten Intensität der Äquivalenzstörung (BGE 127 III 300).

#### D) Objektive Unmöglichkeit

Zu prüfen ist schliesslich noch, ob ein Fall der objektiven Unmöglichkeit der Vertragserfüllung i.S.v. Art. 119 OR vorliegt. Dies ist zu verneinen, weil keine definitive, sondern nur eine vorübergehende Unmöglichkeit vorliegen würde. Soweit die vorübergehende Unmöglichkeit vom Vermieter zu vertreten wäre, wären die bereits dargelegten Bestimmungen über Mängel massgebend.

### III. STELLUNGNAHME DES BUNDESRATES VOM 8. APRIL 2020

Der Bundesrat sieht davon ab, über notrechtliche Massnahmen in die Vertragsbeziehungen von Privaten einzugreifen (vgl. [Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. April 2020](#)). Zudem seien die Mietverhältnisse im Geschäftsbereich sehr vielfältig, weshalb ein Eingriff den herrschenden Verhältnissen nicht gerecht werde. Die Vertragsparteien werden aufgerufen, zu konstruktiven und pragmatischen Lösungen Hand zu bieten.

### IV. EMPFEHLUNG

Die COVID-19-Schliessung kann nicht nur die Existenz eines Mieters gefährden, sondern auch beim Vermieter zu problematischen Ertragsausfällen führen.

Aufgrund der nicht eindeutigen Rechtslage sowie angesichts der Ausnahmesituation raten wir beiden Parteien von einseitigen Massnahmen ab und empfehlen dringend, in einem Gespräch eine einvernehmliche Lösung zu suchen. Eine mögliche Lösung könnte beispielsweise auch in der Stundung der Mietzinszahlungen bis zum Wegfall der Massnahme bestehen. Was auch immer vereinbart wird, sollte der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerecht werden.

Falls der Rechtsweg ins Auge gefasst wird, ist zu bedenken, dass bis zum Vorliegen eines Urteils – und erst recht bis zum Vorliegen eines Urteils des Bundesgerichts – sehr viel Zeit (mehrere Jahre) vergehen kann. Insbesondere bei KMUs dürfte eine rasche einvernehmliche Lösung viel vorteilhafter sein.

### V. ERGÄNZENDE INFORMATIONEN ZU WEITEREN MASSNAHMEN DES BUNDES

#### A) Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)

Am 18. März 2020 hat der Bundesrat einen Rechtsstillstand im Betreibungsweisen beschlossen und zwar vom 19. März bis und mit 4. April 2020 ([Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs](#)). Direkt anschliessend sind Betreibungsferien, welche bis zum 19. April 2020 dauern. Die entsprechenden Fristen nach SchKG, die

zwischen dem 19. März und dem 19. April 2020 ablaufen, werden daher bis zum 22. April 2020 verlängert. Bis zum 19. April 2020 dürfen insbesondere auch keine Zahlungsbefehle zugestellt werden.

## B) Umzug

Der Bundesrat hat am 27. März 2020 entschieden, dass der Auszug aus und der Einzug in gemietete oder gepachtete Wohn- und Geschäftsräume unter Einhaltung der Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) betreffend Hygiene und soziale Distanz zulässig sind (vgl. Art. 1 der [Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen vom 27. März 2020](#) [COVID-19-Verordnung Miete und Pacht]). Es gibt also kein Verbot von Umzügen, weshalb entsprechende vertragliche Pflichten einzuhalten sind. Fälle, in welchen die Einhaltung der Empfehlungen des BAG aus räumlichen oder persönlichen Gründen unmöglich erscheinen, müssten individuell beurteilt werden.

## C) Zahlungsverzug und Kündigung

Am 27. März 2020 hat der Bundesrat beschlossen, im Falle eines Zahlungsrückstandes fälliger Mietzinse (inkl. Nebenkosten) die Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR von mindestens 30 auf mindestens 90 Tage bzw. bei der nichtlandwirtschaftlichen Pacht von mindestens 60 auf mindestens 120 Tage zu verlängern (vgl. Art. 2 und 4 [COVID-19-Verordnung Miete und Pacht](#)). Betroffen sind die Miet- und Pachtzinse (inkl. Nebenkosten), welche zwischen dem 13. März 2020 und dem 31. Mai 2020 fällig werden.

Mit der Fristverlängerung werden die Miet- bzw. Pachtzinse (inkl. Nebenkosten) weder gestundet noch erfolgt ein Miet- bzw. Pachtzinserrlass. Die Miet- bzw. Pachtzinse (inkl. Nebenkosten) werden am vertragsgemässen Datum fällig. Erfolgt die Zahlung nicht bis zum vereinbarten Zahlungstermin, gerät der Mieter bzw. Pächter regelmässig in Verzug und schuldet den Verzugszins (ohne andere Vereinbarung 5% p.a.).

Wohl mit dem Ziel, das «Trittbrettfahren» zu unterbinden, gilt die längere Frist nur, wenn die Mietzinse (inkl. Nebenkosten) wegen der behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (ganz oder teilweise) unbezahlt bleiben (vgl. Art. 2 [COVID-19-Verordnung Miete und Pacht](#)).

Diese Regelung ist indessen auslegebedürftig:

- Was gilt, z.B. bei einem Wohnungsmieter, der statt Lohn eine Kurzarbeitsentschädigung erhält? Kann er auch von der Fristverlängerung profitieren, wenn er gar nicht zahlt, oder nur wenn er einen Teil nicht bezahlt? Wie gross dürfte dieser Teil ggf. sein?

- Was gilt bei Gewerbemietern, die zwar ein Geschäft schliessen mussten, aber z.B. über einen Onlinevertrieb weiterhin Einnahmen haben und über die liquiden Mittel zur Zahlung der Mietzinse verfügen?
- Was gilt bei Gewerbemietern, die nicht direkt von den Massnahmen betroffen sind, deren Geschäft aber trotzdem eingebrochen ist (z.B. Lieferanten von geschlossenen Geschäften bzw. der Gastronomie)?

Aufgrund dieser unklaren Ausgangslage ergeben sich folgende Empfehlungen:

- Wenn der Mieter über die erforderlichen Mittel verfügt, ist die termingerechte Bezahlung empfehlenswert (Vermeidung von Verzugszinsen, Betriebskosten etc.).
- Wenn der Mieter nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, ist ihm jedenfalls zu empfehlen, frühzeitig mit dem Vermieter Kontakt aufzunehmen, mit dem Ziel, eine teilweise oder allenfalls vollständige Stundung zu vereinbaren (vgl. Ziff. III hievor).
- Vermietern, die dem Mieter nicht kündigen wollen, empfehlen wir, in Bezug auf die rückständigen Mietzinse eine einfache Zahlungsaufforderung ohne Kündigungsandrohung zu versenden und den Mieter aufzufordern, sich bei COVID-19 bedingten Zahlungsschwierigkeiten zu melden.
- Wenn ein Vermieter das Mietverhältnis kündigen will, ist es unseres Erachtens empfehlenswert – mit Ausnahme von einfach beweisbaren, klaren Fällen – die längere Frist von mindestens 90 bzw. 120 Tagen anzusetzen. Bei unklaren Verhältnissen wäre eine rasche Ausweisung (Summarverfahren/Rechtsschutz in klaren Fällen) nicht möglich. In diesem Zusammenhang gilt es zudem zu beachten, dass eine zu kurz angesetzte Zahlungsfrist die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge hätte. Die Verzögerung, die sich dadurch ergeben würde, wäre deutlich grösser, als die zusätzlichen 60 Tage.

#### **D) Kündigungsfrist für möblierte Zimmer und Einstellplätze**

In Abweichung von Art. 266e OR beträgt die Kündigungsfrist bei der Miete von möblierten Zimmern und von gesondert gemieteten Einstellplätzen oder ähnlichen Einrichtungen anstatt 2 Wochen nun 30 Tage (vgl. Art. 3 [COVID-19-Verordnung Miete und Pacht](#)). Die Fristverlängerung gilt, wenn die Kündigung zwischen dem 28. März 2020 und dem 31. Mai 2020 beim Mieter (bzw. in seinem Machtbereich) eingeht.

---