

Rechtsgutachten

Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie

im Auftrag des Mieterinnen- und Mieterverbands Schweiz (MV-ASLOCA-ASI)

Verfasst von den RechtsanwältInnen Sarah Brutschin, Xavier Rubli und Pierre Stastny

Der Mieterinnen- und Mieterverband Schweiz (MV-ASLOCA-ASI) fragte uns, ob die Mieter von Geschäftsräumlichkeiten verpflichtet sind, den Mietzins weiter zu entrichten, solange sie ihre Geschäftstätigkeit wegen der gegen die Covid-19-Epidemie ergriffenen Massnahmen nicht ausüben können.

Wir beantworten diese Frage mit Nein unter Berufung auf die Bestimmungen über die Mängel am Mietobjekt (Art. 259d OR), die Unmöglichkeit einer Leistung (Art. 119 OR), des Begriffs der Unerschwinglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR) und der richterlichen Vertragsanpassung.

Dazu sind drei Bemerkungen vorzuschicken :

- Es handelt sich (zum Glück) um eine noch nie dagewesene Lage. Die daraus entstehenden Probleme sind daher von der Rechtsprechung nicht entschieden worden.
- Die Inhalte der Mietverträge unterscheiden sich je nach Fall. Daher zielen die untenstehenden Überlegungen nicht auf Vollständigkeit ab und erfassen keine Einzelfälle, unter anderem, falls der Mietvertrag eine besondere Regelung zur Beilegung eines Rechtsstreits zwischen den Parteien vorsieht.
- Das Rechtsgutachten beantwortet nur die gestellten Fragen, obwohl die Epidemie die MieterInnen in der Praxis vor viele andere Probleme mit Bezug auf eine mögliche Insolvenz stellen dürfte. Die Diskussion sollte daher auf die Politik ausgeweitet werden.
- Ehrlichwerweise möchten die drei GutachterInnen feststellen, dass sie einstimmig die vorgeschlagene Lösung als gerecht und ausgewogen erachten, und dass ihnen die Punkte 1 (Mangel des Mietobjekts) und 4 (richterliche Vertragsanpassung) als solide Grundlage erscheinen. Die Lösungen 2 (objektive Unmöglichkeit) und 3 (Unerschwinglichkeit) könnten in Rechtskreisen eher kontrovers beurteilt werden.

1. Mangel am Mietobjekt (Art. 259d OR)

1.1. Ein Mangel liegt vor, wenn das Objekt eine Eigenschaft nicht aufweist, die der Vermieter versprochen hat oder mit der der Mieter vernünftigerweise rechnen konnte, wie den vorausgesetzten Zustand zum bestimmungsgemässen Gebrauch¹. Der bestimmungsgemässe Gebrauch umfasst den Nutzungszweck (Büro, Restaurant, Wohnraum, usw.), die

¹ BGE 135 III 345 Erw. 3.2.

Nutzungsbedingungen (Nutzerkreis, Intensität der Verwendung, usw.) und bestimmte versprochene Eigenschaften (Aussicht, Ruhe, keine Konkurrenz im Gebäude, usw.).

Falls der Mietvertrag und seine Anhänge diesbezüglich keine genaue Angaben machen (und das ist häufig der Fall), gilt es festzustellen, ob die Parteien sich über bestimmte Eigenschaften ausdrücklich geeinigt haben, um den erwarteten Eigenschaften Rechnung zu tragen (minimale Normen). Diese gelten als vertraglich vereinbart ob mit oder ohne schriftlichen Vertrag (so muss eine Wohnung z.B. vor Unwetter schützen und es muss möglich sein, Kundschaft in gemieteten Gewerberäumen zu empfangen, um einen Laden betreiben zu können). Im Streitfall werden die üblichen Regeln für die Vertragsauslegung angewendet (Art. 18 Abs. 1 OR). In Abwesenheit eines vereinbarten Zwecks ist der gewöhnliche Gebrauch ausschlaggebend (Verwendung, die jeder von einem Objekt, das dem gemieteten ähnelt, üblicherweise und unter den gegebenen Umständen macht; es ist z.B. üblich, dass der Mieter einer Wohnung täglich duscht oder dass ein Gastwirt kocht).

Wenn ein Raum zu Gewerbezwecken vermietet wird, ist klar, dass der Mieter dort seine Geschäftstätigkeit ausüben kann.

1.2. Falls ein Mangel den Gebrauch, für welchen das Objekt gemietet wurde, verhindert oder mindert, kann der Mieter eine entsprechende Mietzinssenkung verlangen (Art. 259d OR), und zwar ab dem Moment, von dem an der Vermieter vom Mangel Kenntnis hatte, bis zur vollständigen Beseitigung des Mangels. Handelt es sich um einen schwerwiegenden Mangel, kann der Mieter verlangen, keine Miete mehr entrichten zu müssen. Die Mietzinsherabsetzung oder der Erlass soll das Gleichgewicht zwischen den vertraglichen Hauptleistungen des Mieters (Bezahlung der Miete) und des Vermieters (Übergabe und Unterhalt des vermieteten Objekts in einem für den vereinbarten oder vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand) wieder herstellen.

Die Herabsetzung bis hin zum vollständigen Erlass des Mietzinses bei Vorliegen eines Mangels ist kausaler Natur, d.h. unabhängig vom Verschulden des Vermieters. Die Herabsetzung oder der Erlass des Mietzinses ist also auch dann geschuldet, wenn der Vermieter keine Verantwortung für den Mangel trägt oder falls der Mangel nicht behoben werden kann².

1.3. Die Mängel können körperlich (materiell) (z.B. Schimmel oder ungenügende Heizung) oder unkörperlich (immateriell) sein. Unter letzteren versteht man rechtliche Mängel, wie z.B. fehlende Bewilligungen zur gewerblichen Nutzung, die zur Ausübung einer Geschäftstätigkeit nötig sind oder zur Umnutzung von Wohnraum in ein Büro³. Wir sind

² TF 4C.219/ 2005 du 24 10.2005 Erw. 2.2 und Ref. zu SJ 1977 S. 661 Erw. 3a und zu SJ 1986 S. 661; 4C. 377.2004 vom 2.12.2005 Erw. 2.1; ZK-HIGI/WILDISEN ad art. 259d OR Nr. 9 (der das Beispiel von Lärm aus einem Nachbargebäude zitiert); SVIT/TSCHUDI ad art. 259d OR Nr. 16-17; BK-GIGER ad art. 259d OR Nr. 16; BSK-WEBER ad art. 259d OR Nr.1 und ad art. 258 OR Nr.1; ZÜST S. 175 Nr. 305; BLUMER Nr. 751 (es ist unerheblich, ob der Vermieter Schadenersatz vom Dritten, der den Schaden verursacht hat, erhält, oder nicht); HAP ROHRER S. 229 Nr. 5.42; BRUNNER in MP 2000 S. 102; CPra Bail-AUBERT ad art. 259d OR Nr. 13; AUBERT, 17. Seminar Neuenburg, Nr. 67).

³ RJB 2005 S. 396 Erw. 4; ZÜST S. 94; BSK-WEBER ad art.258 OR Nr.1; ZK-HIGI/BÜHLMANN ad art. 256 OR Nr. 40.

der Meinung, dass dies auch gilt, wenn Räumlichkeiten wegen eines öffentlich-rechtlichen Verbots nicht mehr benutzt werden können.

HIGI/BÜHLMANN⁴ und das Kantonsgericht Luzern⁵ erkennen einen Mangel nur an, falls die Räume aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift an die Adresse des Vermieters nicht verwendet werden können. Andererseits liegt gemäss dieser Auffassung kein Mangel gemäss Art. 259d OR vor (und somit auch kein Anspruch auf Herabsetzung oder Erlass des Mietzinses), wenn diese öffentlich-rechtliche Vorschrift den Mieter betrifft (z.B. Wirtepatent, um ein Restaurant betreiben zu können). Diese Meinung ist zutreffend, da die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschrift in diesem Fall dem Mieter obliegt und von Umständen, die in seinem Risikobereich liegen, abhängt.

Dagegen werden weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre öffentlich-rechtliche Vorschriften diskutiert, die Mieter und Vermieter gleichermaßen oder sogar die gesamte Bevölkerung eines Landes betreffen, wie z.B. das Verbot, Räume während eines Kriegs oder einer Epidemie zu benutzen. In einem solchen Fall hat der Mieter keinen Einfluss auf den Mangel, der darin besteht, dass es unmöglich ist, das gemietete Objekt gemäss dem vereinbarten Zweck zu nutzen; eine solch aussergewöhnliche Situation gehört nicht zu den Risiken, die der Mieter tragen muss. Dieser Mangel ist nicht ihm zuzuschreiben, weshalb er Anspruch hat auf Herabsetzung oder Erlass des Mietzinses, selbst wenn den Vermieter keine Schuld trifft und er den Mangel nicht beheben kann⁶.

1.4. Im vorliegenden Fall sieht die COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020⁷ in Art. 6 die Schliessung einer gewissen Anzahl öffentlich zugänglicher Einrichtungen, darunter Restaurants, Diskotheken, Sportzentren oder Coiffeursalons, vor. Diese Massnahme zielt u.a. darauf ab, das Risiko der Übertragung des Coronavirus (COVID-19) zu verringern und das Virus zu bekämpfen (Art. 1 Abs.1 der COVID-19-Verordnung 2).

Es handelt sich um eine Massnahme zum Schutz der gesamten Bevölkerung im Sinne des Art. 40 des Epidemiengesetzes vom 28. September 2012 (EpG)⁸. Es verbietet jedem Betreiber, sei er Besitzer oder Mieter, sein Geschäft zu öffnen. Diese öffentlich-rechtliche Vorschrift richtet sich also nicht speziell „gegen“ einen Mieter oder auch nicht gegen alle Mieter; sie betrifft nämlich ebenso die Vermieter, die, solange das Verbot besteht, ihre Räume ebensowenig für eine Nutzung im Sinne von Art. 6 der COVID-Verordnung 2 zur Verfügung stellen dürfen.

Dementsprechend hat der Mieter einer öffentlich zugänglichen Einrichtung oder eines wegen der COVID-19-Epidemie verbotenen Geschäftes Anrecht auf eine Herabsetzung oder Erlass des Mietzinses gegenüber dem Vermieter, obwohl diesen ebenso wenig ein Verschulden trifft wie den Mieter. Eine Herabsetzung greift Platz bei noch teilweise benutzbaren Räumen,

⁴ ZK-HIGI/BÜHLMANN ad. art. 256 OR Nr. 40.

⁵ RJB 2005 S. 396 Erw. 4.

⁶ Das österreichische Recht sieht diese Lösung ausdrücklich vor: § 1104 ABGB.

⁷ SS.818.101.24.

⁸ SS 818.101. Das EpG entspricht einem öffentlichem Interesse und zielt mit einschneidenden Massnahmen im Kampf gegen die Krankheit, wie denen im Rahmen der jetzigen Pandemie ergriffenen, auf die gesamte Bevölkerung: SCHÜPBACH/FORSTER/ZELTNER, Krankheitsbekämpfung, Nr. 7 und Nr. 37, in SBVR VIII-POLEDNA-KIESER, Gesundheitsrecht, 2005.

der Erlass bei nicht mehr benutzbaren Räumen (z.B. falls ein Restaurant keinen Hauslieferdienst anbietet); dies alles, solange das gesetzliche Verbot besteht.

Das Gleiche würde gelten, (entgegen unserer Meinung), falls die Verbote in der COVID-19-Verordnung 2 nur den Mieter betreffen sollten, denn in diesem Fall hängt die Öffnung des Geschäfts nicht von ihm ab – er hat keinen Einfluss auf den Mangel -, im Unterschied zu einer Lage, in der er das Hindernis zur Verwendung des Objekts gemäss dem abgemachten Zweck selbst aufheben könnte (z.B. indem er das Wirtepatent erhält oder eine Person mit Wirtepatent für seinen Gastbetrieb anstellt).

1.5. Die Herabsetzung oder der Erlass des Mietzinses kann beim Vermieter verlangt werden, wenn möglich auf schriftlichem Weg. Sollte der Vermieter dies ablehnen, kann der Mieter den Mietzins eigenständig herabsetzen oder nicht zahlen, geht damit aber das Risiko ein, dass der Vermieter eine ausserordentliche Kündigung ausspricht wegen Nicht-Bezahlung des Mietzinses (Art. 257d Abs. 2 OR). Um zu verhindern, dass ein Gericht diese Kündigung für rechtens erklärt, muss der Mieter den Vermieter schriftlich und während der vom Vermieter gesetzten Frist (Art. 257d Abs. 1 OR) daran erinnern, dass er der Meinung ist, Anspruch auf eine Herabsetzung oder einen Erlass des Mietzinses zu haben, und dies in Prozenten des Mietzinses angeben. Zugleich muss der Mieter gegenüber dem Vermieter erklären, dass er seinen Herabsetzungsanspruch mit dem Mietzins verrechnet. Sobald er die Kündigung erhalten hat, muss er sie anfechten.

1.6. Die Herabsetzung oder der Erlass des Mietzinses ist ab dem Moment, ab dem dem Vermieter der Mangel bekannt ist, geschuldet. Die Veröffentlichung des COVID-19-Verordnung 2 ist eine bekannte Tatsache, über die in allen Medien breit berichtet wurde und von der die gesamte Bevölkerung Bescheid wusste. Demenstprechend ist eine Herabsetzung oder ein Erlass des Mietzinses ab Eintreten der Verordnung, also ab dem 17. März 2020 bis mindestens zum 18. April 2020 (Art. 12 der COVID-19-Verordnung 2), geschuldet.

1.7. Die Aufteilung der wirtschaftlichen Risiken zwischen Mieter und Vermieter gemäss Art. 259a ff. OR ist fair. Sie berücksichtigt, dass die getroffenen Massnahmen auf das angestrebte distancing zielen, damit alle sozialen Beziehungen betreffen, und jede Partei dazu aufgerufen wird, einen Teil der Risiken zu tragen⁹.

Unter dem Vorbehalt staatlicher Hilfe übernimmt auch der nicht schuldige Vermieter das Risiko geringerer oder ausfallender Mieteinnahmen. Der mietende Gewerblere seinerseits übernimmt das Risiko, keine Einnahmen mehr zu erhalten wegen des gesetzlichen Verbots, sein Geschäft zu betreiben.

Im Fall eines Mangels des gemieteten Objekts, kann der Mieter auch Schadenersatz verlangen, z.B. für seinen Einkommensverlust (Art. 259e OR). Der Vermieter kann sich von dieser Verpflichtung aber befreien, wenn er aufzeigt, dass ihn keine Schuld trifft. Dass der Vermieter im vorliegenden Fall nicht schuldig ist, liegt auf der Hand.

⁹ Es wäre ungerecht, wenn nur der Mieter die wirtschaftlichen Folgen der Massnahmen zu tragen hätte, obwohl die Räume sicher leerstehen würden, da sich kein Abnehmer für Räume finden würde, in denen keine Tätigkeit erlaubt ist - wegen der Massnahmen zur Bekämpfung der Epidemie .

2. Unmöglichwerden einer Leistung (Art. 119 OR)

2.1. Der vorige Punkt betraf die Gegenleistung des Mieters, sprich die Bezahlung des vereinbarten Mietzinses im Austausch der Übergabe des Räume. In diesem Kapitel wenden wir uns einem anderen Punkt zu: es geht um die Leistung des Vermieters, Räume in einem Zustand zu überlassen, der dem vereinbarten Zweck entspricht und so dem Mieter deren tatsächliche Nutzung erlaubt

2.2. Unter Unmöglichkeit versteht man den Fall, wenn der Schuldner der Leistung diese nicht mehr erbringen kann. Art. 119 OR behandelt die objektive – oder materielle – Unmöglichkeit (Lage, in der weder der Schuldner, noch ein Dritter die Verpflichtung erfüllen könnte)¹⁰, die nachträglich ist (sie tritt nach Vertragsabschluss und Übergabe der Räume auf, falls es sich um einen Mietvertrag über eine Immobilie handelt)¹¹ und für die den Schuldner kein Verschulden trifft¹².

2.3. Die folgenden Abgrenzungen erlauben es, das Problem in Sachen Mietrecht zu erfassen. Zuerst kann nur die Leistung des Vermieters, Räume, die dem vereinbarten Zweck entsprechen, zu übergeben, unmöglich sein gemäss Art. 119 OR, da die Schuld des Mieters in einer Geldschuld besteht, also einer Leistung, die nicht unmöglich zu erfüllen ist¹³. Die Geldschuld des Mieters wird daher unter dem breiteren Blickwinkel der Unerschwinglichkeit betrachtet (siehe *Infra* 3).

Übrigens stellt die Tatsache, dass die Leistung des Vermieters für den Mieter unnötig geworden ist, keinen Fall der Unmöglichkeit dar¹⁴.

2.4. Bei den Unmöglichkeitsfällen erwähnt die Rechtslehre u.a. die *Verwendungsunmöglichkeit*¹⁵. Der Gläubiger kann die Leistung des Schuldigers umöglicherweise so verwenden, wie er es sich bei Vertragsabschluss vorgestellt hatte, sodass der bei Vertragsabschluss gewünschte Zweck nicht erreicht wird. Es handelt sich um einen echten Fall von Unmöglichkeit, falls die Parteien vereinbart haben, dass die Leistung tatsächlich möglich sein soll. Dies ist auch der Fall, wenn der Vertrag selbst stillschweigend eine genaue Verwendung vorsieht (Restaurant, Bar, usw.)¹⁶.

2.5. Der Grund der Unmöglichkeit kann materieller (konkreter Fall) oder rechtlicher (hoheitliche Handlung, die verbietet, das gemietete Objekt in einer bestimmten Art zu verwenden) Art sein¹⁷.

¹⁰ PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance*, 1997, Nr. 323 und Nr. 325.

¹¹ LACHAT, *Le bail à loyer*, 2019, S. 803.

¹² BGE 111 II 352 Erw. 2a ; BG 4C.344/2002 vom 12.11.2002 Erw. 4.2 und weitere Verweise.

¹³ BG 4C.344/2002 vom 12.11.2002 Erw. 4.2 und weitere Verweise; PICHONNAZ, *op. cit.*, Nr. 364.

¹⁴ CR CO-THEVENOZ ad art. 119 OR Nr. 5, der den Fall eines Mieters zitiert, dem die Verwendung des Mietobjekts verwehrt wird.

¹⁵ PICHONNAZ, *op. cit.*, Nr. 442.

¹⁶ Siehe BGE 57 II 532; PICHONNAZ, *op. cit.*, Nr. 445 ff und weitere Verweise in den Fussnoten auf den Seiten 544 und 545.

¹⁷ Die Diskussion über die Kategorien erübrigt sich, falls es sich um ein öffentliches Verbot handelt, denn dann ist eine Handlung verboten, und es spielt keine Rolle, ob es sich um eine öffentliche Entscheidung (PICHONNAZ, *op. cit.*, Nr. 671).

2.6. Gemäss der überwiegenden Rechtslehre¹⁸ erfasst Art. 119 OR die nur vorübergehende Unmöglichkeit nicht.

Dazu zwei Bemerkungen. Erstens sollte die *Unmöglichkeit der Erbringung der Leistung* (die nicht vorübergehend sein kann) und die *Ursache der Unmöglichkeit* (die auch vorübergehend sein kann) nicht verwechselt werden. So ist ein Blitzeinschlag in ein Gebäude eine vorübergehende Ursache, während die Zerstörung des Gebäudes definitiv ist und die Vermietung unmöglich macht. PICHONNAZ stellt fest, dass falls die Verpflichtung eine *Dauerleistung und fortgesetzte Leistung* darstellt, und die Erfüllung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen muss, und dies unmöglich ist, es sich dann um eine teilweise quantitative Unmöglichkeit handelt, denn die verlorene Zeit kann nicht mehr eingeholt werden¹⁹.

Im vorliegenden Fall ist es dem gewerblichen Mieter unmöglich (es sei denn, er könnte durch die Zeit reisen), wieder vom Gebrauch z.B. der Bar /des Restaurants vom 16. März 2020 bis zum 19. April 2020 Nutzen zu ziehen. Die Unmöglichkeit ist daher längerfristig, aber die Ursache (Verbot) ist vorübergehend.

Der vorübergehende Charakter kann aber nicht mehr geltend gemacht werden, wenn man nicht weiss, wann die Ursache der Unmöglichkeit wegfallen wird²⁰. Bisher gilt Art. 6 der COVID-19-Verordnung 2 bis zum 19. April 2020.

2.7. Die Unmöglichkeit kann auch eine teilweise sein²¹. Als Folge erlöscht die Verpflichtung teilweise es verringert sich die Gegenleistung entsprechend (in Anlehnung an Art. 119 Abs.1 und 2 OR) teilweise, es sei denn, der Vertrag sieht etwas Anderes vor (Art. 119 Abs. 3 OR).

2.8. Das Schuldverhältnis an sich, somit der Mietvertrag als Ganzes erlischt aber nicht.²²

2.9. Zusammenfassend gesagt, verbieten die im Rahmen der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie getroffenen Massnahmen bestimmte gewerbliche Nutzungen während eines bestimmten Zeitraums. Somit wird dem Vermieter verboten, die Räume tatsächlich für die vereinbarte Nutzung zur Verfügung zu stellen, während eines Teils der im Mietvertrag versprochenen Dauer. Dies bedeutet eine Unmöglichkeit der Verwendung durch den Mieter (siehe *supra* 2.4), sofern der Vertrag ausdrücklich eine besondere Nutzung vorsieht oder diese stillschweigend vereinbart ist. Die Unmöglichkeit ist dauerhaft (siehe *supra* 2.6) und gilt als teilweise quantitative Unmöglichkeit (siehe *supra* 2.6 und 2.7). Da der Vermieter unmöglich seine Leistung erbringen kann, er aber keine Schuld daran trägt, wird die Gegenleistung des Mieters (Mietzins) herabgesetzt, in dem Ausmass, in dem die Verpflichtung des Vermieters, ihm die tatsächliche Verwendung seiner Leistung zu erlauben, erlischt, sofern nichts Anderes vereinbart wurde. Der Mietvertrag wird im Prinzip beibehalten (siehe *supra* 2.8).

¹⁸ PICHONNAZ, *op. cit.*, Nr. 690 und weitere Verweise.

¹⁹ PICHONNAZ, *op. cit.*, Nr. 722.

²⁰ BG 4C.34472002 vom 12.11.2002 Erw. 4.2 ; PICHONNAZ, *op. cit.*, Nr. 700.

²¹ BSK-WIEGAND ad art. 199 OR Nr. 13; CR OR THEVENOZ ad art. 119 CO Nr. 17, 19 und 27 ff; PICHONNAZ, *op. zit.*, Nr. 581: falls die Leistung unterteilt werden kann, wie bei einer fortwährenden, die innerhalb eines Zeitraums unterteilt werden kann.

²² PICHONNAZ, *op. zit.*, Nr. 1228; CR OR-THEVENOZ ad art. 119 OR Nr. 19 ; BSK-WIEGAND ad art. 119 OR Nr. 4.

2.10. Der Vermieter schuldet keinen Schadenersatz, da ihn kein Verschulden trifft. Der Mieter, seinerseits, muss nicht erklären, dass es ihm unmöglich ist, zu zahlen, obschon seine Verpflichtung, den Mietzins zu zahlen, erlischt, wie dies im Fall eines Mangels der Fall ist (siehe *supra* 1.5), obwohl nach Treu und Glauben diese Absicht dem Vermieter mitgeteilt werden sollte. Eine Kündigung, die wegen der Inverzugsetzung des Mieters ausgesprochen würde, wäre unwirksam oder zumindest anfechtbar, da ja kein Mietzins eingefordert werden kann²³. Der vom Mieter irrtümlicherweise überwiesene Mietzins kann in den drei Jahren nach Kenntnis über den Rückerstattungsanspruch (Art. 67 Abs. 1 OR mit Verweis auf Art. 119 Abs. 2 OR) vom Vermieter wieder zurück verlangt werden.

3. Unerschwinglichkeit²⁴ (subjektive Unmöglichkeit); Art. 97 OR

3.1. Kann die Erfüllung der Leistungspflicht überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zu Last falle (Art. 97 Abs. 1 OR).

Art. 97 Abs. 1 OR findet zunächst Anwendung auf Fälle nachträglicher objektiver Unmöglichkeit (siehe *supra* 2.2). Nach der von der Rechtsprechung und überwiegenden Lehre vertretenen Auffassung fällt auch die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit unter Art. 97 Abs. 1 OR²⁵. Dieser Fall liegt vor, wenn die Erfüllung zwar an sich möglich, aber der Schuldner hierzu nicht in der Lage ist. Bei Geldleistungen wird in diesem Zusammenhang von der Unerschwinglichkeit der Leistung gesprochen.

3.2. Die Leistung ist namentlich dann subjektiv unmöglich, wenn nach Treu und Glauben im Verkehr dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zumutbar ist²⁶. Ob die Unerschwinglichkeit des Mietzinses eine subjektive Unmöglichkeit begründet, ist nach den konkreten Umständen zu beurteilen und dann zu bejahen, wenn die erforderlichen Aufwendungen in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Leistung des Vermieters stehen²⁷. Es wird im Wesentlichen darauf abzustellen sein, ob der Mieter die finanziellen Mittel nach Wegfall seiner Einnahmen aus dem Geschäftsbetrieb anderweitig beschaffen kann, und falls ja, ob dies mit zumutbarem Aufwand und unter Ausschluss schwerwiegender Nachteile möglich ist. Falls die Beurteilung der konkreten Umstände ergibt, dass die Bezahlung der Miete für den Mieter unerschwinglich ist, da er sein gewerbliches Lokal nicht mehr benutzen und daraus kein Einkommen erwirtschaften kann, muss der Mieter von jedem Verschulden freigesprochen werden und in Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR soll er keine Miete zahlen müssen.

3.3 Die vom Bund zugesagten COVID-Überbrückungskredite ermöglichen zwar die Mittelbeschaffung für den Mieter – allerdings kann die Verpflichtung zur Rückzahlung der Kredite nach den konkreten Umständen wiederum eine Unerschwinglichkeit begründen.

²³ Aus Vorsicht wird der Mieter einen Antrag auf Annullierung einer solchen vorzeitigen Kündigung stellen (Art. 271 Abs. 1 und 273 OR) und wird vorher den Vermieter daran erinnern, und zwar während der vom Vermieter gesetzten Frist (Art. 257d Abs. 2 OR), dass er sich nicht als Schuldner für den Mietzins erachtet, aufgrund der objektiven Unmöglichkeit, die Räume zu benutzen.

²⁴ *Unerschwinglichkeit der Leistung*.

²⁵ BGE 135 III 218 Erw. ; BG 4A_189/ 2002 vom 2.10.2012 Erw. 5.2

²⁶ BGE 82 II 332 Erw. 5.

²⁷ BSK-WIEGAND ad art. 97 OR mit weiteren Verweisen.

4. Richterliche Vertragsanpassung

4.1. Mit der bundesrätlichen Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus wurden zahlreiche Betriebe zur Schliessung ihrer Geschäftsräumlichkeiten verpflichtet (Art. 6 COVID-19-Verordnung 2).

Es handelt sich dabei um eine staatliche Massnahme, welche als unvorhersehbar qualifiziert werden muss und welche natürlich von keiner der Vertragsparteien des Miet- oder Pachtvertrages zu vertreten ist. Die Umstände nach Vertragsschluss haben sich grundlegend geändert, so dass zwischen den vertraglich geschuldeten Hauptleistungen der Parteien – Überlassung eines Mietobjekts zum vertraglich vereinbarten Zweck [beispielsweise zum Betriebe eines Restaurants] auf Seiten des Vermieters und Bezahlung des Mietzinses auf Seiten des Mieters – ein schwerwiegendes Missverhältnis entstanden ist.

4.2. In Fällen gravierender plötzlicher Äquivalenzstörungen wird von der Rechtsprechung ungeachtet der dogmatischen Grundlage (*clausula rebus sic stantibus*, Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot, höhere Gewalt) die Möglichkeit einer richterlichen Vertragsanpassung bejaht²⁸. Dies unter der Bedingung, dass die Änderung der Verhältnisse weder vorhersehbar noch vermeidbar war und in casu der Mieter den Mietzins nicht vollständig und ohne Vorbehalt geleistet hat.

4.3. Angesichts der vorherigen Ausführungen sind wir der Meinung, dass die Voraussetzungen für einen richterlichen Eingriff in den Mietvertrag erfüllt sind, solange Art. 6 der COVID-19-Verordnung in Kraft bleibt. Anhand der konkreten Umstände gilt es zu beurteilen, ob ein gänzlicher oder teilweiser Wegfall der Mietzinszahlungspflicht des Mieters das Gleichgewicht zwischen den vertraglichen Leistungen der Parteien wiederherstellen kann.

5. Schlussfolgerungen

Im Gegensatz zu einigen hastig erstellten und in Umlauf gebrachten Gutachten entbinden vier verschiedene juristische Ansätze den gewerblichen Mieter von der Pflicht, die Miete zu zahlen oder sie vollständig zu zahlen, solange die COVID-19-Verordnung 2 vom 16. März 2020 in Kraft ist und ihm verbietet, seine gewerbliche Tätigkeit in den gemieteten Räumen ganz oder teilweise auszuüben.

Andererseits muss der Mieter alleine, unter Vorbehalt der angekündigten oder zu ergänzenden staatlichen Hilfen, seine Umsatzeinbusse in Kauf nehmen.

Sarah BRUTSCHIN

Xavier RUBLI

Pierre STASTNY

Anwältin in Basel

Anwalt in Lausanne

Anwalt in Genf

[Übersetzung; die Originalversion ist die französische Fassung, März 2020]

²⁸ BGE 127 III 300 Erw. 5b und weitere Verweise.