

Zeitschrift für

**EUROPARECHT** 

**INT. PRIVATRECHT &**

**RECHTSVERGLEICHUNG**

Redaktion **Helmut Ofner (Chefredakteur), Hans-Peter Folz**

Wissenschaftlicher Beirat **Willibald Posch, Michael Schweitzer,**

**Martin Selmayr, Manfred Straube**

Begründet von **Fritz Schwind**

**Juni 2020**

**03**

97 – 148

Europarecht

**Union Aktuell** *Suzan Topal-Gökceli* ➔ 100

Rechtsvergleichung

**COVID-19 und Mietrecht**

*Stephan Wolf und Yannick Minnig* ➔ 119

**Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich**

*Helmut Ofner* ➔ 107

**Corona und Mietrecht in Deutschland** *Christoph U. Schmid* ➔ 113

**Mietrecht in Zeiten des Coronavirus: italienische Perspektive**

*Tereza Pertot* ➔ 131

**COVID-19 hält New York City in Atem – droht nun auch den**

**Mietern die Luft auszugehen?** *Maximilian Ludvik* ➔ 140

Rechtsprechung

**EuGH** ➔ 103

**Internationales Privatrecht** ➔ 145

# COVID-19 und Mietrecht

## Zur Rechtslage in der Schweiz

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Mietrecht in der Schweiz. Er stellt die durch den Bundesrat auf dem Verordnungsweg getroffenen einschlägigen Maßnahmen dar und behandelt sodann namentlich die sich in Bezug auf die Reduktion des Mietzinses stellenden schuldrechtlichen Fragen.

Von **Stephan Wolf und Yannick Minnig**<sup>\*)</sup>

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Grundlagen und Entwicklung der Rechtsetzung durch den Bundesrat, insbesondere Primärmaßnahmen

<sup>\*)</sup> Die Autoren danken BLaw *Gierina Gabriel* und stud. iur. *Selina Hufschmid*, Hilfsassistentinnen am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, für die wertvolle Unterstützung bei den Recherchearbeiten und bei der Finalisierung des Textes.

---

ZfRV 2020/15

Art 2 ZGB;  
Art 1 OR

COVID-19;  
Notrecht;  
Mietrecht;  
Privatautonomie;  
clausula rebus  
sic stantibus

1. Rechtsetzung durch den Bundesrat
2. Primärmaßnahmen
- C. Sekundärmaßnahmen, insbesondere im Miet- und Pachtrecht
  1. Allgemeines
  2. Die verschiedenen Sekundärmaßnahmen
  3. (K)ein Eingriff in privatrechtliche Verhältnisse
- D. Schuldrechtliche Möglichkeiten
  1. Allgemeines
  2. Privatautonome Vereinbarungen
  3. Mangel des Mietobjekts
  4. Clausula rebus sic stantibus
- E. Ergebnisse

### A. Einleitung

Die Corona-Pandemie hat die Schweiz über die gravierenden gesundheitlichen Folgen hinaus auch in wirtschaftlicher Hinsicht stark getroffen: Es mussten Betriebe geschlossen werden, Kunden und Aufträge bleiben und bleiben weiterhin aus oder waren und sind in bloß stark reduzierter Anzahl vorhanden. Der Lockdown hat insb auch die Einkünfte und die finanziellen Ressourcen in den davon betroffenen Branchen und Betrieben erheblich reduziert. Als Folge davon erweist sich die Bezahlung der laufenden Fixkosten als zunehmend schwieriger. IdZ als besonders sensible Bereiche gelten namentlich Miet- und Pachtverträge, welche als Dauerschuldverhältnisse bereits vor Ausbruch der Viruserkrankung COVID-19 bestanden haben und grundsätzlich auch nach Wiedereintritt der Normalität unverändert fortgelten sollten.<sup>1)</sup> Von den diesbezüglich eingetretenen Schwierigkeiten sind typischerweise auch eine Vielzahl von Personen betroffen, und zwar sowohl im privaten als auch im geschäftlichen Bereich. Vor diesem Hintergrund vermag es denn auch nicht weiter zu erstaunen, dass die Auswirkungen von COVID-19 insb auf die bestehenden Mietverhältnisse – in der Politik und ganz allgemein in der öffentlichen Diskussion – häufig thematisiert wurden und werden.<sup>2)</sup> Dass sich dabei die diesbezüglich bestehenden Meinungen aufgrund der jeweils je eigenen Interessen der verschiedenen Beteiligten zuweilen diametral widersprechen, versteht sich von selbst: Die Mieter und Pächter wünschen eine Reduktion des abgemachten Miet- und Pachtzinses, die Vermieter und Verpächter dagegen wollen am vereinbarten Zins festhalten. Im Rahmen der entsprechenden Diskussionen lässt sich feststellen, dass gegensätzliche Positionsbezüge vor allem im Bereich der Miete und Pacht von Geschäftsräumen zutage treten. Dass der Mietzins für Wohnräume unverändert geschuldet bleibt, ist demgegenüber weitgehend unbestritten. Dieser Ausgangslage entsprechend fokussiert der vorliegende Beitrag als Landesbericht zur Rechtslage in der Schweiz auf die Miete von Geschäftsräumen und befasst sich nur am Rande mit derjenigen von Wohnräumen.

Nachfolgend sind zunächst *die Grundlagen und die Entwicklung der Rechtsetzung*, insb auch die durch den Bundesrat im Kontext der Viruserkrankung COVID-19 angeordneten sog *Primärmaßnahmen*, darzustellen.<sup>3)</sup> Als dann ist auf die sog *Sekundärmaßnahmen*, insb im Miet- und Pachtrecht einzugehen, welche von

der Regierung erlassen wurden.<sup>4)</sup> Weiters werden die iZm Miete und Pacht allgemein – und losgelöst von einem legislatorischen Eingriff – bestehenden, einschlägigen *schuldrechtlichen Möglichkeiten* behandelt.<sup>5)</sup> Der Beitrag wird abgeschlossen durch eine Zusammenfassung der *Ergebnisse*.<sup>6)</sup>

## B. Grundlagen und Entwicklung der Rechtsetzung durch den Bundesrat, insbesondere Primärmaßnahmen

### 1. Rechtsetzung durch den Bundesrat

Nach dem Ausbruch der Corona-Pandemie lag das mit dieser verbundene rechtsetzende Handeln weitestgehend in der Hand der Schweizer Regierung, dh des *Bundesrates* als der Exekutive. Das Parlament – mithin Nationalrat und Ständerat – hat seinerseits die Frühjahrssession am 15. 3. 2020 abgebrochen<sup>7)</sup> und ist am 4. 5. 2020 wiederum zu einer außerordentlichen Session zusammen getreten.<sup>8)</sup> Der Bundesrat hat – gestützt insb auf die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV)<sup>9)</sup> und das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG)<sup>10)</sup> – *Notrecht*<sup>11)</sup> auf dem *Verordnungsweg* erlassen.<sup>12)</sup> Wie in anderen Ländern hat damit auch in der Schweiz während der Corona-Krise die Regierung „das Zepter in der Pandemiebekämpfung in die Hand genommen“.<sup>13)</sup> Der damit verbundene Machtzuwachs der Exekutive erweist sich gerade in Zeiten einer Pandemie, wo Maßnahmen rasch den sich ändernden Verhältnissen angepasst

1) Dazu auch *Pichonnaz*, Un droit contractuel extraordinaire ou comment régler les problèmes contractuels en temps de pandémie, ZSR 139 (2020), Sondernummer „Pandemie und Recht“ 139; *Koller*, Corona-Krise und Mietrecht – Rechtsöffnungsrichter in der Verantwortung, Jusletter 4. 5. 2020, N 1.

2) Siehe diesbezüglich nur etwa *Martel*, Umdenken bei den grossen Vermietern, NZZ Nr 98 v 28. 4. 2020 (zit *Martel*, Umdenken), 17; *Martel*, Mietzinsersatz, Senkung oder Umsatzmiete? NZZ Nr 100 v 30. 4. 2020, 21; *Schöchli*, Mietrabatt soll Konkurswelle verhindern, NZZ Nr 104 v 6. 5. 2020, 17.

3) B. sogleich.

4) C. hienach.

5) D. hienach.

6) E. hienach.

7) AB N 2020, 350, auch abrufbar unter [https://www.parlament.ch/centers/documents/de/NR\\_5102\\_2003.pdf](https://www.parlament.ch/centers/documents/de/NR_5102_2003.pdf) (abgerufen am 31. 5. 2020), und AB S 2020, 171, auch abrufbar unter [https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR\\_5102\\_2003.pdf](https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_5102_2003.pdf) (abgerufen am 31. 5. 2020).

8) AB N 2020, 375, auch abrufbar unter [https://www.parlament.ch/centers/documents/de/NR\\_5103\\_2005.pdf](https://www.parlament.ch/centers/documents/de/NR_5103_2005.pdf) (abgerufen am 31. 5. 2020), und AB S 2020, 175, auch abrufbar unter [https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR\\_5103\\_2005.pdf](https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_5103_2005.pdf) (abgerufen am 31. 5. 2020).

9) SR 101.

10) SR 818.101.

11) Zum Begriff des Notrechts und seiner unklaren Verwendung s *Kley*, Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art 7 EpG und Art 185 Abs 3 BV, ZBI 121 (2020), 268.

12) Für einen Überblick über die „März-Verordnungen“ des Bundesrats vgl die Darstellung bei *Biaggini*, „Notrecht“ in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art 185 Abs 3 BV, ZBI 121 (2020), 244 ff.

13) *Stöckli/Belser/Waldmann*, Gewaltenteilung in Pandemiezeiten, NZZ Nr 120 v 26. 5. 2020, 8. Prägnant *Schäfer*, Die ausserordentliche Lage wird beendet – aber das Notrecht gilt weiterhin, NZZ Nr 122 v 26. 5. 2020, 13: „In der Krise regiert der Bundesrat solo. Das Epidemiengesetz und die Bundesverfassung geben ihm quasi einen Freipass, um alles zu tun und zu lassen, was notwendig und verhältnismässig ist.“

werden müssen, zur Aufrechterhaltung der staatlichen Handlungsfähigkeit als sachgerecht.<sup>14)</sup>

In der Schweiz hat somit – wie gerade dargelegt – der Bundesrat als verordnungsgebendes Organ Recht gesetzt. Die entsprechenden Verordnungen wurden zum Teil als sog. Notverordnungen<sup>15)</sup> gemäß Art 185 Abs 3 BV und zum Teil gestützt auf Art 7 EpG erlassen.<sup>16)</sup> Die Rechtsetzung erfolgte dabei namentlich – und vereinfachend dargestellt – in zweierlei Richtungen. Einerseits wurde das öffentliche Leben eingeschränkt durch Maßnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen, um auf diese Weise die Verbreitung der Viruserkrankung COVID-19 in der Schweiz zu verhindern oder zumindest einzudämmen, besonders gefährdete Personen zu schützen und die Kapazitäten zur Bewältigung der Epidemie sicherzustellen, insb. für eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln (vgl. Art 1 Verordnung 2 über Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19] [COVID-19-Verordnung 2]).<sup>17), 18)</sup> Andererseits versuchte man durch eine gezielte rechtsetzende Einflussnahme, die wirtschaftlichen Folgen dieser Einschränkungen abzufedern. Im ersten Fall lässt sich von Primärmaßnahmen sprechen, im zweiten von Sekundärmaßnahmen.<sup>19)</sup>

Nachfolgend werden zunächst in ihrer Chronologie die Primärmaßnahmen – enthaltend die „einschränkende“ Rechtsetzung – überblicksartig dargelegt.<sup>20)</sup> Ziel der Darstellung ist es, insb. aufzuzeigen, wie die erlassenen Maßnahmen sich auf die aktuelle (Not-)Lage der Mieter und Pächter ausgewirkt haben. Mit Blick auf anzustellende bzw. zu ziehende rechtsvergleichende Betrachtungen und Schlüsse erweist sich ein solches die tatsächlichen Umstände miteinbeziehendes Vorgehen schon nur aus Gründen des Verständnisses als unerlässlich. Die Sekundärmaßnahmen – enthaltend die „abfedernde“ Rechtsetzung – werden angesichts ihrer besonderen Relevanz für die hier zu behandelnde Thematik separat und in einem eigenen Abschnitt näher behandelt.<sup>21)</sup>

## 2. Primärmaßnahmen

Die Primärmaßnahmen führten zwecks Verhinderung oder Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus

im Ergebnis zur *Einschränkung des öffentlichen Lebens*.<sup>22)</sup> Die Maßnahmen wurden *chronologisch* wie folgt getroffen:

Am 13. 3. 2020 erließ der Bundesrat die *COVID-19-Verordnung 2*.<sup>23)</sup> Die darin vorgesehenen Einschränkungen des öffentlichen Lebens waren aus der Optik des damaligen Zeitpunkts zwar nicht unerheblich; so wurden etwa Veranstaltungen mit 100 oder mehr Personen verboten (aArt 6 Abs 1), und Restaurations- und Barbetriebe sowie Diskotheken und Nachtclubs durften einschließlich des Personals nicht mehr als 50 Personen gleichzeitig aufnehmen (aArt 6 Abs 4). Dennoch wurde durch die damit angeordneten Maßnahmen eine Weiterführung des entsprechenden Geschäftsbetriebs nicht vollständig ausgeschlossen. Eine Gewinn- und Einkommensgenerierung war also grundsätzlich<sup>24)</sup> weiterhin möglich. Insofern ließen sich prinzipiell auch die Miet- und Pachtzinsen – unabhängig davon, ob es sich um Wohn- oder Geschäftsräume handelte – weiterhin begleichen.

Nach einer *ersten Änderung* der COVID-19-Verordnung 2 am 16. 3. 2020, welche die Schulen, Hochschulen und weiteren Ausbildungsstätten betroffen hatte, wurden durch eine *zweite Anpassung* per 17. 3. 2020 öffentlich zugängliche Einrichtungen für das Publikum geschlossen (aArt 6 Abs 2). Die Verordnung erwähnte als betroffene Einrichtungen namentlich: Einkaufsläden und Märkte (lit a); Restaurationsbetriebe (lit b); Barbetriebe sowie Diskotheken, Nachtclubs und Erotikbetriebe (lit c); Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe, namentlich Museen, Bibliotheken, Kinos, Konzerthäuser, Theater, Casinos, Sportzentren, Fitnesszentren, Schwimmbäder, Wellnesszentren, Skigebiete, botanische und zoologische Gärten und Tierparks (lit d); Betriebe mit personenbezogenen Dienstleistungen mit Körperkontakt wie Coiffeure, Massagen, Tattoo-Studios und Kosmetik (lit e). Spätestens ab diesem Zeitpunkt – mithin dem 17. 3. 2020 – kam das öffentliche Leben zum Stillstand und man kann – auch wenn in der Schweiz auf den Erlass eigentlicher Ausgangssperren verzichtet wurde<sup>25)</sup> – von einem eigentlichen Lockdown sprechen.<sup>26)</sup> Seit diesem Zeitpunkt ergaben sich flächendeckend finanzielle Schwierigkeiten mehrerer natürlicher und juristischer Personen in Bezug auf die von ihnen zu entrichtenden Miet- und Pachtzinsen. Denn wer keinen Ertrag und damit keinen Gewinn generiert, weil sein Betrieb für die Kunden bzw. die Öffentlichkeit nicht zugänglich ist, dem fehlen gleichsam und jedenfalls kurzfristig – so nicht vorgängig gebildete Re-

14) Stöckli/Belser/Waldmann (FN 13), 8. Siehe zur Vorgehensweise aber kritisch Kley, Pandemie und exekutive Selbstermächtigung, NZZ Nr 114 vom 18. 5. 2020, 8; dieser Auffassung lässt sich u.E. nicht folgen, vgl. dazu auch schon die treffende Entgegnung von Müller/Koller/Rhinow, Meinung&Debatte, NZZ Nr 125 v 2. 6. 2020, 7. Siehe sodann diesbezüglich weiterführend ebenfalls das Gespräch mit Dumermuth, „Man unterstellt dem Bundesrat düstere Absichten, die es nicht gibt“, NZZ Nr 124 vom 30. 5. 2020, 11.

15) Vgl. zu den Notverordnungen im Allgemeinen etwa Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft<sup>4</sup> Bern 2016, § 46 N 25 ff.

16) Zum Verhältnis von Art 185 Abs 3 BV und Art 7 EpG – namentlich auch in Bezug auf die Rolle des Parlaments – s. Stöckli, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR 139 (2020), Sondernummer „Pandemie und Recht“, 21 ff; weiter Kley (FN 11), 272 f.

17) SR 818.101.24.

18) Dazu auch Zünd/Errass, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, ZSR 139 (2020), Sondernummer „Pandemie und Recht“, 87. Siehe weiter ebenfalls die Darstellung bei B.2. sogleich.

19) Stöckli (FN 16), 21.

20) B.2. sogleich.

21) C. hienach.

22) B.1. soeben.

23) Dabei handelt es sich um die neue Fassung der vorangegangenen Verordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. 2. 2020 (SR 818.101.24), welche bis am 13. 3. 2020 in Kraft stand.

24) Allerdings ließ sich bei manchen Betrieben bereits zu diesem Zeitpunkt eine Einbuße konstatieren, da teilweise die Kundschaft – aus Überlegungen des eigenen Schutzes – schon ausblieb.

25) Cottier/Müller, Die Grundrechte gelten auch in der Krise, NZZ Nr 93 v 22. 4. 2020, 8, welche den Verzicht auf Ausgangssperren mit Blick namentlich auf die Grundrechte des Rechts auf Leben und der persönlichen Freiheit für richtig erachten.

26) Zum Teil wird für die Schweiz bereits der 16. 3. 2020 als Beginn des Stillstands bezeichnet, zumal der Bundesrat bereits an diesem Tag die „ausserordentliche Lage“ nach Art 7 EpG erklärt hat; s. Wildhaber, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR 139 (2020), Sondernummer „Pandemie und Recht“, 158.

serven vorhanden sind – die finanziellen Mittel, um seine Fixkosten – worunter namentlich die Miet- und Pachtzinsen fallen – zu bezahlen.<sup>27)</sup> Insofern können Mieter und Pächter in einen Liquiditätsengpass geraten.

In der Folge wurde die COVID-19-Verordnung 2 *fast täglich* in einzelnen Artikeln bzw Absätzen und Literas – welche im vorliegend interessierenden Kontext allerdings ohne Relevanz sind – *geändert*.<sup>28)</sup> Eine *erste Lockerung* der Primärmaßnahmen und damit einhergehend eine wirtschaftliche Entlastung gewisser Mieter und Pächter fand ab dem 27. 4. 2020 statt; auf diesen Zeitpunkt hin durften Betriebe mit personenbezogenen Dienstleistungen mit Körperkontakt wie Coiffeure, Massagen, Tattoo-Studios und Kosmetik wiederum öffnen (Streichung von aArt 6 Abs 2 lit e). Ein großer Teil öffentlich zugänglicher Einrichtungen – etwa Restaurations- und Barbetriebe – blieben aber weiterhin geschlossen. Im Rahmen einer *zweiten Lockerung* wurden alsdann ab dem 11. 5. 2020 weitere Einrichtungen – wie namentlich Restaurations- und Barbetriebe – für das Publikum geöffnet, allerdings unter strengen Schutzauflagen (vgl etwa aArt 6 Abs 3 und 3bis und aArt 6a). *Weitere Etappen von Lockerungen* sind durch den Bundesrat auf den 6. und 8. 6. 2020 vorgesehen.<sup>29)</sup>

## C. Sekundärmaßnahmen, insbesondere im Miet- und Pachtrecht

### 1. Allgemeines

Die zur Verhinderung bzw Eindämmung der Verbreitung der Coronavirus-Pandemie durch den Bundesrat getroffenen *Primärmaßnahmen*<sup>30)</sup> haben namentlich für Geschäftsbetriebe zu Umsatzeinbußen und damit einhergehend zu Ertragsrückgängen und Liquiditätsengpässen sowie zu Schwierigkeiten bei der Begleichung auch von Miet- und Pachtzinsen geführt.<sup>31)</sup> Um derartige negative wirtschaftlichen Folgen – gewissermaßen „Kollateralschäden“ der Einschränkung des öffentlichen Lebens – nach Möglichkeit aufzufangen, hat der Bundesrat verschiedene *Sekundärmaßnahmen* ergriffen und entsprechende Notverordnungen erlassen.<sup>32)</sup> Die Sekundärmaßnahmen lassen sich für die vorliegend interessierende Thematik der Miete und Pacht unterteilen in *allgemeine Maßnahmen* einerseits<sup>33)</sup> sowie in *miet- und pachtspezifische Maßnahmen* andererseits.<sup>34)</sup> Die ersten zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich nur mittelbar auf die miet- und pachtrechtliche Problematik auswirken, indem sie bspw die Liquidität der betroffenen Personen im Allgemeinen weitgehend erhalten wollen. Die zweiten beziehen sich hingegen ausdrücklich und unmittelbar auf das materielle Miet- und Pachtrecht.

### 2. Die verschiedenen Sekundärmaßnahmen

#### a) Allgemeine Maßnahmen

Der Bundesrat hat am 18. 3. 2020 die *Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs*<sup>35)</sup> erlassen. Damit wurde für das gesamte Gebiet der Schweiz der Rechtsstillstand angeordnet (Art 1 Verordnung Rechtsstillstand), und zwar für die Zeit vom 19. 3. 2020 um

07.00 Uhr bis zum 4. 4. 2020 um 24.00 Uhr (Art 2 Abs 1 und 2 Verordnung Rechtsstillstand). Während dieser Periode durften Schuldner nicht betrieben werden. Unmittelbar danach begannen die gesetzlichen Betreibungsferien (Art 56 Z 2 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG]),<sup>36)</sup> welche bis am 19. 4. 2020 dauerten. Mit dem Rechtsstillstand reagierte der Bundesrat auf den Umstand, dass infolge der getroffenen außerordentlichen Maßnahmen – namentlich durch die Schließung von Restaurants und Geschäften – zahlreiche Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten geraten werden. Der Rechtsstillstand war zur Erreichung einer gewissen Entlastung vorgesehen, wurde aber nicht als geeignetes Instrument erachtet, um den erwähnten Schwierigkeiten langfristig zu begegnen.<sup>37)</sup> Vom Rechtsstillstand erfasst wurden auch die Betreibungshandlungen für Miet- und Pachtzinsen.

Am 20. 3. 2020 hat der Bundesrat die *Verordnung über Maßnahmen bei Erwerbsausfall iZm dem Coronavirus (COVID-19)* (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall)<sup>38)</sup> erlassen. Mit dieser Verordnung wird namentlich den selbständig Erwerbenden, welche für sich selbst keine Kurzarbeit anmelden können, finanzielle Unterstützung gewährt.<sup>39)</sup> Eine Zweckbindung der ausgerichteten Erwerbsausfallentschädigung besteht nicht. Entsprechend ist es den Betroffenen freigestellt, ob sie damit ihre persönlichen Lebenshaltungskosten – worunter auch die Wohnungsmiete fällt – decken wollen, oder aber die Miet- oder Pachtzinsen ihrer Geschäftsräumlichkeiten begleichen möchten.

Ebenfalls am 20. 3. 2020 hat der Bundesrat die *Verordnung über Maßnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung iZm dem Coronavirus (COVID-19)* (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung)<sup>40)</sup> erlassen und damit gleichsam den Anwendungsbereich der Kurzarbeit erweitert.<sup>41)</sup> Damit soll der üblicher-

27) Wie hier auch *Haefeli/Galli/Vischer*, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, Jusletter 14. 4. 2020, N 5. Siehe ferner *Pichonnaz* (FN 1), 139.

28) Vgl *Zünd/Errass* (FN 18), 69.

29) Zur schrittweisen Lockerung der Maßnahmen durch den Bundesrat: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78818.html> (abgerufen am 31. 5. 2020); <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79268.html> (abgerufen am 31. 5. 2020); <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html#1055950590> (abgerufen am 31. 5. 2020).

30) Zu diesen B.2. soeben.

31) Siehe auch *Martel*, Umdenken (FN 2), 17.

32) Zur Unterscheidung von Primär- und Sekundärmaßnahmen schon B.1. hievov.

33) C.2.a. sogleich.

34) C.2.b. hienach.

35) SR 281.241.

36) SR 281.1.

37) Zum Ganzen Medienmitteilung des Bundesrates v 18. 3. 2020, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78482.html> (abgerufen am 31. 5. 2020).

38) SR 830.31.

39) Zum weiten Anwendungsbereich der COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall – auch über die selbständig Erwerbenden hinaus – s *Wildhaber* (FN 26), 164 ff.

40) SR 837.033.

41) Im Einzelnen *Tschannen*, Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats, Eine Würdigung aus arbeitsrechtlicher Perspektive, Jusletter 14. 4. 2020, N 14. Siehe auch *Wildhaber* (FN 26), 175 f.

weise größte Aufwandsposten einer Unternehmung – nämlich der Lohnaufwand – abgedeckt werden. Auf diese Weise wird zwar nicht unmittelbar Geld zur Deckung der Miet- und Pachtzinsen freigesetzt. Allerdings wird damit immerhin eine Umverteilung der Mittel in dem Sinne ermöglicht, als die bei den Unternehmen vorhandenen Reserven nicht für Personalkosten, sondern für Miet- und Pachtkosten verwendet werden können.

Der Bundesrat hat sodann am 25. 3. 2020 die *Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus* (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung)<sup>42)</sup> erlassen. Diese Verordnung schafft die Möglichkeit von sog Überbrückungskrediten. Erfüllt ein Unternehmen die entsprechenden Voraussetzungen, so kann es bei einer der teilnehmenden Banken einen Kredit aufnehmen. Je nach Umfang des Kredites gelten unterschiedliche Voraussetzungen für dessen Gewährung (vgl Art 3 Abs 1 lit a–d bzw Art 4 Abs 1 lit a COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung) sowie eine unterschiedliche quotale Bürgschaft des Bundes (s Art 4 Abs 5 und Art 8 lit a COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung). Zweck der Überbrückungskredite bilden die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit und die Vermeidung von Liquiditätsengpässen. Unter anderem – aber nicht ausschließlich – soll damit den betroffenen Betrieben ermöglicht werden, ihre Fixkosten – wozu namentlich auch die Miet- und Pachtzinsen gehören – weiterhin decken zu können.<sup>43)</sup>

## b) Insbesondere die miet- und pachtspezifischen Maßnahmen

Um die Auswirkungen der Einschränkungen im Miet- und Pachtbereich im Besonderen abzumildern, erließ der Bundesrat am 27. 3. 2020 die *Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus in Miet- und Pachtwesen* (COVID-19-Verordnung Miete und Pacht).<sup>44)</sup> Mit dieser Verordnung hat der Bundesrat insofern punktuell in das materielle Miet- und Pachtrecht eingegriffen, als er die Fristen für die Verzugsrückzahlung gemäß Art 257 d Abs 1 und Art 282 Abs 1 Obligationenrecht (OR)<sup>45)</sup> verlängerte.<sup>46)</sup> Im Einzelnen:

Für die *Miete* gilt – jedenfalls bis zum 31. 5. 2020 (Art 5 Abs 2 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht) –, dass Mietern, die infolge der Maßnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung des Coronavirus mit der Bezahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten, die zwischen dem 13. 3. 2020 und dem 31. 5. 2020 fällig werden, in Rückstand geraten, vom Vermieter in Abweichung von Art 257 d Abs 1 OR – welcher eine Frist von mindestens 30 Tagen vorsieht – eine *Zahlungsfrist von mindestens 90 Tagen* zu setzen ist (Art 2 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht). Die Frist wird somit im Ergebnis um 60 Tage verlängert. Diese Verlängerung betrifft nicht nur die Miete von Geschäftsräumen, sondern auch diejenige von Wohnräumen.<sup>47)</sup>

Nämliches wie für die Miete gilt auch für die *Pacht*. Allerdings beträgt hier die vom Verpächter anzusetzende *Frist mindestens 120 Tage* (Art 4 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht) statt der sonst üblichen 60 Tage (Art 282 Abs 1 OR).

Die COVID-19-Verordnung Miete und Pacht senkt somit zwar nicht die Miet- und Pachtzinsen. Mit ihr wird aber doch immerhin die Gefahr einer Kündigung infolge eines kurzfristigen Liquiditätsengpasses auf Seiten des Mieters oder Pächters verringert. Damit gewonnen wird insb Zeit.<sup>48)</sup> Freilich hilft die Fristverlängerung bei der Verzugsrückzahlung dem Mieter oder dem Pächter nur in denjenigen Fällen, in welchen es ihm möglich ist, sich wirtschaftlich innert Frist wieder zu erholen. Soweit dagegen eine wirtschaftliche Erholung nicht rechtzeitig eintritt, ist mit der Fristverlängerung – mit Ausnahme von etwas Zeit – nichts gewonnen.

Die Verlängerung der Zahlungsfrist gelangt nur dann zur Anwendung, wenn sich der Zahlungsrückstand auf die Maßnahmen des Bundesrates zurückführen lässt. Mithin wird zwischen den Primärmaßnahmen<sup>49)</sup> und dem eingetretenen Liquiditätsengpass *ein gewisser Kausalzusammenhang verlangt*.<sup>50)</sup> Wie es sich diesbezüglich im Streitfall in beweismäßiger Hinsicht verhält, wird sich in der Praxis zeigen müssen. Die Beweislast wird dabei gem Art 8 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)<sup>51)</sup> beim Mieter oder Pächter liegen.<sup>52)</sup> In Bezug auf das Beweismaß ist es nach hier vertretener Ansicht zumindest vorstellbar, dass für den Beweis des Kausalzusammenhangs – wie dies in anderen Konstellationen vertreten wird<sup>53)</sup> – nicht das Regelbeweismaß<sup>54)</sup> zur Anwendung gelangt, sondern das herabgesetzte Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.<sup>55)</sup> In rechtsvergleichender Hinsicht erscheint die *Fristverlängerung* um 60 Tage als *eher kurz*, wird doch in Deutschland Gewerbemietern bis Mitte 2022 Zeit eingeräumt, um die Mietzinsen für die drei Monate der Dauer des Lockdown zu bezahlen.<sup>56)</sup> →

42) SR 951.261.

43) Siehe Erläuterungen zur Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung), Bern 14. 4. 2020, 9, abrufbar unter <https://covid19.easygov.swiss/> (abgerufen am 31. 5. 2020).

44) SR 221.213.4.

45) SR 220.

46) Siehe auch *Pichonnaz* (FN 1), 138.

47) *Kinzer/Schnyder/Dähne*, COVID-19-Verordnung Miete und Pacht: Die Nachfrist bei Zahlungsrückständen – Praktische Anwendung und Fragen des Übergangsrechts, MRA 1 (2020), 25.

48) So auch *Koller* (FN 1) N 4.

49) Zu diesen B.2. hievor.

50) Ebenso *Kinzer/Schnyder/Dähne* (FN 47), 29.

51) SR 210.

52) So auch *Kinzer/Schnyder/Dähne* (FN 47), 30.

53) Dazu etwa *Walter*, in *Hausheer/Walter* (Hrsg), Berner Kommentar I Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art 1–9 ZGB (2012) (zit BK-Autor) N 146 zu Art 8 ZGB; *Jungo*, Zürcher Kommentar, Art 8 ZGB – Beweislast<sup>3</sup> (2018); *Lardelli/Vetter* in *Geiser/Fountoulakis* (Hrsg), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art 1–456 ZGB<sup>6</sup> (2018) (zit BSK-Autor) N 18 zu Art 8 ZGB.

54) Dazu BGE 140 III 610 E. 4.1: „Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismaß gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist“. Siehe ferner auch BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2.b.aa.

55) BGE 132 III 715 E. 3.1, mit Hinweis auf BGE 130 III 321 E. 3.3: „Nach dem Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.“

56) Vgl *Martel/Höltzchi/Benz/Belz/Wysling*, Niemand sonst zwingt Vermieter, NZZ Nr 123 v 29. 5. 2020, 17.

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats reichte am 28. 4. 2020 eine Motion ein, welche die Fristverlängerung für Zahlungsrückstände des Mieters und Pächters, die – über den 31. 5. 2020 hinaus<sup>57)</sup> – bis zum 13. 9. 2020 fällig werden, gewähren wollte.<sup>58)</sup> Der Bundesrat beantragte Annahme der Motion, diese wurde vom Nationalrat am 5. 5. 2020 auch angenommen,<sup>59)</sup> indessen vom Ständerat am 6. 5. 2020 abgelehnt.<sup>60)</sup>

### 3. (K)ein Eingriff in privatrechtliche Verhältnisse

#### a) Kein Eingriff seitens des Bundesrates

Der Bundesrat befasste sich am 8. 4. 2020 mit der Situation der Geschäftsmieten. Dabei *sah er davon ab, weiter in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter* – und damit auch in dasjenige zwischen Pächter und Verpächter – *einzugreifen*.<sup>61)</sup> Stattdessen rief der Bundesrat die beteiligten Parteien dazu auf, zunächst im Dialog konstruktive und pragmatische Lösungen zu finden.<sup>62)</sup>

Die damit an den Tag gelegte Position des Bundesrates ist aus mehreren Überlegungen begründet. Einerseits ist Notrecht allgemein – und seiner Natur entsprechend – sehr zurückhaltend zu erlassen.<sup>63)</sup> Dies gilt umso mehr für das Zivilrecht, welches vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht wird.<sup>64)</sup> Andererseits sind namentlich die Erscheinungsarten der Miet- und Pachtverhältnisse im Geschäftsbereich äußerst vielfältig. Damit aber vermöchte ein rechtsetzender Eingriff – wie auch immer er ausfallen würde – den im jeweiligen Einzelfall gegebenen, je besonderen Verhältnissen ohnehin nicht gerecht zu werden.<sup>65)</sup>

#### b) Beabsichtigter Eingriff seitens des Parlaments

Das Parlament führte in der Woche vom 4. 5. 2020 eine Corona-Sondersession durch. Auf der Traktandenliste standen dabei auch Maßnahmen in Bezug auf das Miet- und Pachtrecht. Im Hinblick auf die Sondersession wurden zwei Motionen eingereicht. Die ursprüngliche *Motion der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats* (WAK N) vom 21. 4. 2020 lautete:

„Der Bundesrat wird beauftragt, Massnahmen zu ergreifen, damit Betreiber von Restaurants und weiteren vom Bundesrat geschlossenen Betrieben gemäss Art 6 Abs 2 der COVID-19-Verordnung 2 ihrem Vermieter grundsätzlich nur 30% der Miete schulden während der Zeit, in welcher sie aufgrund der behördlichen Massnahmen geschlossen bleiben müssen. Gleichzeitig soll der Bundesrat prüfen, ob ein Härtefallfonds für Vermieter geschaffen werden kann mit einem Betrag von 20 Mio Franken.“<sup>66)</sup>

Demgegenüber reichte die *Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats* (WAK S) am 28. 4. 2020 folgende *Motion* ein:

„1. Mietzinslerlass: Kleinunternehmen und Selbstständigerwerbende, deren Bruttomiete den Betrag von CHF 5'000.- pro Monat nicht übersteigt, soll die Nettomiete für die Dauer von zwei Monaten gänzlich erlassen werden. Die Nebenkosten bleiben dabei geschuldet. Voraussetzung dafür ist, dass der Betrieb gestützt auf Art 6 Abs 2 oder Art 10 a Abs 2 der COVID-19 Verordnung 2 geschlossen oder reduziert werden

musste oder der Umsatz wegen COVID-19, auf Jahresbasis gerechnet, im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 50% zurückgegangen ist.

2. Für monatliche Bruttomieten von über CHF 5'000.00 soll ein Anreizsystem die Verständigung zwischen Vermieter und Mieter fördern. Einigen sich Vermieter und Mieter darauf, die geschuldete Miete auf einen Drittel zu reduzieren, übernimmt der Bund für die Dauer von 2 Monaten einen Drittel der Bruttomiete max. CHF 3'000.00.

3. Keine Doppelzahlungen: Die Regelung hat sicherzustellen, dass bei Beteiligung an den Mietkosten gemäß Ziff. 2 durch den Bund weitere Leistungen an die Mieter (zB Verzicht auf COVID-19 Darlehen, Zuschüsse durch Kantone oder übrige Institutionen wie Banken etc) angerechnet werden.

4. Gültigkeit getroffener Einigungen: Die Regelung hat sicherzustellen, dass die zwischen Mietparteien bereits getroffenen Vereinbarungen ihre Gültigkeit behalten.“<sup>67)</sup>

In der Folge *vermochten sich* allerdings der Nationalrat – als Kammer der Abgeordneten des Volkes (Art 149 BV) – und der Ständerat – als Kammer der Abgeordneten der Kantone (Art 150 BV) – im Rahmen der Sondersession *nicht auf eine einheitliche Lösung festzulegen*.<sup>68)</sup> Zwar war man sich – wie die jeweiligen Motionen aufzeigen – in Bezug auf einen Mieterlass von zwei Monaten und damit einen Eingriff in das materielle Mietrecht im Grunde mehrheitlich einig, doch konnte keine Übereinstimmung über den Rahmen und den Umfang des Erlasses des Mietzinses gefunden wer-

57) Art 5 Abs 2 und Art 4 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht sehen die Fristverlängerung nur für Zahlungsrückstände des Mieters und Pächters vor, die bis zum 31. 5. 2020 fällig geworden sind.

58) Motion 20.3158 Verlängerung der Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen (COVID-19-Verordnung Miete und Pacht) v 28. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203158> (abgerufen am 31. 5. 2020).

59) AB N 2020, 521 ff, auch abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48925> (abgerufen am 31. 5. 2020).

60) AB S 2020, 265 ff, auch abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48937> (abgerufen am 31. 5. 2020).

61) Es blieb somit bei der Verlängerung der Fristen für die Verzugskündigung bei Miete und Pacht; dazu C.2.b. soeben.

62) Zum Ganzen Medienmitteilung des Bundesrates v 8. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.bwo.admin.ch/bwo/de/home/das-bwo/informationen/medienmitteilungen.msg-id-78746.html> (abgerufen am 31. 5. 2020).

63) Hierzu etwa auch *Saxer in Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender* (Hrsg), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung<sup>3</sup> (Zürich 2014) N 60 zu Art 185 BV.

64) Dazu seinerzeit grundlegend *Oftinger*, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, ZSR NF 57 (1938), 481 a ff.

65) Siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. 4. 2020 (FN 62).

66) Motion 20.3142 v 21. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203142> (abgerufen am 31. 5. 2020).

67) Motion 20.3161 v 28. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203161> (abgerufen am 31. 5. 2020).

68) Die Motion WAK N wurde vom Ständerat am 6. 5. 2020 durch einen angenommenen Ordnungsantrag zur Vorprüfung an die zuständige Kommission zugewiesen; vgl AB S 2020, 267, auch abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48939> (abgerufen am 31. 5. 2020). Die Motion WAK wurde vom Nationalrat am 5. 5. 2020 abgelehnt; vgl AB N 2020, 477 ff, auch abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48914> (abgerufen am 31. 5. 2020).

den. Deshalb musste die Behandlung der Thematik auf die kommende ordentliche Session der Eidgenössischen Räte im Juni 2020 vertagt werden. Inzwischen hat die WAK N am 12. 5. 2020 eine *neue Motion* eingereicht, welche sich dem Vorschlag der WAK S zumindest annähert, und zwar wie folgt:

„Der Bundesrat wird beauftragt, Massnahmen zu ergreifen, damit Betreiber von Restaurants und weiteren vom Bundesrat geschlossenen Betrieben gemäss Art 6 Abs 2 der COVID-19-Verordnung (in der Fassung vom 21. März 2020) ihrem Vermieter nur 40% der Miete schulden während der Zeit, in welcher sie aufgrund der behördlichen Massnahmen geschlossen bleiben müssen. Für Betreiber von Unternehmen, die gestützt auf Art 10a Abs 2 der COVID-19 Verordnung 2 (Fassung vom 21. März 2020) ihren Betrieb reduzieren mussten, gilt vorstehende Regelung für maximal zwei Monate. Diese Regelung gilt für Mieter, deren Miete die Höhe von 20'000 Franken pro Monat und Objekt nicht überschreitet. Bei einem Mietzins zwischen 15'000.- bis 20'000.- Franken haben beide Parteien – Mieter sowie Vermieter – die Möglichkeit, von dieser Regelung abzuweichen (opt-out-Klausel). Gleichzeitig soll der Bundesrat einen Härtefallfonds für Vermieter vorsehen mit einem Betrag von 20 Mio Franken. Die Regelung hat sicherzustellen, dass die zwischen Mietparteien bereits getroffenen Vereinbarungen ihre Gültigkeit behalten.“<sup>69)</sup>

Derzeit zeichnet sich damit tendenziell ab, dass National- und Ständerat in der Gestalt eines Mietzinslasses für betroffene Betriebe einen *Eingriff in das materielle Mietrecht* beschließen werden.<sup>70)</sup> UE ist von einer *derartigen Gesetzgebung aus mehreren Gründen abzuraten*. Denn eine solche gesetzliche Eingriffsregelung wird zunächst als notwendigerweise generell-abstrakte Normierung den vielfältigen und je unterschiedlich gelagerten Verhältnissen des Einzelfalles nicht gerecht werden können,<sup>71)</sup> und sie wird damit teilweise gar zu kontraproduktiven Ergebnissen führen, etwa indem der zum Mieterlass legislatorisch gezwungene, ohne Abfederungsmöglichkeit dastehende Vermieter in der Folge seinerseits in Engpässe geraten wird. Demgegenüber ist der vom Bundesrat eingeschlagene Weg des Aufrufs zum Dialog zwischen Mieter und Vermieter zwecks Suche nach einer privatautonomen, den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragenden Lösung<sup>72)</sup> in jedem Falle vorzuziehen. Dieser Weg der Verständigung zwischen den direkt Beteiligten wird auch durch ermittelte Rechtstatsachen als richtig und effektiv bestätigt, haben doch in Österreich in 90 bis 95% der Fälle die Parteien individuelle Lösungen gefunden.<sup>73)</sup> Rechtsvergleichend ist sodann auf den aufschlussreichen Umstand hinzuweisen, dass in keinem unserer Nachbarländer – Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich – der Gesetzgeber Anstalten dazu trifft, sich in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Mietern und Vermietern einzumischen.<sup>74)</sup>

## D. Schuldrechtliche Möglichkeiten

### 1. Allgemeines

In der Schweiz werden hinsichtlich der *Herabsetzung des Mietzinses* iZm der Viruserkrankung COVID-19

unterschiedliche schuldrechtliche Grundlagen besprochen.<sup>75)</sup> Nachfolgend sind die nach hier vertretener Ansicht dafür im Vordergrund stehenden drei Möglichkeiten des Obligationenrechts im Einzelnen darzustellen, nämlich erstens die *privatautonome Vereinbarung*,<sup>76)</sup> zweitens der *Mangel des Mietobjekts*<sup>77)</sup> und drittens die *clausula rebus sic stantibus*.<sup>78)</sup>

Auf weitere, ebenfalls diskutierte Rechtsbehelfe – wie die *nachträgliche Unmöglichkeit* (Art 119 OR)<sup>79)</sup> und die *außerordentliche Kündigung* aus wichtigen Gründen (Art 266 g OR)<sup>80)</sup> – wird demgegenüber im Folgenden wegen der uE nicht gegebenen Relevanz nicht eingegangen. Denn diese beiden Rechtsgrundlagen sind – wie soeben erläutert<sup>81)</sup> – schon von ihrer Struktur her nicht auf die vorliegende Konstellation anwendbar. Deshalb sollte auch nicht versucht werden, sie über allerlei denkbare Auslegungen dennoch heranzuziehen und damit so viele Herabsetzungsmöglichkeiten wie irgendwie möglich zu schaffen. Solches entspräche keinem methodischen Vorgehen *lege artis*. Vielmehr hat eine Konzentration stattzufinden auf diejenigen Rechtsinstitute, welche für die Lösung der konkret vorliegenden Situation als wirklich geeignet erscheinen.

## 2. Privatautonome Vereinbarungen

Der zwischen den Parteien vereinbarte Miet- oder Pachtzins ist nach allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien grundsätzlich<sup>82)</sup> beständig. Es gilt generell das Prinzip der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*). Selbstverständlich steht es den Parteien indessen frei, den Miet- oder Pachtvertrag durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung (vgl Art 1 Abs 1 OR) in

69) Motion 20.3451 v 12. 5. 2020, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203451> (abgerufen am 31. 5. 2020).

70) Im Zeitpunkt der Abgabe des Manuskripts des vorliegenden Beitrags; liegt noch kein Beschluss vor ein solcher ist allenfalls in der Junisession 2020 von Nationalrat und Ständerat zu erwarten.

71) Zutreffend diesbezüglich die Beurteilung durch den Bundesrat in der Medienmitteilung v 8. 4. 2020 (FN 62).

72) Vgl Medienmitteilung v 8. 4. 2020 (FN 62).

73) So die Feststellungen für Österreich durch den Österreichischen Haus- und Grundbesitzer-Bund, zitiert nach *Martel/Höltzsch/Benz/Belz/Wysling*, aaO (FN 56).

74) *Martel/Höltzsch/Benz/Belz/Wysling*, aaO (FN 56).

75) Siehe etwa auch *Koller* (FN 1) N 2.

76) D.2. sogleich.

77) D.3. hienach.

78) D.4. hienach.

79) Art 119 OR erfasst nach wohl hA nicht die vorübergehende Unmöglichkeit; statt vieler *Aeppli*, Zürcher Kommentar V: Obligationenrecht, Teilbd 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung, Art 114–126 OR<sup>3</sup> (1991) N 121 zu Art 119 OR; ebenso BGE 127 III 300 nicht publ E. 4. Die Einschränkungen infolge von COVID-19 sind nun aber offensichtlich nicht von dauernder Natur, sondern nur vorübergehend, mithin gar absehbar. Folglich ist Art 119 OR nicht einschlägig; ausführlich zur Thematik *Reichle/Stehle*, Coronavirus und Geschäftsraummieta, Jusletter 18. 5. 2020, N 16 ff. Ohnehin ist festzuhalten, dass im Falle der Anwendung von Art 119 OR nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter von seiner Leistungspflicht entbunden wird (vgl Art 119 Abs 2 OR). Dies führt alsdann zur Frage, wem mit einer solchen Lösung – würde man denn die Anwendung von Art 119 OR bejahen – letztlich überhaupt geholfen wird.

80) In der Regel werden in der Corona-Pandemie sowohl Mieter als auch Vermieter ein Interesse daran haben, dass der Mietvertrag fortgeführt wird. Somit ist eine außerordentliche Kündigung offensichtlich nicht der zutreffende Rechtsbehelf. Siehe dazu auch *Reichle/Stehle* (FN 79) N 48.

81) Vgl die Ausführungen in den unmittelbar vorangehenden FN 79 f.

82) Eine Ausnahme hiervon bildet etwa die Möglichkeit der einseitigen Mietzinserrhöhung gem Art 269 d OR.

Bezug auf das zu entrichtende Entgelt jederzeit anzupassen; es handelt sich dabei um eine sog. *Vertragsänderung*.<sup>83)</sup> So können die Beteiligten sowohl eine dauernde als auch eine nur vorübergehende – etwa für die Dauer von zwei Monaten – Minderung des Miet- oder Pachtzinses vereinbaren. Neben oder statt einer Minderung steht es den Parteien ebenso frei, eine Stundung oder einen Erlass (vgl. Art 115 OR) zu verabreden. In all diesen Fällen einer beidseitigen Änderung des Vertrages ist freilich typischerweise der Mieter bzw. Pächter auf ein Mitwirken und Entgegenkommen des Vermieters bzw. Verpächters angewiesen. Weil vorliegend das Interesse an der Anpassung des Zinses beim Mieter oder Pächter liegt, wird die entsprechende Initiative zur Zinsmodifikation zumeist von ihm ausgehen. Beim entsprechenden Vorschlag seinerseits handelt es sich um eine Offerte zur Vertragsänderung,<sup>84)</sup> welche des Akzepts der Gegenpartei bedarf, um die Vertragsänderung zu bewirken. Eine solche privatautonome Einigung erscheint in einer Gesamtbetrachtung sicherlich als *die günstigste Lösung für alle Beteiligten*.<sup>85)</sup>

In der Theorie – aber wohl kaum je in der Praxis – ist sodann vorstellbar, dass die Vertragsparteien bereits beim Abschluss des Miet- bzw. Pachtvertrages – und damit vor Ausbruch von COVID-19 – eine Vereinbarung getroffen haben, wonach im Falle des Eintritts bestimmter Ereignisse – wie etwa einer Geschäftsschließung wegen höherer Gewalt – der geschuldete Zins sich (automatisch) vermindert oder gar entfällt.<sup>86)</sup> Eine entsprechende Vereinbarung stellt eine *Anpassungsregel* dar und ist folglich als *Bedingung* gemäß Art 151 ff OR zu qualifizieren.<sup>87)</sup>

### 3. Mangel des Mietobjekts

#### a) Ausgangslage

Fraglich erscheint, ob die Primärmaßnahmen als rechtsetzende Einschränkungen und die damit einhergehenden Schließungen von Betrieben im Ergebnis als Mangel des Mietobjektes qualifiziert werden könnten.<sup>88)</sup> Würde man dies bejahen, so wäre für die Dauer des Mangels eine Mietzinsherabsetzung über Art 259 d OR möglich.<sup>89)</sup> Es ist ohne Weiteres evident, dass sich die diesbezüglich vertretenen Meinungen namentlich von Mieterverband<sup>90)</sup> und Hauseigentümerverband<sup>91)</sup> diametral widersprechen. Zu prüfen ist folglich, ob die verordneten Einschränkungen einen Mangel des Mietgegenstandes darstellen.<sup>92)</sup>

#### b) Der Mangel des Mietobjekts im Allgemeinen

Vorab ist festzuhalten, dass im Anwendungsbereich von Art 259 d OR grundsätzlich ein jeder Mangel, für welchen der Mieter nicht einzustehen hat, das Recht auf Mietzinsherabsetzung gewährt.<sup>93)</sup> Ein solcher Mangel liegt gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn die Mietsache überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch taugt.<sup>94)</sup> „Mangelhaft ist ein Mietobjekt [somit dann], wenn ihm eine vertraglich zugesicherte oder sich aus dem vertraglichen Gebrauchszweck ergebende Eigenschaft fehlt.“<sup>95)</sup>

Die entscheidenden Elemente für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit sind damit einerseits die *vertrag-*

*liche Zusicherung* und andererseits der *vertragliche Gebrauchszweck*. Dass sich das erste Element stets aus dem konkret abgeschlossenen Mietvertrag ergeben muss, erscheint als selbstverständlich. Denn Zusicherung und Vertragsabschluss gehen unweigerlich Hand in Hand. Doch auch das zweite Element – also der vertragliche Gebrauchszweck – lässt sich nur mit Blick auf die konkret getroffene Parteivereinbarung bestimmen.<sup>96)</sup> In diesem Sinne wird gemeinhin auch von einem *relativen Mangelbegriff* gesprochen.<sup>97)</sup>

Die Relativität des Mangelbegriffs hat zur Folge, dass sich die Mangelhaftigkeit nicht abstrakt bestimmen lässt. Vielmehr muss in jedem Einzelfall mit Blick auf den konkreten Mietvertrag beurteilt werden, ob es an einer zugesicherten Eigenschaft oder am vereinbarten Gebrauchszweck fehlt. Dies gilt vornehmlich auch bei der hier zu behandelnden Frage nach dem Verhältnis der Einschränkungen zum Mietrecht. Wird bspw. ein Geschäftslokal – im Interesse des Vermieters – unter ausdrücklicher Vereinbarung vermietet, dass der Mieter das Lokal nur für den Schuhverkauf verwenden darf und muss, so würde die behördlich verordnete Schließung den Gebrauchszweck vereiteln und somit *prima facie* einen Mangel darstellen.<sup>98)</sup>

83) Higi/Bühlmann, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art 253–265 OR Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art 253–273 c OR), Art 253–265 OR<sup>5</sup> (2019) (zit. ZK-Higi/Bühlmann bzw. ZK-Higi/Wildisen) N 18 zu Art 257 OR; Giger, Berner Kommentar, Die Miete, Art 256–259 i OR (2015) (zit. BK-Giger) N 37 zu Art 257 OR.

84) ZK-Higi/Bühlmann N 18 zu Art 257 OR (FN 83).

85) Ausführlich dazu Pichonnaz (FN 1) *passim*.

86) Ebenso wie hier Reichle/Stehle (FN 79) N 12. Implizit auch Haefeli/Galli/Vischer (FN 27) N 6.

87) Dazu allgemein Wiegand in Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art 1–529 OR<sup>7</sup> (2020) (zit. BSK-Autor) 109 zu Art 18 OR; Müller, Berner Kommentar, Art 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht (2018) (zit. BK-Müller) N 576 ff zu Art 18 OR.

88) Ausführlich zu dieser Frage Peduzzi, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 1 (2020), 5 ff.

89) Nämliche Bestimmung gelangt auch für die Pacht zur Anwendung; s. Art 288 Abs 1 OR. Soweit sich die nachfolgenden Ausführungen nur auf die Miete beziehen, gelten sie selbstredend auch für die Pacht.

90) Vgl. <https://www.mieterverband.ch/mv/mietrecht-beratung/ratgeber-mietrecht/fallbeispiele/a-d/corona-geschäftsraummieter-mietzinsreduktion.html> (abgerufen am 31. 5. 2020).

91) Vgl. <https://www.hev-schweiz.ch/info/faqs-corona-und-eigentum/> (abgerufen am 31. 5. 2020).

92) Dazu auch Reichle/Stehle (FN 79) N 7 f.

93) BSK-Weber (FN 87) N 2 zu Art 259 d OR, mwH; ferner auch Blumer, Schweizerisches Privatrecht VII: Obligationenrecht, Besonderer Teil, III: Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht) (Basel 2012) N 750.

94) Siehe vornehmlich BGE 135 III 345 E. 3.2., welcher mehrmals bestätigt wurde, so etwa in BGE 4A\_130/2018 v. 26. 7. 2018 E. 4; BGE 4A\_472/2015 v. 6. 1. 2016 E. 7. Aus der Lehre statt vieler BSK-Weber (FN 87) N 1 zu Art 258 OR; BK-Giger (FN 83) N 31 der Vorbem zu Art 258–259 i OR.

95) BGE 4A\_615/2015 v. 19. 5. 2016 E. 4 (Hinzufügung in eckigen Klammern durch die Autoren). Ebenso BGE 4A\_606/2015 v. 19. 4. 2016 E. 3; BGE 4A\_159/2014 v. 18. 6. 2014 E. 4.1; BGE 4C\_39/2003 v. 23. 4. 2003 E. 4.

96) ZK-Higi/Wildisen (FN 83) N 28 zu Art 258 OR; BK-Giger (FN 83) N 31 der Vorbem zu Art 258–259 i OR; BGE 4A\_159/2014 v. 18. 6. 2014 E. 4.1. So dient eine Wohnung typischerweise dem Wohnen, weshalb sie an und für sich für diesen Gebrauch taugen muss. Wird die Wohnung allerdings lediglich als Abstellraum vermietet, so muss sie nur für diesen Zweck taugen und nicht für den Wohngebrauch.

97) ZK-Higi/Wildisen (FN 83) N 28 zu Art 258 OR; BK-Giger (FN 83) N 33 der Vorbem zu Art 258–259 i OR.

98) Diese Ausführungen zeigen gleichsam auch auf, dass ein Mangel a priori nur bei der Geschäftsraummieter thematisiert werden kann.

### c) Die Art des Mangels

Die Art des Mangels ist für die Mietzinsherabsetzung gemäß Art 259 d OR irrelevant. Somit berechtigt sowohl ein Sach- wie auch ein Rechtsmangel zur Herabsetzung.<sup>99)</sup> In diesem Sinne können auch *Einschränkungen als Folge öffentlich-rechtlicher Vorschriften* – wie in casu der vom Bundesrat angeordneten Primärmaßnahmen<sup>100)</sup> – dem Grundsatz nach als Mangel qualifiziert werden.<sup>101)</sup>

Zuweilen wird nun aber angeführt, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften nur dann in den Erfüllungsbe- reich des Vermieters fallen und die Tauglichkeit des Mietobjekts beeinträchtigen, wenn der Vermieter selbst *Normadressat* ist. Richtet sich hingegen die Norm an den Mieter, so fällt die Pflicht zu deren Einhaltung nur diesem zu.<sup>102)</sup> Folgt man strikt dieser Auffassung, so wäre ein Mangel iSv Art 259 d OR im vorliegend gegebenen Kontext eher zu verneinen. Denn die Primärmaßnahmen des Bundesrates richten sich nicht an den Vermieter, sondern an den jeweiligen Mieter als Unternehmer, also an den Coiffeur, an den Kinobetreiber, an den Barbetreiber etc.<sup>103)</sup> Folglich ist im Grunde genommen nicht die Öffnung der – gemieteten – Räumlichkeiten verboten, sondern vielmehr die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit für ein breites Publikum. Oder mit anderen Worten: Mangelhaft ist nicht das Mietobjekt, sondern die darin ausgeübte Berufstätigkeit.<sup>104)</sup>

Diese Ansicht erscheint freilich insofern als stoßend, als der Mieter anlässlich der Corona-Pandemie und der in deren Kontext verordneten Einschränkungen – im Unterschied zu anderen Konstellationen,<sup>105)</sup> für welche die soeben dargestellte Auffassung des Abstellens auf den Normadressaten vertreten wird – zu keiner Zeit eine Möglichkeit hatte, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einzuhalten und gleichzeitig den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten. Allerdings ist dabei sogleich ebenfalls zu beachten, dass auch dem Vermieter – wiederum im Unterschied zu anderen Konstellationen<sup>106)</sup> – keinerlei Möglichkeit zukam, die Aufrechterhaltung des Betriebes zu gewährleisten.<sup>107)</sup> In diesem Sinne kann auch nicht von einem Individualproblem, sondern nur von einem *Massenproblem* gesprochen werden.<sup>108)</sup> Die Zuordnung eines derartigen, jedermann erfassenden und mithin ganz allgemeinen Umstandes zu einem individuell von einer Person zu verantwortenden Erfüllungsbereich erweist sich uE – und jedenfalls über das Mängelrecht – als kaum zu bewältigen.

### d) Geltendmachung und Wirkungen

Die Rechtsnatur des Herabsetzungsanspruchs in Bezug auf den Miet- bzw Pachtzins ist in der Lehre zwar umstritten.<sup>109)</sup> Einigkeit besteht aber immerhin darüber, dass sich die *Wirkungen der Geltendmachung ex tunc* entfalten.<sup>110)</sup> Insofern ist es dem Mieter unbenommen, den Mangel – soweit ein solcher überhaupt bejaht wird – auch erst zu einem späteren Zeitpunkt gegenüber dem Vermieter geltend zu machen. Dies hat den Vorteil, dass ein Mieter – jedenfalls in einer theoretischen Betrachtungsweise – zunächst den weiteren Geschäftsgang abwarten kann, um alsdann zu beurteilen, ob sich seine wirtschaftliche Situation erholt, bevor er eine Mietzinssenkung verlangt.

### e) Würdigung

Ob im Kontext von COVID-19 ein Mangel iSv Art 259 d OR zu bejahen ist, hängt letztlich eher von sozialen als von dogmatischen Überlegungen ab. Die Beantwortung der Mangelfrage wird demnach wohl mit der Grundeinstellung zusammenhängen, ob der Mieter als schutzwürdiger erscheint, oder aber der Vermieter.

*Tendenziell* ist nach hier vertretener Ansicht *ein Mangel eher zu verneinen*, weil vom angeordneten Verbot unmittelbar nur die eigentliche Tätigkeit betroffen ist, das Mietobjekt hingegen lediglich mittelbar. Betroffen vom Verbot ist insoweit ja auch etwa ein „fahrender Coiffeur“, welcher zu seiner Berufsausübung keinerlei Geschäftsräumlichkeiten benötigt, sondern seine Kunden in deren eigenen Wohnräumen frisiert.<sup>111)</sup> Mit der Verneinung eines Mangels entfällt auch eine Herabsetzbarkeit des Mietzinses gestützt auf Art 259 d OR.

Immerhin erscheint eine davon abweichende – mithin das Vorliegen eines Mangels bejahende – Argumentationsweise nicht als von vornherein vollständig unbegründet. Denn folgt man einem strikt grammatikalischen Verständnis der Norm, so genügt für die Herabsetzung des Mietzinses bereits, dass der Mieter den Mangel nicht zu vertreten hat (vgl Art 259 a Abs 1 OR, wonach es wörtlich um Mängel geht, „die der Mieter weder zu verantworten noch auf eigene Kosten zu beseitigen hat“); ein solcher Mangel ist vorliegend an und für sich gegeben.

## 4. Clausula rebus sic stantibus

### a) Ausgangslage

Eine Änderung des Mietzinses kann sich weiters unter dem Gesichtspunkt der *clausula rebus sic stantibus* – oder des Wegfalls bzw der Änderung der Geschäfts-

Denn das schlichte Wohnen in Wohnräumen wurde zu keiner Zeit eingeschränkt.

99) BK-Giger (FN 83) N 35 der Vorbem zu Art 258–259 i OR; BSK-Weber (FN 87) N 1 zu Art 258 OR; ZK-Higi/Wildisen (FN 83) N 30 zu Art 258 OR; Blumer (FN 93) N 740.

100) Zu diesen B.2. hievor.

101) Ähnlich wie hier Tschudi, in SVIT – Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft<sup>4</sup> (Zürich 2018) N 52 der Vorbem zu Art 258–259 i OR.

102) ZK-Higi/Bühlmann (FN 83) N 40 zu Art 256 OR; BK-Giger (FN 83) N 78 zu Art 256 OR; Peduzzi (FN 88), 8; Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern v 18. 8. 2004 E. 4, ZBJV 141 (2005), 396ff.

103) So wohl auch Bohnet, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19, 6 (Gutachten zu Handen des Hauseigentümerverbandes, abrufbar unter [https://www.hev-schweiz.ch/info/faqs-corona-und-eigentum/\[abgerufen am 31. 5. 2020\]](https://www.hev-schweiz.ch/info/faqs-corona-und-eigentum/[abgerufen am 31. 5. 2020])).

104) IdZ pointiert Bohnet (FN 103), 6: „Une personne qui travaillerait sur la rue comme coiffeur ou masseur serait aussi dans une impossibilité d'exercer son activité“. In Anlehnung an den deutschen BGH wird in der Schweizer Lehre in diesem Zusammenhang jüngst auch von objekt- und betriebsbezogenen Umständen gesprochen; s Reichle/Stehele (FN 79) N 40ff.

105) ZB die Erlangung eines Wirtepatents zum Führen eines gemieteten Restaurants.

106) Etwa die Einhaltung von einschlägigen Bauvorschriften in Bezug auf Notausgänge.

107) Ebenso Peduzzi (FN 88), 9.

108) Siehe auch Pichonnaz (FN 1), 142.

109) Sie dazu die Übersicht bei BSK-Weber (FN 87) N 3f. zu Art 259 d OR.

110) ZK-Higi/Wildisen (FN 83) N 25 zu Art 259 d OR; ferner auch BK-Giger (FN 83) N 21 zu Art 259 d OR.

111) Ähnlich wie hier Bohnet (FN 103), 6.

grundlage<sup>112)</sup> – ergeben.<sup>113)</sup> Die Anwendung der Klausel wird denn auch iZm durch COVID-19 bedingten Einschränkungen diskutiert.<sup>114)</sup> Zwar finden sich im Schrifttum Stimmen, welche die *clausula rebus sic stantibus* bei Mietverträgen mit Blick auf die in Art 266 g OR vorgesehene Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung aus wichtigen Gründen ganz generell ausschließen wollen.<sup>115)</sup> Eine solche Ansicht erweist sich indessen nach hier vertretener Auffassung als nicht haltbar. Denn Art 266 g OR kann als normierte Regel der *clausula rebus sic stantibus* nur insoweit vorgehen, als eine *Vertragsaufhebung* beabsichtigt wird. Demgegenüber muss eine *Vertragsanpassung infolge besonderer Umstände* stets zulässig bleiben, zumal ein solche Konstellation im Mietrecht weder explizit noch implizit geregelt ist und namentlich vom einzig auf Vertragsauflösung ausgerichteten Kündigungsrecht gemäß Art 266 g OR gerade nicht erfasst wird. Insofern behält die *clausula rebus sic stantibus* im vorliegenden Kontext ganz selbstverständlich einen eigenständigen Anwendungsbereich.

#### b) Allgemeines zur *clausula rebus sic stantibus*

Im Allgemeinen erlaubt die *clausula rebus sic stantibus* eine *richterliche Vertragsanpassung* dann, wenn nach Vertragsabschluss die *tatsächlichen Umstände grundlegend ändern*, so dass sich eine gravierende Äquivalenzstörung ergibt.<sup>116)</sup> Dabei darf die grundlegende Veränderung der Verhältnisse bei Vertragsabschluss weder voraussehbar noch vermeidbar gewesen sein.<sup>117)</sup> In der Schweiz wurde die *clausula rebus sic stantibus* nicht kodifiziert.<sup>118)</sup> Deshalb wohl sind auch die *dogmatischen Grundlagen* dieser Rechtsfigur *umstritten*. Im Einzelnen wird die *clausula rebus sic stantibus* entweder als ein Ausfluss von Treu und Glauben (Art 2 Abs 1 bzw Abs 2 ZGB)<sup>119)</sup> behandelt<sup>120)</sup> oder als Prob-

lem der Lückenfüllung.<sup>121), 122)</sup> Die entsprechende Kontroverse kann indessen im Rahmen des vorliegenden Beitrages offengelassen werden. Zu beachten ist allerdings, dass angesichts des mit der Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* stattfindenden Eingreifens des Richters in eine privatautonome Vereinbarung, von diesem eine gewisse Zurückhaltung beim Vorgehen verlangt wird.<sup>123)</sup>

#### c) Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* und COVID-19

Als erste Voraussetzung verlangt die *clausula rebus sic stantibus* nach einer *Veränderung der Verhältnisse*.<sup>124)</sup> Mithin müssen sich die aktuellen Verhältnisse von denjenigen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unterscheiden. Damit ist bereits gesagt, dass sich die Veränderung der Umstände erst nach Vertragsabschluss ergeben darf, ansonsten gelangen gegebenenfalls die Irrtumsregeln zur Anwendung.<sup>125)</sup> Es lässt sich im vorliegenden zu untersuchenden Kontext kaum bestreiten, dass das Auftreten von COVID-19 und die deswegen vom Bundesrat erlassenen Primärmaßnahmen die tatsächlichen Verhältnisse in mehrfacher Hinsicht grundlegend verändert haben:<sup>126)</sup> Betriebe mussten geschlossen, Kunden konnten nicht bedient und ein Geschäftsertrag konnte nicht erzielt werden. Darüber hinaus ließen sich wohl während der Dauer des Lockdowns auch kaum neue Mietverträge für Geschäftsräume abschließen, zumal die Geschäftstätigkeit ohnehin nicht hätte aufgenommen werden können und dürfen.

Im Sinne eines zweiten, negativen Kriteriums darf die Veränderung der Verhältnisse *nicht voraussehbar* gewesen sein.<sup>127)</sup> Denn wäre dies der Fall gewesen, so hätten die Vertragsparteien hierfür selbst vorgängig eine vertragliche Regel vereinbaren können; eine – ohnehin nur zurückhaltend vorzunehmende – nachträgliche Anpassung des Vertrages durch den Richter erscheint somit als nicht sachgerecht. Diesfalls entspricht es vielmehr dem Wesen des Vertrages, dass er so wie vereinbart – und entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* – erfüllt wird.<sup>128)</sup> Was im Einzelnen voraussehbar ist, wird zuweilen unterschiedlich beantwortet. Änderungen der Rechtslage werden dabei grundsätzlich als voraussehbar bezeichnet, zumal

112) Vgl dazu auch *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil<sup>7</sup> (2016) N 35.04.

113) Siehe *BK-Giger* (FN 83) N 37 zu Art 257 OR. Ferner – allerdings in anderem Zusammenhang – auch *Blumer* (FN 93) N 909.

114) So etwa bei *Haefeli/Galli/Vischer*, (FN 27) N 33ff; *Reichle/Stehle* (FN 79) N 45ff.

115) Vgl *Peduzzi* (FN 88), 13f, mwH.

116) Die einschlägigen Erwägungen der „Lehre von den Geschäftsgrundlagen“ gehen im Wesentlichen auf die im Gemeinen Recht entwickelte Auffassung zurück, wonach jeder Vertrag unter dem stillschweigenden Vorbehalt geschlossen wird, dass sich die für die Vertragserfüllung maßgebenden äusseren Voraussetzungen nicht grundlegend ändern; vgl so *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil<sup>8</sup> (Zürich 1988), 396, mH.

117) Siehe aus der Rechtsprechung BGE 138 V 366 E. 5; BGE 135 III 1 E. 2.4; BGE 127 III 300 E. 5.b. Aus der Lehre statt aller *Gauch/Schluemp/Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht<sup>10</sup> (Zürich/Basel/Genf 2014) N 1280. Aus aktuellem Anlass auch *Enz*, Risikoordnung in Verträgen und die COVID-19 Situation: Teil 1, Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus*, der Unmöglichkeit nach Art 119 OR und der Kündigung aus wichtigem Grund, *Jusletter* 18. 5. 2020, N 5.

118) Vgl *Bucher* (FN 116), 396, wonach die Regel im OR – und auch im BGB – keinen Niederschlag fand; weiter *Kramer*, Neues zur *clausula rebus sic stantibus*, *SJZ* 110 (2014), 274.

119) Hierbei ist wiederum umstritten, ob die *clausula rebus sic stantibus* auf Abs 1 (Grundsatz von Treu und Glauben) oder Abs 2 (Rechtsmissbrauchsverbot) von Art 2 ZGB abzustützen ist; s *BSK-Honsell* (FN 53) N 19 zu Art 2 ZGB.

120) Vgl *BSK-Honsell* (FN 53) N 19 zu Art 2 ZGB; *BK-Hausheer/Aebi-Müller* (FN 53) N 181 ff und 225 ff zu Art 2 ZGB. Ebenso das Bundesgericht in BGE 138 V 366 E. 5.1; BGE 138 III 746 E. 6.1.1.

121) Etwa *Gauch/Schluemp/Schmid* (FN 117) N 1280ff; *Schwenzer* (FN 112) N 35.05.

122) Siehe dazu auch *Bucher* (FN 116), 396f sowie die ausführliche Übersicht bei *BK-Müller* (FN 87) N 645 ff zu Art 18 OR.

123) *Kramer*, Berner Kommentar IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilbd.: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art 1–18 OR, Bern 1986 (zit *BK-Kramer*) N 333 zu Art 18 OR; *BSK-Wiegand* (FN 87) N 118 zu Art 18 OR. Siehe ferner auch BGE 122 III 97 E. 3.a.

124) *BK-Müller* (FN 87) N 662 zu Art 18 OR; *Gauch/Schluemp/Schmid* (FN 117) N 1280.

125) *BSK-Wiegand* (FN 87) N 99 zu Art 18 OR; *BK-Müller* (FN 87) N 664 zu Art 18 OR.

126) Ebenso *Reichle/Stehle* (FN 79) N 51; *Enz* (FN 117) N 10.

127) *Schwenzer* (FN 112) N 35.08; *Gauch/Schluemp/Schmid* (FN 117) N 1298; BGE 135 III 1 E. 2.4; BGE 127 III 300 E. 5.b. Siehe im Zusammenhang mit Kriegsereignissen auch *Oftinger*, Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, *SJZ* 36 (1940) (zit *Oftinger*, Veränderung), 233.

128) Vgl BGE 127 III 300 E. 5.b.aa., mit Hinweis auf BGE 107 II 343 E. 2, und BGE 104 II 314 E. II/1.a.

man mit solchen immer rechnen muss.<sup>129)</sup> Allerdings können nach hier vertretener Ansicht behördlich angeordnete Einschränkungen des öffentlichen Lebens infolge eines erst seit kurzem bekannten Virus nicht als Gesetzesänderungen betrachtet werden, mit denen gerechnet werden müsste. Es wäre schlicht realitätsfremd, wenn man argumentieren würde, dass es sich hierbei um eine omnipräsente und latente Gefahr handelt.<sup>130)</sup> Anders wäre wohl nur in demjenigen Fall zu entscheiden, in welchem bei Vertragsabschluss die entsprechende Entwicklung bereits absehbar war, was allerdings für die Corona-Pandemie kaum je als gegeben zu erachten ist. Wenn nun aber die Veränderung der Umstände nicht voraussehbar war, so kann auch keinesfalls eine Vermeidbarkeit bejaht werden.<sup>131)</sup>

Schließlich wird als Folge der nachträglichen Veränderung der Verhältnisse eine *gravierende Äquivalenzstörung* verlangt.<sup>132)</sup> Gemeint ist damit – im wirtschaftlichen Sinne – ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>133)</sup> Dieses Kriterium kommt insb bei Dauerschuldverhältnissen und somit namentlich bei der Miete und der Pacht in Betracht, weil bei einem einmaligen Leistungsaustausch häufig keine wesentlichen Schwankungen vorliegen.<sup>134)</sup> Die eigentlichen Leistungspflichten des Vermieters (vgl Art 256 ff OR) bleiben hierbei trotz den im Zuge der Corona-Pandemie getroffenen öffentlich-rechtlichen Einschränkungen unverändert. Gleiches gilt im Grunde auch für die primäre Leistung des Mieters, nämlich die Zahlung des Mietzinses (vgl Art 257 OR). Die Äquivalenzstörung ergibt sich im konkret interessierenden Zusammenhang aus der geringeren Leistungsfähigkeit des Mieters. Denn aufgrund der Einschränkungen kann dieser seinen Geschäftsbetrieb nicht – oder jedenfalls nicht im gewohnten Rahmen – aufrechterhalten und damit nicht diejenigen finanziellen Mittel generieren, mit welchen er letztlich den Mietzins zu bezahlen in der Lage wäre. Der objektive Wert der Leistung des Mieters nimmt mithin zu. Er muss mit anderen Worten im Vergleich zu früher ein „grösseres (finanzielles) Opfer“ zur Leistung des Mietzinses erbringen. Hierin kann wohl eine Äquivalenzstörung erblickt werden. Ob diese erheblich ist oder nicht, ist mit Blick auf den konkreten Einzelfall zu entscheiden. Soweit der Mieter etwa nur einen geringfügigen Rückgang der Einnahmen verzeichnet, wird die Erheblichkeit zu verneinen sein. Demgegenüber ist im Falle eines vollständigen Einnahmefalles – mit nur geringfügiger staatlicher Unterstützung – die Erheblichkeit zu bejahen.

Insgesamt ergibt sich damit im Sinne eines Zwischenfazit, dass die einzelnen Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* – nämlich Veränderung der Verhältnisse, Unvorhersehbarkeit und gravierende Äquivalenzstörung – bei Miet- und Pachtverhältnissen im vorliegend interessierenden Zusammenhang mit COVID-19 grundsätzlich durchaus als gegeben angenommen werden könnten. Immerhin verbleiben zugleich nicht unerhebliche Zweifel in Bezug auf das Element der gravierenden Äquivalenzstörung; diese bezieht sich naturgemäß auf das Verhältnis der beiden beteiligten Parteien und deren Leistungen, wohingegen mit der Corona-Pandemie ein vollständig externer

Faktor eingetreten ist. Zweifel an der Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* erheben sich weiter auch angesichts des Umstandes, dass die Einschränkungen in casu nur vorübergehend – allenfalls zwei bis drei Monate und jedenfalls nicht dauernd<sup>135)</sup> – bestanden haben bzw noch bestehen.<sup>136)</sup>

#### d) Vertragsanpassung als Rechtsfolge

Sollten die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt sein,<sup>137)</sup> so kann der *Richter* auf entsprechende Klage des Mieters hin dessen Leistung und damit den *Vertrag anpassen*. Je nach der konkret gegebenen Sachlage wird der Richter für einen begrenzten Zeitraum einen prozentual verringerten Mietzins festlegen. Vorstellbar wäre etwa die Reduktion des Mietzinses um 30% für die Dauer von zwei Monaten. Entscheidend ist dabei stets die Berücksichtigung des Einzelfalles. So wäre etwa bei der Anpassung des Mietzinses zu veranschlagen, ob ein Betrieb dennoch – also trotz seiner Schließung – weiterhin gewisse Räumlichkeiten – wie bspw ein Lager – bestimmungsgemäß zu nutzen in der Lage war.<sup>138)</sup>

Zu beachten ist, dass als maßgebender Zeitpunkt, ab dem die richterliche Vertragsanpassung zu greifen vermag, grundsätzlich derjenige der Geltendmachung der *clausula rebus sic stantibus* durch den Mieter gegenüber dem Vermieter gilt. Die *inhaltliche Anpassung* des Vertrages ist an sich in die Zukunft gerichtet, wirkt also jedenfalls *im Regelfall ex nunc*; eine Rückwirkung der Vertragsanpassung findet somit grundsätzlich nicht statt.<sup>139)</sup> Als ungünstig erweist sich dieser Umstand für all diejenigen Mieter, welche nicht unmittelbar nach der Schließung ihres Betriebes eine entsprechende Erklärung gegenüber ihrem Vermieter abgegeben haben.

Tritt eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse ein, so können die Parteien ohne Weiteres auch *privat-autonom* die *Anpassung* ihres Vertrages vereinbaren.<sup>140)</sup> Mit Blick auf die dem Grundsatz nach nicht

129) Vgl BSK-Wiegand (FN 87) N 103 zu Art 18 OR, und BK-Müller (FN 87) N 674 zu Art 18 OR, jeweils mit Hinweis auf BGE 127 III 300 E. 5.b.aa. Siehe auch Enz (FN 117) N 15.

130) Wohl relativierend Enz (FN 117) N 15.

131) Siehe auch Reichle/Stehle (FN 79) N 55.

132) BSK-Wiegand (FN 87) N 104 zu Art 18 OR; BK-Müller (FN 87) N 682 f zu Art 18 OR; Gauch/Schuep/Schmid (FN 117) N 1300; Oftringer, Veränderung (FN 127), 235.

133) BK-Müller (FN 87) N 682 und 686 zu Art 18 OR, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

134) So Oftringer, Veränderung (FN 127), 235.

135) Insofern bestehen auch Unterschiede zur Situation des Brexit, welcher eine Loslösung Großbritanniens von der Europäischen Union auf Dauer bewirken wird.

136) Siehe idZ auch aktuelle ökonomische Studien, die für Deutschland, Österreich und die Schweiz zeigen, „wie sich das Wirtschaftsleben nach der Lockerung des Lockdown wieder belebt“ und „dass die Schweizer wieder überraschend konsumfreudig geworden sind. Im Mai könnte der Konsum bereits wieder auf das Niveau von vor der Krise zurückgekehrt sein“; so Benz/Höltschi/Rütti/Seliger, Die Erholung greift – der Konsum ist zurück, NZZ Nr 125 v 2. 6. 2020, 15.

137) Vgl dazu D.4.c. soeben.

138) Reichle/Stehle (FN 79) N 60.

139) Zum Ganzen näher BSK-Wiegand (FN 87) N 118 zu Art 18 OR; ausführlich zu Arten und Maß der gerichtlichen Vertragsanpassung BK-Müller (FN 87) N 699 zu Art 18 OR; in Ausnahmefällen kann sich dabei freilich auch eine rückwirkende Vertragsanpassung rechtfertigen, vgl BK-Müller (FN 87) N 699 zu Art 18 OR.

140) Zu dieser Möglichkeit schon D.2 hievov.

hoch genug zu veranschlagende *Verwirklichung von Privatrecht außerhalb der Gerichte*<sup>141)</sup> ist ein solches Vorgehen der Beteiligten der richterlichen Vertragsanpassung zweifellos vorzuziehen. Die hL lehnt allerdings eine der richterlichen Vertragsanpassung zeitlich vorangehende gesetzliche Pflicht zu Neu- oder Nachverhandlungen ab.<sup>142)</sup> Grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist demgegenüber, dass die Parteien vertraglich entsprechende *Nach- oder Neuverhandlungspflichten* vereinbaren.<sup>143)</sup>

## E. Ergebnisse

Der vorliegende Beitrag hat aufgezeigt, dass *in der Schweiz die Rechtslage* in Bezug auf Miet- und Pachtverträge iZm dem Ausbruch der Viruserkrankung COVID-19 *sich in mehrfacher Hinsicht als nicht gefestigt erweist*. Selbst grundlegende Fragen lassen sich derzeit nicht wirklich verlässlich und schon gar nicht abschließend beantworten. Die bisher durch den Bundesrat – der in der Corona-Pandemie uE allgemein ein vorzügliches Vorgehen an den Tag gelegt hat – getroffenen Maßnahmen vermögen hinsichtlich der Miete und Pacht allenfalls eingetretene finanzielle Schwierigkeiten nur ansatzweise zu entschärfen. Sie schaffen für die Mieter und Pächter auf jeden Fall etwas Zeit, um sich wirtschaftlich erholen zu können. Die vorstehenden Überlegungen haben weiter gezeigt, dass auch die privatrechtlichen, schuldrechtlichen Möglichkeiten der Mieter und Pächter sich als begrenzt erweisen und ebenfalls mit Unsicherheiten verbunden sind. Soweit die Parteien privat-autonom keine einvernehmliche Lösung finden können, wird deshalb über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Behelfe des Obligationenrechts eine richterliche Beurteilung notwendig werden, welche ihrerseits zeitlich verzögert ergehen und Kostenfolgen nach sich ziehen wird. Aus diesen Gründen erscheint der Ruf nach dem Gesetzgeber zur Vornahme von Eingriffen in das materielle Mietrecht zwar an sich als durchaus verlockend. Nach hier vertretener, gefestigter

Auffassung wäre ein weiteres Aktivwerden des Gesetzgebers allerdings grundsätzlich nicht der richtige Weg zur Lösung der aufgetretenen rechtlichen Fragen. Denn die jeweils konkret bestehenden Situationen von Mieter und Vermieter bzw Pächter und Verpächter unterscheiden sich naturgemäß von Fall zu Fall und unter Umständen gar ganz erheblich. Insofern ist entschieden abzuraten von einem Vorgehen des Gesetzgebers, der als solcher einzig eine generell-abstrakte Normierung erlassen könnte, welche ihrerseits den maßgebenden Umständen des Einzelfalles nicht Rechnung zu tragen vermöchte.<sup>144)</sup> Es darf weiters durchaus auch darauf vertraut werden, dass es den betroffenen Parteien des Mietvertrages gelingen wird, sachgerechte und beidseits stimmige Lösungen zu finden.<sup>145)</sup> Neben dem eine Reduktion des Mietzinses wünschenden Mieter dürfte nämlich regelmäßig auch der Vermieter selbst bei modifizierten Mietzinsen ein Interesse haben an der Fortführung des Mietvertrages, riskiert er doch sonst letztlich – und namentlich bei Insolvenz des bisherigen Mieters –, einen neuen Mieter suchen zu müssen, der zum bisherigen Mietzins das Mietobjekt zu übernehmen bereit ist, was in Zeiten der Pandemie kein leichtes Unterfangen darstellen dürfte. Die bisher praktizierte Zurückhaltung des Bundesrates vor Eingriffen in das Privatrecht verdient deshalb uneingeschränkte Zustimmung.<sup>146)</sup>

141) Dazu auch – freilich in anderem Zusammenhang – Wolf, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, *Erbrecht*, ZBJV 154 (2018), 419.

142) BK-Müller (FN 87) N 644 zu Art 18 OR, mwH auch auf aM.

143) BSK-Honsell (FN 53) N 19 zu Art 2 ZGB; BSK-Wiegand (FN 87) N 121 f. zu Art 18 OR; BK-Kramer (FN 123) N 286 zu Art 18 OR; BK-Müller (FN 87) N 583 zu Art 18 OR.

144) Vgl so zutreffend auch Koller (FN 1) N 3, wonach sich eine Intervention des Gesetzgebers geradezu „verboten“.

145) So schon Reichle/Stehle (FN 79) N 10.

146) Gleicher Meinung Reichle/Stehle (FN 79) N 10.

### → In Kürze

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Mietrecht in der Schweiz. Er stellt die durch den Bundesrat auf dem Verordnungsweg getroffenen einschlägigen Maßnahmen dar, beurteilt diese mit Blick auf die Miete und geht sodann namentlich auf die möglichen schuldrechtlichen Lösungen ein. Diesbezüglich näher thematisiert werden die privatautonomen Vereinbarungen, der Mangel des Mietobjekts und die *clausula rebus sic stantibus*. Als Fazit ergibt sich, dass die Rechtslage in der Schweiz als nicht gefestigt erscheint, von einer generell-abstrakten Normierung durch den Gesetzgeber unter Vornahme von Eingriffen in das Privatrecht indessen abzuraten ist.

### → Summary

The present article addresses the effects of the corona pandemic on tenancy law in Switzerland. It outlines the relevant legislative measures taken by the Swiss Federal Council, evaluates them in light of tenancy, and furthermore, discusses possible solutions under the law of obligations. In this respect, the private autonomous agree-

ments, the defect in the rented premises and the *clausula rebus sic stantibus* are examined in more detail. As a conclusion, the legal situation in Switzerland appears to be unsettled, however, the legislator should refrain from intervening in private law by introducing general, abstract provisions.

### → Zum Thema

#### Über die Autoren:

Prof. Dr. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, ist Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern (Schweiz). Kontaktadresse: Schanzeneckstraße 1, Postfach 3444, 3001 Bern, Schweiz.  
E-Mail: stephan.wolf@ziv.unibe.ch,  
Internet: <http://www.ziv.unibe.ch/>

Dr. Yannick Minnig, Rechtsanwalt, ist Oberassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern (Schweiz). Kontaktadresse: Schanzeneckstraße 1, Postfach 3444, 3001 Bern, Schweiz.  
E-Mail: yannick.minnig@ziv.unibe.ch  
Internet: <http://www.ziv.unibe.ch/>

