

Andrea Haefeli / Dario Galli / Markus Vischer

Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen

Die Autoren gehen der Frage nach, ob bzw. in welchem Umfang Geschäftsmieter – die im Mietobjekt ihr Geschäft wegen einer behördlichen Anordnung nicht betreiben dürfen – während der Dauer dieser Anordnung zur Mietzinszahlung verpflichtet sind. Ausgehend von der Annahme, dass der Mietvertrag diese Frage nicht regelt, kommen die Autoren gestützt auf allgemeine Vertragsgrundsätze zum Schluss, dass die Mieter grundsätzlich zur vereinbarten Mietzinszahlung verpflichtet sind.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Miet- und Pachtrecht, Obligationenrecht

Zitiervorschlag: Andrea Haefeli / Dario Galli / Markus Vischer, Coronavirus SARS-CoV-2:
Klärung mietrechtlicher Fragen, in: Jusletter 14. April 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Frage- und Prüfschema
 - 2.1. Vorbemerkung
 - 2.2. Unmöglichkeit bzw. Teilunmöglichkeit?
 - 2.2.1. Die verschiedenen Arten von Unmöglichkeit
 - 2.2.2. Unmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen
 - 2.3. (Teil-)Zweckfortfall oder (Teil-)Verwendungsunmöglichkeit?
 - 2.3.1. (Teil-)Zweckfortfall
 - 2.3.2. (Teil-)Verwendungsunmöglichkeit
 - 2.4. Schlechterfüllung?
 - 2.5. Weitere Rechtsbehelfe?
3. COVID-19-Verordnung Miete und Pacht

1. Einleitung

[1] Das Coronavirus, genauer das SARS-CoV-2, das die Krankheit «COVID-19» hervorruft,¹ stellt die Menschheit vor viele Probleme. Die Staaten versuchen, diesen Problemen mit verschiedenen Massnahmen zu begegnen. Viele dieser Massnahmen werden mittels generell-abstrakter Normen angeordnet, die wir in der Summe als «Corona-Recht» bezeichnen.

[2] Auch die Schweiz schuf Corona-Recht, erstmals mittels bundesrätlicher Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19).² Diese Verordnung wird auch «COVID-19-Verordnung 1» genannt. Seither wird in hoher Kadenz weiteres Corona-Recht erlassen, u.a. die bundesrätliche COVID-19-Verordnung 2,³ die der Bundesrat inzwischen bereits mehrmals geändert hat.⁴

[3] Bereits die COVID-19-Verordnung 1 enthielt ein Verbot öffentlicher und privater Veranstaltungen, bei denen sich mehr als 1'000 Personen aufhalten.⁵ In der COVID-Verordnung 2 in der Fassung vom 13. März 2020 wurde dieses Veranstaltungsverbot auf Veranstaltungen, bei denen sich 100 und mehr Personen aufhalten, ausgedehnt.⁶ Am 16. März 2020 wurden öffentliche oder private Veranstaltungen, einschliesslich Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten, gänzlich verboten.⁷ Dieses Verbot gilt heute unverändert fort und dauert vorläufig bis 26. April 2020.⁸

[4] Am 16. März 2020 ordnete der Bundesrat zudem an, dass öffentlich zugängliche Einrichtungen für das Publikum geschlossen sind, namentlich Einkaufsläden und Märkte, Restaurationsbetriebe, Barbetriebe sowie Diskotheken, Nachtclubs und Erotikbetriebe, Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe und Betriebe mit personenbezogenen Dienstleistungen mit Körperkontakt wie Coiffeure. Gewisse Einrichtungen und Veranstaltungen sind jedoch vom Verbot ausgenommen,

¹ Zu den Begriffen z.B. Wikipedia, <https://de.wikipedia.org/wiki/SARS-CoV-2> (besucht am 9. April 2020).

² AS 2020 573.

³ Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19); SR 818.101.24.

⁴ S. z.B. AS 2020 783; AS 2020 841; AS 2020 863; AS 2020 1101; AS 2020 1199.

⁵ Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 1.

⁶ Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 in ihrer Fassung vom 13. März 2020 (AS 2020 773).

⁷ Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 in ihrer Fassung vom 16. März 2020 (AS 2020 783).

⁸ Art. 6 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 7 COVID-19-Verordnung 2 in ihrer Fassung vom 8. April 2020 (AS 2020 1199).

so z.B. Lebensmittelläden.⁹ Diese Bestimmung gilt heute unverändert fort und bleibt vorläufig bis 26. April 2020 bestehen.¹⁰ Lediglich die Erläuterungen zu dieser Bestimmung wurden mehrmals präzisiert.¹¹

[5] Das Verbot (Rz. 3) und die Schliessungsanordnung (Rz. 4) brachten und bringen viele Unternehmen in existentielle Nöte und Schwierigkeiten, weil sie plötzlich weniger oder sogar keine Einnahmen mehr generieren, während die Kosten weiter auflaufen, v.a. was Lohn- und Mietkosten anbetrifft. Dadurch gerieten die Lohn- und Mietzinszahlungspflicht in den Fokus der Politik und Rechtswissenschaft. Während zum ersten Thema bereits mehrere fundierte Abhandlungen existieren,¹² fehlen Abhandlungen zum zweiten Thema noch weitgehend. Im Zusammenhang mit der Mietzinszahlungspflicht wurde bisher hauptsächlich die Frage des Mietmangels diskutiert.¹³ In diesem Beitrag beleuchten die Autoren die Frage der Mietzinszahlungspflicht nicht nur aus dem Blickwinkel des Mietrechts, sondern auch des OR AT. Sie schlagen eine Prüfung anhand des untenstehenden Frage- und Prüfschemas vor.

2. Frage- und Prüfschema

2.1. Vorbemerkung

[6] Die Frage, ob im Einzelfall eine Mietzinszahlungspflicht besteht, ist stets anhand des Mietvertrags zu beantworten. Äussert sich der Mietvertrag zur Frage der Mietzinszahlungspflicht bei einem Veranstaltungsverbot (Rz. 3) oder einer Schliessungsanordnung (Rz. 4) nicht (z.B. im Zusammenhang mit Verzug, Haftung, Kündigungsrechten oder Force Majeure bzw. höherer Gewalt), ist diese Frage mithilfe des folgenden Frage- und Prüfschemas zu beantworten.

2.2. Unmöglichkeit bzw. Teilunmöglichkeit?

[7] Unmöglichkeit bedeutet, dass eine vertragliche Leistung nicht erbringbar ist.¹⁴ Dies setzt voraus, dass der Inhalt der Leistungspflicht mittels Vertragsauslegung ermittelt wird.¹⁵ Die Unmöglichkeit kann nur eine Sach- oder Dienstleistung, nicht aber eine Geldleistung beschlagen. Ein

⁹ Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 in ihrer Fassung vom 16. März 2020 (AS 2020 783).

¹⁰ Art. 6 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 7 COVID-19-Verordnung 2 in ihrer Fassung vom 8. April 2020 (AS 2020 1199).

¹¹ Zur heute geltenden Version dieser Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2), Fassung vom 3. April 2020 (Stand: 8. April 2020, 17.00 Uhr), <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html#1310036670> (besucht am 9. April 2020).

¹² Z.B. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Corona-Virus, in: Jusletter 23. März 2020.

¹³ Z.B. ANDREA MARTEL, Muss die Miete bei zwangsgeschlossenem Geschäft weiter fliessen?, NZZ vom 18. März 2020, S. 17.

¹⁴ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEF/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 631.

¹⁵ ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, Rz. 53.09.

Geldmangel bewirkt also nie eine Unmöglichkeit im Rechtssinne.¹⁶ Es gilt im Zivilrecht nämlich der Grundsatz «Geld muss man haben.»¹⁷

2.2.1. Die verschiedenen Arten von Unmöglichkeit

[8] Bei der Unmöglichkeit lässt sich die *objektive und die subjektive Unmöglichkeit* unterscheiden. Die objektive Unmöglichkeit definiert sich dadurch, dass die Leistung objektiv, also durch einen beliebigen Dritten, nicht erbringbar ist.¹⁸ Die subjektive Unmöglichkeit, auch als Unvermögen bezeichnet, ist nur für den konkreten Schuldner eine Unmöglichkeit, während ein beliebiger Dritter die Leistung erbringen könnte.¹⁹

[9] Die objektive Unmöglichkeit kann eine tatsächliche oder eine rechtliche Unmöglichkeit sein. Bei der tatsächlichen Unmöglichkeit beruht die Unmöglichkeit auf Tatsachen, bei der rechtlichen Unmöglichkeit auf rechtlichen Gründen.²⁰

[10] Die Unmöglichkeit ist zudem entweder eine *anfängliche (ursprüngliche) oder eine nachträgliche Unmöglichkeit*. Erstere liegt vor, wenn sie bereits bei Vertragsabschluss besteht, während letztere nach Vertragsabschluss eintritt.²¹

[11] Die Unmöglichkeit teilt sich weiter in die *verschuldete und die unverschuldete Unmöglichkeit* auf. Bei ersterer verantwortet der Schuldner die Unmöglichkeit, bei letzterer nicht.²²

[12] Die anfängliche objektive Unmöglichkeit fällt unter Art. 20 Abs. 1 OR. Aus diesem Grund kommt kein Vertrag zustande.²³

[13] Bei nachträglicher objektiver unverschuldeter Unmöglichkeit ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet, die Leistung zu erbringen, wird also frei (Art. 119 Abs. 1 OR).²⁴ Umgekehrt ist der Gläubiger bei zweiseitigen Verträgen nicht verpflichtet, die Gegenleistung zu erbringen (Art. 119 Abs. 2 OR),²⁵ womit der Gläubiger die Leistungsgefahr und der Schuldner die Gegenleistungsgefahr (Preisgefahr²⁶) trägt.²⁷ Vorbehalten bleiben nach Art. 119 Abs. 3 OR vertragliche oder gesetzliche Spezialregeln, wie z.B. im Kaufvertragsrecht (Art. 185 OR).²⁸

[14] Die nachträgliche objektive verschuldete Unmöglichkeit ist im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter zu vertiefen.²⁹

¹⁶ PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 2572.

¹⁷ Z.B. CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 915.

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), Rz. 634; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2558.

¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), Rz. 634; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2567.

²⁰ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2560.

²¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), Rz. 633; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2532.

²² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2529; zur Verantwortlichkeit im Speziellen: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2960 ff.

²³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), Rz. 631; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2574.

²⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2537.

²⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2541.

²⁶ Zur Abgrenzung von Gefahr und Risiko im Vertragsrecht z.B. ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Die Unfallshaftung im Schuldnerverzug, ZBJV 2019, S. 402 ff., S. 404 ff.

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2542.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2549 ff.

²⁹ Dazu z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2524.

[15] Die Behandlung der anfänglichen und nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit ist umstritten, braucht im vorliegenden Zusammenhang aber ebenfalls nicht weiter erörtert zu werden.³⁰

[16] Die (nachträgliche objektive unverschuldete) Unmöglichkeit ist eine (nachträgliche objektive unverschuldete) Teilunmöglichkeit, wenn sie nur einen Teil der Leistung betrifft.³¹ Art. 119 Abs. 1 OR (Rz. 13) findet nur auf diese Teilleistung Anwendung, wenn für den Gläubiger in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR die Annahme der Restleistung zumutbar ist.³²

2.2.2. Unmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen

[17] Bei Dauerschuldverhältnissen, wie z.B. Mietverträgen, kann eine *sachliche* Teilunmöglichkeit in dem Sinne vorliegen, dass der Mieter das Mietobjekt nur noch teilweise gebrauchen kann (z.B. den Blumenladen infolge der Schliessungsanordnung [Rz. 4] nur noch als Lager, nicht mehr als Verkaufsgeschäft). Es kann bei Dauerschuldverhältnissen wohl aber auch eine *zeitliche* Teilunmöglichkeit vorliegen, nämlich dann, wenn der Mieter das Mietobjekt nur während einer gewissen Zeit nicht gebrauchen kann (z.B. den Blumenladen infolge der Schliessungsanordnung [Rz. 4] nicht vom 17. März 2020 bis 26. April 2020).³³ Die Folge der Teilunmöglichkeit wäre eine Teilmietzinszahlungspflicht, wenn für den Mieter die Annahme der Restleistung zumutbar ist.³⁴

[18] Aufgrund des Veranstaltungsverbots (Rz. 3) und der Schliessungsanordnung (Rz. 4) kann ein Mieter das Mietobjekt während einer gewissen Zeit ganz oder teilweise nicht gebrauchen. Eine nachträgliche objektive unverschuldete Teilunmöglichkeit im Sinne einer rechtlichen (nachträglichen objektiven unverschuldeten) Teilunmöglichkeit liegt aber seitens des Vermieters nur dann vor, wenn er neben dem Mieter auch Adressat des Veranstaltungsverbots oder der Schliessungsanordnung ist. Das ist aber zu verneinen.³⁵ Denn diese behördlichen Anordnungen sind subjektbezogen und nicht objektbezogen. Mit anderen Worten richten sich diese behördlichen Anordnungen an den Inhaber eines Betriebs, der vom Geltungsbereich der behördlichen Anordnung erfasst ist, und nicht auch an den Vermieter des Mietobjekts, in dem der Betriebsinhaber sein Geschäft betreibt. Für diese Ansicht spricht weiter, dass der Vermieter die behördlichen Anordnungen (z.B. Betriebsschliessung oder Absage der Veranstaltung) gar nicht durchsetzen kann. Denn der Vermieter ist lediglich mittelbarer Besitzer des Mietobjekts, da er die Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft durch Abschluss des Mietvertrags auf den Mieter (d.h. unmittelbaren Besitzer) übertragen hat.³⁶ Zudem besitzt der Vermieter kein Weisungsrecht gegenüber dem

³⁰ Dazu z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2557 ff.

³¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2604.

³² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2609.

³³ Vgl. zur zeitlichen Teilunmöglichkeit bei Dauerschuldverträgen im Allgemeinen: PETER GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss., Freiburg 1968 = AISUF Band 34, Freiburg 1968, S. 128.

³⁴ PETER HIGI/CHRISTOPH WILDISEN, in: Zürcher Kommentar, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 258 OR N 25; vgl. dazu im Allgemeinen: GAUCH (Fn. 33), S. 129 *in fine*.

³⁵ MARKUS VISCHER/ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI, Coronavirus SARS-CoV-2: Bundesrätliche Veranstaltungs- und Betriebsverbote – Mietvertragliche Aspekte, Newsletter Nr. 137 Walder Wyss AG (März 2020), https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/Newsletter-137.pdf (besucht am 9. April 2020), S. 2 (Ziff. D.1.c.); implizit auch BENJAMIN MÄRKLI, Die «Corona-Verordnung» des Bundesrats vom 28. Februar 2020, in: Jusletter 9. März 2020, Rz. 6 und 17.

³⁶ Zu den Begriffen «unmittelbarer Besitzer» und «mittelbarer Besitzer» siehe z.B. WOLFGANG ERNST, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 920 N 2.

Mieter (bzw. dessen Arbeitnehmern³⁷). Folglich werden die Leistungen des Vermieters und des Mieters³⁸ aufgrund der behördlichen Anordnungen nicht rechtlich (teil-)unmöglich. Weder der Vermieter noch der Mieter werden daher unter dem Titel «(Teil-)Unmöglichkeit» von ihren Leistungen (teil-)befreit.

2.3. (Teil-)Zweckfortfall oder (Teil-)Verwendungsunmöglichkeit?

2.3.1. (Teil-)Zweckfortfall

[19] Beim Zweckfortfall ist die Sach-/Dienstleistung an sich noch objektiv möglich, doch kann sie der Gläubiger nicht entgegennehmen. Sie erreicht also ihren Zweck nicht mehr. Schulbeispiele sind der gestorbene Patient, den der gerufene Arzt infolge des Todes nicht mehr behandeln kann oder das abgebrannte Haus, das der gerufene Maler infolge des Brands nicht mehr bemalen kann.³⁹ Analog der Teilunmöglichkeit (Rz. 16) ist auch beim Zweckfortfall ein Teilzweckfortfall denkbar, der bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Mietvertrag ebenfalls eine sachliche und/oder zeitliche Komponente haben kann (Zweckfortfall im vorerwähnten Blumenladenbeispiel nur betreffend die Nutzung als Verkaufsgeschäft, nicht als Lager, und nur für die Zeit vom 17. März 2020 bis 26. April 2020).

[20] Die Rechtsfolgen eines Zweckfortfalls sind in der Lehre umstritten. Die Mehrheit der Autoren in der Lehre und das Bundesgericht⁴⁰ wenden auf den Zweckfortfall die geschilderten Regeln über die Unmöglichkeit an (Rz. 13 und 16), während eine starke Minderheitsmeinung Art. 378 Abs. 1 OR analog angewandt haben will.⁴¹ Im ersten Fall würde der Vermieter von seiner Leistungspflicht (teilweise) befreit, während der Mieter die Mietzinszahlung (teilweise) nicht mehr erbringen müsste. Im zweiten Fall würde der Mieter von der Mietzinszahlung nicht (teilweise) befreit, könnte aber Ersparnisse und sonstige Vorteile des Vermieters (wie z.B. tiefere Energiekosten des Vermieters) von der Mietzinszahlung in Abzug bringen.⁴²

2.3.2. (Teil-)Verwendungsunmöglichkeit

[21] Grosse Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Zweckfortfalls von der Verwendungsunmöglichkeit. Bei der Verwendungsunmöglichkeit ist die Sach-/Dienstleistung ebenfalls noch objektiv möglich. Auch kann der Gläubiger die Sach-/Dienstleistung an sich noch entgegennehmen, doch kann er sie nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwenden. Das Schulbeispiel ist die vor der Hochzeit sitzengelassene Braut, die das noch zu liefernde Brautkleid zwar entgegennehmen, aber nicht mehr zum vorgesehenen Zweck verwenden kann.⁴³

³⁷ Zum «Weisungsrecht» siehe z.B. WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 321d N 1 ff.

³⁸ Die Mietzinszahlungspflicht, also die Geldleistung, ist nämlich nach wie vor möglich (siehe Rz. 7).

³⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2561.

⁴⁰ Z.B. BGE 107 II 144; siehe auch BGE 57 II 532 und BGE 48 II 366, wo das Bundesgericht zu Unrecht jeweils einen Zweckfortfall annahm. Vielmehr wäre jeweils auf Verwendungsunmöglichkeit zu entscheiden gewesen.

⁴¹ Z.B. WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 119 N 6; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2561.

⁴² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2561.

⁴³ KOLLER (Fn. 15), Rz. 53.16.

[22] Bei der Verwendungsunmöglichkeit werden die Parteien nicht von ihren Leistungen befreit.⁴⁴ Im vorliegenden Kontext wäre der Mieter also verpflichtet, die Miete weiterhin (vollumfänglich) zu bezahlen.

[23] Die Abgrenzungsschwierigkeiten des Zweckfortfalls von der Verwendungsunmöglichkeit zeigen sich exemplarisch im berühmten Krönungsfall, letztlich auch einem Mietrechtsfall. In diesem Fall war zu entscheiden, ob die für die Besichtigung des Krönungsfestzugs von König Eduard VII. gemieteten Fensterplätze bezahlt werden mussten oder nicht, nachdem König Eduard VII. zwei Tage vor der Krönung an einer Blinddarmentzündung erkrankt war. In der Lehre wurde die Frage unterschiedlich beantwortet, nämlich zum einen nach den Regeln des Zweckfortfalls⁴⁵ und zum anderen nach den Regeln der Verwendungsunmöglichkeit⁴⁶.

[24] Es erstaunt deshalb nicht, dass das Bundesgericht im Mietvertragsrecht betreffend die Abgrenzung des Zweckfortfalls von der Verwendungsunmöglichkeit sich widersprechende Entscheidung gefällt hat: Im Fall «Migros», in dem die Migros infolge eines Verbots der Behörden einen gemieteten Laden nicht wie von der Migros vorgesehen betreiben konnte, entschied das Bundesgericht auf Verwendungsunmöglichkeit und damit zugunsten der Mietzinszahlungspflicht der Migros.⁴⁷ Anders entschied es im Fall «Emrich».⁴⁸ In diesem Fall ging es um eine Mieterin, die ihre Zahnarztpraxis wegen eines neuen Gesetzes nicht mehr betreiben konnte. Das Bundesgericht entschied in diesem Fall auf Zweckfortfall und damit gegen die Mietzinszahlungspflicht der Mieterin.⁴⁹

[25] Wie dargestellt führen das Verbot (Rz. 3) und die Schliessungsanordnung (Rz. 4) dazu, dass ein Mieter das Mietobjekt während einer gewissen Zeit ganz oder teilweise nicht gebrauchen kann. Er kann die Leistung vom Vermieter allerdings entgegennehmen, sie aber nicht mehr (oder nur noch teilweise) zum vorgesehenen Zweck verwenden (Rz. 22). Es liegt folglich in der hier interessierenden Konstellation – wie im Fall «Migros» (Rz. 24) und nach richtiger Ansicht⁵⁰ im «Krönungsfall» (Rz. 23) – eine Verwendungsunmöglichkeit und kein Zweckfortfall vor, womit die (vollständige) Mietzinszahlungspflicht des Mieters bestehen bleibt.

2.4. Schlechterfüllung?

[26] Liegt kein Nichterfüllungstatbestand im Sinne der Unmöglichkeit (worunter nach der h.L. und dem Bundesgericht auch der Zweckfortfall fällt) vor, ist zu prüfen, ob ein Schlechterfüllungstatbestand – im vorliegenden Kontext also eine Schlechterfüllung bzw. mangelhafte Erfüllung seitens des Vermieters – gegeben ist.

[27] Ein Mangel im Mietrecht besteht im Fehlen einer vereinbarten Eigenschaft, womit der Mangel eine negative Vertragsabweichung, d.h. eine negative Abweichung der Ist- von der vertrag-

⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 16), Rz. 2566.

⁴⁵ KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, S. 327.

⁴⁶ HANS MERZ, Die Revision der Verträge durch den Richter, ZSR 1942, S. 393a ff., S. 410a.

⁴⁷ BGE 62 II 42.

⁴⁸ BGE 57 II 532.

⁴⁹ Siehe auch BGE 48 II 366: Fall «EKZ», in dem das Bundesgericht entschied, dass der Rechtsnachfolger der Gebrüder Renold, deren Häckselfabrik abgebrannt war, dem EKZ infolge Zweckfortfalls keinen Stromzins mehr schuldet.

⁵⁰ Siehe Fn. 46.

lichen Sollbeschaffenheit ist.⁵¹ Der Mangel ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung subjektiv-objektiv zu ermitteln.⁵² Das bedeutet, dass betreffend die Sollbeschaffenheit des Mietobjekts nach der Willentheorie zuerst der wirkliche Parteiwille und nur, wenn dieser nicht feststellbar ist, nach der Erklärungs- bzw. Vertrauenstheorie der hypothetische Parteiwille festzustellen ist.⁵³ Daran ändert auch Art. 256 Abs. 1 OR nichts, der zur Bestimmung der Sollbeschaffenheit auf die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch verweist. Denn der vorausgesetzte Gebrauch ist letztlich nichts anderes als der vereinbarte Gebrauch, weshalb auch im Mietrecht die Vereinbarung der Parteien die Sollbeschaffenheit bestimmt.⁵⁴

[28] In aller Regel betrifft die Vereinbarung zur Sollbeschaffenheit des Mietobjekts nur objektbezogene und nicht betriebsbezogene Eigenschaften des Mietobjekts. Deshalb wird in Mietverträgen oft festgehalten, dass allfällige Betriebsbewilligungen Sache des Mieters sind.⁵⁵

[29] Das Veranstaltungsverbot (Rz. 3) und die Schliessungsanordnung (Rz. 4) sind – im Unterschied z.B. zu einer fehlenden Bewilligung für die Vermietung einer Familienwohnung als Büro⁵⁶ – als betriebsbezogene Eigenschaften zu würdigen.⁵⁷ Dazu passt, dass der Adressat dieses Verbots und dieser Anordnung der Mieter und nicht auch der Vermieter ist (Rz. 18).⁵⁸ Dazu passt weiter, dass Verwendungsunmöglichkeit und kein Zweckfortfall vorliegt, der Mieter also die Leistung des Vermieters sehr wohl entgegennehmen, sie aber nicht (oder nur teilweise) zum vorgesehenen Zweck verwenden kann (Rz. 25).⁵⁹

[30] Damit liegt beim Veranstaltungsverbot (Rz. 3) und bei der Schliessungsanordnung (Rz. 4) unserer Auffassung nach kein Schlechterfüllungstatbestand vor.⁶⁰

⁵¹ MARKUS VISCHER, Der Mängelbegriff im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht, recht 2015, S. 1 ff., S. 5.

⁵² VISCHER (Fn. 51), S. 5.

⁵³ VISCHER (Fn. 51), S. 2; zur Kritik an der subjektiv objektiven Vertragsauslegung z.B. CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 70 ff.; HEINRICH HONSELL, Willentheorie oder Erklärungstheorie?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 335 ff.; siehe auch CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017, in: Jusletter 24. September 2018, Rz. 20 m.w.Nw.

⁵⁴ Zum Ganzen: VISCHER (Fn. 51), S. 4 f.

⁵⁵ MATTHIAS STREIFF, Mietzinsherabsetzung: Corona-Virus und die Geschäftsmiete, <https://www.weka.ch/themen/bau-immobilien/mietrecht/mietzins-und-nebenkosten/article/mietzinsstundung-corona-virus-und-die-geschaeftsmiete/> (besucht am 9. April 2020), Ziff. 3.

⁵⁶ ZK-HIGI/WILDISEN (Fn. 34), Art. 258 OR N 32.

⁵⁷ Gl.M. STREIFF (Fn. 55), Ziff. 2.3 und 3.

⁵⁸ Siehe die Nachweise in Fn. 35.

⁵⁹ In diesem Sinne betreffend Sachleistungen: MARKUS VISCHER/ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI, Coronavirus SARS-CoV-2: Bundesrätliches Verbot grösserer Veranstaltungen – Auswirkungen auf Verträge, Newsletter Nr. 132 Walder Wyss AG (März 2020), https://www.walderwyss.com/user_assets/publications/Newsletter-132.pdf (besucht am 9. April 2020), S. 2 (Ziff. F.a.).

⁶⁰ Gl.M. PETER HIGI, Welche Fragen Covid-19 im Mietrecht aufwirft und die Lösungsansätze, <https://www.sjz.ch/de/themen/recht-aktuell/welche-fragen-covid-19-im-mietrecht-aufwirft-und-die-losungsansatze> (besucht am 9. April 2020), Ziff. 2.3; MARC IYNEJIAN, COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants. Impact sur l'obligation de payer le loyer, https://www.civ.ch/wp-content/uploads/2020/03/3_30_avis-de-droit-annex%C3%A9-au-communiqu%C3%A9.pdf (besucht am 9. April 2020), S. 4; PETER HIGI, Gutachterliche Stellungnahme vom 26. März 2020 zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der «Corona-Pandemie», https://www.hev-schweiz.ch/fileadmin/sektionen/hev-schweiz/PDFs_Dateien/Medienmitteilungen/2020_Medienmitteilungen/Gutachterl_Stellungn_Prof_Higi.pdf (besucht am 9. April 2020), S. 2; STREIFF (Fn. 55), Ziff. 4; Frage offen gelassen: Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. April 2020, Coronavirus: Bundesrat ruft Mietparteien auf, Lösungen bei Geschäftsmieten zu finden, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78746.html> (besucht am 9. April 2020).

[31] In diesem Sinne hat auch der deutsche Bundesgerichtshof entschieden, als er die Meinung vertrat, ein vom Bundesland Rheinland-Pfalz nach Abschluss eines Gaststättenpachtvertrags erlassenes Rauchverbot stelle (ebenso wie nachträglich eingeführte Sperrfristen) keinen Mietmangel dar.⁶¹

[32] Wie bei den Nichterfüllungstatbeständen bleiben aber besondere vertragliche Abreden vorbehalten, die z.B. vom Vermieter garantierte Ladenöffnungszeiten betreffen.⁶² In einem solchen Fall könnten Art. 259a ff. OR, die mietvertraglichen Regeln bei Mängeln des Mietobjekts, dennoch zum Zuge kommen.

2.5. Weitere Rechtsbehelfe?

[33] Liegt kein Nichterfüllungs- und kein Schlechterfüllungstatbestand vor, ist zu prüfen, ob betreffend die Mietzinszahlung die Regeln über die Vertragsanpassung greifen.⁶³ Als gesetzliche Anpassungsregel gilt im Mietrecht die Kündigung aus wichtigem Grund (Art. 266g OR).⁶⁴ Als richterliche Anpassungsregel gilt die *clausula rebus sic stantibus*, deren dogmatische Grundlage umstritten ist.⁶⁵

[34] Bei der Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Art. 266g OR ist offen, ob auch eine Teilkündigung bzw. modifizierte Teilkündigung im Sinne einer Kündigung mit einem begrenzten sachlichen und/oder zeitlichen Umfang analog Art. 20 Abs. 2 OR möglich ist. Damit würde im Ergebnis ein ähnliches Resultat wie bei einer Teilunmöglichkeit oder bei einem Teilzweckfortfall erreicht. Eine Kündigung, die keine Teilkündigung bzw. modifizierte Teilkündigung ist, dürfte in vielen Fällen nicht zielführend sein, da der Mieter nicht an einer Auflösung des Mietverhältnisses mit Wirkung *pro futuro* interessiert sein dürfte.

[35] Beim Veranstaltungsverbot (Rz. 3) bzw. bei der Schliessungsanordnung (Rz. 4) könnten – je nach Sachverhalt – die strengen Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt sein.⁶⁶ Eine (einzelfallgerechte) Anpassung des Mietzinses mittels des Rechtsbehelfes der *clausula rebus sic stantibus* dürfte zielführender sein als eine Kündigung gemäss Art. 266g OR.⁶⁷

⁶¹ Urteil des BGH XII ZR 189/09 vom 13. Juli 2011.

⁶² STREIFF (Fn. 55), Ziff. 2.4.

⁶³ Dazu im Allgemeinen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), Rz. 1279a ff.

⁶⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), Rz. 1286.

⁶⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), Rz. 1288 ff.; siehe auch ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 266 N 1, wonach Art. 266g OR eine Umsetzung der *clausula rebus sic stantibus* sei.

⁶⁶ Die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* bejahend: THOMAS KOLLER, Müssen Geschäfte die Mieten weiterhin zahlen?, 10vor10 vom 30. März 2020, <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/geschlossene-betriebe-muessen-geschaefte-die-mieten-weiterhin-zahlen> (besucht am 9. April 2020); siehe auch GIOVANNI MOLO/FLAVIO AMADÒ, Covid-19: implicazioni giuridiche per le imprese, NF 2020, S. 3 ff., S. 14: «Indipendentemente da tali aspetti, le generali (federali, di altri Cantoni ed estere) restrizioni di diritto pubblico possono quindi portare, da sole o in congiunzione con assenze per malattie dovute alla pandemia, a situazioni di impossibilità oggettiva o, sussidiariamente, casi di applicazioni della *clausula rebus sic stantibus*.»

⁶⁷ Eher kritisch zum Einsatz dieser allgemeinen Rechtsbehelfe: STREIFF (Fn. 55), Ziff. 4; wohl gl.M. zum Verhältnis von Art. 266g OR und den Unmöglichkeitregeln: JÜRIG P. MÜLLER, in: SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 266g OR N 12 ff.; gl.M. zum Verhältnis von Art. 266g OR und den Schlechterfüllungsregeln, insbesondere Art. 259b lit. a OR mit der Möglichkeit der fristlosen Kündigung bei Mängeln: BSK OR I-WEBER (Fn. 65), Art. 266g N 3 f.

3. COVID-19-Verordnung Miete und Pacht

[36] Als weiteres Corona-Recht erliess der Bundesrat am 27. März 2020 die bundesrätliche Verordnung vom 27. März 2020 über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtrecht (COVID-19-Verordnung Miete und Pacht).⁶⁸

[37] Art. 2 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht statuiert, dass der Vermieter in Abweichung von Art. 257f Abs. 1 OR bei der Zahlungsverzugskündigung eine Frist von mindestens 90 statt mindestens 30 Kalendertagen ansetzen muss, wenn «der Mieter aufgrund von Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung des Coronavirus mit der Bezahlung von Mietzinsen und Nebenkosten, die zwischen dem 13. März 2020 und dem 31. Mai 2020 fällig werden, in Rückstand» ist.

[38] Damit bestätigt der Bundesrat implizit den vorstehenden Befund (Rz. 18, 25 und 29 f.), dass trotz dem Veranstaltungsverbot (Rz. 3) und der Schliessungsanordnung (Rz. 4) von einer Mietzinszahlungspflicht des Mieters auszugehen ist. Andernfalls macht Art. 2 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht wenig Sinn. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass Art. 2 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht nur bei Mietzinsrückständen für Geschäftsmieten infolge von Veranstaltungsverböten oder Schliessungsanordnungen anwendbar ist.

[39] Art. 2 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht ist zudem derart schwammig formuliert, dass sie den Mietern kaum hilft und in viele Streitigkeiten münden dürfte. Sie ändert im Grundsatz ja auch nichts an der Mietzinszahlungspflicht des Mieters, weshalb der Mieter bei Nichtzahlung eines Mietzinses in Verzug gerät und dem Vermieter Verzugszinsen von gesetzlich 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR) schuldet. Der Geschäftsmieter ist deshalb besser beraten, andere Instrumente des Corona-Rechts zu nutzen, z.B. gemäss der bundesrätlichen Verordnung vom 25. März 2020 zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung⁶⁹) einen Kredit mit einem Zinssatz von 0 % oder 0.5 % zu beantragen, um die Mietzinsen zu bezahlen.

[40] Das letzte Wort dürfte im Corona-Miet- und Pachtrecht und im Corona-Recht an sich nicht gesprochen sein. Es ist mit weiteren Neuerungen bzw. Änderungen zu rechnen.⁷⁰

lic. iur. ANDREA HAEFELI, Rechtsanwältin, LL.M., ist Konsultantin in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, ist Associate in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

⁶⁸ Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen (COVID-19-Verordnung Miete und Pacht; SR 221.213.4).

⁶⁹ Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung; SR 951.261).

⁷⁰ Am 8. April 2020 entschied der Bundesrat nicht in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Geschäftsmietern und Vermietern einzugreifen und stattdessen alle Akteure zu konstruktiven und pragmatischen Lösungen aufzurufen. Der Bundesrat hat jedoch das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beauftragt, zusammen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) mittels Monitoring die Situation im Bereich der Geschäftsmieten zu beobachten und dem Bundesrat bis im Herbst 2020 Bericht zu erstatten (Medienmitteilung des Bundesrates vom 8. April 2020, Coronavirus: Bundesrat ruft Mietparteien auf, Lösungen bei Geschäftsmieten zu finden, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78746.html> [besucht am 9. April 2020]). Ob eine Mietzinszahlungspflicht trotz behördlichen Anordnungen besteht, ist folglich – wie in diesem Beitrag dargestellt – gestützt auf den OR AT und das Mietrecht zu beantworten.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, Rechtsanwalt, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.