


 UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT  
 UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

© Prof. Th. Probst


**Auswirkungen der «Covid-19-Verordnung 2»  
 auf Geschäftsraummieten aus  
 obligationenrechtlicher Sicht**

**Weblaw Online-Seminar**  
 27. Mai 2020, 10.00-12.00  
 Prof. Th. Probst, UniFR


 FACULTE DE DROIT  
 UNIVERSITE DE FRIBOURG


 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
 UNIVERSITÄT FREIBURG

© Prof. Th. Probst


**UNI  
FR**

**Überblick**

A. Vorbemerkung  
 B. Ausgangslage  
 C. Präzisierungen & schematischer Überblick  
 D. Fragestellung  
 E. Diskussion von Rechtsgrundlagen  
 F. Optionen des Mieters  
 G. Schlussfolgerungen


**I. Vorbemerkung**


Zur Zeit herrscht **Rechtsunsicherheit**, weil...

- die Rechtspraxis kaum Erfahrung mit Pandemien hat
- in Mietverträgen diesbezügliche Bestimmungen selten sind
- zahlreiche Verordnungsänderungen in kurzen Abständen die Orientierung über die Rechtslage für die einzelnen Zeitperioden erschweren
- diverse juristische Meinungen vorliegen, die einzelfall- bzw. klientenorientiert sind
- noch wenig wissenschaftliche Publikationen und erst vereinzelte gerichtliche Entscheide vorliegen
- niemand die mittelfristigen Umsatzeinbussen von Betrieben in gemieteten Geschäftsräumen voraussehen kann; auch der Staat nicht.


... deshalb in erster Linie Rückbesinnung auf die **obligationenrechtlichen Grundregeln** (als etabliertes marktkonformes Instrumentarium)

- Kurzdarstellung (unter Vorbehalt spezifischer Einzelfallumstände)


 FACULTE DE DROIT  
 UNIVERSITE DE FRIBOURG


 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
 UNIVERSITÄT FREIBURG


© Prof. Th. Probst



**UNI  
FR**

**II. Ausgangslage**


A. Während eines **laufenden Mietvertrags** (= Dauerschuldverhältnis auf bestimmte oder unbestimmte Dauer)...  
 B. ... kommt es zu einer Kaskade **staatlicher Massnahmen**:

- **Verbot öffentlicher/privater Veranstaltungen > 1000 Personen** (28.2.2020–15.3.2020)
- **Verbot öffentlicher/privater Veranstaltungen ≥ 100 Personen** (inkl. Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe) sowie Beschränkung auf **max. 50 Personen in Restaurations- & Barbetrieben** (13.3.2020–30.4.2020)
- **Verbot aller öffentlichen/privater Veranstaltungen** (inkl. Sport- & Vereinsaktivitäten) sowie **«öffentlich zugängliche Einrichtungen sind für das Publikum geschlossen...»** (z.B. Einkaufsläden, Restaurants etc. [mit zahlreichen Ausnahmen]) (17.3.2020 – 19.4.2020)
- **Schrittweise Lockerungen**: z.B. Einkaufsläden/Märkte, obligatorische Schulen ab 11.5.2020; weitere Lockerungen ab 6. Juni 2020...


 FACULTE DE DROIT  
 UNIVERSITE DE FRIBOURG


 RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
 UNIVERSITÄT FREIBURG

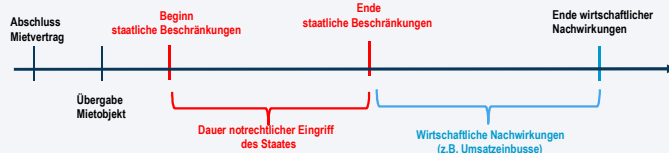
© Prof. Th. Probst


**UNI  
FR**

### III. Präzisierungen und schematischer Überblick

- A. Covid-19-Verordnung 2 = staatlicher Eingriff in **Wirtschaftsfreiheit** bzw. **persönliche Freiheit** bezüglich der privatwirtschaftlichen Organisation von «Veranstaltungen» und der Führung von «Betrieben» bzw. «Einrichtungen».
- B. Covid-19-Verordnung 2 greift u.a. mittels staatlicher **ad hoc-Verbote** bzw. **Beschränkungen** in **bestehende Mietverhältnisse** ein
- C. Im Fokus steht die Miete von **Geschäftsräumen** (≠ Wohnungen), d.h. Mieter ist nicht Konsument, sondern **Unternehmer** und setzt sich damit bewusst **unternehmerischem Risiko** aus
- D. IdR besteht **keine Versicherungsdeckung** für die wirtschaftlichen Folgen einer Pandemie

#### E. Schematischer Überblick



FACULTE DE DROIT  
UNIVERSITE DE FRIBOURG

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
UNIVERSITÄT FREIBURG

© Prof. Th. Probst



### IV. Fragestellung

Welche Vertragspartei soll bei **Geschäftsmieten** das **unternehmerische Risiko** für nachträgliche staatliche Verbote/Beschränkungen tragen, die sich negativ auf die wirtschaftliche Nutzung des Mietobjekts auswirken (Umsatz- bzw. Gewinneinbuße)...

- während der **Dauer** der **staatlichen Massnahmen**
- für die **wirtschaftlichen Nachwirkungen** nach dem Ende der staatlichen **Massnahmen?**

FACULTE DE DROIT  
UNIVERSITE DE FRIBOURG

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
UNIVERSITÄT FREIBURG

© Prof. Th. Probst



### V. Rechtsgrundlagen

Diese Frage beantwortet sich...

#### A. Primär aufgrund der vertraglichen Bestimmungen:

Unter Umständen enthält der Mietvertrag eine Bestimmung zu **Epidemien bzw. Pandemien** oder eine allgemeine Klausel zu **nachträgliche Veränderungen** der Umstände

→ diesfalls geht es um ein Problem der **Vertragsauslegung** im Einzelfall, welche Partei das unternehmerische Risiko für Covid 19 trägt.

#### B. Subsidiär nach den obligationenrechtlichen Grundsätzen, d.h.

1. **Grundlagenirrtum** (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)
2. **nachträgliche (unverschuldete, objektive) Unmöglichkeit** (Art. 119 OR)
3. **Sachgewährleistung (Schlechterfüllung)** (Art. 97, 258 ff. OR)
4. **Clausula rebus sic stantibus** (vgl. Art. 373 Abs. 2 OR)

FACULTE DE DROIT  
UNIVERSITE DE FRIBOURG

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
UNIVERSITÄT FREIBURG

© Prof. Th. Probst



### VI. Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR)

#### a) Voraussetzungen

- **Irrtum** des Mieters über **künftige** Verwendbarkeit des Mietobjekts zum beabsichtigten Zweck (BGE 118 II 297 anerkennt Irrtum über künftigen Sachverhalt)
- **subj. W.:** Irriger Sachverhalt des Mieters als *conditio sine qua non* für **konkreten** Vertragsabschluss
- **obj. W.:** Mieter durfte nach **T&G** der Verwendbarkeit des Geschäftsraums wesentliche Bedeutung zumessen (→ idR gemeinsamer Irrtum)
- **Erkennbarkeit** der subj. W. des Mieters für Vermieter (Erfordernis umstritten)
  - bei Miete einer Geschäftsfläche für eine **spezifische** (nachträglich **verboten**) **Veranstaltung** (z.B. Messe): → Voraussetzungen grundsätzlich **erfüllt**;
  - bei einer (nachträglich angeordneten) **vorübergehenden** Nutzungsbeschränkung des Geschäftsraums für laufenden **Betrieb** («Schliessung für Publikum»): → einzelfallabhängig; fraglich, ob Rechtsfolge im Interesse des Mieters ist

#### b) Rechtsfolge

- **Anfechtbarkeit** Vertrag (1 Jahr ab Entdeckung Irrtum, Art. 31 OR)
- **Ex tunc Ungültigkeit** des Mietvertrags: → Rückgabe erfolgter Leistungen (bei Veranstaltungsverbot allenfalls adäquate Lösung)
- **Ex nunc Beendigung** bei vorübergehender Nutzungsbeschränkung? Praktisch

**kaum relevant**

FACULTE DE DROIT  
UNIVERSITE DE FRIBOURG

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
UNIVERSITÄT FREIBURG

© Prof. Th. Probst



## VII. Nachträgliche (unversch. & obj.) Unmöglichkeit (Art. 119 OR)

### a) Voraussetzungen :

- **obj. Leistungsunmöglichkeit** (massgeblich ist die geschuldete **Einzeilleistung**)
    - Mieter: **Mietzinszahlungspflicht** → bleibt möglich (Geldschuld)
    - Vermieter: **Gebrauchsüberlassungspflicht** → bei Verbot künftiger Veranstaltung idR – formell – noch möglich / bei nachträglicher Nutzungsbeschränkung des Betriebs («Schliessung für Publikum») bereits **erfolgt**;
    - Vermieter: **Instandhaltung der Gebrauchstauglichkeit** (Art. 256 Abs. 1 OR) (= Mängelfreiheit): sofern Nutzungsbeschränkung als rechtlicher **Mangel** anerkannt → **Mangelbeseitigung** für Vermieter **unmöglich** (da Staat über Aufhebung der Beschränkung entscheidet)
  - **nachträglich**: → nach Abschluss Mietvertrag
  - **unverschuldet**: → Vermieter hat staatliche Nutzungsbeschränkung nicht zu verantworten
- bei **vorübergehender** nachträglicher Nutzungsbeschränkung des **Betriebs** («Schliessung für Publikum»): → **«Teilunmöglichkeit»** im Einzelfall vertretbar (sofern kein Verzug vorliegt, d.h. falls «Nachlieferung» ausscheidet)

### b) Rechtsfolge:

falls **«Teilunmöglichkeit»** bejaht → wäre Vermieter von Instandhaltungsschuld und Mieter von synallagmatischer Mietzinspflicht befreit (Umfang sachadäquat?, Nebenkosten bleiben geschuldet?)

## VIII. Sachgewährleistung 258 ff. OR (Schlechterfüllung, Art. 97 OR)

### a) Voraussetzungen

- **Mangel**: Fehlen einer zugesicherten bzw. für Gebrauch vorausgesetzten Eigenschaft des Mietobjekts
  - nachträgliche **rechtliche Nutzungsbeschränkung** (vertretbar)
  - **erhebliche** Beeinträchtigung (= schwerer Mangel)
  - **nicht vom Mieter zu verantworten** (Art. 259a OR)
  - **keine Genehmigung** durch Mieter

### b) Rechtsfolge

- **Mangelbeseitigung**: **unmöglich** (trotzdem Sachgewährleistung? umstritten)
- **Fristlose Kündigung** mangels Behebung schweren Mangels? (Art. 259b OR)
- verhältnismässige **Mietzinsreduktion** (Art. 259d OR)
- Haftung für **Mangelfolgeschaden**, sofern keine **Exkulpation** (259e OR): mangels Verschuldens des Vermieters keine Haftung für nachwirkende Schäden

#### Fragen:

- Gewährleistungsrechtliche «Kausalhaftung» des Vermieters für Mieternachteile aus **Notrecht**?
- (gültiges) Versprechen des Vermieters, dass **Gesetzgebung nicht ändern** und Nutzung des Mietobjekts nicht beeinträchtigt werden wird?

## IX. Clausula rebus sic stantibus

### a) Grundlagen

- Regel: **pacta sunt servanda** trotz **tempora mutantur...**
- **Ausnahmen**: insb. Leistungsunmöglichkeit (Art. 119 OR), ao. Kündigung (Art. 266g OR) oder **clausula rebus sic stantibus** (vgl. Art. 373 Abs. 2 OR)

### b) Voraussetzungen (clausula rebus sic stantibus)

- Eintritt **unvorhersehbarer & unvermeidbarer** aussordentlicher Umstände: → Covid 19 Pandemie mit notrechtlichen Eingriffen ins Mietverhältnis zulasten Mieter
- **Unzumutbare** gravierende **Leistungsäquivalenzstörung** zulasten Mieter: → idR gegeben

### c) Rechtsfolge

- **richterliche Vertragsanpassung**: Mietzinsreduktion auf **zumutbares** Niveau (keine vollständige Leistungsäquivalenz, vgl. Art. 2 ZGB)
- p.m. **Vertragsaufhebung** (ex tunc/nunc): in casu kaum relevant

## X. Optionen des Mieters

### Je nach Zielsetzung:

#### a) Vertragsbeendigung

- Vertragsaufhebung ex tunc: → Grundlagenirrtum (als limitierte Option)
- Vertragsaufhebung ex nunc: → ausserordentliche Kündigung (Art. 266g OR)

#### b) Mietzinsreduktion

- Sachgewährleistung (Art. 259d OR)
- Mangelfolgeschaden? (Art. 259e OR; kein Ersatz, da kein Verschulden Vermieter)

#### c) Vertragsanpassung

- clausula rebus sic stantibus (Mietzinsreduktion im Umfang der Unzumutbarkeit; Vertragsaufhebung als weitere Option)

## XI. Schlussfolgerungen

- a) **Clausula rebus sic stantibus** als **adäquateste obligationenrechtliche** Grundlage für eine sachgerechte Verteilung des unternehmerischen Risikos auf Vermieter und Mieter anhand der **konkreten Umstände** des Einzelfalls.
- b) **Mietzinsreduktion** (Art. 259d OR) im Verhältnis **Gebrauchstauglichkeit/ Gebrauchsuntauglichkeit** des Geschäftsraums während staatlicher Beschränkungen (vgl. schiedsgerichtlichen Entscheid) ist marktwirtschaftlich nicht sachgerecht, da der Vermieter damit das unternehmerische Risiko des Mieters trägt.
- c) Nochmaliger Eingriff ins Mietverhältnis mittels einer **«lex corona»** (z.B. **staatlich verordnete Risikoaufteilung** von 60% zulasten Vermieter und 40% zulasten Mieter) nimmt (nicht einzelfallgerechte) **Ungleichheiten** in Kauf (und provoziert allenfalls weitere gesetzliche Eingriffe in die Privatautonomie).
- d) Notverordnungsrecht sollte **keine sinnwidrigen Rechtsbegriffe** schöpfen (wie «rechtsverbindliche Empfehlungen»), die Rechtsunsicherheit schaffen.

## Fazit:

**verschiedene rechtliche Wege stehen offen...;**  
**...am effizientesten und adäquatesten ist der Weg**  
**der pragmatischen Vernunft der Vertragsparteien**