

Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge

L'impact des mesures d'urgence dans la crise du Coronavirus sur les contrats de bail commercial

Aufsatz von Dr. Roberto Peduzzi, Basel

1. Einleitung.....	4
2. Der Lockdown als Mangel des Mietobjekts?.....	5
2.1 Fragestellung.....	5
2.2 Die vertragliche Vereinbarung als Ausgangspunkt.....	6
2.3 Die Gebrauchstauglichkeit als objektiver Massstab für die Definition der zu erwartenden Eigenschaften des Mietobjekts.....	6
2.4 Ein Mangel liegt nur vor, wenn die Leistungsstörung einen Bezug zum Mietobjekt hat.....	8
2.5 Risiko von Rechtsänderungen.....	8
2.6 Einfluss des Lockdowns auf die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts.....	9
3. Kündigung des Mietvertrags aus wichtigem Grund (Art. 266g OR).....	10
3.1 Kündigungsvoraussetzungen.....	10
3.2 Die Coronakrise als wichtiger Grund.....	11
3.3 Folgen und Opportunität einer ausserordentlichen Kündigung.....	12
4. Richterliche Anpassung des Mietvertrags.....	12
4.1 Anwendungsbereich der <i>clausula rebus sic stantibus</i>	13
4.2 Unzulässigkeit einer richterlichen Vertragsanpassung im Mietrecht.....	13
5. Auflösung des Mietvertrags wegen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung.....	15
5.1 Die Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR.....	15
5.2 Ist die Erfüllung von Geschäftsmietverträgen wegen den Corona-Notmassnahmen unmöglich geworden?.....	16
6. Schlussfolgerungen.....	17

1. Einleitung

Die vom Coronavirus (Covid-19) ausgelöste Pandemie hat die Staaten auf der ganzen Welt kurzfristig dazu gezwungen, Notmassnahmen zur Eindämmung der Verbreitung des Virus zu erlassen. Die mit den Schutzmassnahmen einhergehenden Restriktionen haben verheerende wirtschaftliche Folgen.

Die Schweiz ist nicht verschont geblieben. Der Bundesrat hat am 13. März 2020 eine Notverordnung mit weitreichenden Massnahmen erlassen, welche unter anderem ein Veranstaltungsverbot sowie das Verbot, gewisse öffentlich zugängliche Betriebe für das Publikum zu öffnen, vorsieht.¹ Das Veranstaltungs- und Publikumsöffnungsverbot (wofür sich der neudeutsche Begriff «Lockdown» etabliert hat) erfasst den Betrieb von Läden, Restaurants, Bars sowie Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe. Ausgenommen sind lediglich Lebensmittelläden, Gesundheitseinrichtungen und Tankstellen, sofern sie die hygienischen Abstands- und Schutzvorschriften des «Social Distancing» einhalten. Der ursprünglich bis zum 19. April 2020 befristete Lockdown ist bis mindestens 26. April 2020 verlängert worden. Eine stufenweise Lockerung der Massnahmen wurde in Aussicht gestellt und soll ab Mai 2020 Schritt für Schritt umgesetzt werden.² Eine Rückkehr zur Normalität dürfte Monate dauern.

Die Auswirkungen des Lockdown werfen zahlreiche Fragen im Bereich des Mietrechts auf. Die Gretchenfrage der brennenden Debatte ist dabei, ob die Mieter von Geschäftsräumlichkeiten während der Dauer der behördlichen Einschränkungen den Mietzins bezahlen müssen, obwohl sie ihre gewerbliche Tätigkeit in den Geschäftsräumlichkeiten nicht, oder nur unter restriktiven Auflagen, ausüben dürfen. Unklar ist auch, ob die laufenden Geschäftsmietverträge ausserordentlich gekündigt oder neu verhandelt werden können, und ob die Vertragserfüllung überhaupt noch möglich ist.

Angesichts des blitzartigen Ausbruchs der Krise besteht eine grosse Rechtsunsicherheit. Bis massgebende Gerichtsurteile gefällt werden, muss die Rechtslage auf Grundlage der Praxis zu punktuellen Einzelfragen analysiert werden.

Der Bundesrat hat eine Arbeitsgruppe aus Vertretern der Immobilienwirtschaft und der Mieterverbände ins Leben gerufen und eine Notverordnung zur Klärung einiger mietrechtlicher Aspekte erlassen.³ Dabei hat er allerdings darauf verzichtet,

- 1 Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 13. März 2020, SR 818.101.24.
- 2 Für die laufende Übersicht der geplanten schrittweisen Lockerung der Massnahmen vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html#f1594532191>.
- 3 Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen (Covid-19-Verordnung Miete und Pacht) vom 27. März 2020, SR 212.213.4.
Die einzige materielle rechtliche Änderung der mietrechtlichen Bestimmungen ist die Verlängerung der Zahlungsfrist bei der Kündigungsandrohung wegen Zahlungsverzugs des Mieters.

die kontroverse Frage der Mietzinszahlungspflicht per Notrecht zu regeln, um nicht in bestehende Privatrechtsverhältnisse einzugreifen. Die Zurückhaltung des Bundesrates hat für einiges Kopfschütteln gesorgt. Die ständerätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben fordert deswegen einen baldigen normativen Eingriff zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit.⁴

Die rechtlichen Fragen in Zusammenhang mit Geschäftsmietverträgen in der Coronakrise werden in den Medien kontrovers diskutiert.⁵ Die betroffenen Interessenverbände, MieterInnenverband einerseits,⁶ SVIT und Chambre genevoise immobilière andererseits,⁷ haben gutachterliche Stellungnahmen veröffentlicht, die zu diametral gegensätzlichen Schlussfolgerungen kommen. Die ersten rechtswissenschaftlichen Beiträge sind bereits veröffentlicht worden.⁸

2. Der Lockdown als Mangel des Mietobjekts?

2.1. Fragestellung

Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR muss der Vermieter das Mietobjekt zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand übergeben und in demselben Zustand aufrechterhalten. Weist das Mietobjekt zu Beginn oder während des Mietverhältnisses einen Mangel auf, welcher die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder den Mieter im vertragsgemässen Gebrauch des Mietobjekts stört, kann der Mieter die Beseitigung des Mangels und eine verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses verlangen (Art. 258 Abs. 1 OR und Art. 259a Abs. 1 OR).

- 4 Medienmitteilung der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 7. April 2020, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/pressreleases/Pages/mm-wak-s-2020-04-07.aspx>. Die Debatte wurde mit einem Artikel in der NZZ vom 18. März 2020 lanciert («Muss die Miete bei zwangsgeschlossenem Geschäft weiter fliessen?»).
- 5 BRUTSCHIN Sarah / RUBLI Xavier / STASTNY Pierre, Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie, Rechtsgutachten im Auftrag des Mieterinnen- und Mieterverband Schweiz vom 23. März 2020 (zit. BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Rechtsgutachten); LACHAT David, Replik zum Avis des droit de Me Marc Iynedjian zu Händen des Präsidenten des Mieterinnen- und Mieterverband Schweiz vom 1. April 2020 (zit. LACHAT, Replik).
- 6 HIGI Peter, Gutachterliche Stellungnahme im Auftrag des HEV Schweiz zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraumes im Zusammenhang mit der «Coronapandemie» vom 26. März 2020 (zit. HIGI, Gutachten HEV); IYNEDIJIAN Marc, Stellungnahme zum Gutachten des Mieterinnen- und Mieterverband Schweiz vom 28. März (zit. IYNEDIJIAN, Stellungnahme zum Gutachten MV); IYNEDIJIAN Marc, Duplik zur Replik von David Lachat vom 5. April 2020 (zit. IYNEDIJIAN, Duplik); SAVIAUX Nicolas, Gutachten «Avis de droit / Covid-19 – paiement du loyer», Chambre genevoise immobilière (zit. SAVIAUX, CGI).
- 7 HIGI Peter, Welche Fragen Covid-19 im Mietrecht aufwirft und die Lösungsansätze, in: Online Version der SZ vom 1. April 2020 (zit. HIGI, SZ); BOHNET François, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 Covid-19, Gutachten vom 8. April 2020 (zit. BOHNET, Gutachten); HÄFELI Andrea / GALLI Dario / VISCHER Markus, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, in: Jusletter 14. April 2020 (zit. HÄFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter); RAMPINI Corrado, Das Covid-19-Publikumsöffnungsverbot – (K)ein Mangel der Mietsache? (zit. RAMPINI, Publikumsöffnungsverbot)
- 8

Ein Mangel des Mietobjekts liegt vor, wenn dessen Zustand vom vertragsgemäss geschuldeten Zustand abweicht. Die Abweichung kann ein körperlicher Mangel (z.B. undichtes Dach), ein ideeller Mangel (z. B. Reputationsschaden durch Prostitution im Hause), ein besseres Recht eines Dritten (Rechtsschaden) oder eine Störung im Gebrauch, das heisst ein rechtliches Hindernis für die Ausübung des vertragsgemässen Gebrauchs, sein.⁹ Ob der Vermieter ein Verschulden an der Entstehung des Mangels trifft, ist für die Mängelhaftung irrelevant.¹⁰

Muss der Mieter eines Geschäftslokals den Mietzins zahlen, obwohl er seine Geschäftstätigkeit im hierfür vorgesehenen Mietobjekt während des Lockdowns nicht ausüben darf? Weist das Mietobjekt einen Mangel auf, weil es den Gebrauchszweck verloren hat?

2.2 Die vertragliche Vereinbarung als Ausgangspunkt

Der Ausgangspunkt für die Definition des geschuldeten Zustandes ist die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien, welche ausdrücklich oder konkludent erfolgen kann.¹¹ Das Vorhandensein spezifischer Eigenschaften des Mietobjekts erfordert eine Individualabrede in Form einer Zusicherung. Als vertragliche Zusicherungen gelten etwa das Versprechen einer bestimmten Kundenfrequenz, die Festlegung einer Umsatzmiete oder die Garantie des Fortbestandes bestimmter Eigenschaften des Mietobjekts (z. B. dauernde Fernsicht aufgrund Unbebaubarkeit des Nachbargrundstücks). In der blossen Zweckumschreibung (z. B. «Verwendung als Restaurant») liegt hingegen keine Zusicherung vor, das Mietobjekt während der ganzen Dauer des Mietverhältnisses für den beabsichtigten Zweck verwenden zu können.¹²

2.3 Die Gebrauchstauglichkeit als objektiver Massstab für die Definition der zu erwartenden Eigenschaften des Mietobjekts

Enthält der Mietvertrag keine besondere Bestimmung über den Verwendungszweck und die Nutzungsart des Mietobjekts, bestimmt sich der geschuldete Zustand des Mietobjekts nach objektiven Kriterien. Eine gemietete Sache ist zum

9 WEBER Roger, Basler Kommentar OR I, 7. Auflage, Basel 2020 (zit. WEBER, BSK), Art. 258 OR, N 1 ff.; HIGI Peter / WILDISEN Christoph, Zürcher Kommentar – Die Miete (Art. 253–265 OR), 5. Auflage, Zürich 2019 (zit. HIGI/WILDISEN, ZK), Art. 258 OR, N 27 ff.; TSCHUDI Matthias, Das schweizerische Mietrecht, SVT-Kommentar 4. Auflage, Zürich 2018, Vorbem. zu Art. 258–259j OR, N 19 ff.; ROY Claude, Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage, Zürich 2016 (zit. ROY, Mietrecht für die Praxis), S. 200 ff.

10 WEBER, BSK, Art. 259d OR, N 1; HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 258 OR, N 37; ROY, Mietrecht für die Praxis, S. 239.

11 HIGI Peter / BÜHLMANN Anton, Zürcher Kommentar – Die Miete (Art. 253–265 OR), 5. Auflage, Zürich 2019 (zit. HIGI/BÜHLMANN, ZK), Art. 256 OR, N 13 ff. – Urteil des Bundesgerichts 4A_582/2012 vom 28. Juni 2013, E. 3.2.

12 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 256 OR, N 19 und Art. 258 OR, N 49.

vorausgesetzten Gebrauch tauglich, wenn sie die Eigenschaften aufweist, die ein Mieter vernünftigerweise erwarten darf.¹³

Welche Erwartungen gerechtfertigt sind, bestimmt sich aufgrund der Gesamtumstände des Mietverhältnisses, namentlich unter Berücksichtigung der Beschaffenheit und der Lage des Mietobjekts sowie der Höhe des Mietzinses. Im Falle eines Geschäftsmietvertrags muss das Mietobjekt für die Ausübung der vertragsgemässen Tätigkeit geeignet sein. Die Eignung ist gegeben, wenn das Objekt an sich gebrauchstauglich ist. Die charakteristische Hauptleistung des Vermieters besteht in der Überlassung zum Gebrauch und dem Unterhalt der Mietsache. Die vermieterte Obligation ist erfüllt, wenn die zur Verfügung gestellten Lokalitäten so beschaffen sind, dass die beabsichtigte gewerbliche Tätigkeit im Mietobjekt ausgeübt werden kann.¹⁴ Die Gefahr, das eingeräumte Nutzungsrecht nicht wünschenswert ausüben zu können, entspricht demgegenüber dem Unternehmerrisiko des Mieters. Der Vermieter ist an der betrieblichen Tätigkeit des Mieters nicht beteiligt. Er trägt weder die Früchte des wirtschaftlichen Erfolgs noch die Risiken des Misserfolges des im Mietobjekt betriebenen Geschäftes.

Haben die Parteien den Verwendungszweck allgemein als «Büro/Gewerbe» definiert, ist der Vermieter nicht gehalten, ein für die Ausübung eines bestimmten Gewerbes eingerichtetes Mietobjekt zur Verfügung zu stellen. Auf dieselbe Weise ist ein als «Restaurant» vermietetes Objekt gebrauchstauglich im Sinne von Art. 256 Abs. 1 OR, wenn die Räumlichkeiten die vertraglich vereinbarten Eigenschaften (Fläche, technische Infrastruktur, Nebenräume usw.) aufweisen und keine bau- oder gewerbepolizeilichen Vorschriften die Ausübung der Tätigkeit verhindern. Der Betreiber des Restaurants kann nicht erwarten, dass der Standort des Mietobjekts ihm die Erwartung eines bestimmten Umsatzes garantiert. Aus der blossen Vereinbarung des Verwendungszwecks und aus den mietrechtlichen Bestimmungen kann diesbezüglich keine Haftung des Vermieters abgeleitet werden.

Anderes gilt, wenn der Vermieter eine zusätzliche Verpflichtung neben der Gebrauchsüberlassungspflicht übernommen hat. So etwa durch die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft oder durch die Übernahme von spezifischen Verpflichtungen, die über die vertragstypischen Elemente der Miete hinausgehen. Ohne ein qualifizierendes, mietrechtsfremdes Element hat der Mieter keinen Anspruch auf ein Mietobjekt, woraus er einen Ertrag erwirtschaften kann.¹⁵

13 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 256 OR, N 30 ff.; WEBER, BSK, Art. 256 OR, N 4. – BGE 135 III 345, E. 3.2.; Urteil des Bundesgerichts 4A_582/2012 vom 28. Juni 2013, E. 3.2.

14 Das ist das wichtigste Abgrenzungskriterium zwischen Miete und Pacht: HIGI/BÜHLMANN, ZK, Vorbem. Art. 253–273c OR, N 147.

15 HIGI/WILDISEN, ZK, Art. 258 OR, N 49. – Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 7. Februar 1958, StZ 1960, S. 89, Nr. 30.

2.4 Ein Mangel liegt nur vor, wenn die Leistungsstörung einen Bezug zum Mietobjekt hat

Eine Störung im Gebrauch des Mietobjekts kann nur als mietrechtlicher Mangel qualifiziert werden, wenn zwischen dem störenden Ereignis und dem Mietobjekt eine direkte Relation besteht. Eine externe Einwirkung (cause étrangère), die keinen Bezug zum Mietobjekt hat, ist keine mietvertragliche Leistungsstörung. Ursachen ausserhalb des Mietverhältnisses, oder Normen, die nicht spezifisch auf den Vermieter kraft seiner Eigentümerstellung Anwendung finden, können keinen Mangel am Mietobjekt auslösen.¹⁶

Ein Bezug zwischen der Leistungsstörung und dem Mietobjekt kann auch bejaht werden, wenn sich die Ursache der Leistungsstörung ausserhalb des Mietobjekts oder der Liegenschaft des Vermieters befindet. Nach der massgebenden Praxis können auch Immissionen, die aus einem benachbarten Grundstück hervorgehen, einen Mangel am Mietobjekt darstellen.¹⁷ Die Ausdehnung der Mängelhaftung auf ein Ereignis ausserhalb der Einflussphäre des Vermieters wird damit begründet, dass eine gewisse Wohnqualität eine implizit zu erwartende Eigenschaft des Mietobjekts ist. Auch bei Störungen ausserhalb der Kontrollsphäre des Vermieters ist jedoch ein räumlicher oder normativer Zusammenhang zwischen der Störung und dem Mietobjekt erforderlich.¹⁸ So liegt kein Mangel vor, wenn die Öffnungszeiten eines Geschäftes durch öffentlichrechtliche Vorschriften geändert werden. Eine solche Änderung betrifft nicht das Mietobjekt als solches, sondern die Modalitäten der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit.

2.5 Risiko von Rechtsänderungen

Hängt die Gebrauchstauglichkeit eines Mietobjekts von öffentlichrechtlichen Bestimmungen ab, namentlich von bau- und gewerbepolizeilichen Vorschriften und Auflagen, muss für die Abgrenzung der Mängelhaftung differenziert werden, wer Adressat der Norm oder der Verfügung ist.¹⁹

Betreffen die behördlichen Anordnungen die Hauptpflicht des Vermieters – also die Zurverfügungstellung und das Aufrechterhalten eines gebrauchstauglichen Mietobjekts –, hat der Vermieter die sich aus diesen Vorschriften ergebende Leistungsstörung zu verantworten. Ist der Mieter Adressat der öffentlichrechtlichen Vorschriften, die ihn in der Ausübung der im Mietobjekt ausgeübten Tätigkeit einschränken, liegt kein Mangel vor. Der Vermieter eines Restaurants hat zum Beispiel die Folgen der Nutzungseinschränkung zu verantworten, wenn die Betriebsbewilligung entzogen wird, weil die Abluft in der Küche nicht regelkonform

16 Urteil des Obergerichts Luzern vom 18. August 2004, LGVE 2004 I Nr. 19.

17 Urteil des Bundesgerichts 4C.219/2005 vom 24. Oktober 2005, E. 2.2.; 4C.377/2004 vom 2. Dezember 2005, E. 2.1 und 2.2.

18 BGE 135 III 345, E. 3.2. – Ebenso BOHNET, Gutachten, S. 6.

19 HIGI/BÜHLMANN, ZK, Art. 256 OR, N. 40. – Für eine umfassende Übersicht der Kasuistik vgl. RAMPINI, Publikumsöffnungsverbot, Rz. 8 ff.

ist, die elektrischen Installationen nicht den Sicherheitsstandards entsprechen oder das Treppenhaus die feuerpolizeilichen Vorschriften für einen Notausgang nicht einhält. Demgegenüber bleiben die mietvertraglichen Pflichten des Mieters unberührt, wenn er das Gastgewerbepatent verliert oder die Baubehörde die Entfernung von Reklametafeln, die er aufgestellt hat, fordert.

2.6 Einfluss des Lockdowns auf die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts

Das Versammlungs- und Publikumsöffnungsverbot gemäss Art. 6 der Covid-19-Verordnung 2 fördert die Einstellung von Geschäftstätigkeiten, welche die Einhaltung der Vorschriften des «Social Distancing» nicht garantieren. Die Schliessung der Betriebe findet Anwendung auf alle Gewerbetreibenden, die eine Tätigkeit mit Kundenkontakt ausüben. So ist es einem Coiffeur verboten, seine Dienstleistungen anzubieten, egal, ob er seine geschäftliche Tätigkeit im Mietobjekt ausübt oder nicht.

Die sich aus dem Versammlungs- und Publikumsöffnungsverbot ergebenden Einschränkungen betreffen die Geschäftstätigkeit des Mieters, und nicht deren Ausübung im Mietobjekt. Es besteht kein Bezug zum Mietobjekt. Der Vermieter erfüllt seine vertragliche Gebrauchsüberlassungspflicht, indem er ein für die Ausübung des betroffenen Geschäfts taugliches Lokal zur Verfügung stellt. Es sind die Betriebsinhaber der Geschäfte, die sich an die öffentlichrechtlichen Anordnungen zur Eindämmung des Coronavirus halten müssen. Ob die Normadressaten des Lockdown Mieter sind oder nicht, ist irrelevant. Der Vermieter als Hauseigentümer hat weder die Möglichkeit noch die Befugnis, das Geschäft des Mieters zu schliessen oder die Umsetzung der Vorschriften des «Social Distancing» zu überprüfen.

Bricht der Umsatz des Mieters ein, bedeutet dies nicht, dass die Umsatzeinbuße eine vom Vermieter zu verantwortende Störung im vertragsgemässen Gebrauch ist. Die Gewerbetreibenden können im Übrigen, innerhalb der Regeln des «Social Distancing», ihr Dienstleistungsangebot anpassen. So bleibt einem Gastgewerbeunternehmer oder einem Warenverkäufer unbenommen, seine Leistungen an die Kunden zu liefern, anstatt sie im Restaurant oder im Laden zu erbringen. Auch darin sieht man, dass die Notmassnahmen die mietrechtlichen Pflichten nicht tangieren.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Lockdown die zum vereinbarten Gebrauch vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts nicht beschlägt.²⁰ Da das Mietobjekt nicht mangelhaft ist, ist der volle Mietzins geschuldet. Bei einem Mietvertrag ohne spezifische Zusicherungen über die Eigenschaften des Mietobjekts besteht kein Anspruch auf Mietzinsreduktion. Anders ist die

20 Zu diesem Schluss kommen auch: BOHNET, Gutachten, S. 5 f.; HIGI, Gutachten HEV, S. 2; RAMPINI, Publikumsöffnungsverbot, Rz. 10; IYNEDIJAN, Stellungnahme zum Gutachten MV, S. 5; SAVIAUX, SGI, S. 2 ff. – a.A. BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Rechtsgutachten, S. 3; LACHAT, Replik, S. 2 f.

Rechtslage bei Vorliegen einer besonderen vertraglichen Vereinbarung über den im Mietobjekt zu erzielenden Umsatz oder über die Kundenfrequenz. In solchen Konstellationen muss der Umfang der Reduktion von Fall zu Fall untersucht und berechnet werden.

3. Kündigung des Mietvertrags aus wichtigem Grund (Art. 266g OR)

3.1 Kündigungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 266g Abs. 1 OR kann ein Geschäftsmietvertrag bei Vorliegen von wichtigen, nicht voraussehbaren Ereignissen, mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten aufgelöst werden. Das ausserordentliche Kündigungsrecht entspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach Dauerschuldverhältnisse aus wichtigen Gründen jederzeit beendet werden dürfen.²¹ Als wichtige Gründe gelten Umstände, welche die Vertragserfüllung unzumutbar machen. Die Unzumutbarkeit der Erfüllung eines Mietvertrags setzt voraus, dass die angerufenen Umstände bei Vertragsschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind.²²

Soweit ersichtlich, bestehen keine Präzedenzfälle zur Frage, ob eine Pandemie ein berechtigter Grund ist, einen Mietvertrag ausserordentlich aufzulösen. In der Lehre werden in diesem Zusammenhang die Beispiele eines Kriegs oder einer Naturkatastrophe, die den Gebrauch des Mietobjekts für eine unbestimmte Dauer verhin-dern, erwähnt.²³ Das Bundesgericht erkannte, dass der Erste Weltkrieg ein berech-tigter Grund für die vorzeitige Auflösung eines Mietvertrags war.²⁴

Grundsätzlich stellen ökonomische Schwierigkeiten – auch unverschuldete – kei-nen genügenden Grund für eine Vertragsauflösung dar. Konjunkturschwankungen gehören zum Unternehmerrisiko des Mieters, es sei denn, sie sind derart stark und unvorhersehbar, dass die Erfüllung der Mietzinsverbindlichkeiten zu einer uner-träglichen Belastung führt, die zum wirtschaftlichen Ruin führt. Im Jahr 1934 entschied das Bundesgericht, dass eine Umsatzeinbusse von 27% im ersten und von 46% im zweiten Jahr einen berechtigten Anlass für eine ausserordentliche Kündigung des Mietvertrags eines Restaurants darstellt.²⁵

21 BGE 92 II 299, E. 3b; – HIGI Peter, Zürcher Kommentar – Die Miete (Art. 266-268b OR), 4. Auflage, Zürich 1995 (zit. HIGI, ZK), Art. 266g OR, N 6 und 12.

22 HIGI, ZK, Art. 266g OR, N 36 ff; MÜLLER Jürg P., Das schweizerische Mietrecht – SVIT-Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2018, Art. 266g OR, N 17 ff.; SPIRIG Irène, Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage, Zürich 2016 (zit. SPIRIG, Mietrecht für die Praxis), S. 735.

23 HIGI, ZK, Art. 266g OR, N 45.

24 BGE 46 II 168, E. 1.

25 BGE 60 II 205, E. 3.

Damit die Fortsetzung des Mietverhältnisses für die kündigende Partei unzumutbar wird, muss die Verschlechterung der Wirtschaftslage weite Teile der Gesellschaft erfassen und von unbestimmter Dauer sein. Entscheidend ist dabei, ob die zeitli-chen Auswirkungen des Hindernisses offen sind.²⁶ Als wichtiger Grund gemäss Art. 266g OR dürfte somit eine allgemeine Wirtschaftskrise gelten, deren Ende nicht absehbar ist.

3.2 Die Coronakrise als wichtiger Grund

Nach der hier vertretenen Auffassung hat der plötzliche Ausbruch der Wirtschafts-krise, die durch die Coronapandemie ausgelöst worden ist, das Potenzial, als wichtiger Grund im Sinne Art. 266g OR anerkannt zu werden. Obwohl die vom Bundesrat angeordneten Notmassnahmen bloss vorübergehender Natur sind, wer-den die Folgen des wirtschaftlichen Einbruchs weit über den Lockdown hinaus andauern. Die Experten des Bundes rechnen mit einer Rezession, die mit derjeni-ken der grossen Depression vergleichbar ist. Die Frage sei nicht, ob eine Rezession kommen wird, sondern ob die Gesellschaft sich relativ kurzfristig erholen kann (V-Rezession) oder jahrelang auf tieferem Niveau (L-Rezession) stagnieren wird.²⁷ Auf internationaler Ebene sind die Aussichten nicht besser.²⁸

Das Vorliegen eines potenziell tauglichen Grundes macht eine unter Berufung auf «Corona» ausgesprochene Kündigung nicht per se zulässig. Massgebend ist im-mer die konkrete wirtschaftliche Situation des gekündigten Mietverhältnisses. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, die in den Zeiten der Wirtschaftskrise zwischen den Weltkriegen entwickelt wurde, dürfte ein Rückgang des Umsatzes um ungefähr ein Drittel des bisherigen Geschäftsvolumens für eine Dauer von mindestens sechs Monaten als Faustregel für die Annahme der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses gelten.

Die Beweislast für das Fundament der Kündigung trägt die kündigende Partei, also der Mieter.²⁹ Massgebend ist der Zustand im Zeitpunkt der Kündigung und nicht der Beendigung des Vertragsverhältnisses. Der Beweis dürfte nicht einfach zu erbringen sein. Entscheidet sich ein Mieter, einen laufenden Mietvertrag wenige Wochen nach der Anordnung des Lockdown zu kündigen, muss er nachweisen, dass der wichtige Grund bereits im Kündigungszeitpunkt vorhanden ist. Bei der Bemessung der Umsatzeinbusse muss berücksichtigt werden, dass kräftige staat-liche Massnahmepakete für die Abfederung der volkswirtschaftlichen Folgen des Coronavirus beschlossen worden sind. Ob der Einbruch der Einnahmen auf dau-erhafter Basis ein Ausmass erreichen wird, das den Anforderungen der Praxis für

26 BGE 60 II 205, E. 4.

27 Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Szenarien für die Schweizer Konjunktur vom 8. April 2020, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus/szenarien_schweizer_konjunktur.html.

28 Bericht über die Prognose des Internationalen Währungsfonds vom 14. April 2020, <https://www.tagessanzeiger.ch/der-waehrungsfonds-schockt-mit-einer-duersteren-prognose-476452255657>.

29 HIGI, ZK, Art. 266g OR, N 68.

die Annahme eines unzumutbaren Zustandes genügt, kann wenige Wochen nach dem Ausbruch der Wirtschaftskrise nicht festgelegt werden. Zu berücksichtigen ist weiter, dass eine gewisse Einschränkung der Situation nach der schrittweisen Öffnung der Betriebe eintreten dürfte.

3.3 Folgen und Opportunität einer ausserordentlichen Kündigung

Eine Kündigung aus wichtigem Grund hat weitreichende Folgen. Die Partei, die das Vertragsverhältnis vorzeitig beenden will, muss sich gut überlegen, ob der Schritt opportun ist – und zwar auch in jenen Fällen, in den eine solche zulässig ist.

Zu beachten ist zunächst die gesetzliche Kündigungsfrist, die bei Geschäftsmietverträgen sechs Monate dauert: Die Kündigungsfrist ist absolut zwingendes Recht.³⁰ Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibt der Mietvertrag vollumfänglich in Kraft. Eine kurzfristige Entbindung von der Mietzahlungspflicht ist somit auf dem Weg der ausserordentlichen Kündigung nicht durchsetzbar.

Der vorzeitige Ausstieg aus dem Mietvertrag löst zudem vermögensrechtliche Folgen für die kündigende Partei aus (Art. 266g Abs. 2 OR). Die Schadenersatzpflicht ist eine Billigkeitshaftung, die vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgelegt wird. Geschuldet ist zwar nicht das volle Erfüllungsinteresse, wohl aber eine Schadensersatzsumme, welche unter Berücksichtigung der persönlichen und finanziellen Lage der Vertragsparteien festgelegt wird und den Schaden des Vermieters zumindest teilweise deckt.³¹

Zu bedenken ist schliesslich, dass die Kündigung zur Auflösung des Mietverhältnisses, und somit zur Rückgabe des Mietobjekts, führt. Die Beendigung des Mietverhältnisses dürfte nur im Interesse eines Mieters sein, der sein Geschäft aufgeben will.

4. Richterliche Anpassung des Mietvertrags

Die Feststellung, dass die vorzeitige Vertragsbeendigung unter Anrufung des ausserordentlichen Kündigungsgrunds grundsätzlich zulässig, aber riskant und schlussendlich für den Kündigenden wenig zielführend ist, leitet uns zur nächsten Frage über: Ist eine inhaltliche Anpassung des Mietvertrages ohne Auflösung des Vertragsverhältnisses möglich? Diese Frage beurteilt sich nach der Regel der *clausula rebus sic stantibus*, welche aus Art. 2 Abs. 2 ZGB oder aus Art. 27 ZGB abgeleitet wird.³²

30 HIGI, ZK, Art. 266g N 7.

31 BGE 122 II 262, E. 2.a.a.

32 HAUSHEER Heinz / AEBH-MÜLLER Regina, Berner Kommentar – Einleitung und Personenrecht (Art. 1-9 ZGB) (zit. HAUSHEER/AEBH-MÜLLER, BK), Art. 2 ZGB, N 225.

4.1 Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus*

Ein Dauerschuldverhältnis kann vom Richter angepasst oder aufgelöst werden, wenn sich die faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen, unter welchen ein Vertrag geschlossen wurde, weder vorhersehbar noch vermeidbar noch derart massiv verändert haben, dass die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung grob gestört wird.³³ Die vertragliche Leistung bleibt möglich, würde aber die wirtschaftliche Existenz des Schuldners gefährden. Insofern stellt das Bestehen auf die Vertragserfüllung eine rechtsmissbräuchliche, wucherische Ausbeutung der Situation dar.³⁴

Die *clausula rebus sic stantibus* bricht eines der wichtigsten Prinzipien des Schuldrechts, *pacta sunt servanda*, und ist sehr restriktiv anzuwenden. Sie greift nur bei langfristigen Vertragsbeziehungen und kommt als Korrektiv der geltenden Vertragslage ausschliesslich bei tiefgreifenden Veränderungen der Sach- oder Rechtslage, die bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar waren, in Betracht. Die Partei, die sich auf die *clausula rebus sic stantibus* beruft, hat das entstandene Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung nicht zu verantworten.

Die *clausula rebus sic stantibus* ist subsidiär gegenüber den besonderen gesetzlichen Bestimmungen, welche die Anpassung oder die Auflösung von bestimmten Vertragstypen bei veränderten Verhältnissen regeln.³⁵ Zu erwähnen sind die Beispiele der fristlosen Kündigung im Arbeitsrecht (Art. 337 OR) und der Vertragsanpassung gemäss Art. 373 Abs. 2 OR im Werkvertragsrecht. In der Praxis der Dauerschuldverhältnisse spielt sie namentlich bei den Vertragstypen eine Bedeutung, die kein gesetzliches ausserordentliches Kündigungsrecht kennen.³⁶

4.2 Unzulässigkeit einer richterlichen Vertragsanpassung im Mietrecht

Das Mietrecht kennt, wie soeben gesehen, den gesetzlichen Tatbestand der Kündigung aus wichtigem Grund. Alle Autoren stimmen überein, dass Art. 266g OR den Schutzgedanken der *clausula rebus sic stantibus* umsetzt.³⁷ Umstritten ist allerdings, ob die *clausula rebus sic stantibus* einen selbständigen Anwendungsbereich neben Art. 266g OR hat. Die Abgrenzung hat praktische Bedeutung, weil die *clausula rebus sic stantibus* an keine Frist gebunden ist, keine zwingende Schadenersatzpflicht vorsieht und die inhaltliche Anpassung des Vertrages ohne Vertragsauflösung zulässt.

33 BGE 127 III 300, E. 5. – MÜLLER Christoph, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-18 OR), Bern 2018 (zit. MÜLLER, BK), Art. 18 OR, N 558 ff.

34 BGE 107 II 343, E. 2.

35 MÜLLER, BK, Art. 18 N 607: «Das Gericht darf den Vertrag nur dann selber anpassen, wenn es keine passende gesetzliche Anpassungsregel ausfindig machen kann.»

36 BGE 127 III 300 und BGE 107 II 343 (Baurechtsvertrag); BGE 122 III 97 (Scheidungskonvention); BGE 128 III 428 (Darlehensvertrag); BGE 48 II 366 (Energielieferungsvertrag).

37 WEBER, BSK, Art. 266g OR, N 1; SPIRIG, Mietrecht für die Praxis, S. 734.

In der älteren Praxis hat das Bundesgericht vereinzelt die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* auf Mietverträge geprüft und in Erwägung gezogen.³⁸ Eine richterliche Anpassung des Vertrags ist dennoch, soweit ersichtlich, nie gebilligt worden. Interessant in diesem Zusammenhang sind zwei ältere Urteile, die im Wesentlichen denselben Sachverhalt zum Gegenstand hatten. Ein Wirt schloss Anfang der dreissiger Jahre einen langfristigen Mietvertrag für das Restaurant der Börse in Zürich. Nach dem Börsencrash im Jahr 1933 brach der Umsatz massiv ein. Als die wirtschaftliche Last nicht mehr tragbar wurde, versuchte der Wirt, aus dem Vertragsverhältnis vorzeitig entlassen zu werden. Die Klage gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* wurde abgewiesen,³⁹ die Kündigung aus wichtigem Grund wurde geschützt.⁴⁰

Die heute wohl herrschende Lehre geht unter Verweis auf die absolut zwingende Natur von Art. 266g OR davon aus, dass diese Bestimmung den Fall der Vertragsanpassung an veränderte Verhältnisse ausschöpfend regelt.⁴¹ Nach einer anderen, unter altem Recht formulierte Auffassung soll die *clausula rebus sic stantibus* immer anwendbar bleiben.⁴²

Es ist der herrschenden Lehre beizupflichten, dass Art. 266g OR als *lex specialis* zur *clausula rebus sic stantibus* ausschliesslich zur Anwendung kommt.⁴³ Die vom Gesetzgeber bei der Kündigung aus wichtigem Grund vorgesehene Rechtsfolge – die Auflösung des Vertragsverhältnisses unter Beachtung der zwingenden Kündigungsfrist samt Billigkeitshaftung – beinhaltet eine umfassende Wertentscheidung, die dem Richter keine Gestaltungsfreiheit lässt.

Die Tatsache, dass sich in der Praxis keine Beispiele finden, deutet darauf hin, dass die richterliche Anpassung des Mietzinses gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* kaum umsetzbar ist. Da die *clausula rebus sic stantibus* gerade dann zur Anwendung kommen soll, wenn die Parteien ein ausserordentliches Ereignis nicht voraussehen konnten, fehlt dem Richter jeglicher Anhaltspunkt, um den hypothetischen Parteien zu konkretisieren. Im Falle einer Anpassung «wegen Corona» wären zum Beispiel mehrere Lösungen vorstellbar: Aufschub der Fälligkeit, Mietzinsherabsetzung oder fristlose Vertragsauflösung. Eine allfällige Anpassung des Mietzinses könnte *ex tunc* oder *ex nunc* angeordnet werden. Zu überlegen wäre weiter, ob eine Klausel

38 BGE 59 II 372, E. 2.

39 BGE 59 II 372, E. 2.

40 BGE 60 II 205, E. 4.

41 HIGI, Art. 266g OR, N. 25 ff. und 28; HAUSEER/AEBI-MÜLLER, BK, Art. 2 ZGB, N. 229 und 236; auch SPIRG, Mietrecht für die Praxis, S. 734, äussert sich gegen die Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus*: «Im Mietrecht regelt Art. 266g OR die Rechtsbehelfe dazu abschliessend. Daneben bleibt kein Raum, andere Vertrags- oder Rechtsgrundsätze anzuwenden. So kann beispielsweise nicht auf die richterliche Anpassung des Vertrags zurückgegriffen werden.»

42 SCHMID Emil, Zürcher Kommentar – Die Miete (Art. 261-274 OR), 3. Auflage, Zürich 1977, Art. 269 OR, N. 12. – Auf diese Rechtsauffassung stützen sich implizit BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Rechtsgutachten, S. 8, und LACHAT, Replik, S. 8.

43 HIGI, ZK, Art. 266g OR, N. 26.

für die Wiederherstellung des ursprünglichen Mietzinses im Falle eines Wiederaufschwungs der Wirtschaftslage in den Vertrag eingeführt werden soll.

Alle Regelungsvarianten wären an sich vertretbar, aber ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien festgelegt und somit schlussendlich willkürlich. Es ist nicht Aufgabe des Richters, in bestehende Vertragsverhältnisse korrigierend einzugreifen, um das vertragliche Gleichgewicht wieder herzustellen. Sollte die Wirtschaftskraft infolge der Krise einbrechen, wird sich das Mietzinsniveau für die Geschäftsraummiete von sich aus an die veränderten Verhältnissen anpassen. Kein Vermieter ist daran interessiert, auf die Erfüllung eines Vertrags zu bestehen, wenn der Mietzins auf Dauer nicht mehr marktkonform ist. Die wirtschaftliche Realität ist stärker als der Wunsch, auf einem nicht mehr durchsetzbaren Mietzins zu beharren. Insofern besteht keine Notwendigkeit für richterlichen Aktivismus.

5. Auflösung des Mietvertrags wegen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung

Zu prüfen bleibt, ob die Erfüllung der mietvertraglichen Verpflichtungen durch die Einführung der Notmassnahmen unmöglich geworden ist.

5.1 Die Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR

Gemäss Art. 119 Abs. 1 OR gilt die Forderung als erloschen, wenn die Leistung aus Gründen, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, unmöglich wird. Die Unmöglichkeit kann nebst tatsächlichen Gründen auf einer neuen, nachträglich eingetretenen Rechtslage beruhen. Die Praxis des Bundesgerichts ist relativ offen in der Annahme einer rechtlichen Unmöglichkeit.⁴⁴ Behördliche Verbote, die den Schuldner an der vertragsgemässen Erbringung der Leistung hindern, sind verschiedentlich unter dem Blickwinkel der Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR geprüft worden.⁴⁵

Rechtliche Hindernisse an der Leistungserfüllung, die ihrer Natur nach immer abgeändert werden können, gelten als unmöglich im Sinne von Art. 119 OR, wenn die Dauer des Verbots mit einer dauernden Unmöglichkeit gleichgesetzt werden kann.⁴⁶ In einem Mietverhältnis, in dem der Tatbestand der Unmöglichkeit nur bei befristeten Mietverhältnissen in Betracht kommt, muss der Zeithorizont des rechtlichen Hindernisses die Mindestdauer des Vertrags überschreiten.

44 BGE 82 II 332, E. 5; BGE 116 II 512, E. 2; BGE 126 III 75, E. 2.b und c; Urteil des Bundesgerichts 4C.378/2000 vom 5. März 2001, E. 3.b.

45 BGE 111 II 352 (Ausfuhrverbot); BGE 62 II 42 (Kantonales Verbot für die Führung eines Migros-Betriebs); BGE 57 II 532 (Einführung des Erfordernisses eines Fähigkeitsausweises für die Ausübung des Zahnarztberufs)

46 Urteil des Bundesgerichts 4C.344/2002 vom 12. November 2003, E. 4.2.

Art. 119 Abs. 1 OR erfasst nur den Tatbestand der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit.⁴⁷ Die ursprüngliche Unmöglichkeit wird von Art. 19 und 20 OR geregelt. Die subjektive Unmöglichkeit, das heisst das Unvermögen des Schuldners bei Leistungserfüllung, führt nicht zur Befreiung von den vertraglichen Verpflichtungen. Ein typisches Beispiel ist dabei der Wegfall des Vertragszwecks (Zweckfortfall).⁴⁸ Geldmangel gilt immer als subjektive Unmöglichkeit.⁴⁹

Der Schuldner wird von seinen vertraglichen Verpflichtungen nur entbunden, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu verantworten hat. Eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Erfüllung als Folge seines Verhaltens nicht mehr möglich ist.⁵⁰ Für die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung ist der Schuldner verantwortlich, wenn er Leistung versprochen hat, obwohl er wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, dass er sie unter Umständen nicht werde erbringen können.⁵¹ Bei verschuldeter Unmöglichkeit und bei subjektiver Unmöglichkeit haftet der Schuldner nach Art. 97 OR.

Die Rechtsfolge der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit ist das Erlöschen der Schuld des Schuldners und die sofortige Beendigung der vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien. Dauerschuldverhältnisse werden mit ex nunc Wirkung aufgelöst.⁵² Bei einem Mietvertrag bedeutet dies, dass der Mieter das Mietobjekt zurückgeben muss und von der Mietzinszahlungspflicht befreit ist.⁵³

5.2 Ist die Erfüllung von Geschäftsmietverträgen wegen den Corona-Notmassnahmen unmöglich geworden?

Der Ausbruch der Pandemie ist ohne Zweifel ein ausserordentliches Ereignis, das weder von den Vermietern noch von den Mietern zu verantworten und im Laufe der Mietverhältnisse entstanden ist. Welche Leistung soll aber nicht mehr erbringbar sein? Die Mietzinszahlungspflicht des Mieters bleibt ohne weiteres möglich. Die Umsatzeinbusse ist allenfalls ein wichtiger Grund für die ausserordentliche Kündigung des Mietvertrags, nicht aber ein rechtlich relevanter Tatbestand für die Auflösung der mietrechtlichen Verpflichtung.

Nachdem wir festgestellt haben, dass der Lockdown nicht zu einem Mangel des Mietobjekts führt, bleibt auch die Gebrauchshinterlassungspflicht des Vermieters

47 AEPFL/Viktor, Zürcher Kommentar – Das Erlöschen der Obligation (Art. 114-126 OR), 3. Auflage, Zürich 1991 (zit. Aeppli, ZK), Art. 119 OR, N 29 ff.

48 WIEGAND Wolfgang, Basler Kommentar OR I, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 119 OR, N 6;

HÄFELI/GALLUWISCHER, Jusletter, Rz. 19.

49 Urteil des Bundesgerichts 4C.344/2002 vom 12. November 2003, E. 4.2.

50 BGE 116 II 512: Die freiwillige Schlussung eines Spielsalons durch den Mieter führt nicht zur Unmöglichkeit der Zahlung des Mietzinses.

51 BGE 107 II 148; E. 3; BGE 88 II 203, E. 5 mit Verweisungen, BGE 54 II 337; VON THUR Andreas / ESCHER Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, Zürich 1974 (zit. VON THUR / ESCHER, AT II), S. 96, dort insbesondere Anm. 23.

52 BGE 62 II 42, E. 1.

53 AEPFL, ZK, Art. 119 OR, N 121.

grundsätzlich unverändert möglich. Eine Unmöglichkeit kommt lediglich in Betracht, wenn der Vermieter das Bestehen von spezifischen Eigenschaften des Mietobjekts zugesichert oder Verpflichtungen ausserhalb des vertragstypischen Bereichs der Miete übernommen hat. Insofern liegt kein Fall von objektiver nachträglicher Unmöglichkeit vor.

Offen ist zudem, ob die Notmassnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus dauerhaften Charakter im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 119 OR haben. Die Prognosen der Gesundheitsbehörden, obwohl verständlicherweise sehr vorsichtig, lassen durchblicken, dass der Lockdown ab Mai 2020 sukzessiv gelockert werden könnte. Sollten die Notmassnahmen für eine längere Zeit in Kraft bleiben, würden die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 266g OR bald erfüllt sein. Daher dürfte der Tatbestand der Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR keinen praktischen Anwendungsbereich auf den Fall «Corona» haben.

6. Schlussfolgerungen

Die Schlussfolgerungen der Untersuchung der Rechtslage in Zusammenhang mit den Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge können wie folgt zusammengefasst werden:

- a) Das zur Eindämmung des Coronavirus angeordnete Veranstaltungs- und Publikumsöffnungsverbot (Lockdown) führt nicht zu einem Mangel des Mietobjekts. Der Lockdown schränkt die publikumsgerichtete Geschäftstätigkeit des Mieters, und nicht deren Ausübung im Mietobjekt, ein. Es besteht somit kein Zusammenhang zwischen der Störung im Gebrauch und dem Mietobjekt. Die zum vereinbarten Gebrauch vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts wird von den Massnahmen nicht berührt.
- b) Da das Mietobjekt nicht mangelhaft ist, ist der volle Mietzins geschuldet. Eine Mietzinsreduktion kommt nur bei Vorliegen von besonderen Vereinbarungen oder Zusicherungen, etwa betreffend den Umsatz im Mietobjekt oder die Kundenfrequenz, in Betracht.

- c) Der plötzliche und wuchtige Ausbruch der Wirtschaftskrise, die durch die Coronapandemie ausgelöst worden ist, hat das Potenzial, als wichtiger Grund im Sinne Art. 266g OR eingestuft zu werden. Eine ausserordentliche Kündigung zur vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses kann somit zulässig sein. Die Partei, welche sich auf den Kündigungsgrund «Corona» beruft, trägt die Beweislast für die Erfüllung der Kündigungsvoraussetzungen, allen voran der unerwartete Umsatzeinbruch, der substanzial (ein Drittel) und dauerhaft (mindestens sechs Monate) sein muss. Mit Blick auf die staatlichen Unterstützungsmaßnahmen dürfte der Beweis nicht leicht zu erbringen sein.

- d) Bei einer Kündigung aus wichtigem Grund wird das Vertragsverhältnis nach sechs Monaten aufgelöst. Die kündigende Partei wird zudem schadenersatzpflichtig. Angesichts des Beweisrisikos und der Rechtsfolgen, dürfte Art. 266g OR in der Coronakrise eine geringe praktische Rolle spielen.
- e) Das ausserordentliche Kündigungsrecht gemäss Art. 266g OR ist die vom Gesetzgeber getroffene Regelung für den Fall der Vertragsanpassung an veränderte Verhältnisse im Mietrecht. Kündigungsfrist, Vertragsauflösung und Schadensersatzpflicht sind Elemente, die bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung zwingend zu beachten sind. Es besteht keinen Spielraum für die subsidiäre Anwendung der clausula rebus sic stantibus. Eine richterliche Vertragsanpassung ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 266g OR wäre zudem praktisch nicht umsetzbar.
- f) Der Ausbruch der Pandemie macht die Erfüllung der mietvertraglichen Verpflichtungen nicht unmöglich. Die Zahlung des Mietzinses und die Überlassung des Mietobjektes zum Gebrauch bleiben von den Massnahmen im Zusammenhang mit dem Lockdown unberührt. Zudem fehlt es am Erfordernis der dauerhaften Leistungsverhinderung.