

Schiedsgerichtsentscheid betreffend Mietzinsherabsetzung infolge Betriebsschliessung Covid-19 Coronavirus

Regeste:

Art. 259d OR; Mietzinsherabsetzung wegen Mangel; behördliche Massnahmen

Eine Herabsetzung des Mietzinses gemäss Art. 259d OR kann auch dann verlangt werden, wenn der Mangel sich dem Einflussbereich des Vermieters entzieht (E. 1 – E. 3).

Art. 119 OR; Unmöglichkeiten der Leistung infolge Pandemie;

Eine Reduktion des Mietzinses gestützt auf Art. 119 OR ist aufgrund der teilweisen Unmöglichkeit der Verwendung des Mietobjektes bei bloss vorübergehender Unmöglichkeit zu verneinen (E. 5).

«Clausula rebus sic stantibus»; Vertragsanpassung infolge Pandemie;

Die Störung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung infolge der Pandemie und der damit einhergehenden Covid-19-Massnahmen können eine richterliche Anpassung des Mietvertrages zur Folge haben (E. 6).

Berechnung der Mietzinsreduktion (E. 8)

Vorbemerkungen:

Die Corona-Pandemie (COVID-19) hat die Schweiz und auch den Rest der Welt sehr plötzlich und mit starken Auswirkungen in allen möglichen Bereichen getroffen. Diese ausserordentliche Lage erforderte es, für das ganze Land die notwendigen Massnahmen anzuordnen (gem. Art. 7 EpG). Zur Bekämpfung des Coronavirus wurde deshalb vom Bundesrat am 13. März 2020 die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung-2) erlassen. Gemäss Art. 6 Abs. 2 dieser Verordnung mussten Einrichtungen, welche für das Publikum öffentlich zugänglich sind, wie namentlich Gastrobetriebe, Coiffeursalons sowie Freizeit- und Unterhaltsbetriebe, mit sofortiger Wirkung geschlossen werden. Diese Schliessungen sind für die Betreiber mit enormen finanziellen Einbussen verbunden und lösen auch viele rechtliche Fragen aus. Stark tangiert ist insbesondere der Bereich des Mietrechts, wo sich unter anderem die Frage nach einem Anspruch auf Mietzinsherabsetzung stellt. Der Anspruch auf Mietzinsherabsetzung im Zusammenhang mit behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie ist rechtliches Neuland. Es fehlen entsprechend gefestigte Rechtsmeinungen und Präjudizien und die Ansichten der Juristen gehen auseinander.

Sachverhalt:

A.

Zwischen dem X GmbH, Mieterin (nachfolgend Restaurant X; Partei X) und der Y AG, Vermieterin (nachfolgend Y, Partei Y) besteht seit dem 1.7.2015 ein Mietvertrag mit einer 15-jährigen Laufzeit. Der Mietzins beläuft sich auf CHF 4'500.00 monatlich (Total Fläche: 110m² Restaurantfläche: 60m², Küche 15m², Büro 12m², Nasszelle 8m², Lager 15m²). Das Restaurant X befindet sich in Luzern und musste gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b der COVID-19-Verordnung 2 ab dem 17. März 2020 um 00:00 Uhr schliessen und den Betrieb einstellen. Aufgrund der zeitlichen Beschränkung der Massnahmen (Stand 3. April 2020: bis am 19. April 2020) wurde das Mobiliar in den Geschäftsräumlichkeiten belassen. Um die finanziellen Folgen dieser Massnahme zu mindern, haben die Betreiber des Restaurants X einen Take-Away-Service eingeführt. Denn Take-Away-Dienstleistungen sind nach wie vor gesetzlich erlaubt, soweit die weiteren Massnahmen zur Bekämpfung resp. Eindämmung des Coronavirus eingehalten werden (Abstandhalten von mindestens 2.00 Metern, regelmässiges gründliches Händewaschen etc.). Somit kann der Betrieb in einem gewissen Umfang weitergeführt und die finanzielle Belastung etwas abgefedert werden. Dennoch können die Geschäftsräumlichkeiten im Rahmen eines Take-Away-Service nicht im gleichen Umfang wie bisher genutzt werden, zumal in der luzernischen Gesetzgebung der reine Take-Away-Service um 18:30 Uhr geschlossen werden muss. Der Betreiber des Restaurants X wandte sich daher an den Vermieter Y und forderten eine Reduktion des Mietzinses für den Zeitraum vom 17. März bis zum 19. April 2020 resp. bis zur Aufhebung der Massnahmen. Der Vermieter war nicht bereit, den Mietzins zu reduzieren, da auch er weiterhin Ausgaben in Zusammenhang mit den Räumlichkeiten hat.

B.

Die Partei X und die Partei Y suchten in der Folge die Schenkel & Serrago AG auf und beauftragen sie sinngemäss als verbindliche Schlichtungsbehörde, die nachfolgenden Anträge zu behandeln. Beantragt wurde von der Partei X was folgt:

- Es sei der Mietzins ab 18. März 2020 bis 31. März 2020 um 90% zu reduzieren und die Partei Y folglich zu verpflichten, die zu viel bezahlten Mietzinsen für den Monat März 2020 der Partei X im Umfang von CHF 1'829.00 zurückzubezahlen.
- Die Partei X sei zu berechtigen, für die gesamte Dauer der Geltung der Covid-19-Massnahmen einen reduzierten monatlichen Mietzins von CHF 450.00 an die Partei Y zu bezahlen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Partei Y.

C.

Die Partei Y beantragte hingegen was folgt:

- Die Anträge seien abzuweisen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Partei X.

Erwägungen:

1.

1.1.

Die Partei X macht geltend, es liege ein Mangel i.S.v. Art. 259a OR vor. Entsprechend könne der Mieter nach Art. 259d OR vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels herabsetzt, wenn die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert wird. Eventualiter sei von einer teilweisen Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 OR auszugehen. Diesfalls müsse der Mietzins ebenfalls verhältnismässig angepasst werden. Da der Vermieter unmöglich seine volle Leistung erbringen könne, würde die Gegenleistung des Mieters (Mietzins) herabgesetzt werden – und zwar in dem Ausmass, in dem die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den tatsächlichen Gebrauch der Mietsache zu erlauben, erlischt. Subeventualiter sei der Vertrag richterlich via die sog. «*clausula rebus sic stantibus*» anzupassen, da aufgrund unvorhersehbarer und unvermeidbarer, grundlegender und ausserordentlicher Veränderung der Umstände eine gravierende Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung eingetreten ist.

1.2.

Die Partei Y hingegen vertritt die Ansicht, dass bei der Anordnung der Covid-19-Massnahmen von keinem Mangel im Sinne der mietrechtlichen Bestimmungen gesprochen werden könne, zu dessen Beseitigung der Vermieter mit den in Art. 259a ff. OR vorgesehenen Rechtsbehelfen angehalten werden könnte. Ferner scheitere die Bejahung einer teilweisen Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 Abs. 1 OR an der Voraussetzung der *dauerhaften* Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Aus demselben Grund sei auch eine richterliche Anpassung des Vertrages via die sog. «*clausula rebus sic stantibus*» ausgeschlossen, da eine bloss vorübergehende Einschränkung der Nutzung des Mietobjektes keine gravierende Äquivalenzstörung zur Folge haben könne.

2.

2.1.

Die Vereinbarungen der Parteien über den Gebrauch der Sache können in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehen. In solchen Fällen kann nur ausnahmsweise eine Nichtigkeit oder objektive Unmöglichkeit des Vertrages angenommen werden. Im Zweifel kommen die vertraglichen Regeln zu Leistungsstörungen zur Anwendung (WEBER, BSK OR I, N 13 zu Art. 256). Die COVID-19-Verordnung 2 enthält mit dem Raumplanungs-, Bau- oder Gewerbepolizeirecht vergleichbare öffentlich-rechtliche Vorschriften. Diese verbieten teilweise den Gebrauch der Mietsache, weshalb die vertraglichen Regeln zu den Leistungsstörungen zur Anwendung gelangen müssen, soweit die Voraussetzungen erfüllt sind. Ergeht ein öffentlich-rechtliches Verbot der Weiterbenützung, so entstehen grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln vertragliche Minderungsansprüche gem. Art. 259d OR (WEBER, BSK OR I, N 4 zu Art. 253).

2.2.

Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und *in demselben zu erhalten*. Ob die Mietsache dem Mieter den vertragsgemässen Gebrauch tatsächlich gewährleistet, hängt in erster Linie vom Vertragszweck ab und ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen (WEBER, BSK OR I, N 4 zu Art. 256).

Die Mietsache ist mangelhaft, wenn sie nicht oder nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch taugt, wenn ihr mithin eine vertragliche Eigenschaft fehlt, die den Gebrauchswert beeinträchtigt (WEBER, BSK OR I, N 1 zu Art. 258). Welcher Art die Abweichung ist, ob körperlicher oder unkörperlicher Art, tatsächlicher oder rechtlicher Natur usw., ist an sich unerheblich (HIGI/WILDISEN, ZHK OR, N 30 zu Art. 258). Mangels gesetzlicher Definition ist der Begriff des Mangels anhand des zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustandes, zu dem die Sache vermietet wurde, im Sinne von Art. 256 Abs. 1 OR zu definieren; es ist ein Vergleich zwischen dem tatsächlichen und dem vereinbarten Zustand anzustellen. Massgebend ist der Zustand, mit welchem der Mieter nach dem Inhalt des Vertrages vernünftigerweise rechnen durfte, denn der Mangel definiert sich als Abwesenheit einer Eigenschaft, die versprochen wurde oder die die Gegenpartei nach Treu und Glauben erwarten durfte (Urteil des BGer 4C.527/1996 vom 29. Mai 1997, publ. in SJ 1997, S. 661 ff., E. 3a m.w.H.; vgl. auch HIGI, ZHK OR, N 17 zu Art. 256 und N 27 ff. zu Art. 258).

2.3.

Bisher wurde mangels Relevanz weder in der Lehre noch Rechtsprechung darüber diskutiert, wie mit behördlichen Anordnungen umzugehen ist, die den Mieter und Vermieter gleichermaßen oder gar die gesamte Landesbevölkerung betreffen. Dabei ist von zentraler Bedeutung, ob der Mangel im Herrschaftsbereich des Vermieters stehen müsse oder nicht. Als Argument für die Voraussetzung der Herrschaftsmöglichkeit über den Mangel durch den Vermieter wird Folgendes angeführt: So würde den Mängelrechten des Mieters nämlich die Idee zugrunde liegen, dass die Beseitigung eines Mangels durch den Vermieter durchgesetzt werden soll. Ist eine Beseitigung der Störung nicht im Einflussbereich des Vermieters, verlieren auch die Rechtsbehelfe des mietrechtlichen Mängelrechts ihren Sinn. Im Bereich der Lärmimmissionen etwa können diese Rechtsbehelfe also nur solange greifen, als dem Vermieter die Möglichkeit offensteht, gegen den störenden Dritten vorzugehen. Das Unterlassen eines solchen Vorgehens kann sodann mit den Rechtsbehelfen des Mängelrechts sanktioniert werden (HIGI, Fluglärm und mietrechtlicher Mangel, in: BR/DC 4/2002, S. 152 ff.).

In der Lehre und Rechtsprechung jedoch werden z.B. unter Mängeln auch vom Vermieter weder beeinflussbare noch beseitigbare Immissionen subsumiert, die bei gegebener Intensität als Mangel qualifiziert werden, unabhängig davon, ob sich der Vermieter für die zu gewährende Mietzinsherabsetzung beim Störer schadlos halten kann (vgl. dazu u.a. BRUNNER, Störungen der Mieterinnen und Mieter durch Immissionen, insbesondere Bau- und Verkehrslärm, in: mp 2000, S. 97 ff.). Der Mangel kann nicht nur in der Sache selbst liegen, sondern seinen Ursprung beispielsweise auch in der Nachbarschaft oder im Verhalten eines Dritten haben (Urteil des BGer 4C.527/1996 vom 29. Mai 1997, publ. in: SJ 1997, S. 661 ff., E. 3a; Urteil des BGer C.144/1985 vom 24. September 1985, publ. in: SJ 1986 S. 195 ff., E. 1b). Folglich muss der Vermieter nicht in der Lage sein, den Mangel beseitigen zu können (Urteil des BGer 4A_130/2018 vom 26. Juli 2018, E. 5.2; Urteil BGer 4C.377/2004 vom 2. Dezember 2004, E. 2.1; HIGI/WILDISEN, ZHK OR, 5, N 9 zu Art. 259d; WEBER, BSK OR I, N 1 zu Art. 259d).

2.4.

Es wird auch die Meinung vertreten, dass eine behördliche Betriebsschliessung grundsätzlich den Risikobereich des Betreibers betreffe und keinen Mangel des Mietobjekts darstelle. Lehre und Rechtsprechung erkennen einen Mangel nur an, falls die Räume aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift an die Adresse des Vermieters nicht verwendet werden können. Gemäss dieser Auffassung liegt kein Mangel gemäss Art. 259d OR vor (und somit auch kein Anspruch auf Herabsetzung oder Erlass des Mietzinses), wenn diese öffentlich-rechtliche Vorschrift den Mieter betrifft – z.B. das Wirtepatent, um ein Restaurant betreiben zu können (HIGI/BÜHLMANN, ZHK OR, N 40 zu Art. 256). Dieser Meinung ist zuzustimmen, da die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschrift in diesem Fall dem Mieter obliegt und von Umständen, die in seinem

Risikobereich liegen, abhängt. Er kann selbst auf den Mangel Einfluss nehmen und diesen beseitigen.

Die vorliegende öffentlich-rechtliche Vorschrift ist allerdings nicht speziell an einen Mieter bzw. an alle Mieter adressiert. Sie betrifft die Vermieter gleichermassen, da diese, solange die Covid-19-Massnahmen anhalten, ihre Räume auch nicht für eine Nutzung im Sinne von Art. 6 der COVID-Verordnung 2 zur Verfügung stellen dürfen. Ausserdem hat der Mieter keinen Einfluss auf den Mangel. Die Wiedereröffnung des Betriebs hängt nicht von ihm ab – im Unterschied zu einer Lage, in der er das Hindernis zur Verwendung des Objekts gemäss dem abgemachten Zweck selbst aufheben könnte (z.B. indem er sich ein Wirtepatent beschafft).

3.

3.1.

Auch kann argumentiert werden, dass die Räumlichkeiten des Mietobjektes dem Mieter effektiv zur Verfügung stünden, weshalb der Vermieter seine Gebrauchsüberlassungspflicht erfülle. Der Vermieter sei nicht verpflichtet, das Mietobjekt frei von öffentlich-rechtlichen Einschränkungen zu halten. Dem kann nicht gefolgt werden. Im Vertrag wurde der Partei X zugesichert, dass die Räumlichkeiten für einen Restaurationsbetrieb genutzt werden können und dürfen. So durfte die Partei X auch nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sich die Mieträume in einem Zustand befinden würden, sodass ein Restaurationsbetrieb geführt werden kann zumal sie einen Mietzins für einen Restaurationsbetrieb entrichtet. Aufgrund der Covid-19-Massnahmen ist die Führung eines Restaurationsbetriebes nun aber nicht mehr möglich. Im Übrigen darf der Vermieter seine Gebrauchsüberlassungspflicht aufgrund der Covid-19-Massnahme gar nicht mehr (vollumfänglich) erfüllen. Der Ist- weicht vom Soll-Zustand ab, weshalb ein Mangel an der Mietsache vorliegt.

Ein Verschulden des Vermieters für das Auftreten des Mangels ist nicht erforderlich, denn die Mietzinsminderung korrigiert das durch den Mangel entstandene Ungleichgewicht zwischen den vertraglichen Hauptleistungen der Parteien (WEBER, BSK OR I, N 1/2/2a zu Art. 259d). Der Mieter soll nicht den vereinbarten Mietzins zahlen, solange er dafür nicht die volle Gegenleistung erhält. Dass der Vermieter auf den Mangel keinen Einfluss nehmen kann, da er ausserhalb seines Einflussbereiches liegt, ist gemäss vorherigen Ausführungen unter Ziff. 2.2. ff irrelevant (WEBER, BSK OR I, N 1 zu Art. 259d). Im Übrigen steht es dem Vermieter offen, gegenüber dem Staat eine Entschädigung als Folge des enteignungsähnlichen Eingriffs in sein Eigentum zu verlangen und sich so gegen den Störer zu wehren und schadlos zu halten.

3.2.

Die Partei X durfte demzufolge von der Partei Y eine Mietzinsreduktion verlangen. Es ist unerheblich, ob der Mangel ausserhalb des Einflussbereichs des Vermieters liegt oder nicht. Ausserdem durfte die Partei X nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Mieträumlichkeiten für den Betrieb eines Restaurants und nicht lediglich für ein Take-Away-Angebot gebraucht werden können. Zweck der Mietzinsherabsetzung ist es, dem durch Mängel verminderten Gebrauchswert der Mietsache (und damit der verminderten Erfüllungsleistung des Vermieters) mittels einer Anpassung (Herabsetzung) des Mietzinses Rechnung zu tragen und ein erneutes Gleichgewicht der vertraglich geschuldeten Leistungen herbeizuführen. Bei einer Pandemie wie beim Corona-Virus handelt es sich um höhere Gewalt (sog. «Force Majeure»), womit ein Verschulden einer Vertragspartei ausser Betracht fällt. Unter höherer Gewalt versteht man ein unvorhersehbares und unvermeidbares Ereignis, welches von aussen hereinbricht und nicht abgewendet werden kann. Darunter können insbesondere Naturkatastrophen (Erdbeben, Erdbeben, Tornados, Vulkanausbrüche), aber auch Ausbrüche von Krankheiten mit weitreichenden Auswirkungen verstanden werden. Letzteres ist beim Covid-19-Virus der Fall.

4.

Selbst wenn man vorliegend zur gegenteiligen Auffassung gelangen würde, dass kein Mangel im mietrechtlichen Sinn vorliegt, der eine Mietzinsherabsetzung rechtfertigt, kann sich der Mieter – je nach konkretem Fall und der konkreten Umstände – auf weitere Rechtsbehelfe stützen, um den Mietzins zumindest nicht vollständig bezahlen zu müssen.

5.

5.1.

Ausnahmsweise können öffentlich-rechtliche Beschränkungen auch zur objektiven Unmöglichkeit der weiteren Vertragserfüllung nach Art. 119 OR führen. Der erwähnte Artikel regelt die Rechtsfolgen der nachträglichen rechtlichen oder tatsächlichen, teilweisen oder vollkommenen, *dauernden*, nicht vom Schuldner zu verantwortenden Unmöglichkeit der Leistungserbringung (WIEGAND, BSK OR I, N 1 zu Art. 119). Eine solche ist jedoch nicht leichthin anzunehmen und kommt erst in Frage, wenn der vereinbarte Gebrauch verboten wird oder wenn die behördlichen Auflagen nur durch ein unzumutbares Opfer des Mieters erfüllt werden können (BGE 57 II 534; BGE 116 II 512, E. 2). Auch eine Teilunmöglichkeit kommt in Betracht. Diese führt zu einer richterlichen Neufestsetzung des noch geschuldeten Mietzinses (WEBER, BSK OR I, N 4 zu Art. 253). Ist beim Dauervertrag die Unmöglichkeit der charakteristischen Leistung bloss eine vorübergehende, so gilt sie als dauernde (definitive) Unmöglichkeit, wenn

feststeht, dass sie bis zum Vertragsende nicht wegfällt (m.w.Verw. AEPLI, ZHK OR Band/Nr. V/1h/1, 1991, N 123 zu Art. 119). Eine vorübergehende teilweise Unmöglichkeit gilt dann als dauernde Unmöglichkeit, wenn feststeht, dass sie bis zum Vertragsende im konkreten Fall (z.B. gekündigtes oder befristetes Mietverhältnis) nicht wegfallen wird (HIGI/WILDISEN, ZHK OR, N 26 zu Art. 258).

5.2.

Eine dauernde Unmöglichkeit bzw. ein dauerhaftes Verbot liegt vorliegend nicht vor, denn beim Dauervertrag ist nur von einer dauernden Unmöglichkeit auszugehen, wenn diese über das Vertragsende hinaus anhält. Dies ist bei der vorliegenden 15-jährigen Vertragszeit nicht der Fall.

6.

6.1.

Es bietet sich ferner die richterliche Vertragsanpassung via der sogenannten «clausula rebus sic stantibus» an. Es bleibt zu beurteilen, ob der Mietvertrag aufgrund der verordneten Betriebsbeschränkung wegen dem Covid-19-Virus an die veränderten Umstände anzupassen ist.

6.2.

Gültig zustande gekommene Verträge sind so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind («pacta sunt servanda»), soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen. Eine vertragliche Vereinbarung kann indes gegen den Willen einer Partei angepasst werden, wenn infolge einer – nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses - unvorhersehbaren und unvermeidbaren grundlegenden und ausserordentlichen Veränderung der Umstände eine gravierende Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung eintritt (BGE 135 III 1, E. 2.4; BGE 127 III 300, E. 5b), so dass ein Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch «geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenen Rechtsmissbrauch darstellt, der nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz findet» (BGE 107 II 343, E. 2; vgl. zum ganzen Abschnitt BGE 138 V 366, E. 5.1). Der Grundsatz «clausula rebus sic stantibus» erlaubt also, dass unter gewissen Voraussetzungen Verträge veränderten Verhältnissen angepasst werden können.

6.3.

Rechnen die Parteien bei Vertragsabschluss mit künftigen Ereignissen, können sie für diesen Fall eine Anpassung vertraglich vorsehen (Urteil des BGER 4A_299/2008 vom 28. Oktober 2008, E. 2.5 m.w.H.). Vorliegend liegt keine solche Anpassungsklausel vor, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigen (vgl. JÄGGI/GAUCH, ZHK OR, N 657 ff. zu Art. 18).

6.4.

Die Parteien haben im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit einer Betriebsbeschränkung aufgrund einer Pandemie gerechnet. Damit ist allerdings die Rechtsfrage nicht entschieden, ob die Verhältnisänderung auch nicht vorausgesehen werden konnte. Nach der Rechtsprechung müssen die Parteien bei langfristigen Verträgen damit rechnen, dass sich die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnisse später ändern. Namentlich Änderungen der Gesetzeslage gelten grundsätzlich nicht als unvorhersehbar (WIEGAND, BSK OR I, N 103 zu Art. 18; KRAMER, BK OR, N 339 zu Art. 18). Sehen die Parteien ausdrücklich oder sinngemäss davon ab, den Einfluss solcher Änderungen auf die gegenseitigen Leistungen auszuschliessen, so entspricht es grundsätzlich dem Wesen des Vertrages, dass er so erfüllt wird, wie er abgeschlossen worden ist (BGE 107 II 343, E. 2; BGE 104 II 314, E. II/1a). Waren die nachträglich eingetretenen Umstände jedoch nicht vorauszusehen, so kann von einem ausdrücklichen oder sinngemässen Verzicht auf eine Vertragsanpassung nicht die Rede sein. Die Unvorhersehbarkeit ist schon dann zu bejahen, wenn die Wahrscheinlichkeit des späteren Eintritts der Veränderungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses so klein war, dass für einen vernünftigen Menschen in der Lage der benachteiligten Partei kein Grund bestand, beim Entscheid über den Vertragsschluss oder dessen Ausgestaltung darauf Rücksicht zu nehmen (vgl. Urteil des BGer 4A_375/2010 vom 22. November 2010, E. 3.1; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZHK OR, Art. 18 N 764). Dabei ist die Voraussehbarkeit auch dann zu verneinen, wenn eine Verhältnisänderung wie etwa die Änderung der gesetzlichen Grundlagen als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag (KRAMER, BK OR, N 668 ff. zu Art. 18; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZHK OR, N 670 zu Art. 18;). Ereignisse höherer Gewalt sind indes nicht voraussehbar (KRAMER, BK OR, N 674 zu Art. 18). Ferner wird darauf hingewiesen, dass eine gravierende Äquivalenzstörung je nach Ausmass der Verhältnisänderung durchaus auch bei temporären behördlichen Massnahmen bejaht werden kann. Zumindest darf dies nicht pauschal mit dem Hinweis auf bloss temporäre Massnahmen verneint werden.

In der Geschichte der Menschheit gab es bereits einige Pandemien, die gravierende gesundheitliche, wie auch ökonomische Folgen für die Menschen hatten (so bspw. die spanische Grippe). Doch noch nie traf eine Pandemie eine moderne und global vernetzte Gesellschaft wie es nun mit dem Ausbruch des Covid-19-Virus der Fall ist. Coiffeur-Geschäfte, Massage-salons etc. mussten ihre Geschäfte schliessen, andere Betriebe wie vorliegend das Restaurant X waren gezwungen, ihren Betrieb komplett vom Restaurant zum Take-Away-Betrieb umzustellen – soweit dies möglich war. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war es für das Restaurant X nicht voraussehbar, dass eine Pandemie das gesellschaftliche Leben in derartigem Ausmass wie dem eingetretenen treffen könnte. Deshalb werden auch die Art und der Umfang

der vorliegend eingetretenen Verhältnisänderung als nicht vorhersehbar beurteilt. Auch dass diese vermeidbar gewesen oder der Vertrag vorbehaltlos erfüllt worden wäre, macht die Partei Y zu Recht nicht geltend. Im Vertrag wurde der Partei X explizit zugesichert, dass die Räumlichkeiten für einen Restaurationsbetrieb genutzt werden können und dürfen. So durfte die Partei X auch nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass ein Restaurationsbetrieb geführt werden kann. Aufgrund der Covid-19-Massnahmen ist die Führung eines Restaurationsbetriebes nun aber nicht mehr möglich. Eine gravierende Äquivalenzstörung ist deshalb zu bejahen, womit eine Vertragsanpassung als notwendig erachtet wird.

7.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Partei Y eine Herabsetzung (allenfalls gar ein Erlass) des Mietzinses ab Eintreten der Verordnung, also ab dem 17. März 2020 bis mindestens zum 18. April 2020 gem. Art. 12 der COVID-19-Verordnung 2 gegenüber der Partei X schuldet. Zudem wäre eine richterliche Vertragsanpassung gestützt auf den Grundsatz «*clausula rebus sic stantibus*» denkbar. Da aber eine Mietzinsreduktion gestützt auf Art. 259d OR möglich ist, erübrigt sich die Anwendung dieses Grundsatzes.

8.

8.1.

Für die Berechnung des Umfangs der Herabsetzung des Mietzinses ist nach der relativen Berechnungsmethode der Wert der mangelhaften Sache ins Verhältnis zu setzen zu demjenigen der gebrauchstauglichen. Dabei ist auf objektive Kriterien abzustellen, namentlich auf Art und Beschaffenheit des Mietobjektes und des Mangels und auf den Vertragsinhalt (WEBER, BSK OR I, N 6 zu Art. 259d). Der aktuelle mangelhafte Zustand der Sache wird mit dem vertragsgemässen, mängelfreien Zustand der Mietsache verglichen. Dabei werden der mängelfreie, vertragsgemäss geschuldete Zustand und der damit verbundene Gebrauch 100% gleichgesetzt, die durch den Mangel bewirkte Beeinträchtigung in Prozenten des mängelfreien Zustandes geschätzt bzw. erfasst (z.B. 10%) und mit dem Umfang des Herabsetzungsanspruches gleichgesetzt (HIGI/WILDISEN, ZHK OR, N 12 zu Art. 259d). Besonders bei Mängeln von mittlerer Bedeutung führt diese Methode jedoch gelegentlich nicht zu einem überzeugenden Ergebnis, da die Inkonvenienzen für den Mieter in keinem Verhältnis zum eher geringen Minderungsbetrag stehen. Das Bundesgericht erachtet es in solchen Fällen zu Recht als mit dem Bundesrecht vereinbar, sich bei der Festsetzung des Minderungsbetrages von der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gesunden Menschenverstand («*bon sens*») und der Kasuistik leiten zu lassen, mithin einen Billigkeitsentscheid i.S.v. Art. 4 ZGB zu treffen (WEBER, BSK OR I, N 6 zu Art. 259d; BGE 130 III 504, E. 4.1).

8.2.

Das Mass der Herabsetzung richtet sich nach dem Verhältnis des Wertverlusts der Mietsache aufgrund des Mangels zum Wert der gebrauchstauglichen Sache, konkret nach der Beschaffenheit des Mietobjekts, der Dauer, Intensität und Häufigkeit der Beeinträchtigung bzw. nach dem Mass, in welchem die Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch vermindert wird (vgl. dazu LCHAT/ROY, Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, S. 248; SVIT-Kommentar-Mietrecht, 3. Aufl. 2008, N 14 zu Art. 259d OR). Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Mangel die Partei X jeden Tag empfindlich trifft. Infolge des Mangels wurde eine vollständige Betriebsumstellung erforderlich. Weiter fällt ins Gewicht, dass die Fläche der Mieträumlichkeiten, auf denen normalerweise der Restaurationsbetrieb geführt wird, nicht mehr benutzt wird.

Aufgrund der Betriebsschliessung ab 18:30 Uhr wird die wesentliche Öffnungszeiten eines Restaurantbetriebes beschnitten, zudem kann und darf während der gesamten Zeit der Sitz- wie auch Stehbereich nicht zur Konsumation für die Klientschaft zur Verfügung gestellt werden. Ferner nimmt nur eine begrenzte Anzahl Personen den Take-Away-Bereich in Anspruch, da davon auszugehen ist, dass die normalerweise vorhandene Kundschaft sich an die behördlichen Vorgaben hält. Diese Vorgaben bestehen insbesondere in der Abstandswahrung zu anderen Personen und der eindringlichen Empfehlung, möglichst zu Hause zu bleiben und nur für lebensnotwendige Besorgungen die Wohnung resp. das Haus zu verlassen. Die Bevölkerung wurde angehalten, ihre Besorgungen und sozialen Aktivitäten bzw. ihre «Reise»-Tätigkeit auf das absolut notwendige Minimum zu reduzieren. Damit beschränkt sich die Inanspruchnahme der Dienstleistungen des Restaurationsbetriebes generell auf die eigene Verpflegung und allenfalls die Verpflegung ihrer Partner und/oder Kinder. Die gesellschaftliche Komponente des gemeinsamen Konsums im grösseren Freundes- und Familienkreis fällt somit faktisch weg. Diese Umstände sind dadurch bedingt, dass die aktuelle Verhaltensweise der Bevölkerung behördlich angeordnet wurde und ausserhalb des Vorhersehbaren für beide Parteien war, zumal die letzte Pandemie in der Schweiz über 100 Jahre zurück liegt. Es wäre deshalb klar verfehlt, von einem Betriebsrisiko zu Lasten des Restaurantbetreibers zu sprechen. Das Risiko trifft, wie bereits unter Ziff. 2.2. ff. ausgeführt wurde, Mieter und Vermieter, ja gar die ganze Bevölkerung.

Die Miete der Geschäftsräumlichkeiten orientiert sich bei Restaurationsbetrieben unter anderem an deren Grösse, Lage, Einzugsgebiet und Ausbaustandard. Da die Bevölkerung sich an die behördlichen Empfehlungen gehalten hat, wie die schweizweit angeordnete Handyüberprüfung aller Personen ergeben hat, ist somit nachweislich feststellbar, dass die für die

Parteien wesentlichen Merkmale des Mietvertrages nicht mehr dieselbe Qualität vorweisen resp. mangelbehaftet sind. Auf der anderen Seite gilt es zu berücksichtigen, dass das Restaurant X. in der Stadt liegt und aufgrund der höheren Besiedlungsdichte somit eine potentiell höhere Anzahl an Kundschaft vorweist als ein Restaurant in einer ländlichen Gemeinde. Somit ist es dem Betreiber des Restaurants möglich, einer potentiellen Kundschaft Take-Away-Service anzubieten (was vorliegend auch getan wird).

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen gilt es die effektive Nutzung der verschiedenen Geschäftsräumlichkeiten aufgrund der direkten Folge der behördlich angeordneten Covid-19-Massnahmen zu berechnen. Dabei wird nicht nur die behördliche Schliessung des Restaurationsbetriebes, sondern auch die Verhaltensempfehlungen des Staates an das Individuum in der nachfolgenden Berechnung berücksichtigt.

Restaurantfläche:

Die Restaurantfläche kann nicht als Restaurant genutzt werden, sondern nur, aber immerhin, als Abholstelle für die Take-Away-Produkte. Entsprechend ist eine Reduktion von 80% angemessen.

Küche:

Die Küche kann vorliegend weniger intensiv in Gebrauch genommen werden. So ist der Take-Away-Betrieb nur von 11.30 Uhr bis 18.30 Uhr geöffnet. Normalerweise ist das Restaurant X von Montag bis Samstag von 10.00 Uhr bis 00.30 Uhr und am Sonntag von 16.00 Uhr bis 23.00 Uhr geöffnet. Die Küche ist nur noch ca. 1.5 Stunden täglich in Betrieb statt den üblichen rund 6 Stunden.

Heute:	11:45 bis 12:30 // 17:45 bis 18:30.	1,5h	25%
Früher:	11:45 bis 13:45 // 17:30 bis 21:30.	6,00h	100%

Die weiteren Zeiten, in welcher die Küche in Betrieb sein könnte, werden aufgrund mangelnder Relevanz ausgeklammert. Dies entspricht einer Beeinträchtigung von 75%.

Lager:

Das Lager kann grundsätzlich zu 100% genutzt werden, womit eine 100%ige Nutzung angerechnet wird.

Nasszelle:

Die Nasszelle wird üblicherweise von den Gästen und den Mitarbeitern geteilt, vorliegend aber nur noch durch die Mitarbeiter benützt. Dies entspricht einer Beeinträchtigung von 90%.

Büro

Das Büro kann grundsätzlich zu 100% genutzt werden, womit eine 100%ige Nutzung angerechnet wird. Somit bleibt der entsprechende m²-Preis für das Büro gleich.

Übersicht:

Raum	Beeinträchtigung in %	Fläche in m ²	m ² -Preis pro Monat (vorher)	m ² -Preis pro Monat (nachher)
Restaurant	80	60	CHF 2'454.55	CHF 490.91
Küche	75	15	CHF 613.64	CHF 153.41
Lager	0	15	CHF 613.64	CHF 613.64
Nasszelle	90	8	CHF 327.27	CHF 32.73
Büro	0	12	CHF 490.91	CHF 490.91
TOTAL	60%	110	CHF 4'500.00	CHF 1'781.59

Aufgrund der behördlich angeordneten Betriebsschliessung ist die Nutzung des Restaurantsbetriebes X. zum vertragsgemässen Zweck zu 60% beeinträchtigt. Entsprechend ist eine Herabsetzung des Mietzinses von CHF 2'718.40 pro Monat gerechtfertigt. Entsprechend hat die Beklagte der Klägerin für den Monat März (18. bis 31. März 2020) 60% des zu viel bezahlten Mietzinses von CHF 2'032.25, somit CHF 1'219.35 zurückzuerstatten und den Mietzins ab dem 1. April 2020 um 60% zu reduzieren.

8.3.

Schliesslich ist noch anzumerken, dass der weiterhin geschuldete Mietzins nicht tiefer ausfallen dürfte, selbst wenn die Räumlichkeiten aus persönlichen Überlegungen der Partei X überhaupt nicht mehr in Gebrauch wären. Denn Take-Away-Dienstleistungen sind nach wie vor gesetzlich erlaubt, soweit die weiteren Massnahmen zur Bekämpfung resp. Eindämmung des Coronavirus eingehalten werden (Abstandhalten von mindestens 2.00 Meter, regelmässiges gründliches Händewaschen etc.). Dem Vermieter darf nur als Mangel angelastet werden, was als direkte Folge der Covid-19-Massnahmen bzw. die COVID-19-Verordnung-2 erachtet werden kann.

9.

9.1.

Der Antrag um Mietzinsherabsetzung ist teilweise gutzuheissen.

9.2.

Die Partei Y hat der Partei X CHF 1'219.35 zu bezahlen.

9.3.

Die Partei X ist dazu berechtigt, für die gesamte Dauer der Geltung der Covid-19-Massnahmen einen reduzierten monatlichen Mietzins von CHF 1'781.40 an die Partei Y zu bezahlen.

9.4.

Infolge der teilweisen Gutheissung der Anträge sind die Kosten hälftig zu teilen.

**Dieser Entscheid ist urheberrechtlich geschützt. Der Inhalt kann als Ganzes oder auszugsweise unter Angabe der Quellenangabe: "Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG, www.rechtsanwalt-luzern.ch" zitiert werden. Bitte beachten Sie, dass die Informationen nicht den Anspruch haben komplett zu sein und genau auf Ihren Fall zutreffen müssen. Bei Fragen oder Unklarheiten ziehen Sie einen versierten Rechtsanwalt bei. [Die Anwälte der Schenkel & Serrago AG stehen Ihnen bei Fragen jederzeit gerne zur Verfügung.](#)*

AUTOR



MARIO SCHENKEL

ist beratend und prozessierend v.a. im Mietrecht, Vertragsrecht, Arbeits- und Strafrecht tätig.

ZUR PERSON