

Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann, LL.M., Advokat
Professor an der Universität Zürich
Rämistrasse 74 / 33
CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 634 42 25
felix.uhlmann@rwi.uzh.ch
www.rwi.uzh.ch/uhlmann/

GastroSuisse
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Verband der Geschäftsmieter
Zweierstrasse 129
8003 Zürich

Basel, 20. November 2020

X7379827.docx/UhF/sef

Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmässigkeit des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes: Frage der Rückwirkung

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Bundesrat hat am 18. September 2020 die Botschaft zum Bundesgesetz über den Miet- und den Pachtzins während Betriebsschliessungen und Einschränkungen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19, Covid-19-Geschäftsmietegesetz) dem Parlament überwiesen (BBI 2020, 8307 ff.). Dieses Gesetz regelt die Festlegung der Miet- und Pachtzinsen für die Zeit vom 17. März 2020 bis 21. Juni 2020 (Art. 1 Covid-19-Geschäftsmietegesetz). Es gilt für Geschäftsmieten mit einem monatlichen Zins von maximal CHF 20'000 (Art. 2 Covid-19-Geschäftsmietegesetz, vgl. auch Art. 3 und 4 Covid-19-Geschäftsmietegesetz mit weiteren Präzisierungen).

Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz enthält die wesentliche Bestimmung. Diese lautet:

"Mieterinnen und Mieter sowie Pächterinnen und Pächter von öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben, die aufgrund der Massnahmen des Bundes zur Bekämpfung des Coronavirus schliessen mussten, schulden während der Dauer der verordneten Schliessung in Abweichung von den Bestimmungen des Obligationenrechts 40% des massgebenden Miet- oder Pachtzinses."

Die Regelung von Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz findet keine Anwendung, wenn sich die Vertragsparteien bereits geeinigt haben (Art. 3 Abs. 1 lit. a Covid-19-Geschäftsmietegesetz) oder am Tag nach der Publikation ein rechtskräftiger Gerichtsentscheid vorliegt (Art. 3 Abs. 1 lit. b Covid-19-Geschäftsmietegesetz).

Für Vermieterinnen und Vermieter sowie für Verpächterinnen und Verpächter, die infolge der Ausfälle gemäss diesem Gesetz in eine wirtschaftliche Notlage geraten, sieht der Bund die Möglichkeit von Entschädigungen im Gesamtbetrag von höchstens CHF 20 Millionen vor (Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Geschäftsmietegesetz). Das Gesetz soll für dringlich erklärt werden (Art. 10 Abs. 1 Covid-19-Geschäftsmietegesetz).

Sie haben mir das Rechtsgutachten von Dr. Peter Karlen sowie Dr. Markus Rüssli vom 3. August 2020 über die Verfassungsmässigkeit der Vernehmlassungsvorlage für ein Covid-19-Geschäftsmietegesetz (im Folgenden: "Rechtsgutachten Karlen/Rüssli") übermittelt. Dieses Gutachten wurde zuhanden des Hauseigentümerverbandes Zürich erstellt. Die Gutachter erachten das vorgeschlagene Gesetz in mehrfacher Hinsicht als verfassungswidrig. Sie sind insbesondere der Ansicht, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine rückwirkende Inkraftsetzung nicht erfüllt sind (Rechtsgutachten Karlen/Rüssli, Rz. 80).

In einem Schreiben vom 26. Oktober 2020 habe ich mich zum vorgenannten Rechtsgutachten geäußert. Sie haben mich gebeten, die Frage der Rückwirkung vertieft zu prüfen. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit beschränke ich mich auf eine gutachterliche Stellungnahme zu den aus meiner Sicht wichtigsten Punkten. Die Einschätzung bezieht sich nur auf die verfassungsrechtlichen Überlegungen, nicht auf die mietrechtliche Rechtslage. Die Einschätzung ist im Übrigen rein rechtlich und verzichtet auf jede politische Beurteilung.

I. GRUNDLAGEN

- 1 Einleitend ist nochmals festzuhalten, dass es sich aus meiner Sicht bei Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz um eine Regelung des Zivilrechts handelt. Dass dabei auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind, steht einer solchen Qualifikation nicht entgegen.
- 2 Aus diesem Grund ist die Frage der Rückwirkung in erster Linie eine Frage des Zivilrechts. Einschlägig sind die Schlusstitel des ZGB. Dabei ist unsicher, ob diese Bestimmungen die Vorgaben des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots umsetzen oder ob sie – weil formal auf der gleichen Stufe stehend wie jede andere Regelung des Zivilrechts – dem Gesetzgeber zur freien Disposition stehen (vgl. dazu YVO SCHWANDER, Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisionen, AJP 2016, S. 1575 ff., 1578

m.w.H.). Die Frage ist ungeklärt, weil das Bundesgericht Verfassungsfragen der Rückwirkung aufgrund von Art. 190 BV (Anwendungsgebot von Bundesgesetzen) fast ausschliesslich anhand öffentlich-rechtlicher Regelungen der Kantone entwickelt hat. Soweit das Bundesgericht die Rückwirkung im Zivilrecht untersucht hat, stand nicht eine Prüfung der Verfassungsmässigkeit, sondern die Auslegung von Zivilrecht im Vordergrund.

- 3 Illustrativ für diesen Zugang ist BGE 140 III 404 ff. Darin musste das Bundesgericht entscheiden, ob Verträge, die vor Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG (Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) nach dem neuen Recht zu beurteilen sind oder nicht. Allgemein hält das Bundesgericht zum intertemporalen Zivilrecht fest (BGer., a.a.O., S. 406 E. 4.2):

"Der Grundsatz, wonach die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten einer neuen Bestimmung eingetreten sind, auch nachher nach den früheren Bestimmungen beurteilt werden (Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB), erfährt allerdings gewichtige Einschränkungen. So ist gemäss Art. 2 SchlT ZGB eine Rückwirkung und damit auch ein Eingriff in rechtsgeschäftlich erworbene Rechte zulässig, wenn die Gesetzesbestimmung um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden ist. Ob eine Rückwirkung nach Art. 2 SchlT ZGB eintritt oder nicht, ist eine Frage der Auslegung der rechtspolitischen Motive, welche zur Gesetzesrevision geführt haben [...] Um sie zu beantworten, sind die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen. In diesem Sinne ist zu beurteilen, ob die vom neuen Recht verfolgten öffentlichen Interessen gegenüber den entgegengesetzten privaten Interessen, namentlich demjenigen am Schutz des Vertrauens in die Anwendung des früheren Rechts, den Vorrang verdienen [...] Sodann sind Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach diesem zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind (Art. 3 SchlT ZGB)."

- 4 Der Grundsatz der Nichtrückwirkung beruht letztlich auf der Überlegung, dass der Gesetzgeber in der Regel keinen "Eingriff in rechtsgeschäftlich erworbene Rechte" will. Es geht "um das Vertrauen in den Bestand einmal rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeter Rechte"; allerdings: "Die Rechtsordnung muss sich weiterentwickeln und veränderten Verhältnissen und Überzeugungen anpassen können" (BGE 138 III 659 ff., 662 E. 3.3). Dem Gesetzgeber kommt in diesen Fragen ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum zu: "Ob es sich um eine der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit wegen aufgestellte Norm handelt und deshalb eine Rückwirkung nach Art. 2 SchlT ZGB eintritt oder nicht, ist eine Frage der Auslegung der rechtspolitischen Motive, welche zur Gesetzesrevision geführt haben" (BGE 138 III 659 ff., 663 E. 3.3). Das Bundesgericht analysiert diese Fragen aber wie dargelegt nicht primär aus verfassungsrechtlicher Sicht (Art. 190 BV).

- 5 Überträgt man die zivilrechtlichen Fragestellungen ins Verfassungsrecht, muss für übergangsrechtliche Fragen der *Schutz des Vertrauens der Parteien in vertragliche Abmachungen* im Vordergrund stehen, ein Gesichtspunkt, der sich ohne Weiteres unter den Vertrauensschutz nach Art. 9 BV subsumieren lässt (vgl. BGE 140 III 404, 406 E. 2: "... Schutz des Vertrauens in die Anwendung des früheren Rechts ..."). Aus meiner Sicht ist bei der Regelung der Geschäftsmiete zu fragen, ob und in welchem Umfang die neuen Bestimmungen in das Vertrauen auf den Bestand rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeter Rechte eingreifen, abgewogen gegen das Gewicht der gesetzgeberischen Motive.
- 6 Mit diesem Ansatz wird auch klar, weshalb die zivilrechtliche Ausgangslage für die Frage der Rückwirkung (und für weitere Verfassungsfragen) entscheidend ist. Bei einer unsicheren Rechtslage, wie vorliegend angenommen, ist der Eingriff offensichtlich geringer als bei gesicherten Ansprüchen.

II. ANWENDUNG AUF ART. 5 COVID-19-GESCHÄFTSMIETEGESETZ

- 7 Für die Analyse von Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz ist zunächst zu fragen, was die *massgebliche Tatsache* ist, an die intertemporal angeknüpft wird (Art. 1 SchIT ZGB). Geht man vom Rechtsstreit aus – ähnlich wie bei hängigen Gesuchen im öffentlichen Recht – liegt gar keine Rückwirkung vor. Mit Blick auf die Praxis zu Art. 1 SchIT ZGB (vgl. Art. 1-4 Tit. Fin, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet [Hrsg.], Code civil II, Art. 457-977 CC, art. 1-61 Tit. fin. CC, Basel 2016, Rz. 83 ff.) liegt aber näher, auf das Mietverhältnis im Frühjahr 2020 abzustellen. Dabei enthält die vorliegende Regelung die Besonderheit, dass sie nicht nur einen bestehenden Vertrag und seine Handhabung für zukünftige Streitigkeiten beeinflusst, sondern auf einen bereits vergangenen, abgeschlossenen Zeitraum abzielt. Diese Konstellation hatte das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nie zu beurteilen. Auch hier muss aber entscheidend sein, ob und aus welchen Gründen in das Vertrauen auf den Bestand rechtsgeschäftlich gesetzeskonform begründeter Rechte eingegriffen wird.
- 8 Zu berücksichtigen ist, dass der Schutz des Vertrauens in eine bestimmte Regelung umso grösser ist, je stärker die Regelung vom *Parteiwillen* erfasst ist und erfasst werden konnte. Dieser Gesichtspunkt wird insbesondere in Art. 3 SchIT ZGB zum Ausdruck gebracht ("... Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird ..."). Umgekehrt: Was nicht Gegenstand des Parteiwillens war, erfährt keine besondere Rücksichtnahme und beurteilt sich in der Regel nach neuem Recht.
- 9 Vorliegend geht es – in der Logik der Gegnerinnen und Gegner des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes – um das Vertrauen der Vermieterinnen und Vermieter

in den Erhalt des vollen Mietzinses während der Pandemie. Dieses Vertrauen scheint mir nicht derart gewichtig, dass ein Eingriff des Gesetzgebers verfassungsrechtlich ausgeschlossen wäre. Der Fall der Pandemie ist nach meinem Kenntnisstand in den Miet- und Pachtverträgen gerade nicht geregelt worden. Die Nähe der Streitigkeit zur *clausula rebus sic stantibus* zeigt, dass es um einen ausserordentlichen Sachverhalt geht, den die Parteien nicht antizipiert haben. Woran die Parteien nicht gedacht haben, kann nicht vom Parteiwillen erfasst sein. Damit besteht auch kein Vertrauen.

- 10 Folgt man weiter der Prämisse, dass die zivilrechtliche Rechtslage nicht eindeutig ist, gibt es auch kein Vertrauen in den Erhalt des vollen Mietzinses. Zu beurteilen wäre die Erwartung eines höheren Betrages, wenn die Frage allein von den Gerichten beurteilt wird. Dies ist nicht mit dem Vertrauen in einen gesicherten Anspruch gleichzustellen. Mindestens im öffentlichen Recht würde den Berechtigten entgegengehalten werden, dass ihnen die Unsicherheit bewusst war oder hätte bewusst sein müssen. Nach den Betriebsschliessungen im Frühjahr wurde die Frage der Miet- und Pachtzinsen während der Pandemie auch sofort kontrovers in der Öffentlichkeit diskutiert; die Unsicherheit in dieser Frage war allgemein bekannt.
- 11 Die Interessen für den Erlass des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes werden kontrovers beurteilt. Folgt man den Argumenten des Bundesrates, bestehen aus meiner Sicht hinreichende Interessen, um in die begrenzte Erwartung einer vollen Mietzinszahlung einzugreifen. Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz steht damit im Einklang mit Art. 1 ff. SchlT ZGB i.V.m. Art. 9 BV.

III. ANWENDUNG VON ÖFFENTLICHEM RECHT

- 12 Selbst wenn man auf die vorliegende Regelung uneingeschränkt die Grundsätze des öffentlichen Rechts zur Anwendung bringen würde, könnte die Verfassungswidrigkeit nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Im Gutachten KARLEN/RÜSSLI wird von echter Rückwirkung ausgegangen, welche deswegen verfassungswidrig sei, weil es an *triftigen Gründen* fehle; ein Eingriff in vertragliche Ansprüche sei nicht notwendig (Gutachten KARLEN/RÜSSLI, Rz. 64 ff.). Das ist in erster Linie eine *Wertungsfrage*, welche von den Gutachtern vor allem deswegen negativ beantwortet wird, weil sie die Zivilrechtslage als klar ansehen und damit Eingriffe in gesicherte Ansprüche unterstellen, die sie als nicht erforderlich erachten. Ich habe im Schreiben vom 26. Oktober 2020 ausgeführt, dass ich diese Prämisse nicht teile.

- 13 Auch der Bundesrat bejaht die Zulässigkeit einer rückwirkenden Regelung (sowie das Vorliegen einer unsicheren zivilrechtlichen Ausgangslage): "Aufgrund der ungewissen rechtlichen Situation in Bezug auf den Miet- oder Pachtzins während der Schliessungen und Betriebseinschränkungen ist die Rückwirkung durch triftige Gründe [... bzw.] durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt" (Botschaft zum Bundesgesetz über den Miet- und den Pachtzins während Betriebsschliessungen und Einschränkungen zur Bekämpfung des Coronavirus [Covid-19] [Covid-19-Geschäftsmietegesetz] vom 18. September 2020, BBl 2020, 8307 ff., 8332). Ich schliesse mich der Auffassung des Bundesrates an. Die Regelung der Geschäftsmiete während der Betriebsschliessungen im Frühling 2020 ist eine ausgesprochen kontroverse politische Frage, die auch politisch entschieden werden sollte.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Felix Uhlmann