

**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, 26. Oktober 2020

X7348880.docx/UhF/sef

## **Gutachterliche Stellungnahme zur Verfassungsmässigkeit des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes**

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 (BBl 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 Hauseigentümergebietes Zürich erstellt. Die Gutachter erachten das vorgeschlagene Gesetz in mehrfacher Hinsicht als verfassungswidrig. Es liege ein unverhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsgarantie vor, "weil den Vermietern und Verpächtern und – soweit nach Obligationenrecht mehr als 60%ige Herabsetzungsansprüche bestehen – Mietern und Pächtern vertragliche Ansprüche entzogen werden, obwohl es zur Erreichung der verfolgten Ziele eines solchen Eingriffs in die Rechte der Vertragsparteien nicht bedarf" (Rechtsgutachten Karlen/Rüssli, Rz. 80). Nach Ansicht der Gutachter ergibt sich die Verfassungswidrigkeit auch daraus, dass der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt werde und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine rückwirkende Inkraftsetzung nicht erfüllt sind (Rechtsgutachten Karlen/Rüssli, Rz. 80).

Sie haben mich um eine gutachterliche Einschätzung gebeten, ob die Hauptaussagen im vorgenannten Rechtsgutachten zutreffend sind. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit beschränke ich mich auf eine kurze 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.

**a) *Massgeblichkeit der zivilrechtlichen Einschätzung***

- 1 Ich differiere gegenüber dem Rechtsgutachten Karlen/Rüssli in einem wesentlichen Punkt, nämlich hinsichtlich der Prämisse, dass die zivilrechtliche Rechtslage eindeutig oder irrelevant sei. Im Rechtsgutachten Karlen/Rüssli wird ausgeführt, dass gemäss "einem grossen Teil der Lehre" die im Rahmen der Bekämpfung des Coronavirus angeordneten Betriebsschliessungen "keinen Anspruch auf Zinsherabsetzung" begründen würden (Rechtsgutachten Karlen/Rüssli,

Rz. 42). Die zivilrechtliche Beurteilung sei für die verfassungsrechtliche Beurteilung aber nicht entscheidend, "da die Gesetzesvorlage nach dem Ausgeführten unabhängig davon in praktisch jedem Fall in vertragliche Ansprüche eingreif[e]" (Rechtgutachten Karlen/Rüssli, Rz. 42). Mit diesen Prämissen bin ich nicht einverstanden.

- 2 Die zivilrechtliche Ausgangslage kann ich nicht zuverlässig einschätzen. Es fällt immerhin auf, dass die ausführlicheren Stellungnahmen zum Zivilrecht nicht eine so eindeutige Einschätzung erlauben, wie sie im Rechtsgutachten Karlen/Rüssli vorgebracht wird. Aus meiner Sicht ist rechtlich mindestens vertretbar, dass während der Pandemie Mieterinnen und Mieter sowie Pächterinnen und Pächter einen Anspruch auf Mietzinsherabsetzung haben bzw. infolge richterlicher Vertragsanpassung (*clausula rebus sic stantibus*) nicht den vollen Mietzins schulden. Es könnte also sein, dass Gerichte zu unterschiedlichen Urteilen kommen könnten und teilweise zugunsten der Mieterinnen und Mieter bzw. der Pächterinnen und Pächter entscheiden werden.
- 3 Geht man davon aus, dass eine Minderung des Miet- oder Pachtzinses durch Zivilgerichte mindestens *rechtlich vertretbar und damit möglich* ist, ergibt sich daraus, dass es sich beim Covid-19-Geschäftsmietegesetz in der Essenz um eine *zivilrechtliche Regelung* handelt. Anders gewendet: Wenn der Bundesgesetzgeber eine Frage regelt, die aufgrund der bestehenden Rechtslage von den Zivilgerichten zu entscheiden wäre und auch von den Zivilgerichten entschieden würde, handelt es sich um eine zivilrechtliche Fragestellung – unabhängig davon, ob man Art. 109 BV (Mietwesen) oder Art. 122 (Zivilrecht) als Verfassungsgrundlage heranzieht. Dass bei der Regelung einer Zivilrechtsfrage eine komplexe Gemengelage (auch) öffentlicher Interessen besteht, ist nicht ungewöhnlich.
- 4 Zur Qualifikation von Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz als Norm des Zivilrechts führt auch die Überlegung, dass der Bundesgesetzgeber *pro futuro* die Frage einer Mietzinsherabsetzung im Falle einer Pandemie regeln könne. Eine solche Regelung besteht offenbar im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB). Die Bestimmung lautet:

*"Wenn die in Bestand genommene Sache wegen ausserordentlicher Zufälle, also Feuer, Krieg oder Seuche, grosser Überschwemmungen, Wetterschläge, oder wegen gänzlichen Misswachses gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten."*

Für die Frage der Zuordnung zum Zivilrecht kann es keine Rolle spielen, ob damit künftige Fälle oder bereits eingetretene geregelt werden.

- 5 Es besteht somit eine hinreichende Bundeskompetenz, was auch im Rechtsgutachten Karlen/Rüssli nicht in Frage gestellt wird (Rechtsgutachten Karlen/Rüssli, Rz. 38). Zu einer anderen Einschätzung kommt der Bundesrat (Botschaft, a.a.O., S. 8335). Allerdings wird hier die ganze Vorlage, nicht die einzelne Norm qualifiziert, was nicht überzeugt, hätte der Bund den verwaltungsrechtlichen Teil (vgl. unten Ziff. 13) doch auch in einem separaten Erlass regeln oder ganz weglassen können, was auf die Qualifikation von Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz keinen Einfluss haben kann.

**b) Keine unzulässige Rückwirkung**

- 6 Geht man von einer primär zivilrechtlichen Fragestellung aus, so hat dies Auswirkungen auf die *verfassungsrechtlichen Massstäbe*, an denen man die entsprechenden Bestimmungen misst. Dies gilt zunächst einmal für die *Frage der Rückwirkung*.
- 7 Einschlägig für das intertemporale Zivilrecht sind Art. 1 ff. Schlusstitel ZGB (SchIT ZGB). Art. 1 SchIT ZGB sieht die Regel der Nicht-Rückwirkung vor. Rückwirkung ist möglich bei der Einführung neuen Rechts zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit (Art. 2 Abs. 2 SchIT ZGB). Gemäss Art. 3 SchIT ZGB sind "Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch Gesetz umschrieben wird, [...] nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind" (Art. 3 SchIT ZGB).
- 8 Art. 5 Covid-19-Geschäftsmietegesetz betrifft im weiteren Sinne den Fall der Unmöglichkeit, also eine Frage, die unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird. Die genaue Qualifikation müsste allenfalls vertieft werden, doch zumindest im Sinne einer Kurzeinschätzung ist nicht ersichtlich, weshalb eine Regelung der Unmöglichkeit für laufende Vertragsverhältnisse eine unzulässige Rückwirkung darstellen sollte. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf die Regelung im Entwurf, wonach gemäss Art. 3 Abs. 1 Covid-19-Geschäftsmietegesetz gerade kein Eingriff in rechtskräftig vereinbarte ("... Willen der Beteiligten ...") oder gerichtlich entschiedene Ansprüche stattfinden soll. Aus diesem Grund teile ich – mindestens im Rahmen der vorliegenden Kurzeinschätzung – die Auffassung der Gutachter nicht, dass das vorliegende Gesetz eine unzulässige Rückwirkung darstellt. Die Beurteilung der Rückwirkung sollte in jedem Fall unter dem Blickwinkel der zivilrechtlichen Regeln erfolgen.

c) **Kein unzulässiger Eingriff in Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie**

- 9 Zutreffend ist, dass die vorliegende Regelung Vertragsfreiheit und Eigentumsfreiheit tangiert. Diese Aussage gilt aber für jede zwingende Regelung des Obligationenrechts, die Eigentum betrifft. Ein solcher "Eingriff" läge beispielsweise auch vor, wenn der Gesetzgeber ähnlich wie in Österreich eine Regelung im Obligationenrecht für die nächste Pandemie schaffen würde. Auch könnte der Gesetzgeber beispielsweise im Arbeitsrecht Fragen des Homeoffice zugunsten oder zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern regeln, was als "Eingriff" in die Vertragsfreiheit qualifiziert werden könnte. Die Klärung einer (umstrittenen) Zivilrechtsfrage geht immer zulasten oder zugunsten einer Partei. Dies ist letztlich die Essenz des Zivilrechts.
- 10 Auch hier sehe ich im Rahmen einer Kurzeinschätzung nicht, dass die Regelung für Geschäftsmieten derart einseitig wäre, dass verfassungsrechtliche Anforderungen verletzt würden. Dem Zivilgesetzgeber kommt ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu, wie er das Rechtsverhältnis für Miete und Pacht festlegt – wie bereits die bestehenden Vorschriften gemäss Art. 253 ff. OR hinreichend deutlich machen. Die Verfassungswidrigkeit erschliesst sich mir deshalb auch unter diesem Blickwinkel nicht. Geklärt wird eine umstrittene Frage des Zivilrechts, was Rechtssicherheit schafft und Zivilgerichte entlastet.
- 11 Aus ähnlichen Überlegungen bezweifle ich eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit (Wettbewerbsneutralität). Jede mietrechtliche Regelung tangiert die Vor- und Nachteile selbstgenutzten Eigentums – so wie jede arbeitsrechtliche Regelung den Wettbewerb zwischen einem Betrieb mit Angestellten und einem Betrieb tangiert, in dem vorwiegend Selbständigerwerbende (z.B. Familienbetrieb) tätig sind. Im Gutachten werden die Wettbewerbseffekte als "nicht sehr erheblich" bezeichnet (Gutachten Karlen/Rüssli, Rz. 61). Damit ist nicht ersichtlich, weshalb diese privatrechtliche Regelung den Wettbewerb derart verzerren soll, dass sie verfassungswidrig wird.
- 12 Zu beachten ist auch, dass natürlich bereits die Corona bedingten Betriebs-schliessungen und Schutzkonzepte einen beträchtlichen Nebeneffekt in Bezug auf den Wettbewerb direkter Konkurrentinnen und Konkurrenten hatten. Diese waren in unterschiedlichem Ausmass von den Massnahmen des Bundes betroffen und konnten teils besser, teils schlechter Ersatzangebote schaffen. Die Massnahmen des Bundes hatten auch den - wohl unvermeidbaren - Nebeneffekt, dass Betriebe mit grosszügigem Raumangebot und Aussenflächen besser gestellt waren als ein enges Lokal. In diesem Sinne bestehen im Gastrobereich, aber auch für andere Branchen, in jedem Fall erhebliche "Wettbewerbsverzerrungen". Die vorliegende Regelung hat gewisse (weitere) Auswirkungen, enthält

aber auch eine wettbewerbsangleichende Komponente: Mieterinnen und Mieter sowie Pächterinnen und Pächter verfügen hinsichtlich Mietkosten über gleich lange Spiesse. Die Gefahr von Zufälligkeiten unterschiedlicher Gerichtsent-scheide wird tendenziell reduziert, was im Sinne der Wettbewerbsneutralität ist. Aus diesen Überlegungen bezweifle ich die Verfassungswidrigkeit.

- 13 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Covid-19-Geschäfts-mietegesetz auch Bestimmungen enthält, die öffentlich-rechtlicher Natur sind. Das gilt für die Entschädigung bei wirtschaftlichen Notlagen für Vermieterinnen und Vermieter sowie für Verpächterinnen und Verpächter gemäss Art. 7 ff. Covid-19-Geschäftsmietegesetz. Die Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmungen wird soweit ersichtlich aber nicht angezweifelt, so dass sich weitere Ausführungen zu dieser Bestimmung erübrigen.

Mit freundlichen Grüssen



Prof. Dr. Felix Uhlmann