

Covid-19: Auswirkung der verminderten Mietzinseinnahmen auf die Bewirtschaftungshonorare

Gutachten im Auftrag des SVIT Schweiz

Autor: Rechtsanwalt Dr. Roberto Peduzzi, Battegay Dürr AG, Basel
(Zitierweise: Peduzzi Roberto, SVIT-Gutachten, 2020)

Zürich, 15. Juni 2020

1. Fragestellung

Die vom Coronavirus (Covid-19) ausgelöste Pandemie hat die schweizerische Wirtschaft in eine tiefe Krise gestürzt und die Gesellschaft vor neue rechtliche Fragen gestellt. Im Bereich des Mietrechts ist streitig, ob die Mieter von Geschäftsräumlichkeiten während der Dauer des Veranstaltungs- und Publikumsöffnungsverbotes (Lockdown) den Mietzins bezahlen müssen, obwohl sie ihre gewerbliche Tätigkeit in den Geschäftslokalitäten nicht, oder nur unter restriktiven Auflagen, ausüben dürfen. Umstritten ist weiter, ob eine allfällige befristete Entlassung von der Mietzinszahlungspflicht nur für Betriebe, die vom Lockdown direkt betroffen wurden, gelten soll, oder auch indirekt betroffene Betriebe davon profitieren sollen. Auf politischer Ebene haben sich Bund und Kantone unter Einbezug der Vertreter der Immobilienwirtschaft und der Mieterverbände bemüht, pragmatische Lösungen zu erarbeiten, die – ausserhalb der Regeln des geltenden Rechts – darauf abzielen, die wirtschaftliche Last der Krise auf mehrere Schultern zu verteilen. Einige Kantone haben Unterstützungspakete erlassen, eine Lösung auf Bundesebene wird in den nächsten Monaten erwartet.

Die Immobilienwirtschaft ist von der Krise nicht verschont geblieben. Nach der Einführung des Lockdown haben zahlreiche Mieter von Büroräumlichkeiten, Läden, Restaurants und weitere Betriebe die Zahlung des Mietzinses eingestellt oder stattliche Mietzinsreduktionen beantragt.

Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in welche manche Geschäftsmieter geraten sind, haben einen erheblichen Mehraufwand für die Bewirtschafter zur Folge gehabt. Seit März 2020 sind die Bemühungen für das Inkasso, die befristete Stundung von Zahlungspflichten oder die Neuverhandlung der wirtschaftlichen Bedingungen des Mietverhältnisses um ein Vielfaches gewachsen. Ein substanzieller Ausfall von Mietzinseinnahmen scheint, trotz allen Bemühungen zur Schadensbegrenzung, unvermeidlich.

Angesichts der voraussichtlichen Erosion der Mietzinseinnahmen stellt sich die Frage, ob die Corona-Krise Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Bewirtschafter einer Liegenschaft hat. Eine allfällige Anpassung des Bewirtschaftungshonorars kommt namentlich in jenen Fällen in Betracht, in welchen das Honorar auf Grundlage der eingegangenen Mietzinse bestimmt wird.

Ausgangspunkt für die Untersuchung sind die Grundlagen des Bewirtschaftungsvertrages am Beispiel eines standardisierten Vertragsinhalts. Nach der Definition des vertraglichen Kontextes konzentriert sich die Prüfung auf die Auslegung der Vertragsklausel, wonach das Honorar nach einem Prozentsatz des Ist-Mietzinses ausgedrückt wird. Die Fragen, ob und wie sich eine vom Vermieter zugestandene Reduktion oder ein vom Gesetzgeber verordneter Mieterlass auf das Verhältnis zwischen Vermieter und Bewirtschafter auswirken, runden die Analyse ab.

2. Vertragliche Grundlagen

2.1 Der Bewirtschaftungsvertrag als Auftrag

Die vertragliche Beziehung zwischen dem Vermieter und dem Verwalter einer Liegenschaft wird in einem sogenannten Bewirtschaftungsvertrag geregelt. Der Bewirtschaftungsvertrag untersteht als Dienstleistungsvertrag den Regeln des Auftrages (Art. 394 ff. OR).

Der wesentliche Inhalt des Bewirtschaftungsvertrages ist die Vertretung der Interessen des Vermieters nach bestem Wissen und Gewissen gegen Ausrichtung eines Honorars. Das Honorar kann pauschal festgelegt oder auf Grundlage eines Prozentsatzes des Mietzinsvolumens berechnet werden.

2.2 Vertragsmodelle

Das Auftragsverhältnis kann, je nach Komplexität des Falles, mit mehr oder weniger detaillierten Regelungen über die einzelnen Dienstleistungen und ihre Entlohnung definiert werden. Die Vertragsvorlage der SVIT, Version 1/08, kann als Standard für die Regelung von professionellen Bewirtschaftungsverhältnissen betrachtet werden.

Das SVIT-Vertragsmodell geht von einem abgestuften Konzept der Leistungen aus:

- Fixe Basisleistungen bilden das Kernstück des Mandates und werden mit dem Basishonorar abgegolten. Sie erfassen die laufenden, dem ordentlichen Betrieb der Liegenschaftsverwaltung gehörenden Leistungen. In diese Gruppe fallen die allgemeine Liegenschaftsbetreuung, der ordentliche Liegenschaftsunterhalt, die Pflege der Beziehungen mit den Mietern, das Vertragsmanagement, das Mahnwesen, die Erstellung der Heiz- und Nebenkostenabrechnungen sowie die Liegenschaftsbuchhaltung.
- Variable Basisleistungen werden zwar im Rahmen des Auftrages erbracht, sind jedoch neben dem Basishonorar separat zu entschädigen. Diese Leistungen werden nach effektivem Aufwand, pro Objekt oder pro Fall, in Rechnung gestellt. Zu den variablen Basisleistungen gehören typischerweise die einmaligen Leistungen (Mandatseröffnung) und die Bemühungen für die Wiedervermietung von Wohnobjekten, die Durchsetzung von Mietzinsänderungen und die betriebsrechtlichen Massnahmen.
- Weitere Leistungen (Zusatzleistungen) sind nicht Gegenstand des Bewirtschaftungsmandates. Unter diese Kategorie fallen etwa die Leistungen im Zusammenhang mit der Wiedervermietung von Geschäftsräumen, die mit einem Honorar im prozentualen Verhältnis zur Jahresmiete des neu abgeschlossenen Vertrages entschädigt werden.

2.3 Soll-Mietzins und Ist-Mietzins als Grundlage für die Berechnung des Honorars

Als massgebende Mietzinsbasis für die Berechnung des Honorars kann der geschuldete Mietzins («Soll-Mietzins») oder der vereinnahmte Mietzins («Ist-Mietzins») festgelegt werden.

War in der früheren Vertragspraxis der Soll-Mietzins die Regel, besteht heute vermehrt die Tendenz, den Ist-Mietzins als Basis festzulegen. Anlagegesellschaften mit einem ausgebauten Immobilienportfolio und grössere Bewirtschaftungsunternehmen verwenden eigene Vertragsvorlagen, die für die Umstände der einzelnen Mandate individualisiert wurden und nicht zwingend den Leistungskategorien der SVIT-Vorlage folgen. Es ist somit durchaus möglich, dass Vermieter und Verwalter ein Honorar auf Ist-Basis ohne Differenzierung der Leistungskategorien vereinbart haben.

3. Wie ist eine undifferenzierte Ist-Klausel auszulegen?

Führt der Rückgang der Mietzinseinnahmen in der Corona-Krise zu einer Reduktion des Honorars, wenn die Parteien die Entschädigung des Bewirtschafters auf Grundlage des Ist-Mietzinses und ohne Festlegung der Leistungen, die ausserhalb des ordentlichen Mandates fallen, abgeschlossen haben?

3.1 Methode der Vertragsauslegung

Verträge sind nach dem Willensprinzip auszulegen. Das massgebende Element für die Feststellung des Vertragsinhalts ist der wirkliche, übereinstimmende Wille der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Grundlage der Auslegung ist der Wortlaut des Vertragstextes. Unter den Auslegungsmitteln hat der klare Wortlaut eines Vertrages den Vorrang, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen als nur scheinbar klar. Der Wortlaut bildet somit die Grundlage, nicht aber die Grenze der Auslegung. Der wahre Sinn einer Vertragsklausel erschliesst sich aus dem Gesamtzusammenhang, in dem diese steht.

Als weitere oder ergänzende Mittel zur Auslegung von Verträgen gilt alles, was geeignet ist, zur Feststellung des wirklichen Willens der Parteien bei Vertragsabschluss beizutragen, namentlich die Entstehungsgeschichte des Vertrages, der von den Parteien verfolgte Vertragszweck, die Begleitumstände, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss und die Verkehrssitten (WIEGAND, Basler Kommentar OR I, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 18 N 26 ff.).

Der wirkliche Wille ist aus der Perspektive der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (ex tunc) zu ermitteln.

3.2 Zweck der Ist-Klausel

Der mit der Ist-Klausel verfolgte Zweck ist auf Grundlage der Vertragsverhandlungen zu eruieren. Sind keine besondere Umstände oder Vereinbarungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nachweisbar, ist davon auszugehen, dass die Parteien die Schaffung eines wirtschaftlichen Anreizsystems beabsichtigt haben. Die Ist-Klausel hat somit im Normalfall einen Motivationszweck: Mit der Koppelung des Honorars an die tatsächlichen Mietzinseinnahmen erwartet der Vermieter eine Steigerung des Einsatzes des Bewirtschafters beim Inkasso von rückständigen Mietzinsen und die Erhöhung der Bemühungsaktivitäten, um Leerstände zu vermeiden. Ihrem Zweck entsprechend wird die Ist-Klausel namentlich bei Verträgen betreffend grösserer Geschäftsliegenschaften mit hoher Mieterfluktuation angewendet. Da die Ausschöpfung des Ertragspoten-

zials der Liegenschaft in erheblichem Mass von der Vermarktung und der Intensität der Liegenschaftsbetreuung abhängt, haben die Parteien ein Interesse daran, ein Bonus-/Malus-System einzuführen.

Ohne konkrete Hinweise in der Entstehungsgeschichte des Vertrages kann nicht angenommen werden, dass die Parteien mit der Ist-Klausel eine Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos beim Einbruch des Mietzins-ertrages beabsichtigt haben. Dass die Parteien eine solche Rechtsfolge nicht gewollt haben können, kann bereits aus dem Umstand, dass die Krise nicht voraussehbar war, abgeleitet werden. Der Bewirtschaftungsvertrag bleibt zudem, trotz der Einführung eines Anreizsystems, ein Auftrag. Die Ist-Klausel zielt darauf ab, den Verwalter am Risiko für die Nichtausschöpfung des Ertragspotenzials der Liegenschaft zu beteiligen. Die Teilnahme am Liegenschaftsverlust für Umstände, die ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien liegen und nicht vom Wirken des Verwalters abhängen, hätte eine darüber hinaus gehende gesellschaftsrechtliche Komponente, die dem Wesen des Bewirtschaftungsmandates fremd ist.

3.3 Zwischenergebnis

Eine rein grammatikalische Interpretation der Ist-Klausel («ist bedeutet ist») greift zu kurz. Der mit der Klausel verfolgte Zweck ist unbestrittenermassen die Schaffung eines Anreizsystems. Der Motivationszweck erfasst allerdings lediglich den Wirkungsbereich des Bewirtschafters und kann nicht als allgemeine Regelung zur Verlagerung von konjunkturellen Risiken verstanden werden.

Die Anrufung der Ist-Klausel für die Kürzung des Bewirtschaftungshonorars infolge der Corona-Krise würde somit den Anwendungsbereich der ursprünglichen Vereinbarung unzulässigerweise ausdehnen.

4. Auswirkungen einer vom Vermieter zugestandenen Mietzinsreduktion auf das Bewirtschaftungshonorar

Würde man annehmen, dass eine Anpassung des Bewirtschaftungshonorars infolge des Rückgangs der eingehenden Mietzinse im Prinzip zulässig wäre, stellt sich die Folgefrage, ob dies auch zutrifft, wenn der Mietzins-erlass vom Vermieter beschlossen wird.

4.1 Der Vermieter muss keine Mietzinsreduktion anerkennen

Nach heutigem Kenntnisstand besteht, soweit ersichtlich, keine gerichtliche Entscheidung darüber, ob der von etlichen Mietern geforderte Mietzins-erlass bzw. -rabatt begründet ist. Vermieter sind nach der hier vertretenen Auffassung rechtlich nicht verpflichtet, eine Mietzinsreduktion zu gewähren.

Die Entscheidung, den Mietzins während der Corona-Krise zu stunden, herabzusetzen oder zu erlassen, erfolgt – wenn überhaupt – aus rein geschäftlichen Opportunitätsgründen. Der Vermieter beschliesst in eigener Zuständigkeit, ob er seine Ertragserwartungen korrigieren muss und wie er das Ertragspotenzial seiner Liegenschaft in Krisenzeiten auszuschöpfen vermag. Diese strategische Entscheidung liegt in aller Regel ausserhalb des Kompetenzbereichs des Bewirtschafters. Die Erlass- oder Reduktionsanträge übersteigen die Kompetenzsumme und werden regelmässig – gerade angesichts der grossen Rechtsunsicherheit – der Eigentümerschaft vorgelegt.

4.2 Wer trägt das Risiko des Rückgangs des Mietzinsertrages?

Die Ist-Klausel beinhaltet eine implizite Bedingung: Das volle Bewirtschaftungshonorar ist geschuldet, sofern die Miete im erwarteten Umfang eintrifft. Sind hingegen Mieter mit der Mietzinszahlungspflicht in Verzug, oder bleiben Mieträumlichkeiten unvermietet, wird das Honorar proportional gekürzt.

Nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts kann die Vertragspartei, die den Eintritt einer Bedingung bewirkt hat, die Folgen des Bedingungeintrittes nicht dem Vertragspartner entgegenhalten (Art. 156 OR).

Das Zugestehen einer mit der Corona-Krise begründeten Mietreduktion ist ein Akt, der vom Vermieter freiwillig vollzogen wird. Der mit dieser strategischen Entscheidung verbundene Mietzinsausfall ist im Verhältnis zwischen Vermieter und Bewirtschafter ein Umstand, der dem Verhalten des Vermieters zuzurechnen ist. Die Folgen der Nichterfüllung der Bedingung können sich nicht gegen den Bewirtschafter auswirken. Insofern trägt der Vermieter das Risiko des konjunkturell begründeten Rückganges des Mietzinsertrages. Die Ist-Klausel bezweckt keine allgemeine Verlagerung der Risiken auf den Bewirtschafter, weshalb es unzulässig ist, ihm den fehlenden Eintritt der Bedingung durch die Kürzung des Bewirtschaftungshonorars anzulasten.

5. Mietzinsherabsetzung infolge gesetzlicher Anordnung des Mietzinserrlasses

Für den Fall, dass der Mietzinserrlass durch einen gesetzgeberischen Hoheitsakt rückwirkend legitimiert werden sollte, ist die Rechtslage eine andere. In einer solchen Konstellation stellt sich die Frage, wer im Verhältnis zwischen Vermieter und Bewirtschafter das Risiko der gesetzlichen Änderung zu tragen hat.

Bei der Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen eines laufenden Vertragsverhältnisses trägt grundsätzlich die Partei, in deren Risikosphäre die Rechtsänderung eintritt, das Erfüllungsrisiko. Im vorliegenden Fall liegt aber die gesetzliche Änderung ausserhalb der Planungsmöglichkeit der Parteien. Der gesetzgeberische Eingriff in bestehende Privatrechtsverhältnisse wäre sowohl für den Vermieter als auch für den Bewirtschafter im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schlicht nicht voraussehbar gewesen. Völlig offen wäre dabei auch, ob die Parteien eine undifferenzierte Ist-Klausel auch vereinbart hätten, wenn Sie gewusst hätten, dass der Markt nach Vertragsabschluss eingebrochen wäre. Insofern kann kein hypothetischer Parteiwille aus den gegebenen Vertragsumständen abgeleitet werden.

In Anbetracht der offenen Ausgangslage kommt dem gesetzgeberischen Eingriff eine lückenfüllende Funktion zu. In der gesetzlichen Regelung, einen Teil des Mietzinses für bestimmte Gruppen von Mietern während der Corona-Krise zu erlassen, liegt nicht nur eine Entscheidung zu Lasten des Vermieters und zu Gunsten des Mieters. Die hoheitliche Anordnung hat auch Folgen für den Bewirtschafter, der so vom Gesetzgeber verpflichtet wird, einen wirtschaftlichen Beitrag an die Abfederung der Folgen der Corona-Krise zu leisten. Vor dem Hintergrund der (ausserordentlichen) gesetzlichen Entwicklung wäre die Ist-Klausel so auszulegen, dass der Ist-Mietzins dem gesetzlich Geschuldeten entspricht.

6. Schlussfolgerungen

Die Untersuchung der Rechtslage im Zusammenhang mit der Frage, ob das Bewirtschaftungshonorar infolge der verminderten Mietzinseinnahmen während der Corona-Krise anzupassen ist, kann wie folgt zusammengefasst werden:

- a) Der Bewirtschaftungsvertrag ist ein Auftrag, der von den Parteien mit mehr oder weniger detaillierten Regelungen über die einzelnen Dienstleistungen und ihre Entlohnung definiert werden kann. Die Parteien können namentlich Leistungskategorien und unterschiedliche Entlohnungsmodelle festlegen. Ausgangspunkt für jede Prüfung bildet somit immer der zwischen den Parteien ausgehandelte Vertrag.
- b) Strukturierte Bewirtschaftungsverträge sehen manchmal vor, dass gewisse ausserordentliche Leistungen des Bewirtschafters im Basishonorar nicht enthalten sind und zusätzlich nach Aufwand entlohnt werden müssen. Haben die Parteien eine solche Regelung vereinbart, bestehen begründete Anhaltspunkte dafür, dass der Mehraufwand für das Management der Corona-Krise und die Nachverhandlung der Vertragsverhältnisse ausserhalb des ordentlichen Honorars zu entschädigen sind.
- c) Die Vertragsklausel, wonach die Entschädigung des Bewirtschafters auf Grundlage des Ist-Mietzins festgelegt wird, kann nicht rein grammatikalisch ausgelegt werden. Das simple, wortgetreue Argument "Ist bedeutet Ist" lässt den Zusammenhang des Vertragsverhältnisses ausser Acht und dehnt den Anwendungsbereich der ursprünglichen Vereinbarung unzulässigerweise aus. Denn der mit der Ist-Klausel verfolgte Zweck ist die Schaffung eines Anreizsystems im Zusammenhang mit dem Inkassowesen und der Vermeidung von Leerständen. Der Motivationszweck erfasst lediglich den Wirkungsbereich des Bewirtschafters und kann nicht als allgemeine Regelung zur Verlagerung von konjunkturellen Risiken verstanden werden.
- d) Das Bewirtschaftungshonorar soll, auch bei Bestehen von Ist-Klauseln, nicht angepasst werden, wenn der Rückgang der eingegangenen Mietzinse auf eine freiwillige geschäftspolitische Entscheidung des Vermieters zurückzuführen ist.
- e) Falls der Mietzins erlass während der Corona-Krise durch einen gesetzgeberischen Hoheitsakt rückwirkend legitimiert werden soll, wird der für das Bewirtschaftungshonorar massgebende Ist-Mietzins unter Berücksichtigung der veränderten gesetzlichen Regelung zu bestimmen sein. Durch den gesetzlichen Eingriff in bestehende Mietverhältnisse würden Bewirtschaftler indirekt verpflichtet, einen Beitrag an die Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise zu leisten.

Kontakt

SVIT Schweiz

Puls 5 / Giessereistrasse 18

8005 Zürich

Tel. +41 44 434 78 88

info@svit.ch