

Zürich, 27. Juli 2020

Vernehmlassung «Bundesgesetz über den Miet- und den Pachtzins während Betriebsschliessungen und Einschränkungen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Geschäftsmietegesetz)»

Der Bundesrat hat am 1. Juli 2020 das WBF beauftragt, zum Bundesgesetz über den Miet- und den Pachtzins während Betriebsschliessungen und Einschränkungen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Geschäftsmietegesetz) ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft (SVIT Schweiz) nimmt zur Vorlage wie folgt Stellung.

Kurzübersicht

Der Bund beabsichtigt, mit dem Covid-19-Geschäftsmietegesetz rückwirkend für die Dauer des Betriebs- und Publikumsöffnungsverbots in die privatrechtlichen Mietverträge einzugreifen und die Nettomietzinse für Geschäftsflächen betroffener Betriebe bis zur Höhe von 20'000 CHF/Monat auf 40% zu senken. Das dringliche Bundesgesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

Der SVIT Schweiz anerkennt die finanzielle Notsituation, die sich aus dem unverschuldeten, durch den Bund verordneten Betriebs- und Publikumsöffnungsverbot für viele Gewerbetreibende ergeben hat, und bekräftigt den Willen der Immobilienwirtschaft, zu einer ausgewogenen Lösung beizutragen. Der Verband hat von Beginn der Krise weg zu Verhandlungen und zum Entgegenkommen aufgerufen sowie Instrumente und Fakten für eine sachliche zielgerichtete Diskussion und Lösungsfindung bereitgestellt. Der SVIT Schweiz stellt heute fest, dass bis zum Eingreifen durch das Parlament viele Verhandlungslösungen auf gutem Weg oder bereits abgeschlossen waren, dass diese aber nun wegen der grossen Rechtsunsicherheit ins Stocken geraten sind. Auch weist der Verband darauf hin, dass Vermieter auf die laufenden Einnahmen aus ihren Liegenschaften angewiesen sind, um Kosten und Verbindlichkeiten gegenüber Dritten bedienen zu können, was den Spielraum für Verhandlungen einschränken kann.

Schliesslich ist die Ausgangslage und die Ausgestaltung der Mietverträge am Geschäftsflächenmarkt gemäss unserer Beurteilung zu heterogen, als dass mit einem Gesetz pauschal für alle Fälle eine faire und rechtlich vertretbare Lösung verordnet werden könnte. Der nun vorliegende Entwurf besticht zwar durch seine scheinbare Einfachheit, in der Praxis ergeben sich von Fall zu Fall unzählige Detailfragen, die letztlich zu langwierigen und kostenintensiven Streitigkeiten vor Gericht führen dürften.

Der zentrale Mangel der Vorlage liegt jedoch in der fehlenden Verfassungsgrundlage für einen derart schwerwiegenden Eingriff in die privatrechtlichen Vertragsverhältnisse. Diese Grundlage lässt sich weder aus Art. 100 BV noch aus anderen Artikeln der Verfassung konstruieren.

Aus den genannten Gründen lehnt der SVIT Schweiz das Covid-19-Geschäftsmietegesetz grundsätzlich ab. Inhaltlich erhebt der Verband zahlreiche Vorbehalte hinsichtlich Praxistauglichkeit, Vollzugstauglichkeit und der angestrebten Rechtssicherheit.

Die zentralen Kritikpunkte sind:

- **Fehlende Verfassungsgrundlage.** Aus Art. 100 BV ergibt sich keine Kompetenz des Bundes, in Form von Mietzinsreduktionen in die Wirtschaftsfreiheit einzugreifen. Der Eingriff ist zudem weder wettbewerbsneutral noch verhältnismässig.
- **Unzulässiger Eingriff in die Eigentumsrechte.** Die durch die Verfassung garantierten Eigentumsrechte sind in der Abwägung gegenüber dem öffentlichen Interesse höher zu gewichten.
- **Ungleiche Lastenverteilung.** Es gibt keine Veranlassung, Vermieter gegenüber anderen Leistungserbringern von betroffenen Betrieben sowie Eigentümer-Betreiber schlechter zu stellen.
- **Ungeklärtes Verhältnis zur Mängelfrage.** Die Klage auf Mietzinssenkung aufgrund von Mängeln wird durch das Gesetz nicht ausgeschlossen.
- **Präzedenzfall für weitere Eingriffe und Ansprüche.** Das Geschäftsmietegesetz ist ein Sündenfall und öffnet Tür und Tor für künftige Ansprüche, nicht nur gegenüber Vermietern.
- **Untaugliche Ausstiegsklausel.** Die Opt-out-Klausel ist als einseitige Willenserklärung nicht funktionsfähig.
- **Untauglichkeit einer Pauschallösung.** Der Bereich der Geschäftsmiete zeichnet sich durch eine grosse Vielfalt der Vertragsgestaltung aus. Die angestrebte Pauschallösung wirft viele Fragen auf ohne sie zu beantworten.
- **Beschränkung der Entschädigung bei wirtschaftlichen Notlagen auf Objekte in Kostenmiete.** Aufgrund der zu erwartenden einseitigen Begünstigung gemeinnütziger Bauträger, des administrativen Aufwands und der Gefahr der Fehlallokation ist auf die Bundesentschädigung ganz zu verzichten.

1. Vorbemerkung zur verkürzten Vernehmlassungsfrist

Die verkürzte Vernehmlassungsfrist von 1 Monat wird basierend auf Art. 7 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren mit der zeitlichen Dringlichkeit der Vorlage begründet. Wegen der rückwirkenden Entfaltung des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes ist diese Dringlichkeit jedoch nicht ersichtlich. Gleichzeitig stellen sich Fragen von grundlegender Tragweite; die Vernehmlassung ist über den Sommer hinweg angesetzt, und im August werden Ergebnisse des Monitorings im Bereich der Geschäftsmieten erwartet. Während für andere Vernehmlassungsverfahren und für Unterschriftensammlungen Fristerstreckungen gewährt oder Verfahren vertagt wurden, wird die Frist für die vorliegende Vernehmlassung verkürzt. Art. 7 Abs. 3 des Vernehmlassungsgesetzes sieht insbesondere für die Zeit vom 15. Juli bis 15. August eine Verlängerung um 3 Wochen vor. Dieses Gebot wird missachtet.

Der SVIT Schweiz kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass unter dem Druck des Parlaments eine Vorlage von grosser wirtschaftlicher Tragweite im Eilverfahren durch das Gesetzgebungsverfahren getrieben werden soll, ohne dass sich Parteien, Verbände und Betroffene eingehend mit der komplexen Materie auseinandersetzen können.

Der Zweck des Vernehmlassungsverfahrens (Art. 2 Vernehmlassungsgesetz) wird damit in unstatthafter Weise ausgehöhlt. Namentlich ist damit ein Aufschluss über die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens des Bundes (Abs. 2) nicht gewährleistet.

Der Verband bringt hiermit seine Missbilligung der Verkürzung der angesetzten Vernehmlassungsfrist zum Ausdruck.

2. Fehlende Verfassungsgrundlage

Verletzung der Grundrechte Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie

Die Wirtschaftsfreiheit ist ein in der Bundesverfassung verankertes Grundrecht (Art. 27 BV). Abweichungen vom Grundsatz – und dazu zählt die Verfassung insbesondere Massnahmen, die sich gegen den freien Wettbewerb richten – müssen gemäss Art. 94 BV in der Verfassung selbst vorgesehen sein. Das Bundesgericht hat in Konkretisierung des in Art. 31 Abs. 2 aBV verankerten Verbots, den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit zu beeinträchtigen, die Maxime entwickelt, dass «nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse» einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit zu rechtfertigen vermag. Grundsatzwidrig und daher unzulässig sind Massnahmen, die «den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder begünstigen» bzw. «das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan lenken» (Rhinow in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, §35 N 18 ff. mit Hinweisen). Der Abschluss von Mietverträgen genießt in den Schranken der Missbrauchsgesetzgebung den Schutz der Wirtschaftsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Das Covid-19-Geschäftsmietegesetz ist dazu geeignet, in die Wirtschaftsfreiheit der Vertragsparteien einzugreifen, indem es rückwirkend zentrale Aspekte der nach freiem Willen abgeschlossenen Verträge abändert.

In seiner ordnungspolitischen Funktion schliesst die Wirtschaftsfreiheit auch einen verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung ein. Grundsätzlich unzulässig sind aus dieser Perspektive Massnahmen, die bestimmten Marktteilnehmern vorteilhafte Positionen verschaffen oder die den Markt abriegeln (Rhinow, a.a.O., §20). Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität wird durch das Covid-19-Geschäftsmietegesetz in dreifacher Hinsicht tangiert, erstens hinsichtlich der Abänderung von geltenden Mietverträgen zugunsten gewisser Gewerbezweige, zweitens hinsichtlich der Begünstigung von Mietern mit Verträgen über einen Mietzins bis 20'000 CHF gegenüber Mietern mit Mietzinsen über 20'000 CHF und drittens die Begünstigung von Mietern gegenüber Eigentümer-Betreibern.

Diese Verletzung der Wettbewerbsneutralität wird auch dadurch nicht geheilt, dass es sich um eine «beschränkte Dimension der von der Motion verlangten Massnahmen» (erläuternder Bericht, Kapitel 5.1) handelt. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gilt unabhängig der Dimension des Eingriffs oder des Umfangs.

Beim Covid-19-Geschäftsmietegesetz handelt es sich somit unzweifelhaft um einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Es ist damit abzuklären, ob sich aus der Rechtsordnung, namentlich aus Art. 94 BV, eine Grundlage ergibt, die diesen Eingriff zu begründen und rechtfertigen vermag.

Der erläuternde Bericht kommt zum Schluss, dass ein gesetzlich verordneter Mietzinserslass einen Eingriff in die vertraglichen Ansprüche von Vermietern und damit in die Eigentumsgarantie darstellt (a.a.O., Kapitel 5.1). Dem ist beizupflichten. Die Bundesverfassung gewährleistet das private (sachenrechtliche) Eigentum und weitere vermögenswerte Rechte wie namentlich obligatorische Rechte. Der Anspruch auf Mietzinse aus laufenden Mietverträgen fällt damit unter die Eigentumsgarantie.

Lehre und Rechtsprechung stellen sich auf den Standpunkt, dass grundsätzlich jedes öffentliche Interesse geeignet ist, die Eigentumsgarantie einzuschränken. Das öffentliche Interesse ist somit gegen die Eigentums-
garantie abzuwägen und der Eingriff auf seine Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen.

Der SVIT Schweiz bestreitet ein ausreichendes öffentliches Interesse. Es ist eine unbewiesene Behauptung, dass das Betriebs- und Publikumsöffnungsverbot zu einer Konkurswelle und zu anhaltend hoher Arbeits-
losigkeit in den betroffenen Sektoren führen würde – und dass die vereinbarten und geschuldeten Mietzinse
hauptsächlich für allfällige Konkurse wären.

Auch hier mag der Hinweis im erläuternden Bericht die Unrechtmässigkeit nicht zu heilen, dass «bei einer
Schliessungsdauer von 2 Monaten bei Vermietern eine Einbusse von 10% einer Jahresmiete angeordnet»
wird, dass also die Einbusse geringfügig sei. Der Eingriff in die Eigentumsrechte stellt aus Sicht des SVIT
Schweiz auch in diesem Umfang eine Verletzung der Verfassungsgrundsätze dar.

Missachtung des Geistes des Konjunkturartikels

Der Gesetzesentwurf und der erläuternde Bericht (Kapitel 5.1) nennen Art. 100 BV als Verfassungsgrundlage
für den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Im Wortlaut des Berichts kommt jedoch bereits zum Ausdruck, dass
der Absender von der Verfassungsmässigkeit nicht überzeugt ist («Am ehesten kommt für eine verfassungs-
rechtliche Abstützung Artikel 100 über die Konjunkturpolitik in Frage.», Kapitel 5.1). Diese Zweifel sind ange-
bracht. Und es ist auch nicht zutreffend, dass es sich bei Art. 100 Abs. 1 BV um eine «weit gefasste Kompe-
tenz» (erläuternder Bericht, a.a.O.) des Bundes handelt. Dies zeigt sich bereits in der Entstehungsgeschichte
des Konjunkturartikels.

In der Volksabstimmung vom 2. März 1975 lehnte die Mehrheit der Stände den Bundesbeschluss über den
Konjunkturartikel der Bundesverfassung vom 4. Oktober 1974 ab (BBI 1974 II 884, BBI 1975 I 1583). Die
betreffende Revision des Art. 31^{quinquies} aBV hätte dem Bund die Kompetenz erteilen sollen, nicht nur Wirt-
schaftskrisen zu bekämpfen, sondern neu auch auf die konjunkturelle Entwicklung über weitreichende Instru-
mente Einfluss zu nehmen. Der dem Souverän zur Abstimmung unterbreitete Artikel lautete wie folgt, wobei
das Augenmerk besonders auf Abs. 3 zu richten ist:

Art. 31^{quinquies}

1 Der Bund fördert eine ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung, insbesondere zur Verhütung
und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und Teuerung.

2 Der Bund trifft zu diesem Zwecke, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefrei-
heit, Massnahmen auf den Gebieten des Geld- und Kreditwesens, der öffentlichen Finanzen und
der Aussenwirtschaft.

3 Reichen die Massnahmen auf Grund von Absatz 2 nicht aus, so ist der Bund befugt, auch auf
andern Gebieten Vorkehren zu treffen. Weichen diese von der Handels- und Gewerbefreiheit ab,
so sind sie zu befristen.

(...)

Ein zweiter Entwurf, der sich hinsichtlich des möglichen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit auf Instrumente im
Geld- und Kreditwesen sowie in den öffentlichen Finanzen und der Aussenwirtschaft beschränkte, wurde am
26. Februar 1978 vom Volk schliesslich angenommen. Art. 31^{quinquies} aBV wurde sodann mit der Revision der
Bundesverfassung in Art. 100 weitgehend übernommen. Es ist im Zusammenhang mit dem nun vorliegenden

Gesetz bezeichnend, dass das Volk Eingriffe in die Handels- und Gewerbefreiheit auf die Gebiete des Geld- und Kreditwesens, der öffentlichen Finanzen und der Aussenwirtschaft beschränkte und «Vorkehrungen in anderen Gebieten» ablehnte (Abs. 3) (siehe auch SGK-Hettich, N 2 zu Art. 100 BV). Insofern ist das Gegenteil von der Behauptung der Fall, es handle sich um eine «weit gefasste Kompetenz». Sie beschränkt sich auf die klar umrissenen drei Bereiche. Keiner dieser drei Bereiche erstreckt sich über die privatrechtlichen Verträge im Mietwesen.

Missachtung der Ziele des Konjunkturartikels

Ziel des heute geltenden Konjunkturartikels ist primär eine «ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung» und sekundär die Bekämpfung von Arbeitslosigkeit, Teuerung sowie aussenwirtschaftlichen Ungleichgewichten. Ein Zusammenhang der nun vorgesehenen staatlich verordneten Mietzinsreduktion mit dem Hauptziel der konjunkturellen Entwicklung ist ebenso schwer auszumachen wie ein Zusammenhang mit dem Teilziel Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. Es geht hier schlicht um Einkommenspolitik, die vom Verfassungsgeber nicht vorgesehen ist.

Gesetz im Missverhältnis zur Wirtschaftsfreiheit

Bei seinen Massnahmen hat sich der Bund an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten und kann in Bezug auf Art. 100 BV nur in den explizit erwähnten Bereichen Geld- und Kreditwesen, öffentliche Finanzen und Aussenwirtschaft von diesem Grundsatz abweichen. Auch mit Bezug auf die Entstehungsgeschichte ist klar, dass Einkommenspolitik (Beeinflussung der Preis-, Lohn- und Gewinngestaltung) oder Massnahmen zur Dämpfung oder Förderung eines Sektors – beispielsweise der Bauwirtschaft mit Bau- oder Abbruchverboten – nicht in den Bereich der drei explizit erwähnten Gebiete Geld- und Kreditwesen, öffentliche Finanzen und Aussenwirtschaft fallen. Art. 100 BV erlaubt dem Bund namentlich keine konjunkturpolitisch motivierten wettbewerbsverzerrenden Eingriffe in die grundrechtlich geschützte freie Preisgestaltung. Hier muss sich der Gesetzgeber nicht nur an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten. Allfällige Massnahmen müssen zudem wettbewerbsneutral sein (Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, öffentliches Wirtschaftsrecht, §25, N 40). Beide Grundsätze werden mit dem Covid-19-Geschäftsmietegesetz verletzt.

Keine Übereinstimmung mit den Instrumenten der Konjunkturpolitik

Die Auflistung der Bereiche Geld- und Kreditwesen, öffentliche Finanzen und Aussenwirtschaft ist – insbesondere im Licht der Entstehungsgeschichte – abschliessend. Es steht dem Bund somit insbesondere kein Instrument für einen Eingriff in die privatrechtlichen Mietverträge zur Verfügung, das unter Art. 100 BV subsummiert werden könnte. Insofern ist der Behauptung im erläuternden Bericht, wonach es sich um eine «weit gefasste Kompetenz» handelt, vehement zu widersprechen.

Eine Kompetenz ist auch nicht daraus abzuleiten, dass dem Bund basierend auf Art. 100 BV «all jene behördlichen Massnahmen umfasst, die darauf ausgerichtet sind, die Konjunktur oder allgemeine Wirtschaftslage zu beeinflussen (Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, a.a.O., §25, N 5). Die erwähnten Autoren stellen unmissverständlich fest, dass Konjunkturpolitik Gesamtwirtschaftspolitik ist. «Auch im Hinblick auf die verwendeten Mittel zeichnet sich Konjunkturpolitik durch ihren globalen Charakter aus; sie verändert die Rahmenbedingungen des Wirtschaftsprozesses und verzichtet weitgehend auf punktuelle Eingriffe.»

Die Wortwahl des Verfassungsgebers («nötigenfalls», Abs. 3) weist zudem darauf hin, dass abweichende Massnahmen verhältnismässig sein müssen (SGK-Hettich, N 12 zu Art. 100 BV). Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ein Rechtsgrundsatz. Es verlangt das Abwägen von Massnahmen im öffentlichen Interesse

gegenüber den dadurch entstehenden Einschnitten in private Interessen und Grundrechte. Der Bundesrat hat am 20. März 2020 ein Massnahmenpaket bestehend aus einer Ausweitung der Kurzarbeitsentschädigung sowie Krediten und Solidarbürgschaften beschlossen. Diese Massnahmen sind wettbewerbsneutral, was wiederum den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit durch das Covid-19-Geschäftsmietegesetz als nicht verhältnismässig erscheinen lässt.

Es ist nicht ersichtlich, warum bestimmte Sektoren zusätzlich begünstigt bzw. Vermieter als einzige Gruppe der Wirtschaftsakteure ausserordentlich per Gesetz belastet werden sollen. Und schliesslich sei darauf verwiesen, dass bis zur Ankündigung einer gesetzlichen Lösung die privatrechtlichen Verhandlungen über einvernehmliche bilaterale Mietzinssenkungen auf gutem Weg waren und viele solche Vereinbarungen bereits abgeschlossen wurden. Erst mit dem Eingreifen des Parlaments kamen diese Verhandlungen ins Stocken. Das Eingreifen ist ursächlich für die nun herrschende Rechtsunsicherheit und die Sistierung vieler laufender Verhandlungen.

Somit lässt sich aus Art. 100 BV – wie auch aus dem gesamten 7. Abschnitt «Wirtschaft» der Bundesverfassung – keine Kompetenz ableiten, die einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit legitimieren würde. Der SVIT Schweiz widerspricht der Beurteilung im erläuternden Bericht, wonach eine Abstützung auf Art. 100 BV «durchaus vertretbar» ist (Kapitel 5.1).

3. Grundsätzliches

Ungleiche Lastenverteilung

Es ist und bleibt auch mit dem nun vorliegenden Gesetzesentwurf ein Rätsel, warum gerade die Vermieter im Vergleich zu anderen Leistungserbringern überdurchschnittlich am Verlust der Mieter partizipieren sollen. Der Absender bleibt dazu eine Antwort schuldig. In Frage für eine Beteiligung kämen auch das Staatswesen (Steuern, Sozialabgaben), öffentliche Versorger (Strom, Wasser, Abwasser usw.) und andere «Zulieferer» (Banken, Versicherungen, weitere Kreditgeber usw.). Die Bereitstellung von Geschäftsflächen stellt eine Leistung dar, die in keinem Unterschied zu anderen Wertschöpfungsbereichen steht. Der Ertrag deckt im Wesentlichen die Amortisation des investierten Kapitals und die Werterhaltung. Es geht in diesem Zusammenhang auch aus keiner Quelle hervor, warum die Reduktion auf 60% festgelegt wurde. Es scheint sich hier um ein nicht fundiertes Zufallsergebnis aus der politischen Diskussion zu handeln.

Unklares Verhältnis zu kantonalen Lösungen

Der erläuternde Bericht stellt fest, dass mehrere Kantone und Gemeinden Anreize für die Vertragsparteien geschaffen haben, indem im Fall einer Einigung ein gewisser Betrag vom Gemeinwesen übernommen wird. Und weiter: «Soweit die ausdrücklichen Vereinbarungen sich auf die Höhe des Miet- oder Pachtzinses während der Dauer der Schliessung oder des eingeschränkten Betriebs beziehen, ist das Covid-19-Geschäftsmietegesetz nicht anwendbar.»

Der SVIT Schweiz zweifelt diese globale Aussage über die «kantonalen Lösungen» an. So sieht beispielsweise der Kanton Basel-Landschaft in seinem Gesetzeswurf vor, dass das kantonale Gesetz dahinfällt, sollte eine Bundeslösung eingeführt werden. Der Regierungsrat schreibt dazu in einer Medienmitteilung vom 10. Juni 2020: «Es ist denkbar, dass in den kommenden Monaten auf Bundesebene Massnahmen zur Senkung von Mietzinsen von Geschäftsräumlichkeiten beschlossen werden. In diesem Fall würde diese Gesetzesvorlage hinfällig, respektive hätten die Mieterinnen und Mieter die nach diesem Gesetz erhaltenen Mietzinsbeiträge an den Kanton zurückzuerstatten.»

Auch können einzelne Parteien unter dem kantonalen Regime besser oder schlechter gestellt werden als unter dem Covid-19-Geschäftsmietegesetz. Beispielsweise beschränkt der Kanton Waadt im Erlass 221.30.170420.1 «Aide aux locataires et aux bailleurs dans le cadre de la lutte contre le coronavirus (Covid-19)» vom 17. April 2020 die Anwendbarkeit auf Mieten bis 3500 bzw. 5000 CHF und beschränkt den Beitrag der öffentlichen Hand zur 25-25-50%-Regel über die Gesamtdauer auf 2500 CHF. Dies kann zu unterschiedlichen Ergebnissen als mit dem Covid-19-Geschäftsmietegesetz führen. Dies widerspricht dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

Ungelöste Mängelfrage

Anders als vom Absender behauptet, schafft das Covid-19-Geschäftsmietegesetz grössere Rechtsunsicherheit. Einerseits noch vor einem allfälligen Inkrafttreten, indem frühestens zum Jahresende 2020, allenfalls erst nach einer allfälligen Referendumsabstimmung Klarheit besteht, ob das Gesetz überhaupt zur Anwendung gelangt. Der SVIT Schweiz ruft Vermieter und Mieter darum auch weiterhin dazu auf, auf dem Verhandlungsweg Lösungen anzustreben, die tatsächlich Rechtssicherheit schaffen. Andererseits sind aufgrund der Vielfalt der Mietverhältnisse Rechtsstreitigkeiten auch in der Anwendung des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes keinesfalls ausgeschlossen, ja müssen sogar erwartet werden. Dies betrifft auch, aber nicht nur die Mängelfrage.

In der Lehre und Praxis ist umstritten, ob die behördlich verordnete Schliessung oder der eingeschränkte Betrieb und die damit einhergehende Reduktion in der Nutzung des Miet- oder Pachtobjekts einen Mangel im Sinn der Artikel 259a ff. OR darstellen. So müsste im Gesetz klar geregelt werden, dass nicht zu einem späteren Zeitpunkt weiter über einen Mangel an der Mietsache prozessiert werden kann. Dies ist die Grundvoraussetzung bei einer Pauschallösung, wie sie der Bundesrat vorsieht.

Der SVIT Schweiz stellt die folgende Aussage im erläuternden Bericht darum in Abrede: «Für die Betroffenen wird dadurch schnell Rechtssicherheit geschaffen, und es muss nicht zwingend der Rechtsweg beschritten werden» (Kapitel 1.2.6).

Präzedenzfall für weitere Eingriffe und Ansprüche

Die Verabschiedung des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes wäre ein Sündenfall und eine Präzedenz für weitere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit und in die Eigentumsgarantie im Mietwesen, aber auch in weiteren Feldern der Wirtschaftstätigkeit. So wird im Gesetz beispielsweise in keiner Weise dem Umstand Rechnung getragen, dass eine zweite Welle oder eine neue Pandemie wiederum zu einem «Shutdown» der Wirtschaft führen könnte. Geht man davon aus, dass Vermieter auch künftig einen Anteil der Verluste ihrer Mieter zu tragen hätten, so müsste eine «Versicherungsprämie» für Pandemie-bedingte Mietzinsausfälle in die Mietzinse eskomptiert werden (dürfen). Dies hätte jedoch unerwünschte Auswirkungen auf das Mietzinsniveau für Geschäftsflächen.

In Bezug auf die nicht von der Hand zu weisenden Gefahr einer zweiten Welle der Covid-19-Pandemie lässt das Covid-19-Geschäftsmietegesetz künftige Ansprüche der Mieter auf Mietzinsreduktion offen. Das gleiche gilt für die aktuellen Betriebsbeschränkungen von Restaurants und Veranstaltungseinrichtungen. Der vorliegende Gesetzesentwurf lässt Tür und Tor für weitere Forderungen der Mieter offen. Es ist absehbar, dass in diesem Zusammenhang bis Dezember 2022 (Ende der Gültigkeit des Gesetzes) weitere Ansprüche erhoben werden. Die Erwähnung des persönlichen Geltungsbereichs im erläuternden Bericht (Kapitel 1.2.1) ist nicht ausreichend. Die Erfahrung zeigt, dass Berichte, Botschaften und Parlamentsverhandlungen im Gesetzgebungsprozess in späteren gerichtlichen Verfahren regelmässig ausser acht gelassen werden.

Untaugliche Ausstiegsklausel

In Übereinstimmung mit den Motionen sieht das Covid-19-Geschäftsmietegesetz eine Ausstiegsklausel (Opt-out-Klausel) für Nettomieten zwischen 15'000 und 20'000 CHF vor. Diese Klausel ist grundsätzlich und in ihrer Ausgestaltung untauglich. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass sich die Parteien in freien Verhandlungen auf eine andere als die gesetzlich vorgesehene 60-40-Regelung einigen. Sonst hätten sie die betreffenden Verhandlungen bereits geführt und würden danach den Schutz von Art. 3 Covid-19-Geschäftsmietegesetz geniessen. Erhofft sich eine Partei aber ein besseres Ergebnis, wird es unweigerlich zu einem gerichtlichen Verfahren kommen. Umgekehrt muss jede Partei bei der Ausübung der Option befürchten, am Ende mit einem schlechteren Ergebnis dazustehen, da Präzedenzfälle fehlen. Der Weg einer anders lautenden einvernehmlichen Lösung wird eben gerade durch das Gesetz und die darin enthaltenen Vorgaben verhindert.

Der SVIT Schweiz fordert darum, dass sich alle Vertragsparteien – also auch solche mit Mietzinse unter 15'000 CHF auch nach Inkrafttreten des Gesetzes einvernehmlich auf eine andere Regelung festlegen können. Die Opt-out-Klausel ist also auszuweiten, aber nur für einvernehmliche Lösungen zuzulassen.

Vermeintlich einfache Pauschallösung

Die Ausscheidung von Flächen, die auch während des Lockdown weiter genutzt werden konnten, beschränkt sich im Gesetz auf das Wohnen. Alle anderen Flächen werden unabhängig des Anteils des jeweiligen Geschäftsbereichs pauschal dem Gesetz unterstellt. So würde im Extremfall ein Lebensmittel-Produktionsbetrieb mit angegliedertem Fabrikshop oder das Fitness-Center mit dazugehörigem Bürobetrieb pauschal dem Covid-19-Geschäftsmietegesetz unterstellt. Das gleiche gilt für Bereiche der Geschäftsflächen von geschlossenen Betrieben, die weiter genutzt werden konnten, beispielsweise Kühl- und Lagerräume, Parkplätze, oder die teilweise genutzt werden konnte, beispielsweise die Küche für den Betrieb eines Take-away. Durch die pauschale Regelung werden alle möglichen Abgrenzungsfälle zugunsten der Mieter dem Gesetz unterstellt. Die Abgrenzung eines Anteils für das Wohnen bei gemischt genutzten Geschäftsflächen (Art. 4) ist dabei vergleichsweise unbedeutend.

Beschränkung der Entschädigung bei wirtschaftlichen Notlagen auf Objekte in Kostenmiete

Bezüglich der Entschädigung von Vermietern bei wirtschaftlichen Notlagen wird an mehreren Stellen im erläuternden Bericht erwähnt, dass diese vor allem auf Mietverhältnisse nach dem Prinzip der Kostenmiete abzielt (Kapitel 1.2.7 und 2.7). Der Bericht geht sogar so weit, dass «von einer wirtschaftlichen Notlage auszugehen ist, wenn eine reine Kostenmiete angewendet wird» (Kapitel 2.7). Und weiter: «Bei der reinen Kostenmiete führt die Mietzinsreduktion automatisch zu ungedeckten Kosten und damit zu einer wirtschaftlichen Notlage.» Diese Mietverhältnisse werden somit per Definition dem Art. 7 unterstellt. Es sei hier mit Blick auf die Missbrauchsregelung im Mietrecht erwähnt, dass auch die verbleibenden 40% der Mietzinse die Kosten renditeorientierter Vermieter nicht zu decken vermögen – und dass die entgangenen 60% nicht allein auf die Nettorendite entfällt. Dies ist eine absurde Unterstellung aus der Diskussion im Parlament.

Es ist offensichtlich, welcher Geist hinter der Ausgestaltung dieser Entschädigungsregelung steht. Hier sollen gemeinnützige Bauträger einmal mehr aus der Kasse des Bundes und aus dem Portemonnaie der Steuerzahler bedient werden, die ohnehin schon auf Kosten der Steuerzahler durch staatliche Subventionen (verbilligte Baurechtszinsen, verbilligtes Bauland) besser gestellt werden. Es ist absolut nicht einzusehen,

warum eine Notlage nur dann oder hauptsächlich dann entstehen kann, wenn der Vermieter sich an der Kostenmiete orientiert. Viele private Eigentümer, die ihr Ersparnis als Vorsorge in Immobilien angelegt haben und nun von den Mietzinsen den Lebensunterhalt bestreiten, sind ebenso stark von den Einnahmeverlusten betroffen.

Eingedenk der Aussicht, dass mit der finanziellen Unterstützung eine bestimmte Klientel bedient werden soll, des erheblichen administrativen Aufwands für die Überprüfung der Gesuche und des Risikos einer Fehlallokation – bis hin zum Missbrauch – geht der SVIT Schweiz mit dem Bundesrat darin einig, dass auf diese Entschädigung ganz verzichtet werden muss.

Netto- statt Bruttomiete ohne Anpassung der Betragsgrenzen

Sinnvollerweise hat der Bundesrat die Motion dahingehend korrigiert, dass sich das Gesetz nicht mehr an Brutto- sondern an Nettomietzinsen orientiert. Versäumt hat der Absender allerdings, dass auch die entsprechenden Betragsgrenzen um die Nebenkosten angepasst werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, wurde die Gültigkeit des Gesetzes auf weitere Verträge ausgeweitet.

Da die Nebenkosten im Gewerbebereich einen erheblichen Anteil an den Bruttomieten ausmachen können, fordert der SVIT Schweiz, dass die Beträge entsprechend angepasst werden.

4. Argumentation im Einzelnen

Im Folgenden geht der SVIT Schweiz auf die einzelnen Artikel des Covid-19-Geschäftsmietegesetzes ein.

Präambel	Siehe Erwägungen zur Verfassungsgrundlage oben
Art. 1	<p>Eine zeitliche Beschränkung fehlt. Die Motionen hatten diesbezüglich einen eindeutigen Bezug zu Art. 6 Abs. 2 sowie 10a Abs. 2 der Covid-19-Verordnung 2 (Fassung vom 19. März 2020) genommen. Der Artikel ist zu konkretisieren (Abs. 1).</p> <p>Es ist nicht ersichtlich, warum der erläuternde Bericht auch auf Covid-19-Verordnung 2 (Fassung vom 21. März 2020) Bezug nimmt.</p>
Art. 2	<p>Der Maximalbetrag von 20'000 CHF ist um die Höhe der Nebenkosten zu senken.</p> <p>Die beispielhafte Aufzählung ist an Art. 6 Abs. 2 sowie 10a Abs. 2 der Covid-19-Verordnung 2 (Fassung vom 19. März 2020) anzulehnen. Ebenso sind ausgeschlossene Geschäftsbetriebe wie in der Covid-19-Verordnung 2 zu erwähnen.</p>
Art. 3	Siehe Erwägungen zur Untauglichkeit der Opt-out-Klausel
Art. 4	<p>Die Bezugnahme auf den Netto- statt den Bruttomietzins wird begrüsst.</p> <p>Die Ausklammerung der Umsatzmiete wird begrüsst.</p> <p>Die Ausweitung auf die Gesamtmietfläche gemischt genutzter Geschäftsräume wird abgelehnt. Es ist eine Ausscheidung vorzunehmen, sofern gewisse Geschäftsbereiche nicht vom Betriebs- und Publikumsöffnungsverbot betroffen waren.</p>

Art. 7 bis Art. 9 Die Regelung der Entschädigung bei wirtschaftlichen Notlagen ist insgesamt unbefriedigend. Die aufwendige Umsetzung, die Eingrenzung der Berechtigung aufgrund der einschränkenden Formulierung, der administrative Aufwand auf Seiten der Vermieter und des BWO usw. lassen Kosten und Nutzen in einem Missverhältnis erscheinen. Der SVIT Schweiz schliesst sich dem Bundesrat an, dass auf diese Entschädigung ganz verzichtet werden soll.

Art. 7 bis 9 sind zu streichen.

Schlussbeurteilung

Das Geschäftsmietegesetz ist ein in jeder Hinsicht unausgewogener und verfehlter Ansatz, um die vom Betriebs- und Publikumsöffnungsverbot betroffenen Betriebe zu unterstützen. Das Gesetz greift in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit einer bestimmten Gruppe ein. Es fehlt ihm – zu Recht – die Verfassungsgrundlage. Der SVIT Schweiz lehnt das Gesetz darum aus grundsätzlichen Überlegungen ab.

Das Gesetz weist hinsichtlich Praxistauglichkeit, Vollzugstauglichkeit und der angestrebten Rechtssicherheit gravierende Mängel auf, die sich aus der Zielsetzung des Gesetzes ergeben und die nicht zu beheben sind. Auch aus dieser Warte ist die Vorlage zurückzuweisen.

Der SVIT Schweiz fordert den Gesetzgeber auf, vom Ansinnen zurückzutreten und das Geschäft zurückzuweisen. Er unterstützt die Haltung des Bundesrats, auf einen Eingriff in die Mietverhältnisse zu verzichten. Gleichsam setzt der Verband auch weiterhin alles daran, die Immobilienwirtschaft zu einvernehmlichen und fairen Lösungen zwischen Vermietern und Mietern zu motivieren.

Kontakt

SVIT Schweiz

Dr. Ivo Cathomen

Stv. Geschäftsführer

Puls 5, Giessereistrasse 18

8005 Zürich

Tel. +41 44 434 78 88

ivo.cathomen@svit.ch