

Newsletter für AbonnentInnen von **mietrechtspraxis | mp**. Orientiert regelmässig in Kurzform über wichtige, spezielle und die aktuellsten mietrechtlichen Entscheide. Bezug nur für mp-AbonnentInnen möglich. Abobestellung unter www.mietrecht.ch

BUNDESGERICHT

Nichtiger Anfangsmietzins

Fehlt die vorgeschriebene Formularanzeige, ist der Anfangsmietzins nichtig und der Mieter kann im laufenden Mietverhältnis jederzeit die richterliche Festsetzung sowie die Rückforderung von allenfalls zu viel bezahlten Mietzinsen beantragen. Die Verjährungsfrist für die Rückforderung beginnt zu laufen, sobald der Mieter die Nichtigkeit kennt. Es wird vermutet, dass er die Rechtslage nicht kennt, solange er nicht darauf aufmerksam gemacht wird. Diese Vermutung entfällt, wenn der Mieter über besondere Kenntnisse im Mietrecht verfügt oder ihm die Nichtigkeit seines Anfangsmietzinses aufgrund früherer Erfahrungen bekannt ist.

→ Art. 270 Abs. 2 OR, Art. 67 Abs. 1 OR

Im August 2011 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über eine 5-Zimmerwohnung in Montreux mit einem Mietzins von monatlich netto Fr. 4'100.– ab. Am 26. November 2015 klagten die Mieter auf Feststellung der Nichtigkeit des Anfangsmietzinses. Sie beantragten die richterliche Festsetzung sowie die Rückerstattung von zu viel bezahlten Mietzinsen. Dabei machten sie geltend, der Anfangsmietzins sei ihnen nicht – wie im Kanton Waadt vorgeschrieben – mit amtlichem Formular mitgeteilt worden. Erst bei einer anwaltlichen Konsultation im Zusammenhang mit einer Zahlungsaufforderung der Vermieterin vom 15. Oktober 2015 hätten sie erfahren, dass der Anfangsmietzins damit nichtig sei. Nach Darstellung der Vermieterin wurde den Mietern das vom 23. August 2011 datierte Formular zur Anzeige des Anfangsmietzinses mit Brief vom 15. September 2011 zugestellt. Zudem stellten sie sich auf den Standpunkt, dass eine Rückforderung von zu viel bezahlten Mietzinsen verjährt wäre. Die Pflicht zur Formularanzeige des Anfangsmietzinses sei im Kanton Waadt bereits vor langer Zeit eingeführt worden. Unter diesen Umständen könne nicht mehr vorausgesetzt werden, dass der Mieter diese Pflicht nicht kenne. Zumindest aber müsste sie den Mietern seit 2014 bekannt gewesen sein, denn damals hätten sie ein Schlichtungsverfahren wegen Mängeln am Mietobjekt eingeleitet, das am 15. Dezember 2014 mit einem Vergleich über eine Mietzinsreduktion erledigt worden sei.

Dabei seien sie ebenfalls anwaltlich vertreten worden, wenn auch von einer anderen Vertreterin.

Das Mietgericht gab den Mietern teilweise recht. Es erachtete in seinem Urteil vom 24. Januar 2020 den Anfangsmietzins als nichtig und setzte ihn auf Fr. 1'930.– fest. Gleichzeitig verpflichtete es die Vermieterin zur Rückerstattung des zu viel bezahlten Mietzinses ab Vertragsbeginn bis zum Inkrafttreten des Vergleichs über die Mietzinsreduktion ab 1. September 2014. Auf die nach diesem Datum beantragte Mietzinsreduktion trat es nicht ein. Das Berufungsgericht des Kantons Waadt bestätigte dieses Urteil. Dagegen erhob die Vermieterin Beschwerde beim Bundesgericht.

Das kantonale Gericht hatte festgestellt, dass der Mietvertrag das Formular zur Anzeige des Anfangsmietzinses nicht als Beilage erwähnt. Die Vermieterin konnte kein von den Mietern unterzeichnetes Formular beibringen, obwohl die Verwaltung die Formularanzeigen üblicherweise von den Mietern unterschreiben lässt. Der eingereichte Brief vom 15. September 2011 und die Formularanzeige für den Anfangsmietzins vom 23. August 2011 wurden nicht eingeschrieben verschickt und sind nicht von der gleichen Person unterzeichnet worden. Nach den Erwägungen des kantonalen Gerichts ist es weiter nicht nachvollziehbar, dass die Mieter im Dezember 2014 zu einem Vergleich über eine Mietzinsreduktion wegen Mängeln Hand geboten hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit des Anfangsmietzinses schon damals bekannt gewesen wäre.

Zur Frage ob der Anfangsmietzins gültig mit amtlichem Formular angezeigt worden ist, berief sich das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung. Danach ist es Sache des Vermieters, die bestrittene Zustellung der Formularanzeige für den Anfangsmietzins zu beweisen. Der Beweis wird erleichtert, wenn im Begleitbrief zur Zustellung des Mietvertrags die Beilage dieser Formularanzeige erwähnt wird, und der Mieter den Mietvertrag nachweislich erhalten hat. Kann der Vermieter in diesem Fall eine Kopie der Formularanzeige beibringen, spricht die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass dem Mieter auch das Formular zugestellt wurde. Angesichts des festgestellten Sachverhalts im vorliegenden Fall, scheiterte in dieser Frage der Beweis der Vermieterin. Der Anfangsmietzins war auch nach den Erwägungen des Bundesgerichts nichtig. Die vom Mietgericht vorgenommene richterliche Festsetzung mit monatlich netto Fr. 1'930.– ab Vertragsbeginn blieb betragsmässig unbestritten.

Es stellte sich jedoch die Frage, ob die Ansprüche der Mieter auf richterliche Festsetzung des Anfangsmietzinses und Rückerstattung von zu viel bezahlten Mietzinsen – wie von der Vermieterin geltend gemacht – bereits verjährt waren. Im laufenden Mietverhältnis kann sich der Mieter grundsätzlich jederzeit auf die Nichtigkeit des Anfangsmietzinses berufen, auch wenn sich diese Klage nur noch auf künftige Mietzinszahlungen auswirkt. Eine andere Frage ist die Verjährung für die Rückforderung von bereits bezahlten Mietzinsen. Die entsprechende Verjährungsfrist beginnt zu laufen, sobald der Mieter weiss, dass die fehlende Formularanzeige die Nichtigkeit des Anfangsmietzinses bewirkt. Im Leitentscheid 140 III 583 stellte das Bundesgericht fest, es werde vorausgesetzt, dass dem Mieter diese Nichtigkeit nicht bekannt sei, solange er nicht ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werde, zum Beispiel von seinem Anwalt. In seinem späteren Entscheid 146 III 82 hat es ausgeführt, man könne sich allerdings fragen, ob in einem Kanton, in dem die Formularpflicht schon über 25 Jahre gilt, die Unkenntnis der Rechtslage noch immer vermutet werden dürfe. Diese Bemerkung ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Dabei wurde etwa geltend gemacht, von einem Mieter, der aus einem Kanton ohne Formularpflicht zuziehe, könne diese Rechtskenntnis nicht vorausgesetzt werden, auch nicht von einem Mieter, der erstmals einen Mietvertrag abschliesst. Schliesslich wurde darauf aufmerksam gemacht, dass der Vermieter keinerlei Interesse habe, das vorgeschriebene Formular zu verwenden, wenn die fehlende Formularanzeige für ihn ohne Folgen bleibe. Das Bundesgericht präziserte in seinem vorliegenden Urteil, dass stets aufgrund der konkreten Umstände geprüft werden muss, ob von einer Rechtsunkenntnis des Mieters ausgegangen werden muss. Die Vermutung entfällt – wie das Bundesgericht schon früher entschieden hat – bei einem Mieter, der über besondere Kenntnisse im Mietrecht verfügt. Sie kann zudem auch entfallen, wenn dem Mieter die Formularpflicht aus früheren Erfahrungen bekannt ist. Vorliegend aber muss nach den Erwägungen der Vorinstanz die Vermutung der fehlenden Rechtskenntnis gelten, weil die Mieter fremdsprachig und auf eine Übersetzung angewiesen sind. Daher können sie auch nicht mit einer einfachen Recherche im Internet abklären, ob im Kanton Waadt die Formularpflicht gilt. Es sei weiter unwahrscheinlich, dass sie 2014 dem Vergleich über eine Mietzinsreduktion zugestimmt hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit ihres Anfangsmietzinses bekannt gewesen wäre. Dem folgte das Bundesgericht. Es kann nach seiner Ansicht zudem nicht davon ausgegangen werden, dass bereits die erste Anwältin die Mieter auf die fehlenden Formularanzeige aufmerksam gemacht hat, denn üblicherweise beschränken sich die Anwälte auf die Überprüfung des ihnen vorgelegten Streitgegenstandes. Der Fristenlauf für die Verjährung der Rückforderung kann daher erst im Rahmen der Konsultation der zweiten Anwältin beginnen, das heisst zwischen 15. Oktober und 26. November 2015, womit die Rückforderung von zu viel bezahlten Mietzinsen mit Klage vom 26. November 2015 in jedem Fall noch nicht verjährt ist.

**Bundesgericht, I. Zivilkammer,
4A_302/2021, 28. Januar 2022,
zur Veröffentlichung in der
amtlichen Sammlung vorgesehen
(Originaltext französisch)**

BASEL-STADT

Schliessung eines Restaurants wegen Corona-Massnahmen / Mangel am Mietobjekt

Die Covid-19-Verordnung 2 richtet sich weder ausschliesslich an den Mieter noch den Vermieter, sondern an die Allgemeinheit. Die ausdrückliche Vereinbarung im Mietvertrag, das Mietobjekt als Restaurant zu benutzen, bewirkt gleichsam den Objektbezug des an die Allgemeinheit gerichteten öffentlich-rechtlichen Verbots, ein Restaurant zu betreiben. Damit liegt ein Mangel am Mietobjekt vor.

→ Art. 259d OR, Art. 199 OR

Es geht um einen Geschäftsmietvertrag über ein Mietobjekt mit einer Gesamtfläche von 540 Quadratmeter und 148 Sitzplätzen. Gemäss dem Mietvertrag dient das Mietobjekt zum Betrieb eines Schnellimbiss-Restaurants oder eines gleichwertigen Betriebes und darf auch nur für den Betrieb eines solchen genutzt werden.

Wegen der verschärften Massnahmen des Bundesrates zum Schutz der Bevölkerung aufgrund des aufgetretenen Coronavirus wurde u.a. der Betrieb von Restaurants vom 16. März 2020 bis am 11. Mai 2020 verboten. Erlaubt blieben u.a. Take-Aways.

Die Mieterin beantragte vor Mietgericht eine 100% Herabsetzung des Mietzinses für diese Zeit.

Die Mieterin (Klägerin) behauptete, dass für den Take-Away-Betrieb lediglich 90m² der Fläche notwendig gewesen wären. Weit über 90% des Nettomietzinses würden für den Restaurantbetrieb aufgewendet. Ohne den Umsatz aus dem Restaurantbetrieb sei ein gewinnbringender Betrieb nicht möglich, weswegen auch der Take-Away habe geschlossen werden müssen. Dies insbesondere auch deshalb, weil aufgrund der Massnahmen die Laufkundschaft massiv abgenommen habe. Die Vermieterin (Beklagte) bestritt das Vorliegen eines Mangels am Mietobjekt.

Das Gericht hielt zur Frage des Mangels fest, dass der Gebrauch des Mietobjekts ausdrücklich als Schnellimbiss-Restaurant oder eines gleichwertigen Betriebs vereinbart wurde. Es verstehe sich, dass im Mietobjekt sowohl Essen für die Konsumation vor Ort wie auch zum Mitnehmen (Take-Away) ausgegeben werde. Durch die vom Bundesrat angeordnete Schliessung der Restaurationsbetriebe durfte die Klägerin die Räumlichkeiten weiterhin als Take-Away betreiben. Die Fläche, die normalerweise für den Konsum zur Verfügung stehe, konnte nicht genutzt werden. Ein Restaurationsbetrieb mit Konsumation vor Ort war nicht möglich. Der tatsächliche Zustand wich somit während der Dauer der behördlich angeordneten Schliessung vom vertraglich vereinbarten Zustand ab.

Dem Argument der Beklagten, wonach ein rechtlicher Mangel höchstens dann vorliegen könne, wenn sich die fragliche Anordnung an den Vermieter richte und auf das konkrete Mietobjekt ziele, kann gemäss dem Gericht im Zusammenhang mit der Schliessung des Restaurationsbetriebs nicht gefolgt werden. Die COVID-19-Verordnung 2 richtet sich

weder ausschliesslich an die Mieter oder an die Vermieter, sondern an die Allgemeinheit und kann damit grundsätzlich sowohl den Mieter als auch den Vermieter betreffen. Die Klägerin war als Mieterin von der COVID-19-Verordnung 2 insofern betroffen, als sie ihren Restaurationsbetrieb nicht mehr führen durfte. Die Beklagte war ihrerseits insofern betroffen, als sie ihrer Vertragspflicht, ein zum Betrieb eines Schnellimbiss-Restaurants taugliches Mietobjekt zur Verfügung zu stellen, nicht mehr vollumfänglich nachkommen konnte. Aus der in der Lehre vertretenen Ansicht, dass lediglich objektbezogene, nicht aber betriebsbezogene Einschränkungen einen Mangel im Sinne von Art. 259d OR darstellten, könne nicht geschlossen werden, dass die durch eine an die Allgemeinheit gerichtete öffentlich-rechtliche Massnahme bewirkte Einschränkung oder Verunmöglichung einer ausdrücklich vereinbarten Nutzung des Mietobjekts keinen Mangel am Mietobjekt darzustellen vermag. Die ausdrückliche Vereinbarung im Mietvertrag, das Mietobjekt als Schnellimbiss-Restaurant zu benutzen, bewirkt gleichsam den Objektbezug des an die Allgemeinheit gerichteten öffentlich-rechtlichen Verbots, Restaurants zu betreiben.

Ein allgemeiner Rückgang des Passantenaufkommens im öffentlichen Raum ist jedoch, sofern kein Umsatz und kein bestimmtes Kundenaufkommen im Mietvertrag garantiert wird, tatsächlich rein betriebsbezogen und stellt deshalb keinen Mangel an der Mietsache dar. Es war der Klägerin möglich, das Schnellimbiss-Restaurant als reinen Take-Away-Betrieb weiterzuführen.

Zusammenfassend hat die Klägerin einen Anspruch auf eine Mietzinsreduktion gemäss Art. 259d OR.

Zur Festsetzung der Höhe der Mietzinsreduktion hielt das Gericht folgendes fest: Die Klägerin führte unbestritten aus, dass sie normalerweise 40% des Umsatzes mit Take-Away generiere. Offensichtlich können bei einem Rückgang der Gästezahl und Schliessung der für die Konsumation vorgesehen Fläche Personalstunden an der Kasse, bei der Reinigung und wohl auch in der Küche eingespart werden. Der Bundesrat sah erleichterte Möglichkeiten der Kurzarbeit vor. Unter diesen Umständen erscheint bei einer temporären Schliessung der Konsumationsfläche während rund zwei Monaten im Frühling unter Annahme einer massgeblichen Kompensation des Restaurantsgeschäfts durch das Take-Away-Geschäft eine Herabsetzung des Mietzinses gemäss Art. 259d OR um 30% als angemessen.

**Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt,
28. Januar 2022 (MG.2021.20)
noch nicht rechtskräftig**

Kommentar:

Die Frage, ob die behördliche Schliessung von Geschäftsräumlichkeiten im Zusammenhang mit dem Coronavirus zu einem Mangel am Mietobjekt führt, ist in der Lehre umstritten. Soweit ersichtlich haben sich bis heute das Mietgericht Zürich (→ mp-flash 7/21) und das Mietgericht Genf (JTBL/565/2021) der vermietterfreundlichen Auffassung angeschlossen und entschieden, dass die von den eidgenössischen und kantonalen Behörden im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise angeordneten Schliessungen von Betrieben keinen Mangel an der Mietsache darstellen. Die von den Behörden angeordnete-

ten Massnahmen zielten nicht auf die Nutzung der Mietsache ab, sondern lediglich auf die dort ausgeübten Tätigkeiten. Der Entscheid des Mietgerichts Genf wurde nicht angefochten. Der Entscheid des Mietgerichts Zürich wurde zwar weitergezogen. Die Parteien schlossen während des Berufungsverfahrens einen aussergerichtlichen Vergleich und das Obergericht Zürich schrieb das Berufungsverfahren ab. Weder das Obergericht Zürich noch das Bundesgericht hatten bisher Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern.

Das Zivilgericht Basel-Stadt vertritt bei dieser Frage zutreffend die Auffassung, dass ein Mangel am Mietobjekt vorliegt. Der vereinbarte Verwendungszweck definiert nach seiner Ansicht den vertragstauglichen Zustand. Es genügt daher nicht, wenn die Baute keine (Sach-)Mängel hat. Es dürfen auch keine Rechtsmängel bestehen, die den Verwendungszweck vereiteln, jedenfalls nicht Rechtsmängel, die der Mieter nicht zu vertreten hat. Vermieterfreundliche Auslegungen beachten dieses Element nicht und setzen sich damit auch nicht auseinander.

Bei der Berechnung der Mietzinsherabsetzung handelt es sich um einen Ermessensentscheid. Die Mietzinsreduktion muss verhältnismässig zur Gebrauchseinschränkung des Mietobjekts sein. Berücksichtigt man rein den Umsatzverlust, so hätte die Mietzinsherabsetzung 60% betragen müssen. Stellt man auf die nutzbare Fläche ab, so wäre eine Mietzinsherabsetzung von rund 80% angemessen gewesen. Das Gericht gewährt lediglich 30%, u.a. mit der Begründung, das Personalstunden eingespart werden konnten und eine erleichterte Möglichkeit der Kurzarbeit bestand. Dies mag zutreffen. Die Kurzarbeitsentschädigung ist eine Kompensation des Bundes dafür, dass dem Personal eines Betriebes der Lohn weiter bezahlt werden kann, obwohl keine Arbeitsleistung erbracht wird. Mit einer Gebrauchseinschränkung des Mietobjekts im Sinne eines Mangels hat die Kurzarbeitsentschädigung nichts zu tun. Sie ist keine Entschädigung für die Unbenutzbarkeit der Lokalität. Bei der Kurzarbeitsentschädigung – wie auch beim Wegfall von Personalstunden – handelt sich hier um ein sachfremdes Kriterium, das bei der Festsetzung der Mietzinsherabsetzung nicht berücksichtigt werden dürfte.

Betreffend die weiteren Möglichkeiten von Vertragsanpassung hielt das Gericht in Übereinstimmung mit dem Mietgericht Zürich fest, dass die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit nach Art. 119 OR nicht zur Anwendung gelangen, weil die behördliche Schliessung des Restaurants nicht dauerhaft war.

Weiter schloss das Gericht die Anwendung der «clausula rebus sic stantibus» nicht generell aus. Vorliegend konnte das Gericht auf die clausula nicht zurückgreifen, weil die Voraussetzungen von der Klägerin nicht behauptet wurden. Abgesehen davon dürfte aber beim Vorliegen eines Mangels am Mietobjekt kein Raum mehr für die Anwendung der «clausula rebus sic stantibus» bestehen, weil mit Art. 259d OR eine gesetzliche Anpassungsregel besteht.

© Copyright bei «mietrechtspraxis | mp»; Veröffentlichungen dieser Texte (auch auszugsweise) sind nur mit Zustimmung des Verlags «mietrechtspraxis | mp» erlaubt.
