

Peter Karlen / Markus Rüssli

Covid-19-Geschäftsmietegesetz

Zur Verfassungsmässigkeit der Vernehmlassungsvorlage

Das geplante Covid-19-Geschäftsmietegesetz reduziert den Miet- und Pachtzins für Geschäftsräume während des Lockdowns auf 40 Prozent des vereinbarten Betrags. Die Autoren zeigen auf, dass der Bund zwar die Kompetenz zum Erlass eines solchen Gesetzes besitzt, die vorgesehene Miet- und Pachtzinsherabsetzung aber die Eigentumsgarantie, den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, die Rechtsgleichheit und das Rückwirkungsverbot verletzt. Der Miet- und Pachtzins ist kein geeignetes Kriterium zur Anknüpfung von Unterstützungsleistungen für pandemiebedingte Einbussen.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Miet- und Pachtrecht; Eigentumsgarantie; Übriges

Verfassungsrecht

Zitiervorschlag: Peter Karlen / Markus Rüssli, Covid-19-Geschäftsmietegesetz, in: Jusletter 12. Oktober 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Zweck, Inhalt und rechtliche Einordnung des geplanten Covid-19-Geschäftsmietegesetzes
 - 2.1. Zweck
 - 2.2. Inhalt
 - 2.2.1. Vorübergehende Reduktion des Miet- und Pachtzinses
 - 2.2.2. Entschädigungsanspruch bei wirtschaftlicher Notlage des Vermieters oder Verpächters
 - 2.2.3. Vollzugsbestimmungen
 - 2.3. Rechtliche Einordnung
 - 2.3.1. Betroffene Sachbereiche und verwendete Instrumente
 - 2.3.2. Verfolgte öffentliche Interessen
3. Verfassungsmässigkeit der Vernehmlassungsvorlage für ein Covid-19-Geschäftsmietegesetz
 - 3.1. Bundeskompetenz zum Erlass des vorgesehenen Covid-19-Geschäftsmietegesetzes
 - 3.2. Vereinbarkeit der vorgesehenen Miet- und Pachtzinsreduktion mit der Eigentums-garantie
 - 3.3. Vereinbarkeit der vorgesehenen Miet- und Pachtzinsreduktion mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit
 - 3.4. Vereinbarkeit der vorgesehenen Miet- und Pachtzinsreduktion mit der Wirtschaftsfreiheit, insbes. mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität
 - 3.4.1. Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden
 - 3.4.2. Ungleichbehandlung der ein KMU führenden Eigentümer von Geschäftsräumen
 - 3.4.3. Ungleichbehandlung der ein grösseres Unternehmen führenden Mieter und Pächter
 - 3.4.4. Besserstellung der Gesundheitseinrichtungen
 - 3.5. Zulässigkeit der rückwirkenden Inkraftsetzung
4. Pflicht des Staates zur Entschädigung der von der Schliessung bzw. Betriebseinschränkungen betroffenen Gewerbetreibenden
 - 4.1. Grundsatz der Entschädigungspflicht
 - 4.2. Ausgestaltung der Entschädigungspflicht
5. Zusammenfassung

1. Einleitung

[1] Der Bundesrat ordnete zur Bekämpfung der Verbreitung des Coronavirus (COVID-19) mit Wirkung ab dem 17. März 2020 die Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen wie Einkaufsläden, Märkte, Restaurations-, Bar-, Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe (Museen, Bibliotheken, Kinos etc.) sowie von Betrieben mit körperbezogenen Dienstleistungen (Coiffeure, Massagen etc.) an. Von der Schliessung ausgenommen blieben die für die Grundversorgung der Bevölkerung unentbehrlichen Geschäfte wie Lebensmittelläden, Apotheken, Poststellen etc.¹ Weiter verbot der Bundesrat Gesundheitseinrichtungen wie Spitälern, Kliniken, Arztpraxen und Zahnarztpraxen, nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien vorzunehmen.²

[2] Einzelne Betriebe (Bau- und Gartenfachmärkte, Betriebe mit personenbezogenen Dienstleistungen mit Körperkontakt wie Coiffeure, Massagen, Tattoo-Studios und Kosmetik) und Einrich-

¹ Art. 6 Abs. 2 und 3 der COVID-19-Verordnung 2 (SR 818.101.24) in der Fassung vom 16. März 2020, AS 2020 783. Sämtliche Präsenzveranstaltungen an Schulen und übrigen Ausbildungsstätten waren bereits ab dem 16. März 2020 untersagt worden; Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 2 der COVID-19-Verordnung 2 in der ursprünglichen Fassung vom 13. März 2020.

² Art. 10a Abs. 2 der COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 16. März 2020, AS 2020 783.

tungen zur Selbstbedienung wie Solarien, Autowaschanlagen oder Blumenfelder durften ab dem 27. April 2020 bei Umsetzung eines ausreichenden Schutzkonzepts wieder öffnen (sog. Transitionsschritt 1).³ Ab dem 11. Mai 2020 wurde die Öffnung der meisten Betriebe, die am 17. März 2020 schliessen mussten, wieder erlaubt, sofern sie über ein Schutzkonzept verfügten, so insbesondere für Einkaufsläden und Märkte, Restaurations- und Dienstleistungsbetriebe, die Schulen der Primar- und Sekundarstufe I sowie Kindertagesstätten (sog. Transitionsschritt 2).⁴ Schliesslich konnten ab dem 6. Juni 2020 auch die restlichen von der Schliessung betroffenen Betriebe wieder öffnen, so insbesondere alle Schulen, Kinos, Konzertlokale, Theater, Diskotheken, Tanzlokale und Nachtclubs (sog. Transitionsschritt 3).⁵

[3] Zur Milderung der wirtschaftlichen Folgen der angeordneten Schliessungen und Betriebseinschränkungen beschloss der Bundesrat eine Reihe von Massnahmen. Unter anderem gewährte er Mietern und Pächtern für die zwischen dem 13. März und dem 31. Mai 2020 fällig gewordenen Zinsen bei Zahlungsrückständen für die Nachzahlung eine Fristverlängerung von 30 Tagen auf 90 Tage.⁶ Hingegen sah der Bundesrat bewusst davon ab, Massnahmen zu treffen, die direkt in die Miet- und Pachtverhältnisse eingreifen. Er forderte Mieter und Vermieter aber auf, im Dialog Lösungen für Mieter zu finden, die wegen der Schliessung den geschuldeten Mietzins nicht aufbringen konnten.⁷

[4] Die Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben des National- und des Ständerats unterbreiteten am 12. bzw. 19. Mai 2020 ihren Räten zwei übereinstimmende Motionen, die den Bundesrat beauftragen, eine Vorlage auszuarbeiten, nach der Betreiber von Restaurants und der weiteren vom Bundesrat geschlossenen Betriebe ihrem Vermieter während der Schliessungszeit nur 40 % der Miete schulden.⁸ Die Motionen wurden in den Räten am 4. bzw. 8. Juni 2020 angenommen. Der Bundesrat hat am 1. Juli 2020 einen Entwurf für ein Covid-19-Geschäftsmietegesetz in die Vernehmlassung geschickt, mit dem die beiden Motionen umgesetzt werden sollen.⁹ Am 18. September 2020 hat er die Botschaft an das Parlament verabschiedet.¹⁰ Die Vorlage soll noch dieses Jahr von beiden Räten als dringliches Bundesgesetz beschlossen werden. Das Gesetz soll rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft treten.¹¹

[5] Der nachfolgende Text beruht auf einem Rechtsgutachten, das die Verfasser dem Hauseigentümerverband Zürich erstattet haben. Der Beitrag befasst sich mit der Verfassungsmässigkeit der Vernehmlassungsvorlage für ein Covid-19-Geschäftsmietegesetz; zudem geht er der Frage nach, inwieweit der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet ist, für Schäden, die durch die Schliessung von Gewerbebetrieben entstanden sind, Ersatz zu leisten.

³ Art. 6 Abs. 2 lit. e und Abs. 3 lit. o–q, Art. 6a und betr. Spitäler und Kliniken Art. 10a der COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 16. April 2020, AS 2020 1249.

⁴ Art. 5a, 6 Abs. 2 und 3 sowie Art. 6a der COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 8. Mai 2020, AS 2020 1499.

⁵ Art. 5 und 6 Abs. 3 sowie Art. 6a der COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 27. Mai 2020, AS 2020 1815.

⁶ Art. 2 und 4 COVID-19-Verordnung Miete und Pacht vom 27. März 2020, SR 221.213.4.

⁷ Medienmitteilung vom 8. April 2020; vgl. Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF zur Vernehmlassungsvorlage für ein Covid-19-Geschäftsmietegesetz vom Juni 2020 (zit. Erläuternder Bericht), S. 4.

⁸ WAK-Motionen Nr. 20.3451 und 20.3460.

⁹ BBl 2020 6025.

¹⁰ BBl 2020 [Veröffentlichung im Oktober 2020], <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80448.html>.

¹¹ So der Zeitplan gemäss dem Erläuternden Bericht (Fn. 7), S. 15 und 18.

2. Zweck, Inhalt und rechtliche Einordnung des geplanten Covid-19-Geschäftsmietegesetzes

[6] Der in die Vernehmlassung gegebene Gesetzesentwurf verfolgt nicht einen einheitlichen Zweck, sondern verknüpft mehrere Zielsetzungen miteinander. Es ist deshalb erforderlich, vor der Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Vorlage ihren Zweck und Inhalt sowie ihre rechtliche Einordnung zu untersuchen.

2.1. Zweck

[7] Die Gesetzesvorlage enthält keinen Zweckartikel, und auch der Erläuternde Bericht äussert sich nicht ausdrücklich zum Zweck des geplanten Gesetzes. Dieser ist deshalb anhand der Motionen, die dem Gesetzesentwurf zugrunde liegen, und insbesondere der darüber geführten parlamentarischen Debatten zu ermitteln. Dabei ist zu beachten, dass die politische Auseinandersetzung in den Räten eine Entwicklung durchgemacht hat. Bereits in der ausserordentlichen Session im Mai 2020 wurde über Motionen mit einer ähnlichen Zielsetzung diskutiert.¹² Die beiden Räte konnten damals jedoch keine Einigung finden. Die beiden Motionen, die von den Räten am 4. bzw. 8. Juni 2020 angenommen wurden, sind das Ergebnis eines zähen Ringens. Sie wurden im Parlament unter hohem Zeitdruck verabschiedet und als letztmöglicher Kompromiss bezeichnet, um das Scheitern der Vorstösse zu vermeiden.

[8] Bei der Gesetzesvorlage handelt es sich nach der Auffassung der parlamentarischen Mehrheit in erster Linie um eine *Unterstützungsmassnahme* für die ein kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) führenden Mieter und Pächter, die ihren Betrieb wegen der Pandemie schliessen oder einschränken mussten. Gleich wie die bereits vom Bundesrat beschlossenen Unterstützungsmassnahmen soll die Vorlage dazu beitragen, Konkurse und Arbeitslosigkeit zu verhindern.¹³ Die Gesetzesvorlage verfolgt damit insoweit den gleichen Zweck wie die bereits erwähnte bundesrätliche Verordnung, welche die Fristen bei Zahlungsrückständen verlängerte.

[9] Die vorgesehene Unterstützung soll allerdings *nicht eine blosse Überbrückungshilfe* darstellen, wie dies bei der genannten Verordnung der Fall ist. Vielmehr sollen die ein KMU führenden Mieter und Pächter durch eine Zinsreduktion während der Schliessungszeit eine *definitive finanzielle Entlastung* erlangen. Es gelte, nicht nur Konkurse abzuwenden, sondern auch zu verhindern, dass die kleingewerblichen Mieter und Pächter einen «Schuldenrucksack» in die «Recovery-Phase» nehmen müssten.¹⁴

[10] Die erwähnte finanzielle Unterstützung der kleingewerblichen Mieter und Pächter soll nach dem Willen der Parlamentsmehrheit durch eine *mietrechtliche Sondernorm*, die von den Bestimmungen des Obligationenrechts abweicht, erreicht werden. Die Unterstützung soll grundsätzlich durch die Vermieter und Verpächter geleistet werden, indem während der Schliessungszeit ihr nach Obligationenrecht bestehender Miet- oder Pachtzinsanspruch auf 40 % gekürzt wird. Es war zwar in den Räten unbestritten, dass der Bund die Schliessung der Gewerbebetriebe angeordnet und damit die finanziellen Einbussen verursacht hat. Ebenso war unbestritten, dass weder

¹² WAK-Motionen Nr. 20.3142 (Nationalrat) und 20.3161 (Ständerat).

¹³ Exemplarisch die Voten der Kommissionssprecher NR Regula Rytz und SR Christian Levrat, AB 2020 N 663 und AB 2020 S 396.

¹⁴ So die Kommissionssprecherin NR Regula Rytz, AB 2020 N 664.

die Mieter und Pächter noch die Vermieter und Verpächter ein Verschulden an der Schliessung trifft. Doch geht die Ratsmehrheit davon aus, dass sich die Schliessung in unterschiedlicher Weise auf die Miet- und Pachtverhältnisse ausgewirkt habe. Dies rechtfertige für die Schliessungszeit einen Eingriff in die bestehenden Miet- und Pachtverhältnisse.

[11] Diese Sicht der Parlamentsmehrheit stütze sich auf mehrere Überlegungen.¹⁵ Zunächst wurde ausgeführt, die krisenbedingte Schliessung habe zu einer *Störung der Äquivalenz* des Mietverhältnisses geführt. Es gehe nicht an, dass die Mieter und Pächter allein die krisenbedingten Nachteile tragen müssten, die Vermieter und Verpächter dagegen unbehelligt blieben. Anzustreben sei vielmehr eine *Opfersymmetrie*, d.h. Mieter und Pächter sowie Vermieter und Verpächter hätten beide Opfer zu erbringen.

[12] Weiter wurden *ökonomische Gründe* ins Feld geführt. Es sei angezeigt, dass Vermieter und Verpächter den von der Schliessung betroffenen Gewerbebetrieben entgegenkämen, da ihnen ein Konkurs ihrer Mieter oder Pächter in manchen Fällen grösseren Schaden verursache als eine Zinsreduktion. Denn sie müssten bei Beendigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsrückständen nachher mit einem Leerstand ihrer Miet- oder Pachtobjekte rechnen.

[13] Schliesslich wurden auch *mietrechtliche Gründe* angeführt. Mieter und Pächter hätten aufgrund der Schliessung – auch wenn sie nicht vom Vermieter oder Verpächter verschuldet sei – Anspruch auf Herabsetzung des Miet- bzw. Pachtzinses. Es gehe darum, eine Prozesslawine zu verhindern und für die ein KMU führenden Mieter und Pächter, die sich aus Kostengründen ein gerichtliches Verfahren nicht leisten könnten, Rechtssicherheit zu schaffen.

[14] Die Parlamentsminderheit widersprach allen diesen Argumenten.¹⁶ Sie lehnte – gleich wie der Bundesrat – einen Eingriff in die obligationenrechtlichen Vertragsbeziehungen ab. Auch die Mehrheit räumte ein, dass der vorgesehene Eingriff nicht in allen Fällen zweckmässig sei. Um rasch Rechtssicherheit herstellen zu können, sei eine Pauschallösung aber unumgänglich. Ausserdem sei lediglich eine subsidiäre Lösung vorzusehen, die keine Anwendung finde, wenn eine ausdrückliche Einigung der Vertragsparteien oder ein rechtskräftiges Gerichtsurteil vorliege.

[15] Zusammenfassend soll die Gesetzesvorlage nach Auffassung der Parlamentsmehrheit den ein KMU führenden Mietern und Pächtern, die durch die Geschäftsschliessung Einbussen erlitten haben, rasch finanzielle Unterstützung gewähren, um so ihre Weiterexistenz zu erleichtern. Dies soll durch eine obligationenrechtliche Sonderregelung erfolgen, die den Miet- und Pachtzins für die Schliessungszeit in pauschaler Weise auf 40 % herabsetzt und auf diese Weise rasch Rechtssicherheit herstellt.

2.2. Inhalt

[16] Den Hauptteil der Gesetzesvorlage bilden entsprechend dem dargestellten Zweck die obligationenrechtlichen Sondernormen über den geschuldeten Miet- und Pachtzins während der Schliessungszeit bzw. bei Gesundheitseinrichtungen des eingeschränkten Betriebs (Art. 2–6; dazu nachstehend Ziff. 2.2.1.). Weiter enthält die Vorlage in Art. 7–9 Regelungen zum Entschädi-

¹⁵ Sie wurden in der parlamentarischen Debatte von einer Vielzahl von Rednern in verschiedenen Zusammenhängen immer wieder vorgebracht. Es wird darauf verzichtet, sie im Einzelnen zu belegen.

¹⁶ Vgl. aus den Debatten im National- und Ständerat namentlich die Voten von NR Olivier Feller (AB 2020 N 666), SR Hannes Germann (AB 2020 S 397), SR Martin Schmid (AB 2020 S 397 f.), SR Brigitte Häberli-Koller (AB 2020 S 399) und SR Daniel Fässler (AB 2020 S 401 f.).

gungsanspruch von Vermietern und Verpächtern, die wegen Miet- oder Pachtzinsausfällen in eine wirtschaftliche Notlage geraten (vgl. dazu Ziff. 2.2.2.). Schliesslich enthält die Vorlage weitere untergeordnete Bestimmungen (vgl. dazu Ziff. 2.2.3.).

2.2.1. Vorübergehende Reduktion des Miet- und Pachtzinses

[17] Art. 5 und 6 der Gesetzesvorlage setzen den geschuldeten Miet- und Pachtzins unter gewissen Voraussetzungen auf 40 % des vereinbarten Nettozinses fest. Dadurch werden Art. 257 und 281 OR, wonach Mieter und Pächter grundsätzlich den vollen vereinbarten Miet- oder Pachtzins schulden, für die Schliessungszeit ausser Kraft gesetzt. Die vorgesehenen Bestimmungen stellen eine *Sonderregel zu Art. 259d und 288 OR* dar, indem sie für alle Fälle einen einheitlichen schliessungsbedingten Herabsetzungsanspruch von 60 % des Nettozinses festlegen. Es handelt sich somit um eine pauschale Zinsreduktion, welche die Umstände des Einzelfalls ausser Acht lässt.¹⁷ Nach Schätzungen des Bundes gehen den Vermietern und Verpächtern durch die Anwendung dieser Sonderregel rund 212 Mio. Franken verloren.¹⁸

[18] Der besondere, auf 40 % begrenzte Miet- und Pachtzins kommt unter folgenden Voraussetzungen zur Anwendung (Art. 2 und 3 der Gesetzesvorlage¹⁹):

- es muss sich um eine Miete oder Pacht von *Geschäftsräumen* handeln;
- die Geschäftsräume müssen öffentlich zugänglich sein und von der *Schliessung* bzw. bei Gesundheitseinrichtungen von einer *Einschränkung des Betriebs* aufgrund der behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus betroffen sein;
- der vereinbarte Miet- oder Pachtzins darf *monatlich maximal 20 000 Franken* betragen;
- es darf *keine ausdrückliche Einigung der Vertragsparteien* über die Höhe des Miet- oder Pachtzinses während der Schliessung bzw. Betriebseinschränkung bestehen;
- es darf *kein rechtskräftiger Gerichtsentscheid* vorliegen.

[19] Die Herabsetzung des Miet- und Pachtzinses auf 40 % setzt nach dem Ausgeführten keine wirtschaftliche Notlage seitens der begünstigten Mieter oder Pächter voraus. Hingegen soll durch die *betragsmässige Begrenzung des Zinses* die Anwendung der Sonderregelung auf KMU beschränkt bleiben. Nach Auffassung der Parlamentsmehrheit sind diese besonders stark von den pandemiebedingten Einschränkungen betroffen, weil bei ihnen der Miet- oder Pachtzins einen grossen Fixkostenblock ausmache, der sie bei ausfallenden oder stark reduzierten Einnahmen besonders rasch in einen wirtschaftlichen Engpass führe. Im Nationalrat wurde ausgeführt, der Betrag von 20 000 Franken pro Monat entspreche dem Mietzins, den «ein normales, kleineres Kleidergeschäft in der Stadt Bern, Lausanne oder Zürich» bezahle.²⁰

¹⁷ Die Parlamentsmehrheit war sich bewusst, dass die Miet- und Pachtzinsreduktion auch in Fällen Anwendung finden kann, in denen der Mieter oder Pächter darauf mit Blick auf seine Weiterexistenz nicht angewiesen ist; vgl. die Kommissionssprecherin NR Regula Rytz, AB 2020 N 664.

¹⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 16.

¹⁹ Nach Schätzungen des Bundes dürften rund 80 000 Miet- und Pachtverhältnissen in den Anwendungsbereich der Sonderregelung fallen; vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 15 f.

²⁰ So die Kommissionssprecherin NR Regula Rytz, AB 2020 N 663.

[20] Die vorgeschlagene Regelung hat ausserdem nur *subsidiären Charakter*. Sie kommt nicht zum Zug, wenn sich die Parteien über die Höhe des Miet- oder Pachtzinses während der Schliessung bzw. Betriebseinschränkung geeinigt haben oder noch einigen können. Auch rechtskräftige Gerichtsurteile über die Höhe des geschuldeten Miet- oder Pachtzinses bleiben unberührt.

[21] Schliesslich enthält die Gesetzesvorlage in Art. 3 Abs. 2 eine *Ausstiegsklausel*: Jede Vertragspartei kann bei einem monatlichen Miet- oder Pachtzins von 15 000–20 000 Franken auf die Anwendung der Zinsreduktion verzichten. Ob ein Ausstieg interessant ist, hängt von der konkreten Situation ab. Verzichtet ein Vermieter oder Verpächter auf die Anwendung der Regelung gemäss Gesetzesvorlage, riskiert er allenfalls, dass ein Gericht eine höhere Mietzinsherabsetzung festlegt; ausserdem kann er bei einem Verzicht keine Entschädigung nach Art. 7 der Gesetzesvorlage beanspruchen.

2.2.2. Entschädigungsanspruch bei wirtschaftlicher Notlage des Vermieters oder Verpächters

[22] Die Reduktion des Zinses auf 40 % des vereinbarten Entgelts kann den Vermieter oder Verpächter in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen. Art. 7 der Gesetzesvorlage räumt ihnen deshalb in einem solchen Fall einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Bund ein. Dabei müssen die betroffenen Vermieter oder Verpächter ihre wirtschaftliche Notlage belegen. Es erfolgt eine Einzelfallprüfung. Allerdings sind vom Nachweis der Notlage Vermieter befreit, welche die reine Kostenmiete anwenden, was insbes. für Wohnbaugenossenschaften zutrifft. Die Vorlage enthält im Zusammenhang mit der Geltendmachung der Entschädigungsansprüche ebenfalls eine Bestimmung zum Rechtsschutz (Art. 8) sowie eine Strafnorm (Art. 9).

[23] Die Gesetzesvorlage sieht eine *Plafonierung der finanziellen Mittel* für die Auszahlung der Entschädigungsansprüche vor. Die zur Verfügung stehende Summe beträgt 20 Mio. Franken, wodurch die Anwendung der Ausgabenbremse nach Art. 159 Abs. 3 lit. b BV vermieden wird.²¹ Durch diese Begrenzung können möglicherweise nicht alle Härtefälle auf der Vermieter- und Verpächterseite abgewendet werden.

2.2.3. Vollzugsbestimmungen

[24] Die Vorlage weist den Vollzug des Gesetzes dem Bundesrat zu (Art. 10). Wie erwähnt soll das Gesetz dringlich erklärt werden und rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft treten. Es soll dem fakultativen Referendum unterstehen (Art. 11).

2.3. Rechtliche Einordnung

[25] Es ist nicht einfach, die Gesetzesvorlage in die gängigen rechtlichen Kategorien einzuordnen, weil sie Normen unterschiedlichen Charakters vereinigt. Für die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit genügt es, die Vorlage unter jenen Gesichtspunkten zu qualifizieren, die verfassungsrechtlich relevant sind.

²¹ Vgl. auch Erläuternder Bericht (F. 7), S. 18.

2.3.1. Betroffene Sachbereiche und verwendete Instrumente

[26] Die Gesetzesvorlage regelt einen Teil der finanziellen Folgen der Massnahmen, die der Bundesrat gestützt auf die ausserordentliche Lage gemäss Art. 7 des Epidemiengesetzes (EpG)²² angeordnet hat. Sie bezieht sich auf jene Schäden, welche die Geschäftsschliessungen und Betriebseinschränkungen von Gesundheitseinrichtungen für Mieter und Pächter bewirkt haben. Die Vorlage ergänzt die Entschädigungsregelung von Art. 63 ff. EpG, die nur bei bestimmten im Gesetz genannten Fällen zum Zug kommt.²³ Mit Blick auf den die finanziellen Folgen auslösenden Tatbestand lassen sich die Regelungen der Gesetzesvorlage dem *Epidemienrecht* und allgemeiner dem *Gesundheitsrecht* zurechnen. Allerdings sind die daran geknüpften Rechtsfolgen unterschiedlicher Natur und überschneiden sich mit anderen Rechtsbereichen.

[27] So treffen die Art. 2–6 für bestimmte Miet- und Pachtverhältnisse eine Sonderregelung hinsichtlich der Höhe des geschuldeten Zinses. Dies könnte nahelegen, sie dem *Zivilrecht* zuzuordnen. Dafür könnte auch sprechen, dass die genannten Bestimmungen nach der Auffassung der Parlamentsmehrheit zwischen den Vertragsparteien einen Interessenausgleich herbeiführen sollen, der den besonderen Umständen der Pandemie Rechnung trägt. Gegen eine Qualifikation als Zivilrecht lässt sich jedoch einwenden, dass die finanziellen Einbussen ihren Grund nicht im Vertragsrecht, sondern in der Seuchenbekämpfung haben und nur vorübergehend Geltung beanspruchen. Die Art. 2–6 erscheinen so gesehen als *öffentlich-rechtliche Normen*, welche die zivilrechtlichen Bestimmungen des OR vorübergehend überlagern. Diese Sicht wird dadurch untermauert, dass die genannten Bestimmungen auch eine Verbesserung des Mieterschutzes anstreben (vgl. hinten Rz. 31), der sowohl in der geltenden als auch in der alten Bundesverfassung von 1874 eine besondere Grundlage hat (Art. 109 BV bzw. Art. 34^{septies} aBV) und nicht zum Zivilrecht gezählt wird.²⁴

[28] Die Gesetzesvorlage sieht ferner eine Entschädigungspflicht des Bundes für Vermieter und Verpächter in wirtschaftlicher Notlage vor (Art. 7). Die Entschädigung erfolgt wegen der vorgesehenen Miet- oder Pachtzinsreduktion und hat ihren Grund letztlich ebenfalls in den Massnahmen zur Pandemiebekämpfung. Es handelt sich um eine besondere Form der *Staatshaftung* für rechtmässiges Verhalten.

2.3.2. Verfolgte öffentliche Interessen

[29] Die Gesetzesvorlage bezweckt, finanzielle Einbussen auszugleichen, die durch die Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie entstanden sind. Sie dient – wenn auch nicht direkt – dem *Schutz der öffentlichen Gesundheit*. Denn der Bund kann sehr weitreichende Einschränkungen der Grundrechte nur anordnen, wenn er jenen, die dadurch besonders stark betroffen wer-

²² Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101).

²³ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 9 f.

²⁴ Vgl. CHARLES-ALBERT JUNOD, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Jean-François Aubert et al., 1991, Art. 34^{septies} Rz. 13 f. – CIPRIANO ALVAREZ, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, hrsg. von Bernhard Ehrenzeller et al., 3. Aufl., 2014, Art. 109 Rz. 6, sieht demgegenüber in Art. 109 BV eine auf eine besondere Finalität bezogene Ergänzung der allgemeinen Zivilrechtskompetenz.

den, eine Entschädigung leistet. Die Gesetzesvorlage ergänzt die Entschädigungspflichten gemäss Art. 63 ff. EpG.²⁵

[30] Darüber hinaus verfolgt die Gesetzesvorlage *konjunkturpolitische Zielsetzungen*, wie sie in Art. 100 Abs. 1 BV umschrieben sind. Wie schon erwähnt bezweckt sie, Konkurse zu verhindern und Arbeitslosigkeit zu bekämpfen. Allerdings erscheint sie insofern atypisch, als sie rückwirkend und nicht vorbeugend wirkt, wie dies sonst bei konjunkturpolitischen Massnahmen üblich ist.²⁶

[31] Schliesslich dient die Vorlage dem *Schutz der Mieter*. Der Schutz der Mieter vor Missbräuchen ist seit jeher als öffentliches Interesse anerkannt.²⁷ Er bezieht sich nicht nur auf die Miete von Wohnräumen, sondern auch auf die Geschäftsmiete.²⁸ Die Parlamentsmehrheit hat deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die ein KMU führenden Mieter und Pächter in der Krise eines verbesserten Schutzes bedürften. Die besondere Schutzbedürftigkeit ergebe sich daraus, dass die Schliessungen und Betriebseinschränkungen die Mieter und Pächter häufig härter treffen als die Vermieter und Verpächter. Die Vorlage setzt deshalb nicht nur die Miet- und Pachtzinse für den fraglichen Zeitraum herab, sondern erspart den Mietern und Pächtern durch die vorgesehene Pauschallösung auch kostspielige Gerichtsverfahren.

[32] Dem Mietrecht und auch dem Mieterschutz ist allerdings das von der Parlamentsmehrheit vorgebrachte Argument der Opfersymmetrie fremd (vgl. vorn Rz. 11).²⁹ Denn die Miete und Pacht stellen zweiseitige Austauschverträge dar. Im Unterschied zu den Gesellschaften tragen hier die Vertragsparteien das wirtschaftliche Risiko nicht gemeinsam.³⁰ Sie bilden also keine Solidargemeinschaften, in denen Schäden gemeinsam – in einer Opfersymmetrie – zu tragen wären.³¹ Die Vorlage strebt denn auch gar keine Opfersymmetrie an, da sie die Miet- und Pachtzinsreduktion auf mehr als die Hälfte festsetzt. Sie verbessert vielmehr die Rechtsstellung der ein KMU führenden Mieter und Pächter, da deren Verhandlungsmacht auf dem Markt als beschränkt eingestuft wird.

²⁵ Da die in einer ausserordentlichen Lage gemäss Art. 7 EpG erforderlichen Massnahmen nicht im Einzelnen vorausehbar sind, können solche zusätzliche Entschädigungspflichten des Bundes geboten sein. Sie dürfte sogar der Bundesrat direkt gestützt auf Art. 7 EpG anordnen; vgl. GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 2020 239 ff., S. 261; ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 2020 268 ff., S. 273.

²⁶ GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., 2017, Art. 100 Rz. 2; Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 17.

²⁷ Vgl. BGE 99 Ia 604, 620.

²⁸ ALVAREZ (Fn. 24), Art. 109 Rz. 9 und 12.

²⁹ Nicht sachfremd erscheint demgegenüber die Berufung auf eine Äquivalenzstörung im Miet- oder Pachtverhältnis. Doch hat die Parlamentsmehrheit nicht näher dargetan und ist auch nicht ersichtlich, dass die Schliessungen und Betriebseinschränkungen für *alle* Mieter und Pächter zu einem solchen schwerwiegenden Ungleichgewicht der vereinbarten vertraglichen Leistungen geführt hätten.

³⁰ Vgl. zu dieser Unterscheidung ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., 2018, § 1 Rz. 103 und 109.

³¹ Das schliesst allerdings nicht aus, dass Mieter und Vermieter auch gemeinsame wirtschaftliche Interessen haben und eine solidarische Tragung krisenbedingter Einbussen zur Sicherung der Weiterexistenz eines Geschäfts sinnvoll sein kann.

3. Verfassungsmässigkeit der Vernehmlassungsvorlage für ein Covid-19-Geschäftsmietegesetz

[33] Ob und inwieweit die von den beiden WAK-Motionen angestrebten Regelungen mit der Bundesverfassung vereinbar sind, ist unklar. Gleichwohl wurde in der parlamentarischen Debatte die Frage der Verfassungsmässigkeit nicht vertieft diskutiert. Nachstehend wird insbesondere die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Mietzinsreduktion näher untersucht, auf eine umfassende Prüfung der Gesetzesvorlage aber verzichtet.

3.1. Bundeskompetenz zum Erlass des vorgesehenen Covid-19-Geschäftsmietegesetzes

[34] In den Eidgenössischen Räten wurde von mehreren Rednern die Frage aufgeworfen, ob der Bund die Kompetenz habe, ein Gesetz mit dem gewünschten Inhalt zu erlassen.³² Die Frage blieb trotz geäusselter Zweifel unbeantwortet.³³ Der Erläuternde Bericht zur Vernehmlassungsvorlage bemerkt, die Kompetenz ergebe sich offensichtlich nicht aus Art. 185 Abs. 3 BV, aber auch nicht aus den Bundeszuständigkeiten im Zivilrecht (Art. 122 BV) und zur Missbrauchsbekämpfung im Mietrecht (Art. 109 BV). Hingegen könne der Bund seine Kompetenz aus Art. 100 BV (Konjunkturpolitik) herleiten.³⁴

[35] Wie bereits dargelegt, regelt die Gesetzesvorlage einen Teil der finanziellen Folgen, welche die Massnahmen zur Pandemiebekämpfung verursacht haben. Letztere ergingen in Anwendung von Art. 7 EpG (ausserordentliche Lage). Die Kompetenz des Bundes zum Erlass epidemiologischer Vorschriften ergibt sich aus Art. 118 Abs. 2 lit. b BV (*Schutz der Gesundheit*).³⁵ Darin inbegriffen sind auch Massnahmen, die Auswirkungen von übertragbaren Krankheiten auf die Gesellschaft und die betroffenen Personen reduzieren (Art. 2 Abs. 2 lit. f EpG). Der Gesetzgeber wollte zwar im Epidemienengesetz von 2012 keine Entschädigungspflicht für Schäden einführen, die im Zusammenhang mit gesundheitspolizeilichen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung verursacht werden, sondern eine solche nur auf Individualmassnahmen beschränken.³⁶ Das bedeutet indessen nicht, dass er für eine solche weitergefasste Entschädigungspflicht keine Kompetenz hätte. Es ist vielmehr anerkannt, dass der Bund gestützt auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV neben polizeilichen Massnahmen auch solche der leistenden Verwaltung (Finanzhilfen, Aufklärungsarbeit etc.) zur Seuchenbekämpfung einsetzen darf.³⁷ Die Bundeskompetenz für die Gesetzesvorlage ergibt sich jedenfalls insoweit aus Art. 118 Abs. 2 lit. b BV, als sie eine Entschädigung bei wirtschaftlichen Notlagen von Vermietern und Verpächtern vorsieht (Art. 7–9).

³² So namentlich im Nationalrat von NR Kurt Fluri (AB 2020 N 664 und 665 f.) und NR Gregor Rutz (AB 2020 N 664 f.), im Ständerat von SR Daniel Fässler (AB 2020 S 401 f.).

³³ So insbes. von der direkt angesprochenen Kommissionssprecherin NR Regula Rytz, die auf eine Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz verwies, das sich zur Frage der Kompetenz gar nicht äussert (AB 2020 N 665).

³⁴ Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 17.

³⁵ Nach dieser Norm kann der Bund Vorschriften für die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren erlassen.

³⁶ Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2010 311 ff., S. 410.

³⁷ BIAGGINI, BV-Kommentar (Fn. 26), Art. 118 Rz. 15; für eine weite Auslegung des fast identischen Art. 69 aBV auch GIORGIO MALINVERNI, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Jean-François Aubert et al., 1991, Art. 69 Rz. 29 ff.

[36] Wenn die Sonderregelung über die Höhe der Miet- und Pachtzinse (Art. 2–6) ebenfalls dem öffentlichen Recht zugeordnet wird (vgl. vorn Rz. 27), kann auch sie als von der Bundeskompetenz zum Schutz der Gesundheit abgedeckt gelten.³⁸ Wird darin eine zivilrechtliche Regelung gesehen, kann sich diese auf die *Zivilrechtskompetenz von Art. 122 BV* stützen. Soweit die Sonderregelung auch dem Mieterschutz dient, ergibt sich die Bundeskompetenz zudem aus *Art. 109 BV*.

[37] Eine zusätzliche Abstützung der Gesetzesvorlage auf *Art. 100 BV (Konjunkturpolitik)*, wie sie der Erläuternde Bericht in Betracht zieht, wäre an sich denkbar. Allerdings darf der Bund dabei abgesehen von den hier nicht relevanten Bereichen von *Art. 100 Abs. 3 BV* nicht vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (*Art. 94 BV*) abweichen. Diese Voraussetzung ist – wie nachstehend aufgezeigt – nicht erfüllt.

[38] Der Bund verfügt nach dem Ausgeführten über eine *ausreichende Kompetenz* zum Erlass des in die Vernehmlassung gegebenen Covid-19-Geschäftsmietegesetzes. Sie ergibt sich aus *Art. 118 Abs. 2 lit. b BV* und – je nach Qualifikation der mietrechtlichen Sonderregelung – auch aus den *Art. 109 und 122 BV*.

3.2. Vereinbarkeit der vorgesehenen Miet- und Pachtzinsreduktion mit der Eigentumsgarantie

[39] Mit der besonderen Festsetzung des Miet- und Pachtzinses für die Zeit der Betriebsschliessungen bzw. -einschränkungen greift der Gesetzgeber in bestehende Vertragsverhältnisse ein. Der Eingriff erfolgt rückwirkend, indem nach Obligationenrecht bestehende Forderungen nachträglich abgeändert werden. Die – verfassungsrechtlich namentlich durch die Wirtschaftsfreiheit (*Art. 27 BV*) geschützte³⁹ – Vertragsfreiheit wird dadurch nicht direkt betroffen, weil Miet- und Pachtverhältnisse weiterhin nach den Vorschriften des Obligationenrechts ausgestaltet und abgeschlossen werden können. Hingegen bewirkt die vorgesehene Regelung des geschuldeten Zinses in aller Regel für eine Partei einen Verlust vertraglicher Ansprüche. Denn nach den Bestimmungen des Obligationenrechts betrüge der geschuldete Zins aufgrund der pandemiebedingten Schliessung bzw. Betriebseinschränkung nur in seltenen Fällen gerade 40 % des vereinbarten Zinses. Die Vorlage entzieht somit regelmässig einer Vertragspartei einen Teil ihrer Ansprüche. Da alle vermögenswerten Rechtspositionen des Privatrechts den Schutz der Eigentumsgarantie (*Art. 26 BV*) geniessen,⁴⁰ schränkt die Vorlage dieses Grundrecht für jene Partei ein, die einen Teil ihres Anspruchs verliert. Der durch die Gesetzesvorlage bewirkte Verlust ist nicht von vornherein geringfügig. Bei einem monatlichen Zins von 20 000 Franken kann die Einbusse für Vermieter und Verpächter bei der für gewisse Geschäfte fast dreimonatigen Schliessungszeit mehr als 30 000 Franken ausmachen, für Mieter und Pächter im Fall, dass ihnen ein hundertprozentiger Herabsetzungsanspruch zusteht, über 20 000 Franken.

[40] Nach einem grossen Teil der Lehre begründen die gestützt auf die *COVID-19-Verordnung 2* angeordneten Betriebsschliessungen bzw. -einschränkungen keinen Anspruch auf eine Zinsher-

³⁸ Die Bundeskompetenz zur Epidemienbekämpfung überlagert in ausserordentlichen Fällen die Zivilrechtskompetenz. In der Lehre wird deshalb angenommen, dass der Bundesrat gestützt auf *Art. 7 EpG* vorübergehend vom ZGB und OR abweichende Regelungen treffen könne; vgl. BIAGGINI, *Notrecht* (Fn. 25), S. 262 f.; KLEY (Fn. 25), S. 275.

³⁹ BGE 131 I 333, 339 E. 4.

⁴⁰ BGE 136 I 17, 28 E. 5.2; 120 Ia 120, 121 E. 1b; 105 Ia 43, 46.

absetzung⁴¹. Folgt man dieser Auffassung, entzieht die Vorlage den Vermietern und Verpächtern einen Teil ihrer Ansprüche. Hält man dagegen die vor allem vom Mieterinnen- und Mieterverband Schweiz vertretene gegenteilige Ansicht für zutreffend,⁴² verlören die Mieter und Pächter einen Teil ihrer Ansprüche. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist nicht entscheidend, ob die Betriebsschliessungen bzw. -einschränkungen nach zivilrechtlichen Grundsätzen einen Herabsetzungsanspruch der Mieter und Pächter begründen, da die Gesetzesvorlage nach dem Ausgeführten unabhängig davon in praktisch jedem Fall in vertragliche Ansprüche eingreift. Dass die schematische Zinsreduktion auf 40 % für die eine oder andere Seite in den meisten Fällen einen Eingriff in vertragliche Ansprüche bewirkt, blieb in der Parlamentsdebatte denn auch unbestritten.⁴³

[41] Einschränkungen von Ansprüchen, die durch die Eigentumsgarantie geschützt sind, sind verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruhen, durch *öffentliche Interessen* gerechtfertigt und *verhältnismässig* sind und schliesslich den *Kerngehalt des Eigentums nicht antasten* (Art. 36 BV). Die für einen Eingriff nötige gesetzliche Grundlage wird mit dem geplanten Gesetz geschaffen. Es wurde bereits dargelegt, dass die Vorlage öffentliche Interessen verfolgt. Fraglich ist demgegenüber, ob der durch die vorgesehene Miet- und Pachtzinsreduktion bewirkte Eingriff in das Eigentum verhältnismässig ist.

[42] Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks *geeignet* und *erforderlich* ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als *zumutbar* (*verhältnismässig im engeren Sinne*) erweist.⁴⁴ Die vorausgesetzte Eignung fehlt, wenn eine Massnahme am Ziel vorbeischiess oder zu schwach ist, um das Ziel zu erreichen. Die Erforderlichkeit einer Massnahme ist nicht gegeben, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann.⁴⁵

[43] In welchem Umfang die vorgesehene Miet- und Pachtzinsreduktion *geeignet* ist, die mit der Gesetzesvorlage verfolgten öffentlichen Interessen zu erreichen, ist nicht einfach zu beurteilen.⁴⁶ Eine Zinsreduktion verbessert zwar grundsätzlich die finanzielle Situation der von einer Schlies-

⁴¹ Vgl. die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz, Motion 20.3142 (Version Ständerat vom 6. Mai 2020): Erlass von Geschäftsmieten. Frage zur Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie, 11. Mai 2020, für Kommission Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates WAK-N, auffindbar unter www.parlament.ch > Geschäfte > Suche 20.3142 (zit. Stellungnahme); vgl. ferner FRANÇOIS BOHNET, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19, 8. April 2020, Gutachten publiziert auf der Internetseite des Hauseigentümergebietes Schweiz, S. 1 ff.; PETER HIGL, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraums im Zusammenhang mit der «Corona-Pandemie», publiziert am 30. März 2020 auf der Internetseite des Hauseigentümergebietes Schweiz, S. 1 ff.; MARC IYNEDJIAN, COVID-19-Ordre de fermeture des magasins et restaurants. Impact sur l'obligation de payer le loyer, 28. März 2020, Gutachten publiziert auf der Internetseite des Hauseigentümergebietes Schweiz, S. 1 ff.; ROBERTO PEDUZZI, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MietRecht Aktuell 1/20, 3 ff., S. 5 ff.

⁴² Vgl. SARAH BRUTSCHIN/XAVIER RUBLI/PIERRE STASTNY, Rechtsgutachten: Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie im Auftrag des Mieterinnen- und Mieterverbands Schweiz (MV-ASLOVA-ASI), März 2020, publiziert auf der Internetseite des erwähnten Verbands, S. 1 ff.

⁴³ Vgl. etwa das Votum von SR Carlo Sommaruga, der ausführte, die Mieter hätten bei Betriebsschliessungen Anspruch auf eine hundertprozentige Mietzinsreduktion, weshalb sie bei Annahme der Motion einen Verzicht zu leisten hätten (AB 2020 S 403).

⁴⁴ Vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung namentlich BGE 132 I 49, 62 E. 7.2.

⁴⁵ BGE 142 I 49, 69 E. 9.1.

⁴⁶ Eigenartigerweise prüft das Bundesamt für Justiz in seiner Stellungnahme zur Motion 20.3142 (Fn. 41) diese Frage nicht, ebenso wenig wie die Frage der Erforderlichkeit. Die Beurteilung der Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie erscheint deshalb lückenhaft und vermag nicht zu überzeugen.

sung betroffenen Mieter und Pächter und erscheint grundsätzlich als geeignete Massnahme zur Krisenbewältigung. Doch schießt sie teilweise am Ziel vorbei, weil unbestrittenermassen auch Mieter und Pächter von einer Reduktion profitieren könnten, die durch die Schliessung nicht in eine wirtschaftliche Notlage geraten⁴⁷. Ausserdem stellt sie jene Mieter und Pächter schlechter, die nach obligationenrechtlichen Grundsätzen Anspruch auf eine Herabsetzung des Zinses um mehr als 60 % hätten. Vor allem aber wird die Eignung durch die zeitliche Verzögerung in Frage gestellt. Wirksam wäre die Zinsreduktion gewesen, wenn sie noch während der Schliessungen oder kurz danach beschlossen worden wäre. Ob eine Zinsreduktion, die erst rund ein halbes Jahr nach der Wiederöffnung der Geschäfte in Kraft tritt, noch geeignet ist, wirksam zur Krisenbewältigung beizutragen, erscheint demgegenüber eher fraglich, als gänzlich ungeeignet kann sie jedoch nicht bezeichnet werden.

[44] Klarer fällt demgegenüber die Beurteilung der *Erforderlichkeit* der Zinsreduktion für die Erreichung der verfolgten Ziele aus. Sie ist zu verneinen, da dem Bund mildere Mittel zur Verfügung stehen, als den Mietern und Vermietern bzw. den Pächtern und Verpächtern einen Teil ihrer vertraglichen Ansprüche zu entziehen. So könnte der Bund Mietern und Pächtern, die durch die Schliessungen bzw. Betriebseinschränkungen Einbussen erlitten haben, mit der Ausrichtung von Entschädigungen zu Hilfe kommen, die den erlittenen Schaden ganz oder zumindest teilweise ausgleichen. Sie würden die von den Motionen angestrebte finanzielle Entlastung bringen, das Konkursrisiko und die Gefahr von Arbeitslosigkeit verringern und wohl auch kostspielige Auseinandersetzungen zwischen den Vertragsparteien weitgehend erübrigen, da die Mieter und Pächter aufgrund der staatlichen Unterstützung die fälligen Zinse auch während der Schliessungs- bzw. Einschränkungszeit bezahlen könnten. Da offen ist, in welchem Umfang aufgrund der Betriebsschliessungen bzw. -einschränkungen allenfalls mietrechtliche Herabsetzungsansprüche bestehen, läge darin auch keine einseitige Bevorzugung der einen oder anderen Partei der Miet- oder Pachtverhältnisse. Vielmehr handelte es sich um eine Massnahme, die ungeachtet allfälliger Ansprüche auf Herabsetzung des Miet- oder Pachtzinses rasch zur Krisenbewältigung beitrüge und den von der Gesetzesvorlage verfolgten öffentlichen Interessen entspreche.

[45] Die in der Gesetzesvorlage vorgesehene Reduktion des Miet- und Pachtzinses greift demnach in unverhältnismässiger Weise in die von der Eigentumsgarantie geschützten vertraglichen Ansprüche der Mieter und Vermieter bzw. Pächter und Verpächter ein. Sofern für einzelne Mieter und Pächter die vollständige Zahlung der Zinsen als unzumutbar erachtet wird, ist es Sache des Staates, eine angemessene Entschädigung zu leisten (dazu hinten Rz. 65 ff.). Hingegen ist es unzulässig, die erwünschte generelle Besserstellung der Mieter und Pächter durch eine entsprechende Mehrbelastung der Vermieter und Verpächter bzw. – soweit ein Herabsetzungsanspruch von mehr als 60 % bestünde – durch eine solche einzelner Mieter und Pächter herbeizuführen.

[46] An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass Art. 7 der Gesetzesvorlage Vermietern und Verpächtern, die wegen der Zinsreduktion in eine wirtschaftliche Notlage geraten, einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Bund einräumen. Denn einerseits haben Anspruch auf Schutz ihrer Eigentumsrechte nicht nur die Vermieter und Verpächter, die in eine wirtschaftliche Notlage geraten. Und andererseits gewährt die Gesetzesvorlage den Mietern und Pächtern, denen allenfalls nach Obligationenrecht zustehende Ansprüche entzogen werden, überhaupt keinen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Bund.

⁴⁷ So ausdrücklich die Kommissionssprecherin im Nationalrat NR Regula Rytz (AB 2020 N 664).

3.3. Vereinbarkeit der vorgesehenen Miet- und Pachtzinsreduktion mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit

[47] Nach Art. 5 der Gesetzesvorlage beträgt der während der Schliessungszeit geschuldete Miet- oder Pachtzins 40 % des vereinbarten Nettozinses. Den Vermietern und Verpächtern wird demnach während der Schliessungszeit 60 % ihres Entgelts entzogen. Die Vorlage mutet also den Vermietern und Verpächtern einen grösseren Verzicht zu als den Mietern und Pächtern, wenn man davon ausgeht, dass die Vertragsparteien – je nach Standpunkt – Anspruch auf einen vollen Zins bzw. auf eine Herabsetzung auf null haben. Es fragt sich, ob diese Ungleichbehandlung mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar ist. Dies ist dann zu bejahen, wenn sich die unterschiedliche Behandlung auf sachliche Gründe zu stützen vermag.⁴⁸

[48] Im Nationalrat wurde die Höhe des während der Schliessungszeit geschuldeten Miet- und Pachtzinses eingehend diskutiert. In der Sondersession im Mai 2020 nahm dieser Rat eine Motion an, die eine Reduktion auf 30 % des vereinbarten Zinses vorsah. Diesen Satz rechtfertigte die Kommissionssprecherin damit, dass dadurch eine «Win-win-Situation» geschaffen und «dass mit den 30 Prozent die tatsächlichen Kosten des Vermieters gedeckt» seien.⁴⁹ Verklausuliert sollte damit wohl zum Ausdruck gebracht werden, dass die Kommissionsmehrheit für einen Grossteil der Mieter und Pächter einen Zins von 30 % wirtschaftlich noch als tragbar und umgekehrt eine Reduktion von 70 % für die Vermieter- und Verpächterseite als zumutbar erachtete. Die in der Sommersession im Juni 2020 von beiden Räten beschlossene Reduktion auf 40 % des Zinses war ein politischer Kompromiss. Im Ständerat wurde versucht, diese Regelung dadurch zu rechtfertigen, dass sie «pas très loin d'une forme d'équilibre» sei, «et pas très loin non plus de ce que les tribunaux décideront lorsqu'ils auront à se prononcer sur ces cas-là».⁵⁰

[49] Die schliesslich festgesetzte Höhe des Zinses beruht weniger auf einer schlüssigen Argumentation als auf einem Seilziehen zwischen der Seite der Mieter und Vermieter bzw. Pächter und Verpächter. Die Parlamentsmehrheit stufte wohl die wirtschaftliche Belastbarkeit der Vermieter und Verpächter als grösser ein als jene der Mieter und Pächter, vermochte diese Ansicht aber nicht zu belegen. Nicht tragfähig ist auch der Verweis auf die mutmassliche künftige Rechtspraxis. Wenn die Vorlage in Unkenntnis des nach Obligationenrecht geschuldeten Zinses eine rasche Regelung schaffen soll, ist es widersprüchlich, gleichwohl auf eine vermutete künftige Rechtsprechung abzustellen. Wie eine solche aussehen wird, ist offen. Könnte die künftige Rechtsprechung mit hinreichender Sicherheit vorausgesehen werden, bräuchte es die angestrebte Regelung gar nicht. Schliesslich vermag auch die in Art. 7 vorgesehene Entschädigungsregelung für Vermieter und Verpächter die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen, weil diese nur bei wirtschaftlichen Notlagen zur Anwendung gelangt, aber alle Vermieter und Verpächter einen Anspruch auf Gleichbehandlung haben.

[50] Ernsthafte und stichhaltige sachliche Gründe, die von den Vermietern und Verpächtern einen grösseren Verzicht als von den Mietern und Verpächtern rechtfertigen könnten, sind nach dem Ausgeführten nicht ersichtlich. Die vorgesehene Höhe der Miet- und Pachtzinsreduktion verletzt daher den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Mit diesem Ergebnis stehen auch die in meh-

⁴⁸ Vgl. aus der Rechtsprechung BGE 141 I 153, 157 E. 5.1.

⁴⁹ NR Jacqueline Badran, AB 2020 N 482. Auf die Frage von NR Hans-Ueli Vogt, warum nicht eine Fifty-fifty-Aufteilung gewählt werde, erklärte sie: «Aber das entspricht einfach nicht dem «burden sharing», wodurch am Schluss eine Win-win-Situation entsteht; das erklärt die 70/30-Prozent-Regelung» (a.a.O.).

⁵⁰ So der Kommissionssprecher im Ständerat SR Christian Levrat, AB 2020 S 397.

rerer Kantonen zwischen den Mieter- und Hauseigentümerverbänden und dem Staat getroffenen freiwilligen Lösungen im Einklang. Sie verlangen von beiden Vertragsparteien gleich grosse Verzichtleistungen.⁵¹

3.4. Vereinbarkeit der vorgesehenen Miet- und Pachtzinsreduktion mit der Wirtschaftsfreiheit, insbes. mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität

[51] Durch die in der Gesetzesvorlage enthaltene Miet- und Pachtzinsreduktion werden die ein KMU führenden Mieter und Pächter durch eine staatliche Massnahme unterstützt. Keine Hilfe erhalten jedoch die ein KMU führenden Eigentümer von Geschäftsliegenschaften, ebenso wenig Inhaber von grossen Unternehmen, die einen monatlichen Miet- oder Pachtzins von über 20 000 Franken entrichten. Schliesslich gelangen Gesundheitsreinrichtungen im Unterschied zu anderen KMU auch dann in den Genuss einer Miet- oder Pachtzinsherabsetzung, wenn sie ihren Betrieb nicht schliessen, aber einschränken mussten. Es fragt sich, ob diese Ungleichbehandlung einzelner Gruppen von Gewerbetreibenden mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vereinbar ist.

3.4.1. Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegeossen

[52] Staatliche Förderungsmassnahmen beschränken die Gewerbetätigkeit derjenigen, die davon nicht profitieren, nicht direkt und greifen insoweit nicht in ihre *individuelle* Wirtschaftsfreiheit ein. Bund und Kantone haben sich aber bei ihrem Handeln nach Art. 94 Abs. 1 BV an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten. Das bedeutet insbesondere, dass das staatliche Handeln *wettbewerbsneutral* zu sein hat. Für den einzelnen Gewerbetreibenden ergibt sich daraus ein spezifischer Gleichbehandlungsanspruch, der in der Rechtsprechung als Grundsatz der *Gleichbehandlung der Gewerbegeossen* bzw. der direkten Konkurrenten bezeichnet wird.⁵² Staatliche Massnahmen sind unzulässig, wenn sie den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren, indem sie einzelne Konkurrenten gegenüber anderen bevorzugen. Als solche gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.⁵³

[53] Dem Bund sind Massnahmen, die nicht wettbewerbsneutral sind – also die Gewerbegeossen unterschiedlich behandeln –, nicht völlig verwehrt. Art. 94 Abs. 4 BV verlangt aber, dass solche Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in der Bundesverfassung vorgesehen sein müssen. Für die hier in Frage stehende Unterstützung von Mietern und Pächtern erlaubt die Bundesverfassung keine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Das gilt auch, soweit sie konjunkturpolitische Ziele verfolgt (vgl. Art. 100 Abs. 3 BV, wonach Abweichungen nur im Geld- und Kreditwesen, in der Aussenwirtschaft und im Bereich der öffentlichen Finanzen zulässig sind).

⁵¹ So etwa das «Dreidrittel-Rettungspaket» im Kanton Basel-Stadt, nach dem die Mieter für die Zeit der ausserordentlichen Massnahmen ein Drittel des Zinses bezahlen, ein zweiter Drittel vom Kanton übernommen wird und die Vermieter auf den dritten Drittel verzichten.

⁵² BGE 143 II 425, 431 E. 4.2.

⁵³ BGE 125 I 431, 435 f. E. 4b/aa; 136 I 1, 16 E. 5.5.2.

[54] Eine staatliche Unterstützung einzelner Gewerbezweige verstösst nicht per se gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Sie darf aber den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten nicht verzerren.⁵⁴ Auch Massnahmen, die von ihrer Zielsetzung her an sich nicht auf eine Beeinflussung des Wettbewerbs gerichtet sind, können aufgrund ihrer Auswirkungen eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung bewirken.⁵⁵ Untersagt sind deshalb Massnahmen, bei denen ein wettbewerbsneutraler Zweck lediglich vorgeschoben wird, die bei objektiver Betrachtung aber auf eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs hinauslaufen.⁵⁶

3.4.2. Ungleichbehandlung der ein KMU führenden Eigentümer von Geschäftsräumen

[55] Der Umstand, dass KMU entweder Mieter bzw. Pächter oder aber Eigentümer von Geschäftsräumen sind, hat keinen Einfluss auf die Art der betriebenen Gewerbe. In beiden Gruppen gibt es KMU, die direkte Konkurrenten im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung sind.

[56] Die mit der Gesetzesvorlage angestrebte Konjunkturförderung und die Verbesserung des Mieter- und Pächterschutzes sind zwar nicht von vornherein unvereinbar mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Entscheidend ist jedoch, ob die konkrete Ausgestaltung der vorgesehenen Massnahmen Wettbewerbsverzerrungen zur Folge hat und die Gewerbetreibenden ungleich behandelt.

[57] Die den Mietern und Pächtern gewährte Hilfe soll dazu beitragen, Konkurse und Arbeitslosigkeit möglichst zu vermeiden. Ihre besondere Hilfsbedürftigkeit wird damit begründet, dass bei ihnen der Miet- oder Pachtzins einen grossen Fixkostenblock ausmache und sie bei einem Einnahmefall die Entrichtung des Zinses rasch in eine wirtschaftliche Notlage bringe (vgl. dazu vorn Rz. 19). Diese Erwägung würde jedoch dafür sprechen, auch die ein KMU führenden Eigentümer von Geschäftsräumen zu unterstützen. Denn bei ihnen stellen Kosten für die Geschäftslokale den gleich grossen Fixkostenblock dar wie bei Mietern und Pächtern, auch wenn sie die Zinsen den Banken oder anderen Gläubigern schulden. Die verfolgten konjunkturpolitischen Ziele vermögen somit keine Besserstellung der ein KMU führenden Mieter und Pächter gegenüber den ein KMU führenden Eigentümern von Geschäftsräumen zu rechtfertigen. Wenn eine staatliche Unterstützung von KMU zur Deckung der anfallenden Liegenschaftskosten in Betracht gezogen wird, drängt sich im Gegenteil eine Ausdehnung der Hilfe auch auf die letztere Gruppe auf.

[58] Die Beschränkung der Hilfe auf Mieter und Pächter lässt sich auch nicht mit den für die Gesetzesvorlage ebenfalls vorgebrachten Erwägungen des Mieterschutzes rechtfertigen. Die beschränkte Verhandlungsmacht, welche KMU als Mieter und Pächter gegenüber Vermietern und Verpächtern haben, besteht in gleicher Weise auch für KMU, die Eigentümer ihrer Geschäftsräume sind und mit ihren Kreditgebern über eine Zinsreduktion verhandeln müssen. Auch die Letzteren können angesichts ihrer lokalen Kundschaft nicht ohne weiteres auf andere Standorte ausweichen.

[59] Die Gesetzesvorlage *benachteiligt* nach dem Gesagten die ein KMU führenden Eigentümer von Geschäftsräumen gegenüber den Mietern und Pächtern, ohne dass die dafür vorgebrach-

⁵⁴ BGE 120 Ib 142, 144 f. E. 3b.

⁵⁵ BGE 125 I 431, 436 E. 4b/aa; vgl. BIAGGINI, BV-Kommentar (Fn. 26), Art. 94 Rz. 4.

⁵⁶ Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., 2020, Rz. 659; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss. Basel, 2011, Rz. 806 ff.

ten konjunkturpolitischen Gründe und Erwägungen des Mieterschutzes eine solche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen. Sie verschafft damit unter dem Deckmantel der Krisenbekämpfung und des Mieterschutzes jenen KMU im Wettbewerb einen Vorteil, die ihre Geschäftsräume gemietet oder gepachtet haben und erscheint deshalb als verpönte protektionistische Massnahme. Es trifft zwar zu, dass die daraus resultierenden Wettbewerbsverzerrungen angesichts der in Frage stehenden Beträge nicht sehr erheblich sind; vernachlässigbar sind sie aber auch nicht. Im Übrigen beginnt die Verfassungswidrigkeit nicht erst oberhalb eines bestimmten Frankenbetrags.⁵⁷

3.4.3. Ungleichbehandlung der ein grösseres Unternehmen führenden Mieter und Pächter

[60] Die Beschränkung der Hilfe auf KMU stützt sich auf deren besondere Verletzlichkeit bei unerwartetem Wegbrechen der Einnahmen und auf ihre oft schwächere Verhandlungsposition. Darin kann ein ausreichender sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung gegenüber den ein grösseres Unternehmen führenden Mietern und Pächtern erblickt werden. Die dadurch bewirkte Wettbewerbsverzerrung dürfte sich in Grenzen halten, da nur teilweise ein direktes Konkurrenzverhältnis vorliegt und sich die Unterstützung in eher bescheidenem Rahmen hält. Es liegt deshalb in diesem Punkt kein Verstoß gegen die Wettbewerbsneutralität vor.

3.4.4. Besserstellung der Gesundheitseinrichtungen

[61] Art. 6 der Gesetzesvorlage stellt die Gesundheitseinrichtungen besser als andere Betriebe, die offenbleiben durften, aber einzelne Bereiche schliessen mussten (z.B. Einkaufsläden, die Lebensmittel und Artikel des täglichen Bedarfs verkaufen durften, nicht aber das übrige Sortiment). Da Gesundheitseinrichtungen und andere von Betriebseinschränkungen betroffene Geschäfte nicht in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, bewirkt Art. 6 keine verpönte Wettbewerbsverzerrung.

3.5. Zulässigkeit der rückwirkenden Inkraftsetzung

[62] Art. 11 Abs. 2 der Gesetzesvorlage sieht ein rückwirkendes Inkrafttreten des geplanten Erlasses auf den 17. März 2020 vor, also auf den Zeitpunkt der Schliessung der öffentlich zugänglichen Geschäfte und eines Teils der Dienstleistungsbetriebe bzw. des Verbots nicht dringlicher Behandlungen in Gesundheitseinrichtungen. Das bedeutet, dass jene Mieter und Pächter, die den vollen Zins auch während der Schliessungs- bzw. Einschränkungszeit bezahlt haben, darauf nachträglich eine Ermässigung von 60 % erhalten.⁵⁸ Sie könnten diese mit künftig fälligen Miet- und Pachtzinsen verrechnen. Wenn sie zur Bezahlung der fraglichen Zinsen einen Überbrückungskredit beansprucht haben, erleichtert ihnen die Ermässigung, diesen zurückzuzahlen. Falls zwischen Mietern und Vermietern bzw. Pächtern und Verpächtern beim Inkrafttreten des geplanten Geset-

⁵⁷ Anders der Erläuternde Bericht (Fn. 7), S. 17. Dort wird von einer noch vertretbaren Typisierung gesprochen, aber übersehen, dass auch Typisierungen auf sachlichen Gründen beruhen müssen und hier solche fehlen.

⁵⁸ Das würde selbst für Betriebe gelten, die in der Zwischenzeit definitiv geschlossen haben und demzufolge keiner Unterstützung mehr bedürfen.

zes ein Verfahren hängig ist, wird das Gericht das neue Recht anzuwenden haben, nach Art. 11 Abs. 2 allerdings nur bis zum 31. Januar 2022.

[63] Die dargestellte Regelung unterwirft bereits abgeschlossene Sachverhalte (Miet- und Pachtzins während der Schliessungs- bzw. Einschränkungszeit) nachträglich einer neuen Regelung. Es handelt sich deshalb um eine *echte Rückwirkung*. Daran ändert nichts, dass Miete und Pacht Dauerschuldverhältnisse sind. Denn die von der Gesetzesvorlage erfassten Mietperioden sind keine Dauersachverhalte, die unter dem alten Recht begonnen haben und nach dem Inkrafttreten weiterbestehen. Echte Rückwirkungen sind verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie (1.) ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen sind oder sich klar daraus ergeben, (2.) zeitlich mässig sind, (3.) auf triftigen Gründen beruhen, (4.) keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken und (5.) nicht in wohlverworbene Rechte eingreifen.⁵⁹

[64] Die Gesetzesvorlage schafft eine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Rückwirkung. Die Letztere kann nach der bisherigen Rechtsprechung auch als zeitlich mässig beurteilt werden.⁶⁰ Hingegen stützt sie sich nicht auf triftige Gründe. Das Ziel der Gesetzesvorlage kann zwar nur mit einer rückwirkenden Regelung erreicht werden, da alle Betriebe in der Zwischenzeit wieder öffnen durften. Wie bereits aufgezeigt wurde, bedarf es zur Erreichung des Zwecks der Gesetzesvorlage aber nicht des rückwirkenden Eingriffs in vertragliche Ansprüche. Ausserdem bewirkt die Vorlage in doppelter Hinsicht stossende Rechtsungleichheiten. Die Gesetzesvorlage verstösst demzufolge auch gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot.

4. Pflicht des Staates zur Entschädigung der von der Schliessung bzw. Betriebseinschränkungen betroffenen Gewerbetreibenden

4.1. Grundsatz der Entschädigungspflicht

[65] Die Bundesverfassung verpflichtet in Art. 146 den Bund, für Schäden aufzukommen, die er *widerrechtlich* verursacht (sog. Staatshaftung im engeren Sinn). Demgegenüber besteht keine generelle verfassungsrechtliche Pflicht des Bundes, auch für Schäden Ersatz zu leisten, die er in *rechtmässiger* Ausübung seiner Befugnisse bewirkt. Die Bundesverfassung schreibt allerdings in einzelnen Fällen eine solche Ersatzpflicht vor. So sind Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen (sog. materielle Enteignungen), voll zu entschädigen (Art. 26 Abs. 2 BV). Die Rechtsprechung leitet zudem für gewisse besondere Konstellationen aus den Grundsätzen der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) eine Entschädigungspflicht ab. Überdies sieht die Gesetzgebung in manchen Fällen eine Entschädigung des vom Staat rechtmässig verursachten Schadens vor (häufig als Billigkeitshaftung bezeichnet), so insbesondere für Beschuldigte, die freigesprochen werden (Art. 429 der Schweizerischen Strafprozessordnung).⁶¹

[66] Das Epidemienengesetz kennt in Art. 63 ff. ebenfalls eine Ersatzpflicht des Bundes für rechtmässig verursachte Schäden. Sie beschränkt sich jedoch auf bestimmte Massnahmen, die gegen-

⁵⁹ BGE 138 I 189, 193 E. 3.4.

⁶⁰ Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1C_366/2016, in: ZBl 2017 611, 612 f. E. 3, wonach eine einjährige Rückwirkung in der Regel als zeitlich mässig gilt, hingegen nicht eine solche von 4 Jahren.

⁶¹ Vgl. im Einzelnen PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht. Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, 2018, S. 419 ff.

über einzelnen Personen angeordnet werden. Sie kommt nicht zum Zug, wenn – wie aufgrund der Corona-Pandemie – gesundheitspolizeiliche Massnahmen gegenüber der gesamten Bevölkerung verfügt werden.⁶² Auch für das ganze Land erlassene Einschränkungen vermögen jedoch einzelne Gruppen besonders schwer zu treffen, so dass es verfassungsrechtlich geboten sein kann, sie für das erbrachte Sonderopfer zu entschädigen.

[67] Eine solche Situation ist bei den von der Schliessung und den Einschränkungen bei Gesundheitseinrichtungen betroffenen Gewerbetreibenden grundsätzlich gegeben. Der Bund hat ihre Tätigkeit ganz oder in einem sehr weitgehenden Umfang unterbunden und ihnen so ihre Existenzgrundlage entzogen. Es ist verfassungsrechtlich geboten, dass der Bund ihnen für diesen besonders schweren Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit eine Entschädigung leistet, jedenfalls wenn die Massnahmen längere Zeit andauern. In der Schweiz hat der Bundesrat denn auch rasch ein Paket von Massnahmen zur allgemeinen Stützung der Wirtschaft, aber auch zugunsten besonders betroffener Gewerbe verabschiedet. In ähnlicher Weise wurden in vielen Ländern, die Geschäftsschliessungen und -einschränkungen anordneten, Hilfspakete beschlossen.

4.2. Ausgestaltung der Entschädigungspflicht

[68] In welcher Höhe und welcher Art eine Entschädigung zu leisten ist, ergibt sich nicht aus dem Verfassungsrecht. Doch sind bei der Ausgestaltung der Entschädigungen die Grundrechte und der Grundsatz der Rechtsgleichheit – insbesondere auch das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden – zu beachten. Massstab muss dabei das von einzelnen Gruppen erbrachte Sonderopfer sein. Es gilt, dieses (und nur dieses) in einer billigen Weise (also nicht unbedingt vollumfänglich) auszugleichen.

[69] Mit Blick auf die eingangs beschriebenen Massnahmen fallen bei der Ausgestaltung von Entschädigungen vor allem folgende Umstände in Betracht: Die eingetretenen Schäden sind nicht allein durch staatliche Massnahmen verursacht worden. Auch in Ländern, die wie Schweden auf Geschäftsschliessungen verzichteten, führte die Pandemie zu erheblichen finanziellen Einbussen der Gewerbetreibenden. Sie sind deshalb teilweise von diesen selber zu tragen. Umgekehrt sind die Schäden aber auch nicht allein pandemiebedingt, wie dies von den Behörden teilweise behauptet wird,⁶³ sondern in massgeblicher Weise durch die behördlichen Massnahmen mitverursacht worden. Das rechtfertigt zumindest einen gewissen Ersatz von erlittenen Einbussen. Dabei ist allerdings auch der Dauer der verhängten Massnahmen Rechnung zu tragen. Sie betrug hier lediglich zwei bis drei Monate und bewegte sich damit in einem eher bescheidenen Rahmen, so dass verfassungsrechtlich eine Entschädigungspflicht nur in besonders schweren Fällen geboten erscheint.⁶⁴

[70] Auch die Bestimmung der Adressaten der Hilfe hat sich am erbrachten Sonderopfer zu orientieren. Dessen Grösse ergibt sich namentlich aus der Art des Gewerbes (Möglichkeiten zur Anpassung des Geschäftsmodells an die Situation) oder aus saisonalen Gründen (Verderben von Wa-

⁶² Botschaft (Fn. 36), BBl 2010 311 ff., S. 410.

⁶³ So etwa in den Erläuterungen zur Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung) vom 14. April 2020, S. 2.

⁶⁴ Nach der Rechtsprechung zu den sog. Immissionsenteignungen begründen im Sinne einer Richtlinie erst Beeinträchtigungen, die ein halbes Jahr dauern, eine Entschädigungspflicht der erlittenen finanziellen Einbussen; vgl. BGE 145 II 282, 292 E. 4.6. Allerdings sind die Einbussen in diesen Fällen in der Regel deutlich geringer.

ren, die in einem bestimmten Zeitraum nicht abgesetzt werden können). Solche Gründe können die gezielte Unterstützung einzelner Gewerbe rechtfertigen.⁶⁵ Verfassungsrechtlich nicht haltbar ist es dagegen, die staatliche Hilfe nur einem Teil einer Gruppe von Gewerbetreibenden zu gewähren, die gesamthaft in gleicher Weise Sonderopfer zu erbringen hatte. Wie gezeigt, ist es unzulässig, wenn bloss jene KMU unterstützt werden, die ihre Geschäftsräume gemietet oder gepachtet haben, nicht aber jene, die Eigentümer der Lokalitäten sind (vgl. vorn Rz. 55 ff.). Im Bereich der Beschäftigungsverhältnisse hat der Bundesrat erkannt, dass die Hilfe nicht nur auf einzelne Gruppen in gleicher Weise betroffener Gewerbetreibender beschränkt bleiben darf. Er hat deshalb eine Unterstützung nicht nur Betrieben mit Angestellten (mittels Kurzarbeitsentschädigung) gewährt, sondern auch Selbständigerwerbenden.⁶⁶

5. Zusammenfassung

[71] Die Vernehmlassungsvorlage bezweckt, den ein KMU führenden Mietern und Pächtern, die durch die Geschäftsschliessung Einbussen erlitten haben, rasch finanzielle Unterstützung zu gewähren. Dies soll durch eine obligationenrechtliche Sonderregelung erfolgen, die den Miet- und Pachtzins für die Schliessungszeit pauschal auf 40 % herabsetzt. Ausserdem soll der Bund Vermietern und Verpächtern, die durch die Herabsetzung in eine wirtschaftliche Notlage geraten, eine Entschädigung leisten. Die Vorlage verknüpft Ziele der Krisenbewältigung und der Stützung der Konjunktur mit solchen des Mieterschutzes.

[72] Die vorgesehenen Regelungen erweisen sich in mehrfacher Hinsicht als *verfassungswidrig*: Sie greifen in unverhältnismässiger Weise in die Eigentumsgarantie ein, weil den Vermietern und Verpächtern und – soweit nach Obligationenrecht mehr als 60 %-ige Herabsetzungsansprüche bestehen – den Mietern und Pächtern vertragliche Ansprüche entzogen werden, obwohl es zur Erreichung der verfolgten Ziele eines solchen Eingriffs in die Rechte der Vertragsparteien nicht bedarf. Ausserdem verstösst die Vorlage gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, weil sie Mieter und Vermieter bzw. Pächter und Verpächter ungleich behandelt und zudem die ein KMU führenden Mieter und Pächter gegenüber den ein KMU führenden Eigentümern von Geschäftsräumen besser stellt. Für die vorgesehene rückwirkende Inkraftsetzung sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen ebenfalls nicht erfüllt.

[73] Soweit die Vernehmlassungsvorlage einen Ersatz für wirtschaftliche Einbussen aus den Schliessungen und Betriebseinschränkungen leisten will, ergänzt sie die Art. 63 ff. des *Epidemiengesetzes*, die nur bei bestimmten gegenüber einzelnen Personen angeordneten Massnahmen Anwendung finden. Es kann verfassungsrechtlich geboten sein, dass der Bund auch wirtschaftliche Einbussen entschädigt, die durch gegenüber der gesamten Bevölkerung verfügte Massnahmen hervorgerufen werden. Eine solche Ersatzpflicht besteht aber nur bei schweren – meist längerdauernden – Eingriffen. Die Ausrichtung von Entschädigungen muss den Grundsatz der Rechtsgleichheit und insbesondere der Wettbewerbsneutralität beachten.

[74] Die besondere Schwere des Eingriffs, die eine staatliche Entschädigungspflicht rechtfertigt, ist vor allem gegeben, wenn Gewerbetreibenden die Berufsausübung während längerer Zeit ver-

⁶⁵ Vgl. als Beispiel die Soforthilfen für Kulturschaffende gemäss Art. 4 ff. der Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor vom 20. März 2020 (SR 442.15).

⁶⁶ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 7), S. 8 f.

unmöglich oder stark eingeschränkt wird. Gleiches gilt, wenn sie die Schliessung besonders hart trifft, weil sie beispielweise verderbliche Waren nicht mehr absetzen können. Demgegenüber vermag die Pflicht zur Bezahlung des Miet- und Pachtzinses Gewerbetreibende nicht per se besonders schwer zu treffen. Der Miet- und Pachtzins ist deshalb *kein geeignetes Kriterium* zur Anknüpfung von Unterstützungsleistungen für pandemiebedingte Einbussen. Um wettbewerbsneutral zu sein, müsste die Hilfe von Kriterien abhängen, welche die besondere Betroffenheit aufgrund der Geschäftsschliessungen bzw. Betriebseinschränkungen in sachgerechter Weise widerspiegeln.

Dr. PETER KARLEN, Rechtsanwalt, ist Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte in Zürich; von 2001 bis 2019 war er Bundesrichter, zuletzt an der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung.

Dr. MARKUS RÜSSLI, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner in der gleichen Kanzlei. Zu seinen Schwerpunkten zählen das Staats- und Verwaltungsrecht.

Der Text beruht auf einem Rechtsgutachten, das die Autoren dem Hauseigentümerverband Zürich am 3. August 2020 erstattet haben.