

CAS Arbeit

zur Erlangung des

CAS Mediation Universität Freiburg CH

***Mediation, mediative und traditionelle Streitschlichtungsmechanismen
zur Bewältigung von Mietzinsstreitigkeiten infolge Coronakrise,
insbesondere zur Lösung von Mietzinsstreitigkeiten in der Gastronomie***

Friedliche Streitbeilegungsmechanismen im Würgegriff
der sozialistischen Diktatur der Politik

Name: Alexander Seiler

Adresse: Anwaltsbüro Seiler, Dorfstrasse 45, 8184 Bachenbülach
seilerimmobilienrecht.ch

Eingereicht bei: Dr. Otmar Schneider
Thomas Flucher

Abgabedatum: 31. Oktober 2020

*Mediation, mediative und traditionelle Streitschlichtungsmechanismen
zur Bewältigung von Mietzinsstreitigkeiten infolge Coronakrise,
insbesondere zur Lösung von Mietzinsstreitigkeiten in der Gastronomie
oder*

**Friedliche Streitbeilegungsmechanismen im Würgegriff
der sozialistischen Diktatur der Politik**

Vorwort

Diese Arbeit ist in Zeiten hoher Emotionalität während der Corona Pandemie entstanden. Die teilweise ausufernden Diskussionen um die Problematik von Geschäftsmieten, insbesondere auch in der gesamten Immobilienbranche, hat mich dazu bewogen, diese Arbeit auch als politisches Statement zu verfassen. Mein grosser Dank geht an die zahlreichen Personen, welche in Diskussionen zum vorliegenden Resultat beigetragen haben. Besonders erwähnen möchte ich Dr. Otmar Schneider, Verantwortlicher für die Themensetzung und den Inhalt des CAS Kurses und mein Mentor bei der Bewältigung dieser Aufgabe. Heftige Diskussionen habe ich auch mit zahlreichen Rechtsanwälten und Personen aus der Immobilienwirtschaft geführt. Mein grösster Dank aber geht an meine Partnerin, welche meine häufigen emotionalen Ausbrüche in der gesamten Angelegenheit aushalten musste und noch immer aushalten muss.

Es ist mir ein Anliegen, mit dieser Arbeit auf die grundlegende Problematik der politischen Meinungsbildung im Parlament hinzuweisen, welches in grösster Sturheit nicht auf den Ratschlag der sieben Weisen hören will. Es bleibt die Hoffnung, dass die Politik wieder auf den Pfad der Tugend zurückkehren wird. Der Verfasser verfügt aufgrund seiner Ausbildung, seines beruflichen Werdegangs, aber auch als Verpächter eines Restaurants und ehemaliger Geschäftsführer einer Bar über breite Kenntnisse im Bereich der Gastrovermietung. Er hat sich deshalb zum Ziel gesetzt, mit der vorliegenden Arbeit einen Impuls zur festgefahrenen Diskussion in Sachen Mietzinszahlungen während COVID-19 und zum Geschäftsmietegesetz zu leisten.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Literaturverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis	V
1 Einleitung.....	1
1.1 Ausgangslage.....	1
1.2 Streitgegenstand	2
1.3 Unterschiede zu normalen Zeiten	2
1.4 Ziele der Streiterledigung	3
1.5 Bestimmung der Mietzinsherabsetzung nach Billigkeit.....	3
2 Arten der Streiterledigung	4
2.1 Normalfall nach ZPO	4
2.2 Alternative Arten der Streiterledigung	5
2.2.1 Übersicht	5
2.2.2 Parteieneinigung durch Chefgespräch.....	5
2.2.3 Schiedsgericht	6
2.2.4 Mediation oder "Bedürfnisse statt Rechtsstandpunkte"	6
2.2.5 Kombination.....	7
3 Mediationsmodelle und mediationsähnliche Modelle	8
3.1 ZPO Mediation	8
3.2 Swiss mediation rules	9
3.3 VSS Norm	10
3.4 Fachgruppe Baumediation.....	11
3.5 Verein Bauschlichtung.ch	11
3.6 Zusammenfassung Streitschlichtungsarten	12
4 Anwendung auf Mietzinsstreitigkeiten aufgrund Coronapandemie	12

4.1	Allgemein	12
4.1.1	Unterschiede zu Normalfall rekapitulieren	12
4.1.2	Erste Erkenntnisse aus Streiterledigungen	14
4.1.3	Geschäftsmietegesetz	15
4.2	Spezialfall Gastronomie	16
4.2.1	Teilnutzung	16
4.2.2	Geeignete Beweismittel	17
4.2.3	Preisgünstige, rasche Lösung	17
4.2.4	Mediation oder Vergleichsgespräch.....	18
4.2.5	Optimierter Verfahrensablauf	19
4.3	Kaskadenartiges Verfahren in drei Phasen.....	20
4.4	Schlussfolgerung	21
5	Zusammenfassung/Fazit	21
6	Anhänge	23

LITERATURVERZEICHNIS

CARL B., aussergerichtliche Formen der Streitbehandlung im Bauvertragsrecht,
Zürich 2010.

DIEZ H./KRABBE H./ENGLER K., Werkstattbuch Mediation, 2.A, Köln 2019.

GEISER T./FOUNTOULKIS CH. (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Basel, 2018.

GIRSBERGER D./PETER J.T., Aussergerichtliche Konfliktlösung, Zürich 2019
(Girsberger/Peter).

HIRSCH L./IMHOOS CH. (éds.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Genève/Zurich 2018, (Hirsch/Imhoos).

KNAPP P. (Hrsg.), Konfliktlösungs-Tools, 6.A., Bonn 2019.

WIDMER LÜCHINGER C./OSER D. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Basel, 2020.

MIRIMANOFF J.A. (éd.), La résolution amiable des différends en suisse, Bern 2016.

PETER J.T., Gerichtsnahe Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO,
Bern 2011.

SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (Hrsg.), Basler Kommentar
Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage Basel, 2017.

STAEHELIN A./STAEHLIN D./GROLIMUND P., Zivilprozessrecht, 3.A.,
Zürich/Basel 2019.

VOGEL-ETIENNE U./LAUTENBACH-KOCH A., Mediation in a nutshell,
Zürich/St.Gallen 2014

Sowie weiterführende Literaturangaben:

Allgemein in Girsberger/Peter, S. XIXff.

Für die Romandie in Hirsch/Imhoos, S. 473ff.

WEITERE DOKUMENTEDokumente zu Mediationsverfahren:

Schweizerische Mediationsordnung des SCAI, Swiss Chambers' arbitration institution,
April 2007 (revidiert 2019)

UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International
Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018,
https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation.

ICC Mediation Rules, 2014, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>.

GESETZE UND MATERIALIEN

Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dez. 2008 (SR 272)

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

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006,
S. 7221ff.

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassung Covid-19 Geschäftsmietegesetz vom
Juni 2020, BWO-574.1-11/4/1/6

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ICC	International Chamber of Commerce
SCAI	Suisse Chambers Arbitration Institution
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
UNCITRAL	United Nations Commission on international trade law
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung

1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

Das Coronavirus ist ein Ende 2019 bis Januar 2020 weltweit erstmals identifiziertes Virus mit der Bezeichnung SARS-CoV-2. Das Virus kann zu starken Symptomen einer neuen Atemwegerkrankung COVID-19 führen und wurde zum Auslöser der COVID-19 Pandemie. Zurzeit gibt es noch keinen zugelassenen Impfstoff, noch sonst eine Immunität der Bevölkerung gegen das Virus. Die Entwicklung ist höchst ungewiss. Zum Zeitpunkt der Verfassung dieser Arbeit steht Europa mitten in der sogenannten zweiten Welle.

Mit dem Ausbruch der Coronakrise wurde neben den noch unabsehbaren gesundheitlichen Folgen eine plötzliche Korrektur der Entwicklung der Weltwirtschaft ausgelöst. Nach geradezu euphorischen Jahren an den Börsen und in den Immobilienmärkten droht nun eine schwere Rezession. Der damit einhergehende Rückgang der Zahlungsbereitschaft, aber auch der Zahlungsfähigkeit, führt zu erhöhten Spannungen zwischen Vertragsparteien, namentlich zwischen Mietern und Vermietern von Geschäftsräumen. Im Vordergrund steht in dieser Arbeit die Problematik der Höhe einer allfälligen Mietzinsreduktion während des sogenannten Lock-down im Frühling 2020 aber auch danach, also während der Zeiten, in welchen aufgrund des Verbreitungsausmasses und -risikos des Virus die Nutzbarkeit der gemieteten Geschäftsflächen ganz oder teilweise eingeschränkt ist.

In der vorliegenden Arbeit werden verschiedene Streitbeilegungsarten allgemein und insbesondere mit Fokus auf Mietzinszahlungsforderungen des Vermieters während der Corona-Pandemie beschrieben und auf ihre Eignung zur zielgerichteten Lösung der Problematik untersucht. Dabei soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob es ein optimales Verfahren bei Gastronomie-Geschäftsflächen gibt, welches es erlaubt, auch während eines Verfahrens ein möglichst unverkrampftes Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter aufrechtzuerhalten. Denn es scheint offensichtlich im Interesse beider Parteien des Mietvertrags zu sein, dass das Mietverhältnis trotz der Pandemie weitergeführt werden kann. In der Presse wird nämlich bereits die Frage aufgeworfen, ob ein Vermieter noch so ohne weiteres und unverzüglich einen Nachfolgemietler für die Gastrofläche finden würde. Nicht nur der in seiner Existenz bedrohte Mieter, sondern

auch der Vermieter hat deshalb ein Interesse daran, möglichst rasch eine Lösung für den Forderungsstreit aus Mietzinszahlung mit der Gegenpartei zu finden.

1.2 Streitgegenstand

Das privatrechtliche Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter ist aufgrund der erfolgten Einschränkungen von Nutzungsmöglichkeiten während der COVID-19 Pandemie in zwei Hinsichten zu einem Streitgegenstand geworden.

Einerseits ist zwischen Mietvertragsparteien Unklarheit entstanden, inwiefern der Mieter für sein Mietobjekt noch einen Mietzins zahlen muss, wenn er das Mietobjekt aufgrund behördlicher Anordnungen nicht mehr oder nur noch teilweise nutzen kann. Im Vordergrund steht hier die Frage, ob durch die behördliche Anordnung ein Mangel am Mietobjekt entstanden ist, der zu einer Mietzinsherabsetzung berechtigt oder ob der Mietzins aufgrund veränderter Umstände neu festzulegen ist.

Auf politischer Ebene schlägt die Problematik andererseits aber auch grössere Wellen, weil die Politik daran ist, einen sehr weit gehenden Eingriff in die Privatautonomie der Mietparteien vorzunehmen. Können sich die Mietparteien nämlich nicht einigen, steht ihnen heute der normale Weg über das Zivilprozessrecht zu Verfügung. Es gibt nun allerdings Bestrebungen im Parlament, entgegen den Empfehlungen des Bundesrates, einen staatlichen Eingriff vorzunehmen und dabei hoheitlich eine allgemeine Regel für alle betroffenen Mietparteien festzulegen, welche sich nicht bereits geeinigt haben. Dies scheint doch äusserst fragwürdig und dürfte durch die Verfassung auch nicht gedeckt sein, zumindest soweit eine Rückwirkung vorgesehen ist¹.

1.3 Unterschiede zu normalen Zeiten

Die Problematik der Mietzinszahlungen während den behördlich erfolgten, allgemeinen Betriebsschliessungen von Restaurants oder Bars unterscheidet sich erheblich von den üblichen Herabsetzungen von Mietzinsen beim Vorliegen von Mängeln. Im Normalfall kann der Mieter das Mietobjekt nicht gebrauchen, weil der Vermieter tatsächlich ein Mietobjekt mit Sachmängeln zur Verfügung stellt. Im vorliegenden Fall betrifft der Mangel jedoch nicht die eigentliche Eignung für die Nutzung, sondern das Mietobjekt konnte nicht genutzt werden, weil die Nutzung für alle Gastronomiebetriebe verboten wurde oder nur eingeschränkt erlaubt ist. Die vorliegend zu betrachtende Situation weicht

¹ Siehe dazu Peter Karlen/Markus Rüssli, Covid-19 Geschäftsmietgesetz, in: Jusletter 12. Oktober 2020.

deshalb auch von den Fällen ab, bei welchen ohne Verschulden des Vermieters ein Mangel vorliegt, wie zum Beispiel bei Lärmemissionen von Nachbarn. Anders als in solchen Fällen liegt keine individuell konkrete Situation vor, sondern eine generell abstrakte. Es ist deshalb in erhöhtem Masse so, dass in diesen COVID-19 Mietzinsfällen die beiden Mietparteien grundsätzlich am gleichen Strick ziehen. Beide werden von den Anordnungen des Bundesrates getroffen. Man kann deshalb auch davon ausgehen, dass beide Parteien ein besonders grosses Interesse an einer einvernehmlichen Lösung haben.

1.4 Ziele der Streiterledigung

Eine staatlich geregelte Streiterledigung verfolgt Ziele aus zwei Hauptperspektiven. Einerseits aus der Sicht der einzelnen Parteien. Dazu zählen die Wahrung der eigenen Interessen und das rechtsstaatliche Durchsetzen des Individualrechts. Dies soll zu tiefen Kosten, in möglichst kurzer Zeit und auch so einfach wie möglich erfolgen können.

Auch die Allgemeinheit verfolgt Ziele mit der Streiterledigung respektive der zu Verfügungstellung von Streiterledigungsmechanismen. Dabei geht es in erster Linie um die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung und das Vertrauen in den Rechtsstaat, die Gewährleistung von Gerechtigkeit, die Ermöglichung der Durchsetzung von marktwirtschaftlich aber auch sozialpolitisch motivierten Grundsätzen und damit der Erhaltung des sozialen Friedens. Im öffentlichen Recht steht zusätzlich auch der Schutz vor Willkür und die Gewährleistung der Gleichbehandlung im Vordergrund.

1.5 Bestimmung der Mietzinsherabsetzung nach Billigkeit

Die Mietzinsherabsetzung nach Art. 257d OR ist im Sinne einer relativen Berechnung als das Ausmass der Minderung des Mietzinses aufgrund der Mangelhaftigkeit des Mietobjektes zu bestimmen. Der Mangel liegt aus Sicht der mieterseitigen Interessenvertreter in den hier betrachteten Fällen in der reduzierten oder gar fehlenden Nutzbarkeit des Mietobjekts.

Die Schwierigkeit der Bestimmung der „richtigen“ Mietzinsherabsetzung liegt in der Problematik der Restnutzbarkeit der Mietflächen. Dabei ist auf Art und Beschaffenheit des Mietobjektes als auch auf den Vertragsinhalt, insbesondere den Verwendungszweck, abzustellen.

Eine Beurteilung der Situation wird in vielen Fällen der Gastronomie eine Beurteilung vor Ort, einen sogenannten Augenschein, voraussetzen. Ohne Besichtigung nicht einfach

zu beurteilen sein dürften insbesondere die Möglichkeit einer vertragskonformen Nutzung ohne Gäste, d.h. etwa die Nutzung als Take-Away, aber auch eine eingeschränkte Nutzung mit kleinerer Gästezahl als üblich.

Die gesetzliche Bestimmung von Art. 259d OR in Verbindung mit Art. 259a OR gewährt unter gewissen Voraussetzungen eine verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses. Die Bestimmung der Herabsetzung wird in der Regel unter Ausübung des richterlichen Ermessens erfolgen. Der Richter wird deshalb in Anwendung von Art. 4 ZGB² eine Entscheidung nach Billigkeit treffen können³. (Dazu auch BGE 130 III 504 E. 4.1).

Exkurs Billigkeit:

Die Billigkeit entstammt dem römischen Recht als *aequitas*, welches sich nicht nur im kontinentaleuropäischen Recht, sondern auch im angelsächsischen Recht als *equity law* (im Gegensatz zum *statutory law*) wiederfindet. Art. 4 ZGB bezweckt eine objektiv angemessene Entscheidung des Einzelfalls aufgrund der Würdigung der individuellen und konkreten Interessenlage. Dabei soll der Richter jedoch noch objektiven Kriterien urteilen und sich nicht von seinen persönlichen Gefühlen leiten lassen. Auf diese Weise soll eine punktuelle Verwirklichung materieller Gerechtigkeit im Rahmen der Rechtsanwendung im Einzelfall erreicht werden.⁴

2 Arten der Streiterledigung

2.1 Normalfall nach ZPO

Für Streitigkeiten in Mietsachen gilt grundsätzlich die ZPO. Vermieter oder Mieter haben zuerst die Schlichtungsbehörde in Mietsachen um Streitschlichtung zu ersuchen. Erst wenn die Schlichtung scheitert und die Partei, welcher von der Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung ausgestellt wurde, den Richter anruft, kommt es zu einem eigentlichen Gerichtsverfahren. Die Schlichtungsbehörde in Mietsachen arbeitet für die Parteien kostenlos und ist in den meisten Fällen erfolgreich, so dass sich ein Gang vor den Richter erübrigt. Leider zeigt sich immer wieder, dass das Involvieren von Anwälten im Stadium

² Dieser Artikel ist Teil der "10 Gebote der Schweizer Gesetzgebung", seit der Aufhebung von Art. 10 (Formvorschriften für Beweise) durch die ZPO auf neun reduziert. Ihr Verfasser Eugen Huber, einer der herausragendsten Juristen, welche die Schweiz je hatte, nahm vor über 100 Jahren diese allgemein gültigen Rechtssätze im ZGB auf.

³ Weber, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 259d OR.

⁴ Honsell, Basler Kommentar, N 1ff. zu Art. 4 ZGB.

der Schlichtungsbehörde eher nachteilig ist im Hinblick auf eine Einigung der Parteien⁵. Die ZPO berücksichtigt diese Erkenntnis immerhin dadurch, dass das persönliche Erscheinen der involvierten Parteien in der Regel zwingend ist.

Die Mietparteien sind in der Regel gut beraten, einen Prozess vor Mietgericht zu vermeiden. Kosten, Zeitaufwand und emotionale Belastung durch einen Prozess rechtfertigen in den wenigsten Mietrechtsfällen ein Gerichtsverfahren. Prozessieren ist derart komplex geworden, dass sogar auch im vereinfachten Verfahren, welches eigentlich eine rasche, einigermaßen günstige und anwaltslose Erledigung ermöglichen sollte, eine anwaltliche Vertretung empfohlen werden muss.

2.2 Alternative Arten der Streiterledigung

2.2.1 Übersicht

Tabelle 1 im Anhang zeigt eine Übersicht der Streiterledigungsarten. Die Spalten «Paritätische Schlichtungsbehörde» und «Prozess nach ZPO vor Gericht» sind die beiden Eskalierungsstufen, welche vorstehend in Ziffer 2.1 als Normalfall beschrieben wurden. Daneben zeigt die Tabelle die Parteieinigung durch Chefgespräch, das Schiedsgerichtsverfahren, die Mediation und das Dreiphasenmodell Arb/Med/Arb. Die Tabelle weist für verschiedene Kriterien Vor- und Nachteile der jeweiligen Streiterledigungsart aus. Sie ist weitgehend selbsterklärend, so dass an dieser Stelle auf eine weitergehende Erläuterung verzichtet werden kann. Der Beschrieb der Streiterledigungsarten findet sich in den nachfolgenden Unterkapiteln sowie in der Zusammenfassung der Streitschlichtungsarten in Kapitel 3.6.

2.2.2 Parteeinigung durch Chefgespräch

Die Terminologie des Chefgesprächs stammt aus der VSS Norm 41 510. Damit ist der auf höchster Stufe geführte Dialog im Hinblick auf eine Einigung gemeint. Es handelt sich dabei nicht um eine eigentliche Alternative zum ordentlichen Gerichtsverfahren, sondern um eine empfehlenswerte Vorstufe. Das Chefgespräch soll nach dem Geist der VSS Norm vor der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens bei der Schlichtungsstelle

⁵ Das hat möglicherweise damit zu tun, dass es einfacher ist, eine Einigung zu finden, wenn lediglich eine rechtliche Beurteilung durch die Schlichtungsbehörde vorliegt und nicht drei verschiedene Rechtsmeinungen. Um keine willkürliche rechtliche Beurteilung zu erhalten, ist es für die Schlichtungsbehörde zwingend erforderlich, dass in Rechtsfragen sattelfeste Personen in dieser Behörde sitzen. Dies bezieht sich nach Meinung von Mietrechtsspezialisten insbesondere auch auf die Vertreter von Vermieter- und Mieterseite. Anders hingegen ist es für die Gerichtsinstanz (Mietgericht) mindestens so wichtig, dass diese Vertreter Praxiserfahrung aus der Vermietung aufweisen.

stattfinden. Mit diesem Gespräch soll verhindert werden, dass die direkt am Verfahren beteiligten Vertreter der Parteien mit Streitigkeiten voreilig an die Schlichtungsstelle gelangen. Auch wenn die Parteien sich im Chefgespräch nicht abschliessend einigen können, dürfte es zielführend sein, wenn die Chefs sich darüber verständigen würden, ob nicht eine alternative Streiterledigungsart vereinbart werden soll und wie die Kosten getragen werden sollen.

2.2.3 Schiedsgericht

Als Alternative zum ordentlichen Prozess steht den Parteien die Möglichkeit einer schiedsgerichtlichen Streiterledigung zur Verfügung. Voraussetzung für die Einsetzung eines Schiedsgerichts ist eine Vereinbarung zwischen den Parteien. Bei einem Schiedsgericht wird es für die Parteien möglich, Einfluss auf die Auswahl der Richter zu nehmen. Damit soll gewährleistet werden, dass Personen mit erforderlichem Spezialknowhow als Richter amten. Die Einsetzung eines Schiedsgerichts rechtfertigt sich insbesondere bei hochkomplexen Sachverhalten oder wenn die Parteien ein erhöhtes Interesse an einer nicht öffentlichen Behandlung ihres Falles haben. Mediale Aufmerksamkeit, eine moderne Art des mittelalterlichen Prangers, ist für grosse Unternehmen aufgrund möglicher Reputationsschäden vielfach unerwünscht und muss, völlig zurecht, verhindert werden können.

2.2.4 Mediation oder "Bedürfnisse statt Rechtsstandpunkte"

Die Parteien können sich jederzeit darauf einigen, den Disput in einer Mediation zu behandeln. Vereinfacht gesagt, werden bei der Mediation die Bedürfnisse der Parteien in den Vordergrund gestellt und nicht die Rechtsstandpunkte oder Positionen⁶. Die Einsetzung eines Mediators rechtfertigt sich insbesondere in Fällen, wo nicht nur rein rechtliche Standpunkte vertreten werden sollen, sondern aus emotionalen Gründen oder weil die Parteien ein erhöhtes Interesse haben, weiterhin friedlich mit einander verkehren zu können, verstärkt auf die jeweiligen Bedürfnisse der Parteien eingegangen werden soll. Für eine Übersicht von üblichen Mediationsmodellen siehe Kap. 3.

⁶ Für eine rasche Übersicht zu den Grundzügen der Mediation sei hier auf die Werke von Vogel-Etienne/Lauterbach-Koch, Mediation in a nutshell; Peter, Gerichtsnahe Mediation; Diez/Krabbe/Engler, Werkstattbuch Mediation, verwiesen.

2.2.5 Kombination

Als weitere Alternative zum ordentlichen Prozess sind allerlei Kombinationen von Modellen denkbar. In Betracht kommen insbesondere Kombinationen von Mediation (Med) und Gericht (Arb), wie Med/Arb, Arb/Med oder gar Arb/Med/Arb⁷. Zu favorisieren wäre aus hier vertretener Sicht eine auf wesentliche Rechtsfragen reduzierte erste Rechtsbeurteilung, dann eine Mediation und schliesslich ein Gerichtsverfahren, sofern die Mediation nicht erfolgreich ist. Dies entspricht im Wesentlichen dem im Kapitel 4.3 beschriebenen Dreiphasenmodell, welches auch der Darstellung im Flussdiagramm 2 im Anhang zugrunde liegt.

⁷ Girsberger/Peter, Aussergerichtliche Konfliktlösung, S. 258.

3 Mediationsmodelle und mediationsähnliche Modelle

3.1 ZPO Mediation

Mit Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung fand die Mediation als eigenständige Streiterledigungsart gesamtschweizerisch Aufnahme im Gesetz. Die ZPO regelt das Verhältnis zwischen Mediation und dem prozessualen Verfahren und bestimmt, wann anstelle eines amtlichen Schlichtungsverfahrens oder während eines Gerichtsverfahrens eine Mediation durchgeführt werden kann. Eine Mediation kann grundsätzlich jederzeit von den Parteien gemeinsam beantragt werden. Die Aussagen der Parteien dürfen im anschliessenden Gerichtsverfahren nicht verwendet werden. Der Mediator hat als Auskunftsperson in einem Gerichtsverfahren ein beschränktes Aussageverweigerungsrecht. Entbinden die Medianten einen Mediator ausdrücklich von der Schweigepflicht und belastet er sich nicht selber, trifft ihn eine Aussagepflicht⁸. Die Vereinbarung, welche aufgrund eines Mediationsvergleichs zu Stande kommt, können die Parteien auch gemeinsam gerichtlich genehmigen lassen, Homologierung genannt. Die genehmigte Vereinbarung hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Eine Möglichkeit, eine Partei zu einem Mediationsverfahren zu zwingen, besteht grundsätzlich nicht, mit Ausnahme einer speziellen Bestimmung im Scheidungsrecht, welche das Kindeswohl betrifft und einer Quasipflicht gleichkommt⁹.

Mit den geltenden zivilprozessualen Bestimmungen wird die Mediation allerdings nur im Rahmen eines bereits eingeleiteten Verfahrens vor Schlichtungsbehörde respektive Gericht geregelt. Soll die aussergerichtliche Streitbeilegung durch Mediation grundsätzlich gefördert werden, so müssten weitere Anreize geschaffen werden oder die Aufgaben der Schlichtungsbehörden in dieser Hinsicht etwas ausgedehnt werden. Wesentliche Voraussetzung wäre dann aber, dass für kleinere Fälle eine kostenlose Mediation möglich wäre, was einen höheren Zeitaufwand für die Schlichtungsbehörde resp. den Mediator und damit auch höhere Kosten für den Staat nach sich ziehen würde.

In der Praxis werden in Zivilprozessen regelmässig Vergleichsverhandlungen durchgeführt. Diese können entweder bereits durch die Schlichtungsbehörde wie im

⁸ Carl, Aussergerichtliche Formen der Streitbeilegung im Bauvertragsrecht, S. 302f.

⁹ Art. 297 Abs. 2 ZPO: *Das Gericht kann die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern.* Gemäss Michel/Steck, Basler Kommentar, N 19 zu Art. 297 ZPO, kann eine verpflichtende Anordnung nur, aber immerhin, als Kindesschutzmassnahme gestützt auf Art. 307 ZGB verpflichtend angeordnet werden.

Mietrecht, durch den Friedensrichter, oder nach einer ersten rechtlichen Beurteilung des Falles durch den Richter im Rahmen des Klageverfahrens durchgeführt werden. Auch wenn solche Vergleichsverhandlungen nicht einem systematischen Verfahrensablauf wie bei einer Mediation nachgebildet werden, wird immerhin – durch möglichst geschickte Befragung der Parteien - eine Art mediatives Handeln der Behörde angewendet und damit im Rahmen solcher Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien oft eine gütliche Einigung erzielt. In diesem Sinne betätigt sich eine Schlichtungsbehörde oder ein Richter auch als Mediator.

Eine solche Einigung hat insbesondere zwei wesentliche Vorteile. Erstens können für den Staat Kosten eingespart werden, weil sich lange Gerichtsverfahren erübrigen. Zweitens können die Parteien eine Einigung erzielen, was Kosten, Zeit und sonstige Belastungen reduziert. Das Vergleichsresultat kann vom tatsächlichen Entscheid des Gerichts abweichen, welcher zu erwarten wäre und somit auf die individuellen Bedürfnisse der Parteien besser Rücksicht nehmen und gleichzeitig weitere Punkte regeln, die nicht Teil der ursprünglichen Rechtsbegehren waren. Dies ist vor allem dann von grosser Bedeutung, wenn die Parteien auch in Zukunft wieder miteinander geschäftlich verkehren möchten.

Wie eine Mediation statt zu finden hat, welche von der ZPO erfasst wird, regelt die Zivilprozessordnung indessen nicht.

3.2 Swiss mediation rules

Die Suisse Chambers Arbitration Institution, ein Verein der Schweizer Handelskammern für Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation, hat im Jahre 2019 die überarbeitete schweizerische Mediationsordnung in Kraft gesetzt¹⁰. Diese Mediationsordnung ist eine Verfahrensordnung für Mediationen. Gemäss ihrer Einführung fördert der Mediator den Austausch von Informationen und Standpunkten zwischen den Parteien und ermutigt sie, nach Lösungen zu suchen, die ihren Bedürfnissen und Interessen entsprechen. Dabei teilt der Mediator seine eigene Meinung den Parteien nicht mit und macht auch keine Lösungsvorschläge, ausser auf entsprechendes Ersuchen der Parteien. Die Benennung des Mediators wird in Fällen, in denen der Streitwert unter CHF 50'000 liegt, nach einem vereinfachten Benennungsverfahren durchgeführt. Vorbehalten eines Widerspruchs

¹⁰ Abrufbar auf <https://www.swissarbitration.org/Mediation-3/Mediationsordnung> (zuletzt besucht am 31.10.2020)

durch die Parteien, kann unter dem vereinfachten Benennungsverfahren das Sekretariat einen Mediator festlegen, welcher den von den Parteien mitgeteilten Präferenzen oder gewünschten Qualifikationen entspricht und zwar ohne den Parteien eine Liste mit Mediatoren zu unterbreiten. Grundsätzlich wird das Mediationsverfahren so durchgeführt, wie es mit den Parteien vereinbart wurde. Mangels einer solchen Vereinbarung führt der Mediator das Verfahren so durch, wie er es für angebracht hält. Er hat jedoch Informationen, die an Einzelsitzungen ausgetauscht werden, gegenüber der anderen Partei streng vertraulich zu behandeln. Die Mediationsordnung hält ausdrücklich auch fest, dass in allen Schiedsverfahren, die bei der SCAI anhängig sind, eine Partei oder ein Schiedsrichter vorschlagen kann, dass die Parteien versuchen sollten, den Konflikt ganz oder teilweise mittels einer Mediation gütlich beizulegen. Dies entspricht einem sogenannten Arb-Med Verfahrensablauf. Die Parteien einer Mediation können ausserdem jederzeit auch schriftlich vereinbaren, ihren Streitfall zur Regelung durch ein Schiedsverfahren der SCAI zu übertragen. Dies entspricht einem sogenannten Med-Arb Modell.

3.3 VSS Norm

Der schweizerische Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute VSS hat mit der VSS Norm 41 510 ein Differenzbereinigungs- und Streiterledigungsverfahren geschaffen. Dieses Verfahren besteht auf drei Phasen. Die Norm selbst enthält ein zweistufiges Vorgehen zur Streiterledigung. Daran anschliessen kann als dritte Phase ein Schiedsgerichtsverfahren nach SIA Norm 150 oder ein Verfahren vor ordentlichem Gericht. Das VSS Verfahren enthält die Parteien-Einigung (Phase 1) und die Parteien-Schlichtung (Phase 2). Die Phase 1 besteht aus der Anzeige einer Beanstandung, einer ersten Stellungnahme der Gegenpartei, der Nachweiserbringung sowie einer ersten und zweiten Differenzbereinigung. Am Schluss steht ein Chefgespräch. Das entscheidende Charakteristika der Phase 2 ist die Möglichkeit eines sofortigen Einsatzes von anerkannten, mit der Materie vertrauten, professionellen, aber neutralen Fachleuten zur Klärung strittiger Punkte als Schlichtungsstelle. Als Besonderheit sieht die VSS 41 510 vor, dass die Schlichtungsstelle bereits nach Vertragsunterzeichnung zur Projektbegleitung eingesetzt werden kann. Die Norm hält fest, dass der Vorsitz der Schlichtungsstelle durch einen in Baufragen erfahrenen Juristen oder eine Baufachperson mit umfassenden baurechtlichen Kenntnissen und Erfahrungen ausgeübt werden soll, während die beiden weiteren Mitgliedern möglichst als technisch oder kaufmännisch

geschulte Personen mit grosser Erfahrung in der entsprechenden Bausparte nominiert werden sollen.

Gegenüber dem Zivilprozess erwähnt die Norm drei wesentliche Vorteile: beibehalten der Prozesshoheit durch die Parteien, verhältnismässig geringe Kosten, kurze Verfahrensdauer. Gemäss Norm nimmt die Schlichtungsstelle fallweise an einschlägigen Besprechungen der Parteien teil und/oder besucht die Baustelle in regelmässigen Abständen oder anlässlich der Ausführung entscheidende Bauvorgänge und trifft sich mit Vertretern der Parteien. Die Schlichtungsstelle hat also insbesondere auch präventiv wirkende Aufgaben. Die Bildung einer Schlichtungsstelle macht also insbesondere in Fällen Sinn, in welchen ohnehin mit einer grösseren Anzahl von Mängelstreitigkeiten während der Bauzeit zu rechnen ist. Anders als im Zivilprozess tragen die Honorare und Auslagen der Schlichtungsstelle die beiden Parteien zu gleichen Teilen. Entscheiden kann die Schlichtungsstelle nur, wenn dies explizit vereinbart wurde. Ansonsten hat bei Nichteinigung der Parteien an die Phase 2 ein Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren anzuschliessen.

3.4 Fachgruppe Baumediation

Die Fachgruppe Baumediation ist eine Mitgliedsorganisation des schweizerischen Dachverband Mediation (DM). Die Fachgruppe ist als Verein organisiert. Die Mitglieder sind Personen mit engem Bezug zum Bauen oder zur Immobilienbranche. Sie behandeln Konflikte in der Planungs-, Bau- und Immobilienbranche und unterstützen in den wesentlichen Bereichen wie Erwerb, Planung und Bau, Sachenrecht, Denkmalpflege, Verkehr mit Behörden. Allgemeine Verfahrensregeln werden jedoch nicht vorgegeben¹¹.

3.5 Verein Bauschlichtung.ch

Der Verein für Streitschlichtung im Bauwesen hat sich aus unabhängigen Juristen und Baufachleuten gebildet¹². Die Unterstützung beschränkt sich auf die Schlichtung von Vergütungsfragen und Fragen zur Bauzeit. Der Verein strebt insbesondere auch an, während der Bauphase rasch Hilfeleistung bei Streitigkeiten anbieten zu können. Dadurch werden Bauleiter und Bauführer entlastet und können sich ihrer eigentlichen Aufgabe, der Erstellung eines qualitätskonformen Bauwerks unter zeitgerechter Realisierung, widmen. Die Zusammensetzung der Schlichtungsstelle erfolgt aufgrund von Dimension

¹¹ Siehe www.baumediation-sdm.ch

¹² Siehe www.bauschlichtung.ch

und Komplexität des Bauprojekts. Möglich sind Modelle Solo, Duo oder Trio. In der Regel ist der Einzelschiedsrichter respektive der Vorsitzende ein Jurist.¹³

3.6 Zusammenfassung Streitschlichtungsarten

In der Tab. 1 im Anhang findet sich eine Übersicht der in Kapitel 2 und 3 erläuterten Streiterledigungsarten. Diese Streiterledigungsarten unterscheiden sich insbesondere darin, ob beide Parteien freiwillig oder nur unter Zwang teilnehmen. Neben Dauer und Kosten scheint es gerade für die hier speziell behandelten Fälle in der Gastronomie wesentlich, dass die Parteien in ihrer Summe eine möglichst hohe Zufriedenheit durch die Streiterledigung erhalten. Dies ist besonders deshalb wesentlich, weil in dieser speziellen Situation beide Parteien ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Miet- oder Pachtvertrags haben. Dies kann nach der hier vertretenen Auffassung in besonderem Masse in Streiterledigungen erreicht werden, bei welchen ein höheres Mass an Billigkeit bei der Resultatfindung möglich ist. Eine staatliche Pauschalregelung, wie in der Politik von Interessenvertretern teilweise formuliert, ist deshalb als ungünstig zu bewerten. Allerdings wäre denkbar, dass das Verfahren in einer Kombination Arb/Med/Arb¹⁴ erfolgen könnte. Das Drei-Phasenmodell könnte aus Sicht der Parteien ermöglichen, dass ein Schiedsrichter vor einer Mediation die massgeblichen Rechtsfragen erläutert, so dass die Parteien mit gleich langen Spiessen in eine Mediation eintreten können. Der Verfasser geht aufgrund gemachter Erfahrungen davon aus, dass die Parteien ohne fachkompetente Erläuterungen zu möglichen Rechtsfragen vielfach keine verbindlichen Einigungsversuche starten wollen.

4 Anwendung auf Mietzinsstreitigkeiten aufgrund Coronapandemie

4.1 Allgemein

4.1.1 Unterschiede zu Normalfall rekapitulieren

Anders als bei den üblichen Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter handelt es sich bei der Problematik der Corona Krise um eine von den Parteien nicht vorausgesehene und sogar unvorhersehbare Einwirkung von aussen. Diese Einwirkung ist von den Parteien nicht wirklich beherrschbar. Ausserdem werden Massnahmen gegen die Ausbreitung des

¹³ Für Scheidungs und Trennungsfragen wird auf den Verein clp Schweiz hingewiesen, dessen Mitglieder collaborative law anbieten. Siehe dazu auf <https://www.clp.ch/de/Fachpersonen-Verein/Verein.19.html> (letztmals besucht 31. Oktober 2020).

¹⁴ Girsberger/Peter, Aussergerichtliche Konfliktlösung, S. 258.

Virus und damit auch der Umfang der Nutzungsmöglichkeiten des Mietobjekts, wesentlich, wenn nicht gar hauptsächlich, von der Politik bestimmt.

Durch die im Moment schwierige Marktsituation ist nicht klar, wie der Gastrobereich in nächster Zeit weiterlaufen wird. Es besteht, anders als bei anderen Mietverhältnissen, eine sehr hohe gegenseitige Abhängigkeit von Vermieter und Mieter, da die Persönlichkeit des Gastronomen eine unabdingbare Voraussetzung für den Geschäftserfolg des Mieters ist. Das normalerweise anzutreffende Ungleichgewicht zwischen Vermieter und Mieter scheint deshalb nicht von vornherein vorhanden zu sein. Während die Mieter natürlich unter der Krise enorm leiden und die Überlebensfähigkeit infrage gestellt ist, haben auch die Vermieter Schwierigkeiten mit Alternativen zu Gastrovermietung. Für ein Restaurant ohne weiteres einen neuen Mieter zu finden, dürfte ohnehin kurzfristig nicht sehr erfolgsversprechend sein. Während der Retailmarkt infolge Onlinehandel vermehrt schwächelt, leidet der Büromarkt unter dem Damoklesschwert des neu entdeckten Home-Office. Vor allem grössere Unternehmen werden zukünftig nochmals mit tieferen Büroplatzzahlen pro Mitarbeiter planen als vor der Krise und es wäre nicht erstaunlich, wenn in Zukunft Zahlen von 0.5 Büroplätzen pro Mitarbeiter realistisch würden.

Die Mietparteien haben deshalb beide ein grosses Interesse an der Fortsetzung des Mietverhältnisses. Es besteht beidseitig keine Absicht den Mietvertrag zu kündigen. Es besteht bei Beiden Druck eine Lösung zu finden, weshalb wohl in den meisten Fällen bereits eine Einigung zwischen den Mietparteien gefunden wurde. Dass die Politik zwingende Regeln für nicht gelöste Fälle ankündigt, ist der Einigung von Parteien aber sicher nicht dienlich. Solche Regeln könnten entgegen den Erwartungen der Mieterverbände möglicherweise auch nicht im Interesse der Mieter sein. Es ist nämlich nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb der schlecht situierte Mieter nach wie vor 40 % der Miete zahlen soll, wenn er gar keinen Laden respektive gar kein Restaurant geöffnet haben konnte. Leitentscheide höherer Gerichte zu dieser Frage liegen zurzeit jedoch noch keine vor.

Gegenüber den üblichen Fällen besteht nach der hier vertretenen Ansicht bei Diskussionen um Mietzinsen während des Corona Lockdown ein höheres Interesse beider Parteien eine friedliche Streitbeilegung zu erzielen.

4.1.2 Erste Erkenntnisse aus Streiterledigungen

Aufgrund der gesetzlich angeordneten Verlängerung der Gerichtsferien von März bis Mai 2020 war für lange Zeit nicht mit einem rechtskräftigen Entscheid einer Schweizer Gerichtsstanz zu rechnen. Aus diesem Grund war es nicht überraschend, dass bereits im März 2020 ein privates Schiedsgericht einen ersten Entscheid zur Problematik Mietzinsherabsetzungsbegehren infolge Betriebsschliessung aufgrund von COVID-19 fällte. Nicht auszuschliessen, dass es auch politische Bestrebungen gegeben hat, möglichst rasch einen solchen Entscheid vorweisen zu können. Das Schiedsgericht stellte fest, dass die behördliche Betriebsschliessung einen Mangel am Mietobjekt begründet. Aus diesem Grund war es dann auch klar, dass der Mieter eine Mietzinsherabsetzung gemäss Art. 259d OR verlangen konnte. Das Schiedsgericht hielt fest, dass aufgrund der COVID-19 Massnahmen die Führung eines Restaurationsbetriebes nicht mehr möglich gewesen sei. Im Sinne einer Eventualbegründung liege ausserdem eine gravierende Äquivalenzstörung vor, womit eine Vertragsanpassung als notwendig erachtet würde. Im vorliegenden Fall eines Geschäftsmietvertrags mit einer 15-jährigen Laufzeit konnte die Mieterin das Restaurant nur noch teilweise nutzen, nämlich durch den Betrieb eines Take-Away Service. Die Mieterin hatte bereits selbstständig ihre Schadenminderungspflicht erfüllt und einen solchen Service eingeführt. Das Schiedsgericht berechnete gesondert die Mietzinsherabsetzung für das Restaurant, die Küche, das Lager, die Nasszellen sowie das Büro und kam zum Schluss, dass eine Mietzinsherabsetzung von 60 % auf noch 40% angemessen sei.¹⁵

Mit diesem Entscheid verwirft das Schiedsgericht die von zahlreichen Vermietervertretern vorgebrachte Meinung, dass die behördlichen Massnahmen COVID-19 keinen Mangel darstellen würden und auch aus anderen Gründen keine Mietzinsanpassung möglich sei. Es ist nach Ansicht des Verfassers nicht damit zu rechnen, dass staatliche Gerichte eine markant vermieterefreundlichere Variante bevorzugen werden als das Schiedsgericht. Das Resultat ist durchaus einleuchtend, wenn man sich vergegenwärtigt, dass auch bei einer fehlenden Baubewilligung (Nutzungsbewilligung) der Vermieter das

¹⁵ Im Grunde genommen liegt wohl ein Fall der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR, wobei die ursprünglichen Leistungspflichten der Vertragsparteien erlöschen, aber der Situation entsprechend neue Leistungspflichten entstehen.

Risiko zu tragen hat, zumindest dann, wenn es nicht ausdrücklich auf den Mieter überwältzt wurde, er aber die Räumlichkeiten zu einem vereinbarten Zweck vermietete¹⁶.

4.1.3 Geschäftsmietegesetz

Entgegen dem Willen des Bundesrates hat das Parlament in zwei gleich lautenden Motionen in National- und Ständerat verlangt, dass ein Geschäftsmiete-Gesetz für die COVID-19 Problematik bei Geschäftsmieten ausgearbeitet werde. Das Geschäftsmiete-Gesetz soll Mietparteien erfassen, deren Geschäfte aufgrund der COVID-19 Verordnung 2 geschlossen wurden und Gesundheitseinrichtungen, welche ihren Betrieb reduzieren mussten. Gemäss Gesetzesentwurf soll für die Zeit der Schliessung eine Mietzinsreduktion auf 40 % vorgesehen werden. Die Regelung ist beschränkt auf Mietzinse von weniger als CHF 20'000 pro Monat. Für Mietzins zwischen CHF 15'000-20'000 steht den Mietparteien eine Opting-out Regelung zur Verfügung. Zu guter Letzt sieht der Entwurf auch noch eine Entschädigung für Vermieter vor, welche durch Mietzinsausfälle in eine erhebliche wirtschaftliche Notlage gelangt sind. Nicht geregelt ist jedoch, ob der Mietzins auch bei einer nur beschränkten Nutzung zu reduzieren ist, wie das im Gastrobereich aufgrund der Abstandsvorschriften nach wie vor erforderlich ist.

Während die mieterseitige Interessenpolitik hinter dem Gesetzesentwurf steht, stellt sich die Immobilienwirtschaft praktisch vollständig gegen solche Ideen. Eine liberale Grundeinstellung lasse sich mit diesem Gesetz nicht vereinbaren. Es sei klar Sache der Parteien eine Lösung zu finden. Konsequenterweise wird vermierterseitig dazu aufgefordert, Verhandlungen weiter zu führen und nicht auf eine Gesetzeslösung zu warten. Neuere Erhebungen der Immobilienwirtschaft zeigen, dass bereits in den meisten Fällen Einigungslösungen gefunden werden konnten.

Wie die definitive Lösung am Schluss aussieht ist noch unklar. Die abgelaufene Vernehmlassung hat gezeigt, dass sich an den unterschiedlichen Einschätzungen der massgebenden Player nichts geändert hat. Aufgrund der nach wie vor herrschenden Unsicherheit bezüglich der Auswirkungen der zurzeit laufenden zweiten Welle, kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein entsprechendes Gesetz auch noch auf Fälle in einer zweiten Welle ausgedehnt werden müsste. Immerhin wäre für diesen Fall wenigstens kein rückwirkender Eingriff in die parteiautonom abgeschlossenen privatrechtlichen Verträge

¹⁶ Higi/Wildisen, Zürcher Kommentar, N 49 zu Art. 258 OR.

mehr nötig. Der Nationalrat hat Ende Oktober 2020 hauchdünn Eintreten auf die Vorlage zum Geschäftsmietegesetz beschlossen. Der Ausgang im Parlament ist aber nach wie vor ungewiss.

4.2 Spezialfall Gastronomie

4.2.1 Teilnutzung

Während des Lockdowns waren die Restaurants vollständig zu schliessen. Seit Ablauf Lockdown haben die Restaurants nachweislich weiterhin Einschränkungen aufgrund der einzuhaltenden Abstandsvorschriften. Ein Verbot der Nutzung als Restaurant schliesst aber nicht aus, dass zumindest Teile der Geschäftsfläche weiterhin im Rahmen des Verwendungszwecks genutzt werden können. Zu denken ist in erster Linie an die Nutzung von Lagerflächen, aber auch von Küche zum Beispiel für die Bereitstellung von Take-Away Angeboten. Hat der Mieter bereits vor Lockdown auch Take-Away oder Heimlieferung gemacht, so wäre es naheliegend, diese Nutzung vom Mieter auch beim Schliessen des Restaurants verlangen zu können. Der Geschäftsraum ist also zumindest teilweise nutzbar gewesen. Unklar scheint die Situation dann, wenn der Mieter vorher weder Take-Away noch Heimlieferung gemacht hat. In diesem Fall wäre zu fragen, ob eine solche Nutzung im Rahmen der Schadenminderungspflicht des Mieters verlangt werden kann. Dies wäre durchaus denkbar, insbesondere dann, wenn man vom juristischen Konzept der *clausula rebus sic stantibus* ausgeht und sich fragen muss, was die Parteien abgemacht hätten, wenn sie einen Fall wie den vorliegenden geregelt hätten.

Wesentlich scheint, dass die Teilnutzungsbeurteilung von Fall zu Fall vorzunehmen ist. Es kann nicht sinnvoll sein, eine allgemein gültige Lösung für alle solchen Geschäftsmietverträge gesetzlich vorzuschreiben. Dabei ist es nicht so, dass einseitig eine Vermieter- oder eine Mieter-Bevorzugung stattfinden wird. Je nach Fall ist eine pauschale Regelung entweder für den Mieter ungerecht, weil er gar kein Geld verdienen konnte, oder für den Vermieter, weil er nur eine sehr reduzierte Rendite erhält oder sogar in finanzielle Nöte geraten könnte. Es ist deshalb der politischen Instanz dringend zu empfehlen, die angedachte Pauschallösung nochmals zu überdenken. Allenfalls wäre zu regeln, dass eine Zahlung von 40% für die Zeit des Lockdown genügt, damit nicht ein Zahlungsverzug nach Art. 257d OR eintritt.

4.2.2 Geeignete Beweismittel

Das Zivilprozessrecht sieht für Gericht wie auch Schlichtungsbehörde einen Strauss von möglichen Beweismitteln vor. Bei den hier betrachteten Gastronomiefächen handelt es sich vielmals um spezielle Flächen in älteren Gebäuden von Zentren. Für diese Flächen bestehen in nicht seltenen Fällen keine massgenauen Pläne. Es scheint deshalb schon aus diesem Grund für viele Fälle angezeigt, die Situation vor Ort anzuschauen. Im Rahmen der Begehung kann auch gleich eine persönliche Befragung der Parteien stattfinden.

Das Prozessrecht sieht die Möglichkeit des Augenscheins vor. Dieser dient der Sichtung der tatsächlichen Verhältnisse vor Ort. Es ist allerdings nach Aussage von Gerichtspraktikern so, dass die Schlichtungsbehörden in Mietsachen sich regelmässig weigern, bei Mietzinsherabsetzungsfällen die Problematik vor Ort anzusehen, sondern lieber aus den Akten entscheiden. Eine solche Vorgehensweise ist bei den COVID-19 Fällen abzulehnen.

Der Verfasser dieser Schrift hat aufgrund seiner Berufstätigkeit in anderem Zusammenhang gute Erfahrungen mit der Durchführung von Augenscheinen gemacht. Gerade für die Beurteilung von Teilnutzungsmöglichkeiten und wirtschaftlicher Zweckmässigkeit solcher Nutzungen zur Erfüllung einer Schadenminderungspflicht, dürfte aus Sicht des Verfassers ein Augenschein meistens unabdingbar sein, damit sich die beurteilende Instanz auch ein genügendes Bild der Situation machen kann. Es ist auch verständlich, dass die Parteien selbst einen solchen Augenschein von der urteilenden Behörde erwarten und auch erwarten dürfen. Ein Augenschein durch ein Gericht erhöht regelmässig den Glauben der Parteien an die Ernsthaftigkeit der gerichtlichen Prüfung ihres Falles¹⁷.

4.2.3 Preisgünstige, rasche Lösung

Ein wichtiger Grund für die generell geschätzten Dienste der Schlichtungsbehörde in Mietsachen ist die preisgünstige Lösungsmöglichkeit für die Parteien, weil die Behörde kostenlos handeln muss. Insbesondere für die Mieter ist die Kostenlosigkeit ein wichtiges Kriterium.

¹⁷ Sogar das Bundesgericht hat gerade in letzter Zeit bei der Beurteilung von Unterschutzstellungen von Gebäuden verschiedentlich die Situation vor Ort begutachtet.

Strebt ein Vermieter bei Geschäftsflächen von kleinerem Ausmass eine schiedsgerichtliche Lösung oder eine Mediation an, so dürfte er regelmässig die Kosten eines solchen Verfahrens übernehmen müssen, zumindest wenn dieses nicht vor der Schlichtungsbehörde stattfindet und das kantonale Recht dafür keine Kostenlosigkeit vorsieht¹⁸.

Bei Geschäftsflächen von Gastronomiebetrieben stellt sich die Frage, ob die urteilende Instanz, die wie gesehen auch einen Augenschein vornehmen sollte, neben juristischen Kenntnissen über die erforderliche Fachkompetenz aus dem entsprechenden Fachgebiet verfügen muss. Aus Sicht der Parteien scheint dies für die Coronafälle in der Gastronomie zumindest vernünftig. Es handelt sich dabei um Fragen der Gastroökonomie, d.h. es braucht gastronomische und ökonomische Kompetenzen. Ähnlich wie am Baurekursgericht Zürich, an welchem der Verfasser selber tätig ist, würde es sich sicher rechtfertigen, von der urteilenden Instanz eine solche fallbezogene Fachkompetenz zu erwarten. Es ist klar, dass bei einer Beurteilung durch eine einzelne Person es kaum möglich sein wird, alle infragestehenden Kompetenzen abzudecken. Doch dürfte eine Beurteilung durch eine möglichst sachverständige Person immer noch besser sein als eine pauschale gesetzliche Lösung¹⁹.

Eine Entscheidfindung respektive Streiterledigung sollte zumindest für kleinere Geschäftsflächen nicht nur preisgünstig, sondern auch rasch erfolgen. Es wäre wünschenswert, möglichst vor Ort eine Lösung zu finden. Damit dies möglich ist, sollte die beurteilende Person sowohl die nötigen juristischen, ökonomischen und gastronomischen Kompetenzen mitbringen, aber auch eine Ahnung von alternativen Streitschlichtungsmethoden haben. Dann scheint eine preisgünstige und rasche Lösung durchaus für kleinere Fälle möglich, ohne den Parteien eine Lösung aufs Auge zu drücken.

4.2.4 Mediation oder Vergleichsgespräch

Die Mediation fristet heute in der Prozesspraxis ein Mauerblümchendasein. Die Richter führen in der Regel Vergleichsgespräche mit den Parteien durch. Was Parteien

¹⁸ Dazu auch Habegger, Basler Kommentar, N 38ff. zu Art. 361 ZPO.

¹⁹ Das Baurekursgericht Zürich führt aus Zeit- und Kostengründen viele Augenscheine als Referentenaugenscheine durch, d.h. nur der Referent begleitet vom Gerichtsschreiber ist am Augenschein anwesend und nicht das ganze Abteilungsgremium. Ein solches Vorgehen ist durch höhere Instanzen als zulässig beurteilt worden.

erfahrungsgemäss schätzen, ist eine Erläuterung wesentlicher Rechtsgrundsätze durch den Richter. An dem sollte meines Erachtens auch für COVID-19 Fälle festgehalten werden. Ein Kneten der Parteien bis zum Einlenken zu einer Vergleichslösung erachte scheint allerdings problematisch. Es wäre vorzuziehen, ein mediatives Verfahren anzuwenden. Die Konzentration des Richters auf die eingeschränkte Lösung eines Rechtsbegehrens erweist sich gerade im Fall des Lockdowns ohnehin als ungünstig. Die Problematik für die Parteien liegt nämlich vielfach nicht ausschliesslich im Lockdown von 2-3 Monaten, sondern dürfte sich jetzt im Winter massiv verstärken. Die grossen Mieter werden durch im Mietvertrag festgelegte Umsatzmieten entlastet sein, aber gerade die kleinen Restaurants haben dieses Ventil nicht und sind möglicherweise darauf angewiesen, auch die Zeit mit weniger Kundschaft infolge der Pflicht zur Einhaltung von Abständen irgendwie durch eine Mietzinsreduktion zu überstehen. Aus diesem Grund scheint es sinnvoll, statt ausufernder Vergleichsgespräche vor dem Richter, eine Mediation möglichst im Sinne einer Kurzmediation ohne grosse Kostenfolgen durchzuführen. Es ist denn auch so, dass die moderne Anwaltspraxis im internationalen Kontext je länger je mehr von der Prozessführung weg zur alternativ dispute resolution (ADR) geht. Lange Zeit wurden diese ADR Verkünder belächelt. Heute scheint sich auch in der Anwaltspraxis vermehrt die Ansicht durchzusetzen, dass eine langwierige Prozessführung mit ausschweifenden Rechtsschriften vielfach kein geeignetes Mittel darstellt, um befriedigende Prozesslösungen zu erhalten. Ganz abgesehen davon, dass Prozessieren teuer und aufgrund der übertriebenen Substantiierungsanforderungen vor den Zivilgerichten laufend bürokratischer geworden ist. Es ist deshalb nicht überraschend, dass Universitäten ihre Studierenden zur Teilnahme an einem Moot in International Commercial Mediation ermuntern²⁰.

4.2.5 Optimierter Verfahrensablauf

Aus dem bisher Gesagten resultiert ein möglicher Verfahrensablauf, der erweiterte Verfahrensschritte in optimierter Weise kombiniert. Vergleiche dazu den Beschrieb des Verfahrensablaufs im Flussdiagramm 2 im Anhang. Die Verfahrensleitung sollte durch entsprechende sachverständige Gremien, wie der durch entsprechende Fachkräfte ergänzten Schlichtungsbehörde in Mietsachen, durchgeführt werden. Je nach Streithöhe könnte ein Schriftenwechsel auch als mündliche Stellungnahme anlässlich eines

²⁰ Für die Universität Freiburg sind Informationen beispielsweise abrufbar auf <https://www3.unifr.ch/ius/jungo/de/aktivitaeten/mediationmoot.html> (zuletzt besucht am 29. Oktober 2020)

Augenscheins stattfinden. Lediglich die Klage müsste schriftlich eingereicht werden, was hier in diesem Fall relativ einfach wäre, da es sich lediglich um eine Mietzinszahlung COVID-19 handeln könnte. In der Regel sollte ein Augenschein durchgeführt werden. Eventuell könnte der zweite Schriftenwechsel ebenfalls durch ein mündliches Plädoyer am Augenschein ersetzt werden. Anlässlich des Augenscheins hat das Gericht die massgeblichen Rechtsfragen zu erläutern, soweit dies von den Parteien gewünscht wird. In der Regel wird es anlässlich des Augenscheins aufgrund der örtlichen Situation und des Zeitdrucks kaum möglich sein, vernünftige Vergleichsgespräche durchzuführen. Es wäre deshalb vorzuziehen, dass die Parteien sich nachträglich zu einer Mediation einfinden würden. Die Mediation kann entweder mit dem Richter selber, soweit er dazu genügend qualifiziert ist oder einer Drittperson (Mediator) stattfinden. Bei kleineren Streitwerten wird es sich lediglich um eine kurze Mediation von wenigen Stunden, maximal einen halben Tag, handeln. Ziel ist, dass die Parteien nach Abschluss der Mediation respektive Kurzmediation eine Einigung im Fall finden, wobei auch Streitpunkte respektive Bedürfnisse von Parteien ausserhalb der ursprünglichen Rechtsbegehren abgehandelt werden sollen. Damit wird am besten gewährleistet, dass die Parteien mit möglichst hoher Zufriedenheit aus der Situation herauskommen.

4.3 Kaskadenartiges Verfahren in drei Phasen

Gegenüber den staatlichen Prozessverfahren, aber auch der privatrechtlichen Schiedsgerichtslösung, wäre aus Sicht des Verfassers für die COVID-19 Fälle in der Gastronomie eine Art dreiteiliges, kaskadenartiges Lösungskonzept (Dreiphasenmodell) denkbar. In einer ersten Phase würde eine von einem Augenschein begleitete Klärung der rechtlichen Fragen im Rahmen einer grundsätzlichen Beurteilung vor Ort stattfinden (Phase 1). Kann unmittelbar darauf kein Vergleich auf dieser Basis gefunden werden, wäre eine Mediation durchzuführen, welche optimalerweise mit einer Einigung der Parteien enden würde (Phase 2). Man kann sich durchaus die Frage stellen, ob für diese Phase nicht ein Anwesenheitsverbot für Rechtsanwälte vereinbart werden sollte. Kommt auch die Mediation nicht zu einer Lösung, wäre ein Entscheid durch eine autoritative Behörde respektive ein Gericht zu fällen (Phase 3). Wie in der Literatur zurecht ausgeführt, stellt sich dabei insbesondere die Frage der Unabhängigkeit des Richters, wenn er vorher bereits als Mediator oder Sachverständiger gehandelt hat²¹. Gerade bei kleinen Streitwerten und mit Blick auf ein kostengünstiges Verfahren, dürfte es sich aber

²¹ Girsberger/Peter, N 946ff..

rechtfertigen, möglichst die gleichen Personen mit den verschiedenen Aufgaben zu betrauen. Eine solche Lösung wäre trotz ihrer Nachteile einer Pauschallösung für alle Covid-Fälle, wie im Entwurf zum Geschäftsmietegesetz vorgesehen, vorzuziehen.

4.4 Schlussfolgerung

Die bisherige Betrachtung hat gezeigt, dass es sich für Geschäftsmietverträge in bestimmten Fällen, wie zum Beispiel bei aussergewöhnlichen Einschränkungen infolge COVID-19, rechtfertigt, eine etwas abgeänderte Prozessvariante anzustreben. Dies ist allerdings heute nur möglich, wenn die Parteien dies vereinbaren. Es zeigt sich aber auch, dass es gerechtfertigt wäre, Geschäftsmieter anders zu behandeln als Wohnungsmieter. Geschäftsmieter sind grundsätzlich als Unternehmer im Markt tätig. Man kann von ihnen erwarten, dass sie über eine gewisse Verhandlungskompetenz und Organisation verfügen. Zumindest haben Restaurantpächter üblicherweise einen Treuhänder mandatiert, der Ihnen mit der Buchhaltung und den Steuern unter die Arme greift. Es wäre deshalb an der Zeit, über ein Geschäftsmiete-Gesetz für die Zeit nach COVID-19 nachzudenken (Art 274a ff. OR würden zur Verfügung stehen). Dann könnten auch andere Fragen endlich klar gelöst werden, wie zum Beispiel die Rohbaumiete, die Überwälzung von weiteren Kosten als explizit aufgelistete Kosten im Sinne von Art. 257 OR, vom OR abweichende Mietzinsfestsetzungen bei Staffelung. Zumindest grössere Mieter haben den ihnen heute gewährten mietrechtlichen Schutz nicht im vorgegebenen Umfang nötig.

5 Zusammenfassung/Fazit

Die Coronakrise führte in vielen Bereichen zu plötzlichen und unerwarteten Veränderungen in unserer Gesellschaft, auch im Wirtschaftsleben. Ein schwer betroffener Geschäftszweig ist die Gastronomie. Die Restaurant- und Barbetriebe wurden durch das Virus unvorbereitet und unverschuldet dazu gezwungen, ihren Betrieb für unbestimmte Zeit zu schliessen. Neben den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen hat diese Schliessung in rechtlicher Hinsicht zur Folge, dass bei Tausenden von Restaurants die Höhe der Mietzinsherabsetzung bestimmt werden muss. Dies kann auf verschiedene Arten geschehen. In der vorliegenden CAS Arbeit wird herausgearbeitet, welche Möglichkeiten der Streitschlichtung zur Verfügung stehen. Es wird auf den Normalfall der ZPO kurz eingegangen und dann die Eignung der alternativen Streiterledigungsarten Schlichtungsstelle, Schiedsgericht nach ZPO und andere Verfahrensregeln für Schiedsgerichte sowie der Mediation mit besonderem Schwergewicht auf den Spezialfall

der Gastronomie in der Coronakrise untersucht. Schliesslich wird ein Versuch gewagt, die optimale Lösung vorzustellen. Es wird ein Drei-Phasenmodell im Sinne eines kaskadenartigen Lösungsverfahrens vorgeschlagen, bestehend aus rechtlicher Kurzbeurteilung mit Möglichkeit zur Einigung (Phase 1), ein erweitertes Einigungsverfahren als Mediation (Phase 2) und ein eigentliches Gerichtsverfahren (Phase 3).

Aus den Äusserungen im Parlament bei der Behandlung der in dieser Arbeit behandelten Problematik hat sich wieder einmal gezeigt, dass vernünftige Konsenspolitik aufgrund der Polarisierung bei Mietrechtsfragen nicht mehr möglich scheint. Vermutlich wäre es dazu nötig, die Hampel-Männer (das Wort Hampel-Frauen gibt es bezeichnenderweise nicht) der Lobbyisten endlich wieder durch Milizpolitiker mit entsprechender Bodenhaftung und gesundem Menschenverstand zu ersetzen. Der Trend geht jedoch in eine andere Richtung und wir folgen in der Schweiz leider auch hier der internationalen Entwicklung der Verstaatlichung des Politikerberufes.

6 Anhänge

Anhang 1 Tabelle Streiterledigungssarten

Anhang 2 Flussdiagramm 1: Standardverfahren

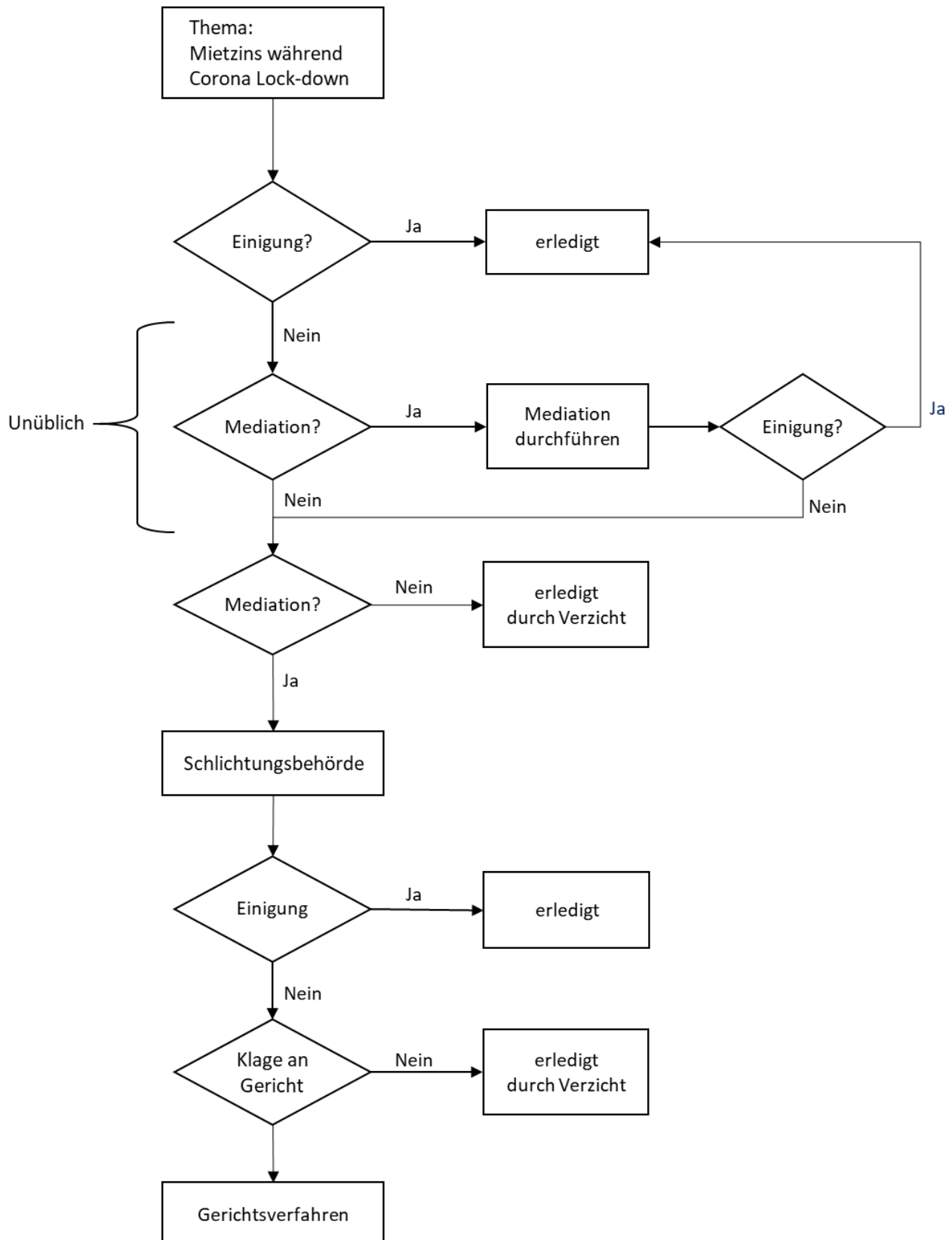
Anhang 3 Flussdiagramm 2: Dreiphasenmodell

Streiterledigungsarten, Typisierung, Vor- und Nachteile

Tabelle 1: Streiterledigungsarten

	Parteiaeinigung, Chefgespräch	Paritätische Schlichtungsbehörde	Prozess nach ZPO vor Gericht		Schiedsgericht		Mediation	Dreiphasenmodell Kombination Arb/Med/Arb	
	vorprozessuale Einigung	SB	Prozess bis 30'000 Streitwert	Prozess über 30'000 Streitwert	vor Schlichtungsbe- hörde	privates Schiedsgericht	privat	privat	staatlich
Freiwillig/ Zwang	freiwillig	zwingend	zwingend	zwingend	freiwillig	freiwillig	freiwillig	freiwillig	neu???
Zeitrahmen/ Verfahren	rasch	rasch	gem. ZPO vereinfachtes Verfahren, lang	gem. ZPO, sehr lang	gem. ZPO	gemäss privatem Verfahren mittellang	gemäss privatem Verfahren mittellang	gemäss privatem Verfahren mittellang	gemäss staatlichem Verfahren lang
Kosten	günstig	kostenlos	Kostenpflicht gem. Kanton		kostenlos?	teuer	teuer wenn mehr als 1 Mediator	sehr teuer, wenn mehr als 1 Schiedsrichter	verhältnismässig günstig
Expertise	Eigenverantwortung	Paritätische Schlichtungsbehörde	Mietgericht	Mietgericht	Paritätische Schlichtungsbe- hörde	Sachverständige juristisch technisch ökonomisch	Sachverständige Mediator	Sachverständige Mediator juristisch technisch ökonomisch	Sachverständige Mediator juristisch technisch? ökonomisch?
Erfolgchancen	eher tief	relativ hoch	abschliessend mit Rechtsmittel	abschliessend mit Rechtsmittel	abschliessend	abschliessend	hoch	abschliessend	
Billigkeit	Ja	Ja	selten	selten	möglich	möglich	hoch	wahrscheinlich	???
Zufriedenheit Parteien	hoch	hoch	mittel	mittel	mittel	mittel	hoch	eher hoch	eher hoch

Ordentlicher Prozess nach ZPO



Flussdiagramm 1: Standardverfahren

