

Selon le Tribunal civil de Bâle-Ville, **l'obligation de fermeture des restaurants imposée par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance durant la pandémie de Covid-19 constitue un défaut de la chose louée pour le locataire d'un restaurant**. En effet, durant la période de fermeture, l'état réel de la chose louée diffère de l'état convenu par le contrat. En outre, un défaut au sens de l'art. 259d CO peut résulter d'immissions qui n'ont pas leur origine dans la sphère d'influence du bailleur et qui ne sont pas nécessairement liées à l'objet loué (consid. 2.4).

En revanche, le Tribunal civil de Bâle-Ville **ne retient ni l'impossibilité au sens de l'art. 119 CO** (car cette hypothèse suppose que l'impossibilité subsiste jusqu'à la fin du contrat ou du moins que sa fin ne soit pas prévisible, condition qui n'est pas remplie en l'espèce) (consid. 2.7) **ni l'application de la *clausula rebus sic stantibus*** (faute d'allégation de ses conditions par la locataire) (consid. 2.8).

Dans le cas présent, **une réduction de loyer de 30% est accordée à la locataire pour la période de fermeture, dans la mesure où, bien qu'elle n'ait pas pu accueillir de clients dans son restaurant, elle a pu continuer à vendre des plats à l'emporter** (consid. 2.9).

#### Mitwirkende

Präsident lic. iur. A. Schmidlin  
und Gerichtsschreiber lic. iur. T. Heer

#### Parteien

A  
Adresse von A  
vertreten durch Anwalt/Anwältin von A

Klägerin

#### gegen

B  
Adresse von B  
vertreten durch Anwalt/Anwältin von B

Beklagte

#### Gegenstand

Herabsetzung des Mietzinses

#### TATSACHEN

##### I.

Die Klägerin hat mit Mietvertrag vom XXXXXXXXXXXXXXX Räumlichkeiten im Untergeschoss XXXXXXXXXXXXXXX, im Erdgeschoss XXXXXXXXXXXXXXX und im 1. Obergeschoss (ca. 142 m<sup>2</sup>) der Immobilie der Beklagten XXXXXXXXXXXXXXX Basel gemietet. Eine Aussenfläche von ca. 39 m<sup>2</sup> gehört ebenfalls zum Mietobjekt. Es wurde ein Mietzins p.a. von CHF XXXXXXXXXXXXXXX exkl. MwSt. vereinbart. Mit Nachtrag 1, unterzeichnet am XXXXXXXXXXXXXXX, wurden der Klägerin zusätzlich am XXXXXXXXXXXXXXX im 1. Obergeschoss eine Restaurantfläche von ca. 74 m<sup>2</sup> und XXXXXXXXXXXXXXX

eine Lagerfläche von ca. 12 m<sup>2</sup> vermietet. Der Gesamtmietzins erhöhte sich auf CHF XXXXXXXXXXXXXXX pro Jahr.

Die Miete erfolgte gemäss Ziff. 5.1 des Mietvertrages zum Betrieb eines XXXXXXXXXXXXXXX Schnellimbiss-Restaurants oder eines gleichwertigen Betriebes und darf auch nur für den Betrieb eines solchen genutzt werden. Eine allfällige Änderung des Nutzungszweckes bedarf einer vorgängigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters.

**Am 16. März 2020 verschärfte der Bundesrat in einer ausserordentlichen Sitzung die Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung aufgrund des aufgetretenen Coronavirus.** Er stufte die Situation in der Schweiz neu als «ausserordentliche Lage» gemäss Epidemien-gesetz ein und **schloss alle Läden, Restaurants, Bars sowie Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe bis voraussichtlich zum 19. April 2020.** Unter anderem blieben Take-Aways und Bahnhöfe offen (Medienmitteilung vom 16. März 2020; Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [Covid-19] vom 13. März 2020 [SR 818.101.24], Fassung vom 17. März 2020).

**An der Sitzung vom 29. April 2020 entschied der Bundesrat, die Massnahmen zum Schutz vor dem Coronavirus weiter zu lockern und unter anderem Restaurants am 11. Mai 2020 wieder zu öffnen.** Take-Away-Betriebe waren während der gesamten Zeitspanne nicht von der Schliessung betroffen. **Mit Schreiben vom 30. März 2020 gelangte die Klägerin an die Beklagte und verlangte eine Mietzinsreduktion vom 1. März 2020 bis zum 15. März 2020 um 50%, da in diesem Zeitraum der Gebrauch noch teilweise möglich gewesen sei, sowie ab dem 16. März 2020 eine vollständige Mietzinsreduktion auf «Null», da seither der Gebrauch vollständig verhindert gewesen sei.**

**Die Beklagte beantwortete** das Anliegen mit Schreiben vom 9. April 2020 und stellte sich auf den Standpunkt, dass es sich hierbei nicht um einen Mangel am Objekt handle, sondern, dass eine bundesbehördlich (in Anwendung von Notrecht) angeordnete Geschäftsschliessung in den Risikobereich des Mieters resp. Betreibers falle. **Der Mietzins sei demnach weiterhin geschuldet.** Sie bot der Klägerin aber an, die Zahlungsfrist für den zwischen dem 13. März 2020 und 31. Mai 2020 fälligen Mietzins aufgrund der am 28. März 2020 in Kraft getretenen COVID-19-Verordnung Miete und Pacht auf 90 Tage zu verlängern. Der Mietzins für den Monat März 2020 in Höhe CHF XXXXXXXXXXXXXXX wurde am 17. Juni 2020 beglichen. Mit Schreiben vom 15. Juli 2020 erhielt die Klägerin eine Mahnung und Kündigungsandrohung nach Art. 257d OR für den Mietzins des Monats Mai 2020 (ebenfalls CHF XXXXXXXXXXXXXXX), welchen sie am 13. August 2020 einzahlte.

## II.

**Mit Schlichtungsgesuch vom 15. September 2020 beantragte die Klägerin bei der Staatlichen Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten:**

1. Es sei der Mietzins für die Zeit vom 16. März 2020 bis 10. Mai 2020 um 100% auf 0% des Nettomietzinses zu senken.
2. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin Fr. XXXXXXXXXXXXXXX nebst Zins zu 5% seit dem 19. August 2020 zu bezahlen.
3. Mehrforderungen vorbehalten.
4. Unter o/e-Kostenfolge.

**Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 16. Dezember 2020 konnte keine Einigung erzielt werden.** Am 28. Dezember 2020 wurde der Klägerin die Klagebewilligung zugestellt.

## III.

**Mit Klage vom 1. Februar 2021 gelangte die Klägerin mit folgenden Rechtsbegehren an das Zivilgericht:**

1. Es sei der Mietzins für das durch die Klägerin bei der Beklagten gemietete Restaurant XXXXXXXXXXXXXXX für die Zeit vom 16. März 2020 bis 31. März 2020 und vom 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 um 100% auf 0% des Nettomietzinses, d.h. von Fr. XXXXXXXXXXXXXXX pro Monat bzw. für die genannte Zeit von Fr. XXXXXXXXXXXXXXX auf null zu reduzieren.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin als Rückforderung für den in der Zeit vom 16. März 2020 bis 31. März 2020 und vom 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 zu viel bezahlten Mietzins Fr.

**XXXXXXXXXXXXX nebst Zins zu 5% seit dem 7. September 2020 zu bezahlen.**

3. Mehrforderungen vorbehalten.

4. Unter o/e-Kostenfolge.

Zur Begründung führt die Klägerin aus, sie habe aufgrund der genannten Anordnungen des Bundesrates ihr XXXXXXXXXXXXX Lokal vom 16. März 2020 bis zum 11. Mai 2020 geschlossen halten müssen. In dieser Zeitspanne sei ein gewinnbringender Betrieb aufgrund der fehlenden Laufkundschaft und des amtlichen Schliessungsentscheides nicht mehr möglich gewesen. In der Zeit vom 16. März 2020 bis 10. Mai 2020 liege somit eine Unmöglichkeit der Verwendung des Mietobjektes durch die Klägerin vor, welche diese nicht zu verantworten habe. Die COVID-19-Verordnung 2 richte sich an den Vermieter, womit dieser den Erlass des Mietzinses hinnehmen müsse. Des Weiteren habe die Vermieterin vorliegend mit dem hohen Mietzins, welcher sich einzig durch die ausserordentlich gute Lage rechtfertige, auch eine ausgezeichnete Passantenlage garantiert. **Auch Störungen ausserhalb des Mietobjekts, auf die der Vermieter keinen Einfluss habe, könnten praxisgemäss einen Mangel an der Mietsache darstellen.** Die weggefallene Nutzungsmöglichkeit verpflichte die Vermieterin in Anwendung von Art. 259d OR damit zum Erlass des Mietzinses. **Nachdem das Mietobjekt in der eingeklagten Zeit vom 16. März 2020 bis 31. März 2020 und vom 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 gemäss dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck überhaupt nicht habe benutzt werden können und die Klägerin den Betrieb vollständig habe schliessen müssen, sei für diese Zeit kein Mietzins zu bezahlen.** Der Mietzins für die Zeit vom 16. März 2020 bis 31. März 2020 sei irrtümlich bezahlt worden und werde deswegen zurückgefordert. Auch der Mietzins für den Monat Mai 2020 sei zurückzuerstatten, da dieser lediglich bezahlt worden sei, um die Kündigung zu verhindern.

IV.

**Mit Stellungnahme vom 11. Juni 2021 beantragt die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage, sofern darauf eingetreten werden kann; dies unter o/e-Kostenfolge.**

Zur Begründung führt die Beklagte aus, die Klägerin hätte jederzeit die Möglichkeit gehabt, mit Zustimmung der Beklagten, den Nutzungszweck zu ändern. Die Parteien hätten sich im Mietvertrag zudem ausdrücklich darauf verständigt, dass auch bei einer unmöglichen oder eingeschränkten vertraglichen Nutzung, der Mietvertrag weder aufgehoben noch geändert werden könne. **Beim XXXXXXXXXXXXX Schnellimbisrestaurant handle es sich um den «Klassiker» eines Take-Away-Restaurants. Dessen Betrieb sei durch die bundesrätliche Verordnung zu keinem Zeitpunkt verboten worden, sondern sei ausdrücklich und uneingeschränkt zulässig gewesen. Eine allfällige Schliessung des Betriebs sei somit seitens der Klägerin freiwillig und in eigener Verantwortung erfolgt.** Des Weiteren sehe der Mietvertrag keine Beteiligung der Beklagten am Geschäftserfolg vor, womit die Chancen und Risiken alleine bei der Klägerin als Unternehmerin blieben. **Das Mietobjekt sei während der gesamten fraglichen Zeitspanne uneingeschränkt und mängelfrei zum Gebrauch überlassen worden und hätte stets zum mietvertraglich gestatteten Nutzungszweck gebraucht werden können.** Bei der Festlegung des Nutzungszwecks handle es sich zudem nicht um eine Zusicherung seitens der Vermieterschaft, dass das Mietobjekt stets effektiv nach dessen Massgabe uneingeschränkt genutzt werden könne. Ein Mangel am Mietobjekt setze in jedem Fall einen konkreten, objektbezogenen Sachverhalt voraus. Die fraglichen Anordnungen des Bundesrates betreffen alleine die Geschäftstätigkeit der Klägerin und keinesfalls das Mietobjekt, womit es am Erfordernis eines objektbezogenen Sachverhalts mangle. Es könne somit nicht von einem Mangel am Mietobjekt ausgegangen werden, wobei die Klägerin die Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit sowie deren Umfang ohne-hin nicht nachgewiesen habe.

V.

Mit Eingabe vom 14. Oktober 2021 reichte die Klägerin im Hinblick auf die Hauptverhandlung weitere Beweisbeilagen zu den Akten.

VI.

In der Hauptverhandlung vom 25. Oktober 2021 waren für die Klägerin deren Parteivertreter und

XXXXXXXXXXXX, Mitglied des Verwaltungsrats, sowie für die Beklagte deren Parteivertreter und XXXXXXXXXXXX mit Kollektivunterschrift zu zweien für XXXXXXXXXXXX anwesend.

Die Klägerin änderte ihre Rechtsbegehren wie folgt:

1. Es sei der Mietzins für das durch die Klägerin bei der Beklagten gemietete Restaurant XXXXXXXXXXXX in Basel für die Zeit vom 17. März 2020 bis 31. März 2020 und vom 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 um 100% auf 0% des Nettomietzinses, d.h. von Fr. XXXXXXXXXXXX pro Monat bzw. für die ge-nannte Zeit von Fr. XXXXXXXXXXXX auf null zu reduzieren.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin als Rückforderung für den in der Zeit vom 17. März 2020 bis 31. März 2020 und vom 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 zu viel bezahlten Mietzins Fr. XXXXXXXXXXXX nebst Zins zu 5% seit dem 7. September 2020 zu bezahlen.
3. Mehrforderungen vorbehalten.
4. Unter o/e-Kostenfolge.

**Begründet wurde die Änderung zum einen mit dem Umstand, dass der Nettomietzins nicht CHF XXXXXXXXXXXX, sondern CHF XXXXXXXXXXXX betrage und die Herabsetzung auf dem Nettomietzins erfolge. Zum anderen sei das Datum falsch abgeschrieben worden. Das Mietobjekt sei am 16. März 2020 noch offen gewesen.**

Die Klägerin führte anlässlich der Verhandlung aus, das Mietobjekt sei ausdrücklich zum Betrieb eines Restaurants gemäss dem Konzept des XXXXXXXXXXXX vermietet worden und **eine Nutzungsänderung sei aufgrund der Kosten sowie der Dauer der Massnahmen nicht möglich gewesen.** Das Mietobjekt weise eine Gesamtfläche von 540 Quadratmetern mit 148 Sitzplätzen auf. Für einen Take-Away-Betrieb wären hingegen lediglich ca. 90 Quadratmeter notwendig. Weit über 90% des Nettomietzinses werde folglich für den Restaurantbetrieb aufgewendet. **Ohne den Umsatz aus dem Restaurantbetrieb sei ein gewinnbringender Betrieb nicht möglich, weswegen auch der Take-Away habe geschlossen werden müssen.** Dies insbesondere auch deshalb, weil aufgrund der Massnahmen die Laufkundschaft massiv abgenommen habe. Ohne hinreichende Kundschaft sei auch ein Take-Away-Betrieb nicht mehr möglich. Es bestehe zudem ein konkreter, objektbezogener Sachverhalt, welcher sich insbesondere an den fehlenden Passanten und Kunden zeige. Die Klägerin beantragte die Durchführung eines Augenscheins im Mietobjekt, eine Partei- und Zeugenbefragung sowie die Einholung einer gerichtlichen Expertise insbesondere zur Frage des Platzbedarfs und des möglichen Gewinns eines reinen Take-Away-Betriebs oder einer anderweitigen Nutzung des Mietobjektes.

**Die Beklagte hielt an den Rechtsbegehren gemäss der Stellungnahme fest.** Sie wies darauf hin, dass die Klägerin einzig einen Mangel am Mietobjekt geltend mache, die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung im Sinne der clausula rebus sic stantibus habe sie nicht behauptet. Falls ein Mangel angenommen würde, sei es offensichtlich, dass keine Herabsetzung um 100% geschuldet sei.

Für die weiteren Ausführungen der beiden Rechtsvertreter wird, soweit sie entscheid-relevant sind, auf das Verhandlungsprotokoll (inkl. auf die Eingabe der Klägerin «Aktennotiz Noven und Plädoyernotiz») sowie die nachfolgenden Erwägungen verwiesen.

Die Eröffnung des Entscheids erfolgt hiermit schriftlich begründet.

## **ERWÄGUNGEN**

### **1.**

1.1 Für Klagen aus Miete und Pacht unbeweglicher Sachen ist das Gericht am Ort der gelegenen Sache örtlich zuständig (Art. 33 Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Vorliegend geht es um eine Streitigkeit aus der Miete einer in Basel gelegenen Liegenschaft, womit das Zivilgericht Basel-Stadt örtlich zuständig ist.

1.2 Die von der Klägerin klageweise geltend gemachte Mietzinsherabsetzung beläuft sich auf insgesamt CHF XXXXXXXXXXXX. Der Streitwert liegt damit unter CHF 30'000.00, womit die Begehren gestützt auf Art. 243 Abs. 1 ZPO im vereinfachten Verfahren beurteilt werden. Die Zuständigkeit des Einzelrichters am Zivilgericht ergibt sich aus § 71 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a Gerichtsorganisationsgesetz [GOG; SG 154.100].

1.3 Die Klägerin hat im Rahmen der Hauptverhandlung vom 25. Oktober 2021 ihre Rechtsbegehren angepasst und die Forderung von CHF XXXXXXXXXXXXX auf CHF XXXXXXXXXXXXX reduziert. Eine Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO).

1.4 Die Klagebewilligung vom 16. Dezember 2020 wurde der Klägerin am 28. Dezember 2020 zugestellt. Aufgrund des Fristenstillstandes gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO hat die 30-tägige Frist zur Einreichung der Klage gemäss Art. 209 Abs. 4 ZPO damit am 3. Januar 2021 zu laufen begonnen (Art. 146 Abs. 1 ZPO; BGE 138 III 615, E. 2; Jurij Benn, BSK ZPO, 3. Aufl., 2017, Art. 145 ZPO N 6, m.w.Verw.). Die Klage vom 1. Februar 2021 ist somit fristgemäss eingereicht worden.

## 2.

**2.1 Die Klägerin macht geltend, dass im eingeklagten Zeitraum das Mietobjekt nicht zum vertraglich vereinbarten Nutzungszweck habe genutzt werden können und diesbezüglich ein Mangel an der Mietsache gemäss Art. 259d Obligationenrecht [OR; SR 220] vorliege (Ziff. 18 der Klage vom 1. Februar 2021).**

2.2 Ist der Mieter im Gebrauch der Sache gestört oder ist die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch sonst wie beeinträchtigt, so kann der Mieter verlangen, dass der Vermieter den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem dieser vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend und verhältnismässig herabsetzt (Art. 259a Abs. 1 lit. b OR, Art. 259d OR).

**Der Mangel der Mietsache charakterisiert sich dadurch, dass der Ist-Zustand der Mietsache vom vertraglich geschuldeten Soll-Zustand abweicht und dadurch die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch fehlt oder beeinträchtigt ist. Ein Mangel liegt dann vor, wenn die Sache eine vom Vermieter versprochene Eigenschaft nicht aufweist oder wenn sie eine Eigenschaft nicht aufweist, mit welcher der Mieter unter Bezugnahme auf den zum vereinbarten Gebrauch tauglichen Zustand rechnen konnte** (vgl. etwa: BGE 135 III 345, E. 3.2; 4C.97/2003, E. 3.1; 4C.81/1997, E. 3a). Durch die Bestimmung der Mietsache sowie durch die Bezeichnung des Verwendungszwecks treffen die Parteien, wenngleich stillschweigend, eine Vereinbarung über den Zustand und über die Eigenschaften der Mietsache (Vgl. Matthias Tschudi, SVIT-Kommentar, 4. Aufl., 2018, Vorb. Zu Art. 258-259i N 29). **Der bestimmungsgemässe Gebrauch umfasst den Nutzungszweck** (Restaurant, Take-Away, Büro usw.), **die Nutzungsbedingungen und bestimmte versprochene Eigenschaften** (Sarah Brutschin, Xavier Rubli, Pierre Stastny, Rechtsgutachten im Auftrag des Mieterinnen- und Mieterverbandes Schweiz, Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie). Haben die Parteien über den Gebrauch der Sache keine oder keine vollständige Vereinbarung getroffen, ist der übliche Gebrauch massgeblich und «vorausgesetzt» (Peter Higi, ZK, 1994, Art. 256 OR N 16 und 23 ff.; Matthias Tschudi, SVIT-Kommentar, 4. Aufl., 2018, Vorb. zu Art. 258-259i N 44).

**Es ist unerheblich, ob es sich bei der geschuldeten, aber fehlenden Eigenschaft um eine körperliche oder eine unkörperliche Eigenschaft handelt** (Matthias Tschudi, SVIT-Kommentar, 4. Aufl., 2018, Vorbem. zu Art. 258-259i N 24 f., m.w.Verw.).

**Der Begriff des Mangels ist ferner wertneutral und enthält keinen Vorwurf eines Fehlverhaltens an die Adresse des Vermieters** (Matthias Tschudi, SVIT-Kommentar, 4. Aufl., 2018, Vorb. zu Art. 258-259i N 24 f., m.w.Verw.). **Auch Mängel, auf die der Vermieter keinen Einfluss nehmen kann bzw. sich aus der Umwelt oder aus dem Verhalten Dritter ergeben, können einen Mangel an der Mietsache darstellen und zu einer Mietzinsminderung führen** (BGE 4C.39/2003, E. 4; 4A\_130/2018, E. 2.1), etwa bei vermehrtem Fluglärm infolge Flughafenausbaus (Mietgericht Bülach, mp 1/02, S. 29 ff.; Urban Hulliger/Peter Heinrich, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht [CHK], Müller-Chen, Huguenin [Hrsg.], Art. 259d OR N 2; anders jedoch: Mietgericht Bülach vom 26. März 2003, mp 4/2003, S. 181), bei Baulärm einer benachbarten Baustelle (BGE 4C.377/2004 = mp 4/05, S. 246 ff.) oder bei vermehrten Lärmimmissionen nach dem Ausbau einer Bahnstrecke (BGE 4A\_244/2009, E. 3.1 = mp 1/10, S. 28 ff.), **sofern die verursachte Störung bezüglich Dauer, Häufigkeit und Intensität das am betreffenden Ort übliche Mass übersteigt und bei Vertragsabschluss nicht voraussehbar war** (BGE 5C.117/2005, E. 3.2 = mp 2/06, S. 134 ff.; 135 II 345, E. 3.3 = mp 4/09, S. 222; anders: BGE 4C.39/2003, E. 4.4 bezüglich zu erwartender Immissionen durch Umbauten in der Nachbarliegenschaft; CHK-Hulliger/Heinrich, Art. 259d OR N 3).

**Wenn die Mieträumlichkeiten aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift an die Adresse des Vermieters nicht verwendet werden können, liegt ein Mangel vor (ZK-Higi/Bühlmann, Art. 256 OR, N 40). Kein Mangel gemäss Art. 259d OR liegt vor, wenn diese öffentlich-rechtliche Vorschrift den Mieter betrifft (z.B. Wirtepatent, um ein Restaurant betreiben zu können) (Sarah Brutschin, Xavier Rubli, Pierre Stastny, Rechts-gutachten im Auftrag des Mieterinnen- und Mieterverbandes Schweiz, Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie).**

Ein Mangel aufgrund eingeschränkten Zugangs zur Kundschaft bzw. Laufkundschaft wurde in der Praxis etwa bejaht bei übermässigem Parkieren von Motorfahrzeugen vor dem Schaufenster (SJZ 54, S. 275), bei Umsatzeinbussen wegen Wegfalls von Park-plätzen (Martin Züst, Kasuistik zur Mietzinsherabsetzung bei Mängeln, mp 2/04, S. 77), bei einem durch einen Brettertunnel beeinträchtigten Schaufenster (AppGer BS vom 6. November 2001, mp 2/2003, S. 71 ff.) oder bei einer gegenüber dem Hauptbesucherstrom rückversetzten Platzierung eines Marktstandes (AppGer BS BEZ.2019.15 vom 17. Juni 2019, E. 2).

Die Mietzinsherabsetzung (oder der Erlass) bezweckt, das Gleichgewicht zwischen den vertraglichen Hauptleistungen des Mieters (Bezahlung der Miete) und des Vermieters (Übergabe und Unterhalt des vermieteten Objekts in einem für den vereinbarten oder vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand) wiederherzustellen (ZK-Higi, Art. 259d N 5; Kommentar von Jürg P. Müller zu BGE 4C.334/2004 in MRA 5/05, S. 189, 194).

Die Bestimmung von Art. 259d OR ist bei Wohn- und Geschäftsräumen relativ zwingend zugunsten des Mieters (CHK-Hulliger/Heinrich, Art. 259d N 1).

**2.3 Die aufgrund des Coronavirus erlassene Notverordnung des Bundesrates vom 13. März 2020 (Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [Covid-19] vom 13. März 2020 [SR 818.101.24]) ist notorisch und unbestritten.** Die vom Bundesrat am 17. März 2020 angeordnete Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum hat zahlreiche Fragen im Bereich des Mietrechts aufgeworfen. **Insbesondere die Frage der Mietzinzahlungspflicht von Mietern, die aufgrund der behördlichen Massnahmen die Geschäftstätigkeit nicht mehr ausüben konnten, wird kontrovers diskutiert.**

**Für gewisse Autoren findet Art. 259d OR nach der Anordnung der provisorischen Schliessung gewisser Betriebe durch den Bund keine Anwendung.** Es wird argumentiert, die behördlich angeordnete Schliessung der Geschäfte liege nicht am Mietlokal und dessen Zustand, sondern an der vom Mieter ausgeübten Geschäftstätigkeit, die zurzeit nicht erlaubt sei (Peter Higi, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraumes im Zusammenhang mit der "Corona-Pandemie", Zürich, 26. März 2020). Des Weiteren könne eine Störung im Gebrauch des Mietobjekts nur als mietrechtlicher Mangel qualifiziert werden, wenn zwischen dem störenden Ereignis und dem Mietobjekt eine direkte Verbindung bestehe. **Bei Störungen ausserhalb der Kontrollsphäre des Vermieters sei ein räumlicher oder normativer Zusammenhang zwischen Störung und Mietobjekt erforderlich. Da die sich aus den behördlichen Anordnungen ergebenden Einschränkungen die Geschäftstätigkeit des Mieters, und nicht deren Ausübung im Mietobjekt betreffen, bestehe gerade kein Bezug zum Mietobjekt** (Roberto Peduzzi, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 1/29, S. 8 f., m.w.Verw.). Der Vermieter könne nicht an Garantien gebunden werden, die sich auf Elemente ausserhalb seines Einflussbereichs beziehen. Es könne somit seitens der Vermieterschaft keine Zusicherung erwartet werden, dass die offiziellen Öffnungszeiten der Geschäfte niemals geändert würden oder die staatlichen Behörden niemals die Schliessung der Geschäfte anordnen würden. Diese mietgegenstandsfremden Risiken seien vom Unternehmer zu tragen und könnten nur auf den Vermieter übertragen werden, wenn sich dieser im Vertrag ausdrücklich zur Übernahme verpflichtet habe (Marc Iynedjian, COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer, Genève, 28. mars 2020, S. 3 f.). **Ähnlich argumentiert auch das Mietgericht des Bezirks Zürich in seinem Entscheid vom 2. August 2021, indem es ausführt, die weggefallene bzw. reduzierte Nutzungsmöglichkeit durch die behördlichen Massnahmen sei nicht Folge eines Mangels an der Mietsache, sondern ein Umstand, der den geführten Betrieb angehe und damit das unternehmerische Risiko des Mieters träge** (Urteil des Mietgerichts des Bezirks Zürich

MJ21008-L vom 2. August 2021, ZMP 2021 Nr. 10, E. 4.5). Diese Seite der Lehre vertritt zudem die Meinung, dass sich die COVID-19-Verordnung 2 allein an die Adresse des Mieters richte, da nur dieser während der Laufzeit des Vertrages die Räumlichkeiten nutzen und schliessen könne (Marc Iynedijan, COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants, Impact sur l'obligation de payer le loyer, Genève, 28. mars 2020, S. 4; François Bohnet, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19, Neuchâtel, 8 avril 2020, S. 6; Nicolas Saviaux, avis de droit, Covid-19 – paiement du loyer, Lausanne, 31 mars 2020; Matthias Streiff, Mietzinsherabsetzung: Corona-Virus und die Geschäftsmiete, 1. April 2020; Andrea Haefeli/Dario Galli/Markus Vischer, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, Jusletter vom 14. April 2020; Sebastian Reichle/Bernhard Stehle, Coronavirus und Geschäftsraummieta, Jusletter vom 18. Mai 2020).

**Andere Autoren hingegen wollen Art. 259d OR anwenden. Zur Begründung wird angeführt, die COVID-19-Verordnung 2 richte sich gleichermassen an die Vermieter wie an die Mieter und weise einen Bezug zum Mietobjekt auf, da sie gerade dessen provisorische Schliessung anordne** (Sarah Brutschin/Xavier Rubli/Pierre Stastny, Rechtsgutachten, Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie, Genève, Lausanne, Bâle, 23 mars 2020, S. 3; David Lachat/Sarah Brutschin, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2020, S. 111). **Vorschriften, die sich allein an den Mieter richten würden, kennzeichneten sich dadurch, dass er allein sie einhalten und erfüllen könne. Die Bestimmungen der COVID-19-Verordnung 2 müssten jedoch nicht nur vom Mieter, sondern auch vom Eigentümer eingehalten werden, wenn dieser selber Geschäftsinhaber sei oder ein leerstehendes Objekt während der Geltung der Verordnung vermieten wolle** (David Lachat/Sarah Brutschin, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2020, S. 110 f.). Der Mieter von Geschäftsräumen dürfe nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Räumlichkeiten für den Betrieb eines Geschäfts gebraucht werden könnten. Durch die behördlichen Massnahmen sei die Führung des Betriebes nicht mehr möglich (Luca Meier, Mietrecht und Coronavirus [Covid-19] – Eine mietrechtliche Einschätzung der aktuellen Ausnahmesituation im Zusammenhang mit dem Coronavirus [Fokus Geschäftsmiete], Zürich, im März 2020, S. 1 f.), womit der Ist-Zustand vom Soll-Zustand abweiche und der Mieter damit den vereinbarten Mietzins – aufgrund mangelnder Gegenleistung – nicht schulde. Ausserdem habe der Mieter keinen Einfluss auf den Mangel und die Wiedereröffnung des Betriebes hänge nicht von ihm ab (Mario Schenkel, Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG, [www.rechtsanwaelte-luzern.ch](http://www.rechtsanwaelte-luzern.ch), Schiedsgerichtsentscheid betreffend Mietzinsherabsetzung infolge Betriebsschliessung Covid-19 Coronavirus, E. 3.1 f.).

**2.4 Im vorliegenden Fall wurde der Gebrauch des Mietobjektes ausdrücklich als XXXXXXXXXXXXXXX Schnellimbiss-Restaurant oder eines gleichwertigen Betriebs vereinbart** (Ziff. 5.1 des Mietvertrages vom 2./3. Dezember 2003). **Es versteht sich, dass im XXXXXXXXXXXXXXX Schnellimbiss-Restaurant Essen und Trinken sowohl zur Konsumation vor Ort als auch zum Mitnehmen (Take-Away) ausgegeben wird. Durch die vom Bundesrat angeordnete Schliessung der Restaurationsbetriebe durfte die Klägerin zwar die Räumlichkeiten weiterhin als Take-Away betreiben; von der Schliessung ausgenommen sind gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. b COVID-19-Verordnung 2 Imbiss-Betriebe (Take-Away)». Die Fläche, die normalerweise für die Konsumation zur Verfügung steht, konnte jedoch nicht genutzt werden.** Ein Restaurationsbetrieb mit Konsumation vor Ort war nicht möglich. **Der tatsächliche Zustand wich somit während der Dauer der behördlichen angeordneten Schliessung vom vertraglich vereinbarten Zustand ab.**

Dem Argument der Beklagte, wonach, ein rechtlicher Mangel höchstens dann vorliegen könne, wenn sich die fragliche Anordnung an den Vermieter richte und auf das konkrete Mietobjekt ziele (Ziff. 024 f. der Stellungnahme zur Klage vom 11. Juni 2021), kann im Zusammenhang mit der Schliessung des Restaurationsbetriebs nicht gefolgt werden.

**Zunächst richtet sich die COVID-19-Verordnung 2 weder ausschliesslich an die Mieter oder an die Vermieter, sondern an die Allgemeinheit, und kann damit grundsätzlich sowohl Mieter als auch Vermieter betreffen.** Die Klägerin war als Mieterin von der COVID-19-Verordnung 2 insofern betroffen, als sie ihren Restaurantbetrieb nicht mehr führen durfte und auf Take-Away-Betrieb eingeschränkt war (auf den sie jedoch offen-bar verzichtete). Die Beklagte war ihrerseits insofern betroffen, als sie ihrer Vertragspflicht, ein zum Betrieb eines XXXXXXXXXXXXXXX Schnellimbiss-Restaurants taugliches

Mietobjekt zur Verfügung zu stellen, nicht mehr vollumfänglich nachkommen konnte.

**Zudem kann aus der in der Lehre vertretenen Ansicht, dass lediglich objektbezogene, nicht aber betriebsbezogene Einschränkungen einen Mangel im Sinne von Art. 259d OR darstellen** (Vgl. Roberto Peduzzi, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge, MRA 1/29, S. 8; François Bohnet, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19, Neuchâtel, 8 avril 2020, S. 6; Sebastian Reichle/Bernhard Stehle, Coronavirus und Geschäftsraummiete, in: Juslet-ter 18. Mai 2020, S.12 ff.), **nicht geschlossen werden, dass die durch eine an die Allgemeinheit gerichtete öffentlich-rechtliche Massnahme bewirkte Einschränkung oder Verunmöglichung einer ausdrücklich vereinbarten Nutzung des Mietobjekts keinen Mangel am Mietobjekt darzustellen vermag.** Die ausdrückliche Vereinbarung im Mietvertrag, das Mietobjekt als Schnellimbiss-Restaurant zu benutzen, bewirkt gleichsam den Objektbezug des an die Allgemeinheit gerichteten öffentlich-rechtlichen Verbots, Restaurants zu betreiben.

**Im Übrigen wird in der Lehre zu Recht darauf hingewiesen, dass auch Immissionen, die ihre Ursache ausserhalb der Einflussphäre des Vermieters haben und nicht zwingend objektbezogen sind, einen Anspruch auf Mietzinsherabsetzung begründen können** (David Lachat/Sarah Brutschin, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2020, S. 99). So ist die Objektbezogenheit insbesondere in Fällen von erhöhtem Fluglärm fraglich, da dieser regelmässig nicht nur ein einzelnes Mietobjekt, sondern ein ganzes Gebiet betrifft (vgl. dazu Urteil des Mietgerichts Bülach vom 24. September 2000, mp 1/2002, S. 29 ff. = SJZ 98 (2002), S. 108; Martin Züst, Die Mietzinsherabsetzung bei Mängeln am Beispiel des Fluglärms, mp 2003, S. 145 ff.). Begründen lässt sich dies mit dem vorstehend genannten Zweck der Mietzinsherabsetzung; die Mangelhaftigkeit bewirkt eine Störung der vereinbarten Leistung, die wieder ins Gleichgewicht gebracht werden muss (Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 2937).

**Der weitere Einwand der Beklagten, die Klägerin hätte mit Zustimmung der Vermieterschaft den Nutzungszweck ändern können, vermag nicht zu überzeugen. Zum einen wurde nicht substantiiert dargelegt, zu welchem Zweck die Klägerin das Mietobjekt während der namentlichen Zeit anderweitig hätte nutzen können, zum anderen erscheint eine Nutzungsänderung im Hinblick auf die bloss vorübergehende Dauer der Massnahmen weder verhältnismässig noch finanziell sinnvoll. Zusammenfassend wich somit der tatsächliche Zustand des Mietobjekts während der Dauer der behördlich angeordneten Schliessung der Restaurationsbetriebe vom vertraglich vereinbarten Zustand ab, wodurch der vorausgesetzte Gebrauch des Mietobjekts als XXXXXXXXXXXXX Schnellimbiss-Restaurant im Sinne von Art. 259d OR eingeschränkt war.**

2.5 Die Klägerin macht weiter geltend, aufgrund der Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus sei die Laufkundschaft vor dem Mietobjekt im namentlichen Zeitraum um über 80% zurückgegangen. Sie sei gezwungen gewesen, den Betrieb geschlossen zu halten, da ein gewinnbringender Betrieb nicht mehr möglich gewesen sei (Ziff. 7-9 der Klage vom 1. Februar 2021). Die vorstehend zitierte Rechtsprechung zum Mangel infolge eingeschränkten Zugangs zur Kundschaft oder Laufkundschaft betrifft ausschliesslich Fälle, in denen die entsprechende Einschränkung ein einzelnes Mietobjekt betraf. Ein allgemeiner Rückgang des Passantenaufkommens im öffentlichen Raum ist jedoch, sofern kein Umsatz und kein bestimmtes Kundenaufkommen im Mietvertrag garantiert wird, tatsächlich rein betriebsbezogen und stellt deshalb keinen Mangel an der Mietsache dar. Da im vorliegenden Fall kein Umsatz garantiert wurde, ist das verminderte Passantenaufkommen infolge der behördlich angeordneten Pflicht, Büroarbeiten von Zuhause aus zu erledigen, sowie der Einschränkung des öffentlichen Verkehrs für den vorausgesetzten Gebrauch nicht von Relevanz. **Es war der Klägerin möglich, das XXXXXXXXXXXXX Schnellimbiss-Restaurant als reinen Take-Away-Betrieb weiterzuführen. Wo das Take-Away möglich bleibt, hat denn auch nach den Autoren, die sich grundsätzlich für eine Anwendung von Art. 259d OR auf coronabedingte behördliche Restaurantschliessungen aussprechen, keine gänzliche Befreiung von der Mietzinszahlungspflicht des Mieters zu erfolgen, sondern eine angemessene Herabsetzung des Mietzinses** (David Lachat/Sarah Brutschin, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2020, S. 119).

2.6. Die Einwendung der Beklagten, eine Aufhebung oder Abänderung des Vertrages für den Fall, dass der Mieterin die vertragliche Nutzung unmöglich oder eingeschränkt werde, sei gemäss Ziff. 5.1 des



Mietvertrages ausgeschlossen, ist vorliegend nicht von Bedeutung, da der Mieter gemäss Art. 256 Abs. 2 OR auf die Mängelrecht nicht zum Voraus verzichten kann.

**Ferner war die temporäre Schliessung des Restaurationsbetriebs bei Vertragsabschluss nicht voraussehbar und die darin liegende Störung des vorausgesetzten Gebrauchs war offensichtlich auch übermässig i.S.d. bundesgerichtlichen Rechtsprechung.**

**Nach dem Gesagten hat die Klägerin damit Anspruch auf eine Mietzinsreduktion gemäss Art. 259d OR.**

**2.7 In der Literatur zu den mietrechtlichen Folgen der staatlichen Massnahmen gegen das Coronavirus wird erörtert, ob bei Geschäftsschliessungen eine Unmöglichkeit der Vertragsleistung gemäss Art. 119 Abs. 1 und 2 OR vorliege** (vgl. Urteil des Miet-gerichts des Bezirks Zürich vom 2. August 2021, Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP) 2021, Nr. 10, E. 3.1 m.w.Verw.).

Bei nachträglicher objektiver unverschuldeter Unmöglichkeit ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet, die Leistung zu erbringen. Er wird demnach frei und verliert bei zweiseitigen Verträgen seine Gegenforderung (Art. 119 Abs. 1 und 2 OR). Die Folgen der Unmöglichkeit gemäss Art. 119 Abs. 1 und 2 OR kommen indessen nur in Betracht, wenn die Unmöglichkeit mit Gewissheit bis zum Vertragsende bestehen bleibt oder ihr Wegfall zumindest nicht abzusehen ist (BGE 4C.334/2002, E. 4; 4C.34/2000, E. 4). **Im vorliegenden Fall ist diese Dauerhaftigkeit zu verneinen. Der Mietvertrag vom XXXXXXXXXXXXXXX wurde für die Dauer von 20 Jahren abgeschlossen, mit einer Option auf Verlängerung durch die Klägerin um zweimal 10 Jahre. Die Klägerin musste den Restaurationsbetrieb infolge der bundesrätlichen Anordnungen jeweils nur für begrenzte Zeiträume schliessen.** Eine dauerhafte Schliessung liegt nicht vor und der Wegfall der Anordnungen war stets absehbar. Die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit kommen daher auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung.

**2.8 Bei zeitlich und sachlich besonders schweren Auswirkungen von behördlichen Massnahmen kommt ferner eine Vertragsanpassung wegen wesentlich veränderter Umstände in Betracht. Die sog. clausula rebus sic stantibus als Generalklausel der Vertragsanpassung setzt voraus, dass durch eine Veränderung der Verhältnisse die Erfüllung des Vertrages, so wie er geschlossen ist, zumindest für eine Partei nicht mehr zumutbar erscheint** (Wolfgang Wiegand, BSK OR I, 7. Aufl., 2020, Art. 18 N 95). Im Mietrecht regelt allerdings Art. 266g OR gemäss herrschender Lehre die Rechtsbehelfe zur Vertragsanpassung wegen grundlegend veränderter Verhältnisse abschliessend, womit neben der vorzeitigen Vertragskündigung kein Raum für Vertragsanpassungen aufgrund anderer Vertrags- oder Rechtsgrundsätze besteht (Irène Spirig, Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, Rz. 27.5.1; Peter Higi, ZK, 1994, Art. 266g OR N 26 f.; Roger Weber, BSK OR I, 7. Aufl., 2020, Art. 266g OR N 1; a.A. David Lachat/Sarah Brutschin, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2020, S. 129, m.w.Verw.). Jedenfalls aber wäre zu fordern, dass eine Anpassung die Würdigung sämtlicher Umstände **bei beiden Vertragsparteien voraussetzt, wobei die Mieterin insbesondere darzulegen hätte, wie sich die behördlichen Massnahmen konkret auf ihren Geschäftsbetrieb ausgewirkt haben, welche betrieblichen Gegenmassnahmen sie mit welchem Erfolg ergriffen hat und welche staatliche Hilfe sie in Anspruch genommen hat bzw. warum sie auf mögliche Gegenmassnahmen verzichtet hat** (Urteil des Miet-gerichts des Bezirks Zürich MJ21008-L vom 2. August 2021, ZMP 2021 Nr. 10, E. 5). **Diese Voraussetzungen wurden von der Klägerin nicht dargetan, weshalb bereits aus diesem Grund auf die clausula rebus sic stantibus nicht zurückgegriffen werden kann.**

**2.9 Zu bestimmen ist folglich das Mass der Herabsetzung gemäss Art. 259d OR. Dieses richtet sich grundsätzlich nach der Verminderung der Tauglichkeit der Mietsache zum vorausgesetzten Gebrauch. Es ist im Sinne der relativen Berechnungsmethode daher der objektive Wert der mängelfreien Mietsache mit demjenigen der mangelhaften zu vergleichen und anschliessend der Mietzins im gleichen Verhältnis herabzusetzen** (Matthias Tschudi, SVIT-Kommentar, 4. Aufl., 2018, Art. 259d N 25 f. m.w.Verw.; Claude Roy, Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, Rz. 11.4.3.1). Wo sich der objektive Wert der mangelbehafteten Sache nicht genau bestimmen lässt, ist eine Schätzung nach Billigkeitsregeln, allgemeiner Lebenserfahrung, gesundem Menschenverstand und anhand der Kasuistik zulässig (Vgl. BGE 4C.219/2005, E. 2.3).

**Die Klägerin verlangt eine Herabsetzung des Mietzinses um 100% mit der Begründung, das**

**Mietobjekt habe im fraglichen Zeitraum überhaupt nicht benutzt werden können** (Ziff. 18 der Klage vom 1. Februar 2021). **Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, hätte während des fraglichen Zeitraumes der Take-Away doch weiterhin betrieben werden können.** Es ist gerichtsnotorisch, dass das Passantenaufkommen am XXXXXXXXXXXXXXX in der fraglichen Zeitperiode vermindert war. Die Klägerin bringt mögliche Gründe dafür vor (Aktennotiz Noven und Plädoyernotiz, S. 9). Wie stark der Rückgang des Passantenaufkommens tatsächlich war, lässt sich jedoch dem von der Klägerin eingereichten Artikel der NZZ vom 14. August 2020 nicht entnehmen und auch die von der Klägerin beantragte Einholung einer schriftlichen Auskunft bei der SBB, der BVB und der BLT verspricht hier keine Aufklärung, zumal auch diese Betriebe über die Benutzung ihrer Haltestellen nur eine Schätzung abgeben könnten. Das verminderte Passantenaufkommen ist offensichtlich ein Faktor, der sich negativ auf den Umsatz eines Take-Away-Betriebs auswirkt. Andererseits mag sich die generelle Schliessung von Restaurants wiederum positiv auf die allgemeine Nachfrage nach Take-Away Angeboten ausgewirkt haben. So wurden in der Zeit der Restaurantschliessungen vermehrt Restaurants als Take-Away-Betriebe geführt. Wie hoch die Nachfrage nach Take-Away am Standort der Klägerin XXXXXXXXXXXXXXX in der fraglichen Zeit war, lässt sich ex post auch mittels Gutachten kaum ermitteln. Folglich ist auch die Frage, welchen Umsatz und welchen Gewinn die Klägerin in der fraglichen Zeit hätte erzielen können, nicht abschliessend zu klären. All dies ist indes auch nicht erforderlich. Da der Mietvertrag weder ein bestimmtes Passantenaufkommen noch einen Umsatz garantiert, hat sich die Mietzinsherabsetzung nicht am tatsächlich erzielbaren Umsatz zu orientieren, sondern am Umsatzrückgang, wie er zu erwarten wäre, wenn unter normalen Verhältnissen die Fläche im Mietobjekt, die für die Konsumation genutzt wird, vom 17. März bis am 10. Mai nicht genutzt werden könnte. **Bei einem solchen Take-Away-Betrieb während rund zwei Monaten im Frühling wäre zu erwarten, dass ein beachtlicher Teil der Gäste, die im Normalbetrieb vor Ort konsumieren, stattdessen das Take-Away-Angebot nutzen würden. Insofern ist in diesem Fall von einer teilweisen Kompensation des Restaurantgeschäfts durch das Take-Away-Geschäft auszugehen.** Die Beweisofferten der Klägerin taugen nicht zu einer näheren Abklärung dieser Kompensationsmöglichkeiten. Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, dass ein Gutachten die Frage genau klären könnte, zumal das Kundenverhalten bei einer solchen temporären Einschränkung des Betriebs schwer vorauszusehen ist. **Es ist folglich zulässig, eine Schätzung der Nutzungseinschränkung nach Billigkeit vorzunehmen.**

**Die Klägerin führt unter Verweis auf eine entsprechende schriftliche Bestätigung eines Treuhänders aus, dass sie normalerweise 40% des Umsatzes mit Take-Away generiere** (Aktennotiz Noven und Plädoyernotiz vom 25. Oktober 2021, S. 5; Beilage 2 zur Eingabe vom 14. Oktober 2021), **was von der Beklagten nicht bestritten wird (Verhandlungsprotokoll vom 25. Oktober 2021), weshalb diese Zahl als Grundlage der Schätzung herangezogen werden kann.** Offensichtlich können bei einem Rückgang der Gästezahl und Schliessung der für die Konsumation vorgesehenen Flächen Personalstunden an der Kasse, bei der Reinigung und wohl auch in der Küche eingespart werden. Etwas anderes wird von der Klägerin nicht behauptet (vgl. Aktennotiz Noven und Plädoyernotiz, insb. S. 7). Der Bundesrat sah erleichterte Möglichkeiten der Kurzarbeit vor. **Unter diesen Umständen erscheint bei einer temporären Schliessung der Konsumationsfläche während rund zwei Monaten im Frühling unter Annahme einer massgeblichen Kompensation des Restaurantgeschäfts durch das Take-Away-Geschäft eine Herabsetzung des Mietzinses gemäss Art. 259d OR um 30% als angemessen.**

2.10 Im Ergebnis wird somit der unbestrittene monatliche Mietzins für die eingeklagte Zeit (17. März 2020 bis 31. März 2020 und 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020) von CHF XXXXXXXXXXXXXXX netto auf CHF XXXXXXXXXXXXXXX reduziert. Der für die eingeklagte Zeit zu viel bezahlte Mietzins beträgt CHF XXXXXXXXXXXXXXX. Der entsprechende Rückforderungsanspruch ist eine mietrechtliche Forderung, die auf Art. 259d OR beruht (BSK OR I-Weber, Art. 259d N 4a).

2.11 Der geforderte Verzugszins von 5% seit Eingang der Mahnung bei der Beklagten am 7. September 2020 wird zugesprochen (Art. 104 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 102 Abs. 1 OR).

3.

Die Klägerin dringt mit ihrer Klage zu 30% durch. Die Prozesskosten sind entsprechend zu verteilen

(Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtskosten werden in Anwendung von § 5 Abs. 1 Gerichtsgebührenreglement des Kantons Basel-Stadt [GGR; SG 154.810] auf CHF 3'000.00 festgesetzt und folglich von der Klägerin mit einem Anteil von CHF 2'100.00 sowie von der Beklagten mit einem Anteil von CHF 900.00 getragen.

Gemäss § 2a Abs. 1 des Gesetzes über die Gerichtsgebühren des Kantons Basel-Stadt [SG 154.800] werden in Verfahren vor Zivilgericht, die ihren Ursprung bei der Staatlichen Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten haben, keine Parteientschädigungen gesprochen.

**Demgemäss wird erkannt:**

1. Der Mietzins für das durch die Klägerin bei der Beklagten gemietete Restaurant XXXXXXXXXXXXX wird für die Zeit vom 17. März 2020 bis 31. März 2020 und vom 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 um 30% auf 70% des Netto-mietzinses, d.h. von CHF XXXXXXXXXXXXX auf CHF XXXXXXXXXXXXX reduziert.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin als Rückforderung für den in der Zeit vom 17. März 2020 bis 31. März 2020 und vom 1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020 zu viel bezahlten Mietzins CHF XXXXXXXXXXXXX nebst Zins zu 5% seit dem 7. September 2020 zu bezahlen.
3. Die Gerichtskosten werden auf CHF 3'000.00 festgesetzt. Der Anteil der Beklagten an den Gerichtskosten beträgt CHF 900.00, derjenige der Klägerin CHF 2'100.00.  
Dementsprechend hat die Beklagte der Klägerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss im Umfang von CHF 900.00 zu ersetzen.

ZIVILGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

lic. iur. T. Heer