



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Auswirkungen der aufgrund von COVID-19 bedingten
Lockdowns auf den Bestandzins bei der
Geschäftsraummiete“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Patrik Adler

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2021 / Vienna 2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Univ. Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

INHALTSVERZEICHNIS

1	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	4
2	LITERATURVERZEICHNIS.....	6
3	KURZBESCHREIBUNG DES THEMAS.....	9
4	FRAGESTELLUNGEN	10
5	RECHTSGRUNDLAGEN FÜR LOCKDOWNS	12
5.1	LOCKDOWN MÄRZ/APRIL 2020	12
5.2	TEIL(-LOCKDOWN) NOVEMBER 2020.....	15
5.3	LOCKDOWN AB 20. NOVEMBER 2020.....	16
6	RECHTSGRUNDLAGEN FÜR EINE (GÄNZLICHE) BESTANDZINSMINDERUNG	18
6.1	DARSTELLUNG DES § 1104 ABGB.....	18
6.2	ZUR MIETZINSMINDERUNG WEGEN TEILWEISER UNBRAUCHBARKEIT/NUTZBARKEIT.....	22
6.2.1	<i>Ad § 1105 ABGB.....</i>	22
6.2.2	<i>Ad §1096 ABGB.....</i>	24
6.3	WEGFALL DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE	26
6.4	BRANCHENUNTERSCHIEDE IN BEZUG AUF DIE ERLASSENEN VERORDNUNGEN	28
6.4.1	<i>Büroräumlichkeiten</i>	28
6.4.2	<i>Handelsgewerbe</i>	29
6.4.3	<i>Gastronomie</i>	30
6.4.4	<i>Hotellerie.....</i>	31
6.4.5	<i>Sportstätten.....</i>	31
6.4.6	<i>Fazit.....</i>	32
6.5	ZWEI RECHTSFOLGEN	32
6.5.1	<i>Keine Wiederherstellungspflicht.....</i>	32
6.5.2	<i>Preisgefahr</i>	33
6.6	BEWEISLAST HINSICHTLICH §§ 1104 F ABGB	35
6.7	EXKURS PACTVERTRÄGE	36
6.7.1	<i>Abgrenzung Geschäftsraummiete/Unternehmenspacht.....</i>	36
6.7.2	<i>Judikate zur Abgrenzung Geschäftsraummiete/Unternehmenspacht</i>	44
7	UMFASSTE BESTANDTEILE EINER BESTANDZINSMINDERUNG	47
8	VERTRAGLICHE VEREINBARUNGEN UND DEREN GRENZEN	49
8.1	ALLGEMEINES	49
8.2	VERBRAUCHERSCHUTZ	52
9	RECHTSFOLGEN BEI (NICHT-)ZAHLUNG DES BESTANDZINSES	52
9.1	ZAHLUNG DES BESTANDZINSES	53
9.2	VORBEHALTSLOSE ZAHLUNG DES GESAMTEN BESTANDZINSES.....	53
9.3	NICHTZAHLUNG DES BESTANDNEHMERS	55
9.4	VERTRAGSAUFLÖSUNG?	55
9.4.1	<i>Durch den Bestandnehmer</i>	55
9.4.2	<i>Durch den Bestandgeber</i>	58
9.4.3	<i>Automatische Vertragsauflösung.....</i>	59
10	ABSCHLUSS BESTANDVERTRAG – GRÜNDUNGSGESCHÄFT ISD KSCHG?	59
10.1	ALLGEMEINES ZUM VERBRAUCHERGESCHÄFT	59
10.2	BESONDERE KONSTELLATIONEN EINES VERBRAUCHERGESCHÄFTS	60
10.3	GRÜNDUNGSGESCHÄFTE ISD § 1 ABS 3 KSCHG	60
10.4	VERZICHTSKLAUSEL IN AGB ODER VERTRAGSFORMBLÄTTER.....	62
11	ERSTE GERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN ZU §§ 1096, 1104 F ABGB	64
11.1	FRISEURSSALON – BG MEIDLING 28.10.2020, 9 C 368/20B	64
11.1.1	<i>Sachverhalt</i>	64

11.1.2	<i>Prozessuales</i>	65
11.1.3	<i>Entscheidungsgründe</i>	66
11.2	BEKLEIDUNGSGESCHÄFT – BG MEIDLING 4.12.2020, 9 C 361/20Y.....	68
11.2.1	<i>Sachverhalt</i>	68
11.2.2	<i>Prozessuales</i>	68
11.2.3	<i>Entscheidungsgründe</i>	69
11.3	PRÄZEDENZWIRKUNG FÜR WEITERE VON COVID-19 BETROFFENE BESTANDVERHÄLTNISSE.....	72
11.4	WIE GEHT DIE ÖSTERREICHISCHE BESTANDGEBERLANDSCHAFT MIT COVID-19 UM?.....	73
12	CONCLUSIO	74
13	ABSTRACT	79
13.1	DEUTSCH.....	79
13.2	ENGLISH.....	81

1 Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
BG	Bezirksgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bzw	Beziehungsweise
COVID-19	Corona Virus Disease 2019
E	Entscheidung(en)
EvBL	Evidenzblatt
Gem	Gemäß
HA	Herrschende Ansicht
HM	Herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
IdF	In der Fassung
IdR	In der Regel
Insb	Insbesondere
IO	Insolvenzordnung
IS	Im Sinne
ISd	Im Sinne des
ISe	Im Sinne einer
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
JBl	Juristische Blätter
LG	Landesgericht
Lit	Literatur
ME	Meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MRG	Mietrechtsgesetz
MwN	Mit weiteren Nachweisen
Net	NOVA & VARIA – Zeitschrift des Juristenverbandes
Nr	Nummer

OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
SARS	Severe Acute Respiratory Syndrome
StRsp	Ständige Rechtsprechung
Ua	Unter anderem
Uvm	Und viele mehr
Va	Vor allem
Vgl	Vergleiche
Wobl	Wohnrechtliche Blätter
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz

2 Literaturverzeichnis

Kommentare

Bollenberger in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB - Kurzkomentar⁵ § 901.

Fenyves in *Klang* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³ § 901.

Hausmann in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Wohnrecht – MRG: Kommentar³ § 1.

Höllwerth in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), GeKo Wohnrecht I § 1104, § 1117 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Iro/Rassi in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB - Kurzkomentar⁵ § 1104, § 1117 ABGB.

Krejci in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 1, § 9 KSchG (Stand 1.1.2002, rdb.at).

Kronthaler in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), Gesamtkommentar Wohnrecht II § 6, § 9 KSchG (Stand 15.10.2018, rdb.at).

Lovrek in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB-Kommentar⁴ § 1096, §§ 1104-1108 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Pesek in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ § 1117.

Pletzer in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), Gesamtkommentar Wohnrecht I § 1096 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Prader, Manz Wohnrecht, MRG^{5.15} § 1 (Stand 1.10.2020, rdb.at).

Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096, § 1105, § 1119 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

Rummel in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB-Kommentar⁴ § 863, § 901 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

Wiebe in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.04} § 863 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Aufsätze

Aichinger, Friseur muss wegen Covid keine Miete zahlen, Die Presse 2020/45/01.

Ebhart, Mietzinsminderung und Mietzinsbefreiung in Zeiten der Pandemie, immo 2020, 81.

Edelhauser, Bestandrechtliche Folgen der COVID-19-Pandemie - gänzlich anders als im Regelfall?, ÖJZ 2020/46.

Ehgartner/Weichbold, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume?, wbl 2020/250.

Fadinger/Seeber, COVID-19 alleine reicht nicht für eine Mietzinsminderung gem §§ 1104 f ABGB, wobl 2020/189.

Hirsch, Entgeltansprüche von Beherbergungsunternehmen in eingeschneiten Wintersportorten, ZVR 2000, 4.

Hochleitner, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter. Ist die Rechtslage tatsächlich so eindeutig? ÖJZ 2020/72.

Kapoun/Baierl, Auswirkungen von COVID-19 auf Bestandverträge, NetV 2020, 80.

Karaushek, Mietzinsminderung und Mietzinsbefreiung in Zeiten der Pandemie, immo 2020, 81.

Klein, Geschäftsraummiete oder Pacht, immolex 2017/41.

Krenn/Schüssler-Datler, Miete zahlen oder nicht? Zur Bestandzinsfortzahlung während hoheitlicher COVID-19 Einschränkungen, RZ 2020/123.

Kronthaler, Die Auswirkungen der Verbreitung von COVID-19 auf Miet- und Pachtverträge. Eine kritische Überprüfung der §§ 1104 f ABGB, RdW 2020/250.

Lovrek, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60.

Ofner, Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich, ZfRV 2020/13.

Perner, ABGB-Gefahrtragungsregeln zugunsten von Verbrauchern zwingend, RdW 2005, 590.

Prader, Wider die drei vermietetfreundlichen COVID-19-Thesen, immolex 2020/138.

Prader/Gottardis, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, immolex 2020/6.

Rabl, Schneechaos und Hotelstorno, ecolex 1999, 150.

Rosifka, Wohnrechtliche Aspekte der Corona-Krise, VbR 2020/53.

Vonkilch im Interview mit Kommenda, Wer wegen Corona weniger Miete zahlen muss, Die Presse 2020/13/01.

Sonstige Quellen

Ad-hoc Meldung der IMMOFINANZ AG vom 25.11.2020, abrufbar unter <https://immofinanz.com/de/news/immofinanz-mieterlose-in-q1-3-2020-um-5-7-gesteigert-ffo-1-liegt-um-10-1-uber-vorjahresniveau> (zuletzt abgerufen am 25.11.2020).

Artikel aus der Online-Ausgabe der Tageszeitung „Der Standard“ vom 9.11.2020, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000121559852/experten-sagen-fuer-2021-eine-pleitewelle-voraus> (zuletzt abgerufen am 2.12.2020).

Ein exemplarischer Artikel aus der Onlineausgabe der Tageszeitung Kurier vom 5.7.2020 über Kroatien, abrufbar unter <https://kurier.at/chronik/welt/kroatien-urlaub-wackelt-rasanter-zuwachs-bei-corona-infektionen/400963061> (zuletzt abgerufen am 20.11.2020).

PwC Legal Blog - Covid-19: Auswirkungen auf Rechte von Mietern und Vermietern in Österreich, abrufbar unter <https://blog.pwclegal.at/covid-19-Auswirkungen-auf-Rechte-von-Mietern-und-Vermietern-in-oesterreich> (zuletzt abgerufen am 22.10.2020).

Website der Weltgesundheitsorganisation (WHO) abrufbar unter <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.

Website der WKO, abrufbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/insolvenz-covid-19.html> (zuletzt abgerufen am 2.12.2020).

Website der österreichischen Justiz unter „Häufige Fragen – Corona und Justiz“, abrufbar unter <https://www.justiz.gv.at/home/covid-19/haeufige-fragen~7bd.de.html> (zuletzt abgerufen am 29.10.2020).

Website des BG Meidling: Übersicht der E zum Entfall des Mietzinses während des Corona-Lockdowns im Frühjahr 2020, abrufbar unter <https://www.justiz.gv.at/bg-meidling/bezirksgericht-meidling/pressemitteilungen~994.de.html>.

3 Kurzbeschreibung des Themas

Das Umfeld für österreichische Gewerbetreibende, Bestandgeber als auch Bestandnehmer hat sich durch den Ausbruch der „Corona“-Pandemie im März 2020 schlagartig verändert. Die zur Bekämpfung der Pandemie geschaffenen, radikalen Einschränkungen sind dieser Generation bisher gänzlich unbekannt gewesen.

Die Bundesregierung war angesichts der rasanten Verbreitung des Virus übereinstimmend mit den meisten Ländern Europas bzw der Erde gezwungen, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die mit wenigen Ausnahmen einen gänzlichen Stillstand der österreichischen Wirtschaft zur Folge hatten. Ausnahmen betrafen etwa Apotheken und den Lebensmittelhandel. Da für die österreichischen Geschäftsraummieter als auch Unternehmenspächter Einnahmen ohne Vorwarnung abrupt wegfielen – und das für eine unbestimmte Zeit -, wurde die Frage sofort aktuell, welchen Einfluss dieser verordnete sogenannte Lockdown auf bestehende Miet- und Pachtverhältnisse hat(te).

Dabei hat diese Frage nicht lediglich juristische Bedeutung, sondern vielmehr in einer Vielzahl an Fällen auch eine existenzielle Bedeutung. Es liegt auf der Hand, dass Geschäftsraummieter oder Pächter damit kalkulieren, die entsprechend vereinbarte Miete oder Pacht aus den laufenden Einnahmen zu decken. Durch den mitunter gänzlichen Wegfall aller Einnahmen – trotz fortlaufender Kosten – stellt sich selbst bei solventen Mietern oder Pächtern zwangsläufig rasch eine existenzbedrohende Situation ein. Ebenso stellt diese Situation für Bestandgeber eine große Herausforderung dar, da Immobilien meist finanziert werden, deren Raten durch die vereinbarten Miet- oder Pachteinahmen gedeckt werden. Selbst große (finanzstarke) börsennotierte Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand die Vermietung von Geschäftsräumen ist, sind hiervon erheblich getroffen. Betrachtet man etwa die entsprechenden Börsenkurse dieser Gesellschaften, zeigt sich deutlich, dass Anleger um deren Solvenz, aber auch hinsichtlich der zukünftigen Tragfähigkeit von deren Geschäftsmodell, höchst besorgt sind.

Eine Vielzahl an Stimmen aus der Literatur aber auch von Anwaltskanzleien selbst hat sich freilich rasch mit der Frage beschäftigt, in welchen Fällen ein (teilweiser) Bestandzinsentfall für den Zeitraum des Lockdowns – wie – argumentierbar sein kann.

Das österreichische Justizministerium hat ihre Rechtsansicht – ohne einer gerichtlichen Würdigung vorzugreifen – veröffentlicht. Die lautet wie folgt: *„Das Bundesministerium für Justiz vertritt unvorgreiflich der unabhängigen Rechtsprechung die Rechtsansicht, dass das ABGB für den Fall, dass ein Geschäftsraummieter seine Geschäftsräumlichkeiten aufgrund der getroffenen Maßnahmen gegen das Coronavirus (COVID-19) nicht mehr nutzen kann, bereits Regelungen vorsieht. Aus den §§ 1104 f ABGB und § 1096 ABGB kann abgeleitet werden, dass nach geltendem Recht der Vermieter das Risiko dafür trägt, dass der Geschäftsraum wegen außerordentlicher Zufälle nicht gebraucht werden kann. Dem Mieter einer Geschäftsräumlichkeit kann daher – je nach Grad der Einschränkung – eine Mietszinsreduktion (bis zum gänzlichen Mietzinsentfall) zustehen. Dies gilt für alle Geschäftsraummieter, unabhängig davon, ob das MRG anwendbar ist. Freilich müssen jeweils die Umstände des Einzelfalls und der konkrete Vertrag berücksichtigt werden.“*¹

Die Information lautete im Ergebnis, dass das ABGB² sowie das MRG³ bereits mehrere Bestimmungen enthalten, die diese Fragen regeln sollen. Aufgrund der rege und durchaus kontrovers geführten Diskussion in der Lit scheint dies dennoch nicht ganz klar zu sein.

4 Fragestellungen

Diese Thesis verfolgt das Ziel, eine hilfreiche Darstellung der wesentlichen Meinungen aus der österreichischen Literatur bzw (höchst)gerichtlicher Entscheidungen (soweit verfügbar) zu liefern. Diese soll dem Zweck dienen, sowohl Vermieter bzw Verpächter, als auch Mieter bzw Pächter von Geschäftsräumen ein qualifiziertes Ergebnis der gegenständlichen Forschungsfrage zu liefern. Von besonderer Bedeutung bei der Bearbeitung der gegenständlichen Fragestellungen sind die §§ 1104 f ABGB. Der § 1104 ABGB regelt den gänzlichen Entfall der Zahlungspflicht, und zwar nur für den Fall, dass *„eine in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, ua in Gestalt einer*

¹ Siehe auf der Website der österreichischen Justiz unter „Häufige Fragen – Corona und Justiz“ <https://www.justiz.gv.at/home/covid-19/haeufige-fragen~7bd.de.html>.

² Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946.

³ Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (Mietrechtsgesetz – MRG) BGBl 1981/520.

Seuche gar nicht benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten.“

§ 1105 ABGB regelt hingegen den Fall in dem Mieter bzw Pächter einen zumindest beschränkten Nutzen an der Bestandsache haben. Die Bestimmung lautet wie folgt: *„Behält der Mieter trotz eines solchen Zufalls einen beschränkten Gebrauch des Mietstückes, so wird ihm auch ein verhältnismäßiger Teil des Mietzinses erlassen. Dem Pächter gebührt ein Erlaß an dem Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Der Verpächter ist so viel zu erlassen für schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt.“* Das Gesetz diskriminiert hier bewusst Pächter, in dem es zwei zusätzliche Schwellen enthält. Näheres hierzu an anderer Stelle dieser Thesis (siehe 6.7 Exkurs – Pacht).

Auch werden in dieser Arbeit alle weiteren denkbaren Ansprüche wie etwa eine Vertragsauflösung ausführlich aufbereitet. Neben den §§ 1104f ABGB sieht auch § 1096 ABGB eine Bestandszinsminderung (bis zum gänzlichen Entfall) bei Fällen höherer Gewalt vor. Dem § 1096 ABGB wird in dieser Thesis ebenso ein eigenes Kapitel gewidmet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Vermieter die Preisgefahr sowohl in Fällen, in denen die Bestandsache mangelhaft wird, als auch in jenen in denen die Bestandsache nicht zum bedungenen Gebrauch verwendet werden kann, und zwar unabhängig vom Verschulden des Vermieters (Zufall auch mitumfasst), tragen.⁴

Diese Arbeit behandelt der Vollständigkeit auch die möglichen Folgen ungerechtfertigter Bestandszinsminderung bzw des gänzlichen Ausbleibens von Bestandszinszahlungen. Außerdem geht der Autor in einem Exkurs auch auf einzelne relevante Fragen betreffend Pachtverhältnisse ein. Insbesondere wird der Fokus auf die Abgrenzung und die daraus folgende unterschiedliche Behandlung gelegt.⁵ Bei der Beurteilung der gegenständlichen

⁴ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 1.

⁵ Dies erachtet in diesem Zusammenhang auch *Fadinger/Seeber* in wobl 2020/189 als wesentlich.

Forschungsfragen ist neben den gesetzlichen Regelungen stets auch die Prüfung des zugrundeliegenden konkreten Vertragswerkes im Einzelfall von zentraler Bedeutung.

Abschließend werden die erste E des BG Meidling⁶ ausführlich aufbereitet, die Causen hinsichtlich eines Mietzinsminderungsansprüchen gem. §§ 1096 und 1104 f ABGB betroffen haben. Den E lag jeweils ein Sachverhalt zugrunde, bei dem der Bestandnehmer sein Geschäftslokal in Folge der behördlichen Betretungsverbote während des ersten Lockdowns beginnend mit 16. März 2020 gänzlich schließen musste. Die Bestandnehmer haben im Verfahren jeweils eingewandt, dass dadurch eine gänzliche Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes einherging.

5 Rechtsgrundlagen für Lockdowns

5.1 Lockdown März/April 2020

Der österreichische Nationalrat hat am 15. März 2020 das COVID-19-Maßnahmengesetz erlassen, auf dessen Grundlage Betretungsverbote für Betriebe, die Waren oder Dienstleistungen anbieten, erlassen wurden. Um diese Verbote rückwirkend ab dem 16. März 2020 auf alle Arbeitsorte iSd § 2 Abs 3 ArbeitnehmerInnenschutzG⁷ zu erweitern, wurde am 20. März 2020 auf Basis des § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz⁸ per Verordnungen⁹ beschlossen.¹⁰ Durch diesen sogenannten Lockdown sollten die Bewegungen in Österreich so weit wie möglich reduziert werden, um eine weitere Verbreitung des Virus zu verhindern. Das Credo hierfür lautete, dass mit jeder Reduktion der Bewegungsfreiheit, weniger Kontakte zwischen Menschen erfolgen und ergo auch weniger Ansteckungen erfolgen. Diese Taktik ist insofern erfolgsversprechend, da die überwiegende Mehrheit der Infektionen von Menschen passieren, die (womöglich) symptomlos ihre gewohnten Wege ua zum Arbeitsplatz, zum Ausbildungsort, zu Feiern oder zu großen öffentlichen Veranstaltungen gingen.

⁶ Die E sind im RIS nicht veröffentlicht. Auf der Website des BG Meidling werden beide E veröffentlicht. Übersicht der E zum Entfall des Mietzinses während des Corona-Lockdowns im Frühjahr 2020, abrufbar unter <https://www.justiz.gv.at/bg-meidling/bezirksgericht-meidling/pressemitteilungen~994.de.html>.

⁷ Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG) BGBl 1994/450.

⁸ COVID-19 Gesetz BGBl I 2020/12.

⁹ Verordnung des BM für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBl II 2020/96 und den dazu ergangenen Änderungen.

¹⁰ Siehe zum gesamten Kapitel im Detail *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46.

Die ersten in Österreich gesetzten Maßnahmen wurden noch auf Basis des EpidemieG 1950¹¹ gesetzt. Gem. § 1 Abs 2 EpidemieG war der Bundesminister für Gesundheit ermächtigt, weitere übertragbare Krankheiten der Meldepflicht bzw dem EpidemieG selbst zu unterwerfen.¹² Hinsichtlich COVID-19 bedingten Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfällen ist dies am 27. März 2020 auf dieser Basis auch erfolgt.¹³

Aus der Sicht der Verwaltung handelt es sich bei Gesundheitsmaßnahmen um eine Kompetenz der mittelbaren Bundesverwaltung. Danach ist je nach Regelungsinhalt entweder der Bundesminister selbst oder die Bezirksverwaltungsbehörden, durch den jeweiligen Magistrat oder Bezirkshauptmann zuständig. Die Verordnung „*betreffend die Betriebsbeschränkungen oder Schließung gewerblicher Unternehmungen bei Auftreten von Infektionen mit COVID-19 (neuartiges Coronavirus)*“¹⁴ wurde auch vom zuständigen Bundesminister erlassen und mit 28. Februar 2020 kundgemacht. Selbst hinsichtlich der Regelungsinhalte, für die die Bezirksverwaltungsbehörden selbst zuständig sind, konnten diese erst auf Basis eines Erlasses des Bundesministers Verordnungen erlassen werden. Um Lesern dieser Arbeit ein Beispiel hierzu zu nennen, wird etwa der Erlass des Bundesministers vom 10. März 2020¹⁵ näher beleuchtet. Auf dieser Grundlage haben alle Bezirksverwaltungsbehörden eine gleichlautende Verordnung mit dem Ziel, größere Menschenmengen zu verhindern erlassen. Die Bezirksverwaltungsbehörde für Wien, der Magistrat (Abteilung 15) erließ die Verordnung „*betreffend Maßnahmen gegen die Weiterverbreitung des neuartigen Coronavirus (COVID-19)*“.¹⁶

Am 15. März 2020 wurde schließlich das 1. COVID-19-Gesetz erlassen, das den Bundesministern weitreichende Ermächtigungen einräumt, diverse Regelungen für Hilfspakete, des Schulunterrichts, zum Arbeitsrecht zu schaffen. Der Gesundheitsminister wurde – wie bereits erwähnt – ermächtigt, Maßnahmen zur Verhinderung der weiteren Verbreitung von COVID-19 zu erlassen.¹⁷

¹¹ Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186.

¹² Edelhauser, ÖJZ 2020/46, 341 f.

¹³ BGBl II 2020/15.

¹⁴ BGBl II 2020/74.

¹⁵ 2020 – 0.172.682.

¹⁶ Edelhauser, ÖJZ 2020/46, 341 f.

¹⁷ Edelhauser, ÖJZ 2020/46, 341 f.

Auf Basis des 1. COVID-19-Gesetzes hat der Gesundheitsminister am 15. März 2020 die folgende Verordnung¹⁸ erlassen:

„Auf Grund § 1 des Bundesgesetzes betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19 Maßnahmengesetz), BGBl. I Nr. 12/2020 wird verordnet:

§ 1. Das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen sowie von Freizeit- und Sportbetrieben zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder der Benützung von Freizeit- und Sportbetrieben ist untersagt.

§ 2. § 1 gilt nicht für folgende Bereiche: 1. öffentliche Apotheken, 2. Lebensmittelhandel (einschließlich Verkaufsstellen von Lebensmittelproduzenten) und bäuerlichen Direktvermarktern, 3. Drogerien und Drogeriemärkte, 4. Verkauf von Medizinprodukten und Sanitärartikeln, Heilbehelfen und Hilfsmitteln, 5. Gesundheits- und Pflegedienstleistungen, 6. Dienstleistungen für Menschen mit Behinderungen die von den Ländern im Rahmen der Behindertenhilfe-, Sozialhilfe-, Teilhabe- bzw. Chancengleichheitsgesetze erbracht werden, 7. veterinärmedizinische Dienstleistungen, 8. Verkauf von Tierfutter, 9. Verkauf und Wartung von Sicherheits- und Notfallprodukten, 10. Notfall-Dienstleistungen, 11. Agrarhandel einschließlich Schlachttierversteigerungen sowie der Gartenbaubetrieb und der Landesproduktenhandel mit Saatgut, Futter und Düngemittel, 12. Tankstellen, 13. Banken, 14. Post einschließlich Postpartner, soweit deren Unternehmen unter die Ausnahmen des § 2 fällt, und Telekommunikation, 15. Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Rechtspflege, 16. Lieferdienste, 17. Öffentlicher Verkehr, 18. Tabakfachgeschäfte und Zeitungskioske, 19. Hygiene und Reinigungsdienstleistungen, 20. Abfallentsorgungsbetriebe, 21. KFZ-Werkstätten.

§ 3. (1) Das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe ist untersagt.“ Der Abs 2 des § 3 dieser Verordnung definiert noch einige wenige Ausnahmen hinsichtlich der Gastronomie. Trotz der zahlreichen Ausnahmen gem. § 2

¹⁸ BGBl 2020/96.

wird das Ausmaß des negativen Eingriffs in die österreichische Wirtschaft deutlich. Lediglich am Rande soll erwähnt sein, dass einzelne Branchen (siehe etwa § Z 8 - Tierfutterhandel) einen starken Nachfrageboom erleben konnten.

5.2 Teil(-lockdown) November 2020

Angesichts der stark ansteigenden Fallzahlen in Österreich war der Gesetzgeber im Herbst 2020 abermals gezwungen, Einschränkungen der Bewegungsfreiheit der Menschen in Österreich zu etablieren. Auch wenn Österreich einen weitestgehend uneingeschränkten Sommer erlebt hat, oder besser: gerade deswegen wirkt die „zweite COVID-19-Welle“ noch heftiger als es im März/April 2020 der Fall war. Da der Tourismus in Österreich – ob des hohen BIP-Anteils – eine besonders wichtige Position einnimmt, war der Sommer 2020 aus Sicht der Teilnehmer im Tourismusgewerbe in Bezug auf die Nächtigungszahlen rekordverdächtig. Einen weiteren Beitrag zur neuerlichen Verbreitung des Virus leisteten die offenen Grenzen zu den Nachbarländern, aber auch zu Ländern ans Meer. Aus diesen Ländern stammten nachweislich eine Vielzahl an Infektionen.¹⁹

Folgende Überlegungen waren Anlass für einen weiteren (Teil-)Lockdown (Auszug aus der Parlamentskorrespondenz Nr. 1114 vom 1. November 2020):

„Gesundheitsminister Anschöber sprach im Hauptausschuss von einem "Wettlauf mit der Zeit" und bekräftigte, dass die Zahl der Neuinfektionen eine Notbremung notwendig mache, die auch mit den europäischen Partnern abgesprochen sei. Aus seiner Sicht entwickle sich die zweite Welle schneller und das Virus schein infektiöser, darauf deute auch der Vergleich von prognostizierten Infektionszahlen mit den realen Zahlen. So sei die tatsächliche Infektionszahl für Samstag der Vorwoche um rund 63 % höher gelegen als ursprünglich prognostiziert. Nun ergeben Neuberechnungen für Samstag, dem 7. November, eine prognostizierte Infektionszahl von 6.300 und damit schwere Auswirkungen auf das Gesundheitssystem und den intensivmedizinischen Bereich.

¹⁹ Ein exemplarischer Artikel aus der Onlineausgabe der Tageszeitung Kurier vom 5.7.2020 über Kroatien, abrufbar unter <https://kurier.at/chronik/welt/kroatien-urlaub-wackelt-rasanter-zuwachs-bei-corona-infektionen/400963061>.

Anshober merkte an, dass bei rund 70 Prozent der Ansteckungsfälle nicht klar sei, wo die Ansteckung erfolgte und die Positiv-Testrate mittlerweile bei 17 bis 20 Prozent liege. Im Gegensatz zum Frühjahr würde nun ein Teil-Lockdown umgesetzt werden, der schwere Einschnitte für die Bevölkerung und die Wirtschaft bedinge. Man habe bewusst keine Beschränkungen über den ganzen Tag angestrebt, da man eine wirtschaftliche Katastrophe verhindern wolle, so Anshober. Aus diesem Grund können der Handel- und Schulbereich unter bestimmten Schutzmaßnahmen offen bleiben. Nicht ausschließen konnte der Gesundheitsminister Nachjustierungen der Maßnahmen und gestand auch Kommunikationsfehler in der Vergangenheit ein.“²⁰

Um der Lage Herr zu werden, wurde auf Grundlage der §§ 3 Abs 1, 4 Abs 1 und 5 Abs 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl I 2020/12, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I 2020/104, sowie des § 15 des EpidemieG, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I 2020/104, die COVID-19-SchuMaV²¹ erlassen. Kernstück der Verordnung sind folgende Maßnahmen:

Übereinstimmend mit dem ersten Lockdown im März/April 2020 wurde neuerlich eine (wenn auch eingeschränkte) Ausgangsbeschränkung etabliert. Von 20 Uhr bis 6 Uhr früh darf das eigene Zuhause zulässigerweise nur noch in wenigen Fällen verlassen werden. Für diese Thesis sind die Schließungen der gesamten Gastronomie, mit Ausnahme der Abholung und Lieferung bzw einigen wenigen gem. § 7 Abs 2 der Verordnung besonders relevant. Für die gegenständlichen Fragen zur Unternehmenspacht ist die Schließung der Hotellerie besonders relevant. Dies da Hotelbetriebe oftmals gepachtet werden. Diese Branche durfte ab dem Zeitpunkt der angeordneten Betretungsverbote nur noch ausnahmsweise Gäste beherbergen.²²

5.3 Lockdown ab 20. November 2020

Nachdem auch der Teil-(Lockdown) beginnend mit 3. November 2020 nicht ausreichte, die gewünschte Reduktion der Neuankommlinge zu bewirken, war die Regierung gezwungen – nach März 2020 neuerlich einen harten Lockdown zu verordnen. Dieser hat

²⁰ Auszug aus der Parlamentskorrespondenz Nr. 1114 vom 1.11.2020.

²¹ COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung BGBl II 2020/463.

²² Siehe § 8; *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46, 341 f.

am 20. November 2020 begonnen und sah Einschränkungen vor, die weitestgehend vergleichbar mit jenen des Lockdowns vom März/April 2020 waren. Das heißt, dass sowohl Anbieter von Dienstleistungen als auch der Handel nun wieder befristet schließen mussten. Sämtliche Sportanlagen für den Amateursport waren abermals zu schließen. Vorerst galten sämtliche Schließungsmaßnahmen für einen Zeitraum von knapp drei Wochen. Es wurde aber bereits betont, dass sämtliche Maßnahmen in Abhängigkeit der COVID-19 Lage auch verlängert werden können. Grundlage für diese Maßnahmen bildete die COVID-19-Notmaßnahmenverordnung²³, die wiederum auf den §§ 3 Abs 1, 4 Abs 1 und 5 Abs 1 des COVID-19-Maßnahmegesetzes, sowie des § 15 des EpidemieG gründete. In § 1 Abs 1 der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung bringt der Gesetzgeber die Intention der neuen Einschränkungen insofern zu Ausdruck, als diese „zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 und zur Verhinderung eines Zusammenbruchs der medizinischen Versorgung“ dienen.²⁴ Intensivmediziner warnten in den Wochen vor dem 20. November 2020, wonach die Kapazität der Intensivmedizin beinahe ausgeschöpft war und ein weiterer Anstieg der Infektionszahlen das Gesundheitssystem derart überfordert hätte, dass neue Patienten entsprechend einer Triage selektiert hätten werden müssen. Eine Triage wurde grundsätzlich für den Katastrophenfall konzipiert, um eine hohe Zahl an Patienten entsprechend deren Überlebenschancen „auszuselektieren“. Das würde im *worst case* bedeuten, dass ein schwerverletzter Patient (zB ein Verkehrsunfallopfer) dann nicht mehr (ordnungsgemäß) behandelt werden könnte, wenn keine Ressourcen für die erforderliche Behandlung mehr zur Verfügung stehen sollten. Da die österreichische Regierung ein solches Szenario nachvollziehbarerweise um jeden Preis verhindern wollte, war dieser Lockdown laut Regierung und deren beratenden Experten alternativlos.

Wie bereits umfassend dargestellt, ist die überwiegende Anzahl der Wirtschaftstreibenden seit dem ersten Lockdown, beginnend mit 16. März 2020, hart getroffen. Durch diese Betroffenheit und den damit verbundenen Einbußen hinsichtlich deren Einnahmen ist es nicht nur aus juristischer – sondern vielmehr aus finanzieller – Sicht von enormer Bedeutung, ob (und wenn ja, in welcher Höhe) für die entsprechenden Zeiträume (je nach Branche) Mietzinse für Geschäftsräume oder Pachtzinse für

²³ BGBl II 2020/479.

²⁴ Edelhauser, ÖJZ 2020/46, 341 f.

Unternehmenspachten zu bezahlen sind. Für solche Überlegungen hält die österreichische Rechtsordnung einige Möglichkeiten bereit und werden diese auch in der Folge aufbereitet.

Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich Österreich seit dem 26. Dezember 2020 neuerlich in einem harten Lockdown, vergleichbar zu März/April 2020, befindet.²⁵ Am Tag der Abgabe dieser Thesis wurde eine weitere Verlängerung des Lockdowns verkündet. Grund dafür sind mehrere in Europa grassierende Mutationen von COVID-19.

6 Rechtsgrundlagen für eine (gänzliche) Bestandzinsminderung

6.1 Darstellung des § 1104 ABGB

Die im Dezember 2019 – vermutlich in China – ausgebrochene Lungenkrankheit – COVID-19 hat sich im Laufe der folgenden Monate zur internationalen Pandemie entwickelt und erreichte letztlich auch Österreich. Die österreichische Regierung verhängte in der Folge einen gänzlichen, sogenannten harten Lockdown, sprich sämtliche nicht essentiellen wirtschaftlichen Bereiche mussten auf unbestimmte Zeit schließen, um eine weitere Ausbreitung der Pandemie einzudämmen. Da weder eine zweifelsfreie gesetzliche noch eine gerichtliche Klärung zur Verfügung steht, stellt sich nun die Frage, ob Bestandgeber Anspruch auf Miet- bzw Pachtzins für den behördlich geschlossenen Zeitraum haben. Die Lösung dieser Frage ist sowohl für unzählige Mieter bzw Pächter als auch für die gesamte Vermieterlandschaft österreichischer Geschäftsräume von essentieller, insbesondere finanzieller, Bedeutung.

Die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB setzt zwei Tatbestandsvoraussetzungen voraus, die beide erfüllt sein müssen. So muss es sich um einen außerordentlichen Zufall handeln, der für die Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes auch zwingend kausal sein muss.²⁶ Die

²⁵ Rechtsgrundlage hierfür ist die 598. Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die Verordnung, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (3. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – 3. COVID-19-SchuMaV), geändert wird und die Verordnung, mit der besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Notsituation auf Grund von COVID-19 getroffen werden (2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung – 2. COVID-19-NotMV), erlassen wird, BGBl II 2020/598.

²⁶ *Krenn/Schüssler-Datler*, RZ 2020/123 (124).

Bestimmung nennt neben Feuer, Krieg, große Überschwemmungen, Wetterschläge, gänzlichen Misswuchs, auch eine Seuche explizit als einen solchen außerordentlichen Zufall. Diese Aufzählung ist aber nicht abschließend.²⁷ Folglich muss geprüft werden, ob die in Reaktion auf die Lungenkrankheit COVID-19 verordneten Betretungsverbote von Betriebsstätten einen solchen außerordentlichen Zufall im Sinne dieser Bestimmung darstellen.

Das Gesetz definiert also eine Vielzahl an elementaren Ereignissen als außerordentliche Zufälle. Nach einem Judikat des OGH²⁸ ist ein zehnjähriges Hochwasser kein solches Elementarereignis. Der OGH hat sich mehrfach mit der Frage zu beschäftigen, was als höhere Gewalt zu qualifizieren ist. Die ergangene Rechtsprechung findet sich zu § 364 ABGB und lautet wie folgt:

„Nur ein unabwendbares Elementarereignis bedeutet höhere Gewalt, sei es, dass es überhaupt nicht verhindert werden kann, sei es, dass es auch durch äußerste, den gegebenen Umständen angemessene Sorgfalt und durch dem Verantwortlichen zumutbare Mittel in seinem Eintritt oder in seinen Wirkungen auf den Schadensfall nicht hintangehalten werden kann (so schon SZ 24/52).“²⁹

„Höhere Gewalt ist dann anzunehmen, wenn ein außergewöhnliches Ereignis von außen einwirkt, das nicht in einer gewissen Regelmäßigkeit vorkommt bzw zu erwarten ist und selbst durch äußerste zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch in seinen Folgen unschädlich gemacht werden kann. Unabwendbar ist aber auch jedes nicht außergewöhnliche Ereignis, das trotz aller erdenklichen Sachkunde und Vorsicht nicht abgewendet werden kann. (T3)“³⁰

Ganz allgemein versteht man unter einem Zufall, ein Ereignis, das trotz gehöriger Sorgfalt nicht abwendbar ist. Dieses Ereignis tritt unabhängig vom Verschulden einer Partei ein,³¹ und kann von keiner der Parteien beherrscht oder kontrolliert werden. COVID-19 kann

²⁷ RIS-Justiz RS0020783, wonach die Bedeutung des § 1104 ABGB darin besteht, dass die Erhaltungspflicht des Bestandgebers nach § 1096 ABGB durchbrochen wird.

²⁸ OGH 29.1.2002, 1 Ob 285/01w.

²⁹ Vgl RIS-Justiz RS0027309.

³⁰ OGH 19.12.2000, 1 Ob 93/00h.

³¹ Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 13.

weder von Bestandgebern noch Bestandnehmern abgewendet, unschädlich gemacht oder beherrscht werden.³² Solche Elementarereignisse betreffen naturgemäß einen größeren Personenkreis und kann daher auf Grundlage genereller gesetzlicher Regelungen auch von niemandem Ersatz für entstandene Schäden verlangt werden.³³

Zu beachten ist, dass die Seuche als solche – in aller Regel – nicht in den Betriebsstätten selbst ist, sondern die Betretungsverbote ausgesprochen wurden, um eine Übertragung des Virus von Mensch zu Mensch zu verhindern. In der Literatur ist es strittig, ob ein Anspruch auf Zinserlass auch durch Geschehnisse gerechtfertigt sein kann, die die Betriebsstätte an sich gar nicht betreffen, aber dennoch evidentermaßen ein Betriebshindernis darstellen.³⁴

Die Rechtsprechung wandte § 1104 ABGB in der Vergangenheit auch in Fällen von keiner der Parteien provozierte hoheitliche Verfügungen, zB Beschlagnahme durch eine Besatzungsmacht³⁵ oder das Ausfischen eines gepachteten Fischereirechtes durch eine solche³⁶ oder die Gefahr terroristischer Anschläge³⁷, an. Auch ein Hochwasser, das nur alle 200 Jahre vorkommt, stellt ein Elementarereignis dar. Die letzte folgenreiche Pandemie (das war die Spanische Grippe) erreichte Österreich im Jahr 1916. Somit spricht einiges dafür, dass auch COVID-19 ein solches Elementarereignis darstellt.

Unter strenger Anwendung des § 1104 ABGB scheint die Lungenkrankheit „*COVID-19*“ als Seuche im Sinne des Gesetzestextes qualifizierbar zu sein.³⁸ Der OGH³⁹ hatte sich in diesem Zusammenhang bereits 2005 mit der Frage zu beschäftigen, ob das SARS Virus, das seinerzeit in Hongkong ausgebrochen ist, als höhere Gewalt zu klassifizieren war. Der OGH erkannte damals, dass es sich bei diesem Virus um höhere Gewalt handelte. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem zugrundeliegenden Sachverhalt um eine stornierte Flugreise in den asiatischen Raum handelte. Da sowohl SARS aus 2004 und

³² Edelhauser, ÖJZ 2020/46, 344.

³³ 1 Ob 306/02k = immolex 2003/152; Ofner, ZfRV 2020/13; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1108 Rz 4; Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 13.

³⁴ Krenn/Schüßler-Datler, RZ 2020, 123 (125).

³⁵ RIS-Justiz RS0038602 bzw RS0023985.

³⁶ RIS-Justiz RS0024903.

³⁷ RIS-Justiz RS0021342.

³⁸ Der Lit ist keine überzeugende Argumentation zu entnehmen, wonach dies in Frage gestellt wird. Lediglich beispielhaft sind etwa Prader/Gottardis, immolex 2020, 106; Lovrek, ZIK 2020/60 zu nennen.

³⁹ OGH 14.6.2005, 4 Ob 103/05h.

COVID-19 respiratorische Viren ähnlicher Gattung sind, wäre es naheliegend, dass österreichische Gerichte zum selben Ergebnis gelangen könnten; mit der Folge des (teilweisen) Entfalls des Bestandzinses.

Eine Seuche ist eine bedrohliche und sich rasch ausbreitende Krankheit.⁴⁰ Gemäß der Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020⁴¹ ist das „*neuartige 2019 Coronavirus*“ anzeigepflichtig. Somit liegt es sehr nahe, dass COVID-19 eine Seuche darstellt.⁴²

Da Seuchen in § 1104 ABGB explizit (als Ereignisse höherer Gewalt) genannt werden, scheint eine der gegenständlichen Forschungsfragen – vorbehaltlich der höchstgerichtlichen Klärung – beantwortet zu sein. Aufgrund der Aufzählung in § 1104 ABGB liegt die Einschränkung des Gebrauchs nicht in der Sphäre des Bestandnehmers und ist dies daher auch kein vom Bestandnehmer zu tragendes allgemeines Lebensrisiko. *Lovrek* und *Prader* sprechen sich daher gegen eine Anwendbarkeit des § 1107 ABGB (Unbrauchbarkeit aus der Sphäre des Bestandnehmers) aus.⁴³

Gem. § 1104 ABGB hätte der Mietzins zu entfallen, sofern die in Bestand genommene Sache aufgrund einer Seuche zur Gänze nicht benutzbar ist. Eine Mietzinsminderung (bis hin zum gänzlichen Entfall) ist daher auf der Grundlage von §§ 1104 f ABGB jedenfalls argumentierbar. Selbiges muss mE auch hinsichtlich Untermietverhältnisse gelten.⁴⁴ Deren Ansprüche auf Mietzinsminderung haben sich ob des bestehenden Vertragsverhältnisses gegen den Untervermieter zu richten. Ein derartiger Anspruch gegen den eigentlichen Vermieter also den Eigentümer, kann mE ohne direktem Vertragsverhältnis freilich nicht zustehen. Dies wäre einem Untermieter mE auch nicht zuzumuten.

⁴⁰ Etwa *Kronthaler*, RdW 2020/50.

⁴¹ BGBl II 2020/15.

⁴² Vgl ua *Prader/Gottardis*, immolex 2020, 106; *Lovrek*, ZIK 2020/60; *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189.

⁴³ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

⁴⁴ Soweit ersichtlich hat sich lediglich *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096, zu Untermietverhältnissen zu Wort gemeldet; wengleich auch zu einer anderen Thematik.

6.2 Zur Mietzinsminderung wegen teilweiser Unbrauchbarkeit/Nutzbarkeit

6.2.1 Ad § 1105 ABGB

Es ist in der bisherigen Literatur äußerst umstritten, in welchen Fällen eine Mietzinsminderung oder gar ein gänzlicher Entfall in Frage kommt. Besonders kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob Bestandnehmer mitunter selbst von behördlich geschlossenen Geschäftslokalen Nutzen ziehen können bzw müssten. Hat ein Mieter oder Pächter nachweislich keinen Nutzen an einem Geschäftslokal, entfällt der Bestandzins zur Gänze. Wesentlich ist demnach der vertraglich bedungene Gebrauch des Bestandobjektes.⁴⁵ Dieser kann sich aus der vertraglichen Abrede, dem zuletzt zulässigerweise ausgeübten Verwendungszweck oder der Verkehrssitte ergeben. Im Zweifel gilt stets die durchschnittliche Brauchbarkeit als vereinbart.⁴⁶

Ganz allgemein gilt beim Mietvertrag der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Unbrauchbarkeit zur Mietzinsminderung. Besteht folglich für einen bestimmten Zeitraum bloß noch eine 20%-ige Nutzbarkeit, so ist der Mietzins für diesen ergo auf 20% des vereinbarten Mietzinses zu reduzieren.⁴⁷ Die Mietzinsminderung richtet sich also einerseits nach dem Ausmaß, aber auch zusätzlich nach der zeitlichen Dauer der Gebrauchsuntauglichkeit.⁴⁸ Zur Ermittlung der genauen Höhe der Mietzinsminderung kann auf die einschlägige Rsp zur Mietzinsminderung gem. § 1096 ABGB zurückgegriffen werden.⁴⁹ Die Höhe der Minderung wird im Wege der relativen Berechnungsmethode berechnet. Verglichen wird der Wert der mangelfreien Bestandsache zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zum Wert der (fiktiv) mangelhaften Bestandsache im selben Zeitpunkt.⁵⁰

Ausschlaggebend bei der Prüfung des § 1105 ABGB ist, dass die dem vereinbarten Geschäftszweck entsprechende unternehmerische Tätigkeit zumindest teilweise möglich war. Sollte also am Beispiel des jüngst vom BG Meidling zu 9 C 368/20b entschiedenen Sachverhalts der bedungene Gebrauch (Betrieb eines Friseursalons) zumindest teilweise

⁴⁵ *Ofner*, ZfRV 2020/13; *Lovrek*, ZIK 2020/60.

⁴⁶ RIS-Justiz RS0020926 ua; vgl hierzu auch *Rosifka*, VbR 2020/53; *Lovrek*, ZIK 2020/60.

⁴⁷ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 111; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31.

⁴⁸ *Ofner*, ZfRV 2020/13, 110; dazu LGZ Wien 38 R 231/04h, MietSlg 56.145 (zu umsatzbezogenem Mietzins und relativer Berechnungsmethode).

⁴⁹ *Ofner*, ZfRV 2020/13, 110.

⁵⁰ *Rosifka*, VbR 2020/53, 89 (90); *Karawschek*, immo 2020, 81 (82).

möglich gewesen sein, wäre bloß die Anwendung des § 1105 ABGB einschlägig gewesen; ein gänzlicher Mietzinsentfall gemäß § 1104 ABGB hätte dann ausscheiden müssen. Der Bestandgeber im zuletzt entschiedenen Sachverhalt hat mit mehreren Argumenten versucht darzulegen, dass der Friseursalon auch ohne Kundenstrom einen Nutzen aus dem Bestandobjekt hat. Beispiele hierfür waren etwa die Lagerung von Utensilien oder die Auslage als Werbefläche zu nutzen. Es wurde gar argumentiert, dass der Umsatzentfall nur temporär wirke, da Kunden nach dem Lockdown umso öfter zum Friseur gehen würden; die Umsätze sozusagen wieder „reingeholt werden“.⁵¹

Sollte sich ein Bestandnehmer, der in einer Branche tätig ist, die nicht von Betretungsverboten betroffen ist, etwa ein Lebensmittelhändler, vorübergehend freiwillig schließen, würde es an der nötigen Kausalität fehlen. Entscheidend für eine mögliche Anwendbarkeit der §§ 1104 f ABGB ist daher, dass die Betriebsschließung oder die Einschränkung nicht auf einer freien wirtschaftlichen Entscheidung oder auf sonstigen persönlichen Motiven des Bestandnehmers beruhen. *Lovrek* meint zum Beispiel eines Lebensmittelhändlers, dass sich ein solcher dann nicht auf §§ 1104 f ABGB berufen kann, wenn dieser das Geschäftslokal aufgrund befürchteter Betriebsverluste freiwillig schließt⁵² bzw dieser aufgrund einer eigenen Erkrankung⁵³ oder wegen Betreuungspflichten an der Geschäftstätigkeit verhindert ist.⁵⁴

*Rosifka*⁵⁵ bespricht die Thematik der teilweisen Unbrauchbarkeit am Beispiel einer physiotherapeutischen Praxis. Seiner Meinung nach ist – ob der behördliche angeordneten Betretungsverbote – nur dann nicht von einer gänzlichen Unbrauchbarkeit auszugehen, wenn dem sehr geringen Restnutzen – etwa durch Lagerung der Übungsutensilien – dennoch Gewicht beigemessen wird. Selbiges hat mE auch für Betreiber von Fitnessstudios bzw Sportanlagen im Allgemeinen zu gelten. *Lovrek*⁵⁶ sieht

⁵¹ Die E ist im RIS nicht veröffentlicht. Auf der Website des BG Meidling werden zwei E veröffentlicht. Übersicht der E zum Entfall des Mietzinses während des Corona-Lockdowns im Frühjahr 2020, abrufbar unter <https://www.justiz.gv.at/bg-meidling/bezirksgericht-meidling/pressemitteilungen~994.de.html>. Der Autor hat sich bei der Bearbeitung dieser Theses ebenso den folgenden Artikeln bedient, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000121413955/erstes-urteil-wiener-friseur-muss-im-lockdown-keine-miete-zahlen> und *Aichinger*, Die Presse 2020/45/01.

⁵² Vgl hierzu die gegen *Prader* in *Prader/Gottardis*, immolex 2020, 106 (107) gerichteten kritischen Ausführungen von *Fadinger/Seeber* in wobl 2020/189.

⁵³ AA siehe hierzu die zu bejahenden Ausführungen von *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189.

⁵⁴ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

⁵⁵ *Rosifka*, VbR 2020/53.

⁵⁶ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

in der Warenlagerung nur dann einen zu berücksichtigenden Nutzen, wenn diese typischerweise für den eigentlichen Betriebszweck, etwa als Verkaufslokal, erforderlich ist. Unter Berufung auf *Ofner*⁵⁷ sprach das BG Meidling aus, dass das Lagern von Ware bloß der eigentlichen geschäftlichen Tätigkeit dient, die aber aufgrund der räumlichen Beschränkungen gänzlich verunmöglicht wurde. Das Gericht gibt aber einen Hinweis zu möglichen Sachverhalten, bei denen die Lagerung sehr wohl berücksichtigenswert ist. Danach würde die Lagerung „*nur dann ins Gewicht fallen, wenn diese über die die eigentliche Tätigkeit (Verkauf von Bekleidung) hinausgeht.*“

*Ofner*⁵⁸ führt in einem längeren Beitrag unter anderem aus, dass eine teilweise Unbrauchbarkeit eines Geschäftsraumes auch in Abstandsregeln und Mindestraumerfordernissen liegen kann. Dem ist jedenfalls zuzustimmen, bedenkt man etwa, dass Kunden durch derartige Beschränkungen Einkäufe entweder ganz unterlassen oder – um Einkäufe so kurz wie möglich zu halten – nur ganz gezielt vorab bestimmte Produkte kaufen.

Eine allgemein gültige Aussage über den Grad des Minderungsanspruches kann freilich nicht gegeben werden; dies ob der Umstände des jeweiligen Einzelfalls.⁵⁹ Sollte der Grad der Unbrauchbarkeit nicht dargelegt werden können, so kann das Gericht nach stRsp nach freiem Ermessen gem. § 273 ZPO⁶⁰ das Ausmaß der Beeinträchtigung, also auch die Höhe der Bestandzinsreduktion, feststellen.⁶¹ Hier gilt, dass entsprechend des Ausmaßes der Beeinträchtigung sämtliche Zinsbestandteile – also auch die auf das Bestandobjekt entfallenden Betriebskosten – umfasst sind.⁶²

6.2.2 Ad §1096 ABGB

Die Bestimmung des § 1096 stellt eine weitere mögliche gesetzliche Grundlage für Bestandnehmer dar. Der wesentliche Teil lautet wie folgt: „*Ist das Bestandsstück bei der Übergabe derart mangelhaft oder wird es während der Bestandszeit ohne Schuld des*

⁵⁷ *Ofner*, ZfRV 2020/13.

⁵⁸ *Ofner*, ZfRV 2020/13.

⁵⁹ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

⁶⁰ Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Zivilprozessordnung RGBI 1895/113.

⁶¹ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

⁶² Siehe uA *Lovrek*, ZIK 2020/60.

Bestandnehmers derart mangelhaft, daß es zu dem bedungenen Gebrauche nicht taugt, so ist der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maße der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit. Auf diese Befreiung kann bei der Miete unbeweglicher Sachen im voraus nicht verzichtet werden.“

Übereinstimmend mit § 1105 ABGB haben Bestandnehmer – somit Mieter als auch Pächter gleichermaßen – das Recht, den Bestandzins unter bestimmten Voraussetzungen zu mindern. Sofern nach Übergabe der bedungene Gebrauch eines Bestandobjekts beeinträchtigt sein sollte und der Grund für diese Beeinträchtigung nicht aus der Sphäre des Bestandnehmers stammt, kann der Bestandnehmer die Zahlung entsprechend dem Grad der Beeinträchtigung reduzieren. Abweichend von § 1104 f ABGB verlangt § 1096 ABGB aber keinen Zufall iSe „höheren Gewalt“. Der Umstand darf nur nicht aus der Sphäre des Bestandnehmers stammen. Außerdem schließt die Bestimmung einen gänzlichen Verzicht dieses Rechts im Vorhinein aus, sofern es sich um Miete (einer unbeweglichen Sache) handelt. Pächter können folglich wirksam verzichten; wobei auch hier die Schranken des § 879 Abs 3 ABGB und allenfalls des KSchG⁶³ zu beachten sind. Die Möglichkeit der Bestandzinsminderung gem. § 1096 ABGB stellt nach hA eine bestandsrechtliche Sondergewährleistungsbestimmung dar, die dem Dauerschuldverhältnis gerecht werden soll. *Riss* verweist hier auf das aus dem Gewährleistungsrecht bekannte Prinzip der zweiten Chance. Da die Gebrauchsüberlassung oftmals nicht nachgeholt werden kann, stellt das Minderungsrecht gem. § 1096 ABGB eine Durchbrechung dieses – auch im Bestandrecht gültigen – Grundprinzips dar.⁶⁴

Die Prüfung der Mangelhaftigkeit der Sache unterscheidet sich nicht von §§ 1104 f ABGB. Auch hier wird von einem subjektiv (konkreten) Mangelbegriff ausgegangen. Die Gebrauchsüberlassung ist also dann mangelhaft, wenn diese von der vertraglich vereinbarten Brauchbarkeit abweicht und diese somit zu einer objektiven Gebrauchsbeeinträchtigung der Sache führt. Liegt eine solche vor, tritt die Rechtsfolge der Bestandzinsminderung verschuldensunabhängig und ex lege ein.⁶⁵ Die Frage der

⁶³ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG) BGBl 1979/140.

⁶⁴ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 24 f.

⁶⁵ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 26, 28.

Höhe der Minderung bildet eine Rechtsfrage und ist – übereinstimmend mit § 1105 ABGB – in Anwendung der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln.⁶⁶

6.3 Wegfall der Geschäftsgrundlage

Einige Stimmen in der Literatur sprechen sich im Falle von Betrieben, die zwar nicht von einem Betretungsverbot oder anderen räumlichen oder zeitlichen Beschränkungen betroffen waren bzw sind, aber dennoch einen Umsatzrückgang hinnehmen mussten, für einen Ersatz entstandener Schäden aus. Diese Möglichkeit basiert auf der Geschäftsgrundlagenlehre analog zu § 901 ABGB.⁶⁷ Voraussetzung ist auch hier ein unvorhersehbares Ereignis, das nicht aus der Sphäre des Bestandnehmers stammt. Argumentiert wird diese Grundlage unter Verweis auf die aktuelle Rsp zu Bestandverträgen in Einkaufszentren, bei denen bei Leerstehungen von 90 %⁶⁸ eine Mietzinsreduktion vom OGH bereits bejaht wurde.⁶⁹ Auf diese Leerstehungen, also schlechte wirtschaftliche Entwicklung, hatte der konkrete Bestandnehmer bei der zugrundeliegenden Entscheidung keinen Einfluss. Das unvorhersehbare Ereignis, die COVID-19 Pandemie⁷⁰ als höhere Gewalt könnte also – vorbehaltlich einer weiteren Prüfung – eine Grundlage für einen solchen Anspruch etwa auf Mietzinsminderung darstellen.⁷¹ Wie bereits erwähnt hat der OGH zu einer anderen – mit weitaus geringeren wirtschaftlichen Folgen behafteten – Lungenkrankheit, nämlich SARS bereits erkannt, dass es sich hierbei um einen Fall höherer Gewalt handelte.⁷² *Kapoun/Baierl* ist der Ansicht, dass folglich auch sämtliche weiteren Anordnungen iS von Beschränkungen als Ereignisse höherer Gewalt angesehen werden sollten.⁷³

Die hA⁷⁴ ist allerdings, dass Ansprüche nach § 901 ABGB im Verhältnis zu jenen nach etwa §§ 1104 f ABGB aber auch zur Kündigung aus wichtigem Grund⁷⁵ nur subsidiär

⁶⁶ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31.

⁶⁷ *Vonkilch* im Interview mit *Kommenda*, *Die Presse* 2020/13/01; aA *Hochleitner*, *ÖJZ* 2020/72, 533 (536).

⁶⁸ Vgl etwa 3 Ob 98/08w Zak 2008/574, 334.

⁶⁹ 6 Ob 59/00 w = wobl 2001/57 (*Dirnbacher*); RIS-Justiz RS0114566.

⁷⁰ Siehe auf der Website der Weltgesundheitsorganisation (WHO) abrufbar unter <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.

⁷¹ *Bollenberger* in *KBB*⁵ § 901 ABGB Rz 7.

⁷² OGH 14.6.2005, 4 Ob 103/05h.

⁷³ *Kapoun/Baierl*, *NetV* 2020, 80, 5.

⁷⁴ *Fenyves* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB³ § 901 Rz 42, 64; *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 901 ABGB Rz 18.

⁷⁵ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 901 Rz 13.

anwendbar sind. In Übereinstimmung mit dieser Rechtsansicht hat der OGH die Anwendung des § 901 ABGB für die Beendigung von Mietverträgen bei Vorliegen eines außerordentlichen Zufalls ausgeschlossen, da im konkret zugrundeliegenden Sachverhalt bereits § 1117 ABGB (Außerordentliches Auflösungsrecht) anwendbar war.⁷⁶ Im Ergebnis werden Fälle, in denen Mietzinsminderungsansprüche gemäß §§ 1104 f ABGB, die jedoch auf § 901 ABGB gestützt werden, in der Praxis kaum vorkommen.⁷⁷

Rosifka behandelt die Lehre der Geschäftsgrundlage anhand eines aktuellen Themas; Studentenheimplätze ausländischer Studenten. Da sämtliche österreichische Universitäten ihren physischen Lehrbetrieb anlässlich des 1. Lockdowns vorübergehend – auf unbestimmte Zeit – einstellen mussten, erwies sich für viele ausländische Studenten ein Studentenheim in Österreich als überflüssig. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob durch die Schließung der Universitäten auch ein Mietzinsentfall für das Studentenheim einhergeht.⁷⁸ Es versteht sich freilich, dass eine Mietzinsminderung dann anwendbar sein kann, wenn auch das Studentenheim selbst schließen muss oder der Betrieb zumindest teilweise eingeschränkt wird.⁷⁹

Betreiber von Studentenheimen errichten selbige naturgemäß in der Nähe von Universitäten oder Fachhochschulen. In der Regel interessieren sich Studenten, die derart weit von einer Universität oder Fachhochschule entfernt wohnen, sodass ein Studieren von diesem Ort nicht oder nur sehr unpraktikabel möglich wäre. Der Besuch „*physischer Lehrveranstaltungen*“ vor Ort ist daher meist ein ganz typischer und auch der dominierende Vertragszweck eines Benützungsvertrages über einen Heimplatz zwischen Studenten und den Betreibern solcher Studentenheime. Nach *Rosifka* wird der reguläre Betrieb von Universitäten oder Fachhochschulen von beiden Vertragsparteien regelmäßig iSd § 901 ABGB zur Grundlage des Benützungsvertrages gemacht.⁸⁰ Gem. § 6 Abs 1 Z

⁷⁶ OGH 27.10.1981, 5 Ob 571/81.

⁷⁷ *Kapoun/Baierl*, NetV 2020, 80, 5.

⁷⁸ *Rosifka*, VbR 2020/53.

⁷⁹ *Rosifka*, VbR 2020/53. Der Autor zählt die Sperre der Gemeinschaftsküche, des Fitnessraums oder anderer Gemeinschaftsräume dazu. Selbst die Einstellung des Putzdienstes soll nach dem Autor eine Mietzinsminderung rechtfertigen.

⁸⁰ *Rosifka*, VbR 2020/53. In diesem Beitrag wird dazu weiters ausgeführt, dass der Fernbetrieb in Form von E-Learning davon nicht umfasst sein könne. Dies zumal ausländische Studenten bei dieser Form der Lehre auch in deren Heimatländer wohnen könnten; ein Wohnheimplatz somit nicht erforderlich wäre.

14 KSchG können Studenten (das sind typischerweise Verbraucher) auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht im Vorhinein verzichten.⁸¹

Daraus folgt im Ergebnis, dass es in einer solchen (Ausnahme-)Konstellation Studentenheimbewohnern je nach vertraglicher Vereinbarung uU auch das Recht zur Vertragsauflösung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage⁸² analog zu § 901 ABGB in Frage kommen könnte.⁸³

6.4 Branchenunterschiede in Bezug auf die erlassenen Verordnungen

Die Verordnungen der Bundesregierung, die im Zusammenhang mit der Bekämpfung von COVID-19 geschaffen wurden, unterscheiden – wie bereits ausgeführt – zwischen verschiedenen Branchen. Einzelne Branchen, die systemrelevant sind, sind von Betretungsverboten nicht betroffen. Andere Branchen, wie etwa Restaurants wiederum bloß teilweise, der überwiegende Handel, die Hotellerie jedoch zur Gänze⁸⁴.

6.4.1 Büroräumlichkeiten

Hinsichtlich Räumlichkeiten, die zu Büro Zwecken angemietet wurden, kann sich einerseits aus dem Umstand, dass Kunden diese nicht mehr betreten dürfen, aber auch andererseits durch die angeordneten Abstandsregelungen eine erhebliche Einschränkung der Brauchbarkeit ergeben.⁸⁵ Aufgrund der Vielzahl an unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten können die behördlichen Anordnungen zu unterschiedlich großen Einschränkungen führen. Man denke etwa an Anwaltskanzleien, die typischerweise Mandantenkontakt haben. Bei solchen könnten die geltenden Einschränkungen (etwa kein Parteienverkehr) durchaus spürbare Auswirkungen haben. Sofern eine Anwaltskanzlei aber typischerweise Firmenkunden betreut, die mit Online-Video-Diensten idR vertraut sind, hätten die Einschränkungen aber weniger Auswirkung als für eine, die mehrheitlich für Privatpersonen tätig ist. Auch die Abstandsregeln schränken

⁸¹ Die hier diskutierten Betreiber von Studentenheimen sind Unternehmer iSd KSchG. Siehe hierzu *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 Rz 63.

⁸² *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 Rz 1 ff.

⁸³ *Rosifka*, VbR 2020/53.

⁸⁴ Siehe hierzu auch überzeugend *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189 (198).

⁸⁵ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

eine Anwaltskanzlei meist kaum ein, haben Juristen doch typischerweise Einzelzimmer.⁸⁶ Ganz anders stellt sich die Lage bei Großraumbürokonzepten dar. Hier muss mitunter jeder zweite Arbeitsplatz, oder gar mehr frei, bleiben. *Prader* argumentiert, dass alleine aufgrund der behördlichen Empfehlung Home-Office zu etablieren, jedenfalls eine Mietzinsminderung rechtfertigbar sei.⁸⁷ *Fadinger/Seeber* weisen dies – unter Hinweis der fehlenden Rechtsgrundlage hierfür entschieden – zurück.⁸⁸

6.4.2 Handelsgewerbe

Besteht der Verwendungszweck, das Gesetz spricht von „*bedungenem Gebrauche*“, etwa im Betrieb – lediglich beispielhaft – eines Barbetriebs, Bekleidungsgeschäftes⁸⁹, Yogastudios oder auch Blumengeschäfts, ist ein gänzlicher Mietzinsentfall denkbar. Andere Stimmen aus der Literatur argumentieren auch in diesen Fällen eine teilweise Nutzbarkeit des Mietgegenstandes, etwa als Lager oder im Betrieb eines Onlinehandels. *Krenn/Schüßler-Datler* will sogar einen wesentlichen Nutzen darin erkennen, dass jedes Bestandobjekt, das dem Handel gewidmet ist, naturgemäß nicht ausschließlich aus Verkaufsfläche besteht, sondern regelmäßig auch ein Teil der Gesamtfläche als Lager oder Büro gewidmet ist.⁹⁰ Ergo würde ein gänzlicher Mietzinsentfall meist von vornherein nicht in Frage kommen. Eine E des BG Meidling⁹¹ betraf eine Räumlichkeit, die zum Verkauf von Textilien angemietet wurde. Bei dem betroffenen Unternehmen handelte es sich um eine Filiale einer größeren Kette. Die Lagerung und Verteilung erfolgte in einem Zentrallager, sodass die in die Filiale gelieferten Waren sofort dem Verkauf gewidmet waren. Auch aus diesem Grund hatte das Gericht in der vom Vermieter behaupteten Lagermöglichkeit keinen Nutzen erkannt. In der E wurde unter Verweis auf *Prader/Gottardis*⁹² ins Treffen geführt, dass das Lagern ohnehin nur Ausfluss der eigentlichen geschäftlichen Tätigkeit (des Verkaufs von Textilien) ist. Da diese im betreffenden Zeitraum untersagt war, fehlte der Nutzen richtigerweise zur Gänze.

⁸⁶ Vgl hierzu auch *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189.

⁸⁷ *Prader*, immolex 2020, 138.

⁸⁸ *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189.

⁸⁹ Hierzu auch *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189, die dies davon abhängig machen, ob ein Onlinehandel bereits betrieben wurde. Eine Pflicht zur Etablierung eines solchen, um „Schäden“ zu mindern, lehnen die Autoren folglich ab.

⁹⁰ *Krenn/Schüßler-Datler*, RZ 2020, 123 (127).

⁹¹ Beide Entscheidungen des BG Meidling zu COVID-19 sind unter <https://www.justiz.gv.at/bg-meidling/bezirksgericht-meidling/pressemitteilungen~994.de.html> abrufbar.

⁹² *Prader/Gottardis*, immolex 2020, 106.

Stark einschneidend für Gewerbetreibende konnten auch die von der Regierung verfügbaren Abstandsregeln und Mindestraumfordernisse für Geschäftskunden sein. Danach war etwa das Betreten bestimmter Geschäftslokale nur dann gestattet, sofern jedem einzelnen Kunden eine Geschäftsfläche von zumindest 20 m², später sogar nur 10m², zur Verfügung stand.⁹³ Eine Vielzahl an kleinen Detailgeschäften etwa in der Wiener Innenstadt verfügt über ein Geschäftslokal, das oftmals kleiner als 20m², später 10m² ist. Daher war diese Maßnahme jedenfalls in der Lage, zumindest eine teilweise Unbrauchbarkeit herbeizuführen.⁹⁴

6.4.3 Gastronomie

Hinsichtlich der Gastronomie ist zwischen den unterschiedlichen Konzepten zu unterscheiden. Ein Barbetrieb wird mE keine Möglichkeit haben, auf Online-Bestellungen umzustellen, um Umsätze zu generieren. Es wäre auch lebensfremd, zu glauben, dass Barbetriebe in diesem Umfeld auf diese Weise nennenswerte Umsätze erwirtschaften könnten. Für Restaurantbetriebe kann diese Argumentation nicht ohne weiteres übernommen werden. Eine Vielzahl solcher Betriebe hat bereits einen Liefer- oder Abholservice etabliert, über den mitunter bereits vor der Pandemie nennenswerte Umsätze erzielt wurden. Ob Betriebe allerdings verpflichtet sind, solche Services zu etablieren, um einen Mietzinsminderungsanspruch nicht zu verlieren, ist in der Lit umstritten.⁹⁵ ME ist hier je nach konkretem Konzept zu differenzieren. Schwer vorstellbar scheint etwa eine Lieferung von High-End Mahlzeiten, wie sie etwa das Haubenrestaurant „Steirereck“ anbietet. In diesem Bereich stellt einerseits das perfekte Service, die Dekoration (in Summe das Ambiente) einen beträchtlichen Teil des Gesamterlebnisses dar. Am Beispiel einer Pizzeria (selbst für eine besonders hochpreisige) kann dem Ambiente mE kein vergleichbarer Wert beigemessen werden. Es darf auch nicht vergessen werden, dass bei Abholung und Lieferung idR großteils margenschwache Produkte (das sind typischerweise Speisen) erworben werden. Sämtliche (alkoholischen) Getränke – also margenstarke Produkte – bleiben mE idR außen vor.

⁹³ BGBl II 2020/151.

⁹⁴ *Ofner*, ZfRV 2020/13, 110.

⁹⁵ *Lovrek*, ZIK 2020/60; *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189.

Sofern aber ganz allgemein auch nur ein kleiner Nutzen⁹⁶ aus einem Bestandobjekt gezogen werden kann, kommt gem. § 1105 ABGB eine dem Ausmaß der Einschränkung verhältnismäßige Reduzierung⁹⁷ in Betracht. Sofern dieses Ausmaß nicht zweifelsfrei determinierbar sein sollte, können Richter von § 273 ZPO Gebrauch machen und selbige nach freier Überzeugung festsetzen.⁹⁸

6.4.4 Hotellerie

Das Hotelgewerbe ist von der Pandemie unzweifelhaft besonders hart getroffen. Die behördlichen Schließungen waren im Vergleich zu anderen Branchen am längsten in Kraft und sind es zur Zeit der Abgabe dieser Thesis nachwievor. Die Beherbergung von Gästen ist nur in Ausnahmefällen wie etwa für Geschäftsreisende oder Arbeiter möglich. Ob der Bestandzins zur Gänze reduziert werden kann, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dennoch stehen die Chancen für diese Branche – aber auch für die überwiegende Kulturbranche – hinsichtlich eines gänzlichen Bestandzinsentfalles mE am größten.⁹⁹

6.4.5 Sportstätten

Ebenso recht unzweifelhaft scheint die gänzliche Unbrauchbarkeit für Geschäftsräume in Fällen, in denen weder Inventar noch Büroutensilien gelagert werden oder sonst irgendein Nutzen aus der Räumlichkeit gezogen werden kann. Ein treffendes Beispiel hierfür führt etwa *Krenn/Schüßler-Datler* in deren Beitrag an; und zwar ein Tanzstudio. ME zählen hier auch Tennisplätze oÄ dazu. Selbst bei Fitnessstudios sollte der Lagerung – von Laufbändern oder Gewichten – mE kein oder kaum Wert beigemessen werden.

⁹⁶ Ab wann ein Nutzen besteht, ist in der Lit strittig. *Krenn/Schüßler-Datler* vertreten hier beispielsweise spürbar die Vermieterlandschaft, wonach auch nur ein kleiner Nutzen einen gänzlichen Mietzinsentfall jedenfalls ausschließen würde. Die überwiegende Mehrheit lässt einen gänzlichen Mietzinsentfall auch bei unwesentlichem Nutzen aus der Bestandsache zu. Eine bloße Lagermöglichkeit für die zu verkaufende Handelsware stellt nach deren Meinung noch keinen ausreichenden Nutzen dar. Wesentlich ist, dass der bedungene Gebrauch der Bestandsache meist nicht mehr umsetzbar ist. Das bloße Lagern von beispielsweise Badeanzügen stellt verglichen mit dem Hauptzweck „Verkauf von Badeanzügen“ bloß eine derart untergeordnete Rolle dar, sodass auch eine gänzliche Unbrauchbarkeit rechtfertigbar scheint. Vgl hierzu zutreffend: *Prader/Gottardis*, immolex 2020, 106 (107).

⁹⁷ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 5.

⁹⁸ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

⁹⁹ Übereinstimmend mit *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189.

6.4.6 Fazit

Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Bestandnehmer also Anspruch auf eine Bestandzinsminderung (bis hin zum gänzlichen Entfall) hat, ist stets der vereinbarte Verwendungszweck des Bestandobjektes zu ermitteln.¹⁰⁰ Den beiden E des BG Meidling¹⁰¹ kommt mE zumindest branchenintern eine gewisse Indizwirkung zu. Die vorliegende Thesis wird den beiden erwähnten E¹⁰² ein eigenes Kapitel (Punkt XI.) widmen.

6.5 Zwei Rechtsfolgen

Sollte nach eingehender Prüfung § 1104 ABGB anwendbar sein, eröffnet dies zwei Rechtsfolgen. Konkret ist der Bestandgeber erstens nicht zur Wiederherstellung verpflichtet und zweitens trägt der Bestandgeber die Preisgefahr hinsichtlich des Mietzinses; er trägt somit das wirtschaftliche Risiko in diesem Zusammenhang.

6.5.1 Keine Wiederherstellungspflicht

Die Bestimmung des § 1104 ABGB ist diesbezüglich vermietetfreundlich formuliert. Die eigentlich umfassende Instandhaltungs- und Gebrauchsüberlassungspflicht wird nämlich dahingehend ausgesetzt, als dieser das Bestandobjekt nicht wieder in brauchbaren Zustand versetzen muss.¹⁰³ Die Ratio hinter dieser Erleichterung liegt darin, dass der Vermieter durch den (teilweisen) Mietzinsausfall bereits ausreichend belastet ist. Eine weitere Belastung ist im Umfeld von COVID-19 weder zumutbar noch möglich. Darüber hinaus sind Bestandgeber (technisch gesehen) gar nicht in der Lage, die Objekte in brauchbaren Zustand zu versetzen.¹⁰⁴

¹⁰⁰ *Ofner*, ZfRV 2020/13; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 1104-1108 Rz 2, § 1096 Rz 14 ff; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1104 Rz 11, § 1105 ABGB Rz 10. Allgemein zum "bedungenen Gebrauch" etwa *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I* § 1096 ABGB Rz 12; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 14 ff.

¹⁰¹ Beide Entscheidungen des BG Meidling zu CODVID-19 sind unter <https://www.justiz.gv.at/bg-meidling/bezirksgericht-meidling/pressemitteilungen~994.de.html> abrufbar.

¹⁰² BG Meidling 28.10.2020, 9 C 368/20b und 4.12.2020, 9 C 361/20y.

¹⁰³ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 ABGB, Rz 4.

¹⁰⁴ *Krenn/Schüßler-Datler*, RZ 2020, 123 (128).

Einzig Ausnahme dieser Regel findet sich im Vollenwendungsbereich des MRG, konkret im § 7, wonach Bestandgeber insoweit zur Wiederherstellung jedenfalls verpflichtet sind, als dies durch ausreichende Leistungen aus einer Versicherung möglich ist.¹⁰⁵ Eine gesetzliche Verpflichtung eine Versicherung abzuschließen besteht aber nicht.¹⁰⁶ Im Ergebnis kann der Bestandgeber nur dann von einer Wiederherstellung absehen, wenn dieser weder durch § 7 MRG noch § 1096 Abs 1 ABGB dazu verpflichtet ist. Nur wenn keine Pflicht besteht, führt der Untergang des Bestandobjektes automatisch zur Vertragsauflösung.¹⁰⁷

Zu hinterfragen ist die Tatsache, warum § 1104 ABGB den Terminus „Wiederherstellung“ enthält. Daraus ist abzuleiten, dass das Bestandobjekt selbst durch den außerordentlichen Zufall in Mitleidenschaft gezogen werden muss. Andernfalls eine Wiederherstellung weder notwendig noch möglich wäre. Einzig sinnvoller Anwendungsfall wäre, wenn das Bestandobjekt tatsächlich kontaminiert wäre (siehe etwa Tiroler Apres-Ski Bars) und die Wiederherstellung durch eine gründliche Desinfektion (vgl zB §§ 8, 12, 21 Epidemiegesetz) sichergestellt werden könnte. Selbst eine gründliche Desinfektion ist einer Wiederherstellung kann über den Umstand nicht helfen, dass das behördliche Betretungsverbot die entsprechenden Bestandobjekte unbrauchbar macht. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 1104 ABGB seine entlastende Funktion – für den Fall behördlich angeordneter Betretungsverbote – nicht erfüllen kann.¹⁰⁸

6.5.2 Preisgefahr

Wie bereits erwähnt, liegt – sofern § 1104 ABGB erfüllt ist – die zweite Rechtsfolge darin, dass Bestandnehmer keinen oder einen bloß reduzierten Bestandzins zu leisten haben. Einleitend ist festzuhalten, dass die gänzliche Mietzinsbefreiung nur für Fälle denkbar ist, in denen tatsächlich kein Nutzen aus dem Bestandobjekt hervorgeht.¹⁰⁹ Die durch COVID-19 bedingten Betretungsverbote des Kundenbereiches von Betriebsstätten

¹⁰⁵ *Krenn/Schüßler-Datler*, RZ 2020, 123 (127).

¹⁰⁶ *Hausmann in Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 7 MRG Rz 9.

¹⁰⁷ Vgl dazu die § 29 Abs 1 Z 2 MRG und § 1112 ABGB; *Würth in Rummel*, ABGB³ § 7 MRG Rz 2.

¹⁰⁸ *Krenn/Schüßler-Datler*, RZ 2020, 123 (128).

¹⁰⁹ *Krenn/Schüßler-Datler*, RZ 2020, 123 (128).

von Handels-, und Dienstleistungsunternehmen¹¹⁰ sind rein rechtlich gesehen keine Betriebsschließungen. In der Praxis ist daraus aber meist nichts zu gewinnen.

Stark einschneidend für Gewerbetreibende konnten auch die von der Regierung verfügten Abstandsregeln und Mindestraumfordernisse für Geschäftskunden sein. Danach war etwa das Betreten bestimmter Geschäftslokale nur dann gestattet, sofern jedem einzelnen Kunden eine Geschäftsfläche von zumindest 20 m², später sogar nur 10m², zur Verfügung stand.¹¹¹ Eine Vielzahl an kleinen Detailgeschäften etwa in der Wiener Innenstadt verfügt über ein Geschäftslokal, das kleiner als 20m², später 10m² ist. Daher war diese Maßnahme geeignet, zumindest eine teilweise Unbrauchbarkeit herbeizuführen.

Rabl hat sich in einem Beitrag mit den Folgen eingeschneiter Hotels in Wintersportorten beschäftigt und kommt darin zum Ergebnis, dass bei einer aufgrund Dauerschneefalls unerreichbaren angemieteten Unterkunft eine gänzliche Unbrauchbarkeit angenommen werden kann.¹¹² Ebenso recht unzweifelhaft scheint die gänzliche Unbrauchbarkeit für Geschäftsräume in Fällen, in denen weder Inventar noch Büroutensilien gelagert werden oder sonst irgendein Nutzen aus der Räumlichkeit gezogen werden kann. Ein treffendes Beispiel hierfür führt etwa *Krenn/Schüßler-Datler* in deren Beitrag an; und zwar ein Tanzstudio.

Sofern aber auch nur ein kleiner Nutzen¹¹³ aus einem Bestandsobjekt gezogen werden kann, kommt gem. § 1105 ABGB eine dem Ausmaß der Einschränkung verhältnismäßige

¹¹⁰ § 1 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, BGBl II 2020/96.

¹¹¹ BGBl II 2020/151: Zu § 2 Abs 6: "Abs 4 gilt nur, wenn zusätzlich zu den Voraussetzungen nach Abs 5 der Betreiber durch geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass sich maximal so viele Kunden gleichzeitig im Kundenbereich aufhalten, dass pro Kunde 20 m² der Gesamtverkaufsfläche zur Verfügung stehen; ist der Kundenbereich kleiner als 20 m², so darf jeweils nur ein Kunde die Betriebsstätte betreten." Später wurde die Beschränkung auf 10 m² reduziert: BGBl II 2020/197: zu § 2 Abs 1 Z 4: "Der Betreiber hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass sich maximal so viele Kunden gleichzeitig im Kundenbereich aufhalten, dass pro Kunde 10 m² zur Verfügung stehen; ist der Kundenbereich kleiner als 10 m², so darf jeweils nur ein Kunde die Betriebsstätte betreten. Bei Betriebsstätten ohne Personal ist auf geeignete Weise auf diese Voraussetzung hinzuweisen."

¹¹² *Rabl*, *ecolex* 1999, 150; *Hirsch*, *ZVR* 2000, 4.

¹¹³ Ab wann ein Nutzen besteht, ist in der Lit strittig. *Krenn/Schüßler-Datler* vertreten hier beispielsweise spürbar die Vermieterlandschaft, wonach auch nur ein kleiner Nutzen einen gänzlichen Mietzinsentfall jedenfalls ausschließen würde. Die überwiegende Mehrheit lässt einen gänzlichen Mietzinsentfall auch bei unwesentlichem Nutzen aus der Bestandsache zu. Eine bloße Lagermöglichkeit für die zu verkaufende Handelsware stellt nach deren Meinung noch keinen ausreichenden Nutzen dar. Wesentlich ist, dass der bedungene Gebrauch der Bestandsache meist nicht mehr umsetzbar ist. Das bloße Lagern von beispielsweise Badeanzügen stellt verglichen mit dem Hauptzweck „Verkauf von Badeanzügen“ bloß eine derart untergeordnete Rolle dar, sodass auch eine

Reduzierung¹¹⁴ in Betracht. Sofern dieses Ausmaß nicht zweifelsfrei determinierbar sein sollte, können Richter von § 273 ZPO Gebrauch machen und selbige nach freier Überzeugung festsetzen.¹¹⁵

6.6 Beweislast hinsichtlich §§ 1104 f ABGB

Entsprechend den allgemeinen Beweislastregeln hat *„derjenige, der einen Anspruch behauptet, für alle anspruchsbegründenden (rechtserzeugenden) Tatsachen die Behauptungslast und Beweislast. Umgekehrt hat derjenige, der den Anspruch bestreitet, die anspruchshindernden, anspruchsvernichtenden und anspruchshemmenden Tatsachen zu behaupten und beweisen.“*¹¹⁶

Der Bestandgeber hat im Falle einer Mietzins- und Räumungsklage einerseits das Bestandverhältnis und andererseits den Rückstand zu beweisen. Im Falle der Geltendmachung einer (berechtigten) Mietzinsreduktion hat der Bestandnehmer das Vorliegen der Voraussetzungen zu beweisen.¹¹⁷ Sofern dies bewiesen ist, steht es dem Bestandgeber frei, seinerseits wiederum zu beweisen, dass eine rechtswidrige Verursachung seitens des Bestandnehmers zur Gebrauchsbeeinträchtigung führte. Das Gegenteil (etwa aus mangelndem Verschulden) kann wiederum der Bestandnehmer beweisen.¹¹⁸ Sollte die vorgenommene bzw eingewandte Mietzinsreduktion zu hoch sein, obliegt dies dem Bestandgeber dies zu beweisen. In der Praxis wird es sich mitunter so verhalten, dass Bestandnehmer nur einen Teil des Mietzinses – mit dem Hinweis, wonach der Betrieb im Bestandobjekt aufgrund der behördlichen Maßnahmen nicht oder nur eingeschränkt möglich war – bezahlen werden. Bestandgeber sind dann möglicherweise in der Lage, zu beweisen, dass der Bestandnehmer dennoch in der Lage war, einen (größeren als behaupteten) Nutzen aus dem Bestandobjekt zu ziehen.¹¹⁹ Sollte ein Gerichtsverfahren beispielsweise ergeben, dass ein Teil des Bestandzinses zu Unrecht

gänzliche Unbrauchbarkeit rechtfertigbar scheint. Vgl hierzu zutreffend: *Prader/Gottardis*, immolex 2020, 106 (107).

¹¹⁴ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 5.

¹¹⁵ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

¹¹⁶ Vgl RIS-Justiz RS0106638.

¹¹⁷ Vgl RIS-Justiz RS0106638.

¹¹⁸ Vgl OGH 27.10.1981, 5 Ob 571/81.

¹¹⁹ *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46, 348.

zurückbehalten wurde, wären Bestandgeber uU – vorbehaltlich einer Einzelfallprüfung – berechtigt, den Bestandvertrag gem. § 1118 2. Fall ABGB vorzeitig aufzuheben.

6.7 Exkurs Pachtverträge

Anders verhält es sich bei der Beurteilung von Pachtverträgen, da der historische Gesetzgeber diesbezüglich zusätzliche Hürden in § 1105 ABGB verankert hat. Erstens ist zu prüfen, ob der Pachtvertrag eine Laufzeit von über einem Jahr hat. Ist dies nämlich der Fall, scheidet eine Minderung – nicht aber der gänzliche Mietzinsentfall¹²⁰ – ohnehin aus.¹²¹ Der Grund für diese Hürde lag darin, dass sich Mindererträge aus einem schwachen Jahr mit Überschüssen aus Folgejahren amortisieren könnten.¹²² Bei einem Pachtvertrag von maximal einem Jahr ist dies naturgemäß nicht möglich. Die erste Hürde ist folglich die vereinbarte Laufzeit des Pachtvertrages. Die zweite Hürde besteht im Grad der Unbrauchbarkeit. Liegt diese nämlich unter 50%, scheidet eine Minderung ebenfalls von vornherein aus. Bei jedem Grad darüber ist entsprechend der errechneten Unbrauchbarkeit der Pachtzins aliquot zu mindern. Da die überwiegende Mehrheit der heute gängigen Pachtverträge eine Laufzeit von über einem Jahr hat, sind Unternehmenspächter bei Ansprüchen auf Pachtzinsminderung im Ergebnis wesentlich schlechter gestellt als Geschäftsraummieter. Da sich derzeit bei vielen Unternehmenspächtern Fragen der teilweisen Unbrauchbarkeit stellen, wird die Abgrenzung zwischen den beiden Bestandformen in dieser Thesis sinnvollerweise ebenso etwas genauer aufbereitet.¹²³

6.7.1 Abgrenzung Geschäftsraummiete/Unternehmenspacht

Eingangs muss auf die nachwievor latente Unsicherheit bei der Beurteilung, ob es sich bei einem Vertragsverhältnis um eine Miete oder eine Pacht handelt, hingewiesen

¹²⁰ Lovrek, ZIK 2020/60.

¹²¹ Kronthaler beschäftigt sich in RdW 2020/250 mit der Frage, ob nicht eine analoge Anwendung des § 1105 ABGB möglich ist. Ziel wäre es bei Pachtverträgen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr unter die allgemeine Regel des § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB zu fallen. In diesem Beitrag kommt der Autor zum Ergebnis, dass eine analoge Anwendung – auch ob der klaren Formulierung des § 1105 ABGB – vom historischen Gesetzgeber wohl nicht gewollt war und daher ausscheidet. Er spricht sich deshalb dahingehend aus, dass *de lege feranda* eine Streichung von § 1105 Satz 2 und 3 ABGB geboten wäre und die Regel des Satz 1 – übereinstimmend mit § 1104 ABGB – für alle Bestandverträge Anwendung finden sollte.

¹²² Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1108 Rz 6.

¹²³ Lovrek, ZIK 2020/60; Krenn/Schüßler-Datler, RZ 2020, 123 (129).

werden. Daher werden die wesentlichen Punkte in der Folge übersichtlich dargestellt. Der Autor orientiert sich in der Folge an *Prader*¹²⁴.

Die herrschende Ansicht und stRsp¹²⁵ besteht darin, dass sich zur Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht gem. § 1091 ABGB trotz zahlreicher höchstgerichtlicher Entscheidungen keine uneingeschränkt verlässlichen, allgemein anwendbaren Regeln aufstellen lassen. Jeder Bestandvertrag muss im Rahmen eines Vergleichs der typischen Merkmale der Vertragstypen dahingehend untersucht werden, ob Elemente eines Vertragstypus in einer Gesamtbetrachtung überwiegen.¹²⁶ Der OGH stellt immer eine Gesamtbetrachtung des Einzelfalles an,¹²⁷ wobei der Wegfall oder das Fehlen einzelner Beurteilungskriterien für die abschließende Qualifikation nicht immer schädlich sein muss. Einziges recht verlässliches Merkmal besteht in der Betriebspflicht¹²⁸, dies aber nur dann, wenn die Betriebspflicht auf einem wirtschaftlichen Interesse des Bestandgebers an der Art des Betriebes und an seinem Bestehen beruht. „*Die Betriebspflicht als Leerfloskel im Vertrag hilft freilich nichts.*“¹²⁹ Liegt eine solche aber vor, besteht in aller Regel eine Unternehmenspacht.¹³⁰

Auf Basis des Wortlauts des § 1091 ABGB wird in der Praxis unter Miete die „*Überlassung einer Sache zum (bloßen) Gebrauch*“ bzw unter Pacht die Überlassung einer Sache „*zum Gebrauch und zur Fruchtziehung*“ verstanden.¹³¹ Maßgeblich ist die Zweckbestimmung der überlassenen Sache bzw die dem Bestandnehmer damit verbundenen eingeräumten Befugnisse.¹³² Dem Umstand, dass dasselbe Bestandobjekt in der Vergangenheit bereits (mehrfach) verpachtet wurde, kommt freilich auch eine Indizwirkung zu.¹³³ Aufgrund der hohen Relevanz wird in der Folge auf die

¹²⁴ *Prader*, MRG^{5.15} § 1 Rz 45-122. In dem gesamten Kapitel „7. Exkurs Pachtverträge“ wird zu Gunsten der Übersicht darauf verzichtet, selbiges Werk wiederholend zu nennen.

¹²⁵ RIS-Justiz RS0020513; RS0031183; RS0020338 mit jeweils zahlreichen Entscheidungen.

¹²⁶ 1 Ob 25/08w ecolx 2008, 627 (*Kapsch*); 3 Ob 74/12x ecolx 2013, 225 (*Wilhelm*); OGH 4.3.2013, 8 Ob 12/13t, insb darauf, welchen Umständen die größere wirtschaftliche Bedeutung zukommt: OGH 29.3.2004, 8 Ob 11/04g; 3 Ob 115/11z = immolex 2012, 112 (*Cerha*) uva; RIS-Justiz RS0020521 mwN.

¹²⁷ RIS-Justiz RS0031183 uvm.

¹²⁸ Vgl OGH 12.10.2011, 3 Ob 115/11z mitsamt zahlreichen Rechtssätzen.

¹²⁹ *Klein*, immolex 2017/41, 117; OGH 23.11.2016, 1 Ob 177/16k.

¹³⁰ RIS-Justiz RS0020451 mit zahlreichen Entscheidungen.

¹³¹ *Wirth* in *Rummel*, ABGB³ Rz 1 zu § 1091 ABGB.

¹³² MietSlg 34.205, 37.126, 38.135, 41.084; 9 Ob 31/02b wobl 2007, 244/93 (*Hausmann*) = MietSlg 54.129 = immolex 2007, 211/102 (Zweckbestimmung kann auch schlüssig erfolgen).

¹³³ MietSlg 16.103, 18.149, 24.129.

unterschiedlichen Merkmale von Mietverträgen und Unternehmenspachten anhand von zahlreicher höchstgerichtlicher Judikatur im Detail eingegangen:

6.7.1.1 *Lebendes Unternehmen*

Ein weiteres Indiz besteht darin, dass es sich bei dem übergebenen Bestandobjekt um ein lebendes Unternehmen handelt. Unter einem lebenden Unternehmen wird nach hM¹³⁴ eine Sachgesamtheit in Form einer organisierten Erwerbsgelegenheit verstanden.¹³⁵ Der Umstand, dass ausnahmsweise kein lebendes Unternehmen übergeben wird, schadet dann nicht, wenn feststeht, dass das Unternehmen des Bestandnehmers ohne den gesicherten Kundenkreis des Hauptbetriebs des Bestandgebers gar nicht bestehen könnte.¹³⁶ Ausnahmsweise kann eine Unternehmenspacht auch dann vorliegen, wenn ein Unternehmen erst errichtet werden muss, die wesentlichen Grundlagen (etwa adaptierte Räume, Kundenstock und Konzession) für den Beginn des Unternehmens bei Vertragsbeginn aber bereits vom Bestandgeber bereitgestellt wurden.¹³⁷ Sollten diese Voraussetzungen nicht vorliegen, wird selbst bei Interesse des Bestandgebers an der Führung des Betriebs die Unternehmenspacht verneint. Die konkrete Bezeichnung eines Vertrages ist rechtlich unerheblich.¹³⁸

Der bestehende Kundenstock kann typischerweise nicht immer einfach „weitergeben“ werden. Somit ist es wesentlich, wie sehr erwartet werden kann, dass die Mehrheit des (vormals) bestehenden Kundenstocks beim neuen Bestandnehmer verbleibt. Fraglich ist, ob die selbe Käuferschicht vom neuen Bestandnehmer auch weiterhin bevorzugt angesprochen wird.¹³⁹ Ein hervorragender Standort mag dafür ein gewisses Indiz sein.¹⁴⁰ Hingegen ist die Übergabe von Kundenkarteien weniger bedeutend.¹⁴¹

Hinsichtlich stillgelegter Betriebe gelten für die Annahme einer Unternehmenspacht insofern strengere Maßstäbe, als zwingend alle wesentlichen Grundlagen des künftigen

¹³⁴ Würth in *Rummel*, ABGB³ Rz 2 zu § 1091 ABGB.

¹³⁵ OGH 9.12.1997, 5 Ob 457/97k.

¹³⁶ 6 Ob 182/04i immolex 2005/29 (*Kletečka*) = wobl 2006/22 (*Vonkilch*).

¹³⁷ 6 Ob 36/03t MietSlg 55.131 = immolex 2003/151 = wobl 2004/69 (*Vonkilch*).

¹³⁸ 2 Ob 133/11i immolex 2012/66 (*Stadlmann*).

¹³⁹ Vgl wobl 1988, 89/53 = MietSlg 39.101; MietSlg 45.091; MietSlg 52.133 = immolex 2001, 76/48.

¹⁴⁰ MietSlg 38.135 zu einem Restaurant in einem bestehenden Hotel.

¹⁴¹ MietSlg 39.443, 46.366.

Unternehmens vom Bestandgeber zur Verfügung gestellt werden müssen. Selbst eine 23-monatige Betriebsstilllegung spricht nicht notwendigerweise gegen eine Unternehmenspacht.¹⁴² Zum selben Ergebnis gelangt der OGH wenn der Bestandnehmer verpflichtet wird, ein Unternehmen mit den beigestellten sachlichen Mitteln – des Bestandgebers – zu betreiben und dieses nach Vertragsbeendigung wiederum dem Bestandgeber als lebendes Unternehmen zu überlassen. Sollten diese Voraussetzungen nicht zutreffen, wird regelmäßig selbst bei einem eigenen wirtschaftlichen Interesse des Bestandgebers an der Führung des Betriebs Geschäftsraummiete und nicht Unternehmenspacht angenommen.¹⁴³

Die Betriebspflicht eines erst zu errichtenden Unternehmens kann sich auch aus den Umständen ergeben. In einem Sachverhalt, in dem der Bestandgeber offenkundig Interesse an der kontinuierlichen Fortführung des ihren Bierabsatz fördernden Gastgewerbebetriebs hat, ist die Betriebspflicht immanent.¹⁴⁴ Auch aus einer Vereinbarung, die den Bestandzins an der Anzahl von Veranstaltungsabenden bemisst, kann schlüssig eine Betriebspflicht angenommen werden; andernfalls der Bestandnehmer den Bestandzins nach Belieben – auch gen Null – selbst bestimmen könnte.¹⁴⁵ Vermieter, die Bestandobjekte auf belebten Einkaufsstraßen vermieten, stellen Bestandnehmern – nur aufgrund der hohen Kundenfrequenz – keinen Kundenstock zur Verfügung. Selbst wenn dieser bestimmte Aktivitäten setzt, die die allgemeine Attraktivität des Standorts für (potenzielle) Kunden (auch) des Bestandnehmers fördern.¹⁴⁶

Eine weitere E des OGH¹⁴⁷ erkennt, dass dieses bewegliche System der Indizien für oder gegen das Vorliegen einer Unternehmenspacht selbst dann noch intakt ist, wenn der Bestandgeber selbst kein Unternehmen betrieben hat und keine Konzession zur Verfügung stellt. Dies aber nur dann, wenn die übrigen Indizien (hier: Betriebspflicht, räumliche Ankoppelung an das Museum, Zurverfügungstellung von Inventar und Geräten, Vereinbarung eines umsatzabhängigen Bestandzinses; Verpflichtung der

¹⁴² 6 Ob 36/03t MietSlg 55.131 = immolex 2003/151 = wobl 2004/69 (*Vonkilch*).

¹⁴³ 3 Ob 74/12x MietSlg 64.148 = NZ 2013/9.

¹⁴⁴ Ob 457/97k immolex 1998/79 = MietSlg 49.108.

¹⁴⁵ OGH 20.1.2005, 8 Ob 108/04x.

¹⁴⁶ OGH 9.6.2004, 9 Ob 53/04s.

¹⁴⁷ OGH 27.1.2009, 5 Ob 2/09v.

Bestandnehmerin, das Preisniveau der von ihr angebotenen Waren mit der Bestandgeberin abzustimmen) vorliegen.

6.7.1.2 *Betriebspflicht*

Wie bereits erwähnt, besteht ein Indiz für die Annahme eines Pachtverhältnisses in der Betriebspflicht. An eine solche Betriebspflicht werden jedoch hohe Anforderungen gestellt. Ganz allgemein ist unter einer Betriebspflicht zu verstehen, dass der Pächter das gepachtete Unternehmen innerhalb zeitlicher Grenzen – sofern gesetzlich zulässig – offen zu halten hat.¹⁴⁸ Es steht dem Pächter somit nicht frei, die Ladenöffnungszeiten nach freiem Belieben zu ändern.¹⁴⁹

Keineswegs ist eine vertragliche Betriebspflicht – wie ausgeführt – aber ein Garant für die Annahme einer Unternehmenspacht. Ganz allgemein kann eine solche Vereinbarung sowohl schriftlich, mündlich aber auch konkludent vereinbart werden. Für die Annahme einer konkludenten Betriebspflichtvereinbarung im Speziellen gelten besondere Anforderungen. Hierfür bedarf es eindeutiger Anhaltspunkte, die mit Sicherheit belegen, dass eine Betriebspflicht nicht nur proforma vereinbart wurde, sondern eine solche tatsächlich gewünscht war. Beispiele aus der Judikatur sind etwa eine Verpflichtung des Bestandnehmers das im Bestandobjekt zu betreibende Unternehmen „sorgfältig zu verwalten“ (also zu betreiben) und in ordnungsgemäßem Zustand zurückzustellen. Aber auch eine Vereinbarung, wonach schon eine verhältnismäßig kurze Betriebsunterbrechung einen „Sofortauflösungsgrund“ darstellt, ist ein solches starkes Indiz.¹⁵⁰

Neben der Betriebspflicht, die – wie bereits ausgeführt – ein starkes Indiz für eine Unternehmenspacht darstellt, müssen die essentiellen Grundlagen für den Unternehmensbeginn¹⁵¹ bereits bestehen, bzw vom Bestandgeber zur Verfügung gestellt werden. Sollten bei Betriebsbeginn allerdings einzelne Betriebsgrundlagen noch nicht

¹⁴⁸ *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht – MRG³ § 1 Rz 32.

¹⁴⁹ Ausnahmen bestehen hinsichtlich saisonal betriebener Unternehmen, vgl dazu etwa MietSlg 28.118.

¹⁵⁰ 4 Ob 258/05b immolex 2006/108 = wobl 2006/113 (*Hausmann*). Hierzu existiert umfangreiche Rsp etwa am Beispiel einer Messehalle (OGH 17.12.2008, 3 Ob 145/08g), eines Cafes in einem Museum (OGH 27.1.2009, 5 Ob 2/09v, die in der Lehre auch jeweils umfangreich kommentiert wurde).

¹⁵¹ OGH 29.9.2014, 8 Ob 14/14p (beispielsweise die bereits entsprechend adaptierten Räume, der Kundenstock, die Konzession).

vorliegen, schadet dies nicht, sofern „die übrigen Betriebsgrundlagen vom Bestandgeber bereitgestellt werden und das lebende Unternehmen als rechtliche und wirtschaftliche Einheit fortbesteht“.¹⁵²

Selbst wenn eine Betriebspflicht vereinbart werden sollte, führt eine solche nicht notwendigerweise zur Qualifikation als Pachtvertrag. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Betriebspflicht besteht in der Rückstellungsverpflichtung des Unternehmens. Nur durch diese manifestiert sich der wirtschaftliche Nutzen des Verpächters hinsichtlich der Betriebspflicht des Unternehmenspächters überhaupt. An den OGH¹⁵³ wurde ein Sachverhalt herangetragen, dem eine Rückstellungsverpflichtung fehlte. Der OGH hat dies dennoch als nicht schädlich empfunden, da das lebend übergebene Unternehmen zwar nicht an die Verpächter rückgestellt werden sollte, dieses aber planen, als lebendes Unternehmen zu verkaufen. Somit hat sich laut OGH deshalb an der Qualifikation als Pachtvertrag nichts geändert, „da sich als wirtschaftlicher Zweck der Betriebspflicht nämlich nicht nur die „gastronomische Betreuung“ der Gäste des von der Bestandgeberin weiter betriebenen Betriebs, sondern auch der aus dem Betrieb eines lebenden Unternehmens resultierende Mehrwert der Liegenschaft ableiten lässt“.¹⁵⁴

Die Betriebspflicht muss zwingend auf einem wirtschaftlichen Interesse des Bestandgebers beruhen. Fehlt dieses liegt idR eine Geschäftsraummiete vor. Sollte bei der Prüfung von Verträgen nicht klar erkennbar sein, ob es sich um einen Miet- oder Pachtvertrag handelt, sind diese anhand der typischen Merkmale der beiden Vertragstypen zu untersuchen, welche Merkmale im Wege einer Gesamtbetrachtung überwiegen. Ganz klare Abgrenzungsregeln fehlen wie bereits ausgeführt; lediglich starke Indizien können sich durch bestimmte Merkmale ergeben.¹⁵⁵

Der Betriebspflicht ist die Erhaltung eines lebenden Unternehmens inhärent, sodass bei Fehlen einer vertraglichen Pflicht zur Rückstellung jenes lebenden Unternehmens zu untersuchen ist, weshalb diese Verpflichtung fehlen könnte. Sollte die Betriebspflicht nämlich vordergründig sicherstellen, dass die Betriebsführung entsprechend den

¹⁵² 2 Ob 133/11i immolex 2012/66 (Stadlmann).

¹⁵³ 3 Ob 115/11z immolex 2012/35 (Cerha); OGH 10.9.2014, 7 Ob 145/14w.

¹⁵⁴ Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht – MRG³ § 1 Rz 32.

¹⁵⁵ 8 Ob 12/13t immolex 2013/65 (Prader); ähnlich 6 Ob 36/03t immolex 2003/151 = wobl 2004/69 (Vonkilch); 10 Ob 5/03p MietSlg 55.132.

öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfolgt, liegt hierin kein starkes Indiz für eine Unternehmenspacht und wird mangels anderer Indizien ein Mietverhältnis vorliegen.¹⁵⁶

6.7.1.3 Umsatzbezogenes Entgelt

Vereinbarungen, die ein umsatzbezogenes Entgelt vorsehen, stellen ein Indiz für die Qualifikation als Pachtvertrag dar.¹⁵⁷ Weitere Indizien bieten Vereinbarungen, die eine Ersatzpflicht für den erhöhten Firmenwert durch den Bestandgeber bei Beendigung des Vertrages¹⁵⁸ oder auch ein Konkurrenzverbot vorsehen. Bei solchen Klauseln ist dennoch Zurückhaltung zu üben, da jeweils der wahre wirtschaftliche Hintergrund der Klausel zu ermitteln ist. Im Zuge dessen ist auch zu prüfen, ob tatsächlich ein „echter Bedarf“ an dieser Klausel bestand. Andernfalls kommt ihr kein Erkenntniswert zu, und hat diese bestenfalls eine bloß geringfügige Indizwirkung.¹⁵⁹

6.7.1.4 Bezeichnung des Vertrages

Ganz allgemein kommt es in der Regel auf die konkrete Bezeichnung eines Vertrages nicht an. Es ist folglich – wie bereits ausgeführt – unerheblich, ob der Vertrag mit Miet-, oder Pachtvertrag titulierte ist. Die von den Parteien bestimmte Terminologie kann allenfalls im Zweifel als Indiz dienlich sein.¹⁶⁰

Sollte ein Vertrag über ein Bestandsobjekt sowohl Elemente, die auf eine Unternehmenspacht als auch solche, die auf eine Geschäftsraummiete hindeuten, enthalten, ist maßgeblich, in welche Richtung das Vertragsverhältnis „gelebt“ wird.¹⁶¹ Freilich kann auch die Kenntnis des Geschäftsführers der Bestandnehmerin von den

¹⁵⁶ OGH 11.7.2012, 3 Ob 74/12x.

¹⁵⁷ MietSlg 39.100, 41.085.

¹⁵⁸ Vgl wobl 1988, 89/53 = MietSlg 39.101; ggt aber 1 Ob 25/08w wobl 2009, 164/58 = MietSlg 60.124 = immolex 2008, 212/91 (Trafik in einem Krankenhaus).

¹⁵⁹ Grundsätzlich ähnlich etwa *Vonkilch*, wobl 2004, 263 f; *Oberhammer*, wobl, 2005, 298; *Fenyves*, wobl 2006, 8.

¹⁶⁰ MietSlg 31.172, 41.081; wobl 1993, 11/1 = MietSlg 43.077; 7 Ob 260/07x = wobl 2009, 163/57 = MietSlg 60.123 = immolex 2008, 213/92 (*Pfiel*) – vgl zu dieser Thematik insbesondere auch *Graf*, immolex 2007, 109 ff sowie *Bydlinski*, JBl 2007, 273 ff; 3 Ob 253/05k immolex 2007/39 (*Böhm*) = wobl 2007/1 (*Vonkilch*).

¹⁶¹ 7 Ob 260/07x immolex 2008/92 (*Pfiel*).

unterschiedlichen Rechtsfolgen eines Miet- bzw eines Pachtverhältnis bedeutend sein, wenn etwa ganz konkret ein Pachtvertrag unterfertigt wurde.¹⁶²

Ein weiteres Indiz bilden vertragliche Regelungen, die einen Zusammenhang mit dem MRG (etwa Kündigungsgründe) herstellen. Diese Regelungen sind entsprechend der Gesamtheit der vertraglichen Regelungen zu bewerten; wird doch nicht bloß eine Rechtsvorstellung zum Ausdruck gebracht, sondern vielmehr die Rechte und Pflichten der Vertragspartner angeführt.¹⁶³

Abschließend sei nochmals betont, dass Bestandgeber, die in der Regel wirtschaftlich potenter sind, diese Machtposition insofern zu ihrem Vorteil nutzen, um Verträge samt Klauseln aufzuoktroieren. Dies dient in der Regel freilich dazu, ein Pachtverhältnis, das – wie bereits ausgeführt – in vielerlei Hinsicht vorteilhaft für den Bestandgeber ist, darzustellen.¹⁶⁴ Zu fragen ist folglich stets, ob sich ein Bestandgeber „*derartige Klauseln durch seine wirtschaftliche Aufbauarbeit tatsächlich „verdient“ hat*“¹⁶⁵, oder diese bloß dem Zweck dienen, vorteilhaft für den Bestandgeber zu sein.

6.7.1.5 Exkurs Einkaufszentren

Zu Einkaufszentren bestand lange Zeit wohl auch ob der wirtschaftlichen Relevanz ein erbitterter Meinungsstreit in der Lehre. Mittlerweile hat sich die Unternehmenspacht aber überwiegend etabliert. Daher haben Betreiber von Einkaufszentren mittlerweile auf die Vermietung von sogenannten Edelrohbauten umgestellt. Hierzu hat der OGH nämlich in mittlerweile gefestigter Rsp¹⁶⁶ erkannt, dass es sich im Falle von entkernten Geschäftsräumlichkeiten ohne Lüftungs- oder Kassensystem um Geschäftsraummiete handelt. Dies gilt selbst bei vereinbarter Betriebspflicht, sofern der Mieter erhebliche Investitionen tätigen und das Objekt bei Rückgabe wieder in den ursprünglichen Zustand versetzen muss.

¹⁶² 1 Ob 177/16k immolex 2017/41 (*Klein*).

¹⁶³ Hier: „nackte“ Geschäftsräume in einem EKZ: 7 Ob 260/07x immolex 2008/92 (*Pfiel*); 3 Ob 253/05k immolex 2007/39 (*Böhm*) = wobl 2007/1 (*Vonkilch*).

¹⁶⁴ Dies erfolgt ausschließlich zum Zweck, die zwingenden Bestimmungen des MRG von vornherein zu vermeiden.

¹⁶⁵ *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht – MRG³ § 1 Rz 33a.

¹⁶⁶ OGH 12.3.2008, 7 Ob 260/07x; OGH 18.9.2009, 6 Ob 141/09t.

Ganz allgemein zum Einkaufszentrum: Diesen ist inhärent, dass Kunden unterschiedlichste Waren und Dienstleistungen meist von einer Vielzahl an Gewerbetreibenden an einem Ort (meist überdacht) zum Kauf angeboten werden. Um Kunden in die Einkaufszentren zu locken bzw deren Verbleib darin so weit wie möglich in die Länge zu ziehen, stehen diesen in der Regel attraktive Angebote, bis hin zu großzügigen Spielbereichen für Kinder, zur Verfügung. Betreiber von Einkaufszentren beabsichtigen in erster Linie eine hohe Attraktivität (*good will*) für das Zentrum zu erzeugen. Aufgrund der hohen Attraktivität werden wiederum Gewerbetreibende angezogen, die bereit sind, entsprechend hohe Preise für Geschäftsflächen zu bezahlen.¹⁶⁷

6.7.2 Judikate zur Abgrenzung Geschäftsraummiete/Unternehmenspacht

Nachfolgend werden beispielhaft diverse Judikate angeführt, die eine Unternehmenspacht entweder bejahen oder verneinen.¹⁶⁸

6.7.2.1 Unternehmenspacht bejahend

Apotheke¹⁶⁹, Rechtsanwaltskanzlei¹⁷⁰, Zahnarztpraxis¹⁷¹, Bäckerei¹⁷², Bahnbuffet¹⁷³, Gasthaus¹⁷⁴, Ärztliche Praxis¹⁷⁵, ein als Nebenbetrieb zu einem Kino oder Theater in Bestand gegebenes Buffet¹⁷⁶, Tankstelle¹⁷⁷, Golfsportanlage¹⁷⁸, Vertragshändlervertrag und Franchisevertrag¹⁷⁹, Badebuffet¹⁸⁰, Verpflichtung zum Betrieb einer erst zu errichtenden Abfallbeseitigungsanlage durch den Bestandnehmer bei Zurverfügungstellung des Abfalls durch den Bestandgeber¹⁸¹, Cafeteria in einem

¹⁶⁷ Zur Pacht bei Einkaufszentren: 7 Ob 267/05y wobl 2006/12 (*Schauer*); dies trifft bei bloß günstiger Infrastruktur in einer Geschäftsstraße oder im Prater nicht zu, sodass hier noch andere Kriterien vorliegen müssen: 9 Ob 53/04s immolex 2004/140 (*Kletečka*) = wobl 2004/68 (*Vonkilch*).

¹⁶⁸ Diese Auflistung stammt größtenteils aus *Prader*, MRG^{5.15} § 1 Rz 80-122. Dieses Werk wurde deshalb als Grundlage gewählt, da eine solche Sammlung in der österreichischen Lit beispiellos ist.

¹⁶⁹ 2 Ob 559/23 SZ 5/197 (Anm: vgl § 17 ApG).

¹⁷⁰ 1 Ob 546/52 MietSlg 2190/38.

¹⁷¹ 2 Ob 490/54 MietSlg 3687.

¹⁷² 1 Ob 155/61 MietSlg 8619.

¹⁷³ 7 Ob 12/63 MietSlg 15.063; 7 Ob 193/03p MietSlg 55.134.

¹⁷⁴ 6 Ob 64/64 MietSlg 16.566.

¹⁷⁵ 1 Ob 551/79 MietSlg 31.170/24.

¹⁷⁶ 1 Ob 694/84 MietSlg 37.125/7; 6 Ob 154/02v MietSlg 55.096, 55.130.

¹⁷⁷ 2 Ob 653/84 MietSlg 38.120/26; 1 Ob 584/92 MietSlg 44.147.

¹⁷⁸ 8 Ob 577/89 wobl 1991/97 (*Würth*).

¹⁷⁹ 6 Ob 595/91 MietSlg 43.075.

¹⁸⁰ 6 Ob 608/92 MietSlg 44.149/49.

¹⁸¹ 3 Ob 2136/96f MietSlg 48.109.

Abholgroßmarkt¹⁸², nicht jedoch in einer Geschäftsstraße oder im Prater ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen¹⁸³, kein Einkaufszentrum bei Inbestandgabe von Messehallen¹⁸⁴, Fortführung des den Bierabsatz einer Brauerei fördernden Gastgewerbebetriebs, dessen Bestandgeberin die Brauerei ist, auch wenn keine Betriebspflicht vereinbart wurde, da das Interesse an der Fortführung offenkundig ist¹⁸⁵, Diskothek¹⁸⁶, Tabaktrafik¹⁸⁷. Neu errichtetes Einkaufszentrum mit einem verschiedenen Branchenmix¹⁸⁸, Theaterbühne¹⁸⁹.

Bestandverträge über Einrichtungen, die auf großen Bahnhöfen – ähnlich wie solche Betriebe in Großhotels ua – in erster Linie dazu dienen, die Reisenden mit Waren bzw Dienstleistungen zu versorgen, die diese gerade auf solchen Bahnhöfen erwarten, sich deshalb häufig erst dort damit eindecken und somit auf solche Einrichtungen angewiesen sind.¹⁹⁰ Bahnhofstrafik¹⁹¹, Reisebürogesellschaft mit Geldwechselfeldienst im Bahnhofsbereich¹⁹², die Überlassung von Bahnhofsräumen an ein Unternehmen zum Betrieb eines Geldwechselfeldienstes bzw einer Auskunftsstelle zur Zimmervermittlung für das Reisepublikum¹⁹³, ein Restaurant im Flughafengebäude¹⁹⁴, Kosmetiksalon in einem Kurzentrum¹⁹⁵, Kosmetik- und Fußpflegebetrieb in einer Therme¹⁹⁶, ebenso Fußpflegesalon in einem Kurzentrum, auch wenn die Räume selbst eingerichtet werden mussten und auch Kundschaft außerhalb des Kurzentrums versorgt wird.¹⁹⁷

¹⁸² LGZ Wien 38 R 151/01i MietSlg 53.138.

¹⁸³ 9 Ob 53/04s immolex 2004/140 (*Kletečka*) = wobl 2004/68 (*Vonkilch*).

¹⁸⁴ 3 Ob 145/08g immolex 2009/83 (*Prader*) = wobl 2009/76 (*Vonkilch*).

¹⁸⁵ 5 Ob 457/97k immolex 1998/79 = MietSlg 49.108.

¹⁸⁶ OGH 22.4.1999, 6 Ob 293/98a.

¹⁸⁷ OGH 23.10.2001, 5 Ob 72/01a.

¹⁸⁸ 6 Ob 154/02v MietSlg 55.096, 55.130.

¹⁸⁹ OGH 20.1.2005, 8 Ob 108/04x.

¹⁹⁰ 7 Ob 193/03p MietSlg 55.134; 1 Ob 583/91.

¹⁹¹ 1 Ob 255/97z immolex 1998/65 (*Pfiel*) = MietSlg 49.106; 7 Ob 193/03p MietSlg 55.134.

¹⁹² LGZ Wien 39 R 153/95 MietSlg 47.093; 1 Ob 255/97z immolex 1998/65 (*Pfiel*) = MietSlg 49.106.

¹⁹³ 1 Ob 549/90 MietSlg 42.086; zum Bahnhof: 7 Ob 193/03p MietSlg 55.134.

¹⁹⁴ 6 Ob 182/04i immolex 2005/29 (*Kletečka*) = wobl 2006/22 (*Vonkilch*).

¹⁹⁵ 4 Ob 163/04f immolex 2005/1 (*Prader*) = wobl 2005/39 (*Lukas*).

¹⁹⁶ LGZ Graz 3 R 111/04x MietSlg 56.133.

¹⁹⁷ OGH 23.11.1989, 8 Ob 659/89.

6.7.2.2 Unternehmenspacht verneinend

Überlassung eines zu einem Gewerbebetrieb eingerichteten Gebäudes oder Raumes, aber ohne Verpflichtung zum Fortbetrieb dieses Gewerbes¹⁹⁸, Vermietung eines Fitnesszentrums in einem Sportzentrum¹⁹⁹, Franchisevertrag, wenn der die Qualifikation als Pachtvertrag erfüllende Verkauf von Waren eingestellt wird²⁰⁰, Vermietung eines Veranstaltungssaales mit WC-Anlage²⁰¹, Zurverfügungstellung einer Fläche samt darauf errichtetem und im Eigentum des Bestandnehmers stehendem Restaurant im Wiener Volksprater²⁰², Inbestandgabe im Wiener Prater²⁰³, Inbestandgabe in einem Einkaufszentrum²⁰⁴. Die Einbeziehung des Betriebs in ein Krankenhaus alleine begründet nicht immer Pacht²⁰⁵, Vermietung von Räumlichkeiten im Rahmen von Messen²⁰⁶, Vermietung eines „Edelrohbaus“ in einem Einkaufszentrum²⁰⁷. Die Inbestandgabe eines ganzen Hauses²⁰⁸, Blumenladen in Friedhofsnahe, wenn kein lebendes Unternehmen übergeben wurde und auch keine Betriebsmittel bereitgestellt wurden²⁰⁹.

Für die Erfüllung der Pachtmerkmale (die nicht alle gleichzeitig erfüllt sein müssen) wird neben der Überlassung von Räumlichkeiten gefordert, dass auch all das überlassen werden muss, was für den Betrieb eines in Bestand gegebenen Unternehmens und dessen wirtschaftlichen Fortbestand notwendig ist. Davon sind typischerweise die Betriebsmittel wie die Geschäftseinrichtung und das Warenlager, der Kundenstock, das erforderliche Personal und die Gewerbeberechtigung, sowie die Vereinbarung einer Betriebspflicht, worin sich das wirtschaftliche Interesse des Bestandgebers an Tatsache und Art der Unternehmensfortführung zeigt, umfasst.²¹⁰

¹⁹⁸ 3 Ob 213/28 SZ 10/102.

¹⁹⁹ LG Innsbruck 3 R 634/91.

²⁰⁰ LGZ Wien 41 R 96/93 MietSlg 45.406.

²⁰¹ OGH 20.2.2002, 9 Ob 31/02b.

²⁰² 9 Ob 53/04s immolex 2004/140 (*Kletečka*) = wobl 2004/68 (*Vonkilch*).

²⁰³ 7 Ob 137/06g immolex 2007/22 (*Pfiel*); 6 Ob 123/05i wobl 2007/126 (*Vonkilch*).

²⁰⁴ 3 Ob 253/05k immolex 2007/39 (*Böhm*) = wobl 2007/1 (*Vonkilch*).

²⁰⁵ 1 Ob 25/08w immolex 2008/91.

²⁰⁶ 3 Ob 145/08g immolex 2009/83 (*Prader*) = wobl 2009/76 (*Vonkilch*).

²⁰⁷ 6 Ob 141/09t immolex 2010/46 (*Stadlmann*).

²⁰⁸ OGH 30.8.2011, 2 Ob 129/11a.

²⁰⁹ OGH 22.3.2011, 8 Ob 18/11x.

²¹⁰ OGH 21.3.2018, 7 Ob 198/17v.

6.7.2.3 Fazit

Diese Arbeit geht deshalb im Detail auf die Qualifikation – ob Unternehmenspacht oder Geschäftsraummiete vorliegt – von Bestandverträgen ein, da die Rechtsfolgen wie bereits umfangreich ausgeführt, stark voneinander abweichen können. Im Ergebnis ist freilich offenkundig, dass eine Qualifikation als Mietvertrag von erheblichem Vorteil für Bestandnehmer bzw eine Qualifikation als Pachtvertrag von erheblichem Vorteil für Bestandgeber ist.

7 Umfasste Bestandteile einer Bestandzinsminderung

Ganz allgemein sind von einer Reduktion nach hA jedenfalls alle Mietzinsbestandteile umfasst. Dies bedeutet, dass nicht bloß der reine Mietzins, sondern auch sämtliche öffentliche Abgaben und auch die Betriebskosten hiervon umfasst sind.²¹¹ Diese Präzisierung kann insbesondere bei Objekten im historischen Altbau, in Bürotürmen oder Einkaufszentren – aufgrund der in der Regel verhältnismäßig hohen Betriebskosten – einen erheblichen Unterschied darstellen.

*Edelhauser*²¹² hat sich in einem längerem Beitrag unter anderem der Frage gewidmet, welche Mietzinsbestandteile denn allenfalls reduziert werden könnten. Seinen Ausführungen nach existiert in Bezug auf §§ 1104 f ABGB zu dieser Frage lediglich eine Entscheidung, und zwar 1 Ob 27/51, die lediglich den Hauptmietzins als reduzierfähigen Bestandteil nennt. Zu § 1096 ABGB erging eine höchstgerichtliche Entscheidung²¹³, in der die Betriebskosten ebenfalls entsprechend des Hauptmietzinses reduziert wurden. Der Autor geht in der Folge näher auf die beiden Judikate ein und äußert Zweifel, wonach die neuere Entscheidung die ältere im Sinne einer neueren Judikaturlinie sozusagen ersetzt. Begründet wird dies folgendermaßen:

Die maßgebliche Stelle der E 1 Ob 27/51 lautet: „*unter dem im § 1105 ABGB angeführten Mietzins der nach dem Mietengesetz gemeint ist*“. Da die Höhe der Betriebskosten zu

²¹¹ *Iro/Rassi* in KBB⁵ § 1096 Rz 9; OGH 7.11.1990, 6 Ob 687/90; 7 Ob 90/10a wobl 2010/136; krit *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 3; vgl auch *Ebhart*, immo 2020, 81 (86); *Lovrek*, ZIK 2020/60.

²¹² *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46, 347 f.

²¹³ OGH 7.11.1990, 6 Ob 687/90.

dem Zeitpunkt der ergangenen Entscheidung von der Höhe des Mietzinses abhing, veränderte sich auch der gesamte Betriebskostenschlüssel für alle Parteien, sobald der Hauptmietzins auch nur eines einzigen Mieters änderte. Heutzutage stellt der der Betriebskostenschlüssel aber nicht mehr auf den Mietzins, sondern gemäß MRG auf die Nutzfläche bzw den Nutzwert des entsprechenden Anteils ab.²¹⁴ Diesen Umstand griff der OGH in seiner E zu 6 Ob 687/90 auf und argumentierte, dass infolge der Anpassung des Berechnungssystems des Betriebskostenschlüssels *„ein unmittelbarer Bezug zur Größe und sohin zum Nutzungsumfang des Bestandobjektes hergestellt [wurde]. Da für eine Zinsminderung gerade die Einschränkung des Nutzungsumfanges des Bestandobjektes Voraussetzung ist und anders als während der alten Rechtslage eine Reduktion des Hauptmietzinses auch keinen Einfluss mehr auf die übrigen Zinsbestandteile haben kann, erachtet es der erkennende Senat für sachgerecht, den gesamten Mietzins von dem Mietrechtsgesetz unterliegenden Bestandobjekten bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1096 ABGB einheitlich zu mindern.“* Der erkennende Senat argumentierte auch mit der Gleichbehandlung von Mietern, da es seiner Ansicht nach unbillig wäre, eine Mietzinsreduktion davon abhängig zu machen, ob ein Pauschalmietzins oder ein aufgeschlüsselter Mietzins vereinbart wurde. Folgt man also der E aus 1951 wären Mieter mit zulässig vereinbartem Pauschalmietzins bessergestellt. In seiner neueren E aus 1990 machte der OGH auf diese Schlechterstellung aufmerksam.²¹⁵

Weiters macht *Edelhauser*²¹⁶ auf die Gefahrtragung des Mietzinsausfalles aufmerksam. Es wird auf die im Gegensatz zu § 1096 ABGB abweichende Sonderregel für die Gefahrtragung in § 1105 ABGB hingewiesen. Zum Zeitpunkt der Entscheidung²¹⁷ wurde die Gefahr des Betriebskostenausfalls auf die übrigen Bestandnehmer überwält. Nunmehr wird sie in den Fällen des § 1096 ABGB auf die Bestandgeber überwält. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Grund der Verhinderung nicht aus der Sphäre des Bestandnehmers stammt. Offensichtlich ist, dass die derzeitigen Abwehrmaßnahmen gegen eine weitere Verbreitung weder aus der Sphäre des Bestandgebers noch des Bestandnehmers stammen. Vielmehr haben Sie ihren Ursprung mehrheitlich im

²¹⁴ *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46, 347 f.

²¹⁵ *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46, 347 f.

²¹⁶ *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46, 347 f.

²¹⁷ OGH 19.9.1951, 1 Ob 27/51.

Unternehmensgegenstand des Bestandnehmers. *Edelhauser* weist darauf hin, dass abweichend von den üblichen Gefahrtragungsregeln § 1105 ABGB die Gefahr des Mietzinsentfalls dennoch auf den Bestandgeber überwältzt. Aufgrund dessen schlägt *Edelhauser* vor, diese Regelung im Hinblick auf das Risiko des Bestandgebers restriktiv auszulegen. Ein weiteres seiner Argumente lautet wie folgt: „*ME rechtfertigt diese zu den allgemeinen Regeln genau gegenteilige Sonderregelung der Gefahrtragung auch, dass dem Bestandgeber nicht noch ein weiteres Risiko aufgebürdet wird.*“ Aufgrund all dieser Argumente darf aber nicht verkannt werden, dass sich die Systematik von § 1096 ABGB und § 1105 ABGB unterscheidet und ergo die Judikatur von § 1096 auch nicht für § 1105 ohne weiteres übernommen werden darf. Abschließend „*mutet es daher eher befremdlich an, dass der OGH eine Definition eines Begriffs aus dem älteren ABGB auf Basis der Berechnungssystematik des jüngeren MRG treffen würde.*“²¹⁸

8 Vertragliche Vereinbarungen und deren Grenzen

8.1 Allgemeines

Es ist ganz allgemein rechtlich zulässig, das Mietminderungsrecht für außerordentliche Zufälle gem. §§ 1104 f ABGB sowie das außerordentliche Kündigungsrecht gem. § 1117 ABGB vertraglich auszuschließen; diese Rechte sind somit dispositiv.²¹⁹ Die Dispositivität der §§ 1104 f ergibt sich aus § 1107 ABGB.²²⁰ Derart abweichende Gefahrtragungsregelungen können entweder direkt im Vertrag selbst aber auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) erfolgen. Ganz allgemein ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass sämtliche Standardbestimmungen in Vereinbarungen, als allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 879 Abs 3 ABGB gewertet werden könnten und daher – falls nicht einzeln ausgehandelt – unwirksam sein können.²²¹ Hierbei ist jedoch einerseits die Formulierung der vertraglichen Bestimmung ausschlaggebend und andererseits ist zu prüfen, ob diese unter Berücksichtigung aller Umstände für den Bestandnehmer gröblich benachteiligt sind. Diese beiden Voraussetzungen sind somit bei der Prüfung der Wirksamkeit solcher Klauseln relevant.²²²

²¹⁸ *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46, 347 f.

²¹⁹ *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 10; *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189.

²²⁰ *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 1104-1108 Rz; *Höllwerth* in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 8.

²²¹ *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 10.

²²² *Kapoun/Baierl*, NetV 2020, 80, 7.

Die vertraglich festgelegte Risikotragung kann neben § 879 Abs 3 auch gegen § 879 Abs 1 ABGB verstoßen. Nach *Kronthaler* dürfte va eine Umkehr der gesetzlichen Gefahrtragung sittenwidrig sein. Ergo wäre es etwa unzulässig, Mieter zur fortlaufenden Zinszahlung trotz gänzlicher Unbrauchbarkeit zu verpflichten.²²³ Die relevante Judikatur hierzu erging zu Bauverträgen. Hinsichtlich dieser sind abweichende Gefahrtragsregelungen dann unwirksam, wenn diese ein unvorhersehbares bzw unkalkulierbares Risiko ohne entsprechende Gegenleistung auf den Vertragspartner überwälzen. In diesem Zusammenhang hat der OGH ausgesprochen, dass eine Vereinbarung, wonach der gesamte Mietzins zu bezahlen ist, obwohl der Mietgegenstand – wegen Gewährleistungsmängeln nicht benützbar war, sittenwidrig ist.²²⁴ Zu einem anderen Ergebnis kam der OGH²²⁵ anlässlich eines Sachverhalts in dem er die „*Übernahme der Gefahrtragung für den Fall der Frustrierung des Vertrages durch behördliche Maßnahmen hinsichtlich eines Verzichts auf ein gesetzlich zustehendes Kündigungsrecht bei Bestandverträgen als nicht sittenwidrig*“ erachtete.

In Ermangelung einschlägiger Rsp zu den §§ 1104 f ABGB kann aus heutiger Sicht nicht mit Sicherheit bestimmt werden, ob eine solche Gefahrtragsklausel einer Prüfung gemäß § 879 Abs 3 ABGB standhalten würde.²²⁶

Kapoun/Baieryl sind der Meinung, dass eine solche Klausel dann wirksam sein könnte, „*wenn die Parteienvereinbarung eine entsprechende Abgeltung bzw weitere Konsequenzen für die Übernahme der Risiken vorsieht – etwa durch Festlegung eines besonders niedrigen Zinses für den Fall des Eintritts eines außerordentlichen Unglücksfalles oder die Ermöglichung eines kostengünstigen Versicherungsschutzes*“.²²⁷

²²³ *Kronthaler*, RdW 2020/250.

²²⁴ *Kapoun/Baieryl*, NetV 2020, 80, 7.

²²⁵ *Kapoun/Baieryl*, NetV 2020, 80, 7.

²²⁶ *Kronthaler*, RdW 2020/250.

²²⁷ *Kapoun/Baieryl*, NetV 2020, 80, 7.

Aus der praktischen Erfahrung von PwC Legal²²⁸ Österreich konnten bisher folgende Vertragsgestaltungen in Mietverträgen überblickt werden:²²⁹

Verhältnismäßig wenige Mietverträge enthalten demnach einen ausdrücklichen Ausschluss des Mietzinsminderungsrechts gemäß § 1104 ABGB. Sofern ein Mietvertrag einen Ausschluss von § 1104 ABGB enthält, ist fraglich ob hiervon auch das Mietzinsminderungsrecht umfasst sein sollte. Dies wäre mithilfe der Auslegung des Parteiwillens zu ermitteln. In der Regel lässt dies aber darauf schließen, dass ausschließlich der gänzliche Mietzinsentfall ausgeschlossen wurde. Das Recht den Mietzins teilweise zu mindern bleibt hiervon unberührt.

Eine Vielzahl an Mietverträgen enthält Formulierungen wie etwa „aus kurzfristigen Störungen kann der Mieter gegenüber dem Vermieter keine Rechte ableiten.“ Sofern es sich demgemäß eben nicht um kurzfristige Störungen/Beeinträchtigungen handeln sollte, sind Mieter ergo durchaus berechtigt von dem gesetzlichen Mietzinsminderungsrecht Gebrauch zu machen.

PwC konnte bisher aber auch Mietverträge prüfen, die die Themen Mietzinsentfall bzw Mietzinsminderung gänzlich unerwähnt lassen. In diesen Fällen bleiben Mietern freilich sämtliche denkbaren gesetzlichen Grundlagen offen.²³⁰

*Fadinger/Seeber*²³¹ berichten aus deren Praxis, dass ein vertraglicher Ausschluss der §§ 1104 f ABGB in der Vergangenheit recht häufig erfolgte. *Kapoun/Baiertl*²³² empfiehlt für den Abschluss künftiger Verträge, dass im Hinblick auf die gegenwärtigen Einschränkungen iS der Unbenutzbarkeit aufgrund behördlicher Verordnungen darauf zu achten ist, dass in einer Vereinbarung über eine abweichende Gefahrtragungsregelung ausdrücklich geregelt sein sollte, dass der Bestandnehmer/-geber die Gefahr für alle

²²⁸ Das ist die selbständige Rechtsberatungseinheit der international tätigen Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei PricewaterhouseCoopers International.

²²⁹ Siehe PwC Legal Blog - Covid-19: Auswirkungen auf Rechte von Mietern und Vermietern in Österreich, abrufbar unter <https://blog.pwclegal.at/covid-19-Auswirkungen-auf-Rechte-von-Mietern-und-Vermietern-in-oesterreich>.

²³⁰ Siehe PwC Legal Blog - Covid-19: Auswirkungen auf Rechte von Mietern und Vermietern in Österreich, abrufbar unter <https://blog.pwclegal.at/covid-19-Auswirkungen-auf-Rechte-von-Mietern-und-Vermietern-in-oesterreich>.

²³¹ *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189 (191).

²³² *Kapoun/Baiertl*, NetV 2020, 80, 7.

außerordentlichen Zufälle übernimmt. Fehlt diese ausdrückliche Regelung, sieht § 1106 ABGB vor, dass der Bestandnehmer (in der Regel als schwächere Partei) bei „unbestimmter“ bzw zu ungenauer Gefahrenübernahme im Zweifel lediglich die Gefahr für gewöhnliche Zufälle wie Feuer-, Wasserschäden und Wetterschläge trägt. Die §§ 1104 f ABGB scheiden insofern nur dann wirksam aus, wenn sich der Bestandnehmer in der Vereinbarung über die abweichende Gefahrtragung ausdrücklich verpflichtet, auch die Gefahr für alle weiteren Unglücksfälle zu übernehmen.²³³

8.2 Verbraucherschutz

Ganz anders verhält sich die Beurteilung des vertraglichen Spielraums, wenn Verbraucher mit Unternehmern kontrahieren. In diesem besonderen Umfeld sind gesetzliche Risikotragungsregeln, also auch die §§ 1104 f ABGB, aufgrund eines Größenschlusses zu § 9 KSchG nämlich zwingend und können mithilfe vertraglicher Regelungen nicht ausgeschlossen werden. Hinsichtlich des § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB, der die Zinsminderung bei der Miete unbeweglicher Sachen im Voraus für unverzichtbar erklärt, besteht bei „außerordentlichen Zufällen“ ohnehin kein vertraglicher Spielraum.²³⁴

9 Rechtsfolgen bei (Nicht-)Zahlung des Bestandszinses

Bestandnehmer stehen angesichts ungewisser Aussichten hinsichtlich der Normalisierung der Geschäftslage vor schwierigen und weitreichenden Entscheidungen. Bestandnehmer, deren Unternehmensgegenstand von den behördlich verordneten Betretungsverboten umfasst ist, fielen plötzlich und auf unabsehbare Zeit sämtliche – oder zumindest die überwiegenden – Einnahmen weg. Der Bestandszins soll naturgemäß durch diese Einnahmen gedeckt werden. Folglich gibt es zwei Gruppen an Bestandnehmern; die eine kann die Miete noch aus Rücklagen bzw Mittelzuflüssen seitens Dritter oder Gesellschaftern bedienen und die andere ist hierzu nicht (mehr) in der Lage. Besonders hart trifft es Jungunternehmer, also solche, die sich vielleicht erst kurz vor Ausbruch der Pandemie selbständig gemacht haben und denen oftmals weitere liquide Mittel nicht zur Verfügung stehen.

²³³ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 10.

²³⁴ *Kronthaler*, RdW 2020/250.

9.1 Zahlung des Bestandzinses

Sofern Bestandnehmer überhaupt in der Lage sind, fällige Bestandzinszahlungen zu leisten, stellt sich vorbehaltlich der Prüfung, ob allenfalls eine Reduktion des vereinbarten Bestandzinses aufgrund der einschlägigen Bestimmungen, insbesondere §§ 1104 f und § 1096 ABGB oder gar ein gänzlicher Bestandzinsentfall durchsetzbar ist, die Frage, ob bzw wie diese geleistet werden sollten. Es ist ratsam – sofern möglich – den Mietzins zur Gänze zu bezahlen, dies allerdings unter ausdrücklichem Vorbehalt der späteren Rückforderung.²³⁵ Dieser Vorbehalt sollte bereits im Überweisungstext ersichtlich sein; auch eine E-Mail vor der Überweisung scheint hier dienlich. Entscheidend ist, dass der Bestandgeber Kenntnis davon erlangt, dass nach Überzeugung des Bestandnehmers ausreichend Gründe für eine (gänzliche) Bestandzinsreduktion gegeben sind und diese dem Bestandzinsanspruch entgegengehalten werden. Später kann der überschüssige Betrag etwa durch einvernehmliche Parteienvereinbarung oder durch gerichtliche Klage rückgefordert werden. *Lovrek* erwähnt in diesem Zusammenhang, dass hierdurch das Risiko einer Insolvenz des Bestandgebers übernommen wird. Dieser Vorgehensweise ist dennoch insbesondere bei Pachtverträgen bzw bei Mietverhältnissen, die nicht dem MRG unterliegen, der Vorzug zu geben. Begründet wird dies mit der fehlenden Möglichkeit den Rückstand gem. § 33 Abs 2 MRG –in Bezug auf das Bestandverhältnis uU folgenlos – nachzuzahlen.²³⁶ Die Gefahr der Bestandgeberinsolvenz ist mE speziell bei kurzen Einschränkungen unbegründet, dies da der Bestandzins idR monatlich bezahlt wird und das Risiko daher meist überschaubar ist. Unterlässt es der Bestandnehmer aber einen solchen Vorbehalt zu kommunizieren, kann darin uU eine vorbehaltlose (konkludente) Zahlung angenommen werden und das Bestandzinsminderungsrecht wäre verwirkt.²³⁷

9.2 Vorbehaltlose Zahlung des gesamten Bestandzinses

Zum Thema vorbehaltlose Weiterzahlung des Bestandzinses gilt gemäß der Rechtssätze des RIS-Rechtssatzes RS0021408 Folgendes: „*Ausgeschlossen ist eine Zinsbefreiung beziehungsweise Zinsminderung nur, wenn der Bestandnehmer die Umstände, die seinen Gebrauch behindern, akzeptiert.*“

²³⁵ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

²³⁶ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

²³⁷ *Kapoun/Baierl*, NetV 2020, 80, 4.

„Die vorbehaltlose Zahlung des Mietzinses in Kenntnis des bestehenden, die Brauchbarkeit des Bestandobjekts beeinträchtigenden Mangels kann unter Umständen (nach Maßgabe des § 863 ABGB) als konkludenter Verzicht auf den gesamten Mietzinsminderungsanspruch gewertet werden.“

„Ein Verzicht auf Zinsbefreiung oder -minderung für den jeweiligen Zinstermin liegt jedenfalls in der vorbehaltlosen und ohne Irrtum (auch Rechtsirrtum) erfolgten Zahlung des vollen Zinses, weil (auch) dadurch die Rückforderung nach § 1431 ABGB ausgeschlossen wird.“

Gemäß § 863 ABGB ist es zwar grundsätzlich möglich, einen stillschweigenden Verzicht anzunehmen; die Judikatur geht hier jedoch äußerst restriktiv vor.²³⁸ Von dieser restriktiven Auslegung ist sowohl die Annahme selbst als auch deren Umfang umfasst.²³⁹ Ein wirksamer konkludenter Verzicht erfordert das Vorliegen besonderer Umstände, die den Annehmenden redlicherweise annehmen lassen dürfen, dass der Verzicht ernstlich gewollt ist. Diese Umstände hat der Annehmende auch zu beweisen.²⁴⁰ Außerdem darf bei Fehlen der Konkludenz des Verhaltens die Unklarheitenregel des § 915 2. Fall ABGB nicht herangezogen werden.²⁴¹ Andernfalls könnte dies zum Vorteil des Annehmenden führen.

Angesichts derart hektischer und schwieriger Zeiten kann beispielsweise selbst dann noch eine irrtümliche Zahlung angenommen werden, wenn aufgrund Versehens etwa der Dauerauftrag nicht geändert wird.²⁴²

²³⁸ 5 Ob 138/71 SZ 44/106; 6 Ob 8/01x NZ 2001, 382; 2 Ob 311/02b JBI 2003, 572; OGH 13.3.2002, 9 Ob 5/02d; 2 Ob 95/06 v = JBI 2008, 191; 1 Ob 44/07p ÖBA 2008/1480; OGH 24.3.2009, 4 Ob 3/09h; 6 Ob 113/09z ecollex 2010, 559; OGH 29.8.2013, 1 Ob 106/13i; OGH 26.1.2015, 6 Ob 209/15a; OGH 1.9.2015, 6 Ob 3/15g.

²³⁹ Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 863 Rz 26, 33, 36; Wiebe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{r1.04} § 863 Rz 20.

²⁴⁰ 5 Ob 308/03k MietSlg 56.343.

²⁴¹ 6 Ob 100/75 SZ 48/103; 2 Ob 311/02 b VRInfo 2004 H 1, 8.

²⁴² Edelhauser, ÖJZ 2020/46, 348.

9.3 Nichtzahlung des Bestandnehmers

In der Folge soll behandelt werden, welche Folgen es haben kann, wenn Bestandnehmer den Bestandzins unberechtigterweise garnicht oder nur in zu kleinem Ausmaß²⁴³ bezahlen. Ganz allgemein ist festzuhalten, dass ein solches Vorgehen, sofern festgestellt wird, dass die Voraussetzungen der §§ 1104 f ABGB bzw § 1096 ABGB nicht vorliegen sollten, der qualifizierte Bestandzinsrückstand einen Kündigungsgrund darstellt. Nach einer Mahnung hat der Bestandnehmer wiederum bis zum darauffolgenden Zinstermin Zeit, den Fehlbetrag zu leisten. Sollte auch bis dahin keine vollständige Zahlung erfolgen, ist der Bestandgeber berechtigt, eine Mietzins- und Räumungsklage, bei Gericht einzubringen.²⁴⁴

9.4 Vertragsauflösung?

9.4.1 Durch den Bestandnehmer

Im ABGB findet sich eine Bestimmung, die Bestandnehmern im Falle einer (teilweisen) Unbrauchbarkeit des Bestandsobjekts als Folge eines außerordentlichen Zufalls iSd § 1104 ABGB ein Wahlrecht einräumt. Bestandnehmer können nämlich gem. § 1117 ABGB grundsätzlich entweder vom Vertrag zurücktreten oder auf eine Bestandzinsbefreiung bzw eine Bestandzinsminderung bestehen.²⁴⁵

Dieses Wahlrecht besteht jedoch – angelehnt an die Gewährleistungsbehelfe – nicht in jedem Fall. Vielmehr müssen Bestandnehmer primär dem gelinderen Mittel den Vorrang geben. Daher haben Bestandnehmer primär vom Minderungsrecht gemäß §§ 1104 f ABGB Gebrauch zu machen und können erst sekundär vom Vertrag zurücktreten. Diese zwingende Reihenfolge ergibt sich aus einer E des OGH, wonach der Bestandnehmer „gemäß § 1117 ABGB vom Vertrag zurücktreten oder sich – zunächst – mit der ex lege eintretenden Zinsbefreiung beziehungsweise Zinsminderung begnügen“ kann.²⁴⁶

²⁴³ Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1119 Rz 11 ff; 1 Ob 567/88 MietSlg 40.174; 1 Ob 618/93 MietSlg 45.139; 1 Ob 295/99 k MietSlg 52.180; RIS-Justiz RS0020921. Zu einem Rückstand von 0,09 Euro LGZ Wien in MietSlg 59.170.

²⁴⁴ Kapoun/Baierl, NetV 2020, 80, 9.

²⁴⁵ So die hA in der Lit, vgl etwa Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1117 ABGB Rz 26; RIS-Justiz RS0021457; OGH 13.12.1990, 8 Ob 610/90; Lovrek, ZIK 2020/60.

²⁴⁶ OGH 13.12.1990, 8 Ob 610/90.

Voraussetzung für einen Rücktritt ist freilich, dass ein beträchtlicher Teil des Bestandobjekts durch Zufall für längere Zeit unbrauchbar oder entzogen wird.²⁴⁷ Eine Kündigung ist in einem solchen Fall nicht erforderlich; lediglich der Rücktritt vom Vertrag ist gegenüber dem Bestandgeber zu erklären.²⁴⁸ Der Rücktritt kann durch eine außergerichtliche, nicht formgebundene Auflösungserklärung erfolgen.²⁴⁹ Wichtig ist hierbei nur, dass die (teilweise) Unbrauchbarkeit zumindest bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Auflösungserklärung gegeben ist; andernfalls dieses Recht nicht zusteht.²⁵⁰

Sämtliche Aufhebungsgründe gemäß dieser Bestimmung betreffen Fälle der – auf den Übergabezeitpunkt bezogen – ursprünglichen oder nachträglichen Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts (ausgelöst von einem außerordentlichen Zufall).²⁵¹

Dem Rechtssatz RS0102015 zufolge ist der Bestandnehmer allerdings nur dann zum Rücktritt berechtigt, *„wenn er aus Gründen, die nicht in seiner Sphäre liegen, vom Bestandobjekt nicht den bedungenen Gebrauch machen kann, gleichgültig, ob aus Verschulden des Bestandgebers oder durch Zufall.“*

In einer weiteren E spricht der OGH aus, dass die *„vorzeitige Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses nur das „äußerste Notventil“ [sei], sodass ein strenger Maßstab an die Qualität der dafür notwendigen wichtigen Gründe anzulegen ist“*.²⁵² Außerdem ist *„eine umfassende Abwägung des Bestandinteresses der einen Seite und des Auflösungsinteresses der anderen Seite vorzunehmen“*.²⁵³

Das Tatbestandsmerkmal *„beträchtlicher Teil des Bestandobjekts auf längere Zeit unbrauchbar“* ist stets am konkreten Einzelfall zu beurteilen. Zum Zeiterfordernis hat der OGH in seiner E²⁵⁴ vom 22. November 2000 unter *„längere Zeit“* *„über Jahre hinweg“* verstanden. Weitere E lassen bereits mehrere Wochen oder Monate genügen. Dieser Zeitraum könnte somit durchaus erfüllt sein bzw ist er retrospektiv in der Tat erfüllt.

²⁴⁷ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ §§ 1104-1108 Rz 3; Iro/Rassi in KBB⁵ § 1104 Rz 1; vgl auch Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1117 Rz 9.

²⁴⁸ Kapoun/Baierl, NetV 2020, 80, 5.

²⁴⁹ OGH 8 Ob 619/90 SZ 63/220.

²⁵⁰ Lovrek, ZIK 2020/60.

²⁵¹ Iro/Rassi in KBB⁵ § 1117 ABGB Rz 2; RIS-Justiz RS0102015.

²⁵² OGH 22.2.2017, 8 Ob 89/16w.

²⁵³ 8 Ob 648/88 SZ 61/281.

²⁵⁴ OGH 23.11.2000, 6 Ob 59/00w.

Kapoun/Baierl wirft berechtigterweise die Frage auf, ob es Bestandnehmern in dieser ungewissen Situation überhaupt zugemutet werden kann bzw konnte, die Länge der Pandemie abzuwarten.²⁵⁵

Nach *Pesek* sind Konstellationen denkbar, in denen zuerst von einer Mietzinsminderung Gebrauch gemacht wird. Dies, da die Voraussetzungen hierfür sofort vorliegen; die Voraussetzungen für einen Rücktritt vom Vertrag zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt vorliegen.²⁵⁶

Kapoun/Baierl wiederum schränkt diese von *Pesek* diskutierte Möglichkeit der Aneinanderreihung der beiden Ansprüche insofern ein, dass diese jedenfalls nicht mehr möglich sein kann, wenn:

„1) ein bestehender Grund zur vorzeitigen Auflösung des Bestandvertrages über längere Zeit nicht wahrgenommen wurde und daraus ein - wiederholt auch als "Verschweigung" bezeichneter - schlüssiger Verzicht (§ 863 ABGB) abgeleitet werden kann; es gilt der Grundsatz, dass die Auflösung ohne unnötigen Aufschub geltend gemacht werden muss. Allerdings sind an die Annahme eines solchen Verzichts besonders strenge Maßstäbe anzulegen und kann ein solcher nicht hinsichtlich zukünftiger Entwicklungen angenommen werden. Zur Sicherstellung der (späteren) Durchsetzung des Auflösungsrechts ist in jedem Fall empfehlenswert, dieses nur unter ausdrücklichem Vorbehalt nicht auszuüben.

2) die Unbrauchbarkeit wieder weggefallen ist oder möglicherweise auch dann, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht, dass sie sehr bald wieder wegfällt, dies da die vorzeitige Auflösung nach der Rechtsprechung nur das "äußerste Notventil" ist, sodass ein strenger Maßstab an die Qualität der dafür notwendigen wichtigen Gründe und die Zumutbarkeit das Bestandverhältnis fortzusetzen anzulegen ist.“²⁵⁷

Hinsichtlich einiger besonders hart getroffener Branchen ist das Rücktrittsrecht gem. § 1117 ABGB dann vorteilhaft, wenn der Bestandnehmer insolvent ist. Im Gegensatz zu

²⁵⁵ *Kapoun/Baierl*, NetV 2020, 80, 6.

²⁵⁶ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1117 ABGB Rz 26.

²⁵⁷ *Kapoun/Baierl*, NetV 2020, 80, 6; OGH 25.11.2008, 10 Ob 68/08k.

§ 23 IO²⁵⁸ müssen weder Kündigungsfristen eingehalten werden, noch können Schadenersatzansprüche des Bestandgebers entstehen. Hinsichtlich Dauerschuldverhältnissen (Miete und Pacht) anerkennt die Rsp²⁵⁹ ein sofortiges Rücktrittsrecht im Falle einer unvorhergesehenen, nachträglich eingetretenen erheblichen Erschwerung der geschuldeten Leistung. Nach *Lovrek* hat dies bei befristeten Bestandverträgen besondere Bedeutung, die aktuell wirtschaftlich besonders leiden.²⁶⁰

9.4.2 Durch den Bestandgeber

Die einzige mögliche Grundlage könnte § 1118 ABGB bieten. Der für diesen Punkt relevante Gesetzestext lautet wie folgt: „*Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachteiligen Gebrauch davon macht; wenn er nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat; oder, wenn ein vermietetes Gebäude neu aufgeführt werden muß.*“

In Anbetracht der COVID-19 Pandemie kommt mangels Verschuldens des Bestandnehmers der nachteilige Gebrauch durch Bestandnehmer in der Regel nicht in Frage. Sofern Bestandnehmer ihren Bestandzins nicht zur Gänze zahlen sollten, ob berechtigt oder nicht sei außenvorgelassen, stellt § 1118 ABGB eine geeignete Grundlage für eine Räumungsklage dar. Prozessual gilt im (Teil-)Anwendungsbereich des MRG aber die Besonderheit, dass unverschuldete Mietrückstände idR dann kein grobes Verschulden iSd § 33 Abs 2 MRG darstellen, wenn diese nachgezahlt werden.²⁶¹ Ein Mietzinsrückstand, der durch COVID-19 bedingte finanzielle Probleme entstanden ist bzw entsteht, zählt wohl hierzu.²⁶²

²⁵⁸ Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO) RGBI 1914/337.

²⁵⁹ OGH 17.4.1985, 1 Ob 524/85; OGH 9.6.1998, 1 Ob 44/98x; RIS-Justiz RS0018811.

²⁶⁰ *Lovrek*, ZIK 2020/60.

²⁶¹ RIS-Justiz RS0069304.

²⁶² *Lovrek*, ZIK 2020/60.

9.4.3 Automatische Vertragsauflösung

Der Gesetzestext der relevanten Bestimmung § 1112 ABGB lautet wie folgt: *„Der Bestandvertrag löset sich von selbst auf, wenn die bestandene Sache zu Grunde geht. Geschieht dies aus Verschulden des einen Theiles, so gebührt dem andern Ersatz; geschieht es durch einen Unglücksfall, so ist kein Theil dem andern dafür verantwortlich.“*

Der OGH bringt diese Bestimmung in der E 1 Ob 573/94 wie folgt auf den Punkt: *„Gemäß § 1112 ABGB wird ein Bestandvertrag aufgelöst, wenn die in Bestand gegebene Sache zugrunde geht.“*²⁶³ Zum Terminus *„zugrunde gehen“* erkennt der OGH im RS0020801, dass darunter eine dauernde, auf wirtschaftliche Weise nicht mehr behebbare Unbenutzbarkeit verstanden wird. Dies wird vom OGH im RS0033014 insofern präzisiert, als diese Unbenutzbarkeit endgültig und unweigerlich zu einem Verlust der für die Vermietbarkeit überhaupt oder für die Vermietung zu einem bestimmten Zweck erforderlichen Qualifikation führen muss.

In Anbetracht der derzeitigen Pandemie Situation ist mE aber nicht von einem vollständigen Untergang der Bestandsache auszugehen, bzw ist ein solcher nicht anzunehmen; daher scheidet die automatische Vertragsauflösung idR ohnehin aus.

10 Abschluss Bestandvertrag – Gründungsgeschäft iSd KSchG?

10.1 Allgemeines zum Verbrauchergeschäft

Die Regeln des I. Hauptstückes des KSchG knüpfen am Grundtatbestand des Verbrauchergeschäftes an. Ein solches ist ein Rechtsgeschäft, das ein Unternehmer im Rahmen seines Betriebes mit einem Verbraucher schließt. Der Gesetzgeber nimmt – unwiderlegbar – an, dass Verbraucher einem Unternehmer (etwa mangels Erfahrung) unterlegen sind, also ein Ungleichgewicht vorliegt. *Krejci* spricht sich hierfür aus, in dem er übereinstimmend dazu Folgendes meint: *„Auf die tatsächl Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher kommt es aus Gründen der Rechtsklarheit u Vereinfachung der Rechtsdurchsetzung nicht an. Vielmehr entscheiden für die*

²⁶³ OGH 22.6.1994, 1 Ob 573/94.

*Anwendung des KSchG die bloß formalen Kriterien der Unternehmereigenschaft. (...) IdR laufen also die Verbraucher Gefahr, daß der Unternehmer diese Überlegenheit über Gebühr zu seinem Vorteil nützt u insofern den Verbraucher benachteiligt. Dem sollen die Regeln des KSchG insoweit entgegenwirken, als der Gesetzgeber die Privatautonomie des Unternehmers zur Gestaltung von Verbrauchergeschäften zugunsten des Verbrauchers einschränkt.*²⁶⁴ Diesen Ausführungen folgend werden die Besonderheiten des Verbraucherschutzes nachstehend näher beleuchtet.

10.2 Besondere Konstellationen eines Verbrauchergeschäfts

Ein Verbraucher gilt selbst dann als Verbraucher, wenn dieser eine sachkundige Person zum Abschluss des Rechtsgeschäftes beizieht.²⁶⁵ Ein Sachverhalt aus der Judikatur war etwa, dass sich ein geschädigter Kraftfahrer zur Schadensregulierung mit dem Haftpflichtversicherer eines Rechtsanwaltes bediente. Ein anderer Sachverhalt handelte von einem Verbraucher, der sich eines gewerbsmäßigen Antiquitätenhändlers als direkten Stellvertreter bedient. Beiden Sachverhalten ist gemein, dass es mit dem Gesetzeszweck unvereinbar wäre, wenn sich ein Konsument, der sich aus Gründen der Vorsicht eines Experten bedient, schlechter gestellt wäre, als wenn er dies nicht getan hätte. Beide ausgeführte E wurden vom OGH insofern entschieden, als dass Verbraucher trotz Hinzuziehens eines Experten nicht als Unternehmer gelten.²⁶⁶

10.3 Gründungsgeschäfte iSd § 1 Abs 3 KSchG

Das Gesetz definiert den Verbraucher wie folgt: *„Verbraucher ist der, für den das in Frage stehende Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört.“*²⁶⁷ Wer also über kein Unternehmen verfügt, ist konsequenter immer Verbraucher.²⁶⁸

Gem. § 1 Abs 3 KSchG sind sog. Gründungsgeschäfte, *„Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der*

²⁶⁴ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 1.

²⁶⁵ EvBl 1981/189 wie Welser, JBl 1980, 2.

²⁶⁶ Zum Anwalt: SZ 54/58 = EvBl 1981/189 = JBl 1982, 313 mit Anm Iro; zum Fall auch *Bernat*, VR 1982, 155; zum Antiquitätenhändler: OGH 16.6.1982, 1 Ob 616/82.

²⁶⁷ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 47.

²⁶⁸ EvBl 1981/5; 1981/189.

Voraussetzungen dafür tätig.“ Aus Gründen der – unwiderlegbaren – Ungleichheit der Vertragsparteien zählen diese Gründungsgeschäfte noch nicht im Sinn des Abs 1 Z 1 zum Betrieb des angehenden Unternehmers. Dieses Privileg kommt also nur natürlichen Personen zu. Dennoch können auch etwa neu gegründete juristische Personen „*Gründungsgeschäfte zur Schaffung der Voraussetzungen zum Betrieb eines künftigen Unternehmens schließen.*“²⁶⁹ Diese können sich aufgrund des klaren Gesetzestextes trotzdem nicht auf ein Gründungsgeschäft berufen, sondern – wenn überhaupt – nur deren künftige organschaftliche Vertreter, selbst.²⁷⁰

Naturgemäß schließen angehende Unternehmer diverse Verträge, um die Grundlagen für den künftigen geschäftlichen Betrieb zu schaffen.²⁷¹ Hierzu zählt unter anderem typischerweise auch der Abschluss eines Bestandvertrages.²⁷²

Auch wenn die Gebrauchsüberlassung, als Dauerverpflichtung, in aller Regel weit über den Akt des Vertragsabschlusses reicht, also in das Stadium, in dem der Geschäftsbetrieb bereits vollständig aufgenommen wurde, führt dies nicht zu einer „Umqualifikation“ des Geschäfts.²⁷³ Die Verbraucherschutzvorschriften bleiben solange anwendbar, als die Vertragsparteien im Nachhinein nichts anderes vereinbaren.²⁷⁴ Dies ist deshalb überzeugend, da für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmergegeschäft ausschließlich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich ist.²⁷⁵ Würde man nämlich eine „Umqualifikation“ – vom Unternehmer zum Verbraucher und umgekehrt – eines Rechtsgeschäfts nach Abschluss (beliebig oft) zulassen, würde dies mE erhebliche Rechtsunsicherheit – und zwar auf beiden Seiten – erzeugen. Aus diesem Grund ist eine nachträgliche „Umqualifikation“ der abschließenden Person nicht zulässig.²⁷⁶

²⁶⁹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 49.

²⁷⁰ *Krejci* diskutiert dies ausführlich in *Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 49.

²⁷¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 60.

²⁷² So ausdrücklich OGH 8 Ob 98/11m JBl 2012, 601; RIS-Justiz RS0109568; OGH 10.2.1998, 5 Ob 20/98x; OGH 24.4.2003, 3 Ob 180/02w; OGH 7.12.2004, 5 Ob 223/04m; OGH 14.11.2006, 5 Ob 228/06z; OGH 21.10.2010, 5 Ob 155/10w; OGH 21.5.2019, 5 Ob 47/19a; OGH 22.10.2019, 5 Ob 155/19h; *Kronthaler* in *GeKo Wohnrecht II* § 6 KSchG Rz 34.

²⁷³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB⁴ § 1 KSchG Rz 56.

²⁷⁴ *Kronthaler* in *GeKo Wohnrecht II* § 6 KSchG Rz 34; 8 Ob 40/06z RdW 2006/518; 5 Ob 155/10w wobl 2011/50.

²⁷⁵ *Kronthaler* in *GeKo Wohnrecht II* § 6 KSchG Rz 37; siehe auch RIS-Justiz RS0120082.

²⁷⁶ *Kronthaler*, RdW 2020/250.

Bei Gründungsgeschäften natürlicher Personen ist eine Abweichung von den gesetzlichen Gefahrtragungsregeln gem. § 9 KSchG nicht möglich.²⁷⁷ Der relevante Teil der Bestimmung lautet wie folgt: „*Gewährleistungsrechte des Verbrauchers (§§ 922 bis 933 ABGB) können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.*“ Obgleich das Gesetz hinsichtlich der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nur die §§ 922 bis 933 ABGB nennt, sind auch die §§ 1104 f ABGB Gewährleistungsrechte, die darunter zu verstehen sind.²⁷⁸ Sowohl der Miet- als auch der Pachtvertrag sind Dauerschuldverhältnisse; dieser Umstand schadet hinsichtlich der genannten Bestimmungen des KSchG nicht.²⁷⁹

Privilegiert nach § 1 Abs 3 KSchG sind nicht nur Verbraucher, die erst ein Unternehmen gründen, sondern auch Unternehmer, die in einer anderen Branche tätig werden. Dies auch wenn der letztere Fall nicht die eigentliche Konstellation darstellt, die der Gesetzgeber als primär schützenswert erachtet hat.²⁸⁰ Aus diesem Grund muss es sich bei letzterer Konstellation zwingend um eine andere Branche handeln. Der Gesetzgeber hatte in der Vergangenheit in diesem Zusammenhang ausgesprochen, dass etwa ein Tankstellenpächter, der eine Autowaschanlage kauft,²⁸¹; ein Unternehmer, der eine Registrierkasse für die Erstausrüstung eines Lokals erwirbt (wobei aber die Umstände des Falles beachtlich sind);²⁸² aber auch ein Gastwirt, der zur Erhöhung der Zimmerkapazität Wohnmobile anschafft,²⁸³ jeweils nicht von der Privilegierung Gebrauch machen können, da es an der Voraussetzung „*andere Branche*“ mangelt.

10.4 Verzichtsklausel in AGB oder Vertragsformblätter

Sofern nun ein Verbraucher ein Gründungsgeschäft iSd § 1 Abs 3 KSchG abschließt, kommen ihm die Schutzmechanismen des KSchG zugute. Sollten etwa AGB oder Vertragsformblätter Vertragsbestimmungen enthalten, die unklar oder missverständlich

²⁷⁷ Dies ergibt sich aus einem Größenschluss zu § 9 KSchG. Bestätigend von *Perner*, RdW 2005, 590 (590 ff); diesem folgend *Kronthaler* in GeKo Wohnrecht II § 9 KSchG Rz 4.

²⁷⁸ Zur Qualifikation der §§ 1104 f ABGB als Gefahr- oder Risikotragungsregeln vgl etwa *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 1104-1108 Rz 1; *Höllwerth* in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 3, 16.

²⁷⁹ *Kronthaler*, RdW 2020/250.

²⁸⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1 KSchG Rz 52 ff.

²⁸¹ OGH 21.4.1981, 1 Ob 778/81.

²⁸² JBl 1981, 482.

²⁸³ OGH 20.5.1981, 6 Ob 514/81.

sein, könnten diese ungültig sein. In diesem Zusammenhang ist auf die entsprechende Bestimmung des § 6 Abs 3 KSchG Bedacht zu nehmen.²⁸⁴ Diese Bestimmung wird auch als das Transparenzgebot bezeichnet und lautet wie folgt: „Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefaßt ist.“

Gerade aus der Verwendung von AGB oder Vertragsformblätter wird deutlich, dass die Bestandgeberseite eine Vielzahl dieser Verträge abschließt und in der Regel auch die wirtschaftlich stärkere Vertragspartei ist. Die wirtschaftlich stärkere Partei ist daher auch in der Lage dem Schwächeren benachteiligende Klauseln aufzuoktroieren.²⁸⁵ Die Schwächere ist daher idR nicht in der Lage über die eine oder andere Klausel inhaltlich zu verhandeln. Sollte der Interessent mit einer oder mehrerer Vertragsbedingungen nicht einverstanden sein, kommt das Geschäft eben nicht zustande.²⁸⁶ Diesem Umstand sollen die § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG entgegenwirken.

Wie bereits ausgeführt, ist es grundsätzlich zulässig auf Ansprüche resultierend aus einem (teilweisen) Mietzinsentfall aber auch Pachtzinsentfall zu verzichten. Die Bestimmungen des §§ 1104 f sind nämlich grundsätzlich dispositiv.²⁸⁷ Sollte ein solcher Verzicht mit AGB oder Vertragsformblättern mit einem angehenden Unternehmer vereinbart worden sein, ist in der Folge zu prüfen, ob dies zulässigerweise erfolgt ist. Wie bereits ausgeführt, ist es im Verhältnis Verbraucher/Unternehmer grds. nicht möglich die §§ 1104 f ABGB auszuschließen. Gewährleistungsrechte von Verbrauchern können im Umkehrschluss aus § 9 KSchG allenfalls nur nach Kenntnis des Mangels ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Ein solcher (teilweiser) Verzicht ist in der Praxis nur für den Fall denkbar, dass der Bestandgeber nach Auftreten des Mangels freiwillig Leistungen an den Bestandnehmer leistet.²⁸⁸

Die Prüfung, ob eine diesbezügliche Vertragsformulierung unklar oder missverständlich oder gar sittenwidrig iSd § 879 Abs 3 ABGB ist, ist mE angesichts des allgemeinen

²⁸⁴ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1 KSchG R 202 ff.

²⁸⁵ Krejci in Rummel, ABGB³ § 9 KSchG Rz 2.

²⁸⁶ Krejci in Rummel, ABGB³ § 1 KSchG Rz 150 ff.

²⁸⁷ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ §§ 1104-1108 Rz; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 8. Die Dispositivität ergibt sich aus § 1107 ABGB. Einschränkungen sieht nur § 1096 ABGB vor.

²⁸⁸ Krejci in Rummel ABGB³ § 9 KSchG Rz 2 ff.

Verbots des Verzichts auf Gewährleistungsrechte (vor Kenntnis des Mangels) gem. § 9 KSchG obsolet.

11 Erste gerichtliche Entscheidungen zu §§ 1096, 1104 f ABGB

Pünktlich vor Abgabe dieser Thesis fielen glücklicherweise die ersten erstgerichtlichen Entscheidungen eines österreichischen Gerichts, konkret das BG Meidling, zu Mietzins- und Räumungsklagen, wogegen die Bestandnehmer in beiden Fällen Mietzinsminderungsansprüche (zu 100 %) erfolgreich einwendeten.²⁸⁹

11.1 Friseursalon – BG Meidling 28.10.2020, 9 C 368/20b

11.1.1 Sachverhalt

Nach § 1 COVID-Maßnahmegesetz und den darauf basierenden Verordnungen des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz war von 16. März 2020 bis zum 30. April 2020 das Betreten des Kundenbereiches von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen untersagt. Mit dem ersten Lockdown, beginnend mit 16. März 2020, musste der Beklagte seinen Friseursalon aufgrund der behördlich angeordneten Betretungsverbote bis 30. April 2020 – wegen allfälliger Verlängerungsmöglichkeiten aber auf unbestimmte Zeit – schließen. Der Beklagte hat die Miete für den März noch vorbehaltlos bezahlt; zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Mietzinses für den Monat März waren Betretungsverbote aber auch noch undenkbar. Am 25. März 2020 hat der Mieter den Vermieter allerdings mit einem Schreiben, davon in Kenntnis gesetzt, dass der Friseursalon ob der behördlich angeordneten Betretungsverbote für den bedungenen Gebrauch gänzlich unbenutzbar sein wird; die Mietzinszahlung wird daher für den Monat April 2020 zur Gänze einbehalten.

²⁸⁹ Die E sind im RIS nicht veröffentlicht. Auf der Website des BG Meidling werden beide E veröffentlicht. Übersicht der E zum Entfall des Mietzinses während des Corona-Lockdowns im Frühjahr 2020, abrufbar unter <https://www.justiz.gv.at/bg-meidling/bezirksgericht-meidling/pressemitteilungen~994.de.html>. Der Autor hat sich bei der Bearbeitung dieser Thesis ebenso den folgenden Artikeln bedient, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000121413955/erstes-urteil-wiener-friseur-muss-im-lockdown-keine-miete-zahlen> und Aichinger, Die Presse 2020/45/01.

11.1.2 Prozessuales

Der Vermieter hat daraufhin den gesamten Mietzins für den Monat April 2020 bei Gericht eingeklagt und zusätzlich die Räumung des Bestandobjekts begehrt. Der Bestandnehmer hat – aufgrund der behördlichen angeordneten Betretungsverbote – die gänzliche Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts auf Basis von § 1096 und § 1104 ABGB eingewendet. Dem Vermieter stand es in Erwiderung darauf frei, zu beweisen, dass der Bestandnehmer trotz Schließung des Friseursalons einen Nutzen aus dem Bestandobjekt ziehen konnte.

Dessen Argumentation verfolgte das Ziel, statt eines gänzlichen Mietzinsentfalls, lediglich eine teilweise Unbrauchbarkeit zu rechtfertigen. Als Gründe für eine lediglich teilweise Unbrauchbarkeit wurde etwa argumentiert, dass der Bestandnehmer die Geschäftsräumlichkeit in der Zeit der Ausgangsbeschränkungen auch als Lager genützt habe. Gestützt wurde diese Argumentation auch auf ein vom Fachverband der Wirtschaftskammer der Immobilientreuhänder in Auftrag gegebenes Gutachten, das zum Ergebnis kommt, dass die durch COVID-19 ausgelöste behördliche Schließung als einen „*dem Bestandnehmer zugestoßener Unglücksfall*“, bezeichnet. Dies da nicht alle, sondern nur bestimmte Tätigkeiten eingeschränkt wurden. Würde der Mieter nämlich zB eine Apotheke in dem Geschäftslokal betreiben, wäre dieser von der Schließung nicht betroffen. Daher hätten die Betretungsverbote nur indirekten Einfluss auf die Brauchbarkeit des jeweiligen Bestandobjekts. Im Ergebnis handle es sich ob der eigenen Auswahl der auszuübenden Tätigkeit gem. § 1107 ABGB um das allgemeine Lebensrisiko des Mieters. Demzufolge wären die Einwendungen des Bestandnehmers nicht gerechtfertigt und der Klage im Sinne der Begehren stattzugeben.

Ein weiteres Argument lag darin, dass Friseurbesuche nach dem Ende des Lockdowns, ab dem 2. Mai 2020, wieder nachgeholt würden. Der Umsatz sei somit nicht endgültig verloren, sondern würde dieser dann durch häufigere Friseurbesuche wieder „reingeholt“.

11.1.3 Entscheidungsgründe

11.1.3.1 Ad COVID-19 ist eine Seuche iSd §§ 1104 f ABGB

Das BG Meidling hatte die Frage zu beurteilen, ob es sich bei der Lungenkrankheit COVID-19 um eine Seuche handelt. Im Anschluss daran hatte das Gericht zu beurteilen, ob es sich dabei um eine Seuche iSd §§ 1104 f ABGB handelt; somit ein nicht vom Bestandnehmer zu vertretener „außergewöhnlicher Zufall“ vorlag.

Das BG Meidling sah keinen Zweifel darin, dass es sich bei COVID-19 um eine Seuche handelt. Begründet wurde dies damit, dass gemäß der Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020 das *“neuartige 2019 Coronavirus“* anzeigepflichtig ist.

Die zweite Frage wurde insofern beantwortet, als Seuchen in § 1104 ABGB auch explizit (als Ereignisse höherer Gewalt) genannt werden. Abschließend entschied das BG Meidling, dass aufgrund der Aufzählung in § 1104 ABGB die Einschränkung des Gebrauchs gerade nicht in der Sphäre des Bestandnehmers liegt und es sich bei den durch COVID-19 bedingten behördlich angeordneten Betretungsverboten auch nicht um ein vom Bestandnehmer zu tragendes *„allgemeines Lebensrisiko“* handelt. Die Beantwortung dieser beiden Fragen hat in der Tat ein hohes Maß an Präcedenzwirkung; ein ähnlich gelagerter Sachverhalt ist diesbezüglich nicht unbedingt erforderlich.

11.1.3.2 Ad Argument Lagermöglichkeit

Das Gericht kam zu dem Schluss, dass eine Lagerung in diesem Fall unerheblich war, denn einerseits sei *„die eigentliche geschäftliche Tätigkeit, der die Lagerung dient, durch räumliche Beschränkungen gänzlich verunmöglicht worden“*. Außerdem sei die Lagerung von Waren (konkret mehrheitlich Haarpflegeprodukte) für den eigentlichen Betriebszweck eines Dienstleistungsgeschäfts (Friseur) nicht erforderlich. Auch hierzu stellte das Gericht fest, dass die Lagerung im konkreten Fall auch nicht allzu intensiv betrieben wurde, um einen eigenen Zweck zu rechtfertigen. Anders wäre dies mE etwa bei einem Logistikzentrum zu beurteilen.

11.1.3.3 Ad Argument Auslage als Werbefläche

Ein weiteres Argument des Vermieters lag darin, dass die Auslage des Geschäftslokals – trotz Ausgangsbeschränkungen – als Werbefläche nutzbar war, ergo auch deshalb ein gänzlicher Mietzinsentfall schon von vornherein ausscheiden würde. Auch dieses Argument ließ das Gericht nicht gelten. Begründet wurde dies dadurch, dass in Zeiten von umfangreichen Ausgangsbeschränkungen weder ein Einkaufen noch ein Flanieren in dieser Zeit möglich oder erlaubt war, und daher *„trug auch die Auslage in dieser Zeit nicht zur weiteren Geschäftstätigkeit (Anlocken von Kunden, Werbung etc.) bei“*.

11.1.3.4 Ad Argument Umsatzentgang wird wieder nachgeholt

Der Bestandgeber hat hinsichtlich des Umsatzentganges argumentiert, dass dieser nur temporär wirke, da Kunden nach dem Lockdown umso öfter zum Friseur gehen würden, um die gewöhnliche Anzahl an jährlichen Friseurbesuchen einzuhalten. Im Ergebnis könnten die Umsätze sozusagen wieder *“reingeholt werden“*. Auch hat das Erstgericht einen Nachholeffekt beim Haarschneiden mit dem Argument ausgeschlossen, wonach niemand *„nach kurzer Zeit noch einmal zum Friseur [geht], damit er seine sonst übliche Anzahl an Friseurbesuchen einhält. Dies unabhängig davon, wie groß die bisher stattgefundenene 'optische Verwahrlosung' [auch] ausfällt.“* Diese erwähnten Nachholeffekte sind mE in vielen anderen Branchen, etwa dem Autohandel, regelmäßig aber sehr wohl zu erwarten. Klassische Urlaubsreisen werden idR aber – ob des begrenzten Urlaubsanspruches – nicht so leicht nachgeholt werden können.

11.1.3.5 Ad Mietzinsentfall gem. § 1104 ABGB

Wie bereits ausgeführt, kam das Erstgericht zum Ergebnis, dass es sich bei COVID-19 um eine Seuche handelt und die Einschränkung des Gebrauchs daher auch nicht in der Sphäre des Bestandnehmers liegt. Außerdem hat das Gericht festgestellt, dass der Mieter im klagsgegenständlichen Zeitraum keinerlei Nutzen aus dem Mietgegenstand ziehen konnte; der bedungene Gebrauch, konkret der Betrieb eines Friseursalons, nicht möglich war. Das Gericht urteilte daher im Sinne des Bestandnehmers und führt aus, dass der Bestandnehmer gemäß § 1104 ABGB für den Monat April 2020 berechtigt war, dem Mietzinsanspruch des Vermieters einen gänzlichen Mietzinsentfall einzuwenden.

Prozessual war – in Ermangelung eines Mietrückstandes – das Räumungsbegehren des Vermieters nicht berechtigt und die Klage wurde vom Erstgericht abgewiesen.

11.2 Bekleidungsgeschäft – BG Meidling 4.12.2020, 9 C 361/20y

11.2.1 Sachverhalt

Nach § 1 COVID-Maßnahmengesetz und den darauf basierenden Verordnungen des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz war von 16. März 2020 bis zum 30. April 2020 das Betreten des Kundenbereiches von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen untersagt. Mit dem ersten Lockdown, beginnend mit 16. März 2020, musste die Beklagte deren Bekleidungsgeschäft aufgrund der behördlich angeordneten Betretungsverbote bis 30. April 2020 – wegen allfälliger Verlängerungsmöglichkeiten aber auf unbestimmte Zeit – schließen. Mit Schreiben vom 20. März 2020 hat die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass sämtliche weiteren Zahlungen nur noch unter Vorbehalt der späteren Rückforderung erfolgen werden. Diese Vorgehensweise wurde von der Klägerin allerdings abgelehnt und dieser Umstand auch entsprechend an die Beklagte kommuniziert. Der vertraglich vereinbarte Zweck der Anmietung des Geschäftslokals war der Betrieb eines Einzelhandelsgeschäftes für Bekleidung. Auch in diesem Verfahren hat die Mieterin entsprechend erklärt, dass die Geschäftsräumlichkeit ob der behördlich angeordneten Betretungsverbote für den bedungenen Gebrauch gänzlich unbenutzbar sein wird.

11.2.2 Prozessuales

Der Vermieter hat daraufhin ua den gesamten Mietzins für den Monat April 2020 bei Gericht eingeklagt und zusätzlich die Räumung des Bestandobjekts begehrt. Der Bestandnehmer hat – aufgrund der behördlichen angeordneten Betretungsverbote – die gänzliche Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts auf Basis von §§ 1104 f ABGB eingewendet. Dem Vermieter stand es in Erwiderung darauf frei, zu beweisen, dass der Bestandnehmer trotz Schließung des Friseursalons einen Nutzen aus dem Bestandobjekt ziehen konnte.

Dessen Argumentation verfolgte das Ziel, statt eines gänzlichen Mietzinsentfalls, wiederum lediglich eine teilweise Unbrauchbarkeit zu rechtfertigen. Auch in diesem Verfahren hat die Vermieterseite die Rechtsansicht vertreten, dass die durch COVID-19 ausgelöste behördliche Schließung als einen „*dem Bestandnehmer zugestoßener Unglücksfall*“, bezeichnet. Im Ergebnis handle es sich um einen Fall des § 1107 ABGB; also um das allgemeine Lebensrisiko des Mieters, wofür ein Ersatz vom Vermieter nicht möglich ist.

Im Ergebnis wären die Einwendungen des Bestandnehmers nicht gerechtfertigt und der Klage im Sinne der Begehren stattzugeben.

11.2.3 Entscheidungsgründe

11.2.3.1 *Ad COVID-19 ist eine Seuche iSd §§ 1104 f ABGB*

Übereinstimmend mit der ersten E des BG Meidling²⁹⁰ wurde kein Zweifel daran gelassen, dass es sich bei der Lungenkrankheit COVID-19 um eine Seuche handelt. Außerdem entschied das BG Meidling abermals, dass aufgrund der Aufzählung in § 1104 ABGB die Einschränkung des Gebrauchs gerade nicht in der Sphäre des Bestandnehmers liegt und es sich bei den durch COVID-19 bedingten behördlich angeordneten Betretungsverboten auch nicht – wie von der Klägerin vorgebracht – um ein vom Bestandnehmer zu tragendes „*allgemeines Lebensrisiko*“ handelt.

11.2.3.2 *Ad Argument Lagermöglichkeit*

Das Gericht kam zu dem Schluss, dass der Lagerung von Waren keine Bedeutung zukam. Dies da es sich bei der Beklagten um eine Filiale einer größeren Kette handelte, die seitens der Zentrale jeweils mit verkaufsfertiger Ware beliefert wurde. Unter Berufung auf *Ofner*²⁹¹ sprach das Gericht aus, dass das Lagern von Ware bloß der eigentlichen geschäftlichen Tätigkeit dient, die aber aufgrund der räumlichen Beschränkungen gänzlich verunmöglicht wurde. Das Gericht gibt aber einen Hinweis zu möglichen Sachverhalten, bei denen die Lagerung sehr wohl berücksichtigungswert ist. Danach würde

²⁹⁰ BG Meidling 28.10.2020, 9 C 368/20b. Zu erwähnen sei, dass beide E diese BG von der selben Ri erfolgten. Daher wiederholen sich einige Stellen darin naturgemäß.

²⁹¹ *Ofner*, ZfRV 2020/13.

die Lagerung „nur dann ins Gewicht fallen, wenn diese über die eigentliche Tätigkeit (Verkauf von Bekleidung) hinausgeht.“ Somit kommt dieser E in diesem Zusammenhang durchaus eine Präcedenzwirkung zu.

11.2.3.3 Ad Argument Auslage als Werbefläche

Übereinstimmend mit dem zuvor besprochenen SV brachte die Gegenseite auch hier vor, dass die Auslage samt Beschilderung des Geschäftslokals als Werbefläche nutzbar gewesen wäre, ergo auch deshalb ein gänzlicher Mietzinsentfall schon von vornherein ausscheiden würde. Auch dieses Argument ließ das Gericht nicht gelten. Begründet wurde dies dadurch, dass in Zeiten von umfangreichen Ausgangsbeschränkungen (auch wenn diese nachträglich vom VfGH aufgehoben wurden) weder ein Einkaufen noch ein Flanieren in dieser Zeit möglich oder erlaubt war. Außerdem sei die Auslage nicht (neu) dekoriert worden.

11.2.3.4 Ad Argument Umsatzentgang wird wieder nachgeholt

Der Bestandgeber hat hinsichtlich des Umsatzentganges ebenso argumentiert, dass dieser nur temporär wirke, da Kunden nach dem Lockdown erheblich mehr einkaufen würden. Im Ergebnis könnten die Umsätze auch hier sozusagen wieder „reingeholt werden“, sodass wenn überhaupt nur von einem Umsatzrückgang auszugehen ist. Tatsächlich waren die Umsätze vor bzw nach dem ersten Lockdown aber ähnlich, sodass das „Hereinbringen“ verlorener Umsätze nicht der Fall war. Unabhängig davon kam das Gericht aber ohnehin zum Ergebnis, dass der Umsatz der Folgemonate unerheblich war, da nur der April 2020 klagsgegenständlich war.

11.2.3.5 Ad Argument Online-Shop erfüllt bedungenen Gebrauch zumindest teilweise

Der Vermieter brachte auch vor, dass die Beklagte einen Online-Shop betreibe, mit dem sie auch im klagsgegenständlichen Zeitraum Umsätze generiert hätte. Diese würden wiederum belegen, dass die Beklagte sehr wohl einen Nutzen aus der Filiale ziehen konnte. Das Gericht stellte jedoch fest, dass die Beklagte keinen Online-Shop betreiben würde. Außerdem trägt die Bestellung von Gutscheinen im Internet zu einer Nutzbarkeit der klagsgegenständlichen Filiale nicht bei. Das Gericht führt dies zwar nicht weiter aus,

dennoch ist mE auch auf Basis dieser Argumentation davon auszugehen, dass sämtliche Online-Bestellungen am Beispiel von Warenhandelsketten idR zur Gänze von der Zentrale abgewickelt werden, wobei den (mitunter vielen) einzelnen Filialen jeweils kein Nutzen zukommt. Es sei denn, dass einzelne Waren nicht im Zentrallager, sondern nur in einzelnen Filialen, vorrätig wären und diese entsprechend aus diesen abgeholt werden würden. Dieser SV wird aber mE die absolute Ausnahme sein, da hier schlichtweg der Aufwand unverhältnismäßig gewesen wäre.

Zu erwähnen ist, dass es Betrieben seit Dezember 2020 gestattet ist, Abholungen (im Internet oder per Telefon) bestellter Ware zu ermöglichen. In diesen Fällen kann der einzelnen Filiale mE freilich eine teilweise Nutzbarkeit und wirtschaftliche Relevanz zukommen.

Im Gegensatz zur „Friseur“ E²⁹² ist diese E aber noch nicht rechtskräftig. Diese hat mE – wie ausgeführt – weitere Klarheit, speziell für das in Österreich dominierende Handelsgewerbe, gebracht. Ob dieser E nun Präcedenzwirkung zukommt, wird maßgeblich davon abhängen, ob diese zum OGH gelangt oder ob die erstgerichtliche E rk wird.

11.2.3.6 Ad Mietzinsentfall gem. § 1104 ABGB

Wie bereits ausgeführt, kam das Erstgericht auch hier zum Ergebnis, dass es sich bei COVID-19 um eine Seuche handelt und die Einschränkung des Gebrauchs daher auch nicht in der Sphäre des Bestandnehmers liegt. Außerdem hat das Gericht festgestellt, dass der Mieter im klagsgegenständlichen Zeitraum keinerlei Nutzen aus dem Mietgegenstand ziehen konnte; der bedungene Gebrauch, konkret der Betrieb eines Bekleidungsgeschäftes, nicht möglich war. Das Gericht urteilte daher im Sinne des Bestandnehmers und führt aus, dass der Bestandnehmer gemäß § 1104 ABGB für den Monat April 2020 berechtigt war, dem Mietzinsanspruch des Vermieters einen gänzlichen Mietzinsentfall einzuwenden. Prozessual war – in Ermangelung eines Mietrückstandes – das Räumungsbegehren des Vermieters nicht berechtigt und die Klage wurde vom Erstgericht ebenfalls abgewiesen.

²⁹² BG Meidling 28.10.2020, 9 C 368/20b.

11.3 Präzedenzwirkung für weitere von COVID-19 betroffene Bestandverhältnisse

Der Qualifikation als Seuche kommt zweifellos eine hohe Präzedenzwirkung zu, dies auch deshalb, weil es keine relevante Stimme aus der Literatur gab, die das bisher anzweifelte.²⁹³ Betrachtet man nun den Komplex der „Lagermöglichkeit“, erscheint selbiger in Bezug auf Branchen wie etwa den gewöhnlichen Handel durchaus als berechtigt. Wie bereits erwähnt sieht *Lovrek*²⁹⁴ in der Warenlagerung dann einen zu berücksichtigenden Nutzen, wenn diese typischerweise für den eigentlichen Betriebszweck etwa als Verkaufslokal erforderlich ist. Da die „Textil“ E²⁹⁵ eine Filiale einer großen Handelskette betraf, die selbst über kein eigenes Lager verfügt, bleibt dieser Aspekt noch ungeklärt. Somit kommt der „Friseur“ E – wenn überhaupt – überwiegend für die Dienstleistungsbranche eine Präzedenzwirkung zu. Alleine aus dem Umstand, dass das Bestandobjekt einem sozusagen „*sicher bleibt*“ leitete das BG Meidling jedenfalls in beiden Fällen explizit keinen Nutzen ab.²⁹⁶

Das Gericht hatte auch nicht die Frage zu beurteilen, ob etwa ein eigener Onlineversand zu einer teilweisen Brauchbarkeit führen hätte können. Ergo ob statt § 1104 nur § 1105 ABGB, also eine bloß teilweise Bestandzinsminderung, zur Anwendung hätte kommen können.

Ebenso wenig hatte sich das Erstgericht mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Geschäftsraummieter, der zwar nicht schließen musste, aber dennoch ob der niedrigeren Kundenfrequenz einen Umsatzrückgang erlitt, Ansprüche gem. § 1105 ABGB ableiten könnte.

Da der gegenständliche Vertrag keine abweichenden Regelungen hinsichtlich §§ 1096, 1104 f ABGB vorsah, hatte sich das Gericht auch nicht mit diesbezüglichen Fragen (etwa zur Zulässigkeit, insbesondere auch betreffend das KSchG) zu beschäftigen. Auch Fragen hinsichtlich der Unternehmenspacht bzw Büroräumlichkeiten bleiben nachwievor unbeantwortet.

²⁹³ Völlig zustimmend etwa *Edelhauser*, ÖJZ 2020/46.

²⁹⁴ *Lovrek*, ZIK 2020/60; aA *Prader/Gottardis*, immolex 2020, 106.

²⁹⁵ BG Meidling 4.12.2020, 9 C 361/20y.

²⁹⁶ *Edelhauser* misst diesem Umstand sehr wohl einen Wert bei, ÖJZ 2020/46.

Angesichts der hohen Relevanz von bestandsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit COVID-19 ist ohnehin davon auszugehen, dass in naher Zukunft eine Vielzahl an weiteren Entscheidungen – basierend auf völlig unterschiedlichen Sachverhalten – weitere Klarheit bringen wird.

11.4 Wie geht die österreichische Bestandgeberlandschaft mit COVID-19 um?

Da jeder Gerichtsprozess nicht nur Geld und Ressourcen in Anspruch nimmt, sondern auch noch einen ungewissen Ausgang haben kann, sind viele Bestandgeber aktiv auf deren Bestandnehmer zugegangen. Hier konnte oftmals nicht nur eine für beide Seiten wirtschaftlich tragbare Lösung gefunden werden, sondern vielfach auch eine Vertragsverlängerung vereinbart werden. Es würde für Bestandgeber auch wenig sinnvoll sein, gegen wirtschaftlich stark in Schieflage geratene Bestandnehmer, die mitunter mehrere Monate geschlossen halten mussten, vor Gericht zu ziehen. Im schlimmsten Fall hat ein Urteil zugunsten des Bestandgebers die Insolvenz des Bestandnehmers zur Folge.

Die börsennotierte IMMOFINANZ AG mit Sitz in Wien, als eine der größten Retail- und Bürovermieterinnen in Österreich, hat im Zuge der Ad hoc Meldung vom 25. November 2020 Investoren über das eigene Vorgehen mit von COVID-19 gebeutelten Bestandnehmern berichtet.²⁹⁷ Danach wurden unmittelbar mit Beginn der Krise zahlreiche Maßnahmen eingeleitet, um negative Auswirkungen auf das Unternehmen so gering wie möglich zu halten, indem mit *„den Retail-Mietern (...) individuelle Lösungen erarbeitet [wurden], um diesen die Bewältigung der Krise zu erleichtern. Mittlerweile hat die IMMOFINANZ mit allen großen Einzelhändlern Vereinbarungen für die erste Lockdown- und Reopening-Periode unterzeichnet. Im Austausch für temporäre Mietnachlässe und Stundungen kam es u.a. zum Abschluss von Mietvertragsverlängerungen im Ausmaß von rund 300.000 m² in Q1-3 2020. Im Bürobereich werden einzelne Mieter besonders betroffener Branchen ebenfalls temporär unterstützt. Bis Mitte November wurden rund 96% der in den ersten neun Monaten 2020 in Rechnung gestellten Mieten (nach Mietreduktionen) des Einzelhandels- und Bürobereichs bezahlt (Retail: 96%, Office: 96%). Dieser hohe Prozentsatz spricht für die*

²⁹⁷ Abrufbar unter <https://immofinanz.com/de/news/immofinanz-mieterlose-in-q1-3-2020-um-5-7-gesteigert-ffo-1-liegt-um-10-1-uber-vorjahresniveau>.

Bonität der Mieter sowie für die Angemessenheit der temporären Unterstützungsvereinbarungen. Die Höhe der in diesem Zeitraum temporär gewährten Mietreduktionen beläuft sich auf 11% der Vertragsmiete (Retail: 18%, Office: 5%), weitere 4% (Retail: 4%, Office: 5%) sind noch nicht fällig bzw. noch nicht bezahlt.

Seit Anfang Oktober verzeichnen sämtliche Länder, in denen die IMMOFINANZ Gewerbeimmobilien unterhält, wieder steigende Neuinfektionszahlen. Damit verbunden sind erneut Eindämmungsmaßnahmen der Regierungen, die auch wieder temporäre Schließungen im Einzelhandel umfassen. Mit Stand Mitte November 2020 sind rund 35% der vermieteten Einzelhandelsfläche temporär geschlossen. Die Wiedereröffnungen werden in den nächsten Wochen erwartet.“

Diese Vorgehensweise zeigt deutlich auf, welchen positiven Effekt ein solches Einvernehmen einerseits auf die finanzielle Tragfähigkeit der bestehenden Bestandnehmer andererseits auf die künftige Zusammenarbeit mit dem Bestandnehmer haben kann. Auf der anderen Seite macht dies deutlich, dass (professionelle) Vermieter auch ob der Interessen ihrer Anteilseigner Klarheit noch mehr schätzen als – allenfalls nach einer gerichtlichen Entscheidung – höhere Mieteinnahmen. Aus der allgemeinen Erfahrung nach ist Unsicherheit, etwas, das Investoren stets vermeiden wollen.

12 Conclusio

Die COVID-19 Pandemie ist unzweifelhaft ein Jahrhundertereignis. Als solches stellt es eine Vielzahl an Branchen vor beinahe unüberwindbare Herausforderungen. Unternehmen, die stets expandiert haben, mussten den Geschäftsbetrieb mehrfach mitunter auf unbestimmte Zeit einstellen. Auf öffentlicher Seite mussten in äußerst kurzer Zeit wirksame Mechanismen geschaffen werden, die sowohl die wirtschaftlichen aber auch die sozialen Auswirkungen der Pandemie so gut wie möglich abfedern soll(t)en. Um diese Pandemie bewältigen zu können, mussten sozusagen „über Nacht“ eine Vielzahl an Rechtsakte erarbeitet werden, die sowohl von den Rechtsunterworfenen befolgt als auch von den Gerichten und Verwaltungsbehörden anzuwenden waren.

Die Regierung hat in mehreren Schritten Hilfe nicht nur an betroffene Branchen, sondern sogar an die Allgemeinbevölkerung zugesichert bzw auch bereits geleistet. Instrumente an die betroffenen Branchen waren einerseits die weitreichende Kurzarbeitsregelung, sowie der Fixkostenersatz bzw letztlich sogar ein Umsatzeratz. Die Höhe dieser Instrumente wurde mehrfach geändert bzw auch branchenspezifisch gedeckelt. Die Allgemeinbevölkerung – somit auch Personen, die mitunter keinen wirtschaftlichen Nachteil erlitten – erhielten in Form einer einmaligen Erhöhung der Familienbeihilfe Unterstützung. Personen, die wegen der Pandemie arbeitslos wurden, erhielten ebenso mehrfach erhöhte Auszahlungen von jeweils mehreren Hundert Euro. Auch wenn – ob der bürokratischen Hürden – viele Betroffene Probleme hatten bzw immer noch haben, die bereitgestellten Mittel auch tatsächlich zu erhalten, ist es unabhängig davon äußerst erfreulich, dass der Staat Österreich überhaupt derart finanzstark ist, den unzähligen Betroffenen ausreichend großvolumige Unterstützungen bereitstellen zu können.

Trotz der erwähnten umfangreichen Unterstützungsinstrumente rechnen Experten mit einer Vielzahl an Insolvenzen, sowohl von Privatpersonen als auch von Unternehmern.²⁹⁸ Um diesen Trend abzuschwächen, wurde die Pflicht zur Stellung eines Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinsichtlich des Insolvenztatbestandes der Überschuldung iSd § 67 IO vorübergehend (zuletzt bis zum 31. Jänner 2021 verlängert) ausgesetzt. Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO bleibt hiervon aber unberührt.²⁹⁹

Das Verfassen dieser Thesis hat in vielen Bereichen hinsichtlich der gestellten Forschungsfragen weitere Klarheit gebracht. Nicht erst die – wenn auch erstgerichtlichen – E des BG Meidling haben die Frage, ob COVID-19 eine Seuche ist, überzeugend bejaht. Auch der Lit ist keine überzeugende Stimme zu entnehmen, die dies verneinen würde.³⁰⁰ Die zweite im Anschluss daran zu stellende Forschungsfrage, ob die durch COVID-19 erlassenen Betretungsverbote für eine Vielzahl von Geschäftsräumen als Zufall, also höhere Gewalt, anzusehen ist, lässt sich ebenfalls überzeugend mit ja beantworten. An den E des BG Meidling hinsichtlich der Feststellung, dass COVID-19 eine Seuche

²⁹⁸ Siehe ein exemplarischer Artikel aus der Online-Ausgabe der Tageszeitung „Der Standard“ vom 9.11.2020 abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000121559852/experten-sagen-fuer-2021-eine-pleitewelle-voraus>.

²⁹⁹ Siehe auf der Website der WKO, abrufbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/insolvenz-covid-19.html>.

³⁰⁰ Zustimmend unter vielen *Prader*, *immolex* 2020/138.

iSd § 1104 ABGB darstellt, ist mE keine Kritik zu üben. Ob Geschäftsraummieter aber im Einzelfall Anspruch auf eine (gänzliche) Mietzinsreduktion haben, lässt sich dennoch allgemein nicht beantworten. Die Literatur aber auch die E des BG Meidling haben hierzu dennoch einige Anhaltspunkte geliefert, die durchaus beachtenswert sind und denen mE jedenfalls auch eine gewisse Präzedenzwirkung zukommt. Zu beachten ist aber, dass stets klar zwischen Branchen unterschieden werden muss. Bei einem Dienstleister wie einem Friseur ist bei angeordnetem Betretungsverbot der bedungene Gebrauch mE richtigerweise unmöglich.

Beim Handelsgewerbe gilt wohl selbiges, auch wenn der Lagerung von Waren hierbei eine wesentlich höhere Bedeutung zukommen kann. Dennoch dient die Lagerung bloß dem eigentlichen Zweck, dem Verkauf von Waren.

Anders ist die Rechtsfrage in Bezug auf Teile der Gastronomie zu beurteilen. Sofern ein Restaurant vor COVID-19 noch keine Abholmöglichkeit oder Lieferdienst etabliert hat, sind diese mE ob der geänderten Gegebenheiten angehalten, solche zu etablieren; dies in Anlehnung an die Schadenminderungspflicht aus dem Schadenersatzrecht des ABGB.³⁰¹ *Fadinger/Seeber* führen hierzu mE nicht überzeugend aus, dass es Gastgewerbetreibenden dennoch nicht zugemutet werden kann, das Geschäftsmodell innerhalb kürzester Zeit dahingehend zu adaptieren, nur um einen allfälligen Mietzinsminderungsanspruch nicht zu verlieren.³⁰²

Hinsichtlich Büroräumlichkeiten³⁰³ wird sich mE im Laufe der nächsten Jahre ein Wandel einstellen. Eine Vielzahl an börsennotierte Gesellschaften aus der High-Tech-Branche, etwa Twitter, hat bereits angekündigt, dass viele Mitarbeiter für immer von zuhause arbeiten können, sofern diese das wünschen. Folglich wird der Bürobedarf geringer, da Bürotätigkeiten mehrheitlich (auch) nachhause verlagert werden. Ob nun Mieter von Büroräumlichkeiten Anspruch auf Mietzinsminderungen haben, ist mE an der konkreten Bürosituation zu beurteilen, also ob Abstände von mindestens einem Meter zwischen Mitarbeitern eingehalten werden können. Fakt ist, dass die meisten Büros Regeln

³⁰¹ *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189 (199).

³⁰² *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189 (199).

³⁰³ *Fadinger/Seeber* weisen in wobl 2020/189, hierzu mE zurecht darauf hin, dass sich alleine aus dem Umstand, dass – wenn möglich – Home-Office zu etablieren ist, noch keine zwingende Mietzinsminderung begründen lässt.

etablieren mussten, sodass niemals alle Mitarbeiter gleichzeitig am Arbeitsplatz anwesend sind. Im Ergebnis wird wohl auch dieser Sektor Anspruch auf Mietzinsminderungen – wenn auch in moderater Höhe – haben. Gänzliche Mietzinsentfälle wird es in diesem Sektor wohl aber nur in Ausnahmesituationen geben.

Die Tourismusbranche – gemeinsam mit der Kulturbranche – wurde durch diese Pandemie wohl am härtesten getroffen. Ergo stellt sich für dessen Marktteilnehmer, insbesondere Hotelbetreiber, ganz besonders die Frage, ob ein Bestandzinsentfall rechtfertigbar ist. Auch wenn hierzu Judikatur noch fehlt, ist es dennoch schwer vorstellbar, dass Gerichte im Falle eines klassischen Beherbergungsbetriebes zum Ergebnis kommen könnten, dass der bedungene Gebrauch – Führung eines Beherbergungsbetriebes – (teilweise) möglich war.

Der Umstand, dass Unternehmenspächter hinsichtlich der Bestandzinsminderung schlechter gestellt sind, ist mE wohl nicht gerechtfertigt. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Laufzeit von Pachtverhältnissen in der Praxis meist länger als ein Jahr beträgt. In diesem Sinne schließt sich der Verfasser dieser Thesis den überzeugenden Ausführungen von *Kronthaler*³⁰⁴ an, der sich für eine Streichung des § 1105 Satz 2 und 3 ABGB ausspricht. Eine Streichung dieser beiden Sätze würde im Ergebnis alle Bestandnehmer, also Mieter und Pächter gleichermaßen (und zwar unabhängig von der Vertragslaufzeit), zu Bestandzinsminderungen im Fall einer teilweisen Unbrauchbarkeit berechtigen.

Es besteht abschließend kein Zweifel, dass die jüngsten E des BG Meidling – die freilich noch viele Fragen offenlassen – die ersten von vielen weiteren sind. Die nachfolgenden E werden auch ohne Zweifel weitere Branchen betreffen, sodass auch hierzu Stück für Stück Klarheit eintreten wird. Auch wenn Juristen verständlicherweise rechtliche Klarheit bevorzugen, ist es dennoch äußerst begrüßenswert, dass Branchengrößen, wie etwa die börsennotierte IMMOFINANZ AG, in der Praxis einvernehmliche Lösungen mit deren Bestandnehmern suchte und erreichte. Diese Vorgehensweise hat nicht nur – wie dargelegt – vertragliche Verhältnisse emotional gestärkt, aber auch (finanzielle) Unsicherheiten, die jedes Gerichtsverfahren mit sich bringen, erfolgreich vermieden.

³⁰⁴ *Kronthaler*, RdW 2020/250.

Nicht zu vergessen ist die völlig unabschbare Zeitspanne, die solche Prozesse in Anspruch nehmen können.³⁰⁵

³⁰⁵ Vgl hierzu auch die übereinstimmenden Ausführungen von *Fadinger/Seeber*, wobl 2020/189 (199).

13 Abstract

13.1 Deutsch

Das Umfeld für österreichische Gewerbetreibende, Bestandgeber als auch Bestandnehmer hat sich durch den Ausbruch der COVID-19 Pandemie im Frühjahr 2020 schlagartig verändert. Die zur Bekämpfung der Pandemie erlassenen, radikalen Einschränkungen sind dieser Generation bisher gänzlich fremd gewesen.

Die Bundesregierung war angesichts der rasanten Verbreitung des Virus übereinstimmend mit den meisten Ländern Europas bzw der Erde gezwungen, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die mit wenigen Ausnahmen einen beispiellosen, gänzlichen Stillstand der österreichischen Wirtschaft zur Folge hatten. Die wenigen Ausnahmen betrafen etwa Apotheken, Banken und den Lebensmittelhandel. Da für die österreichischen Geschäftsraummieter als auch Unternehmenspächter Einnahmen ohne Vorwarnung abrupt wegfielen, – und das auf unbestimmte Zeit – wurde die Frage sofort aktuell, welchen Einfluss dieser verordnete sogenannte Lockdown auf bestehende Miet- und Pachtverhältnisse hat(te).

Eine Vielzahl an Stimmen aus der Literatur aber auch von Anwaltskanzleien selbst hat sich freilich rasch mit der Frage beschäftigt, in welchen Fällen eine (gänzliche) Bestandzinsminderung für den Zeitraum des bzw der Lockdowns – wie – argumentierbar sein kann. Die ersten beiden E, die erst kürzlich dazu ergangen sind, gaben hierfür bereits einige wichtige Antworten. Im Ergebnis steht fest, dass es sich bei COVID-19 um eine Seuche iSd § 1104 ABGB – die dominierende Bestimmung bei gänzlicher Unbrauchbarkeit eines Bestandobjekts – und gleichzeitig aber auch um einen Fall der höheren Gewalt iSd § 1105 ABGB handelt. Letztere Bestimmung ist neben § 1096 ABGB bei bloß teilweiser Unbrauchbarkeit einschlägig.

Bisher wurden erst zwei Mietzins- und Räumungsverfahren im Zusammenhang mit COVID-19 von österreichischen Gerichten entschieden. Bei beiden Fällen wurde zu Gunsten des Bestandnehmers entschieden. Das BG Meidling – das Erstgericht in beiden Fällen – kam jeweils zum Ergebnis, dass die von der Regierung verordneten Betretungsverbote eine gänzliche Unbrauchbarkeit der angemieteten Bestandobjekte zur

Folge hatten. Aufgrund der Brisanz der Thematik kann jedenfalls noch mit einer Vielzahl an weiteren Entscheidungen (auch vom OGH) zu COVID-19 gerechnet werden.

13.2 English

The environment for Austrian businesses, landlords and tenants has changed abruptly due to the outbreak of the COVID-19 pandemic in spring 2020. The radical restrictions imposed to combat the pandemic have so far been completely unknown to this generation.

In view of the rapid spread of the virus, the Austrian parliament, in line with most countries in Europe and the world, was forced to impose legal regulations that, with a few exceptions, resulted in an unprecedented, complete shutdown of the Austrian economy. The few exceptions concerned pharmacies, banks and the grocery stores. Since Austrian commercial tenants as well as business tenants abruptly lost income without warning – and for an indefinite period of time – the question immediately became acute as to what influence this imposed so-called lockdown has/had on existing tenancies and leases.

A large number of voices from the literature, but also from law firms themselves, quickly dealt with the question of in which cases a (complete) reduction in the rent for the period of the lockdown(s) can – and how – be argued. The first two decisions, which were published recently, already provided some important answers. As a result, it is certain that COVID-19 is an epidemic within the meaning of Section 1104 ABGB – the dominant provision in the case of total unusability of a property – and at the same time a case of force majeure within the meaning of Section 1105 ABGB. The latter provision is relevant in addition to Section 1096 ABGB in the case of only partial unusability.

So far only two rent and eviction proceedings in connection with COVID-19 have been decided by Austrian courts. Both cases were decided in favour of the tenant. The District Court of Meidling - the court of first instance in both cases - came to the conclusion in each case that the entry bans imposed by the Austrian parliament had resulted a complete unusability of the rented property. Due to the seriousness of the subject matter, a large number of further decisions (also by the Supreme Court) on COVID-19 can be expected.