



universität  
wien

# MASTER THESIS

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

„Mietzinsminderung von Gastronomielokalen im Lichte  
der COVID-19-Pandemie“

verfasst von / submitted by

Andreas Nobitschek, MSc

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Legal Studies (MLS)

Wien, 2022 / Vienna 2022

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

UA 992 362

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

Wohn- und Immobilienrecht (MLS)

Betreut von / Supervisor

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

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946

ABBAG-Gesetz Bundesgesetz über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes BGBl. I Nr. 2014/51 idgF.

Abs Absatz

Abschn Abschnitt

Anh Anhang

Anm Anmerkung

ao außerordentlich

BGBI Bundesgesetzblatt

BM Bundesminister

Bsp. Beispiel

Bspw. beispielweise

B-VG Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1

BVwG Bundesverwaltungsgericht

bzw beziehungsweise

ca. circa

DV Durchführungsverordnung

EGMR Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EMRK Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210

EpG 1950 Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186

ErlRV Erläuterungen zur Regierungsvorlage

EKZ Einkaufszentrum

Etc. et cetera

gem. gemäß

hA herrschende Ansicht  
hL herrschende Lehre  
hM herrschende Meinung  
idF in der Fassung  
idgF in der geltenden Fassung  
idR in der Regel  
iHd in der Höhe des/der  
iHv in der Höhe von  
inkl inklusive  
iSd im Sinne des  
LG Landesgericht; Landesgesetz  
LGBL Landesgesetzblatt  
LGZ Landesgericht für Zivilsachen  
Lit Literatur  
mEn meines Erachtens nach  
MRG Mietrechtsgesetz, BGBl 1981/520  
nF neue Fassung  
Nov Novelle  
OGH Oberster Gerichtshof  
ÖJZ österreichische Juristenzeitung  
RIS Rechtsinformationssystem des Bundes  
RL Richtlinie  
RS Rechtssatz  
Rsp Rechtsprechung  
RZ Randziffer

StGG Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGrB 1867/142

Spr Spruch des Obersten Gerichtshofes

stRsp ständige Rechtsprechung

überwL überwiegende Lehre

überwRsp überwiegende Rechtsprechung

udgl und dergleichen

usw und so weiter

uU unter Umständen

Verf Verfahren; Verfügung

VfGH Verfassungsgerichtshof

VO Verordnung

VwGH Verwaltungsgerichtshof

ZPO Zivilprozessordnung, RGrB 1895/132

# INHALTSVERZEICHNIS

|                                                           |           |
|-----------------------------------------------------------|-----------|
| <b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>                              | <b>I</b>  |
| <b>INHALTSVERZEICHNIS</b>                                 | <b>IV</b> |
| <b>I. Einleitung</b>                                      | <b>1</b>  |
| <b>II. COVID 19 Maßnahmengesetz versus Epidemiegesetz</b> | <b>2</b>  |
| A. Epidemiegesetz 1913-1950                               | 2         |
| B. Entschädigungen gemäß Epidemiegesetz                   | 6         |
| C. Covid 19 Maßnahmengesetz und 96. und 98. Verordnung    | 9         |
| D. Verfassungsgerichtshof (VfGH) – Entscheidungen         | 14        |
| 1. VfGH Erkenntnis G 202/2020-20                          | 17        |
| 2. VfGH Erkenntnis V 411/2020-17                          | 18        |
| E. Entschädigungen gemäß Covid-19-MG                      | 19        |
| 1. EU- Beihilferecht                                      | 20        |
| 2. Fixkostenzuschuss                                      | 22        |
| 3. Lockdown – Umsatzersatz                                | 24        |
| 4. Verlustersatz                                          | 25        |
| 5. Ausfallbonus                                           | 26        |
| 6. Härtefallfond                                          | 27        |
| 7. Steuerliche Behandlung der Unterstützungsmaßnahmen     | 28        |
| <b>III. Beherbergung und Gastronomie</b>                  | <b>30</b> |
| A. Wirtschaftsleistung 2020 Österreich                    | 30        |
| B. Kennzahlen Beherbergung und Gastronomie                | 33        |
| <b>IV. Bestandsrecht</b>                                  | <b>36</b> |
| A. Allgemeines                                            | 36        |
| B. Bestandsvertrag                                        | 36        |
| C. Geltungs- und Anwendungsbereich ABGB und MRG           | 37        |
| <b>V. Mietzinsminderung und Erlassung des Zinses</b>      | <b>39</b> |
| A. § 1096 ABGB                                            | 40        |

|              |                                                                 |           |
|--------------|-----------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.           | Mangelhaftigkeit                                                | 41        |
| 2.           | Bedungener Gebrauch                                             | 47        |
| B.           | §§ 1104, 1105, 1107 ABGB                                        | 49        |
| C.           | Erörterung der Fragestellungen                                  | 54        |
| 1.           | Erlas des Bestandzinses bei eingeschränkter Nutzungsmöglichkeit | 54        |
| 2.           | Mietzinsminderung bei Umsatzausfällen                           | 56        |
| 3.           | Ersetzen COVID-19 Förderungsmaßnahmen den Mietzinsentfall?      | 58        |
| D.           | OGH Entscheidung 3 Ob 78/21y   21.10.2021                       | 59        |
| 1.           | Sachverhalt                                                     | 60        |
| 2.           | Rechtsstandpunkt der Klägerin                                   | 61        |
| 3.           | Rechtsstandpunkt des Beklagten                                  | 61        |
| 4.           | Entscheidung erster und zweiter Instanz                         | 61        |
| 5.           | OGH Entscheidung                                                | 62        |
| E.           | OGH Entscheidung 3 Ob184/21m   25.11.2021                       | 66        |
| 1.           | Sachverhalt                                                     | 66        |
| 2.           | Rechtsstandpunkt der Klägerin                                   | 67        |
| 3.           | Rechtsstandpunkt der Beklagten                                  | 67        |
| 4.           | Entscheidung erster und zweiter Instanz                         | 68        |
| 5.           | OGH Entscheidung                                                | 69        |
| F.           | Fazit der OGH Urteile                                           | 72        |
| G.           | Eigene Ansicht                                                  | 73        |
| <b>VI.</b>   | <b>Zusammenfassung, Ergebnisse</b>                              | <b>74</b> |
| <b>VII.</b>  | <b>Abstract</b>                                                 | <b>78</b> |
| <b>VIII.</b> | <b>Literaturverzeichnis</b>                                     | <b>80</b> |
| A.           | Webquellenverzeichnis                                           | 81        |
| B.           | Abbildungsverzeichnis                                           | 82        |
| <b>IX.</b>   | <b>Judikaturverzeichnis</b>                                     | <b>82</b> |

## I. Einleitung

Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) erklärte den Covid-19 Ausbruch zur Pandemie, damit dürfte es mittlerweile unstrittig sein, dass es sich im Fall Corona um eine Seuche handelt.

Die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2, einschließlich der Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie stellen unsere Gesellschaft vor immense Herausforderungen. Die wirtschaftlichen Auswirkungen und die zu ihrer Eindämmung gesetzten öffentlich-rechtlichen Maßnahmen, wie Betriebsschließungen, Betretungsverbote, Ausgangssperren, Quarantäne und Einreiseverbote haben drastische Folgen. Verdeutlicht werden diese wirtschaftlichen Herausforderungen laut Statistik Austria durch einen Rückgang der österreichischen Wirtschaftsleistung im Jahr 2020 zum Vorjahr um 6,7%.

Die Sektoren der Beherbergung und der Gastronomie sind von den weitgehenden Einschränkungen ihrer Geschäftstätigkeit und der zu erfüllenden behördlichen Auflagen besonders betroffen. So verzeichnete dieser Wirtschaftszweig mit einer Einbuße der Umsatzerlöse von 32,9% gegenüber dem Jahr 2020 den stärksten Geschäftsrückgang im Zuge der Corona Pandemie.

Zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen wurde seitens des Gesetzgebers der Covid-19 Krisenbewältigungsfonds eingerichtet, über den unterschiedliche Förderungsmaßnahmen finanziert wurden. Die unterdurchschnittliche Eigenkapitalausstattung, die belastete Kostenstruktur sowie der hohe Verschuldungsgrad des Wirtschaftszweiges der Beherbergung und Gastronomie, verbunden mit den behördlich angeordneten Betretungsverböten und den damit einhergehenden Umsatzrückgängen wurden größtenteils durch diese Förderungsmaßnahmen kompensiert, um die Betriebe vor Liquiditätsengpässen und Insolvenz zu bewahren. Auf direkte Zuschüsse und Förderungen sowie der Ertragsfähigkeit der Branche wird in dieser Arbeit Bezug genommen.

Mit den staatlichen finanziellen Zuwendungen werden Geschäftsraummieter und Pächter ein erheblicher Anteil der finanziellen Ausfälle ersetzt. Ob diese staatliche Unterstützungen Auswirkungen auf die gesetzliche Mietszinsminderung bzw. Entfall haben und ob diese aliquot an den Bestandgeber weitergereicht werden müssen, wird in der gegenständlichen Arbeit untersucht.

Durch die öffentlich-rechtlichen Maßnahmen der Verordnungen VO BGBl II 2020/96 und VO BGBl II 2020/98 zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 wurde für Betriebsstätten

sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe, fernab von einigen Ausnahmen, das Betreten generell untersagt. Ausgenommen waren Lieferservices, das Abholen von Speisen und Getränken oder die Abholung von vorbestellten Waren.

Mit der Verordnung BGBl. II 151/2020 vom April 2020 wurden weitere Betriebsstätten des Handels, wie bspw. Baustoff-, Eisen- und Holzhandel, Bau- und Gartenmärkte, von dem verordneten Betretungsverboten ausgenommen, sofern die Kundenbereiche im Inneren der Handelsbetriebe eine Verkaufsfläche von 400 m<sup>2</sup> nicht überstiegen. Dies führte dennoch dazu, dass der Verfassungsgerichtshof (VfGH) mit einer Vielzahl an Individualanträgen auf Überprüfung der Verfassungskonformität der gesetzlichen Verfügungen befasst wurde, auf die in der gegenständlichen Arbeit eingegangen wird.

In wie weit diese Ausnahmen zu einem Mietzinsentfall respektive Minderung führen, wird thematisiert. Ferner wird der Frage nachgegangen, ob dem Bestandnehmer der Gastronomie aus den pandemiebedingten Umsatzeinbußen resultierend aus der Reduktion der Kundenfrequenz während der einschränkenden Maßnahmen (z.B. Abstandsregelung, Reduktion der Gästeanzahl und verkürzte Öffnungszeiten) ein Mietzinsminderungsanspruch zusteht oder dies dem „allgemeinen Lebensrisiko“ zuzuordnen ist.

Abschließend werden zwei OGH Urteile behandelt, die auf die hoheitlichen Maßnahmen von Betretungsverboten und deren Folgewirkungen im Zuge des COVID-19-Maßnahmengesetzes eingehen und staatliche Zuwendungen in Form der Förderungsmaßnahmen behandeln.

## **II. COVID 19 Maßnahmengesetz versus Epidemiegesetz**

Infektionskrankheiten und somit übertragbare oder parasitäre Krankheiten gehören weltweit zu den häufigsten Todesursachen. Prekäre soziökonomische und hygienische Bedingung und die desolate medizinische Versorgung in Entwicklungsländern sind Indikatoren für die Ausbreitung der Krankheiten. Die globale Verflechtung von Handelsbeziehungen und vermehrte Reisetätigkeit unterstützen die Verbreitung der Krankheitserreger und somit erfahren die Industrieländer eine Renaissance der Infektionskrankheiten, die seit dem vorigen Jahrhundert durch medizinische Fortschritte und bessere Lebensumstände eingedämmt wurden.

### **A. Epidemiegesetz 1913-1950**

Die Begrifflichkeit der Pest ist nicht als definierte Krankheitseinheit zu verstehen, sondern steht bis zur Entdeckung des Erregers (*Yersinia pestis*) für jede als Seuche infektiöse Krankheit. So wurde bis in das 16. und 17. Jahrhundert jede Seuche, wie die Pocken, das Fleckfieber, die

Cholera als Ausdruck der Pest angewandt. Der Terminus Pest wird vom lateinischen Wort "pestis" (Seuche) abgeleitet.

Der älteste Beleg einer Seuche im europäischen Raum stammt aus dem späten Neolithikum und der frühen Bronzezeit (vor 4.800 bis 3.700 Jahren) wurde durch das Max-Planck-Institut für Menschheitsgeschichte anhand einer DNA (Desoxyribonukleinsäure) Sequenzierung eines Genoms nachgewiesen.<sup>1</sup>

In der abendländischen Literatur finden sich Schilderungen des griechischen Dichters Homer (ca. 8. Jahrhundert v. Christus) über Seuchen in seinem Epos von der Belagerung Trojas. So heißt es in Ilias im 1. Gesang, Vers 10:

*„Wer hat jene der Götter empört zu feindlichem Hader? Letos Sohn und des Zeus. Denn der, dem Könige zürnend, sandte verderbliche Seuche durchs Heer; und es sanken die Völker: Drum weil ihm den Chryses beleidiget, seinen Priester, Atreus Sohn.“*<sup>2</sup>

Die Folgewirkungen von Seuchen sind nicht nur in den hohen Krankheits- und Sterblichkeitsraten zu sehen, sondern verursachen enorme wirtschaftliche Schäden und kommen oftmals den Folgen eines Krieges gleich. Einen Konnex zwischen Seuchen und bewaffneten Auseinandersetzungen beschreibt der § 1496 ABGB:

*„Durch Abwesenheit in Civil- oder Kriegsdiensten, oder durch gänzlichen Stillstand der Rechtspflege, z. B. „[...] in Pest- oder Kriegszeiten, wird nicht nur der Anfang, sondern so lange dieses Hinderniß dauert, auch die Fortsetzung der Ersitzung oder Verjährung gehemmet.“*

Neben den ökonomischen Beeinträchtigungen durch Seuchen können Epidemien auch Einfluss auf Sicherheit und Stabilität nehmen. Auf Grund dessen entwickelte sich die Bekämpfung von Seuchen zur staatlichen Angelegenheit.<sup>3</sup>

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Bekämpfung von infektiösen Krankheiten haben in Österreich in 1521 im damaligen Herzogtum Steiermark ihren Ursprung genommen, wonach eine Eindämmung einer etwaigen übergreifenden Epidemie durch die Pestordnung geregelt worden ist.

---

<sup>1</sup> <https://www.shh.mpg.de/681152/stone-age-plague> (entnommen am 05.10.2021).

<sup>2</sup> [https://www.digibib.org/Homer\\_8JHvChr/De\\_Ilias](https://www.digibib.org/Homer_8JHvChr/De_Ilias) (entnommen am 05.10.2021).

<sup>3</sup> Hiersche/Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemierechts.

In der Stadt Wien wurde erstmalig in 1540 eine Infektionsordnung kundgetan. Das damalige religiöse Weltbild manifestierte sich durch ungenügende medizinische Sachkenntnisse einhergehend mit den damaligen ärztlichen Möglichkeiten in den Infektionsverordnungen. Die Pest wurde bis ins 17. Jahrhundert als Strafe Gottes gedeutet, die durch Änderung des moralischen Verhaltens beigelegt werden könnte. Die damaligen Verordnungen warnten vor lüderlichem und sittenlosem Leben und waren bei Zuwiderhandeln der Vorschriften mit Pranger, Gefängnis, Geldbuße und Verweisung aus der Stadt bis hin zu drakonischen Strafen, wie bspw. dem Tod am Galgen, bestraft.<sup>4</sup> Instrumente für den gottgefälligen Wandel gingen bis zu vorgeschriebenen Sperrstunden von den Trinkstuben an den Sonn- und Feiertagen, um den Bürgern den Besuch der Gottesdienste zu ermöglichen.<sup>5</sup>

Einer der letzten Pestepidemien trat 1679 in Wien auf. Nach Beendigung der Seuche wurde durch Leopold I. in 1679 eine Dreifaltigkeitssäule, die Wiener Pestsäule, errichtet. Die Inschrift auf der Nordseite der Säule spiegelt die religiös geprägten Anschauungen der damaligen Zeit wider.

*“Tibi, inquam, Sanctissimae ac Individuae Trinitati: Ego Leopoldus Humilis Servus Tuus Gratias ago, Quas Possum, Maximas Pro Aversa Anno. MDCLXXIX. Per Summam Benignitatem Tuam Ab Hac Vrbe Et Avstriae Provincia, Dirae Pestis Lue: Atque in Perpetuam Debitae Gratitude tesseram, Praesens Monumentum Demississime Consecro.”*<sup>6</sup>

Übersetzung auf Deutsch:

*„Dir, der heiligsten und unteilbaren Dreifaltigkeit: Ich Leopold, dein demütiger Diener, ich danke dir, so sehr ich nur kann, dafür, dass im Jahr 1679 durch deine höchste Güte die unheilvolle Pestseuche von dieser Stadt und dem Land Österreich abgewendet wurde: und als ständiges Zeichen der gebührenden Dankbarkeit widme ich dir untertänigst dieses Denkmal.“*<sup>7</sup>

Ein weiteres bedeutendes sakrales Bauwerk des Christentums stellt die Karlskirche in Wien dar, deren Entstehung dem Gelübde von Karl VI. während der letzten Pestepidemie in 1713 zu verdanken ist.

---

<sup>4</sup> Presl, Die Prophylaxis 4.

<sup>5</sup> Hiersche/Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemierechts.

<sup>6</sup> „Pestsäule“ 1010 Wien, Nordseite

<sup>7</sup> [https://de.m.wikipedia.org/wiki/Wiener\\_Pests%C3%A4ule](https://de.m.wikipedia.org/wiki/Wiener_Pests%C3%A4ule) (entnommen am 05.10.2021)

Ungeachtet der religiösen Ansätze zur Vorbeugung der Seuche finden sich in den ehemaligen Verordnungen Maßnahmen zur Reinhaltung der Luft und weitere notwendige stadthygienische Vorschriften, wie etwa das Verführen der Erkrankten bis vor die Stadt, etwaige Quarantänemaßnahmen, die Beschränkung des Handels mit Lebensmitteln, Vorschriften bezüglich Veranstaltungen sowie die Schließung von Schulen und Badstuben.<sup>8</sup>

Das Gesundheitswesen war bis zum Beginn der 18. Jahrhunderts nicht zentral organisiert, sondern unterlag den jeweiligen Grundherren. Im Zuge des Reichssanitätsgesetzes des Jahres 1870 wurde die Oberaufsicht und die oberste Leitung der Medizinalangelegenheiten über das gesamte Sanitätswesen der Staatsverwaltung übertragen. Dem Wirkungsbereich der Staatsverwaltung oblag etwa die Oberaufsicht über alle Krankenanstalten, über die Impfinstitute, Heilbäder, die Handhabung der Gesetze über ansteckende Krankheiten, über Endemien und Epidemien, sowie über Quarantänen. Die Durchführung der örtlichen Vorkehrungen zur Verhütung ansteckender Krankheiten und ihrer Weiterverbreitung unterstand den jeweiligen Gemeinden.<sup>9</sup> Die diesbezügliche Fülle an Verordnungen und Erlässen der Staatsverwaltung und der Gemeinden wurden zunehmend unüberschaubarer, sodass *„daher gegenwärtig eine Fülle verschiedener, zum Teil nicht übereinstimmender Anordnungen in Kraft stehen, die nur demjenigen, der die Entwicklung dieses Verwaltungszweiges historisch verfolgt, verständlich sind, während diejenigen, welche die Anordnungen befolgen sowie jene, welche deren Durchführung überwachen sollen, ein volles Verständnis nicht oder nur selten besitzen, daher auch den Vorschriften oft nur mangelhaft entsprochen wird.“*<sup>10</sup>

Infolgedessen entstand gegen Ende des 19. Jahrhundert ein neues Seuchengesetz mit einem zeitgemäßen und einheitlichen Regelungsgeflecht sowie aus dem Hintergrund eines medizinisch-wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandels.<sup>11</sup> Im Jahr 1913 wurde das Epidemiegesetz 1913 (EpG) vom Herren- wie Abgeordnetenhaus verabschiedet und durch kaiserliche Sanktion genehmigt.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Hiersche/Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemierechts.

<sup>9</sup> §§ 1 – 4 Reichssanitätsgesetz 1870 RGBl Nr 1870/68.

<sup>10</sup> Sanitätsdepartement, ErläutRV 88 BlgHH 18. Sess 107.

<sup>11</sup> Hiersche/Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemierechts 2.

<sup>12</sup> Reichsgesetzblatt für die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder 1913 RGBl 1913/67.

Mit dem „Anschluss“ an das deutsche Reich wurden die reichsdeutschen Vorschriften zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in der "Ostmark" eingeführt.<sup>13</sup> Mit Inkrafttreten des deutschen Impfgesetz 1874 wurde erstmalig in Österreich eine allgemeine Impfpflicht eingeführt.<sup>14</sup> Mit dem Reichsüberüberleitungsgesetz (R-ÜG) 1947<sup>15</sup> nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde das EpG wiederverlautbart und erfuhr bis in das Jahr 2021 zahlreiche Novellierungen.<sup>16</sup> Die Auflistung der anzeigepflichtigen Krankheiten und der damit einhergehenden verpflichtenden Meldungen an die zuständigen Behörden wurde erweitert.<sup>17</sup> Mit der Novellierung 2008 des EpG wurde ein elektronisches Melderegister für anzeigepflichtige Krankheiten geschaffen.

Die bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen sehen keine einheitliche Kodifikation des österreichischen Sanitätsrechts vor. Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG ordnet die grundsätzliche Gesetzgebung des Gesundheitswesens dem Bund<sup>18</sup> und die Kompetenz sowie zur Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung den Bundesländern zu. Nach Art. 102 Abs. 1 B-VG obliegt die Vollziehung des Epidemiegesetzes dem Landeshauptmann und dessen unterstellten Bezirksverwaltungsbehörden. Die gesetzlich verankerte Kommission des Obersten Sanitätsrates, bestehend aus einem 35- köpfigen Gremium<sup>19</sup>, kommt dem Gesundheitsminister als medizinisch-wissenschaftliches Organ in beratender Funktion nach. Die gefassten Beschlüsse dieses höchsten Beratungsgremiums haben keine normative Wirkung. Auf Landesebene agieren in ähnlicher Weise die Landessanitätsräte. Das österreichische Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz stellt somit die oberste behördliche Institution nach dem EpG dar.

## **B. Entschädigungen gemäß Epidemiegesetz**

Die weltweite Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 und der damit einhergehenden Infektionskrankheit COVID-19 erreichte Österreich im Februar 2020 mit den auf Coronaviren

---

<sup>13</sup> *Hiersche*, Sanitätspolizeiliche Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (2010).

<sup>14</sup> Deutsches Reichsgesetzblatt 1874 DRGBl 1874

<sup>15</sup> R-ÜG 1947 BGBl 1947/151.

<sup>16</sup> Epidemiegesetz 1950 BGBl 1961/185, BGBl 1967/116, BGBl 1968/127, BGBl 1974/702, BGBl I 1999/191, BGBl I 2001/98, BGBl I 2002/65, BGBl I 2006/114, BGBl I 2008/76, BGBl I 2012/43, BGBl I 2013/80, BGBl I 2016/63, BGBl I 2018/37, BGBl I 2020/16, BGBl I 2020/23, BGBl I 2020/43, BGBl I 2020/62, BGBl I 2020/103, BGBl I 2020/104, BGBl I 2020/136, BGBl II 2021/23, BGBl I 2021/33.

<sup>17</sup> R-ÜG 1947 BGBl 1947/151 Art II.

<sup>18</sup> mit Ausnahme des Leichen- und Bestattungswesens sowie des Gemeindesanitätsdienstes und Rettungswesens, hinsichtlich der Heil- und Pflegeanstalten, des Kurortwesens und der natürlichen Heilvorkommen jedoch nur die sanitäre Aufsicht.

<sup>19</sup> <https://www.sozialministerium.at/Services/News-und-Events/Archiv-2021/Maerz-2021/Neukonstituierung-des-Obersten-Sanitaetsrates.html> (entnommen am 25.10.2021).

erstmalig positiv getesteten Personen in Tirol. Mit der am 15.03.2020<sup>20</sup> erlassenen Verordnung wurden die Sperrstunden für sämtliche Betriebsarten des Gastgewerbes mit 15 Uhr festgelegt und trat mit 22.03.2020 außer Kraft. Die anschließenden Verordnungen<sup>21</sup> des Landeshauptmannes von Tirol sahen Verbote, wie des Betretens öffentlicher Orte, das Verlassen des eigenen Wohnsitzes, Betretens von Beherbergungsbetrieben zu touristischen Zwecken und Campingplätzen im gesamten Landesgebiet vor.<sup>22</sup>

Der Wintertourismus im Bundesland Tirol ist ein immanent wichtiger Wirtschaftsfaktor. Über das gesamte Wirtschaftsjahr gesehen, verzeichnet Tirol durchschnittlich in den letzten Jahren ca. 49 Millionen Gästenächtigungen<sup>23</sup>. Zahlreiche Gletscherskigebiete und die damit verbundenen wirtschaftlichen Kernaktivitäten, wie Seilbahnwesen, Beherbergung und Gastronomie übersteigen die Wertschöpfung in der Wintersaison zur Sommersaison. Die Bundesländer Vorarlberg und Salzburg folgten den Betriebsschließungen der Wintersportgebiete.

Das EpG24 sieht beim Auftreten der angeführten Krankheiten Betriebsbeschränkungen oder Schließung gewerblicher Unternehmungen vor. Das EpG sieht in § 20 dazu folgende Definition und Regelung vor:

*„(1) Beim Auftreten von Scharlach, Diphtherie [...] kann die Schließung von Betriebsstätten, in denen bestimmte Gewerbe ausgeübt werden, deren Betrieb eine besondere Gefahr für die Ausbreitung dieser Krankheit mit sich bringt, für bestimmt zu bezeichnende Gebiete angeordnet werden, wenn und insoweit nach den im Betriebe bestehenden Verhältnissen die Aufrechterhaltung desselben eine dringende und schwere Gefährdung der Betriebsangestellten selbst sowie der Öffentlichkeit überhaupt durch die Weiterverbreitung der Krankheit begründen würde.*

*(2) Beim Auftreten einer der [...] angeführten Krankheiten kann [...] der Betrieb einzelner gewerbsmäßig betriebener Unternehmungen mit fester Betriebsstätte beschränkt oder die Schließung der Betriebsstätte verfügt sowie auch einzelnen Personen, die mit Kranken in Berührung kommen, das Betreten der Betriebsstätten untersagt werden.*

---

<sup>20</sup> Festlegung der Sperrstunde und Aufsperrstunde im Gastgewerbe anlässlich des Ausbruchs des Coronavirus LGBl Nr 2020/31.

<sup>21</sup> Verordnung nach § 2 Z 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes LGBl Nr 2020/33.

<sup>22</sup> Verordnung nach § 2 Z 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes LGBl Nr 2020/38.

<sup>23</sup> <https://www.tirol.gv.at/statistik-budget/statistik/tourismus/#c76985> (entnommen am 15.11.2021).

<sup>24</sup> § 20 Epidemiegesetz 1950 BGBl Nr 1950/186 idgF.

(4) Inwieweit [...] auch beim Auftreten einer anderen anzeigepflichtigen Krankheit getroffen werden können, wird durch Verordnung bestimmt.<sup>25</sup>

Aufgrund der verhängten Verkehrsbeschränkungen auf Basis des Epidemiegesetzes<sup>26</sup> und der damit einhergehenden Verordnungen von vorverlegten Sperrstunden und Schließungen für sämtliche Betriebsarten des Gastgewerbes, der Hotellerie und dem Seilbahnwesen entstand ein immenser wirtschaftlicher Schaden, der gemäß § 32 Epidemiegesetz einen Ersatzanspruch zur Folge hatte, wobei hier zwischen den Maßnahmen der erlassenen Gesetzlichkeiten auf Basis des EpG oder auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG) zu unterscheiden ist. Nach dem COVID-19-MG entstehen durch angeordnete Betriebsschließungen respektive Betretungsverbote keine Ersatzansprüche, sondern werden durch Entschädigungszahlungen durch den COVID-19-Krisenbewältigungsfonds (COVID-19-Fondsgesetz)<sup>27</sup>, einer privatrechtlichen Förderungsvergabe, ersetzt. Auf den Finanzrahmen und auf die Mittelaufbringung- und Verwendung wird im Kapitel Entschädigungen gemäß Covid-19-MG näher eingegangen. Bei Vergütungsleistungen hinsichtlich des EpG handelt es sich um Transferleistungen des Bundes.

§ 32 Abs 1 EpiG regelt für natürliche, juristische und Personengesellschaften eine Vergütung der durch behördliche Verfügungen im Rahmen der Quarantäne entstandene Vermögensnachteile, auf die ein Rechtsanspruch auf Leistung im Gegensatz zu den Zuschüssen des Corona Hilfsfonds besteht.<sup>28</sup> Inwieweit dieser Rechtsanspruch entgegen den Ausführungen des Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes Gesetzes (ABBAG-G) aus verfassungsrechtlicher respektive privatrechtlicher Sicht dennoch durchsetzbar wäre, wird im Kapitel VfGH Erkenntnis G 202/2020-20 näher beleuchtet.

Die Bemessungsgrundlage der Entschädigungen für selbständig erwerbstätige Personen gem. EpG stellt das vergleichbare wirtschaftliche Einkommen dar.<sup>29</sup> „Der Verdienstentgang entspricht dem Betrag, um den das Zieleinkommen das Ist-Einkommen übersteigt.“<sup>30</sup> Die Berechnung der Höhe des Entgeltes für etwaige Entschädigungszahlungen ist der EpG 1950-Berechnungs-Verordnung zu entnehmen. Ein „EpG Berechnungstool“ für die Berechnung des

---

<sup>25</sup> § 20 Epidemiegesetz 1950 BGBl Nr 1950/186 idgF.

<sup>26</sup> § 34 Epidemiegesetz 1950 BGBl Nr 1950/186 idgF.

<sup>27</sup> COVID-19 Gesetz BGBl I Nr 2020/12.

<sup>28</sup> § 3b Abs 2 ABBAG-Gesetz 2014 BGBl. I Nr 2014/ 51 idgF.

<sup>29</sup> § 32 Abs 4 Epidemiegesetz 1950 BGBl Nr 1950/186 idgF.

<sup>30</sup> § 3 (1) EpG 1950-Berechnungs-Verordnung BGBl. II Nr 2020/ 329 idgF.

Verdienstentganges ist seitens des Gesundheitsministerium veröffentlicht worden. Für unselbständige Erwerbstätige, die durch behördliche Anordnungen betroffen sind und ihrer Beschäftigung nicht nachkommen können, ist der Arbeitgeber gem. § 32 Abs 3 EpG dazu angehalten, dem Arbeitnehmer das Entgelt zu bezahlen. Dienstgeberanteile wie Sozialversicherungsabgaben werden vom Bund ersetzt. Der Vermögensschaden des Arbeitgebers durch die Auszahlung der Betroffenen Dienstnehmer wird durch die Vergütung gem. EpG ersetzt.

Die Vergütungen des Verdienstentganges des Unternehmers und die Entgeltfortzahlung des Dienstnehmers stellen Kompensationsleistungen der Republik Österreich dar und sind im Gegensatz zu den mehrheitlichen Unterstützungsleistungen des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds einkommens- und körperschaftsteuerpflichtig.

Die Antragsfrist der Entschädigungszahlungen wurde durch die Abänderung des EpG<sup>31</sup> von sechs Wochen auf drei Monate verlängert. Die Anträge sind bei der Bezirksverwaltungsbehörde einzureichen. Nachstehende Anwendungsfälle werden gem. EpG behandelt:

- Betriebsschließungen nach dem EpG vor Rechtskraft COVID-19 Maßnahmengesetz
- Betriebsschließungen auf Basis des § 7 EpG
- Absonderungen gem. § 7 EpG
- Quarantäne des Unternehmers
- Verkehrsbeschränkungen (zB. Tirol, Absperrungen von Gemeinden)

Den Anträgen sind die Schließungs- bzw. Quarantänebescheide anzuschließen. Ferner sind Vergütungen die gem. des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds ausgeschüttet worden sind, wie bspw. Zuschüsse des Fixkostenzuschusses und Entschädigungszahlungen aus dem EpG, zu kürzen. Unterstützungen der Kurzarbeit und eine Kostenerstattung gem. § 32 EpG schließen einander aus.<sup>32</sup>

### **C. Covid 19 Maßnahmengesetz und 96. und 98. Verordnung**

Die rechtliche Grundlage des COVID-19-MG wurde aus dem Hintergrund der sich ausbreitenden COVID-19-Pandemie in Österreich geschaffen, ist am 16.03.2020 in Kraft getreten und tritt mit 31.12.2021 außer Kraft.

---

<sup>31</sup> Änderung des Epidemiegesetzes 1950 BGBl I 2020/62.

<sup>32</sup> Kurzarbeitsrichtlinie des AMS vom 1.6.2020, GZ: BGS/AMF/0702/9978/2020

Mit den ersten bestätigten Fällen der COVID-19-Infektion in Österreich wurde mittels Verordnung<sup>33</sup> das Coronavirus SARS-CoV-2 als anzeigepflichtige übertragbare Krankheit qualifiziert. Mit Ende Februar 2020<sup>34</sup> verordnete der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK), dass Betriebsbeschränkung oder Schließung gewerblicher Unternehmungen bei Auftreten von Infektionen mit SARS-CoV-2 auf Basis des § 20 Abs. 4 EpG getroffen werden können. In weiterer Folge verfügten eine Vielzahl von Bezirksverwaltungsbehörden, insbesondere in den Wintersportgebieten, verkehrsbeschränkende Maßnahmen iSd des § 20 EpG. Bis zur Schaffung der gesetzlichen Grundlagen des COVID-19-MG basierte die Verfahrensweise der Behörden auf dem EpG 1950.

Die Bundesregierung brachte einen Initiativantrag<sup>35</sup> im Parlament ein, wonach *„die Maßnahmen des Epidemiegesetzes 1950 nicht ausreichend bzw. zu kleinteilig wäre“*<sup>36</sup>, um die weitere Verbreitung der Pandemie in Österreich zu verhindern. Zur Begründung im Initiativantrag und Ausschussbericht des Parlamentes ist weiters unter Artikel 8 § 1 COVID-19-MG zu lesen: *„Der Bundesminister soll die Möglichkeit haben, ein Verbot auszusprechen, Waren- und Dienstleistungsbetriebe zu betreten, wobei sich dieses Verbot nicht nur an die Kunden, sondern auch an die Wirtschaftstreibenden richtet. Gruppen von Unternehmen können von diesem Verbot ausgenommen werden (dies betrifft insbesondere die Versorgung mit Lebensmitteln, medizinischen Produkten, Gesundheits- und Pflegedienstleistungen, Bankdienstleistungen usw.). Es kann jedoch auch für solche Betriebsstätten, die weiterhin betreten werden dürfen, vorgesehen werden, dass diese nur von einer bestimmten Zahl an Personen - allenfalls auch im Verhältnis zur Geschäftsfläche - betreten werden dürfen. Das Verbot besteht nur "zum Zweck des Erwerbs von Waren- und Dienstleistungen". Unternehmen, in denen kein Kontakt mit Kunden besteht, sind von dem Verbot demnach nicht betroffen. Ebenso sind der Inhaber der Betriebsstätte und seine Mitarbeiter oder Personen, die in dieser Betriebsstätte Dienstleistungen erbringen (etwa Reinigungsarbeiten besorgen), vom Betretungsverbot nicht betroffen.“*

---

<sup>33</sup> Anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020 BGBl II Nr 2020/15.

<sup>34</sup> Betriebsbeschränkung oder Schließung gewerblicher Unternehmungen bei Auftreten von Infektionen mit SARS-CoV-2 („2019 neuartiges Coronavirus“) und Änderung der Verordnung über die Beförderung von Personen, die mit übertragbaren Krankheiten behaftet oder solcher Krankheiten verdächtig sind BGBl II Nr 74/2020.

<sup>35</sup> COVID-19 Gesetz, ErläutIA 396/A BlgNR 27, GP 10.

<sup>36</sup> COVID-19 Gesetz AB 102 BlgNR 27. GP.

Ferner sieht das COVID-19-MG vor, dass die Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950 unberührt bleiben und bei Verordnung durch den Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK) die Bestimmungen des EpG bezüglich der Schließung von Betriebsstätten nicht zur Anwendung gelangt.<sup>37</sup> Nähere Begründungen respektive Notwendigkeiten der Abänderungen zu Gunsten des COVID-19-MG sind weder dem Initiativantrag der Bundesregierung noch des Ausschussberichtes zu entnehmen.

Mit Initiativantrag sowie Abschlussbericht zur Änderung des § 4 Abs 2 COVID-19-MG wurde seitens der österreichischen Bundesregierung festgehalten, dass *"es zulässig war, auch seit dem 16. März 2020 die Schließung von Betrieben auf Grund des Epidemiegesetzes 1950 zu verordnen"*<sup>38</sup>. Diese Abänderung mündete im verlautbarten 2. COVID-19-Gesetz.<sup>39</sup>

Die im Zuge des COVID-19-MG veröffentlichten Verordnungen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 sind befristet von 16. 03. 2020 bis 31.12. 2021.

Mit der 96. Verordnung des BMSGPK vom 15.03.2020 wurde auf Basis der *„vorläufigen Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19 Maßnahmengesetz), BGBl. I Nr. 2020/12 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 [...] untersagt.“*<sup>40</sup>

Ausnahmen von den betrieblichen Betretungsverboten bildeten systemrelevante Bereiche und Dienste, wie Apotheken, Lebensmittelhandel, Drogerien, Tankstellen, Banken, Tabakfachgeschäfte und Zeitungskioske, Verkauf von Tierfutter, und Medizinprodukten, Verkauf und Wartung von Sicherheits- und Notfallprodukten und Agrarhandel. Diese durften gem. 96. Verordnung im Zeitraum von 7 Uhr 40 h und 19 Uhr öffnen.

Dazu definiert die Verordnung die Ausnahmen für nachstehende 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*

---

<sup>37</sup> COVID-19 Gesetz BGBl. I Nr 2020/12.

<sup>38</sup> 2. COVID-19-Gesetz, IA 397/A 27. GP 40; AB 115 BlgNR 27. GP 19.

<sup>39</sup> 2. COVID-19-Gesetz BGBl. I 2020/16.

<sup>40</sup> § 1, 96. Verordnung, Vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBl II 2020/96.

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.“<sup>41</sup>

Weiters führt die VO BGBI II 2020/96 in § 3. (1) aus, dass „[d]as Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe [...] untersagt [ist]. (2) Abs. 1 gilt nicht für Gastgewerbebetriebe, welche innerhalb folgender Einrichtungen betrieben werden:

1. Kranken-und Kuranstalten;
2. Pflegeanstalten und Seniorenheime;
3. Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung von Kindern und Jugendlichen einschließlich Schulen und Kindergärten;
4. Betrieben, wenn diese ausschließlich durch Betriebsangehörige genutzt werden dürfen.

(3) Abs. 1 gilt nicht für Beherbergungsbetriebe, wenn in der Betriebsstätte Speisen und Getränke ausschließlich an Beherbergungsgäste verabreicht und ausgeschenkt werden.

(4) Abs. 1 gilt nicht für Campingplätze und öffentlichen Verkehrsmitteln, wenn dort Speisen und Getränke ausschließlich an Gäste des Campingplatzes bzw. öffentlicher Verkehrsmitteln verabreicht und ausgeschenkt werden.

(5) Abs. 1 gilt nicht für Lieferservice“.<sup>42</sup>

Außer Kraft gesetzt wurde diese Verordnung mit 22. März 2020.

---

<sup>41</sup> § 2, 96. Verordnung, Vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBI II 2020/96.

<sup>42</sup> § 3, 96. Verordnung, Vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBI II 2020/96.

Mit der Verordnung BGBl. II 151/2020 vom April 2020 wurden weitere Betriebsstätten des Handels, wie bspw. Baustoff-, Eisen- und Holzhandel, Bau- und Gartenmärkte, von dem verordneten Betretungsverboten ausgenommen, sofern die Kundenbereiche im Inneren der Handelsbetriebe eine Verkaufsfläche von 400 m<sup>2</sup> nicht übersteigt. Weiters wurde in der Verordnung bestimmt: *„Als sonstige Betriebsstätten des Handels sind Betriebsstätten zu verstehen, die dem Verkauf, der Herstellung, der Reparatur oder der Bearbeitung von Waren dienen. Sind sonstige Betriebsstätten baulich verbunden (z. B. Einkaufszentren), ist der Kundenbereich der Betriebsstätten zusammenzuzählen, wenn der Kundenbereich über das Verbindungsbauwerk betreten wird. Veränderungen der Größe des Kundenbereichs, die nach dem 7. April 2020 vorgenommen wurden, haben bei der Ermittlung der Größe des Kundenbereichs außer Betracht zu bleiben.“* Weiters, wenn der Betreiber der Betriebsstätte *„geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass sich maximal so viele Kunden gleichzeitig im Kundenbereich aufhalten, dass pro Kunde 20 m<sup>2</sup> der Gesamtverkaufsfläche zur Verfügung stehen; ist der Kundenbereich kleiner als 20 m<sup>2</sup>, so darf jeweils nur ein Kunde die Betriebsstätte betreten.“*<sup>43</sup>

Außer Kraft getreten ist diese Regelung mit 30. April 2020.

Zusätzlich wurde mittels 98. Verordnung des BMSGPK gem. § 2 Z 1 des COVID-19-MG eine bundesweite einheitliche „Verkehrsbeschränkung“ erlassen. Diese sah das Verbot des Betretens von öffentlichen Orten vor.<sup>44</sup> In Kraft getreten ist diese Verordnung mit 16. März 2020 und außer Kraft gesetzt mit 22.03.2020 mit einer anschließenden Verlängerung bis 13.04. 2020. Ausgenommen von dem Betretungsverbot öffentlicher Orte waren gem. § 2 VO BGBl II 2020/98 Umstände, die

- „1. die zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leib, Leben und Eigentum erforderlich sind;*
- 2. die zur Betreuung und Hilfeleistung von unterstützungsbedürftigen Personen dienen;*
- 3. die zur Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse des täglichen Lebens erforderlich sind und sichergestellt ist, dass am Ort der Deckung des Bedarfs zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden kann;*

---

<sup>43</sup> § 2 Abs. 4ff Änderung der Verordnung betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBl. II 2020/151.

<sup>44</sup> § 1 Verordnung gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmegesetzes BGBl. II Nr 2020/98.

4. die für berufliche Zwecke erforderlich sind und sichergestellt ist, dass am Ort der beruflichen Tätigkeit zwischen den Personen ein Abstand von mindestens einem Meter eingehalten werden kann;

5. wenn öffentliche Orte im Freien alleine, mit Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, oder mit Haustieren betreten werden sollen, gegenüber anderen Personen ist dabei ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten.

**§ 3.** Die Benützung von Massenbeförderungsmitteln ist nur für Betretungen gemäß § 2 Z 1 bis 4 zulässig, wobei bei der Benützung ein Abstand von mindestens einem Meter gegenüber anderen Personen einzuhalten ist.

**§ 4.** Im Fall der Kontrolle durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind die Gründe, warum eine Betretung gemäß § 2 zulässig ist, glaubhaft zu machen.“<sup>45</sup>

#### **D. Verfassungsgerichtshof (VfGH) – Entscheidungen**

Betriebsschließungen respektive Betriebsbeschränkungen, Ausgangs- und Einreisebeschränkungen der jeweiligen Gesetzlichkeiten des EpG und COVID-19-MG führten bei den betroffenen Personen und Betrieben zu erheblichen Einschränkungen und Umsatzeinbußen und stellen somit grundsätzlich einen Eingriff in die Grundrechte dar.

Das EpG<sup>46</sup> sieht zwar beim Auftreten bestimmter anzeigenschlichtiger Erkrankungen eine Schließung von Betriebsstätten vor, jedoch ist die Schließung erst dann zu verfügen, wenn außerordentliche Gefahren es erfordern. Gleichmaßen wurde auf Basis des COVID-19-MG<sup>47</sup> die gesetzliche Grundlage mit der Verordnung BGBl II 96/2020 geschaffen, dass das Betreten des Kundenbereiches von Betriebsstätten des Handels, sämtlicher Arten des Gastgewerbes sowie von Dienstleistungsunternehmen untersagt ist.

Dies führte dennoch dazu, dass der Verfassungsgerichtshof (VfGH) mit einer Vielzahl an Individualanträgen auf Überprüfung der Verfassungskonformität der gesetzlichen Verfügungen befasst wurde. Insbesondere wurde seitens der österreichischen Wirtschaft bezweifelt, ob Entschädigungsansprüche gem. EpG<sup>48</sup> durch das COVID-19-MG ausgeschlossen sind bzw. ob ein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Gewährung von Unterstützungsleistungen auf Basis der

---

<sup>45</sup> § 3 ff Verordnung gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes BGBl. II Nr 2020/98.

<sup>46</sup> § 20 Epidemiegesetz 1950 BGBl Nr 1950/186 idgF.

<sup>47</sup> COVID-19 Gesetz BGBl. I 2020/12.

<sup>48</sup> § 32 Epidemiegesetz 1950 BGBl Nr 1950/186 idgF.

COVID Gesetzgebung besteht. Darüber hinaus wurde thematisiert, ob die wettbewerbsverzerrende Ungleichbehandlung von Betriebsstätten mit größeren Verkaufsflächen als 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche sachlich gerechtfertigt ist. Ferner wurde die Frage aufgeworfen, ob die verhängten Betretungsverbote der Betriebsstätten von betroffenen Unternehmen ein Betriebsverbot darstellten und somit gegen das Grundrecht der Unverletzlichkeit des Eigentums bzw. Erwerbsfreiheit verstoßen.

Das B-VG aus dem Jahr 1920 in der heutigen Fassung normiert lediglich einen Teil der Grundrechte, da von der Nationalversammlung 1920 keine Einigung über einen einheitlichen Grundrechtskatalog vorlag. Das zehnte Hauptstück des B-VG, Artikel 149 (1) beinhaltet unter anderem das Staatsgrundgesetz (StGG) der allgemeinen Rechte der Staatsbürger. Das StGG sieht unter anderem folgende relevante Grundrechte für die Maßnahmen des COVID-19-MG vor:

- Artikel. 2, die Gleichheit vor dem Gesetz;
- Artikel 4, die Freizügigkeit der Person;
- Artikel 5, Unverletzlichkeit des Eigentums;
- Artikel 6, Erwerbsfreiheit;
- Artikel 12, Vereins- und Versammlungsfreiheit und
- Artikel 14: Glaubens- und Gewissensfreiheit

Darüber hinaus wurde der Grundrechtskatalog durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Novellierung des B-VG 1964 sowie durch die Ratifizierung des Lissaboner Vertrages und der damit einhergehenden Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) erweitert. Weiters regelt das Datenschutzgesetz (DSG) aus dem Jahr 2000 die rechtlichen Grundlagen des Grundrechtes auf Datenschutz.

Der Gesetzgeber ist auf Grund der dargelegten Grundrechte dazu verpflichtet Maßnahmen zu setzen, um das Leben und die Gesundheit der Bevölkerung zu wahren und somit im gegebenen Fall zur Seuchenbekämpfung der COVID-19 Pandemie Grundrechtseinschränkungen zu einem gewissen Grad gesetzlich aufzuerlegen. Diese staatlichen Ein- und Beschränkungen sind auf die Verhältnismäßigkeit und die Verfolgung eines legitimen Ziels, das im öffentlichen Interesse liegt bzw. auf die rechtliche Grundlage zu überprüfen. Grundrechte skizzieren sowohl sogenannte „Abwehrrechte“ gegenüber staatlichem Handeln, die vorrangig im StGG ihren

Niederschlag finden, als auch staatliche Schutz- oder Gewährleistungspflichten, die essentiell der EMRK zuzuordnen sind.<sup>49</sup>

Die Durchsetzung und Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grundrechte fällt gem. Art 144 Abs 1 B-VG in den Zuständigkeitsbereich des österreichische Verfassungsgerichtshofes. Darüber hinaus dienen in ihren eigenen Zuständigkeitsbereichen ebenfalls der Verwaltungsgerichtshof (VwGH), die Verwaltungsgerichte und die ordentlichen Gerichte der Durchsetzung der Grundrechte. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) urteilt über Beschwerden, die über innerstaatliche ausgeschöpfte Rechtsmittel hinweggehen. Die GCR verfolgt Grund- und Menschenrechte im Rahmen der Europäischen Union und schließt sich aufgrund der Gleichartigkeit der verbürgten Grundrechte den Konventionen der EMRK an. Der Anwendungsbereich der Charta ist beschränkt auf das Unionsrecht und findet daher keine Anwendung auf nationale Angelegenheiten.

Die Geltendmachung der verfassungsgesetzlich eingeräumten Rechten wird mittels schriftlichem Antrag durch die Beschwerde (Art. 144 B-VG) oder durch einen Antrag auf Verordnungs- oder Gesetzesprüfung gem. Art. 139 und 140 B-VG am VfGH entschieden.

Die Zulässigkeit eines Individualantrags setzt nach stRsp voraus, dass der Gegenstand der Anfechtung direkt und momentan in die Rechtssphäre des Antragstellers eingreift. Ferner wird vorausgesetzt, dass kein anderer Umweg zur Bekämpfung (anderer Zuständigkeitsbereichs–kompetenz des VfGH lt. B-VG abschließend geregelt) der Beschwerde resp. des Antrages auf Verordnungs- oder Gesetzesprüfung möglich ist.<sup>50</sup>

Aufgrund der zeitlich limitierten Verordnungen kam allerdings der VfGH zur Erkenntnis, dass *„die Aktualität des Rechtseingriffs durch bereits außer Kraft getretene Vorschriften nicht von vornherein ausgeschlossen ist.“*<sup>51</sup> Somit wurde die Zulassungsvorraussetzung für Anträge oder Beschwerden seitens der Antragsteller im Einzelnen aufgrund der aktuellen Betroffenheit seitens des VfGH befürwortet.<sup>52</sup> Weiters bedingt die Zulässigkeit der Überprüfung der Anträge oder Beschwerden eine eventuelle Verletzung der subjektiven Rechte.

---

<sup>49</sup> Hiersche/Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemierechts 29 ff.

<sup>50</sup> Denk in Resch, Corona-HB<sup>1.06</sup> Kap 19 Rz 6 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

<sup>51</sup> Denk in Resch, Corona-HB<sup>1.06</sup> Kap 19 Rz 9 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

<sup>52</sup> Denk in Resch, Corona-HB<sup>1.06</sup> Kap 19 Rz 9 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

Im Folgenden wird auf die verfassungsrechtlichen Entscheidungen vom 14. Juli 2020 eingegangen, die sich auf Anträge und Beschwerden von Betrieben richten.

### **1. VfGH Erkenntnis G 202/2020-20**

In dieser Entscheidung ist der VfGH der Frage nachgegangen, ob die Verordnung COVID-19-MV-96 hinsichtlich des Betretungsverbot und in weiterer Folge Vergütungen des Verdienstentganges gegenüber den §§ 32, 20 EpiG als entschädigungslos gesehen werden kann. Der VfGH stellt in seinem Erkenntnis klar, dass die Bestimmungen des EpiG bezüglich der Schließung von Betriebsstätten gem. 96. Verordnung nicht anwendbar sind. Die beiden Gesetzlichkeiten sind aus dem Umstand heraus nicht zu vergleichen, da der Gesetzgeber mit dem EpG alleinig die Schließung von einzelnen Betrieben vorgesehen hat, während das COVID-19-MG großräumige Betriebsschließungen im Wortlaut eines Betretungsverbot vorsieht.

Er merkte an, dass zwar das Betretungsverbot für Betriebsstätten einem Betriebsverbot gleichkommt und somit einem erheblichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht darstellt und unter anderem die Absicht des Gesetzgebers darin bestand, etwaige Entschädigungsansprüche gem. EpG auszuschließen, aber ein rechtspolitischer Gestaltungsraum bei der Aufarbeitung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie besteht.

Die Betretungsverbote sind somit nicht als isolierte Betrachtung der Maßnahmen zu verstehen, sondern als Gesamtpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Krise. Mit den gesetzten Maßnahmen im Zuge der wirtschaftlichen Rettungspakete, wie dem Fixkostenzuschuss, der Kurzarbeit etc. hat der Gesetzgeber die nötigen Schritte zur finanziellen Entschädigung der Unternehmen aufgrund der Betretungsverbote der Betriebsstätten eingeleitet und somit besteht kein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums.

In wie weit ein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf Gewährung von staatlichen Zuschüssen im Rahmen der privatwirtschaftlichen Verwaltung infolge der Betretungsverbote besteht, konstatierte der VfGH:

*„In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die vom Gesetzgeber vorgesehenen Leistungen zwar (teilweise) im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (Art. 17 B-VG) erbracht werden. Aus der Fiskalgeltung der Grundrechte (vgl. etwa OGH 23.12.2014, 1 Ob 218/14m; 23.5.2018, 3 Ob 83/18d) folgt aber, dass Betroffene einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch darauf haben, dass ihnen solche Förderungen in*

*gleichheitskonformer Weise und nach sachlichen Kriterien ebenso wie anderen Förderungswerbern gewährt werden.“<sup>53</sup>*

Somit ist grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf die im nächsten Kapitel beschriebenen finanziellen Unterstützungsmaßnahmen des Staates gegeben.

## **2. VfGH Erkenntnis V 411/2020-17**

In dem Erkenntnis V 411/2020 hat der VfGH Teile der Verordnung des § 2 Abs. 4 BGBl. II 151/2020 vom April 2020 als gesetzeswidrig qualifiziert. Die Verordnung sah, wie im Kapitel Covid 19 Maßnahmengesetz und 96. und 98. Verordnung skizziert wird, ein Betretungsverbot für Betriebsstätten mit einem Verkaufs- und somit Kundenbereich von mehr als 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche vor. Der VfGH sah hinsichtlich dieser Regelung eine Ungleichbehandlung von Betriebsstätten mit mehr als 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche gegenüber Unternehmungen mit gleichartiger Größe der Nutzfläche (z.B. Bau- und Gartenmärkte) als gegeben an. Eine diesbezügliche sachliche nachvollziehbare Begründung der Ungleichbehandlung *„in der gesetzlich vorgegebenen Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und den grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen“*<sup>54</sup> war für den VfGH in der Verordnung nicht erkennbar. So sind Verwaltungsbehörden angehalten worden *„im Rahmen ihrer generellen Rechtsetzung die vom Gesetz geforderten Voraussetzungen und Umstände unter denen die Verordnungserlassung zulässig ist, umfassend, nachvollziehbar und objektiv zu ermitteln.“*<sup>55</sup>

Der Verordnungsinhalt der COVID-19-Maßnahmenverordnung-96 (COVID-19-MV-96) folgt nicht im Wesentlichen der Rechtsgrundlage des COVID-19-MG und räumt der Verwaltung große Spielräume ein, *„die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände entsprechend“*<sup>56</sup> zu ermitteln und dies im Verordnungserlassungsverfahren auch nachvollziehbar festzuhalten. Einer entsprechende Ermittlungs- und Dokumentationspflicht kam der Gesetzgeber nach Ansicht des VfGH nicht nach. Daher war hinsichtlich der 400 m<sup>2</sup> Grenze der COVID-19-MV-96 und den abweichenden Bedingungen für das Betreten sonstiger Handelsstätten und des Baustoff-, Eisen- und Holzhandels sowie der Bau- und Gartenmärkte nicht erkennbar, welche Beweggründe den Gesetzgeber in Anbetracht auf mögliche Entwicklungen der Pandemie geleitet haben.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> [https://www.vfgh.gv.at/medien/Covid\\_Entschaedigungen\\_Betretungsverbot.de.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Covid_Entschaedigungen_Betretungsverbot.de.php) (entnommen 10.11.2021).

<sup>54</sup> *Denk in Resch, Corona-HB*<sup>1.06</sup> Kap 19 Rz 25 (Stand 1.7.2021, rdb.at)

<sup>55</sup> *Denk in Resch, Corona-HB*<sup>1.06</sup> Kap 19 Rz 25 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

<sup>56</sup> VfGH 14.07.2020, 2020/411.

<sup>57</sup> *Denk in Resch, Corona-HB*<sup>1.06</sup> Kap 19 Rz 27ff (Stand 1.7.2021, rdb.at).

Weiters konstatierte der VfGH, dass die Differenzierung bei den systemrelevanten Betrieben auf die Unterscheidung von Verkaufsflächen über 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche und unter 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche gerechtfertigt sei, nicht aber die Differenzierung zwischen Bau- und Gartenmärkten und anderen Geschäften, deren Verkaufsfläche mehr als 400m<sup>2</sup> Nutzfläche aufweisen.

### **E. Entschädigungen gemäß Covid-19-MG**

Wie in Kapitel Entschädigungen gemäß Epidemiegesetz erwähnt, werden die staatlichen Unterstützungsleistungen gem. des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds<sup>58</sup> auf privatrechtlicher Grundlage organisiert und abgearbeitet. Damit wird seitens der Regierung das Ziel verfolgt, finanzielle Unterstützungsmaßnahmen zur Krisenbewältigung zu setzen. Diese privatrechtliche Fördervergabe fällt in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Finanzen und wird von diesem verwaltet.

Zur Bewältigung der wirtschaftlichen nachhaltig negativen Folgen für Unternehmer wurde zu deren Entlastung vom Bund die COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) auf Basis des 3. COVID-19-Gesetz<sup>59</sup> eingerichtet. Die gesetzliche Grundlage der COFAG basiert auf der Änderung des ABBAG-Gesetzes. Die Gesellschaft COFAG stellt ein 100% Tochterunternehmen der ABBAG dar, die im gänzlichen Eigentum der Republik Österreich steht. Der Staat reguliert somit im Rahmen einer privatrechtlichen Rechtsform im Sinne des Art. 17 B-VG die Fördervergaben der COVID-19-Hilfsmaßnahmen. Darunter fallen Garantien, Zuschuss der Kurzarbeit, Fixkostenzuschuss, Ausfallbonus, Umsatzersatz, Auszahlungen des Härtefallfonds und zusätzliche Leistungen, wie Steuerstundungen und Herabsetzungen etc. Mit Stand 22.09.2021 wurden laut Finanzministerium 40,5 Milliarden Euro ausbezahlt beziehungsweise genehmigt, wie die nachstehende Abbildung illustriert.

---

<sup>58</sup> COVID-19 Gesetz BGBl. I Nr 2020/12.

<sup>59</sup> 3. COVID-19-Gesetz BGBl. I Nr 2020/20.

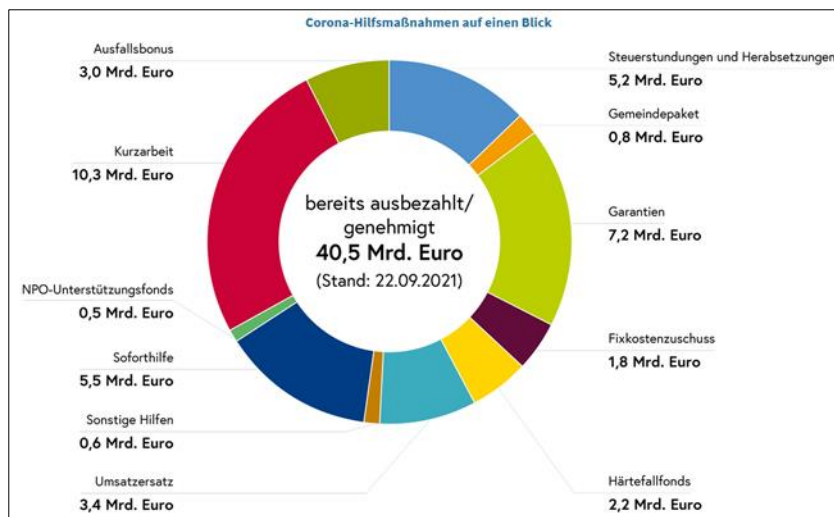


Abbildung 1: Corona-Hilfsmaßnahmen<sup>60</sup>

## 1. EU- Beihilferecht

Die staatlichen Maßnahmen zur Unterstützung der österreichischen Wirtschaft unterliegen teilweise dem EU-Beihilfenrecht<sup>61</sup> und bedürfen der Genehmigung der EU-Kommission, um dem Schutz des Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen zu gewährleisten. Das Unionsrecht sieht ein generelles Beihilfenverbot vor und bestimmt abschließend welche Tatbestände nicht beihilferelevant sind. Entschädigungszahlungen auf Basis des Epidemiegesetzes fallen unter den Ausnahmetatbestand.

So sieht der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, (ABl C 2012/326, 47) im Art 107 Abs 1 AEUV folgendes vor:

*„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Für die Abwicklung von staatlichen Beihilfen setzt die EU-Kommission ein sogenanntes Notifizierungsverfahren voraus. Demnach sind gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEU-Vertrag staatliche Beihilfen der Kommission zu melden und genehmigungspflichtig.

<sup>60</sup> [www.bmf.gv.at](http://www.bmf.gv.at), 2021 (Stand 22.09.2021).

<sup>61</sup> Art 107 Abs 1 AEUV, idF BGBl III 2009/132.

Von der Anzeigepflicht sind Beihilfen der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AVGO)<sup>62</sup> und der De-Minimis-Verordnung<sup>63</sup> ausgenommen. Ferner sind mit dem Binnenmarkt Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse<sup>64</sup> entstanden sind und Agrar- bzw. Fischereibeihilfen<sup>65</sup> vereinbar und unterliegen grundsätzlich nicht der Notifizierungspflicht der EU-Kommission. Die Kommission sieht gem. De-Minimis-Verordnung bei der Gewährung von Förderbeträgen für Unternehmen und für eine Gruppe verbundener Unternehmen in Höhe von 200.000 Euro innerhalb von drei Steuerjahren keine wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Dieser Betrag ist als Obergrenze für alle erhaltenen Förderungen innerhalb des angegebenen Zeitraumes anzusehen. Unter diese Ausnahmeregelung der Verordnung fällt die Einrichtung des Härtefallfonds im Rahmen der Corona Hilfsmaßnahmen. Angesichts der COVID-19-Krise und den damit einhergehenden wirtschaftlichen Nachteilen für Unternehmer wurde seitens der EU-Kommission ein „Befristeten Rahmen“ für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft<sup>66</sup> beschlossen. Dieser Rahmen leitet sich von Art 107 Abs 3 lit b AEUV ab, wonach *„Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats“*<sup>67</sup> anerkannt werden.

Der Befristete Rahmen sah bei Genehmigung durch die EU-Kommission für Österreich direkte Zuschüsse, Kapitalzuführungen, selektive Steuervorteile und Vorauszahlungen, staatliche Garantien für Bankdarlehen an Unternehmen, zinsvergünstigte öffentliche Darlehen an Unternehmen, Zusicherungen für Banken, die staatliche Beihilfen an die Realwirtschaft weiterleiten, gezielte Unterstützung in Form von Steuerstundung und/oder Aussetzung von Sozialversicherungsbeiträgen, gezielte Unterstützung in Form von Lohnzuschüssen für Arbeitnehmer<sup>68</sup> als Unterstützungsleistungen vor, die ausbezahlt und gewährt werden können.

---

<sup>62</sup> VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 2014/187, 1.

<sup>63</sup> VO (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis Beihilfen, ABl L 2013/352, 1.

<sup>64</sup> Art 107 AEUV, idF BGBl III 2009/132.

<sup>65</sup> Art 43 AEUV, idF BGBl III 2009/132.

<sup>66</sup> Durchführungsverordnung, 2020/C 91 I/02, 2020/C 91 I/01 der europäischen Kommission 20.03.2020 über Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19

<sup>67</sup> Art 107 Abs 3 lit b AEUV, idF BGBl III 2009/132.

<sup>68</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_20\\_658](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_658) (entnommen 10.11.2021).

Weiters bestimmte der Rahmen eine finanzielle Obergrenze der zu gewährenden Unterstützungen von Unternehmungen, die mehrfach durch Erweiterungen des beihilferechtlichen Rahmens erhöht worden ist. Unter den Befristeten Rahmen fallen Zuschüsse wie Fixkostenzuschuss, Umsatzersatz, Verlustersatz und Ausfallbonus.

Es besteht grundsätzlich gem. den Richtlinien kein Rechtsanspruch auf die Gewährung der Unterstützungen der COVID-19 Förderungsmaßnahmen. Die Zuschüsse, der Fixkostenzuschuss, Verlustersatz, Ausfallbonus, Umsatzersatz werden durch die COFAG und der Härtefallfonds über die Wirtschaftskammer Österreich abgewickelt. Die Beantragung des Härtefallfonds erfolgt über die Wirtschaftskammer, die restlichen Zuschüsse sind zur Beantragung an die COFAG über „Finanzonline“ zu richten.

Explizit wird auf die erwähnten direkten Zuschüsse und Förderung näher eingegangen, da es insbesondere in der Branche der Beherbergung und Gastronomie (Kennzahlen, Kapitel III.B) krisenbedingt zu signifikanten Umsatzrückgängen gekommen ist und somit aufgrund der Kostenstruktur und die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen zu Liquiditätsengpässen und Zahlungsschwierigkeiten kommen kann. Ferner wird thematisiert, ob diese staatlichen Unterstützungsleistungen eine etwaige Minderung des Mietzinses von Geschäftsräumlichkeiten rechtfertigen.

## **2. Fixkostenzuschuss**

Der Fixkostenzuschuss I<sup>69</sup> und der Fixkostenzuschuss 800.000 (FKZ 800)<sup>70</sup> deckt die Fixkosten der Umsatzausfälle von betroffenen Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2. Zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten können unterschiedliche Gesellschaftstypen je nach Umsatzeinbruch ihre Fixkosten anteilig decken. Die Bedeckung der Fixkosten ist gestaffelt nach Umsatzeinbußen pro Unternehmen und maximal 75% begrenzt. Antragsberechtigt sind Unternehmen mit folgenden wesentlichen Voraussetzungen:

- Sitz oder Betriebsstätte in Österreich,
- Ausübung einer wesentlichen operativen Tätigkeit in Österreich, die zu Einkünften gem §§ 21 – 23 EStG führt,

---

<sup>69</sup> § 3b Abs. 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) BGBl. II Nr 2020/225.

<sup>70</sup> Änderung der VO über die Gewährung eines FKZ 800.000 BGBl. II Nr 2021/253. .

- das Unternehmen erfährt einen pandemiebedingten Umsatzausfall, von zumindest 40% in den jeweiligen Betrachtungszeiträumen,
- gegenüber dem Antragsteller liegt kein rechtskräftiger Missbrauch iSd § 22 Bundesabgabenordnung (BAO)<sup>71</sup> und keine rechtskräftige Finanzstrafe wegen vorsätzlicher Begehung vor,
- das Unternehmen kommt seiner Schadensminderungspflicht nach.

Unter Fixkosten gem. der Richtlinie für den Fixkostenzuschuss I und FKZ 800 wird verstanden:

*„(a) Geschäftsraummieten und Pacht, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Unternehmens stehen;*

*(b) betriebliche Versicherungsprämien;*

*(c) Zinsaufwendungen für Kredite und Darlehen, sofern diese nicht an verbundene Unternehmen im Sinne der lit e als Kredite oder Darlehen weitergegeben wurden;*

*(d) der Finanzierungskostenanteil der Leasingraten;*

*(e) betriebliche Lizenzgebühren, sofern die empfangende Körperschaft nicht unmittelbar oder mittelbar konzernzugehörig ist oder unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss desselben Gesellschafters steht;*

*(f) Aufwendungen für Strom, Gas und Telekommunikation;*

*(g) Wertverlust bei verderblicher oder saisonaler Ware, sofern diese aufgrund der COVID-19-Krise mindestens 50% des Wertes verliert. Saisonale Ware bezeichnet eine Ware, die im Zuge eines immer wiederkehrenden Zeitabschnitts eines Jahres besonders nachgefragt wird;*

*(h) ein angemessener Unternehmerlohn bei einkommensteuerpflichtigen Unternehmen (natürliche Personen als Einzel- oder Mitunternehmer); dieser ist auf Basis des letzten veranlagten Jahres zu ermitteln (monatlicher Unternehmerlohn = steuerlicher Gewinn des letztveranlagten Jahres / Monate mit unternehmerischer Tätigkeit). Als Unternehmerlohn dürfen jedenfalls EUR 666,66, höchstens aber EUR 2.666,67 pro Monat angesetzt werden. Vom Unternehmerlohn sind Nebeneinkünfte (Einkünfte gemäß § 2 Abs. 3 Z 4 bis 7 EstG 1988) des Betrachtungszeitraumes abzuziehen;*

---

<sup>71</sup> § 22 (1) Bundesabgabenordnung BGBl. Nr. 1961/194 idgF.

*(i) Personalaufwendungen, die ausschließlich für die Bearbeitung von krisenbedingten Stornierungen und Umbuchungen anfallen;*

*(j) Unternehmen die einen Fixkostenzuschuss von unter EUR 12.000 beantragen, können angemessene Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer- oder Bilanzbuchhalterkosten in maximaler Höhe von EUR 500 berücksichtigen;*

*(k) Aufwendungen für sonstige vertragliche betriebsnotwendige Zahlungsverpflichtungen, die nicht das Personal betreffen.“<sup>72</sup>*

Von den erläuterten Fixkosten werden Versicherungsleistungen, die diese Fixkosten im Versicherungsfall abdecken, abgezogen.

Der Umsatzausfall berechnet sich grundsätzlich aus der Gegenüberstellung der Werte der jeweiligen Quartale 2020 und 2019. Abweichend von der Quartalsbetrachtung können zur Berechnung der Umsatzausfälle die vorgegebenen Betrachtungszeiträume aus den jeweiligen Richtlinien herangezogen werden. Ferner müssen die Umsatzausfälle ausschließlich der COVID-19 Krise zuzuordnen sein und Schritte zur Schadensminimierung - somit die Reduzierung der Fixkosten - gesetzt werden.

Die jeweiligen Anträge auf Gewährung dieser Zuschüsse sind durch Steuerberatungskanzleien, Wirtschaftsprüfer oder Bilanzbuchhalter zu bestätigen und einzubringen. Etwaige Plausibilitätsprüfungen der eingereichten Unterlagen werden stichprobenartig durch Gutachten der Finanzverwaltung vorgenommen.

Der FKZ 800 setzt für die Gewährung einer staatlichen Beihilfe einen 30% Umsatzausfall in zehn zeitlich zusammenhängenden Betrachtungszeiträumen voraus.

### **3. Lockdown – Umsatzersatz**

Der Lockdown-Umsatzersatz<sup>73</sup> und Lockdown-Umsatzersatz II<sup>74</sup> waren weitere Instrumente der staatlichen Maßnahmen zur Unterstützung der österreichischen Wirtschaft.

---

<sup>72</sup> Verordnung gemäß § 3b Abs. 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) BGBl. II Nr. 2020/225.

<sup>73</sup> Richtlinien über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) (VO Lockdown-Umsatzersatz) BGBl. II Nr 503/2020, 3. VO Lockdown-Umsatzersatz BGBl. II Nr 2020/567.

<sup>74</sup> VO Lockdown-Umsatzersatz II BGBl. II Nr 2021/71.

Die COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (COVID-19-SchuMaV)<sup>75</sup> untersagte das Betreten von Betriebsstätten bestimmter Branchen, insbesondere die des Gastgewerbes. Der durch das Betretungsverbot entstandene Umsatzausfall wurde für die direkt betroffenen Unternehmen inklusive körpernahen Dienstleistungen mit einem Ersatz von 80% des Vorjahresumsatzes für November 2019 kompensiert. Für Dezember 2020 betrug die Ersatzrate für die direkt betroffenen Unternehmen 50% des Vorjahresumsatzes im Dezember 2019. Für Handelsunternehmen wurden branchenspezifische Ersatzraten für den Umsatzausfall für November mit 20%, 40% oder 60% und im Dezember mit 12,5%, 25% oder 37,5% vergütet. Die Höchstgrenze des pauschalen Umsatzersatzes betrug 800.000 Euro pro Unternehmen und Monat, abzüglich etwaiger Förderungen und Haftungen seitens der Bundesländer und Gemeinden. Vergütungen aus Härtefallfonds, Fixkostenzuschuss und Kurzarbeit wurden nicht in Abzug gebracht. Anspruchsberechtigt waren Unternehmen, die von den einschränkenden Verordnungen der 2. oder der 3. COVID-19-SchuMaV oder der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung bzw. der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung betroffen waren sowie solche, die die allgemeinen Voraussetzungen analog denen des Fixkostenzuschusses erfüllt haben.

Mit der Gewährung des Lockdown-Umsatzersatzes II wurden gem. der Richtlinie<sup>76</sup> die Umsatzausfälle von Unternehmen vergütet, die von den behördlichen Betretungsverboten indirekt betroffenen waren. Die maßgeblichen prozentuelle Ersatzraten für die Umsatzausfälle sind im Anhang der Richtlinie veröffentlicht worden. Indirekt betroffen waren Unternehmen, die durch ihre Tätigkeit operativ für ein oder mehrere direkt betroffene Branchen erwerbstätig waren und daraus mindestens 50% der Umsätze erzielt haben und weiters einen Umsatzausfall von mehr als 40% zu verzeichnen hatten.

Als Betrachtungszeiträume waren fünf Zeiträume zwischen dem 1. November 2020 bis 31. Dezember 2020 vorgesehen.

#### **4. Verluſtersatz**

Der Verluſtersatz wurde mit der Richtlinie BGBl II Nr 568/2020 im Dezember 2020 veröffentlicht. Hierbei werden entstandene ungedeckte Fixkosten im vorgegebenen Zeitraum ersetzt. Kleinunternehmen erhalten im Rahmen dieser Förderung einen Ersatz iHv 90 %, die restlichen Unternehmen einen Ersatz iHv 70 % des erlittenen monetären Verluſts mit einer

---

<sup>75</sup> COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – COVID-19-SchuMaV BGBl. II Nr 2020/463.

<sup>76</sup> VO Lockdown-Umsatzersatz II BGBl. II Nr 2021/71.

Obergrenze von maximal 3 Millionen Euro. Die Obergrenze wurde nachgebessert und auf zehn Millionen erhöht. Der Verlust stellt die Abweichung zwischen den erwirtschafteten Erträgen und den damit verbundenen Aufwendungen des Unternehmens in den vorgegebenen, zusammenhängenden Betrachtungszeiträumen dar, mit Ausnahme der Zeiträume, in denen ein Lockdown-Umsatzersatz generiert worden ist.

Die Beantragung des Verlustersatzes schließt die des Fixkostenzuschusses aus. Die Auszahlung der Vergütung des Verlustersatzes erfolgte in zwei Tranchen. Vor Einreichung der zweiten Tranche kann von Fixkostenzuschuss zu Verlustersatz gewechselt werden, jedoch nur unter der Voraussetzung der Refundierung der ersten Tranche des Fixkostenzuschusses. Der Ausfallbonus kann zusätzlich zu dem Verlustersatz eingereicht und gewährt werden.

## **5. Ausfallbonus**

Der Ausfallbonus<sup>77</sup> stellt eine Ergänzung zum Fixkostenzuschuss II dar und beinhaltet einen direkten Zuschuss als auch einen Vorschuss zur Liquiditätssicherung, der für die Monate November 2020 bis Juni 2021 beantragt werden konnte. Die zu erfüllenden Voraussetzung für Unternehmer sind analog zu denen des Fixkostenzuschusses.

Begünstigt waren Unternehmen, die einen Umsatzausfall von mindestens 40% in den Betrachtungszeiträumen zu verzeichnen hatten. In der Berechnung des Ausfallbonus wurden die jeweiligen Betrachtungszeiträume der Kalendermonate mit den Vergleichszeiträumen der entsprechenden Monate zwischen März 2019 bis Februar 2020 gegenübergestellt. Die Ersatzrate des Ausfallbonus lag bei 15% der Differenz der Summen zwischen Betrachtungszeitraum und Vergleichszeitraum. Die Kalendermonate, in denen Unternehmen einen Lockdown-Umsatzersatz beantragt und erhalten haben, dürfen nicht als Betrachtungszeiträume in der Berechnung des Ausfallbonus berücksichtigt werden. Die Höhe des Bonus ist mit jeweils 30.000 Euro pro Monat gedeckelt. Der beihilfenrechtliche Höchstbetrag der Zuschüsse und Haftungen beläuft sich auf 1,8 Millionen Euro pro Unternehmen.

Der Zuschuss des Verlustersatzes schließt die Einreichung des Ausfallbonus nicht aus. Der nicht rückzahlbare Zuschuss des Ausfallbonus kann mit dem Vorschuss auf den

---

<sup>77</sup> VO Ausfallbonus BGBl. II Nr 2021/74.

Fixkostenzuschuss 800 kombiniert werden. Dies hat zur Folge, dass der Antragsteller sich verpflichtet bis zum 31. Dezember 2021 einen Antrag auf den Fixkostenzuschuss 800 zu stellen.

Eine Verlängerung des Ausfallbonus wurde mit September 2021 seitens der Regierung verlängert<sup>78</sup> und betraf die Betrachtungszeiträume zwischen Juli und September 2021.

Der Ausfallbonus II setzt zur Gewährung des Zuschusses einen 50% igen Umsatzausfall des Antragstellers voraus. Die Höhe des auszahlenden Betrages ist mit einer Obergrenze von 80.000 Euro pro Unternehmen und Monat gedeckelt. Der Umsatzausfall in den Betrachtungszeiträumen errechnet sich mit dem jeweiligen Prozentsatz (10-40%) der gem. Anhang der Verordnung für die jeweilige Branche vorgegeben ist. Bezogene Kurzarbeitshilfen sind in der Berechnung der Betrachtungszeiträume zu berücksichtigen. Eine Koppelung an der Fixkostenzuschuss ist nicht vorgesehen.

## **6. Härtefallfond**

Der Härtefallfonds wurde durch eine Sonderrichtlinie des Härtefallfondgesetzes<sup>79</sup> erstmalig veröffentlicht. Die Rechtsgrundlage der Richtlinie bildet neben dem Härtefallfondgesetz das KMU-Förderungsgesetz<sup>80</sup> unter besonderer Bedachtnahme auf das EU-Beihilferecht (De-Minimis-VO). Die Mittel für den Härtefallfonds werden aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds gespeist.

Der Fonds sieht für Ein-Personen-Unternehmen (max. 10 Mitarbeiter und ein Umsatz/Bilanzsumme in Höhe von 2 Millionen per Jahr), Neuer Selbständiger und freier Dienstnehmer, Non-Profit-Organisationen sowie Kleinstunternehmer finanzielle Unterstützungsmaßnahmen für Härtefälle, resultierend aus den wirtschaftlichen Folgen der COVID-19 Krise, vor. Ferner waren Privatzimmervermieter mit höchstens 10 Betten, die nicht der Gewerbeordnung 1994 unterliegen, anspruchsberechtigt.<sup>81</sup>

Die finanziellen Zuwendungen wurden in drei Phasen im Zeitraum vom 16.03.2020 bis 31.10.2021 gewährt. Weitere Voraussetzungen für die Erlangung der Förderung war der Sitz der wirtschaftlichen Tätigkeit und das Vorhandensein einer Niederlassung in Österreich, kein anhängiges Insolvenzverfahren der Antragsteller und die unmittelbare Betroffenheit der Betretungsverbote. Ferner wenn aufgrund der wirtschaftlichen Betroffenheit durch die COVID-

---

<sup>78</sup> VO Ausfallsbonus II BGBl. II Nr 2021/342.

<sup>79</sup> 3. COVID-19-Gesetz BGBl. I 2020/23.

<sup>80</sup> KMU-Förderungsgesetz BGBl Nr 1996/432 idgF.

<sup>81</sup> KMU-Förderungsgesetz BGBl Nr 1996/432 idgF

19-Krise die Unternehmer laufenden Kosten nicht mehr decken konnten, einen Umsatzeinbruch von mindestens 50% im Vergleich zum Vorjahr zu verzeichnen hatten sowie kein Anspruch auf Leistungen aus privaten, respektive beruflichen Versicherungen zur Abdeckung der wirtschaftlichen Schäden bestand und keine weiteren Förderungen in Form von Barauszahlungen durch Gebietskörperschaften bezogen.<sup>82</sup>

Die Förderung stellt einen nicht rückzahlbaren Zuschuss dar. In vorgegebenen Betrachtungszeiträumen konnten von antragsberechtigten Unternehmern bis zu einer Obergrenze in Höhe von 2.000 Euro pro Zeitraum und Phase Vergütungen generiert werden. Die Berechnungsgrundlage für die Höhe des auszahlenden Betrages war der letzte bzw. letztgültige Einkommensbescheid des Antragstellers. Die Höhe des Zuschusses orientierte sich nach dem Nettoeinkommensentgang aus der selbständigen bzw. gewerblichen Tätigkeit in den jeweiligen vorgegebenen 18 Betrachtungszeiträumen. Die Zuhilfenahme weiterer staatlichen Förderungen im Zuge der COVID-19-Krise, wie Corona Kurzarbeit, Corona Familienhärteausgleich oder Fixkostenzuschuss waren zulässig. Weiters war die Inanspruchnahme von staatliche Überbrückungsgarantien im Rahmen der COVID-19-Krise erlaubt. Die Zuschüsse aus dem Härtefallfonds unterliegen nicht der Einkommens- und Sozialversicherungspflicht.

## **7. Steuerliche Behandlung der Unterstützungsmaßnahmen**

Die einzelnen beschriebenen Förderungsmaßnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen und Eindämmung von Liquiditätsengpässen im Zuge der COVID-19-Pandemie sind bei bezugsberechtigten Unternehmungen nicht gezwungenermaßen steuerfrei oder von der Beitragspflicht zur Sozialversicherung befreit. Definiert und eingeordnet werden steuerfreie Einkünfte im Einkommenssteuergesetz, wie bspw. Bezüge oder Beihilfen aus öffentlichen Mitteln. Ferner wird im Steuerrecht bei der Ermittlung der Einkünfte und der Einkommenssteuer nicht nur auf das Merkmal der Mittelverwendung (Anlage- und Umlagevermögen) sondern auch auf die Mittelherkunft (Eigen- und Fremdkapital) abgestellt. Daher wurde seitens des Gesetzgebers eine Novellierung des Einkommenssteuergesetzes initiiert.

Das Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 88)<sup>83</sup> wurde im Rahmen des 3. COVID-19-Gesetz auf „Zuwendungen, die aus Mitteln des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds gemäß dem

---

<sup>82</sup> <https://www.wko.at/service/haertefall-fonds-richtlinie.html> (entnommen 15.11.2021).

<sup>83</sup> § 124b Z 348 Einkommensteuergesetz 1988 – EStG 1988 idgF.

*Bundesgesetz über die Errichtung des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds [...] aufgebracht werden, Zuschüsse aus dem Härtefallfonds [...], Zuschüsse aus dem Corona-Krisenfonds und sonstigen vergleichbaren Zuwendungen der Bundesländer, Gemeinden und gesetzlichen Interessenvertretungen*<sup>84</sup>, die zur Abmilderung der negativen wirtschaftlichen Auswirkungen der Krise konzipiert werden, geändert und die benannten Zuschüsse rückwirkend mit 01.03.2020 steuerfrei gestellt.

Somit sind auf Basis des EStG 88 folgende beschriebenen Fördermaßnahmen als steuerfrei zu betrachten:

- Fixkostenzuschuss I und II (800),
- Härtefallfonds,
- Verlustersatz,
- Verdienstentgang nach Epidemiegesetz,

Der Steuerpflicht unterliegen allerdings explizit die Vergütungen des Umsatzersatzes sowie des Ausfallbonus.<sup>85</sup>

Betriebliche Aufwendungen gem. § 20 Abs. 2 EStG bzw. § 12 Abs. 2 KStG stehen den betrieblichen Erträgen gegenüber und müssen gem. der Gesetzlichkeit einen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang zur betrieblichen Tätigkeit aufweisen um eine Abzugsfähigkeit zu haben. Diese Betriebsausgaben haben somit eine gewinnmindernde Komponente und einen steuerlichen positiven Effekt. Eine steuerbefreite staatliche Zuwendung mit Abzugsverbot würde eine Erhöhung der Steuerbemessungsgrundlage zur Folge haben, die infolge dessen eine Neutralisierung der Steuerfreiheit der Förderung auslöst.

Der Fixkostenzuschuss führt zu einem Abzugsverbot, da die Verordnung einen geförderten Unternehmerlohn in seiner Berechnung ansetzt. Tatsächliche Betriebsausgaben im Sinne der Verordnung müssen jedoch dem Zuschuss gegenüberstehen.

Der Umsatzersatz für direkt und indirekt betroffene Unternehmen ist gem. § 124b Z 348 lit. b EStG steuerpflichtig und stellt daher eine abzugsfähige Betriebsausgabe dar.

Die Zuwendung des Verlustersatzes bedingt verlustbringende Ausgaben und somit eine nicht abzugsfähige Aufwendung.

---

<sup>84</sup> 3. COVID-19-Gesetz BGBl. I Nr 2020/23 Artikel 11.

<sup>85</sup> <https://www.bmf.gv.at/public/top-themen/corona-hilfspaket-faq.html> (entnommen 15.11.2021).

Der Ausfallbonus unterliegt der Steuerpflicht (§ 124b Z 348 lit. c EStG). Teile des Bonus, die als Vorschuss auf den Fixkostenzuschuss 800 gewährt worden sind, sind mit dem später beantragten FKZ 800 gegenzurechnen. Zum Zeitpunkt der Gegenrechnung wird dieser Vorschuss in den FKZ 800 umgewandelt und somit von der Steuer befreit.

Ausschüttungen in Bezug auf den Härtefallfonds dienen als Einkommensersatz und stehen somit in keiner Beziehung zu den Ausgaben und sind daher eine abzugsfähige Betriebsausgabe.

Bei dem Verdienstentgang nach dem EpG handelt es sich um einen Ersatz des Einkommensverlustes und die Ausgaben stehen gem. EStG 88 in keinem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang, folglich ist diese finanzielle Zuwendung echt steuerfrei.

Die nachstehende Tabelle illustriert die überblicksmäßige Einstufung der beschriebenen Förderinstrumente.

| Art der Förderung               | Steuerliche Behandlung |                 | Betriebsausgaben |                   |
|---------------------------------|------------------------|-----------------|------------------|-------------------|
|                                 | steuerfrei             | steuerpflichtig | abzugsfähig      | nicht abzugsfähig |
| Fixkostenzuschuss I / 800       | ×                      |                 |                  | ×                 |
| Lockdown-Umsatzersatz, direkt   |                        | ×               | ×                |                   |
| Lockdown-Umsatzersatz, indirekt |                        | ×               | ×                |                   |
| Verlustersatz                   | ×                      |                 |                  | ×                 |
| Ausfallbonus                    |                        | ×               | ×                | ×                 |
| Härtefallfonds                  | ×                      |                 | ×                |                   |
| Vergütungen gem. EpG            | ×                      |                 |                  |                   |

Abbildung 2: Corona-Förderinstrumente<sup>86</sup>

### III. Beherbergung und Gastronomie

Im Folgenden wird auf die generellen wirtschaftlichen Auswirkungen der COVID-19-Krise eingegangen sowie auf die betriebswirtschaftlichen Kennzahlen des Wirtschaftszweiges der Beherbergung und Gastronomie.

#### A. Wirtschaftsleistung 2020 Österreich

Ungeachtet der gesundheitlichen Schäden verursacht die COVID-19-Pandemie massive monetäre Verwerfungen in den nationalen und internationalen Volkswirtschaften. Die österreichische Wirtschaftsleistung ist im Jahr 2020 im Vergleich zum Vorjahr um -6,7% gesunken.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> eigene Darstellung.

<sup>87</sup>[https://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche\\_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt\\_und\\_hauptaggregate/jahresdaten/index.html](https://www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt_und_hauptaggregate/jahresdaten/index.html) (entnommen am 15.11.2021).

Die wirtschaftliche Herausforderung mit dem Umgang des neuartigen Virus bestand laut WIFO, Monatsbericht 04/2020 darin, dass gleichermaßen ein Angebots- als auch ein Nachfrageschock in den Volkswirtschaften erzeugt wurde. Die gesetzten gesundheitspolitischen Regelungen, wie etwa Einschränkungen des öffentlichen Lebens, Betriebsschließungen, Betretungsverbote und Auflagen von und innerhalb der Betriebsstätten, um die Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, führten zu einem Angebotsschock. Die Antwort auf diese Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des SARS-CoV-2 Virus führten zu Produktionsausfällen in den Betrieben aufgrund der veranlassten Reduktion der Mitarbeiter bei einer Vielzahl an Unternehmen. Die Rezession war demzufolge ebenfalls in den Beschäftigungskennzahlen ersichtlich. So reduzierten sich die geleisteten Arbeitsstunden im Jahr 2020 um 8,7%.<sup>88</sup> Die ökonomische Betroffenheit von dem Angebotsschock unterscheidet sich erheblich zwischen den Wirtschaftszweigen auf regionaler und sektoraler Ebene. Die Einkommensausfälle angesichts des Rückganges der Beschäftigung und daraus folgend der Aufschub und Entfall der Konsumausgaben verschärften die wirtschaftliche Lage der Unternehmer und verstärkten somit den Angebots- und Nachfrageschock.<sup>89</sup> Die Konsumausgaben der privaten Haushalte sanken real um 8,7%. Einen weitaus stärkeren Rückgang der Konsumausgaben verzeichnete der Konsum von Dienstleistungen und Bekleidung und Schuhe. Die Nachfrage nach Anlagegütern, wie beispielsweise in Fahrzeuginvestitionen erlitten einen Rückgang zum Vorjahr von real 10,9%, Investitionen in Maschinen und Geräte real 7,8%. Bauinvestitionen wiesen im Jahr 2020 einen vergleichsweise niedrigeren Rückgang (real 3,7%) auf.

Die geringere Nachfrage aus In- und Ausland sowie Produktionsrückgänge führten im Jahr 2020 zu einer Verringerung des Bruttoinlandsproduktes (BIP) in Summe von circa 35,7 Milliarden Euro, dieser Wert entspricht einer Wertschöpfung von 31,9 Mrd. Euro.<sup>90</sup>

Die behördlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Krise wirken sich unterschiedlich auf die verschiedensten Wirtschaftszweige und Regionen in Österreich aus. Der Anteil der Wirtschaftszweige an der Bruttowertschöpfung<sup>91</sup> der österreichischen Unternehmen im Jahr

---

<sup>88</sup>[https://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche\\_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt\\_und\\_hauptaggregate/jahresdaten/index.html](https://www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt_und_hauptaggregate/jahresdaten/index.html) (entnommen am 15.11.2021)

<sup>89</sup> Wifo, Monatsbericht 04/2020.

<sup>90</sup> IHS Policy Brief 13/2020 – *Wirtschaftliche Folgen des neuartigen Coronavirus (SARS-CoV-2) – 5. Mai 2020.*

<sup>91</sup> Die Bruttowertschöpfung (BWS) ergibt sich aus dem Gesamtwert der im Produktionsprozess erzeugten Waren und Dienstleistungen (Produktionswert), vermindert um den Wert der Vorleistungen, also den für Güter oder Dienstleistungen im Rahmen der Produktion angefallenen Kosten (nach Vollkostenrechnung z. B. für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, Zwischen- und Halbfertigprodukte, Reparaturaufwand, Zinszahlungen, Provisionen, Mieten

2020 und die regionalen ökonomischen Auswirkungen werden in den nachstehenden Abbildung 3 und 4 illustriert. Die Bundesländer mit einem höheren Anteil des Tourismus, der Kulturwirtschaft und Veranstaltungswesen registrierten einen stärkeren Rückgang im Jahr 2020 der Wertschöpfung gegenüber dem Vorjahr.

| Bruttowertschöpfung nach Wirtschaftszweigen                 |  | 2020                       |
|-------------------------------------------------------------|--|----------------------------|
|                                                             |  | Wertschöpfung in Mrd. Euro |
| Land- und Forstwirtschaft, Fischerei                        |  | 4,51                       |
| Bergbau und Herstellung von Waren                           |  | 67,93                      |
| Energie, Wasserversorgung, Abfallentsorgung                 |  | 10,20                      |
| Bau                                                         |  | 24,49                      |
| Handel; Instandhaltung und Reparatur von Kraftfahrzeugen    |  | 40,76                      |
| Verkehr und Lagerei                                         |  | 20,23                      |
| <b>Beherbergung und Gastronomie</b>                         |  | <b>19,40</b>               |
| Information und Kommunikation                               |  | 12,68                      |
| Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen    |  | 14,37                      |
| Grundstücks- und Wohnungswesen                              |  | 35,50                      |
| Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen  |  | 35,24                      |
| Öffentliche Verwaltung, Verteidigung; Sozialversicherung    |  | 17,69                      |
| Erziehung und Unterricht, Gesundheits- und Sozialwesen      |  | 43,85                      |
| Kunst, Unterhaltung und Erholung; sonstige Dienstleistungen |  | 9,83                       |

Abbildung 3: Bruttowertschöpfung nach Wirtschaftszweigen, Statistik Austria, 2020<sup>92</sup>

| regionale ökonomische Auswirkungen der Wertschöpfung |  | 2020                       |               |
|------------------------------------------------------|--|----------------------------|---------------|
| Bundesland                                           |  | Wertschöpfung in Mio. Euro | Rückgang in % |
| Burgenland                                           |  | -662,10                    | -7,99%        |
| Kärnten                                              |  | -1673,90                   | -8,71%        |
| Niederösterreich                                     |  | -4493,40                   | -8,00%        |
| Oberösterreich                                       |  | -5225,10                   | -8,62%        |
| Salzburg                                             |  | -2600,80                   | -9,73%        |
| Steiermark                                           |  | -3686,40                   | -8,08%        |
| Tirol                                                |  | -3334,10                   | -10,45%       |
| Vorarlberg                                           |  | -1619,90                   | -9,23%        |
| Wien                                                 |  | -8583,20                   | -9,68%        |
| <b>Österreich</b>                                    |  | <b>-31878,90</b>           | <b>-8,99%</b> |

Abbildung 4: regionale ökonomische Auswirkungen, IHS, 2020<sup>93</sup>

Insbesondere betroffen von den behördlich auferlegten Betriebsschließungen und Betretungsverboten sind der Tourismus, Teile des Handels und die Kultur- und Veranstaltungsbetriebe. Im Jahr 2020 verzeichnete die Branche der Beherbergung und Gastronomie einen Rückgang der Wertschöpfung von 35,2 % gegenüber dem Vorjahr, gefolgt

---

und Pachten sowie Entgelte). Quelle <https://refa.de/service/refa-lexikon/bruttowertschoepfung> (entnommen 08.10.2021)

<sup>92</sup> eigene Darstellung, [www.statistik.at](http://www.statistik.at), 2020, (entnommen 15.11.2021)

<sup>93</sup> eigene Darstellung, IHS Policy Brief Nr 13/2020.

von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen, wie beispielsweise Reisebüros, mit 11,6 % Verlust gegenüber 2019.

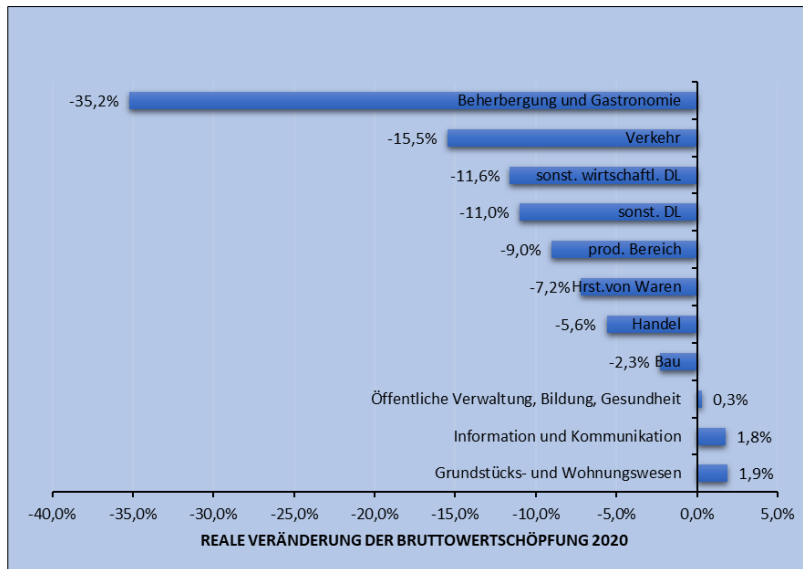


Abbildung 5: Veränderung der Bruttowertschöpfung 2020, Statistik Austria<sup>94</sup>

## B. Kennzahlen Beherbergung und Gastronomie

Die Sparte Tourismus und Freizeitwirtschaft umfasst Unternehmen aus den Branchen der Gastronomie, der Hotellerie, der Freizeit- und Sportbetriebe, Kinos, Kultur- und Vergnügungsbetriebe und der Gesundheitsbetriebe.

Den stärksten Geschäftsrückgang im Zuge der Corona Pandemie weist die Branche der Beherbergung und Gastronomie auf. Der Wirtschaftszweig umfasst in Österreich 48.000 Unternehmen mit 319.000 Mitarbeiter mit einem Umsatz von ca. 2,3 Mrd. Euro. Im Jahr 2019 waren in der Gastronomie im Jahresdurchschnitt 196.000, in der Beherbergung 123.000 Beschäftigte tätig. 87,7% der Unternehmen im Bereich der Beherbergung und Gastronomie arbeiten mit weniger als zehn Mitarbeitern, lediglich 1,3% der Unternehmen (610 Betriebe) beschäftigen mindestens 50 Mitarbeiter. Die Arbeitslosigkeit stieg 2020 in diesem Wirtschaftszweig der Klein- und Mittelbetriebe auf 28,9% gegenüber dem Jahr 2019. Die Umsatzerlöse verzeichneten einen Rückgang von 32,9 % gegenüber dem Vorjahr. Im Jahr 2020 besuchten ca. 25 Millionen Gäste Österreich, dies stellt einen Rückgang von 45,8% gegenüber

<sup>94</sup> eigene Darstellung, [www.statistik.at](http://www.statistik.at), 2021

dem Vorjahr dar, bei einer Verfügbarkeit von 615.000 Betten im Bereich der Hotellerie (Hotels, Gasthöfe, Pensionen).<sup>95</sup>

Die Europäische Kommission definiert in ihrer Empfehlung<sup>96</sup> Klein- und Mittelbetriebe als Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeiter und einem Jahresumsatz von bis zu 50 Millionen Euro oder einer Bilanzsumme von höchstens 43 Millionen Euro. Ferner sind für die Erlangung von EU-Förderprogramme und Zugang zu Finanzmittel nachstehende Schwellenwerte vorgesehen. Die Schwellenwerte sind gültig für Einzelunternehmen und Minderheitsbeteiligungen von unter 25%.

| Größe des Unternehmens | Zahl der Beschäftigten | Umsatz €/Jahr     | Jahresbilanzsumme |
|------------------------|------------------------|-------------------|-------------------|
| Mittel                 | bis 9                  | max. 2 Millionen  | max. 2 Millionen  |
| Klein                  | bis 49                 | max. 10 Millionen | max. 10 Millionen |
| Kleinst                | bis 249                | max. 50 Millionen | max. 43 Millionen |

Abbildung 6: KMU Kennzahlen nach Umsatz und Anzahl der Beschäftigten<sup>97</sup>

Die mit der COVID-19-Krise einhergehenden gesetzlich angeordneten Betriebsschließungen, Betretungsverbote und Reisebeschränkungen führen insbesondere in dem Tourismus und Freizeitwirtschaft zu erheblichen Umsatzeinbußen. Die Widerstandsfähigkeit eines Unternehmens in einer Krise zeigt sich an der Kostenstruktur und an der Eigenkapitalausstattung. Einer der gewichtigsten Kennzahlen zur Einschätzung der Stabilität eines Unternehmens stellt die Eigenkapitalquote dar. Die betriebswirtschaftliche Kennzahl der Eigenkapitalquote sollte bei soliden Unternehmen in etwa dreißig Prozent liegen. Eine weitere Komponente für die Widerstandsfähigkeit eines Betriebes in der Krise ist die Kostenstruktur. Variable Kosten (Material- und Wareneinsatz, Fremdleistungen, Transportaufwand, Werbung, Reise- und Provisionsaufwand) lassen sich bei Umsatzausfällen leichter reduzieren als Fixkosten.

Wie eingangs erläutert verzeichnete die Branche der Beherbergung und Gastronomie signifikante Umsatzausfälle und Rückgang der Wertschöpfung. Die Eigenkapitalausstattung lag vor Ausbruch der Pandemie unter jener der anderen Wirtschaftszweige. So verfügte einer Auswertung der Bilanzdatenbank<sup>98</sup> der KMU Forschung Austria zufolge, die gewerbliche

---

<sup>95</sup> [https://www.statistik.at/web\\_de/services/wirtschaftsatlas\\_oesterreich/tourismus/index.html](https://www.statistik.at/web_de/services/wirtschaftsatlas_oesterreich/tourismus/index.html) (entnommen 15.11.2021).

<sup>96</sup> Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (Text von Bedeutung für den EWR) (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 1422).

<sup>97</sup> Eigene Darstellung, [www.bmdw.gv.at](http://www.bmdw.gv.at)

<sup>98</sup> Daten KMU Forschung Austria, Zeitraum 2018/2019.

Wirtschaft vor der Krise über eine durchschnittliche Eigenkapitalquote von 26 %, wohingegen die Sparte Tourismus und Freizeitwirtschaft lediglich einen Medianwert von 14 % aufwies. Den höchsten Wert der Klein- und Mittelbetriebe verzeichnete der Sektor Information und Consulting mit 36 %.

Weiters ergab die Auswertung der Bilanzdatenbank, dass Klein- und Mittelbetriebe in der Sparte Tourismus und Freizeitwirtschaft zu 30% über eine negative Eigenkapitalquote verfügen, wobei eine Vielzahl der Tourismusbetriebe in den Bilanzen den Buchwert der veranlagten Immobilien niedriger als den Verkehrswert ansetzen und somit stille Reserven vorhanden sind.

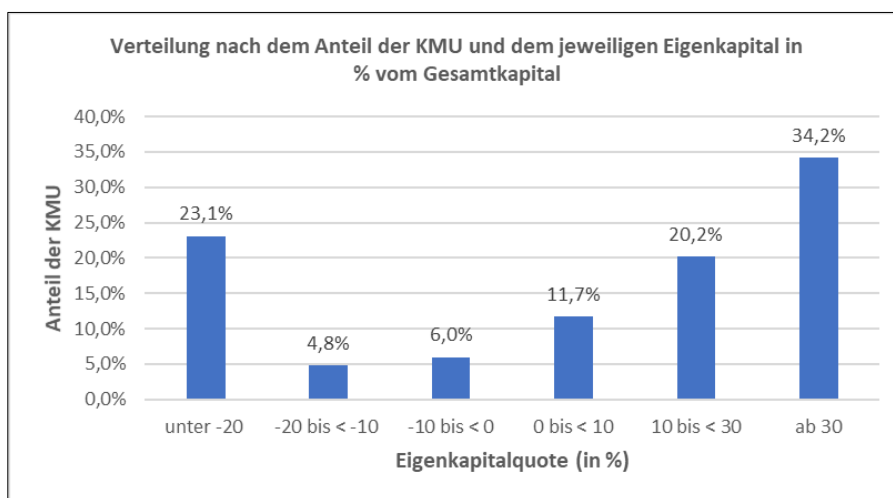


Abbildung 7: Eigenkapitalquote von KMU – Tourismus und Freizeitwirtschaft<sup>99</sup>

In der Sparte des Tourismus und Freizeitwirtschaft sind die ausgewiesenen Fixkosten an der Betriebsleistung eines Unternehmens im Vergleich zu den anderen Sparten außerordentlich hoch. Hohe Fixkosten gepaart mit einer niedrigen Eigenkapitalausstattung können bei krisenbedingten Umsatzrückgängen zu Liquiditätsengpässen und Zahlungsschwierigkeiten führen.

Ein weiteres Merkmal der Krisenanfälligkeit von Unternehmen ist die Höhe des Verschuldungsgrades bei Banken. Diese liegt laut der Auswertung der Bilanzdaten der KMU Forschung Austria in der Branche der Beherbergungs- und Gastronomiebetriebe bei 52% der Bilanzsumme und somit weit über den Werten der übrigen Branchen.

---

<sup>99</sup> eigene Darstellung, KMU Forschung Austria, Bezugszeitraum 2018/2019.

Die dargestellte unterdurchschnittliche Eigenkapitalausstattung, die belastete Kostenstruktur sowie der hohe Verschuldungsgrad des Wirtschaftszweiges der Beherbergung und Gastronomie, verbunden mit den behördlich angeordneten Betretungsverboten und den damit einhergehenden Umsatzrückgängen wurden größtenteils durch die direkten Fördervergaben der COVID-19-Hilfsmaßnahmen, wie den Umsatzersatzes, den Verlustersatzes, den Ausfallsbonus, den Fixkostenzuschuss sowie den Härtefallfonds kompensiert, um die Betriebe vor Liquiditätsengpässen und Insolvenz zu bewahren.

## IV. Bestandsrecht

### A. Allgemeines

In weiterer Folge wird auf die unterschiedlichen Auswirkungen zwischen Miet- und Pachtvertrag eingegangen. Sondergesetze die dem Konsumentenschutz und somit Verbrauchergeschäften unterliegen werden nicht behandelt. Weiters wird der Geltungs- und Anwendungsbereich des ABGB und MRG thematisiert.

### B. Bestandsvertrag

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Mietvertrages sind in §§ 1090 bis 1121 ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) unter dem Titel Bestandsvertrag und im Mietrechtsgesetz (MRG) geregelt.

Der Bestandsvertrag stellt die Überlassung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zum Gebrauch einer unverbrauchten Sache auf eine gewisse Zeit gegen Entgelt dar.<sup>100</sup> Somit stellt der Bestandsvertrag kein Zielschuldverhältnis, sondern ein Dauerschuldverhältnis dar. Der Mietvertrag kommt, schriftlich, wie auch mündlich durch eine übereinstimmende Willenserklärung zustande. Die Begrifflichkeit des Bestandsvertrages umfasst zwei Vertragstypen - den Mietvertrag und den Pachtvertrag. Ein Mietvertrag liegt vor, „*wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt*“<sup>101</sup>. Ein Pachtvertrag dagegen liegt dann vor, wenn die in Bestand gegebene Sache „*nur durch Fleiß und Mühe benutzt werden kann*“.<sup>102</sup>

Die Differenzierung von Miete und Pacht ist insbesondere bei Geschäftsraummieten und Unternehmenspachten relevant und ist einzelfallbezogen zu beurteilen. Die wesentliche

---

<sup>100</sup> § 1090 ABGB JGS 1811/946 idgF.

<sup>101</sup> § 1091 ABGB, JGS 1811/946 idgF.

<sup>102</sup> § 1091 ABGB, JGS 1811/946 idgF.

Abgrenzung zwischen Miete und Pacht darin, dass eine Miete lediglich die Überlassung einer Räumlichkeit bedingt und bei der Pacht überwiegend die Merkmale einer Übergabe eines lebendigen Unternehmens und nicht ausschließlich die Überlassung einer Räumlichkeit gegeben sein müssen. Ferner wird bei der Pacht mehrheitlich die Betriebspflicht des Bestandnehmers, die Beistellung von Betriebsmitteln, wie etwa Einrichtung oder Warenlager, die Beistellung der jeweiligen Gewerbeberechtigung und ein Übergeben des Kundenstammes seitens des Verpächters angenommen. Jedoch „schließt die Beurteilung als Pachtvertrag [...] das Fehlen einzelner Komponenten“ diesen nicht aus.<sup>103</sup> Die Gesamtheit der Umstände bzw. die größere wirtschaftliche Bedeutung der Einzelteile des Vertrages sind bei Beurteilung maßgebend, ob ein Pacht- oder Mietvertrag vorliegt, nicht die vereinbarte Bezeichnung dessen.<sup>104</sup> Weiters unterliegen Pachtverträge nicht dem MRG.

### **C. Geltungs- und Anwendungsbereich ABGB und MRG**

Neben den Regelungen des Mietrechts im ABGB kommt dem MRG eine historisch gewachsene privilegierte Stellung zu. Das MRG stellt ein bestandsrechtliches Sondergesetz dar und substituiert in vielen Anwendungsbereichen das ABGB. Ohne eigenen Regelungsumfang des MRG gelten weiterhin die Bestimmungen des ABGB bei Mietverträgen. So haben die Gesetzlichkeiten der §§ 1096, 1101, 1104 sowie 1107 und 1118 des ABGB für die Raummiete eine wesentliche Bedeutung auf die mietrechtlichen Anwendungen des MRG.<sup>105</sup>

Um die Anwendbarkeit der Gesetzesnormen im Sinne der Mieter zu gewährleisten, handelt es sich beim Mietrechtsgesetz um ein unabdingbares Recht zugunsten der Mieter, im Gegensatz zum Bestandsrecht in ABGB, das dispositiv geregelt werden kann.

Der Anwendungsbereich des MRG wird wie folgt definiert: „Dieses Bundesgesetz gilt für die Miete von Wohnungen, einzelnen Wohnungsteilen oder Geschäftsräumlichkeiten aller Art (wie im besonderen von Geschäftsräumen, Magazinen, Werkstätten, Arbeitsräumen, Amts- oder Kanzleiräumen) [...] und für die genossenschaftlichen Nutzungsverträge über derartige Objekte [...]“. <sup>106</sup>

Das MRG reguliert mit den Anwendungsbereichen auch im Wesentlichen die Höhe des erlaubten Mietzinses. Die Mietzinsbildung auf den jeweiligen Geltungsbereich des MRG räumt

---

<sup>103</sup> VwGH 29.04.1992, 91/17/0023, Rechtssatz 1.

<sup>104</sup> VwGH 29.04.1992, 91/17/0023, Rechtssatz 1.

<sup>105</sup> Stabentheiner, Mietrecht<sup>4</sup> Rz 119.

<sup>106</sup> § 1 (1) MRG BGBl I 1981/520 idgF.

dem Mieter die Möglichkeit ein, den vereinbarten Mietzins herabsetzen zu lassen, wenn die gesetzlichen Höchstgrenzen des Zinses überschritten werden. Das MRG definiert den Anwendungsbereich wie folgt: „Dieses Bundesgesetz gilt für die Miete von Wohnungen, einzelnen Wohnungsteilen oder Geschäftsräumlichkeiten aller Art (wie im besonderen von Geschäftsräumen, Magazinen, Werkstätten, Arbeitsräumen, Amts- oder Kanzleiräumen) [...]und für die genossenschaftlichen Nutzungsverträge über derartige Objekte [...].“<sup>107</sup>

Alle Objekte im Altbau und im geförderten Neubau, wie Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten unterliegen der Vollenwendung des MRG.

Unter Altbau werden jene Objekte verstanden, die mehr als zwei Wohnungen aufweisen, denen Baubewilligung vor dem 1. Juli 1953 bzw. bei einer Eigentumswohnung vor dem 8. Mai 1945 erteilt worden ist. Als geförderte Neubauten werden jene Objekte angesehen, die nach dem 30. Juni 1953 mit Förderungsmitteln errichtet wurden.

In den Teilanwendungsbereich fallen Mietobjekte, die ohne Förderungsmittel mit einer nach dem 30. Juni 1953 erteilten Baubewilligung errichtet worden sind.

Zu den Vollaussnahmen und somit dem ABGB zuzurechnen, sind Mietverträge, die im Rahmen von Beherbergungs-, Garagierungs-, Verkehrs-, Flughafenbetriebs-, Speditions-, Lagerhausunternehmen geschlossen werden, sowie Heime, Betreutes Wohnen, Dienstwohnungen, Geschäftsräumlichkeiten und Zweitwohnungen mit einer maximalen Befristung von sechs Monaten, Ferienwohnungen sowie Ein- und Zweifamilienhäuser.

Das MRG ist sowohl für Wohnzwecke als auch Geschäftsräumlichkeiten anzuwenden. Bezogen auf den Vollenwendungsbereich des MRG ergeben sich je nach Errichtung des Gebäudes und Nutzung drei unterschiedliche Mietzinse. Die Teil- und Vollaussnahme des MRG sieht keine unterschiedlichen Mietzinse vor. Im Rahmen des ABGB dürfen diese völlig frei vereinbart werden. Sie werden lediglich durch die allgemeinen Schutzbestimmungen des ABGB (z.B. Wucher, Irrtum, List, Sittenwidrigkeit) und von Angebot und Nachfrage reglementiert. Dieser Mietzins unterliegt somit freien marktwirtschaftlichen Bedingungen - Angebot und Nachfrage determinieren den Preis.

Die folgende Illustration zeigt die schematische Darstellung der Anwendungsbereiche des MRG und die daraus abgeleiteten Mietzinse auf die Nutzung der Geschäftsräumlichkeiten.

---

<sup>107</sup> § 1 (1) MRG BGBl I 1981/520 idgF.

| Anwendungsbereich MRG | Nutzung        | Mietzins                   |
|-----------------------|----------------|----------------------------|
| Vollausnahmen MRG     | Geschäftslokal | freier Mietzins            |
| Teilausnahme MRG      | Geschäftslokal | freier Mietzins            |
| Vollanwendung MRG     | Geschäftslokal | angemessener Hauptmietzins |

Abbildung 8: Anwendungsbereich MRG Geschäftsräumlichkeit<sup>108</sup>

Unter Mietzins wird der Preis verstanden, der für die Überlassung des Mietgegenstandes aufzuwenden ist. Der Mietzins umfasst: „den Hauptmietzins, den anteiligen Betriebskosten, [...] dem angemessenen Entgelt für mitvermietete Einrichtungsgegenstände oder sonstige Leistungen, der Umsatzsteuer“<sup>109</sup>

Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche zwischen ABGB und MRG auf Bestandsobjekte wirkt sich auf die Erhaltungspflichten des Vermieters und die Instandhaltungs- und Wartungspflichten des Mieters insofern aus, als dass bei der Nichteinhaltung von Pflichten ein grundsätzlicher Anspruch auf Entschädigung besteht.

## V. Mietzinsminderung und Erlassung des Zinses

Im Folgenden wird thematisiert, unter welchen gesetzlichen Rahmenbedingungen eine Zinsminderung möglich ist bzw. wann sie ausgeschlossen werden kann.

Der OGH hat im Jahr 1919<sup>110</sup> auf einen wechselseitigen Zusammenhang zwischen den §§ 1096 und 1104 ABGB verwiesen. So kommt er in seiner Begründung zur folgender Erkenntnis:

*„Aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Pflicht des Bestandgebers, die Bestandsache in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten, widrigenfalls der Bestandnehmer für die Dauer und im Maße der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit ist (§ 1096 ABGB), sowie aus der Bestimmung über die Erlassung des Zinses oder eines Teiles davon im Falle, dass die Bestandsache wegen außerordentlicher Zufälle, Feuer, Krieg, Seuchen, Überschwemmungen, [...] ganz oder teilweise nicht gebraucht werden kann (§ 1104 ABGB), ergebe sich, dass der Bestandzins und Gebrauch der Bestandsache sich wechselseitig bedingen und der Bestandzins dann nicht verlangt werden kann, wenn der Bestandnehmer ohne ein in*

<sup>108</sup> eigene Darstellung, MRG BGBl Nr 1981/520 idgF.

<sup>109</sup> § 15 (1) MRG BGBl Nr 1981/520 idgF.

<sup>110</sup> OGH 17.06.1919 Rv I 164/19.

*seiner Person eingetretenes Hindernis oder einen in seiner Person eingetretener Unglücksfall [...] nicht machen kann.*<sup>111</sup>

Hierbei sei erwähnt, dass es sich bei dieser gerichtlichen Auseinandersetzung um einen Rechtsstreit über eine bewegliche Sache handelt, wonach im Jahr 1915 Bohrgeräte zur Förderung von Öl gegen Bezahlung eines Zinses verborgt wurden und diese auf Grund der Kriegswirren nicht mehr auffindbar waren und der Beklagte den Zins in einem Zeitraum schuldig geblieben ist.

Somit normieren die §§ 1096, 1104 sowie § 1105 ABGB unter bestimmten Umständen die Möglichkeit der Mietzinsminderung respektive des Erlasses des Zinses bei Miet- und Pachtverträgen.

#### **A. § 1096 ABGB**

§ 1096 ABGB ist die zentrale Gesetzlichkeit, die elementare Inhalte des Bestandsvertrags in Bezug auf die Erhaltungspflichten des Vermieters/Verpächters und des Gebrauchsrechtes des Mieters/Pächters regelt. So sieht § 1096 ABGB vor, dass der Vermieter/Verpächter auf eigene Kosten zur mangelfreien Übergabe und Erhaltung der Bestandssache in brauchbarem Zustand verpflichtet ist und den Bestandsnehmer in dem vereinbarten Gebrauch der Sache nicht einzuschränken hat. Ferner hat der Mieter/Pächter bei Zuwiderhandeln der Pflichten des Bestandgebers für die Dauer der Beeinträchtigung ein Recht auf Befreiung des Zinses, der nicht abbedungen werden kann.

§ 1096 ABGB sieht dazu folgende Definition und Regelung vor:

*„(1) Vermieter und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören. Ist das Bestandstück bei der Übergabe derart mangelhaft oder wird es während der Bestandszeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft, daß es zu dem bedungenen Gebrauche nicht taugt, so ist der Bestandsnehmer 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.*<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> OGH 17.06.1919 Rv I 164/19.

<sup>112</sup> § 1096 ABGB JGS 1811/946 idgF.

Die Erhaltung des Objektes bezieht sich gleichermaßen auf die allgemeinen Teile des Hauses, wie bspw. Zugänge zum Bestandsobjekt als auch auf Versorgungsleitungen zu der Bestandsache. Bei der Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten, die in die Sphäre des Vermieters fallen, ist dieser unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen, andernfalls kann es zu einem Ausschluss des Mietzinsminderungsanspruches gem. § 1096 ABGB kommen. Dieser Ansatz erschließt sich aus § 1097 ABGB. Weiters beeinträchtigt die fehlende Anzeigepflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter die Kündigungsrechte nach § 1117 ABGB.<sup>113</sup> So normiert § 1117 ABGB, dass der Bestandnehmer vor Beendigung der vereinbarten Laufzeit des Bestandsvertrages ohne Kündigungsfristen berechtigt ist, den Vertrag aufzulösen, wenn das Bestandsobjekt bei Übergabe nicht dem bedungenen Gebrauch entspricht „oder ein beträchtlicher Teil davon durch Zufall auf längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird.“<sup>114</sup> Für Schäden deren Verursachung in der Sphäre des Mieters zu suchen sind, haftet der Vermieter nicht.

Die Erhaltungspflichten des Bestandgebers sind im MRG und ABGB unterschiedlich festgelegt. Im MRG sind die Erhaltungspflichten in § 3 MRG taxativ, jedoch nicht abschließend aufgelistet, im ABGB sind diese dispositiv geregelt und somit die Überwälzung dieser Pflichten an den Mieter/Pächter möglich, mit Ausnahme von Verstößen der Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB), der Verkürzung oder Verletzung über der Hälfte (Laesio enormis § 934 ABGB) sowie der gröblichen Benachteiligung (§ 879/3 ABGB) gegenüber dem Mieter/Pächter.

### **1. Mangelhaftigkeit**

Die Störung des bedungenen Gebrauchs der Bestandsache löst ex lege einen Mietzinsminderungsanspruch gem. § 1096 ABGB aufgrund der Sondergewährleistungsbestimmung des Bestandsrechts aus. Dieser Gewährleistungsbehelf der besonderen Art der Zinsminderung ist von einem Verschulden des Bestandgebers unabhängig und bleibt bis zur Beseitigung der Störung des bedungenen Gebrauchs der Bestandsache aufrecht. Weiters schuldet der Bestandgeber im Gegensatz zum Gewährleistungsrecht gem.

§ 922ff ABGB nicht lediglich bei Übergabe den brauchbaren Zustand der Sache, sondern haftet hierfür auch während der Dauer des aufrechten Mietverhältnisses. Ferner wird der zweite Satz des § 1096 Abs. 1 ABGB als Regel der Gefahrentragung angesehen.<sup>115</sup> So trägt der

---

<sup>113</sup> Stabentheiner, Mietrecht<sup>4</sup> Rz 37.

<sup>114</sup> § 1117 ABGB JGS 1811/946 idgF.

<sup>115</sup> Pletzer in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 114 ff (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Bestandgeber in Hinblick auf den zufälligen Schaden des Bestandsrechtes einerseits das Risiko des teilweisen oder ganzen Verlustes des Zinses (*„dem bedungenen Gebrauche nicht taugt, so ist der Bestandnehmer [...] von der Entrichtung des Zinses befreit.“*<sup>116</sup>), andererseits, ist der Zins zur Gänze zu entrichten, wenn der Bestandnehmer aus seiner eigenen Sphäre das Bestandsobjekt nicht nutzt, obwohl es verwendet werden kann. (*„sondern aus einem dem Bestandnehmer zugestoßenen Hindernisse oder Unglücksfalle vereitelt [...] fällt die widrige Ereignung dem Bestandnehmer allein zur Last. Er muß den Zins doch entrichten.“*<sup>117</sup>).

Mehrheitlich ist die Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs der Bestandsache auf Sachmängel zurückzuführen. Die nachstehende Illustration zeigt einen Querschnitt der Vielfalt an Sachmängel und deren gerichtlichen Einzelfallentscheidungen zu Mietzinsminderungsansprüchen auf Basis des § 1096 ABGB auf.

---

<sup>116</sup> § 1096 ABGB, JGS 1811/946 idgF.

<sup>117</sup> § 1107 ABGB, JGS 1811/946 idgF.

| Stichwort              | Leitgedanke                                                                                                                                                                                                            | Mietzins-<br>minderung (%)       | Quellenverzeichnis                                                             |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| Baumängel              | Setzungsrisse in den Mauern eines Kellergewölbes mit unverkleideten Wänden, das als Lager für Installationsgegenstände angemietet worden ist                                                                           | –                                | 1 Ob 175/14p = Zak 2015/134                                                    |
|                        | Geringe Gebrauchsstörung durch Kondenswasser am Boden und optische Mängel (Verschmutzung, Kübel auf der Gitterdecke) aufgrund eines Wassereintritts                                                                    | 5%                               | LGZ Wien 39 R 355/06d = MietSlg 59.140                                         |
|                        | Im „Gästetrakt“ des Pachtobjekts, der drei zur Vermietung an Pendler dienende Zimmer umfasst, war das Gemeinschaftsbad aufgrund eines Wasserschadens nicht benützbar; die anderen                                      | 12,50%                           | 1 Ob 216/12i = Zak 2013/221                                                    |
|                        | Bauschäden, die Pölzungsmaßnahmen im Geschäftslokal erfordern                                                                                                                                                          | 15%                              | LGZ Wien 48 R 280/94 = MietSlg 46.105                                          |
|                        | Undichte Fenster, weshalb die EDV-Anlage in dem Büroraum umgestellt werden musste und statt sechs nur mehr drei Schreibtische aufgestellt werden konnten                                                               | 50%                              | LGZ Wien 39 R 21/09s = MietSlg 61.159                                          |
|                        | Unmöglichkeit des Geschäftsbetriebs in einem Café aufgrund eklatanter Sicherheitsmängel der elektrischen Anlage                                                                                                        | 100%                             | LGZ Wien 41 R 243/06y = MietSlg 59.139                                         |
| Bauarbeiten            | Gerüst und Kran vor einem als Restaurant genutzten Mietobjekt, wodurch die Attraktivität für Passanten in hohem Maß litt und das Geschäftsschild kaum mehr wahrnehmbar war                                             | 50%                              | LGZ Wien 40 R 10/09f = MietSlg 61.163                                          |
|                        | Bauaufzug und kleineres Gerüst vor dem als Restaurant genutzten Mietobjekt mit gewisser abschreckender Wirkung auf Kunden                                                                                              | 25%                              | LGZ Wien 40 R 10/09f = MietSlg 61.163                                          |
| Wasserversorgung       | Gesundheitsschädliche Bleikonzentration im Trinkwasser rechtfertigt auch bei Geschäftsräumlichkeiten eine Zinsminderung                                                                                                | siehe 1.e                        | 7 Ob 155/05b = Zak 2005/87                                                     |
| Heizung und Warmwasser | Verminderte Heizleistung (Maximaltemperatur 18-20°C) in einem Gastgewerbelokal während der Monate Oktober bis April                                                                                                    | 30%                              | LGZ Wien 41 R 238/05m = MietSlg 58.117                                         |
|                        | Lokal mit Kundenverkehr nicht beheizbar (in der kalten Jahreszeit)                                                                                                                                                     | 100%                             | 6 Ob 94/98m = MietSlg 50.150                                                   |
| Raumtemperatur         | Hohe Raumtemperatur durch Sonneneinwirkung in dem im Dachgeschoß situierten und mit einer Fensterwand ausgestatteten Büro, wenn es in Kenntnis des Fehlens einer Klimaanlage und eines Sonnenschutzes angemietet wurde | –                                | LGZ Wien 40 R 375/02x = MietSlg 55.147                                         |
| Sanitäranlagen         | Kunden-WC des Geschäftslokals nicht benützbar, weshalb Kunden das Mitarbeiter-WC zur Verfügung gestellt werden muss                                                                                                    | 15%                              | LGZ Wien 40 R 216/08y = MietSlg 61.158                                         |
| Lärm                   | Beeinträchtigung des Bürobetriebs durch Baulärm                                                                                                                                                                        | 25%                              | 8 Ob 526/90; LGZ Wien 41 R 71/92 = MietSlg 44.164                              |
|                        | Beeinträchtigung des Bürobetriebs durch Baulärm; Verständigung war nur mehr schreiend möglich                                                                                                                          | 75%                              | LGZ Wien 41 R 322/89 = MietSlg 41.096                                          |
| Konkurrenz             | Die Eröffnung von Konkurrenzunternehmen im Umfeld bzw Einzugsbereich ist mangels abweichender Vereinbarung Risiko des Bestandnehmers                                                                                   | –                                | 9 Ob 54/04p = ZRInfo 2004/351; s auch verst Sen 1 Ob 113/02b = ZRInfo 2002/488 |
|                        | Inbestandgabe eines weiteren Geschäftslokals im selben Gebäude an einen Konkurrenten des Bestandnehmers                                                                                                                | Wie prozentueller Umsatzrückgang | 2 Ob 275/05p = immolox 2006/87                                                 |
| Leerstand              | Leerstand unter 1 % der Gesamtfläche in einem Einkaufszentrum                                                                                                                                                          | –                                | LGZ 38 R 147/13v = MietSlg 65.189                                              |
|                        | Umfangreiche Leerstehungen in einem Einkaufszentrum, die der Geschäftsgrundlage des Bestand-vertrags widersprechen                                                                                                     | 50%                              | 6 Ob 18/05y = wobl 2006/64; s auch 3 Ob 98/08w = Zak                           |
| Lift                   | Beschränkte Benützbarkeit des Personenliftes für gehbehinderte Patienten der im Mietobjekt betriebenen Arztpraxis nach Nachrüstung mit Innentüren (zugesagte                                                           | 15%                              | 5 Ob 67/07z = Zak 2007/446                                                     |

Abbildung 9: Wiener Mietzinsminderungsspiegel<sup>118</sup>

<sup>118</sup> Zak-Mietzinsminderungstabelle, Zak digital exklusiv, 2020/4 (Stand 30.01.2020).

Ungeachtet der vorliegenden Sachmängel kann der Bestandnehmer eine höhere Beschaffenheit oder laufende Anpassung des Bestandsobjektes vom Bestandgeber nicht verlangen, vorausgesetzt es werden keine gesetzlich oder vertraglich verankerten Mindeststandards unterschritten.<sup>119</sup> Weiters stellen vorhersehbare Veränderungen in der Umgebung des Bestandsobjektes im Laufe der Dauer des Mietverhältnisses keine Mietzinsminderung dar, sondern fallen unter „allgemeines Lebensrisiko“. So haftet der Bestandgeber gem. dem Urteil des OGH für *„das Risiko für alle auf Zufällen beruhende Umstände, die den Ausfall oder eine wesentliche Einschränkung des Gebrauchsnutzens der Bestandsache zur Folge haben. [...] Wenn allerdings von vornherein eine Änderung der Nutzbarkeit vorhersehbar ist, wurde diese Änderung von der Judikatur bisher dem „allgemeinen Lebensrisiko“ des Mieters zugeschrieben, musste er doch von allem Anfang anrechnen, dass sich die Umgebung ändert.“*<sup>120</sup> Unter allgemeines Lebensrisiko fallen bspw. gelegentlicher Baulärm, eine nachträgliche Verbauung der Umgebung der Bestandsache oder etwaige Umsatzrückgänge eines Unternehmens.

Optische bzw. geringfügige Fehler, die die Brauchbarkeit der Bestandsache nicht beeinträchtigen, begründen ebenfalls keinen Anspruch auf Mietzinsminderung.

Darüber hinaus haftet der Bestandgeber für Rechtsmängel, wie etwa eine fehlende behördliche Bewilligung oder gewerberechtliche Genehmigungen, sofern sie nicht vertraglich ausgeschlossen worden sind oder das Fehlen von behördlichen Bewilligungen und Genehmigungen, die zu einer Beeinträchtigung des Gebrauchs der Bestandsache führen und in der Sphäre des Bestandgeber oder in der neutralen Sphäre zu suchen sind.<sup>121</sup> Betriebsanlagengenehmigungen fallen jedoch nicht in die Sphäre des Bestandgebers, gleichermaßen die nachträglich bewerkstelligten baulichen Änderungen des Bestandnehmers. Der Bestandgeber hat bei nachträglichen baulichen Maßnahmen lediglich für die Unterstützungsleistung bei dem behördlichen Ansuchen seitens des Bestandnehmers in Form der Unterfertigung der Austauschpläne Sorge zu tragen.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 16.

<sup>120</sup> 7Ob253/09w = Zak 2010/337 S 196 - Zak 2010,196 = immolex-LS 2010/53 = immolex-LS 2010/54 = bbl 2010,161/128 = EvBl-LS 2010/98 = Zak 2010/564 S 323 (Nademeinsky/Kolmasch, tabellarische Übersicht) - Zak 2010,323 (Nademeinsky/Kolmasch, tabellarische Übersicht) = immolex 2010,318/119 (Stadlmann) - immolex 2010,119 (Stadlmann) = ZLB 2010,117 = OIZ 2010,26/Heft 11 (Kothbauer) = RdW 2010/358 S 337 - RdW 2010,337 = wobl 2011,179/86 - wobl 2011,86 = MietSlg 62.140 = Lindinger, immolex 2014,41 (Rechtsprechungsübersicht) = Schinnagl/Groeschl, Der Mieter 2015,44 (Rechtsprechungsübersicht).

<sup>121</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 132.

<sup>122</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 20 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Ferner gehören zusätzlich zu den erwähnten Bewilligungen und gewerberechtlichen Genehmigungen, die energetischen Eigenschaften des Bestandsobjektes, die vertraglich zugesichert worden sind sowie deren errechnete Werte. Bei einer Verschlechterung der ausgewiesenen Werte und somit einer Änderung des Gebäudezustandes steht grundsätzlich eine Zinsminderung zu.<sup>123</sup>

Die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Bestandsache und des damit einhergehenden Rechtsanspruches an einer etwaigen Mietzinsminderung trifft den Bestandnehmer, jedoch trägt der Bestandgeber bei vorliegenden Rechtsmängeln die Beweislast darüber, alle ihm erdenklichen Möglichkeiten zur Verschaffung der bspw. behördlichen Bewilligung ausgeschöpft zu haben.<sup>124</sup>

Der Anspruch eines Mietzinsminderungsanspruches besteht für die Dauer und in dem Maße der Unbrauchbarkeit des Bestandsobjektes. Ein etwaiger mit Vorbehalt oder bezahlter Mietzins kann unter dem Titel Irrtum gem. § 1431 ABGB zurückgefordert werden. Jedoch wird bei vorbehaltlosem und ohne Irrtum bezahltem Zins ein Verzicht auf Zinsminderung angenommen.<sup>125</sup> So wird bei einer vorbehaltlosen Zahlung des Zinses im Wissen des Mangels ein konkludenter Verzicht auf die Geltendmachung von Mietzinsminderungsansprüchen ausgegangen. Weiters schließt ein vorbehaltloser Abschluss des Vertrages respektive Übernahme der Bestandsache in Kenntnis des Mangels eine Mietzinsminderung aus.<sup>126</sup>

Ein weiterer Fall des Entfalls des Zinsminderungsrechts ist gegeben, sobald der Mieter es unterlässt, seiner ihm obliegenden Mitwirkungspflicht zur Mängelbehebung nachzukommen. Der OGH meint dazu: „*Der Mietzinsminderungsanspruch ist auch dann ausgeschlossen, wenn sich der Bestandnehmer in Kenntnis der Gebrauchsbeeinträchtigung zur Behebung des Mangels verpflichtet hat.*“<sup>127</sup>

Ferner entfällt der Anspruch auf Zinsminderung aus dem Verschulden des Bestandnehmers, wenn die Bestandsache beschädigt oder missbräuchlich verwendet wird (§ 1111 ABGB) bzw. der Bestandnehmer gem. § 1313a ABGB (Haftung für Erfüllungsgehilfen) dafür einzustehen hat.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 136.

<sup>124</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 174.

<sup>125</sup> Stabentheiner, Mietrecht<sup>4</sup> Rz 60.

<sup>126</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup>, Rz 179.

<sup>127</sup> OGH 1 Ob 105/06g, immolex 2007/21.

<sup>128</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 150.

Ungeachtet der eventuellen Ansprüche einer Mietzinsminderung stehen dem Bestandsnehmer bei Vorliegen der Unbrauchbarkeit der Bestandssache und Vorliegen eines Verschuldens des Bestandgebers weitere Rechtsbehelfe, wie Schadensersatz oder Vertragserfüllung zur Durchsetzung seiner gesetzlich gewährleisteten Rechte zur Verfügung.

Die rechtlichen Ansprüche der Mietzinsminderung schließen die Forderung des Schadensersatzes nicht aus. Der Bestandsnehmer kann beispielsweise die Durchsetzung der Erhaltungspflichten (§ 3 Abs 2 MRG) des Bestandgebers im Vollanwendungsbereich des MRG verlangen, aber auch gegen Dritte, die den Schaden verursacht haben, vorgehen und einen Schadensersatz vom Bestandgeber beanspruchen. Bei der Nichterfüllung der gesetzlichen Erhaltungspflichten des bedungenen Gebrauchs hat der Bestandsnehmer die Möglichkeit die Vertragseinhaltung, die Vertragsauflösung gem. § 1117 ABGB oder die Mietzinsminderung gem. § 1096 ABGB zu fordern.<sup>129</sup>

So ist der Bestandsnehmer nach § 1117 ABGB dazu legitimiert, *„auch vor Verlauf der bedungenen Zeit von dem Vertrag ohne Kündigung abzustehen, wenn das Bestandstück in einem Zustand übergeben oder ohne seine Schuld in einen Zustand geraten ist, der es zu dem bedungenen Gebrauch untauglich macht, oder wenn ein beträchtlicher Teil durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird. Aus dem Grunde der Gesundheitsschädlichkeit gemieteter Wohnräume steht dieses Recht dem Mieter auch dann zu, wenn er im Vertrage darauf verzichtet oder die Beschaffenheit der Räume beim Vertragsabschluß gekannt hat.“*<sup>130</sup>

Der Ansatz für die Eruierung der Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs der Bestandsache ist gem. §§ 1117 und 1096 ABGB derselbe, beidseitig wird eine nicht in der Sphäre des Bestandgebers liegende Gebrauchsbeeinträchtigung der Bestandsache vorausgesetzt.<sup>131</sup> Diese gesetzliche Regelung des § 1117 ABGB ist nicht zwingend und kann vertraglich abgeändert werden. Es ist daher in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob und inwieweit der Bestandsvertrag von der gesetzlichen Regelung abweicht.

Allfällige Mietzinsminderungsansprüche umfassen alle Bestandteile des Bestandszinses, so auch nach hA auf verbrauchsabhängige Betriebskosten und öffentliche Abgaben sowie auf

---

<sup>129</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 132 ff (Stand 1.5.2017, rdb.at).

<sup>130</sup> § 1117 ABGB, JGS 1811/946 idGF.

<sup>131</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 133 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Zinsvorauszahlungen und der gesetzlichen Umsatzsteuer.<sup>132</sup> Die Zinsminderung auf alle Bestandteile des Zinses betrifft die gänzliche sowie teilweise Unbrauchbarkeit der Bestandsache und entspricht der stRsp.<sup>133</sup>

Die Ermittlung der Minderung des Bestandszinses erfolgt durch die relative Berechnungsmethode, unter dem Vergleich des Zinses, der ohne Mangel und jenem mit Mangel für das Bestandsobjekt am Markt zu erzielen gewesen wäre.<sup>134</sup> Bei einem umsatzabhängigen Bestandzins ist die Mietzinsminderung aufgrund von reduzierten Umsätzen nicht in absoluten Zahlen zu messen, sondern „kann die vereinbarte subjektive Äquivalenz zwischen einem umsatzbezogenen Mietzinsprozentsatz als Entgelt für den bedungenen Gebrauch eines Bestandobjekts nur durch eine Reduktion dieses Prozentsatzes entsprechend dem Ausmaß und der Dauer der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts gewahrt werden.“<sup>135</sup> Ein konjunktureller Umsatzrückgang fällt hingegen in die Sphäre des Bestandnehmers.

§ 1096 Abs 1, 3. Satz ABGB normiert die Unabdingbarkeit der Befreiung des Zinses bei der Miete von unbeweglichen Sachen, nicht aber den Zinserlass bei Pachtverträgen. Diese sind dispositiv. Somit hat Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen Miete und Pacht mit folgender Begründung bestimmt: „Die differenzierte Behandlung von Miete und Pacht erscheint auch deswegen sachgerecht, weil die Pacht nicht nur den Gebrauch einer fremden Sache umfaßt. Der Erfolg einer Fruchtziehung hängt jedoch zumeist von den verschiedensten Komponenten ab, die regelmäßig außerhalb des Einflußbereiches des Verpächters stehen.“<sup>136</sup>

## 2. Bedungener Gebrauch

Bei der Abschätzung, ob eine Mangelhaftigkeit bei der Bestandsache gegeben und somit die Brauchbarkeit des Bestandsobjekts eingeschränkt ist, sind die Umstände des jeweils konkreten Einzelfalles maßgebend. Somit kann eine allgemein gültige Formel des Anspruches auf Minderung des Zinses nicht vorliegen. Das Ausmaß der Zinsminderung in der Einzelfallentscheidung liegt unter Anwendung des § 273 ZPO im Ermessen des Richters. Infolgedessen wird in einer Vielzahl von Fällen die Anrufung des OGH obsolet, sofern sich die jeweiligen Unterinstanzen (Landes-, Handels- und Oberlandesgerichte für ZRS) an die zu § 1096 ABGB gebildeten Paradigmen der Mietzinsminderung richten, wie beispielsweise die

---

<sup>132</sup> Pletzer in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1096 ABGB Rz 136.

<sup>133</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 109 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

<sup>134</sup> Pletzer in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1096 ABGB Rz 137.

<sup>135</sup> OGH 15.5.1997, 1 Ob 108/97g, immolex 1997/172.

<sup>136</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 225 = LGZ Wien 48 R 392/93 = MietSlg 45.102.

Mietzinsminderungstabelle seitens *Nademleinsky / Kolmasch*.<sup>137</sup> gem. OGH liegt zwischen der Ermessungsentscheidung gem. § 273 ZPO und der Anwendung der relativen Berechnungsmethode bei Ermittlungsschwierigkeiten zur Erlangung der Höhe der Zinsminderung kein Widerspruch vor, da „die zu ermittelnde Wertrelation, dh der Kürzungsfaktor, zu bestimmen ist, wobei mit § 273 ZPO auch auf allfällige Ermittlungsschwierigkeiten bezüglich der objektiven Marktwerte Bedacht genommen“<sup>138</sup> werden sollte. Weiters wurde in dem Verfahren festgehalten, dass es lediglich eine verfahrensrechtliche Entscheidung darstellt, ob das Gericht § 273 ZPO anwenden darf. Nach Bydlinski ist § 273 ZPO zwingend bei Vorliegen der Voraussetzung des erfüllten Tatbestandes anzuwenden.

Richterliche Ermessungsentscheidungen sind dennoch nicht grundsätzlich umkehrbar, insbesondere dann, wenn schwerwiegende an die Grenze des Missbrauchs gehender Fehler bei der Anwendung des Ermessens vorliegen. Diese Fehleinschätzungen können vor den OGH gebracht werden.<sup>139</sup>

Das Gebrauchsrecht der Bestandsache ergibt sich vorrangig aus dem abgeschlossenen Vertrag.<sup>140</sup> Hierbei ist der Bestandgeber dazu verpflichtet, das Bestandsobjekt dem Bestandnehmer auf Dauer der vertraglich vereinbarten Leistungen in brauchbarem Zustand zu übergeben, dieses in dem übernommenen Zustand zu erhalten sowie den Bestandnehmer im bedungenen Gebrauch nicht zu stören.<sup>141</sup> Ein Vertragsinhalt mit einer gänzlichen oder teilweisen Unbrauchbarkeit der Bestandsache schließt eine Mietzinsminderung aufgrund der Vertragskonformität des Bestandgebers aus. Ein Mangel im Sinne des Rechtes auf Gewährleistung liegt hier somit nicht vor.<sup>142</sup>

Die Brauchbarkeit der Bestandsache orientiert sich nach dem Verkehrszweck. Nach stRsp ist dem Bestandnehmer dieser Gebrauch und Nutzung zu gewährleisten, der nach dem Vertragszweck oder nach der Verkehrssitte vereinbart worden ist, wobei mangels einer Vereinbarung sowohl bei beweglichen als auch unbeweglichen Sachen im Zweifel eine mittlere

---

<sup>137</sup> *Lindinger*, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 283.

<sup>138</sup> OGH 21.12.2015, 9 Ob 49/15v.

<sup>139</sup> *Lindinger*, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 289.

<sup>140</sup> OGH 5 Ob 8/89 wobl 198/45 = MietSlg 41.261; OGH 5 Ob 94/90 wobl 1991/30; OGH OGH 7 Ob 155/05b.

<sup>141</sup> § 1096 Abs 1 S 1, JGS 1811/946 idGF.

<sup>142</sup> OGH 23.3.2011, 4 Ob 191/10g, immolex 2011/64.

Brauchbarkeit der Sache geschuldet ist.<sup>143</sup> Im Sinne einer mittleren Brauchbarkeit muss bspw. ein Platz in einer Garage für die Abstellfläche eines Mittelklasse -PKW gegeben sein.<sup>144</sup>

Unter Verkehrssitte wird jener Standard verstanden, der nach Vertragsabschluss nach der Verkehrsauffassung vereinbart wurde. Dabei ist vorrangig auf die Parteienabsicht und Vereinbarung abzustellen. Bei mangelnder vertraglicher Vereinbarung sind bei der Beurteilung der Verkehrsauffassung Aspekte wie Art, Lage und Alter des Bestandobjektes, sowie die Höhe des vereinbarten Entgeltes zu berücksichtigen.<sup>145</sup> Die Beurteilung inwieweit eine Mietzinsminderung aufgrund des Parteienwillens und der Verkehrssitte gegeben ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab, indessen die Situation aus dem Gesamtzusammengang zu betrachten ist.<sup>146</sup> Ferner ist der vertragliche Zeitpunkt über das Maß des brauchbaren Zustandes für die Verkehrssitte ausschlaggebend. Eine nachträgliche Änderung der Verkehrssitte ist lediglich im Falle der Gefährdung der Gesundheit und der gefahrlosen Benützung der Versorgungsleitungen möglich, die immer vom gegenwärtigen Zustand des Objektes beurteilt wird. Nebenabreden des Vertrages können jedoch die bedungene Brauchbarkeit erweitern oder einschränken.<sup>147</sup>

Der bedungene Gebrauch bei Geschäftsräumlichkeiten richtet sich nach dem ursprünglich geschuldeten Zustand, der sich aus dem Vertrag oder der Verkehrssitte ergibt. Den Maßstab bildet dabei die Verkehrsauffassung über den vertraglich vereinbarten Zeitpunkt und die Ortsüblichkeit. Unter Ortsüblichkeit fallen dabei auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, wie bspw. gesetzliche Bauvorschriften.

## **B. §§ 1104, 1105, 1107 ABGB**

Die gesetzlich verordneten Betretungsverbote iSd COVID-19-Maßnahmengesetze in deren Zeitraum das Betreten der Kundenbereiche untersagt war, stellte bei Unternehmen, die ihre Geschäftsräumlichkeiten angemietet oder gepachtet haben, die aus vertraglicher Sicht berechnete Frage, ob und inwieweit diese Maßnahmen und Regelungen eine Mietzinsminderung zur Folge haben respektive in welche Sphäre das Risiko für den vorübergehenden Wegfall der Umsätze und den damit verbundenen bedungenen Gebrauch der Bestandsache fällt.

---

<sup>143</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 14 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

<sup>144</sup> OGH 24.5.2006, 6 Ob 73/06p, immolex 2007/6.

<sup>145</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 15 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

<sup>146</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 256.

<sup>147</sup> Lindinger, Mietzinsminderung<sup>2</sup> Rz 256 ff.

Mit dem COVID-19-MG vom 15.03.2020 wurde der BMSGPK dazu ermächtigt, beim Auftreten von COVID-19 durch Verordnung „*durch Verordnung das Betreten von Betriebsstätten oder nur bestimmten Betriebsstätten zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen untersagen, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.*“<sup>148</sup> Ferner kann mittels Verordnung geregelt werden, „*in welcher Zahl und zu welcher Zeit jene Betriebsstätten betreten werden dürfen, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind.*“<sup>149</sup> Mit dieser hoheitlichen Maßnahme wurde das Epidemiegesetz 1950 in Hinblick auf die Schließung von Betriebsstätten unterminiert und durch Betretungsverbote von Betriebsstätten oder derer Kundenbereiche mittels Verordnung ersetzt. Weitgehend blieben weitere Regelungen des EpiG vom COVID-19 MG unberührt.

Mit Verordnung vom 15.03.2020 wurde „*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*“<sup>150</sup> unterbunden, mit Ausnahme der systemrelevanten Unternehmen, die zur Grundversorgung nötig waren.

Weiters wurde das Betreten von Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten des Gastgewerbes mit genannter Verordnung untersagt.<sup>151</sup> Ausgenommen von dieser Regelung waren lediglich relevante Infrastrukturen, wie Kranken-, Kur-, Pflegeanstalten und Seniorenheime sowie Beherbergungsbetriebe, Campingplätze, öffentliche Verkehrsmittel und Lieferservices.

In weitere Folge wurden Öffnungs- und Schließzeiten des Gastgewerbes verordnet,<sup>152</sup> die am darauffolgenden Tag aufgehoben und durch ein generelles Betretungsverbot ersetzt wurden. Auf Basis der Covid-Lockerungs-Verordnung<sup>153</sup> wurden mit 15.05.2020 die Betretungsverbote für die Betriebsstätten des Gastgewerbes beendet. Hingegen waren mit dieser „Lockerungs-Verordnung“ für das Betreten des Gastgewerbes Abstandsregelungen einzuhalten und Einschränkungen der Öffnungszeiten verbunden.

---

<sup>148</sup> 8 Artikel § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl 2020/12.

<sup>149</sup> 8 Artikel § 1 COVID-19-Maßnahmengesetz, BGBl 2020/12.

<sup>150</sup> § 1 Vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBl II 2020/96.

<sup>151</sup> § 3 Vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBl II 2020/96.

<sup>152</sup> Verordnung, mit der zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 die Sperrstunde und Aufsperrstunde im Gastgewerbe festgelegt werden BGBl II 2020/97.

<sup>153</sup> Änderung der COVID-19-Lockerungsverordnung BGBl II 2020/207.

Durch die verschärfte epidemiologische Situation wurden mit 03.11.2020 neuerlich Betretungsverbote der Gaststätten verhängt,<sup>154</sup> jedoch die Abholung von Speisen und Getränken (Take-away) und Lieferservices erlaubt, sofern die Speisen und Getränke nicht Vorort konsumiert wurden. Der dritte Lockdown endete und trat für die Branche der Gastronomie mit 17. Februar 2021 außer Kraft.

Die COVID-19 Förderungsmaßnahmen zur Unterstützung des Wirtschaftszweiges der bspw. Beherbergung und Gastronomie, die durch die behördliche angeordneten Betretungsverbote signifikante Umsatzrückgänge zu verzeichnen hatten, wurden auf Basis des 3. COVID-19-Gesetzes<sup>155</sup> geschaffen und konnten mit Mai 2020 bzw. die Sofortmaßnahmen auf Basis des Härtefallfonds mit März 2020 beantragt werden.

Aus den verhängten Betretungsverböten, eingeschränkten Öffnungs- und Schließzeiten, dem Ausbleiben von Touristen und einhergehenden Rückgang der Geschäftstätigkeiten aufgrund der restriktiven Einreiseverböte sowie einzuhaltende Abstandsregelungen und den damit verbundenen eingeschränkten Sitzplatzmöglichkeiten in den Betriebsstätten des Gastgewerbes ergeben sich eine Vielzahl von juristischen Fragestellungen in Bezug für das Bestandrecht.

Darunter fallen folgende Problem- bzw. Fragestellungen in Bezug auf das Bestandsrecht:

1. Hat der Bestandnehmer ein Anrecht auf vollständigen oder teilweisen Erlass des Mietzinses angesichts des verordneten Betretungsverbötes des Gastgewerbes?
2. Besteht ein Mietzinsminderungsrecht aufgrund der eigenen getroffenen Entscheidung, die angemietete und gepachtete Räumlichkeit zur Betriebsführung eines Gastgewerbes geschlossen zu halten, ohne, dass dies auf das angeordnete Betretungsverbot zurückzuführen ist?
3. Ist eine allfällige Mietzinsminderung einer Geschäftsräumlichkeit aus pandemiebedingten Umsatzrückgängen infolge eines Rückganges der Kundenfrequenz zulässig?
4. Steht dem Bestandnehmer eine vollständigen Mietzinsbefreiung zu, obwohl er die Möglichkeit in Anspruch nimmt, das Geschäftslokal zu Lieferservices und zur Abholung von zubereiteten Speisen und Getränken zu nutzen?

---

<sup>154</sup> COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung – COVID-19-SchuMaV BGBl. II Nr 2020/ 463.

<sup>155</sup> 3. COVID-19-Gesetz BGBl. I Nr 2020/23.

## 5. Ersetzen COVID-19 Förderungsmaßnahmen für Gastgewerbetreibende den etwaigen Mietzinsentfall oder eine Mietzinsminderung?

Zu einigen Fragestellungen liegen erstinstanzliche Gerichtsentscheidungen mittlerweile vor; auf das ergangene OGH Urteil in Bezug auf den Erlass des Mietzinses wegen pandemiebedingter Betretungsverbote wird in späterer Folge näher eingegangen.

Aus den Bestimmungen des § 1104 ABGB ergibt sich, dass der Bestandnehmer kein Miet- oder Pachtzins an den Bestandgeber zu entrichten hat, wenn „*die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Wetterschläge, oder wegen gänzlichen Mißwachses gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann*“,“<sup>156</sup> ferner der Bestandgeber nicht verpflichtet ist, bei solch einem Schadensfall das Bestandsobjekt wiederherzustellen.

Mit § 1104 ABGB hat der Gesetzgeber fernab von § 1096 ABGB eine weitere Möglichkeit einer Mietzinsminderung geschaffen. Diese doppelte Regelung der Minderung des Mietzinses lässt sich laut Höllwerth<sup>157</sup> insofern erklären, als dass § 1096 ABGB lediglich die Befreiung des Mietzinses bei Unbrauchbarkeit des Bestandsache durch das Verschulden des Bestandgebers bis zur Grenze des gewöhnlichen Zufalls vorsieht, wohingegen § 1104 ABGB die Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes aufgrund außerordentlicher Zufälle basiert.

Dementsprechend ist zwar die gesetzliche Grundlage zur Minderung des Mietzinses eine unterschiedliche, aber inhaltlich ergeben sich außer bei Pachtverträgen keine Abweichungen zu mietrechtlichen Verträgen.

Weiters durchbricht § 1104 ABGB für den Fall der Unbrauchbarkeit infolge außerordentlicher Zufälle die aus § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB erschießende Erhaltungs- bzw. Wiederherstellungspflicht. Es entfällt die Pflicht über die Wiederherstellung des Bestandobjektes bei außerordentlichen Zufällen seitens Bestandgeber.<sup>158</sup>

Die Unbenutzbarkeit eines Bestandobjekte bezogen auf § 1104 ABGB hat keinen Bezug auf den Untergang respektive die vollständige Zerstörung der Bestandsache, die § 1112 ABGB normiert und in die neutrale Sphäre fallen würde.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> § 1104 ABGB, JGS 1811/946 idgF.

<sup>157</sup> Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1104 ABGB Rz 16.

<sup>158</sup> Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1104 ABGB Rz 16.

<sup>159</sup> Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1104 ABGB Rz 2 ff.

Wohingegen § 1107 ABGB der Sphäre des Bestandgeber zuzuordnen ist, in dem normiert wird, dass *„der Gebrauch oder Genuß des Bestandstückes nicht wegen dessen Beschädigung oder sonst entstandener Unbrauchbarkeit, sondern aus einem dem Bestandnehmer zugestoßenen Hindernisse oder Unglücksfalle vereitelt, [...] so fällt die widrige Ereignung dem Bestandnehmer allein zur Last. Er muß den Zins doch entrichten.“*<sup>160</sup>

Der Bestandgeber trägt somit das Risiko zum bedungenen Gebrauch der Bestandsache bei den Rechtsinstituten der § 1096 und § 1104 ABGB die in seiner eigenen Sphäre und neutralen Sphäre zu suchen sind, während der Bestandnehmer lediglich die Preisgefahr bei seinem eigenen Verschulden, iSd „allgemeinen Lebensrisikos“ trägt.

Als außerordentlicher Zufall wird nach Rsp und Lehre ein von Menschen nicht beherrschbares und nicht kontrollierbares Elementarereignis verstanden, dass sich in Anbetracht seiner Größe und der nicht Abgrenzbarkeit aus den Mustern regelmäßiger Abläufe loslöst und sich auf einen größeren Personenkreis bezieht sowie für dessen Folgen im Allgemeinen von niemanden hinsichtlich genereller gesetzlicher Regeln Ersatz erwartet werden kann.<sup>161</sup>

Die Judikatur erfasst keine taxative, sondern ausschließlich demonstrative Erwähnungen für außerordentliche Zufälle abseits der Aufzählungen des § 1104 ABGB, wie Erdbeben, Berg- und Lawinensturz, Unerreichbarkeit von Wintersportquartieren wegen Dauerschneefall, atomare Unglücksfälle, politische Veränderungen, die zur Gefahr terroristischer Anschläge führen und mangelnde Benützbarkeit wegen Beschlagnahmung durch eine Besatzungsmacht, innere Unruhen, Enteignungen und Umweltkatastrophen. Die ledigliche Unerreichbarkeit der Bestandsache bei Unversehrtheit des Bestandobjektes kann beispielsweise bei einer Seuche in den Anwendungsbereich des § 1104 ABGB fallen, ohne dass das Objekt selbst Schaden genommen hat.<sup>162</sup> Da die Corona Pandemie weltweit und nicht eingeschränkt auf lokale Gegebenheiten wirkt und somit einen größeren Personenkreis betrifft und auch das „*MERS-CoV (Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus/„neues Corona-Virus“)*“<sup>163</sup> im Epidemiegesetz 1950 als anzeigepflichtige Krankheit aufgenommen wurde, wird davon ausgegangen, dass es sich bei dem Virus um eine Seuche iS des § 1104 ABGB handelt.

---

<sup>160</sup> Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1107 ABGB Rz 2 ff.

<sup>161</sup> Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1104 ABGB Rz 13; OGH 7 Ob 520/87 JBl 1987, 377; OGH 1 Ob 306/02k wobl 2003/199; Binder/Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB § 1104 Rz 1.

<sup>162</sup> Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I (2018) § 1104 ABGB Rz 14.

<sup>163</sup> § 1 Epidemiegesetz 1950 BGBl Nr 1950/186 idGF.

## C. Erörterung der Fragestellungen

### 1. Erlass des Bestandszinses bei eingeschränkter Nutzungsmöglichkeit

Den in den nächsten Kapitel gewidmeten OGH Urteilen gingen zwei rechtskräftige unterinstanzliche<sup>164</sup> Urteile des BG Meidling und einer Entscheidung des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien (LG für ZRS Wien)<sup>165</sup> voraus, wonach die COVID-19-Pandemie als Seuche iSd § 1104 ABGB einzustufen ist sowie die Gebrauchsbeeinträchtigung der Bestandsache nicht lediglich auf die Substanz des Objektes beschränkt ist, sondern die Beschränkung der Nutzung ebenfalls auf die legislativ ergriffenen Maßnahmen zur Ausbreitung und Bekämpfung der Pandemie zurückzuführen sind.<sup>166</sup>

Weiters führt das LG für ZRS Wien (Berufungssenat) in seiner Entscheidung aus, dass vor allem der Vertragszweck maßgeblich für die Beurteilung der Gebrauchsbeeinträchtigung des Bestandsobjektes ist.<sup>167</sup> Der Bestandgeber trägt die Preisgefahr des außerordentlichen und „gewöhnlichen“ (§ 1096 Abs 1 Satz ABGB) Zufalls und die Pandemie ist nicht dem „allgemeinen Lebensrisiko“ des Bestandnehmer zuzuordnen. Die Rechtsfolgen der §§ 1096, 1104 und 1105 ABGB sind ident. Der wesentliche Unterschied der Rechtsnormen besteht darin, dass der Bestandgeber bei außerordentlichen Zufällen die Preisgefahr trägt, nicht aber die Leistungsgefahr bzw. zur Wiederherstellung des Bestandsobjektes verpflichtet ist. Im Übrigen ist zufolge des LGZ Wien die relative Berechnungsmethode zur Bestandszinsminderung heranzuziehen.

Bei einer eingeschränkten vertragsgemäßen Nutzung der Bestandsache aufgrund hoheitlicher angeordneter Maßnahmen, wie bspw. der mietvertraglich vereinbarte Geschäftszweck zur Führung einer Betriebsstätte der Betriebsart des Gastgewerbes mit Lieferservice, gelangt § 1105 S 1 zur Anwendung und führt zu einer verhältnismäßigen Reduktion des Mietzinses.<sup>168</sup>

Dahingegen kommt bei Pachtverträgen mit einer länger vertraglichen Laufzeit als einem Jahr keine Zinsminderung gem. § 1105 S 2 ABGB zum Tragen. Bei kürzeren Laufzeiten von Pachtverträgen als einem Jahr sieht die Rechtsnorm keine Zinsminderung vor.<sup>169</sup> Der Gesetzgeber geht bei längeren Pachtverträgen davon aus, dass die geminderten Erträge in den

---

<sup>164</sup> BG Meidling 28.10.2020, 9 C 368/20b, BG Meidling 4.12.2020, 9 C 361/20y.

<sup>165</sup> LG für ZRS Wien 17.02.2021, 39R27/21s.

<sup>166</sup> LG für ZRS Wien 17.02.2021, 39R27/21s.

<sup>167</sup> LG für ZRS Wien 17.02.2021, 39R27/21s.

<sup>168</sup> Laimer/Schickmair in Resch, Corona-HB<sup>1.00</sup> Kap 11 Rz 8 (Stand 10.4.2020, rdb.at).

<sup>169</sup> Laimer/Schickmair in Resch, Corona-HB<sup>1.00</sup> Kap 11 Rz 9 (Stand 10.4.2020, rdb.at).

Folgejahren durch einen gesteigerten Ertrag kompensiert und ausgeglichen werden können. Fraglich ist, ob diese Bestimmung, die in der Entstehung der Rechtsnorm (ABGB 1916) auf landwirtschaftliche Pachten abgestellt war und diese in Hinsicht der behördlich angeordneten Lockdowns der COVID-19-Pandemie und der damit einhergehenden Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes aufrechterhalten werden kann. Eine gerichtliche dazu Entscheidung ist bisweilen ausständig.

Zur teilweisen Restnutzung der Bestandsache geht *Brigitta Zöchling-Jud* in ihrem Rechtsgutachten davon aus, dass ein Liefer- oder Abholservice einer Gaststätte seitens des Bestandnehmers nicht verpflichtend eingerichtet werden muss, sodass der Bestandnehmer den Zins entrichten kann. Selbst wenn vor der Pandemie ein solches betrieben wurde und aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen vorübergehend stillgelegt werden muss, entfällt die Verpflichtung zur Entrichtung des Bestandzinses. Weiters kann der Bestandnehmer nicht dazu angehalten werden, einen anderen Geschäftszweck als vertraglich vereinbart auszuüben.<sup>170</sup>

Demgegenüber steht die Meinungsbildung von *Singer/Kessler*, die wie folgt argumentieren: „Dort, wo der Bestandnehmer regelmäßig einen Lieferservice anbietet, greift § 1104 ABGB nicht, sondern hat der Mieter nur ein Mietzinsminderungsrecht nach § 1105 ABGB, weil er trotz eines solchen Zufalls einen beschränkten Gebrauch behält. Gleiches gilt (konsequenterweise) auch dort, wo der Bestandnehmer einen Lieferdienst bzw. ein Abholservice anbietet, obwohl das vorher nicht der Fall war.“<sup>171</sup>

Gleichermaßen argumentiert *Lovrek*, dass wenn der Bestandsnehmer vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie und der damit verbundenen Betretungsverbote ein Lieferservice resp. Take-Away angeboten hat oder er es als Antwort auf die angeordneten betrieblichen Schließungen anbietet, dies nicht den Tatbestand der gänzlichen Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes darstellt. Der verhältnismäßige Restnutzen der Gebrauchsfähigkeit des Objektes sei minimal in der Bewertung der Mietzinsminderung.<sup>172</sup>

Ein etwaiger Restnutzen eines Gastronomielokales durch die Möglichkeit der Lagerung von Getränken oder Einrichtungsgegenstände stellen keine teilweise Brauchbarkeit der Bestandsache iSd § 1105 ABGB dar, da die Belassung von Gegenständen und Waren in der Betriebsstätte keinen Selbstzweck darstellen bzw. die Lagerung der Sachen nicht der

---

<sup>170</sup> Rechtsgutachten von Univ.Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud zu Miet- und Pachtzinsentfall (Stand 03.2021).

<sup>171</sup> *Singer/Kessler*, Erstes Urteil zu § 1104 ABGB, aber noch viele Fragen, immolex 2020, 386.

<sup>172</sup> *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60.

Hauptzweck der Geschäftstätigkeit des Unternehmers ist. Somit ist von einer Unbrauchbarkeit iSd § 1104 ABGB auszugehen.<sup>173</sup>

Die in der Verordnung BGBl. II Nr. 2020/151 des BMSGPK angeordneten Abstandsregelungen und die damit verbundenen eingeschränkten Sitzplatzmöglichkeiten sowie die begrenzten Öffnungszeiten in den Betriebsstätten des Gastgewerbes können laut *Ofner* bei Umsatzausfällen den Tatbestand der teilweisen Unbrauchbarkeit der Bestandsache widerspiegeln.<sup>174</sup> Wobei auf den konkreten Umstand und vereinbarten Verwendungszweck des Einzelfalles in der Beurteilung Rücksicht genommen werden muss.

## **2. Mietzinsminderung bei Umsatzausfällen**

Die vorherrschende Judikatur und hL bejaht einen vollständigen oder teilweisen Erlass des Bestandzinses infolge eines Lockdowns, wenn die Bestandsache aufgrund der behördlich angeordneten Maßnahmen und damit verbundenen Einschränkungen partiell oder zur Gänze unbrauchbar ist.

Weitaus unterschiedlicher und ohne vorliegende rechtskräftige Urteile wird die Frage behandelt, ob eine allfällige Mietzinsminderung einer Betriebsstätte der Gastronomie aus pandemiebedingten Umsatzrückgängen, ohne behördliche Einschränkungen, infolge eines Rückganges der Kundenfrequenz zulässig ist.

Ein Teil der hM geht ohne hoheitlich angeordnete Maßnahmen von keiner Einschränkung im Nutzen der Bestandsache aus, da Umsatzeinbußen das „allgemeine“ Lebensrisiko des Bestandnehmers charakterisieren und somit in die Risikotragung des Mieters gem. § 1107 ABGB fallen.<sup>175</sup>

So meint etwa *Tamerl*, dass kurzfristige Umsatzausfälle aufgrund pandemiebedingten verordneten Verkehrsbeschränkungen den Bestandnehmer nicht von der Zahlungspflicht des Mietzinses entbinden, wenn das Bestandsobjekt zum bedungenen Gebrauch nutzbar ist. Dieser Umstand fällt unter allgemeines Lebensrisiko.<sup>176</sup>

In ähnlicher Weise begründen *Ehgartner/Weichbold* diesen Tatbestand. So vertreten beide hinsichtlich der Zuordnung der Sphärentheorie des § 1107 ABGB die Meinung, dass „es sich

---

<sup>173</sup> *Ofner*, Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich, ZfRV 2020/13.

<sup>174</sup> *Ofner*, Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich, ZfRV 2020/13.

<sup>175</sup> *Flume/Laimer*, ImmoZak 2020, 29; *Ehgartner/Weichbold*, wbl 2020, 253; *Lovrek*, ZIK 2020/60; *Tamerl*, Zak 2020, 108; *Hochleitner*, ÖJZ 2020, 537.

<sup>176</sup> *Tamerl*, Die Gefahrtragung im Bestandrecht im Lichte der COVID-19-Pandemie, Zak 2020/190.

*bei der COVID-19-Pandemie für jene Mieter, deren Geschäftsräumlichkeiten vom Anwendungsbereich des in der VO BGBl II 96/2020 normierten Betretungsverbotes erfasst sind und somit die Voraussetzungen des § 1104 erfüllen, um eine der neutralen Sphäre zuzuordnenden Gebrauchseinschränkung handelt. Nimmt man [...] eine Gebrauchsbeeinträchtigung aufgrund der Einschränkungen des öffentlichen Lebens nach VO BGBl II 98/2020 an, wäre diese als Ausdruck des allgemeinen Lebensrisikos der Sphäre des Mieters zuzuordnen.“<sup>177</sup>*

Dahingegen sprechen sich einige Proponenten der Jurisprudenz für eine partielle Reduktion des Mietzinses bei pandemiebedingten Umsatzausfällen aus, ungeachtet von behördlich angeordneten Maßnahmen.

So argumentiert bspw. *Prader*; es sei irrelevant, ob ein Bestandnehmer seine Betriebsstätte aus eigenem Ermessen geschlossen hält bzw. das Unternehmen eingeschränkt benutzt. Der Kundenausfall ist maßgebend für die teilweise Unbenutzbarkeit der Bestandsache, da die „*allgemeinen Bevölkerung geschützt werden soll, ist dieser Fall uE einer behördlichen Anordnung gleichzusetzen; schließlich liegt die Grundlage auch hier in einer nicht steuerbaren Ursache. [...] Der Umstand, dass (noch) kein behördliches Verbot ausgesprochen wurde, vermag an der Tatsache, dass es sich um keine selbstbestimmte Entscheidung des Bestandnehmers handelt, insoweit nichts zu ändern, als diese Maßnahme letztlich auch der Gesamtbevölkerung zugutekommt. Damit scheint eine Zurechnung im Rahmen des Sphärentheorie zulasten des Vermieters naheliegender als umgekehrt.*“<sup>178</sup>

*Fadinger/Seeber* führen hierzu aus, dass es keine Ermessenssache des Bestandnehmers sein kann darüber zu entscheiden, ob ein Bestandsobjekt unbrauchbar aufgrund ausbleibender Kundenfrequenz wird. Die Überlegung aus eigenem Ermessen einen Betrieb geschlossen zu halten, widerspricht dem Grundsatz des außerordentlichen Zufalls und der Unbrauchbarkeit der Bestandsache gem. § 1104 ABGB. Für *Fadinger/Seeber* besteht lediglich eine Ausnahme, die angesichts eines Umsatzrückganges eine Mietzinsreduzierung rechtfertigt, die der „*vertraglichen Zusage des Vermieters [...], in der dieser mit dem Mieter den Betrieb eines Geschäfts mit einem bestimmten Mindestumsatzes als Vertragszweck vereinbart. Diesfalls wäre der bedungene Gebrauch schließlich ein bestimmter Mindestumsatz oder auch eine gewisse Kundenanzahl, die aufgrund der derzeitigen Verhältnisse aus außerordentlichem Zufall nicht*

---

<sup>177</sup> *Ehgartner/Weichbold*, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume? wbl 2020, 250.

<sup>178</sup> *Prader/Gottardis*, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, immolex 2020, 106.

eingehalten werden können und vom Vermieter auch nicht erfüllt werden können; es würde eine Unbrauchbarkeit gem §§ 1104 f ABGB vorliegen.“<sup>179</sup>

Tschütscher geht davon aus, dass die angeordneten Maßnahmen, wie Abstandsregelungen und eingeschränkte Öffnungszeiten, eine pandemiebedingte Beschränkung der Gastronomie darstellen, diese Regelungen in das Gesamtkonzeption einer Betriebsstätte massiv einwirken und dadurch zu Umsatzausfällen führen. Diese Einschränkungen sind daher nicht als „allgemeines Lebensrisiko“ des Unternehmers zu subsummieren, der Bestandnehmer hat einzelfallbezogen ein Anrecht auf Bestandszinsminderung.<sup>180</sup>

### 3. Ersetzen COVID-19 Förderungsmaßnahmen den Mietzinsentfall?

Vereinzelt wird in der juristischen Fachwelt davon ausgegangen, dass erhaltene staatliche Förderungsmaßnahmen, wie insbesondere der Umsatzersatz und der Fixkostenzuschuss, mitunter dazu dienen, dass der Mieter seiner geschuldeten Hauptleistungspflicht der Einrichtung des Hauptmietzinses nachkommen kann. Argumentiert wird mit den Rechtsfolgen von § 1447 S 3 ABGB *„In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des Andern keinen Gewinn zieht.“*<sup>181</sup> sowie § 1041 ABGB *„Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist; kann der Eigenthümer sie in Natur, oder, wenn dieß nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.“*<sup>182</sup>

Dies würde nach österreichischem Schuldrecht bedeuten, dass der Bestandnehmer verpflichtet ist, die bezogenen Förderungsmaßnahmen, die einen etwaigen Vermögensvorteil bei einem Erlass des Mietzinses gem. § 1104 ABGB darstellen, aliquot dazu zu verwenden, um den Gläubiger der entgeltlichen Überlassung der Bestandsache – Bestandgeber in seiner Leistungserbringung - zu befriedigen.

Dieses sogenannte stellvertretende Commodum besagt nach Rsp, dass bei Untergang einer Leistung ein anderer Wert, wie etwa eine Versicherungsleistung, dem Schuldner ausbezahlt wird, so hat der Gläubiger ein Anrecht auf Ausfolgung dieses vermögensmäßigen Vorteils,

---

<sup>179</sup> Fadinger/Seeber, COVID-19 alleine reicht nicht für eine Mietzinsminderung gem §§ 1104 f ABGB, wobl 2020, 189.

<sup>180</sup> Tschütscher, Auswirkungen der COVID-19-Beschränkungen auf Bestandrechte, Zak 2020/297.

<sup>181</sup> § 1447 ABGB, idF JGS Nr 1811/946.

<sup>182</sup> § 1041 ABGB, idF JGS Nr 1811/946.

anderwärtig lege der Tatbestand der Bereicherung vor.<sup>183</sup> Diese These wird unterstützt durch *Hochleitner* in ihrem Artikel der ÖJZ und *Tamerl* in einem Artikel der österreichischen Tageszeitung des Standards.<sup>184</sup>

Diesem Meinungsstand gegenüber treten *Nemetschke/Koloseus*, als dass sie die Ansicht vertreten, dass durch den behördlich angeordneten Lockdown kein Untergang der Bestandsache, sondern eine eingeschränkte pandemiebedingte Nutzungsmöglichkeit gegeben ist.

Wenn „*ein stellvertretendes Commodum an die Stelle des Mietzinses treten, müsste der Mietzins einen Vermögenswert des Mieters/Schuldners darstellen, der er aber tatsächlich nie ist; vielmehr stellt er den Gegenstand eines Forderungsrechts des Gläubigers/Vermieters dar.*“<sup>185</sup>

Weiters ist der COVID-19-Pandemie bedingte Umsatzausfall kein geschuldeter Leistungsgegenstand, sondern eine fixe Zinsmiete oder eine Umsatzmiete, die als Grundlage der Berechnung zur Mietzinsbildung dient, aber nicht als solche geschuldet ist. Der Bestandgeber hat somit keinen Anspruch auf die staatliche Unterstützungsleistung in Form des Umsatzersatzes.

Der Fixkostenzuschuss wird entgegen dem pauschalen Umsatzersatz dem Förderungsnehmer erst dann zugestanden, wenn er seine Schadensminimierungspflicht gem. den Richtlinien nachkommt und den Bestandszins gem. §§ 1104, 1105 ABGB minimiert.

Ungeachtet des dargestellten juristischen Meinungsstandes hat sich der OGH in seiner Urteilsbegründung (OGH Entscheidung) dahin geäußert und festgehalten, dass die Gewährung des Fixkostenzuschusses zur Liquiditätssicherung der betroffenen Unternehmen dient, der Bestandnehmer Förderungssubjekt ist und mangels einer Rechtsgrundlage keine verpflichtende Herausgabe des erhaltenen Zuschusses an den Bestandgeber vorhanden ist.

#### **D. OGH Entscheidung 3 Ob 78/21y | 21.10.2021**

Das gegenständliche OGH Urteil hatte die Frage zu beurteilen, ob die Mieterin „*eines Solarstudios und artverwandte Tätigkeiten samt arttypischen Nebenbereichen wie Getränkeausschank, Verkauf Zubehör/Pflegeartikel etc.*“<sup>186</sup> verpflichten war, das ausständige

---

<sup>183</sup> *Nemetschke/Konrad Koloseus*, Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021/95.

<sup>184</sup> *Hochleitner*, die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020/72, *Tamerl*, [www.derstandard.at/story/2000121724575/vom-lockdown-umsatzersatz-koennen-auch-vermieter-profitieren](http://www.derstandard.at/story/2000121724575/vom-lockdown-umsatzersatz-koennen-auch-vermieter-profitieren) (entnommen 16.11.2020).

<sup>185</sup> *Nemetschke/Konrad Koloseus*, Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021/95.

<sup>186</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

Mietzinsentgelt für den Monat April 2020 zu begleichen, wenngleich es der Bestandsnehmerin aufgrund der behördlich verhängten Maßnahme nicht möglich war, die angemieteten Geschäftsräumlichkeiten zu betreten bzw. zu benutzen.

## **1. Sachverhalt**

Im Folgenden wird das Ausgangsverfahren bzw. der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt dargestellt.

Eingeleitet wurde das Verfahren durch den Antrag der Klägerin, S\*\*\*\*\*, wider der beklagten Partei und Hauseigentümer W\*\*\*\*\*. Die Klägerin betreibt ein ebenerdig gelegenes angemietetes Geschäftslokal mit dem vereinbarten vertraglichen Verwendungszweck eines „Sonnenstudio und artverwandte Tätigkeiten samt arttypischen Nebengebieten wie Getränkeausschank, Verkauf Zubehör/Pflegeartikel etc“.<sup>187</sup> Das Bestandsobjekt fällt in den Anwendungsbereich des MRG. Ferner verpflichtete sich die Klägerin mittels eines am 28.01.2020 geschlossenen gerichtlichen Vergleiches den vereinbarten Mietzins inklusive Betriebs- und Heizkostenkonto zum Zehnten jedes Monats zu entrichten. Weiters wurde vereinbart, dass die Klägerin bei einem auch nur teilweisen Zahlungsverzug des Mietzinses im Zeitraum zwischen Februar 2020 bis Februar 2021 die angemietete Geschäftsräumlichkeit bei nicht Entrichtung des vereinbarten Mietzinsentgelts binnen eines Monats unter Verzicht auf jeden Räumungsaufschub freizumachen hat.

Nach den coronabedingten behördlich gesetzten Maßnahmen wurden seitens der Klägerin Heizung und Strom und darüber hinaus sämtliche Geräte zur Gänze abgeschaltet, verbleibend waren in den Geschäftsräumlichkeiten lediglich die Einrichtung, die dazugehörigen Sonnenbetten und einigen dekorativen Gegenstände. In weiterer Folge war die Klägerin in dem Bestandsobjekt nicht anwesend und konnte aufgrund der hoheitlichen Maßnahme des Betretungsverbotes im April 2020 ihren Betrieb des Sonnenstudios samt Nebentätigkeiten, wie etwa den Verkauf von Getränken nicht nutzen. Gegenstände wie beispielsweise Getränke verblieben nicht im Bestandsobjekt. Ferner haben im April 2020 keine administrativen Tätigkeiten im Geschäftsraum stattgefunden. Nach Rückfrage bei der Wirtschaftskammer wurde dem Beklagten von der Klägerin am 1. April 2020 schriftlich mitgeteilt, dass sie die Geschäftsräumlichkeiten ihres Betriebs aufgrund der verhängten Betretungsverbote nicht nutzen kann und daher keinen Mietzins entrichtet. Anschließend wurde für das Monat April

---

<sup>187</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

2020 seitens der Klägerin kein Hauptmietzins an die Beklagte Partei bezahlt. Darauf wurde seitens des Beklagten die Exekution zur Räumung des Bestandsobjektes auf Basis des ausständigen Mietzins- und Betriebskostenzahlung für April 2020 eingebracht und vom Erstgericht am 18. Mai 2020 bewilligt.

## **2. Rechtsstandpunkt der Klägerin**

Die Klägerin beehrte das Urteil, dass sie infolge der COVID-19 Verordnung BGBl II 2020/96 für den genannten Zeitraum des Monats April 2020 von der Mietzinszahlung zur Gänze befreit gewesen sei und daher die Geschäftsräumlichkeit aufgrund des mit der Verordnung einhergehenden Betretungsverbotes bzw. des vereinbarten Vertragszweckes des Mietvertrages „Sonnenstudio“ nicht nutzen konnte. Ein Ausnahmetatbestand gem. der Verordnung liege daher nicht vor und daher sei das von dem Beklagten geführte Exekutionsverfahren unzulässig. Weiters wurden keine Fördergelder der COVID-19-Hilfsmaßnahmen seitens der Klägerin beantragt, da die Verordnung eines Fixkostenzuschusses erst im Mai 2020 erlassen wurde.

## **3. Rechtsstandpunkt des Beklagten**

Der Beklagte entgegnete, dass die Klägerin die Bewilligung der Räumungsexekution ignorierte und auf Basis des geschlossen gerichtlichen Vergleichs vom 28.01.2020 eine „abstrakte Räumungsverpflichtung“ vorlag. Weiters wurde laut Beklagten auf einschlägigen juristischen Plattformen der Meinungsstand vertreten, dass es bei Geschäftsraummiets zu keinem gänzlichen Erlass des Mietzinses kommt. Dadurch wäre die Klägerin zur Zahlung des Mietzinses unter Vorbehalt und der Betriebskosten- und Heizkostenakontozahlungen verpflichtet gewesen. Darüber hinaus wäre medial veröffentlicht worden, dass Kleinunternehmer Sofortzahlungen in Form des Härtefallfonds und des Fixkostenzuschusses erhalten und bis zu 75 % des Mietentgeltes ersetzt bekommen können und die Klägerin keine „Grundlagen“ übermittelt hat. Letztendlich habe die Klägerin das Bestandsobjekt durch die darin befindlichen Einrichtungsgegenstände genutzt.

## **4. Entscheidung erster und zweiter Instanz**

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Das Gericht begründet sein Urteil in seiner Entscheidungsfindung damit, dass die Förderungsmaßnahmen des Fixkostenzuschusses erst mit Ende Mai 2020 verlautbart wurden und die Unbenutzbarkeit der Geschäftsräumlichkeit infolge des verfügbaren Betretungsverbotes iSd § 1104 ABGB vorliege. Weiters umfasst ein Erlass des Mietzinses alle Bestandteile des Bestandszinses, so auch die Betriebskosten. Daher ist die Klägerin nicht zur Zahlung des Entgeltes im Monat April 2020 verpflichtet gewesen, die

Führung der Exekution zur Räumung des Bestandsobjektes nicht zulässig und das Begehren der Klage nicht berechtigt.

Das Gericht zweiter Instanz gab der Berufung des Beklagten nicht statt. Es wurde die Entscheidung des Erstgerichts bestätigt. Das Berufungsgericht führte in seiner Begründung unter anderem aus: *„dass es den Räumungsanspruch aus dem Vergleich infolge eines Mietzinsrückstands für April 2020, aufgrund dessen die Räumungsexekution bewilligt wurde, für erloschen erklärte. Es war der Rechtsansicht, dass die Klägerin mit ihrem Feststellungsbegehren eine Oppositionsklage erhoben habe und der Urteilsspruch dahin anzupassen gewesen sei.“*<sup>188</sup>

Die Klägerin konnte im besagten Zeitraum das Bestandsobjekt zum vertraglich zugesichert Gebrauch als Sonnenstudio nicht nutzen und habe weiters in den Geschäftsräumlichkeiten keine Waren gelagert, sondern lediglich die Betriebseinrichtung nicht geräumt. Daher stehe eine Mietzinsbefreiung inklusive Betriebs- und Heizkosten außer Frage, auch aus dem Umstand heraus, dass die Klägerin Heizung und Strom im Bestandsobjekt abgeschaltet hat.

Auf Verweis des Beklagten, dass dem Unternehmer (Klägerin) finanzielle Förderungen zustehen, entgegnete das Zweitgericht, dass diese nur dann zum Tragen komme, wenn der Unternehmer auf Basis der Rechtslage „zur Zahlung solcher Kosten verpflichtet“<sup>189</sup> sei, nicht aber, wenn der Bestandnehmer eine Mietzinsbefreiung geltend machen kann.

Das Gericht zweiter Instanz führte weiters aus, dass aufgrund keiner vorliegenden höchstgerichtlichen Entscheidung, zur Anwendbarkeit des § 1104 ABGB bezogen auf die COVID-19-Pandemie, die ordentliche Revision zulässig sei.

Dagegen richten sich die Revision des Beklagten aufgrund nicht richtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung und Klageabweisung. Die Klägerin brachte eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision zurückzuweisen.<sup>190</sup>

## **5. OGH Entscheidung**

Der OGH sah die den Grund der Revision als zulässig, jedoch als nicht berechtigt an.

Die höchstgerichtliche Entscheidung wurde wie folgt begründet: Das Berufungsgericht hielt in seiner Begründung fest, dass das Klagebegehren der Klägerin sich nicht gegen den Titel aus

---

<sup>188</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>189</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>190</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

dem Räumungsvergleich per se orientierte, sondern ausschließlich gegen den Mietzinsrückstand für April 2020 gestützten Räumungsexekution. Somit wurde schlussfolgernd seitens des Gerichtes zweiter Instanz das Begehren der Klägerin als Impugnationsklage und nicht als Oppositionsklage behandelt.

Ferner führt der OGH in seiner Begründung aus, dass die Ausnahmen auf Basis der Verordnung<sup>191</sup> und der damit verbundene Betretungsverbote der Kundenbereichen von Betriebsstätten nicht auf das von der Klägerin betriebene Sonnenstudios anzuwenden sind und daher das Geschäftslokal der Klägerin für den Zeitraum des Monats April 2020 vom uneingeschränkten Betretungsverbot ihres Kundenbereiches betroffen war. Weiters, dass unter der Maßgabe des § 1104 ABGB bei außerordentlichen Zufällen die (verschuldensunabhängige) Erhaltungspflicht des Bestandgebers nach § 1096 ABGB entfällt und es daher zu einem Erlass des Zinses kommt. Die Anwendung des § 1104 ABGB erschließt sich gem. OGH Erkenntnis aus zahlreichen einschlägigen juristischen Beiträgen wie: „vgl dazu etwa die Übersicht bei Oberhammer, Pandemie und Geschäftsraummieta, JBl 2021, 417 ff [420, FN 13]). Darin wird vielfach die Ansicht vertreten, dass die für Mieter von Geschäftsräumlichkeiten entstandene Beeinträchtigung bei der Verwendbarkeit ihrer Geschäftslokale, die aus Verboten im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie resultierten, nach den §§ 1104, 1105 ABGB zu prüfen sei (vgl etwa Edelhauser, Bestandrechtliche Folgen der COVID-19-Pandemie, ÖJZ 2020, 341; Ehgartner/Weichbold, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume? Wbl 2020, 250; Lovrek, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020, 1; Karaushek/Pillwein, COVID-19 und Rechtsschutzversicherung für bestandrechtliche Streitigkeiten gemessen an der Entscheidung des OGH vom 24.3.2021, 7 Ob 42/21h, immo aktuell 2021, 144 mwN; Pesek, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieta, wobl 2021, 125 [131]; Laimer/Schickmair in Resch, Corona-Handbuch1.02, Kapitel 11, Rz 7 mwN), allerdings wird auch gegen die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB für diese Fälle argumentiert (vgl etwa Krenn/Schüßler-Datler, Miete zahlen oder nicht? Zur Bestandzinsfortzahlung während hoheitlicher COVID-19 Einschränkungen, RZ 2020, 123 [125 ff], und Broesigke/Ruf, Zinsminderungsansprüche von Geschäftsraummieta während der Coronavirus-Krise unter Einbindung der Sphärentheorie, immo aktuell 2020, 77 [79]).“<sup>192</sup> und sieht daher in diesem

---

<sup>191</sup> Vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBl II 2020/96.

<sup>192</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

Umstand „überzeugende“ Argumente vorliegend, um das hoheitlich angeordnete Betretungsverbot von Kundenbereiche infolge der COVID-19-Pandemie grundsätzlich als Anwendungsfall des § 1104 ABGB zu werten. Darüber hinaus ist COVID-19 als Seuche iS des § 1104 ABGB zu sehen.

Die gegenständliche Geschäftsräumlichkeit der Klägerin konnte demnach aufgrund des behördlich verfügten Betretungsverbot in der maßgebenden Zeitspanne vom 1.April bis zum 30.April 2020 „gar nicht gebraucht oder benutzt werden“<sup>193</sup> und erfüllt somit das Kriterium „des § 1104 ABGB auch dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – erst unmittelbar aus dieser hoheitlichen Anordnung (Betretungsverbot) folgte, dass das für bestimmte Geschäftszwecke gemietete Objekt nicht entsprechend der vertraglichen Vereinbarung genutzt werden durfte. Dies entspricht nämlich dem von der Rechtsprechung schon bisher vertretenen Verständnis zu § 1104 ABGB, nach dem auch aus Elementarereignissen resultierende hoheitliche Eingriffe einschlägig sein können (vgl. RS0038602, RS0024896 [Beschlagnahme]; 8 Ob 610/90 [Durchführung von Personenkontrollen zur Verhinderung terroristischer Anschläge]).“<sup>194</sup>

Eine partielle Nutzung der Geschäftsräumlichkeit erschließt sich aus der Erkenntnis auch nicht, da es gem. der erstinstanzlichen Entscheidung für die Klägerin weder sinnvoll noch aufgrund der nicht betriebenen Lagerung von Produkten und Getränke im Bestandsobjekt erforderlich war, das bereitgestellte Lager zu nutzen. Selbst aus der im Bestandsgegenstand verbliebenen Einrichtungsgegenstände des Sonnenstudios ergibt keine teilweise erfolgte Nutzung des Geschäftslokales und somit auch kein allfälliger Anspruch auf Leistung des vereinbarten Mietzinses.

Der OGH schreibt weiter in seiner Begründung, dass es zwar, wie es der Beklagte ausführte, zutreffend sei, dass es sich im maßgeblichen Zeitraum des April 2020 um ein aufrechtes Bestandsverhältnis handelte und dass die Anwendung des § 1104 ABGB nicht das Erlöschen des Bestandsvertrages gem. § 1112 ABGB (gänzliche Zerstörung des Bestandsobjektes) auslöst und deshalb auch kein Anspruch auf Entfernung der Einrichtung iS einer Räumung des Bestandsobjektes vorgelegen ist. Der Verbleib der Einrichtungsgegenstände sieht keine Nutzung des Bestandsobjektes zum vertraglich vereinbarten Geschäftszwecke vor, ungeachtet des

---

<sup>193</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>194</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

Umstandes, dass infolge der Stilllegung aller Geräte seitens der Klägerin mit Mitte März 2020 weder ein Energieverbrauch noch eine Abnutzung der Räumlichkeit gegeben war.<sup>195</sup>

Hinsichtlich der vereinzelt in fachlichen Beiträgen zu § 1104 ABGB (Oberhammer, Pandemie und Geschäftsraummiete, JBl 2021, 493 [insb 505]) wonach die Gesetzlichkeit insofern Schwächen aufweist, als dass den normierten außerordentlichen Zufällen, *„nicht in die physische Substanz des Bestandsobjekts eingreifen, und dass der Bestandgeber seit Entstehung des Mieterschutzes keine Möglichkeit hat, unbefristete Verhältnisse ohne Vorliegen eines Grundes gemäß § 30 MRG zu beenden“*<sup>196</sup> und somit *„diese angebliche Lücke damit zu füllen“* ist, *„dass ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Bestandverhältnisses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage anerkannt wird oder „qua Vertragsanpassung bei vollständiger Unbrauchbarkeit des Objekts der Entfall des Bestandzinsanspruchs (nur) bis zum nächsten Kündigungstermin oder die Halbierung des Bestandzinses für die Zeit der Unbrauchbarkeit vorgenommen werde.“* widerspricht der OGH in seiner Begründung insofern als dass der Wortlaut des § 1104 ABGB in seinen Beispielen der Anwendung (Seuche) nicht die Substanz der Bestandsache angreift und der Gesetzgeber somit den Umstand bedacht hat, dass ein unmittelbarer Schaden des Bestandsobjektes nicht die Voraussetzung für die Erfüllung des § 1104 ABGB ist. Die Rechtsfolge des § 1104 ABGB sieht daher bei der Unbenutzbarkeit der Sache ausdrücklich einen Erlass des Mietzinses vor. Ferner ist es nicht relevant unter welchen Gegebenheiten Einschränkungen angesichts der COVID-19-Pandemie eine außerordentliche Kündigung vorsehe.

Ein Zahlungsverzug des Mietzinsentgeltes liegt laut OGH Begründung für die Monate des Lockdowns nicht vor, da § 1104 ABGB einen Erlass des Mietzinses für die Unbrauchbarkeit vorsieht und es weiters daher auch es für diesen Zeitraum an einer Exekution zur Räumung des Bestandsobjektes auf Basis des ausständigen Mietzins- und Betriebskostenzahlung mangelt.

Die Verordnung für die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten ist mit 26. Mai 2020 in Kraft getreten und somit zu einem späteren Zeitpunkt als die Fälligkeit des Hauptmietzinses für April 2020. Infolge dessen ist die Frage des Beklagten, ob ein Anspruch auf Herausgabe des Fixkostenzuschusses besteht, irrelevant. Die auf die Zahlungsfälligkeit beruhende Bewilligung der Räumungsexekution vom 18. Mai 2020 ist rechtlich nicht relevant.

---

<sup>195</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>196</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

Da die Klägerin alle Gerätschaften sowie Strom und Gas im Zeitraum des Lockdowns abgeschaltet hat und dementsprechend keinen lauten Mietvertrag verbrauchsabhängigen Kosten abgefallen sind, stehen dem Beklagten keine in dem Zeitraum anfallenden Betriebskosten zu. Der einschlägigen Literatur folgend „(so etwa Edelhauser, *Bestandrechtliche Folgen der COVID-19-Pandemie*, ÖJZ 2020, 341 [347], und Hochleitner, *Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter*, ÖJZ 2020, 533 [538 ff])“<sup>197</sup>, ob ein Bestandnehmer im Anwendungsbereich des § 1104 ABGB zur Zahlung der Betriebskosten verpflichtet ist, geht der OGH in seiner Begründung nicht ein.

Der Oberste Gerichtshof stellt in seinem Urteil fest, dass für den April 2020 keine Zinszahlungspflicht inklusive Betriebskosten bestand und die auf diesen Monat beruhende Räumungsexekution unzulässig ist, da kein Zahlungsverzug seitens der Klägerin bestand.

### **E. OGH Entscheidung 3 Ob184/21m | 25.11.2021**

Der Oberste Gerichtshof hatte eine weitere juristische Auseinandersetzung zu dem Sachverhalt in Bezug auf § 1104 ABGB zu entscheiden. Im gegenständlichen Verfahren wurde die Frage behandelt, ob das vertraglich abbedungene Recht gem. § 1104 ABGB zum Erlass des Mietzinses führt bzw. in wieweit sich ein ausbezahlter Fixkostenzuschuss auf die Entrichtung des Mietzinses auswirkt.

#### **1. Sachverhalt**

Die Beklagte betreibt in einem Einkaufszentrum im 14-ten Bezirk ein Nagel- und Kosmetikstudio. Eigentümerin und Vermieterin der Liegenschaft ist die Klägerin.

Im Zeitraum zwischen 16. 3. bis 30. 4. 2020, 17. 11. bis 6. 12. 2020 und 26. 12. 2020 bis 7. 2. 2021 bestand ein allgemein geltender Lockdown. Im Zuge der COVID-19 Pandemie und den daraus resultierenden angeordneten Lockdowns war das mit ca. 150 Geschäftslokalen umfassende Einkaufszentrum geöffnet, da sich systemrelevante Betriebe für die Aufrechterhaltung der Grundversorgung darin befinden. Das Nagel- und Kosmetikstudio ist nicht unter den Ausnahmetatbestand in Bezug auf das Betreten von Kundenbereiche gefallen.

Der Beklagten ist es laut Mietvertrag zur Ausübung ihres Betriebes untersagt, ihr Warenangebot „*ausschließlich oder zum überwiegenden Teil über das Internet zu verkaufen und den Bestandgegenstand bloß für die Ausgabe der über das Internet bestellten Waren an die Kunden*

---

<sup>197</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

zu nutzen.“<sup>198</sup> Darüber hinaus wurde „die Minderung oder Zurückhaltung des Bestandentgelts gem. §§ 1096 und 1104 ABGB“ vertraglich abbedungen, „sofern die Nutzung und Benutzbarkeit des Bestandsobjekts nicht durch Umstände, die der Bestandgeber [...] zumindest grob fahrlässig zu verantworten hat, wesentlich (sowohl betreffend Umfang und Dauer) eingeschränkt wird oder dem Bestandnehmer hieraus ein erheblicher, nachweislicher Nachteil entsteht.“<sup>199</sup>

Die Betreiberin des Nagel- und Kosmetikstudios hatte eine im Zeitraum vom Jänner 2019 bis März 2020 eine fortdauernde Gesamtmietzinsvorschreibung in der Höhe von 2.599,20 EUR. Im März 2020 und November 2020 wurden 50% des vorgeschriebenen Mietzinses entrichtet, im Dezember 2020 1.593,15 EUR und Februar 2021 1.949,40 EUR. Die Hauptmietzinse für die Monate April 2020, Jänner 2021 und März 2021 wurden nicht beglichen. Die Nachforderung der Betriebskosten für das Jahr 2020 in Höhe von 951,18 EUR wurden gleichermaßen nicht entrichtet. Weiters wurde die Beklagte weder im gerichtlichen Verfahren noch außergerichtlich gemahnt. Für die Monate März bis Mai 2020 beantragte und erhielt die Beklagte die staatlichen Unterstützungsleistungen des Fixkostenzuschusses gem. des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds. Ferner gelangte im zweiten Lockdown ein Umsatzersatz an Förderungsmaßnahme in Höhe von ca. 1.000 EUR zur Auszahlung.

## **2. Rechtsstandpunkt der Klägerin**

Im Lockdown war die Geschäftsräumlichkeit der Betreiberin des Nagel- und Kosmetikstudios nicht behördlich gesperrt, sondern es bestand ausschließlich ein Betretungsverbot für die Allgemeinheit. Ferner ist der § 1104 ABGB vertraglich abbedungen worden und somit bestand kein Recht auf eine Mietzinsminderung. Letztendlich sei der Umstand in die Beurteilung einzubeziehen, dass der Betrieb im Einkaufszentrum während der Lockdowns aufrecht war. Daher beehrte die Klägerin die Zahlung der ausständigen Mietzinse „für März und April 2020, für November und Dezember 2020 sowie für Jänner und März 2021“<sup>200</sup> sowie die Begleichung der offenen Betriebskosten des Jahres 2020. Des Weiteren wurde ein Räumungsbegehren der Bestandsache seitens der Klägerin begehrt.

## **3. Rechtsstandpunkt der Beklagten**

Der Beklagte replizierte und hielt fest, dass der Rückstand der Mietzinse lediglich die Zeitspanne des Lockdowns betroffen habe, da der vertraglich zugesicherte Gebrauch der

---

<sup>198</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>199</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>200</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

Bestandsache in diesem Zeitraum nicht gegeben war. Im Übrigen haben die ausbezahlten staatlichen Unterstützungsleistungen keine Relevanz auf das „bestandsrechtliche Äquivalenzverhältnis“<sup>201</sup>.

#### **4. Entscheidung erster und zweiter Instanz**

Das Erstgericht hielt in seiner Urteilsbegründung fest, dass die COVID-19-Pandemie als Seuche iSd § 1104 ABGB zu behandeln ist und daher ex lege ein Erlass des Hauptmietzinses inklusive aller Betriebs- und Nebenkosten bei Unbrauchbarkeit der Bestandsache vorliegt. Die Beklagte habe nicht vertraglich auf ihr Recht der Mietzinsminderung gem. § 1104 ABGB verzichtet, sondern der Bestandsvertrag erfülle laut Pkt. 8.2 einen Ausnahmetatbestand bei Unbrauchbarkeit der Bestandsache. Die behördlich verordneten Lockdowns führten bei der Beklagten zu einer gänzlichen Unbrauchbarkeit der Bestandsache und infolge dessen war sie in den genannten Zeiträumen von der Entrichtung des monatlichen Mietzinses zur Gänze befreit.

Ferner war die Beklagte in der Zeitpanne des teilweise und zur Gänze nicht entrichteten Mietzinses nicht dazu verpflichtet, den bezogenen Fixkostenzuschusses an die Klägerin abzugeben, da es hierfür an einer Rechtsgrundlage mangelt.

Die Beklagte wurde infolge dessen vom Erstgericht zur Zahlung des Mietzinses für März 2021 in Höhe von 3.363,60 EUR inklusive der aliquot geschuldeten Betriebskosten für dieses Monat verpflichtet. Weitere Zahlungen seien nicht berechtigt. Weiters wurde das Räumungsbegehren der Klägerin abgewiesen.

Die zweite Instanz bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes. Die Revision sei zulässig, da zu der Wirksamkeit der COVID-19-Pandemie in Bezug auf Geschäftsraummietverhältnisse noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung existiere. Ausgeführt wird, dass im Punkt 8.2. des Bestandsvertrages zwei Ausnahmefälle über den Verzicht der Mietzinsminderung bestehen und daher sich die Klägerin nicht darauf stützen könne. Ungeachtet dessen sei das fehlende Entgegenkommen des Vermieters, wie bspw. ein „*besonders niedriger Mietzins*“<sup>202</sup> in Bezug auf eine gänzliche Präklusion des § 1104 ABGB unbillig und sittenwidrig.

Die Fördervergaben der COVID-19-Hilfsmaßnahmen, insbesondere der des Fixkostenzuschusses stellen aufgrund der geltenden Rechtslage keine Verpflichtung dar, diese

---

<sup>201</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>202</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

als Zahlung für das Recht auf Erlass des Mietzinses nach § 1104 ABGB mit dem Anspruch des Vermieters auf Mietzinszahlungen zu kompensieren.

## 5. OGH Entscheidung

Der OGH sah die Revision der Klägerin als nicht begründet an und wies das Rechtsmittel zurück.

In dem Revisionsverfahren wurden die Fragen behandelt, ob die beklagte Mieterin des Nagel- und Kosmetikstudios verpflichtet ist, den einbehaltenen Mietzins aufgrund des nicht vorhandenen Ausnahmetatbestandes des Betretungsverbotes im behördlich verordneten Lockdown für ihren Betrieb zu zahlen obwohl das Unternehmen in einem geöffneten Einkaufszentrum situiert ist. Darüber hinaus, ob die Klägerin auf den von der Beklagten bezogenen Fixkostenzuschuss einen Ausgleichsanspruch auf Grund des nicht entrichteten Mietzinsentgeltes hat.

In der Begründung verweist der OGH auf die verlautbarte Entscheidung (OGH Entscheidung 3 Ob 78/21y | 21.10.2021), wonach das gegenständliche Bestandsobjekt infolge der Seuche der COVID-19-Pandemie unbrauchbar iSd § 1104 ABGB ist und demzufolge ein gänzlicher Erlass des Mietzinses unabdingbar ist. Die Erfüllung des vertraglichen Geschäftszweckes ist immanent für die Benutzbarkeit des Objektes. Daher entspricht ein angeordnetes Betretungsverbot des Kundenbereiches nicht dem bestimmungsgemäßen Geschäftszweck. Einen Zusammenhang zwischen Unbenutzbarkeit und „Seuche“ sieht die Gesetzlichkeit der Norm wohl vor, dennoch muss dieser Zusammenhang nicht „objektbezogen“, wie bspw. ein Schädlingsbefall, sein. Es lässt sich auch keine Einschränkung der Gebrauchsbeeinträchtigung direkt aus der Pandemie laut der Gesetzlichkeit des ABGB entnehmen, somit ist eine Unbrauchbarkeit des Bestandsobjektes auch dann aufgrund einer hoheitlichen Maßnahme dinghaft.<sup>203</sup>

Ferner führt der OGH in seiner Begründung aus, dass eine nur eingeschränkte vertragsgemäße charakteristische Nutzung zu einer Zinsminderung gem. § 1105 ABGB führt und diese Mietzinsreduktion nach der relativen Berechnungsmethode zu evaluieren ist.

Das geschäftliche Umfeld, wie die Gegebenheit der für bestimmte Geschäftszwecke geöffneten Betriebe in dem Einkaufszentrum, die *„weiterhin bestehenden Parkmöglichkeiten, die*

---

<sup>203</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

*Versorgung des Einkaufszentrums mit Energie oder die Bewachung und Reinigung der Allgemeinflächen bilden keinen geschäftlichen Nutzen für einen Mieter“<sup>204</sup> sind in der „Beurteilung der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit“ nicht bei der Prüfung relevant, ob eine Brauchbarkeit des Objektes vorliegt. Das gegenständliche Bestandsobjekt ist maßgebend für die Brauchbarkeit der Bestandsache und nicht das Umfeld des Einkaufszentrums, in dem sich das Objekt befindet. Ein zusätzlicher Gebrauchswert ist für den Mieter angesichts des geschäftlichen Umfeldes nicht gegeben.*

Der Punkt 8.2. der vertraglichen Regelung des Bestandvertrages ist durch deren Reichweite durch Vertragsauslegung zu bestimmen.<sup>205</sup> So ist bei der Auslegung von Verträgen gem. § 914 ABGB „[...] nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.“ Der OGH führt weiters aus: „Wird kein – vom Vertragstext oder Wortsinn abweichender oder diesen präzisierender oder ergänzender – übereinstimmender Parteiwille behauptet oder festgestellt, so ist für die Auslegung der objektive Erklärungswert des Vertragstextes bzw. der Erklärungen mit Rücksicht auf den Geschäftszweck maßgebend.“<sup>206</sup>

Die Annahme des Klägers, der Vertragspunkt 8.2. und die beiden zitierten Anlassfälle (wesentliche Einschränkung der Nutzung oder erheblicher, nachweislicher Nachteil) des abbedungen Rechtes §§ 1104 und 1096 ABGB bilden lediglich Ausnahmefälle bei einem grobfahrlässigen Handeln des Bestandgebers, ist laut OGH nicht beizupflichten.

So schreibt der OGH weiter in seiner Begründung, dass daher „die Auslegungsregel des § 1106 ABGB (nicht spezifizierte, pauschale Übernahme aller Gefahren durch den Bestandnehmer)“<sup>207</sup> in diesem Fall nicht relevant sei und weiters die Bestimmung des § 1107 ABGB nicht dem Mieter zuzuordnen ist, vorausgesetzt, dass die Unbrauchbarkeit des Bestandsobjektes nicht in seine Sphäre zu suchen ist, da „die COVID-19-Pandemie nicht Teil des allgemeinen Unternehmerrisikos ist und nicht in die alleinige Risikosphäre des Bestandnehmers fällt.“<sup>208</sup>

Der erhaltene Fixkostenzuschuss der Beklagten stellt gem. den Richtlinien der Förderungsmaßnahme einen Zuschuss zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung

---

<sup>204</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>205</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>206</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>207</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>208</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

von Liquiditätsschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 dar. Weiters müssen gem. der Richtlinien Unternehmen zur Erlangung der staatlichen Unterstützungsmaßnahme die Fixkosten reduzieren und unterliegen somit einer Schadensminimierungspflicht (Schadensminderungspflicht mittels ex ante Betrachtung)<sup>209</sup>.

Die Finanzierungsagentur des Bundes COFAG hat gem. Pkt 8.3 der Richtlinie bei widrig erhaltenen Zuschüssen diese zurückzufordern, wenn „*die dem Zuschuss zugrunde liegenden Verhältnisse nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen*.“<sup>210</sup>

Der OGH bekräftigt weiters in seiner Begründung, dass die Gewährung des Fixkostenzuschusses zur Liquiditätssicherung der betroffenen Unternehmen dient, der Bestandnehmer Förderungssubjekt ist und an mangels einer Rechtsgrundlage keine verpflichtende Herausgabe des erhaltenen Zuschusses an den Bestandgeber vorhanden ist. Die staatliche finanzielle Zuwendung ist nicht dazu bestimmt, den gesetzlichen Entfall des Mietzinses der Bestandgeber zu kompensieren. Somit folgt der OGH in seiner Urteilsbegründung der im Kapitel §§ 1104, 1105, 1107 ABGB hM „*(in diesem Sinn auch Flume/Laimer, Periculum est locatoris, ImmoZak 2020/14; Nemetschke/Koloseus, Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021, 202; Stabentheiner, Die mietrechtlichen und mietrechtsrelevanten Teile des 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes, wobl 2020, 121 [134])*“<sup>211</sup> Der anderwärtigen Meinung von Oberhammer „*(Pandemie und Geschäftsraummiete, JBl 2021, 417 und 493 [506])* und von Hochleitner *(Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020/72)*“<sup>212</sup> wird seitens des OGH widersprochen.

Weiters hielt der Senat fest, dass gem. der Richtlinien des Fixkostenzuschusses der Bestandnehmer dazu angehalten ist, den ihm gesetzlich gebührenden Erlass des Mietzinses beim Vermieter durchzusetzen, da im Nachträglichen eine Überprüfung der erlangten Zuschüsse seitens der COFAG erfolgen kann und eine Pflicht zur Refundierung der Förderung besteht (Pkt. 8.1. und 8.3. der Richtlinie). Somit schließt diese Rechtslage die Überlassung des Fixkostenzuschusses an den Bestandgeber, zur Abdeckung des Mietzinsausfalles, aus.

---

<sup>209</sup> Punkt 3.1.7. der Richtlinie, zur Verordnung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 3b Abs. 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) BGBl. II Nr 2020/225.

<sup>210</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>211</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>212</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

## **F. Fazit der OGH Urteile**

Mit dem ersten Urteil des OGH wurde festgehalten, dass das Solarstudio nicht unter den Ausnahmetatbestand der erlassenen Verordnung BGBl II 2020/96 auf Basis des § 1 COVID-19-Maßnahmegesetzes fällt und daher ein hoheitlich angeordnetes Betretungsverbot des Kundenbereiches für das gegenständliche Bestandsobjekt gegeben war.

Die COVID-19-Pandemie ist eine Seuche und ein außerordentlicher Zufall, der ein von Menschen nicht beherrschbares und nicht kontrollierbares Elementarereignis, iSd § 1104 ABGB abbildet.

Darüber hinaus ist eine gänzliche Unbrauchbarkeit eines Bestandsobjektes auch dann gegeben, wenn die Bestandssache nicht unmittelbar beeinträchtigt wird, sondern aus den resultierenden Folgen eines behördlich angeordneten Betretungsverbotes Schaden nimmt.

Das in der Bestandsache verbliebene Inventar ergibt keine partielle Nutzung des Bestandsobjektes iSd § 1105 ABGB und dient nicht zum vertraglichen Geschäftszweck. Eine eingeschränkte Verwendung der Geschäftsräumlichkeit für administrative Tätigkeiten oder zu Lagerzwecken lag im gegenständlichen Fall nicht vor, berechtigt aber grundsätzlich bei vorliegendem Tatbestand zu einem Erlass des Mietzinses gem. § 1105 ABGB.

Das zweiten OGH Urteil bestätigte für das Nagel- und Kosmetikstudios die Auslegung des § 1104 ABGB insofern, dass die Pandemie als Seuche einzustufen ist und infolgedessen es zu einem Entfall des Mietzinses bei gänzlicher Unbrauchbarkeit der Bestandsache kommt. Das Bestandsobjekt als solches ist maßgebend für die Brauchbarkeit der Bestandsache und nicht das Umfeld eines Einkaufszentrums in dem sich das Objekt befindet. Ein zusätzlicher Gebrauchswert, sprich Teilnutzung des Objektes iSd § 1105 ABGB, ist für den Mieter angesichts des geschäftlichen Umfeldes nicht gegeben.

Nach der Rechtsprechung sind staatlich eingehobene Förderungsmaßnahmen, wie bspw. der Fixkostenzuschuss, die dem Unternehmen zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten dienen, nicht als Kompensationszahlung für den Bestandgeber für den gesetzlichen Mietzinsentfall zu verwenden. Die Richtlinien der Förderungsmaßnahme sehen eine Schadensminimierungspflicht mittels ex ante Betrachtung vor. Der Bestandnehmer hat daher den gesetzlich vorgesehenen Erlass des Mietzinses beim Vermieter durchzusetzen, da im Nachhinein eine Überprüfung der erlangten Zuschüsse erfolgen kann und eine Pflicht zur Refundierung der Förderung bei Zuwiderhandeln der Gesetzlichkeit iSd § 1104 ABGB besteht. Diese Rechtslage schließt somit die Überlassung

eines Teiles oder des Ganzen erhaltenen Entgeltes der staatlichen Unterstützungsleistung an den Vermieter zur Abdeckung des Mietzinsentfalles, aus.

### **G. Eigene Ansicht**

Durch das COVID-19-MG und der damit daraus resultierenden Verordnungen VO BGBl II 2020/96 und VO BGBl II 2020/98 zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 wurde für Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe das Betreten der Kundenbereiche generell untersagt. Ausgenommen von den Verordnungen waren Lieferservices, das Abholen von Speisen und Getränken oder die Abholung von vorbestellten Waren. Darüber hinaus wurden Abstandregelungen, die zu eingeschränkten Sitzplatzmöglichkeiten führten und begrenzte Öffnungszeiten behördlich verfügt.

Die COVID-19-Pandemie stellt als anzeigepflichtige Krankheit des COVID-19-Virus und der notwendigen Meldung an die zuständigen Behörden, unstrittig den Tatbestand einer Seuche iSd § 1104 ABGB dar. Die Rechtsfolge des § 1104 ABGB sieht daher bei der Unbenutzbarkeit der Sache, aufgrund eines außerordentlichen Zufalls, ausdrücklich einen Erlass des Mietzinses vor.

Die Beurteilung, ob eine Unbrauchbarkeit des Bestandsobjekt iSd §§ 1104 ABGB ff vorliegt, ist vom vereinbarten vertraglichen Verwendungs- bzw. Verkehrszweck abhängig. Die vertragliche Ausgestaltung und der Parteienwille ist essentiell für die Brauchbarkeit der Bestandsache und einzelfallbezogen zu betrachten. Weiters ist das gegenständliche Bestandsobjekt und der damit verbunden Hauptzweck der Geschäftstätigkeit des Unternehmers maßgebend für die Bewertung der Brauchbarkeit der Bestandsache, nicht das unmittelbare Umfeld und eine etwaige Lagermöglichkeit von Waren oder Einrichtungsgegenstände.

Die vorliegenden oberstgerichtlichen Entscheidungen zu dem Erlass des Mietzinses bestätigen den vorherrschenden juristischen Meinungsstand und somit ist der Aussage beizupflichten, dass dem Bestandnehmer angesichts des verordneten Betretungsverbotes des Gastgewerbes, der nicht unter die die Ausnahmeregelungen der Verordnungen fällt, ein vollständiger Erlass des Mietzinses gem. § 1104 ABGB gebührt.

§ 1105 ABGB normiert den teilweisen Erlass des Mietzinses. Dahingegen regelt § 1107 ABGB bei Unbrauchbarkeit der Bestandsache, die in der Sphäre des Bestandnehmers zu suchen und unter allgemeines bzw. geschäftliches Risiko zu subsumieren ist, die Hauptleistungspflicht des Bestandnehmers, nämlich die Entrichtung des Bestandzinses. Der Bestandgeber trägt somit das Risiko zum bedungenen Gebrauch der Bestandsache bei den Rechtsinstituten der §§ 1104, 1105 ABGB, die in seiner eigenen Sphäre und der neutralen Sphäre zu suchen sind, während der

Bestandnehmer lediglich die Preisgefahr bei seinem eigenen Verschulden iSd „allgemeinen Lebensrisikos“ gem. § 1107 ABGB trägt.

Mietzinsminderungsansprüche in Folge von einer fehlenden Kundenfrequenz und sich nachziehenden Umsatzrückgängen stellen somit ohne hoheitliche verordnete Maßnahmen mEn ein Unternehmensrisiko dar und sind dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen. Sollte allerdings eine definierte und zugesicherte Ertragsfähigkeit Bestandteil des Vertrages sein, dann kann es zu einer Minderung des Bestandszinses kommen. Ebenso, wenn vertraglich ein Lieferservice oder das Abholung von vorbestellten Waren vereinbart worden ist und/oder diese Tätigkeit in die zusätzliche oder regelmäßige Geschäftsgrundlage des Unternehmers einzuordnen ist.

Behördlich angeordnete Beschränkungen, wie Abstandsregeln und begrenzten Öffnungszeiten fallen mEn in den Tatbestand des § 1105 ABGB und führen zu einer teilweisen Reduktion des Mietzinses auf Basis der Evaluierung von Umsätzen der Vergleichszeiträume vor und während der Pandemie. Hinsichtlich dessen ist höchstgerichtlich zu klären, ob tatsächlich eine teilweise Nutzbarkeit der Bestandsache iSd § 1105 ABGB bei Take-Away, Lieferservices und pandemiebedingten Umsatzausfällen aufgrund mangelnder Kundenfrequenz gegeben ist, da divergierende juristische Ansichten darüber vertreten werden.

Die Zuwendungen und Gewährung von staatlichen Zuschüssen ordnen gem. den Richtlinien eine Schadensminimierungspflicht ex ante an und dienen vorrangig der Liquiditätssicherung der betroffenen Betriebsstätten der Gastronomie. Mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage besteht keine Äquivalenzstörung im Sinne der Leistungserbringung und Leistungsverpflichtung zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer.

Die ergangenen und erörterten OGH Entscheidungen sind bis auf weiters auf Miet- nicht aber auf Pachtverträge anwendbar. Es ist zu klären, ob grundsätzlich eine differenzierte Handhabung für Pacht- und Mietverträge zur Anwendung gelangt.

## **VI. Zusammenfassung, Ergebnisse**

Die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 und der damit einhergehenden Infektionskrankheit COVID-19 erreichte Österreich im Februar 2020 mit den auf Coronaviren erstmalig positiv getesteten Personen in Tirol. Das EpG sieht beim Auftreten der angeführten Krankheiten Betriebsbeschränkungen oder Schließung gewerblicher Unternehmungen vor. Die rechtliche Grundlage des COVID-19-MG wurde aus dem Hintergrund der sich ausbreitenden COVID-19-

Pandemie in Österreich mit März 2020 geschaffen und verdrängt bzw. ändert teilweise das EpG. Durch die öffentlich-rechtlichen Maßnahmen der Verordnungen VO BGBl II 2020/96 und VO BGBl II 2020/98 zur Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 wurde für Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe, fernab von einigen Ausnahmen, das Betreten generell untersagt. Ausgenommen waren Lieferservices, das Abholen von Speisen und Getränken oder die Abholung von vorbestellten Waren.

Die COVID-19-Pandemie hat ökonomische und rechtliche Auswirkungen auf unser gesellschaftliches Leben. Ungeachtet der gesundheitlichen Schäden und der kontroversen Diskussionen in Bezug auf die mit Februar 2022 geltenden Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, verursacht die COVID-19-Pandemie massive monetäre Verwerfungen in den nationalen und internationalen Volkswirtschaften.

Die österreichische Wirtschaftsleistung ist laut Statistik Austria im Jahr 2020 im Vergleich zum Vorjahr um -6,7% gesunken und führte durch die gesetzten gesundheitspolitischen Regelungen, wie etwa Einschränkungen des öffentlichen Lebens, Betriebsschließungen, Betretungsverbote und Auflagen von und innerhalb der Betriebsstätten, um die Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern, zu einer tiefen Rezession. Besonders wirtschaftlich betroffen von den behördlich ergriffenen Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie war die Sparte des Tourismus und der Freizeitwirtschaft. Die Branche der Beherbergung und Gastronomie mit einer niedrigen Eigenkapitalquote verzeichnete laut KMU Austria den stärksten Geschäftsrückgang mit einer Umsatzeinbuße im Jahr 2020 von 32,9 %. Die unterdurchschnittliche Eigenkapitalausstattung, die belastete Kostenstruktur sowie der hohe Verschuldungsgrad des Wirtschaftszweiges der Beherbergung und Gastronomie, verbunden mit den behördlich angeordneten Betretungsverböten und den damit einhergehenden Umsatzrückgängen wurden größtenteils durch die direkten Fördervergäben der COVID-19-Hilfsmaßnahmen, wie zB. der Umsatzerersatz, der Verlusterersatz, der Ausfallsbonus, der Fixkostenzuschuss sowie der Härtefallfonds kompensiert, um die Betriebe vor Liquiditätsengpässen und Insolvenz zu bewahren.

Nach dem COVID-19-MG entstehen durch angeordnete Betriebsschließungen respektive Betretungsverböte keine Ersatzansprüche, sondern werden durch Entschädigungszahlungen durch den COVID-19-Krisenbewältigungsfonds, einer privatrechtlichen Förderungsvergabe, ersetzt. Bei Vergütungsleistungen hinsichtlich des EpG handelt es sich um Transferleistungen des Bundes. Die einzelnen Förderungsmaßnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen und Eindämmung von Liquiditätsengpässen im Zuge der COVID-19-Pandemie

sind bei bezugsberechtigten Unternehmungen nicht gezwungenermaßen steuerfrei oder von der Beitragspflicht zur Sozialversicherung befreit. Der Steuerpflicht unterliegen explizit die Vergütungen des Umsatzersatzes sowie des Ausfallbonus. Bei dem Verdienstentgang nach dem EpG handelt es sich um einen Ersatz des Einkommensverlustes und die Ausgaben stehen gem. EStG 88 in keinem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang, folglich ist diese finanzielle Zuwendung echt steuerfrei.

Vereinzelte wird in der juristischen Fachwelt davon ausgegangen, dass erhaltene staatliche Förderungsmaßnahmen, wie insbesondere der Umsatzersatz und der Fixkostenzuschuss, mitunter dazu dienen, dass der Mieter seiner geschuldeten Hauptleistungspflicht der Einrichtung des Hauptmietzinses nachkommen kann. Der Oberste Gerichtshof stellt in seiner Entscheidung 3 Ob184/21m jedoch fest, dass Fördervergaben, wie bspw. der Fixkostenzuschuss, die dem Unternehmen zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten dienen, nicht als Kompensationszahlung für den Bestandgeber für den gesetzlichen Mietzinsentfall zu verwenden sind, da die Richtlinien der Hilfsmaßnahmen eine Schadensminimierungspflicht mittels ex ante Betrachtung vorsehen.

In Bezug auf die Betretungsverbote hat der VfGH mit dem Erkenntnis V 411/2020 den Teil der VO BGBl II 2020/96 als gesetzeswidrig qualifiziert, wonach ein Betretungsverbot für Betriebsstätten mit einem Verkaufs- und somit Kundenbereich von mehr als 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche vorgesehen war. Der VfGH sah hinsichtlich dieser Regelung eine Ungleichbehandlung von Betriebsstätten mit mehr als 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche gegenüber Unternehmungen mit gleichartiger Größe der Nutzfläche (z.B. Bau- und Gartenmärkte) als gegeben an.

Die gesetzlich verordneten Betretungsverbote iSd COVID-19-Maßnahmegesetze in deren Zeitraum das Betreten der Kundenbereiche untersagt war, stellte bei Unternehmen, die ihre Geschäftsräumlichkeiten angemietet oder gepachtet haben, die aus vertraglicher Sicht berechnete Frage, ob und inwieweit diese Maßnahmen und Regelungen eine Mietzinsminderung zur Folge haben respektive in welche Sphäre das Risiko für den vorübergehenden Wegfall der Umsätze und den damit verbundenen bedungenen Gebrauch der Bestandsache fällt.

Bezüglich der Abschätzung, ob eine Mangelhaftigkeit bei der Bestandsache gegeben und somit die Brauchbarkeit des Bestandsobjekts eingeschränkt ist, sind die Umstände des jeweils konkreten Einzelfalles maßgebend. Die Brauchbarkeit der Bestandsache orientiert sich nach dem Verkehrszweck oder nach der Verkehrssitte. Bei mangelnder vertraglicher Vereinbarung

sind bei der Beurteilung der Verkehrsauffassung Aspekte wie Art, Lage und Alter des Bestandobjektes, sowie die Höhe des vereinbarten Entgeltes zu berücksichtigen.<sup>213</sup>

Aus den Bestimmungen des § 1104 ABGB ergibt sich, dass der Bestandnehmer kein Miet- oder Pachtzins an den Bestandgeber zu entrichten hat, wenn die Bestandsache durch außerordentliche Zufälle, wie etwa eine Seuche, nicht benutzt werden kann. Der Bestandgeber trägt somit das Risiko zum bedungenen Gebrauch der Bestandsache bei dem Rechtsinstitut des § 1104 ABGB die in seiner eigenen Sphäre und neutralen Sphäre zu suchen sind, während der Bestandnehmer lediglich die Preisgefahr bei seinem eigenen Verschulden, iSd „allgemeinen Lebensrisikos“ resp. unternehmerischen Risiko trägt. Die Rechtsfolge des § 1104 ABGB sieht daher bei der Unbenutzbarkeit der Sache ausdrücklich einen Erlass des Mietzinses vor. § 1105 ABGB normiert den teilweisen Erlass des Mietzinses. Das in der Bestandsache verbliebene Inventar ergibt keine partielle Nutzung des Bestandobjektes iSd § 1105 ABGB und dient nicht zum vertraglichen Geschäftszweck. Die vorliegenden oberstgerichtlichen Entscheidungen zu dem Erlass des Mietzinses gem. §§ 1104 und 1105 ABGB bestätigen den vorherrschenden juristischen Meinungsstand.

Weitaus unterschiedlicher wird die Frage behandelt, ob eine allfällige Mietzinsminderung einer Betriebsstätte der Gastronomie aus pandemiebedingten Umsatzrückgängen, ohne behördliche Einschränkungen, infolge eines Rückganges der Kundenfrequenz zulässig ist. Ein Teil der hM geht ohne hoheitlich angeordnete Maßnahmen von keiner Einschränkung im Nutzen der Bestandsache aus, da Umsatzeinbußen das unternehmerische Risiko des Bestandnehmers charakterisieren und somit in die Risikotragung des Mieters gem. § 1107 ABGB fallen. Dahingegen sprechen sich einige Proponenten der Jurisprudenz für eine partielle Reduktion des Mietzinses bei pandemiebedingten Umsatzausfällen aus, ungeachtet von behördlich angeordneten Maßnahmen.

Hierzu ist höchstgerichtlich zu klären, ob eine teilweise Nutzbarkeit der Bestandsache iSd § 1105 ABGB bei Take-Away, Lieferservices gegeben ist, wenn diese Dienstleistungen vor der COVID-19 Pandemie angeboten worden sind oder als Antwort auf die angeordneten betrieblichen Schließungen angeboten werden bzw. pandemiebedingte Umsatzausfälle aufgrund mangelnder Kundenfrequenz gegeben sind.

---

<sup>213</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 15 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Der OGH hat in seinen bisher zwei einschlägigen Entscheidungen zugunsten der Bestandnehmer entschieden und somit eine Rechtssicherheit in bedeutenden Fragestellungen geschaffen. Dennoch blieb einiges unbeantwortet und es werden in absehbarer Zeit weitere höchstgerichtliche Entscheidungen ergehen.

## **VII. Abstract**

Die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 und der damit einhergehende Verlauf der COVID-19-Pandemie hat weltweit Auswirkungen auf unser gesellschaftliches Leben. Die notwendigen staatlichen Eingriffe zur Eindämmung der Pandemie bewirken eine Verlangsamung der Globalisierung und führen zu wirtschaftlichen Verwerfungen in den nationalen und internationalen Volkswirtschaften. Zu einem der bedeutendsten Wirtschaftssektoren zählt der Tourismus und die Gastronomie, der durch die einschneidenden öffentlich-rechtlichen Maßnahmen der Betriebsschließungen, Betretungsverbote und Auflagen von und innerhalb der Betriebsstätten besonders betroffen ist. Daraus resultierend, ergeben sich eine Vielzahl von juristischen Fragestellungen in Bezug auf das Bestandsrecht und die Geschäftstätigkeit vieler Unternehmen, um krisenbedingte Umsatzrückgänge, die zu Liquiditätsengpässen und Zahlungsschwierigkeiten führen, zu vermeiden.

Die österreichische Bundesregierung hat umfangreiche finanzielle Hilfen in Form von direkten und indirekten Fördermaßnahmen bereitgestellt, um die langfristigen negativen wirtschaftlichen Folgen für Unternehmer abzufedern und diese zu entlasten.

Die Betretungsverbote für Betriebsstätten sämtlicher Betriebsarten der Gastgewerbe und deren Folgewirkungen im Zuge der COVID-19-Maßnahmengesetze und Verordnungen führen zu kontroversen Auseinandersetzungen von Mieter und Vermieter, darüber ob diese Maßnahmen zur partiellen oder gänzlichen Unbrauchbarkeit des Bestandsobjektes führen und somit eine Mietzinsminderung gegeben ist. Ferner beschäftigt Bestandgeber und Bestandnehmer die Frage ob, eine allfällige Mietzinsminderung einer Geschäftsräumlichkeit aus pandemiebedingten Umsatzrückgängen infolge eines Rückganges der Kundenfrequenz zulässig ist bzw. ob ein Erlass des Mietzinses bei der Möglichkeit das Geschäftslokal zu Lieferservices und zur Abholung von zubereiteten Speisen und Getränken zu nutzen, besteht.

Das COVID-19-Virus stellt als anzeigepflichtige Krankheit unstrittig den Tatbestand einer Seuche dar und ist iSd § 1104 ABGB als außerordentlicher Zufall zu werten. Die Rechtsfolge des § 1104 ABGB sieht daher bei der Unbenutzbarkeit der Sache ausdrücklich einen Erlass des

Mietzinses vor. Die Brauchbarkeit der Bestandsache orientiert sich nach dem Verkehrszweck oder nach der Verkehrssitte.

Der OGH hat bislang in seinen zwei vorliegenden Entscheidungen zugunsten der Bestandnehmer entschieden und somit eine Rechtssicherheit in bedeutenden Fragestellungen geschaffen. Dennoch blieb einiges unbeantwortet und es werden in absehbarer Zeit weitere höchstgerichtliche Entscheidungen ergehen.

## ENGLISCH

The spread of the SARS-CoV-2 coronavirus and the associated course of the COVID-19 pandemic is affecting our social life worldwide.

The necessary state interventions to contain the pandemic are slowing down globalization and leading to economic turmoil in national and international economies. One of the most important economic sectors is tourism and gastronomy, which is particularly affected by the drastic public law measures of company closures, entry bans and requirements for and within the business premises. As a result, a large number of legal questions arise in relation to the right of ownership and the business activities of many companies in order to avoid crisis-related sales declines that lead to liquidity shortages and payment difficulties.

The Austrian federal government has provided extensive financial aid in the form of direct and indirect support measures to cushion and alleviate the long-term negative economic consequences for entrepreneurs.

The governmental entry bans for business premises of all types of hospitality and their consequences in the course of the COVID-19 measures laws and regulations lead to controversial disputes between tenants and landlords as to whether the measures lead to the partial or complete unusability of the rented business premises and thus cause a rent reduction.

Furthermore, tenants are concerned with the question of whether a possible rent reduction for a commercial property due to a pandemic-related decline in sales caused by a falling customer frequency is permissible or whether there is a waiver of rent if the business premises can be used for delivery services and for picking up prepared food and drinks.

The COVID-19 virus caused indisputably an epidemic and is to be regarded as an extraordinary coincidence within the meaning of § 1104 ABGB. The legal consequence of § 1104 ABGB therefore expressly provides for a waiver of the rent if the item is unusable. The usability of the inventory object is based on the purpose of use or customary usage.

So far, the OGH has ruled in favor of the tenants in its two decisions and thus created legal certainty in important issues. Nevertheless, some things remained unanswered and further supreme court decisions will be made in the foreseeable future.

## VIII. Literaturverzeichnis

*Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht (2018).

*Denk in Resch*, Corona-HB<sup>1.06</sup> (2021).

*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

*Flume/Laimer*, Periculum est locatoris – Bestandzinsminderung nach den §§ 1104 f ABGB wegen COVID-19, ImmoZak\_digital Only 2020, 1 (2).

*Hiersche*, Sanitätspolizeiliche Bekämpfung übertragbarer Krankheiten (2010).

*Hiersche/Holzinger/Eibl*, Handbuch des Epidemierechts (2020).

*Hochleitner*, die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020/72.

*Höllwerth in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht I (2018).

*IHS Policy Brief 13/2020* – Wirtschaftliche Folgen des neuartigen Coronavirus (SARS-CoV-2) –5. Mai 2020.

*KMU Forschung Austria*, Zeitraum 2018/2019.

*Laimer/Schickmair in Resch*, Corona-HB<sup>1.00</sup> (2020).

*Lindinger*, Mietzinsminderung<sup>2</sup> (2016).

*Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> (2017).

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

*Nemetschke/Koloseus*, Umsatzersatz als stellvertretendes Commodum, immolex 2021/95.

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

*Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, wobl 2021.

*Pletzer in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB (2018).

*Prader/Gottardis*, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, immolex 2020, 106.

*Presl*, Die Prophylaxis der übertragbaren Infections – Krankheiten. Ein Handbuch für Ärzte, Sanitätsbeamte und Physikats – Candidaten. Mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen und deutschen Gesetzgebung (1881).

*Rechberger*, ZPO<sup>3</sup>, Kommentar (2006).

*Resch*, Das Corona-Handbuch, Österreichs Rechtspraxis zur aktuellen Lage (Stand: 1.7.2021).

*Singer/Kessler*, Erstes Urteil zu § 1104 ABGB, aber noch viele Fragen, immolex 2020, 386.

*Stabentheiner*, Mietrecht<sup>4</sup> (2010).

*Tamerl*, Die Gefahrtragung im Bestandrecht im Lichte der COVID-19-Pandemie, Zak 2020, 106 (108).

*Tschütscher*, Auswirkungen der COVID-19-Beschränkungen auf Bestandrechte, Zak 2020/297.

*WIFO*, Kurzanalyse zur relativen Betroffenheit der Wiener Wirtschaft von der aktuellen COVID-19-Krise (2020).

*WIFO*, Monatsbericht 04/2020.

*Zak-Mietzinsminderungstabelle*, Zak digital exklusiv, 2020/4.

*Zöchling-Jud*, Rechtsgutachten zu Miet- und Pachtzinsentfall (2021).

## **A. Webquellenverzeichnis**

[https://www.digbib.org/Homer\\_8JHvChr/De\\_Ilias](https://www.digbib.org/Homer_8JHvChr/De_Ilias) (05.10.2021).

<https://www.bmf.gv.at>, 2021 (22.09.2021).

<https://www.bmf.gv.at/public/top-themen/corona-hilfspaket-faq.html> (15.11.2021).

<https://www.bmf.gv.at/public/top-themen/corona-hilfspaket-faq.html> (15.11.2021).

<https://www.derstandard.at/story/2000121724575/vom-lockdown-umsatzersatz-koennen-auch-vermieter-profitieren> (entnommen 16.11.2020).

[https://de.m.wikipedia.org/wiki/Wiener\\_Pests%C3%A4ule](https://de.m.wikipedia.org/wiki/Wiener_Pests%C3%A4ule) (entnommen am 05.10.2021).

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_20\\_658](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_658) (10.11.2021).

<https://refa.de/service/refa-lexikon/bruttowertschoepfung> (08.10.2021).

<https://www.shh.mpg.de/681152/stone-age-plague> (05.10.2021).

<https://www.sozialministerium.at/Services/News-und-Events/Archiv-2021/Maerz-2021/Neukonstituierung-des-Obersten-Sanitaetsrates.html> (25.10.2021).

<https://www.tirol.gv.at/statistik-budget/statistik/tourismus/#c76985> (15.11.2021).

[https://www.vfgh.gv.at/medien/Covid\\_Entschaedigungen\\_Betretungsverbot.de.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Covid_Entschaedigungen_Betretungsverbot.de.php) (10.11.2021).

[https://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche\\_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt\\_und\\_hauptaggregate/jahresdaten/index.html](https://www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt_und_hauptaggregate/jahresdaten/index.html) (15.11.2021).

[https://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche\\_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt\\_und\\_hauptaggregate/jahresdaten/index.html](https://www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche_gesamtrechnungen/bruttoinlandsprodukt_und_hauptaggregate/jahresdaten/index.html) (15.11.2021).

[https://www.statistik.at/web\\_de/services/wirtschaftsatlas\\_oesterreich/tourismus/index.html](https://www.statistik.at/web_de/services/wirtschaftsatlas_oesterreich/tourismus/index.html) (15.11.2021).

<https://www.wko.at/service/haertefall-fonds-richtlinie.html> (15.11.2021).

## **B.     Abbildungsverzeichnis**

|                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------|----|
| Abbildung 1: Corona-Hilfsmaßnahmen                                                | 20 |
| Abbildung 2: Corona-Förderinstrumente                                             | 30 |
| Abbildung 3: Bruttowertschöpfung nach Wirtschaftszweigen, Statistik Austria, 2020 | 32 |
| Abbildung 4: regionale ökonomische Auswirkungen, IHS, 2020                        | 32 |
| Abbildung 5: Veränderung der Bruttowertschöpfung 2020, Statistik Austria          | 33 |
| Abbildung 6: KMU Kennzahlen nach Umsatz und Anzahl der Beschäftigten              | 34 |
| Abbildung 7: Eigenkapitalquote von KMU – Tourismus und Freizeitwirtschaft         | 35 |
| Abbildung 8: Anwendungsbereich MRG Geschäftsräumlichkeit                          | 39 |
| Abbildung 9: Wiener Mietzinsminderungsspiegel                                     | 43 |

## **IX.   Judikaturverzeichnis**

OGH 17.06.1919 Rv I 164/19.

OGH 16.05.2006, 1 Ob 105/06g.

OGH 15.5.1997, 1 Ob 108/97g.

OGH 21.12.2015, 9 Ob 49/15v.

OGH 23.3.2011, 4 Ob 191/10g.

OGH 24.5.2006, 6 Ob 73/06p.

OGH 15.07.2011, 8 Ob 90/10h.

OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

VfGH 14.07.2020 G 202/2020-20.

VfGH 14.07.2020 V 411/2020-17.

LG für ZRS Wien 17.02.2021, 39R27/21s.

BG Meidling 28.10.2020, 9 C 368/20b.

BG Meidling 4.12.2020, 9 C 361/20y.