



universität  
wien

# MASTER THESIS

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

**„Geschäftsraummiete im Zusammenhang mit COVID-19  
bedingten Einschränkungen: Aktuelle Entwicklungen und  
Rechtsprobleme in der Praxis“**

verfasst von / submitted by

**Mag. Sarah Frühwirth**

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

**Master of Laws (LL.M.)**

Wien, 2022 / Vienna 2022

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

UA 992 361

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

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von/Supervisor:

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

Alle personenbezogenen Bezeichnungen beziehen sich, unabhängig von ihren konkreten geschlechtsspezifischen Formulierungen, auf beide Geschlechter. Die weibliche Form ist der männlichen Form ausdrücklich gleichgestellt. Lediglich aus Gründen der Vereinfachung beim Verfassen dieser Arbeit wurde die männliche Form gewählt.

## Inhaltsverzeichnis

### Abkürzungsverzeichnis

|             |                                                                                                                                                         |           |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>Einleitung .....</b>                                                                                                                                 | <b>9</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>Grundlagen der bestandsrechtlichen Gefahrtragung.....</b>                                                                                            | <b>11</b> |
| A.          | Allgemeines zu § 1096 ABGB .....                                                                                                                        | 11        |
| B.          | Sondernorm des § 1104 ABGB .....                                                                                                                        | 15        |
| C.          | Sondernorm des § 1105 ABGB .....                                                                                                                        | 17        |
| <b>III.</b> | <b>Exkurs: VfGH zur Unterscheidung zwischen Mieter und Pächter bei<br/>beschränkter Brauchbarkeit iSd § 1105 ABGB.....</b>                              | <b>18</b> |
| A.          | Erkenntnis des VfGH zu G 279/2021-15 vom 30.06.2022.....                                                                                                | 19        |
| <b>IV.</b>  | <b>Anwendbarkeit des § 1104 ABGB auf die COVID-19 Pandemie .....</b>                                                                                    | <b>21</b> |
| A.          | Sonnenstudio – OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y .....                                                                                                        | 22        |
| 1.          | Sachverhalt.....                                                                                                                                        | 22        |
| 2.          | Lehrmeinungen zur Qualifikation der COVID-19-Pandemie als<br>außerordentlicher Zufall .....                                                             | 23        |
| 3.          | Ansicht des OGH betreffend Anwendbarkeit des § 1104 ABGB .....                                                                                          | 26        |
| 4.          | Teilweise Nutzung .....                                                                                                                                 | 27        |
| 5.          | Fazit .....                                                                                                                                             | 27        |
| <b>V.</b>   | <b>Vertraglicher Ausschluss des § 1104 ABGB sowie etwaige Herausgabepflicht<br/>des vom Mieter bezogenen Fixkostenzuschusses an den Vermieter .....</b> | <b>28</b> |
| A.          | Nagel- und Kosmetikstudio – OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m .....                                                                                          | 28        |
| 1.          | Sachverhalt.....                                                                                                                                        | 28        |
| 2.          | Lehrmeinungen betreffend Unbenutzbarkeit .....                                                                                                          | 30        |
| 3.          | Ansicht des OGH betreffend Unbenutzbarkeit .....                                                                                                        | 30        |
| 4.          | Vertraglicher Ausschluss des § 1104 ABGB.....                                                                                                           | 31        |
| 5.          | Lehrmeinungen zur Herausgabepflicht des von Bestandnehmern bezogenen<br>Fixkostenzuschusses an die Bestandgeber.....                                    | 32        |
| 6.          | Ansicht des OGH betreffend Herausgabepflicht von Zuschüssen.....                                                                                        | 34        |
| 7.          | Fazit .....                                                                                                                                             | 35        |

|                                                                                                                                           |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>VI. Etwaige Änderungspflicht des vereinbarten Geschäftszwecks .....</b>                                                                | <b>36</b> |
| A. Fitnessstudio – OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.....                                                                                      | 36        |
| 1. Sachverhalt.....                                                                                                                       | 36        |
| 2. Unbenutzbarkeit.....                                                                                                                   | 37        |
| 3. Vertraglicher Ausschluss des § 1104 ABGB.....                                                                                          | 38        |
| 4. Lehrmeinungen bezüglich Änderung des Geschäftszwecks.....                                                                              | 38        |
| 5. Ansicht des OGH betreffend Änderung des Geschäftszwecks.....                                                                           | 39        |
| 6. Fazit .....                                                                                                                            | 40        |
| <b>VII. Etwaige Verpflichtung des Anbietens von Liefer- und Abholservices .....</b>                                                       | <b>40</b> |
| A. Gastronomie – OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d .....                                                                                       | 42        |
| 1. Sachverhalt.....                                                                                                                       | 42        |
| 2. Unbenutzbarkeit bzw teilweise Benutzbarkeit .....                                                                                      | 43        |
| 3. Lehrmeinungen betreffend Verpflichtung zum Anbieten von Take-Away & Lieferservice .....                                                | 43        |
| 4. Ansicht des OGH betreffend abstrakte Nutzungsmöglichkeit und Pflicht zum Anbieten von Abhol- und/oder Lieferservice .....              | 45        |
| 5. Fazit .....                                                                                                                            | 46        |
| B. Gastronomie – OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g .....                                                                                        | 47        |
| 1. Sachverhalt.....                                                                                                                       | 47        |
| 2. Unbrauchbarkeit.....                                                                                                                   | 48        |
| 3. Take Away und Lieferservice.....                                                                                                       | 48        |
| 4. Fazit .....                                                                                                                            | 49        |
| <b>VIII. Heranziehen mündlicher Vereinbarungen bei der Beurteilung der (Un-) Brauchbarkeit .....</b>                                      | <b>50</b> |
| A. Bäckerei-Café – OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22y.....                                                                                        | 51        |
| 1. Sachverhalt.....                                                                                                                       | 51        |
| 2. Ansicht des OGH betreffend mündliche Parteivereinbarungen .....                                                                        | 53        |
| 3. Liefer- und Abholservice .....                                                                                                         | 54        |
| 4. Herausgabe des Umsatzersatzes .....                                                                                                    | 54        |
| 5. Fazit .....                                                                                                                            | 55        |
| <b>IX. Mietzinsminderung nach der relativen Berechnungsmethode bei bloß eingeschränkter Nutzungsmöglichkeit von Geschäftsräumen .....</b> | <b>55</b> |

|              |                                                                                                    |           |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| A.           | Handel- & Gastronomie – OGH 29.03.2022, 4 Ob 218/21v .....                                         | 56        |
| 1.           | Sachverhalt.....                                                                                   | 56        |
| 2.           | Unbenutzbarkeit & Ermittlung des Restnutzen .....                                                  | 57        |
| 3.           | Fazit .....                                                                                        | 58        |
| <b>X.</b>    | <b>Mietzinsminderung aufgrund allgemeinen Umsatzrückganges in Folge der COVID-19 Pandemie.....</b> | <b>58</b> |
| A.           | Reisebüro – OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p.....                                                      | 59        |
| 1.           | Sachverhalt.....                                                                                   | 59        |
| 2.           | Lehrmeinungen betreffend Auswirkungen von Umsatzeinbußen auf den Bestandzins .....                 | 60        |
| 3.           | Ansicht des OGH betreffend Auswirkungen von Umsatzeinbußen auf den Bestandzins .....               | 66        |
| 4.           | Fazit .....                                                                                        | 67        |
| B.           | Bekleidungsgeschäft – OGH 30.06.2022, 9 Ob 84/21 z.....                                            | 67        |
| 1.           | Sachverhalt.....                                                                                   | 67        |
| 2.           | Umsatzeinbußen außerhalb des Lockdowns.....                                                        | 69        |
| 3.           | Fazit .....                                                                                        | 69        |
| <b>XI.</b>   | <b>Mietzinsminderung aufgrund des Umsatzrückganges ohne behördliches Betretungsverbot.....</b>     | <b>70</b> |
| A.           | Büroräumlichkeiten – OGH 29.4.2022, 7 Ob 207/21 y.....                                             | 71        |
| 1.           | Sachverhalt.....                                                                                   | 71        |
| 2.           | Unbenutzbarkeit & pandemiebedingte Umsatzeinbußen .....                                            | 72        |
| 3.           | Ansicht des OGH betreffend pandemiebedingte Umsatzeinbußen .....                                   | 72        |
| 4.           | Fazit .....                                                                                        | 73        |
| <b>XII.</b>  | <b>Zukünftige Beachtung des §1104 ABGB in Bestandverträgen .....</b>                               | <b>73</b> |
| 1.           | § 1106 ABGB – unbestimmte Gefahrenübernahme des Bestandnehmers ...                                 | 74        |
| 2.           | § 6 Abs 3 KSchG – unzulässige Vertragsbestandteile zwischen Unternehmer und Verbraucher .....      | 75        |
| 3.           | § 864 a ABGB – Geltungskontrolle.....                                                              | 76        |
| 4.           | § 879 Abs 3 ABGB – Inhaltskontrolle.....                                                           | 77        |
| 5.           | Fazit .....                                                                                        | 78        |
| <b>XIII.</b> | <b>Conclusio .....</b>                                                                             | <b>79</b> |

|                                                         |           |
|---------------------------------------------------------|-----------|
| <b>XIV. Literatur- &amp; Judikaturverzeichnis .....</b> | <b>83</b> |
| <b>Abstract.....</b>                                    | <b>87</b> |

## **Abkürzungsverzeichnis**

|                 |                                               |
|-----------------|-----------------------------------------------|
| <b>ABGB</b>     | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch           |
| <b>Abs</b>      | Absatz                                        |
| <b>AGB</b>      | Allgemeine Geschäftsbedingungen               |
| <b>Art</b>      | Artikel                                       |
| <b>BG</b>       | Bezirksgericht                                |
| <b>BGBI</b>     | Bundesgesetzblatt                             |
| <b>bzw</b>      | beziehungsweise                               |
| <b>COVID-19</b> | Corona Virus Disease 2019                     |
| <b>COFAG</b>    | COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH |
| <b>dh</b>       | das heißt                                     |
| <b>etc</b>      | et cetera                                     |
| <b>f</b>        | folgend                                       |
| <b>ff</b>       | fortfolgend                                   |
| <b>GewO</b>     | Gewerbeordnung                                |
| <b>gem</b>      | gemäß                                         |
| <b>hA</b>       | herrschende Ansicht                           |
| <b>hL</b>       | herrschende Lehre                             |
| <b>idR</b>      | in der Regel                                  |
| <b>inkl</b>     | inklusive                                     |
| <b>iSd</b>      | im Sinne des                                  |
| <b>iVm</b>      | in Verbindung mit                             |
| <b>JBl</b>      | Juristische Blätter                           |
| <b>KSchG</b>    | Konsumentenschutzgesetz                       |
| <b>MietSlg</b>  | Mietrechtliche Entscheidungen                 |

|              |                               |
|--------------|-------------------------------|
| <b>MRG</b>   | Mietrechtsgesetz              |
| <b>OGH</b>   | Oberster Gerichtshof          |
| <b>Rsp</b>   | Rechtsprechung                |
| <b>Rz</b>    | Randziffer                    |
| <b>sog</b>   | sogenannt                     |
| <b>stRsp</b> | ständige Rechtsprechung       |
| <b>ua</b>    | unter anderem                 |
| <b>uU</b>    | unter Umständen               |
| <b>VfGH</b>  | Verfassungsgerichtshof        |
| <b>vgl</b>   | vergleiche                    |
| <b>wbl</b>   | wirtschaftsrechtliche Blätter |
| <b>wobl</b>  | wohnrechtliche Blätter        |
| <b>Z</b>     | Ziffer                        |
| <b>zB</b>    | zum Beispiel                  |
| <b>ZPO</b>   | Zivilprozessordnung           |

## I. Einleitung

Ab März 2020 war der Großteil der österreichischen Gewerbetreibenden immer wieder – unter Umständen monatelang<sup>1</sup> - von teils österreichweiten, teils regionalen, davor kaum vorstellbaren, behördlichen Maßnahmen betroffen. Auslöser dafür war der Ausbruch der COVID-19-Pandemie<sup>2</sup> bzw vielmehr die staatlichen Hoheitsakte zur Verhinderung der weltweiten Verbreitung dieser Pandemie, die uns schon seit mehr als zwei Jahren in unterschiedlichen Intensitäten begleitet.

Je nach Branche bzw Unternehmensgegenstand waren Unternehmer mit unterschiedlichen, gesetzlichen Einschränkungen, wie etwa Betretungsverboten, eingeschränkten Öffnungszeiten, Beschränkungen der Kundenanzahl oder Quadratmeterregelungen konfrontiert und konnten dadurch in diesen Zeiträumen die gemieteten bzw gepachteten Geschäftsobjekte teilweise oder - unter gewissen Umständen - überhaupt nicht nutzen.

Die grundlegende Frage, ob in diesen Zeiträumen Bestandzins zu zahlen ist oder nicht, kann auch nach zwei Jahren andauernder Pandemie nicht abschließend allgemein beantwortet werden. Auch die lang herbeigesehnten OGH-Entscheidungen zeigen auf, dass derzeit nicht von einer gereinigten Rechtssituation gesprochen werden kann und vielmehr, dass dadurch äußerst kontrovers diskutierte Fragen das Bestandrecht noch lange beschäftigen werden und zudem diese Fragen vielfach einer Einzelfallbetrachtung bedürfen.

Die gegenständliche Master-Thesis soll einerseits die Probleme aufzeigen, mit denen man bei dem Versuch festzustellen, ob eine Bestandzinsminderung bzw ein gänzlicher Bestandzinsentfall vorliegt, konfrontiert wird. Andererseits beschäftigt sich die

---

<sup>1</sup> Etwa die Nachtgastronomie, die vom 03.11.2020 bis inkl. 30.06.2021 und dann wieder vom 22.11.2021 bis 05.03.2022 komplett geschlossen war.

<sup>2</sup> Generaldirektor der Weltgesundheitsorganisation (WHO), Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, erklärte am 11.03.2020 den COVID-19-Ausbruch offiziell zu einer Pandemie.

(<https://www.nzz.ch/wissenschaft/covid-19-who-erklaert-corona-epidemie-zur-pandemie-ld.1546030?reduced=true> ; zuletzt aufgerufen am 16.09.2022).

Masterarbeit mit der Argumentation und den Feststellungen des OGH in seinen bislang ergangenen Entscheidungen und welche Auswirkungen diese für Unternehmer tatsächlich haben und zudem, wie etwa die Möglichkeit betrachtet wird eine allfällige Mietzinsreduktion geltend zu machen, wenn an sich keine behördlichen Beschränkungen vorlagen, es aber aufgrund der Pandemie selbst zu einem erheblichen Rückgang des Umsatzes kam.

Zum Schluss der Masterarbeit wird darauf eingegangen, wie sich die COVID-19-Pandemie auf zukünftige Bestandverhältnisse auswirken könnte und mit welchen Regelungen eine Verhinderung von zukünftigen Bestandzinsminderungen zugunsten des Vermieters oder Verpächters denkbar wäre.

## II. Grundlagen der bestandsrechtlichen Gefahrtragung

Die Mehrheit der in Österreich zu geschäftlichen Zwecken gemieteten und gepachteten Bestandsobjekte wurden in den unterschiedlichen „Lockdown-Zeiträumen“ mit behördlich verordneten Betretungsverboten für ihre Kundenbereiche konfrontiert. Betroffen waren vorwiegend der Handel, die Gastronomie, Dienstleistungsunternehmen aber auch Freizeit- und Sportbetriebe. Ausgenommen davon waren stets bestimmte Bereiche der Grundversorgung wie etwa Apotheken, der Lebensmittelhandel oder Drogeriemärkte.<sup>3</sup>

Dies führte zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in diesen „Lockdown-Zeiten“ die Bestandnehmer den Bestandszins zur Gänze, teilweise oder überhaupt nicht zahlen müssen. Die im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie aufgetretenen Probleme für Bestandnehmer und Bestandgeber sind zivilrechtlich als Leistungsstörungen zu qualifizieren. Um diese Frage beantworten zu können, sind zunächst die Grundregeln für die bestandsrechtliche Gefahrtragung des ABGB heranzuziehen. Dabei spielen vor allem § 1104 ABGB und § 1105 ABGB eine wesentliche Rolle, dies unabhängig davon, ob auf das gegenständliche Bestandverhältnis das Mietrechtsgesetz voll, teilweise oder überhaupt nicht anzuwenden ist.<sup>4</sup>

### A. Allgemeines zu § 1096 ABGB

Die Ausgangsbasis stellt § 1096 ABGB dar, welcher drei wesentliche Pflichten des Bestandgebers regelt. Demnach haben Vermieter und Verpächter dafür zu sorgen, dass das in Bestand genommene Objekt auf eigene Kosten in einem brauchbaren Zustand übergeben wird. Weiters ist dieser Zustand vom Vermieter bzw Verpächter auch während

---

<sup>3</sup> vgl etwa § 1 der Verordnung des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, BGBl II 2020/96.

<sup>4</sup> *Ehgartner/Weichbold*, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume?, wbl 2020, 250.

des vereinbarten Zeitraums zu erhalten und in der weiteren Folge der Bestandgeberseite untersagt, die Bestandnehmerseite in dem vereinbarten Gebrauch oder Genuss zu stören.<sup>5</sup>

Grundsätzlich erfolgt die Beurteilung der Brauchbarkeit in erster Linie nach dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck der in Bestand genommenen Sache. Das Bestandobjekt muss so verwendet werden können, wie dies für den Vertragszweck gewöhnlich ist und der Verkehrssitte entspricht. Sofern nichts anderes vereinbart ist, wird eine „mittlere Brauchbarkeit“ angenommen.<sup>6</sup> Bei der Bewertung der gewöhnlichen Brauchbarkeit wird auf jene Verkehrssitte und Grundsätze abgestellt, die im Zeitpunkt des Abschlusses des Bestandsvertrags vertreten und angenommen wurden.<sup>7</sup>

Kommt es jedoch zu einer wesentlichen Änderung der Maßstäbe während der laufenden Bestandsvertragsdauer, können auch entsprechende Weiterentwicklungen dazu führen, dass sich der ursprüngliche Leistungsumfang des Vermieters bzw Verpächters ändert. Dies vor allem, wenn es dabei um Schutzbestimmungen für die Gesundheit handelt.<sup>8</sup>

Kann das Bestandobjekt aufgrund einer derartigen Mangelhaftigkeit bei der Übergabe oder im Laufe der Bestandszeit ohne Verschulden des Bestandnehmers, nicht zu dem vereinbarten Zweck verwendet werden, hat der Bestandnehmer für die entsprechende Dauer und in dem Maße der Unbrauchbarkeit den Bestandszins nicht zu entrichten.<sup>9</sup> Auf die Mietzinsminderung kann bei der Miete unbeweglicher Sachen im Voraus nicht verzichtet werden<sup>10</sup>, da diese bei gänzlicher oder teilweiser Unbrauchbarkeit ex lege zusteht.<sup>11</sup> Der Bestandnehmer hat die mangelnde Brauchbarkeit zu behaupten und zu beweisen.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

<sup>6</sup> Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1096 ABGB Rz 4 (Stand 1.1.2000, rdb.at).

<sup>7</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 2 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

<sup>8</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 10 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

<sup>9</sup> vgl §1096 ABGB.

<sup>10</sup> vgl §1096 ABGB.

<sup>11</sup> RIS-Justiz RS0021443.

<sup>12</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 3 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

Im Gegensatz zu den Erhaltungspflichten des MRG oder WGG, ist § 1096 ABGB dispositiv<sup>13</sup>, wobei dabei die „allgemeinen schuldrechtlichen Schranken der Sittenwidrigkeit, des Wuchers und der Verkürzung über die Hälfte<sup>14</sup> gelten.<sup>15</sup>

Vom Schutzzweck der Norm sind zufällige Beeinträchtigungen umfasst. Daraus folgt, dass die Bestandgeberseite unabhängig vom Verschulden zur Erhaltung verpflichtet ist.<sup>16</sup> Hat hingegen der Bestandgeber die Unbenutzbarkeit verschuldet, steht dem Bestandnehmer neben der Zinsbefreiung bzw Zinsminderung auch Schadenersatz zu.<sup>17</sup> Die Bestandgeberseite haftet für jeden Schaden, der aufgrund der Pflichtvernachlässigung zur Gebrauchsgewährung entstanden ist. Die Rechtsprechung nennt hier Schäden am Eigentum, Personenschäden oder jene Schäden, die dadurch entstanden sind, dass das Bestandverhältnis frühzeitig beendet werden musste, weil der Bestandgeber seinen Erhaltungspflichten nicht nachgekommen ist.<sup>18</sup>

Kein Anspruch auf etwaige Bestandszinsminderung steht der Bestandnehmerseite zu, wenn der Bestandnehmer die Gebrauchsbeeinträchtigung selbst verschuldet hat, iSd § 1111 ABGB gegen die Pflicht, die Bestandsache im ordnungsgemäßen oder vertraglich bedungenen Zustand zurückzustellen<sup>19</sup>, verstoßen hat oder nach der Haftung für Erfüllungsgehilfen<sup>20</sup> dafür einzustehen hat.<sup>21</sup> Zudem wird der Bestandnehmerseite eine Zinsbefreiung bzw Zinsminderung verwehrt, wenn der Bestandnehmer die dafür ursächlichen Umstände hinnimmt.<sup>22</sup> Hat der Bestandnehmer zulässigerweise die Übernahme gewisser Erhaltungspflichten vertraglich vereinbart, kann er keine Zinsminderung bzw keinen Zinsentfall geltend machen, da ihm in diesem Fall die Erhaltungspflicht selbst trifft und daher das Risiko seiner Sphäre zugerechnet wird. Dies

---

<sup>13</sup> Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 3 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>14</sup> RIS-Justiz RS0018917.

<sup>15</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 8 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

<sup>16</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 13 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

<sup>17</sup> OGH 22.03.1983, 2 Ob 585/82, MietSlg 35.180.

<sup>18</sup> Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1096 ABGB Rz 12 (Stand 1.1.2000, rdb.at)

<sup>19</sup> Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 7<sup>5</sup> (2021) zu § 1111 ABGB.

<sup>20</sup> vgl § 1313 a ABGB.

<sup>21</sup> RIS-Justiz RS0129865.

<sup>22</sup> RIS-Justiz RS0021408.

führt entgegen den gesetzlichen Vorgaben dazu, dass nicht der Bestandgeber die Preisgefahr trägt, sondern der Bestandnehmer.<sup>23</sup>

Gründet sich die Unbenutzbarkeit hingegen auf einen Zufall, ist dies grundsätzlich unter Anwendung der Sphärentheorie der „neutralen Sphäre“ zuzurechnen. Handelt es sich dabei jedoch um Umstände des allgemeinen Lebensrisikos, sind diese der Sphäre des Bestandnehmers zuzurechnen. Sofern daher das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht ist, steht dem Bestandnehmer kein Mietzinsminderungsanspruch zu. Lehre und Rspr subsumieren unter dem Begriff „allgemeines Lebensrisiko“ beispielsweise Lärmbeeinträchtigungen im Rahmen von kommunalen Gleisverlegungsarbeiten<sup>24</sup>, sonstige Bauarbeiten auf dem Nachbargrundstück im Stadtgebiet<sup>25</sup>, die Zunahme des Verkehrsaufkommens auf einer Bundesstraße<sup>26</sup> aber auch die Ansiedlung eines Konkurrenzbetriebs und ein damit einhergehender Rückgang des Geschäftserfolgs<sup>27, 28</sup>.

Bei außerordentlichen Zufällen ist § 1096 ABGB nicht anwendbar, sondern § 1104 ABGB bzw bei einer bloß teilweisen Beeinträchtigung § 1105 ABGB.<sup>29</sup>

Wesentlich für die Berechnung der zustehenden Mietzinsminderung ist neben der Dauer der Beeinträchtigung auch die Intensität der Unbrauchbarkeit. Der Umfang der Unbrauchbarkeit wird daher nach der relativen Berechnungsmethode berechnet.<sup>30</sup> Dabei wird der Wert der mangelfreien Sache zum Vertragsabschluss im Verhältnis zum Wert der mangelhaften Sache betrachtet.<sup>31</sup> Bereitet die Berechnung des Ausmaßes der Minderung des Bestandzinses Schwierigkeiten, kann das Gericht auf Antrag oder von

---

<sup>23</sup> OGH 1 Ob 176/2012g = wobl 2013/9 (Riss).

<sup>24</sup> OGH 10.2.1999, 9 Ob 348/98m, MietSlg 51.127.

<sup>25</sup> OGH 5 Ob 57/13p = wobl 2014/29.

<sup>26</sup> OGH 1 Ob 89/02y = wobl 2003/75.

<sup>27</sup> OGH 09.06.2004, 9 Ob 54/04p.

<sup>28</sup> Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1107 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

<sup>29</sup> Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 5 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>30</sup> Prader, MRG<sup>6.04</sup> § 1096 ABGB (Stand 1.4.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at).

<sup>31</sup> Ofner, Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich, ZfRV 2020/13.

Amtswegen gem § 273 Abs 1 ZPO eine Entscheidung fällen und den Betrag nach freier Überzeugung festsetzen.<sup>32</sup>

## **B. Sondernorm des § 1104 ABGB**

§ 1104 ABGB regelt den Anwendungsfall, wenn das Bestandsobjekt zur Gänze unbenutzbar wird und beantwortet grundlegend die Frage, wem in diesem Fall das Risiko der Unbrauchbarkeit zugerechnet wird. Die in §1096 ABGB vorgesehene Grundregel wird durch diese Sondernorm durchbrochen, wenn die Unbrauchbarkeit auf einen außerordentlichen Zufall zurückzuführen ist.<sup>33</sup>

Damit die Regelungen des §1104 ABGB zur Anwendung kommen, ist es nicht notwendig, dass das Bestandsobjekt als solches absolut unbrauchbar wird. Der vereinbarte Gebrauchszweck muss vielmehr versagt sein.<sup>34</sup> Dies zeigt sich allein schon durch den direkt in der Norm erwähnten Anwendungsfall, nämlich die Seuche. Seuchen beeinträchtigen idR aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht die Substanz eines Bestandsobjekts.<sup>35</sup>

Wird das Bestandsobjekt durch den außerordentlichen Zufall zur Gänze unbrauchbar, so entfällt die Wiederherstellungspflicht des Bestandgebers. Im Umkehrschluss muss jedoch der Bestandnehmer in diesem Fall auch keinen Miet- oder Pachtzins bezahlen.<sup>36</sup>

Geht hingegen das in Bestand genommene Objekt selbst unter, führt dies in weiterer Folge zur Auflösung des Bestandverhältnisses.<sup>37</sup>

So wie § 1096 ABGB ist auch § 1104 ABGB dispositives Recht. Sohin können Bestandgeber und Bestandnehmer im Bestandvertrag eine für den Bestandnehmer

---

<sup>32</sup> Prader, MRG<sup>6.04</sup> § 1096 ABGB (Stand 1.4.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at), vgl. §273 Abs 1 ZPO.

<sup>33</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 3 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>34</sup> Binder/Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014) § 1104 ABGB Rz 3.

<sup>35</sup> Prader, MRG<sup>6.04</sup> § 1104 ABGB (Stand 1.4.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at) E4.

<sup>36</sup> vgl §1104 ABGB.

<sup>37</sup> vgl §1112 ABGB.

nachteilige Regelung<sup>38</sup> vorsehen, die dazu führen kann, dass der Mieter den Mietzins zahlen muss, obwohl das Bestandsobjekt aufgrund außerordentlicher Zufälle unbrauchbar (geworden) ist.<sup>39</sup>

Die im gesetzlichen Wortlaut enthaltene Aufzählung der Anwendungsfälle, wie etwa Feuer, Krieg, Seuche, große Überschwemmungen, ist nicht erschöpfend.<sup>40</sup> Bereits im Jahr 1987 entschied der OGH, dass diese „Elementarereignisse stets einen größeren Personenkreis auf eine Weise treffen, die durch eine gesetzliche Regelung über Ersatzansprüche nicht angemessen ausgeglichen werden kann“.<sup>41</sup>

Die Frage der Anwendbarkeit des § 1104 ABGB wurde bereits in einer Reihe von OGH-Entscheidungen behandelt, wobei eine Auseinandersetzung damit in der Literatur früher mehr stattfand als in der jüngsten Vergangenheit. Dies lässt sich vermutlich darauf zurückführen, dass in Österreich Themen wie Krieg oder Seuchen – zumindest in letzter Zeit – nicht sonderlich präsent waren.<sup>42</sup>

Vielmehr war der Höchstgerichtshof mit der Frage der Anwendung der Norm bei Erdbeben, Berg- & Lawinenstürze sowie Enteignungen, inneren Unruhen oder Umweltkatastrophen beschäftigt und bejahte deren Anwendung in den erwähnten Fällen.<sup>43</sup>

Hingegen verneinte der OGH Fälle eines bloß gewöhnlichen Zufalls wie zB ein Verkehrsunfall einer Straßenbahn, infolge dessen das Bestandsobjekt unbenutzbar wurde.<sup>44</sup> Vereitelt der Bestandgeber die Benutzung oder kann der Zufall dem Bestandnehmer zugerechnet werden, kommen auch hier die Rechtsfolgen des § 1104 ABGB nicht in Betracht.<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup> Innerhalb der Schranken des § 879 ABGB.

<sup>39</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 8 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>40</sup> RIS-Justiz RS0020783.

<sup>41</sup> OGH 12.02.1987, 7 Ob 520/87.

<sup>42</sup> Hochleitner, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020/72.

<sup>43</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 14 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>44</sup> RIS-Justiz RS0020779.

<sup>45</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 15 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Bei der Anwendung des § 1104 ABGB kommt es zu einer Durchbrechung der Regelungen des § 1096 ABGB. Grundsätzlich hat derjenige, der sich auf die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB beruft, die Anwendbarkeit zu beweisen. Der Bestandgeber hat demnach zu behaupten und zu beweisen, dass im konkreten Fall die Voraussetzungen für die Rechtsfolgen des § 1104 ABGB vorliegen, wenn er der Ansicht ist nicht iSd § 1096 ABGB handeln zu müssen.<sup>46</sup>

### C. Sondernorm des § 1105 ABGB

Im Gegensatz zu § 1104 ABGB kommt § 1105 ABGB dann zur Anwendung, wenn die in Bestand genommene Räumlichkeit nicht zur Gänze unbrauchbar wird, sondern deren Benutzbarkeit beschränkt bzw eingeschränkt ist.<sup>47</sup>

Somit ist auch § 1105 ABGB eine Gefahrtragsregel, die festlegt, wer das Risiko für den Fall einer nicht gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjektes aufgrund außerordentlicher Zufälle<sup>48</sup> trägt. Genau wie § 1104 ABGB kommt es auch im Rahmen der Anwendung des § 1105 ABGB zu einer Durchbrechung der grundsätzlichen Pflicht zur Erhaltung und Wiederherstellung iSd § 1096 ABGB.<sup>49</sup>

Gesondert betrachtet werden muss hier jedoch, wenn das Bestandverhältnis kein Mietverhältnis, sondern ein Pachtverhältnis ist. § 1104 ABGB enthält keine gesonderte Regelung für Pachtverhältnisse. Hingegen differenziert § 1105 ABGB zwischen Geschäftsraummieten und Unternehmenspacht und schränkt die Möglichkeit der Geltendmachung eines geminderten Zinses bei Pachtverträgen auf jene Pachtverhältnisse ein, die nur auf ein Jahr befristet wurden.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> OGH 7 Ob 520/87 = JBl 1987, 377.

<sup>47</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 4 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>48</sup> Zu den außerordentlichen Zufällen vgl Ausführungen zu § 1104 ABGB.

<sup>49</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 ABGB Rz 4 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>50</sup> vgl § 1105 ABGB.

Wurde der Pachtvertrag nicht auf ein Jahr befristet, steht dem Pächter kein Recht auf Pachtzinsminderung zu. Hintergrund ist, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass weniger erfolgreiche Jahre durch die in den Folgejahren erzielten Überschüsse ausgeglichen werden können.<sup>51</sup> Dies gilt auch für eine Unternehmenspacht.<sup>52</sup>

Gegenüber den Regeln des MRG handelt es sich auch bei § 1105 ABGB um dispositives Recht, wodurch auch die Rechtsfolgen des § 1105 ABGB abdingbar sind.<sup>53</sup>

### **III. Exkurs: VfGH zur Unterscheidung zwischen Mieter und Pächter bei beschränkter Brauchbarkeit iSd § 1105 ABGB**

Während § 1104 ABGB keine differenzierte Behandlung von Mietern und Pächtern vornimmt, scheinen gem § 1105 ABGB Pächter schlechter als Mieter gestellt zu sein. Hintergrund für diese Regelung ist, dass der Gesetzgeber dabei auf Pachtverhältnisse in der Landwirtschaft abgestellt hat. Es wurde davon ausgegangen, dass wenn ein über ein Jahr andauerndes Pachtverhältnis vorliegt „anfallende Mindererträge durch Mehrerträge der anderen Jahre ausgeglichen werden“.<sup>54</sup>

Im Rahmen der gerichtlichen Durchsetzung von etwaigen Mietzinsminderungen, überrascht es wenig, dass das Thema Bestandzinsreduktion bzw eher Bestandzinsausfall auch bei Pachtverhältnissen schlagend wird. Die Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht spielt eine erhebliche Rolle aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen und bereitet in der Praxis oftmals Schwierigkeiten. Gerade in Bezug auf die pandemiebedingten Betretungsverbote und die damit einhergehenden etwaigen

---

<sup>51</sup> Laimer/Schickmair in Resch, Corona-HB<sup>1.04</sup> Kap 11 Rz 9 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

<sup>52</sup> RIS-Justiz RS 0024906.

<sup>53</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 ABGB Rz 7 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>54</sup> Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 ABGB Rz 16 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Zinsminderungsmöglichkeiten, ist die Unterscheidung zwischen Unternehmenspacht und Geschäftsraummiete wesentlich.<sup>55</sup>

Nach stRsp ist eine Unternehmenspacht dann gegeben, „wenn ein bestehendes Unternehmen Gegenstand des Bestandvertrags ist“. Es ist daher nicht ausreichend, wenn der Bestandgeber dem Bestandnehmer bloß Räumlichkeiten zur Verfügung stellt. Vielmehr muss bereitgestellt werden, das zum wesentlichen Betrieb eines Unternehmens gehört, wie etwa Betriebsmittel, Kundenstock und Gewerbeberechtigung. Zu beachten ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass auf den Einzelfall abzustellen ist, da nicht immer alle genannten Merkmale zeitgleich vorliegen müssen. Als wesentliches Kriterium zur Differenzierung zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht wird die Betriebspflicht genannt.<sup>56</sup>

Kurz vor Fertigstellung der gegenständlichen Masterarbeit stellte der Verfassungsgerichtshof in der Entscheidung G 279/2021-15 vom 30.06.2022 klar, dass die scheinbare „Ungleichbehandlung“ von Mieter und Pächter verfassungskonform ist. Im gegenständlichen Exkurs wird ein stark gekürzter Überblick über das jüngst ergangene Erkenntnis des VfGH gegeben:

#### **A. Erkenntnis des VfGH zu G 279/2021-15 vom 30.06.2022**

Der Anrufung des Verfassungsgerichtshofs liegen zwei Verfahren des BG Meidling zu Grunde, welche verbunden wurden und in denen es um die Forderung von Bestandzinsen zweier Verpächterinnen gegen ihre Pächterin geht. Verpachtet wurden Gastronomiebetriebe, welche sich in Bürogebäuden befinden. In beiden Verfahren vor dem BG Meidling brachten die Klägerinnen (Verpächterinnen) vor, dass lediglich eine

---

<sup>55</sup> Tamerl/Kathrein, Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Ungleichbehandlung von Miete und Pacht hinsichtlich Bestandzinsminderung (<https://www.chg.at/keine-verfassungsrechtlichen-bedenken-gegen-ungleichbehandlung-von-miete-und-pacht-hinsichtlich-bestandzinsminderung/> , Stand 27.7.2022, zuletzt aufgerufen am 16.09.22).

<sup>56</sup> OGH 7 Ob 145/14w = wobl 2015/133.

teilweise Unbrauchbarkeit vorgelegen habe und daher gem § 1105 ABGB keine Reduktion des Pachtzinses möglich sei.

Das antragstellende Gericht, sohin das BG Meidling, stellte daher in Frage, ob die unterschiedlichen Rechtsfolgen des § 1105 ABGB für Mieter und Pächter und somit die ungleiche Behandlung (noch) zulässig sei.

Das BG Meidling vertrat die Ansicht, dass zwar nach stRsp § 1105 ABGB auch auf Unternehmenspachtverhältnisse anzuwenden ist, ursprünglich und insbesondere in jenem Zeitpunkt als das ABGB in Kraft getreten ist, der Gesetzgeber hauptsächlich die landwirtschaftliche Pacht im Sinne hatte. Eine wie vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit des Ausgleichs von Zeiträumen mit Mindererträgen durch Zeiträume mit höheren Erträgen mag zwar bei der landwirtschaftlichen Pacht durchaus möglich sein, kann aber bei der Unternehmenspacht nicht umgesetzt werden, da in der Regel ein Rückgang des Umsatzes in der Höhe von beispielsweise 50 % oder sogar mehr, in der Praxis in den nachfolgenden Geschäftsjahren kaum kompensiert werden kann. Zudem sei die Abgrenzung Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht oftmals nur schwer möglich.

Daher argumentierte das BG Meidling in weiterer Folge, dass die Differenzierung von Pächter und Mieter ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstelle und „unter den heutigen Umständen grob unsachlich“ sei.

Der VfGH teilte jedoch die vom BG Meidling bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken nicht.

Allein im Umstand, dass die Abgrenzung Unternehmenspacht oder Geschäftsraummiete in der Praxis uU nur schwer getroffen werden kann, sieht der VfGH keine Verfassungswidrigkeit gegeben. Vielmehr wird dadurch den ordentlichen Gerichten ermöglicht, „eine im jeweiligen Einzelfall sachgerechte Lösung zu finden“.

Der VfGH definiert Miete als „entgeltliche Überlassung einer Sache zum bloßen Gebrauch“, die Pacht hingegen als „entgeltliche Überlassung der Sache zu Gebrauch und

Fruchtziehung“. Der von einem Pächter „zu erzielende Ertrag (neben anderen Faktoren) hängt insbesondere von dessen Fleiß und Mühe (§ 1091 ABGB) und somit von seinem wirtschaftlichen Geschick ab“.

Zwar stellen sowohl die Miete als auch die Pacht ein Bestandverhältnis iSd § 1090 ABGB dar, doch unterscheiden sie sich wesentlich in ihrem „wirtschaftlichen Gehalt“. Die daraus resultierende Ungleichbehandlung ist daher im Grunde sachlich gerechtfertigt. Hinsichtlich der gänzlichen Unbrauchbarkeit iSd § 1104 ABGB werde daher auch nicht zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht differenziert.

Es ist auch sachlich gerechtfertigt, dass der Pächter „das wirtschaftliche Risiko aus dem Pachtvertrag (teilweise) trägt, da ein Pächter in der Lage ist durch „Fleiß und Mühe die durch die teilweise Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes verursachte Minderung des Ertrages zu beeinflussen“, im Gegensatz zum Verpächter, der darauf keinen Einfluss hat. Zudem steht es jedem Pächter und Verpächter in Hinblick auf die dispositive Regelung des § 1105 ABGB frei andere Gefahrtragungsregeln vertraglich zu vereinbaren. Auch kann nicht erkannt werden, dass die Regelung nur auf die landwirtschaftliche Pacht zutrifft und nicht auch bei Unternehmenspachtverhältnisse ein Ausgleich von guten und schlechten Wirtschaftsperioden möglich ist.

Aus all dem zieht der VfGH den Schluss, dass bei der Differenzierung zwischen Pächter und Mieter kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegt.<sup>57</sup>

#### **IV. Anwendbarkeit des § 1104 ABGB auf die COVID-19 Pandemie**

Zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Masterthesis liegen zehn Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs vor, die sich mit dem Thema Mietzinsminderung bzw gänzlicher Mietzinsentfall in Zeiten von behördlich verhängten Betretungsverboten

---

<sup>57</sup> VfGH 30.06.2022 G 279/2021-15.

auseinandersetzen und allfällige Rechtsfolgen behandeln und offene Rechtsfragen zu klären versuchen.

Anhand dieser Entscheidungen wird auch auf die Besonderheiten der §§ 1104, 1105 in Verbindung mit der COVID-19 Pandemie eingegangen und es werden die unterschiedlichen Lehrmeinungen zu diversen Fragestellungen aufgezeigt, wobei die jeweilige Beurteilung bzw Entscheidung des OGH den Abschluss bildet.

### **A. Sonnenstudio – OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y**

#### **1. Sachverhalt**

Die erste Entscheidung betrifft den Zeitraum April 2020, sohin den sog. „ersten Lockdown“<sup>58</sup>. Vertraglich wurde im Mietvertrag als Verwendungszweck „Sonnenstudio und artverwandte Tätigkeiten samt arttypischen Nebengebieten wie Getränkeausschank, Verkauf Zubehör/Pflegeartikel etc“ vereinbart. Das MRG ist auf das gegenständliche Bestandverhältnis anwendbar.<sup>59</sup>

Die Klägerin, Mieterin des im Eigentum des Beklagten stehenden Geschäftslokals, schaltete Mitte März insbesondere Heizung und Strom sowie sämtliche Geräte zur Gänze ab und nahm ihren Computer mit nach Hause. Aufgrund des andauernden Betretungsverbots teilte die Klägerin dem Beklagten am 01.04.2020 mit, dass das Betretungsverbot auch für das von ihr gemietete Objekt gelte und sie mangels Nutzbarkeit keinen Mietzins zu entrichten habe. Trotz eines gerichtlichen Räumungsvergleichs vom 28.01.2020 zahlte die Klägerin (Mieterin) im April 2020 daher weder den Mietzins noch

---

<sup>58</sup> Ab dem 16.03.2020 wurde bundesweit aufgrund der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 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. (BGBl II 2020/96).

<sup>59</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

Betriebs- oder Heizkosten. Das behördlich verordnete Betretungsverbot für den Kundenbereich galt für das Geschäftslokal der Klägerin bis zum 30.04.2020.<sup>60</sup>

## **2. Lehrmeinungen zur Qualifikation der COVID-19-Pandemie als außerordentlicher Zufall**

Zunächst musste die Frage geklärt werden, ob Mieter bzw Pächter trotz der behördlich verordneten Betretungsverbote weiterhin die vollen Miet- bzw Pachtzinse zu entrichten haben oder, ob hier etwaige Zinsminderungen oder sogar ein gänzlicher Entfall des Zinses möglich wären. Diese Frage wurde in der Lehre mitunter kontrovers diskutiert:

*Lovrek* beispielsweise argumentiert damit, dass § 1104 ABGB „Seuche“ bereits direkt als Tatbestandselement im Normtext enthält und COVID-19 aufgrund der weltweiten Verbreitung und der Meldepflicht als Seuche qualifiziert werden kann. Bei der Corona-Pandemie ist jedoch der Fall, dass die gegenständlichen Gebrauchsbeeinträchtigungen der Bestandobjekte nicht direkt durch die Auswirkung von COVID-19 auf das jeweilige Bestandobjekt selbst entstehen, sondern vielmehr die Gebrauchsbeeinträchtigung Folge behördlich verordneter Maßnahmen zur Eindämmung der Verbreitung von COVID-19 ist. Es ist nicht erforderlich, dass das Bestandobjekt per se durch die Seuche beeinträchtigt wird, sondern liegt auch dann eine Unbrauchbarkeit vor, „wenn der Bestandnehmer aus nicht aus seiner Sphäre stammenden Gründen an der vertragsgemäßen Nutzung gehindert ist“. Dabei darf eine etwaige Schließung des im Bestandobjekt geführten Betriebes nicht auf eine „freie wirtschaftliche Entscheidung“ des Bestandnehmers zurückzuführen sein, sondern ist zu prüfen, ob das in Bestand genommene Objekt für den gegenständlichen Mieter bzw Pächter unbenutzbar wird oder ob das Bestandobjekt auch von anderen Mietern bzw Pächtern – unter der Annahme, diese hätten denselben Nutzungszweck vereinbart – nicht genutzt werden kann. Im ersten Fall würde die Unbenutzbarkeit der

---

<sup>60</sup> BGBl 2020/151 Z6.

Mietersphäre zugerechnet werden und hätte zur Folge, dass der Mieter keinen Anspruch auf etwaige Mietzinsminderung bzw Mietzinsentfall hätte.<sup>61</sup>

Auch *Pesek* ist der Ansicht, dass primär der vertraglich vereinbarte Verwendungszweck ausschlaggebend und § 1104 ABGB dann anwendbar ist, wenn es durch „öffentlich-rechtlichen Maßnahmen zu einer Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs eines Geschäftslokals, wie etwa durch Betretungsverbote, Beschränkungen der Öffnungszeiten oder Personenbegrenzungen“ kommt.<sup>62</sup>

Nach *Laimer/Schickmair* ist die „COVID-19-Pandemie als elementares Ereignis anzusehen, das einen größeren Personenkreis betrifft, vom Menschen nicht beherrschbar ist und demzufolge als außerordentlicher Zufall iSd § 1104 ABGB einzustufen.“<sup>63</sup>

Hingegen sehen *Krenn/Schüßler-Datler* den Zweck der Rechtsfolgen des § 1104 ABGB darin, dass im Falle von „Elementarereignissen“ beide Parteien, sohin Bestandnehmer und Bestandgeber, von den „vertraglichen Hauptleistungspflichten entbunden werden“ sollen, ohne dabei gegen etwaige vertragliche Pflichten zu verstoßen. Ein Ereignis ist dann zufällig, wenn es ohne Verschulden beider Parteien auftritt. Außerordentlich ist das zufällige Ereignis, wenn es Menschen unmöglich ist, das Ereignis zu beherrschen und zu kontrollieren und es dadurch zu einer massiven Beeinträchtigung eines größeren Personenkreises kommt. Denn in diesen besonderen Fällen werden beide Vertragspartner „mehr als genug andere Sorgen haben“, weshalb „das Gesetz ihnen durch § 1104 ABGB jene Sorgen nehmen möchte, die sich aus dem Mietvertrag ergeben.“ Da als Rechtsfolge für die Vermieterseite der Entfall der Wiederherstellungspflicht vorgesehen ist, kann eine Beeinträchtigung iSd § 1104 ABGB nur dann vorliegen, „wenn das Bestandobjekt selbst berührt ist, also überhaupt die Möglichkeit der Wiederherstellung des Bestandobjekts für den Bestandgeber abstrakt möglich ist.“ Jedoch waren Bestandobjekte selbst nie durch COVID-19 beeinträchtigt. Nach Ansicht von *Krenn/Schüßler-Datler* ist das auch

---

<sup>61</sup> *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60.

<sup>62</sup> *Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, wobl 2021, 125.

<sup>63</sup> *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-HB<sup>1.06</sup> Kap 11 Rz 6-10 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

schlüssig nachvollziehbar, da es Ausnahmen der behördlich verordneten Betretungsverbote gab und etwa Objekte, in denen Lebensmittelmärkte, Drogerien oder Apotheken betrieben wurden, uneingeschränkt betreten werden konnten. Zudem wurden Betretungsverbote immer nur für Kundenbereiche ausgesprochen. Den Bestandnehmern selbst war das Betreten der Räumlichkeiten zu keiner Zeit untersagt. Zusätzlich kam es während der unterschiedlichen Lockdownzeiträume zu einer teilweisen Erweiterung jener Bereiche, die betreten werden konnten. Sohin „ergibt sich das Betretungsverbot daher nicht aus dem Bestandsobjekt oder dessen Eigenschaft oder sonstigen im Bestandsobjekt gelegenen Gründen, sondern allein aus der Art der vom Bestandnehmer darin ausgeübten Geschäftstätigkeit.“ Folge der branchenspezifischen Betretungsverbote ist, dass dies seitens der Bestandgeber zu einer nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlung führte. *Krenn/Schüßler-Datler* sehen die Betretungsverbote vielmehr in der Bestandnehmersphäre und verneinen die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB. Vielmehr teilen sie die Ansicht, dass § 1107 ABGB anwendbar ist, sohin der Bestandnehmer die Pflicht hat, den Bestandszins uneingeschränkt zu entrichten.<sup>64</sup>

Auch *Broesigke/Ruf* vertreten die Ansicht, dass zwar an sich gewisse Bestandsobjekte nicht genutzt werden konnten, dies jedoch nicht aufgrund von COVID-19 selbst, sondern aufgrund der verordneten staatlichen Maßnahmen, die das Betreten des Bestandsobjekts verboten haben. Sohin ist der Bestandgeber seiner Pflicht, das Bestandsobjekt zu überlassen und zu erhalten nachgekommen, „da sich aus einem Betretungsverbot des Kundenbereiches eines Bestandsobjekts nicht eine Unbrauchbarkeit des Bestandsobjekts an sich ergibt“. *Broesigke/Ruf* sehen zudem auch nicht einen größeren Personenkreis betroffen. Zwar waren bzw sind an sich alle Österreicher „mittelbar“ von COVID-19 betroffen, sei es in Form von Ausgangsbeschränkungen oder „Bezug von lokalen Waren“, jedoch gab es eine Reihe von Betriebsstätten, die während aller Lockdownzeiträume – ohne etwaige Sanktionen – betreten werden konnten. Dies zeigt, dass kein allgemeiner

---

<sup>64</sup> *Krenn/Schüßler-Datler*, Miete zahlen oder nicht?, RZ 2020, 123.

großer Kreis an Personen vom Betretungsverbot betroffen war, sondern „vielmehr einzelne Betriebsstätten bzw Berufsparten“ davon tangiert waren.<sup>65</sup>

### **3. Ansicht des OGH betreffend Anwendbarkeit des §1104 ABGB**

In weiterer Folge hatte sich auch der OGH mit der Frage der Anwendbarkeit des §1104 ABGB auseinanderzusetzen. Wie bereits in früheren Entscheidungen erörtert wurde, sind nach Ansicht des OGH „außerordentliche Zufälle“ im Sinne des § 1104 ABGB „elementare Ereignisse, die von Menschen nicht beherrschbar sind, sodass für deren Folgen im Allgemeinen von niemandem Ersatz erwartet werden kann; diese Elementarereignisse treffen stets einen größeren Personenkreis auf eine Weise, die durch eine gesetzliche Regelung über Ersatzansprüche nicht ausgeglichen werden kann“.<sup>66</sup>

Da Seuche explizit in den Tatbestandsmerkmalen des § 1104 ABGB genannt wird, definiert der OGH in seinem Urteil Seuche als „eine Infektionskrankheit, die infolge ihrer großen Verbreitung und der Schwere des Verlaufs eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt“.<sup>67</sup> Daraus schlussfolgert der OGH, dass diese Umstände auch zweifelsfrei bei der COVID-19-Pandemie verwirklicht sind.<sup>68</sup>

Dass die Unbrauchbarkeit nicht per se durch die COVID-19-Pandemie erfolgte, sondern infolge daraus resultierender, hoheitlicher Anordnungen in Form von Betretungsverboten, ändert nichts an der Anwendbarkeit des § 1104 ABGB und entspricht laut OGH vielmehr der stRsp<sup>69, 70</sup>.

---

<sup>65</sup> *Broesigke/ Ruff*, Zinsminderungsansprüche von Geschäftsraummieter während der Coronavirus-Krise unter Einbindung der Sphärentheorie, immo aktuell 2020, 77.

<sup>66</sup> OGH 12.02.1987, 7Ob520/87; OGH 1Ob306/02k = ecolex 2003,517 = Rdw 2003,498 = immolex 2003,264 = wobl 2003,371/199 = MietSlg 55.141 (6) = SZ 2003/18 = Schinnagl/Groeschl, Der Mieter 2015,44 (Rechtsprechungsübersicht) = Edelhauser, ÖJZ 2020/46 S 341.

<sup>67</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>68</sup> vgl RIS-Justiz RS0133812.

<sup>69</sup> vgl RIS-Justiz RS0038602; RS002489.

<sup>70</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

#### **4. Teilweise Nutzung**

Der Beklagte brachte vor, dass durch das Verbleiben der Sonnenbänke im gemieteten Bestandobjekt, dies zu einer zumindest teilweisen Nutzung des Bestandobjekts führe und sohin die Klägerin zumindest teilweise zur Zahlung des Bestandzinses verpflichtet sei.

Das Vorliegen einer teilweisen Nutzung nahm der OGH nicht an, da die Klägerin in dem Bestandobjekt weder Administrationstätigkeiten ausübte, noch sonstige Gegenstände dort gelagert wurden. Da im gegenständlichen Fall die Klägerin neben Heizung und Strom auch alle übrigen Geräte ausschaltete bzw diese teilweise mit nach Hause nahm, kam es weder zu einer „Abnützung der Räumlichkeiten noch zu einem Energieverbrauch“.

Aus alldem folgt, dass dies nicht als „Nutzung“ des Bestandobjektes zum vertraglich vereinbarten (Geschäfts-)Zweck angesehen wird, wenn lediglich das Inventar (hier Sonnenbänke) in den gemieteten Räumlichkeiten verbleibt.<sup>71</sup>

#### **5. Fazit**

In der ersten OGH –Entscheidung bejahte der OGH sohin die Fragen, ob § 1104 ABGB auf diese Sachverhalte anwendbar und ob COVID-19 eine Seuche ist. Zudem stellte er klar, dass das Belassen von Einrichtungsgegenständen in den gemieteten Räumlichkeiten keine teilweise Nutzung darstellt. Konnte daher ein Bestandobjekt aufgrund eines behördlich verhängten Betretungsverbot zur Gänze nicht gebraucht werden, ist der Bestandnehmer nicht verpflichtet den vorgeschriebenen Bestandzins zu zahlen.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>72</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

## **V. Vertraglicher Ausschluss des §1104 ABGB sowie etwaige Herausgabepflicht des vom Mieter bezogenen Fixkostenzuschusses an den Vermieter**

In der folgenden Entscheidung war der OGH mit der Auslegung einer Vertragsklausel, mit der im gegenständlichen Mietvertrag die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB abbedungen wurde, sowie mit der Beurteilung einer allfälligen Herausgabepflicht von Förderungen des Bestandnehmers an den Bestandgeber konfrontiert:

### **A. Nagel- und Kosmetikstudio – OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m**

#### **1. Sachverhalt**

Die zweite Entscheidung betrifft die Monate März und April 2020, November und Dezember 2020 sowie Jänner und März 2021<sup>73</sup>. Die Beklagte ist Mieterin und Betreiberin eines Nagel- und Kosmetikstudios, welches sich in einem Einkaufszentrum mit rund 150 anderen Geschäften befindet. Da sich unter diesen auch Apotheken, Lebensmittelmärkte und Drogerien, sohin Geschäfte der Grundversorgung befanden, war das Einkaufszentrum an sich während der gesamten Lockdown-Zeiträume stets geöffnet. Der Bestandvertrag sah vor, dass „wesentliche Änderungen oder Erweiterungen der Sortimentszusammensetzung oder der Betriebsausübungsform der vorigen schriftlichen Zustimmung des Bestandgebers bedürfen“. Der Beklagten war es zudem verboten, ihre Waren „ausschließlich oder überwiegend im Internet zu verkaufen und den

---

<sup>73</sup> Der erste Lockdown war vom 16.03.2020 bis 30.04.2020 (Verordnung über vorläufige Maßnahmen BGBl II 2020/96, verlängert durch die Änderungsverordnungen BGBl II 2020/110 und BGBl II 2020/151). Der zweite Lockdown dauerte von 17.11.2020 bis 06.12.2020 (Grundlage COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II 2020/479). Im Zeitraum zwischen 26.12.2020 bis 07.02.2021 kam es zum dritten Lockdown (zweite bis vierte COVID-19-Notmaßnahmenverordnungen BGBl II 2020/598, BGBl 2021/27, BGBl II 2021/49).

Bestandgegenstand bloß für die Ausgabe der über das Internet bestellten Waren an die Kunden zu nutzen“.

Der Mietvertrag enthält einen Verzicht auf Mietzinsminderung „oder Zurückhaltung des Bestandentgelts, insbesondere gemäß §§ 1096 und 1104 ABGB, sofern die Nutzung und Benutzbarkeit des Bestandobjekts nicht durch Umstände, die der Bestandgeber (die Vorinstanzen sprechen hier irrtümlich vom Bestandnehmer) zumindest grob fahrlässig zu verantworten hat, wesentlich (sowohl betreffend Umfang und Dauer) eingeschränkt wird oder dem Bestandnehmer hieraus ein erheblicher, nachweislicher Nachteil entsteht“.

Die Beklagte zahlte in den betroffenen Zeiträumen teilweise die Hälfte des Mietzinses, teilweise aliquot und in manchen Monaten wie etwa April 2020, Jänner 2021 und März 2021 gar keine Miete. Auch eine Nachforderung über Betriebskosten für das Jahr 2020 bezahlte die Beklagte nicht. Für die genannten Zeiträume erhielt die Beklagte neben dem Fixkostenzuschuss auch Umsatzersatz.

Neben der Zahlung der offenen Mietzinse und der offenen Betriebskostennachzahlung beehrte die Klägerin auch die Räumung des gemieteten Bestandobjekts. Die Klägerin brachte unter anderem vor, dass keine behördliche Sperre des Geschäftslokals selbst vorgelegen, sondern „lediglich ein Betretungsverbot für das Publikum bestanden“ habe, das Einkaufszentrum stets geöffnet gewesen sei und ohnehin aufgrund des vereinbarten Verzichts keine Mietzinsminderung seitens der Beklagten gem § 1104 ABGB geltend gemacht werden könne.

Dem entgegnete die Beklagte, dass sie das Bestandobjekt in diesen Zeiten nicht zum vertraglich vereinbarten Zweck nutzen konnte und etwaige staatliche Förderungen „keinen Einfluss auf das bestandsrechtliche Äquivalenzverhältnis“ hätten.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

## 2. Lehrmeinungen betreffend Unbenutzbarkeit

Ist ein Betrieb aufgrund der pandemiebedingten Schutzmaßnahmen zur Gänze geschlossen, liegt nach *Lovrek* eine gänzliche Unbrauchbarkeit dann vor, wenn im Bestandobjekt bisher jener Betrieb ausgeführt wurde, der auch im Bestandvertrag konkret vereinbart wurde. Wenn, wie in einer Vielzahl von Bestandverträgen, die Nutzung des Bestandobjekts nicht näher definiert wurde, muss die Unbenutzbarkeit nach der bisherigen Nutzung, sofern diese zulässigerweise erfolgte, beurteilt werden. Eine teilweise – wenn auch wohl nur eine eher geringe - Brauchbarkeit wird dann gegeben sein, wenn ein Betreiber eines Gastronomiebetriebs einen Liefer- bzw Abholdienst anbietet, unabhängig davon, ob er diesen bereits vor dem Ausbruch der Pandemie betrieben hat oder nun „als Reaktion auf die Lokalschließung“ anbietet. Die Lagerung von Waren kann dann zu einer Restnutzung führen, wenn dies typisch für den vereinbarten Verwendungszweck ist, wie beispielsweise Möbelhäuser mit Lagerflächen. Dasselbe gilt für Büroräumlichkeiten, wobei der Umfang der etwaigen Gebrauchsbeeinträchtigung von der betriebenen Tätigkeit abhängt oder etwa, ob die Leistungen im Homeoffice oder Online unbeeinträchtigt erbracht werden können.<sup>75</sup>

## 3. Ansicht des OGH betreffend Unbenutzbarkeit

Bei der Beurteilung der Frage der Brauchbarkeit des Bestandobjekts wird idR auf den Vertragszweck abgestellt. Dabei werden die gewöhnliche Verwendung und die Verkehrssitte herangezogen. Kann der vertraglich vereinbarte Geschäftszweck nicht mehr ausgeübt werden, liegt Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts vor.<sup>76</sup>

Dabei muss eine allfällige Unbenutzbarkeit nicht „objektbezogen“ sein, sondern kann auch aus dem Vorliegen „hoheitlicher (gesetzlicher oder behördlicher) Maßnahmen“

---

<sup>75</sup> *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60.

<sup>76</sup> vgl RIS-Justiz RS0020926, RS0021054.

resultieren. „Ist der bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts im Sinn des § 1104 ABGB.“<sup>77</sup>

Da es sich im gegenständlichen Fall um ein Mietobjekt in einem Einkaufszentrum handelte, stellte der OGH klar, dass bei der Beurteilung der Frage, ob das fragliche Bestandobjekt im Sinne des Vertragszwecks genutzt werden konnte, nicht auf das „übrige geschäftliche Umfeld“ abgestellt wird. Für die Brauchbarkeit eines im Einkaufszentrum befindlichen Nagel- und Kosmetikstudios bleibt es sohin ohne Belang, ob benachbarte Geschäfte des Lebensmittelhandels, Drogeriemärkte oder Apotheken während der Lockdown-Zeiträume geöffnet sein konnten. Es muss immer auf das „konkrete Geschäftslokal“ abgestellt werden.<sup>78</sup>

#### **4. Vertraglicher Ausschluss des § 1104 ABGB**

Zunächst wiederholte der OGH in seiner Entscheidung seine generellen Ausführungen betreffend die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB. Unbestritten ist, dass § 1104 ABGB an sich dispositiv ist.<sup>79</sup>

Im gegenständlichen Mietvertrag wurde zunächst vertraglich auf die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB verzichtet. § 914 ABGB enthält Auslegungsregeln bei Verträgen. Demnach ist bei einer Vertragsauslegung zunächst vom „buchstäblichen Sinn des Ausdrucks“ auszugehen, der sog. Wortinterpretation. Daneben ist aber auch immer der Parteiwille zu ermitteln und sollte daher herausgefunden werden, welche Absichten die Erklärenden hatten. Dabei sind die Absichtserklärungen so zu verstehen, „wie es der

---

<sup>77</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>78</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m

<sup>79</sup> vgl. Ausführungen unter Punkt II B.

Übung des redlichen Verkehrs entspricht“ und sind „die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche heranzuziehen“. <sup>80</sup>

Die gegenständliche Klausel über den Verzicht der Anwendung des § 1104 ABGB sieht eine Ausnahme vor. Einerseits sofern eine etwaige Unbrauchbarkeit auf Umstände beruht, die der Bestandgeber zumindest grob fahrlässig verursacht hat oder die andererseits dazu führen, dass dem Bestandnehmer ein „erheblicher nachweislicher Nachteil entsteht“. Nach Ansicht des OGH wird mit dem in der Klausel verwendeten Wort „oder“ verdeutlicht, dass es sich um zwei Ausnahmefälle handelt und sohin die Beklagte nicht auf ihr Mietzinsminderungsrecht iSd § 1104 ABGB verzichtet hat. <sup>81</sup>

Der OGH wertet die COVID-19-Pandemie nicht als allgemeines Unternehmerrisiko, wodurch das Risiko nicht nur auf die Seite des Bestandnehmers fällt. Bei der Risikobewertung ist darauf abzustellen, ob das Mietobjekt aufgrund des beeinträchtigenden Ereignisses nur für den konkreten Mieter oder für alle anderen Mieter in gleicher Weise unbrauchbar war. <sup>82</sup>

## **5. Lehrmeinungen zur Herausgabepflicht des von Bestandnehmern bezogenen Fixkostenzuschusses an die Bestandgeber**

Um die österreichische Wirtschaft zu unterstützen, wurde seitens der Bundesregierung im Rahmen des Corona Hilfs-Fonds der Fixkostenzuschuss ins Leben gerufen. <sup>83</sup> Unternehmen, die im Zeitraum zwischen 16. März 2020 und 15. September 2020 aufgrund der COVID-19-Pandemie Umsatzeinbußen in der Höhe von mehr als 40 % hatten, war es möglich den sog. Fixkostenzuschuss I (FKZ I) zu beantragen.

---

<sup>80</sup> vgl. §914 ABGB, RIS-Justiz RS0017915.

<sup>81</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>82</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>83</sup> <https://www.fixkostenzuschuss.at/fkz1/> (zuletzt aufgerufen am 16.09.2022).

Als Fixkosten wurden von der COFAG unter anderem Geschäftsraummieten und Pachtzinse<sup>84</sup> angesehen.<sup>85</sup>

Dies führte dazu, dass viele Bestandgeber – darunter auch die Klägerin – die Ansicht vertraten, dass Bestandnehmer die erhaltenen staatlichen Beihilfen anteilig an die Bestandgeber herauszugeben haben.<sup>86</sup>

Um die Frage beantworten zu können, ob ein Bestandgeber die Herausgabe von bezogenen Förderungen verlangen kann, sind die Grundsätze des stellvertretenden Commodums heranzuziehen. Für diesen Anspruch findet sich keine gesetzliche Regelung<sup>87</sup>, das stellvertretende Commodum wird jedoch von der hL und Rspr als Instrument anerkannt.<sup>88</sup>

Geht eine Leistung unter und erhält der Schuldner stattdessen einen Ersatzwert oder Vorteil für die an sich untergegangene Leistung, kann der Gläubiger statt der untergegangenen Leistung vom Schuldner verlangen, den dafür erlangten Vorteil herauszugeben. Als Beispiele dafür können etwa Versicherungsleistungen oder Schadenersatzleistungen genannt werden. Ziel ist es damit, die „Unmöglichkeit der Leistungserbringung samt deren Rechtsfolgen“ zu verhindern. *Nemetschke/ Koloseus* sehen diese Konstruktion aber im Falle eines erhaltenen Fixkostenzuschusses nicht gegeben, da durch die behördlich verhängten Betretungsverbote und pandemiebedingten Maßnahmen kein „mietvertraglich geschuldeter Vermögenswert des Mieters untergeht“. Vielmehr ist durch die Benutzungsbeschränkungen des Bestandobjekts die Leistung des Vermieters, der ja eigentlich für die ungestörte Benutzbarkeit des Bestandobjekts zu sorgen hat, betroffen. Der Umsatzausfall ist nicht auf die Leistungspflicht des Bestandzinsschuldners zurückzuführen. Da sohin keine Leistung seitens des Schuldners untergeht, kann auch ein erhaltener Fixkostenzuschuss kein stellvertretendes Commodum

---

<sup>84</sup> Unter der Bedingung, dass diese unmittelbar mit der Geschäftstätigkeit des Unternehmens in Verbindung standen.

<sup>85</sup> <https://www.fixkostenzuschuss.at/fkz1/#grundlegende-informationen> (zuletzt aufgerufen am 16.09.2022).

<sup>86</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>87</sup> Teilweise wird §1447 Satz 3 ABGB, aber auch §1041 ABGB herangezogen.

<sup>88</sup> *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 1447 (Stand 15.1.2021, rdb.at).

sein, da ein Fixkostenzuschuss nicht „an die Stelle eines vertraglich geschuldeten Vermögenswerts des Förderungsempfängers“ tritt.<sup>89</sup>

*Hochleitner* sieht die Verpflichtung der Bestandnehmer Förderungen zu beantragen als gegeben und ist der Ansicht, dass eine Anrechnung etwaiger Zuschüsse bei den Bestandnehmern vorzunehmen ist und argumentiert dies mit der Heranziehung der Regelungen betreffend des stellvertretenden Commodums, ansonsten eine Bereicherung seitens des Mieters gegeben ist. Schließlich sieht *Hochleitner* den Zweck des Fixkostenzuschusses insbesondere darin, Pacht- und Mietzinse zu decken.<sup>90</sup>

Auch *Oberhammer* sieht in der Unterlassung der Herausgabe von Zuschüssen seitens des Bestandnehmers eine Ungerechtigkeit vorliegen, da es uU dazu führen kann, dass Bestandnehmer aufgrund des Nichtbezahls des Mietzinses und des Erhalts von staatlichen Förderungen „wirtschaftlich bessergestellt werden als zuvor“ und dies zu Lasten des Bestangebers, der zwar leistet, aber nichts dafür erhält.<sup>91</sup>

## **6. Ansicht des OGH betreffend Herausgabepflicht von Zuschüssen**

Zur Beurteilung dieser Frage zog der OGH die Förderungsrichtlinien<sup>92</sup> der COFAG heran. Ziel des Fixkostenzuschusses war die „Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten von Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung von COVID-19 und den dadurch verursachten wirtschaftlichen Auswirkungen“.<sup>93</sup> Nach den Richtlinien müssen die begünstigten Unternehmen „zumutbare Maßnahmen gesetzt haben, um die durch den Fixkostenzuschuss zu

---

<sup>89</sup> *Nemetschke/ Koloseus*, Umsatzensatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021/95.

<sup>90</sup> *Hochleitner*, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020/72.

<sup>91</sup> *Oberhammer*, Pandemie und Geschäftsraummieter, JBI 2021, 493.

<sup>92</sup> Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG), BGBl. II Nr. 225/2020.

<sup>93</sup> Punkt 1.1 in der Präambel der Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG), BGBl. II Nr. 225/2020.

deckenden Fixkosten zu reduzieren (Schadensminderungspflicht mittels ex ante Betrachtung).“<sup>94</sup>

Nach Ansicht des OGH liegt keine gesetzliche Verpflichtung vor, die erlangten Fixkostenzuschüsse an die Bestandgeber weiterzureichen. Er qualifizierte diese Zuschüsse als „finanzielle Zuwendung der betroffenen Unternehmen, um deren Liquidität sicherzustellen. Ist der betroffene Unternehmensträger Bestandnehmer, so ist dieser Förderungssubjekt.“ Daraus kann keine Verpflichtung zur Herausgabe der staatlichen Förderung der Bestandnehmer resultieren. Die gewährten Zuschüsse sollen nicht dazu dienen, den „gesetzlichen Mietzinsentfall der Geschäftsraumvermieter wettzumachen“. Der OGH begründet dies mit der in den Richtlinien der COFAG vorgesehenen Schadensminderungspflicht des Unternehmers. In der Schadensminderungspflicht sieht der OGH eine Pflicht des Bestandnehmers gegeben, Mietzinsminderungen geltend zu machen, da auch ex post Kontrollen durch die COFAG denkbar sind. Ein Verständnis dahingehend, dass der Bestandnehmer die Unterstützungsleistung an den Bestandgeber herausgeben soll, ist ausgeschlossen.<sup>95</sup>

## **7. Fazit**

In der zweiten OGH-Entscheidung verneinte der OGH sohin die Herausgabepflicht der vom Bestandnehmer bezogenen Zuschüsse. Ein im Bestandvertrag vorhandener Passus betreffend Ausschluss der Geltendmachung der Ansprüche aus § 1104 und § 1096 ABGB ist im Einzelfall nach den dafür vorgesehenen Auslegungsregelungen auszulegen und zu bewerten. Zudem ist die Unbrauchbarkeit eines Geschäftslokals nicht abhängig von der

---

<sup>94</sup> Punkt 3.1.7. der Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG), BGBl. II Nr. 225/2020.

<sup>95</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

Umgebung, wo sich das Geschäftslokal befindet, sondern muss immer das Bestandobjekt selbst zur Bewertung herangezogen werden.<sup>96</sup>

## **VI. Etwaige Änderungspflicht des vereinbarten Geschäftszwecks**

Auch Fitnessstudios waren von den behördlichen Betretungsverboten betroffen. Im Gegensatz zu den Sonnenstudios durften Sport- und Freizeiteinrichtungen im ersten Lockdown-Zeitraum erst ab 30.05.2020 wieder von Kunden betreten werden.<sup>97</sup>

### **A. Fitnessstudio – OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b**

#### **1. Sachverhalt**

Die dritte OGH-Entscheidung betrifft den Zeitraum von 16.03.2020 bis 29.05.2020.<sup>98</sup> Im gegenständlichen Fall ist die Klägerin Eigentümerin einer Liegenschaft, auf der sich ein Einkaufszentrum befindet. Die Beklagte ist Mieterin eines Geschäftslokals, in dem diese ein Fitnessstudio betreibt. Das Bestandobjekt verfügt einerseits über Räume, in denen Gruppenstunden abgehalten werden und andererseits auch über Räume, in denen selbständiges Trainieren mit oder an Fitnessgeräten möglich ist.

Als Bestandzweck wurde vertraglich das „Betreiben eines Fitness-Studios inklusive Nebenleistungen (zB Massage, Kosmetik [Maniküre sowie Pediküre], Solarium, Sauna, Energiemessungen und Wellness sowie zum Verkauf von Fitness-Bekleidung und Ausschank von alkoholfreien Getränken (inklusive Cafe) und zur Verabreichung von

---

<sup>96</sup> vgl OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>97</sup> Änderung der COVID-19-Lockerungsverordnung mit BGBl II 2020/231.

<sup>98</sup> BGBl II 2020/96, verlängert durch die Verordnungen BGBl II 2020/108 und BGBl II 2020/151 sowie BGBl II 2020/197 und BGBl II 2020/231.

Snacks (insbesondere Sport- und Fitnessnahrung) in der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses üblichen Sortimentszusammensetzung bzw Betriebsform“ vereinbart.

Im gegenständlichen Mietvertrag finden sich eine Verzichtsklausel betreffend Mietzinsminderung im Zusammenhang mit §§ 1096, 1104 ABGB. Zudem wurde der Bestandnehmerin verboten das von ihr geführte Sortiment „ausschließlich oder zum überwiegenden Teil über das Internet zu verkaufen und den Bestandgegenstand im EKZ bloß für die Ausgabe der über das Internet bestellten Waren an die Kunden zu nutzen“.

Die Beklagte zahlte den gesamten Mietzins für März 2020 bereits im Februar 2020. Hingegen leistete sie in den Monaten April 2020 und Mai 2020 gar keine Mietzinszahlung. Für den Zeitraum der behördlichen Betretungsverbote beantragte auch hier die Beklagte einen „Fixkostenzuschuss“.

Aufgrund des Verzichts auf die Anwendung des § 1104 ABGB begehrte die Klägerin die Zahlung der offenen Bestandentgelte, zumindest jedoch die Zahlung von jedenfalls 75 % des Bestandzinses, da die Beklagte den Fixkostenzuschuss beantragt habe.<sup>99</sup>

## **2. Unbenutzbarkeit**

Wie bereits in der ergangenen „Nagel- & Kosmetikstudio“-Entscheidung<sup>100</sup> wird bei der Beurteilung der Unbenutzbarkeit eines Bestandobjektes darauf abgestellt, ob der im Vertrag vereinbarte Geschäftszweck erfüllbar war oder nicht. Dies ist dann nicht der Fall, wenn Kunden einen Kundenbereich nicht betreten können. Ein behördlich verordnetes Betretungsverbot führt idR dann zu einer gänzlichen Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts, wenn „der bedungene Brauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet“ ist. Eine teilweise Einschränkung führt zu einer Mietzinsminderung iSd § 1105 ABGB „im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung nach der relativen Berechnungsmethode“.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

<sup>100</sup> OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>101</sup> OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

### **3. Vertraglicher Ausschluss des § 1104 ABGB**

Auch im gegenständlichen Mietvertrag findet sich eine Klausel, worin seitens der Mieterin auf die Geltendmachung einer Mietzinsminderung oder Zurückhaltung des Bestandzinses auf Grundlage von §§ 1096, 1104 ABGB verzichtet wurde, „sofern die Nutzung und Benutzbarkeit des Bestandobjekts 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>102</sup>

Der OGH knüpfte an die „Nagel- & Kosmetikstudio“-Entscheidung<sup>103</sup> an und wiederholte seine Ausführungen in Bezug auf die Verichtsvereinbarung, da die wortgleiche Vertragsklausel im konkreten Mietvertrag vorhanden war. Von einem erheblichen Nachteil für die Bestandnehmerin kann jedenfalls dann gesprochen werden, wenn es infolge eines behördlichen Betretungsverbots zu erheblichen Umsatzeinbußen und Kundenausfällen kommt. Dies auch dann, wenn diese geringfügig durch „staatliche Unterstützungen abgedeckt werden“. Zudem kann das Auftreten der COVID-19-Pandemie nicht allein zur Sphäre des Mieters gezählt werden, da das Mietobjekt nicht nur konkret für die Beklagte, sondern auch für jeden anderen Mieter dadurch unbrauchbar wurde. Eine Berufung der Klägerin auf die Verichtsklausel ist sohin nicht möglich.<sup>104</sup>

### **4. Lehrmeinungen bezüglich Änderung des Geschäftszwecks**

Viele Mietverträge haben den Nutzungszweck der in Bestand genommenen Geschäftslokale ziemlich genau vertraglich festgelegt. *Bydlinski* vertritt die Ansicht, dass ein Vermieter in Zeiten von behördlich verordneten Maßnahmen dem Mieter andere, als

---

<sup>102</sup> OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

<sup>103</sup> vgl OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

<sup>104</sup> OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

die ursprünglich vereinbarten Zwecke der Nutzung ermöglichen bzw erlauben sollte. Voraussetzung dafür ist, dass die andere Benützung auch öffentlich-rechtlich erlaubt sein muss und dem Vermieter auch nicht schadet. Wenn ein Bestandgeber jedoch die Änderung des Geschäftszwecks verweigert, steht dem Bestandnehmer eine höhere Bestandszinsminderung zu. Im Gegensatz dazu müsste jedoch ein Bestandnehmer auch akzeptieren, wenn der Bestandgeber jemanden findet, der die Räumlichkeiten – während der Dauer der Beeinträchtigung des ursprünglichen Bestandnehmers – nützen könnte, wie etwa sog Pop-up-Stores, sofern dieser „keine sachlichen Argumente“ vorbringt, die dagegensprechen. Eine Verweigerung würde in weiterer Folge dazu führen, dass der Bestandnehmer nur mehr eine beschränkte Mietzinsminderung geltend machen könnte. Er müsste sich anrechnen lassen, was der andere Bestandnehmer dem Bestandgeber in der Zwischenzeit für einen Mietzins bezahlt hätte.<sup>105</sup>

Nach *Hochleitner* hat sich ein Bestandnehmer betreffend Benutzbarkeit des Bestandobjekts zwar anzurechnen, wenn er das Bestandobjekt aufgrund von einer Anpassung seiner geschäftlichen Tätigkeiten wie etwa Etablierung eines Versandhandels in einer Buchhandlung als Folge der pandemiebedingten Betretungsverbote teilweise nutzen kann, jedoch besteht keine Pflicht zur Umstellung des Verwendungszwecks. Theoretisch wäre die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in einem Bestandvertrag denkbar.<sup>106</sup>

## **5. Ansicht des OGH betreffend Änderung des Geschäftszwecks**

Der OGH führte in diesem Zusammenhang in dieser Entscheidung lediglich kurz aus, dass entgegen der Ansicht der Klägerin, für die Beklagte weder aufgrund eines Gesetzes noch eines Vertrages die Pflicht bestand, den Geschäftszweck zu ändern<sup>107</sup>. Vielmehr war es

---

<sup>105</sup> *Bydlinski*, Der Einfluss der COVID-19 Pandemie auf die Geschäftsraummiete, ÖJZ 2021/131.

<sup>106</sup> *Hochleitner*, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020/72.

<sup>107</sup> Der OGH nennt in seiner Entscheidung etwa die Bereitstellung von Online-Angeboten oder Online-Vertrieb von Nahrungsergänzungsmitteln.

der Bestandnehmerin aufgrund des konkreten Mietvertrags sogar untersagt, ausschließlich Online-Verkäufe zu tätigen.<sup>108</sup>

## **6. Fazit**

Die beklagte Mieterin wurde auch im gegenständlichen Sachverhalt von einer Zinszahlungspflicht befreit. Jedoch nur für den Zeitraum, wo tatsächlich das behördliche Betretungsverbot vorlag, sohin bis inkl 29.05.2020. Warum die Beklagte ihr Fitnessstudio die zwei restlichen Tage des Monats (30.05. und 31.05.2020) trotz des aufgehobenen Betretungsverbots nicht öffnete und sohin zur Zahlung eines anteiligen Mietzinses nicht verpflichtet gewesen sein soll, wurde seitens der Beklagten trotz Behauptungs- und Beweislast nicht vorgebracht. Daher entschied der OGH, dass für diese zwei Tage ein Restnutzen bestand und sohin ein aliquoter Mietzins von der Beklagten zu zahlen ist.<sup>109</sup>

## **VII. Etwaige Verpflichtung des Anbietens von Liefer- und Abholservices**

Im Jänner des Jahres 2022 fiel die bereits langersehnte erste OGH-Entscheidung aus dem Bereich der Gastronomie. Die Gastronomie hat in Österreich einen hohen Stellenwert und stellt eine der größten Beschäftigungsmöglichkeiten in Österreich dar. Schließlich finden sich rund 60.000 Gastronomiebetriebe in Österreich.<sup>110</sup>

Die Gastronomie war mitunter einer der Bereiche, die von langen Sperrzeiten und vielen unterschiedlichen Beschränkungen wie etwa verkürzten Öffnungszeiten, Registrierungs- pflicht, 2-G- bzw 3-G-Pflicht etc betroffen waren. So war etwa die Gastronomie im sog

---

<sup>108</sup> OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

<sup>109</sup> OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

<sup>110</sup> <https://www.wko.at/branchen/tourismus-freizeitwirtschaft/gastronomie/start.html> (zuletzt aufgerufen am 16.09.2022)

„ersten Lockdown“ von 17.3.2020 bis 14.05.2020 komplett gesperrt. Ab 15.05.2020 durften die Gastronomiebetriebe unter besonderen Sicherheitsauflagen wie Sperrstunde um 22:00 Uhr und Verbot des Schankbetriebs wieder öffnen. Anfang Juni wurde die Sperrstunde auf Mitternacht ausgeweitet, Mitte Juni bis 01:00 nachts verlängert, dies bis Anfang Juli, woraufhin die Beschränkungen bezüglich Sperrstunde wieder komplett aufgehoben wurden.

Im Herbst folgten dann neue Auflagen wie Personenbeschränkungen am Tisch oder etwa die Registrierungspflicht.

Am 03.11.2020 wurde als Maßnahme gegen die Verbreitung der COVID-19-Pandemie die Gastronomie erneut komplett geschlossen. Zu beachten ist jedoch, dass hier Take-Away und das Anbieten von Lieferservice erlaubt waren.

Die Gastronomie in Österreich durfte nach dem „zweiten Lockdown“ erst wieder am 19.05.2021 öffnen, allerdings wieder mit bestimmten Beschränkungen wie 3-G-Regel und vorgeschriebener Sperrstunde. Ausgenommen davon war Vorarlberg, wo Gastronomen ihre Betriebe bereits Mitte März 2021 öffnen durften. Auch im darauffolgenden „dritten Lockdown“ im November 2021 war ein Liefer- und Abholservice weiterhin möglich.<sup>111</sup>

Der Umstand, dass die Betreiber eines Gastronomiebetriebs ab dem zweiten Lockdown Liefer- und Abholservice anbieten konnten, warf die Frage auf, ob eine Pflicht besteht diese Services anzubieten bzw zu welche Folgen eine unterlassene Möglichkeit führt. Mit dieser Frage beschäftigte sich der OGH erstmals in der Entscheidung 8 Ob 131/21 d.

Ende Juni 2022 folgte eine zweite OGH-Entscheidung aus dem Bereich der Gastronomie. Auch in dieser ging es um die etwaige Zumutbarkeit des Anbietens eines Liefer- und Abholservices.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> vgl BGBl II 8/2020, BGBl II 463/2020, BGBl II 479/2020, BGBl II 544/2020, BGBl II 207/2020. BGBl II 266/2020, BGBl 214/2021, BGBl 247/2021.

<sup>112</sup> vgl OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g.

## **A. Gastronomie – OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d**

Die erste „Gastronomie-OGH-Entscheidung“ lässt lediglich eine Richtung erkennen, wie der OGH diese Sachverhalte bewertet. Denn die Rechtssache wurde in weiterer Folge zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.<sup>113</sup>

### **1. Sachverhalt**

Die Beklagte ist Mieterin eines Bestandobjekts, in welchem sie einen Gastronomiebetrieb führt. Vertraglich vereinbarter Verwendungszweck ist die Nutzung des Objekts als Gastwirtschaft. Der Mietvertrag sieht vor, dass die Beklagte den Verwendungszweck nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Vermieterin ändern darf. Die gegenständliche Entscheidung betrifft die Zeiträume des zweiten Lockdowns<sup>114</sup> und dritten Lockdowns<sup>115</sup>.

Da die Beklagte von November 2020 bis inklusive Jänner 2021 keinen Mietzins entrichtete, beehrte die Klägerin die Zahlung der offenen Zinse. Eine gänzliche Unbrauchbarkeit liege nicht vor, zumal ab 03.11.2020 die Möglichkeit des Anbietens eines Abhol- und Lieferservice<sup>116</sup> gegeben gewesen sei.

Dem entgegnete die Beklagte, dass das Anbieten eines Lieferservice bzw die Möglichkeit Take-Away anzubieten, nicht „Geschäftsgegenstand einer Gastwirtschaft bzw eines Restaurants“ und sie dazu zudem ohne Zustimmung der Klägerin nicht berechtigt gewesen sei.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

<sup>114</sup> §7 Abs 1 COVID-19 Schutzmaßnahmenverordnung idF BGBl II 463/2020.

<sup>115</sup> BGBl II 479/2020, BGBl II 544/2020.

<sup>116</sup> §7 Abs 7 COVID-19 Schutzmaßnahmenverordnung idF BGBl II 463/2020 erlaubte das Abholen von Speisen und Getränken zwischen 06:00 und 20:00 Uhr. Die Konsumation vor Ort war untersagt, zudem musste ein Abstand von einem Meter gegenüber Personen aus fremden Haushalten eingehalten werden und dabei ein Mund-Nasen-Schutz getragen werden.

<sup>117</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

## **2. Unbenutzbarkeit bzw teilweise Benutzbarkeit**

Wie bereits in den zuvor erörterten OGH-Entscheidungen zu diesem Thema festgestellt wurde, ist es unstrittig, dass es bei der Prüfung der Benutzbarkeit des Mietobjektes, neben dem vereinbarten Vertragszweck auch auf die Verkehrssitte und die Parteienvereinbarung ankommt.<sup>118</sup> Sofern keine gänzliche Unbrauchbarkeit iSd § 1104 ABGB vorliegt, besteht die Möglichkeit einer Mietzinsminderung iSd § 1105 ABGB.<sup>119</sup>

## **3. Lehrmeinungen betreffend Verpflichtung zum Anbieten von Take-Away & Lieferservice**

*Bydlinski* vertritt die Ansicht, dass ein Gastronomiebetreiber neben den Mitarbeitern, ungeachtet dessen, dass diese sich eventuell in Kurzarbeit befinden, auch auf eine intakte Küche greifen kann. Daher kann nicht von einer gänzlichen Unbrauchbarkeit der Bestandsache ausgegangen werden. Selbst wenn der Gastronom vor der Pandemie keinen Liefer- und/oder Abholservices angeboten hat, gibt es keinen Grund dies jetzt nicht zu ändern. Sehr wohl beachtet werden muss eine etwaige Unzumutbarkeit für den Bestandnehmer sofern bei der Durchführung von Liefer- und Abholservice bereits von vornherein mit einem „wirtschaftlichen Verlustgeschäft“ seitens des Unternehmers zu rechnen ist. Wobei er dies eher als unwahrscheinlich gegeben betrachtet, nachdem den Kunden ein Besuch vor Ort ohnehin untersagt ist.<sup>120</sup>

Wurde dem Bestandnehmer im Bestandvertrag das Anbieten eines Abhol- oder Lieferservice verboten und kann daher nur ein Thekenverkauf angeboten werden und wäre dies verboten, würde dem Bestandnehmer eine Mietzinsminderung zustehen. Sofern

---

<sup>118</sup> vgl RIS-Justiz RS0021054, RS0020926, RS0021044.

<sup>119</sup> vgl OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>120</sup> *Bydlinski*, Der Einfluss der COVID-19 Pandemie auf die Geschäftsraummiete, ÖJZ 2021/131.

dies jedoch möglich ist oder ein Liefer- und Abholservice eingerichtet werden kann, der Bestandnehmer es jedoch nicht macht, stellt dies eine „freiwilligen Nichtnutzung“ dar. *Flume/Laimer* sind daher der Ansicht, dass in jenen Fällen, wo das Unternehmen dennoch komplett geschlossen bleibt, der Bestandnehmer einen Teil des Mietzinses zu leisten hat.<sup>121</sup>

Auch *Pesek* geht von einer teilweisen Brauchbarkeit des Bestandobjektes aus, wenn ein Abhol- oder Lieferservice angeboten werden könnte. Eine Unbrauchbarkeit wäre nur in jenen Fällen gegeben, wo im Mietvertrag die Möglichkeit des Anbietens dieser Dienstleistungen rechtswirksam ausgeschlossen worden wäre. Er stellt dabei gänzlich auf die objektive Möglichkeit ab. Ob der Unternehmer subjektiv auch wirklich ein Abhol- und Lieferservice anbietet, spielt seiner Ansicht nach keine Rolle und wäre daher in weiterer Folge vollkommen irrelevant, ob der Unternehmer dies bereits vor COVID-19 angeboten hat oder nicht.<sup>122</sup>

*Fadinger/Seeber* sehen ebenfalls keinen gänzlichen Mietzinsentfall gegeben, da es mangels Betretungsverbot für das Personal weiterhin die Möglichkeit der Nutzung der Küchen gibt. Es liege daher im freien Ermessen des Unternehmers einen Liefer- und Abholservice anzubieten. Hingegen wird für einen Unternehmer, der zuvor noch keinen Liefer- oder Abholservice angeboten hat, eine Umstellung des Betriebs bzw. „Geschäftsmodells innerhalb kürzester Zeit“ dem Bestandnehmer unzumutbar sein.<sup>123</sup>

*Lovrek* sieht eine gänzliche Unbrauchbarkeit in der Gastronomie dann gegeben, wenn der Gastronom bereits vor der COVID-19 Pandemie keinen Liefer- und Abholservice angeboten hat und dies auch nun in den Lockdownzeiträumen nicht macht. Sofern er jedoch in den Lockdownzeiträumen einen Liefer- und Abholservice anbietet oder dies

---

<sup>121</sup> *Flume/Laimer*, Periculum est locatoris, ImmoZak 2020/14.

<sup>122</sup> *Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, wobl 2021, 125.

<sup>123</sup> *Fadinger/Seeber*, COVID-19 alleine reicht nicht für eine Mietzinsminderung gem §§ 1104 f ABGB, wobl 2020, 189.

bereits davor getan hat und diesen Service weiterführt, wird das Mietobjekt nicht zur Gänze unbrauchbar sein.<sup>124</sup>

Nach *Ehgartner/Weichbold* muss bei der Frage nach Bestandzinsminderung auf eine „funktionale und wirtschaftliche Betrachtungsweise der Geschäftsbeeinträchtigung“ abgestellt werden. Zudem ist aus § 1105 ABGB nicht abzuleiten, dass dem Bestandnehmer, der in dem in Bestand genommenen Objekt einen Gastronomiebetrieb führt, die Pflicht trifft, einen Liefer- oder Abholservice anzubieten, sofern er dies nicht bereits vor Ausbruch der Pandemie angeboten hat.<sup>125</sup>

Zwar wird ein sog Restnutzen nach *Laimer/Schickmair* jedenfalls gegeben sein, wenn der Bestandnehmer in seinem Restaurant die Speisen vorbereitet und diese dann entweder dem Kunden geliefert oder von diesem selbst abgeholt werden, jedoch kann ein Mieter nicht dazu verpflichtet werden, diese Möglichkeiten neu zu etablieren.<sup>126</sup>

#### **4. Ansicht des OGH betreffend abstrakte Nutzungsmöglichkeit und Pflicht zum Anbieten von Abhol- und/oder Lieferservice**

Entgegen der Ansicht der Beklagten wäre es ihr möglich gewesen „Take-Away“ und/oder einen Lieferservice – auch ohne Zustimmung der Vermieterin - anzubieten. Der OGH verweist neben der GewO, wonach es einem Gastwirt möglich ist, seine Produkte „über die Gasse zu verkaufen“ auch auf das „Verständnis der beteiligten Verkehrskreise“. Denn nach diesem umfasst der vereinbarte Geschäftszweck „‘Gastwirtschaft‘ sämtliche Tätigkeiten, zu denen ein Gastgewerbetreibender nach der GewO berechtigt ist, also auch das Anbieten eines Take-Away und die Lieferung von Speisen und Getränken“.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60.

<sup>125</sup> *Ehgartner/Weichbold*, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume?, wbl 2020, 250.

<sup>126</sup> *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-HB<sup>1.06</sup> Kap 11 Rz 8 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

<sup>127</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

Der OGH schließt sich der Ansicht an, dass eine Beurteilung der Unbenutzbarkeit ausgehend von der vertraglich vereinbarten Nutzung, nach objektiven Kriterien zu erfolgen hat. Dies führt dazu, dass „die objektiv bestehende Möglichkeit der Beklagten, ein Liefer- oder Abholservice anzubieten, eine zumindest teilweise Brauchbarkeit des Geschäftslokals begründet“. Dennoch besteht für den Mieter die Möglichkeit einzuwenden, dass es ihm nicht zumutbar war, einen bislang nicht vorhandenen Liefer- und Abholdienst sofort anzubieten. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn „aufgrund des fehlenden Kundenkreises – ein nachhaltiges Verlustgeschäft zu erwarten gewesen wäre“. <sup>128</sup>

Will der Bestandnehmer eine gänzliche Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts daraus ableiten, dass ihm das Anbieten von „Take-Away“ oder Lieferservice nicht zumutbar war, hat der Bestandnehmer dies zu behaupten und zu beweisen. Die Höhe einer etwaigen Mietzinsminderung hängt „von der zu erwartenden Bedeutung eines Liefer- und Abholservices für den Betrieb ab“. <sup>129</sup>

## **5. Fazit**

Ist es einem Bestandnehmer objektiv möglich einen Liefer- oder Abholservice anzubieten, kann dieser keine gänzliche Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes geltend machen, sofern er nicht nachweisen kann, dass deren Etablierung nicht zumutbar gewesen ist. Im gegenständlichen Fall tat dies auch die Beklagte und wandte ein, dass die „Abholung oder Auslieferung von Speisen von ihrem Kunden- bzw Gästekreis nicht nachgefragt bzw angenommen würde“.

---

<sup>128</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

<sup>129</sup> vgl RIS-Justiz RS0021416.

Da das Erstgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, konnte der Mietzinsminderungsanspruch nicht abschließend beurteilt werden und wurde die Rechtssache zurückverwiesen.<sup>130</sup>

## **B. Gastronomie – OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g**

### **1. Sachverhalt**

In der zweiten „Gastronomie-Entscheidung“ klagte der Bestandgeber den Bestandnehmer auf Zahlung des offenen Mietzinses für den Zeitraum November 2020 bis Jänner 2021 sowie ua auf Räumung. Weiters begehrte der Kläger die Offenlegung der Jahresumsätze von den Jahren 2019 und 2020 sowie der allfälligen erhaltenen staatlichen Förderungen. Der Beklagte betreibt in den Räumlichkeiten des Klägers einen Gastronomiebetrieb.

Der Kläger brachte vor, dass aufgrund der zu dieser Zeit in Kraft gewesenen COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung<sup>131</sup> zwar an sich ein Betretungsverbot von Gastronomie-Betriebsstätten für Kunden zum Zweck des Erwerbs von Waren oder Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Gastgewerbes vorgelegen habe, es jedoch den Kunden erlaubt gewesen sei, Speisen und Getränke im Zeitraum von 06:00 bis 20:00 Uhr unter Einhaltung des erforderlichen Sicherheitsabstandes und unter Verwendung eines Mund-Nasen-Schutzes abzuholen, sofern die Konsumation vor Ort unterblieb. Auch der Betrieb eines Lieferservice sei erlaubt gewesen. Daher vertrat der Kläger die Ansicht, dass im gegenständlichen Fall keine gänzliche Unbrauchbarkeit der in Bestand genommen Räume vorgelegen habe und daher kein kompletter Mietzinsentfall vorgelegen habe.

Der Beklagte bestritt und wandte ein, dass das Anbieten von Take Away oder eines Lieferservice nicht Gegenstand eines Gastronomiebetriebs sei. Zudem habe er vor den

---

<sup>130</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

<sup>131</sup> vgl BGBl II 463/2020.

Lockdownzeitäumen auch kein Lieferservice betrieben, zumal dafür auch am Standort des betriebenen Restaurants keine entsprechende Nachfrage vorgelegen habe. Außerdem habe er auch keine staatlichen Förderungen erhalten.<sup>132</sup>

## **2. Unbrauchbarkeit**

Bei der Erörterung der Frage nach der Feststellung der Benutzbarkeit eines Bestandobjekts verwies der OGH auf die Erörterungen in der zuvor ergangenen Entscheidung<sup>133</sup> und wiederholte, dass die Beurteilung primär nach dem Vertragszweck und der Parteienvereinbarung zu erfolgen hat. Ein pandemiebedingtes Betretungsverbot führt in jenen Fällen zu einer gänzlichen Unbrauchbarkeit, wenn der „bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet ist“. Bei einer bloß eingeschränkten Benutzbarkeit des Objektes liegt ein Anwendungsfall des § 1105 ABGB vor und ist daher nur eine Minderung des Bestandzinses möglich.<sup>134</sup>

## **3. Take Away und Lieferservice**

Erneut zieht der OGH bei seiner Beurteilung die Definition der Gastwirtschaft nach der Gewerbeordnung sowie das Verständnis der beteiligten Verkehrskreise heran. Auch auf die bereits in der „ersten Gastronomie-Entscheidung“<sup>135</sup> erörterte Lehrmeinungen wird im gegenständlichen Urteil kurz eingegangen. Sofern einem Gastwirt das Anbieten eines Liefer- oder Abholservice objektiv möglich ist, ist damit das Bestandobjekt zumindest teilweise brauchbar. Es besteht jedoch die Möglichkeit für den Bestandnehmer (Gastronom) einzuwenden, „dass die Etablierung eines bislang nicht betriebenen Liefer-

---

<sup>132</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g.

<sup>133</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

<sup>134</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g.

<sup>135</sup> vgl OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

oder Abholservices nicht (sofort) zumutbar gewesen wäre“. Etwa dann, wenn aufgrund der mangelnden Nachfrage bzw des fehlenden Kundenkreises „ein nachhaltiges Verlustgeschäft zu erwarten gewesen wäre“. <sup>136</sup> Der Beweis hierfür obliegt dem Bestandnehmer. <sup>137</sup>

#### 4. Fazit

In der gegenständlichen Entscheidung wurde die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. Einerseits ist eine Prüfung erforderlich, ob dem verfahrensgegenständlichen Mieter die Etablierung eines Liefer- oder Abholservices zumutbar gewesen wäre, andererseits wurden keine Feststellungen getroffen, ob ein Miet- oder Pachtverhältnis vorliegt, da sowohl in den Schriftsätzen sowie in den Aussagen beider Parteien beide Begriffe verwendet wurden und eine schriftliche Urkunde nicht vorlag. Ob ein Miet- oder Pachtverhältnis vorliegt ist jedenfalls dann entscheidend, wenn festgestellt wird, dass keine Unzumutbarkeit der Einrichtung eines Liefer- und Abholservices vorgelegen habe. <sup>138</sup> Denn bei einer teilweisen Benutzbarkeit differenziert § 1105 ABGB dahingehend, dass eine Minderung des Bestandzinses bei der Pacht nur dann möglich ist, wenn das Pachtverhältnis weniger als ein Jahr befristet ist und die Nutzung „um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen“ ist. <sup>139</sup>

Auf die Forderungen des Klägers betreffend Offenlegung der bezogenen Zuschüsse verweist der OGH darauf, dass es sich bei dem Fixkostenzuschuss (I) um eine Förderung der Liquidität des Unternehmers handelt <sup>140</sup> und nicht dazu da ist, „den Mietzinsentfall der Geschäftsraumvermieter wettzumachen“. <sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g.

<sup>137</sup> vgl RIS-Justiz RS0021416.

<sup>138</sup> vgl OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g.

<sup>139</sup> vgl § 1105 ABGB.

<sup>140</sup> vgl OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>141</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g.

## **VIII. Heranziehen mündlicher Vereinbarungen bei der Beurteilung der (Un-) Brauchbarkeit**

Wie bereits mehrfach in den bisherigen Entscheidungen dargestellt, ist die Frage, ob eine Unbrauchbarkeit vorliegt, generell nach dem Vertragszweck des Bestandvertrags zu beurteilen.<sup>142</sup> Neben dem vereinbarten Vertragszweck kommt es aber bei der Beurteilung auch auf die Verkehrssitte und die Parteienvereinbarung an.<sup>143</sup>

Grundsätzlich können Verträge, sofern das Gesetz für gewisse Rechtsgeschäfte nichts Gegenteiliges vorsieht, auch mündlich geschlossen werden. Der in § 883 ABGB enthaltene Grundsatz der Formfreiheit ändert sohin nichts an der Verbindlichkeit des Vereinbarten, jedoch wird aufgrund der Beweisbarkeit empfohlen, Verträge grundsätzlich schriftlich abzuschließen.<sup>144</sup>

In der nachfolgenden OGH-Entscheidung wird der Frage auf den Grund gegangen, wie mündliche Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Geschäftszweck gewertet werden. Hierbei handelt es sich zudem auch um die erste OGH-Entscheidung, die ein Mietverhältnis in einem Mietobjekt betrifft, welches in einem anderen Bundesland als Wien liegt, nämlich Kärnten. Bis Ende Mai gab es seitens des OGH lediglich Entscheidungen aus Wien.<sup>145</sup>

Meines Erachtens könnte dies darauf zurückzuführen sein, dass in Wien der Großteil der Unternehmer nicht Eigentümer der Liegenschaft sind, sondern als Mieter oder Pächter die Geschäftslokale anmieten bzw pachten.

---

<sup>142</sup> vgl OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m, OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b, etc.

<sup>143</sup> vgl RIS-Justiz RS0021054, RS0020926, RS0021044.

<sup>144</sup> *Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 883 ABGB Rz 1.

<sup>145</sup> vgl OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22y.

## **A. Bäckerei-Café – OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22v**

### **1. Sachverhalt**

Die Klägerin betreibt auf einem von ihren drei im Eigentum befindlichen Liegenschaften ein Fachmarktzentrum, indem sich mehrere Geschäftseinheiten inklusive Außenanlagen und Infrastruktureinrichtungen befinden.

In einem der Geschäftseinheiten wird seit März 2018 ein „Bäckerei-Cafe“ von der Beklagten betrieben. Insgesamt führt die Beklagte dies an zwölf Standorten, verteilt in Kärnten, aus. Dabei gibt es reine Bäckereibetriebe, wo keine Sitzplätze zum Konsumieren vorhanden sind, aber auch klassische Kaffeehausbetriebe.

Im gegenständlichen Mietobjekt werden 90 % der Umsätze durch den Betrieb eines Kaffeehauses lukriert, die übrigen 10 % im Form von Backwarenverkauf erwirtschaftet. Die Klägerin bot der Beklagten an, ihr ihre Räumlichkeiten „zum Betrieb eines Kaffeehauses“ zu vermieten. Ziel war es ein Bäckerei-Café für die Besucher des von der Klägerin betriebenen Fachmarktzentrums zu eröffnen, wobei beide Parteien keine Details hinsichtlich des Bäckereiverkaufs besprochen hatten. Jedoch war bei Abschluss des Mietvertrags aufgrund der davor geführten Gespräche beiden Seiten klar, dass der primäre Vertragszweck der Betrieb eines Kaffeehauses ist, ungehindert dessen, dass auch ein Backwarenverkauf vereinbart wurde. Dies vor allem deshalb, weil ein Backwarenverkauf „aufgrund des Standorts im Fachmarktzentrum im reinen Gewerbegebiet wirtschaftlich nicht überlebensfähig gewesen wäre“.

Vertraglich wurde neben dem Backwarenverkauf auch eine Betriebspflicht und eine etwaige Konventionalstrafe für den Verstoß dagegen in der Höhe von drei Bruttomonatsmieten vereinbart.

Während der Lockdownzeiträume<sup>146</sup> war das Geschäftslokal geschlossen, da die Beklagte ihren Betrieb als Gastronomiebetrieb qualifizierte. Eine Öffnung des Teilbetriebs für den Verkauf von Backwaren war für die Beklagte aufgrund des einheitlichen Konzepts, welches ohne des Betriebs des Kaffeehauses nicht funktioniert, nicht möglich. Aufgrund der geografischen Lage<sup>147</sup> und der Tatsache, dass auch bis auf wenige Ausnahmen die anderen Geschäfte im Fachmarktzentrum während der Lockdownzeiträume ebenfalls geschlossen hatten, wäre der reine Backwarenverkauf für die Beklagte wirtschaftlich nicht rentabel gewesen, da keine Laufkundschaft da gewesen wäre bzw generell die Anzahl der Kunden stark zurückging. Zudem erwirtschaftet die Beklagte mit dem Backwarenverkauf ohnehin – auch in „guten Zeiten“ – nur etwa 10 % des Gesamtumsatzes. Einen Lieferservice hatte die Beklagte vor den Lockdownzeiten nicht und wurde ein solcher auch nicht während dieser Zeiträume angeboten.

Dies führte dazu, dass die Beklagte im April und Mai 2020 keinen Mietzins bezahlte. Mitte Mai 2020 konnte die Beklagte ihr Bäckerei-Café wieder öffnen und bezahlte ab Juni 2020 wieder die Miete inklusive Betriebskosten. Für die Zeit zwischen Mitte bis Ende Mai 2020 erfolgte eine Aufrechnung der Mietzinse seitens der Beklagten mit der „zu viel gezahlten Miete“ für die zweite März Hälfte 2020. Nach Klagseinbringung erfolgte die Zahlung der halben Mai-Miete. Aufgrund der behördlichen Betretungsverbote schloss die Beklagte ihren Betrieb erneut vom 03.11.2020 bis inkl 18.05.2021 und bezahlte für diesen Zeitraum ebenso keine Miete. Einen Antrag auf Umsatzerersatz stellte die Beklagte für ihren gesamten Betrieb, welcher sich jedoch nicht auf eine konkrete Filiale bezog.

Die Klägerin begehrte neben der Zahlung der offenen Mietzinse im Zeitraum April 2020, Mai 2020 sowie November 2020 bis Mai 2021 auch eine Konventionalstrafe aufgrund der Verletzung der für die Beklagte bestehenden Betriebspflicht sowie Räumung des gegenständlichen Bestandobjekts. Die Verletzung der Betriebspflicht argumentierte die

---

<sup>146</sup> Hier in den Zeiträumen 16.03.2020 bis 14.05.2020 sowie von 03.11.2020 bis 19.05.2021.

<sup>147</sup> Das Fachmarktzentrum befindet sich außerhalb des Wohngebiets.

Klägerin dahingehend, dass es in den Lockdownzeiträumen kein Betretungsverbot für Bäckereien gab.

Dem entgegnete die Beklagte, dass der Betrieb des Bäckerei-Café auf einem einheitlichen Konzept beruhe, es ihr nicht zumutbar gewesen sei ein Lieferservice einzurichten sowie ihr Konzept zu ändern, um allenfalls neue Kunden zu akquirieren. Zudem brachte die Beklagte vor, dass eine Konventionalstrafe nicht zustehe, zumal von ihr sonst verlangt worden wäre gegen die behördlich verordneten Maßnahmen zu verstoßen. Der Betrieb des Backwarenverkaufs wäre mit erheblichen Aufwand verbunden und zudem völlig unwirtschaftlich gewesen.<sup>148</sup>

## **2. Ansicht des OGH betreffend mündliche Parteivereinbarungen**

Nach Ansicht des OGH erfolgt die Feststellung des Geschäftszwecks nicht nur anhand des schriftlichen Mietvertrags. Es müssen auch die von den Parteien getroffenen mündlichen Vereinbarungen hinzugezogen werden. Zwar kann etwa im Mietvertrag vereinbart werden, dass nur schriftliche Vereinbarungen möglich sind, doch ist „ein einverständliches Abgehen von der vereinbarten Schriftform sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend jederzeit möglich und zulässig“.<sup>149</sup>

Im gegenständlichen Fall wurde zwar nicht prozentmäßig im Vertrag festgehalten, wieviel der Kaffeehausbetrieb und wieviel der Backwarenverkauf ausmachen sollen, doch konnte im konkreten Sachverhalt festgestellt werden, dass es der Klägerin und der Beklagten vielmehr um den Kaffeehausbetrieb ging. Allein schon aufgrund der Tatsache, dass eine Filiale mit lediglich einem Backwarenverkaufskonzept in einem „Gewerbegebiet wirtschaftlich nicht überlebensfähig wäre“. Eine Verwendung zum vertraglich bedungenen Gebrauch war hier im konkreten Fall daher nicht möglich.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22y.

<sup>149</sup> RIS-Justiz RS0014378.

<sup>150</sup> OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22y.

### 3. Liefer- und Abholservice

Anschließend an die Ausführungen zur „Gastronomie-Entscheidung“<sup>151</sup>, wonach eine Beurteilung der Unbenutzbarkeit ausgehend von der vertraglich vereinbarten Nutzung nach objektiven Kriterien zu erfolgen hat, kann allein die „objektiv bestehende Möglichkeit, ein Liefer- oder Abholservice anzubieten, eine zumindest teilweise Brauchbarkeit des Geschäftslokals begründen“.<sup>152</sup>

Dem Bestandnehmer steht es frei, nachzuweisen, dass ihm die Einrichtung eines Abhol- oder Lieferservice unzumutbar gewesen ist. Im gegenständlichen Fall wäre es einerseits der Beklagten nicht möglich gewesen binnen kurzer Zeit dieses Service anzubieten, andererseits wäre dieses Angebot mit einem „nachhaltigen Verlustgeschäft verbunden gewesen“. Es wurde sogar von der Klägerin selbst vorgebracht, dass alle Bäckereien geöffnet hatten. Es bestand daher für die Kunden keine Notwendigkeit extra dafür in das Gewerbegebiet zu fahren, nachdem die Bäckereien im Wohngebiet ohnehin geöffnet hatten.<sup>153</sup>

### 4. Herausgabe des Umsatzersatzes

Nach Ansicht des OGH kann mangels Herausgabepflicht des Fixkostenzuschusses an den Vermieter<sup>154</sup>, dasselbe auch nur für den von der Mieterin beantragen Umsatzersatz gelten.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

<sup>152</sup> OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

<sup>153</sup> OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22y.

<sup>154</sup> vgl OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>155</sup> OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22y.

## 5. Fazit

Es lässt sich daher sagen, dass zwar auf den vertraglich vereinbarten Geschäftszweck abgestellt wird, aber auch mündlich getroffene Vereinbarungen nicht unbeachtlich bleiben. Daher war der Betrieb des Bäckerei-Cafés wesentlich für das gegenständliche Bestandverhältnis und wurde von einer gänzlichen Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts ausgegangen.<sup>156</sup>

## IX. Mietzinsminderung nach der relativen Berechnungsmethode bei bloß eingeschränkter Nutzungsmöglichkeit von Geschäftsräumen

In der ersten „Corona-Entscheidung“ betreffend Sonnenstudio<sup>157</sup> als auch in der „Fitnessstudio-Entscheidung“<sup>158</sup> schnitt der OGH das Thema der zumindest teilweisen Nutzung des Bestandobjekts iSd § 1105 ABGB an.

In der erstgenannten Entscheidung beschäftigte sich der OGH nicht näher damit, da im gegenständlichen Sachverhalt von einer gänzlichen Unbrauchbarkeit ausgegangen wurde und das bloße Belassen von Einrichtungsgegenständen nicht als teilweise Nutzung gewertet wurde.<sup>159</sup>

In der „Fitnessstudio-Entscheidung“ entschied der OGH, dass ein behördlich verordnetes Betretungsverbot idR dann zu einer gänzlichen Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts führt, wenn „der bedungene Brauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet“ ist. Somit wurde auch hier eine gänzliche Unbrauchbarkeit angenommen und die Thematik der teilweisen Nutzung nicht näher behandelt.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> OGH 19.5.2022, 3 Ob 36/22y.

<sup>157</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>158</sup> OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

<sup>159</sup> vgl OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>160</sup> vgl OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

Konkret definierte der OGH einen Anwendungsfall der teilweisen Nutzung in der soeben erörterten „Gastronomie-Entscheidung“, wonach „die objektiv bestehende Möglichkeit des Bestandnehmers ein Liefer- und Abholservices anzubieten, eine zumindest teilweise Brauchbarkeit des Geschäftslokals begründet“.<sup>161</sup>

In der folgenden Entscheidung hatte sich der OGH neuerlich mit der Frage auseinanderzusetzen, unter welchen Umständen eine teilweise Benutzung vorliegt:

#### **A. Handel- & Gastronomie – OGH 29.03.2022, 4 Ob 218/21v**

##### **1. Sachverhalt**

Die Klägerin betreibt in einem im Eigentum der Beklagten stehenden Einrichtungshaus eine Filiale ihres Handels- und Gastronomieunternehmens. Dabei erwirtschaftet sie zwei Drittel ihres Umsatzes mit Non-Food-Artikel, den Rest mit Kaffee – größtenteils in Form von Röstkaffee und Kaffeeausschank. Auch kleine Speisen bietet die Klägerin an.

Von der gesamten gemieteten Fläche fallen circa zwei Drittel auf den Verkaufsraum, auf den übrigen Flächen finden sich ein Lager, ein Büro und Personalräume. Ein behördlich verordnetes Betretungsverbot bestand in den Zeiträumen des erstens, zweiten und dritten Lockdowns<sup>162</sup>. Aufgrund der Schließung der Filiale hatte die Klägerin in diesen Zeiträumen keine Umsätze.

Zusätzlich verfügt die Klägerin über einen Online-Shop. Die Versendung der verkauften Waren erfolgte jedoch nicht von der klagsgegenständlichen Filiale.

Grundsätzlich wird auch „Click & Collect“ angeboten, wo Kunden die gewünschte Ware im Onlineshop der Klägerin kaufen und in weiterer Folge in der gewünschten Filiale

---

<sup>161</sup> vgl OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

<sup>162</sup> Die Zeiten des ersten Lockdowns waren vom 16.03. bis 14.04.2020, des zweiten Lockdowns vom 17.11. bis 06.12.2020 und des dritten Lockdowns vom 26.12.2020 bis 07.02.2021.

abholen konnten. Aus wirtschaftlichen Gründen wurde dieser Service in den drei Lockdown-Zeiträumen eingestellt. In diesen Zeitraum waren die Mitarbeiter der Klägerin in einem Ausmaß von 5 %, 18 % und 24 % vor Ort. Neben der Inventur wurden in dieser Zeit die Räumlichkeiten auch von den Mitarbeitern der Klägerin dahingehend genutzt, um Waren zu retournieren. Zusätzlich wurde auch jeweils eine Neugestaltung der Verkaufsfläche durchgeführt.

Da die Klägerin in den Phasen der Lockdowns die Filiale geschlossen hatte, begehrte sie die Rückzahlung des Mietzinses.

Die Beklagte wendete unter anderem ein, dass die Klägerin eine Pflicht gehabt hätte eine Betriebsunterbrechungsversicherung abzuschließen, nur ein Teil der Fläche des Bestandsobjekts als Verkaufsfläche gewidmet sei, sohin die anderen Teile jedenfalls benutzbar gewesen seien, die Klägerin zudem einen Online-Handel betrieben habe und im dritten Lockdown „kein Betretungsverbot für Zwecke zweiseitig unternehmensbezogener Geschäfte“ vorgelegen habe.<sup>163</sup>

## **2. Unbenutzbarkeit & Ermittlung des Restnutzen**

Bei einer Einschränkung der vertragsgemäßen, charakteristischen Nutzung kann der Mietzins je nach Ausmaß der Beeinträchtigung reduziert werden.<sup>164</sup> Da hier nicht das gesamte Mietobjekt Verkaufsfläche darstellt, musste sich der OGH mit der Berechnung des Restnutzen auseinandersetzen.

Es kommt dabei nicht nur auf das Verhältnis der Größe der als Verkaufsraum genutzten Fläche zu den restlichen Räumlichkeiten (Büro, Lager, Personalräume) an. Wie bereits in vorangegangenen Entscheidungen erörtert, ist bei der Prüfung der Benutzbarkeit vom vertraglich vereinbarten Geschäftszweck auszugehen und hat eine objektive Beurteilung

---

<sup>163</sup> OGH 29.03.2022, 4 Ob 218/21v.

<sup>164</sup> vgl §1105 ABGB.

zu erfolgen. Hier wurde als Vertragszweck „der Betrieb eines Einzelhandelsgeschäfts mit Verkauf von Kaffee und Non-Food-Artikeln samt der Verabreichung von Getränken und Speisen zum sofortigen Verzehr“ festgelegt. Dies betreibt die Klägerin „im Rahmen ihres weiträumigen Filialnetzes“. <sup>165</sup>

### **3. Fazit**

Da die Klägerin auch einen Onlineshop betreibt und dies auch während der Lockdownzeiträume fortführte, diente das Mietobjekt während dieser Perioden dem Geschäftsbetrieb der Klägerin. Dabei konnte diese selbst entscheiden, inwieweit sie die Räumlichkeiten weiter nützte. Der OGH bewertete die vom Berufungsgericht festgesetzte Restnutzung im Ausmaß von einem Drittel jedenfalls als vertretbar. <sup>166</sup>

## **X. Mietzinsminderung aufgrund allgemeinen Umsatzrückganges in Folge der COVID-19 Pandemie**

So gut wie alle Gewerbetreibenden waren oder sind teilweise noch heute von den Folgen der COVID-19 Pandemie betroffen, so auch Reisebüros. Diese hatten nicht nur mit den behördlich verordneten Betretungsverboten zu kämpfen, sondern auch mit den infolge der Pandemie versagten bzw sehr stark eingeschränkten Reisemöglichkeiten und damit verbundenen Unsicherheiten für Kunden. Dies führte dazu, dass sich der OGH im März 2022 mit der Frage auseinandersetzen musste, „ob/inwieweit die infolge der COVID-19 Pandemie eingetretene Beeinträchtigung des vom Geschäftsraummieter

---

<sup>165</sup> OGH 29.03.2022, 4 Ob 218/21v.

<sup>166</sup> OGH 29.03.2022, 4 Ob 218/21v.

erzielten/erzielbaren Umsatzes – generell, also unabhängig von der Anwendbarkeit der §§ 1104 f ABGB – eine Mietzinsminderung rechtfertigen könnte“.<sup>167</sup>

Ende Juni 2022 folgte erneut eine OGH-Entscheidung in diesem Zusammenhang und zwar im Bereich des Bekleidungshandels. Damit liegt die zweite OGH-Entscheidung, die einen Sachverhalt aus einem anderen Bundesland, hier Salzburg, behandelt, vor.<sup>168</sup>

#### **A. Reisebüro – OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p**

##### **1. Sachverhalt**

Die Beklagte ist Mieterin eines Geschäftsraumes, in welchem diese ein Reisebüro betreibt. Im Objekt befinden sich neben dem Kundenbereich, auch eine Toilette und ein abgegrenzter Bereich mit Küche, Tisch und Sesseln, den die Mitarbeiter der Beklagten auch als Aufenthaltsraum benutzen. Den Mietzins bezahlte die Beklagte für den Monat März 2020 bereits vor der Verkündung des Lockdowns.

Das behördlich verordnete Betretungsverbot für den Kundenbereich galt für Reisebüros vom 16.03.2020 bis zum 30.04.2020. Einen Ausnahmetatbestand iSd Verordnung stellte das Reisebüro nicht dar. Die Beklagte erzielte in diesen Zeitraum einen Umsatz in der Höhe von weniger als 10 % verglichen mit dem Vorjahr. Grundsätzlich beschäftigt die Beklagte sechs Personen – davon eine Vollzeitkraft. Bis zum Verkünden der Regierung über den ersten harten Lockdown, arbeitete kein Mitarbeiter im Home-Office.

Ab dem 16.03.2020 buchten Kunden zwar keine neuen Reisen mehr, jedoch waren die Mitarbeiter der Beklagten mit der Abwicklung von Stornierungen beschäftigt und boten Hilfestellung bei der Rückholung bereits verreister Kunden an. Neue Buchungen blieben jedoch vollkommen aus. Nach kurzer Zeit konnten die Mitarbeiter im Home-Office

---

<sup>167</sup> OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p.

<sup>168</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 84/12z.

arbeiten und wurde das Reisebüro nur mehr von einzelnen Mitarbeiter im geringfügigen Ausmaß – etwa einer Stunde pro Tag - für dringende Angelegenheiten betreten. Trotz Aufhebung der Beschränkungen öffnete die Beklagte ihr Reisebüro ab 01.05.2020 nicht.

Ab Juni 2020 hatte das Reisebüro sehr begrenzte Öffnungszeiten - etwa vier Stunden pro Tag konnten Kunden das Reisebüro aufsuchen. Ab 16.11.2020 sogar nur mehr zwei bis maximal drei Stunden täglich.

Als Verwendungszweck für das gemietete Geschäftslokal ist der Betrieb eines Reisebüros vereinbart. Zwar war es im Zeitraum des ersten Lockdowns den Kunden untersagt das Reisebüro aufzusuchen, doch konnte die Beklagte das Mietobjekt für „alle mit dem Betrieb eines Reisebüros anfallenden Bürotätigkeiten [...] uneingeschränkt“ nutzen. Daher stellte das Erstgericht für den Umstand des Vorliegens eines Kundenbetretungsverbots lediglich eine Mietzinsminderung in der Höhe von 30 % fest.

Gegen Ende des Monats März 2020 teilte die Beklagte der Klägerin mit, aufgrund der vorliegenden pandemiebedingten Betretungsverbote des Kundenbereichs, bis auf weiteres die Mietzinszahlungen einzustellen. Im Mai 2020 rechnete die Beklagte mit dem aliquoten Mietzins für März 2020 auf und bezahlte lediglich die Differenz.

Die Klägerin lehnte dies ab und begehrte die Zahlung der offenen Mietzinse.<sup>169</sup>

## **2. Lehrmeinungen betreffend Auswirkungen von Umsatzeinbußen auf den Bestandzins**

Fraglich ist, ob eine Mietzinsminderung auch dann geltend gemacht werden kann, wenn der Bestandnehmer zwar das Geschäftslokal per se nicht schließen muss, infolge der pandemiebedingten Beeinträchtigungen aber mit Umsatzeinbußen konfrontiert ist. Auch hierzu gibt es in der Lehre unterschiedliche Meinungen:

---

<sup>169</sup> OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p.

Ein großer Teil der Lehre bewertet Umsatzrückgänge als Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos und sohin als einen Umstand, der der Sphäre des Geschäftsraummieters zuzurechnen ist. Dies liegt nach *Ehgartner/Weichbold* auch dann vor, wenn die Kundenfrequenz einer üblicherweise belebten Einkaufsstraße aufgrund der behördlichen Schutzmaßnahmen deutlich abnimmt und in weiterer Folge die umliegenden Geschäftslokale weniger Umsatz lukrieren.<sup>170</sup>

Auch *Hochleitner* schließt die Anwendung von §§ 1104, 1105 ABGB für jene Betriebe aus, die nicht von den Betretungsverboten betroffen sind und beispielsweise aufgrund ihrer Lage, wie etwa eine Apotheke in einem Einkaufszentrum, weniger Umsatz erwirtschaften können.<sup>171</sup>

Zwischenzeitlich sahen die behördlichen Maßnahmen<sup>172</sup> auch vor, dass den Kunden eine gewisse Anzahl an Mindestquadratmeter zur Verfügung stehen müssen, um die geforderten Abstandsregelungen<sup>173</sup> einhalten zu können. Nach *Ofner* kann diese Quadratmeterbeschränkung unter Umständen zu einer teilweisen Unbenutzbarkeit führen, etwa wenn die Abstands- und Quadratmeterregelungen eine „Einschränkung der üblichen Kundenfrequenz“ zur Folge hat. Aber auch die Einschränkung der erlaubten Öffnungszeiten wie dies in der Gastronomie beispielsweise der Fall war, können eine teilweise Unbenutzbarkeit begründen. Ein „seuchenbedingtes Absinken der Kundenfrequenz“ ist nach *Ofner* dann der Bestandnehmerseite zuzurechnen, wenn das Bestandsobjekt uneingeschränkt genutzt werden kann.<sup>174</sup>

Nach *Bydlinski* ist bei den sog Abstands- und Quadratmeterregelungen immer der Einzelfall zu bewerten, mit dem Ziel eine Besserstellung des Mieters gegenüber dem Vermieter tunlichst zu verhindern. Da diese Beschränkungen die Verbreitung der Pandemie eindämmen sollen, wird ein Unternehmer, der dadurch in seinem Gebrauch des

---

<sup>170</sup> *Ehgartner/Weichbold*, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume?, wbl 2020, 250.

<sup>171</sup> *Hochleitner*, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020/72.

<sup>172</sup> Im Rahmen sog „Lockerungsmaßnahmen“.

<sup>173</sup> Zeitweise waren Meterangaben zwischen den Kunden vorgesehen wie etwa 2 Meter Mindestabstand, teilweise gab es aber auch tatsächlich fixierte Quadratmetervorschriften pro Kunden.

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

Mietobjekts beeinträchtigt wird, grundsätzlich einen Anspruch auf Mietzinsminderung haben. Jedoch muss genau geprüft werden, welche Auslastungen in dem jeweiligen Geschäftslokal vor Pandemiebeginn tatsächlich bestanden und ob die vorgeschriebene Quadratmeterregelung den gegenständlichen Bestandnehmer tatsächlich in seinem Gebrauch beeinträchtigt. Lag vor Ausbruch der Pandemie in einem Gasthaus ohnehin seit Längerem nur eine Auslastung von etwa 50 % vor, so würde dem Betreiber dieses Gasthauses eine Einschränkung auf 50 % der Gäste wirtschaftlich nicht sonderlich schaden; im Gegensatz zu einem Gastronomiebetreiber, bei dem eine Auslastung von beispielsweise 90- 100 % üblich ist. Hingegen sieht *Bydlinski* in Bezug auf Maskenpflicht und „3-G-Nachweise“<sup>175</sup> einen „bloß schwachen Eingriff des Staates“ vorliegen und sohin keine Grundlage für eine etwaige Mietzinsminderungspflicht, da dies diejenigen Kunden, die tatsächlich Interesse an der angebotenen Leistung des Unternehmers haben und diese Leistungen auch wirklich wollen, zumutbar sein wird und dadurch nicht sonderlich „abgeschreckt“ werden.<sup>176</sup>

Ein Bestandgeber hat, folgt man *Fadinger/Seeber*, nicht für schlecht laufende Geschäfte des Bestandnehmers einzustehen und trägt auch nicht das Risiko für die Wahl des Geschäftsmodells des Bestandnehmers. Ein Umsatzrückgang allein kann daher nicht eine Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts begründen. Anders wäre es, wenn im Bestandvertrag eine gewisse Kundenanzahl oder ein Mindestumsatz vertraglich zugesichert und vereinbart worden wäre. Die getroffene Vereinbarung könnte dann aufgrund des außerordentlichen Zufalls nicht erfüllt werden und würde zu einer Unbrauchbarkeit iSd §1104f ABGB führen.<sup>177</sup>

*Tamerl* wiederum differenziert an sich drei Anwendungsfälle bzw Varianten. Zunächst jene Betriebe, welche aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit unmittelbar mit

---

<sup>175</sup> Nachweis über den Status geimpft, genesen oder aktuell getestet, wobei die diversen Anforderungen für die einzelnen „G“ während der Pandemie angepasst wurden und zeitweise auch Formen wie „2G, 2G+, 2,5G, etc“ geschaffen wurden (<https://coronavirus.wien.gv.at/oeffentliches-leben/> , zuletzt aufgerufen am 20.08.2022).

<sup>176</sup> *Bydlinski*, Der Einfluss der COVID-19 Pandemie auf die Geschäftsraummiete, ÖJZ 2021/131.

<sup>177</sup> *Fadinger/Seeber*, COVID-19 alleine reicht nicht für eine Mietzinsminderung gem §§ 1104 f ABGB, wobl 2020, 189.

Betretungsverboten konfrontiert sind und daher das Bestandsobjekt überhaupt nicht vereinbarungsgemäß verwenden können. Genannt werden hier ua Frisöre, Modeboutiquen, Bars. Alle jene, die daher unter Variante 1 fallen, sind in diesen Zeiten der gänzlichen Unbrauchbarkeit von der Zahlung des Bestandszinses komplett befreit. Unter Variante 2 fallen jene Betriebe, die ihren Betrieb nur teilweise aufrechterhalten können und sohin ihr Bestandsobjekt nur eingeschränkt benützen können wie etwa ein Bäckerei-Gastro-Betrieb, der den Gastro-Betrieb während der behördlichen Beschränkung einstellen muss und daher lediglich einen Thekenverkauf anbieten kann. Hier wird nach *Tamerl* eine teilweise Mietzinsreduktion zugesprochen werden können. Zu guter Letzt, Variante 3, worunter *Tamerl* jene Unternehmer subsumiert, die zwar an sich ihr Bestandsobjekt uneingeschränkt benützen können, jedoch aufgrund von Umsatzeinbußen und starkem Kundenrückgang „freiwillig“ für bestimmte Zeiträume schließen. Diejenigen, die aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen ihren Betrieb und daher die Nutzung des Bestandsobjekts einstellen, fallen nicht unter §§ 1104, 1105 ABGB und besteht daher eine umfassende Pflicht zur Zahlung des Bestandszinses.<sup>178</sup>

Laut *Pesek* muss bei der Beantwortung der Frage auf den individuellen Bestandvertrag abgestellt werden. Dabei kommt es auf die Zusagen des Vermieters an, wie etwa eine bestimmte Ertragsfähigkeit. Um überhaupt eine Mietzinsminderung geltend machen zu können, muss daher die vertraglich vereinbarte Nutzungsmöglichkeit beeinträchtigt sein. Sohin kann sich auf einen Rückgang der Erträge nur derjenige stützen, dem eine bestimmte Ertragsfähigkeit ausdrücklich oder schlüssig vertraglich zugesprochen wurde. Eine derartige Zusicherung wird jedoch in der Praxis selten vorkommen. Im Umkehrschluss zeigt *Pesek* anhand eines Praxisbeispiels auch allfällige Konsequenzen auf, die sich bei der Annahme des Gegenteiligen ergeben würden. Ausgangspunkt ist ein Geschäftslokal, in welchem der Mieter einen Fleischereibetrieb führt und der seine Produkte nur an Hotels liefert. Aufgrund des pandemiebedingten Reiserückgangs leiden nicht nur die Hotels selbst darunter, sondern führt dies in weiterer Folge dazu, dass auch der Umsatz des Fleischereibetriebs stark zurückgeht. Hätte der

---

<sup>178</sup> *Tamerl*, Die Gefahrtragung im Bestandsrecht im Lichte der COVID-19-Pandemie, Zak 2020/190.

Unternehmer jedoch hauptsächlich Lebensmittelmärkte als Kunden, hätte der Unternehmer keinen Umsatzrückgang und im besten Fall sogar einen Anstieg der Nachfrage, da mangels geöffneter Gastronomie einige Supermarktkunden, die sonst lieber Essen gehen würden, nun doch selbst kochen würden und daher die Verkaufsmengen von Fleischprodukten steigen könnten. Es würde daher zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, wenn diese Umstände Auswirkungen auf eine etwaige Mietzinsreduktion hätten. In weiterer Folge würde die Preisgefahr des Bestandgebers „ausufern“ und könnte keine „objektivierbare Grenze“ gesetzt werden.<sup>179</sup>

Betreffend „Nichtbenützung des Mietobjekts aufgrund eigener Entscheidung“ vertreten *Prader/ Gottardis* die Ansicht, dass bei der Beurteilung der Frage, welcher Sphäre diese Entscheidung zugerechnet wird, beachtet werden muss, auf welcher Grundlage diese Entscheidung gefallen ist. Erfolgte dies aufgrund einer „dringlichen Empfehlung der Entscheidungsträger des Landes“ den Mitarbeitern Homeoffice zu ermöglichen, kann dies wie eine behördliche Anordnung gewertet werden, da dadurch nicht nur die Weiterverbreitung der Erkrankung verhindert wird, sondern zudem auch ein Schutz der eigenen Mitarbeiter gegeben ist. Nach *Prader/Gottardis* sind daher diese Anwendungsfälle dem Risiko des Bestandgebers anzulasten. Das Ermöglichen des Arbeitens im Homeoffice unter diesen Umständen stellt keine reine „selbstbestimmte Entscheidung des Bestandnehmers“ dar, da dies unmittelbar auch generell der gesamten Bevölkerung hilft, die Verbreitung der Pandemie zu bekämpfen. Auch da, wo der Bestandnehmer zwar theoretisch das Objekt nützen könnte, aber aufgrund des Arbeitsrückganges als Folge der Coronakrise faktisch keine Tätigkeit mehr ausübt, weil „die gesamte Wirtschaft zum Erliegen gekommen ist“ und/oder, weil die Kunden infolge sonstiger pandemiebedingter Maßnahmen nicht kommen, gehen *Prader/Gottardis* von einer gänzliche Unbenutzbarkeit aus.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> *Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, wobl 2021, 125.

<sup>180</sup> *Prader/Gottardis*, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, immolex 2020, 106.

Es zeigt sich, dass es bei der Berechnung einer etwaigen Mietzinsminderung immer auf den Einzelfall ankommt. Nach *Tschütscher* ist es daher notwendig eine „Gewichtung“ vorzunehmen, „welche die für den jeweiligen Bereich erzielten bzw erzielbaren Umsätze berücksichtigt“. Würde man nur jene Flächen, die nicht betreten werden dürfen, mit jenen Flächen, die sehr wohl genützt werden können, vergleichen, würde dies zu keinem angemessenen Ergebnis führen. So könnte etwa ein Geschäftslokal mit einem angrenzenden Lager quadratmetermäßig zwar mehr Lagerfläche haben als Verkaufsfläche, dennoch würde die Lagerfläche eine untergeordnete Rolle spielen. Ein derartiges Lager hätte nur „Hilfsfunktion“. Die Möglichkeit das Lager weiterhin uneingeschränkt nützen zu können, kann nach Ansicht von *Tschütscher* hier nicht dazu führen, dass eine teilweise Benutzbarkeit argumentiert wird. Kommt es aufgrund der staatlichen Maßnahmen zu massiven Umsatzverlusten und „liegt deren Ursache nicht in der individuellen Geschäftsgebarung“, ist ein Anwendungsfall des §1104 ABGB gegeben.<sup>181</sup>

Nach *Vonkilch* wiederum ist es unbeachtlich, ob zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer eine Vereinbarung hinsichtlich Mindestumsatzzahlen getroffen wurde. Es ist vielmehr ausschlaggebend, ob der vereinbarte Verwendungszweck des Bestandobjekts aufgrund des pandemischen Geschehens nicht nur für den gegenständlichen Bestandnehmer, sondern „für jeden anderen Mieter in der vergleichbaren Situation genauso gewesen wäre“. Demnach hätte ein Zahnarzt zwar keinen Anspruch auf Mietzinsreduktion in den Räumlichkeiten seiner Arztpraxis, wenn er beispielsweise aufgrund einer Corona-Infektion seine Tätigkeit nicht ausüben könnte oder ihn in diesem Zusammenhang etwaige Betreuungspflichten treffen würden. Wenn jedoch hingegen aufgrund des Pandemiegeschehens Patienten aus Angst der Praxis fernbleiben und nur diejenigen Patienten kommen, die akute Probleme haben, liegt nach *Vonkilch* ein Anwendungsfall des § 1104 f ABGB vor. Zudem kann unter Heranziehung des gegenständlichen Beispiels nicht von einer „allgemein ungünstigen Wirtschaftslage“ gesprochen werden, die per se zu keinem Mietzinsminderungsanspruch führen würde,

---

<sup>181</sup> *Tschütscher*, Auswirkungen der COVID-19-Beschränkungen auf Bestandrechte, Zak 2020/297.

wenn „alle Menschen all ihre Zahnärzte“ ausschließlich nur in Notfällen aufsuchen und zwar deshalb, weil in der Pandemiezeit ein erheblicher Teil der Bevölkerung das Risiko sich in einer Zahnarztpraxis mit COVID-19 zu infizieren bedeutend höher einschätzt als mögliche Folgen der unterbliebenen Routinekontrolle.<sup>182</sup>

*Broesigke/Ruf* sehen durch eine allfällige Überwälzung des Risikos des Umsatzeinbruches auf den Bestandgeber die „Gefahrtragung des Bestandgebers überstrapaziert“. Andernfalls müsste der Bestandgeber dafür haften, dass der Bestandnehmer einen „wirtschaftlichen Misserfolg“ erleidet. Schließlich haben Unternehmer während ihrer beruflichen Tätigkeit immer wieder mit Umsatzrückgängen und „erschweren Marktbedingungen aus diversen Gründen zu rechnen“.<sup>183</sup>

### **3. Ansicht des OGH betreffend Auswirkungen von Umsatzeinbußen auf den Bestandzins**

In Zusammenschau mit der bisherigen Rechtsprechung und der Literatur lässt sich feststellen, dass pandemiebedingte Umsatzeinbußen dann dem Unternehmerrisiko zugerechnet werden, wenn diese auch die „gesamte Branche, allgemein und insgesamt treffen“. In diesen Fällen kann nicht von einer „Gebrauchsbeeinträchtigung des vom Vermieter vereinbarungsgemäß zur Verfügung zu stellenden Objekts“ gesprochen werden. Anders gesehen werden jedoch jene Umsatzeinbußen, die unmittelbare Folgen behördlich verordneter Betretungsverbote sind. Diese werden als „konkrete Folgen einer objektiven Einschränkung des vertraglich bedungenen Gebrauchs des Bestandobjekts“ gewertet und sind bei der Beurteilung einer allfälligen Mietzinsminderung zu beachten.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> *Vonkilch*, Mietzinsminderung bei der Geschäftsraummiete wegen COVID-19 „jenseits“ der Lockdowns, wobl 2021, 321.

<sup>183</sup> *Broesigke/Ruf*, Zinsminderungsansprüche von Geschäftsraummieter während der Coronavirus-Krise unter Einbindung der Sphärentheorie, immo aktuell 2020, 77.

<sup>184</sup> OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p.

#### **4. Fazit**

Bei der Beurteilung der Brauchbarkeit können Umsatzverluste zwar als Faktor herangezogen werden, jedoch müssen diese aus der beschränkten Benutzbarkeit – beispielsweise infolge pandemiebedingter Maßnahmen um die Pandemie zu bekämpfen – resultieren. Im Gegensatz dazu stellen Verluste etwa infolge eines generellen Rückgangs der Reisetätigkeiten aufgrund pandemiebedingter Kundenreaktion keine Grundlage für eine etwaige Mietzinsminderung dar und werden daher dem Risiko des Unternehmers und daher der Mieterseite zugerechnet.<sup>185</sup>

Die Bestandnehmerseite trifft die Behauptungs- und Beweislast darüber, dass erlittene Umsatzeinbußen Folge der mangelnden Möglichkeit der Öffnung des Geschäftslokal sind.<sup>186</sup>

Der OGH folgte im gegenständlichen Fall der Entscheidung des Erstgerichts und sprach lediglich eine Mietzinsminderung in der Höhe von 30 % zu.<sup>187</sup>

#### **B. Bekleidungsgeschäft – OGH 30.06.2022, 9 Ob 84/21 z**

##### **1. Sachverhalt**

Die Kläger sind Eigentümer eines in der Stadt Salzburg, Getreidegasse, gelegenen Bestandobjekts, welches die Beklagte zur Verwendung als Bekleidungs-geschäft angemietet hat.

---

<sup>185</sup> OGH 3 Ob 209/21p = Zak 2022/316 (Kolmasch).

<sup>186</sup> OGH 3 Ob 209/21p = ImmoZak 2022/20.

<sup>187</sup> OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p.

Begehrt wurde seitens der Kläger die Zahlung für die Bestandsmieten sowie die Betriebskosten für die Monate Juli bis Oktober 2020 sowie März 2021. Bei den genannten Zeitperioden handelt es sich um keine Lockdown-Zeiträume. Die Kläger vertraten die Ansicht, dass mit der Beklagten „keine Vereinbarung zur generellen und dauerhaften Reduktion der Miete um 50 % geschlossen“ worden sei.

Hingegen bestritt die Beklagte das Vorbringen und brachte vor, dass kein bzw nur ein geminderter Mietzins zu bezahlen sei, wenn das Bestandobjekt aufgrund der COVID-19-Pandemie (teilweise) unbrauchbar geworden sei. Demnach kämen die Rechtsfolgen der §§ 1104 f ABGB nicht nur bei jenen Gebrauchsbeeinträchtigungen zur Anwendung, die unmittelbar aus pandemiebedingten behördlichen Maßnahmen resultieren, sondern seien auch „sonstige pandemiebedingte Umsatzausfälle“ davon umfasst.

Die Beklagte wandte weiters ein, dass sie in den Phasen, wo behördlich verordnete Schließungen vorlagen, zur Gänze von der Mietzinszahlungspflicht befreit gewesen sei. Außerhalb der Lockdownzeiträume habe eine Zahlungspflicht von maximal der Hälfte des Bestandzinses bestanden, da die Verbreitung von COVID-19 auch außerhalb der Lockdownphasen „zu erheblichem Kunden- und damit Umsatzrückgang im Geschäft“ geführt habe. Die Beklagte wandte compensando die von ihr im zweiten und dritten Lockdown geleisteten reduzierten Mietzinszahlungen ein.

Nach Ansicht der Beklagten wirken sich Umsatzeinbußen infolge der COVID-19-Pandemie mindernd auf die Mietzinszahlungspflicht aus. Bei der Getreidegasse in der Stadt Salzburg handle es sich um eine viel besuchte Einkaufsstraße, die sowohl aufgrund des internationalen Bekanntheitsgrades von Touristen als auch von Einheimischen regelmäßig aufgesucht werde. Angesichts der Pandemie sei jedoch die Besucherfrequenz stark zurückgegangen. Für eine Mietzinsminderung bei einer Pandemie seien auch keine physischen Einwirkungen auf das Bestandobjekt notwendig, um einen Anspruch auf Mietzinsminderungen zu bejahen. Auch hätten in diesen Phasen auch weitere behördliche Maßnahmen bestanden und hätten sog Lockerungsmaßnahmen zu Nutzungsbeschränkungen geführt. Auch könne man eine „weltweite Pandemie nicht mit

einer ungünstigen Wirtschaftslage“ vergleichen. Aufgrund des Umsatzrückgangs von etwa 80 % bestehe eine Mietzinszahlungspflicht lediglich in Höhe von 20 %.<sup>188</sup>

## **2. Umsatzeinbußen außerhalb des Lockdowns**

Im Wesentlichen wiederholte der OGH seine Ausführungen aus der „Reisebüro“-Entscheidung<sup>189</sup>. Ob eine Mietzinsminderung zusteht, hängt primär vom vertraglich vereinbarten Nutzungszweck ab. Ein Rückgang der Umsätze an sich, führt noch nicht zwangsläufig zu einem Mietzinsminderungsanspruch. Ein Anspruch auf Reduktion kann dann zustehen, wenn der Umsatzrückgang aufgrund einer „Verletzung vertraglicher Verpflichtungen des Bestandgebers“ zurückzuführen ist. Umsatzeinbußen infolge der COVID-19-Pandemie bleiben für die Zahlungspflicht des Mietzinses unbeachtlich, wenn diese „sämtliche Unternehmer wie (auch) den Mieter des Geschäftslokals, insbesondere dessen gesamte Branche, allgemein und insgesamt treffen“. In diesen Fällen handelt sich um unternehmerisches Risiko.

Sind Einbrüche des Umsatzes hingegen unmittelbare Folge der behördlichen Beschränkung des vertraglich vereinbarten Verwendungszwecks, beispielsweise durch verhängte Betretungsverbote, dann sind diese unmittelbaren Umsatzeinbrüche bei der Berechnung der Mietzinsreduktion zu beachten.<sup>190</sup>

## **3. Fazit**

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Umsatzeinbußen per se ein Indiz für einen Mietzinsminderungsanspruch sein können, aber nur dann im Zusammenhang mit

---

<sup>188</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 84/21z.

<sup>189</sup> OGH 24.03.2022, 3 Ob 09/21p.

<sup>190</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 84/21z.

der COVID-19-Pandemie schlagend werden, wenn sie unmittelbar Folge etwaiger behördlicher Maßnahmen sind.

In Bezug auf den Bekleidungshandel könnten Umsatzeinbußen dann beachtlich sein, wenn diese darauf zurückzuführen sind, dass Kunden das Geschäft nicht betreten durften und keine persönliche Beratung wahrnehmen konnten. Im gegenständlichen Zeitraum war es den Kunden der Beklagten jedoch möglich das Geschäftslokal der Beklagten aufzusuchen, sich beraten zu lassen und auch Waren zu kaufen.

Mangels Vorbringen seitens der Beklagten in erster Instanz, ging der OGH nicht weiter darauf ein, „ob und inwieweit behördliche Maßnahmen außerhalb des Lockdowns spezifische Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeit des streitgegenständlichen Geschäftslokals herbeiführten“.

Das Fernbleiben von Touristen und das Meiden der Bevölkerung von Einkaufsstraßen aufgrund gesundheitlicher Bedenken und um das Infektionsrisiko zu reduzieren, spielen für Mietzinsminderungsansprüche keine Rolle.

Der OGH folgte den Entscheidungen der Vorinstanzen, die dem Zahlungsbegehren der Kläger stattgaben.<sup>191</sup>

## **XI. Mietzinsminderung aufgrund des Umsatzrückganges ohne behördliches Betretungsverbot**

Eine weitere Entscheidung im Zusammenhang mit Umsatzrückgängen und Auswirkungen auf den Mietzins fiel im April des Jahres 2022:

---

<sup>191</sup> OGH 30.06.2022, 9 Ob 84/21z.

## **A. Büroräumlichkeiten – OGH 29.4.2022, 7 Ob 207/21 y**

### **1. Sachverhalt**

Gegenstand dieser Entscheidung ist das Mietverhältnis über Büroräumlichkeiten, in denen die Beklagte wie im Mietvertrag vereinbart, eine auf Wirtschaftsrecht spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei (in Form einer GmbH) betreibt, in der neben dem Anwalt als Geschäftsführer noch zwei Sekretärinnen beschäftigt sind. In Folge der behördlichen Maßnahmen ab 16.03.2020, sohin dem ersten Lockdown, beschränkten die Mehrheit der Mandanten des Anwalts ihre Tätigkeiten auf „unbedingt notwendige Projekte“. Außerdem wurde seitens der Gerichte der Großteil der Verhandlungen abberaumt.

Dies führte dazu, dass der Geschäftsführer der Beklagten bis Mai 2020 in etwa um 80 % weniger beschäftigt war, als davor und statt wöchentlich verhandeln zu gehen, nur mehr einmal pro Monat Gerichtstermine wahrnehmen konnte. Die Mitarbeiterinnen arbeiteten im Homeoffice und hatten eine Kurzarbeitsvereinbarung mit einer Arbeitszeitreduktion in einem Ausmaß von 90 % mit dem Geschäftsführer der Beklagten abgeschlossen.

Erst ab Juni 2020 änderte sich das Arbeitsaufkommen und kam es wieder zu einem Anstieg der Nachfrage nach den Dienstleistungen des Geschäftsführers.

Die Beklagte machte eine Mietzinsreduktion für den Zeitraum März bis inkl Juni 2020 in einem Ausmaß von 80 % vorprozessual geltend.

Die Klägerin negierte einen allfälligen Mietzinsminderungsanspruch mangels behördlichen Betretungsverbots und begehrte die Zahlung der offenen Mietzinse sowie Räumung. Zudem argumentierte die Klägerin, dass ein Rückgang der Aufträge sowie pandemiebedingte Abberaumungen von Gerichts- und Mandantenterminen „allgemeines Lebens- und Unternehmensrisiko“ sei und dies in weiterer Folge der Beklagten zuzurechnen sei.<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> OGH 29.4.2022, 7 Ob 207/21y.

## **2. Unbenutzbarkeit & pandemiebedingte Umsatzeinbußen**

Bei der Beurteilung des Ausmaßes einer allfälligen Unbenutzbarkeit muss in diesem Sachverhalt beachtet werden, dass es seitens der Bundesregierung zu keiner Zeit behördlich verordnete Betretungsverbote für die Kundenbereiche von Rechtsanwaltskanzleien gab. Vielmehr galt das Betretungsverbot für Kunden im ersten Lockdown im März 2020 explizit nicht für „Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Rechtspflege“. Diese galten als „systemrelevant“.<sup>193</sup>

Wie bereits in der soeben besprochenen „Reisebüro-Entscheidung“<sup>194</sup>, werden auch in der gegenständlichen Entscheidung die unterschiedlichen Lehrmeinungen betreffend Auswirkung von Umsatzeinbußen auf den Mietzins erörtert.

## **3. Ansicht des OGH betreffend pandemiebedingte Umsatzeinbußen**

Unstrittig ist, dass hier zwar die Kanzleiräumlichkeiten von Mandanten gar nicht und von den Mitarbeitern nur geringfügig benutzt wurden, jedoch geschah dies auf Grundlage der unternehmerischen Entscheidung des Geschäftsführers und nicht aufgrund allfälliger behördlich verordneter Betretungsverbote, die zudem immer nur Kundenbereiche und keine Arbeitsstätten per se betrafen. Die Mitarbeiterinnen der Beklagten hätten daher jederzeit die Kanzleiräumlichkeiten aufsuchen können.

Unterlassen hat es die Beklagte den Umstand der Schließung dahingehend zu argumentieren, dass Mandantentermine deswegen nicht wahrgenommen wurden, um

---

<sup>193</sup> vgl §2 Z 15 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 BGBl II 2020/96.

<sup>194</sup> vgl OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p.

einerseits – wie empfohlen - vulnerable Gruppen zu schützen und andererseits die Gefahr sich mit COVID-19 zu infizieren zu minimieren.

Vielmehr stützte sich die Beklagte auf das Argument des Rückgangs der Nachfrage bzw auf den mangelnden Bedarf zum „Nacharbeiten“, was unter anderem auf die Mandantenstruktur zurückzuführen ist.<sup>195</sup>

#### **4. Fazit**

Nach Ansicht des OGH konnte aus dem Vorbringen der Beklagten nicht abgeleitet werden, dass die Unbrauchbarkeit des fraglichen Bestandobjekts durch die Pandemie herbeigeführt wurde, wie zB durch etwaige Schutzmaßnahmen. Vielmehr nutzte die Bestandnehmerin das Mietobjekt aufgrund „unternehmerischer Überlegungen“ nicht.<sup>196</sup>

## **XII. Zukünftige Beachtung des §1104 ABGB in Bestandverträgen**

Wie bereits eingangs erörtert, handelt es sich bei den §§ 1096, 1104 und 1105 um dispositives Recht. In einigen Bestandverträgen finden sich dazu bereits abweichende Regelungen. Dennoch gibt es eine Vielzahl an Verträgen, wo dies nicht der Fall ist, vor allem in Hinblick auf die Gefahrtragung bei Seuchen, da dies in Österreich bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie nicht vorstellbar war. Es ist daher zu erwarten, dass Vermieter bei zukünftigen Vertragsabschlüssen Regelungen für etwaige Pandemien und sohin „außerordentliche Zufälle“ vorsehen werden.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> OGH 29.4.2022, 7 Ob 207/21y.

<sup>196</sup> OGH 29.4.2022, 7 Ob 207/21y.

<sup>197</sup> *Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

Doch kann nicht alles zu Lasten des einen Vertragspartners vereinbart werden. Die Grenze findet sich bei Vertragsklauseln in der Sittenwidrigkeit und den zivilrechtlichen Grundsätzen, die auch bei der Prüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen herangezogen werden, nämlich die Geltungskontrolle des § 864a ABGB, das Transparenzgebot gem § 6 Abs 3 KSchG und der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB.<sup>198</sup>

In den folgenden Ausführungen soll daher vor Augen geführt werden, mit welchen „Problemen“ ein Bestandgeber konfrontiert sein könnte, wenn er im Bestandvertrag eine Klausel vereinbaren möchte, die Ansprüche nach §1104 im Zuge weiterer Lockdowns versagen:

## **1. § 1106 ABGB – unbestimmte Gefahrenübernahme des Bestandnehmers**

§1106 ABGB<sup>199</sup> regelt bei pauschaler Überwälzung aller Gefahren auf einen Bestandnehmer in einem Bestandvertrag, dass darunter nur „Feuer-, Wasserschäden und Wetterschläge“ verstanden werden. Selbst wenn der Bestandnehmer ausdrücklich zustimmt alle Gefahren zu übernehmen, kann darunter nicht verstanden werden, dass er selbst dann haften möchte, wenn das Bestandsobjekt zufällig untergeht.<sup>200</sup>

Da sohin hier die Folgen einer „Seuche“ nicht gedeckt sind, sollte eine zu allgemeine Klausel Bestandvertrag nicht getroffen werden.<sup>201</sup>

Ganz allgemein gilt: Findet sich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern eine Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen

---

<sup>198</sup> *Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

<sup>199</sup> §1106 ABGB JGS 1811/946.

<sup>200</sup> *Prader*, MRG<sup>6.02</sup> § 1106 ABGB (Stand 13.10.2021, Manz Wohnrecht in rdb.at).

<sup>201</sup> *Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

Hauptleistungen festlegt, ist diese jedenfalls dann nichtig, wenn sie eine Vertragspartei gröblich benachteiligt“.<sup>202</sup>

Unter AGB definiert die stRsp vorformulierten Vertragsbedingungen die vom Verwender für eine hohe Anzahl von Verträgen herangezogen wird und die beim Vertragsabschluss zugrunde gelegt werden. Dabei ist es unbeachtlich, ob es sich dabei um Teile der Vertragsurkunde selbst handelt oder die AGB als „Extra“ beigezogen werden.<sup>203</sup>

Gerade im Bereich der Anmietung von Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten greifen Vermieter gerne auf Vertragsmuster zurück, wodurch grundsätzlich von Vertragsformblättern gesprochen werden kann. Dennoch ist bei der Beurteilung eine Einzelfallbetrachtung notwendig.<sup>204</sup>

## **2. § 6 Abs 3 KSchG – unzulässige Vertragsbestandteile zwischen Unternehmer und Verbraucher**

Auch das Konsumentenschutzgesetz sieht in §6 Abs 3 KSchG einen eigenen Schutz für Konsumenten vor (sog. Transparenzgebot), wonach eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung als unwirksam qualifiziert wird, wenn sie unklar oder unverständlich ist.<sup>205</sup>

Das KschG findet nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung, bei denen auf der einen Seite ein Unternehmer steht, also jemand, für den das Geschäft zum Unternehmensbetrieb gehört, und auf der anderen Seite ein sog Verbraucher, für den das Geschäft eben nicht zum Unternehmensbetrieb gehört.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> vgl. § 879 Abs 3 ABGB.

<sup>203</sup> Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 23 § 6 KSchG (Stand: 1.4.2015, rdb.at).

<sup>204</sup> Maier-Hülle/Eder, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

<sup>205</sup> vgl. §6 Abs 3 KSchG.

<sup>206</sup> vgl. §1 Abs 1 KSchG.

An sich kommen die Bestimmungen des KSchG bei der Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten nicht zur Anwendung. Doch können diese für den Vermieter von großer Bedeutung sein, denn gerade im Zeitpunkt der Anmietung eines Geschäftslokals, kann auf Bestandnehmerseite noch die Eigenschaft als Konsument iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG vorliegen und zwar dann wenn es sich um ein Vorbereitungsgeschäft handelt. Denn nach § 1 Abs 3 KSchG gehören „jene Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, noch nicht im Sinn des Abs. 1 Z 1 zu diesem Betrieb“.<sup>207</sup>

Dass eine Klausel in einem Mietvertrag, die das Risiko im Falle einer Seuche auf den Bestandnehmer überwälzt, gegen das Transparenzgebot verstößt, wird in der Praxis nicht unbedingt vorkommen.<sup>208</sup>

### **3. § 864 a ABGB – Geltungskontrolle**

Finden sich in AGBs oder Vertragsformblättern einer Vertragspartei Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes, werden diese dann nicht Teil des Vertrages, wenn sie die andere Vertragspartei benachteiligen und zudem die benachteiligte Vertragspartei „nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht damit zu rechnen brauchte“. Etwas anderes gilt, wenn der Vertragspartner besonders darauf hingewiesen wurde.<sup>209</sup>

An sich wird man eine Regelung in einem Bestandvertrag, die die Gefahrtragung im Falle eines außerordentlichen Zufalles normiert, nicht als Klausel mit ungewöhnlichen Inhalts qualifizieren können, zumal man in einem Mietvertrag an sich die Rechte und Pflichten der Bestandnehmer- und Bestandgeberseite festlegt. Die Bestimmungen des § 864 a ABGB könnten jedoch zur Anwendung kommen, wenn die entsprechende

---

<sup>207</sup> vgl § 1 Abs 3 KSchG.

<sup>208</sup> *Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

<sup>209</sup> vgl § 864 a ABGB.

Klausel an einer ganz anderen Stelle – als sonst üblich - im Vertrag zu finden ist und daher an dieser Stelle mit einer solchen Vereinbarung nicht gerechnet werden kann. Nachdem die Möglichkeit besteht, die Geltung einer solchen Klausel durch besonderen Hinweis darauf, zu erhalten, empfiehlt es sich – aus Beweisgründen – den Hinweis zu dokumentieren.<sup>210</sup>

#### 4. § 879 Abs 3 ABGB – Inhaltskontrolle

Eine weitere im Gesetz vorgesehene Nichtigkeit hinsichtlich Vertragsbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern ist dann die Folge, wenn diese Vertragsbestimmung nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt und sie „unter Berücksichtigung der Umstände des Falles eine Vertragspartei gröblich benachteiligt“.<sup>211</sup>

In der Regel wird durch solche Klauseln die Rechtsposition des Vertragspartners verschlechtert, indem vom dispositiven Recht abgewichen wird. Jedoch nicht jede Verschlechterung der Rechtsposition des Vertragspartners durch die verwendete Vertragsbestimmung ist an sich „gröblich benachteiligend“. Nach stRsp wird eine „gröbliche“ Benachteiligung dann vorliegen, wenn es für die Abweichung vom dispositiven Recht keine sachliche Rechtfertigung gibt.<sup>212</sup>

Eine solche Rechtfertigung kann beispielsweise durch Beachtung im Bestandzins gegeben sein, wobei dies mit einem nicht unerheblichen Rechenaufwand einhergeht und unter Umständen schwierig sein könnte, im Falle der Anfechtung, dies vor Gericht nachzuweisen. Eine in der Praxis wohl leichter durchführbare Möglichkeit wäre, bereits vorab die Höhe<sup>213</sup> etwaiger Bestandszinsminderungen je nach Ausmaß allfälliger weiterer

---

<sup>210</sup> *Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

<sup>211</sup> vgl. § 879 Abs 3 ABGB.

<sup>212</sup> *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 ABGB Rz 377 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

<sup>213</sup> Etwa eine prozentuelle Staffelung je nach Ausmaß der Beeinträchtigung könnte hier von Nutzen sein.

behördlicher Maßnahmen vertraglich festzulegen. Empfehlenswert ist zudem, direkt im Bestandvertrag festzulegen, dass Online-Handel und das Anbieten von Take Away oder Lieferservice erlaubt sind. Je klarer und nachvollziehbarer solche Klauseln sind, desto schwieriger wird es für die Gegenseite eine allfällige gröbliche Benachteiligung zu argumentieren.<sup>214</sup>

## 5. Fazit

Die soeben erörterten „Kontrollen“ betreffen aufgrund der gesetzlichen Regelungen nur jene Klauseln die in AGBs oder Vertragsformblättern enthalten sind. Denkbar wäre jedoch auch, dass eine Klausel vorliegt, die bereits im Einzelfall konkret ausgehandelt wurde. Eine solche Vertragsbestimmung könnte gem § 879 Abs 1 ABGB nur dann bekämpft werden und in Folge nichtig sein, wenn diese gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt.<sup>215</sup>

Nach Ansicht von *Maier-Hülle/Eder* ist eine gänzliche Übertragung der Preisgefahr an den Bestandnehmer allein aufgrund der Regelungen in § 1106 ABGB nicht möglich. Denn die Folge einer gänzlichen abstrakten Übertragung führt dazu, dass diese Regelung nur jene außerordentlichen Zufälle betrifft, „die sich tatsächlich häufig zutragen und mit denen ein Bestandnehmer eher zu rechnen hat“. Die gezielte Risikoübernahme im Falle einer „Seuche“ könnte aber mit jenen Anwendungsfällen verglichen werden, die §1106 ABGB vorsieht und zwar Feuer-, und Wasserschäden und Wetterschläge und sohin möglich sein. Denn eine konkrete „Seuchen“-Klausel werde wohl nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot gem § 879 Abs 1 ABGB verstoßen. Anders

---

<sup>214</sup> *Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

<sup>215</sup> vgl § 879 Abs 1 ABGB.

könnte dies dann sein, wenn der Bestandnehmer im Zeitpunkt der Anmietung des Geschäftslokals Verbraucher iSd § 1 KSchG war.<sup>216</sup>

### **XIII. Conclusio**

Neben vielen gesundheitlichen Unklarheiten und Sorgen, warf die COVID-19 Pandemie auch viele rechtliche Fragen auf. Zivilrechtlich stellte sich rasch die Frage, ob Mieter/Pächter von Geschäftsräumen ein Anspruch auf Mietzinsminderung zusteht oder nicht, da eine Vielzahl von Unternehmer aufgrund der behördlichen Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie, ihre in Bestand genommenen Objekte nicht wie gewohnt nutzen konnten.

Klargestellt hat der OGH, dass es sich bei der COVID-19-Pandemie um eine Seuche iSd § 1104 ABGB handelt. Unter einem außerordentlichen Zufall versteht man ein „elementares Ereignis, welches von Menschen nicht beherrschbar“ ist. COVID-19 ist „eine Infektionskrankheit, die infolge ihrer großen Verbreitung und der Schwere des Verlaufs eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt“ und kann daher als elementares Ereignis und sohin als Seuche bezeichnet werden.<sup>217</sup>

Aus dem Normtext des § 1104 ABGB geht hervor, dass infolge eines außerordentlichen Zufalles bei einer gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjektes der Bestandnehmer keinen Miet- oder Pachtzins zu entrichten hat. Die Abgrenzung, ob eine gänzliche Unbrauchbarkeit tatsächlich gegeben ist oder „bloß“ eine gewisse Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt, kann Schwierigkeiten bereiten. Hier hat der OGH durch seine Entscheidungen „Leitlinien“ festgelegt, anhand denen man die Rechtsfrage lösen kann.

---

<sup>216</sup> *Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

<sup>217</sup> OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

Bei der Beurteilung der Frage der Brauchbarkeit des Bestandobjekts wird idR auf den Vertragszweck abgestellt. Herangezogen dafür wird neben der gewöhnlichen Verwendung auch die Verkehrssitte. Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts liegt jedenfalls dann vor, wenn der ursprünglich vertraglich vereinbarte Geschäftszweck nicht mehr ausgeübt werden kann.<sup>218</sup> Nach Auffassung des OGH wird nicht nur auf den vertraglich vereinbarten Geschäftszweck abgestellt, sondern auch auf mündlich getroffene Vereinbarungen.<sup>219</sup>

Ein bloßes Belassen von Inventar in den Geschäftsräumlichkeiten, welches nicht lediglich als Lager benutzt wird, begründet keine teilweise Brauchbarkeit, da dadurch „keine „Nutzung“ des Bestandobjekts zum vertraglich vereinbarten (Geschäfts-)Zweck“ vorliegt.<sup>220</sup> Eine gänzliche Unbrauchbarkeit wird auch dann angenommen, wenn ein Betretungsverbot für den Kundenbereich des Geschäftsraumes vorliegt und der „bedungene Gebrauch des Bestandobjektes durch Kundenverkehr gekennzeichnet ist“.<sup>221</sup>

Erfolgt die Nichtbenutzung des in Bestand genommenen Objekts aufgrund wirtschaftlicher oder unternehmerischer Überlegungen, ohne dass ein behördliches Betretungsverbot vorlag, begründet ein Fernbleiben von Kunden oder Arbeitnehmer noch keinen Anspruch auf Mietzinsminderung.<sup>222</sup>

Eine Pflicht zur Änderung des Geschäftszwecks ist gesetzlich nicht vorgesehen. Bestandverträge können diesbezüglich andere Regelungen enthalten, jedoch finden sich in einer Vielzahl von Bestandverträgen Klauseln, wonach der Bestandnehmer zu einer Änderung des Geschäftszwecks gar nicht erst berechtigt ist oder dafür zumindest die schriftliche Zustimmung des Vermieters erforderlich ist.<sup>223</sup>

Ein viel diskutiertes Thema in diesem Zusammenhang war eine etwaige Herausgabepflicht, der von den Bestandnehmern bezogenen staatlichen Beihilfen, vor

---

<sup>218</sup> vgl RIS-Justiz RS0020926, RS0021054.

<sup>219</sup> vgl OGH 29.03.2022, 4 Ob 218/21v.

<sup>220</sup> vgl OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

<sup>221</sup> vgl OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>222</sup> vgl OGH 29.04.2022, 7 Ob 207/21y.

<sup>223</sup> vgl OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

allem diverser Fixkostenzuschüsse. Bereits in der zweiten Entscheidung stellte der OGH eindeutig klar, dass es sich dabei um „Zuschüsse zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten (von Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung von COVID-19) und der dadurch verursachten wirtschaftlichen Auswirkungen“ handelt und sohin keine Pflicht zur Herausgabe etwaiger bezogener Fixkostenzuschüsse an den Bestandgeber besteht.<sup>224</sup>

Da vor allem der Bereich der Gastronomie lange mit Beschränkungen und Schließzeiten zu kämpfen hatte, wurde auch gespannt auf die erste Entscheidung des OGH in Hinblick auf eine etwaige Verpflichtung des Etablierens eines Abhol- und/oder Lieferservice gewartet. Viele Gastronomen vertraten die Ansicht, dass eine solche Pflicht nicht bestehe und sohin eine gänzliche Unbrauchbarkeit des Geschäftslokals vorlag. Die Bestandgeber wiederum argumentierten, dass dies möglich sei und sohin nur eine teilweise Brauchbarkeit vorliege. Die Beantwortung dieser Frage spielt gerade in der Gastronomie eine entscheidende Rolle, da in der Gastronomie vielfach Pachtverhältnisse vorliegen und dies entscheidend im Zusammenhang mit § 1105 ABGB sein kann. Laut OGH ist diese Frage „anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen“, denn eine „objektiv bestehende Möglichkeit“ der Bestandnehmer, „ein Liefer- oder Abholservice anzubieten“, würde demnach zu einer teilweisen Brauchbarkeit des Bestandobjektes führen.<sup>225</sup>

Auch etwaige Umsatzrückgänge (etwa auch außerhalb der Lockdownzeiträume) werden im Rahmen der Diskussion betreffend Mietzinsminderung als ausschlaggebend genannt. Laut OGH führt ein signifikanter Umsatzrückgang an sich noch nicht zu einem Anspruch auf Bestandszinsreduktion. Umsatzrückgänge können ein Indiz dafür sein, diese müssen aber unmittelbar auf die behördlichen Maßnahmen zurückzuführen sein. Umsatzeinbußen, die „sämtliche Unternehmer wie (auch) den Mieter des Geschäftslokals, insbesondere dessen gesamte Branche, allgemein und insgesamt

---

<sup>224</sup> vgl OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m.

<sup>225</sup> vgl OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d; OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g,

treffen“, werden dem unternehmerischen Risiko zugerechnet und begründen keinen Mietzinsminderungsanspruch.<sup>226</sup>

Zusammenfassend kann sohin festgehalten werden, dass die Beantwortung der Frage auch nach über zwei Jahren Leben mit der Pandemie nicht pauschal erfolgen kann. Selbst eine branchenspezifische Antwort kann nicht so einfach gegeben werden, da vielfach auf den Umstand des Einzelfalls abzustellen ist.

Einige Unklarheiten konnten jedoch durch die bereits ergangenen OGH-Entscheidungen eindeutig geklärt werden und bilden sohin eine gute Ausgangsbasis bei der Ermittlung der jeweiligen Rechtslage.

---

<sup>226</sup> vgl OGH 24.03.2022, 3 Ob 209/21p; OGH 30.06.2022, 9 Ob 84/21z.

## **XIV. Literatur- & Judikaturverzeichnis**

### **Literatur**

*Broesigke/Ruf*, Zinsminderungsansprüche von Geschäftsraummieter während der Coronavirus-Krise unter Einbindung der Sphärentheorie, immo aktuell 2020, 77.

*Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020) zu § 883 ABGB.

*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, ImmoZak 2020/14.

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

*Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1104 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

*Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1105 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

*Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 1447 (Stand 15.1.2021, rdb.at).

*Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 ABGB Rz 377 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

*Krenn/Schüßler-Datler*, Miete zahlen oder nicht?, RZ 2020, 123.

*Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-Handbuch <sup>1.04</sup> Kapitel 11 (Stand 29.1.2021, rdb.at)

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

*Maier-Hülle/Eder*, Künftiger Umgang mit dem außerordentlichen Zufall der „Seuche“ in Bestandverträgen über Geschäftsräume, immo-aktuell 2022, 81.

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

*Oberhammer*, Pandemie und Geschäftsraummieter, JBl 2021, 493.

*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 Geschäftsraummieter, wobl 2021, 125.

*Pesek in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 7<sup>5</sup> (2021) zu § 1111 ABGB.

*Pelinka/Pukel*, Mietzinsminderung wegen COVID-19 bei Gewerbeimmobilien, *ecolex* 2021,32.

*Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I* § 1096 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

*Prader*, MRG<sup>6.04</sup> § 1096 ABGB (Stand 1.4.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at).

*Prader*, MRG<sup>6.04</sup> § 1104 ABGB (Stand 1.4.2022, Manz Wohnrecht in rdb.at).

*Prader*, MRG<sup>6.02</sup> § 1106 ABGB (Stand 13.10.2021, Manz Wohnrecht in rdb.at).

*Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

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

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

*Vonkilch*, Mietzinsminderung bei der Geschäftsraummiete wegen COVID-19 „jenseits“ der Lockdowns, *wobl* 2021, 321.

*Würth* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1096 ABGB (Stand 1.1.2000, rdb.at).

*Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht<sup>23</sup> § 6 KSchG (Stand: 1.4.2015, rdb.at).

### **Judikatur**

1 Ob 176/12g (OGH 11.10.2012)

1 Ob 89/02y = *wobl* 2003/75.

2 Ob 585/82 (OGH 22.3.1983), *MietSlg* 35.180.

3 Ob 78/21y (OGH 21.10.2021)

3 Ob 184/21m (OGH 25.11.2021)

3 Ob 209/21p (OGH 24.03.2022)

3 Ob 36/22y (OGH 19.5.2022)

4 Ob 218/21v (OGH 29.03.2022)  
5 Ob 57/13p = wobl 2014/29  
7 Ob 520/87 (OGH 12.02.1987)  
7 Ob 207/21y (OGH 29.4.2022)  
7 Ob 145/14w = wobl 2015/133  
8 Ob 131/21d (OGH 25.01.2022)  
9 Ob 348/98m (OGH 10.2.1999)  
9 Ob 54/04p (OGH 09.06.2004).  
9 Ob 31/22g (OGH 30.06.2022).  
9 Ob 84/21z (OGH 30.06.2022).  
G 279/2021-15 (VfGH 30.06.2022).

RIS-Justiz RS0020783  
RIS-Justiz RS0133812  
RIS-Justiz RS0020926  
RIS-Justiz RS0021054  
RIS-Justiz RS0021044  
RIS-Justiz RS0021416  
RIS-Justiz RS0020779  
RIS-Justiz RS0018917  
RIS-Justiz RS0021443  
RIS-Justiz RS0021408  
RIS-Justiz RS0017915  
RIS-Justiz RS 0024906  
RIS-Justiz RS0014378

## **sonstige Quellen**

Offizielle Erklärung des COVID-19-Ausbruch zu einer Pandemie durch Generaldirektor der Weltgesundheitsorganisation (WHO), Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, vom 11.03.2020, aufrufbar unter <https://www.nzz.ch/wissenschaft/covid-19-who-erklaert-corona-epidemie-zur-pandemie-ld.1546030?reduced=true> (zuletzt aufgerufen am 16.09.2022).

Website CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH, Beitrag von *Tamerl/Kathrein*, Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Ungleichbehandlung von Miete und Pacht hinsichtlich Bestandzinsminderung vom 27.07.2022, aufrufbar unter <https://www.chg.at/keine-verfassungsrechtlichen-bedenken-gegen-ungleichbehandlung-von-miete-und-pacht-hinsichtlich-bestandzinsminderung/> (zuletzt aufgerufen am 20.08.22).

Informationen zum Fixkostenzuschuss I der COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG), aufrufbar unter <https://www.fixkostenzuschuss.at/fkz1/> (zuletzt aufgerufen am 20.08.2022).

Grundlegende Informationen zum Fixkostenzuschuss I der COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG), aufrufbar unter <https://www.fixkostenzuschuss.at/fkz1/#grundlegende-informationen> (zuletzt aufgerufen am 20.08.2022).

Website der WKÖ, Allgemeine Informationen zum Fachverband Gastronomie der Wirtschaftskammer Österreich, aufrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/tourismus-freizeitwirtschaft/gastronomie/start.html> (zuletzt aufgerufen am 20.08.2022)

## **Abstract**

Seit März 2020 war der Großteil der österreichischen Gewerbetreibenden immer wieder – unter Umständen monatelang - von teils österreichweiten, teils regionalen, davor kaum vorstellbaren, behördlichen Maßnahmen betroffen. Auslöser dafür war der Ausbruch der COVID-19-Pandemie bzw die staatlichen Hoheitsakte zur Verhinderung der weltweiten Verbreitung dieser Pandemie, die uns nun schon seit mehr als zwei Jahren in unterschiedlichen Intensitäten begleitet.

Je nach Branche bzw Unternehmensgegenstand waren Unternehmer mit unterschiedlichen, gesetzlichen Einschränkungen wie etwa Betretungsverboten, eingeschränkten Öffnungszeiten, Beschränkungen der Kundenanzahl oder Quadratmeterregelungen konfrontiert und konnten dadurch in diesen Zeiträumen die angemieteten Geschäftsobjekte teilweise oder - unter gewissen Umständen - überhaupt nicht nutzen.

Die grundlegende Frage, ob in diesem Zeitraum Miete zu zahlen ist oder nicht, kann auch nach zwei Jahren COVID-19-Pandemie nicht abschließend allgemein beantwortet werden. Vielmehr zeigt sich, dass immer auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden muss.

Die bisher ergangenen Entscheidungen stellen jedoch klar, dass einerseits die COVID-19-Pandemie als Seuche iSd § 1104 ABGB qualifiziert werden kann, bei gänzlicher Unbrauchbarkeit - aufgrund behördlich verordneter Betretungsverbote - kein Mietzins zu entrichten ist und das bloße Belassen von Einrichtungsgegenständen in den Bestandsräumlichkeiten keine teilweise Nutzung darstellt. Weiters entschied der OGH, dass keine Herausgabepflicht der Bestandnehmer bezogenen Fixkostenzuschüssen besteht, es zwar keine gesetzliche Pflicht gibt den vereinbarten Geschäftszweck zu ändern aber keine gänzliche Unbrauchbarkeit vorliegt, wenn einem Bestandnehmer objektiv möglich ist einen Liefer- oder Abholservice anzubieten. Umsatzrückgänge können ein Indiz für einen Mietzinsminderungsanspruch sein, dieser muss aber unmittelbar auf die behördlichen Maßnahmen zurückzuführen sein.