

COVID-19-JUDIKATUR ZUR GESCHÄFTSRAUMMIETE UND RÜCKFORDERUNG VON ZUSCHÜSSEN

Am 16. März 2020 begann in Österreich der erste "Lockdown" und zahlreiche Betriebe aus unterschiedlichen Branchen mussten ihre Geschäftslokale aufgrund der Pandemie immer wieder schließen. In diesem Zusammenhang stellte sich insbesondere die Frage, ob die Nichtbenutzbarkeit oder nur eingeschränkte Verwendbarkeit des Geschäftsraumes zu einem Entfall bzw. zur Minderung des Bestandzinses führen kann und landeten zahlreiche dieser Fälle vor Gericht. Der Oberste Gerichtshof hat vor kurzem in drei Fällen, die ein Sonnenstudio, Nagelstudio und Fitnessstudio betrafen, zugunsten der Mieter entschieden und wesentliche Kernfragen, insbesondere auch hinsichtlich des Fixkostenzuschusses und der Rückforderungsansprüche der COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG), gelöst. Weiters entschied der Oberste Gerichtshof, wie sich der "Lockdown" auf den Bestandzins von Gastronomiebetrieben auswirkt, wenn die Möglichkeit eines Liefer- und Abholservices bestand.

1. Anlassentscheidung 3 Ob 78/21y

Anlassfall für die erste Befassung des Obersten Gerichtshofes mit diesem Thema war ein Streit zwischen der Betreiberin eines Sonnenstudios und deren Vermieter. Aufgrund des in Kraft getretenen Betretungsverbots konnte die Betreiberin des Sonnenstudios das Geschäftslokal von 16. März 2020 bis 30. April 2020 nicht nutzen und zahlte daher im April weder Mietzins noch Betriebs- und Heizkosten. Der Vermieter beantragte daraufhin die Räumungsexekution des Geschäftslokals, was ihm aufgrund der ausständigen Mietzahlung zunächst auch bewilligt wurde. Die Betreiberin des Sonnenstudios klagte sodann auf Feststellung, dass sie im Zeitraum vom 01. April bis 30. April 2020 von der Entrichtung des Mietzinses zur Gänze befreit gewesen sei. Der vereinbarte Vertragszweck des Mietverhältnisses sei der Betrieb eines Sonnenstudios gewesen. Infolge der COVID-19-Pandemie habe die Betreiberin des Sonnenstudios das Geschäftslokal nicht nutzen dürfen.

Wenn die in Bestand genommene Sache **wegen außerordentlicher Zufälle**, also Feuer, Krieg oder **Seuche**, große Überschwemmungen oder Wetterschläge, **gar nicht gebraucht oder benutzt werden** kann, so ist gemäß § 1104 ABGB **kein Mietzins** zu entrichten. Der Vermieter ist auch dann nicht zur Wiederherstellung des Bestandobjektes verpflichtet. Nach dieser Bestimmung entfällt demnach die Erhaltungspflicht des Vermieters, es kommt jedoch auch zur Zinsbefreiung des Mieters.

Zu den in § 1104 ABGB unter anderem ausdrücklich genannten "außerordentlichen Zufällen" gehört auch die "Seuche". Unter einer **Seuche** versteht man eine **Infektionskrankheit, die in Folge ihrer großen Verbreitung und der Schwere des Verlaufs eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt**. Der Oberste Gerichtshof

re
te
tt
e
|
s
w
e
n

stellte in seiner Entscheidung vom 21.10.2021 fest, dass diese Definition **unzweifelhaft auf COVID-19 zutrifft**. Der Oberste Gerichtshof entschied ferner, dass zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 im maßgeblichen Monat April 2020 aufgrund der Schließungsverordnung für das Sonnenstudio ein Betretungsverbot galt, sodass das Geschäftslokal in diesem Zeitraum gar nicht genutzt werden konnte. Aus dem bloßen Verbleib von Einrichtungsgegenständen im Sonnenstudio lässt sich nach dem Obersten Gerichtshof keine teilweise Nutzung ableiten.

Mit dieser Entscheidung erachtete der Oberste Gerichtshof das **konkrete Bestandobjekt** aufgrund der COVID-19-Pandemie als **unbenutzbar**, was gemäß § 1104 ABGB zum **Entfall der Mietzinszahlungsverpflichtung** führte.

2. Entscheidungen 3 Ob 184/21m und 5 Ob 192/21b

Mit den oberstgerichtlichen Entscheidungen bezüglich eines Nagelstudios (3 Ob 184/21m) und eines Fitnessstudios (5 Ob 192/21b) wurde an der Rechtsansicht des Anlassfalles betreffend eines Sonnenstudios (3 Ob 78/21y – siehe Punkt 1.) festgehalten und zugleich weitere Fragen hinsichtlich der COVID-19-Pandemie und Geschäftsraumieten geklärt.

In den beiden gegenständlichen Entscheidungen ging es um Bestandobjekte, die in einem Einkaufszentrum lagen. Der Oberste Gerichtshof stellte in diesen Entscheidungen insbesondere fest, dass **für die Beurteilung der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit auf das konkrete Bestandobjekt und nicht auf das übrige geschäftliche Umfeld abzustellen** ist. Der Umstand, dass das Einkaufszentrum für bestimmte Geschäftszwecke weiter betreten werden darf, ändert nichts an der Unbenutzbarkeit eines, vom Betretungsverbot erfassten Geschäftslokals. Auch die weiterhin bestehenden Parkmöglichkeiten, die Versorgung des Einkaufszentrums mit Energie oder seine Bewachung und Reinigung bilden keinen geschäftlichen Nutzen für den Mieter, dessen Bestandobjekt pandemiebedingt zum bedungenen Zweck nicht verwendet werden kann. Auch in diesen beiden Fällen entschied der OGH daher zugunsten der Mieter im Sinne eines Entfalls der Pflicht zur Mietzinszahlung.

3. Entscheidung 8 Ob 131/21d

Die Mieterin betrieb in dem Bestandobjekt entsprechend dem im Mietvertrag vereinbarten Verwendungszweck eine Gastwirtschaft. Da während des "zweiten Lockdowns" das Betreten von Gastronomiebetrieben zum Zwecke der Konsumation verboten war, bezahlte die Mieterin von November 2020 bis Jänner 2021 keinen Mietzins für das Bestandobjekt. Die Vermieterin klagte daraufhin auf Zahlung des Mietzinses, weil das Abholen und auch das Ausliefern von Speisen und Getränken ab dem 03.11.2020 erlaubt gewesen sei. Eine (gänzliche) Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts sei trotz des behördlichen Betretungsverbots für sämtliche gastronomische Betriebsstätten daher nicht gegeben gewesen.

Der Oberste Gerichtshof stellte zunächst fest, dass der im Mietvertrag vereinbarte Geschäftszweck "Gastwirtschaft" den Betrieb eines Liefer- und Abholservices für Speisen und Getränke im Mietobjekt deckt, weshalb es dafür keiner Zustimmung des Vermieters bedurfte.

Weiters kam er zum Schluss, dass die **Unbrauchbarkeit bzw. Unbenützbarkeit** des Bestandobjekts – ausgehend vom vereinbarten Geschäftszweck – anhand eines **objektiven Maßstabs** zu beurteilen ist. Hat der Mieter objektiv die Möglichkeit, ein Liefer- und Abholservice anzubieten, begründet dies eine zumindest teilweise Brauchbarkeit des Geschäftslokals und es kommt gemäß § 1105 ABGB zu einer Mietzinsminderung im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung.

Allerdings steht dem Mieter der Einwand offen, dass die Etablierung eines bislang nicht betriebenen Liefer- und Abholservices – etwa aufgrund des fehlenden Kundenkreises – nicht (sofort) zumutbar gewesen wäre.

4. Entscheidung 3 Ob 36/22y

Die Beklagte als Mieterin betrieb im Fachmarktzentrum der Klägerin eine ihrer "Bäckerei-Cafe" Filialen. Diese werden teilweise als reine Bäckereifilialen (ohne Sitzmöglichkeit zur Konsumation von Speisen) und teilweise mit nahezu reinem Kaffeehausbetrieb betrieben. Im Fachmarktzentrum der Klägerin betrieb die Beklagte eine Filiale, die etwa 90 % der Umsätze über den Kaffeehausbetrieb und nur rund 10 % durch den Verkauf von Backwaren über den Thekenbereich erzielt.

Die Beklagte schloss ihre Filiale im Fachmarktzentrum der Klägerin unter anderem im Zeitraum von 17. März bis einschließlich 14. Mai 2020. Sie bezahlte die Mietzinse für April und Mai 2020 (zunächst) nicht, weil das Bestandobjekt für sie nicht entsprechend der vertraglichen Vereinbarung nutzbar war. Nach Einbringung der Klage durch die Klägerin zahlte sie die halbe Mai-Miete 2020 nach.

Der OGH stellte im gegenständlichen Verfahren fest, dass die **(Un-)Brauchbarkeit** eines Bestandobjekts **nicht nur** anhand des **schriftlichen Mietvertrages**, sondern insbesondere auch nach den **mündlichen Vereinbarungen** der Parteien zu beurteilen ist. Der frühere Geschäftsführer der Klägerin trat im Frühjahr 2018 an die Geschäftsführerin der Beklagten mit der Frage heran, ob sie nicht das damals leerstehende Geschäftslokal zum Betrieb eines Kaffeehauses für die Besucher des Fachmarktzentrums mieten wolle. Wenngleich das prozentuelle Verhältnis zwischen Bäckerei- und Kaffeebetrieb nicht schriftlich festgelegt wurde, gelangte der OGH zur Einschätzung, dass das Mietobjekt im Zeitraum der für die Gastronomie geltenden Betretungsverbote unbrauchbar war, zumal es beiden Parteien **nach der mündlichen Vereinbarung primär um den Betrieb eines Kaffeehauses** ging und ihnen von Anfang an klar war, dass eine ausschließlich oder überwiegend auf den Verkauf von Bäckereiwaren ausgerichtete Filiale aufgrund des Standorts im Gewerbegebiet wirtschaftlich nicht überlebensfähig wäre.

5. Fixkostenzuschuss

5.1. Keine Verpflichtung zur Herausgabe an den Vermieter

Der Oberste Gerichtshof sprach überdies in beiden unter Punkt 2. genannten Entscheidungen (3 Ob 184/21m und 5 Ob 192/21b) aus, dass **keine Verpflichtung zur**

Herausgabe des jeweils von den Mietern beantragten **Fixkostenzuschusses I an die Vermieter besteht.**

Der sogenannte "Fixkostenzuschuss I" beruht auf der Verordnung des Bundesministers für Finanzen betreffend Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COFAG, die am 26.05.2020 in Kraft getreten ist. Die inhaltlichen Regelungen finden sich in den Richtlinien im Anhang zu dieser Verordnung, die auch Inhalt des jeweiligen Fördervertrags mit der COFAG sind.

Nach den Richtlinien sollen die 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 dienen. **Für die Gewährung** von Fixkostenzuschüssen müssen Unternehmen nach den Richtlinien **zumutbare Maßnahmen gesetzt haben**, um die durch den Fixkostenzuschuss zu deckenden **Fixkosten zu reduzieren**. Eine nachträgliche Überprüfung der Zuschüsse hat im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen jedenfalls auf Basis von Stichproben stattzufinden. Die **COFAG** kann Fixkostenzuschüsse gemäß den Richtlinien insoweit **zurückzufordern**, als sich zu einem späteren Zeitpunkt **herausstellt**, dass die dem Zuschuss zugrunde liegenden Verhältnisse **nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen**.

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs besteht der Zweck der Zuschussgewährung dieser Zuwendungen in der **Förderung der betroffenen Unternehmen**. Ist der betroffene Unternehmer Mieter, ist also dieser das Förderungssubjekt. In diesem Fall sieht die Verordnung einschließlich der Richtlinien **keine Verpflichtung** des Mieters vor, die **staatlichen Unterstützungen an den Vermieter herauszugeben**. Nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs handelt es sich nicht um eine Zuwendung, die dazu gedacht ist, den gesetzlichen Mietzinsentfall der Geschäftsraumvermieter wettzumachen. Jedoch haben die Mieter gemäß den Richtlinien eine **Schadenminderungsobliegenheit gegenüber der Republik**. Dies bedeutet, dass die Mieter verpflichtet sind, primär die ihnen **zustehenden Mietzinsminderungsansprüche** gegenüber den Vermietern **geltend zu machen**. Der Oberste Gerichtshof kam daher zum Schluss, dass die **COFAG** die Zuschüsse unter Umständen **ex post** gegenüber denjenigen Mietern **zurückfordern könne**, die gegen diese Pflicht verstoßen haben.

5.2. Rückforderungen der COFAG

Infolge der oben dargestellten Judikatur des Obersten Gerichtshofs hat der Gesetzgeber im Dezember 2021 eine Anpassung des Bundesgesetzes über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes (ABBAG-Gesetz) vorgenommen, welches nun allfällige Rückforderungen von anteiligem Fixkostenzuschuss und Verlustersatz regelt.

Das ABBAG-Gesetz sieht vor, dass in den einschlägigen Verordnungen und Richtlinien festzulegen ist, dass **Rückforderungen** anteiliger **finanzieller Maßnahmen** insoweit zu erfolgen haben, als sie die betragliche Grenze von **EUR 12.500,00 pro Monat überschreiten** und das **Bestandsobjekt** infolge des behördlichen Betretungsverbotes **tatsächlich nicht nutzbar war**. Bei auf Bestandszinszahlungen entfallenden Zuschussanteilen **bis zu EUR 12.500,00 pro Monat** haben Rückforderungen **nur insoweit** zu

erfolgen, als das Unternehmen bezahlte Bestandszinsen nachträglich ganz oder teilweise vom Vermieter oder von dritter Seite **zurückbekommt**. Der Umfang der finanziellen Maßnahmen und die Höhe einer allfälligen Rückforderung richten sich nach der **tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandsobjektes** in jenen Zeiträumen, in denen das Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war. Diese tatsächliche Nutzbarkeit kann auch auf der Grundlage des dem Bestandsobjekt zuzurechnenden **Umsatzausfalles** berechnet werden. Die Bestimmungen über Rückforderungen gelten für Zuschüsse, die **bis zum 31.12.2021 beantragt** wurden.

Durch die im März 2022 veröffentlichten Novellen der Richtlinien zum Fixkostenzuschuss und Verlustersatz wurden auch die "technischen Details" der Regelung festgelegt und bilden die rechtliche Grundlage für die Rückzahlungen.

Nach den Richtlinien muss das Ausmaß der **tatsächlichen Nutzbarkeit** von Unternehmen anhand geeigneter Aufzeichnungen **nachgewiesen werden**. Als Nachweis dient einerseits eine **fremdübliche rechtswirksame Vereinbarung** mit dem Vermieter über eine sachgerechte und endgültige **Bestandszinsminderung** aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit. Andererseits kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch vereinfachend anhand des dem Mietobjekt zuzurechnenden **Umsatzausfalls** ermittelt werden. Dabei müssen Fördernehmer den für die Beantragung des Zuschusses ermittelten Prozentsatz des Umsatzausfalls als Ausgangspunkt der Berechnung heranziehen.

Wie die COFAG mittels Presseaussendung vom 19.03.2022 ankündigte, wird sie nur **aktiv** auf geförderte Unternehmen **zugehen** und anteilige Zuschüsse zurückfordern, wenn diesen Unternehmen Zuschüsse für im Zeitraum des behördlichen Betretungsverbotes zu entrichtende Bestandszinszahlungen in Höhe von **zumindest EUR 12.500,00 pro Monat** gewährt wurden.

Bei allen anderen Unternehmen wird die korrekte Rückzahlung im Rahmen der laufenden Betriebsprüfung durch die **Finanzverwaltung kontrolliert**. Stellt sich dabei heraus, dass ein Unternehmen nicht alles Zumutbare geleistet hat, um seine Kosten und damit die Höhe der beantragten Förderungen zu reduzieren, liegt eine **Verletzung der Schadensminderungspflicht** und **allenfalls** eine **Rückforderbarkeit** vor.

6. Fazit

Mit den oben dargestellten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs steht nun fest, dass es sich bei COVID-19 um eine "Seuche" im Sinne des § 1104 ABGB handelt und es daher bei einer **gänzlichen Unbenutzbarkeit** des Bestandsobjektes zu einem Mietzinsentfall kommt, wobei der Fixkostenzuschuss nicht an den Vermieter herausgegeben werden muss. Damit hat der Oberste Gerichtshof mehrmals übereinstimmend zwei Hauptpunkte zu Gunsten der Mieter geklärt und muss daher in diesen Aspekten eventuell bereits von einer gesicherten bzw. ständigen Rechtsprechung zu Lasten der Vermieter ausgegangen werden.

Der Oberste Gerichtshof hat weiters ausgesprochen, dass **Geschäftsraummieter** gegenüber der COFAG einer **Schadensminderungspflicht** unterliegen. Die Mieter sind daher verpflichtet, von ihren Vermietern Mietzinsminderungen zu verlangen. Mietende Unternehmer werden daher grundsätzlich angehalten sein, bezahlte Bestandszinsen von ihren Vermietern zurückzufordern. Noch offen ist jedoch, wie weit diese

Schadensminderungspflicht des Mieters gehen muss, also ob er tatsächlich auch gerichtlich gegen den Vermieter vorgehen muss, um den Vorgaben der COFAG gerecht zu werden.

Infolge der Entscheidung über einen Gastronomiebetrieb wird auch in anderen vergleichbaren Fällen auf den Zweck der Nutzung bzw. Vermietung abzustellen und zu prüfen sein, in welcher Weise der Mieter das Mietobjekt zumindest teilweise weiter hätte nutzen können.

Sollten Sie Fragen zur aktuellen COVID-19-Judikatur zu Geschäftsraummieten, zur Gewährung von Zuschüssen und Rückforderungen der COFAG haben, steht Ihnen unser Team jederzeit gerne mit kompetenter rechtlicher Beratung zur Verfügung.

[RA DDr. Alexander Hasch](#)

[RA Mag. Johannes Wolfgruber, MBA](#)

[RAA Mag. Christoph Jocher](#)