

**ERSTE BESTANDRECHTLICHE STELLUNGNAHME ZU
AUSWIRKUNGEN DER CORONA-KRISE**

STAND 16.03.2020

1. Einleitung

- 1.1 Die Bundesregierung hat in den letzten Tagen zahlreiche weitreichende Maßnahmen beschlossen, die eine weitere schnelle Ausbreitung des neuartigen Corona-Virus SARS-CoV-2 und der von diesem ausgelösten Erkrankung COVID-19 eindämmen oder zumindest bremsen sollen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems aufgrund einer zu hohen Zahl an gleichzeitig zu behandelnden Patientinnen zu verhindern. Ziel all dieser Maßnahmen ist es, mit physischer Nähe verbundene Kontakte von Personen weitgehend einzuschränken und so die Übertragung des Virus zu reduzieren.
- 1.2 Diese Maßnahmen haben auf das Wirtschaftsleben der Unternehmen bzw Arbeitgeber und der Arbeitnehmer/innen weitreichende Auswirkungen. Wir haben daher untenstehend für Sie den aktuellen Stand der bestandsrechtlichen Auswirkungen zusammengefasst.

2. Verordnete Maßnahmen

- 2.1.1 Mit der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19¹ wurde verfügt, dass Betriebsstätten des Handels und des Gastgewerbes² mit wenigen Ausnahmen nicht mehr betreten werden dürfen.
- 2.1.2 Dementsprechend stellt sich für viele Unternehmen des Handels und der Gastronomie die Frage, ob sie den Bestandzins für von ihnen genutzte Mietobjekte weiter zu leisten haben.

¹ BGBl 2020/96.

² Für das Gastgewerbe gelten zum Zeitpunkt dieser Information noch die Regelungen der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 die Sperrstunde und Aufsperrstunde im Gastgewerbe (BGBl 2020/97), wonach eine Sperrstunde von 15.00 Uhr einzuhalten ist. Diese Verordnung wird aber mit Ablauf des 16.03.2020 außer Kraft treten und nach der Verordnung BGBl 2020/96 mit Beginn des 17.03.2020 eine umfassende Sperrung auch des Gastgewerbes in Kraft treten.

3. (Vorübergehende) Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts

3.1 Gesetzliche Regelungen zur Bestandzinsminderung

3.1.1 Die für das Thema Bestandzinsminderung- bzw -befreiung im Fall der COVID-19-Pandemie relevanten Regelungen sind insbesondere in den §§ 1096 und 1104 ABGB enthalten:

- (a) § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB sieht eine Bestandzinsreduktion nach seinem Wortlaut dann vor, wenn die Bestandsache mangelhaft ist und daher nicht in dem vereinbarten Umfang oder zum vereinbarten Zweck benutzt werden kann.
- (b) § 1104 ABGB normiert eine Mietzinsminderung für Fälle, in denen die Bestandsache wegen außergewöhnlicher Ereignisse nicht in dem vereinbarten Umfang oder zum vereinbarten Zweck benutzt werden kann. Das Gesetz nennt hier ausdrücklich Feuer, Krieg oder Seuche. Diese Aufzählung ist nicht abschließend.³ Nach der Rechtsprechung fallen unter § 1104 ABGB alle elementaren Ereignisse, die einen größeren Personenkreis treffen und von Menschen nicht beherrschbar sind, sodass für deren Folgen im Allgemeinen von niemandem Ersatz erwartet werden kann. Die Rechtsprechung versteht neben den im Gesetz beispielhaft genannten Fällen auch von den Vertragspartnern nicht provozierte hoheitliche Verfügungen (Maßnahmen der Besatzungsmacht, etwa Beschlagnahme)⁴ oder Ausfischen⁵ oder die Gefahr terroristischer Anschläge⁶ gerechnet.

3.1.2 Aus dem Zusammenspiel der beiden Bestimmungen ergibt sich, dass der Vermieter nicht nur die Preisgefahr in Fällen trägt, in denen die Sache selbst mangelhaft ist oder wird. Vielmehr trägt der Vermieter die Preisgefahr immer dann, wenn die Bestandsache aus der Sphäre des Vermieters zuzurechnenden oder zufälligen Gründen nicht zum vereinbarten Gebrauch verwendet werden kann.⁷ Ein Verschulden des Vermieters ist nicht notwendig.

Zwischenergebnis: § 1104 ABGB spricht ausdrücklich davon, dass der Mietzins entfällt, wenn und soweit die Bestandsache *wegen einer Seuche* nicht benutzt werden kann. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung entschieden, dass der Mietzins nach § 1104 ABGB auch im Fall von von den Vertragspartnern nicht provozierten hoheitliche Verfügungen entfällt.⁸ Eine Mietzinsminderung ist daher grundsätzlich denkbar.⁹ Mangels wirklich vergleichbarer Rechtsprechung und aufgrund des rechtlichen Neulandes, welches hier betreten wird, muss

³ OGH RIS-Justiz RS0020783.

⁴ OGH RIS-Justiz RS0038602 bzw RS0023985.

⁵ OGH RIS-Justiz RS0024903.

⁶ OGH RIS-Justiz RS0021342.

⁷ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 1 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

⁸ Vgl OGH RIS-Justiz RS0038602 bzw RS0023985.

⁹ Das gilt sowohl für Mietverträge im Teilanwendungsbereich des MRG als auch solche in dessen Vollenwendungsbereich: § 7 MRG sieht für die gänzliche zufällige Unbrauchbarkeit des Vermieters in bestimmten Fällen eine Wiederherstellungspflicht des Vermieters vor, wobei § 1104 ABGB (und damit das Recht zur Mietzinsminderung) außerhalb des Anwendungsbereichs von § 7 MRG ausdrücklich unberührt bleibe. Wenngleich die Maßnahmen der Bundesregierung nur temporären Charakter haben, ist im Fall der COVID-19-Epidemie eine Wiederherstellung eines brauchbaren Zustands *durch den Vermieter* nicht möglich, sodass auch auf Mietverhältnisse im Vollenwendungsbereich des MRG § 1104 ABGB zur Anwendung kommen muss.

allerdings festgehalten werden, dass dieses rechtliche Ergebnis nicht garantiert werden kann. Die Umstände des Einzelfalles (Inhalt des Bestandvertrages, Branche, Nutzungsmöglichkeit für andere Geschäftsbereiche, Vertragsdauer, Dauer der Sperre) müssten vor einer endgültigen Empfehlung jedenfalls geprüft werden.

3.2 Ausmaß der Mietzinsminderung

3.2.1 *Grundsätzliches*

Von der Reduktion werden nach herrschender Ansicht alle Mietzinsbestandteile umfasst, also beispielsweise auch die öffentlichen Abgaben und Betriebskosten.¹⁰

3.2.2 *Gänzliche Unbrauchbarkeit*

Für die durch außerordentlichen Zufall bedingte gänzlichen Unbrauchbarkeit gilt sowohl bei einem Pacht- als auch bei einem Mietverhältnis, dass sich der Bestandszins auf Null reduziert.

3.2.3 *Teilweise Unbrauchbarkeit*

Für die durch außerordentlichen Zufall bedingte teilweise Unbrauchbarkeit unterscheidet § 1105 ABGB zwischen Miet- u Pachtvertrag:

- (a) Beim Mietvertrag gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Zinsminderung. In der Praxis wird die Reduktion überwiegend anhand eines prozentuellen Anschlags je nach dem Grad der Brauchbarkeit berechnet.¹¹
- (b) Beim Pachtvertrag kommt es hingegen zunächst darauf an, dass der Pachtgegenstand eine Laufzeit von maximal einem Jahr hat. Nur dann steht nach dem Wortlaut des § 1105 ABGB dem Pächter überhaupt ein Mietzinsminderungsrecht zu.¹² Außerdem muss für ein Mietzinsminderungsrecht der Gebrauch zu mehr als der Hälfte beeinträchtigt sein. Nachdem gerade die Abgrenzung zwischen Miet- und Pachtvertrag eine ganz schwierige, kasuistische und wenig vorhersehbare ist (so hat sich zB im Bereich der Einkaufszentren die Judikatur seit dem Jahr 2006 genau in die Gegenrichtung entwickelt und es ist nun in den meisten Fällen von einem Mietverhältnis auszugehen) ist bei derartig bezeichneten Vertragsverhältnissen eine generelle Beurteilung unmöglich. Es ist daher jeder Einzelfall gesondert zu prüfen.

Die Frage, ob ein Bestandobjekt teilweise zum vertraglich vereinbarten Gebrauch verwendet werden kann, muss anhand des konkreten Vertrags geprüft werden. An dieser Stelle sollen daher lediglich einige Beispiele zur Illustration angeführt werden:

¹⁰ Iro/Rassi in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017) § 1096 Rz 9; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02}§ 1096 Rz 31 (Stand 1.10.2016, rdb.at)

¹¹ Lovrekin Rummel/Lukas, ABGB⁴§ 1096 Rz 111 (Stand 1.5.2017, rdb.at); Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02}§ 1096 Rz 31 (Stand 1.10.2016, rdb.at)

¹² Der Gesetzgeber ging davon aus, dass sich die Mindererträge aus einem Jahr mit Mehrerträgen aus Folgejahren ausgleichen: Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴§ 1108 Rz 6 (Stand 1.5.2017, rdb.at)

- (a) **Kleidungshandel:** Nach den in den vergangenen Tagen erlassenen Bestimmungen kann ein Modegeschäft nicht mehr als solches betrieben werden, da den Kunden der Zugang zur Betriebsstätte verboten ist. Ist im Mietvertrag daher zum Verwendungszweck festgehalten, dass das gemietete Geschäftslokal ausschließlich zum Betrieb des Kleidungshandels verwendet werden darf, entfällt die Miete ganz.
- (b) **Restaurant:** Auch Restaurants sind von den Schließungen betroffen. Ausgenommen sind nach der anwendbaren Verordnung jedoch Unternehmen, die Lieferservice anbieten. Ist im Mietvertrag zum Verwendungszweck daher festgehalten, dass darin ein Restaurant mit Lieferservice betrieben werden darf, entfällt die Miete teilweise, weil der Betrieb des Lieferservice weiter möglich ist.
- (c) **Zeitraum vor der Anordnung der Schließung:** Es stellt sich außerdem die Frage, ob der Mieter schon wegen der COVID-19-Pandemie (also wegen der Seuche an sich und nicht wegen der angeordneten Maßnahmen) in der Benützung des Mietgegenstands beeinträchtigt ist. Ein Mietzinsminderungsanspruch ist unseres Erachtens grundsätzlich denkbar, denn auf die behördliche Verfügung der Schließung kommt es nach dem Gesetz nicht an. Es ist aber im Einzelfall zu prüfen, ob dem Mieter der Betrieb des Unternehmens im Bestandgegenstand nicht mehr zugemutet werden kann. Zu denken wäre etwa an Betriebe, die nicht unter die angeordneten Schließungen fallen, sich aber dennoch nach Aufrufen der Bundesregierung richten, ihren Arbeitnehmern nach Möglichkeit vollständig Telearbeit zu ermöglichen.

3.3 Beweislastverteilung

Die Beweislastverteilung richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen, wonach jede Partei diejenigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, die ihren Rechtsstandpunkt stützen. Dementsprechend hat der Mieter zu beweisen, dass bzw in welchem Ausmaß die Bestandsache nicht benützt werden kann. Der Vermieter hat das Vorliegen eines außerordentlichen Ereignisses zu beweisen¹³ (weil der Vermieter davon profitiert, dass ihn bei solchen Ereignissen keine Wiederherstellungspflicht trifft).

4. **Maßgeblichkeit vertraglicher Vereinbarungen**

4.1.1 Aus der oben dargestellten generellen Rechtslage folgt allerdings nicht zwingend, dass einem Mieter das Recht zusteht, den Mietzins (teilweise) zurückzubehalten. Vielmehr ist eine genaue Prüfung im Einzelfall notwendig:

- (a) Zunächst ist es Sache der Parteien, den Zweck zu definieren, zu dem das Vertragsobjekt benutzt werden darf. Wenn es nach dem vertraglich vorgesehenen Zweck für den Mieter mögliche Nutzungen gibt, steht eine Mietzinsminderung jedenfalls nicht voll zu.

¹³ OGH 12.02.1987 7 Ob 520/87.

- (b) Außerdem können die Parteien eine abweichende vertragliche Regelung treffen, nach der der Mieter bestimmte Risiken übernimmt. Ob eine Mietzinsminderung also tatsächlich zusteht, ist letzten Endes auch und insbesondere eine Frage der Auslegung des konkreten Mietvertrags im Einzelfall.
- (c) Darüber hinaus ist auch die Wirksamkeit Vereinbarung im Sinn von Punkt (b) an allgemeinen Maßstäben zu messen – insbesondere ist daran zu denken, dass Standardbestimmungen in Mietverträgen allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 879 Abs 3 ABGB sein können und daher einer strengen Wirksamkeitskontrolle unterliegen.

5. Außerordentliche Kündigung des Bestandverhältnisses

- 5.1 § 1112 ABGB normiert, dass der Bestandvertrag automatisch erlischt, wenn die Bestandsache untergeht und der Vermieter (nach § 1104 ABGB) nicht zur Wiederherstellung verpflichtet ist. Fraglich ist, ob eine eingeschränkte Benützbarkeit wegen des Coronavirus als Untergang der Sache angesehen werden kann.
- 5.2 Unter einem Untergang der Sache ist zunächst nicht nur deren physische Zerstörung, sondern auch die dauernde rechtliche Unmöglichkeit der Benützung zu verstehen. So ist etwa nur die *endgültige* Erteilung eines Abbruchauftrags oder die *endgültige* Versagung der Baugenehmigung ein Fall der Untergang der Bestandsache.¹⁴
- 5.3 Die Maßnahmen der Bundesregierung haben allerdings – auch wenn sie einige Zeit in Kraft bleiben werden – *vorübergehenden* Charakter. Daher sollten die Gebrauchseinschränkungen des Bestandsobjekts durch die COVID-19-Pandemie keinen Untergang der Bestandsache darstellen; auch dies kann angesichts fehlender Rechtsprechung für vergleichbare Fälle nicht garantiert werden.
- 5.4 Ungeachtet dessen empfiehlt es sich, im Falle vorhandener Liquidität den Bestandzins vorerst unter Vorbehalt zu bezahlen und erst nach Ende der Sperre rückzufordern, um ein Kündigungsverfahren von vorne herein auszuschließen.

6. Schlüssiger Verzicht durch Zahlung

Vorsicht ist für Unternehmen bei der Entscheidung geboten, ob der Bestandzins geleistet werden soll: Denn die Rechtsprechung sieht teilweise in der vorbehaltlosen Zahlung des Bestandzinses trotz Kenntnis des Minderungsgrunds einen Verzicht auf das Mietzinsminderungsrecht.¹⁵

Wien, am 17.03.2020

Eisenberger & Herzog
Rechtsanwalts GmbH

¹⁴ OGH 30.04.2014 3 Ob 16/14w.

¹⁵ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 118 (Stand 1.5.2017, rdb.at); *Iro/Rassi* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*⁵ (2017) § 1096 Rz 11; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1096 Rz 34 (Stand 1.10.2016, rdb.at).