3. Jahrgang / Oktober 2021 / Nr. 5

immo aktuell

Immobilien – Steuern – Recht

Karin Fuhrmann | Johann Höllwerth | Sabine Kanduth-Kristen | Simone Maier-Hülle
Florian Petrikovics | Katharina Pinter | Markus Reithofer | Bernhard Woschnagg
Christian Zenz

Immobilien und Steuern
Die ökosoziale Steuerreform im Überblick
Umgründungen: Grundsätze des allgemeinen Steuerrechts

Der aktuelle Fall
Vergleich im Verlassenschaftsverfahren

Immobilien und Recht
Novelle der Gebarungsrichtlinienverordnung
Geschäftsmietreduktion aufgrund behördlicher Zwangsschließung?
Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht

Praxisinformationen
Blick in die Immobilienbranche
Marktbericht: Zinshausmarkt gibt kräftiges Lebenszeichen
Rechtsprechung von VwGH und OGH samt Anmerkungen

Linde
www.lindeverlag.at

Periculum est locatoris – auch in Zeiten von Corona?

Überblick zum Meinungsstand betreffend die Zinszahlungspflicht bei COVID-19-maßnahmenbedingten Geschäftsschließungen

Alexander Pichler / Elisabeth Kossarz

In jeder Krise gibt es Gewinner und Verlierer, und in jeder Krise werden Entwicklungen verstärkt, Machtverhältnisse ausgelotet und Weichen neu gestellt. Im Kontext von Corona ist es nicht anders. Letztendlich ist es (auch) eine wirtschaftspolitische Entscheidung, in welchem Maße man Risiken auf die unterschiedlichen Akteure des Wirtschaftslebens beim Bewältigen einer krisenhaften Situation verteilt.

Die Lektüre der mittlerweile großen Zahl an Kommentaren und Stellungnahmen zum hier interessierenden Thema erweckt beim Leser mitunter den Anschein, dass ein (nachvollziehbarer) Unmut über hoheitliche Beschränkungen und deren für uns alle wahrnehmbaren gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen ein Stück weit in die wissenschaftliche Diskussion hineingetragen wird. Die Frage, wer die Zinsgefahr bei Unbenutzbarkeit wegen „*Seuche*" trägt, ist aber keine Frage, wie man die Pandemie bewertet, und auch keine Frage, wer – der Mieter oder der Vermieter – deren Folgen eher tragen sollte, zumal sich in gegebenem Zusammenhang ohnedies beide Parteien als umsatzinteressierte Marktteilnehmer gegenüberstehen. Einmal mehr sei daher dazu aufgerufen, sich diesem Problemfeld mit unverschleiertem Blick – unabhängig davon, ob man eher zu mieter- oder vermieterfreundlichen Lösungen tendiert – zu nähern und dessen Bewältigung als neuerlichen Versuch zu betrachten, sich die Zeitlosigkeit des ABGB zu vergegenwärtigen.

Mag. Alexander Pichler, MAS war Assistent an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, in Anwaltskanzleien tätig und betreibt eine juristische Forschungs- und Bildungseinrichtung in Wien.

Mag. Elisabeth Kossarz, MAS war Assistentin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, hält regelmäßig Vorträge zum Immobilienrecht und betreibt eine juristische Forschungs- und Bildungseinrichtung in Wien.

1. Ausgangssituation

Die Mietzinsgefahr zu Zeiten von Corona trägt nach überwiegender österreichischer Lehre[1] und bisheriger Rechtsprechung[2] der Vermieter der Geschäftsräumlichkeit. Dies überrascht zunächst kaum, wird doch in § 1104 ABGB das Risiko der zufälligen Unbenutzbarkeit der Bestandsache – *expressis verbis* im Falle des Auftretens einer Seuche – dem Bestandgeber auferlegt. Ein Blick zu unseren Schweizer und deutschen Nachbarn, denen eine entsprechende Regelung fremd ist, und nicht zuletzt zu den Ursprüngen des ABGB-Mietrechts, dem römischen Recht, zeigt, dass Risiken der Benutzbarkeit des Bestandobjekts nicht zwangsläufig die Bestandgeberseite (alleine) zu tragen hat.

2. Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland

So entschied etwa jüngst das Mietgericht Zürich in MJ210008-L vom 2. 8. 2021, dass staatlich angeordnete Nutzungsbeschränkungen im Rahmen von COVID-19 (mangels anders lautender vertraglicher Risikoverteilungsklausel), da diese das Betriebsrisiko und nicht die Substanz des Mietobjekts betreffen, zulasten des Mieters gehen und er keine Mietzinsreduktion begehren kann.[3]

In Deutschland wurde differenziert entschieden: So stufte etwa das Landgericht München in seinem Erkenntnis vom 22. 9. 2020, 3 O 4495/20, in Berufung auf mehrere Entscheidungen aus der Zeit des ersten Weltkriegs die staatlichen Beschränkungen zur Bekämpfung von COVID-19 als Mietmangel iSd § 536 BGB ein: Das Gericht sprach dem Mieter eine geminderte Mietzahlungspflicht zu und nahm dafür prozentuelle Abschläge vom Mietzins proportional zur Tauglichkeitsminderung vor, so etwa von 80 % für April 2020, 50 % für Mai 2020 und 15 % für Juni 2020. Auch sei nach Ansicht des Gerichts eine Störung der Geschäftsgrundlage gegeben, weil die Parteien im Wissen um *„die Folgen einer eintretenden Coronapandemie"* den Vertrag kaum geschlossen hätten (§ 313 Abs 1 und 2 BGB). Daher müsste die Anpassung des

[1] Vgl etwa *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60; *Ofner*, Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich, ZfRV 2020, 107 (110); *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, 28; *Prader/Gottardis*, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, immolex 2020, 106 (107); *Prader/Pittl*, Zu Reichweite und Wirkungen von COVID-19 im Bestandrecht, RdW 2020, 402 (404); *Tschütscher*, Auswirkungen der COVID-19-Beschränkungen auf Bestandrechte, Zak 2020, 184 (185); *Singer/Kessler*, Erstes Urteil zu § 1104 ABGB, aber noch viele Fragen, immolex 2020, 386 (389).

[2] Vgl etwa BG Meidling 28. 10. 2020, 9 C 368/20b; BG Josefstadt 17. 11. 2020, 17 C 269/20x-13; LGZ Wien 17. 2. 2021, 39 R 27/21s.

[3] Vgl die Urteilsbesprechung von *Varel/Stüssi* (Geschäftsmietreduktion aufgrund behördlicher Zwangsschließung?) in dieser immo aktuell, 192.

Vertrags – unter Anwendung der Mängelhaftungsregelungen – mittels Reduktion der Miete erfolgen.

Ganz anders beurteilte das OLG Frankfurt am Main in seiner Entscheidung vom 19. 3. 2021, 2 U 143/20, einen ähnlichen Sachverhalt: Die behördlich angeordneten Einschränkungen würden sich nicht objekts-, sondern nur betriebsbezogen auswirken, und der Mieter habe das Verwendungsrisiko zu tragen. Ein mietrechtlicher Mangel sei nicht gegeben, da die Räume zum vertraglich vereinbarten Gebrauch weiterhin tauglich gewesen seien. Die geltend gemachte Störung der Geschäftsgrundlage führe *„nicht automatisch"* zu einem Anspruch auf Reduzierung der Miete; vielmehr müsste stets eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden.

Wieder anders entschied das OLG Dresden in 5 U 1782/20 vom 24. 2. 2021: Die staatliche Schließungsanordnung aufgrund der COVID-19-Pandemie stelle eine Störung der (großen) Geschäftsgrundlage iSd § 313 Abs 1 BGB dar und löse eine Anpassung des Mietvertrags aus. Es sei eine 50%ige Reduzierung der Kaltmiete gerechtfertigt, *„weil keine der Parteien eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzt oder sie vorhergesehen habe"*, und es seien somit die mit den vorliegenden Umständen verbundenen Belastungen gleichmäßig auf beide Parteien zu verteilen.

3. Römisch-rechtliche Wurzeln der Gefahrtragung

Periculum est locatoris – diese Wortfolge bringt auf den Punkt, was bereits die römischen Juristen in dogmatisch-sachlicher Betrachtungsweise klargestellt haben: Im Falle einer Beeinträchtigung der Bestandsache durch höhere Gewalt – *vis cui resisti non potest* (eine Gewalt, der man keinen Widerstand leisten kann, wie etwa das Eindringen von Feinden, Pilzbefall oder extreme Sonnenhitze)[4] –, trägt die Zinsgefahr der Bestandgeber (*locator*), weshalb diesem aufgrund der Unbenutzbarkeit der Bestandsache kein oder bloß ein reduzierter Zinszahlungsanspruch zusteht. Anders stellt sich die Lage aber – da hatten die römischen Juristen den typischen Fall der Verpachtung eines Ackers vor Augen – bei Verschlechterungen, die an der Sache selbst auftreten – *vitia, quae ex ipsa re oriuntur*,[5] etwa bei Verderben einer Saat durch Würmer oder Unkraut –, dar: Solche Beeinträchtigungen treffen, zumal sie produktions- bzw branchenabhängig sind, gleichsam als unternehmerisches Risiko den Bestandnehmer (*conductor*): Er muss den vollen Bestandzins zahlen, auch wenn er keinen oder nur verminderten Gewinn aus der Bestandsache ziehen kann. Dieser Differenzierung der Zinsgefahrtragung liegt die Sphärentheorie zugrunde: Steht die mangelnde Nutzbarkeit der Bestandsache mit dem Wirken des Bestandnehmers in engem Zusammenhang, so soll es zu seinem Nachteil sein – *haec damni coloni esse* –, er muss den Zins zahlen, obschon ihm die Nutzung (teilweise) entgeht.[6] Sonstige, von außen einwirkende, schicksalshafte und damit (auch) der *„neutralen Sphäre"* zuzuordnende Ereignisse gehen zulasten des Bestandgebers, weshalb er eine Minderung des Mietzinses hinnehmen muss.

4. Übertragung der römisch-rechtlichen Überlegungen auf die COVID-19-Situation

Eine Fortführung im geltenden Recht erfährt die römisch-rechtliche Sphärentheorie in den §§ 1104 und 1107 ABGB: Außergewöhnliche Zufallsereignisse, wie Seuchen, Krieg oder Unwetter, treffen gemäß § 1104 ABGB den Bestandgeber. Er hat keinen oder nur einen verminderten Zinsanspruch. Beruht die Unbrauchbarkeit hingegen auf einem *„dem Bestandnehmer zugestoßenen Hindernisse oder Unglücksfalle"*, so bleibt gemäß § 1107 ABGB der Zinsanspruch ungeschmälert aufrecht, der Bestandgeber muss sich aber allfällige Ersparnisse und Vorteile anrechnen lassen.

Eine Pandemie bzw die zu deren Eindämmung erlassenen allgemeinen behördlichen Maßnahmen wie Ausgangsverbote und angeordnete Geschäftsschließungen wären demnach als von außen wirkende, besondere Ereignisse der Vermietersphäre zuzuordnen. Ein Umsatzrückgang des Geschäftsraummieters, bedingt dadurch, dass Kunden aus Angst vor Ansteckung bzw aus Befürchtung von schlechter wirtschaftlicher Entwicklung als Folge der Pandemie Geschäftsräume weniger oft frequentieren oder weil der Mieter aufgrund einer allgemeinen Anordnung nicht öffnen darf, träfen demnach den Vermieter gemäß § 1104 ABGB. Demgegenüber müssten aber branchenabhängige behördliche Maßnahmen (zB Quadratmeterregelungen, Abstandsregeln) sowie Folgeerscheinungen behördlicher Maßnahmen für bloß einzelne Geschäftszweige (zB Unterbrechung von Lieferketten, Ausbleiben von Touristen wegen Einreiseverboten) als unternehmerisches Risiko den Mieter gemäß § 1107 ABGB treffen, nicht zuletzt deshalb, weil auch die Wahl des Geschäftszweigs seiner Sphäre zuzuordnen ist.[7]

Ungeachtet der Gemeinsamkeiten darf freilich nicht außer Acht gelassen werden, dass das Bestandrecht des ABGB zwar in seiner grundsätzlichen Konzeption auf römisch-rechtlichen Überlegungen beruht, jedoch in der Zwischenzeit tiefgreifende Fortentwicklungen erfahren hat. Dies nicht zuletzt aufgrund der im Laufe der

[4] Die Quellen nennen als weitere Ereignisse höherer Gewalt etwa einen Erdrutsch oder den Einfall von Dohlen oder Staren sowie ein Erdbeben, das den Acker einstürzen lässt, vgl *Servius* in *Ulpian* D 19. 2. 15. 2.

[5] Vgl *Servius* in *Ulpian* D 19. 2. 15. 2.

[6] *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht[22] (2021) § 42 Rz 9.

[7] Ebenfalls über die Sphärentheorie zu einem ähnlichen Ergebnis kommen bereits *Broesigke/Ruf*, Zinsminderungsansprüche von Geschäftsraummietern während der Coronavirus-Krise unter Einbindung der Sphärentheorie, immo aktuell 2020, 77 (80).

Zeit zunehmenden sowohl wirtschaftlichen als auch sozialen Bedeutung der Raummiete und dem damit einhergehenden Bedürfnis der Absicherung des Mieters, was vor allem durch das MRG und dessen Vorläufer zu erreichen versucht wurde und wird.

5. § 1104 ABGB und sein Anwendungsbereich

§ 1104 ABGB erfasst jene Fälle, in denen die Bestandsache infolge eines außerordentlichen Zufalls nicht wie vereinbart oder gewöhnlich vorausgesetzt benutzt werden kann. Ein *„außerordentlicher Zufall"* ist nach übereinstimmender Rechtsprechung und Lehre ein vom Menschen nicht beherrschbares und nicht kontrollierbares Elementarereignis, das einen größeren Personenkreis massiv betrifft und für dessen Folgen im Allgemeinen von niemandem aufgrund genereller gesetzlicher Regeln Ersatz erwartet wird.[8] Als Beispiele für solche Ereignisse nennt § 1104 ABGB Feuer, Krieg, Seuche, große Überschwemmungen, Wetterschläge oder gänzlichen *„Misswachs"*.[9] Bei Ereignissen höherer Gewalt trifft gemäß § 1104 ABGB seit der Stammfassung den Vermieter zwar die Preisgefahr (er hat nur einen verminderten oder keinen Zinszahlungsanspruch), seit der dritten Teilnovelle 1917[10] ist er aber von einer Wiederherstellungspflicht befreit – er ist also nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet.

6. § 1104 ABGB und COVID-19 – was bisher geschah: Tour d'horizon über Lehre und Rechtsprechung

Die erste offizielle Stellungnahme zur Frage, wer das Risiko von Mietzinsausfällen aufgrund der Pandemie trägt, erfolgte bereits in der Nationalratssitzung am 20. 3. 2020 und drei Tage später in einer Aussendung von oberster Stelle: Die Justizministerin gab die Rechtsansicht ihres Ministeriums wieder, wonach der Vermieter das Risiko dafür trage, *„dass der Geschäftsraum wegen außerordentlicher Zufälle nicht gebraucht werden kann"*.[11] Dem Mieter einer Geschäftsräumlichkeit stehe daher je nach Grad der Einschränkung eine Mietzinsminderung oder auch ein gänzlicher Mietzinsentfall zu. Auch die OGH-Präsidentin *Lovrek*[12] sowie Vertreter der Lehre[13] sind der Auffassung, dass die COVID-19-Pandemie als außerordentlicher Zufall iSd § 1104 ABGB anzusehen sei und dass die durch die Pandemie verursachte Unbrauchbarkeit eines Bestandobjekts dazu führe, dass den Bestandnehmer keine oder nur eine eingeschränkte Verpflichtung trifft, den Bestandzins zu zahlen. Einige Autoren[14] vertreten die Ansicht, dass – unabhängig vom Bestehen öffentlich-rechtlicher Betretungsverbote – ein pandemiebedingtes Absinken der Kundenfrequenz und damit verbundene Umsatzrückgänge eine Mietzinsreduktion rechtfertigen. Nach einer anderen Auffassung[15] stelle die Erzielung eines bestimmten Mindestumsatzes – dh die Ertragsfähigkeit eines Mietobjekts – keine vertraglich zugesicherte Eigenschaft desselben dar, und ein pandemiebedingter Umsatzeinbruch führe folglich nicht zu einer Mietzinsminderung, so wie nach dem Prinzip der Gefahrenbeherrschung[16] auch ein Geschäftsrückgang bei einer allgemein ungünstigen Wirtschaftslage eine Mietzinsminderung nicht rechtfertige. Pandemiebedingte Umsatzausfälle würden zum unternehmerischen Verwendungsrisiko zählen, das der Mieter zu tragen habe. Nur dann, wenn die Gebrauchsbeeinträchtigung auf einer hoheitlich gesetzten betriebsbeschränkenden Maßnahme beruht, stehe dem Mieter eine Mietzinsminderung[17] zu.[18]

Die Ansicht, dass die Pandemie ein außerordentlicher Zufall iSd § 1104 ABGB ist und die in § 1105 ABGB angeordneten Rechtsfolgen auslöse, wurde auch in der bisher einzigen dazu ergangenen zweitinstanzlichen Entscheidung des LGZ Wien vom 17. 2. 2021, 39 R 27/21s, bestätigt: Da der Mieter aufgrund des behördlich angeordneten Betretungsverbots den Verkaufsraum seiner Buchhandlung nicht nutzen konnte, sondern nur die Lagerräumlichkeiten, wurde ihm eine Mietzinsreduktion um etwa 64 % gewährt. Eine höchstgerichtliche Entscheidung in diesem Verfahren steht bislang (Stand 18. 10. 2021) noch aus.

Ein weiterer, noch in erster Instanz geführter Rechtsstreit zur Frage, ob der Mieter aufgrund der Pandemie einen Anspruch auf Mietzinsent-

8 Vgl *Höllwerth* in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht I (Stand 1. 10. 2017, rdb.at) § 1104 ABGB.

9 Nach Rechtsprechung und Lehre fallen darunter auch Erdbeben, Berg- und Lawinensturz sowie die Enteignung oder die Beschlagnahme des Bestandobjekts durch die Besatzungsmacht, innere Unruhen, die Gefahr von Bombenanschlägen verbunden mit der ständigen Anwesenheit der Polizei samt der Durchführung von Personenkontrollen zur Verhinderung solcher terroristischer Anschläge und Umweltkatastrophen sowie die (bloße) Unerreichbarkeit des Bestandobjekts aufgrund katastrophaler Witterungsbedingungen oder infolge von Murenabgängen. Vgl *Höllwerth* in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht I (Stand 1. 10. 2017, rdb.at) § 1104 ABGB mwN.

10 Vgl Kaiserliche Verordnung vom 19. 3. 1916, RGBl 69, über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in Kraft getreten am 1. 1. 1917.

11 Vgl dazu die Stenographischen Protokolle des Nationalrates der 19. Sitzung des Nationalrates am 20. 3. 2020 (19/NRSITZ 27. GP).

12 *Lovrek*, ZIK 2020/60.

13 Vgl etwa https://www.wko.at/branchen/w/tourismus-freizeitwirtschaft/kaffeehaeuser/Rechtsgutachten-Miete-Pacht.html (Zugriff am 20. 10. 2021). Weiters *Ofner*, ZfRV 2020, 107 (110 f); *Flume/Laimer*, immoZak 2020, 28 (28 f).

14 Vgl etwa *Prader/Gottardis*, immolex 2020, 106 (107); *Prader/Pittl*, RdW 2020, 402 (404 f); *Tschütscher*, Zak 2020, 184 (185 f), sowie *Singer/Kessler*, immolex 2020, 386 (389 f).

15 *Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, wobl 2021, 125 (131 ff).

16 Zu diesem Prinzip vgl etwa *Pesek*, wobl 2021, 125 (138).

17 Zu möglichen Methoden zur Bemessung der Mietzinsminderung vgl *Pesek*, wobl 2021, 125 (140 ff).

18 *Pesek*, wobl 2021, 125 (142).

fall habe, wurde ob der prominenten Parteien auch medial ausgetragen:[19] Der Mieter ist das *Café Landtmann*, geführt durch eine Gesellschaft der Familie *Querfeld*, eingemietet in einer Immobilie, die im Eigentum der *Karl Wlaschek Privatstiftung* steht. Mittlerweile ist ein Mietzinsrückstand von 680.000 € angelaufen, eingeklagt sind rund 471.000 €, da bereits eine Minderung für Lockdown-Zeiten zugestanden wurde. Erst kürzlich geführte Vergleichsgespräche verliefen jedoch erfolglos.[20]

Kritik an der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, dass allein der Vermieter qua Erfüllung des Tatbestands des § 1104 ABGB das Risiko für den Entfall des Mietzinses zu tragen hat, kommt gleichermaßen aus Wissenschaft[21] und Praxis.[22] Einige Autoren schlagen vor, die Folgen der COVID-19-Maßnahmen über die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zu lösen: *I. Welser*[23] bezeichnet die Situation als *„Lehrbuchbeispiel für Anfechtung oder Anpassung des Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage"* und sieht die Rechtsprechung am Zug, vernünftige Grenzen in der Risikozuordnung zu ziehen. *Oberhammer*[24] schlägt in dieselbe Kerbe, wenn er – *Riss*[25] folgend – § 1104 ABGB als Bestimmung des Geschäftsgrundlagenrechts qualifiziert: Es handle sich um Risiken, deren Tragung von der *lex contractus* des Bestandvertrags gerade nicht umfasst seien. § 1104 ABGB sei auf Rechtsfolgenebene lückenhaft und entweder durch das Geschäftsgrundlagenrecht *per analogiam* zu ergänzen oder als Fall einer Änderung der Geschäftsgrundlage zu werten, um die Äquivalenz der vertraglichen Leistungen wiederherzustellen. Da der Entfall der Wiederherstellungspflicht nach § 1104 ABGB in der gegebenen Situation den Bestandgeber nicht entlaste, sei in anderer Weise in die vertraglichen Hauptleistungspflichten einzugreifen, um das Risiko auf die Vertragsparteien zu verteilen. Nach *Oberhammer*[26] sollten die Vertragsparteien das finanzielle Risiko zu gleichen Teilen tragen, wie dies auch das OLG Dresden[27] bei vollständigem Entfall der Nutzungsmöglichkeit aufgrund der COVID-19-Maßnahmen entschieden hat, sodass der Mietzins sehr wohl noch zur Hälfte geschuldet werde.

7. Resümee, Ausblick und Lösungsansätze de lege ferenda

Als dispositive Gefahrtragungsregel ist § 1104 ABGB vertraglich abdingbar. Hat der Vermieter von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht (und hat auch der Mieter auf das Recht der Mietzinsminderung nicht durch Stundungsansuchen oder Weiterzahlung verzichtet), so treffen grundsätzlich ihn die Folgen einer pandemie- bzw maßnahmenbedingten Beeinträchtigung der Benutzbarkeit der vermieteten Geschäftsräumlichkeit. Dies jedenfalls insoweit, als es sich nicht um bloß branchenspezifische Beeinträchtigungen handelt, die dem unternehmerischen Risiko zuzuordnen sind. Nach dem Ausmaß der Beeinträchtigung der Benutzung ist der Mietzins zu mindern, wobei der Mieter im Sinne einer Schadensminimierungsobliegenheit dazu angetan ist, staatliche Hilfsmaßnahmen[28] zur Deckung von Grundkosten zu beantragen, sein Geschäftsmodell an die gegebenen Umstände anzupassen bzw sonstige den Umsatz ankurbelnde Maßnahmen, soweit zumutbar, zu treffen. Diese Überlegungen folgen aus der Anwendung des Prinzips der Gefahrenbeherrschung: So hat etwa ein Unternehmer bei Ansiedelung eines Konkurrenzunternehmens alles daran zu setzen, seine eigene Wettbewerbsfähigkeit zu steigern. Unterlässt er es, wie allgemein in wirtschaftlich schlechteren Zeiten, sein Geschäftsmodell den veränderten Umständen anzupassen, so sind Umsatzausfälle seiner Sphäre (§ 1107 ABGB) zuzuordnen.

Sonstige pandemiebedingte Unbenutzbarkeit geht wie oben beschrieben gemäß § 1104 ABGB zulasten des Vermieters. Doch: Durch den Entfall der Zinszahlungspflicht, ohne dass eine substanzielle Beeinträchtigung der Mietsache vorliegt, gerät das Vertragsverhältnis freilich in eine Schieflage. Zwar ist der Vermieter von der Wiederherstellungspflicht entbunden, dies „bringt" ihm aber bei Unbenutzbarkeit seines Bestandobjekts wegen pandemiebedingter Maßnahmen insofern nichts, als weder die Pandemie noch die behördlichen Beschränkungen die Substanz des Mietobjekts tangieren. Eine Wiederherstellung der Benutzbarkeit durch den Vermieter kommt also von vornherein gar nicht infrage. Folglich bleibt die Ersparnis des Aufwands

[19] Vgl die Gastkommentare der jeweiligen Parteienvertreter *I. Welser*, Wen die Pandemie bei Firmenmieten trifft, Wiener Zeitung 25. 3. 2021, sowie *Nemetschke*, Mieter hat Anspruch auf Mietzinsentfall, Wiener Zeitung 8. 4. 2021.

[20] Vgl https://wien.orf.at/stories/3125959/ (Zugriff am 20. 10. 2021).

[21] Das *„ungerechte Ergebnis indiziert ja nicht selten den dogmatischen Denkfehler"*, meint *Oberhammer*, Pandemie und Geschäftsraummiete, JBl 2021, 417 (419).

[22] Als *„Wertungsschieflage"* bezeichnet es *Pesek*, wobl 2021, 125 (141); sich nicht auf die Wortinterpretation [des § 1104 ABGB] zu beschränken, sondern nach einer sinnvollen, teleologisch vertretbaren Auslegungsmethode vorzugehen, fordert *I. Welser*, Wiener Zeitung 25. 3. 2021.

[23] *I. Welser*, Wiener Zeitung 25. 3. 2021.

[24] *Oberhammer*, JBl 2021, 417 (426 f).

[25] *Riss*, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005) 194 ff.

[26] *Oberhammer*, JBl 2021, 417 (431).

[27] OLG Dresden 24. 2. 2021, 5 U 1782/20.

[28] Für COVID-19-bedingte Umsatzausfälle ist in den meisten Fällen der Staat eingesprungen. Allerdings erfüllten Vermieter die Voraussetzungen zur Förderung grundsätzlich nicht. Umgekehrt konnten Unternehmer als Geschäftsraummieter in der Regel sehr wohl Unterstützungsleistungen wie den Fixkostenzuschuss oder Zahlungen aus dem Härtefallfonds in Anspruch nehmen. Da auch der Mietzins zu den Fixkosten zählt, wäre es den Mietern zumutbar, die ausbezahlten Gelder an den Vermieter weiterzugeben. Dies entspräche einer sinngemäßen Anwendung des § 1107 aE ABGB, wonach sich der Vermieter *„den ersparten Aufwand und die Vorteile, die er durch anderweitige Verwertung des Bestandstücks erlangt, anrechnen"* lassen muss.

für die Wiederherstellung gleichsam als Ausgleich dafür, dass der Mieter bei (teilweisem) Entfall im Mietobjekt verbleiben darf, aus.

Die so zutage tretende Schieflage zulasten des Vermieters verschärft sich, wenn man bedenkt, dass der Vermieter für die Dauer der Beeinträchtigung an den Mietvertrag gebunden bleibt, er also auch nicht anderweitig über das Mietobjekt verfügen kann (es zB selbst benutzen oder es neuerlich, etwa zu Wohnzwecken oder einem Geschäftsraummieter einer anderen Branche, vermieten kann).

Die Unsachgemäßheit der soeben geschilderten Rechtslage verdeutlicht eine Gegenüberstellung mit jenen Normen des ABGB-Bestandrechts, die vergleichbare Fälle der Unbenutzbarkeit regeln: So führt etwa gemäß § 1112 ABGB das Zugrundegehen der Bestandsache – und zwar auch dann, wenn dies durch ein in § 1104 ABGB erwähntes Ereignis (Krieg, Feuer, Wetterschläge) eintritt – zum Erlöschen des Bestandvertrags *ipso iure*. Auch steht dem Vermieter, anders als dem Mieter, der bei Unbrauchbarkeit des Mietobjekts kündigen kann, kein außerordentliches Kündigungsrecht bei Mietzinsentfall wegen Unbenutzbarkeit aufgrund von Seuche gemäß § 1104 ABGB zu: Sowohl durch die Beendigung des Bestandvertrags gemäß § 1112 ABGB als auch durch ein außerordentliches Kündigungsrecht würde der Vermieter seine volle Dispositionsfreiheit über sein Bestandobjekt zurückerhalten. Beide Wege der Beendigung des Bestandvertrags bleiben dem Vermieter bei Mietzinsentfall infolge Unbenutzbarkeit wegen Seuche aber verwehrt.

Vielmehr muss der Vermieter den Mieter zinsgemindert bzw zinsbefreit dulden, trägt aber weiterhin ungeschmälert die gesamten Kosten für die Erhaltung (etwa die Betriebskosten) und muss auch weiterhin allfällige Fremdfinanzierungskosten für Anschaffung und Sanierung zahlen.

Freilich unbenommen bleibt dem Vermieter das Recht, den Bestandvertrag mittels ordentlicher Kündigung zu beenden, er ist diesfalls aber an vertragliche bzw gesetzliche Kündigungstermine und -fristen gebunden. Im Anwendungsbereich des MRG verschärft sich die Lage des Vermieters nochmals insofern, als er nur dann zur Kündigung berechtigt ist, wenn ein Kündigungsgrund iSd § 30 MRG verwirklicht ist.

Zum Zwecke der Wiederherstellung des vertraglichen Äquivalenzgefüges, insbesondere um die Lage des Vermieters zu entschärfen, sollte ihm, analog zu § 1118 ABGB, ein außerordentliches (und damit auch im Anwendungsbereich des MRG geltendes) Kündigungsrecht eingeräumt werden,[29] sei es auch, dass er dieses erst bei einem Mietzinsrückgang in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes innerhalb einer bestimmten Dauer (etwa weniger als 50 % des vereinbarten oder gesetzlich höchstzulässigen Mietzinses[30] für die ununterbrochene Dauer von mindestens sechs Monaten) bei rechtzeitiger Androhung ausüben kann. Die Mindestdauer sollte in jedem Fall so bemessen sein, dass nicht schon bloß vorübergehende Nutzungsbeeinträchtigungen das Kündigungsrecht auslösen. Andererseits sollte dem Mieter genügend Zeit verbleiben, seine geschäftliche Tätigkeit den geänderten Umständen anzupassen bzw bei Ausübung des Kündigungsrechts rechtzeitig Vorkehrungen treffen zu können.

8. Remissio mercedis – Reloaded?

Und noch einmal zurück zu den Römern: Abgesehen von der Regel *periculum est locatoris* können wir vielleicht noch eine Überlegung aus vergangenen Zeiten aufgreifen: So gewährten die Severerkaiser im dritten nachchristlichen Jahrhundert als Vergünstigung für den Einzelfall den Landpächtern bei Ernteausfällen wegen außergewöhnlichen Misswachses (bei denen die Fruchtziehung zwar gewährt worden, aber misslungen war) einen Zinserlass (*remissio mercedis*). Doch in späteren Jahren, wenn die Ernte überreich war, mussten die erlassenen Zinse nachgezahlt werden – womit die vertragliche Äquivalenz nachträglich wiederhergestellt wurde.[31]

Sollten also die Entscheidungen der Vorinstanzen durch den OGH bestätigt und dem Vermieter tatsächlich weiter die Zinsgefahr auferlegt werden, ohne dass ihm eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit eingeräumt wird, so könnte man auch eine Nachzahlungspflicht für den Mieter vorsehen: Sobald die Umsätze wieder steigen, müsste dieser die erlassenen Mietzinse (aliquot) nachzahlen, und es könnte sich der Vermieter nach den „mageren" wieder auf „fettere" Jahre freuen.

AUF DEN PUNKT GEBRACHT

Die bisherige Judikatur und herrschende Lehre zur Frage der Mietzinszahlungspflicht während COVID-19-bedingten staatlichen Einschränkungen vertreten – unter Anwendung der Gefahrtragungsregel des § 1104 ABGB – einen mieterfreundlichen Standpunkt. Dass das Risiko der eingeschränkten Benutzbarkeit von Geschäftsräumlichkeiten

[29] Vgl schon *Oberhammer*, JBl 2021, 417 (432), der sich, im geschichtlichen Bewusstsein, dass § 1104 ABGB vor dem Bestehen der Kündigungsbeschränkungen des MRG den Vermieter insofern weniger hart traf, als sich dieser ohnedies zum nächstmöglichen Kündigungstermin vom Mieter lösen konnte, für eine besondere Beendigungsmöglichkeit des Vermieters ausspricht.

[30] Zu den gesetzlichen Mietzinsarten vgl etwa *Pichler/Kossarz*, Der Zins im Mietrecht – Teil I, Ein Leitfaden zum österreichischen Mietzins-Recht, JAP 2019/2020 [04], 237.

[31] Vgl das Reskript von Kaiser *Antoninus Pius*, zitiert in *Ulpian* D 19. 2. 15. 2-7. Voraussetzung für den Zinserlass war aber, dass der Pächter zuvor seiner Pflicht zur sorgfältigen Kultivierung des Ackers nachgekommen war. Insofern verfolgte das Institut der *remissio mercedis* auch den Zweck, den im zweiten nachchristlichen Jahrhundert einsetzenden Verfall der Landwirtschaft hintanzuhalten. Vgl *Mayer-Maly*, Locatio conductio (1956) 143.

der Vermieter zu tragen habe, stößt in Lehre und Praxis zunehmend auf Kritik. Die kontrovers geführte Diskussion bietet ein reges Betätigungsfeld, um zivilrechtliche Rechtsinstitute wie die Preisgefahr des § 1104 ABGB auf ihre Tragfähigkeit zu prüfen. Ein Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland und in der Schweiz sowie mit den Ursprüngen des geltenden Rechts, dem römischen Recht, legt auch andere (vermieterfreundlichere) Entscheidungsmöglichkeiten nahe. Die noch ausstehende höchstgerichtliche Entscheidung zu dieser Frage wird sowohl von Mieter- als auch von Vermieterseite mit Spannung erwartet.

Geschäftsmietreduktion aufgrund behördlicher Zwangsschließung?

Ein Blick auf die aktuelle schweizerische Rechtsprechung

Yasemin Varel / Jonas Stüssi

Lic. iur. Yasemin Varel ist Partner bei der Staiger Rechtsanwälte AG in Zürich.

Lic. iur. Jonas Stüssi ist Partner bei der Staiger Rechtsanwälte AG in Zürich.

Die Risikoverteilung zwischen Mietern und Vermietern von Geschäftslokalen iZm den im Rahmen der COVID-19-Pandemie behördlich angeordneten Maßnahmen ist eine der kontroversesten juristischen Fragen der Corona-Pandemie.

Das Züricher Mietgericht hat sich nun in seinem Urteil MJ210008-L vom 2. 8. 2021 erstmals zu dieser umstrittenen Frage geäußert und entschieden, dass eine Vertragskorrektur nach den Regeln der Teilunmöglichkeit oder einer Mietzinsherabsetzung infolge Mangelhaftigkeit der Mietsache grundsätzlich nicht in Frage kommt. Bei zeitlich und sachlich besonders schweren Auswirkungen von behördlichen Maßnahmen kann aber eine richterliche Vertragsanpassung nach den Regeln der wesentlich veränderten Umstände (*clausula rebus sic stantibus*) in Betracht kommen. Es wird sich zeigen, ob sich andere kantonale Mietgerichte oder die höheren Gerichtsinstanzen, namentlich das Zürcher Obergericht und allenfalls sogar das Schweizerische Bundesgericht, ebenfalls mit der Thematik befassen müssen und allenfalls zu einem anderen Urteil gelangen.

1. Sachverhalt

Aufgrund der vom Bundesrat angeordneten Schließung öffentlich zugänglicher Einrichtungen während der Corona-Pandemie stellte die Mieterin X (ein Modegeschäft in Zürich) die Mietzinszahlungen für die Monate April und Mai 2020 vollständig ein und bezahlte für die Monate Juni 2020 bis Januar 2021 lediglich ein Drittel des Bruttomietzinses. Im Februar 2021 entrichtete sie wiederum keinen Mietzins. Vermieterin Y klagte sodann die offenen Mietszinsausstände ein.[1]

2. Erwägungen des Mietgerichts

2.1. Überblick

Das Mietgericht stellte vorab klar, dass der Ausgangspunkt bei der Beurteilung der Frage, welche Partei die Risiken von pandemiebedingten Nutzungsbeschränkungen trägt, der Mietvertrag ist. Wie auch im vorliegenden Sachverhalt fand sich im Mietvertrag keine Risikozuweisungsklausel, weshalb das Mietgericht den Fall unter Anwendung des schweizerischen Obligationenrechts (nachstehend: OR) beurteilte.[2] Die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Mietzinszahlung prüfte es unter drei rechtlichen Gesichtspunkten:

- Zunächst prüfte das Gericht, ob die behördliche Schließung zu einer nachträglichen Teilunmöglichkeit der Vertragserfüllung nach Art 119 Abs 1 OR geführt habe.
- Anschließend beurteilte es, ob die Schließung einen mietrechtlichen Mangel darstellte, der zu einer Reduktion des Mietzinses berechtigen würde.
- Zuletzt klärte es, ob ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vorliegen würde.

2.2. Zur Unmöglichkeit

Bei nachträglich objektiver unverschuldeter Unmöglichkeit iSd Art 119 Abs 1 OR ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet, die Leistung zu erbringen. Gemäß höchstrichterlicher Rechtsprechung muss die Unmöglichkeit allerdings mit Gewissheit bis zum Vertragsende bestehen bleiben oder deren Wegfall nicht absehbar sein. Da die Corona-Maßnahmen stets von begrenzter Dauer waren, verneinte das Mietgericht deshalb deren Vorliegen.[3]

[1] Mietgericht Zürich 2. 8. 2021, MJ210008-L, Z I, E.1.1, S 2.
[2] Bundesgesetz vom 30. 3. 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.
[3] Mietgericht Zürich 2. 8. 2021, MJ210008-L, Z IV, E.3, S 7 f.

Linde
Zeitschriften

Jetzt immo *aktuell*-Abo 2022 bestellen und bis 31.12.21 gratis lesen! Recht vernetzt: Immobilien – Steuern – Recht

Auf den Punkt gebracht
Fundierte, kompakte Fachinformation

Für die Praxis
Muster, Checklisten, Beispiele

Insiderwissen
Der aktuelle Fall, Blick in die Immobilienbranche

Rechtsprechung & Anmerkungen
Entscheidungen von VwGH, VfGH und OGH

immo *aktuell*-Abo 2022
Jetzt bestellen und bis Jahresende 2021 gratis lesen

Bitte geben Sie bei Ihrer Bestellung den Aktionscode **V-21** an.

www.lindeverlag.at/immo-aktuell-angebot

Linde
Zeitschriften

Weitere Informationen zur Zeitschrift
und alle Abo-Varianten finden Sie unter
www.lindeverlag.at/immo-aktuell

Bestellformular
Ja, ich bestelle

○ immo *aktuell*-Jahresabonnement 2022 Print & Digital

inkl. Hefte und Zugang zur immo *aktuell* in LindeDigital gratis bis 31.12.2021

€ 314,–

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

○ Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abbestelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden.
AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz. V-21
Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU
14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen: www.lindeverlag.at/immo-aktuell-angebot | fachzeitschriften@lindeverlag.at | Fax 01 24 630-23