

## **Gastbeitrag von Rechtsanwalt Dr. Alfred Nemetschke, Nemetschke Huber Koloseus Rechtsanwälte GmbH**

**Handlungsanleitung eines Rechtsanwalts** auf Grundlage des von den Fachgruppen Gastronomie, Kaffeehäuser und Hotellerie der WKW bei Frau Univ. Prof. Dr. Zöchling- Jud eingeholten Rechtsgutachtens, des vom Österreichischen Kinoverband bei Herrn Univ. Prof. Dr. Vonkilch eingeholten Rechtsgutachtens, der bislang veröffentlichten Urteile 1. Und 2. Instanz und der mittlerweile zu §§ 1104 f herrschenden juristischen Lehre (Zöchling-Jud, Vonkilch, Stabentheiner, Prader ua.).

Vorweg ist festzuhalten, dass es noch keine einschlägige Judikatur zu §§ 1104 f ABGB im Zusammenhang mit der aktuellen COVID-19 Pandemie gibt. Die bisher öffentlich bekannt gewordenen Urteile des BG Meidling und BG Josefstadt, das erste öffentlich bekannt gewordene Urteil 2. Instanz (LG ZRS Wien) und die mittlerweile herrschende juristische Lehre zeigen jedoch eine einheitliche und klare Tendenz, dass den Bestandnehmern Bestandzinsentfall- und Minderung zustehen, wenn das Bestandobjekt infolge der Pandemie zur Gänze oder zum Teil unbenützlich ist. Dieser Beitrag kann auch nur eine grundsätzliche Darstellung der wesentlichen Themen leisten und keinesfalls eine profunde anwaltliche Prüfung und Beurteilung jedes Einzelfalls ersetzen.

Es muss nicht das Bestandobjekt selbst unbenützlich oder nur eingeschränkt benützlich sein, sondern stellt das Gesetz auf den "bedungenen Gebrauch" (Verwendungszweck) ab. Wenn also etwa ein Restaurant wegen der behördlichen Betretungsverbote vom Bestandnehmer nicht benutzt werden kann, steht diesem ein Anspruch auf Entfall des Bestandzinses zu. Wenn ein Restaurant wegen der behördlichen Abstandregeln oder der Vorverlegung der Sperrstunde nur eingeschränkt benützlich ist, steht ein Anspruch auf entsprechende Bestandzinsminderung zu. Auch Umsatzverluste infolge der Pandemie berechtigen Bestandnehmer zur Geltendmachung einer entsprechenden Bestandzinsminderung.

1. Die §§ 1104 f ABGB sind dispositives Recht, dh man kann auch vertraglich davon abweichen. Es ist daher jeder Einzelfall und jeder Miet- oder Pachtvertrag (Oberbegriff: Bestandvertrag) von einem auf Bestandrecht spezialisierten Rechtsanwalt zu prüfen! Hinsichtlich Pachtverträgen (insbesondere bei Laufzeit über einem Jahr) bestehen gesetzliche Sonderregeln, die den Rahmen des gegenständlichen Beitrages bei Weitem sprengen würden, daher unbedingt von einem Rechtsanwalt die Sach- und Rechtslage prüfen und beurteilen lassen.
2. Mieter/Pächter (Oberbegriff: "Bestandgeber") steht **im Lockdown Mietzins- bzw Pachtzinsentfall** zu (Anmerkung: Miet- und Pachtzins ("Bestandzins") = **Miete bzw Pacht einschließlich Betriebskosten**), wenn das Bestandobjekt während des Lockdowns unbenützlich ist. Wird ein Take Away, ein Lieferservice oder E-Commerce aus dem Bestandobjekt betrieben, ist das Bestandobjekt eingeschränkt nutzbar. Es besteht keine Verpflichtung des Bestandnehmers, ein Take Away anzubieten, wenn vor der Pandemie keines angeboten wurde oder während der Pandemie wirtschaftlich nicht zu führen ist. Für Lagerflächen ist nur dann Bestandzins zu bezahlen, wenn das Bestandobjekt ausschließlich zu Lagerzwecken angemietet wurde.

3. Im Zeitraum zwischen Lockdown 1 und Lockdown 2 steht dem Mieter/Pächter Anspruch auf **Bestandzinsminderung** zu, wenn das Bestandsobjekt aufgrund der Pandemie nur eingeschränkt nutzbar ist (Umsatzverluste, Abstandregeln, Sperrstunde).
4. **Bestandzinsentfall (Miet- und Pachtzinsentfall)- bzw Minderung** ist tunlichst ehestmöglich **beim Bestandgeber** schriftlich (aus Beweis Zwecken mittels Einschreibbrief/vorab per Email) geltend **zu machen**. Alternativ ist die Zahlung des Bestandzinses unter Vorbehalt (unter dem Vorbehalt späterer Rückforderung) möglich, aber nicht empfehlenswert: der Bestandnehmer übernimmt damit das Insolvenzrisiko des Bestandgebers. Weiters hat die COFAG klargestellt, dass der Förderungswerber/Bestandnehmer unter Vorbehalt geleistete Bestandzinszahlungen – allenfalls auch gerichtlich – zurückfordern muss; der Bestandnehmer wird daher (zunächst) auch mit den Gerichtgebühren belastet. Jedenfalls ist auch der Vorbehalt dem Bestandgeber zu kommunizieren.  
Im Bereich der (auch nur teilweisen) Anwendbarkeit des MRG gilt § 33 Abs 2 MRG, dh der Bestandnehmer kann jedenfalls ein Räumungsbegehren abwenden, wenn er bis zum Schluss der Verhandlung erster Instanz den Mietzinsrückstand entrichtet. Bei Pachtverträgen (außerhalb der Anwendbarkeit des MRG) ist die Vorgehensweise im Einzelfall abzuwägen.
5. Bestandnehmer, die vorbehaltlos weiter gezahlt haben, können sich allenfalls auf Rechtsirrtum berufen; auch das ist im Einzelfall anwaltlich zu prüfen. Stundungsvereinbarungen werden wohl als Anerkenntnis zu werten sein und vernichten den Rückforderungsanspruch.

Daher: wer bisher "einfach (vorbehaltlos) weiter gezahlt hat, sollte umgehend (im Sinne von asapissimo) gegenüber dem Bestandgeber die Ansprüche auf Rückforderung des bezahlten Bestandzinses geltend machen und entweder weitere Zahlungen einbehalten oder entsprechend mindern oder weitere Zahlungen nur unter Vorbehalt leisten.

Wer Stundungsvereinbarungen getroffen oder sonstige Erklärungen abgegeben hat, die als Anerkenntnis zu werten sind, sollte umgehend (im Sinne von asapissimo) gegenüber dem Bestandgeber Ansprüche auf Bestandzinsentfall- bzw. Minderung für die Zukunft geltend machen und zumindest versuchen, sich auch hinsichtlich getroffener Stundungsvereinbarungen auf "Rechtsirrtum" zu berufen.

6. **Die Bestandgeber haben keinen Anspruch** darauf, **an staatlichen Unterstützungsleistungen** (FKZ 1, FKZ 800.000, Umsatzerstatt) **zu partizipieren**. Ungeachtet des Erhalts staatlicher Unterstützungsleistungen steht jedem Bestandnehmer grundsätzlich das Recht auf Bestandzinsentfall- bzw Minderung zu! (Anmerkung: den Vermietern steht möglicherweise der Verlustersatz für indirekt betroffene Unternehmen offen)
7. Die Richtlinien FKZ 1 und FKZ 800.000 enthalten eine klare **Schadensminderungspflicht** (gemeint: Kostenminderungspflicht) des Förderungswerbers/Bestandnehmers, dh er **MUSS Bestandzinsentfall- bzw Minderung beim Bestandgeber geltend machen** und entweder (i) den Bestandzins einbehalten

oder (ii) mindern. Wenn Bestandzinszahlung erfolgt **MUSS** diese "unter Vorbehalt" geleistet werden! **Unterlassen Sie daher unbedingt Vereinbarungen mit dem Bestandgeber zu Lasten der COFAG!** Das hat keinen Bestand!

8. Die COFAG anerkennt Bestandzinszahlungen, die unter Verletzung der Schadensminderungspflicht geleistet wurden, nicht und fordert die anteiligen Fixkostenzuschüsse zurück. Dh, der Förderungswerber/Bestandnehmer sieht sich diesfalls in der Situation, einen Teil der Fixkostenzuschüsse zurückzahlen zu müssen und zu viel gezahlten Bestandzins vom Bestandgeber – allenfalls auch gerichtlich – zurückfordern zu müssen. Erste Anlassfälle in COFAG Prüfungen gibt es bereits. Die Rückforderung kann auch Jahre später im Zuge einer steuerlichen Betriebsprüfung erhoben werden!
9. In Gerichtsverfahren ist zu überlegen, der COFAG den Streit zu verkünden.
10. Fürchten Sie sich (unter der Voraussetzung, dass Sie Ihren Fall anwaltlich prüfen haben lassen) nicht vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit Ihrem Bestandgeber, die aktuelle Gesetzeslage und die überwiegende juristische Lehrmeinung gibt Ihnen eine starke Position! Bitte überlegen Sie vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung auch, ob nicht die Einschaltung von Mediatoren sinnvoll wäre. Wir haben jedenfalls einige Streitfälle unter Einschaltung von Mediatoren außergerichtlich lösen können. Gerne können wir Ihnen auf das Thema spezialisierte Mediatoren empfehlen, wenn Sie das wünschen.