

Relevanz des Umsatzersatzes in der COVID-19-Pandemie zur Beurteilung der Brauchbarkeit des Bestandsobjekts nach § 1104 ABGB

Juni 2023

† † † † † † † † † † † † †

Voraussetzungen einer Anerkennung als Hauptmieter nach § 2 Abs 3 MRG

Besteht bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln, dass ein **Hauptmietvertrag** nur zur **Untervermietung** durch den Hauptmieter und zur **Umgehung** der einem Hauptmieter nach dem Mietrechtsgesetz zustehenden Rechte geschlossen wurde, so kann der **Mieter**, mit dem der Untermietvertrag geschlossen wurde, begehren, **als Hauptmieter** des Mietgegenstands mit den sich aus dem Mietrechtsgesetz ergebenden Rechten und Pflichten anerkannt zu werden. Liegen **konkrete Anhaltspunkte** für eine solche Umgehungshandlung vor – dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Hauptmieter mehr als eine Wohnung im selben Gebäude zur Gänze untervermietet oder bei Vorliegen eines befristeten Hauptmietvertrags die Wohnung zur Gänze untervermietet –, so obliegt es dem Antragsgegner, das **Fehlen der Umgehungsabsicht zu beweisen** (§ 2 Abs 3 MRG).

Materiell-rechtliche Voraussetzung für die Anerkennung als Hauptmieter nach § 2 Abs 3 MRG ist das Vorliegen eines **Umgehungsgeschäfts** (RS0069660; RS0069854). Die Umgehungsabsicht muss bei beiden Parteien des formellen Hauptmietvertrags gegeben sein, wobei es genügt, wenn sie die Umgehung wenigstens in Kauf nahmen (RS0069660).

Wenn auch § 2 Abs 3 MRG eine besondere Absicht der Parteien des formellen Hauptmietvertrags voraussetzt, ist doch dieses **subjektive Tatbestandselement** schon dann als erfüllt anzusehen, wenn bei Überlegung aller Umstände kein **vernünftiger Grund** besteht, daran zu **zweifeln**. Der Umgehungstatbestand des § 2 Abs 3 MRG kann daher auch dann vorliegen, wenn letzte Gewissheit über die vom Gesetzgeber verpönte Absicht der Parteien eines formellen Hauptmietvertrags fehlt. Es reicht aus, wenn genügende Anhaltspunkte für eine derartige Absicht vorhanden sind (RS0069733). Als derartige festgestellte **äußere Umstände**, die ein **Indiz** für die Umgehungsabsicht bieten, ist in der Rechtsprechung insbesondere die Vermietung von mehr als einer Wohnung durch denselben Hauptmieter anerkannt (RS0069733).

Die Anwendung des § 2 Abs 3 MRG ist **ausgeschlossen**, wenn der Hauptmietvertrag nicht nur (ausschließlich) zu dem verpönten Umgehungsziel des § 2 Abs 3 MRG geschlossen wurde, sondern einen **anderen Vertragszweck** hatte (vgl RS0069820). Ein solcher Sonderfall ist etwa die von der Rechtsprechung als zulässig angesehene „**echte Sanierungshauptmiete**“, bei der der Hauptmieter eine Wohnung im Standard anzuheben hat, dafür aber seine

Investitionen durch die gestattete Untervermietung amortisieren darf. Für die Beurteilung einer dabei vorliegenden (oder eben fehlenden) Umgehungsabsicht sind vor allem **wirtschaftliche Gesichtspunkte** maßgebend. Indizien für ein Umgehungsgeschäft auch bei Vorliegen einer Sanierungshauptmiete wären etwa der Rückfluss des vom Hauptmieter eingehobenen Untermietzins an den Hauseigentümer derart, dass dieser im Ergebnis mehr als den Kategoriemietzins erhält, das Fehlen von Investitionen des Hauptmieters, die Speisung solcher Investitionen aus dem Vermögen des Hauseigentümers, der das erforderliche Kapital – wenn auch über Umwege – dem Hauptmieter zur Verfügung stellt, die Beherrschung des Hauptmieters durch den Eigentümer oder das Erreichen desselben Zwecks durch Einschaltung von Familienmitgliedern oder sonstigen Stroh Männern (vgl RS0069851). Allerdings müssen – um die Umgehungsabsicht iSd § 2 Abs 3 MRG zu bejahen – nicht alle in dieser Judikatur zu findenden Indikatoren vorliegen (RS0069851).

Nach ständiger Rechtsprechung hat grundsätzlich der **Antragsteller** das Vorliegen der **Voraussetzungen** für die **Anerkennung** als Hauptmieter zu **beweisen**, die Gegner müssen – wenn er dieser Beweispflicht im zumutbaren Ausmaß nachgekommen ist – die allein in ihrer Sphäre liegenden Umstände dartun und offenlegen, die den erbrachten Nachweis entkräften (RS0069728). Auch Indizien für eine Umgehungsabsicht können entkräftet werden.

Zum Volltext der Entscheidung
OGH 31.01.2023, 5 Ob231/22i





Relevanz des Umsatzersatzes in der COVID-19-Pandemie zur Beurteilung der Brauchbarkeit des Bestandsobjekts nach § 1104 ABGB

Nach Ausbruch der Corona-Pandemie wurde mit dem COVID-19 Gesetz (BGBl I 2020/12) das ABBAG-Gesetz (Stammfassung BGBl I 2014/51) zur **Ermöglichung finanzieller Hilfen** an Unternehmen in mehreren Punkten ergänzt. Insbesondere wurde der Bundesminister für Finanzen in § 3b Abs 3 ABBAG-Gesetz ermächtigt, mit Verordnung Richtlinien zur Gewährung finanzieller Unterstützungen zu erlassen. Diese Bestimmung war die Grundlage für die folgenden im relevanten Zeitraum geltenden Verordnungen:

- VO betreffend Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (Stammfassung BGBl II 2020/225, Inkrafttreten 26. 5. 2020; im Folgenden: RL **Fixkostenzuschuss**).
- VO betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (BGBl II 2020/467, Inkrafttreten 7. 11. 2020; im Folgenden: RL **Umsatzersatz** 7. 11. 2020).
- VO betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (Stammfassung BGBl II 2020/503, Inkrafttreten 24. 11. 2020; im Folgenden: RL **Umsatzersatz** 24. 11. 2020).

Zur hier zu prüfenden Frage, ob die **Gewährung von Umsatzersatz Auswirkungen** auf die Anwendung der §§ 1104 ff ABGB hat, liegt bisher eine an der Rechtsprechung zum Fixkostenersatz anknüpfende Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vor. Zu 3 Ob 36/22y (Rz 28) sprach der 3. Senat unter Verweis auf *Nemetschke/Koloseus* (Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021/95, 202 [204]) aus, dass die **Erwägungen zum Fixkostenzuschuss** auch für den **Anspruch auf Umsatzersatz** gelten müssten. Eine nähere Begründung dieser Folgerung findet sich dort jedoch nicht.

In der Literatur wurde zur **Auswirkung des Umsatzersatzes** im Zusammenhang mit einer allfälligen (teilweisen) **Bestandzinsbefreiung** bislang nur vereinzelt Stellung genommen. *Oberhammer* (Pandemie und Geschäftsraummiete, JBI 2021, 493 ff) weist darauf hin, dass **kein Grund ersichtlich** sei, warum eine Beihilfe, die [...] einen Umsatzersatz darstelle, also genau für jene Kosten gedacht sei, [...] welche für gewöhnlich zur Bestreitung der Mietkosten aufgewendet werden, in einem **nicht ausreichend engen Zusammenhang** mit der Mietzinszahlungspflicht stehen solle, und kommt unter Rückgriff auf das Geschäftsgrundlagenrecht zum Ergebnis, dass öffentliche Beihilfen wie (hier relevant) der Umsatzersatz bei einer etwaigen Bestandzinsreduktion in Anrechnung zu bringen seien. *Nemetschke/Koloseus* (Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021/95, 202 [204]) führen aus, der **Lockdown-Umsatzersatz** könne **mangels entsprechender Widmung** durch den Förderer **nicht an die Stelle des Mietzinses** treten. Allgemeine Geldflüsse an den Schuldner seien keine Surrogate von „untergegangenen“ Vermögenswerten, die als stellvertretendes Commodum abstrakt überhaupt in Betracht kämen und von einem Gläubiger gefordert werden könnten. Jüngst hat sich *Weixelbraun-Mohr* (Zur Berücksichtigung von Lockdown-Umsatzersatzleistungen bei COVID-19-bedingter Mietzinsminderung, ÖJZ 2022, 1241 ff) mit dieser Frage auseinandergesetzt. Ihrer Ansicht nach ging der Verordnungsgeber beim **Umsatzersatz erkennbar** davon aus, dass die Sicherstellung der Liquidität der Unternehmer durch diese finanziellen Zuwendungen gerade auch deren **Gläubigern** (zur Abdeckung der „Zahlungsverpflichtungen“ des Unternehmers) **zugutekommen** sollte. **Umsatzersatzleistungen**, die ein Geschäftsraummieter für solche Zeiträume tatsächlich erhalten habe, für die er eine Mietzinsminderung von seinem Vermieter verlange, seien daher zu **berücksichtigen**.

Die **Gewährung von Umsatzersatz** beruhte im **relevanten Zeitraum** auf den oben genannten, jeweils mit Verordnung erlassenen Richtlinien zum Umsatzersatz. Sie stimmen in den hier relevanten Punkten überein. Nach diesen Richtlinien durfte ein **Lockdown-Umsatzersatz** nur Unternehmen **gewährt** werden, bei denen **im relevanten Zeitraum** und zum **Zeitpunkt der Antragstellung** die angeführten Voraussetzungen erfüllt waren. Begünstigte Unternehmen

waren danach jedenfalls nur solche, die ihren Sitz oder eine Betriebsstätte in Österreich hatten und im **Inland eine operative Tätigkeit** ausübten, die zu einer Besteuerung der Einkünfte führte (Punkte 3.1.1. und 3.1.2.). Die Höhe des Umsatzersatzes knüpfte nach Punkt 4.4. grundsätzlich am **Umsatz der Vergleichsmonate** des Vorjahres an; im Einzelnen waren die Regelungen kompliziert.

Nach Punkt 7.4. wurde der **Lockdown-Umsatzersatz** auf Grundlage einer **privatrechtlichen Vereinbarung** (Fördervertrag zwischen der COFAG und dem Antragsteller) gewährt, wobei darauf **kein Rechtsanspruch** bestand. Punkt 8.4. sah eine Rückforderung von ausbezahlten Beträgen unter anderem dann vor, wenn die Förderung auf falschen Angaben beruht hatte, die Förderungsmittel „widmungswidrig“ verwendet worden waren oder sonstige Förderungsvoraussetzungen, Bedingungen oder Auflagen nicht eingehalten worden waren. Zum **Verwendungszweck** der Förderungen, der für die Beurteilung der „Widmungswidrigkeit“ erforderlich wäre, enthielten die Richtlinien **keine Aussagen**.



Wie beim Fixkostenzuschuss handelt es sich beim **Lockdown-Umsatzersatz** um eine **Förderung bestimmter (begünstigter) Unternehmen**. War der betroffene Unternehmensträger Bestandnehmer, war er das Förderungssubjekt. Die Richtlinien enthalten aber, anders als jene zum Fixkostenzuschuss, keine Bestimmung, wonach die Unternehmen **zumutbare Maßnahmen** setzen mussten, um ihre durch den Zuschuss zu deckenden Fixkosten zu reduzieren. Das folgt aus der Konstruktion dieser Förderung, die am (entgangenen) Umsatz und nicht an den (weiter anfallenden) Fixkosten anknüpfte. Damit bietet Punkt 8.4. der RL Umsatzersatz **keine Grundlage** für eine allfällige **Rückzahlungspflicht**, wenn der Unternehmer als Bestandnehmer eine **Mietzinsminderung geltend** macht.

Die **Rückforderungsregeln** des § 3b ABBAG-Gesetz idF BGBl I 2021/228 sind auf den Umsatzersatz ebenfalls **nicht anwendbar**, weil dieser an den Umsatz der Vergleichsmonate des Vorjahres anknüpft und nicht auf tatsächliche Aufwendungen während des Lockdowns (wie etwa den Bestandzins oder andere Fixkosten) abstellt. Die in der Rechtsprechung zum Fixkostenersatz aufgestellten Grundsätze bauen auf einer möglichen Rückzahlungsverpflichtung von Förderbeträgen im

Zusammenhang mit der Obliegenheit des Bestandnehmers zur Geltendmachung einer Mietzinsminderung auf und können damit **nicht auf den Lockdown-Umsatzersatz übertragen** werden. Soweit die Entscheidung 3 Ob 36/22y die zum Fixkostenzuschuss angestellten Überlegungen auch auf den Umsatzersatz erstreckt, tritt ihr der Senat aus diesen Gründen nicht bei.

Der Umsatzersatz knüpft an den **Umsatz** des Unternehmens **im Vergleichsmonat des Vorjahres** an und ist damit das (der Höhe nach mit einem Prozentsatz begrenzte) **Surrogat für den Gesamtwert** der von einem Unternehmen abgesetzten Waren und erbrachten Leistungen eines **bestimmten Zeitraums**, das an die Stelle des mit den vorhandenen Betriebsmitteln erzielbaren, aber wegen des zweiten Lockdowns tatsächlich nicht erzielten Umsatzes getreten ist. Die Gewährung einer solchen Förderung setzte voraus, dass der Unternehmer grundsätzlich über die **Mittel** verfügen musste, um – theoretisch – **Umsatz zu erwirtschaften**. Er musste sowohl im Vergleichsmonat als auch im Antragszeitpunkt über einen Sitz oder eine Betriebsstätte in Österreich verfügen und zumindest theoretisch eine operative Tätigkeit ausüben können. Wenn der Unternehmensträger Bestandnehmer und der Bestandgegenstand die Betriebsstätte war, mit der er den vergleichbaren Vorjahresumsatz lukriert hatte, hing die Förderung damit von einem aufrechten Bestandverhältnis ab.

Insoweit ging der Verordnungsgeber daher von der **grundsätzlichen Eignung** des Bestandgegenstands zur Ausübung des **gewerblichen Zwecks**, für den er in Bestand genommen wurde, aus. Denn nur so konnte er unterstellen, dass der geförderte Unternehmer auch in den **fraglichen Zeiträumen** einen **entsprechenden Umsatz** erwirtschaftet hätte, der ihm nun (teilweise) ersetzt wurde. Damit mag es zwar zutreffen, dass der Bestandgegenstand wegen des Betretungsverbots faktisch nicht zu dem Zweck verwendet werden konnte, der dem zugrunde liegenden Vertrag entsprach. Indem der Verordnungsgeber aber den Umsatzersatz anhand der tatsächlichen Wirtschaftsleistung des Vergleichsmonats des Vorjahres bemaß, stellte er den Bestandnehmer für die Zeiten des Lockdowns so, als hätte er dort ebenfalls entsprechende Einnahmen erzielen können. Damit **fingierte** er die **(teilweise) Brauchbarkeit des Bestandgegenstands** zum bedungenen Zweck auch für die Zeit des Betretungsverbots. Der Unternehmer als Bestandnehmer wurde dadurch so gestellt, als wäre der **Bestandgegenstand für ihn nutzbar**, weil er daraus letztlich Einnahmen – wenn auch erst im Nachhinein bestimmt und in Form der staatlichen Förderungen – erzielen konnte. Diese Wertung des Verordnungsgebers kann bei der Beurteilung der Frage, ob das Bestandobjekt während des Lockdowns **grundsätzlich brauchbar** iSd § 1096 ABGB (und damit gemäß §§ 1104 ff ABGB) war, **nicht unberücksichtigt** bleiben.



Mit *Oberhammer* (JBI 2021, 503) sprechen daher die besseren Gründe dafür, **nicht von einer gänzlichen Unbrauchbarkeit** des Bestandgegenstands für die hier fraglichen Monate des zweiten Lockdowns auszugehen, **wenn der Bestandnehmer**, der darin sein Unternehmen betrieben hat, **einen Lockdown-Umsatzersatz in Anspruch genommen und erhalten** hat. Denn ohne Bestand seines Unternehmens im Miet- oder Pachtgegenstand hätte er über keine entsprechende Betriebsstätte verfügt und damit diese Fördermaßnahme nicht beanspruchen können. Im Ergebnis konnte er daher Einnahmen aus dem Bestandgegenstand lukrieren, sodass tatsächlich von einem (wirtschaftlichen) „Nutzen“ aus dem Bestandvertrag auszugehen ist (so *Weixelbraun-Mohr*, ÖJZ 2022, 1243). Dieser Nutzen ist auch für die Frage der Brauchbarkeit des Bestandsobjekts in Anschlag zu bringen.

Ob dies auch gelten würde, wenn zwar **grundsätzlich ein Anspruch auf Umsatzersatz** bestand, dieser aber nicht beantragt oder nicht gewährt wurde, ist hier nicht zu entscheiden.

Zum Volltext der Entscheidung
OGH 28.02.2023, 1 Ob181/22g →

Der vorliegenden Entscheidung liegt ein Verfahren zu Grunde, in dem die Klägerin als (ehemalige) Pächterin einer Gastwirtschaft die Rückzahlung ihrer Kautions beehrte. Die Klägerin hatte in der COVID-19-Pandemie für die Monate November und Dezember 2020 Lockdown-Umsatzersatz beantragt und auch erhalten. Daraus leitete die beklagte Verpächterin ab, dass bei der Klägerin keine Minderung des Ertrags aus dem Pachtgegenstand eingetreten sei, weswegen sie den Pachtzins auch für diese Monate schulde. Diese offenen Pachtzinsforderungen machte die Beklagte als Gegenforderung geltend. In der Entscheidung setzt sich der OGH unter Eingehen auf die einschlägigen Literaturmeinungen mit der Frage der Relevanz des Lockdown-Umsatzersatzes bei der Beurteilung der (Un-)Brauchbarkeit des Bestandsobjekts nach § 1104 ABGB auseinander. Der OGH kommt dabei zum Ergebnis, dass durch die Beantragung und den Erhalt des Lockdown-Umsatzersatzes bei wertender Betrachtung nicht von einer völligen Unbrauchbarkeit des Bestandsobjekts ausgegangen werden kann. Da im vorliegenden Fall ein Pachtverhältnis mit einer ein Jahr übersteigenden Pachtdauer vorlag, kommt § 1105 ABGB, erster Satz nicht zur Anwendung, sodass die Klägerin für diese Zeiträume den vollen Pachtzins zu entrichten hatte.

Sie haben Fragen?

Unser E+H Real Estate
Team steht Ihnen jederzeit sehr
gerne zur Verfügung!

Alric A. Ofenheimer

Partner

a.ofenheimer@eh.at

+43 676 836 47 246

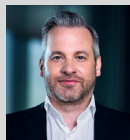


Clemens Lanschützer

Partner

c.lanschuetzer@eh.at

+43 676 836 47 309



Hinweis: Diese Kurzstellungnahme stellt lediglich eine generelle Information und keineswegs eine Rechtsberatung von E+H Rechtsanwalts GmbH dar. Diese Kurzstellungnahme kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. E+H Rechtsanwalts GmbH übernimmt keine Haftung, gleich welcher Art, für Inhalt und Richtigkeit dieser Stellungnahme.

