

# immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Top-Thema

## Mietvertragliche Wertsicherung – ist im Individualverfahren alles anders?

Mietrecht

Die Schlüsselübergabe

Immobilienbesteuerung

Das Inventar bei  
Bemessung der  
Grunderwerbsteuer

Forum Immobilientreuhänder

Zur mangelnden  
Verfügbarkeit für  
Benützungsvereinbarungen



IMMOLEX.MANZ.AT

ISSN 1605-2536

# Umsatzrückgänge außerhalb von Zeiten mit Betretungsverboten sind dem Unternehmerrisiko zuzuordnen

**immolex 2025/9**

**§ 1104 ABGB**

OGH 20. 2. 2024, 4 Ob 143/23t

COVID-19; Betretungsverbot

**Besteht kein behördlich angeordnetes Betretungsverbot für ein konkretes Geschäftslokal, sodass es dem Mieter möglich war, seine Waren im Geschäft anzubieten, Kunden in Präsenz zu beraten und Verkäufe abzuwickeln, dann waren für Umsatzrückgänge ausschließlich Umstände und Maßnahmen ursächlich, die unmittelbar nur das Verhalten potenzieller Kunden beeinflussten und sich nicht auf das konkrete Bestandsobjekt bezogen.**

## **Sachverhalt:**

Die Kl ist Eigentümerin einer Liegenschaft, auf welcher das Einkaufs- und Freizeitzentrum „park“ errichtet ist. Die Bekl sind aufgrund eines Bestandvertrags vom 5. 5. 1992 Bestandnehmerinnen eines Geschäftslokales im ursprünglichen Ausmaß von 1.459,11 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche und 235 m<sup>2</sup> Lagerfläche.

*Zwischen den Parteien ist ein umsatzabhängiger Hauptmietzins in Höhe von 4% der erzielten Umsätze vereinbart, wobei für den Fall, dass die Umsätze der Bekl einen festgesetzten Mindesthauptmietzins nicht erreichen, jedenfalls ein vereinbarter Mindesthauptmietzins zu bezahlen ist.*

*Gegenstand des Verfahrens ist eine Bestandzins- und Räumungsklage, mit welcher die Kl die Bezahlung von insgesamt € 189.833,09 und die geräumte Übergabe des Bestandsobjekts begehrte.*

*Das ErstG verpflichtete die Bekl mit Teilurteil zur Bezahlung von € 85.057,11, das Mehrbegehren von € 104.825,98 wies es ab. Es vertrat die Rechtsansicht, dass die von den Parteien getroffene Mietzinsvereinbarung, was Mietzinsminderungsansprüche infolge COVID-19-bedingter Einschränkungen betrifft, nicht anders zu behandeln ist als umsatzunabhängige Mietzinsvereinbarungen, und hat für jene Zeiträume, in denen es eine Mietzinsminderung als berechtigt angesehen hat, eine Minderung des Gesamtmietzinses (inklusive BK) vorgenommen. Dabei hat es für jene Zeiträume, in denen ein behördliches Betretungsverbot für das Geschäftslokal*

der Bekl bestand, einen gänzlichen Entfall des Mietzinses als gerechtfertigt angesehen, dies allerdings nur insoweit, als die Bekl im erstinstanzlichen Verfahren für die entsprechenden Perioden auch Mietzinsminderungsansprüche geltend gemacht haben. Für jene Monate, in denen nicht den ganzen Monat lang ein Betretungsverbot bestand, hat es die Mietzinsbefreiung entsprechend den jeweiligen Schließtagen aliquotiert. Für jene Zeiträume, in denen die Bekl ihr Geschäftslokal geöffnet haben durften, hat das ErstG aufgrund der Tatsache, dass sich wegen der großzügigen Verkaufsflächen allfällige außerhalb der Betretungsverbote noch geltende Abstandsregeln nicht nachteilig auf den Betrieb auswirkten, keine Mietzinsminderung zuerkannt.

Das BerG gab den Berufung der Parteien nicht Folge. Nach mittlerweile gefestigter Rsp des OGH sind Umsatzeinbußen des Geschäftsraummieters, welche eine unmittelbare Folge der COVID-19-Pandemie sind und die sämtliche Unternehmer wie (auch) den Mieter des Geschäftslokals, insb die gesamte Branche, allgemein und insgesamt treffen, dem Unternehmerrisiko zuzuordnen und daher für den zu zahlenden Mietzins nicht relevant. Diese Auswirkungen der Pandemie sind keine Gebrauchsbeeinträchtigungen des vom Vermieter vereinbarungsgemäß zur Verfügung zu stellenden Objekts. Ausgehend davon könnte ein Bestandszinsminderungsanspruch der Bekl während jener Perioden, in denen sie ihr Geschäftslokal geöffnet haben durften, nur (ausnahmsweise) dann zu Recht bestehen, wenn - etwa infolge der behördlich verfügten Abstandsregeln - Kunden, die in das Geschäftslokal gelangen wollten, keinen Zutritt erhalten konnten. Die Pauschalratenvorschreibungen der BK sind ungeachtet des Umstands, dass die Bekl die Richtigkeit des angewandten Verteilungsschlüssels und die Zulässigkeit der Verrechnung einzelner Positionen bestreiten, zulässig und auch fällig.

Beide aoRev werden mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

## Aus der Begründung:

### 1. Zur Mietzinsminderung nach §§ 1104ff ABGB:

Zu den in § 1104 ABGB ausdrücklich genannten Elementarereignissen gehört die „Seuche“, und COVID-19 ist ein solcher Fall. Aus dem Elementarereignis resultierende hoheitliche Eingriffe wie Betretungsverbote für bestimmte Geschäftslokale hatten zur Folge, dass diese Objekte „gar nicht gebraucht oder benutzt werden“ konnten (RS0133812). Wenn die in Bestand genommene Sache wegen eines außerordentlichen Zufalls gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist nach § 1104 ABGB kein Mietzins zu entrichten. Behält der Mieter trotz eines solchen Zufalls einen beschränkten Gebrauch des Mietstücks, so wird ihm gem § 1105 ABGB ein verhältnismäßiger Teil des Mietzinses erlassen.

Die Frage, ob (teilweise) Unbenutzbarkeit des Bestandgegenstands vorliegt, ist nach dem Vertragszweck zu beurteilen. Die Bestandsache muss eine Verwendung zulassen, wie sie gewöhnlich nach dem Vertragszweck erforderlich ist und nach der Verkehrs-sitte erfolgt. Mangels anderer Vereinbarungen ist eine mittlere (durchschnittliche) Brauchbarkeit geschuldet (RS0021054; RS0020926). Für die Beurteilung ist daher in erster Linie die (ausdrückliche) Parteienvereinbarung bzw der dem Vertrag zugrunde gelegte Geschäftszweck maßgeblich (RS0021044; 3 Ob 185/15z). Ist der bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so kann ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur (gänzlichen) Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts iSd § 1104 ABGB führen. Ist die vertragsgemäße charakteristische Nutzung hingegen nur eingeschränkt, so kommt es gem § 1105 ABGB zu einer Mietzinsminderung im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung nach der relativen Berechnungsmethode;

bei der Ermittlung des Restnutzens ist erforderlichenfalls § 273 ZPO anzuwenden (5 Ob 192/22d mwN). Ein Umsatzrückgang als solcher reicht im Allgemeinen für sich allein nicht aus, um eine Mietzinsminderung zu begründen (vgl RS0119192; RS0117011).

Die Zinsminderung tritt kraft Gesetzes und ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Bestandgebers ein (4 Ob 191/10g mwN); sie erfasst nach der Rsp grundsätzlich alle Bestandteile des Mietzinses, daher auch die BK (RS0021462 [T 1, T 4]) ebenso wie Mietzinsvorauszahlungen (vgl 5 Ob 60/04s zu nach dem WGG zu leistenden Finanzierungsbeiträgen).

Der Anspruch auf Zinsbefreiung oder -minderung gem § 1096 ABGB besteht von Gesetzes wegen ab Beginn der Unbrauchbarkeit bzw Gebrauchsbeeinträchtigung des Bestandobjekts bis zu deren Behebung (RS0107866; RS0021443). Nach der Rsp verdrängt das dem Mieter durch § 1096 ABGB gewährte zwingende Zinsminderungsrecht für seinen Anwendungsbereich das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 1052 ABGB (RS0119040).

Ob eine vollständige oder teilweise Unbrauchbarkeit des Bestandgegenstands vorliegt, ist wie oben bereits dargelegt nach dem Vertragszweck zu beurteilen. Die Bestandsache muss eine Verwendung zulassen, wie sie gewöhnlich nach dem dem Vertrag zugrunde gelegten Geschäftszweck erforderlich ist und nach der Verkehrs-sitte erfolgt (vgl 1 Ob 181/22g Rz 24ff mwN).

Unter behördlichen Maßnahmen, mit denen Umsatzeinbußen als „konkrete Folgen einer objektiven Einschränkung des vertraglich bedungenen Gebrauchs des Bestandobjektes“ einhergehen, sind grundsätzlich nicht nur Betretungsverbote zu verstehen, sondern auch mit weniger gravierenden Folgen verbundene (aber ebenfalls durch die Pandemie verursachte) behördliche Eingriffe, wie etwa Zutrittsbeschränkungen durch die Begrenzung der zulässigen Kundenzahl und die Anordnung von einzuhaltenden Mindestabständen. Demgegenüber sind allfällige etwa maskenbedingte Unlustgefühle der Kunden deren individueller Sphäre zuzuordnen, worauf die behördliche Maßnahme nur mittelbar Einfluss hat (vgl 4 Ob 221/22m; ähnlich 5 Ob 192/22d [zu Abstandsregeln und Fitnessstudios]).

Ob gänzliche oder nur teilweise Unbrauchbarkeit vorliegt, ist somit - ausgehend vom vereinbarten Geschäftszweck - anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen, wobei die Behauptungs- und Beweispflicht für die mangelnde Brauchbarkeit des Bestandobjekts, die eine Zinsminderung rechtfertigt, den Bestandnehmer trifft (RS0021416; 8 Ob 131/21d; 1 Ob 178/22s mwN; vgl 6 Ob 239/22y).

Nach stRsp zu § 21 MRG handelt es sich bei einer Pauschalvorschrift von BK um selbständige gesetzliche Mietzinsbestandteile, deren Höhe von den tatsächlich im Vorschreibungsjahr dem Vermieter entstehenden BK unabhängig ist. Diese Unabhängigkeit der Pauschalraten von der tatsächlichen Höhe der im Jahr der durchgeführten Pauschalvorschrift aufgelaufenen BK geht so weit, dass Schuldner der Pauschalraten als gesetzliche Mietzinsbestandteile die Mieter der betreffenden Mietgegenstände im Zeitpunkt der Vorschreibung der Pauschalraten sind, wogegen Schuldner bzw Gläubiger des sich im Falle der Pauschalvorschrift aus der bis 30. 6. des folgenden Jahres vom Vermieter zu erstellenden Abrechnung nach § 21 Abs 3 vorletzter und letzter Satz MRG ergebenden Fehlbetrags bzw Überschusses diejenigen Personen sind, die zu dem der Abrechnung folgenden zweiten Zinstermin Mieter dieser Mietgegenstände sind. Es handelt sich daher bei den Pauschalraten gerade um keine Akontierung auflaufender BK (RS0070107); die Pauschalraten werden als solche - ohne Rücksicht auf die spätere Abrechnung - geschuldet, solange die Voraussetzungen des § 21 Abs 3 MRG für die Jahres-



pauschalverrechnung erfüllt sind (RS0070097 [T 2]): Eine solche ist zulässig, wenn sie auf der Basis der tatsächlichen Bewirtschaftungskosten des vorausgegangenen Kalenderjahres erfolgt, wobei jedoch nicht maßgebend ist, ob die Abrechnung iSd § 21 Abs 3 Satz 2 MRG schon erfolgte oder welches Ergebnis sie zeitigte (vgl RS0070015). Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Verrechnung der BK in Form von Pauschalraten hat der Vermieter zu behaupten und zu beweisen; er darf die Verrechnungsart der Jahrespauschalverrechnung nicht wählen, wenn keine Daten über die BK des vorausgegangenen Kalenderjahrs vorliegen (5 Ob 21/21f mwN).

Die Vorlage der Abrechnung kann durch jeden Mieter iSd § 20 Abs 4 MRG im außerstreitigen Verfahren (§§ 37ff MRG) ausschließlich gegenüber dem jeweiligen Vermieter in diesem Zeitpunkt erzwungen werden, ebenso im Falle eines Überschusses die Rückforderung durch den Mieter (vgl 3 Ob 249/04w).

Außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG dagegen bestimmt sich die Verpflichtung des Mieters zur Tragung der BK nach der mit dem Vermieter getroffenen Vereinbarung; regelt diese Überwälzungsvereinbarung die vom Mieter zu tragenden Kosten nicht ausdrücklich, sind in der Regel die im MRG aufgezählten BK gemeint (vgl RS0123383). Regelt aber eine Vereinbarung die vom Mieter zu tragenden Kosten - wie hier - ausdrücklich, ist von der konkreten, auch konkludenten Vereinbarung abhängig, welche BK zu ersetzen sind, zu welchem Zeitpunkt die Abrechnung vorzunehmen ist und welche (Mindest-)Formerfordernisse an die Betriebskostenabrechnung zu stellen sind (6 Ob 172/21v Rz 8 mwN; 3 Ob 219/08i).

Unterliegt ein Bestandverhältnis dem Teilanwendungsbereich nach § 1 Abs 4 Z 1 MRG, ist daher die Betriebskostenabrechnung nach dem ABGB zu beurteilen, aus dessen § 1012 sich die Rechnungslegungspflicht ergibt. Für die Ermittlung des Umfangs der Rechnungslegungspflicht muss nach der Natur des Geschäfts und den Umständen des Falls auf das Verkehrsübliche abgestellt werden (RS0019529 [T 1]). Die Rechnungslegung soll dem Berechtigten eine ausreichende Grundlage dafür liefern, die pflichtgemäße Erfüllung der Aufgaben des Rechnungslegungspflichtigen anhand der verzeichneten Einnahmen und Ausgaben unter Heranziehung der dazugehörigen Belege nach den Gesichtspunkten der Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen (RS0035039; 6 Ob 172/21v Rz 21ff mwN; vgl RS0035036).

Der Auftraggeber (oder sonst Berechtigte, wie etwa der Bestandnehmer) hat demnach Anspruch auf eine ordnungsgemäß zusammengestellte, formell vollständige Abrechnung über Einnahmen und Ausgaben, im Einzelnen detailliert und ziffernmäßig mit Angabe des Verwendungszwecks der einzelnen Posten; nicht durchsetzbar ist hingegen eine materiell vollständige und wahrheitsgemäße Abrechnung (vgl 6 Ob 172/21v mwN; RS0106492 [T 3]; 7 Ob 93/12w; vgl auch RS0034995). Die gesetzlichen Vorgaben sind erfüllt, wenn die festgestellten Abrechnungen für die nach der Aufstellung sämtlicher Jahresbetriebskosten in der Abrechnung für das konkrete Bestandobjekt jeweils darlegen, welche Fläche das Objekt aufweist und welche Gesamtfläche der Betriebskostenabrechnung zugrunde liegt (6 Ob 172/21v Rz 26).

## 2. Zur Rev der Kl:

Der OGH hat - entgegen der Auffassung der Kl (die in einem Einkaufs- und Freizeitzentrum zuletzt knapp 1.500m<sup>2</sup> Verkaufs- und 235m<sup>2</sup> Lagerfläche an die Bekl vermietet, die darin ein Bekleidungs-Einzelhandelsgeschäft als Filiale einer Bekleidungskette betreiben) - zu § 1096 ABGB bereits ausgesprochen, dass ein umsatzbezogener Mietzins - wie hier - ein zum bedungenen Gebrauch unbeschränkt taugliches Bestandobjekt voraussetzt und

die subjektive Äquivalenz der im Austauschverhältnis stehenden vertraglichen Leistungen nur gewahrt ist, solange diese Voraussetzung zutrifft; sie würde dagegen durch die Beibehaltung der vereinbarten prozentuellen Relation zwischen Mietzins und Jahresumsatz gestört, wenn der Mietzins infolge geringerer Umsätze aufgrund einer Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit des Bestandobjekts nur in absoluten Zahlen sank. Die vereinbarte subjektive Äquivalenz zwischen einem umsatzbezogenen Mietzinsprozentsatz als Entgelt für den bedungenen Gebrauch eines Bestandobjekts kann daher nur durch eine Reduktion dieses Prozentsatzes entsprechend dem Ausmaß und der Dauer der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts gewahrt werden; auch für diese Ermittlung einer umsatzbezogenen Zinsminderung infolge teilweiser bzw gänzlicher Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts eignet sich die relative Berechnungsmethode (vgl schon 1 Ob 108/97g immolex 1997/172, 301 = SZ 70/97 = MietSlg XLIX/16; zur relativen Berechnungsmethode vgl auch 5 Ob 768/80).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen stehen mit 1 Ob 108/97g im Einklang, die Zinsminderung infolge teilweiser bzw gänzlicher Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts auch bei Vorliegen eines umsatzabhängigen Mietzinses nach der relativen Berechnungsmethode zu bemessen. Warum davon abzugehen oder die Unbrauchbarkeit und die sich daraus ergebenden Fragen der Zinsminderung nach §§ 1104f ABGB anders als die nach § 1096 ABGB zu beurteilen wären (vgl dagegen 3 Ob 209/21p Rz 20), zeigt die Rev nicht auf. Sie legt auch nicht nachvollziehbar dar, woraus trotz des Umstands, dass Betriebskostenvorschreibungen unabhängig von der Richtigkeit der gelegten Abrechnung fällig und Pauschalvorschriften selbständige gesetzliche Mietzinsbestandteile sind (vgl RS0070107), folgen sollte, dass die hier vertragsgemäß vorgeschriebenen Mietzinskonti grundsätzlich keiner Minderung unterliegen sollten. Eine solche kann im Lichte der oben dargelegten Rsp nur durch eine entsprechende Reduktion des ursprünglich vereinbarten Prozentsatzes entsprechend dem Ausmaß und der Dauer der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts erfolgen; da auch den monatlichen Zinsvorschriften ein vorläufig angenommener Umsatz und der vereinbarte Prozentsatz zugrunde liegen (vgl Pkt 2.5, zweiter Absatz der Vereinbarung aus 2013, Blg./L), ist es zumindest vertretbar, auch die durch Unbrauchbarkeit bedingte Reduktion des Prozentsatzes mit der Minderung dieser monatlichen Verpflichtungen zu verknüpfen.

Auf die in der Rev idZ relevierte Aktenwidrigkeit des BerG, das entgegen der inhaltlich unbestrittenen, in den Feststellungen der Vorinstanzen enthaltenen und daher der rechtlichen Beurteilung zur Gänze zugrunde zu legenden (vgl RS0121557 [T 2, T 3]) ergänzenden Vereinbarung aus 2013 nicht den dort vereinbarten umsatzgebundenen Mietzins, sondern die Weitergeltung einer ursprünglichen Mindestzinsvereinbarung aus 1992 anspruch (ohne daraus erkennbare entscheidungsrelevante Folgerungen abzuleiten), kommt es daher nicht an.

Warum sich an einem Zinsbefreiungs- oder Zinsminderungsanspruch etwas ändern sollte, wenn die ihn verursachende Unbrauchbarkeit zeitlich erst nach Fälligkeit des für den laufenden Monat zu bezahlenden Bestandzinses entsteht, legt die Rev nicht nachvollziehbar dar; dass aus solchen Umständen entstandene Überzahlungen nach § 1431 ABGB zurückgefordert und/oder grundsätzlich gegen laufende oder spätere Zinsforderungen aufgerechnet werden können, entspricht ohnehin stRsp (vgl RS0021337 [T 2]). Erhebliche Rechtsfragen idZ zeigt die Kl ebenso wenig auf wie das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1440 Satz 2 erster und zweiter Fall ABGB.

Der hier vereinbarte Vertragszweck des Betriebs eines Bekleidungs geschäfts in einem Einkaufszentrum setzt voraus, dass Kundenverkehr nur an nach den die Offenhaltezeiten regelnden Vorschriften (zuletzt ÖffnZeitG 2003, BGBl I 2003/48) zulässigen Tagen erfolgt. Die Parteien haben aber keine Differenzierung des Bestandzinses oder der monatlichen Pauschalzahlungen nach der Anzahl der konkreten, bei vertragsgemäßer charakteristischer Nutzung monatlich zulässigen Öffnungstage vereinbart. In diesem Lichte bestehen keine Bedenken gegen die Beurteilung der Vorinstanzen, auch die Mietzinsbefreiung wegen Unbrauchbarkeit richte sich ebenso pauschal nach der Dauer behördlicher Betretungsverbote. Die von der Rev dagegen vertretene Auffassung, insb Sonn- und Feiertage seien „herauszurechnen“, unterstellt eine (Schein-)Genauigkeit subjektiver Äquivalenz, welche sich in der genannten pauschalen und nach konkreten Öffnungstagen nicht aufgeschlüsselten Bestandzinsvereinbarung gerade nicht widerspiegelt.

Der Sachverhalt, der in der von der Rev der Kl idZ bemühten E 4 Ob 218/21v beurteilt wurde, ist mit den hier relevanten Tatsachen nicht vergleichbar: Der dort vertraglich festgelegte Geschäftszweck der konkreten Geschäftsraummiete kombinierte verschiedene Geschäftszweige der Bestandnehmerin (Verkauf von Kaffee und Non-Food-Artikeln, Verabreichung von Getränken und Speisen zum sofortigen Verzehr als Filiale eines weiträumigen Filialnetzes mit Online-Verkäufen auch während der Lockdowns), die in unterschiedlicher Weise und Intensität von den Lockdowns betroffen waren, sodass die vermietete Geschäftsfläche diesem Mischgeschäft - zumindest zum Teil - auch während der behördlich verordneten Sperre für den Kundenbetrieb dem Geschäftsbetrieb der Bestandnehmerin im Rahmen ihres Filialnetzes dienlich war. Unter den dortigen Umständen des Einzelfalls erachtete der Senat eine Mietzinsminderung auf Basis eines Restnutzens im Ausmaß eines Drittels des Gesamtnutzens der Geschäftsräumlichkeit auch unter Berücksichtigung unter anderem der vom Vermieter angesprochenen Schließung des konkreten Lokals an Sonn- und Feiertagen als im Ergebnis vertretbar, ohne über die Art der konkreten Berechnungsmethode endgültige Aussagen zu treffen. Daraus ist aber auch im Lichte des § 273 ZPO keine Unvertretbarkeit der hier einen anderen Geschäftsgegenstand der Bestandnehmerinnen und einen dementsprechend anders vereinbarten Geschäftszweck beurteilenden Rechtsansicht der Vorinstanzen ableitbar.

Auf einen konkreten anderweitigen relevanten Restnutzen der Geschäftsräumlichkeiten (etwa aus einer für den Geschäftszweck typischen Lagerung von Waren oder dem Belassen von Einrichtungsgegenständen: vgl 3 Ob 184/21m Rz 21 mwH; 3 Ob 78/21y Rz 23) muss hier nicht eingegangen werden, weil solches von der Rev nicht releviert wird.

### 3. Zur Rev der Bekl:

Das BerG orientierte sich bei der Auslegung der Parteienvereinbarung zur Tragung der BK für das unstrittig dem Teilanwendungsbereich nach § 1 Abs 4 Z 1 MRG unterliegende Bestandobjekt - mangels zum Ausdruck gebrachten anderslautenden konkreten Parteienwillens - am aus dem MRG zu erschließenden grundsätzlichen Zweck einer Pauschalvorschrift, den Vermieter von der Vorfinanzierung überwälzbarer BK zu entlasten, ohne den Mieter über Gebühr zu belasten (RS0070085 [T 2]). Es gelangte zum Ergebnis, dass auch außerhalb des Vollenwendungsbereiches des MRG wie hier die Pauschalraten - ohne Rücksicht auf die spätere Abrechnung - selbständig geschuldete Mietzinsbestandteile sein sollten. Weiters legte es die Parteienvereinbarungen dahin aus, diesen sei nicht zu entnehmen, dass bloße Streitigkeiten zwischen den Parteien über deren Richtigkeit verhindern sollten, dass bis zur

Klärung dieser Streitigkeiten keine weiteren Pauschalraten fällig würden oder vorgeschrieben werden dürften.

Dies hält sich im Rahmen der dargelegten Rsp und des den Gerichten im Einzelfall notwendigerweise zukommenden Beurteilungsspielraums; die Vertretbarkeit dieser Auslegung erhellt im Übrigen nicht zuletzt auch aus dem Umstand, dass die Parteien ein ausdrückliches Aufrechnungsverbot für Forderungen der Bekl gegen das Bestandentgelt vereinbarten.

Die Bekl beziehen sich dagegen in ihrer Rev auf vereinzelt gebliebene ältere Rsp zu § 21 MRG (RS0070085) und meinen, daraus sei auch im Teilanwendungsbereich zu folgern, dass ab Verstreichen der Frist für die Betriebskostenabrechnung nur mehr ein Nachforderungsanspruch des Vermieters für die abzurechnende Periode bestehe.

Die Bekl verkennen dabei jedoch, dass die leitsatzbildende E 6 Ob 696/88 wobl 1989/29,72 = MietSlg 40.389 (zust nur noch 6 Ob 515/96) und die darin zu § 21 MRG vertretene Auffassung, es handle sich bei den Pauschalraten um eine Akontierung auflaufender BK bis zur Möglichkeit bzw Fälligkeit der Abrechnung, ab diesem Zeitpunkt könnten Pauschalraten nicht mehr eingefordert werden, von der stRsp in der Folge ausdrücklich abgelehnt wurde (bereits 6 Ob 579/9 wobl 1993/85, 121; RS0070107; vgl 3 Ob 249/04w; eingehend auch 5 Ob 133/11m mwN).

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 21 Abs 3 MRG wäre es somit an den Parteien gelegen, eine solche in der Rev gewünschte Vereinbarung konkret zu treffen. Aufgrund welcher Überlegungen aus den hier getroffenen Vereinbarungen - die nicht einmal eine Frist zur Legung der Abrechnungen vorsehen - solches ableitbar sein sollte, wird aber von der Rev nicht aufgezeigt. Aus 1 Ob 40/20v ergibt sich - abgesehen von der auch dort betonten Maßgeblichkeit der konkreten Parteienvereinbarung - nur der Beginn der Verjährungsfrist für aus der Abrechnung resultierende Rückforderungsansprüche des Bestandnehmers, sodass für die Ansicht der Bekl auch daraus nichts zu gewinnen ist.

Die Vorinstanzen haben die Frage der Richtigkeit und Vollständigkeit der Betriebskostenabrechnungen als unerheblich erachtet, weil hier nur Pauschalvorschriften eingeklagt würden. Die Rev der Bekl versucht dagegen darzulegen, dass die Abrechnungen nicht nachvollziehbar oder überprüfbar seien, sodass ihnen ein Recht auf Zurückbehaltung der Betriebskostenkonti zustehe.

Die Bekl zeigen auch damit keinen die Zulässigkeit ihres Rechtsmittels begründenden Umstand auf.

Der OGH hat unlängst zu einer vergleichbaren Fallkonstellation mit ähnlicher Vertragsgrundlage (jedoch umgekehrten Parteirollen) festgehalten, dass die Rechnungslegung den Zweck erfüllen muss, dem durchschnittlichen Mieter darzulegen, woraus sich ein Überschuss oder eine Nachforderung ableitet, sodass es ausreicht, wenn aus der Abrechnung hervorgeht, welcher Anteil auf das konkrete Bestandobjekt entfällt. Diese Vorgabe ist jedenfalls im MRG-Teilanwendungsbereich erfüllt, wenn die festgestellten Abrechnungen für die nach der Aufstellung sämtlicher Jahresbetriebskosten in der Abrechnung für das konkrete Bestandobjekt jeweils darlegen, welche Fläche das Objekt aufweist und welche Gesamtfläche der Betriebskostenabrechnung zugrunde liegt. Für die Auffassung, dass der Vermieter seiner Rechnungslegungspflicht nur nachkommt, wenn er auch den richtigen Verteilungsschlüssel auswirft, fehlt dagegen jeglicher Anhaltspunkt. Überprüfbar bleibt die Rechnungslegung auch dann, wenn die Parteien sich über den Anteil uneinig sind. Umgekehrt würde eine Uneinigkeit über den Verteilungsschlüssel dazu führen, dass der Vermieter nicht korrekt Rechnung legen könnte (6 Ob 172/21v Rz 26).



Das ErstG hat hier die Betriebskostenabrechnungen 2016 bis 2020 in seine Konstatierungen aufgenommen, aus denen für jedes Jahr die einzelnen Positionen mit Beträgen, die Gesamtkosten, die Gesamtfläche und die Flächen der Bekl und der sich daraus ergebende Anteil der Gesamtkosten ersichtlich sind, was nach der eingangs dargelegten jüngeren Rsp für eine ordnungsgemäße Zusammenstellung und formelle Vollständigkeit der Abrechnung – in einem vom MRG nicht näher determinierten, sondern der Parteienvereinbarung obliegenden Bereich wie hier – genügt. In sämtlichen hier fraglichen Perioden ergaben sich demnach Betriebskostenguthaben der Bekl, wobei die Kl für die Perioden 2019 und 2020 angefallene Guthaben von den aushaftenden Pauschalvorschreibungssaldi abzog (nicht jedoch – was von den Bekl aber auch nicht releviert wird – jene der Perioden 2017 und 2018).

Die Frage der inhaltlichen Richtigkeit der Abrechnungen kann daher nach dem oben Gesagten hier ebenso auf sich beruhen wie die von den Bekl daraus abgeleitete Frage, ob ihnen ein Zurückbehaltungsrecht an Betriebskostenkonti zustehe (womit auch der darin liegende Widerspruch zu ihrem oben referierten Standpunkt, dass diese ja gar nicht fällig wären – vgl RSO011499 [T 3, T 4] zu den Voraussetzungen eines Zurückbehaltungseinwands – ebenso dahingestellt bleiben kann wie eine Auseinandersetzung mit ihrer Auffassung nach anderslautender Rsp des Bundesgerichtshofs).

Den Bekl oblagen Behauptung und Beweis, dass der Geschäftsrückgang konkrete Folge einer durch behördliche Maßnahmen herbeigeführten objektiven Einschränkung des konkret vertraglich bedungenen Gebrauchs des Bestandobjekts war. In erster Instanz hatten die Bekl zur teilweisen Mietzinsbefreiung jedoch bloß ins Treffen geführt, es sei „die Quantität der Kunden limitiert“ gewesen und es seien „sonstige kundenabschreckende Maßnahmen regierungsseits gesetzt worden“; dies wurde später dahin ergänzt, dass die Passantenfrequenz reduziert gewesen sei und Kunden, die doch einkaufen gewesen seien, die Abstände zu anderen Kunden und Mitarbeitern einhalten sowie FFP2-Maske hätten tragen müssen, was insgesamt als Pandemiefolge zu Umsatzeinbrüchen geführt habe.

Die Rev führt zur teilweisen Gebrauchsbeeinträchtigung außerhalb solcher Zeiten dagegen nur noch ins Treffen, aufgrund von behördlich verfügten Abstandsregelungen („Baby-Elefant“) sei der bedungene Vertragszweck nur eingeschränkt verfolgbar gewesen, weil sich das Personal den Kunden nicht körperlich habe annähern dürfen.

Hier war der vereinbarte Bestandzweck die Verwendung des Geschäftslokals als Bekleidungsgeschäft.

Zu diesem Themenkreis hat sich der OGH bereits eingehend dahin geäußert, dass ein erheblicher Rückgang des Geschäftserfolgs des Bestandnehmers nicht schon per se eine Mietzinsreduktion rechtfertigt, sondern nur dann, wenn er auf einer Verletzung vertraglicher Verpflichtungen des Bestandgebers oder zumindest auf einer nach der Wertung der §§ 1104f ABGB dem Bestandgeber zuzurechnenden Einschränkung der Benützbarkeit des Bestandgegenstands beruht und konkrete Folge einer objektiven Einschränkung des vertraglich bedungenen Gebrauchs des Bestandobjekts ist.

Hingegen sind Umsatzeinbußen des Geschäftsraummieters, die eine unmittelbare Folge der COVID-19-Pandemie sind und die sämtliche Unternehmer wie (auch) den Mieter des Geschäftslokals, insb dessen gesamte Branche, allgemein und insgesamt treffen, dem Unternehmerrisiko zuzuordnen und daher für den zu zahlenden Mietzins nicht relevant; solche Auswirkungen der Pandemie sind keine Gebrauchsbeeinträchtigungen des vom Vermieter ver-

einbarungsgemäß zur Verfügung zu stellenden Objekts (3 Ob 209/21p). Besteht also – wie hier für Zeiten, auf welche die Rev der Bekl – grundsätzlich erkennbar, aber unkonkretisiert und unsubstanziert – Bezug nimmt – kein behördlich angeordnetes Betretungsverbot für ein konkretes Geschäftslokal, sodass es dem Mieter möglich war, seine Waren im Geschäft anzubieten, Kunden in Präsenz zu beraten und Verkäufe abzuwickeln, dann waren für Umsatzrückgänge ausschließlich Umstände und Maßnahmen ursächlich, die unmittelbar nur das Verhalten potenzieller Kunden beeinflussten und sich nicht auf das konkrete Bestandobjekt bezogen. Insb verhinderte der Umstand, auf den die Umsatzrückgänge nach den Behauptungen der Rev zurückzuführen gewesen seien (Abstandsregeln), nicht (ganz oder auch nur teilweise) den Zugang zum Geschäftslokal oder den Kundenverkehr darin. Solche bloß das Kundenverhalten beeinflussende Ursachen des Umsatzrückgangs schränkten somit die Nutzungsmöglichkeit des konkreten Bestandobjekts nicht (unmittelbar) ein (vgl 10 Ob 46/22w Rz 22).

Dass das Geschäftslokal der Bekl den Zeiträumen eines behördlichen Betretungsverbots für Kunden nicht der vereinbarten Benützbarkeit unterlag, ist hier nicht fraglich und nicht weiter revisionsgegenständlich.

Im Übrigen stehen die Entscheidungen der Vorinstanzen mit der dargelegten Rsp im Einklang, wonach außerhalb von Zeiten mit Betretungsverboten solche Umsatzrückgänge dem Unternehmerrisiko zuzuordnen sind und eine Minderung des vereinbarten Mietzinses nicht rechtfertigen.

Die Rev zeigt dagegen keine aufzugreifende Fehlbeurteilung auf; der erkennbar behauptete Mangel des berufsgerichtlichen Verfahrens, sich mit der Beweisrüge der Bekl in ihrer Berufung gegen die erstgerichtliche Feststellung, Abstandsregeln hätten sich wegen der Größe der Verkaufsfläche nicht nachteilig auf den Betrieb ausgewirkt, nicht auseinandergesetzt zu haben, liegt nicht vor. Konkrete Darlegungen der Bekl, warum das nunmehr in der Rev ins Treffen geführte nicht mögliche „Abstecken“ von Bekleidungsstücken zwecks Änderung, das „an die Hand Reichen“ von Kleidungsstücken zur Anprobe oder die (wodurch konkret bewirkte?) Verhinderung der „Kontrolle der Passform von Kleidungsstücken“ den vertragsgemäßen Gebrauch iS der Rsp verhindert hätten, wurden in erster Instanz nicht konkret erstattet. Daraus ist somit auch kein Argument gegen die Behandlung der Beweisrüge durch das Berufungsgericht zu gewinnen (vgl RSO043162 [insb T 2]), die Feststellung beziehe sich unbedenklicherweise darauf, dass keine von Behörden veranlassten Betretungshindernisse vorgelegen seien, die den Zugang zum Geschäftslokal oder den Kundenverkehr grundsätzlich beschränkt hätten (was im Übrigen auch den von den Bekl in ihrer Berufung begehrten Ersatzfeststellungen entsprochen hätte). Den so erstmals in der Berufung behaupteten Umstand, dass das Verkaufspersonal Kunden bei der Anprobe von Kleidungsstücken „nicht verkaufsfördernd unterstützen“ habe können, als sich unmittelbar nur auf Kundenverhalten und -motivation beziehend anzusehen und damit dem Unternehmerrisiko zuzuordnen, ist iS der Rsp vertretbar.

### Anmerkung:

Die gegenständliche Entscheidung enthält etliche interessante materiell- und verfahrensrechtliche Aspekte. Bemerkens- und lobenswert ist, dass die Begründung des Höchstgerichts 19 Seiten umfasst, obwohl die aoRev der Kl und der Bekl als unzulässig zurückgewiesen wurden.

Hinsichtlich des Mietzinsminderungsgrunds iZm COVID-19 differenziert der OGH seit einigen Jahren danach, ob der Geschäftsrückgang unmittelbare Folge der Pandemie ist oder aber aus einem die Allgemeinheit treffenden Umstand herrührt. Als unmittelbare

Pandemiefolge werden dabei behördliche Betretungsverbote und mitunter auch behördliche Zugangsbeschränkungen in Form einer begrenzten Anzahl gleichzeitig präsenter Kunden aufgrund einzuhaltender Mindestabstände angesehen. Die allgemeine Maskentragpflicht und sonstige Maßnahmen, die „bloß“ kundenseitige Unlust nach sich ziehen und zu Umsatzrückgängen führen, seien hingegen Unternehmerrisiko.

Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen des Mietzinsminderungsgrunds - aufgrund der gebotenen Einzelfallbetrachtung ist dieser Punkt idR nicht reversibel - trifft nach allgemeinen Grundsätzen den Mieter.

Die bekl Mieterinnen - sie betrieben ein Bekleidungsgeschäft im Einkaufs- und Freizeitzentrum der KI - versuchten vorliegend für den Zeitraum außerhalb der behördlichen Betretungsverbote eine Mietzinsminderung aufgrund behördlich verordneter Abstandsregeln fruchtbar zu machen, was aber an deren unsubstantiiertem Vorbringen in erster Instanz scheiterte (Rz 41, 48). Hier zeigt sich die Bedeutung des fundierten Sachvortrags in der Praxis: Das Vorbringen muss als ausreichend konkreter Vortrag von Tatsachen ausgestaltet sein, widrigenfalls es als untauglich keinen Erfolg verspricht. Es wäre essenziell gewesen, die Kausalität zwischen Zutrittsbeschränkung und Umsatzeinbußen zu konkretisieren (zB Kundenschlangen vor dem Geschäft mit für Kunden unzumutbarer Wartezeit) und nachzuweisen.

Darüber hinaus hatte das ErstG hinsichtlich der Abstandsregeln (trotz des diesbezüglich ohnehin unsubstantiierten Vorbringens der Bekl) offenbar die Ansicht vertreten, dass sich in concreto die damals geltenden Abstandsregeln wegen der großzügigen Verkaufsflächen ohnehin nicht nachteilig auf die Brauchbarkeit des Mietobjekts ausgewirkt haben.

Ferner war fraglich, wie sich ein Mietzinsminderungsgrund auf die in der Praxis häufig anzutreffende Vereinbarung eines umsatzabhängigen Mietzinses auswirkt. Vorgesehen war ein Umsatzmietzins iHv 4%, der bei Überschreiten eines bestimmten Mindesthauptmietzinses anfällt. Nach der Rsp des OGH setzt ein Umsatzmietzins voraus, dass - bei sonstiger fehlender subjektiver Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung - ein zum bedungenen Gebrauch unbeschränkt taugliches Mietobjekt vorliegt. Die Aufrechterhaltung der subjektiven Äquivalenz kann anknüpfend an 1 Ob 108/97 g (immolex 1997, 301) bei teilweiser Unbrauchbarkeit nur dadurch gewahrt werden, dass der umsatzabhängige Mietzins nach Maßgabe von Ausmaß und Dauer der Unbrauchbarkeit des Mietobjekts nach der relativen Berechnungsmethode reduziert wird.

*Dr. **Martin Stadlmann** ist RA in Wien und Partner der Wirtschaftskanzlei MS Legal Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.*

*Dr. **Maximilian A. Max** ist RAA bei Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.*