

TE OGH 2025/12/16 10b153/25v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.12.2025

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Dr. Wurdinger als Vorsitzenden sowie die Hofrätin und die Hofräte Dr. Steger, Mag. Wessely-Kristöfel, Dr. Parzmayr und Dr. Vollmaier als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Republik Österreich (gemäß § 6 Abs 2 COFAG-NoAG: Bund), vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. R* M*, als Insolvenzverwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der B* gmbh, *, vertreten durch die BEURLE Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Linz, wegen Feststellung einer Insolvenzforderung von 335.754,11 EUR, über die Revisionen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 7. August 2025, GZ 1 R 60/25m-27, mit dem das Urteil des Landesgerichts Linz vom 14. März 2025, GZ 4 Cg 1/24w-20, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Dr. Wurdinger als Vorsitzenden sowie die Hofrätin und die Hofräte Dr. Steger, Mag. Wessely-Kristöfel, Dr. Parzmayr und Dr. Vollmaier als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Republik Österreich (gemäß Paragraph 6, Absatz 2, COFAG-NoAG: Bund), vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. R* M*, als Insolvenzverwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der B* gmbh, *, vertreten durch die BEURLE Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Linz, wegen Feststellung einer Insolvenzforderung von 335.754,11 EUR, über die Revisionen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 7. August 2025, GZ 1 R 60/25m-27, mit dem das Urteil des Landesgerichts Linz vom 14. März 2025, GZ 4 Cg 1/24w-20, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Der Revision der beklagten Partei wird Folge gegeben und das angefochtene Urteil, das hinsichtlich der Abweisung der Feststellung einer Insolvenzforderung im Ausmaß von 21,33 EUR als unangefochten unberührt bleibt, im Übrigen dahin abgeändert, dass es insgesamt lautet:

„Das Begehren, es werde festgestellt, dass der klagenden Partei im Insolvenzverfahren über das Vermögen der B* gmbh, AZ * des Landesgerichts Linz, eine Insolvenzforderung in Höhe von 335.754,11 EUR zusteht, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen deren mit 15.145,62 EUR (darin 2.524,27 EUR USt) bestimmte Kosten des Verfahrens erster Instanz zu ersetzen.“

Die klagende Partei hat der beklagten Partei binnen 14 Tagen deren mit 16.760,74 EUR (darin 1.385,29 EUR USt und 8.449 EUR Barauslagen) bestimmte Kosten des Berufungsverfahrens und deren mit 13.499,08 EUR (darin 998,18 EUR USt und 7.510 EUR Barauslagen) bestimmte Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

[1] Die B* gmbh (in der Folge: „Schuldnerin“) führte einen Gastronomiebetrieb an acht vom Erstgericht näher beschriebenen Standorten, wobei sie die jeweiligen Flächen und Räumlichkeiten von unterschiedlichen Vermietern angemietet hatte. Schwerpunkt ihres Unternehmens war der Betrieb von (Schnell-)Imbissen bzw Burger-Restaurants.

[2] Am 11. 9. 2020 beantragte die Schuldnerin ausgehend von Fixkosten von 195.763,36 EUR (darin 147.851,75 EUR Bestandzinsen inklusive Betriebskosten) die zweite Tranche des Fixkostenzuschusses I (FKZ I – ohne Vortranche) in Höhe von 146.822,52 EUR (75 % des Fixkostenbetrags) für den Zeitraum 16. 3. 2020 bis 15. 5. 2020, der ihr von der COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (in der Folge: „COFAG“) als Rechtsvorgängerin der Klägerin antragsgemäß am 23. 9. 2020 ausgezahlt wurde. Unstrittig stand der Schuldnerin aufgrund ihrer Umsatzausfalls von 80 bis 100 % ein FKZ I von 75 % der angefallenen Fixkosten zu. [2] Am 11. 9. 2020 beantragte die Schuldnerin ausgehend von Fixkosten von 195.763,36 EUR (darin 147.851,75 EUR Bestandzinsen inklusive Betriebskosten) die zweite Tranche des Fixkostenzuschusses römisch eins (FKZ römisch eins – ohne Vortranche) in Höhe von 146.822,52 EUR (75 % des Fixkostenbetrags) für den Zeitraum 16. 3. 2020 bis 15. 5. 2020, der ihr von der COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (in der Folge: „COFAG“) als Rechtsvorgängerin der Klägerin antragsgemäß am 23. 9. 2020 ausgezahlt wurde. Unstrittig stand der Schuldnerin aufgrund ihrer Umsatzausfalls von 80 bis 100 % ein FKZ römisch eins von 75 % der angefallenen Fixkosten zu.

[3] Am 23. 2. 2021 beantragte sie ausgehend von einem voraussichtlichen Verlust von 1.628.710 EUR (als Prognosewert) die erste Tranche des Verlustersatzes in Höhe von 798.067,90 EUR (70 % der voraussichtlich zustehenden gesamten Fördersumme von 1.140.097 EUR) für die Zeiträume 1. 10. 2020 bis 31. 10. 2020 sowie 1. 12. 2020 bis 30. 6. 2021. Am 26. 7. 2021 zahlte die COFAG einen vorläufigen Verlustersatz von 798.067,90 EUR an die Schuldnerin aus. Die Prognose wurde aufgrund der Ist-Daten von zwei bis drei Monaten, anhand der Aufzeichnungen der Vorjahre und einer Vermutung, wie lang die COVID-19 bedingten Schließungen noch dauern könnten, erstellt. Am 20. 9. 2021 beantragte die Schuldnerin die zweite Tranche des Verlustersatzes und übermittelte die Endabrechnung basierend auf Ist-Werten für dieselben Betrachtungszeiträume wie bei der ersten Tranche. Der tatsächliche Verlust belief sich auf 1.361.461,33 EUR. Eine Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes (in Höhe von 30 %) unterblieb, weil die Schuldnerin ihre operative Tätigkeit eingestellt hatte.

[4] Mit Beschluss des Landesgerichts Linz vom 30. 6. 2022 war über das Vermögen der Schuldnerin ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt worden, wobei das Unternehmen zunächst noch fortgeführt wurde. Erst mit Beschluss vom 19. 9. 2022 wurde die Schließung des Unternehmens angeordnet und infolge Zurückziehung des Sanierungsplans durch die Schuldnerin die Bezeichnung des Verfahrens auf Konkursverfahren abgeändert.

[5] Die COFAG meldete im Insolvenzverfahren am 4. 1. 2023 eine Forderung in Höhe von insgesamt 335.754,11 EUR mit folgendem Vorbringen an:

„Der oben angeführte Schuldner schuldet für offene Forderung aus FKZ I, ausgezahlt am 23.09.2020 auf das Konto[...] EUR 108.029,18, Der oben angeführte Schuldner schuldet für offene Forderung aus FKZ römisch eins, ausgezahlt am 23.09.2020 auf das Konto [...] EUR 108.029,18

offene Forderung aus VUE (VUE TR1-Endabrechnung (Tranche 2/3) kleiner Tranche 1/2), ausgezahlt am 26.07.2021 auf das Konto [...] EUR 227.724,93.

An Schuld haften demnach an Kapital EUR 335.754,11 aus

[...]

Zur Forderung FKZ I: Auf Basis ausstehender OGH-Entscheidungen zu Mieten muss die angesetzte Fixkostenposition zur Miete korrigiert werden. (§ 3b Abs 5 ff ABBAG-Gesetz) Zur Forderung FKZ I: Auf Basis ausstehender OGH-Entscheidungen zu Mieten muss die angesetzte Fixkostenposition zur Miete korrigiert werden. (Paragraph 3 b, Absatz 5, ff ABBAG-Gesetz)

Zur Forderung VUE: Der zustehende Zuschussbetrag gemäß qualifizierten Daten unterschreitet den bereits im Zuge der ersten Tranche des FKZ 800.000 ausgezahlten Betrag.

[...]“

[6] Der Insolvenzverwalter bestritt die Forderung bei der Prüfungstagsatzung als nicht nachvollziehbar.

[7] Mit einer (nur) an ihn gerichteten Stellungnahme vom 12. 4. 2023 (./I), die ihm vor Einbringung der Prüfungsklage zugeing, informierte ihn die COFAG über die „Begrifflichkeit“ von Verlustersatz und Fixkostenzuschuss, die Auszahlungsmodalitäten und die Antragstellung durch die Schuldnerin. Eine Rückziehung der Bestreitung erfolgte nicht.

[8] In ihrer Prüfungsklage begehrt die Klägerin die Feststellung einer Insolvenzforderung von 335.754,11 EUR, die sich aus der Rückforderung von jeweils ausbezahltem FKZ I von 108.029,18 EUR und Verlustersatz von 227.724,93 EUR zusammensetzt. [8] In ihrer Prüfungsklage begehrt die Klägerin die Feststellung einer Insolvenzforderung von 335.754,11 EUR, die sich aus der Rückforderung von jeweils ausbezahltem FKZ römisch eins von 108.029,18 EUR und Verlustersatz von 227.724,93 EUR zusammensetzt.

[9] Hinsichtlich des antragsgemäß ausgezahlten FKZ I sei zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin zwar teils eine Minderung der vertraglich vereinbarten Bestandzinsen mit den Vermietern erreichen habe können, die allerdings nicht ansatzweise die Umsatzausfälle während des COVID-19-Betretungsverbots abgebildet hätten. Die tatsächliche Nutzbarkeit während des Betretungsverbots habe die Schuldnerin nicht nachgewiesen, sodass der Umsatzausfall an den jeweiligen Standorten für die Förderungswürdigkeit zu berücksichtigen sei. Bei richtiger Ermittlung hätte die Schuldnerin nur 3.812,86 EUR (anstelle 147.851,75 EUR) an Bestandzinsen zugrundelegen dürfen, woraus sich eine Reduktion der zu berücksichtigenden Bestandzinsen um 144.038,90 EUR (und damit im Hinblick auf einen aufgrund des Umsatzausfalls von 80 bis 100 % mit 75 % der angefallenen Fixkosten zu bemessenden FKZ I) ein Rückforderungsanspruch von 108.029,18 EUR ergebe. [9] Hinsichtlich des antragsgemäß ausgezahlten FKZ römisch eins sei zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin zwar teils eine Minderung der vertraglich vereinbarten Bestandzinsen mit den Vermietern erreichen habe können, die allerdings nicht ansatzweise die Umsatzausfälle während des COVID-19-Betretungsverbots abgebildet hätten. Die tatsächliche Nutzbarkeit während des Betretungsverbots habe die Schuldnerin nicht nachgewiesen, sodass der Umsatzausfall an den jeweiligen Standorten für die Förderungswürdigkeit zu berücksichtigen sei. Bei richtiger Ermittlung hätte die Schuldnerin nur 3.812,86 EUR (anstelle 147.851,75 EUR) an Bestandzinsen zugrundelegen dürfen, woraus sich eine Reduktion der zu berücksichtigenden Bestandzinsen um 144.038,90 EUR (und damit im Hinblick auf einen aufgrund des Umsatzausfalls von 80 bis 100 % mit 75 % der angefallenen Fixkosten zu bemessenden FKZ römisch eins) ein Rückforderungsanspruch von 108.029,18 EUR ergebe.

[10] Zum Verlustersatz brachte die Klägerin vor, dieser belaufe sich aufgrund der Unternehmensgröße der Schuldnerin auf 70 % des Verlustes, wobei aufgrund deren Antrags vom 23. 2. 2021 als erste Tranche vorläufiger Verlustersatz von 798.067,90 EUR (70 % der voraussichtlich zustehenden Förderungssumme von 70 % des prognostizierten Verlustes von 1.628.710 EUR) ausbezahlt worden sei. Der für die zweite Tranche des Verlustersatzes im Antrag vom 20. 9. 2021 ausgewiesene tatsächliche Verlust sei mit 1.361.461,33 EUR geringer ausgefallen, sodass sich (insgesamt) nur ein Verlustersatz in Höhe von 953.022,93 EUR (und somit eine erste Tranche von nur 667.116,05 EUR) ergeben würde. Allerdings habe die Schuldnerin auch hier die Bestandzinsen zu hoch angesetzt, weil sie im Zeitraum des Betretungsverbots vom 1. 12. 2020 bis 18. 5. 2021 nur für drei der acht Standorte Bestandzinsreduktionen vereinbart habe. Sie habe nicht nachgewiesen, dass die Bestandzinsen der tatsächlichen Nutzbarkeit der Bestandsobjekte während der Betretungsverbote entsprochen hätten. Bestandzinsen von 197.496,08 EUR seien daher nicht zu berücksichtigen. Ausgehend vom anlässlich des Antrags auf die zweite Tranche des Verlustersatzes bekanntgegebenen Verlust von 1.361.461,33 EUR ergebe sich unter Berücksichtigung der zu reduzierenden Bestandzinsen ein tatsächlicher Verlust von 1.163.965,25 EUR. Der Verlustersatz ermittle sich insgesamt mit 814.775,68 EUR (70 % des Gesamtverlustes). Die erste Tranche hätte daher nur 570.342,98 EUR (70 % der voraussichtlichen Förderungssumme) betragen dürfen. Die zweite Tranche stehe der Schuldnerin nicht zu, weil die Schuldnerin vor Auszahlung der zweiten Tranche ihre operative Tätigkeit eingestellt habe. Damit habe die Klägerin einen Anspruch auf Rückzahlung eines Teils des ausbezahlten Verlustersatzes der ersten Tranche in Höhe von 227.724,92 EUR als Differenz zwischen dem ausbezahlten Betrag von 798.067,90 EUR und 570.342,98 EUR.

[11] Der Beklagte wendete ein, die Schuldnerin habe – ex ante betrachtet – für die Zeiträume der Betretungsverbote Maßnahmen zur Schadensminderung in Bezug auf Fixkostenzuschuss und Verlustersatz getroffen und für den ersten Lockdown Bestandzinsreduktionen zwischen 50 und 60 % der Bruttobestandzinsen für vier Standorte vereinbaren können. Versuche, mit weiteren Bestandgebern eine Einigung zu erzielen, seien gescheitert. Die Rechtslage zur Bestandzinsminderung während der Betretungsverbote sei damals noch unklar gewesen. Wo eine Einigung mit dem Bestandgeber nicht erzielt habe werden können, seien die Bestandzinsen unter Vorbehalt einer späteren

Rückforderung gezahlt worden. Die von der Klägerin als erreichbar unterstellte Mietzinsminderung auf 98 % sei weltfremd. Im zweiten Lockdown seien die Standorte teilweise für Abholung von Speisen und Lieferdienste nutzbar, ein Standort sei als Imbissstand vom zweiten Lockdown kaum betroffen gewesen. Einzelne – an Bahnhöfen oder in Einkaufszentren – abgeschlossene Bestandverträge mit vereinbarter Betriebspflicht seien Pachtverträge gewesen, für die aufgrund ihrer länger als ein Jahr dauernden Befristung eine Pachtzinsminderung nicht erzielt hätte werden können. Die in den einzelnen Objekten erzielten Umsätze könnten nicht auf das Ausmaß der Nutzbarkeit der Objekte umgelegt werden. Die erste Tranche des Verlustersatzes habe den Zweck, schnelle Liquidität für die Unternehmen zur Verfügung zu stellen, und beziehe sich auf den voraussichtlichen Verlustersatz auf Basis von Prognosewerten, erst die zweite Tranche berechne die endgültige Höhe der Fördersumme. Ein Rückforderungsanspruch aus der ersten Tranche bestehe nicht, allenfalls sei die zweite Tranche um die Differenz zwischen endgültiger Förderungshöhe und schon erhaltener erster Tranche zu reduzieren. Es handle sich um eine einheitliche Förderung. Selbst nach den FAQ komme eine Rückzahlungsverpflichtung der ersten Tranche nicht in Betracht, wenn der Antragsteller bei deren Auszahlung noch operativ tätig gewesen sei. Es entspreche nicht Sinn und Zweck der Fördermaßnahmen, dass die Klägerin mangels Bearbeitungsfrist über Anträge solange nicht entscheide, bis das Unternehmen ein Insolvenzverfahren anmelden müsse, um dann den Antrag mit dem Hinweis auf das Nichtvorliegen einer operativen Tätigkeit ablehnen zu können. Hinsichtlich des Anspruchs aus der zweiten Tranche erklärte der Beklagte die Aufrechnung gegen den eingeklagten Rückzahlungsanspruch aus der ersten Tranche.

[12] Während das Erstgericht mit Beschluss vom 8. 5. 2024 das Verfahren zunächst für nichtig erklärte und die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückwies (was es mit der Unschlüssigkeit der Forderungsanmeldung begründete), gab das Rekursgericht dem von der Klägerin dagegen erhobenen Rekurs Folge, hob diesen Beschluss auf und trug dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund auf. Dabei ging es davon aus, der beklagte Insolvenzverwalter habe im Verfahren über die Prüfungsklage außer Streit gestellt, durch die Stellungnahme an ihn vom 12. 4. 2023 (/I) über die Forderung nachvollziehbar unterrichtet worden zu sein. Die darin enthaltene „Schlüssigstellung der angemeldeten Insolvenzforderung“ sei beachtlich und für die Frage der Zulässigkeit des Prüfungsprozesses zu berücksichtigen.

[13] Der vom Rekursgericht zugelassene ordentliche Revisionsrekurs wurde nicht erhoben, diese Entscheidung ist daher in Rechtskraft erwachsen.

[14] Das Erstgericht stellte nun das Bestehen einer Forderung der Klägerin im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin in Höhe von 204.780,93 EUR fest, während es das Klagebegehren in Bezug auf die Feststellung einer weiteren Insolvenzforderung von 130.973,18 EUR abwies. Rechtlich ging es davon aus, dass die Voraussetzung der Ausübung einer operativen Tätigkeit auch noch im Zeitpunkt der Angebotsannahme durch Auszahlung des beantragten Verlustersatzes der zweiten Tranche vorliegen müsste. Da eine Annahme des Angebots nicht vor Schließung des Unternehmens und Einstellung der operativen Tätigkeit der Schuldnerin erfolgt sei, sei die Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes zu Recht unterblieben, eine wechselseitige Verrechnung sei nicht vorzunehmen. Der behauptete Anspruch auf Verlustersatz aus der zweiten Tranche bestehe somit nicht. Punkt 5.3 lit b des Anhangs der Verlustersatz-VO (in der Folge: RL-VE) stehe zwar einer Rückforderung einer überhöhten ersten Tranche nicht entgegen. Allerdings habe nach Punkt 3.9 der den Förderungsanträgen zugrunde liegenden FAQ-Verlustersatz nicht nur keine Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes zu erfolgen, wenn nach Auszahlung der ersten Tranche ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die operative Tätigkeit auf andere Weise eingestellt worden sei, sondern sei eine Rückzahlungsverpflichtung der ersten Tranche ausgeschlossen, was der von der Klägerin argumentierten „fiktiven Endabrechnung ohne die zweite Tranche“ entgegenstehe. [14] Das Erstgericht stellte nun das Bestehen einer Forderung der Klägerin im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin in Höhe von 204.780,93 EUR fest, während es das Klagebegehren in Bezug auf die Feststellung einer weiteren Insolvenzforderung von 130.973,18 EUR abwies. Rechtlich ging es davon aus, dass die Voraussetzung der Ausübung einer operativen Tätigkeit auch noch im Zeitpunkt der Angebotsannahme durch Auszahlung des beantragten Verlustersatzes der zweiten Tranche vorliegen müsste. Da eine Annahme des Angebots nicht vor Schließung des Unternehmens und Einstellung der operativen Tätigkeit der Schuldnerin erfolgt sei, sei die Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes zu Recht unterblieben, eine wechselseitige Verrechnung sei nicht vorzunehmen. Der behauptete Anspruch auf Verlustersatz aus der zweiten Tranche bestehe somit nicht. Punkt 5.3 Litera b, des Anhangs der Verlustersatz-VO (in der Folge: RL-VE) stehe zwar einer Rückforderung einer überhöhten ersten Tranche nicht

entgegen. Allerdings habe nach Punkt 3.9 der den Förderungsanträgen zugrunde liegenden FAQ-Verlustersatz nicht nur keine Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes zu erfolgen, wenn nach Auszahlung der ersten Tranche ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die operative Tätigkeit auf andere Weise eingestellt worden sei, sondern sei eine Rückzahlungsverpflichtung der ersten Tranche ausgeschlossen, was der von der Klägerin argumentierten „fiktiven Endabrechnung ohne die zweite Tranche“ entgegenstehe.

[15] Nach Punkt 4.1.3 des Anhangs der Fixkostenzuschuss-VO (in der Folge: RL-FKZ) und Punkt 4.2.3 der RL-VE sei jeweils die tatsächliche Nutzbarkeit eines Bestandsobjekts maßgeblich und seien Aufwendungen durch Bestandzinszahlungen bei Ermittlung des Förderungsbetrags nur insoweit zu berücksichtigen, als das jeweilige Objekt in den relevanten Zeiträumen tatsächlich für die vertraglich bedungenen Zwecke nutzbar gewesen sei. Der Antragsteller habe das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit anhand geeigneter Aufzeichnungen nachzuweisen. Mangels Nachweises von den Grundsätzen des Fremdvergleichs entsprechenden Einigungen mit den Bestandgebern nahm das Erstgericht eine Berechnung des Differenzanspruchs anhand näher festgestellter, den jeweiligen Bestandsobjekten zugeordneter Umsatzausfälle vor, woraus sich eine Differenz zwischen den anhand des Umsatzausfalls ermittelten Fixkosten aufgrund der tatsächlichen Nutzbarkeit von insgesamt 144.039,38 EUR ermittle. Allerdings sei aufgrund der Abweichung der Klage von der Forderungsanmeldung aufgrund deren Bindung von niedrigeren Beträgen hinsichtlich mehrerer näher bezeichneter Standorte auszugehen. Die berechtigte Rückforderung des Fixkostenzuschusses belaufe sich daher auf 108.027,55 EUR. Auch den Verlustersatz errechnete das Erstgericht – in gewissem Widerspruch zu der von ihm abgelehnten „fiktiven Endabrechnung“ – ausgehend von einem Gesamtverlustersatz von nur 1.001.887,89 EUR, wobei die erste Tranche 70 % davon und somit 701.314,52 EUR betrage. Hinsichtlich des überhöht ausbezahlten Verlustersatzes sei das Rückforderungsbegehren daher mit 96.753,38 EUR berechtigt.

[16] Das Berufungsgericht gab der gegen den abweisenden Teil (abgesehen von einem Teilbetrag von 21,33 EUR) erhobenen Berufung der Klägerin nicht, derjenigen des Beklagten hingegen teilweise Folge und stellte das Bestehen einer Insolvenzforderung in Höhe von 108.027,55 EUR fest, während es das Mehrbegehren von 227.726,56 EUR abwies. Es teilte die Auffassung des Erstgerichts, die Schuldnerin sei hinsichtlich eines Teils des FKZ I in Höhe von 108.027,55 EUR rückzahlungspflichtig. Allerdings komme die begehrte Rückforderung des Anteils des Verlustersatzes der ersten Tranche in Höhe von 227.726,56 EUR nicht in Betracht. Auch das Berufungsgericht stellte bei der Ermittlung der Höhe des Rückzahlungsanspruchs auf die tatsächliche Nutzbarkeit der Bestandsobjekte während der behördlichen Betretungsverbote ab, teilte aber die Auffassung des Beklagten nicht, eine Berechnung des Umsatzausfalls komme subsidiär nur dort in Frage, wo gar keine Vereinbarung mit dem Bestandgeber vorliege. Den Beklagten treffe die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass trotz eines entsprechenden Umsatzausfalls die tatsächliche Nutzbarkeit höher und demnach die getroffenen Vereinbarungen sachgerecht gewesen wären. Zum Verlustersatz vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, der bei der Schuldnerin tatsächlich eingetretene Verlust übersteige selbst bei Berücksichtigung der von der Klägerin selbst monierten Reduktion der Bestandzinsen einen Betrag, der einen Verlustersatz (in Höhe von 70 % des Gesamtverlustes) in einem die ausbezahlte erste Tranche übersteigenden Betrag rechtfertige. Die Schuldnerin habe zwar aufgrund der Einstellung ihrer operativen Tätigkeit vor Auszahlung der zweiten Tranche keinen Anspruch auf die Differenz zwischen dem so errechneten Verlustersatz in Höhe von 814.803,82 EUR und der ausbezahlten ersten Tranche von 798.067,90 EUR. Die erste Tranche von 798.067,90 EUR habe sie aufgrund des – selbst unter Berücksichtigung der reduzierten Bestandzinse ermittelten – Gesamtverlustes aber zu Recht bezogen. [16] Das Berufungsgericht gab der gegen den abweisenden Teil (abgesehen von einem Teilbetrag von 21,33 EUR) erhobenen Berufung der Klägerin nicht, derjenigen des Beklagten hingegen teilweise Folge und stellte das Bestehen einer Insolvenzforderung in Höhe von 108.027,55 EUR fest, während es das Mehrbegehren von 227.726,56 EUR abwies. Es teilte die Auffassung des Erstgerichts, die Schuldnerin sei hinsichtlich eines Teils des FKZ römisch eins in Höhe von 108.027,55 EUR rückzahlungspflichtig. Allerdings komme die begehrte Rückforderung des Anteils des Verlustersatzes der ersten Tranche in Höhe von 227.726,56 EUR nicht in Betracht. Auch das Berufungsgericht stellte bei der Ermittlung der Höhe des Rückzahlungsanspruchs auf die tatsächliche Nutzbarkeit der Bestandsobjekte während der behördlichen Betretungsverbote ab, teilte aber die Auffassung des Beklagten nicht, eine Berechnung des Umsatzausfalls komme subsidiär nur dort in Frage, wo gar keine Vereinbarung mit dem Bestandgeber vorliege. Den Beklagten treffe die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass trotz eines entsprechenden Umsatzausfalls die tatsächliche Nutzbarkeit höher und demnach die getroffenen Vereinbarungen sachgerecht gewesen wären. Zum Verlustersatz vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, der bei der Schuldnerin tatsächlich

eingetretene Verlust übersteige selbst bei Berücksichtigung der von der Klägerin selbst monierten Reduktion der Bestandzinsen einen Betrag, der einen Verlustersatz (in Höhe von 70 % des Gesamtverlustes) in einem die ausbezahlte erste Tranche übersteigenden Betrag rechtfertige. Die Schuldnerin habe zwar aufgrund der Einstellung ihrer operativen Tätigkeit vor Auszahlung der zweiten Tranche keinen Anspruch auf die Differenz zwischen dem so errechneten Verlustersatz in Höhe von 814.803,82 EUR und der ausbezahlten ersten Tranche von 798.067,90 EUR. Die erste Tranche von 798.067,90 EUR habe sie aufgrund des – selbst unter Berücksichtigung der reduzierten Bestandzinse ermittelten – Gesamtverlustes aber zu Recht bezogen.

[17] Die Revision ließ das Berufungsgericht mit der Begründung zu, Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle zur Frage der Rückforderbarkeit eines Verlustersatzes nach der RL-VE, wenn das Unternehmen zwischen der Auszahlung der ersten und der zweiten Tranche den Betrieb aufgrund der Schließung des Insolvenzgerichts im Insolvenzverfahren einstellen musste, und daran anknüpfend, ob mangels Zulässigkeit der Auszahlung der zweiten Tranche bei der Berechnung der Rückforderung vom tatsächlichen Verlustersatz (70 % des Verlustes) oder aber bloß von 70 % davon (Höhe der ersten Tranche) auszugehen sei. Eine Klarstellung sei auch dahin erforderlich, unter welchen Voraussetzungen bei der Berechnung der Rückforderung eines Fixkostenzuschusses und Verlustersatzes auf den Umsatzausfall während eines behördlichen Betretungsverbots abgestellt werden könne.

[18] Gegen die Abweisung ihres Begehrens auf Feststellung eines Rückforderungsanspruchs aus dem Titel Verlustersatz in Höhe von 227.705,23 EUR wendet sich die Revision der Klägerin mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass dem Klagebegehren insoweit stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[19] Der Beklagte bekämpft den dem Klagebegehren stattgebenden Teil mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass die Klage auch insoweit abgewiesen werde. Auch er stellt hilfsweise einen Aufhebungsantrag.

[20] In ihren Revisionsbeantwortungen beantragen die Parteien, jeweils die Revision der Gegenseite mangels Zulässigkeit zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[21] Beide Revisionen sind aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zur Klarstellung der Rechtslage zulässig. Die Revision der Klägerin ist nicht, diejenige des Beklagten hingegen berechtigt.

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens

[22] 1.1. Die Klägerin macht Rückforderungsansprüche aus der ersten Tranche des der Schuldnerin ausbezahlten Verlustersatzes und des FKZ I geltend. Maßgeblich für die Berechtigung ihrer Rückforderungsansprüche ist die Rechtslage zum Zeitpunkt der Anspruchserhebung (1 Ob 14/25b [Rz 25]; 1 Ob 91/25a [Rz 15]). [22] 1.1. Die Klägerin macht Rückforderungsansprüche aus der ersten Tranche des der Schuldnerin ausbezahlten Verlustersatzes und des FKZ römisch eins geltend. Maßgeblich für die Berechtigung ihrer Rückforderungsansprüche ist die Rechtslage zum Zeitpunkt der Anspruchserhebung (1 Ob 14/25b [Rz 25]; 1 Ob 91/25a [Rz 15]).

[23] 1.2. Nach der als unstrittig zugrunde zu legenden (RS0121557 [T3]; RS0040083 [T1]) Forderungsanmeldung .A meldete die Klägerin ihre Rückforderungsansprüche am 4. 1. 2023 im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin an. Abzustellen ist für die Beurteilung des Rückforderungsanspruchs daher auf diesen Zeitpunkt.

[24] 1.3. Strittig ist, ob auf diesen Rückforderungsanspruch noch § 3b ABBAG-Gesetz idF BGBl I 2021/228 oder – wie das Berufungsgericht meint – das am 19. 7. 2024 in Kraft getretene (vgl § 25 leg cit) COFAG-NoAG anzuwenden ist. [24] 1.3. Strittig ist, ob auf diesen Rückforderungsanspruch noch Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetz in der Fassung BGBl I 2021/228 oder – wie das Berufungsgericht meint – das am 19. 7. 2024 in Kraft getretene vergleiche Paragraph 25, leg cit) COFAG-NoAG anzuwenden ist.

[25] 1.4. Die Klägerin wendet sich gegen die Abweisung ihres Feststellungsbegehrens hinsichtlich eines Betrags von 227.705,23 EUR (lässt also die Abweisung im Ausmaß von 21,33 EUR unbekämpft). Ihre Revision betrifft ausschließlich die Rückforderung des Verlustersatzes, wobei sie aus § 3b ABBAG-Gesetz iVm Punkt 5.3 lit a RL-VE sowie Punkt 3.9 der FAQ Verlustersatz iVm den Punkten 3.1.2 und 3.1.7 der RL-VE ableitet, dass einem antragstellenden Unternehmen, das zwischen der ersten und zweiten Tranche des Verlustersatzes seine operative Tätigkeit einstellt, kein Anspruch auf Auszahlung der zweiten Tranche zukommt und daher auch kein die erste Tranche des Verlustersatzes – berechnet nach dem tatsächlichen Verlust – übersteigender Betrag belassen werden darf. [25] 1.4. Die Klägerin wendet sich gegen die Abweisung ihres Feststellungsbegehrens hinsichtlich eines Betrags von 227.705,23 EUR (lässt also die Abweisung

im Ausmaß von 21,33 EUR unbekämpft). Ihre Revision betrifft ausschließlich die Rückforderung des Verlustersatzes, wobei sie aus Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetz in Verbindung mit Punkt 5.3 Litera a, RL-VE sowie Punkt 3.9 der FAQ Verlustersatz in Verbindung mit den Punkten 3.1.2 und 3.1.7 der RL-VE ableitet, dass einem antragstellenden Unternehmen, das zwischen der ersten und zweiten Tranche des Verlustersatzes seine operative Tätigkeit einstellt, kein Anspruch auf Auszahlung der zweiten Tranche zukommt und daher auch die erste Tranche des Verlustersatzes – berechnet nach dem tatsächlichen Verlust – übersteigender Betrag belassen werden darf.

[26] 1.5. Die Revision des Beklagten bezieht sich nur auf den Rückforderungsanspruch betreffend FKZ I. Er argumentiert damit, die Schuldnerin habe ex ante betrachtet im Zeitpunkt der Beantragung des Fixkostenzuschusses und des Abschlusses der getroffenen Vereinbarungen mit den Bestandgebern weder die Dauer des Betretungsverbots noch den damit verbundenen Umsatzausfall vorhersehen können. Die von der Schuldnerin erreichten Bestandzinsminderungen seien als sachgerecht zu beurteilen. Außerdem führt der Beklagte die Betragsgrenze von 12.500 EUR gemäß § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz ins Treffen, zu der er – als reine Rechtsfrage – kein Vorbringen erstatten habe müssen. [26] 1.5. Die Revision des Beklagten bezieht sich nur auf den Rückforderungsanspruch betreffend FKZ römisch eins. Er argumentiert damit, die Schuldnerin habe ex ante betrachtet im Zeitpunkt der Beantragung des Fixkostenzuschusses und des Abschlusses der getroffenen Vereinbarungen mit den Bestandgebern weder die Dauer des Betretungsverbots noch den damit verbundenen Umsatzausfall vorhersehen können. Die von der Schuldnerin erreichten Bestandzinsminderungen seien als sachgerecht zu beurteilen. Außerdem führt der Beklagte die Betragsgrenze von 12.500 EUR gemäß Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz ins Treffen, zu der er – als reine Rechtsfrage – kein Vorbringen erstatten habe müssen.

2. Zum rechtlichen Rahmen

[27] 2.1. Das Bundesgesetz über die Einrichtung und den Betrieb einer Abbaumanagementgesellschaft des Bundes (ABBAG-Gesetz in der Stammfassung BGBl I 2014/51) wurde nach Ausbruch der Corona-Pandemie mit dem COVID-19-Gesetz (BGBl I 2020/12) zur Ermöglichung finanzieller Hilfen an Unternehmen in mehreren Punkten ergänzt. Als Unternehmensgegenstand der Gesellschaft wurde in § 2 Abs 1 ABBAG-Gesetz mit der Z 3 die Erbringung von Dienstleistungen und das Ergreifen von „finanziellen Maßnahmen zugunsten von Unternehmen gemäß § 3b Abs 1, die zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten dieser Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 und den dadurch verursachten wirtschaftlichen Auswirkungen geboten sind“ genannt. Diese Änderungen traten mit 16. 3. 2020 in Kraft. [27] 2.1. Das Bundesgesetz über die Einrichtung und den Betrieb einer Abbaumanagementgesellschaft des Bundes (ABBAG-Gesetz in der Stammfassung BGBl I 2014/51) wurde nach Ausbruch der Corona-Pandemie mit dem COVID-19-Gesetz (BGBl I 2020/12) zur Ermöglichung finanzieller Hilfen an Unternehmen in mehreren Punkten ergänzt. Als Unternehmensgegenstand der Gesellschaft wurde in Paragraph 2, Absatz eins, ABBAG-Gesetz mit der Ziffer 3, die Erbringung von Dienstleistungen und das Ergreifen von „finanziellen Maßnahmen zugunsten von Unternehmen gemäß Paragraph 3 b, Absatz eins,, die zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten dieser Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 und den dadurch verursachten wirtschaftlichen Auswirkungen geboten sind“ genannt. Diese Änderungen traten mit 16. 3. 2020 in Kraft.

[28] 2.2. Mit BGBl I 2021/228 wurde das ABBAG-Gesetz (erneut) novelliert. § 3b ABBAG-Gesetz erhielt Regelungen und eine Verordnungsermächtigung zur Rückforderung von Leistungen, deren Höhe von Aufwendungen des begünstigten Unternehmens während eines Betretungsverbots abhängt. Soweit maßgeblich lautete § 3b ABBAG-Gesetz dann wie folgt: [28] 2.2. Mit BGBl I 2021/228 wurde das ABBAG-Gesetz (erneut) novelliert. Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetz erhielt Regelungen und eine Verordnungsermächtigung zur Rückforderung von Leistungen, deren Höhe von Aufwendungen des begünstigten Unternehmens während eines Betretungsverbots abhängt. Soweit maßgeblich lautete Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetz dann wie folgt:

„Richtlinien zur Gewährung von finanziellen Maßnahmen

[...]

(3) Der Bundesminister für Finanzen hat im Einvernehmen mit dem Vizekanzler unter Beachtung der geltenden Vorgaben des EU-Beihilfenrechtes per Verordnung Richtlinien zu erlassen, die insbesondere nachstehende Regelungen zu enthalten haben und die auch im Internet zur Abfrage bereit zu halten sind:

[...]

6. Rückforderungen

[...]

(5) Der Bundesminister für Finanzen hat im Einvernehmen mit dem Vizekanzler in den nach Abs. 3 zu erlassenden Richtlinien eine betragliche Grenze für jene Fälle vorzusehen, in denen die Höhe einer bereits ausbezahlten anteiligen finanziellen Maßnahme von Aufwendungen des begünstigten Unternehmens abhängt, die für Zeiträume eines behördlichen Betretungsverbot getätigt wurden und Bestandszinszahlungen beinhaltet haben. Rückforderungen solcher anteiliger finanzieller Maßnahmen haben insoweit zu erfolgen, als sie die betragliche Grenze überschreiten und das Bestandsobjekt infolge des behördlichen Betretungsverbotes tatsächlich nicht nutzbar war. Die betragliche Grenze beträgt EUR 12.500 pro Kalendermonat und begünstigtem Unternehmen und gilt als bewilligt im Sinne des Bundeshaushaltsgesetzes 2013 (BHG 2013), BGBl. I Nr. 139/2002 idF BGBl. I Nr. 153/2020.(5) Der Bundesminister für Finanzen hat im Einvernehmen mit dem Vizekanzler in den nach Absatz 3, zu erlassenden Richtlinien eine betragliche Grenze für jene Fälle vorzusehen, in denen die Höhe einer bereits ausbezahlten anteiligen finanziellen Maßnahme von Aufwendungen des begünstigten Unternehmens abhängt, die für Zeiträume eines behördlichen Betretungsverbotes getätigt wurden und Bestandszinszahlungen beinhaltet haben. Rückforderungen solcher anteiliger finanzieller Maßnahmen haben insoweit zu erfolgen, als sie die betragliche Grenze überschreiten und das Bestandsobjekt infolge des behördlichen Betretungsverbotes tatsächlich nicht nutzbar war. Die betragliche Grenze beträgt EUR 12.500 pro Kalendermonat und begünstigtem Unternehmen und gilt als bewilligt im Sinne des Bundeshaushaltsgesetzes 2013 (BHG 2013), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 139 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 153 aus 2020,.

(6) Rückforderungen von anteiligen finanziellen Maßnahmen nach Abs. 5 bis zur Höhe der betraglichen Grenze haben nur insoweit zu erfolgen, als das begünstigte Unternehmen bezahlte Bestandszinsen nachträglich ganz oder teilweise vom Bestandgeber oder von dritter Seite zurückbekommt.(6) Rückforderungen von anteiligen finanziellen Maßnahmen nach Absatz 5 bis zur Höhe der betraglichen Grenze haben nur insoweit zu erfolgen, als das begünstigte Unternehmen bezahlte Bestandszinsen nachträglich ganz oder teilweise vom Bestandgeber oder von dritter Seite zurückbekommt.

(7) Für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen und für die Höhe einer allfälligen Rückforderung nach Abs. 5 ist die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjektes in jenen Zeiträumen, in welchen das begünstigte Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, maßgeblich. Diese tatsächliche Nutzbarkeit kann auch auf der Grundlage des dem Bestandsobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalles berechnet werden.(7) Für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen und für die Höhe einer allfälligen Rückforderung nach Absatz 5, ist die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjektes in jenen Zeiträumen, in welchen das begünstigte Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, maßgeblich. Diese tatsächliche Nutzbarkeit kann auch auf der Grundlage des dem Bestandsobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalles berechnet werden.

(8) Die vorstehenden Abs. 5 bis 7 treten mit Ablauf des 31. Dezember 2021 in Kraft. Sofern diese Absätze die Behandlung von Rückforderungen betreffen, sind sie auf jene finanziellen Maßnahmen gemäß § 2 Abs. 2 Z 7 anzuwenden, die bis zum 31. Dezember 2021 beantragt werden.“(8) Die vorstehenden Absatz 5 bis 7 treten mit Ablauf des 31. Dezember 2021 in Kraft. Sofern diese Absätze die Behandlung von Rückforderungen betreffen, sind sie auf jene finanziellen Maßnahmen gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 7, anzuwenden, die bis zum 31. Dezember 2021 beantragt werden.“

[29] 2.3. Mit dem COFAG Sammelgesetz, BGBl I 2024/86, wurde das COFAG-Neuordnungs- und Abwicklungsgesetz (COFAG-NoAG) erlassen, das am 19. 7. 2024 in Kraft getreten ist. Mit dem COFAG Sammelgesetz wurde auch das ABBAG-Gesetz geändert und § 3b ABBAG-Gesetz mit 1. 8. 2024 aufgehoben. § 3 COFAG-NoAG lautet: [29] 2.3. Mit dem COFAG Sammelgesetz, BGBl I 2024/86, wurde das COFAG-Neuordnungs- und Abwicklungsgesetz (COFAG-NoAG) erlassen, das am 19. 7. 2024 in Kraft getreten ist. Mit dem COFAG Sammelgesetz wurde auch das ABBAG-Gesetz geändert und Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetz mit 1. 8. 2024 aufgehoben. Paragraph 3, COFAG-NoAG lautet:

„(1) Die in § 2 Abs. 9 angeführten Verordnungen sind auf Förderanträge, die bis zum Ende der für diese vorgesehenen Fristen eingebracht wurden, weiter anzuwenden.“(1) Die in Paragraph 2, Absatz 9, angeführten Verordnungen sind auf Förderanträge, die bis zum Ende der für diese vorgesehenen Fristen eingebracht wurden, weiter anzuwenden.

(2) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, Verordnungen zur Durchführung dieses Bundesgesetzes zu erlassen sowie die in § 2 Abs. 9 angeführten Verordnungen abzuändern, soweit dies zur Gewährleistung eines gesetzeskonformen und gleichförmigen Vollzuges der nach diesem Bundesgesetz obliegenden Aufgaben geboten erscheint.

(2) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, Verordnungen zur Durchführung dieses Bundesgesetzes zu erlassen sowie die in Paragraph 2, Absatz 9, angeführten Verordnungen abzuändern, soweit dies zur Gewährleistung eines gesetzeskonformen und gleichförmigen Vollzuges der nach diesem Bundesgesetz obliegenden Aufgaben geboten erscheint.

(3) Mit Verordnung nach Abs. 2 kann insbesondere vorgesehen werden, dass bis zu einem Betrag von 1 000 Euro aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit von der Einbringung eines auf den Bund übergegangenen Rückforderungsanspruchs der COFAG oder von der Einbringung eines Rückerstattungsanspruchs abgesehen werden kann.“

(3) Mit Verordnung nach Absatz 2, kann insbesondere vorgesehen werden, dass bis zu einem Betrag von 1 000 Euro aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit von der Einbringung eines auf den Bund übergegangenen Rückforderungsanspruchs der COFAG oder von der Einbringung eines Rückerstattungsanspruchs abgesehen werden kann.“

[30] Die Regelungen des § 3b Abs 5 bis 7 ABBAG-Gesetz idF BGBl I 2021/228 wurden im Wesentlichen inhaltsgleich in § 3 Abs 4 bis 6 COFAG-NoAG übernommen. Hinzugefügt wurde ein neuer Abs 7 mit folgendem Inhalt: [30] Die Regelungen des Paragraph 3 b, Absatz 5 bis 7 ABBAG-Gesetz in der Fassung BGBl I 2021/228 wurden im Wesentlichen inhaltsgleich in Paragraph 3, Absatz 4 bis 6 COFAG-NoAG übernommen. Hinzugefügt wurde ein neuer Absatz 7, mit folgendem Inhalt:

„(7) Eine tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjektes im Sinne des Abs. 6 ist jedenfalls nicht gegeben, soweit einem Antragsteller oder Vertragspartner gegenüber dem Bestandgeber nach den Bestimmungen der §§ 1104 und 1105 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) ein Anspruch auf Bestandzinsminderung zugestanden ist oder im Falle einer davon abweichenden Vereinbarung zugestanden wäre. Eine abweichende Vereinbarung ist bei der Festsetzung der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen sowie eines allfälligen Rückforderungs- oder Rückerstattungsanspruchs nur zu berücksichtigen, wenn der Antragsteller oder Vertragspartner der zuständigen Behörde (§§ 8, 17) nachweist, dass diese Vereinbarung sachgerecht und nicht zur Erlangung einer Förderung abgeschlossen wurde. Ebenso hat der Antragsteller oder Vertragspartner nachzuweisen, ob und in welcher Höhe ihm ein Anspruch auf Bestandzinsminderung zugestanden ist.“

„(7) Eine tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjektes im Sinne des Absatz 6, ist jedenfalls nicht gegeben, soweit einem Antragsteller oder Vertragspartner gegenüber dem Bestandgeber nach den Bestimmungen der Paragraphen 1104 und 1105 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) ein Anspruch auf Bestandzinsminderung zugestanden ist oder im Falle einer davon abweichenden Vereinbarung zugestanden wäre. Eine abweichende Vereinbarung ist bei der Festsetzung der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen sowie eines allfälligen Rückforderungs- oder Rückerstattungsanspruchs nur zu berücksichtigen, wenn der Antragsteller oder Vertragspartner der zuständigen Behörde (Paragraphen 8, 17,) nachweist, dass diese Vereinbarung sachgerecht und nicht zur Erlangung einer Förderung abgeschlossen wurde. Ebenso hat der Antragsteller oder Vertragspartner nachzuweisen, ob und in welcher Höhe ihm ein Anspruch auf Bestandzinsminderung zugestanden ist.“

[31] Eine Verordnung im Sinn des § 3 Abs 2 COFAG-NoAG wurde bisher nicht erlassen (vgl1 Ob 91/25a [Rz 19]). [31] Eine Verordnung im Sinn des Paragraph 3, Absatz 2, COFAG-NoAG wurde bisher nicht erlassen vergleiche 1 Ob 91/25a [Rz 19]).

[32] 2.4. § 3b Abs 8 ABBAG-Gesetz idF BGBl I 2021/228 ordnet eine Rückwirkung der Abs 5 bis 7 insofern an, als diese – trotz ihres Inkrafttretens (erst) mit 1. 1. 2022 – auf Rückforderungen finanzieller Maßnahmen, die bis zum 31. 12. 2021 beantragt wurden, anzuwenden sind. Die Bestimmung ist im Hinblick auf die Anträge der Schuldnerin auf Verlustersatz vom 23. 2. 2021 (erste Tranche) sowie vom 20. 9. 2021 (zweite Tranche) und den Antrag auf FKZ I vom 11. 9. 2020 auf den Rückforderungsanspruch in Bezug auf diese Fördermaßnahmen anzuwenden. Davon gehen auch die Parteien aus. [32] 2.4. Paragraph 3 b, Absatz 8, ABBAG-Gesetz in der Fassung BGBl I 2021/228 ordnet eine Rückwirkung der Absatz 5 bis 7 insofern an, als diese – trotz ihres Inkrafttretens (erst) mit 1. 1. 2022 – auf Rückforderungen finanzieller Maßnahmen, die bis zum 31. 12. 2021 beantragt wurden, anzuwenden sind. Die

Bestimmung ist im Hinblick auf die Anträge der Schuldnerin auf Verlustersatz vom 23. 2. 2021 (erste Tranche) sowie vom 20. 9. 2021 (zweite Tranche) und den Antrag auf FKZ römisch eins vom 11. 9. 2020 auf den Rückforderungsanspruch in Bezug auf diese Fördermaßnahmen anzuwenden. Davon gehen auch die Parteien aus.

[33] 2.5. Nach § 13 COFAG-NoAG entsteht ab 1. 8. 2024 ein öffentlich-rechtlicher Rückerstattungsanspruch, soweit ein Vertragspartner zu Unrecht finanzielle Leistungen erhalten hat. Nach § 18 Abs 1 COFAG-NoAG entsteht dieser öffentlich-rechtliche Rückerstattungsanspruch aber nicht, soweit bereits vor August 2024 eine Rückerstattung bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht wurde. Dies ist hier der Fall. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist das COFAG-NoAG aber auch in Bezug auf die Frage der Berechtigung des Rückforderungsanspruchs deshalb nicht anzuwenden, weil es zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs durch die Klägerin mittels Forderungsanmeldung vom 4. 1. 2023 weder in Kraft getreten war, noch eine Rückwirkung der in § 3 Abs 4 bis 7 COFAG-NoAG enthaltenen Rückforderungsbestimmungen enthält (1 Ob 14/25b [Rz 28]). Maßgeblich bleibt für die Berechtigung des zivilrechtlichen Rückforderungsanspruchs der Klägerin daher § 3b ABBAG-Gesetz. [33] 2.5. Nach Paragraph 13, COFAG-NoAG entsteht ab 1. 8. 2024 ein öffentlich-rechtlicher Rückerstattungsanspruch, soweit ein Vertragspartner zu Unrecht finanzielle Leistungen erhalten hat. Nach Paragraph 18, Absatz eins, COFAG-NoAG entsteht dieser öffentlich-rechtliche Rückerstattungsanspruch aber nicht, soweit bereits vor August 2024 eine Rückerstattung bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht wurde. Dies ist hier der Fall. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist das COFAG-NoAG aber auch in Bezug auf die Frage der Berechtigung des Rückforderungsanspruchs deshalb nicht anzuwenden, weil es zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs durch die Klägerin mittels Forderungsanmeldung vom 4. 1. 2023 weder in Kraft getreten war, noch eine Rückwirkung der in Paragraph 3, Absatz 4 bis 7 COFAG-NoAG enthaltenen Rückforderungsbestimmungen enthält (1 Ob 14/25b [Rz 28]). Maßgeblich bleibt für die Berechtigung des zivilrechtlichen Rückforderungsanspruchs der Klägerin daher Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetz.

[34] 2.6. Auf der Grundlage des § 3b Abs 3 ABBAG-Gesetz wurden die Verlusteresatz-VO (Stammfassung BGBl II 2020/568 Inkrafttreten 17. 12. 2020) samt Anhang (RL-VE) und die Fixkostenzuschuss-VO (Stammfassung BGBl II 2020/225, Inkrafttreten 26. 5. 2020) samt Anhang (RL-FKZ) erlassen. Sie wurden am 15. 3. 2022 mit BGBl II 2022/111 bzw BGBl II 2022/113 novelliert, wobei beide Novellen am 16. 3. 2022 in Kraft getreten sind und sich auch auf Auszahlungen erstrecken, die vor diesem Zeitpunkt beantragt wurden (vgl Punkt 8.4 RL-VE bzw Punkt 8.4 RL-FKZ). [34] 2.6. Auf der Grundlage des Paragraph 3 b, Absatz 3, ABBAG-Gesetz wurden die Verlusteresatz-VO (Stammfassung BGBl II 2020/568 Inkrafttreten 17. 12. 2020) samt Anhang (RL-VE) und die Fixkostenzuschuss-VO (Stammfassung BGBl II 2020/225, Inkrafttreten 26. 5. 2020) samt Anhang (RL-FKZ) erlassen. Sie wurden am 15. 3. 2022 mit BGBl II 2022/111 bzw BGBl II 2022/113 novelliert, wobei beide Novellen am 16. 3. 2022 in Kraft getreten sind und sich auch auf Auszahlungen erstrecken, die vor diesem Zeitpunkt beantragt wurden vergleiche Punkt 8.4 RL-VE bzw Punkt 8.4 RL-FKZ).

[35] 2.7. Die RL-VE idF BGBl II 2022/113 lautet, soweit hier wesentlich, auszugsweise: [35] 2.7. Die RL-VE in der Fassung BGBl II 2022/113 lautet, soweit hier wesentlich, auszugsweise:

„RICHTLINIEN

[...]

3 Begünstigte Unternehmen

3.1 Ein Verlustersatz darf nur zu Gunsten von Unternehmen gewährt werden, bei denen sämtliche nachstehende Voraussetzungen erfüllt sind:

3.1.1 Das Unternehmen hat seinen Sitz oder seine Betriebsstätte in Österreich.

3.1.2 das Unternehmen übt eine operative Tätigkeit aus, die in Österreich zu einer Besteuerung der Einkünfte gemäß §§ 21, 22 oder 23 des Einkommenssteuergesetzes 1988 (EStG 1988), BGBl Nr. 400/1988 führt. 3.1.2 das Unternehmen übt eine operative Tätigkeit aus, die in Österreich zu einer Besteuerung der Einkünfte gemäß Paragraphen 21, 22, oder 23 des Einkommenssteuergesetzes 1988 (EStG 1988), Bundesgesetzblatt Nr. 400 aus 1988, führt.

[...]

3.1.7. Zum Zeitpunkt der Antragstellung darf kein Insolvenzverfahren anhängig sein.[...]

[...]

3.1.10 das Unternehmen hat im Rahmen einer Gesamtstrategie schadensmindernde Maßnahmen gesetzt, um die durch den Verlustersatz zu deckenden Verluste zu reduzieren (Schadensminderungspflicht mittels ex ante Betrachtung).

[...]

4 Ermittlung und Höhe des Verlustersatzes

4.1 Der Verlustersatz wird ab einem Umsatzausfall von mindestens 30% und unter der Voraussetzung, dass der gesamte Verlustersatz mindestens EUR 500 beträgt, gewährt.

4.2 Ausgangspunkt für die Ermittlung des Verlustersatzes ist der Verlust, den der Antragsteller in den antragsgegenständlichen Betrachtungszeiträumen aufgrund seiner operativen Tätigkeit im Inland erleidet.

[...]

4.2.3 Aufwendungen, die für Zeiträume, in denen das antragstellende Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, getätigt wurden und Bestandszinszahlungen beinhalten, sind bei der Ermittlung des Verlustersatzes nur insoweit zu berücksichtigen, als das jeweilige Bestandsobjekt in den relevanten Zeiträumen tatsächlich für die vertraglich bedungenen betrieblichen Zwecke nutzbar war. Das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit ist anhand geeigneter Aufzeichnungen vom antragstellenden Unternehmen nachzuweisen. Als Nachweis können zwischen Bestandsgeber und Bestandsnehmer rechtswirksam abgeschlossene Vereinbarungen herangezogen werden, die den Grundsätzen des Fremdvergleichs entsprechen und eine endgültige Einigung auf eine aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit sachgerechte (ex ante Betrachtung) Bestandszinsminderung beinhalten. Liegt keine diese Voraussetzungen erfüllende Vereinbarung vor, kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch vereinfachend anhand des dem Bestandsobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls ermittelt werden; dabei ist der für die Beantragung des Verlustersatzes nach Punkt 4.4 ermittelte Prozentsatz des Umsatzausfalls als Ausgangspunkt der Berechnung heranzuziehen. Insoweit der Umsatzausfall dem Bestandsobjekt zuzurechnen ist, entspricht der sich daraus ergebende Prozentsatz dem prozentuellen Anteil der im Bestandsvertrag vereinbarten Bestandszinsen, der aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandsobjektes nicht als Aufwendungen geltend gemacht werden kann. Sind nur Teile eines Bestandsobjektes von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen, so können die von einem behördlichen Betretungsverbot nicht betroffenen Flächen bei der Berechnung der tatsächlichen Nutzbarkeit außer Ansatz bleiben, wenn diesen Flächen aufgrund eines gesonderten Ausweises im Bestandsvertrag ein konkreter Teil des Bestandszinses zugeordnet werden kann.

[...]

4.3 Die Höhe des Verlustersatzes entspricht 70% der gemäß Punkt 4.2 ermittelten Bemessungsgrundlage.

[...]

5 Antragstellung und Antragsprüfung

[...]

5.3 Die Auszahlung des Verlustersatzes erfolgt in zwei Tranchen

[...]

(a) Die erste Tranche umfasst 70% des voraussichtlichen Verlustersatzes.

[...]

(b) Die Auszahlung der zweiten Tranche kann ab[...] beantragt werden. Mit ihr kommt der gesamte noch nicht ausbezahlte Verlustersatz zur Auszahlung. Im Zuge der Antragstellung für die zweite Tranche sind nötigenfalls auch inhaltliche Korrekturen zum Erstantrag (tatsächliche Kosten und Umsatzausfälle) vorzunehmen. [...] Eine bereits ausgezahlte erste Tranche ist bei Auszahlung der zweiten Tranche gegenzurechnen.

(c) Eine Endabrechnung hat bis 31. März 2022 zu erfolgen und ist im Zuge der Beantragung der zweiten Tranche vorzunehmen.

[...]

5.5 Für die Beantragung der ersten Tranche sind[...] die Höhe des Verlustes gemäß Punkt 4.2 sowie des Umsatzausfalles gemäß Punkt 4.4.5 bestmöglich zu schätzen (Prognoserechnung).

[...]

8 Prüfung und Rückzahlung des Verlustersatzes

[...]

8.2 Im Zuge der nachträglichen Überprüfung wird insbesondere ermittelt, ob die im Antrag angeführten Angaben zum Umsatzausfall [...] den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen.

8.3 Eine verpflichtende Rückforderung gewährter Zuschüsse durch die COFAG hat vorbehaltlich des Punkts 8.4 nur unter der Voraussetzung zu erfolgen, dass es bei der nachträglichen Überprüfung zu einer der folgenden Feststellungen kommt:

(a) eine Ermittlung des nachträglich überprüften Verlustersatzes nach den Vorgaben dieser Richtlinien ergibt einen Betrag, der um mehr als 3% den Betrag des gewährten beziehungsweise ausbezahlten Verlustersatzes unterschreitet;

[...]

8.5 Wurde von der COFAG ein (anteiliger) Verlustersatz für Aufwendungen für Bestandszinszahlungen im Sinne des Punkts 4.2.3 gewährt und unterschreitet der gemäß Punkt 4.2.3 zu berücksichtigende Betrag den von der COFAG für diese Aufwendungen im Rahmen der Berechnung des Verlustersatzes herangezogenen Betrag, hat eine anteilige Rückforderung des Verlustersatzes durch die COFAG, in dem Ausmaß, in dem für den Differenzbetrag ein Verlustersatz gewährt wurde, zu erfolgen. Wurde der Verlustersatz bis zum 31. Dezember 2021 beantragt und überschreitet der von der COFAG für diese Aufwendungen gewährte (anteilige) Verlustersatz die betragliche Grenze (Relevanzgrenze) des § 3b Abs. 5 ABBAG-Gesetz, BGBl. I Nr. 51/2014, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 228/2021, nicht, hat eine Rückforderung nur zu erfolgen, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Minderung beim Unternehmen hinsichtlich dieser Aufwendungen kommt. Nach Punkt 6.2.7 hat der Antragsteller eine entsprechende tatsächliche Aufwandsminderung der COFAG unverzüglich schriftlich bekannt zu geben. 8.5 Wurde von der COFAG ein (anteiliger) Verlustersatz für Aufwendungen für Bestandszinszahlungen im Sinne des Punkts 4.2.3 gewährt und unterschreitet der gemäß Punkt 4.2.3 zu berücksichtigende Betrag den von der COFAG für diese Aufwendungen im Rahmen der Berechnung des Verlustersatzes herangezogenen Betrag, hat eine anteilige Rückforderung des Verlustersatzes durch die COFAG, in dem Ausmaß, in dem für den Differenzbetrag ein Verlustersatz gewährt wurde, zu erfolgen. Wurde der Verlustersatz bis zum 31. Dezember 2021 beantragt und überschreitet der von der COFAG für diese Aufwendungen gewährte (anteilige) Verlustersatz die betragliche Grenze (Relevanzgrenze) des Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 2014,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 228 aus 2021,, nicht, hat eine Rückforderung nur zu erfolgen, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Minderung beim Unternehmen hinsichtlich dieser Aufwendungen kommt. Nach Punkt 6.2.7 hat der Antragsteller eine entsprechende tatsächliche Aufwandsminderung der COFAG unverzüglich schriftlich bekannt zu geben.

[...]“

[36] In der bei Antragstellung geltenden Stammfassung der Verordnung war in deren Punkt 5.3 lit c noch eine Endabrechnung bis zum 31. 12. 2021 vorgesehen. [36] In der bei Antragstellung geltenden Stammfassung der Verordnung war in deren Punkt 5.3 Litera c, noch eine Endabrechnung bis zum 31. 12. 2021 vorgesehen.

[37] Die „Fragen und Antworten zum Verlustersatz“ (FAQ VE) in der Fassung vom 30. 6. 2021 lauten auszugsweise:

„3.9 Kann Unternehmen, die sich in Abwicklung bzw. Liquidation befinden oder über die ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, ein Verlustersatz gewährt werden? [FN14: FAQ wurde mit 13. 6. 2021 eingefügt]

Ab dem Zeitpunkt, in dem sich ein Unternehmen zivilrechtlich in Abwicklung bzw. Liquidation befindet (sowohl Liquidationen im Rahmen von Konkursverfahren, als auch außergerichtliche Liquidationen), übt es keine operative Tätigkeit iSd Richtlinien mehr aus und ist daher von der Gewährung eines Verlustersatzes ausgeschlossen. Der Antragsteller muss als begünstigtes Unternehmen die Voraussetzungen gemäß Punkt 3 der Richtlinien erfüllen. Dazu zählt auch, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung kein Insolvenzverfahren anhängig sein darf (ausgenommen sind Sanierungsverfahren gemäß §§ 166 ff des Bundesgesetzes über das Insolvenzverfahren [Insolvenzordnung – IO]). Da der Verlustersatz zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten des

begünstigten Unternehmens dient, muss das begünstigte Unternehmen eine operative Tätigkeit in Österreich nicht nur bei Antragstellung, sondern auch bei Auszahlung der ersten und der zweiten Tranche ausüben. Würde daher nach Auszahlung der ersten Tranche ein Insolvenzverfahren über den Antragsteller eröffnet (ausgenommen Sanierungsverfahren gemäß §§ 166 ff IO) oder die operative Tätigkeit des Antragstellers auf andere Weise eingestellt werden, hat keine Auszahlung der zweiten Tranche mehr zu erfolgen. War der Antragsteller bei Auszahlung der ersten Tranche noch operativ tätig, besteht aber keine Rückzahlungsverpflichtung der ersten Tranche.“Ab dem Zeitpunkt, in dem sich ein Unternehmen zivilrechtlich in Abwicklung bzw. Liquidation befindet (sowohl Liquidationen im Rahmen von Konkursverfahren, als auch außergerichtliche Liquidationen), übt es keine operative Tätigkeit iSd Richtlinien mehr aus und ist daher von der Gewährung eines Verlustersatzes ausgeschlossen. Der Antragsteller muss als begünstigtes Unternehmen die Voraussetzungen gemäß Punkt 3 der Richtlinien erfüllen. Dazu zählt auch, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung kein Insolvenzverfahren anhängig sein darf (ausgenommen sind Sanierungsverfahren gemäß Paragraphen 166, ff des Bundesgesetzes über das Insolvenzverfahren [Insolvenzordnung – IO]). Da der Verlustersatz zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten des begünstigten Unternehmens dient, muss das begünstigte Unternehmen eine operative Tätigkeit in Österreich nicht nur bei Antragstellung, sondern auch bei Auszahlung der ersten und der zweiten Tranche ausüben. Würde daher nach Auszahlung der ersten Tranche ein Insolvenzverfahren über den Antragsteller eröffnet (ausgenommen Sanierungsverfahren gemäß Paragraphen 166, ff IO) oder die operative Tätigkeit des Antragstellers auf andere Weise eingestellt werden, hat keine Auszahlung der zweiten Tranche mehr zu erfolgen. War der Antragsteller bei Auszahlung der ersten Tranche noch operativ tätig, besteht aber keine Rückzahlungsverpflichtung der ersten Tranche.“

[38] 2.8. Die RL-FKZ idF BGBl II 2022/111 lautet auszugsweise: [38] 2.8. Die RL-FKZ in der Fassung BGBl II 2022/111 lautet auszugsweise:

„RICHTLINIEN

[...]

3 Begünstigte Unternehmen

3.1 Fixkostenzuschüsse nach diesen Richtlinien dürfen nur zugunsten von Unternehmen gewährt werden, bei denen nachstehende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

[...]

3.1.7 Das Unternehmen hat zumutbare Maßnahmen gesetzt, um die durch den Fixkostenzuschuss zu deckenden Fixkosten zu reduzieren (Schadensminderungspflicht mittels ex ante Betrachtung)

[...]

4 Fixkostenzuschuss

4.1 Definition Fixkosten

4.1.1 Fixkosten im Sinne dieser Richtlinien sind ausschließlich Aufwendungen aus einer operativen inländischen Geschäftstätigkeit des Unternehmens, die im Zeitraum von 16. März 2020 bis 15. September 2020 entstehen und unter einen oder mehrere der folgenden Punkte fallen:

(a) Geschäftsraummieten und Pacht, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Unternehmens stehen;

[...]

4.1.3 Werden Fixkosten nach Punkt 4.1.1 lit a für Zeiträume geltend gemacht, in denen das antragstellende Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, sind diese Fixkosten bei der Berechnung des Fixkostenzuschusses nur insoweit zu berücksichtigen, als das jeweilige Bestandsobjekt in den relevanten Zeiträumen tatsächlich für die vertraglich bedungenen betrieblichen Zwecke nutzbar war. Das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit ist anhand geeigneter Aufzeichnungen vom antragstellenden Unternehmen nachzuweisen. Als Nachweis können zwischen Bestandsgeber und Bestandsnehmer rechtswirksam abgeschlossene Vereinbarungen herangezogen werden, die den Grundsätzen des Fremdvergleichs entsprechen und eine endgültige Einigung auf eine aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit sachgerechte (ex ante Betrachtung) Bestandszinsminderung beinhalten. Liegt keine diese Voraussetzungen erfüllende Vereinbarung vor, kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch

vereinfachend anhand des dem Bestandsobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls ermittelt werden; dabei ist der für die Beantragung des Fixkostenzuschusses nach Punkt 4.2 ermittelte Prozentsatz des Umsatzausfalls als Ausgangspunkt der Berechnung heranzuziehen. Insoweit der Umsatzausfall dem Bestandsobjekt zuzurechnen ist, entspricht der sich daraus ergebende Prozentsatz dem prozentuellen Anteil der im Bestandsvertrag vereinbarten Bestandszinsen, der aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandsobjektes nicht als Fixkosten geltend gemacht werden kann. Sind nur Teile eines Bestandsobjektes von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen, so können die von einem behördlichen Betretungsverbot nicht betroffenen Flächen bei der Berechnung der tatsächlichen Nutzbarkeit außer Ansatz bleiben, wenn diesen Flächen aufgrund eines gesonderten Ausweises im Bestandsvertrag ein konkreter Teil des Bestandszinses zugeordnet werden kann. 4.1.3 Werden Fixkosten nach Punkt 4.1.1 Litera a, für Zeiträume geltend gemacht, in denen das antragstellende Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, sind diese Fixkosten bei der Berechnung des Fixkostenzuschusses nur insoweit zu berücksichtigen, als das jeweilige Bestandsobjekt in den relevanten Zeiträumen tatsächlich für die vertraglich bedungenen betrieblichen Zwecke nutzbar war. Das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit ist anhand geeigneter Aufzeichnungen vom antragstellenden Unternehmen nachzuweisen. Als Nachweis können zwischen Bestandsgeber und Bestandsnehmer rechtswirksam abgeschlossene Vereinbarungen herangezogen werden, die den Grundsätzen des Fremdvergleichs entsprechen und eine endgültige Einigung auf eine aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit sachgerechte (ex ante Betrachtung) Bestandszinsminderung beinhalten. Liegt keine dieser Voraussetzungen erfüllende Vereinbarung vor, kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch vereinfachend anhand des dem Bestandsobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls ermittelt werden; dabei ist der für die Beantragung des Fixkostenzuschusses nach Punkt 4.2 ermittelte Prozentsatz des Umsatzausfalls als Ausgangspunkt der Berechnung heranzuziehen. Insoweit der Umsatzausfall dem Bestandsobjekt zuzurechnen ist, entspricht der sich daraus ergebende Prozentsatz dem prozentuellen Anteil der im Bestandsvertrag vereinbarten Bestandszinsen, der aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandsobjektes nicht als Fixkosten geltend gemacht werden kann. Sind nur Teile eines Bestandsobjektes von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen, so können die von einem behördlichen Betretungsverbot nicht betroffenen Flächen bei der Berechnung der tatsächlichen Nutzbarkeit außer Ansatz bleiben, wenn diesen Flächen aufgrund eines gesonderten Ausweises im Bestandsvertrag ein konkreter Teil des Bestandszinses zugeordnet werden kann.

[...]

8 Prüfung der Fixkostenzuschüsse, Rückzahlung von Fixkostenzuschüssen

[...]

8.4 Wurde von der COFAG ein (anteiliger) Fixkostenzuschuss für Fixkosten nach Punkt 4.1.1 lit. a gewährt, die für Zeiträume, in denen das Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, geltend gemacht wurden und unterschreitet der gemäß Punkt 4.1.3 zu berücksichtigende Betrag den von der COFAG für diese Fixkosten im Rahmen der Berechnung des gewährten Fixkostenzuschusses herangezogenen Betrag, hat eine anteilige Rückforderung des Fixkostenzuschusses durch die COFAG, in dem Ausmaß, in dem für den Differenzbetrag ein Fixkostenzuschuss gewährt wurde, zu erfolgen. Überschreitet der von der COFAG für diese Fixkosten gewährte (anteilige) Fixkostenzuschuss die betragliche Grenze (Relevanzgrenze) des § 3b Abs. 5 ABBAG-Gesetz, BGBl. I Nr. 51/2014, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 228/2021, nicht, hat eine Rückforderung nur zu erfolgen, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Aufwandsminderung beim Unternehmen hinsichtlich der geltend gemachten Fixkosten nach Punkt 4.1.1 lit. a kommt. Nach Punkt 6.2.6 hat der Antragsteller eine entsprechende tatsächliche Aufwandsminderung der COFAG unverzüglich schriftlich bekannt zu geben.“ 8.4 Wurde von der COFAG ein (anteiliger) Fixkostenzuschuss für Fixkosten nach Punkt 4.1.1 Litera a, gewährt, die für Zeiträume, in denen das Unternehmen direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, geltend gemacht wurden und unterschreitet der gemäß Punkt 4.1.3 zu berücksichtigende Betrag den von der COFAG für diese Fixkosten im Rahmen der Berechnung des gewährten Fixkostenzuschusses herangezogenen Betrag, hat eine anteilige Rückforderung des Fixkostenzuschusses durch die COFAG, in dem Ausmaß, in dem für den Differenzbetrag ein Fixkostenzuschuss gewährt wurde, zu erfolgen. Überschreitet der von der COFAG für diese Fixkosten gewährte (anteilige) Fixkostenzuschuss die betragliche Grenze (Relevanzgrenze) des Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 2014,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 228 aus 2021,, nicht, hat eine Rückforderung nur zu

erfolgen, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Aufwandsminderung beim Unternehmen hinsichtlich der geltend gemachten Fixkosten nach Punkt 4.1.1 Litera a, kommt. Nach Punkt 6.2.6 hat der Antragsteller eine entsprechende tatsächliche Aufwandsminderung der COFAG unverzüglich schriftlich bekannt zu geben.“

3. Zum Rückforderungsanspruch betreffend Verlustersatz (Revision Klägerin)

[39] 3.1. Die Vorinstanzen gingen übereinstimmend davon aus, weder aus der RL-VE noch aus den „Fragen und Antworten zum Verlustersatz“ (FAQ VE) ergebe sich, dass einem Unternehmen, das sowohl bei Antragstellung zur ersten und zweiten Tranche als auch bei der Auszahlung der ersten Tranche operativ tätig gewesen sei, nur (insgesamt) 70 % der Förderungssumme auf Basis des tatsächlich eingetretenen Verlustes zustehe. Mit der ersten Tranche würden 70 % des prognostizierten Verlust(-ersatzes) und mit der zweiten Tranche der restliche Betrag ausbezahlt, sodass die Auszahlung der ersten Tranche eine Akontozahlung auf eine nach den tatsächlichen Verhältnissen mit der Endabrechnung zu ermittelnde, einheitliche Förderung sei. Selbst bei Berücksichtigung der Reduktion der Bestandzinsen übersteige der bei der Schuldnerin tatsächlich eingetretene Verlust einen Betrag, der den Verlustersatz in einem der ausbezahlten ersten Tranche übersteigenden Betrag rechtfertige.

[40] Zur Frage der Auswirkungen einer Betriebseinstellung aufgrund Insolvenzverfahren zwischen der Auszahlung der ersten und zweiten Tranche des Verlustersatzes ließ das Berufungsgericht die Revision zu.

[41] 3.2. Die Klägerin will hingegen aus Punkt 5.3 lit a und b RL-VE und Punkt 3.9 der FAQ VE ableiten, dass einem Unternehmen, das im maßgeblichen Betrachtungszeitraum sowohl bei Antragstellung und Auszahlung der ersten Tranche als auch bei Antragstellung der zweiten Tranche des Verlustersatzes noch operativ tätig war, zum Zeitpunkt der potentiellen Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes die operative Tätigkeit aber eingestellt hat, eine anhand von Prognosewerten bereits ausbezahlte erste Tranche des Verlustersatzes nicht schon deshalb verbleiben dürfe, weil deren Betrag allein die gesamte Fördersumme – berechnet anhand des letztlich feststehenden tatsächlichen Verlustes – nicht überschreitet. [41] 3.2. Die Klägerin will hingegen aus Punkt 5.3 Litera a und b RL-VE und Punkt 3.9 der FAQ VE ableiten, dass einem Unternehmen, das im maßgeblichen Betrachtungszeitraum sowohl bei Antragstellung und Auszahlung der ersten Tranche als auch bei Antragstellung der zweiten Tranche des Verlustersatzes noch operativ tätig war, zum Zeitpunkt der potentiellen Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes die operative Tätigkeit aber eingestellt hat, eine anhand von Prognosewerten bereits ausbezahlte erste Tranche des Verlustersatzes nicht schon deshalb verbleiben dürfe, weil deren Betrag allein die gesamte Fördersumme – berechnet anhand des letztlich feststehenden tatsächlichen Verlustes – nicht überschreitet.

[42] 3.3. Die Verlustersatz-VO samt Richtlinien (RL-VE) ist eine (Rechts-)Verordnung, deren Auslegung nach den §§ 6, 7 ABGB zu erfolgen hat (2 Ob 50/24b [Rz 24]; 1 Ob 19/25p [Rz 30]). Auszugehen ist vom Wortsinn im Zusammenhang der auszulegenden Worte und Sätze mit anderen Worten und Sätzen der Gesamtregelung sowie ihrer systematischen Stellung. Bei verbleibender zweifelhafter Ausdrucksweise ist der Sinn der Bestimmung unter Bedachtnahme auf den Zweck der Regelung zu erfassen (RS0008777 [T2]). Die FAQ VE stellen einen Auslegungsbehelf der Verlustersatz-VO samt Richtlinien (RL-VE) dar (1 Ob 25/25w [Rz 39]). Die Auslegung führt zu folgendem Ergebnis: [42] 3.3. Die Verlustersatz-VO samt Richtlinien (RL-VE) ist eine (Rechts-)Verordnung, deren Auslegung nach den Paragraphen 6, 7, ABGB zu erfolgen hat (2 Ob 50/24b [Rz 24]; 1 Ob 19/25p [Rz 30]). Auszugehen ist vom Wortsinn im Zusammenhang der auszulegenden Worte und Sätze mit anderen Worten und Sätzen der Gesamtregelung sowie ihrer systematischen Stellung. Bei verbleibender zweifelhafter Ausdrucksweise ist der Sinn der Bestimmung unter Bedachtnahme auf den Zweck der Regelung zu erfassen (RS0008777 [T2]). Die FAQ VE stellen einen Auslegungsbehelf der Verlustersatz-VO samt Richtlinien (RL-VE) dar (1 Ob 25/25w [Rz 39]). Die Auslegung führt zu folgendem Ergebnis:

[43] 3.4. Dass es sich beim Verlustersatz entsprechend der RL-VE um eine einheitliche Förderung handelt, die nur in zwei Tranchen ausbezahlt wird, ergibt sich aus dem Wortlaut des Punktes 4.1 RL-VE, wonach Verlustersatz ab einem Umsatzausfall von mindestens 30 % und unter der Voraussetzung, dass der gesamte Verlustersatz mindestens 500 EUR beträgt, gewährt wird, und aus deren Punkt 8.1, wonach die nachträgliche Überprüfung „des Verlustersatzes“ nach den Bestimmungen des COVID-19-Förderungsprüfungsgesetzes (CFPG) zu erfolgen hat. Dass es sich um eine einheitliche Fördermaßnahme handelt, zieht auch die Klägerin in ihrer Revision nicht grundsätzlich in Zweifel.

[44] 3.5. Zutreffend verweist die Klägerin auf Punkt 3.1.2 RL-VE, wonach Verlustersatz nur zugunsten von Unternehmen gewährt werden darf, die eine operative Tätigkeit in Österreich ausüben, und auf die Auszahlungsmodalitäten des Verlustersatzes (Punkt 5.3 RL-VE), wonach die erste Tranche 70 % des voraussichtlichen

Verlustersatzes beträgt, der im Sinn des Punktes 5.5 RL-VE mangels Vorliegens von Ist-Werten zu diesem Zeitpunkt vorerst anhand von Prognosewerten zu errechnen ist. Dem entspricht Punkt 1.4 der RL-VE, wonach der Verlustersatz der Erhaltung der Zahlungsfähigkeit, der Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten von Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung von COVID-19 zu dienen hat.

[45] Dass die Schuldnerin die erste Tranche des Verlustersatzes in Höhe von 70 % auf Basis eines von ihr anhand einer Prognoserechnung ermittelten Betrags (prognostizierter Verlustersatz von 1.628.710 EUR) beantragte, entsprach daher der RL-VE ebenso wie, dass die COFAG auf dieser Basis 70 % der voraussichtlich zustehenden Fördersumme von 70 % dieses prognostizierten Verlustes in Höhe von 798.067,90 EUR an sie auszahlte. Nach den Feststellungen legte die Schuldnerin dann ihrem Antrag auf die zweite Tranche (also die restlichen 30 % des voraussichtlichen Verlustersatzes) basierend auf Ist-Werten für denselben Betrachtungszeitraum wie bei der ersten Tranche bereits am 20. 9. 2021 den tatsächlichen Verlust von 1.361.461,33 EUR zugrunde. Zu diesem Zeitpunkt war sie nicht insolvent und unverändert operativ tätig. Die Voraussetzungen der RL-VE erfüllte die Schuldnerin daher auch noch zum Zeitpunkt der Antragstellung auf die zweite Tranche. Überdies ermöglichte die von ihr dazu vorgelegte Verlustermittlung auf Basis von Ist-Werten der COFAG auch die im Punkt 5.3 lit c RL-VE vorgesehene Endabrechnung. Allen der Schuldnerin obliegenden Verhaltenspflichten nach den RL-VE ist sie somit nachgekommen. [45] Dass die Schuldnerin die erste Tranche des Verlustersatzes in Höhe von 70 % auf Basis eines von ihr anhand einer Prognoserechnung ermittelten Betrags (prognostizierter Verlustersatz von 1.628.710 EUR) beantragte, entsprach daher der RL-VE ebenso wie, dass die COFAG auf dieser Basis 70 % der voraussichtlich zustehenden Fördersumme von 70 % dieses prognostizierten Verlustes in Höhe von 798.067,90 EUR an sie auszahlte. Nach den Feststellungen legte die Schuldnerin dann ihrem Antrag auf die zweite Tranche (also die restlichen 30 % des voraussichtlichen Verlustersatzes) basierend auf Ist-Werten für denselben Betrachtungszeitraum wie bei der ersten Tranche bereits am 20. 9. 2021 den tatsächlichen Verlust von 1.361.461,33 EUR zugrunde. Zu diesem Zeitpunkt war sie nicht insolvent und unverändert operativ tätig. Die Voraussetzungen der RL-VE erfüllte die Schuldnerin daher auch noch zum Zeitpunkt der Antragstellung auf die zweite Tranche. Überdies ermöglichte die von ihr dazu vorgelegte Verlustermittlung auf Basis von Ist-Werten der COFAG auch die im Punkt 5.3 Litera c, RL-VE vorgesehene Endabrechnung. Allen der Schuldnerin obliegenden Verhaltenspflichten nach den RL-VE ist sie somit nachgekommen.

[46] 3.6. Weder eine Prüfung durch die COFAG noch eine Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes (auf Basis des nach unten korrigierten Verlustes aufgrund von Ist-Werten) erfolgte aber, obwohl die Schuldnerin noch bis 30. 6. 2022 solvent und bis zum 10. 9. 2022 operativ tätig gewesen war. Nicht nur die Ablehnung der Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes, sondern auch eine Rückforderung in Bezug auf den nach Auffassung der Klägerin überhöht ausgezahlten ersten Teil des Verlustersatzes erfolgte erst danach.

[47] 3.7. Dass der Schuldnerin (bzw nun der Masse) kein Anspruch auf den (unter Berücksichtigung des tatsächlichen Verlustes) ermittelten zweiten Teil des Verlustersatzes zusteht und die vom Beklagten erklärte Aufrechnung daher nicht in Betracht kommt, hat bereits das Erstgericht ausführlich begründet; dies wurde schon in der Berufung des Beklagten nicht mehr bekämpft und ist nicht mehr Thema des Revisionsverfahrens. Zu beantworten ist nur mehr die Frage, ob aufgrund des Umstands, dass die Schuldnerin zwischen dem Antrag auf die zweite Tranche und deren Auszahlung insolvent wurde und ihre operative Tätigkeit einstellen musste, ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin aufgrund einer „fiktiven Endabrechnung“ auf Basis eines schon bei Beantragung der ersten Tranche fiktiv niedrigeren (nämlich im Sinn des letztlich tatsächlich erlittenen Verlustes) angesetzten Verlustes bestehen kann. Dies ist mit den Vorinstanzen zu verneinen.

[48] 3.8. Dass die erste Tranche des Verlustersatzes nach der Systematik der RL-VE bereits vor Ende des Betrachtungszeitraums bloß aufgrund einer Prognoserechnung zu ermitteln ist, ist mit dem deklarierten Zweck der RL-VE zu begründen, operativ tätige Unternehmen rasch mit Liquidität zu unterstützen. Die Vorgangsweise der Schuldnerin anlässlich der Beantragung der ersten Tranche des Verlustersatzes war – wie das Erstgericht zutreffend erkannte – nicht zu beanstanden. Dass die Schätzung nicht realistisch gewesen wäre, behauptet die Klägerin nicht.

[49] Mit diesem Sinn und Zweck korrespondiert Punkt 3.9 der FAQ VE, wonach keine Rückzahlungsverpflichtung der ersten Tranche besteht; erkennbar soll ein Unternehmer, der auf Basis einer (realistischen) Prognoserechnung eine erste Tranche des Verlustersatzes ausbezahlt bekommen hat und nach wie vor operativ tätig ist, davor geschützt werden, aufgrund nachträglicher Korrekturen einen Teil dieser ersten Tranche des Verlustersatzes zurückzahlen zu müssen.

[50] Dies muss jedenfalls auch für den – hier zu beurteilenden – Fall gelten, dass die Unternehmerin, hier die Schuldnerin, im Zug der gebotenen Endabrechnung die zweite Tranche des Verlustersatzes beantragt, die Prognoserechnungen anhand des tatsächlichen Verlustes korrigiert und zum Zeitpunkt dieses Antrags sowohl operativ tätig als auch solvent ist. Damit hat ein Unternehmer – hier die Schuldnerin – alles getan, was der Ordnungsgeber der RL-VE von ihm verlangt. Die weitere Abwicklung, insbesondere Prüfung und Auszahlung des restlichen Förderbetrags der noch fehlenden 30 % auf den insgesamt 70 % des (tatsächlichen) Verlustes ergebenden Verlustersatzes lag hingegen ausschließlich in den Händen der Rechtsvorgängerin der Klägerin. Wäre es dieser – wie in der Revision vertreten – tatsächlich möglich, allein durch den Umstand, dass sie mit einer Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes zuwartet, eine Reduktion des auszahlenden Verlustersatzanspruchs nicht nur dahin zu erreichen, dass aufgrund mittlerweile erfolgter Einstellung der operativen Tätigkeit nicht nur die zweite Tranche des Verlustersatzes von 30 % nicht mehr ausbezahlt wird (was noch mit dem Sinn und Zweck des Verlustersatzes, die Liquidität sicherzustellen, begründet werden kann), sondern auch die bereits ausbezahlte erste Tranche des Verlustersatzes auf Basis einer fiktiven Endabrechnung zurückzufordern, würde dies sachlich nicht begründbare Ungleichbehandlungen zur Folge haben. Während nämlich bei einer raschen Bearbeitung des Antrags auf Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes durch die COFAG, die zu einer tatsächlichen Auszahlung noch vor Insolvenz oder Einstellung der operativen Tätigkeit der Schuldnerin führt, die erste Tranche des Verlustersatzes gegenüber Rückforderungsansprüchen aus dem Titel der Einstellung der operativen Tätigkeit immunisiert wäre, wäre dies bei einer – wie hier – länger dauernden Prüfung und daher keiner Auszahlung bis zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bzw Einstellung der operativen Tätigkeit nicht der Fall. Eine sachliche Rechtfertigung für eine derartige Auslegung – die auch möglicher Willkür Tür und Tor öffnen könnte – ist nicht erkennbar.

[51] 3.9. Die Klägerin hält dem im Wesentlichen nur die in der RL-VE vorgesehenen Auszahlungsmodalitäten entgegen, die aber gar keine Aussage dazu treffen, ob sich die in Punkt 8.2 und 8.3 der RL-VE vorgesehene nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit auch darauf beziehen soll, ob die anlässlich des Antrags auf Auszahlung der ersten Tranche – der RL-VE entsprechende – Prognoserechnung exakt mit dem tatsächlichen Verlust laut Endabrechnung übereinstimmt. Ihre Auffassung, bei Einstellung der operativen Tätigkeit bzw Insolvenzeröffnung zwischen dem Antrag auf Auszahlung der zweiten Tranche und der Auszahlung der zweiten Tranche, sei die beantragte erste Tranche auf Basis des nach Ist-Werten ermittelten Verlustes entsprechend zu reduzieren, mag auf den Fall zutreffen, dass der Unternehmer vor Beantragung der zweiten Tranche bereits insolvent wird oder seine operative Tätigkeit einstellt; dass dies aber auch dann gelten soll, wenn dies erst nach Beantragung der zweiten Tranche des Verlustersatzes passiert, ist aber den Bestimmungen bei verständiger Auslegung nicht zu entnehmen. Die Frage, ob die zweite Tranche nicht mehr ausbezahlt werden muss, ist davon zu unterscheiden, ob eine – wenn auch allenfalls aufgrund höherer, realistischer Prognose – zunächst im Hinblick auf die Endabrechnung (rückblickend zu hoch) gewährte erste Tranche dem Antragsteller belassen werden darf.

[52] 3.10. Die Klägerin geht davon aus, dass selbst unter Berücksichtigung der von ihr monierten Abzüge von Bestandzinsen im Ausmaß von 197.455,87 EUR wegen Unbrauchbarkeit der Bestandsobjekte der tatsächliche Verlust 1.164.005,46 EUR betragen hätte, woraus ein Verlustersatz von 814.803,82 EUR (70 % dieser Bemessungsgrundlage) resultiere, auf den sie 798.067,90 EUR ausbezahlt hatte. Eben diesen Verlustersatzbetrag hätte die Schuldnerin aber jedenfalls ausbezahlt erhalten müssen, hätte die Rechtsvorgängerin der Klägerin nach dem Antrag auf die zweite Tranche vom 20. 9. 2021 tatsächlich im Zeitraum zwischen diesem Antrag und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 30. 6. 2022 reagiert. Gründe dafür, weshalb aufgrund dieser – aus nicht feststellbaren Gründen erfolgten – Verzögerung auf eine teilweise Rückzahlungspflicht der ersten Tranche des Verlustersatzes zu schließen wäre, sind – wie erwähnt – der RL-VE nicht zu entnehmen. Der insgesamt der Schuldnerin ausbezahlte Verlustersatz erreichte den aufgrund von Ist-Werten ermittelten Verlustersatzanspruch von 70 % vielmehr gar nicht.

[53] 3.11. Damit kommt es auf die Frage, ob die Klägerin bei ihrer Verlustermittlung berechtigt die von der Schuldnerin angesetzten Bestandzinsen abziehen durfte, ebenso wenig an, wie auf den Umstand, dass das diesbezügliche Vorbringen (wie jenes zum Rückforderungsanspruch betreffend FKZ I) allenfalls nicht ausreichend schlüssig gewesen war. [53] 3.11. Damit kommt es auf die Frage, ob die Klägerin bei ihrer Verlustermittlung berechtigt die von der Schuldnerin angesetzten Bestandzinsen abziehen durfte, ebenso wenig an, wie auf den Umstand, dass das diesbezügliche Vorbringen (wie jenes zum Rückforderungsanspruch betreffend FKZ römisch eins) allenfalls nicht ausreichend schlüssig gewesen war.

[54] 3.12. Der Rückforderungsanspruch der Klägerin betreffend Verlustersatz ist daher nicht berechtigt.

4. Zum Rückforderungsanspruch betreffend Fixkostenzuschuss (Revision des Beklagten)

[55] 4.1. Der Beklagte greift die diesbezügliche Zulassungsbegründung des Berufungsgerichts auf und vermisst höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen bei der Berechnung der Rückforderung eines Fixkostenzuschusses auf den Umsatzausfall während eines behördlichen Betretungsverbots abgestellt werden könne. Er meint, nur für den – hier nicht vorliegenden – Fall, dass keine Vereinbarung vorliegt, die bei einer ex-ante-Betrachtung fremdüblich und sachgerecht ist, dürfe die tatsächliche Nutzbarkeit auch anhand des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls ermittelt werden. Überdies macht er geltend, das Berufungsgericht hätte jedenfalls die Betragsgrenze von 12.500 EUR gemäß § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz zu berücksichtigen gehabt. Dieser „Freibetrag“ sei bloß rechtliche Schlussfolgerung aus der Anwendung des § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetzes und habe keines expliziten Vorbringens bedurft. [55] 4.1. Der Beklagte greift die diesbezügliche Zulassungsbegründung des Berufungsgerichts auf und vermisst höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen bei der Berechnung der Rückforderung eines Fixkostenzuschusses auf den Umsatzausfall während eines behördlichen Betretungsverbots abgestellt werden könne. Er meint, nur für den – hier nicht vorliegenden – Fall, dass keine Vereinbarung vorliegt, die bei einer ex-ante-Betrachtung fremdüblich und sachgerecht ist, dürfe die tatsächliche Nutzbarkeit auch anhand des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls ermittelt werden. Überdies macht er geltend, das Berufungsgericht hätte jedenfalls die Betragsgrenze von 12.500 EUR gemäß Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz zu berücksichtigen gehabt. Dieser „Freibetrag“ sei bloß rechtliche Schlussfolgerung aus der Anwendung des Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetzes und habe keines expliziten Vorbringens bedurft.

[56] 4.2. Vorausgeschickt sei, dass die einschlägigen rechtlichen Grundlagen zum Verhältnis der verschiedenen Arten der Ermittlung der tatsächlichen Nutzbarkeit eines Bestandobjekts nicht einheitlich sind.

[57] Nach § 3b Abs 7 ABBAG-Gesetz kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch auf der Grundlage des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls berechnet werden. [57] Nach Paragraph 3 b, Absatz 7, ABBAG-Gesetz kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch auf der Grundlage des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls berechnet werden.

[58] § 3 Abs 6 und 7 COFAG-NoAG (diese Bestimmung ist – wie erwähnt – mangels Anordnung einer Rückwirkung auf den Rückforderungsanspruch allerdings nicht anwendbar) geht von der Gleichrangigkeit der Ermittlung der vertraglichen Nutzbarkeit durch a) fremdübliche und sachgerechte Vereinbarung zwischen Bestandnehmer und Bestandgeber, b) durch Nachweis auch auf jede andere Weise oder c) durch Nachweis des Umsatzausfalls aus. [58] Paragraph 3, Absatz 6 und 7 COFAG-NoAG (diese Bestimmung ist – wie erwähnt – mangels Anordnung einer Rückwirkung auf den Rückforderungsanspruch allerdings nicht anwendbar) geht von der Gleichrangigkeit der Ermittlung der vertraglichen Nutzbarkeit durch a) fremdübliche und sachgerechte Vereinbarung zwischen Bestandnehmer und Bestandgeber, b) durch Nachweis auch auf jede andere Weise oder c) durch Nachweis des Umsatzausfalls aus.

[59] Demgegenüber regelt der – anzuwendende – Punkt 4.1.3 RL-FKZ unmissverständlich, dass das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit anhand geeigneter Aufzeichnungen vom antragstellenden Unternehmen nachzuweisen ist, wobei als Nachweis zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer rechtswirksam abgeschlossene Vereinbarungen herangezogen werden können, die den Grundsätzen des Fremdvergleichs entsprechen und eine endgültige Einigung auf eine aufgrund der eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit sachgerechte (ex-ante-Betrachtung) Bestandzinsminderung beinhalten. Nur wenn keine diese Voraussetzungen erfüllende Vereinbarung vorliegt, kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch vereinfachend anhand des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls – nach näher dargestellten Kriterien – ermittelt werden. Diese – nach ihrem Wortlaut eindeutige – Verordnungsbestimmung hält sich im Rahmen der gesetzlichen Grundlage des § 3b Abs 7 letzter Satz ABBAG-Gesetz, wonach die tatsächliche Nutzbarkeit auch auf der Grundlage des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls berechnet werden kann. Sie ist daher auf den hier zu beurteilenden Rückforderungsanspruch anzuwenden. [59] Demgegenüber regelt der – anzuwendende – Punkt 4.1.3 RL-FKZ unmissverständlich, dass das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit anhand geeigneter Aufzeichnungen vom antragstellenden Unternehmen nachzuweisen ist, wobei als Nachweis zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer rechtswirksam abgeschlossene Vereinbarungen herangezogen werden können, die den Grundsätzen des Fremdvergleichs entsprechen und eine endgültige Einigung auf eine aufgrund der

eingeschränkten tatsächlichen Nutzbarkeit sachgerechte (ex-ante-Betrachtung) Bestandzinsminderung beinhalten. Nur wenn keine diese Voraussetzungen erfüllende Vereinbarung vorliegt, kann die tatsächliche Nutzbarkeit auch vereinfachend anhand des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls – nach näher dargestellten Kriterien – ermittelt werden. Diese – nach ihrem Wortlaut eindeutige – Verordnungsbestimmung hält sich im Rahmen der gesetzlichen Grundlage des Paragraph 3 b, Absatz 7, letzter Satz ABBAG-Gesetz, wonach die tatsächliche Nutzbarkeit auch auf der Grundlage des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls berechnet werden kann. Sie ist daher auf den hier zu beurteilenden Rückforderungsanspruch anzuwenden.

[60] 4.3. Damit ist dem Beklagten zunächst zu folgen, dass eine den Kriterien der Fremdüblichkeit entsprechende sachgerechte, von ihm im Verfahren auch behauptete Vereinbarung mit Bestandgebern einer Ermittlung der Brauchbarkeit anhand des dem Bestandobjekt zuzurechnenden Umsatzausfalls jedenfalls vorgeht (der Umsatzausfall insoweit also tatsächlich nur „subsidiär“ wäre) und ebenso, dass es – wie in Punkt 4.1.3 RL-FKZ ausdrücklich genannt – auf eine Betrachtung „ex ante“ ankommt, also auf den Wissensstand zum Zeitpunkt des Abschlusses der jeweiligen Vereinbarung (aus diesem Grund erachtete der Fachsenat zu 1 Ob 83/24y [Rz 55] eine von einem Beherbergungsbetrieb erst nachträglich mit den Verpächterinnen rückwirkend vereinbarte Bestandzinsreduktion als nicht fremdüblich).

[61] 4.4. An sich ging bereits das Erstgericht von dieser Rechtslage aus; es vertrat allerdings die Auffassung, dass die Schuldnerin mit Ausnahme der Übermittlung des Schreibens ./2, der Antragsdaten und außer Streit stehenden Umsatzausfälle der COFAG keine weiteren Nachweise übermittelt habe, die auf das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit schließen hätten lassen. Das Schreiben ./2 habe keine näheren Anhaltspunkte enthalten, anhand derer sich eine Entsprechung mit den Grundsätzen des Fremdvergleichs und eine endgültige Einigung auf eine sachgerechte Bestandzinsminderung ex ante überprüfen hätte lassen. Das Ausmaß der gerechtfertigten Bestandzinsminderung nach § 273 ZPO zu ermitteln, lehnte das Erstgericht ab. Das Berufungsgericht billigte diese Vorgangsweise und verwies ebenfalls auf die Nachweispflicht der Schuldnerin. [61] 4.4. An sich ging bereits das Erstgericht von dieser Rechtslage aus; es vertrat allerdings die Auffassung, dass die Schuldnerin mit Ausnahme der Übermittlung des Schreibens ./2, der Antragsdaten und außer Streit stehenden Umsatzausfälle der COFAG keine weiteren Nachweise übermittelt habe, die auf das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit schließen hätten lassen. Das Schreiben ./2 habe keine näheren Anhaltspunkte enthalten, anhand derer sich eine Entsprechung mit den Grundsätzen des Fremdvergleichs und eine endgültige Einigung auf eine sachgerechte Bestandzinsminderung ex ante überprüfen hätte lassen. Das Ausmaß der gerechtfertigten Bestandzinsminderung nach Paragraph 273, ZPO zu ermitteln, lehnte das Erstgericht ab. Das Berufungsgericht billigte diese Vorgangsweise und verwies ebenfalls auf die Nachweispflicht der Schuldnerin.

[62] 4.5. Die Vorinstanzen übersehen dabei, dass es weder das ABBAG-Gesetz noch die RL-FKZ ausschließen, dass die Schuldnerin bzw nun der Beklagte das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit aufgrund der sie nach § 3b Abs 7 ABBAG-Gesetz iVm Punkt 4.1.3 der RL-FKZ treffenden Behauptungs- und Beweislast noch im Gerichtsverfahren über einen Rückforderungsanspruch der Klägerin nachweisen (so bereits 1 Ob 19/25p [Rz 40] zum Nachweis von Umsatzzahlen des Vorpächters als Grundlage für die Gewährung eines FKZ 800.000 noch im Gerichtsverfahren). Wie die Rechtsprechung zu §§ 1104 und 1105 ABGB anschaulich zeigt, ist die Beurteilung der tatsächlichen Brauchbarkeit eines Bestandobjekts während Zeiten eines gänzlichen oder teilweisen Betretungsverbots oft nur durch aufwendige Gerichtsverfahren festzustellen (vgl 8 Ob 131/21d; 9 Ob 31/22g [Gastronomielokale, jeweils zumutbare Einrichtung eines Abhol- und Lieferservices]; 1 Ob 178/22s [Schutzhütte in exponierter Lage]; 3 Ob 209/21p [Reisebüro]; 5 Ob 192/22d [Fitnessstudio]; 3 Ob 78/21y [Sonnenstudio]; 1 Ob 181/22g [verpachtete Gastwirtschaft]; 1 Ob 83/24y [Fünf-Sterne-Ressort in Urlaubsregion]). Auch aus § 3b Abs 6 ABBAG-Gesetz und Punkt 8.4 RL-FKZ ergibt sich, dass nachträglich erzielte Bestandzinsminderungen bekanntzugeben und zu berücksichtigen wären. Insgesamt gesehen ist nach Sinn und Zweck dieser Bestimmungen daher kein Grund ersichtlich, weshalb die Schuldnerin bzw nach Insolvenzeröffnung nun der Beklagte nicht auch noch im Verfahren über den Rückforderungsanspruch nachweisen dürften, dass eine abgeschlossene sachgerechte Vereinbarung den Kriterien des Fremdvergleichs entsprach. [62] 4.5. Die Vorinstanzen übersehen dabei, dass es weder das ABBAG-Gesetz noch die RL-FKZ ausschließen, dass die Schuldnerin bzw nun der Beklagte das Ausmaß der tatsächlichen Nutzbarkeit aufgrund der sie nach Paragraph 3 b, Absatz 7, ABBAG-Gesetz in Verbindung mit Punkt 4.1.3 der RL-FKZ treffenden Behauptungs- und Beweislast noch im Gerichtsverfahren über einen Rückforderungsanspruch der Klägerin nachweisen (so bereits 1 Ob 19/25p [Rz 40] zum Nachweis von Umsatzzahlen des Vorpächters als Grundlage für die Gewährung eines FKZ 800.000 noch im

Gerichtsverfahren). Wie die Rechtsprechung zu Paragraphen 1104 und 1105 ABGB anschaulich zeigt, ist die Beurteilung der tatsächlichen Brauchbarkeit eines Bestandobjekts während Zeiten eines gänzlichen oder teilweisen Betretungsverbots oft nur durch aufwendige Gerichtsverfahren festzustellen vergleiche 8 Ob 131/21d; 9 Ob 31/22g [Gastronomielokale, jeweils zumutbare Einrichtung eines Abhol- und Lieferservices]; 1 Ob 178/22s [Schutzhütte in exponierter Lage]; 3 Ob 209/21p [Reisebüro]; 5 Ob 192/22d [Fitnessstudio]; 3 Ob 78/21y [Sonnenstudio]; 1 Ob 181/22g [verpachtete Gastwirtschaft]; 1 Ob 83/24y [Fünf-Sterne-Ressort in Urlaubsregion]). Auch aus Paragraph 3 b, Absatz 6, ABBAG-Gesetz und Punkt 8.4 RL-FKZ ergibt sich, dass nachträglich erzielte Bestandzinsminderungen bekanntzugeben und zu berücksichtigen wären. Insgesamt gesehen ist nach Sinn und Zweck dieser Bestimmungen daher kein Grund ersichtlich, weshalb die Schuldnerin bzw nach Insolvenzeröffnung nun der Beklagte nicht auch noch im Verfahren über den Rückforderungsanspruch nachweisen dürften, dass eine abgeschlossene sachgerechte Vereinbarung den Kriterien des Fremdvergleichs entsprach.

[63] 4.6. Vorbringen des Beklagten zu der von ihm behaupteten Fremdüblichkeit der mit den Bestandgebern getroffenen Vereinbarungen aus ex-ante-Sicht lag vor, teilweise traf das Erstgericht auch Feststellungen dazu. Bestandzinsminderungen von 98 % waren nach dem Sachverhalt bei den Gesprächen mit den Bestandgebern nicht erzielbar. Im ersten Lockdown waren die Standorte der Schuldnerin zunächst geschlossen; als die Abholung vorbestellter Speisen ab 3. 4. 2020 wieder erlaubt war, bot sie an allen Standorten das gesamte Sortiment in Take-away an, sodass die Küche im Normalbetrieb war. Die Lager und Bereiche für die Essensausgabe wurden genützt. Umsätze wurden an den einzelnen Standorten – in nicht näher genanntem Umfang – generiert, wobei sich insgesamt aus betriebswirtschaftlicher Sicht der Umsatz im Hinblick auf die anfallenden Personalkosten aber nicht rentierte. Beim zweiten Lockdown gab es für den Standort L* fast keinen Umsatzausfall, in Bezug auf weitere Standorte wurden Gespräche im Hinblick auf eine Reduktion des Bestandzinses auf 50 % geführt, die aber nicht bei allen Standorten erzielt werden konnten. Das Berufungsgericht schloss aus diesen Feststellungen – obwohl das Erstgericht von teilweiser Brauchbarkeit ausgegangen war – auf eine völlige Unbrauchbarkeit mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zu §§ 1104 f ABGB, wonach ein gänzlicher Entfall des Bestandzinses möglich gewesen wäre, weil einem Unternehmen das Anbieten eines Abholservices nicht zugemutet werden könne, wenn daraus ein Verlust drohe. Dabei ließ das Berufungsgericht aber außer Acht, dass diese Frage – wie erwähnt – ex ante, also zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung beurteilt werden müsste. Der Umstand allein, dass sich der Versuch, den Betrieb zumindest teilweise durch Abholservice und Take-away aufrechtzuerhalten, letztlich betriebswirtschaftlich nicht rechnete und tatsächlich zu einem Umsatzausfall führte, kann noch nicht ausreichen, die mangelnde Fremdüblichkeit der Vereinbarung aus einer ex-ante-Betrachtung nachzuweisen. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, das Kriterium der Fremdüblichkeit sei ausschließlich anhand der nachträglich ermittelten Umsatzausfälle zu messen, würde die Bedeutung der im Punkt 4.1.3 RL-FKZ als vorrangig vorgesehenen Vereinbarung völlig entwerten, zumal deren Fremdüblichkeit dann immer nur anhand des – nachträglich ermittelten – Umsatzausfalls zu beurteilen wäre, der naturgemäß ex ante betrachtet für einen Unternehmer aufgrund der zu Beginn des ersten oder auch zweiten Lockdowns nicht vorhersehbaren Entwicklungen kaum abschätzbar war. [63] 4.6. Vorbringen des Beklagten zu der von ihm behaupteten Fremdüblichkeit der mit den Bestandgebern getroffenen Vereinbarungen aus ex-ante-Sicht lag vor, teilweise traf das Erstgericht auch Feststellungen dazu. Bestandzinsminderungen von 98 % waren nach dem Sachverhalt bei den Gesprächen mit den Bestandgebern nicht erzielbar. Im ersten Lockdown waren die Standorte der Schuldnerin zunächst geschlossen; als die Abholung vorbestellter Speisen ab 3. 4. 2020 wieder erlaubt war, bot sie an allen Standorten das gesamte Sortiment in Take-away an, sodass die Küche im Normalbetrieb war. Die Lager und Bereiche für die Essensausgabe wurden genützt. Umsätze wurden an den einzelnen Standorten – in nicht näher genanntem Umfang – generiert, wobei sich insgesamt aus betriebswirtschaftlicher Sicht der Umsatz im Hinblick auf die anfallenden Personalkosten aber nicht rentierte. Beim zweiten Lockdown gab es für den Standort L* fast keinen Umsatzausfall, in Bezug auf weitere Standorte wurden Gespräche im Hinblick auf eine Reduktion des Bestandzinses auf 50 % geführt, die aber nicht bei allen Standorten erzielt werden konnten. Das Berufungsgericht schloss aus diesen Feststellungen – obwohl das Erstgericht von teilweiser Brauchbarkeit ausgegangen war – auf eine völlige Unbrauchbarkeit mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zu Paragraphen 1104, f ABGB, wonach ein gänzlicher Entfall des Bestandzinses möglich gewesen wäre, weil einem Unternehmen das Anbieten eines Abholservices nicht zugemutet werden könne, wenn daraus ein Verlust drohe. Dabei ließ das Berufungsgericht aber außer Acht, dass diese Frage – wie erwähnt – ex ante, also zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung beurteilt werden müsste. Der Umstand allein, dass sich der Versuch, den Betrieb zumindest teilweise durch Abholservice und Take-away

aufrechtzuerhalten, letztlich betriebswirtschaftlich nicht rechnete und tatsächlich zu einem Umsatzausfall führte, kann noch nicht ausreichen, die mangelnde Fremdüblichkeit der Vereinbarung aus einer ex-ante-Betrachtung nachzuweisen. Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, das Kriterium der Fremdüblichkeit sei ausschließlich anhand der nachträglich ermittelten Umsatzausfälle zu messen, würde die Bedeutung der im Punkt 4.1.3 RL-FKZ als vorrangig vorgesehenen Vereinbarung völlig entwerten, zumal deren Fremdüblichkeit dann immer nur anhand des – nachträglich ermittelten – Umsatzausfalls zu beurteilen wäre, der naturgemäß ex ante betrachtet für einen Unternehmer aufgrund der zu Beginn des ersten oder auch zweiten Lockdowns nicht vorhersehbaren Entwicklungen kaum abschätzbar war.

[64] 4.7. Im Sinn eines Anscheinsbeweises vom Umsatzausfall auf die Unbenützbarkeit des Objekts aufgrund eines behördlichen Betretungsverbots zu schließen, ergibt sich weder aus § 3 Abs 6 COFAG-NoAG noch aus § 3b Abs 7 ABBAG-Gesetz, die insoweit gleichlautend sind. Davon abgesehen fehlt es diesbezüglich schon an der typischen formelhaften Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement (vgl RS0040287). Der Anscheinsbeweis darf nicht dazu dienen, Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen auszufüllen. Gerade im Hinblick darauf, dass die Nachweispflicht für die Fremdüblichkeit der Vereinbarung hier ohnedies dem Unternehmer angelastet wird, kann ihm nicht im Weg der Regeln zum Anscheinsbeweis diese Beweisführung dadurch abgeschnitten werden, dass die Klägerin – nachträglich – einen höheren Umsatzausfall beweist, als der Vereinbarung über die erzielte Bestandzinsreduktion zugrunde lag. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass der Umsatzausfall sehr wohl mit ein Kriterium für die Beurteilung bilden kann, ob eine Vereinbarung den Grundsätzen des Fremdvergleichs entspricht. Es werden aber auch weitere Aspekte zu berücksichtigen sein, wie etwa der Zeitpunkt ihres Abschlusses oder, ob es sich allenfalls um ein Pachtverhältnis gehandelt hat, bei dem eine gesetzliche Verpflichtung des Verpächters bei auf länger als ein Jahr abgeschlossenen Pachtverträgen zur Pachtzinsreduktion im Sinn des § 1105 ABGB gar nicht bestanden hätte. Für die Fremdüblichkeit wird aber auch darauf abzustellen sein, wie sich die wirtschaftliche Situation des Unternehmers damals darstellte, ob überhaupt und inwieweit er einen Rechtsstreit mit den Bestandgebern riskieren hätte können und auch, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang er eine Ablehnung des Weiterbestands (allenfalls auch im Weg mangelnder Verlängerung der Befristung) von Bestandverträgen befürchten hätte müssen. All diese Umstände wären – neben der sich letztlich tatsächlich herausstellenden Umsatzeinbuße – als Kriterien für die Fremdüblichkeit einer abgeschlossenen Vereinbarung bei einer ex-ante-Betrachtung heranzuziehen. [64] 4.7. Im Sinn eines Anscheinsbeweises vom Umsatzausfall auf die Unbenützbarkeit des Objekts aufgrund eines behördlichen Betretungsverbots zu schließen, ergibt sich weder aus Paragraph 3, Absatz 6, COFAG-NoAG noch aus Paragraph 3 b, Absatz 7, ABBAG-Gesetz, die insoweit gleichlautend sind. Davon abgesehen fehlt es diesbezüglich schon an der typischen formelhaften Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement (vergleiche RS0040287). Der Anscheinsbeweis darf nicht dazu dienen, Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen auszufüllen. Gerade im Hinblick darauf, dass die Nachweispflicht für die Fremdüblichkeit der Vereinbarung hier ohnedies dem Unternehmer angelastet wird, kann ihm nicht im Weg der Regeln zum Anscheinsbeweis diese Beweisführung dadurch abgeschnitten werden, dass die Klägerin – nachträglich – einen höheren Umsatzausfall beweist, als der Vereinbarung über die erzielte Bestandzinsreduktion zugrunde lag. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass der Umsatzausfall sehr wohl mit ein Kriterium für die Beurteilung bilden kann, ob eine Vereinbarung den Grundsätzen des Fremdvergleichs entspricht. Es werden aber auch weitere Aspekte zu berücksichtigen sein, wie etwa der Zeitpunkt ihres Abschlusses oder, ob es sich allenfalls um ein Pachtverhältnis gehandelt hat, bei dem eine gesetzliche Verpflichtung des Verpächters bei auf länger als ein Jahr abgeschlossenen Pachtverträgen zur Pachtzinsreduktion im Sinn des Paragraph 1105, ABGB gar nicht bestanden hätte. Für die Fremdüblichkeit wird aber auch darauf abzustellen sein, wie sich die wirtschaftliche Situation des Unternehmers damals darstellte, ob überhaupt und inwieweit er einen Rechtsstreit mit den Bestandgebern riskieren hätte können und auch, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang er eine Ablehnung des Weiterbestands (allenfalls auch im Weg mangelnder Verlängerung der Befristung) von Bestandverträgen befürchten hätte müssen. All diese Umstände wären – neben der sich letztlich tatsächlich herausstellenden Umsatzeinbuße – als Kriterien für die Fremdüblichkeit einer abgeschlossenen Vereinbarung bei einer ex-ante-Betrachtung heranzuziehen.

[65] 4.8. Die bisherigen Feststellungen des Erstgerichts reichen zur abschließenden Beurteilung dieser Frage noch nicht aus, weshalb es an sich – jedenfalls in Bezug auf die Bestandobjekte, bei denen die Schuldnerin Reduktionen erzielen konnte – eines ergänzenden Beweisverfahrens und zusätzlicher Feststellungen bedürfte.

[66] Allerdings ist das Klagevorbringen in Bezug auf die Höhe des Rückforderungsanspruchs nach § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz unschlüssig geblieben, worauf der Beklagte der Sache nach zutreffend hinweist. Da aus insolvenzrechtlichen Gründen der Gegenstand des Prüfungsprozesses auf die Angaben der Forderungsanmeldung beschränkt sein muss (vgl RS0039281) und eine Schlüssigstellung erst im Prüfungsprozess nicht in Betracht kommt, bedarf es dieser ergänzenden Feststellungen letztlich nicht. [66] Allerdings ist das Klagevorbringen in Bezug auf die Höhe des Rückforderungsanspruchs nach Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz unschlüssig geblieben, worauf der Beklagte der Sache nach zutreffend hinweist. Da aus insolvenzrechtlichen Gründen der Gegenstand des Prüfungsprozesses auf die Angaben der Forderungsanmeldung beschränkt sein muss (vergleiche RS0039281) und eine Schlüssigstellung erst im Prüfungsprozess nicht in Betracht kommt, bedarf es dieser ergänzenden Feststellungen letztlich nicht.

5. Zur Höhe des Rückforderungsanspruchs nach § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz unter Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Besonderheiten
5. Zur Höhe des Rückforderungsanspruchs nach Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz unter Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Besonderheiten

[67] 5.1. Das Berufungsgericht ging auf die Rechtsfrage, ob dem von der Klägerin geltend gemachten Rückforderungsanspruch (teilweise) § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz entgegenstehe, deshalb nicht ein, weil sich der Beklagte im Verfahren darauf nicht berufen habe. Dass es diesbezügliche Einwände des Beklagten tatsächlich nicht gab, ist richtig. Eine unzulässige Neuerung lag aber nicht vor. [67] 5.1. Das Berufungsgericht ging auf die Rechtsfrage, ob dem von der Klägerin geltend gemachten Rückforderungsanspruch (teilweise) Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz entgegenstehe, deshalb nicht ein, weil sich der Beklagte im Verfahren darauf nicht berufen habe. Dass es diesbezügliche Einwände des Beklagten tatsächlich nicht gab, ist richtig. Eine unzulässige Neuerung lag aber nicht vor.

[68] 5.2. § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz regelt die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine Rückforderung zu viel bezahlter Förderungen möglich ist. Es handelt sich um die materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen eines Rückforderungsanspruchs, die von der Klägerin – als Voraussetzung für die Höhe ihres Rückforderungsanspruchs – darzutun gewesen wären. Dies lag auch den Entscheidungen des Fachsenats zu 1 Ob 14/25b (Rz 45 ff, Rz 74) und 1 Ob 91/25a (Rz 31) zugrunde. [68] 5.2. Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz regelt die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine Rückforderung zu viel bezahlter Förderungen möglich ist. Es handelt sich um die materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen eines Rückforderungsanspruchs, die von der Klägerin – als Voraussetzung für die Höhe ihres Rückforderungsanspruchs – darzutun gewesen wären. Dies lag auch den Entscheidungen des Fachsenats zu 1 Ob 14/25b (Rz 45 ff, Rz 74) und 1 Ob 91/25a (Rz 31) zugrunde.

[69] 5.3. In der Entscheidung 1 Ob 14/25b befasste sich der Senat ausführlich mit der Höhe des Rückforderungsanspruchs und stellte aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts des § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz zur Frage, ob sich die monatliche Grenze von 12.500 EUR auf die Höhe der Bestandzinse oder auf die Höhe des Rückforderungsbetrags bezieht, darauf ab, dass die „anteiligen finanziellen Maßnahmen“, somit der Rückforderungsbetrag und nicht die Bestandzinsen, diese betragliche Grenze übersteigen müssen (Rz 66 ff). Überdies schloss sich der Senat (Rz 72 f) bei der Auslegung von § 3b Abs 5 und 6 ABBAG-Gesetz mit näherer Begründung der Auffassung von Lawson, Amnestie von Überforderung von Mietzinsen im ABBAG-Gesetz, AVR 2022, 50 (52, 56) an, wonach in jedem Fall der Teil des Rückforderungsbetrags, der 12.500 EUR nicht überschreitet, nur dann rückforderbar sein soll, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Aufwandsminderung beim Unternehmen hinsichtlich Bestandzinsen kommt. Auch zum inhaltsähnlichen § 3 Abs 4 und 5 COFAG-NoAG vertrat der Fachsenat zu 1 Ob 91/25a (Rz 32) diese Auffassung. Zusammenfassend gingen sowohl 1 Ob 14/25b (Rz 71 ff) als auch 1 Ob 91/25a (Rz 33) davon aus, dass eine Rückforderung des unter Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzbarkeit der Bestandobjekte ermittelten „Fixkostenrückforderungsanspruchs“ bis zur betraglichen Grenze von 12.500 EUR nur dann zu erfolgen hat, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Aufwandsminderung beim Unternehmen hinsichtlich der geltend gemachten Bestandzinsen kommt. Jener Teil des Rückforderungsbetrags, der 12.500 EUR übersteigt, ist zurückzufordern, ohne dass es darauf ankommt, ob das begünstigte Unternehmen einen Anspruch auf Bestandzinsminderung gegenüber seinem Bestandgeber hat, diesen geltend machte oder die Bestandzinsen vom Bestandgeber oder einem Dritten zurückbekommen hat. (Nur) Insoweit ist ausschließlich auf die tatsächliche Nutzbarkeit abzustellen. 1 Ob 91/25a (Rz 30 ff) hielt dazu fest, dass aus logisch-systematischer Sicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber nicht etwa ein (unbedingtes) Absehen von jeglichem Rückforderungsanspruch bis zur Betragsgrenze von 12.500 EUR anordnete, sondern (nur) unterschiedliche Voraussetzungen für einen Rückforderungsanspruch aufgrund für Bestandzinse gewährte Förderungen bis zu dieser Betragsgrenze einerseits und

darüber hinaus andererseits schaffen wollte. Während bis zum Betrag von 12.500 EUR die Rückforderung an die tatsächliche Aufwandsminderung beim Unternehmen geknüpft wurde, verlangt der Gesetzgeber für die Rückforderung in einem diesen Betrag übersteigenden Ausmaß nur die Klärung, in welchem Umfang das Bestandsobjekt tatsächlich nutzbar war. [69] 5.3. In der Entscheidung 1 Ob 14/25b befasste sich der Senat ausführlich mit der Höhe des Rückforderungsanspruchs und stellte aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts des Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz zur Frage, ob sich die monatliche Grenze von 12.500 EUR auf die Höhe der Bestandzinse oder auf die Höhe des Rückforderungsbetrags bezieht, darauf ab, dass die „anteiligen finanziellen Maßnahmen“, somit der Rückforderungsbetrag und nicht die Bestandzinsen, diese betragliche Grenze übersteigen müssen (Rz 66 ff). Überdies schloss sich der Senat (Rz 72 f) bei der Auslegung von Paragraph 3 b, Absatz 5 und 6 ABBAG-Gesetz mit näherer Begründung der Auffassung von Lawson, Amnestie von Überforderung von Mietzinsen im ABBAG-Gesetz, AVR 2022, 50 (52, 56) an, wonach in jedem Fall der Teil des Rückforderungsbetrags, der 12.500 EUR nicht überschreitet, nur dann rückforderbar sein soll, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Aufwandsminderung beim Unternehmen hinsichtlich Bestandzinsen kommt. Auch zum inhaltsähnlichen Paragraph 3, Absatz 4 und 5 COFAG-NoAG vertrat der Fachsenat zu 1 Ob 91/25a (Rz 32) diese Auffassung. Zusammenfassend gingen sowohl 1 Ob 14/25b (Rz 71 ff) als auch 1 Ob 91/25a (Rz 33) davon aus, dass eine Rückforderung des unter Berücksichtigung der tatsächlichen Nutzbarkeit der Bestandsobjekte ermittelten „Fixkostenrückforderungsanspruchs“ bis zur betraglichen Grenze von 12.500 EUR nur dann zu erfolgen hat, wenn es nachträglich zu einer tatsächlichen Aufwandsminderung beim Unternehmen hinsichtlich der geltend gemachten Bestandzinsen kommt. Jener Teil des Rückforderungsbetrags, der 12.500 EUR übersteigt, ist zurückzufordern, ohne dass es darauf ankommt, ob das begünstigte Unternehmen einen Anspruch auf Bestandzinsminderung gegenüber seinem Bestandgeber hat, diesen geltend machte oder die Bestandzinsen vom Bestandgeber oder einem Dritten zurückbekommen hat. (Nur) Insoweit ist ausschließlich auf die tatsächliche Nutzbarkeit abzustellen. 1 Ob 91/25a (Rz 30 ff) hielt dazu fest, dass aus logisch-systematischer Sicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber nicht etwa ein (unbedingtes) Absehen von jeglichem Rückforderungsanspruch bis zur Betragsgrenze von 12.500 EUR anordnete, sondern (nur) unterschiedliche Voraussetzungen für einen Rückforderungsanspruch aufgrund für Bestandzinse gewährte Förderungen bis zu dieser Betragsgrenze einerseits und darüber hinaus andererseits schaffen wollte. Während bis zum Betrag von 12.500 EUR die Rückforderung an die tatsächliche Aufwandsminderung beim Unternehmen geknüpft wurde, verlangt der Gesetzgeber für die Rückforderung in einem diesen Betrag übersteigenden Ausmaß nur die Klärung, in welchem Umfang das Bestandsobjekt tatsächlich nutzbar war.

[70] 5.4. Auf Basis dieser Grundsätze ging der Fachsenat bereits zu 1 Ob 14/25b (Rz 74 f) davon aus, dass das Vorbringen der dort Beklagten (hier Klägerin) hinsichtlich ihres Rückforderungsanspruchs unschlüssig geblieben sei. Die dort Beklagte habe die Höhe ihres Rückforderungsanspruchs zwar anhand bestimmter Zeiträume behördlicher Betretungsverbote ermittelt und ihren Berechnungen einen prozentuellen Umsatzausfall der (dortigen) Klägerin zugrunde gelegt, allerdings weder eine getrennte monatliche Berechnung vorgenommen noch den monatlichen Grenzbetrag von 12.500 EUR berücksichtigt. Mangels schlüssigen Vorbringens der dortigen Beklagten musste zum Zweck der Erörterung in die erste Instanz aufgehoben werden.

[71] 5.5. Eine vergleichbare Unschlüssigkeit des bisherigen Klagevorbringens (und der Forderungsanmeldung im Konkurs) in Bezug auf diese vom Obersten Gerichtshof verlangten Anspruchsvoraussetzungen betreffend einen Rückforderungsanspruch auf Fixkostenzuschuss liegt auch hier vor. Aus der Forderungsanmeldung ging – unter Berücksichtigung des Schreibens der Klägerin an den Insolvenzverwalter .I/ – zwar hervor, für welchen Zeitraum und in welchem Gesamtbetrag die Klägerin die Rückforderung von Fixkostenzuschuss begehrt und dass sie dies mit nur teilweiser Brauchbarkeit der Bestandsobjekte in den jeweiligen Lockdown-Zeiträumen begründet. Allerdings fehlte schon in der Forderungsanmeldung und dann im Verfahren erster Instanz jegliches weitere Vorbringen zur getrennten monatlichen Ermittlung des Rückforderungsanspruchs, zur Grenze von 12.500 EUR und auch dazu, ob es nach Auffassung der Klägerin hinsichtlich dieser monatlichen Grenze gegebenenfalls und in welchem Umfang nachträglich zu einer tatsächlichen Aufwandsminderung beim Unternehmen hinsichtlich der Bestandzinsen gekommen war. Die von der Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung angesprochene pauschale Aliquotierung widerspricht dem Gesetzeswortlaut und kommt deshalb nicht in Betracht. Diese Voraussetzungen der Schlüssigkeit des Klagevorbringens wurden bisher nicht bedacht und wären daher grundsätzlich mit den Parteien, insbesondere der Klägerin zu erörtern und dieser die Möglichkeit zu geben, zusätzliches Tatsachenvorbringen dazu zu erstatten, zumal auch der Oberste Gerichtshof die Parteien an sich in seiner Entscheidung nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen dürfte, die sie

nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat (RS0037300). Eine Aufhebung in die erste Instanz zur Schlüssigstellung des Klagevorbringens bedarf es aufgrund der im konkreten Fall zu beachtenden insolvenzrechtlichen Besonderheiten allerdings nicht.

[72] 5.6. Es handelt sich hier um einen Prüfungsprozess nach § 110 Abs 1 Satz 2 IO. Das Klagebegehren kann in einem solchen Prozess nur auf die Gründe gestützt werden, die in der Anmeldung und der Prüfungstagsatzung angegeben wurden. Die Anmeldung muss nach § 103 Abs 1 IO unter anderem den Betrag der Forderung, die Tatsachen, auf die sie sich gründet, angeben und die Beweismittel bezeichnen. Sie muss keine rechtliche Qualifikation enthalten, die anspruchsbegründenden Tatsachen sind aber darzulegen (10 Ob 64/18m [Punkt 2.2] mwN; 8 Ob 103/10w). Die Anforderungen an die Forderungsanmeldungen sind somit jenen des § 226 ZPO an eine Klage ähnlich (RS0089657). Ein Austausch rechtserheblicher Tatsachen ist im Prüfungsprozess ausgeschlossen (10 Ob 64/18m). § 110 Abs 1 IO steht der Erhebung einer Prüfungsklage auch dann entgegen, wenn die angemeldete Forderung zwar das Prüfungsverfahren durchlaufen hat, jedoch Grund und Höhe der in der Klage behaupteten Ansprüche aus der Forderungsanmeldung nicht abgeleitet werden können. Rechtsfolge ist im Regelfall die Nichtigkeit des dennoch durchgeführten Verfahrens, was zur Klagezurückweisung zu führen hat (RS0111042; vgl RS0065597 [T1]).

[72] 5.6. Es handelt sich hier um einen Prüfungsprozess nach Paragraph 110, Absatz eins, Satz 2 IO. Das Klagebegehren kann in einem solchen Prozess nur auf die Gründe gestützt werden, die in der Anmeldung und der Prüfungstagsatzung angegeben wurden. Die Anmeldung muss nach Paragraph 103, Absatz eins, IO unter anderem den Betrag der Forderung, die Tatsachen, auf die sie sich gründet, angeben und die Beweismittel bezeichnen. Sie muss keine rechtliche Qualifikation enthalten, die anspruchsbegründenden Tatsachen sind aber darzulegen (10 Ob 64/18m [Punkt 2.2] mwN; 8 Ob 103/10w). Die Anforderungen an die Forderungsanmeldungen sind somit jenen des Paragraph 226, ZPO an eine Klage ähnlich (RS0089657). Ein Austausch rechtserheblicher Tatsachen ist im Prüfungsprozess ausgeschlossen (10 Ob 64/18m). Paragraph 110, Absatz eins, IO steht der Erhebung einer Prüfungsklage auch dann entgegen, wenn die angemeldete Forderung zwar das Prüfungsverfahren durchlaufen hat, jedoch Grund und Höhe der in der Klage behaupteten Ansprüche aus der Forderungsanmeldung nicht abgeleitet werden können. Rechtsfolge ist im Regelfall die Nichtigkeit des dennoch durchgeführten Verfahrens, was zur Klagezurückweisung zu führen hat (RS0111042; vergleiche RS0065597 [T1]).

[73] 5.7. Daraus folgt auch, dass das Klagebegehren im Prüfungsprozess nur auf den Grund gestützt werden kann, der in der Anmeldung und bei der Prüfungstagsatzung angegeben worden ist. Die ordnungsgemäße Abwicklung des Prüfungsverfahrens erfordert nämlich, dass es keinen Prüfungsprozess ohne vorhergehende Forderungsanmeldung gibt; im Prüfungsprozess sind eine Erweiterung oder eine Änderung des Klagegegenstands und auch eine Klageänderung ausgeschlossen. Die Begrenzung der Prüfungsklage ist von Amts wegen jederzeit zu beachten (RS0039281). Werden mehrere Forderungen angemeldet, hat dies nicht in Bausch und Bogen zu geschehen, es sind vielmehr die Beträge der einzelnen Forderungen gesondert anzuführen, ebenso die für die einzelnen Forderungen anspruchsbegründenden Tatsachen (RS0039281 [T7, T16]). Bei der Beurteilung, ob eine Forderungsanmeldung im Konkurs die gesetzlichen Inhaltserfordernisse erfüllt, ist ein strenger Maßstab anzulegen (RS0039281 [T11]). Bloße Ergänzungen im Tatsachenvorbringen im Sinn des § 235 Abs 4 ZPO sind zulässig, sofern die Forderung in der Anmeldung bereits eindeutig individualisiert wurde (RS0039281 [T18, T28]; vgl RS0065597 [T2]).

[73] 5.7. Daraus folgt auch, dass das Klagebegehren im Prüfungsprozess nur auf den Grund gestützt werden kann, der in der Anmeldung und bei der Prüfungstagsatzung angegeben worden ist. Die ordnungsgemäße Abwicklung des Prüfungsverfahrens erfordert nämlich, dass es keinen Prüfungsprozess ohne vorhergehende Forderungsanmeldung gibt; im Prüfungsprozess sind eine Erweiterung oder eine Änderung des Klagegegenstands und auch eine Klageänderung ausgeschlossen. Die Begrenzung der Prüfungsklage ist von Amts wegen jederzeit zu beachten (RS0039281). Werden mehrere Forderungen angemeldet, hat dies nicht in Bausch und Bogen zu geschehen, es sind vielmehr die Beträge der einzelnen Forderungen gesondert anzuführen, ebenso die für die einzelnen Forderungen anspruchsbegründenden Tatsachen (RS0039281 [T7, T16]). Bei der Beurteilung, ob eine Forderungsanmeldung im Konkurs die gesetzlichen Inhaltserfordernisse erfüllt, ist ein strenger Maßstab anzulegen (RS0039281 [T11]). Bloße Ergänzungen im Tatsachenvorbringen im Sinn des Paragraph 235, Absatz 4, ZPO sind zulässig, sofern die Forderung in der Anmeldung bereits eindeutig individualisiert wurde (RS0039281 [T18, T28]; vergleiche RS0065597 [T2]).

[74] 5.8. Wie vorstehend erörtert, entsprach die Forderungsanmeldung der Klägerin (und auch deren Vorbringen im Prüfungsprozess) den Anforderungen an eine schlüssige Darstellung des Rückforderungsanspruchs in Bezug auf den

Fixkostenzuschuss nicht. Dem nur unter Nennung eines Zeitraums und einer Kürzungsquote aufgrund „nicht zu berücksichtigender Bestandzinsen“ pauschal ermittelten Rückforderungsbetrag fehlte es an jeglicher Aufschlüsselung im Hinblick auf § 3b Abs 5 und 6 des ABBAG-Gesetzes sowohl was die monatliche Abrechnung als auch den dort genannten Betrag von 12.500 EUR betraf. Auch das zur Ermittlung des Rückforderungsanspruchs unter Berücksichtigung dieser Betragsgrenze erforderliche Tatsachenvorbringen fehlte. Die Forderungsanmeldung war unschlüssig und hätte an sich nicht Grundlage eines Prüfungsprozesses sein können. [74] 5.8. Wie vorstehend erörtert, entsprach die Forderungsanmeldung der Klägerin (und auch deren Vorbringen im Prüfungsprozess) den Anforderungen an eine schlüssige Darstellung des Rückforderungsanspruchs in Bezug auf den Fixkostenzuschuss nicht. Dem nur unter Nennung eines Zeitraums und einer Kürzungsquote aufgrund „nicht zu berücksichtigender Bestandzinsen“ pauschal ermittelten Rückforderungsbetrag fehlte es an jeglicher Aufschlüsselung im Hinblick auf Paragraph 3 b, Absatz 5 und 6 des ABBAG-Gesetzes sowohl was die monatliche Abrechnung als auch den dort genannten Betrag von 12.500 EUR betraf. Auch das zur Ermittlung des Rückforderungsanspruchs unter Berücksichtigung dieser Betragsgrenze erforderliche Tatsachenvorbringen fehlte. Die Forderungsanmeldung war unschlüssig und hätte an sich nicht Grundlage eines Prüfungsprozesses sein können.

[75] 5.9. Einer Wahrnehmung des Prozesshindernisses der Rechtswegzulässigkeit im Hinblick auf die unschlüssige Forderungsanmeldung steht hier allerdings der Umstand entgegen, dass das Berufungsgericht (als Rekursgericht) den die Nichtigkeit des Verfahrens aussprechenden und die Klage zurückweisenden Beschluss des Erstgerichts ersatzlos aufhob und diesem die Fortsetzung des Verfahrens auftrug. Dieser Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen. Die Frage der Rechtswegzulässigkeit für diese Klage ist daher im Sinn des § 42 Abs 3 JN als bindend geklärt anzusehen. Das Aufgreifen der durch die Unschlüssigkeit der Forderungsanmeldung bedingten Unzulässigkeit des Rechtswegs für dieses Prüfungsverfahren ist dem Obersten Gerichtshof somit verwehrt. [75] 5.9. Einer Wahrnehmung des Prozesshindernisses der Rechtswegzulässigkeit im Hinblick auf die unschlüssige Forderungsanmeldung steht hier allerdings der Umstand entgegen, dass das Berufungsgericht (als Rekursgericht) den die Nichtigkeit des Verfahrens aussprechenden und die Klage zurückweisenden Beschluss des Erstgerichts ersatzlos aufhob und diesem die Fortsetzung des Verfahrens auftrug. Dieser Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen. Die Frage der Rechtswegzulässigkeit für diese Klage ist daher im Sinn des Paragraph 42, Absatz 3, JN als bindend geklärt anzusehen. Das Aufgreifen der durch die Unschlüssigkeit der Forderungsanmeldung bedingten Unzulässigkeit des Rechtswegs für dieses Prüfungsverfahren ist dem Obersten Gerichtshof somit verwehrt.

[76] 5.10. Die Rechtskraftwirkung eines Urteils erstreckt sich allerdings grundsätzlich nur auf den Spruch. Nur soweit es für die Individualisierung des Anspruchs und dessen Tragweite erforderlich ist, sind auch die Entscheidungsgründe heranzuziehen (RS0041357). Die Entscheidungsgründe bleiben aber an sich von der Bindungswirkung gewöhnlich ausgegrenzt (RS0041357 [T5]).

[77] Dies muss gleichermaßen für die Bindungswirkung einer Entscheidung in Zusammenhang mit der amtswegigen Prüfung einer Prozessvoraussetzung gelten. Dass die Entscheidung des Rekursgerichts im Verfahren über die Zulässigkeit des Rechtswegs den Obersten Gerichtshof inhaltlich hinsichtlich der dortigen Vorfragebeurteilung der Schlüssigkeit der Forderungsanmeldung dahin binden könnte, dass der Oberste Gerichtshof eine solche Schlüssigkeit (aufgrund materieller Rechtskraftwirkung der Entscheidung des Rekursgerichts) jedenfalls annehmen müsste, ist auszuschließen. Eine Entscheidung über die Schlüssigkeit der Forderungsanmeldung speziell im Hinblick auf die Erfordernisse nach § 3b Abs 5 und 6 ABBAG-Gesetz hat das Rekursgericht im Verfahren über die Zulässigkeit des Rechtswegs gerade nicht getroffen, das im Wesentlichen mit der „Nachvollziehbarkeit“ der (offenbar auch seiner Meinung nach zunächst unschlüssigen Forderungsanmeldung) für den Insolvenzverwalter aufgrund des nachträglichen Schreibens „I an ihn argumentierte. Dem Spruch seiner Entscheidung ist keine Aussage zur Schlüssigkeit zu entnehmen. [77] Dies muss gleichermaßen für die Bindungswirkung einer Entscheidung in Zusammenhang mit der amtswegigen Prüfung einer Prozessvoraussetzung gelten. Dass die Entscheidung des Rekursgerichts im Verfahren über die Zulässigkeit des Rechtswegs den Obersten Gerichtshof inhaltlich hinsichtlich der dortigen Vorfragebeurteilung der Schlüssigkeit der Forderungsanmeldung dahin binden könnte, dass der Oberste Gerichtshof eine solche Schlüssigkeit (aufgrund materieller Rechtskraftwirkung der Entscheidung des Rekursgerichts) jedenfalls annehmen müsste, ist auszuschließen. Eine Entscheidung über die Schlüssigkeit der Forderungsanmeldung speziell im Hinblick auf die Erfordernisse nach Paragraph 3 b, Absatz 5 und 6 ABBAG-Gesetz hat das Rekursgericht im Verfahren über die Zulässigkeit des Rechtswegs gerade nicht getroffen, das im Wesentlichen mit der „Nachvollziehbarkeit“ der (offenbar

auch seiner Meinung nach zunächst unschlüssigen Forderungsanmeldung) für den Insolvenzverwalter aufgrund des nachträglichen Schreibens „I“ an ihn argumentierte. Dem Spruch seiner Entscheidung ist keine Aussage zur Schlüssigkeit zu entnehmen.

[78] Zusammengefasst kann die Entscheidung des Rekursgerichts im Verfahren über die Prozessvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtswegs den Obersten Gerichtshof daher nicht bei der materiell-rechtlichen Beurteilung der Frage binden, ob das Klagevorbringen im Prüfungsprozess (und auch die Forderungsanmeldung an sich) schlüssig ist.

[79] 5.11. Damit ist der Umstand, dass weder das Klagevorbringen noch die Forderungsanmeldung den Anforderungen an die schlüssige Darstellung eines Rückforderungsanspruchs unter Berücksichtigung der Betragsgrenze in § 3b Abs 5 ABBAG-Gesetz entsprachen, hier wahrzunehmen. Dies kann zwar im Hinblick auf die die Rechtswegzulässigkeit bindend bejahende Entscheidung des Berufungsgerichts als Rekursgericht nicht im Sinn der ständigen Rechtsprechung zu einer nunmehrigen Unzulässigkeit des Rechtswegs führen; allerdings schließt es die dargestellte beschränkte Kognitionsbefugnis im Prüfungsprozess aus, die Entscheidungen der Vorinstanzen zwecks Erörterung mit der Klägerin zur Schlüssigstellung ihres Vorbringens – auch in tatsächlicher Hinsicht – aufzuheben. Eine solche Schlüssigstellung durch ergänzendes Vorbringen ist nach der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung im Prüfungsprozess durch § 110 IO eben ausgeschlossen; der Prüfungsprozess nach dieser Bestimmung kann nur solche Forderungen betreffen, die schon in der Anmeldung ausreichend substantiiert und konkretisiert wurden (8 Ob 25/04s mwN). Bereits die Forderungsanmeldung hätte daher die anspruchsbegründenden Tatsachen enthalten müssen, auf die später die Prüfungsklage gestützt wird (RS0089657 [T18]). Wesentliche Zielrichtung ist es, allen anderen Beteiligten die Beurteilung der Forderung zu ermöglichen und die Identität der in einer darauffolgenden Feststellungsklage nach § 110 IO geltend gemachten Ansprüche feststellen zu können (RS0089657 [T13]; 8 Ob 25/04s mwN). Gerade dies war hier bei der Forderungsanmeldung, die ohne Berücksichtigung der Betragsgrenze von 12.500 EUR und der darauf aufbauenden Ermittlung eines Rückforderungsanspruchs erfolgte, nicht der Fall. Eine Vervollständigung oder Änderung der anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen kommt nach der zitierten insolvenzrechtlichen Rechtsprechung nicht in Betracht. Zwar ist aufgrund der bindenden Entscheidung des Rekursgerichts von der Zulässigkeit des Rechtswegs auszugehen, jedoch ändert das nichts daran, dass es an ausreichend schlüssigem Vorbringen zur Ermittlung des Rückforderungsanspruchs aus dem Titel des Fixkostenzuschusses fehlte und das im Prüfungsprozess nicht mehr nachgeholt werden kann. Eine Aufhebung zwecks Erörterung dieser Unschlüssigkeit hat im Prüfungsprozess zu unterbleiben. [79] 5.11. Damit ist der Umstand, dass weder das Klagevorbringen noch die Forderungsanmeldung den Anforderungen an die schlüssige Darstellung eines Rückforderungsanspruchs unter Berücksichtigung der Betragsgrenze in Paragraph 3 b, Absatz 5, ABBAG-Gesetz entsprachen, hier wahrzunehmen. Dies kann zwar im Hinblick auf die die Rechtswegzulässigkeit bindend bejahende Entscheidung des Berufungsgerichts als Rekursgericht nicht im Sinn der ständigen Rechtsprechung zu einer nunmehrigen Unzulässigkeit des Rechtswegs führen; allerdings schließt es die dargestellte beschränkte Kognitionsbefugnis im Prüfungsprozess aus, die Entscheidungen der Vorinstanzen zwecks Erörterung mit der Klägerin zur Schlüssigstellung ihres Vorbringens – auch in tatsächlicher Hinsicht – aufzuheben. Eine solche Schlüssigstellung durch ergänzendes Vorbringen ist nach der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung im Prüfungsprozess durch Paragraph 110, IO eben ausgeschlossen; der Prüfungsprozess nach dieser Bestimmung kann nur solche Forderungen betreffen, die schon in der Anmeldung ausreichend substantiiert und konkretisiert wurden (8 Ob 25/04s mwN). Bereits die Forderungsanmeldung hätte daher die anspruchsbegründenden Tatsachen enthalten müssen, auf die später die Prüfungsklage gestützt wird (RS0089657 [T18]). Wesentliche Zielrichtung ist es, allen anderen Beteiligten die Beurteilung der Forderung zu ermöglichen und die Identität der in einer darauffolgenden Feststellungsklage nach Paragraph 110, IO geltend gemachten Ansprüche feststellen zu können (RS0089657 [T13]; 8 Ob 25/04s mwN). Gerade dies war hier bei der Forderungsanmeldung, die ohne Berücksichtigung der Betragsgrenze von 12.500 EUR und der darauf aufbauenden Ermittlung eines Rückforderungsanspruchs erfolgte, nicht der Fall. Eine Vervollständigung oder Änderung der anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen kommt nach der zitierten insolvenzrechtlichen Rechtsprechung nicht in Betracht. Zwar ist aufgrund der bindenden Entscheidung des Rekursgerichts von der Zulässigkeit des Rechtswegs auszugehen, jedoch ändert das nichts daran, dass es an ausreichend schlüssigem Vorbringen zur Ermittlung des Rückforderungsanspruchs aus dem Titel des Fixkostenzuschusses fehlte und das im Prüfungsprozess nicht mehr nachgeholt werden kann. Eine Aufhebung zwecks Erörterung dieser Unschlüssigkeit hat im Prüfungsprozess zu unterbleiben.

6. Ergebnis und Kostenentscheidung

[80] 6.1. Damit konnte insgesamt der Revision der Klägerin keine Folge gegeben werden. Die Revision der Beklagten ist hingegen im Sinn einer Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen hinsichtlich des Anspruchs auf Rückersatz des Fixkostenzuschusses stattzugeben.

[81] 6.2. Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich sämtlicher Instanzen auf §§ 41, 50 ZPO. Die Klägerin ist jeweils nicht, der Beklagte hingegen vollinhaltlich durchgedrungen. [81] 6.2. Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich sämtlicher Instanzen auf Paragraphen 41, 50, ZPO. Die Klägerin ist jeweils nicht, der Beklagte hingegen vollinhaltlich durchgedrungen.

Textnummer

E146384

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2025:0010OB00153.25V.1216.000

Im RIS seit

20.01.2026

Zuletzt aktualisiert am

20.01.2026

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at