

TE OGH 2024/10/24 1Ob83/24y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.10.2024

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Musger als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrätin Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger, Mag. Wessely-Kristöfel und Dr. Parzmayr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei J* GmbH, *, vertreten durch die Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, gegen die beklagte Partei Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, wegen 554.375 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 10. April 2024, GZ 14 R 149/23y-22, mit welchem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 5. September 2023, GZ 7 Cg 31/23i-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

I. Die Parteibezeichnung der Beklagten wird auf Republik Österreich (Bund) berichtigrömisches eins. Die Parteibezeichnung der Beklagten wird auf Republik Österreich (Bund) berichtet.

II. Der außerordentlichen Revision wird nicht Folge gegebenrömisches zwei. Der außerordentlichen Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 3.150,20 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Zu I.:Zu römisches eins.:

[1] Gemäß § 6 Abs 1 Satz 1 COFAG-Neuordnungs- und Abwicklungsgesetz, BGBl I 2024/86 (kurz: COFAG-NoAG), das am 19. 7. 2024 in Kraft trat (§ 25 leg cit), gehen sämtliche Rechte und Pflichten der COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) aus Förderanträgen mit 1. 8. 2024 unverändert auf den Bund über. Nach § 6 Abs 2 COFAG-NoAG tritt in sämtlichen gerichtlichen Verfahren der COFAG, die – wie hier – vor dem 1. 8. 2024 anhängig geworden sind und die Ansprüche aus Förderanträgen, Förderverträgen oder Rückforderungen aus diesen zum Gegenstand haben, der Bund von Gesetzes wegen an die Stelle der COFAG. [1] Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Satz 1 COFAG-Neuordnungs- und Abwicklungsgesetz, BGBl I 2024/86 (kurz: COFAG-NoAG), das am 19. 7. 2024 in Kraft trat (Paragraph 25, leg cit), gehen sämtliche Rechte und Pflichten der COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) aus Förderanträgen mit 1. 8. 2024 unverändert auf den Bund über. Nach Paragraph 6, Absatz 2, COFAG-NoAG tritt in sämtlichen gerichtlichen Verfahren der COFAG, die – wie hier – vor dem 1. 8. 2024 anhängig geworden sind und die Ansprüche aus Förderanträgen, Förderverträgen oder Rückforderungen aus diesen zum Gegenstand haben, der Bund von Gesetzes wegen an die Stelle der COFAG.

[2] Die Parteienbezeichnung ist daher – wie von der Republik Österreich beantragt – zu berichtigen.

Zu II.:Zu römisch zwei.:

[3] Die Klägerin betreibt seit Dezember 2011 als Pächterin ein Ferienhotel. Es handelt sich um ein Fünf-Sterne-Resort in einer der bekanntesten Urlaubsdestinationen Österreichs mit 155 Einheiten (144 Zimmer und 11 Premium-Suiten). Es bestehen zwei Pachtverträge mit verbundenen Gesellschaften, über das Hotelgebäude einerseits und über die „Premium-Suites“ andererseits.

[4] Im Zeitraum vom 3. 11. 2020 bis einschließlich 18. 5. 2021 war aufgrund der vom Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz erlassenen COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (BGBl II 2020/461) und der in weiterer Folge erlassenen COVID-19-Notmaßnahmenverordnungen (BGBl II 2020/479 ua) das Betreten von Beherbergungsbetrieben zur Inanspruchnahme von Dienstleistungen zu touristischen Zwecken untersagt. Das von der Klägerin betriebene Hotel war vom 3. 11. 2020 bis 18. 5. 2021 gänzlich geschlossen.

[5] Die COFAG wurde vom Bundesminister für Finanzen ua damit beauftragt, durch die hier relevante Förderungsmaßnahme Verlustersatz zu gewähren.

[6] Die Beihilfe „Verlustersatz“ wird grundsätzlich in zwei Tranchen ausbezahlt. Zuerst werden nur 70 % der voraussichtlich zustehenden Fördersumme geleistet. Die Auszahlung der ersten Tranche kann früher beantragt werden. Für die zweite Tranche ist später ein separates Auszahlungsansuchen zu stellen, in dessen Zuge auch allfällige Korrekturen betreffend die Förderbemessung vorzunehmen sind.

[7] Die Klägerin hat für den Zeitraum 16. 9. 2020 bis Oktober 2020 und Dezember 2020 bis einschließlich Juni 2021 am 29. 3. 2021 einen Antrag auf Auszahlung der ersten Tranche und am 13. 1. 2022 einen Antrag auf Auszahlung der zweiten Tranche des Verlustersatzes gestellt. Die Beklagte zahlte der Klägerin im Oktober 2021 929.694,66 EUR im Rahmen der ersten Tranche und im November 2022 232.642,09 EUR im Rahmen der zweiten Tranche aus.

[8] Im Dezember 2021 vereinbarte die Klägerin mit ihren beiden Verpächterinnen für die Zeit von November 2020 bis 18. 5. 2021 rückwirkend eine Pachtzinsminderung in Höhe von 25 % der Nettopacht.

[9] Den für den Zeitraum des Lockdowns vom 3. 11. 2020 bis 18. 5. 2021, in dem das Hotel geschlossen war, bezahlten Bestandzins anerkannte die COFAG nicht als Aufwand und kürzte den beantragten Verlustersatz, sodass statt (der im zweiten Antrag angeführten insgesamt) 1.716.711,75 EUR um 554.375 EUR weniger ausbezahlt wurde.

[10] Die Klägerin begehrt den Zuspruch dieser Verlustersatzdifferenz.

[11] Die Beklagte bestreitet. Pachtzinszahlungen für Zeiträume eines aufrechten Lockdowns könnten nicht betraglich berücksichtigt werden. Die Vereinbarung der Pachtzinsreduktion sei fremdunüblich. Fremdüblich wäre gewesen, wenn sich die Klägerin auf eine völlige Unbrauchbarkeit und damit einen Fall des § 1104 ABGB berufen hätte. [11] Die Beklagte bestreitet. Pachtzinszahlungen für Zeiträume eines aufrechten Lockdowns könnten nicht betraglich berücksichtigt werden. Die Vereinbarung der Pachtzinsreduktion sei fremdunüblich. Fremdüblich wäre gewesen, wenn sich die Klägerin auf eine völlige Unbrauchbarkeit und damit einen Fall des Paragraph 1104, ABGB berufen hätte.

[12] Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

[13] Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung.

[14] Die Klägerin hätte [gegenüber ihren Verpächterinnen] geltend machen können, dass das Bestandsobjekt aufgrund des Betretungsverbots für touristische Zwecke vollkommen unbrauchbar gewesen sei. Einem unternehmerisch tätigen Bestandnehmer habe nach den Grundsätzen der Rechtsprechung nicht zugemutet werden können, ein während des ersten oder zweiten Lockdowns erlaubtes Geschäft aufzunehmen, das ex ante – etwa wegen des fehlenden Kundenkreises – mit einem nachhaltigen Verlust verbunden gewesen wäre. Dies habe gemäß § 1104 ABGB zum Entfall der Verpflichtung zur Leistung des Pachtzinses geführt. [14] Die Klägerin hätte [gegenüber ihren Verpächterinnen] geltend machen können, dass das Bestandsobjekt aufgrund des Betretungsverbots für touristische Zwecke vollkommen unbrauchbar gewesen sei. Einem unternehmerisch tätigen Bestandnehmer habe nach den Grundsätzen der Rechtsprechung nicht zugemutet werden können, ein während des ersten oder zweiten Lockdowns erlaubtes Geschäft aufzunehmen, das ex ante – etwa wegen des fehlenden Kundenkreises – mit einem nachhaltigen Verlust verbunden gewesen wäre. Dies habe gemäß Paragraph 1104, ABGB zum Entfall der Verpflichtung zur Leistung des Pachtzinses geführt.

[15] Damit seien aber entsprechend Punkt 4.2.3 des Anhangs zur Verordnung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 3b Abs 3 ABBAG-Gesetz betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Verlustersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (BGBl II 2020/568) die Bestandzinszahlungen nicht zu berücksichtigen, da das Bestandobjekt in den relevanten Zeiträumen tatsächlich für die vertraglich bedungenen betrieblichen Zwecke nicht nutzbar gewesen sei. Die von der Klägerin argumentierte Vereinbarung über eine Pachtzinsminderung von 25 % könne nicht als fremdübliche Einigung auf eine aufgrund der eingeschränkten Nutzbarkeit ex ante sachgerechte Bestandzinsminderung angesehen werden. Die Klägerin selbst habe vorgebracht, die Beherbergung von Geschäftsreisenden wäre nicht wirtschaftlich gewesen. [15] Damit seien aber entsprechend Punkt 4.2.3 des Anhangs zur Verordnung des Bundesministers für Finanzen gemäß Paragraph 3 b, Absatz 3, ABBAG-Gesetz betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Verlustersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (BGBl II 2020/568) die Bestandzinszahlungen nicht zu berücksichtigen, da das Bestandobjekt in den relevanten Zeiträumen tatsächlich für die vertraglich bedungenen betrieblichen Zwecke nicht nutzbar gewesen sei. Die von der Klägerin argumentierte Vereinbarung über eine Pachtzinsminderung von 25 % könne nicht als fremdübliche Einigung auf eine aufgrund der eingeschränkten Nutzbarkeit ex ante sachgerechte Bestandzinsminderung angesehen werden. Die Klägerin selbst habe vorgebracht, die Beherbergung von Geschäftsreisenden wäre nicht wirtschaftlich gewesen.

[16] Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision nicht zu, weil die Regelung zur Berücksichtigung der Bestandzinszahlungen im Anhang der Richtlinien über die Gewährung eines Verlustersatzes eindeutig sei.

[17] Mit ihrer außerordentlichen Revision strebt die Klägerin eine Klagestattgebung an.

[18] Die Beklagte beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel der Klägerin zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[19] Die außerordentliche Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig. Sie ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

1. Allgemeines zum Anspruch auf Förderung:

[20] Nach der Rechtsprechung besteht aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte auch in der privatwirtschaftlichen Förderverwaltung ein klagbarer Anspruch gegen die auf Grundlage eines Selbstbindungsgesetzes leistungspflichtige Förderstelle, soweit ein solcher Anspruch nicht mangels Erfüllung der im Selbstbindungsgesetz normierten Leistungsvoraussetzungen oder in Ermangelung solcher Vorschriften deshalb ausscheidet, weil die Leistungsverweigerung im Einzelfall dem aus Art 7 B-VG abgeleiteten Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsgebot nicht widerspricht (RS0117458; zuletzt für den Fall des Fehlens konkreter Leistungsvoraussetzungen 1 Ob 94/24s). [20] Nach der Rechtsprechung besteht aufgrund der Fiskalgeltung der Grundrechte auch in der privatwirtschaftlichen Förderverwaltung ein klagbarer Anspruch gegen die auf Grundlage eines Selbstbindungsgesetzes leistungspflichtige Förderstelle, soweit ein solcher Anspruch nicht mangels Erfüllung der im Selbstbindungsgesetz normierten Leistungsvoraussetzungen oder in Ermangelung solcher Vorschriften deshalb ausscheidet, weil die Leistungsverweigerung im Einzelfall dem aus Artikel 7, B-VG abgeleiteten Gleichbehandlungs- und Sachlichkeitsgebot nicht widerspricht (RS0117458; zuletzt für den Fall des Fehlens konkreter Leistungsvoraussetzungen 1 Ob 94/24s).

[21] Es stellt sich hier daher an erster Stelle die Frage nach den für die Gewährung des Verlustersatzes konkret statuierten Leistungsvoraussetzungen.

2. Rechtlicher Rahmen für die strittige Fördermaßnahme

[22] 2.1. Nach Ausbruch der Corona-Pandemie wurde mit dem COVID-19-Gesetz (BGBl I 2020/12) das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes (ABBAG-Gesetz; Stammfassung BGBl I 2014/51) zur Ermöglichung finanzieller Hilfen an Unternehmen in mehreren Punkten ergänzt. Insbesondere wurde der Bundesminister für Finanzen in § 3b Abs 3 ABBAG-Gesetz ermächtigt, mit Verordnung Richtlinien zur Gewährung finanzieller Unterstützungen zu erlassen. Konkrete Leistungsvoraussetzungen enthielt diese Bestimmung nicht. Wohl aber wurden die in § 3b Abs 3 ABBAG-Gesetz vorgesehenen Verordnungen erlassen, die solche Voraussetzungen enthielten. Im vorliegenden Fall sind folgende (mehrfach geänderte) Verordnungen relevant: [22] 2.1. Nach Ausbruch der Corona-Pandemie wurde mit dem COVID-19-Gesetz (BGBl I 2020/12) das Bundesgesetz

über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes (ABBAG-Gesetz; Stammfassung BGBl I 2014/51) zur Ermöglichung finanzieller Hilfen an Unternehmen in mehreren Punkten ergänzt. Insbesondere wurde der Bundesminister für Finanzen in Paragraph 3 b, Absatz 3, ABBAG-Gesetz ermächtigt, mit Verordnung Richtlinien zur Gewährung finanzieller Unterstützungen zu erlassen. Konkrete Leistungsvoraussetzungen enthielt diese Bestimmung nicht. Wohl aber wurden die in Paragraph 3 b, Absatz 3, ABBAG-Gesetz vorgesehenen Verordnungen erlassen, die solche Voraussetzungen enthielten. Im vorliegenden Fall sind folgende (mehrfach geänderte) Verordnungen relevant:

Verordnung gemäß § 3b Abs 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Verlustersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) (VO über die Gewährung eines Verlustersatzes), Stammfassung BGBl II 2020/568 (kurz: Verlustersatz-VO I). Verordnung gemäß Paragraph 3 b, Absatz 3, des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Verlustersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) (VO über die Gewährung eines Verlustersatzes), Stammfassung BGBl II 2020/568 (kurz: Verlustersatz-VO römisch eins).

Verordnung gemäß § 3b Abs 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Verlängerung der Gewährung eines Verlustersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) (VO Verlustersatz II), Stammfassung BGBl II 2021/343 (kurz: Verlustersatz-VO II). Verordnung gemäß Paragraph 3 b, Absatz 3, des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Verlängerung der Gewährung eines Verlustersatzes durch die COVID-19 Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) (VO Verlustersatz römisch zwei), Stammfassung BGBl II 2021/343 (kurz: Verlustersatz-VO römisch zwei).

[23] Gemäß § 6a Abs 2 ABBAG-Gesetz wurde – auf Basis von § 2 Abs 2a dieses Gesetzes – über Auftrag des Bundesministers für Finanzen die Rechtsvorgängerin der Beklagten – die COFAG – gegründet und dieser die Erbringung der Dienstleistungen und finanziellen Maßnahmen gemäß § 2 Abs 2 Z 7 ABBAG-Gesetz übertragen. [23] Gemäß Paragraph 6 a, Absatz 2, ABBAG-Gesetz wurde – auf Basis von Paragraph 2, Absatz 2 a, dieses Gesetzes – über Auftrag des Bundesministers für Finanzen die Rechtsvorgängerin der Beklagten – die COFAG – gegründet und dieser die Erbringung der Dienstleistungen und finanziellen Maßnahmen gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 7, ABBAG-Gesetz übertragen.

[24] 2.2. Mit Erkenntnis vom 5. 10. 2023, G 265/2022, hob der VfGH § 2 Abs 1 Z 3, § 2 Abs 2 Z 7, § 2 Abs 2a, § 3b Abs 2 und § 6a des ABBAG-Gesetzes, BGBl I 2014/51, idF BGBl I 2021/228, als verfassungswidrig auf. Die Aufhebung sollte mit Ablauf des 31. 10. 2024 in Kraft treten. [24] 2.2. Mit Erkenntnis vom 5. 10. 2023, G 265 aus 2022,, hob der VfGH Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 3,, Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 7,, Paragraph 2, Absatz 2 a,, Paragraph 3 b, Absatz 2 und Paragraph 6 a, des ABBAG-Gesetzes, BGBl I 2014/51, in der Fassung BGBl I 2021/228, als verfassungswidrig auf. Die Aufhebung sollte mit Ablauf des 31. 10. 2024 in Kraft treten.

[25] Zur ehestmöglichen Abwicklung der COFAG und zur Umsetzung dieses Erkenntnisses des VfGH (vgl IA 4070/A 27. GP 14) wurde zwischenzeitig mit dem COFAG Sammelgesetz, BGBl I 2024/86, ua das COFAG-Neuordnungs- und Abwicklungsgesetz (COFAG-NoAG) erlassen und das ABBAG-Gesetz geändert. [25] Zur ehestmöglichen Abwicklung der COFAG und zur Umsetzung dieses Erkenntnisses des VfGH vergleiche IA 4070/A 27. Gesetzgebungsperiode 14,) wurde zwischenzeitig mit dem COFAG Sammelgesetz, BGBl I 2024/86, ua das COFAG-Neuordnungs- und Abwicklungsgesetz (COFAG-NoAG) erlassen und das ABBAG-Gesetz geändert.

[26] Gemäß § 3 Abs 1 COFAG-NoAG sind die in § 2 Abs 9 leg cit angeführten Verordnungen auf Förderanträge, die bis zum Ende der für diese vorgesehenen Fristen eingebracht wurden, weiter anzuwenden. Dazu zählen nach § 2 Abs 9 Z 8 und 12 COFAG-NoAG insbesondere die oben genannten Verordnungen. [26] Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, COFAG-NoAG sind die in Paragraph 2, Absatz 9, leg cit angeführten Verordnungen auf Förderanträge, die bis zum Ende der für diese vorgesehenen Fristen eingebracht wurden, weiter anzuwenden. Dazu zählen nach Paragraph 2, Absatz 9, Ziffer 8 und 12 COFAG-NoAG insbesondere die oben genannten Verordnungen.

[2 7] § 3 Abs 1 COFAG-NoAG stellt klar, dass diese Verordnungen ungeachtet der Aufhebung des § 3b ABBAG-Gesetzes mit der Änderung des ABBAG-Gesetzes durch das COFAG Sammelgesetz, BGBl I 2024/86, mit Ablauf des 31. 7. 2024 (§ 7 leg cit) auch weiterhin maßgeblich sind, soweit der Förderantrag fristgerecht eingebracht worden ist (vgl IA 4070/A 27. GP 19). [27] Paragraph 3, Absatz eins, COFAG-NoAG stellt klar, dass diese Verordnungen ungeachtet

der Aufhebung des Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetzes mit der Änderung des ABBAG-Gesetzes durch das COFAG Sammelgesetz, BGBl I 2024/86, mit Ablauf des 31. 7. 2024 (Paragraph 7, leg cit) auch weiterhin maßgeblich sind, soweit der Förderantrag fristgerecht eingebracht worden ist vergleiche IA 4070/A 27. Gesetzgebungsperiode 19,).

[28] 2.3. Die Verlustersatz-VO I wurde (ua) am 15. 3. 2022 mit BGBl II 2022/113 novelliert. Die Verlustersatz-VO II wurde am 16. 3. 2022 mit BGBl II 2022/114 novelliert. [28] 2.3. Die Verlustersatz-VO römisch eins wurde (ua) am 15. 3. 2022 mit BGBl II 2022/113 novelliert. Die Verlustersatz-VO römisch zwei wurde am 16. 3. 2022 mit BGBl II 2022/114 novelliert.

[29] Die Verlustersatz-VO II gilt nur für näher festgelegte Zeiträume beginnend ab Juli 2021 und ist daher im gegebenen Zusammenhang nicht weiter von Interesse. Auf die Betrachtungszeiträume, für die die Klägerin Verlustersatz geltend macht (Bestandzinszahlungen während des zweiten Lockdowns bis Mai 2021), ist die Verlustersatz-VO I anwendbar (Punkt 4.4.2 des Anhangs dieser VO; vgl VfGH vom 29. 2. 2024, V 345/2023). [29] Die Verlustersatz-VO römisch zwei gilt nur für näher festgelegte Zeiträume beginnend ab Juli 2021 und ist daher im gegebenen Zusammenhang nicht weiter von Interesse. Auf die Betrachtungszeiträume, für die die Klägerin Verlustersatz geltend macht (Bestandzinszahlungen während des zweiten Lockdowns bis Mai 2021), ist die Verlustersatz-VO römisch eins anwendbar (Punkt 4.4.2 des Anhangs dieser VO; vergleiche VfGH vom 29. 2. 2024, V 345 aus 2023,).

[30] Bereits in der Stammfassung zum Anhang der Verlustersatz-VO I waren nachstehende Regelungen enthalten [Anm: Hervorhebungen durch den Senat]: [30] Bereits in der Stammfassung zum Anhang der Verlustersatz-VO römisch eins waren nachstehende Regelungen enthalten [Anm: Hervorhebungen durch den Senat]:

„3 Begünstigte Unternehmen

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

...

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

...

4 Ermittlung und Höhe des Verlustersatzes

...

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.

Der Verlust ist die Differenz zwischen den Erträgen und den damit unmittelbar und mittelbar zusammenhängenden Aufwendungen des Unternehmens, jeweils bezogen auf die antragsgegenständlichen Betrachtungszeiträume. Aufwendungen und Erträge, die aufgrund von (direkten) Leistungsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen verrechnet werden, stellen Aufwendungen und Erträge im Sinne dieser Richtlinie dar, wenn sie, unter Berücksichtigung der Schadensminderungspflicht gemäß Punkt 3.1.10, angemessen und fremdüblich sind. ...“

[31] Mit BGBl I 2021/228 wurde das ABBAG-Gesetz (Stammfassung BGBl I 2014/51) geändert und § 3b leg cit um folgende Abs 5 bis 8 ergänzt: [31] Mit BGBl I 2021/228 wurde das ABBAG-Gesetz (Stammfassung BGBl I 2014/51) geändert und Paragraph 3 b, leg cit um folgende Absatz 5 bis 8 ergänzt:

„(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 Bestandzinszahlungen 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.“ (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. ...

(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.“

[32] Diese Gesetzesänderung war insbesondere von folgenden Erwägungen getragen (Begründung des in der Plenarsitzung eingebrachten Antrags, StProtNR, 27. GP, 137. Sitzung 133 f):

„Angesichts der jüngsten OGH-Judikatur zu den §§ 1104, 1105 ABGB ist es notwendig, rechtliche Rahmenbedingungen für zukünftige Rückforderungsprozesse im Zusammenhang mit an Unternehmen gewährten Förderungen zu schaffen. Dabei ist sowohl auf die im Fluß [sic] befindliche Rechtsprechung, die gesetzlich vorgegebenen Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sowie auf die Vermeidung von Härtefällen zu achten. Es soll daher eine effiziente Vorgehensweise hinsichtlich jener Fördermaßnahmen ermöglicht werden, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass tatsächlich nicht geschuldete Bestandzinsaufwendungen im Rahmen der Beantragung von Fördermaßnahmen angesetzt und an Unternehmen auch tatsächlich ausbezahlt wurden.“Angesichts der jüngsten OGH-Judikatur zu den Paragraphen 1104, 1105, ABGB ist es notwendig, rechtliche Rahmenbedingungen für zukünftige Rückforderungsprozesse im Zusammenhang mit an Unternehmen gewährten Förderungen zu schaffen. Dabei ist sowohl auf die im Fluß [sic] befindliche Rechtsprechung, die gesetzlich vorgegebenen Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sowie auf die Vermeidung von Härtefällen zu achten. Es soll daher eine effiziente Vorgehensweise hinsichtlich jener Fördermaßnahmen ermöglicht werden, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass tatsächlich nicht geschuldete Bestandzinsaufwendungen im Rahmen der Beantragung von Fördermaßnahmen angesetzt und an Unternehmen auch tatsächlich ausbezahlt wurden. ...

Abs 7 stellt klar, dass ... auch die Höhe künftiger Auszahlungen von der tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandsobjektes abhängt. Eine solche kann aber auch anhand des jeweiligen objekt- und zeitbezogenen Umsatzausfalls berechnet werden.“Absatz 7, stellt klar, dass ... auch die Höhe künftiger Auszahlungen von der tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandsobjektes abhängt. Eine solche kann aber auch anhand des jeweiligen objekt- und zeitbezogenen Umsatzausfalls berechnet werden.“

[33] In der Folge wurde der nachstehende Punkt 4.2.3 mit der Novelle BGBl II 2022/113, ausgegeben am 15. 3. 2022, erstmals in den Anhang zur Verlustersatz-VO I eingefügt: [33] In der Folge wurde der nachstehende Punkt 4.2.3 mit der Novelle BGBl II 2022/113, ausgegeben am 15. 3. 2022, erstmals in den Anhang zur Verlustersatz-VO römisch eins eingefügt:

„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. ...“

[34] Der (am 19. 7. 2024 in Kraft getretene) § 3 COFAG-NoAG bestimmt nunmehr ua: [34] Der (am 19. 7. 2024 in Kraft getretene) Paragraph 3, COFAG-NoAG bestimmt nunmehr ua:

„(6) Für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen und für die Höhe eines allfälligen Rückforderungs- oder Rückerstattungsanspruchs nach Abs 4 ist die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjektes in jenen Zeiträumen, in welchen der Antragsteller oder Vertragspartner direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, maßgeblich. Diese tatsächliche Nutzbarkeit kann auch auf der Grundlage des Umsatzausfalles, der für das Bestandsobjekt vom Antragssteller oder Vertragspartner nachzuweisen ist, berechnet werden.“(6) Für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen und für die Höhe eines allfälligen Rückforderungs- oder Rückerstattungsanspruchs nach Absatz 4, ist die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjektes in jenen Zeiträumen, in welchen der Antragsteller oder Vertragspartner direkt von einem behördlichen Betretungsverbot betroffen war, maßgeblich. Diese tatsächliche Nutzbarkeit kann auch auf der Grundlage des Umsatzausfalles, der für das Bestandsobjekt vom Antragssteller oder Vertragspartner nachzuweisen ist, berechnet werden.

(7) Eine tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandobjektes 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 Bestandobjektes 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.“

[35] Die Materialien führen dazu aus, dass in den Abs 4 bis 6 leg cit weiterhin erforderliche Bestimmungen zum Umgang mit Bestandszinsen aus § 3b ABBAG-Gesetz übernommen werden, der durch das COFAG Sammelgesetz aufgehoben wird (vgl IA 4070/A 27. GP 20). Abs 7 wurde aufgrund eines Abänderungsantrags im Plenum eingefügt, nach dessen Begründung es sich um eine „Klarstellung“ des zum Altbestand gehörenden Abs 6 handelte (AA-402 27. GP 2). [35] Die Materialien führen dazu aus, dass in den Absatz 4 bis 6 leg cit weiterhin erforderliche Bestimmungen zum Umgang mit Bestandszinsen aus Paragraph 3 b, ABBAG-Gesetz übernommen werden, der durch das COFAG Sammelgesetz aufgehoben wird vergleiche IA 4070/A 27. Gesetzgebungsperiode 20,). Absatz 7, wurde aufgrund eines Abänderungsantrags im Plenum eingefügt, nach dessen Begründung es sich um eine „Klarstellung“ des zum Altbestand gehörenden Absatz 6, handelte (AA-402 27. Gesetzgebungsperiode 2,).

[36] 2.4. Auf eine Änderung der Rechtslage hat das Gericht in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in dritter Instanz, Bedacht zu nehmen, wobei grundsätzlich nach den Übergangsbestimmungen zu beurteilen ist, ob und inwieweit die Gesetzesänderung in einem zum Zeitpunkt des Eintritts der Gesetzesänderung bereits laufenden Verfahren zu beachten ist (RS0106868; RS0031419). Für den vorliegenden Fall relevante Übergangsvorschriften enthält

das COFAG-NoAG nicht.

[37] § 3 Abs 6 COFAG-NoAG entspricht § 3b Abs 7 ABBAG-Gesetz. Demnach ist für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen (hier Verlustersatz) die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandobjekts während eines behördlichen Betretungsverbots maßgeblich. Für bereits ausbezahlte finanzielle Maßnahmen sieht das Gesetz ebenfalls von der tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandobjekts abhängige Rückforderungsmöglichkeiten vor. Damit differenziert der Gesetzgeber zwischen bereits erfolgten und noch nicht erfolgten Auszahlungen im Zusammenhang mit Bestandzinsen und stellt klar auf den Auszahlungszeitpunkt ab. [37] Paragraph 3, Absatz 6, COFAG-NoAG entspricht Paragraph 3 b, Absatz 7, ABBAG-Gesetz. Demnach ist für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen (hier Verlustersatz) die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandobjekts während eines behördlichen Betretungsverbots maßgeblich. Für bereits ausbezahlte finanzielle Maßnahmen sieht das Gesetz ebenfalls von der tatsächlichen Nutzbarkeit des Bestandobjekts abhängige Rückforderungsmöglichkeiten vor. Damit differenziert der Gesetzgeber zwischen bereits erfolgten und noch nicht erfolgten Auszahlungen im Zusammenhang mit Bestandzinsen und stellt klar auf den Auszahlungszeitpunkt ab.

[38] Der hier strittige Förderbetrag wurde noch nicht ausgezahlt. Relevant sind daher die Bedingungen dieser Auszahlung regelnden aktuellen Bestimmungen. Dazu gehört auch § 3 Abs 7 COFAG-NoAG, der sich als Verdeutlichung und Konkretisierung der Bestimmung des § 3 Abs 6 COFAG-NoAG darstellt. [38] Der hier strittige Förderbetrag wurde noch nicht ausgezahlt. Relevant sind daher die Bedingungen dieser Auszahlung regelnden aktuellen Bestimmungen. Dazu gehört auch Paragraph 3, Absatz 7, COFAG-NoAG, der sich als Verdeutlichung und Konkretisierung der Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 6, COFAG-NoAG darstellt.

3. Daraus ergeben sich für den Anlassfall folgende Schlussfolgerungen:

[39] In Anbetracht der soeben dargestellten geltenden Rechtslage, zu der auch die Verlustersatz-VO I idF BGBl II 2022/113 zählt (§ 3 Abs 1 iVm § 2 Abs 9 Z 8 COFAG-NoAG), ist der Einwand der Klägerin, Punkt 4.2.3 des Anhangs dieser Verordnung sei nicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, nicht richtig. Da das Gesetz (ohne spezielle Übergangsvorschriften) die Auszahlung der finanziellen Maßnahmen regelt, muss auch die dieses Gesetz umsetzende Verordnung für die Frage ihrer Anwendbarkeit auf diesen Zeitpunkt abstellen. Allerdings tritt die Bedeutung der Verordnung gegenüber dem hier ohnehin eindeutigen Gesetzestext in den Hintergrund. [39] In Anbetracht der soeben dargestellten geltenden Rechtslage, zu der auch die Verlustersatz-VO römisch eins in der Fassung BGBl II 2022/113 zählt (Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz 9, Ziffer 8, COFAG-NoAG), ist der Einwand der Klägerin, Punkt 4.2.3 des Anhangs dieser Verordnung sei nicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, nicht richtig. Da das Gesetz (ohne spezielle Übergangsvorschriften) die Auszahlung der finanziellen Maßnahmen regelt, muss auch die dieses Gesetz umsetzende Verordnung für die Frage ihrer Anwendbarkeit auf diesen Zeitpunkt abstellen. Allerdings tritt die Bedeutung der Verordnung gegenüber dem hier ohnehin eindeutigen Gesetzestext in den Hintergrund.

[40] Damit haben die Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandobjekts der Klägerin für maßgeblich erachtet, um zu klären, ob die von ihr geleisteten Bestandzinszahlungen während des (zweiten) Lockdowns bei Ermittlung des Verlustersatzes zu berücksichtigen sind.

4. Zur Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts infolge behördlicher Betretungsverbote während der COVID-19-Pandemie

[41] 4.1. Zu den in § 1104 ABGB ausdrücklich genannten Elementarereignissen gehört die „Seuche“; COVID-19 ist ein solcher Fall. Aus diesem Elementarereignis resultierende hoheitliche Eingriffe wie Betretungsverbote für bestimmte Geschäftslokale hatten zur Folge, dass diese Objekte „gar nicht gebraucht oder benutzt werden“ konnten (RS0133812). [41] 4.1. Zu den in Paragraph 1104, ABGB ausdrücklich genannten Elementarereignissen gehört die „Seuche“; COVID-19 ist ein solcher Fall. Aus diesem Elementarereignis resultierende hoheitliche Eingriffe wie Betretungsverbote für bestimmte Geschäftslokale hatten zur Folge, dass diese Objekte „gar nicht gebraucht oder benutzt werden“ konnten (RS0133812).

[42] Wenn die in Bestand genommene Sache wegen eines außerordentlichen Zufalls gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist nach dem sowohl auf Miet- als auch auf Pachtverhältnisse anzuwendenden § 1104 ABGB kein Mietzins zu entrichten; bloß teilweise Unbenutzbarkeit führt hingegen zur Anwendung des zwischen Miet- und Pachtverträgen differenzierenden § 1105 ABGB (1 Ob 178/22s mwN). [42] Wenn die in Bestand genommene Sache wegen eines außerordentlichen Zufalls gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist nach dem sowohl auf

Miet- als auch auf Pachtverhältnisse anzuwendenden Paragraph 1104, ABGB kein Mietzins zu entrichten; bloß teilweise Unbenutzbarkeit führt hingegen zur Anwendung des zwischen Miet- und Pachtverträgen differenzierenden Paragraph 1105, ABGB (1 Ob 178/22s mwN).

[43] Die Frage, ob (teilweise) Unbenützbarkeit des Bestandgegenstands vorliegt, ist nach dem Vertragszweck zu beurteilen. Die Bestandsache muss eine Verwendung zulassen, wie sie gewöhnlich nach dem Vertragszweck erforderlich ist und nach der Verkehrssitte erfolgt. Mangels anderer Vereinbarungen ist eine mittlere (durchschnittliche) Brauchbarkeit geschuldet (RS0021054; RS0020926). Für die Beurteilung ist daher in erster Linie die (ausdrückliche) Parteienvereinbarung bzw der dem Vertrag zugrunde gelegte Geschäftszweck maßgeblich (RS0021044).

[44] Eine gänzliche Unbrauchbarkeit eines Bestandobjekts zu Beherbergungszwecken ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn bei Weiterführung des Betriebs im erlaubten Umfang ein nachhaltiges Verlustgeschäft zu erwarten gewesen wäre (RS0021044 [T4]; 8 Ob 131/21d; 1 Ob 178/22s). Der Oberste Gerichtshof hat bereits klargestellt, dass das bloße Belassen des Inventars in den Räumen keine „Nutzung“ des Bestandobjekts zum vertraglich vereinbarten (Geschäfts-)Zweck ist (3 Ob 78/21y [Sonnenstudio]). Ebenso wenig kann aus der bloßen Erhaltung und Verwaltung eines auf Beherbergung und Verköstigung von Gästen ausgerichteten Pachtobjekts ein dem Geschäftszweck zuzuordnender Gebrauchsnutzen gezogen werden (1 Ob 178/22s [Schutzhütte]).

[45] 4.2. Das Hotel der Klägerin war nach den Feststellungen während des (zweiten) Lockdowns aus wirtschaftlichen Erwägungen zur Gänze geschlossen. Sie selbst brachte vor, dass sie sich zur Reduktion der Kosten und zur Verringerung der unvermeidbaren Verluste für die gänzliche Schließung entschieden habe. Die Beherbergung von Geschäftsreisenden wäre keine taugliche wirtschaftliche Grundlage für eine Öffnung des Hotels gewesen. Dass ein großes Ferienhotel im Luxussegment ohne touristische Gäste nur mit nachhaltigem Verlust betrieben werden kann, liegt auf der Hand.

[46] Richtig war das Berufungsgericht daher der Auffassung, dass die getätigten Bestandzinsaufwendungen im Zeitraum vom 3. 11. 2020 bis 18. 5. 2021 gemäß § 1104 ABGB wegen gänzlicher Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts tatsächlich nicht geschuldet waren, weil bei Weiterführung des Hotelbetriebs im erlaubten Umfang ein nachhaltiges Verlustgeschäft zu erwarten gewesen wäre (RS0021044 [T4]; 1 Ob 178/22s). [46] Richtig war das Berufungsgericht daher der Auffassung, dass die getätigten Bestandzinsaufwendungen im Zeitraum vom 3. 11. 2020 bis 18. 5. 2021 gemäß Paragraph 1104, ABGB wegen gänzlicher Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts tatsächlich nicht geschuldet waren, weil bei Weiterführung des Hotelbetriebs im erlaubten Umfang ein nachhaltiges Verlustgeschäft zu erwarten gewesen wäre (RS0021044 [T4]; 1 Ob 178/22s).

[47] Soweit die Klägerin aus der Beherbergung von Geschäftsreisenden und der Etablierung eines Caterings oder Take-Aways nunmehr einen Restnutzen ableiten möchte, setzt sie sich in Widerspruch zu ihrem eigenen erstinstanzlichen Vorbringen und zum festgestellten Sachverhalt; die Aufrechterhaltung des Bürobetriebs alleine stellt schon nach der Judikatur (vgl RS0021044 [T7]) keinen dem Geschäftszweck eines Beherbergungsbetriebs zuzuordnenden Gebrauchsnutzen dar. [47] Soweit die Klägerin aus der Beherbergung von Geschäftsreisenden und der Etablierung eines Caterings oder Take-Aways nunmehr einen Restnutzen ableiten möchte, setzt sie sich in Widerspruch zu ihrem eigenen erstinstanzlichen Vorbringen und zum festgestellten Sachverhalt; die Aufrechterhaltung des Bürobetriebs alleine stellt schon nach der Judikatur (vergleiche RS0021044 [T7]) keinen dem Geschäftszweck eines Beherbergungsbetriebs zuzuordnenden Gebrauchsnutzen dar.

[48] 5. Der Einwand der Klägerin, ihr wäre die vollständige Unbrauchbarkeit des gepachteten Hotelbetriebs und deren Bedeutung für ihren Förderanspruch ex ante nicht erkennbar gewesen, verfängt nicht:

[49] 5.1. Bereits nach Punkt 3 der Stammfassung zum Anhang der Verlustersatz-VO I war Voraussetzung für die Gewährung von Verlustersatz, dass das Unternehmen schadensmindernde Maßnahmen gesetzt hat, um die durch den Verlustersatz zu deckenden Verluste zu reduzieren (Schadensminderungspflicht bei Ex-ante-Betrachtung). [49] 5.1. Bereits nach Punkt 3 der Stammfassung zum Anhang der Verlustersatz-VO römisch eins war Voraussetzung für die Gewährung von Verlustersatz, dass das Unternehmen schadensmindernde Maßnahmen gesetzt hat, um die durch den Verlustersatz zu deckenden Verluste zu reduzieren (Schadensminderungspflicht bei Ex-ante-Betrachtung).

[50] Zudem wurde unter Punkt 4.2 klargestellt, dass Aufwendungen, die aufgrund von (direkten) Leistungsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen verrechnet werden, (nur dann) Aufwendungen im Sinne dieser

Richtlinie darstellen, wenn sie, unter Berücksichtigung der Schadensminderungspflicht gemäß Punkt 3.1.10, angemessen und fremdüblich sind.

[51] Schon die Frage, ob die Klägerin ihrer Schadensminderungspflicht entsprochen hat und ihre Aufwendungen für das Bestandsobjekt einem Fremdvergleich standhalten, kann nur anhand der tatsächlich geschuldeten Bestandszinsaufwendungen beurteilt werden.

[52] Schließlich hat § 3b Abs 7 ABBAG-Gesetz ab 1. 1. 2022, damit schon zum Zeitpunkt, als die Klägerin den Antrag auf Auszahlung der zweiten Tranche gestellt hat (13. 1. 2022), klargestellt, dass für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen (hier Verlustersatz) die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjekts während eines behördlichen Betretungsverbots maßgeblich ist. Diese Bestimmung wurde mit § 3 Abs 6 COFAG-NoAG in die aktuell gültige Rechtslage überführt. [52] Schließlich hat Paragraph 3 b, Absatz 7, ABBAG-Gesetz ab 1. 1. 2022, damit schon zum Zeitpunkt, als die Klägerin den Antrag auf Auszahlung der zweiten Tranche gestellt hat (13. 1. 2022), klargestellt, dass für den Umfang der Auszahlung von finanziellen Maßnahmen (hier Verlustersatz) die tatsächliche Nutzbarkeit des Bestandsobjekts während eines behördlichen Betretungsverbots maßgeblich ist. Diese Bestimmung wurde mit Paragraph 3, Absatz 6, COFAG-NoAG in die aktuell gültige Rechtslage überführt.

[53] 5.2. Als die Klägerin im Dezember 2021 mit ihren Verpächterinnen rückwirkend die Reduktion des Pachtzinses auf 75 % vereinbarte, war ihr bekannt, dass sie den Hotelbetrieb vom 3. 11. 2020 bis 18. 5. 2021 aus wirtschaftlichen Gründen eingestellt und das Hotel zur Gänze geschlossen hatte, das Bestandsobjekt daher nicht benützbar war. Abgesehen vom eindeutigen Wortlaut des § 1104 ABGB waren damals bereits höchstgerichtliche Entscheidungen veröffentlicht, die die Einstufung von COVID-19 als Seuche und die Anwendung dieser Bestimmung in vergleichbaren Fällen ausdrücklich bejahten (3 Ob 78/21y [Sonnenstudio]; 3 Ob 184/21m [Nagel- und Kosmetikstudio im Einkaufszentrum]). § 1104 ABGB differenziert – wie dargelegt – nicht zwischen Miet- und Pachtverhältnissen. Zweifel an der Rechtslage hätte die Klägerin bestenfalls bei einer teilweisen Brauchbarkeit des Pachtobjekts haben dürfen, die jedoch nicht gegeben war. Zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Pachtzinsreduktion durfte die Klägerin daher nicht davon ausgehen, dass sie Anspruch auf Verlustersatz für die von ihr gegenüber den Verpächterinnen zu Unrecht akzeptierten Bestandszinszahlungen haben werde. Die Vereinbarung war daher nicht sachgerecht iSv § 3 Abs 7 COFAG-NoAG. [53] 5.2. Als die Klägerin im Dezember 2021 mit ihren Verpächterinnen rückwirkend die Reduktion des Pachtzinses auf 75 % vereinbarte, war ihr bekannt, dass sie den Hotelbetrieb vom 3. 11. 2020 bis 18. 5. 2021 aus wirtschaftlichen Gründen eingestellt und das Hotel zur Gänze geschlossen hatte, das Bestandsobjekt daher nicht benützbar war. Abgesehen vom eindeutigen Wortlaut des Paragraph 1104, ABGB waren damals bereits höchstgerichtliche Entscheidungen veröffentlicht, die die Einstufung von COVID-19 als Seuche und die Anwendung dieser Bestimmung in vergleichbaren Fällen ausdrücklich bejahten (3 Ob 78/21y [Sonnenstudio]; 3 Ob 184/21m [Nagel- und Kosmetikstudio im Einkaufszentrum]). Paragraph 1104, ABGB differenziert – wie dargelegt – nicht zwischen Miet- und Pachtverhältnissen. Zweifel an der Rechtslage hätte die Klägerin bestenfalls bei einer teilweisen Brauchbarkeit des Pachtobjekts haben dürfen, die jedoch nicht gegeben war. Zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Pachtzinsreduktion durfte die Klägerin daher nicht davon ausgehen, dass sie Anspruch auf Verlustersatz für die von ihr gegenüber den Verpächterinnen zu Unrecht akzeptierten Bestandszinszahlungen haben werde. Die Vereinbarung war daher nicht sachgerecht iSv Paragraph 3, Absatz 7, COFAG-NoAG.

[54] Es trifft auch nicht zu, dass die Klägerin keine Möglichkeit gehabt hätte, gefahrlos die Verpflichtung zur Zahlung eines Bestandszinses gerichtlich klären zu lassen und den Bestandszins gegebenenfalls nachzuzahlen, weil sie dem Risiko einer Räumungsklage und damit dem Verlust des Betriebs ausgesetzt gewesen wäre. Vielmehr hätte sie den Bestandszins unter Vorbehalt zahlen können. Wegen Unklarheit über die rechtlichen Auswirkungen der pandemiebedingten behördlichen Maßnahmen auf Bestandsverhältnisse in der Anfangszeit der Pandemie hätten zudem auch die ohne Vorbehalt geleisteten Zahlungen für November 2020 bis Mai 2021 zurückgefordert werden können (vgl RS0021337 [T2]). [54] Es trifft auch nicht zu, dass die Klägerin keine Möglichkeit gehabt hätte, gefahrlos die Verpflichtung zur Zahlung eines Bestandszinses gerichtlich klären zu lassen und den Bestandszins gegebenenfalls nachzuzahlen, weil sie dem Risiko einer Räumungsklage und damit dem Verlust des Betriebs ausgesetzt gewesen wäre. Vielmehr hätte sie den Bestandszins unter Vorbehalt zahlen können. Wegen Unklarheit über die rechtlichen Auswirkungen der pandemiebedingten behördlichen Maßnahmen auf Bestandsverhältnisse in der Anfangszeit der Pandemie hätten zudem auch die ohne Vorbehalt geleisteten Zahlungen für November 2020 bis Mai 2021 zurückgefordert werden können vergleiche RS0021337 [T2]).

[55] 5.3. Daraus folgt, dass die von der Klägerin mit ihren Verpächterinnen im Dezember 2021 rückwirkend vereinbarte Bestandzinsreduktion auf 75 % ihrer Schadensminderungspflicht nicht gerecht wird und sich als nicht angemessen und fremdunüblich erweist, weil nach § 1104 ABGB gar kein Bestandzins geschuldet gewesen wäre. [55] 5.3. Daraus folgt, dass die von der Klägerin mit ihren Verpächterinnen im Dezember 2021 rückwirkend vereinbarte Bestandzinsreduktion auf 75 % ihrer Schadensminderungspflicht nicht gerecht wird und sich als nicht angemessen und fremdunüblich erweist, weil nach Paragraph 1104, ABGB gar kein Bestandzins geschuldet gewesen wäre.

[56] Dass dies insofern zur Förderungsunwürdigkeit der Klägerin führt, stellt nunmehr § 3 Abs 7 COFAG-NoAG klar, ergibt sich aber grundsätzlich schon aus Punkt 3.1.10 in Verbindung mit Punkt 4.2 des Anhangs der Verlustersatz-VO I. [56] Dass dies insofern zur Förderungsunwürdigkeit der Klägerin führt, stellt nunmehr Paragraph 3, Absatz 7, COFAG-NoAG klar, ergibt sich aber grundsätzlich schon aus Punkt 3.1.10 in Verbindung mit Punkt 4.2 des Anhangs der Verlustersatz-VO römisch eins.

[57] 6. Die Ausführungen der Klägerin zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit des Punktes 4.2.3 des Anhangs zur Verlustersatz-VO I idF BGBl II 2022/113 laufen ins Leere, zumal sie die anderen rechtlichen Regelungen außer Acht lassen, die ihrem Förderanspruch entgegenstehen. Ihr Ansatz, sie wäre während des Lockdowns zu Pachtzinszahlungen in voller Höhe verpflichtet gewesen und sei daher gegenüber einem Liegenschaftseigentümer, dem die AfA bei der Verlustersatzermittlung zugute komme, gleichheitswidrig benachteiligt, geht zudem darüber hinweg, dass sie hier mangels Restnutzens von ihrer Bestandzinszahlungspflicht gemäß § 1104 ABGB zur Gänze entbunden war. [57] 6. Die Ausführungen der Klägerin zur vermeintlichen Verfassungswidrigkeit des Punktes 4.2.3 des Anhangs zur Verlustersatz-VO römisch eins in der Fassung BGBl II 2022/113 laufen ins Leere, zumal sie die anderen rechtlichen Regelungen außer Acht lassen, die ihrem Förderanspruch entgegenstehen. Ihr Ansatz, sie wäre während des Lockdowns zu Pachtzinszahlungen in voller Höhe verpflichtet gewesen und sei daher gegenüber einem Liegenschaftseigentümer, dem die AfA bei der Verlustersatzermittlung zugute komme, gleichheitswidrig benachteiligt, geht zudem darüber hinweg, dass sie hier mangels Restnutzens von ihrer Bestandzinszahlungspflicht gemäß Paragraph 1104, ABGB zur Gänze entbunden war.

7. Ergebnis und Kosten:

[58] 7.1. Mangels Erfüllung der im Anhang zur Verlustersatz-VO I und in § 3 Abs 6 und Abs 7 COFAG-NoAG festgeschriebenen Fördervoraussetzungen in Ansehung der bezahlten, tatsächlich aber während der Zeit des pandemiebedingten (zweiten) Lockdowns nicht geschuldeten Bestandzinsen ist das Klagebegehren nicht berechtigt. Der Revision der Klägerin ist damit im Ergebnis kein Erfolg beschieden. [58] 7.1. Mangels Erfüllung der im Anhang zur Verlustersatz-VO römisch eins und in Paragraph 3, Absatz 6 und Absatz 7, COFAG-NoAG festgeschriebenen Fördervoraussetzungen in Ansehung der bezahlten, tatsächlich aber während der Zeit des pandemiebedingten (zweiten) Lockdowns nicht geschuldeten Bestandzinsen ist das Klagebegehren nicht berechtigt. Der Revision der Klägerin ist damit im Ergebnis kein Erfolg beschieden.

[59] 7.2. Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

§ 3 Abs 6 und 7 COFAG-NoAG sowie die in § 3 Abs 1 iVm§ 2 Abs 9 COFAG-NoAG genannten Verordnungen sind nach Inkrafttreten dieses Gesetzes auch in bereits anhängigen gerichtlichen Verfahren über die Auszahlung von Förderungen anzuwenden. Paragraph 3, Absatz 6 und 7 COFAG-NoAG sowie die in Paragraph 3, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz 9, COFAG-NoAG genannten Verordnungen sind nach Inkrafttreten dieses Gesetzes auch in bereits anhängigen gerichtlichen Verfahren über die Auszahlung von Förderungen anzuwenden.

War wegen vollständiger Unbrauchbarkeit der Bestandsache kein Bestandzins zu leisten, sind dennoch gezahlte Bestandzinse bei der Bemessung eines Verlustersatzes grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Eine trotz Unbrauchbarkeit getroffene Vereinbarung mit dem Bestandgeber über die Zahlung des Bestandzinses ist jedenfalls dann nicht sachgerecht iSv § 3 Abs 7 COFAG-NoAG, wenn bei ihrem Abschluss schon höchstgerichtliche Entscheidungen zur Einordnung von COVID-19 als Seuche iSv § 1104 ABGB vorlagen. War wegen vollständiger Unbrauchbarkeit der Bestandsache kein Bestandzins zu leisten, sind dennoch gezahlte Bestandzinse bei der Bemessung eines Verlustersatzes grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Eine trotz Unbrauchbarkeit getroffene Vereinbarung mit dem Bestandgeber über die Zahlung des Bestandzinses ist jedenfalls dann nicht sachgerecht iSv Paragraph 3, Absatz 7, COFAG-NoAG, wenn bei ihrem Abschluss schon höchstgerichtliche Entscheidungen zur Einordnung von COVID-19 als Seuche iSv Paragraph 1104, ABGB vorlagen.

[60] 7.3. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 41, 50 ZPO. [60] 7.3. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf Paragraphen 41, 50, ZPO.

Textnummer

E142863

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2024:0010OB00083.24Y.1024.000

Im RIS seit

25.11.2024

Zuletzt aktualisiert am

25.11.2024

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