

## **Gastwirte müssen Chancen nützen: Keine Befreiung von der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses im Lockdown?**

Seit Beginn der COVID-19-Pandemie ist die Frage der Anwendbarkeit des § 1104 ABGB eine der meistdiskutierten rechtlichen Fragen. Demnach ist der Mieter eines Bestandsobjekts von der Entrichtung des Mietzinses befreit, wenn die gemietete Sache durch Seuche nicht gebraucht oder genützt werden kann.

In der Gastronomiebranche scheint die Rechtslage zumindest für die Zeit der (harten) Lockdowns klar: Darf der Gastwirt als Mieter wegen der Seuche COVID-19 nicht aufsperrn, muss er keinen Mietzins entrichten. Der Haken für die Mieter ist jedoch, dass selbst **während der Lockdowns der Betrieb von Take-away und Lieferservice möglich und erlaubt war**. Genau auf diesen Aspekt stützte sich die Vermieterin, die in der vor kurzem ergangenen Leitentscheidung des Obersten Gerichtshofs (OGH) auf Zahlung des Mietzinses klagte.

Während die Vorinstanzen die Klage mit Verweis auf § 1104 ABGB abwiesen und entschieden, dass die beklagte Mieterin nicht gezwungen werden könne, ihr Angebot auf Abhol- und Lieferservice umzustellen, ist der OGH anderer Ansicht. Begründend führt er aus, dass der Geschäftszweig „Gastwirtschaft“ alle Tätigkeiten abdecke, zu denen Gastwirte nach der Gewerbeordnung berechtigt sind und diese inkludieren eben auch Take-away und Lieferservice. Dies begründe eine **zumindest teilweise Brauchbarkeit** des Geschäftslokals.

Das letzte Wort ist aber auch in diesem Fall noch nicht gesprochen: Kann der Mieter einwenden, dass die Umstellung auf Abhol- und Lieferservice unzumutbar ist, bleibt es bei der Befreiung von der Entrichtung des Mietzinses. „Unzumutbarkeit“ liege etwa dann vor, wenn durch die Umstellung ein nachhaltiges Verlustgeschäft zu erwarten wäre. Da das Erstgericht im gegenständlichen Fall dazu keine Feststellungen getroffen hat, verwies der OGH den Fall zur neuerlichen Behandlung zurück an das Erstgericht.