

Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	08.06.2021
Publiziert von	Manz
Autor	Alfred Nemetschke Konrad Koloseus
Fundstelle	immolex 2021/95
Heft	6 / 2021
Seite	202

Abstract

Im folgenden Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, ob einem Vermieter auf Basis der Rechtsfigur des "stellvertretenden Commodums" ein Anspruch auf (allenfalls verhältnismäßige) Herausgabe eines an den Mieter ausbezahlten "Lockdown-Umsatzersatzes" zusteht.

Text

A. Ersatz des lockdownbedingten Umsatzausfalls

1. Ausgangspunkt

Der BMF hat auf der Basis des ABBAG-G (FN ¹) eine Verordnung (FN ²) (im Folgenden "3. VO L-U") über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzersatzes durch die COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) erlassen, die als Anhang 1 spezifische Richtlinien (im Folgenden "RL") enthält.

2. Anspruchsberechtigte

Z 3 dieser RL legt fest, dass ein Lockdown-Umsatzersatz zugunsten der dort im Einzelnen umschriebenen Unternehmen gewährt werden darf. Andere Unternehmen als diese sind folglich nicht erfasst. In Anhang 2 der 3. VO L-U werden die jeweiligen Prozentsätze der gewährten Lockdown-Umsatzersatzes tabellarisch je nach Klassifikation der antragstellenden Unternehmen festgelegt.

Nur die in der 3. VO L-U und in der RL genannten Unternehmen haben Anspruch auf Erhalt und Verwendung der Förderungsmittel.

Es ist daher nach dem insoweit klaren Wortlaut davon auszugehen, dass ausschließlich die von der 3. VO L-U einschließlich der RL angesprochenen Unternehmen in den Genuss des Lockdown-Umsatzersatzes kommen können und für diese Förderung ggf anspruchsberechtigt sind.

Es sind der 3. VO L-U und den RL keine Vorgaben zu entnehmen, für welche spezifischen Zwecke eine gewährte Förderung seitens der Empfänger zu verwenden ist. Insb wird auch nicht vorgeschrieben, für welche Verbindlichkeiten diese Förderung etwa (vorrangig oder hierarchisch bzw in bestimmten Prozentsätzen oder proportional) zu verwenden wäre. Die Verwendung liegt daher allein in der unternehmerischen Eigenverantwortung und Eigenzuständigkeit der Empfänger. Eine "Durchreichverpflichtung" an bestimmte Personen ist weder direkt noch indirekt den RL zu entnehmen.

3. Vorgaben für die Mittelverwendung?

Es sind weiters der 3. VO L-U und den RL keine anderen Kriterien für den Erhalt und die Verwendung des Lockdown-Umsatzeratzes als jene in Z 3 bis 6 zu entnehmen, insb keine Verpflichtung, im Gegenzug auf privatrechtliche Rechtspositionen der Antragssteller gegenüber wem auch immer zu verzichten (FN ³) oder allfällig erhobenen privatrechtlichen Ansprüchen in irgendeiner Weise vorrangig oder in welcher Weise auch immer zu entsprechen, oder gar eine Anordnung, den Empfängern zustehende Rechtspositionen des Privatrechts für ungültig zu erklären. Abgesehen von den Kriterien in Z 3 bis 6 wird daher im Fall einer Gewährung eines Lockdown-Umsatzeratzes nicht in die privatrechtliche Rechtsposition der Empfänger eingegriffen oder diese wie auch immer durch allfällige Vorgaben beeinflusst.

Die Gewährung erfolgt durch die COFAG (FN ⁴) über Auftrag des BMF (Z 2 RL) mittels Fördervertrag; ein Rechtsanspruch auf Abschluss eines derartigen Fördervertrags besteht nicht (Z 7.4 RL).

Die Zuwendung des Lockdown-Umsatzeratzes ist eine Förderung durch die öffentliche Hand, basierend auf einem privatrechtlichen Vertrag, der die Verwendung der Mittel abschließend festlegt.

Die Gewährung erfolgt sohin mittels privatrechtlichen Vertrags, wobei dies nach Z 2 der 2. RL "über Auftrag des Bundesministers für Finanzen" erfolgt. Die Zuwendung erfolgt daher der Rechtsform nach auf Basis eines privatrechtlichen Rechtsgeschäfts, hat aber als staatliche Förderung (unter allfälliger Rückzahlungspflicht stehend) eine andere Rechtsnatur als eine rein private Zuwendung durch private Unternehmen. Daher unterliegt dieser Fördervertrag auch dem Bundesgesetz über die Prüfung von Förderungen des Bundes aufgrund der COVID-19-Pandemie (COVID-19-Förderungsprüfungsgesetz - CFPG (FN ⁵)). Die Zuwendung stellt daher eine Zuwendung der öffentlichen Hand dar; die 3. VO L-U geht samt RL im Fördervertrag auf und wird

Ende Seite 202

Anfang Seite 203

zu dessen Vertragsinhalt. (FN ⁶) Der Fördervertrag unterscheidet sich daher von privatrechtlichen Verträgen sonstiger Art und ist an öffentlich-rechtliche Widmungen und Zweckvorstellungen gebunden, die ebenfalls Vertragsinhalt sind. (FN ⁷)

Daher ist der Empfänger des Lockdown-Umsatzeratzes ausschließlich nach dem Inhalt des Fördervertrages berechtigt und verbunden, diese Förderung zu verwenden und nach deren Erhalt darüber zu entscheiden, wofür diese verwendet wird.

B. Zum stellvertretenden Commodum im Allgemeinen

1. Ausgangspunkt

Hat der Bestandgeber gegenüber dem Bestandnehmer, der sich auf die Zinsminderung gem § 1104 ABGB beruft, Anspruch auf (teilweise) Herausgabe des Lockdown-Umsatzeratzes?

Es wird vereinzelt vertreten, dass beim pauschalen Umsatzeratz durch die 3. VO L-U davon auszugehen sei, dass sich zB ein Mieter die von der COFAG erhaltene Leistung - ähnlich einer Versicherungsleistung - auch bei Zinserlass/Zinsminderung nach §§ 1104 ff ABGB gegenüber einem Vermieter anrechnen lassen müsse: (FN ⁸) Nach den "allgemeinen Regeln des Bereicherungsrechts", im Besonderen nach den Grundsätzen des sog stellvertretenden Commodums, stünde einem Gläubiger "in derartigen Fällen" nämlich ein Anspruch auf (zumindest teilweise) Herausgabe des erlangten Vorteils zu. Im Ergebnis müsse das bedeuten, dass sich ein Bestandnehmer aufgrund vorübergehender Unbenutzbarkeit des

Bestandgegenstands infolge der mit der COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung angeordneten behördlichen Betretungsverbote zwar auf Zinserlass/Zinsminderung gem §§ 1104 ff ABGB berufen könne, der Bestandgeber der Zinsminderung aber bereicherungsrechtliche Ansprüche "entgegenhalten" und die (teilweise) Herausgabe des von der COFAG ausbezahlten Lockdown-Umsatzeratzes "begehren" könne.

Diese Ansicht wird im Folgenden hinsichtlich ihrer Stichhaltigkeit einer näheren Betrachtung zu unterziehen sein.

2. Das stellvertretende Commodum im österreichischen Recht

Das sog stellvertretende Commodum ist im österreichischen Recht nach einhelliger L und Rsp im Wesentlichen wie folgt konzipiert: Ist an die Stelle einer untergegangenen Leistung ein anderer Wert (Vorteil) in das Vermögen eines Schuldners getreten, so ist der Gläubiger berechtigt, die Herausgabe dieses "stellvertretenden Vorteils" gem § 1447 letzter Satz, § 7 sowie § 1041 ABGB zu fordern. (FN ⁹)

Als stellvertretendes Commodum ist bspw die Versicherungsleistung anzusehen, die ein Schuldner anstelle der untergegangenen Sache erhält, ebenso eine Schadenersatzleistung eines Dritten für die untergegangene Sache oder ein durch vertragswidrige (Doppel-)Veräußerung erlangter Kaufpreis. (FN ¹⁰)

Das stellvertretende Commodum ist daher ein Surrogat, das an die Stelle einer untergegangenen oder inter partes nicht mehr verfügbaren Sache tritt und statt dieser auf Verlangen des Gläubigers im Rahmen eines vertraglichen Schuldverhältnisses gefordert werden kann und so die Unmöglichkeit der Leistungserbringung samt deren Rechtsfolgen verhindert. (FN ¹¹)

C. Zur Relevanz des stellvertretenden Commodums iZm der 3. VO L-U

1. Kein untergegangener Leistungsgegenstand oder Vermögenswert auf Seiten des Mieters

a. Untergegangene Nutzungsmöglichkeit: kein vom Mieter geschuldeter Leistungsgegenstand

Ein stellvertretendes Commodum tritt an die Stelle eines an sich einem Gläubiger zu leistenden, aber untergegangenen Vermögenswerts des Schuldners. (FN ¹²) Davon kann aber bei einem Mieter in der Lockdown-Umsetzungssatz-Situation keine Rede sein: Es geht durch den Lockdown kein mietvertraglich geschuldeter Vermögenswert des Mieters unter, der durch den Lockdown-Umsetzungssatz ersetzt würde. Es fällt vielmehr iZm der Pandemie die Verwendbarkeit iS der Nutzungsmöglichkeit des Mietobjekts weg; diese (untergegangene) Nutzungsmöglichkeit ist aber eben kein Vermögenswert des Mieters, den dieser an den Vermieter zu leisten hätte und der durch den Lockdown-Umsetzungssatz substituiert würde, sondern betrifft die Leistung des Vermieters (nämlich die Zurverfügungstellung der Nutzungsmöglichkeit durch diesen). Daher sind gleichsam die "Parteirollen" für die Heranziehung der Rechtsfigur des stellvertretenden Commodums nicht gegeben, da es sich bei dem Umsatzausfall bzw. Umsatzrückgang um keinen zufälligen oder zu vertretenden Untergang eines Leistungsgegenstands des Mieters/Schuldners handelt.

Mangels Untergangs einer Vertragsleistung des Schuldners (Mieters) kann die erhaltene Förderung daher auch kein "stellvertretendes" Commodum in seinem Vermögen darstellen: Es gibt beim Schuldner in diesem Sinne nichts zu "ersetzen" und der Lockdown-Umsetzungssatz tritt nicht an die Stelle eines vertraglich geschuldeten Vermögenswerts des Förderungsempfängers.

b. Rechtlicher Wegfall der Mietzinszahlungspflicht: kein untergegangener Vermögenswert des Mieters

Wenn mit der Berufung auf das stellvertretende Commodum allenfalls gemeint sein könnte, dass nach §§ 1104 ff ABGB die Mietzinszahlungspflicht des Schuldners "untergegangen" sei, für die das stellvertretende Commodum einen stellvertretenden Vorteil darstellen würde, so wäre diese (untergegangene) Zahlungspflicht des Mieters ebenfalls kein untergegangener Vermögenswert des Mieters iS des Tatbestands eines stellver-

Ende Seite 203

Anfang Seite 204

tretenden Commodums: Soll also ein stellvertretendes Commodum an die Stelle des Mietzins treten, müsste der Mietzins einen Vermögenswert des Mieters/Schuldners darstellen, der er aber tatsächlich nie ist; vielmehr stellt er den Gegenstand eines Forderungsrechts des Gläubigers/Vermieters dar. Ein stellvertretendes Commodum ist aber stets ein Surrogat eines Vermögenswertes des Schuldners, den dieser zu leisten hätte. Eine Zahlungsverpflichtung eines Schuldners ist kein Vermögenswert desselben.

c. Weggefallener Umsatz: kein geschuldeter Leistungsgegenstand

Ebenso stellt der beim Mieter durch die COVID-19-bedingte Situation weggebrochene Umsatz nicht seinen geschuldeten Leistungsgegenstand dar; vielmehr ist dieser entweder ein fixer (umsatzunabhängiger) Mietzins oder aber eine Umsatzmiete, wobei diesfalls der Umsatz als Berechnungsgrundlage für den Mietzins dient, aber nicht als solcher geschuldet ist. Der Vermieter kann deswegen daher weder in "Normalzeiten" den erwirtschafteten Umsatz schuldrechtlich herausverlangen noch in "Coronazeiten" einen Umsatzersatz. (FN ¹³)

2. Lockdown-Umsetzungssatz: kein Surrogat

a. Einem Schuldner zufließende Mittel sind per se kein Erfüllungssurrogat

Auch die Qualifikation des stellvertretenden Commodums als Surrogat ist iZm dem Lockdown-Umsetzungssatz nicht zu erkennen. Wie oben unter A.3. dargestellt, wird der Lockdown-Umsetzungssatz dem Empfänger ohne dahingehende Widmung übereignet, dass dieser an die Stelle irgendeiner bestimmten Vertragsleistung zu treten habe.

Der Lockdown-Umsetzungssatz kann mangels entsprechender Widmung durch den Förderer nicht an die Stelle des Mietzins treten.

Es stellt eben nicht jeder Kasseneingang bei einem Schuldner schlechthin ein stellvertretendes Commodum für dessen vertraglich geschuldete Leistung dar, da ansonsten nie ein - iSv § 1447 oder § 1104 ABGB schuldbefreiender - zufälliger Untergang eintreten könnte, weil dieser ja stets durch Geld im Rahmen der Rechtsfigur des stellvertretenden Commodums ersetzt werden könnte. Eine derartige Vorstellung würde letztlich dazu führen, dass nach österreichischem Recht im Ergebnis gar kein zufälliger Untergang mehr eintreten könnte.

Der Lockdown-Umsetzungssatz kann mangels entsprechender Widmung durch den Förderer daher nicht speziell an die Stelle des Mietzins treten. Allgemeine Geldzuflüsse an den Schuldner sind eben keine Surrogate von "untergegangenen"

Vermögenswerten, die als stellvertretendes Commodum abstrakt überhaupt in Betracht kommen und von einem Gläubiger gefordert werden könnten: Das nicht spezifisch gewidmete Fördergeld tritt nicht an die Stelle irgendeiner speziell zu erfüllenden Vertragspflicht des Förderungsempfängers. (FN ¹⁴)

b. Unklarheit der konkreten Zuweisung

Im Übrigen wäre es völlig unbestimmt, nach welchen Kriterien welcher Gläubiger sich an der Förderung seines Schuldners bedienen dürfte. (FN ¹⁵) Ein unmittelbarer Zugriff auf das Vermögen des Schuldners (einschließlich erhaltener Förderungen) und dessen proportionale Aufteilung auf eine Gläubigergemeinschaft (ohne Privilegierung von bestimmten obligatorisch Berechtigten, zB Vermietern) findet nach österreichischem Recht nur im Rahmen eines gerichtlichen Insolvenzverfahrens statt, ebenso wie eine gezielte Ersatzvornahme betreffend bestimmte Vermögensgegenstände eines Schuldners nur im Rahmen eines Exekutionsverfahrens zum Tragen kommen kann. Die Rechtsfigur des stellvertretenden Commodums kann diese nicht ersetzen bzw vorwegnehmen. (FN ¹⁶)

D. Ungerechtfertigte Bereicherung eines Mieters durch Umsatzeratz?

Möglicherweise beruht die Ansicht, dass eine Förderung nach der 3. VO L-U als stellvertretendes Commodum im Ergebnis - bzw zumindest teilweise - auch einem Vermieter des Förderungsempfängers zustehen sollte, dessen Mietzinsanspruch gem §§ 1104 ABGB erlassen oder gemäßigt wurde, auf der Vorstellung, dass eine Befreiung eines Schuldners (Mieters) von einer Schuld (Mietzins) zulasten des Gläubigers (Vermieters) durch eine Förderung letztlich in der Gesamtschau nicht zu einer Bereicherung des Schuldners (Mieters) führen darf. MaW: Es sollte nicht sein, dass Mietzins wegen §§ 1104 f ABGB erlassen bzw gemäßigt werden kann und gleichzeitig der Mieter Umsatzeratz-Unterstützung seitens des Staates er- und behält.

Eine "Bereicherung" des Förderungsempfängers (Mieters) entspricht dem expliziten Willen des Verordnungsgebers.

Ähnlich dem Gedanken des verhinderten Vorteilsausgleichs (FN ¹⁷) im Schadenersatzrecht bezweckt die 3. VO L-U gerade, dass der Förderungsempfänger und nur er durch die Förderung im Sinne einer finanziellen Unterstützung "bereichert" wird, ohne ihm dafür eine bestimmte Verwendung vorzuschreiben. Diese Situation - Mieter wird sowohl durch §§ 1104 f ABGB als auch durch die Gaben des BMF via COFAG in der Pandemie-Situation gestützt - ist gewollte Rechtslage (FN ¹⁸) und führt daher eben zu keiner ungerechtfertigten, sondern

Ende Seite 204

Anfang Seite 205

vielmehr zu einer beabsichtigten "Bereicherung" des Förderungsempfängers. (FN ¹⁹)

Notiz

Schlussstrich

Der 3. VO L-U sind weder spezielle Förderwidmungen zu entnehmen, noch ermöglicht sie Durchgriffsrechte für Dritte. Eine Heranziehung der Rechtsfigur des stellvertretenden Commodums ist auf das Verhältnis Vermieter - Mieter nicht anwendbar. §§ 1104 f ABGB (und auch sonstige Rechtspositionen von Förderungsempfängern) bleiben von der 3. VO L-U unberührt. Auch aus sonstigen bereicherungs- oder vertragsrechtlichen Gründen steht Vertragspartnern der Förderungsempfänger kein Zugriff auf eine auf Basis der 3. VO L-U erhaltene Förderung zu.

Zum Autor

Dr. **Alfred Nemetschke**, LL.M., ist Rechtsanwalt in Wien und Partner bei Nemetschke Huber Koloseus Rechtsanwälte GmbH.

Dr. **Konrad Koloseus**, LL.M., ist Rechtsanwalt in Wien und Partner bei Nemetschke Huber Koloseus Rechtsanwälte GmbH.

Fußnote(n)

- 1) BG über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes - ABBAG-Gesetz BGBl I 2014/5.
- 2) VO des Bundesministers für Finanzen gem § 3b Abs 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung eines Lockdown-Umsatzeratzes für vom Lockdown direkt betroffene Unternehmen (3. VO Lockdown-Umsatzeratz) BGBl II 2020/567.
- 3) ZB hinsichtlich §§ 1104 ff ABGB.

- 4) Der COFAG wurde die Erbringung von Dienstleistungen und das Ergreifen von finanziellen Maßnahmen übertragen, die zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten von Unternehmen iZm der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 und den dadurch verursachten wirtschaftlichen Auswirkungen geboten sind (§ 2 Abs 2 Z 7 iVm § 6a Abs 2 ABBAG-G).
- 5) [BGBl I 2020/44](#).
- 6) Statt vieler *Rebhahn*, Beihilfen- und Subventionsrecht, in *Raschauer* (Hrsg), *Wirtschaftsrecht*³ (2010) Rz 858.
- 7) Vgl *Rebhahn*, aaO Rz 865 ff.
- 8) So zB *Tamerl/Pfeifer*, Vom Lockdown-Umsatzersatz können auch Vermieter profitieren, *Der Standard* vom 16. 11. 2020; vgl auch *Tamerl*, Zuschuss ersetzt Zinsminderung nicht, *Die Presse* 2020/20/04; *Hochleitner*, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter [ÖJZ 2020/72](#).
- 9) Vgl statt vieler *Welser/Zöchling-Jud*, *Bürgerliches Recht*¹⁴ II (2015) Rz 227 f; umfassend *Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum: Die Ersatzherausgabe im österreichischen und deutschen Schuldrecht unter Berücksichtigung weiterer Rechtsordnungen (1999).
- 10) *Welser/Zöchling-Jud*, aaO; ebenso *Leupold* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁵ § 1447 Rz 8, jeweils mwN; vgl auch *Pletzer*, Doppelveräußerung und Forderungseingriff (2000) 115 ff.
- 11) IdS auch die deutsche Rechtslage (§ 285 dBGB nF): dazu statt vieler *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*³ (2009) 617 f mwN; umfassend *Hartmann*, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum (2007).
- 12) So zB die oben erwähnte Versicherungsleistung für die untergegangene Sache, der Ersatzanspruch für diese oder der Erlös aus dem Doppelverkauf.
- 13) Nur wenn ein Mietvertrag tatsächlich vorsehen würde, dass "der Umsatz" (richtig: die Einnahmen) des Mieters als solcher bzw ein Teil dessen als Mietzins geschuldet wäre (bspw durch Zession), wäre zu überlegen, ob dieser nun eben nicht mehr durch den Mieter erwirtschaftet, sondern stattdessen (stellvertretend) durch die erhaltene Förderung repräsentiert wird, die an die Stelle des nicht selbst erwirtschafteten Umsatzes getreten ist. Dies würde aber weiters voraussetzen, dass nach den RL die Förderung für einen bestimmten Zweck, zB zur Abdeckung bestimmter Schulden, zu verwenden wäre, was aber in Wahrheit gerade nicht der Fall ist.
- 14) Daher kann die Förderung auch aus diesem Grund nicht zB die Anwendung von [§ 1104 ABGB](#) verhindern oder ausschließen oder faktisch rückgängig machen.
- 15) In Betracht käme zB etwa Zuvorkommen oder Verhältnismäßigkeit, also grundbuchsrechtliche oder insolvenzrechtliche Grundsätze, die aber in der gegebenen rein vertragsrechtlichen Konstellation keine Relevanz haben.
- 16) Ebenso wenig kann die Vorstellung überzeugen, ein Gläubiger (zB Vermieter) dürfte - da von der Pandemie ebenso betroffen, aber bei einschlägigen staatlichen Förderungen nicht bedacht - bevorzugt auf die Förderungen seines Schuldners (Mieters) greifen. Dies wäre eine unzulässige eigenmächtige Korrektur des rechtspolitisch empfundenen "Fehlers" des Ordnungsgebers der 3. VO L-U, auf die Vermieter "vergessen" zu haben.
- 17) Vgl *Welser/Zöchling-Jud*, aaO Rz 1458 f.
- 18) Abgesehen davon ist auch in der Umsatz-Gesamtschau des Jahres 2020 für die berechtigten Antragsteller/Förderungsempfänger seit März rechtspolitisch keine "Überförderung" zu befürchten.
- 19) In diesem Sinne stellte bereits auch *Stabenheimer*, Die mietrechtlichen und mietrechtsrelevanten Teile des 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes - ein erster Überblick [wobl 2020, 121](#) (134) klar, dass "die Zielrichtung der staatlichen Hilfsmaßnahmen für Unternehmen zur Bewältigung der Corona-Krise ja darin [liegt], die Unternehmen trotz ihrer Einnahmehausfälle am Leben zu erhalten, die Finanzierung der Gehälter für die noch in Beschäftigung gehaltenen Mitarbeiter zu unterstützen und dergleichen mehr, aber nicht darin, den auf Grund der geltenden Rechtslage eintretenden Mietzinsentfall der Geschäftsraummieter wettzumachen". Aus diesen Gedanken kann abgeleitet werden, dass der Fördervertrag auch keinen Vertrag zugunsten Dritter darstellen kann, da die Förderung nach den RL nur den antragsberechtigten Unternehmern zukommen soll und nicht den in den RL nicht erwähnten Gläubigern der antragsberechtigten Unternehmer.

Meta-Daten

Schlagwort(e)

COVID-19; zufälliger Untergang; Umsatzersatz; stellvertretendes Commodum; ungerechtfertigte Bereicherung.

Rubrik(en)

Schwerpunkt COVID-19 und Förderungen Beitrag

Rechtsgebiet(e)

COVID-19 und Förderungen

Verweise

[§ 1041 ABGB](#)

[§ 1104 ABGB](#)

[§ 1105 ABGB](#)

[§ 1447 ABGB](#)

3. VO Lockdown-Umsatzersatz.

© 2021 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH