

I. Grundsätzliches zu „Miete“ und „Mietvertrag“

Fall 1: Kein „Hauptmietzins“ bedeutet noch nicht unentgeltlich

.....

Der Fall thematisiert die Grenze zwischen entgeltlichen (§ 1090 ABGB) und unentgeltlichen (§ 971 ff ABGB) Gebrauchsüberlassungen von Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten. Die unentgeltliche Leihe unterliegt im Gegensatz zur entgeltlichen Miete keinesfalls den Schutzbestimmungen des MRG.

.....

Gesetzlicher Hintergrund

Gemäß § 1090 ABGB zeichnet sich ein Bestandvertrag (Miete oder Pacht; zur diesbezüglichen Unterscheidung siehe Fall 2) durch seine Entgeltlichkeit aus: Der Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit (dh unbefristet oder mit einem Endtermin befristet) und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt Bestandvertrag.

„Entgeltlichkeit“ bedeutet, dass für den Gebrauch der Sache eine Gegenleistung (= ein „bestimmter Preis“, vgl § 1090 ABGB) vereinbart wird, wobei Leistung und Gegenleistung aufeinander bezogen sind („synallagmatischer“ Vertrag). Die Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung wird in der Regel als Geldleistung vereinbart, kann aber auch in einer sonstigen Leistung (Sachleistung, etwa in Gestalt der Erhaltung der Bestandsache, einer Dienstleistung, einer Pflegeleistung etc) bestehen. „Entgelt“ ist also nicht notwendigerweise mit „Geld“ gleichzusetzen!

Das unentgeltliche Gegenstück zum Bestandvertrag ist der Leihvertrag (§§ 971 ff ABGB). Die Alltagssprache ist bei dieser begrifflichen Differenzierung nicht immer korrekt (der „Autoverleih“ ist in Wahrheit eine entgeltliche Autovermietung). Eine besondere Ausprägung des Leihvertrages ist die sogenannte Bittleihe (Prekarium; § 974 ABGB), die mit dem Vorbehalt einer jederzeitigen Widerrufbarkeit vereinbart wird.

Sachverhalt

Frau N ist Wohnungseigentümerin einer etwa 60 m² großen Wohnung in einem Mehrparteienhaus. Da sie kurz- bis mittelfristig für die Wohnung keine Verwendung hatte (die Wohnung sollte vielmehr erst ab etwa 2017 ihrer im Jahr 1999 geborenen Tochter zur Verfügung stehen), entschloss sie sich im Jahr 2013, diese Wohnung dem Sohn einer Freundin „freundschaftlich“ zum Gebrauch zu überlassen. Gemäß der getroffenen Vereinbarung sollte der Sohn der Freundin die Wohnung während der verbleibenden Dauer seines Studiums verwenden dürfen und nach Abschluss seines Studiums, spätestens aber im Sommer 2016, an Frau N zurückstellen. Die Vereinbarung hielt fest, dass der Sohn der Freundin die Wohnung unentgeltlich – dh ohne einen Hauptmietzins leisten zu müssen – nutzen dürfe und Frau N nur jene Kosten zu ersetzen habe, die ihr selbst für die Wohnung seitens der Hausverwaltung vorgeschrieben würden (Betriebskostenbeiträge und die monatliche Rücklage, welche zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses EUR 1,20 je m² Nutzfläche und Monat betrug).

Der Sohn der Freundin beendet im Frühjahr 2016 erfolgreich sein Studium der Rechtswissenschaften. Der im Sommer 2016 seitens der Frau N geäußerten Aufforderung zur Zurückstellung der Wohnung tritt er unter Hinweis auf ein bestehendes unbefristetes und daher voll kündigungsgeschütztes Mietverhältnis entgegen. Auch die Freundin der Frau N vermag nicht, auf ihren Sohn dahingehend einzuwirken, dass er zur Zurückstellung der Wohnung bereit wäre. Frau N dämmert sehr bald, im Jahr 2013 zu sehr auf das freundschaftliche Verhältnis und zu wenig auf rechtliche Grundlagen geachtet zu haben.

Rechtliche Betrachtung

Der Unentgeltlichkeit schadet es nicht, wenn lediglich verbrauchsabhängige Betriebskosten (etwa für diverse Ver- und Entsorgungsleistungen wie Wasser, Strom, Gas etc) auf den Entlehner überwält werden. Die Überwälzung verbrauchsunabhängiger Betriebskosten (wie insbesondere Versicherungsprämien oder Grundsteuer) stellt jedoch bereits die Vereinbarung von Entgelt für die Gebrauchsüberlassung dar, zumal sich diesfalls der Eigentümer der Sache Kosten erspart, die ihn ohne Überlassung der Sache selbst trafen. Gleiches gilt natürlich für die einem Wohnungseigentümer vorgeschriebenen Rücklagenbeiträge, die als Ansparung für künftige Aufwendungen für die Liegenschaft bar jeder Gebrauchsabhängigkeit sind.

Für die Beurteilung, ob Gebrauchskosten iSd § 981 ABGB vorliegen oder ein Entgelt für eine Gebrauchsüberlassung erbracht wird, ist nämlich nach der Rechtsprechung ausschließlich darauf abzustellen, ob die übernommenen Kosten ihrer Natur nach aus dem Gebrauch resultieren. Die aus dem WEG (MRG) resultierende Verpflichtung des Wohnungseigentümers (Hauptmieters), die Betriebskosten nach einem festgelegten Schlüssel unabhängig vom tatsächlichen Gebrauch des Objektes mitzufinanzieren, ändert nichts am Charakter „echter“ Betriebskosten als Gebrauchskosten. Die Übernahme jener Kosten hingegen, die den Liegenschaftseigentümer unabhängig vom Gebrauch treffen, stellt Entgelt dar (RIS-Justiz RS0120897).

Aufwendungen, die ihrer Natur nach als Gebrauchskosten zu qualifizieren sind (und daher kein Entgelt iSd § 1090 ABGB darstellen), sind nach der neueren Rechtsprechung des OGH beispielsweise folgende Aufwendungen: Grundkosten Warmwasser, Grundkosten Heizung, Liftbetriebskosten, Hausverwaltung/Hausbetreuung. Kosten, die ihrer Natur nach keine Gebrauchskosten (und damit Entgelt) darstellen, sind hingegen etwa folgende Aufwendungen: Grundsteuer, Bankgebühren, „Hauszubehör“, „Kleinreparaturkosten“, Versicherung der Liegenschaft (im Regelfall); Raten für die anteilige Rückzahlung der Sanierungsdarlehen und Beiträge zum Reparaturfonds (7 Ob 218/14f unter Hinweis auf 8 Ob 25/06v und 10 Ob 26/13s).

Dass die Leistungen des Sohnes der Freundin der Frau N an Frau N auch gebrauchsunabhängige Kosten beinhalten, muss indes für Frau N noch nicht

das Ende der Welt bedeuten: Ein entgeltliches Rechtsverhältnis liegt nämlich dann nicht vor, wenn für die überlassene Sache nicht mehr als zehn Prozent des ortsüblichen Entgelts geleistet werden (RIS-Justiz RS0020541 [T1, T2]). Wird also insgesamt (unter Einrechnung der verbrauchsunabhängigen Betriebskosten) ein Entgelt vereinbart, das zehn Prozent des Entgelts, das zulässigerweise vereinbart werden könnte, nicht überschreitet („Anerkennungszins“), so ist der Vertrag noch als unentgeltlich zu qualifizieren: Entscheidend ist hierbei, dass das vom Entlehner geleistete Entgelt seiner Natur nach so wenig ins Gewicht fällt, dass die Annahme eines Leihverhältnisses gerechtfertigt ist; wie soeben ausgeführt, ist in der Regel erst ab etwa einem Verhältnis 1 : 10 Unentgeltlichkeit zu verneinen (vgl insbesondere 8 Ob 25/06v und 6 Ob 227/07m mwN).

Zu prüfen ist daher, welcher ortsübliche Mietzins für das Objekt zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erzielbar gewesen wäre (8 Ob 25/06v; 1 Ob 132/08f; 10 Ob 26/13s). Dabei ist die Frage, ob die vereinbarte Gegenleistung des Benützungsberechtigten als Mietzins oder als ein die Annahme einer Leihe (Bittleihe) rechtfertigender Anerkennungszins anzusehen ist, nach den Verhältnissen bei Vertragsabschluss zu beurteilen (RIS-Justiz RS0019053). Im vorliegenden Fall ist es aber nur allzu wahrscheinlich, dass die vom Sohn der Freundin der Frau N zu erbringenden gebrauchsunabhängigen Leistungen (monatlich je m² Nutzfläche EUR 1,20 Rücklage plus gebrauchsunabhängige Betriebskosten, wie insbesondere anteilige Versicherungsprämien und Grundsteuer) die von der Rechtsprechung konstruierte Toleranzgrenze von zehn Prozent des erzielbaren Entgelts überschreitet.

Das Verhalten des Sohns der Freundin mag charakterlos sein; rechtlich wird man ihm aber nicht begegnen können.

Anmerkungen

Sollte die Wohnung dem Sohn der Freundin der Frau N teilweise möbliert und ausgestattet zur Verfügung gestellt worden sein, so ist natürlich auch dieser Umstand bei der Bemessung des erzielbaren Entgelts zu berücksichtigen. Damit würde sich auch das zulässige Ausmaß eines „Anerkennungszinses“ erhöhen. Ob sich Frau N damit „retten“ kann, wird einer genaueren Auseinandersetzung bedürfen – sicher ist es freilich nicht.

Fall 2: Bestandgeber, gib acht - oft ist es Miete und nicht Pacht!

Der Fall befasst sich im Rahmen der „geschäftlichen“ Gebrauchsüberlassungen mit der Unterscheidung zwischen Miete und Pacht (§ 1091 ABGB). Dieser Unterschied ist rechtserheblich, weil Mietverhältnisse über Geschäftsräumlichkeiten grundsätzlich den Schutzbestimmungen des MRG unterliegen, während dies bei Pachtverhältnissen über Unternehmen nicht der Fall ist.

Gesetzlicher Hintergrund

Der Mietvertrag unterscheidet sich begrifflich vom Pachtvertrag insofern, als die Miete auf den bloßen Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf Zeit abstellt, während ein Pachtverhältnis Gebrauch der unverbrauchbaren Sache und Fruchtziehung (bzw Ertragerzielung) aus ihr auf Zeit bezweckt (zB Unternehmenspacht, Pacht eines land- und forstwirtschaftlich nutzbaren Grundstücks etc). Die gesetzliche Definition in § 1091 ABGB (ein Mietgegenstand lässt sich „ohne weitere Bearbeitung gebrauchen“, während ein Pachtgegenstand „nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann“) ist in ihrer Abgrenzung unklar bzw missverständlich.

Während Mietverhältnisse grundsätzlich vom MRG erfasst werden, unterliegen Pachtverhältnisse (wenn also nicht eine Räumlichkeit zur Ausübung eines im Übrigen vom Bestandnehmer zu etablierenden Geschäftsbetriebs zur Verfügung gestellt wird, sondern ein lebendes Unternehmen, auf dessen Grundlage bereits der Geschäftsbetrieb unmittelbar erfolgen kann, ohne dass der Bestandnehmer noch erhebliche Anfangsinvestitionen zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs leisten müsste) keinesfalls dem MRG.

Bei Pachtverhältnissen gelten deshalb keine sondergesetzlichen Schutzbestimmungen zugunsten des Bestandnehmers, weil der Verpächter – etwa durch die Einräumung bestandrechtlichen Kündigungsschutzes an den Pächter – nicht die Verfügungsgewalt über sein eigenes Unternehmen (das bzw dessen Grundlagen er dem Pächter im Zuge der Verpachtung zur Verfügung stellt) verlieren soll. Er muss zur Wahrung seiner auf den Fortbestand und daher auch auf eine bestmögliche Führung des Unternehmens gerichteten

Interessen die Möglichkeit haben, sich gegebenenfalls von einem (zB unfähigen) Pächter auch wieder zu lösen. Eine Art Bestandschutz durch Befristungsvereinbarungen, an die grundsätzlich beide Vertragspartner gebunden sind, kann auf vertraglicher Ebene ohnehin geschaffen werden, zwingenden gesetzlichen Bestandschutz soll es aber im wirtschaftlichen Interesse dessen, der das vertragsgegenständliche Unternehmen etabliert hat, nicht geben. Diese Überlegungen finden sich auch im Begriff des Ladenschutzes: Schutzwürdig ist stets derjenige, der das im Bestandsobjekt betriebene Unternehmen aufgebaut hat. Im Falle einer Geschäftsraummiete ist dies der Mieter (daher grundsätzlich MRG-Kündigungsschutz für Geschäftsraummiete), im Falle einer Unternehmenspacht ist dies jedoch der Verpächter (daher kein gesetzlicher Kündigungsschutz für Unternehmenspacht).

Insbesondere ist also im hier interessierenden Zusammenhang die Abgrenzung zwischen Geschäftsraummiete (= grundsätzlich Anwendung des MRG) und Unternehmenspacht (= jedenfalls keine Anwendung des MRG, sondern lediglich der – dispositiven, dh nicht zwingenden, sondern vertraglich abdingbaren – bestandsrechtlichen Normen des ABGB) von Bedeutung: Ein Bestandvertrag ist dann als Pachtvertrag und nicht als Mietvertrag zu beurteilen, wenn der Bestandnehmer nicht bloß Räume, sondern ein bereits bestehendes Unternehmen als rechtliche Einheit mit der Verpflichtung zum ordentlichen Betrieb in Bestand nimmt (RIS-Justiz RS0020486).

Unternehmenspacht liegt im Allgemeinen dann vor, wenn ein „lebendes Unternehmen“, also eine organisierte Erwerbsgelegenheit mit allem, was zum Begriff des „Goodwill“ gehört, übergeben wird und das Unternehmen als rechtliche und wirtschaftliche Einheit fortbesteht. Neben den Räumlichkeiten umfasst dies all das, was für den Betrieb des in Bestand gegebenen Unternehmens und dessen wirtschaftlichen Fortbestand notwendig ist, somit Betriebsmittel (Einrichtung und Warenlager), Kundenstock und Gewerbeberechtigung (RIS-Justiz RS0020398). Neben den genannten Kriterien können auch die Betriebsorganisation, Lieferantenbeziehungen, das erforderliche Personal inklusive des damit verbundenen Know-hows oder auch eine Betriebsanlagenebewilligung als unternehmensrelevante Faktoren genannt werden, die im Falle einer Zurverfügungstellung durch den Bestandgeber für das Vorliegen eines Pachtverhältnisses sprechen können. Dies bedeutet aber nicht, dass im

Einzelfall alle diese Merkmale gleichzeitig gegeben sein müssen. Das Fehlen einzelner Betriebsgrundlagen lässt noch nicht darauf schließen, dass Miete und nicht Pacht vorliegt, wenn nur die übrigen Betriebsgrundlagen vom Bestandgeber beigestellt werden und das lebende Unternehmen als rechtliche und wirtschaftliche Einheit fortbesteht (RIS-Justiz RS0020398).

So gut wie nie werden dem Bestandnehmer alle Betriebsgrundlagen eingeräumt. Die Rechtsprechung orientiert sich bei der Beurteilung, ob tatsächlich ein lebendes Unternehmen zur Verfügung gestellt wurde, in einer Gesamtabwägung am Überwiegen der vorhandenen für oder eben gegen ein lebendes Unternehmen sprechenden Kriterien (Überwiegenstheorie oder Absorptionstheorie): Wenn ein Bestandvertrag sowohl Elemente des einen als auch des anderen Vertragstyps aufweist, ist somit nach typologischen Merkmalen zu ermitteln, ob das mit ihm begründete Bestandverhältnis „mehr Miete“ oder „mehr Pacht“ ist.

Längere Betriebsstillstände stehen der Annahme einer Pacht entgegen. Auch ein erst zu gründendes Unternehmen kann Gegenstand eines Pachtvertrages sein, doch muss dann die Prüfung umso strenger ausfallen. Die Anforderungen, die diesfalls an die Erfüllung des Unternehmensbegriffes zu stellen sind, sind also höher.

Welche (körperlichen oder unkörperlichen) Unternehmensbestandteile als die für das Unternehmen wesentlichen Grundlagen übergeben bzw zur Verfügung gestellt werden müssen, damit ein Bestandvertrag als Pachtvertrag qualifiziert werden kann, ist von den Umständen des Einzelfalls und nicht zuletzt auch von der jeweiligen Branche abhängig. Einer Geschäftseinrichtung etwa wird im Bereich der Gastronomie ungleich größere Bedeutung zukommen als etwa in einem Consulting-Unternehmen. Einem Kundenstock (konkret oder „abstrakt“ durch Anknüpfung an den Gesamtbetrieb eines Einkaufszentrums, einer Schule, eines Spitals, eines Bahnhofs etc und damit die Chance, aus den durch den Gesamtbetrieb angelockten Personen Kunden zu lukrieren) wird generell hohe Bedeutung beizumessen sein. Ebenso erheblich ist es aber, dass der Bestandnehmer nicht noch erhebliche Investitionen vornehmen muss, um den Geschäftsbetrieb überhaupt aufnehmen zu können (vgl etwa 1 Ob 25/08w und 6 Ob 141/09t). Je höher die notwendigen Anfangsinvestitionen sind, umso eher wird von Miete ausgegangen werden

müssen (weil damit ja indiziert wird, dass der Bestandgeber noch nicht alle wesentlichen Geschäftsgrundlagen zur Verfügung gestellt hat), je weniger Eigenleistungen des Bestandnehmers zu Beginn des Bestandverhältnisses vor Aufnahme dessen geschäftlicher Tätigkeit vonnöten sind, umso eher wird die Annahme eines Pachtverhältnisses gerechtfertigt sein.

Die Rechtsprechung betont, dass es hinsichtlich der Abgrenzung Miete/Pacht zwar grundsätzlich nicht auf die Vertragsbezeichnung durch die Parteien ankommt (RIS-Justiz RS0020514). Inhaltliche Regelungen in einem Bestandvertrag, die einen Zusammenhang mit dem MRG herstellen, können aber einen wesentlichen Gesichtspunkt für die rechtliche Qualifikation eines Bestandvertrages als Mietvertrag bilden, zumal in solchen Regelungen nicht allein eine Rechtsvorstellung zum Ausdruck gebracht wird, sondern die Rechte und Pflichten der Vertragspartner bestimmt werden, etwa wenn bestimmte Kündigungsgründe nach dem MRG angesprochen werden (3 Ob 253/05k). Daraus ist aber wiederum nicht der (Umkehr-)Schluss zu ziehen, dass bei Fehlen derartiger Hinweise in Richtung mietenrechtlicher Regelungen zwingend von einem Pachtverhältnis ausgegangen werden müsste (6 Ob 141/09t).

Sachverhalt

Kurz vor der Inbetriebnahme eines neu errichteten Krankenhauses im Jahr 2004 schlossen der Betreiber einer Krankenanstalt und Herr S als Bestandnehmer über eine näher bezeichnete Räumlichkeit im gegenständlichen Krankenhaus eine als „Bestandvertrag“ übertitelte schriftliche Vereinbarung.

In der Vereinbarung wurde unter anderem festgehalten:

- Der Bestandvertrag wird zum Zwecke der Führung einer Tabaktrafik mit Zeitschriften, Büchern und Papier auf unbestimmte Zeit (unbefristet) abgeschlossen.
- Der monatliche Bestandzins beträgt drei Prozent vom Bruttoumsatz zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer. Als Mindestzins und zugleich monatliche Vorauszahlung wird ein Betrag von EUR 1.200,- zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer vereinbart.
- Herr S hat als Bestandnehmer die für die Aufnahme und Führung des Geschäftsbetriebes erforderlichen Einrichtungen und Installationen, soweit sie nicht vom Betreiber beigestellt sind, auf eigene Kosten beizustellen und

stets in gutem Zustand zu erhalten. Alle im Zusammenhang mit der Betriebsaufnahme und dem Betrieb selbst erwachsenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen trägt der Bestandnehmer. Vor Eröffnung des Betriebes sind die zu seiner Führung erforderlichen Gewerbeberechtigungen nachzuweisen. Die bau-, feuer-, sanitäts- und gewerberechtlichen Vorschriften sind genauestens einzuhalten. Alle mit der Gewerbeausübung in Verbindung stehenden Kosten und Aufwendungen sind vom Bestandnehmer zu tragen.

- Der Bestandnehmer hat den Betrieb ganzjährig und ohne Unterbrechung persönlich zu führen. Die Öffnungszeiten sind im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen mit der Anstaltsleitung festzulegen. Gegebenenfalls ist der Betrieb auch an Samstagen, Sonn- und Feiertagen aufrechtzuerhalten. Während der vereinbarten Zeiten besteht eine Pflicht zur Offenhaltung und Betriebsführung.
- Erfolgt eine Kündigung mittels eingeschriebenen Briefes, so hat der Bestandnehmer binnen 14 Tagen nach dem Kündigungstermin das Bestandobjekt von allen Fahrnissen zu räumen und im ursprünglichen Zustand zu übergeben.

Zum Zeitpunkt der Übergabe an Herrn S befand sich das Geschäftslokal in nicht ausgebautem Zustand; vorhanden waren lediglich die „Elektro- und Sanitätseinrichtungsleitungen“. Herr S musste Investitionen in einer Größenordnung von etwa EUR 120.000,- vornehmen.

Im Jahr 2016 erklärt der Bestandgeber die gerichtliche Aufkündigung des Bestandvertrages und beruft sich auf das Vorliegen eines Pachtvertrages, sodass der Kündigungsschutz des MRG nicht zur Geltung gelange. Die Kündigung wird indes im gerichtlichen Verfahren als unzulässig rechtskräftig aufgehoben.

Rechtliche Betrachtung

Nachdem die Rechtsprechung einige Zeit hindurch vor allem in der Vereinbarung einer Betriebspflicht und eines umsatzabhängigen Bestandzinses maßgebliche Kriterien für das Vorliegen eines Pachtverhältnisses erkannte, treten nach jüngeren Entscheidungen des OGH diese Gesichtspunkte gegenüber jenem der Verpflichtung zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens nach Beendigung des Bestandverhältnisses deutlich in den Hintergrund.

Der OGH hat in einem vergleichbaren Fall (1 Ob 25/08w) erklärt, die Vereinbarung einer Betriebspflicht im Rahmen einer Unternehmenspacht diene in erster Linie dazu, zu gewährleisten, dass dem Verpächter bei Beendigung des Pachtverhältnisses ein lebendes und ertragsfähiges Unternehmen zurückerstattet werde. Sie sei also gleichsam Mittel zum Zweck der Rückstellung eines lebenden Unternehmens (worauf es nach jüngerer Rechtsprechung ja besonders ankommt!), nicht aber per se ein Indikator für das Vorliegen eines Pachtverhältnisses. Auch die Vereinbarung eines umsatzabhängigen Bestandzinses spreche für sich allein nicht für das Vorliegen eines Pachtverhältnisses, zumal auch die pachtrechtlichen Bestimmungen des ABGB eine derartige Mietzinsbildung nicht eigens vorsähen. Das Gesetz lasse auch bei einem typischen Mietvertrag über Geschäftsräumlichkeiten verschiedene Vereinbarungen über die Mietzinsbildung zu.

Neben der Tatsache, dass Herr S erhebliche Investitionen zu leisten hatte, um seinen Geschäftsbetrieb überhaupt aufnehmen zu können, spricht gerade auch der Umstand, dass im konkreten Fall die Rückstellung eines lebenden Unternehmens nicht vereinbart wurde, massiv für das Vorliegen von Geschäftsraummiete, bei welcher das Vertragsverhältnis aufgrund des mietrechtlichen Kündigungsschutzes im Gegensatz zur Unternehmenspacht seitens des Vermieters nur aus wichtigem Grund aufgekündigt werden kann (§ 30 Abs 1 MRG). Pacht ist nämlich nach der Rechtsprechung zu verneinen, wenn der Bestandnehmer nach Beendigung des Rechtsverhältnisses nicht zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens verpflichtet ist. Das gilt vor allem auch für einen Bestandvertrag, der sich nicht auf ein lebendes, sondern auf ein erst zu errichtendes Unternehmen bzw einen neu zu gründenden Betrieb bezieht (RIS-Justiz RS0107947).

Anmerkungen

Neben der Zurverfügungstellung eines lebenden Unternehmens (bzw seiner wesentlichen Teile, sodass es eben keiner erheblichen Anfangsinvestitionen des Bestandnehmers bedarf) kommt es also ganz erheblich auch auf die Vereinbarung der Rückstellung eines solchen lebenden Unternehmens („Rückstellung in betriebsbereitem Zustand“) an. Eine vereinbarte Rückstellung „geräumt von allen Fahrnissen“ spricht demgegenüber sehr deutlich für das Vorliegen eines Mietverhältnisses.

Dass es auf Betriebspflicht und umsatzabhängigen Bestandszins alleine nicht ankommen kann, um ein Pachtverhältnis zu begründen, ist evident, zumal auf Betriebspflicht und umsatzabhängigen Bestandszins abzielende Abreden schlichtweg auch bei jedem Mietvertrag getroffen werden könnten. Welche Bedeutung Betriebspflicht und umsatzabhängiger Bestandszins im Zusammenhang mit der Qualifikation eines Bestandvertrages als Miet- oder Pachtvertrag haben, ergibt sich, wenn man sich des Zusammenhangs zwischen Ursache und Wirkung bewusst wird bzw eine richtige Zuordnung dieses Zusammenhangs vornimmt: Ein Bestandvertrag wird nicht zum Pachtvertrag, weil Betriebspflicht und umsatzabhängiger Bestandszins vereinbart wurden, der Zusammenhang ist vielmehr ein umgekehrter: Weil ein Pachtvertrag vorliegt (bei welchem ein lebendes Unternehmen des Bestandgebers zur Verfügung gestellt wurde), ist es legitim, dass darin Betriebspflicht (die letztlich die Rückstellung des Pachtgegenstandes in genau dem Zustand sichern soll, in welchem er übergeben wurde, nämlich im Zustand eines lebenden Unternehmens) und umsatzabhängiger Bestandszins (zumal es sich um das Unternehmen des Bestandgebers handelt, ist es gerechtfertigt, dass er sich vertraglich am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beteiligt) vereinbart werden.

Vgl hierzu auch eine Entscheidung zu Flächen und Räumlichkeiten zur Führung eines Restaurantbetriebs in einem Kinocenter (5 Ob 76/11d): Es sei zwar im konkreten Fall zuzugestehen, dass aufgrund der Lage der Bestandsräumlichkeiten neben dem Kinobetrieb bereits potenzielle Kunden vorhanden gewesen wären und eine Betriebspflicht vereinbart worden sei, doch stehe dem insbesondere gegenüber, dass der Bestandnehmerin nicht ein lebendes Unternehmen übergeben worden sei, sondern ein leeres Bestandsobjekt – ein Objekt im „Edelrohbauzustand“ –, das die Bestandnehmerin nach Beendigung des Bestandverhältnisses auch wieder geräumt zurückzugeben hätte. Ausgehend von den konkreten Umständen der zu beurteilenden Fallgestaltung sei die rechtliche Qualifikation des Vertrages als Geschäftsraummiete keineswegs unvertretbar.

Siehe hierzu sowie zur Überwiegentheorie in ihrer Gesamtheit auch höchstgerichtliche Rechtsprechung (6 Ob 141/09t) zum Bestandvertrag in einem Einkaufszentrum: Nimmt jemand ein im „Edelrohbauzustand“ befindliches Geschäftslokal in einem Einkaufszentrum zu einem nicht umsatzabhängigen