

I. Grundlagen des Mietrechts

A. Allgemeines

Die grundlegenden Regelungen des Mietrechts finden sich im 25. Hauptstück des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1090 bis 1121 ABGB) unter dem Titel „*Bestandvertrag*“; dies ist der historische Kernbereich des Mietrechts. Unter dem Begriff Bestandvertrag fasst das ABGB dabei die beiden Vertragstypen Miete und Pacht zusammen. Über diese Grundlagen des Mietrechts im ABGB hinaus wird das österreichische Mietrecht vor allem durch das Mietrechtsgesetz (MRG) bestimmt, das eine Sonderstellung einnimmt. Das MRG ist als Spezialgesetz auf die Mehrzahl der österreichischen Mietverhältnisse über Wohn- und Geschäftsräume zumindest zum Teil anwendbar, und seine Bestimmungen ergänzen und überlagern die allgemeinen mietrechtlichen Vorschriften des ABGB (zum Anwendungsbereich des MRG siehe unten Kapitel II).

Daneben bestehen noch eine Reihe von Sondergesetzen, welche in einzelnen Bereichen des Wohnrechts Sondervorschriften vorsehen (wie zB Landpachtgesetz, Kleingartengesetz, Heizkostenabrechnungsgesetz und diverse förderungsrechtliche Vorschriften).

Aufgrund der grundlegenden Regelungsunterschiede zwischen dem ABGB und dem MRG ist die wesentliche Vorfrage bei Beantwortung einer

mietrechtlichen Fragestellung immer, in welchem Umfang das MRG anwendbar ist, nämlich ganz (Vollanwendungsbereich), teilweise (Teilanwendungsbereich) oder gar nicht (Vollausnahmebereich). Die wesentlichen „Bruchlinien“ im Mietrecht verlaufen daher auch entlang dieser Einteilung. Naheliegender wäre daher vielleicht zunächst eine Darstellung des ABGB einerseits und der Sonderregelungen des MRG andererseits. Eine solche Gliederung verstellt allerdings den Blick auf die eigentlichen Themenbereiche des Mietrechts und erschwert das Verständnis für die Zusammenhänge. Die Darstellung des Mietrechts in diesem Buch folgt daher einer thematischen Gliederung, innerhalb derer dann die unterschiedlichen Gestaltungen in den verschiedenen Anwendungsbereichen gezeigt werden.

B. Der Mietvertrag

§ 1090 ABGB definiert den Bestandvertrag als einen Vertrag, „*wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält*“. Zentral für den Bestandvertrag ist also die Überlassung einer – beweglichen oder unbeweglichen – Sache zum Gebrauch gegen Entgelt. Der Begriff des Bestandvertrages umfasst zwei Vertragstypen, nämlich den Mietvertrag und den Pachtvertrag. Nach § 1091 ABGB liegt ein Mietvertrag vor, „*wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt*“; ein Pachtvertrag hingegen dann, wenn die in Bestand gegebene Sache „*nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann*“.

Miete und Pacht

Das Gesetz meint damit, dass bei der Miete eine Sache bloß zum **Gebrauch** überlassen wird (zB als Wohnung oder als Büro), bei der Pacht hingegen sowohl zum Gebrauch als auch zum **Fruchtbezug** (somit nach der Rechtsprechung die Überlassung einer „organisierten Erwerbsgelegenheit“ wie zB einer Landwirtschaft oder eines Unternehmens).¹ Ausschlaggebend ist dabei der Bestandzweck, den die Vertragsparteien vereinbart haben. Die Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil das MRG (und vor allem die damit ein-

¹ *Binder in Schwimann*, Praxiskommentar ABGB³ § 1091 Rz 6 ff mit zahlreichen Beispielen.

hergehenden Kündigungsbeschränkungen) auf Pachtverträge nicht anzuwenden ist (Näheres zur Unterscheidung siehe unten in Kapitel I.E.6.).

Dieses Buch befasst sich in weiterer Folge nur mit dem Mietvertrag (zur Abgrenzung zwischen den Vertragstypen Mietvertrag und Pachtvertrag siehe unten Kapitel E.6.).

Mitmiete

Aus dem Mietvertrag können auf Mieterseite auch mehrere Personen berechtigt sein (diesfalls liegt sog. „Mitmiete“ vor). Mitmiete hat zur Folge, dass die gemeinsamen Mitmieter über das Mietrecht auch nur gemeinsam verfügen können; sie können daher den Mietvertrag auch nur gemeinsam kündigen. Gleichzeitig kann eine Beendigung durch den Vermieter auch nur gegenüber allen Mitmietern erfolgen, dh dieser kann nur alle Mitmieter gemeinsam aufkündigen oder auf Räumung klagen. Dies führt bspw. bei studentischen Wohngemeinschaften häufig zu Problemen, weil regelmäßig einer der ursprünglichen Mitmieter längst ausgezogen und schwer auffindbar ist (es empfiehlt sich daher, nur an einen Hauptmieter zu vermieten, damit aus Sicht des Vermieters möglichst klare Verhältnisse herrschen; die übrigen Nutzer oder die Eltern des Mieters können für den Mietzins bürgen). Ist einer der Mitmieter nicht auffindbar, muss für diesen ein Abwesenheitskurator nach dem Außerstreitgesetz bestellt werden, um die Aufkündigung wirksam zustellen zu können.

Das Ausscheiden eines der Mitmieter aus dem Mietverhältnis ist nur im Einvernehmen aller Vertragsparteien möglich (die übrigen Mieter und der Vermieter müssen daher einem Ausscheiden aus dem Vertrag zustimmen). Ein faktischer Auszug ändert dagegen nichts an der Mieterposition: Der faktisch ausziehende Mitmieter haftet daher auch weiter für den Mietzins; dies wird auch bei Lebensgemeinschaften oft übersehen.

C. Vertragsfreiheit im Mietrecht

Das Mietrecht des **ABGB ist dispositiv**; das heißt, durch Parteienvereinbarung kann von den Regelungen des ABGB-Mietrechts abgegangen werden, die Parteien können die Rechtsfolgen selbst gestalten. Ausnahmen bestehen nur hinsichtlich des zwingenden Mietzinsminderungsrechts des Mieters

(§ 1096 Abs 1 letzter Satz ABGB) bei Unbrauchbarkeit der Sache und hinsichtlich des ebenfalls nicht ausschließbaren Auflösungsrechts des Mieters bei Gesundheitsschädlichkeit des Mietgegenstandes (§ 1117 letzter Satz ABGB). Hingegen sind die **Bestimmungen des MRG in ihrer Gesamtheit einseitig zwingendes Recht**: Von ihnen kann nur einseitig zugunsten des Mieters, nicht aber zugunsten des Vermieters abgegangen werden.

Ungeachtet des grundsätzlich dispositiven Charakters des ABGB-Mietrechts und über die Einschränkungen durch das MRG hinaus sind der Vertragsfreiheit Grenzen gesetzt, namentlich durch folgende Regelungen:

- Allgemeine Regeln des ABGB über die **Sittenwidrigkeit** von Verträgen und Vertragsbestimmungen (§ 879 Abs 1 und 2 ABGB) und Regelungen zur **Geltungs- und Inhaltskontrolle** von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 864a, 879 Abs 3 ABGB);
- weitere Einschränkungen ergeben sich schließlich aus den Regelungen des **KSchG**, soweit diese auf die konkrete Vereinbarung anwendbar sind. Unzulässige Parteienvereinbarungen im Mietrecht gewannen infolge mehrerer bedeutender Entscheidungen des OGH, den sog. „**Klauselentscheidungen**“,² in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung. Dabei kam der OGH zum Ergebnis, dass eine Reihe von bisher allgemein gebräuchlichen Standardklauseln in Mietverträgen unzulässig ist.

Während das KSchG dabei nur auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern anwendbar ist, sind die übrigen Beschränkungen (Sittenwidrigkeit, Geltungs- und Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern) auch im unternehmerischen Bereich relevant. Auch für den unternehmerischen Bereich ergeben sich daher aus den Klauselentscheidungen relevante Einschränkungen der Vertragsfreiheit, die bei der Vertragsgestaltung zu beachten sind. Näheres zur diesbezüglichen Rechtsprechung des OGH und ihren Auswirkungen auf die Gestaltung von Mietverträgen siehe Kapitel XI.

² Bisherige Klauselentscheidungen: OGH 7 Ob 78/06f, OGH 1 Ob 241/06g, OGH 6 Ob 81/09v, OGH 2 Ob 73/10i; OGH 2 Ob 215/10x; siehe dazu im Detail Kapitel VI.G.

D. Formfreiheit des Mietvertrags

Grundsätzlich kommt der Mietvertrag durch Willensübereinkunft formfrei zustande; der Mietvertrag kann also **mündlich, schriftlich oder auch schlüssig** wirksam geschlossen werden.

Zu beachten ist allerdings, dass das MRG für die Wirksamkeit bestimmter Vereinbarungen die **Schriftform** fordert. Dies gilt insb für die **Wirksamkeit der Befristung**, sodass im Anwendungsbereich des MRG eine Befristung nur dann wirksam ist, wenn diese auch **schriftlich geschlossen wird**. Die Übergabe des Mietgegenstandes, die auf eine ausreichende Einigung zwischen den Vertragsparteien und das bereits erfolgte mündliche Zustandekommen des Vertrages hindeutet, sollte daher niemals vor Unterfertigung des schriftlichen Mietvertrages erfolgen, denn im Anwendungsbereich des MRG wäre eine Befristungsvereinbarung sonst unwirksam und der Mietvertrag folglich unbefristet (womöglich weigert sich nämlich später der Mieter, den Mietvertrag samt Befristungsvereinbarung zu unterzeichnen).

E. Abgrenzung zu anderen Vertragsverhältnissen

1. Bittleihe (Prekarium)

Wesentliches Merkmal des Bestandvertrages ist dessen Entgeltlichkeit. Die Bittleihe ist hingegen unentgeltlich; im Gegensatz zur ebenfalls unentgeltlichen Leihe kann die Bittleihe jederzeit willkürlich widerrufen werden, bei der Leihe besteht hingegen eine Bindung des Leihgebers (und zwar entweder auf eine bestimmte Zeit oder unbefristet bis zur Kündigung durch den Leihgeber).

Sofern kein Entgelt für die Überlassung des Gebrauchs geschuldet ist und auch die jederzeitige freie Widerruflichkeit vereinbart wird, liegt nicht Miete, sondern Bittleihe (§ 974 ABGB) vor, die auch als „**Prekarium**“ bezeichnet wird. Die Rechtsprechung legt bei der Annahme von Unentgeltlichkeit einen relativ strengen Prüfungsmaßstab an, um eine Umgehung des MRG zu verhindern; nur ein Anerkennungs-zins wird als zulässig angesehen. Die Rechtsprechung geht von einem **Anerkennungs-zins** aus, wenn dieser gegenüber dem Wert der Nutzung wirtschaftlich nicht ins Gewicht fällt; dies ist bspw bei einem

Betrag von bis zu maximal rund 10% des ortsüblichen angemessenen Mietzinses oder bei bloßer Übernahme der anteiligen Betriebskosten noch der Fall.³

Nach der neuesten Rechtsprechung des OGH⁴ dürfen vom Prekaristen nur solche Kosten übernommen werden, die ihrer „Natur“ nach als Gebrauchskosten zu qualifizieren sind; dagegen dürfen keine Kosten übernommen werden, die nicht als „Gebrauchskosten“ anzusehen sind, worunter nach der Rechtsprechung zB die Grundsteuer, Beiträge zum Reparaturfonds oder die Rückzahlung von Sanierungsdarlehen zu verstehen sind. Das bedeutet, dass bei der Überlassung von Wohnungen im Rah*men einer Bittleihe jedenfalls nur die von der Rechtsprechung anerkannten Betriebskosten, nicht aber von der Nutzung *unabhängige* Gebrauchskosten im vorgenannten Sinn verrechnet werden sollten, weil sonst die Qualifikation als Bittleihe gefährdet ist (dh, es läge – sofern der Mietgegenstand in dessen Anwendungsbereich fällt – ein dem MRG unterliegender Mietvertrag vor).

2. Leasing

Der Immobilienleasingvertrag ist ein (atypischer) Mischvertrag mit Elementen des Miet-, Kauf- und Kreditvertrages, bei dem der Eigentümer dem Leasingnehmer eine Liegenschaft zur Nutzung überlässt. Anders als beim Bestandvertrag liegt das Investitionsrisiko aber überwiegend beim Nutzer. Die Einordnung des Vertrages als Bestandvertrag richtet sich generell nach dem Überwiegen der relevanten Merkmale. Die Rechtsprechung geht bei Immobilienleasingverträgen aber vom Überwiegen bestandvertraglicher Elemente aus, vor allem, um eine Umgehung des MRG zu verhindern.⁵

3. Benutzungsregelungen im Miteigentum

Das Benutzungsrecht kann auch aus dem Miteigentum an der Sache resultieren. Ein Mietvertrag mit dem Miteigentümer liegt in der Regel dann vor,

³ Vgl OGH RS0020541.

⁴ OGH 7 Ob 218/14f.

⁵ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²² § 1 MRG Rz 26; 2 Ob 196/11d.

wenn einem Miteigentümer die Nutzung eines bestimmten Teils der gemeinsamen Sache gegen Entgelt eingeräumt wird und das Rechtsverhältnis auch klar als Miete bezeichnet wird. Da die bloße Gebrauchsregelung unter Miteigentümern den Regelfall darstellt,⁶ sollte bei einem Mietvertrag mit dem Miteigentümer ausreichend klar zum Ausdruck kommen, dass ein Mietvertrag geschlossen werden soll. Der Miteigentümer ist als Mieter dann nach den mietrechtlichen Bestimmungen geschützt und hat in der Regel eine bessere Rechtsposition als ein bloßer Miteigentümer, weil bei Anwendbarkeit des MRG der Mietvertrag auch im Falle einer Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft durch Teilungsklage nach § 2 MRG auf Rechtsnachfolger übergeht. Die Vermietung an einen Miteigentümer ist dabei außerordentliche Verwaltung⁷ der Liegenschaft.

4. Genossenschaftliche Nutzungsverträge

Beim genossenschaftlichen Nutzungsvertrag wird der Nutzer Mitglied in einer gemeinnützigen Genossenschaft, die ihm die entgeltliche Nutzung an einer Wohnung einräumt. Nach § 1 Abs 1 MRG ist das MRG auch auf solche Verträge anwendbar, allerdings nur nach Maßgabe der (unnötig kompliziert gestalteten) Sonderregelungen des § 1 Abs 3 MRG iVm § 20 WGG.

5. Wohnungsgebrauchsrecht, Fruchtgenuss

Als Grundlage eines Benutzungsrechts an einer unbeweglichen Sache kommen auch ein Fruchtgenussrecht oder ein Wohnungsgebrauchsrecht nach den Bestimmungen des ABGB in Frage. Beim Fruchtgenuss wird dem Fruchtgenussberechtigten das „wirtschaftliche Eigentum“ am Gegenstand des Fruchtgenusses übertragen. Das bedeutet, dass der Berechtigte die Sache wie ein Eigentümer benutzen – und insbesondere auch vermieten – darf. Mangels anderweitiger Regelung wird der Fruchtgenuss auf Lebensdauer des Berechtigten eingeräumt, die Dauer ist aber frei gestaltbar.

⁶ RIS-Justiz RS0013657.

⁷ RIS-Justiz RS0013609.

Das Wohnungsgebrauchsrecht ist hingegen ein höchstpersönliches Recht des Berechtigten auf Benutzung der Sache; dieser muss die Sache nicht unbedingt benützen, er darf die Benützung der Sache aber auch nicht entgeltlich oder unentgeltlich weitergeben.

Die Vereinbarung eines Entgelts ist beim Fruchtgenuss und beim Wohnungsgebrauchsrecht zwar möglich, allerdings werden dadurch der Fruchtgenuss und das Wohnungsgebrauchsrecht einem Mietvertrag angenähert; im Einzelfall mag sich dann die Frage stellen, ob das Recht als Umgehung der Vorschriften des MRG geschlossen wurde und daher Mietrecht anwendbar ist. Die Vereinbarung eines Entgelts ist daher aus Sicht der möglichen Anwendbarkeit mietrechtlicher Regelungen nicht zu empfehlen.

6. Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht

a) Unternehmen als Gegenstand des Pachtvertrags

Während das Bestandobjekt bei der Miete nur zum Gebrauch überlassen wird, zeichnet sich die Pacht wie schon oben erwähnt dadurch aus, dass eine **organisierte Erwerbsgelegenheit** in Bestand gegeben wird, die geeignet ist, auch einen Ertrag zu erwirtschaften. Von besonderer **Bedeutung** ist die Abgrenzung zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht vor allem deshalb, weil **bei Qualifikation als Pacht das MRG nicht anwendbar** ist und somit unbefristete Bestandverhältnisse auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes iSd § 30 Abs 2 MRG gekündigt werden können.

b) Kriterien für Pachtverträge nach der Rechtsprechung des OGH

Die **ältere Rechtsprechung** ließ oft schon die vertragliche Vereinbarung einer Betriebspflicht und eines umsatzabhängigen Pachtzinses ausreichen, um einen Bestandvertrag als Pacht zu klassifizieren. Die neuere Rechtsprechung beurteilt dies deutlich differenzierter; sie untersucht einerseits, wie das Vertragsverhältnis ausgestaltet ist, und andererseits, welche Betriebsmittel vom Bestandgeber tatsächlich zur Verfügung gestellt werden. Nach der neuesten Rechtsprechung ist nur dann von Unternehmenspacht auszugehen, wenn einerseits die **vertragliche Gestaltung** dies nahelegt (zB durch Vereinbarung einer

Betriebspflicht – allenfalls auch schlüssig vereinbart – oder eines umsatzabhängigen Mietzinses, Verpflichtung zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens), und andererseits der Bestandgeber auch **wesentliche Betriebsmittel zur Verfügung stellt** (zB Warenlager, Kundenstock bzw „good will“, Ausstattung des Bestandgegenstandes, Gewerbeberechtigung etc). Es ist davon auszugehen, dass der OGH in konsequenter Anwendung der Rechtsprechung zur Qualifikation von Bestandverhältnissen in Einkaufszentren in Zukunft ein größeres Augenmerk auf die vom Bestandgeber zur Verfügung gestellten Betriebsmittel legen wird. Im Detail ist die Rechtsprechung des OGH stets **einzelfallbezogen und kasuistisch**, und der OGH betont, dass es bei der Qualifikation des Vertragsverhältnisses stets auf die Gesamtheit der Umstände ankommt.

In jüngster Vergangenheit war vor allem die Qualifikation von **Bestandverhältnissen in Einkaufszentren** heftig umstritten, die in einer Vielzahl höchstgerichtlicher Urteile und in der juristischen Literatur und Lehre umfassend und kontroversiell diskutiert wurde. Der OGH hat sich in seiner jüngsten Rechtsprechung nun im Wesentlichen den **Vertretern der Mietvertragsqualifikation angeschlossen**. Der OGH vertrat in seinen letzten Entscheidungen, dass nur dann ein Pachtvertrag vorliegt, wenn tatsächlich ein „lebendes Unternehmen“ in Bestand gegeben wird, wozu neben der rechtlichen Ausgestaltung (also üblicherweise der Vereinbarung einer Betriebspflicht und eines umsatzabhängigen Mietzinses) auch erforderlich sei, dass der Bestandgeber auch die „wesentlichen Grundlagen des Unternehmens“ (Betriebsmittel) zur Verfügung stellt. Dies sei bei Übergabe **„nackter“ Geschäftsräume** oder eines sog **„Edelrohbaus“** nicht der Fall.⁸ Muss also der Bestandnehmer zur Inbetriebnahme noch wesentliche Aufwendungen tätigen und den Betrieb erst einrichten, geht der OGH nach dieser jüngsten Rechtsprechung stets von Miete aus. Daran ändert sich nach diesen Entscheidungen auch nichts, wenn den Bestandnehmer Gemeinschaftsverpflichtungen treffen und der Bestandgeber Infrastruktur des Einkaufszentrums und Kundenparkplätze zur Verfügung stellt.⁹

⁸ Vgl RIS-Justiz RS0020398.

⁹ Vgl hierzu die jüngste Rechtsprechung: OGH 3 Ob 253/05k; OGH 7 Ob 260/07x; OGH 6 Ob 141/09t; OGH 6 Ob 74/10s.

c) Nebenbetriebe

Die Rechtsprechung kennt darüber hinaus auch die Fallgruppe der sog **Nebenbetriebe**, die ohne den Kundenstrom des Hauptbetriebes nicht bestehen könnten und bei welchen häufig ein besonderes Interesse des Hauptbetriebes am Nebenbetrieb besteht (zB ein Blumenladen in einem Krankenhaus). Die bisherige Rechtsprechung ging in diesen Fällen zumeist von Pacht aus,¹⁰ möglicherweise wird aber aufgrund der neuen Rechtsprechung zur Qualifikation von Bestandverhältnissen in Einkaufszentren in Zukunft genauer hinterfragt, welche Betriebsmittel und Beiträge der Vermieter für die Aufnahme und Führung des Nebenbetriebs tatsächlich zur Verfügung stellt.

d) Hotelpachtverträge

Unter Hotelpachtverträgen werden Verträge verstanden, bei denen ein ganzes Gebäude oder wesentliche Teile davon zum Betrieb eines Hotels, also zur gewinnbringenden kurzfristigen Vermietung und Erbringung von Hoteldienstleistungen in Bestand gegeben werden. Auch bei diesen Vertragsverhältnissen stellt sich die Frage, ob ein Mietvertrag oder ein Pachtvertrag anzunehmen ist. Die Einordnung des Vertragsverhältnisses als Miete oder Pacht ist bei Hotels ungeforderten Neubau in der Regel nicht von ausschlaggebender Bedeutung, weil das Mietrechtsgesetz ohnehin nur teilweise anwendbar ist und somit beim Neuabschluss von Verträgen nur die Kündigungsbestimmungen des MRG zu berücksichtigen sind, das Vertragsverhältnis aber ansonsten ohne Bindung an die Regelungen des MRG von den Vertragsparteien frei gestaltet werden kann. Im Hinblick darauf, dass die Anwendung des Mietrechtsgesetzes nicht ganz auszuschließen ist, werden Hotelpachtverträge aber dennoch meist befristet geschlossen.

Kommt hingegen das MRG voll zur Anwendung – also in der Regel bei Hotels in Altbauten –, ist diese Frage dagegen von wesentlicher Bedeutung; neben der Anwendbarkeit von Kündigungsbeschränkungen sind auch Mietzinsbeschränkungen und die restriktiven Erhaltungs- und Betriebskostenregelungen des MRG zu beachten.

¹⁰ OGH RIS-Justiz RS0020334.