

I. Einleitung

A) Allgemeines zur Unzulässigkeit von Klauseln

Das Gesetz kann naturgemäß nicht für jeden erdenklichen Mietvertrag ausdrückliche Regelungen treffen. Es bedarf der **Gesetzesauslegung**,¹ dh der richtigen **Anwendung des Gesetzes auf einen bestimmten Fall**. Mit diesem Buch soll dem Leser auf anschauliche Weise dargestellt werden, was beim Mietvertragsabschluss und in weiterer Folge während der Vertragslaufzeit zu beachten ist. Es soll auch gezeigt werden, welche **Fallen beim Mietvertragsabschluss** oft übersehen werden und ab wann Rechtswidrigkeit vorliegt. Es werden die – üblicherweise – rechtlich problematischen Klauseln herausgegriffen und es wird auf jene besonders genau einzugehen sein, bei denen eine ausführliche Untersuchung aus rechtsdogmatischer Sicht oder praktischen Gründen geboten erscheint.

Der OGH setzte sich erst kürzlich mehrfach mit dem Thema der (Un-)Zulässigkeit von Klauseln in Mietverträgen auseinander. In gleich zwei von der Österreichischen Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (BAK) geführten **Verbandsklageprozessen**² jeweils gegen Vermieter hatte er eine Vielzahl von Klauseln zu untersuchen. Das Ergebnis war Aufsehen erregend: Schon im ersten Verfahren **kippte der OGH 39 von 40** der beanstandeten **Klauseln wegen Unzulässigkeit**. Das zweite – ähnliche – Verfahren ging in dieselbe Richtung und bestätigte das erste. Neben großem medialen Interesse, erfreuten Mietern und empörten Vermietern blieb aus juristischer Sicht vor allem eines: Eine Fülle von Rechtsfragen, die durch diese Verfahren neu aufgeworfen wurden bzw erst entstanden sind. Sie sollen nun in diesem Buch aufgegriffen und behandelt werden.

Wie *Bruckner* und *Gruber*³ schon richtig erkannt haben, ist die gesetzliche Lage des Mietrechts reichlich kompliziert. Unangenehme Überraschungen lassen sich nur vermeiden, wenn man die rechtlichen Rahmenbedingungen kennt. In einer Zeit, in der die Wohnungskosten etwa doppelt so schnell steigen wie die Inflationsrate,⁴ ist es umso mehr ein Grund, sich über dieses Rechtsgebiet aus-

¹ Dazu eingehend *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991); *derselbe*, Recht, Methode und Jurisprudenz (1988); *derselbe*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005); *Canaris*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, *Medicus-FS* (1999) 25; *U. Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze aus heutiger Sicht, *JZ* 2003, 1; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen² (2001); uva.

² OGH 10.11.2006, 7 Ob 78/06f = wobl 2007/26; OGH 27.3.2007, 1 Ob 241/06g = Zak 2007/384 = JusGuide 2007/26/4848 = immolex 2007/103; in der Folge werden diese beiden Urteile als „**die beiden aktuellen OGH-Klauselentscheidungen**“ bezeichnet.

³ *Bruckner/Gruber*, Fair vermieten (2006) 9 ff.

⁴ Nähere Informationen erhalten Sie von der Statistik Austria bzw auch im Internet unter http://www.statistik.at/dynamic/web_de/statistiken/preise/verbraucherpreisindex_vpi_hvpi/zeitreihen_und_verkettungen/025299

reichend Kenntnis zu verschaffen, um etwa Kosten zu sparen, zu deren Tragung man rechtlich nicht verpflichtet ist.

Die Frage, wie es denn zu *unzulässigen Klauseln in Mietverträgen* kommen kann – ist doch ohnehin jede geschäftsfähige Person berechtigt, wirksam und **autonom** Verträge abzuschließen und müsste sie doch eigentlich rechtlich gezwungen werden können, für ihre Vereinbarung „gerade zu stehen“ – wird mit diesem Buch beantwortet. Allem voran setzt dies aber eines voraus: ein richtiges Verständnis von **Privatautonomie**:

Der Mietvertrag zählt sich innerhalb des Privatrechts zu den vertraglichen Schuldverhältnissen.⁵ Das **Schuldrecht** ist von dem in Verfassungsrang⁶ stehenden **Grundsatz der Privatautonomie** getragen. Das **Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch** (ABGB) erlaubt es als Mutter der Privatrechte den Rechtssubjekten, im Rahmen ihrer Privatautonomie **Rechte und Pflichten** durch rechtsgeschäftliches Handeln zu **begründen**. Dabei geht es vor allem um **Verträge**. Aufgrund ihrer Zwei- bzw. Mehrheitigkeit entsteht angesichts mehrseitiger Interessenverlagerungen der Bedarf nach Schranken, deren Ziel es ist, Gerechtigkeit und Äquivalenz nach Möglichkeit sicherzustellen und dabei vor allem den (wirtschaftlich) Schwachen zu schützen, ohne in die Grundsätze der Privatautonomie durch übertriebene „Bevormundung“ zu sehr einzugreifen. Das bisweilen behauptete **unbeschränkte Selbstbestimmungsrecht** entpuppt sich bei näherer Betrachtung meist rasch in eine bloß „formale“ Freiheit,⁷ die von vielen Seiten eingeschränkt wird.⁸ Wird eine rechtliche Einschränkung bei der Vertragsverfassung überschritten, so ist darin idR eine *unzulässige Vereinbarung* zu erblicken.

Grundsätzlich sind **Rechtsvorschriften über das Mietrecht** einerseits im **ABGB** und andererseits im Mietrechtsgesetz (**MRG**) zu finden. Auf einen Mietvertrag können entweder beide Gesetze (teilweise) oder aber auch nur eines der beiden (zur Gänze) anzuwenden sein. **Welches der beiden Gesetze wann anzuwenden** ist, ist in Anbetracht dessen, dass *gleiche* (materielle) *Bereiche* im ABGB und MRG teilweise völlig *unterschiedlich geregelt* werden, eine für den Rechtsanwender oft sehr entscheidende Frage, die im **Allgemeinen Teil** (unter Kapitel II) dieses Buches genau beantwortet wird. Aber auch im Zusammenhang mit der hier angesprochenen Privatautonomie gibt es Unterschiede zwischen diesen beiden Gesetzen:

Die Regeln des **MRG** sind nach hA weitgehend **relativ zwingend**, also zulasten des Mieters durch Privatautonomie bzw. Parteienvereinbarung **nicht abding-**

⁵ Zum vom Schuldverhältnis mit dem Verfügungsgeschäft vgl. *Rummel in Rummel*³, § 859 [14].

⁶ VfGH 30.11.1989, G 139–141, 146, 177/88, G 16, 17, 74–77, 231, 232/89 = VfSlg 12.227 = JBl 1990, 310.

⁷ Dazu ua *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 158 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995) 8 ff.

⁸ Vgl. allein schon die zwingenden Bestimmungen des KSchG sowie des MRG.

bar bzw abänderbar.⁹ Im Unterschied dazu ist **dispositives Recht**, welches das **ABGB** kennzeichnet, durch Vereinbarung der Parteien abdingbar und hat – daneben – für den Fall einer Vereinbarungslücke Ergänzungsfunktion.¹⁰ Zur Abdingbarkeit *einzelner* ABGB-Bestimmungen herrscht aber zwischen Lehre und Rechtsprechung teilweise Uneinigkeit.¹¹ So stellt zB § 1096 Abs 1 letzter Satz ABGB eine zwingende Norm dar, da explizit die Unabdingbarkeit der Zinsbefreiung bei Unbrauchbarkeit eines unbeweglichen Mietobjekts festgehalten wird (arg „kann nicht verzichtet werden“). Es handelt sich hierbei daher um zwingendes Recht.¹² Aber auch die **Rechtsqualität** mancher anderer ABGB-Vorschriften – so etwa die Erhaltungspflicht des Vermieters gem § 1096 ABGB (dazu eingehend im Besonderen Teil) – wirft Probleme auf und ist von der Judikatur noch nicht abschließend geklärt.

Die **Einschränkung der Privatautonomie** verfolgt in erster Linie den **Zweck**, den **Schwachen zu schützen**. Der wirtschaftlich Unterlegene – idR ein Konsument oder auch oft der Mieter – kann sein Selbstbestimmungsrecht oft nicht oder nur unzureichend wahrnehmen, insb dann, wenn der andere – wirtschaftlich mächtige – Vertragspartner keinen oder nur geringen Verhandlungsspielraum bietet und nur bereit ist, unter seinen Bedingungen ein Geschäft abzuschließen. Dieser daraus erwachsenden Äquivalenzstörung will das Gesetz entgegenwirken.¹³ Daher gibt es **selbst im Bereich des ABGB Grenzen**.

In den beiden – oben erwähnten – aktuellen **OGH-Klauselentscheidungen** wurde ein Mal mehr deutlich, dass selbst dispositive Regeln des ABGB dann nicht abbedungen werden können, wenn sich dadurch eine **gröbliche Benachteiligung** iSd § 879 Abs 3 ABGB ergibt.¹⁴ Nach stRsp ist ein Abweichen vom dispositiven Recht uU schon dann eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB, wenn sich für die Abweichung **keine sachliche Rechtfertigung** findet. Gröbliche Benachteiligung sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen

⁹ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²¹ vor § 1 MRG [10].

¹⁰ Vgl etwa Flume, Rechtsgeschäft⁴, 321ff; Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹³ I (2006) 43 f.

¹¹ Vgl hiezu etwa Bucher, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Deschenaux-FS (1977) 249; Fröhlich, Vom zwingenden und nicht zwingenden Privatrecht (1922).

¹² Näheres dazu ebenso im Besonderen Teil.

¹³ Vgl Welser, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentenschutzgeschäft, JBl 1980, 1 und 72; zum Anwendungsbereich des KSchG s weiters die Judikaturübersicht bei demselben, Das Konsumentenschutzgesetz in der Rechtsprechung, Schönherr-GedS (1986) 326 ff.

¹⁴ OGH 10.11.2006, 7 Ob 78/06f = wobl 2007/26; s dazu auch Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 (71).

Rechts vorliegt.¹⁵ Für Einzelfälle dazu, auf die es letztlich ankommt, wird ebenfalls auf den Besonderen Teil verwiesen.

Für die **Beurteilung**, ob eine Mietvertragsklausel **im Einzelfall** als **unzulässig** eingestuft werden muss, kommt es auch auf die **Rahmenbedingungen** des Vertrags an, die im **Allgemeinen Teil** eingehend – nämlich maßgeschneidert auf den Mietvertrag – aufgezählt bzw erklärt werden. Relevant sind insb folgende Faktoren:

- In erster Linie muss festgestellt werden, ob das **MRG** oder das **ABGB** anzuwenden ist. Dazu sind Informationen über das Mietobjekt notwendig, etwa die Anzahl der Wohnungen im Gebäude oder dessen Errichtungszeit. Die Bestimmungen, ob das MRG anwendbar ist oder nicht, sind überaus kompliziert, aber wichtig, da gleiche Regelungsbereiche von den beiden Gesetzen (ABGB/MRG) idR unterschiedlich geregelt sind.
- Weiters muss geklärt werden, **welche Eigenschaft den Vertragsparteien zukommt**: Ist die eine Partei Unternehmer und die andere Verbraucher, oder sind beide Parteien des Mietvertrags Unternehmer oder beide Verbraucher, löst dies jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen aus. Geschäfte mit einem Unternehmer einerseits und einem Verbraucher andererseits werden als **Verbrauchergeschäfte** bezeichnet, auf die das – rechtlich bedeutsame – Konsumentenschutzgesetz (**KSchG**), dessen Bestimmungen zugunsten des Verbrauchers relativ zwingend sind, Anwendung findet. Die richtige Beurteilung, ob eine Unternehmer- oder Verbrauchereigenschaft der Partei zutrifft, bedarf einer **konkreten Betrachtung der Parteien**. Die Anwendbarkeit des KSchG hat im Zusammenhang mit diesem Thema dann große Bedeutung, wenn Klauseln gerade wegen Verstoßes gegen die strengen Regeln des KSchG zu Fall gebracht werden (können).¹⁶
- Jemand, der ein Mietobjekt kauft oder aber Erbe einer der Vertragsparteien ist, wird sich die Frage stellen, ob auf ihn der frühere Mietvertrag eine wie auch immer geartete Bedeutung hat. Das Kapitel über die **Auswirkung der Rechtsnachfolge auf den Fortbestand des Mietvertrags** hat den Sinn, dem Rechtsnachfolger Information über seine Rechte und Pflichten zu geben und ihn zu informieren, ob der alte Vertrag samt seiner (allenfalls unzulässigen) Klauseln für ihn überhaupt von Belang ist oder nicht. Ist dies für ihn zu bejahen, so wird ihn auch der Besondere Teil dieses Buches interessieren.
- Für die Beurteilung der Unzulässigkeit von Klauseln ebenso relevant ist die Frage, ob ein **Geschäftsraum** oder ein **Wohnraum** vermietet wird, da für diese beiden Mietgegenstandsformen manchmal unterschiedliche Regelungen bestehen. Es kann sich im Einzelfall um einen Grenzfall handeln, in dem eine genaue Zuordnung schwierig, aber geboten ist. All dies ist ebenso Gegenstand des Allgemeinen Teils dieses Buches.

¹⁵ Erstmals dazu OGH 13.4.1983, 1 Ob 581/83 = SZ 56/62 = JBl 183, 534 = MietSlg 35.084.

¹⁶ Vgl dazu das eigene Kapitel im Besonderen Teil in Kapitel III.F.

- Weiters kommt es darauf an, **unter welchen Umständen** der Vertrag **zustande gekommen** ist; ob er etwa von beiden Parteien nach langem und hartem Verhandeln gemeinsam verfasst wurde oder ob eine Partei einen vordruckten fertigen Vertragstext der anderen Partei lediglich mit der Möglichkeit unterbreitet, diesen zu unterschreiben. Im Fachjargon spricht man einerseits von **Individualabreden** und andererseits von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB), die auf den ersten Blick sehr leicht voneinander getrennt werden können, jedoch wird sich in Grenzfällen – siehe die erforderliche Information im Allgemeinen Teil – zeigen, dass eine Zuordnung oft sehr schwierig sein kann. Jedenfalls aber ist die Zuordnung zu einer der beiden Vertragsvarianten wegen unterschiedlicher Rechtsfolgen eine ebenso äußerst wichtige Vorfrage.
- Schließlich kommt es auch immer wieder vor, dass **nebenvertragliche Vereinbarungen**, wie etwa Hausordnungen, dem Hauptvertrag angeschlossen werden. Die rechtliche Beurteilung dieser Vereinbarungen kann vor allem dann Bedeutung haben, wenn darin Rechte und Pflichten der Parteien enthalten sind. In Anbetracht dessen ist es sinnvoll, auch diese nebenvertraglichen Verpflichtungen rechtlich einzuordnen und sodann auf gesetzliche Zulässigkeit zu überprüfen, um allenfalls einzelne darin enthaltene Klauseln aufzuheben.

Anhand dieses Buches soll der Leser in der Lage sein, **Rechtswidrigkeit** in Mietverträgen rechtzeitig und **selbständig zu erkennen**. Ist ein Vertrag einmal durch Konsens zustande gekommen, heißt das – wie gezeigt wurde – noch nicht, dass dies auch auf rechtlich zulässigem Wege geschehen ist. In den aktuellen Verbandsklageentscheidungen des OGH werden eben solche Missstände in Mietverträgen sehr deutlich. In beiden Verfahren wurden Verträge bemängelt, in denen der Vermieter Unternehmer, der Mieter Konsument war. Keinesfalls soll das aber heißen, dass die potenzielle Unzulässigkeit von Klauseln nur auf Verträge mit professionellen Unternehmern beschränkt ist. Eine aktuelle Studie zeigt, dass der Großteil aller momentan aufrechten Mietverträge rechtlich nicht ganz einwandfrei ist und unzulässige Klauseln beinhaltet,¹⁷ was nicht zuletzt ein Zeichen für die praktische Relevanz dieses Themas ist.

B) Orientierungshilfe

Um dem Leser – neben dem Inhaltsverzeichnis – eine noch bessere Orientierung innerhalb dieses Buches zu ermöglichen, wird an dieser Stelle die Einteilung und der Ablauf der Untersuchung erklärt:

¹⁷ Vgl allein schon die stichprobenartige Überprüfung von 20 Mietverträgen und die sich daraus ergebende besorgniserregende Anzahl der unzulässigen Klauseln: dies alles in *Reichholf/Rosifka*, Gesetzswidrige Bestimmungen in Wohnungsmietverträgen – Juristische Analyse von Mietvertragsformularen, abrufbar im Internet unter http://www.arbeiterkammer.at/pictures/d7/Vertragsbestimmungen_in_Wohnungsmietvertraegen.pdf

Allem voran wird das **Thema** gleich im Anschluss **unter Kapitel C. eingegrenzt** und von verwandten – aber anderen – Bereichen klar abgegrenzt, um schon im Vorhinein den Leser vom genauen Umfang der Untersuchung in Kenntnis zu setzen und ihn später nicht im Dunkeln tappen zu lassen.

Kapitel II. befasst sich mit dem **Mietvertrag – Allgemeiner Teil**. Dort geht es darum, worauf oben schon unter „Rahmenbedingungen“ hingewiesen wurde, um die Eigenschaft der Parteien, das Mietobjekt und die Art des Zustandekommens eines Vertrags etc. Rahmenbedingungen zum Mietvertrag bieten die essentielle Grundlage für die spätere Klauselprüfung.

Kapitel III. handelt vom **Mietvertrag – Besonderer Teil**. Hier werden die **einzelnen Klauseln auf Zulässigkeit geprüft**. Die erhebliche materielle Rechtslage wird genau dargestellt und das in Kapitel II. Gewonnene schon vorausgesetzt, damit die rechtliche Untersuchung auch zielführend ist. Die behandelten Klauseln werden in vertragliche Regelungsbereiche unterteilt und nach Relevanz sortiert. In einem Vertrag finden sich Regelungen über **Leistungspflichten** der Parteien, wie etwa die Erhaltungspflicht, die nicht zuletzt deshalb so wichtig ist, da in diesem Bereich immer wieder Rechtsstreitigkeiten aufgrund unklarer oder unzulässiger Formulierungen im Vertrag oder unzureichender Kenntnis von der Rechtslage entstehen. Zudem gibt es Vertragsregelungen über **Verhaltens- und Duldungspflichten**, die **Dauer des Vertrages** wie auch über den **Verwendungszweck** sowie über die **Formvorschriften** und **Folgen bei Beendigung** des Vertrags. Unter Hinweis auf die beiden aktuellen Verbandsklageprozesse wird weiters den Verbrauchergeschäften ein eigenes Kapitel gewidmet, in dem auf Fallen hingewiesen wird, die von Verbrauchern oft übersehen werden.

Um Verständnis wird gebeten, wenn in diesem Buch nicht jede nur erdenkliche Mietvertragsklausel einer rechtlichen Untersuchung zugeführt werden kann.

C) Themeneingrenzung

Dieses Buch behandelt ausschließlich den Mietvertrag. Der Mietvertrag gehört innerhalb der Schuldverhältnisse zur Gruppe der **Dauerschuldverhältnisse**, da die Leistungspflicht der Parteien (Gebrauch der Sache auf der einen Seite, Mietzins auf der anderen Seite) eine dauerhafte ist. Das ABGB ermöglicht *innerhalb seiner Grenzen*, einen Vertrag nach Gutdünken der Parteien zu gestalten (siehe schon oben zur Privatautonomie). Dies bedeutet, dass die Parteien auch die **Vertragsart** bestimmen können; es herrscht – anders als im Sachenrecht – Vertragsfreiheit und **kein Typenzwang**,¹⁸ worunter man das Gebot versteht, nur Verträge abzuschließen, die das Gesetz kennt und für die es ausdrücklich Regelungen trifft (zB Miete, Kauf, Tausch, Darlehen, Schenkung).

¹⁸ Apathy/Riedler in Schwimann³, § 859 ABGB.

Ist ein Vertrag dem Gesetz fremd, so handelt es sich um einen **atypischen Vertrag**.¹⁹ Innerhalb der atypischen Verträge gibt es auch Verträge, die Merkmale mehrerer *typisierter* Verträge aufweisen (sog **gemischte Verträge**) und nur *einer bestimmten* Type nicht eindeutig zuordenbar sind. So ist etwa der Immobilienleasingvertrag²⁰ genauso wie der Mietvertrag ein Dauerschuldverhältnis, jedoch weist er auch mit dem Kaufvertrag gemeinsame Merkmale auf, wenn das wirtschaftliche Risiko der Bestandsache dem Leasingnehmer angelastet wird. Jedemfalls gehört er zur Gruppe der gemischten Verträge, da er Elemente beider gesetzlich geregelter Verträge enthält.²¹ Lässt sich kein Überwiegen eines durch das Gesetz geregelten Vertrages (Miete/Kauf) ermitteln (dh keine Absorption; Näheres sogleich), so ist die **Kombinationstheorie** anzuwenden, wonach für die einzelnen bestimmten Leistungspflichten jeweils die Vorschrift jenes Vertragstyps heranzuziehen ist, dem die Pflicht entstammt.²²

Ein weiteres Beispiel ist der oft nur schwer festzustellende **Unterschied zwischen Miete und Pacht**. § 1091 Satz 2 ABGB ordnet ausdrücklich an, dass bei Verträgen, die sowohl Merkmale der Miete und Pacht²³ enthalten, eine **Absorption** (und keine Kombination) vorzunehmen ist, was bedeutet, dass der Vertrag nach dem Überwiegen²⁴ **entweder der Miete oder der Pacht** zuzuordnen ist und somit nur die Regeln einer der beiden zur Anwendung gelangen können. **Alternativ** können die Parteien hinsichtlich der anzuwendenden Normen den Vertrag auch auf zwei Verträge **aufsplitten**,²⁵ um die Vorschriften beider unterschiedlichen Vertragstypen anwenden zu können.

Wendet man die – in § 1091 S 2 ABGB angeordnete – Absorptionsmethode an, so muss man gezwungenermaßen zum Ergebnis gelangen, nur einem der beiden Vertragstypen den Vorzug zu geben. Daher empfiehlt sich an dieser Stelle eine genaue Abgrenzung zwischen Miete und Pacht.

a) Abgrenzung zwischen Miete und Pacht

Sowohl Miet- als auch Pachtverträge gehören zu den Bestandverträgen, da bei beiden eine Sache gegen Entgelt in Bestand gegeben wird. Da **im vorliegenden Buch ausschließlich Mietverträge, nicht aber Pachtverträge** untersucht wer-

¹⁹ *Kramer* (Hrsg), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising (1985); *Forstmoser ua* (Hrsg), Innominatverträge in FS Schluep (1988).

²⁰ *Rainer*, Der Immobilienleasingvertrag, immolex 2005, 166; rechtsvergleichend *Csaky*, Der Immobilienleasingvertrag in Österreich, Deutschland und der Schweiz (1992).

²¹ Vgl dazu *Pittl/Ess*, Zur Zulässigkeit eines Räumungsbegehrens beim Immobilienleasing, wobl 2005, 185.

²² *Kozio/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹³ II (2007) 14.

²³ Vgl dazu OGH in JBl 2003, 643.

²⁴ DRdA 1986/9 (Jabornegg).

²⁵ *Binder in Schwimann*³, § 1091 ABGB [1 ff].

den, ist an dieser Stelle die (Geschäftsraum-)Miete von der oft verwechselten (Unternehmens-)Pacht genau zu trennen.²⁶

Pacht ist etwas anderes als Miete: Während ein Mieter den Mietgegenstand bloß gebraucht, kommt dem **Pächter** darüber hinaus der **Fruchtgenuss** zugute. Daher fällt auch nur die Miete in den Anwendungsbereich des MRG, nicht aber die Pacht.²⁷ Für den Bestandgeber ist Pacht oft insofern günstiger, als dann der Bestandnehmer nicht in den Schutzbereich des MRG fällt.

Die richtige Abgrenzung zwischen Unternehmenspacht und Geschäftsraum-miete ist oft eine schwer zu lösende Rechtsfrage. Darüber hinaus wird auch häufig versucht, durch die Bezeichnung des Vertrags entweder als Miet- oder Pachtvertrag die gewollten Rechtsfolgen auszulösen, wodurch es häufig zu einer rechtlich falschen Bezeichnung des Vertrags kommt. Nach der Rechtsprechung ist die bloße Bezeichnung aber – ausgenommen bei Grenzfällen – grundsätzlich **bedeutungslos**. Es kommt vielmehr auf die **Zweckbestimmung** der Bestandsache – auf die der Konsens gerichtet ist – bei Abschluss des Bestandvertrags und die dem Bestandnehmer eingeräumten Befugnisse an.²⁸

Die **Rsp** ist hier allerdings **nicht einhellig**, da bei jeder Beurteilung auf die Umstände des Einzelfalls zu achten ist.²⁹ So wurde beispielsweise die Gebrauchsüberlassung von Räumen in Einkaufszentren (EKZ) schon als Pacht³⁰ angesehen, jene für ein Buffet in einem Spital aber als Miete.³¹

Wird ein **lebendes Unternehmen**³² samt dem Kundenstock, Warenlager und allem, was zum „good will“³³ eines Unternehmens gehört, zum Gebrauch überlassen, so ist **Pacht** anzunehmen.

Zudem kann für die Annahme von Pacht sprechen, wenn dem Bestandnehmer die **Betriebspflicht**³⁴ auferlegt wird, weiters wenn der Zins vom Umsatz abhängig

²⁶ Es wird nur die *Geschäftsraum*miete der Pacht gegenübergestellt, da mit der Wohnraum-miete keine Abgrenzungsschwierigkeiten zur Pacht entstehen und die Pacht aufgrund ihres unternehmerischen Wesens nur mit der Geschäftsraum-miete Ähnlichkeiten aufweist.

²⁷ Näheres dazu noch bei der Abgrenzung ABGB – MRG unter Kapitel II.A.

²⁸ OGH 15.2.2007, 6 Ob 306/06a; OGH 24.2.1971, 5 Ob 266/70 = HS 8067 = SZ 44/18 = MietSlg 23.115; OGH 3.9.1986, 1 Ob 626/86 = MietSlg 38.135; OGH 19.6.1986, 7 Ob 584/86 = MietSlg 38.457 mwN; OGH 29.4.1997, 1 Ob 2315/96i = MietSlg 49.104.

²⁹ OGH 16.1.1985, 1 Ob 694/84 = MietSlg 37.125/7; OGH 10.12.1985, 2 Ob 575/85 = MietSlg 37.123; OGH 3.9.1986, 1 Ob 626/86 = MietSlg 38.135; OGH 15.7.1987, 1 Ob 581/87 = MietSlg 39.100; OGH 31.8.1989, 6 Ob 612/89 = MietSlg 41.081; OGH 19.3.1992, 7 Ob 531/92 = MietSlg 44.141; OGH 11.4.1996, 6 Ob 2047/96i = MietSlg 48.110; OGH 13.2.1997, 6 Ob 2400/96a = wobl 1997/57.

³⁰ OGH 7.5.1996, 10 Ob 2033/96k = MietSlg 48.111.

³¹ OGH 23.9.1997, 4 Ob 249/97i = MietSlg 49.107/37.

³² Etwa das eines Arztes: OGH 30.3.1979, 1 Ob 551/79 = MietSlg 31.170; eines Rechtsanwaltes: MietSlg 2190/38.

³³ OGH in SZ 58/8 = MietSlg 37.125/7; MietSlg 38.135; 39.100; 49.102.

³⁴ OGH in MietSlg 49.105.

ist,³⁵ oder wenn die Gewerbeberechtigung³⁶ dem Bestandnehmer mitüberlassen wird. Die Betriebspflicht wird dabei als wichtigstes Kriterium angesehen. Das Fehlen einzelner dieser genannten Kriterien schließt aber die Annahme von Pacht noch nicht aus.³⁷

Bei Objekten in Einkaufszentren hat der OGH³⁸ bisher weitgehend Pacht angenommen (s schon oben), hingegen folgt nur ein Teil der Lehre dieser Rechtsansicht,³⁹ der andere Teil nimmt Miete⁴⁰ vor allem dann an, wenn diese im Vertrag von den Parteien angenommen und gewollt ist. Der OGH ist der Ansicht, dass die Parteienabsicht nur in Grenzfällen entscheidend ist.⁴¹

Bei noch nicht gegründeten Unternehmen, die in Bestand gegeben werden, kann Pacht nur dann angenommen werden, wenn der Pächter alle wesentlichen Grundlagen des künftigen Unternehmens vom Verpächter zur Verfügung gestellt bekommt und nach Auflösung des Bestandverhältnisses auch zur Rückstellung des lebenden Unternehmens verpflichtet ist.⁴²

b) Miete von Immobilien

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist ausschließlich die Immobilienmiete. Es geht also nur um Mietverträge über **unbewegliche Sachen**, nicht aber um solche über **bewegliche** (etwa Mietautos). Für die Miete von beweglichen Sachen ist es nicht ratsam, dieses Buch heranzuziehen, zumal sich allein schon das gesamte MRG nur auf unbewegliche Sachen bezieht. Das MRG ist jedoch wesentlicher und integrierter Bestandteil der Untersuchung.

³⁵ OGH in wobl 2005, 172; wobl 2005, 205.

³⁶ OGH in MietSlg 45.089.

³⁷ OGH in MietSlg 39.102; 39.443; 41.080; 42.084.

³⁸ Zuletzt OGH 16.8.2007, 3 Ob 149/07v; OGH 28.11.2005, wobl 2006, 55; hingegen Miete: OGH 26.7.2006, 3 Ob 253/05k; vgl dazu *Gruber*, „Mietverträge“ in Einkaufszentren, Anmerkungen zu OGH 3 Ob 253/05k, wbl 2008, 114.

³⁹ *Oberhammer*, Bestandverträge in Einkaufszentren, Miete oder Pacht? wobl 2005, 293; *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, § 1 MRG [39]; *Karollus/Lukas*, Zur Qualifikation von Bestandverträgen in Einkaufszentren, wbl 2005, 341.

⁴⁰ *Vonkilch*, Bestandverträge in Einkaufszentren: Geschäftsraummieta oder Unternehmenspacht? wobl 2005, 105; *Riss*, Einkaufszentren und die Absorptionstheorie, RdW 2006, 6; *Wilhelm*, Einkaufszentren: Pacht ohne Pachtobjekt, *ecolex* 2006, 15; *Iro*, Die Rechtsnatur von Bestandverträgen in Einkaufszentren, RdW 2005, 666; vgl hingegen *Karollus/Lukas*, Bestandverträge in Einkaufszentren – Anmerkung zu *Iro* (in RdW 2005, 666), JBl 2006, 76; *Reich-Rohrwig*, Geschäftsraummieta, Unternehmenspacht und Bestandverhältnisse in Einkaufszentren, *Koppensteiner-FS* (2001) 629; *Fenyves*, Einkaufszentren, Privatautonomie und Vertrauensschutz, wobl 2006, 2 (9).

⁴¹ OGH 12.3.2008, 7 Ob 260/07x = *immolex* 2008/92.

⁴² OGH in SZ 31/54 = JBl 1958, 472 = MietSlg 6748; EvBl 1957/105 = MietSlg 4964; MietSlg 32.162/23; 32.164; 35.164; 39.101; 39.103; 42.083; 48.109; 48.111; wbl 1988, 99 = wobl 1988, 53 = MietSlg 39.101; MietSlg 41.084; 47.092; *immolex* 1997, 23 = MietSlg 48.114/31; wobl 1997, 57 = MietSlg 49.102; MietSlg 49.104; 49.108.

c) Hauptmiete

Mietet eine Person vom Eigentümer eine Sache, so handelt es sich um Hauptmiete. Vermietet ein Hauptmieter an eine andere Person die Sache weiter, so entsteht dadurch ein Untermietverhältnis. Hauptmiete und Untermiete werden vom Gesetz teilweise unterschiedlich geregelt (insb im MRG). Um eine Ausuferung der vorliegenden Untersuchung zu vermeiden, bezieht sie sich **nur** auf die **Hauptmiete**, **nicht** aber auf die **Untermiete**. Will man dennoch einen Untermietvertrag auf die rechtliche Zulässigkeit seiner Klauseln überprüfen, so ist von diesem Buch nicht gänzlich abzuraten. Die Grundlagen über diese verschiedenen Vertragsarten sind dieselben, es wird jedoch in diesem Buch – von einigen wenigen offenkundigen Ausnahmen abgesehen, in denen ausdrücklich hingewiesen wird – auf die Unterschiede der Hauptmiete zur Untermiete grundsätzlich nicht Rücksicht genommen.