

In der Grauzone zwischen Miete und Pacht

Die Unterscheidung in der Praxis – Feinheiten und Folgen

Der Beitrag schnell gelesen

Die Diskrepanz zwischen Miete und Pacht ist in der Immobilienwelt ein bemerkenswertes Phänomen. Jene beiden Begriffe, die oft als Synonym verwendet werden, bergen subtile Unterschiede, die für sämtliche Beteiligten, ob Bestandgeber oder Bestandnehmer, von großer Bedeutung sein können. Ein tiefgehendes Verständnis der Unterschiede zwischen Miete und Pacht ist für die Praxis unerlässlich, um rechtlich fundierte

Entscheidungen zu treffen und die jeweilig spezifischen Anforderungen von Miet- und Pachtverträgen optimal zu erfüllen.

Mietrecht

§ 1090 ff ABGB; § 1 MRG
OGH 6. 9. 1989, 1 Ob 588/89; 23. 9. 1997, 4 Ob 249/97 i;
27. 11. 2002, 3 Ob 274/02 v

GRAU 2023/49



MAXIMILIAN WESELIK, LL.M. (WU), ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Höhne, In der Maur und Partner in Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. Der Bestandvertrag als Überbegriff
 1. Absorptionstheorie
 2. Bestandobjekt
 3. Bestandzins
- B. Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht
 1. Pachtvertrag
 - a) Bestandzweck
 - b) Betriebspflicht
 2. Mietvertrag
 - a) Geschäftsraum- und Wohnungsmiete
 - b) Gemischte Nutzung
 - c) Rechtsfolgenwille
- C. Besonderheiten nach dem MRG
 1. § 16 Abs 1 Z 1 MRG: Rügeobliegenheit bei Mietzinsüberprüfung
 2. § 30 Abs 2 MRG: Kündigungsrecht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes
- D. Exkurs: Nebenbetriebe

A. Der Bestandvertrag als Überbegriff

Der Bestandvertrag ist der Überbegriff für Miete und Pacht, wobei § 1096 ABGB als zentrale Vorschrift die Verpflichtungen des Bestandgebers regelt. Er hat das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten sowie den Bestandnehmer im vertraglich bedungenen Gebrauch bei sonstiger Rechtsfolge der Zinsminderung nicht zu stören. Die Brauchbarkeit des Bestandobjekts richtet sich nach der Vereinbarung der Parteien und dem Verwendungszweck.¹

§ 1091 ABGB nimmt eine Abgrenzung der beiden Erscheinungsformen des Bestandvertrags *Miete* und *Pacht* vor. Unabhängig von der Beschaffenheit des Bestandobjekts wird auf die vertragliche Zweckbestimmung abgezielt. Wird die Bestandsache zum bloßen Gebrauch überlassen, liegt Miete vor. Das Element der Pacht überwiegt hingegen, wenn die Sache zur Fruchtziehung, verbunden mit einer Betriebspflicht übergeben wurde.²

Beispiel

Wird ein Wiesengrundstück dem Bestandnehmer ohne vertragliche Vereinbarung einer Betriebspflicht zur Errichtung und zum Betrieb einer Sportstätte überlassen, liegt ein **Mietverhältnis** vor.³

Wenn dem Bestandnehmer hingegen Grasflächen zur Nutzung überlassen werden und ihm eine Betriebspflicht obliegt, handelt es sich um ein **Pachtverhältnis**.⁴

1. Absorptionstheorie

Bei Bestandverträgen, die sowohl Miet- als auch Pachtelemente aufweisen, ist gem § 1091 Satz 2 ABGB ausschlaggebend, ob die miet- oder pachtrechtlichen Elemente überwiegen. Entgegen der herrschenden Ansicht, gemischte Verträge generell nach der *Kombinationstheorie* zu bewerten, sollen daher bei einem gemischten Bestandvertrag einheitlich und ausschließlich die Regeln jenes Vertragstyps angewendet werden, dessen Elemente überwiegen.

Beispiel

Übernimmt ein Bestandnehmer ein Wohnhaus mit Garten und benützt das Haus ausschließlich zu Wohnzwecken sowie den Hausgarten lediglich gärtnerisch und zur Haltung von Kleintieren, so ist ein geschäftlicher Hauptzweck, dem Mieter die Benutzung der Bestandsache unter Aufwendung von *Fleiß und Mühe* zum Bezug des Fruchtertrags einzuräumen, jedenfalls zu verneinen. Es liegt daher ein Mietverhältnis vor.⁵

Wenn im Rahmen eines Pachtverhältnisses einzelne Räumlichkeiten lediglich zur Befriedigung eines Wohnbedürfnisses überlassen werden, kann darin noch nicht die Zustimmung des Bestandgebers zur Aufspaltung des einheitlichen Bestandverhältnisses in zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse verstanden werden.⁶

¹ Richter in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht⁴ 189.

² OGH 5 Ob 266/70 MietSlg 23.115.

³ OGH 1 Ob 784/81 MietSlg 34.205.

⁴ OGH 5 Ob 266/70 SZ 44/18.

⁵ RIS-Justiz RS0020685.

⁶ Vgl OGH 6 Ob 523/83 MietSlg 34.208.

Auf einen Bestandvertrag können somit entweder nur die miet- oder pachtrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen.

Praxistipp

Beim Absorptionsprinzip handelt es sich um *nachgiebiges* Recht. Bestehen zwischen Bestandnehmer und Bestandgeber Meinungsverschiedenheiten, ob ein Miet- oder Pachtvertrag abgeschlossen werden soll, empfiehlt es sich aus Gründen der Klarheit, zwei **selbstständige** Verträge über die Gebrauchsüberlassung einerseits und die Fruchtziehung andererseits abzuschließen.

Die Frage, welcher Vertragstyp bei Überwiegen der miet- oder pachtrechtlichen Elemente zur Anwendung kommt, gewinnt insb dann an Bedeutung, wenn auf den Vertrag, wäre er als Mietvertrag zu qualifizieren, das MRG ganz oder teilweise zur Anwendung kommt.

2. Bestandobjekt

Gem § 1093 ABGB können sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen Gegenstand eines Bestandvertrags sein. Da der Bestandvertrag iSd § 1090 ABGB jedoch bloß den Gebrauch des Bestandobjekts oder die Fruchtziehung daraus vermittelt, kommen als Bestandobjekt nur unverbrauchbare Sachen in Betracht, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht verbraucht werden.⁷

Für die Anwendbarkeit des MRG ist die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Bestandobjekten maßgeblich, da das MRG grundsätzlich nur für die Miete unbeweglicher Sachen gilt. Gem § 1096 Abs 1 Satz 3 stellt das ABGB-Bestandrecht die Bestandzinsminderung nur bei der Miete unbeweglicher Sachen zwingend, und für Bestandverträge über unbewegliche Sachen gelten andere Kündigungstermine und -fristen.⁸

Beispiel

Beispiele für **verbrauchbare** Bestandsachen:

- ▶ Lebensmittel, Geld, Gas, Wasser, Elektrizität

Beispiele für **unverbrauchbare** Bestandsachen:

- ▶ Liegenschaften,⁹ Glashäuser,¹⁰ Einrichtungsgegenstände, Maschinen, Kraftfahrzeuge¹¹

3. Bestandzins

Für die Qualifikation als Bestandvertrag bedarf es einer entgeltlichen Überlassung. Der Bestandzins muss klar bestimmt sein, kann jedoch auch in Form von Naturalien oder anderen Werten als Geld geleistet werden. Neben dem Bestandobjekt stellt der Zins eine *essentialia negotii* für das wirksame Zustandekommen eines Bestandvertrags dar. Zu beachten ist, dass die Sonderbestimmungen des MRG (zB Festlegung der Mietzinsobergrenzen §§ 16ff, 26) von Pachtverhältnissen nicht erfasst sind.

Praxistipp

Im Gegensatz zu Mietverträgen über unbewegliche Sachen kann bei Pachtverträgen die Zinsbefreiung wegen Unbrauchbarkeit des Pachtobjekts vertraglich ausgeschlossen werden.¹²

B. Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht

Eine Grauzone und gleichzeitig in der Praxis besonders bedeutsam ist die Abgrenzung zwischen der Vermietung von Geschäftsräumen und der Verpachtung von Unternehmen, da nur erstere unter den Anwendungsbereich des MRG fällt. Die Rechtsprechung stellt dabei auf die Umstände des Einzelfalls ab und ist dementsprechend nur schwer überschaubar.¹³ Allgemein anzuwendende Regeln lassen sich nicht aufstellen, was nicht selten zu widersprüchlichen und unvorhersehbaren Entscheidungen führt.

Beispiel

So war die Überlassung von Krankenhausräumlichkeiten zum Betrieb einer Tabaktrafik **trotz** des vom Krankenhausträger zur Verfügung gestellten Grundstocks an Kunden (Patienten, Besucher, Mitarbeiter) und der **vereinbarten Betriebspflicht** als **Geschäftsraummiete** zu qualifizieren. Zu berücksichtigen war der Umstand, dass der Bestandnehmer das Unternehmen mit erheblichen Investitionen aufbauen musste und keine Rückstellung eines „lebenden“ Unternehmens nach Vertragsende vorgesehen war.

Der OGH fokussierte sich ganz nach dem Überwiegensprinzip auf die nicht vorhandene Rückstellungspflicht eines funktionierenden Betriebs und beurteilte die Vereinbarung eines umsatzabhängigen Bestandzinses als neutral.¹⁴

Einen einheitlichen Leitfaden zur Unterscheidung zwischen der Geschäftsraummiete und der Unternehmenspacht gibt es nicht. Ein **Unternehmenspachtvertrag** bezieht sich stets auf die Übertragung eines bestehenden Unternehmens als organisierte Erwerbsgelegenheit mit all den beigeordneten Betriebsmitteln, die diesem Unternehmen zuzuordnen sind. Neben der Vereinbarung einer Betriebspflicht des Pächters und der Vereinbarung, dem Verpächter bei Beendigung des Pachtverhältnisses ein lebendes Unternehmen zurückzustellen, hat die Rechtsprechung Indizien wie zB die Beistellung von Betriebsmitteln, des Kundenstocks oder den Besitz einer Gewerbeberechtigung entwickelt, die eine Unternehmenspacht vermuten lassen. Wenn hingegen kein Unternehmen Gegenstand des Pachtvertrags ist, aus der vertraglichen Zweckbestimmung keine Betriebspflicht hervorgeht und der bloße Gebrauch des Bestandobjekts im Vordergrund steht, handelt es sich (stets einzelfallbezogen) um eine **Geschäftsraummiete**.

1. Pachtvertrag

Für einen Pachtvertrag ist die Überlassung der Bestandsache zum Gebrauch und zur Fruchtziehung, verbunden mit einer Betriebspflicht, typisch. Dabei kommt es nicht auf die Beschaffenheit der Sache, sondern auf den Bestandzweck an.¹⁵

⁷ Vgl Pesek in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁵ – Praxiskommentar § 1093 Rz 1.

⁸ Pesek in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁵ – Praxiskommentar § 1093 Rz 3.

⁹ RIS-Justiz RS0020315.

¹⁰ OGH 3 Ob 36/20w immolex-LS 2020/63.

¹¹ OGH 24. 8. 2017, 4 Ob 143/17h.

¹² Vgl § 1096 Abs 1 letzter Satz ABGB.

¹³ OGH 3 Ob 274/02v JBl 2003, 643; vgl auch *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1091 Rz. 3 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

¹⁴ OGH 1 Ob 25/08w RdW 2008/541.

¹⁵ OGH 1 Ob 784/81 MietSlg 34.205; OGH 3 Ob 576/84 ua MietSlg 37.126.

Immobilien

a) Bestandzweck

Die Unterscheidung, ob ein Bestandvertrag als Miet- oder Pachtvertrag einzustufen ist, erfolgt anhand der festgelegten Zweckbestimmung im Vertrag. Wird dem Bestandnehmer über den Gebrauch der Sache hinaus auch dessen Fruchtziehung gestattet, so liegt ein Pachtvertrag vor.¹⁶ Entscheidend ist weder die Bezeichnung durch die Parteien noch die Beschaffenheit des Objekts, sondern sind die dem Bestandnehmer eingeräumten Befugnisse.

Die **ältere Rechtsprechung** ließ zur Klassifizierung eines Bestandvertrags als Pacht die vertragliche Vereinbarung einer Betriebspflicht bzw eines umsatzabhängigen Pachtzinses ausreichen. Die **jüngere Rechtsprechung** hingegen untersucht einerseits die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses und andererseits, welche Betriebsmittel vom Bestandgeber bereitgestellt wurden. Der OGH betont jeweils einzelfallbezogen, dass die Einordnung des Vertragsverhältnisses stets von der Gesamtheit der Umstände abhängt.

b) Betriebspflicht

Die Rechtsprechung erachtet die dem Bestandnehmer überbundene Betriebspflicht als ein wesentliches Merkmal für **Unternehmenspacht**. Sie muss nicht ausdrücklich vereinbart werden, muss sich jedoch aus den Umständen ergeben und darf keine „Leerfloskel“ darstellen.¹⁷ Wesentlichstes Kriterium ist, dass das wirtschaftliche Interesse des Bestandgebers am Fortbestand des Unternehmens dokumentiert wird.¹⁸

Praxistipp

Wenn sich der Bestandnehmer trotz vereinbarter Betriebspflicht selbst einen Kundenstock aufbauen und das Gewerbe völlig eigenständig ausüben soll, liegt in der Regel Miete vor.¹⁹

Jüngere Entscheidungen des OGH sahen von der Bedeutung einer Rückstellungsvereinbarung ab. Es reiche bei fehlender Rückstellungsvereinbarung aus, dass der Bestandgeber aus anderen Gründen (zB die Förderung des eigenen Betriebszwecks) ein Interesse an der vereinbarten Betriebspflicht hat.²⁰

Beispiel

Stellt der Bestandgeber eines Einkaufszentrums bei wirtschaftlichem Interesse des Bestandnehmers an dem Betrieb neben einzelnen Geschäftsräumlichkeiten noch die gesamte Infrastruktur zur Verfügung und zieht der Bestandnehmer aus der Existenz des Einkaufszentrums zusätzliche „Good will“-Vorteile (zB den Branchenmix eines Einkaufszentrums), so ist trotz fehlender Rückstellungsvereinbarung ein Pachtvertrag anzunehmen.²¹

2. Mietvertrag

Ein Mietvertrag liegt vor, wenn der Gebrauch einer benutzbaren unverbrauchbaren Sache ohne weitere Bearbeitung auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis überlassen wird.²² Als Dauerschuldverhältnis kann ein Mietvertrag als Haupt- oder Untermiete ausgestaltet sein. Er kommt zustande, wenn sich Bestandgeber und Bestandnehmer über Mietobjekt und Mietzins einigen. Neben den Bestimmungen der §§ 1090ff ABGB normiert das MRG Sonderbestimmungen, die mieterfreundliches und zugunsten des Mieters zwingendes Recht enthalten.

Der Gesetzgeber definiert die Miete als reine Gebrauchsnutzung der Sache. Ob ein Mietvertrag über eine **Wohnung** oder über eine **Geschäftsräumlichkeit** abgeschlossen worden ist, hängt allein von der Parteienabsicht und dem vereinbarten Vertragszweck ab.²³

a) Geschäftsraum- und Wohnungsmiete

Der Geltungsbereich des MRG erfasst Mietverträge über Wohnungen sowie Geschäftsräume. Maßgeblich für die Zuordnung ist jeweils der bedungene Vertragszweck, der sich auch stillschweigend aus der Art des Objekts ergeben kann.

Wohnung ist ein selbständiger und in sich baulich abgeschlossener Teil eines Gebäudes, der geeignet ist, der Befriedigung des individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen.²⁴

Beispiel

Ein Wohnzweck kann auch bereits bei noch nicht tauglichen Wohnobjekten angenommen werden. Dachböden stellen in dieser Hinsicht zwar grundsätzlich neutrale Objekte dar. Sie können jedoch, sofern ein Wohnzweck vereinbart ist, als Wohnung klassifiziert werden.²⁵

Auch der Begriff des **Geschäftsraums** wird durch den beabsichtigten Vertragszweck bestimmt, der auf die Durchführung einer geschäftlichen Tätigkeit im Bestandobjekt gerichtet ist. Eine geschäftliche Tätigkeit muss allerdings nicht zwingend auf Gewinn gerichtet sein. Die jüngere Rechtsprechung stellt lediglich auf eine auf Dauer angelegte, wenn auch nicht auf Gewinn gerichtete Organisation ab.²⁶

Die Unterscheidung zwischen der Geschäftsraum- und Wohnungsmiete ist aufgrund des **Anwendungsbereichs des MRG** von besonderer Bedeutung. Gem § 1 MRG unterliegt die Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten jeglicher Art dem Anwendungsbereich des Gesetzes. Im Gegensatz zur Vermietung von Wohnungen, wo ausdrücklich auch die Vermietung einzelner Wohnungsteile dem MRG unterliegt, findet das MRG bei der Vermietung von Teilen der Geschäftsräumlichkeiten keine Anwendung.²⁷

b) Gemischte Nutzung

Neben einer klaren Zuordnung, ob es sich um eine Wohnungs- oder Geschäftsraummiene handelt, ist auch eine **gemischte Nutzung** möglich. Im Zweifelsfall wird eine Wohnungsnutzung angenommen. Nur wenn die Verwendung als Geschäftsraum deutlich überwiegt, kann von einer Geschäftsraummiene ausgegangen werden. Hierbei kommt erkennbar der Schutzzweck des MRG zugunsten von Mietern zum Ausdruck. Handelt es sich allenfalls

¹⁶ *Habsburg-Lothringen*, Pachtvertrag (Stand 07. 08. 2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹⁷ OGH 1 Ob 7/03g MietSlg 55.133.

¹⁸ OGH 1 Ob 548/94 MietSlg 46.093/25.

¹⁹ Vgl OGH 2 Ob 441/53 SZ 26/242.

²⁰ *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1091 ABGB, Rz 12.

²¹ OGH 4 Ob 249/97i immolex 1998/56.

²² *Tamerl*, Mietvertrag (Stand 03. 01. 2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

²³ *Illedits-Lohr in Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ (2022) § 1 MRG Rz 24.

²⁴ OGH 5 Ob 76/85 MietSlg 37.325.

²⁵ OGH 5 Ob 1013/90 MietSlg 42.172.

²⁶ OGH 1 Ob 588/89 JBl 1990, 48 = wobl 1989/73 = MietSlg 41.166.

²⁷ RIS-Justiz RS0069496.

um die einzige Wohnung des Mieters, stellt sich die Frage nach dem Überwiegen von Wohn- oder Geschäftszweck nicht.²⁸

Die Abgrenzung spielt ua bei der Frage, ob der Vermieter die Ausübung einer geschäftlichen Tätigkeit untersagen darf, eine Rolle. Ein Unterlassungsanspruch des Vermieters wurde höchstgerichtlich verneint, wenn ein Mieter in einem zu Wohnzwecken gemieteten Objekt eine PR-Agentur betreibt. Entscheidungskriterien waren das Fehlen einer signifikanten Kundenfrequenz sowie der Umstand, dass die PR-Agentur keine Mitarbeiter beschäftigte.²⁹

Praxistipp

Ein Mietvertrag für eine Wohnung kann gem § 30 Abs 2 Z 6 MRG gekündigt werden, wenn es am dringenden Wohnbedürfnis des Mieters mangelt. Handelt es sich um eine Geschäftsraummiete, ist die Kündigung gem § 30 Abs 2 Z 7 MRG bei Nicht- bzw nicht entsprechender Benützung als Geschäftsräumlichkeit möglich. Bei einer **gemischten Nutzung** müssen jedoch beide Tatbestände für eine erfolgreiche Kündigung erfüllt sein.

c) Rechtsfolgenwille

Fehlen Kriterien, wie überlassene Betriebsmittel oder ein umsatzabhängiger Bestandzins, so kann das Vorliegen eines Pachtvertrags dennoch nicht im Vorhinein ausgeschlossen werden. Auch der Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien kommt nicht zwangsläufig Bedeutung zu. Einigen sich Bestandnehmer und -geber in Vertragsverhältnissen, die sowohl Miet- als auch Pachtelemente aufweisen, auf eine bestimmte Bezeichnung des Vertragstyps, kann dies allerdings darauf hindeuten, dass sie beabsichtigen, von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Rechtsfolgen für den tatsächlichen Vertragstyp festzulegen.

Beispiel

In einem Pachtvertrag kann die Anwendung von Kündigungsschutzbestimmungen des MRG vereinbart werden. Umgekehrt kann jedoch deren Anwendung in einem Mietvertrag, der den Bestimmungen des MRG unterliegt, nicht ausgeschlossen werden.³⁰

C. Besonderheiten nach dem MRG

Vor allem bei der Frage, ob hinsichtlich der Höhe des Bestandzinses eine Rügeobliegenheit des Bestandnehmers besteht, aber auch beim Erfordernis des Vorliegens eines wichtigen Grundes für die Aufkündigung von Bestandverhältnissen kommt der Unterscheidung zwischen Miet- und Pachtverhältnissen besondere praktische Bedeutung zu:

1. § 16 Abs 1 Z 1 MRG: Rügeobliegenheit bei Mietzinsüberprüfung

Zielt der Parteiwille auf die Überlassung des Mietgegenstands zu ausschließlichen oder zumindest deutlich überwiegenden Geschäftszwecken ab, ist der Vermieter nach § 16 Abs 1 Z 1 MRG berechtigt, einen angemessenen Hauptmietzins zu vereinbaren.³¹ Hierfür besteht beim Mieter der Geschäftsräumlichkeit jedoch die Pflicht, unverzüglich, jedoch spätestens bei Übergabe des Objekts offenzulegen, dass er den Hauptmietzins als unzulässig hoch erachtet. Für Pachtverhältnisse besteht hingegen keine vergleichbare Bestimmung.

Praxistipp

Für eine Rüge nach § 16 Abs 1 MRG ist trotz mangelnder gesetzlicher Vorschrift die Schriftform zu empfehlen.

2. § 30 Abs 2 MRG: Kündigungsrecht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes

Die in der Praxis überaus bedeutsame Einschränkung der Kündigungsrechte des Vermieters ist auf Mietverträge beschränkt. Im Unterschied zu befristeten Bestandverhältnissen, die in der Regel durch Zeitablauf beendet werden, können Mietverhältnisse, die in den Anwendungsbereich des MRG fallen, vom Vermieter lediglich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes iSd § 30 Abs 2 gekündigt werden. Für Pachtverhältnisse besteht hingegen keine vergleichbare, die Rechtsgestaltungsmöglichkeit des Verpächters derart einengende gesetzliche Bestimmung.

D. Exkurs: Nebenbetriebe

Für die Unterscheidung zwischen Miet- und Pachtverhältnissen kann auch das Vorliegen eines Haupt- oder Nebenbetriebs von Bedeutung sein. Die sog Nebenbetriebsfälle zeichnen sich dadurch aus, dass der Bestandgeber in enger räumlicher Nähe einen eigenen Hauptbetrieb führt. Als Pacht können solche Rechtsverhältnisse dann eingeordnet werden, wenn der Bestandgeber durch die enge wirtschaftliche Verknüpfung eine organisierte Erwerbsgelegenheit durch Zuführung des Kundenstroms zum „Nebenunternehmen“ des Bestandnehmers zur Verfügung stellt.³²

Überwiegen hingegen lediglich Elemente der räumlichen Gebrauchsüberlassung, so spricht dies für das Vorliegen eines Mietverhältnisses.

Praxistipp

Es sollte nach Möglichkeit vertraglich klargestellt werden, welche betriebliche Einheit als wirtschaftliche Hauptsache anzusehen ist, um Klarheit über die Anwendung der miet- oder pachtvertraglichen Regelungen herzustellen.

Die Grauzone

Die Grauzone in der Abgrenzung zwischen Miete und Pacht und dabei insb der Unterscheidung zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht liegt zunächst in den vielen widersprüchlichen und schwer vorhersehbaren höchstgerichtlichen Entscheidungen. Zudem führt der Umstand, dass es keine klaren gesetzlichen Regelungen gibt sowie jeder Einzelfall anhand der spezifischen Umstände und dem Bestandzweck bewertet werden muss, dazu, dass die Begriffe „Miete“ und „Pacht“ in der Praxis oft falsch verwendet werden. Hinzu kommt, dass die Rechtsfolgen nicht durch die eigenständige Bezeichnung, sondern durch den tatsächlichen Verwendungszweck bestimmt werden.

Bestandnehmer und -geber haben besonderes Augenmerk auf den festgelegten Bestandzweck zu legen und müssen sich im Klaren sein, dass weniger die gewählte Bezeichnung des Bestandver-

²⁸ RIS-Justiz RS0115015.

²⁹ OGH 13. 5. 2009, 7 Ob 5/09z.

³⁰ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1091 Rz 22.

³¹ OGH 17. 9. 1991, 5 Ob 74/91.

³² OGH 1 Ob 626/86 MietSlg 38.135.

Immobilien

hältnisses als vielmehr die Befugnisse, die dem Bestandnehmer eingeräumt werden, und die ihn treffenden vertraglichen Verpflichtungen entscheidend für die Einordnung des Bestandvertrags sind.

Darüber hinaus sollten sich die Vertragsparteien, bevor sie eine vertragliche Bindung eingehen, im Klaren sein, welche unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Miete und Pacht ausgelöst werden.

Plus

ÜBER DEN AUTOR

Maximilian Weselik, LL.M. (WU), ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Höhne, In der Maur und Partner in Wien. Kontaktadresse:

Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Mariahilfer Str. 20, A-1070 Wien. Tel.: + 43 1 521 75-0, Fax: + 43 1 521 75-21, E-Mail: office@h-i-p.at, Internet: www.h-i-p.at.

Er beschäftigt sich im Rahmen des postgradualen Studiums Wohn- und Immobilienrecht sowie des Doktoratsstudiums der Rechtswissenschaften an der Universität Wien im Besonderen mit dem regulatorischen Umfeld der Vertragsgestaltung bei Verwendung von Building Information Modeling (BIM).

Vom selben Autor erschienen:

Risk-Sharing-Ansatz: Der Allianzvertrag als neuer Weg in den Bereich Bauwirtschaft und Infrastruktur, CMS Law Tax, Juli 2019;

Die Koordination von Großprojekten, CMS Law Tax, Februar 2021.

Ein Schlaglicht auf den Nachbarn

Der Beitrag schnell gelesen

In der Praxis werden Inhaber von Betriebsanlagen mitunter mit nachbarrechtlichen Ansprüchen konfrontiert. Besonders bedeutsam ist der nachbarrechtliche Unterlassungsanspruch, der sich bei einer genehmigten Betriebsanlage in einen Ausgleichsanspruch wandeln kann. Neue Nachbarn werfen eigene Fragestellungen auf, weil ihre Interessen bei ursprünglicher

Genehmigungserteilung unter Umständen nicht berücksichtigt wurden.

Zivilrecht; Nachbarrecht; Gewerberecht; Betriebsanlagenrecht

§§ 364, 364 a, 864 a, 879 Abs 3 ABGB; § 79 GewO

GRAU 2023/50



Mag. WILHELM MILCHRAHM, immobilienökonom (ebs), ist Rechtsanwalt und Partner bei MSLEGAL Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.

Inhaltsübersicht:

- A. Grundlagen
- B. Nachbarrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen den Gewerbebetrieb
 1. Vereinbarung über die Zulässigkeit von Störungen
 2. Gesundheitsschädigende Immissionen
- C. Behördlich genehmigte Anlage
- D. Heranrückender Nachbar und §§ 364 f ABGB
- E. Heranrückender Nachbar und § 79 GewO
 1. Zugezogener Nachbar
 2. Vereinbarte Duldungen
 3. Zulässige Emissionen werden unzulässig

A. Grundlagen

In der Praxis werden Gewerbebetriebe mitunter mit nachbarlichen Wohnbauprojekten konfrontiert. Ist das nachbarliche Wohnbauprojekt realisiert und sind die ersten Bestandnehmer eingezogen, kann es zu nachbarlichen Problemen kommen, wenn der Bestandnehmer sich von den Emissionen des Gewerbebetriebes gestört fühlt. Für den schon zuvor existierenden Gewerbebetrieb ist idZ maßgeblich, ob die von seiner Anlage ausgehenden Emissionen zu für ihn nachteiligen Ansprüchen des Nachbarn führen (können).

B. Nachbarrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen den Gewerbebetrieb?

Das Zivilrecht erfasst die Immissionen im Nachbarrecht va in den §§ 364, 364 a ABGB.¹ Nach diesen Bestimmungen sind ortsübliche Immissionen zu dulden, **ortsunübliche** nicht (§ 364 Abs 2 ABGB).² Aus Letzterem folgt, dass dem Nachbarn ein (klagbarer) verschuldensunabhängiger **Unterlassungsanspruch** zusteht, wenn die **ortsübliche Benützung** des betroffenen Grundstücks **wesentlich beeinträchtigt** ist.³ Ortsunüblichkeit von Emissionen, dh Emissionen, die nach den örtlichen Verhältnissen das gewöhnliche Maß überschreiten, sowie die wesentliche Beeinträchtigung müssen **kumulativ** vorliegen.⁴ Eine wesentliche Beeinträchtigung liegt nach einigen jüngeren Entschei-

¹ Die Immissionsklage nach § 364 Abs 2 ABGB ist ein Anwendungsfall der Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB; s dazu jüngst OGH 19. 4. 2023, 3 Ob 21/23v; darüber hinaus befinden sich in diversen Materiengesetzen, zB § 145 b LFG, besondere, hier nicht weitere behandelte Immissionsschutzbestimmungen; vgl *Zauner/Eibl*, Die Dispositionsfreiheit im Gewerberecht, RdU-U&T 2018, 15 (17 ff).

² Auf § 364 Abs 3 ABGB, der die von Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen regelt, wird im gegebenen Zusammenhang nicht eingegangen.

³ Daher besteht kein nachbarrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen seltenen Lackgeruch (OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 123/20 m).

⁴ *Riss* in KBB⁷ § 364 Rz 14; vgl auch *Illeditis* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁵ § 364 ABGB Rz 5 mwN.