



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

Bestandverträge im Tourismusbereich im Lichte der aktuellen Pandemie-Judikatur

verfasst von / submitted by

Mag. Dr. Andreas Schwaiger MSc MSc LL.M LL.M

gemeinsam mit / in collaboration with

Roland Pircher, MSc MLS

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree
of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 999 002

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Tourismus und Recht

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VI
1 EINLEITUNG (PIRCHER)	1
2 BESCHRÄNKUNGEN IM ZUGE DER COVID-19-PANDEMIE (PIRCHER).....	3
3 HOTELBESTANDVERTRÄGE IN DER HOTELLERIE IN ÖSTERREICH (PIRCHER)	6
3.1 WIRTSCHAFTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN NACH DER PANDEMIE	6
3.2 VERTRAGSMODELLE IN DER HOTELLERIE	8
3.2.1 <i>Mietvertrag</i>	8
3.2.2 <i>Pachtvertrag</i>	8
3.2.3 <i>Managementvertrag</i>	9
3.2.4 <i>Franchisevertrag</i>	10
3.3 ABGRENZUNG ZWISCHEN MIETE UND PACHT	10
3.4 KURZFRISTIGE ERFOLGSRECHNUNG (KER) DES REFERENZHOTELS	16
3.4.1 <i>Allgemein</i>	16
3.4.2 <i>Grundlagen der Erfolgsrechnung (KER) nach Stahr</i>	16
3.4.3 <i>Berechnungsannahmen des Referenzhotels</i>	18
4 BESTANDRECHTLICHE GRUNDLAGEN UND ÜBERLEGUNGEN GRUNDSYSTEMATIK DER BESTANDRECHTLICHEN GEFAHRTRAGUNGSREGELN.....	23
4.1 COVID-19-PANDEMIE ALS AUßERORDENTLICHER ZUFALL iSD § 1104 ABGB. (SCHWAIGER)	29
4.2 ERWEITERTE AUSLEGUNG DER NORM § 1105 ABGB (SCHWAIGER)	30
4.2.1 <i>Wörtliche Auslegung</i>	30
4.2.2 <i>Historische Interpretation</i>	30
4.2.3 <i>Teleologische Reduktion des § 1105 Satz 2 und 3 ABGB?</i>	33
4.2.4 <i>Analogie zu § 1105 Satz 1 ABGB?</i>	36

4.2.5	<i>Nachträgliche Lücke?</i>	37
4.3	BESTANDZINSBEFREIUNG UND BESTANDZINSMINDERUNG NACH §§ 1104 ABGB (SCHWAIGER)	39
4.3.1	<i>Grundsätzliche Überlegungen (Schwaiger)</i>	39
4.3.2	<i>Pacht (Schwaiger)</i>	40
4.3.2.1	Pachtzinsminderung bei einjährigen Pachtverträgen	40
4.3.2.2	Keine Pachtzinsminderung für mehrjährige Pachtverträge nach § 1105 ABGB	45
4.3.2.3	Unbenützbarkeit	46
4.3.2.1	Pachtzinsminderung und -befreiung im Bereich der Hotellerie	51
4.3.3	<i>Miete (Pircher)</i>	57
4.3.3.1	Gebrauchswert, Gebrauchsnutzen und Restnutzen	57
4.3.3.2	Stand der Lehre und Rechtsprechung	59
4.3.3.3	Bestandzinsminderung – allgemeine Überlegungen	65
4.3.3.4	Schlussfolgerungen für Hotelmietverträge	70
4.4	BEENDIGUNG DES BESTANDVERHÄLTNISSES	77
4.4.1	<i>Allgemein (Schwaiger)</i>	77
4.4.2	<i>Ordentliche Kündigung nach § 1116 ABGB (Schwaiger)</i>	78
4.4.3	<i>Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund nach § 1117 f (Schwaiger)</i>	79
4.4.4	<i>Mietrechtliche Beschränkungen (Schwaiger)</i>	80
4.4.5	<i>Pandemiebedingte Einschränkung der Brauchbarkeit bzw Benützbarkeit und vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund bzw außerordentliche Kündigung (Pircher)</i>	82
4.4.5.1	Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund durch den Bestandnehmer	82
4.4.5.2	Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund durch Bestandgeber	86
4.4.5.3	Nachträgliche Äquivalenzstörung	87
5	INHALTSKONTROLLE	89
5.1	GELTUNGSKONTROLLE NACH § 864A ABGB (SCHWAIGER)	89
5.2	INHALTSKONTROLLE NACH § 879 ABGB (SCHWAIGER)	92

5.2.1	<i>Historische Entwicklung des § 879 ABGB.....</i>	92
5.2.2	<i>Beschränkung des § 879 Abs 3 ABGB auf Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter</i>	94
5.2.3	<i>Größliche Benachteiligung im System der beweglichen Elemente</i>	97
5.2.4	<i>Anwendbarkeit der Norm § 879 Abs 3 ABGB auch bei Unternehmergeschäften (B2B)</i>	101
5.2.5	<i>Beziehung zwischen Sittenwidrigkeit (Abs 1) und Abs 3 des § 879 ABGB</i>	103
5.3	RECHTSFOLGEN (PIRCHER)	107
5.3.1	<i>Geltungskontrolle nach § 864 a</i>	107
5.3.2	<i>Inhaltskontrolle § 879 Abs 3 ABGB.....</i>	107
5.3.3	<i>Auslegung der AGB.....</i>	110
5.4	PRÜFUNGSABLAUF DER INHALTSKONTROLLE (PIRCHER).....	111
5.4.1	<i>Festlegung der Rahmenbedingungen.....</i>	111
5.4.1	<i>Prüfschema.....</i>	113
5.5	FÄLLE (PIRCHER).....	114
5.5.1	<i>Umkehr der Preis- und Leistungsgefahr.....</i>	114
5.5.1.1	<i>Überbindung der Preisgefahr auf den Bestandnehmer</i>	114
5.5.1.1	<i>Zusätzliche Überbindung der Leistungsgefahr auf den Bestandnehmer....</i>	117
5.5.2	<i>Ausschluss § 1117 ABGB</i>	118
5.5.3	<i>Erweiterung der Rücktrittsgründe nach § 1118 ABGB</i>	119
5.5.4	<i>(Teilweiser) Anspruch des Bestandgebers auf die Förderung des Bestandnehmers</i>	120
6	SCHLUSSBEMERKUNG (PIRCHER).....	121
	LITERATURVERZEICHNIS	127
	ABILDUNGSVERZEICHNIS	135

ANHANG

Abstrakt

Abkürzungsverzeichnis

aaO	an angegebenem Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
Bd	Band
BG	Bundesgesetz
BFG	Bundesfinanzgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesminister
BMF	Bundesministerium für Finanzen
bspw	beispielsweise
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
DMSG	Denkmalschutzgesetz
EB	Erläuternde Bemerkungen
Erk	Erkenntnis
ErläutRV	Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der EU
f	folgende

ff	fortfolgende
FBG	Firmenbuchgesetz
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
hL	höhere Lehre
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
iFgGmbH	im Firmenbuch gelöschte Gesellschaft mit beschränkter Haftung
IO	Insolvenzordnung
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iSe	im Sinne einereines
iSv	im Sinne von
iU	im Unterschied
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
iZm	im Zusammenhang mit
JA	Justizausschuss
KStG	Körperschaftssteuergesetz
LAO	Landesabgabenordnung
lit	litera
LO	Landesordnung
mwN	mit weiterführenden Nachweisen
Nov	Novelle
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof

OLG	Oberlandesgericht
Pkt	Punkt
RAE	Richtlinien für die Abgabeneinhebung
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
RV	Regierungsvorlage
s	siehe
S	Satz
Slg	Sammlung
sog	sogenannt, -e, -er, -es
SpaltG	Spaltungsgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
StGG	Staatsgrundgesetz
u	und
ua	unter anderem
UAbs	Unterabsatz
UB	Unbedenklichkeitsbescheinigung
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
udgl	und dergleichen
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UmwG	Umwandlungsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
v	vom, von
va	vor allem
VFB	Vertragsformblätter
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungs- gerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz
VwGVG	Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zit	zitiert
Zl	Zahl
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
zT	zum Teil

1 Einleitung (Pircher)

Diese Masterthesis beschäftigt sich mit dem Thema der Bestandverträge im Tourismusbereich im Lichte der aktuellen Pandemie-Judikatur. Kaum ein Thema hat in der Vergangenheit zu so einem extremen Ausmaß an kontroversiellen Diskussionen in der Lehre geführt, wie die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie. Hierdurch mussten sich die Höchstgerichte mit diversen Themen intensiv beschäftigen. Zwar wurden einige offene Fragen (Pandemie als Seuche im Sinne des § 1104 ABGB, Sphärenzuordnung allgemeiner Umsatzeinbußen aufgrund der Pandemie etc.) durch den OGH geklärt, jedoch sind noch diverse Fragestellungen offen. Insb diesen Fragen widmet sich die gegenständliche Arbeit.

Im ersten Abschnitt erfolgt eine übersichtliche Darstellung der Beschränkungen im Zuge der COVID-19-Pandemie.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit Bestandverträgen im Tourismusbereich. Da die Begrifflichkeit „Tourismusbereich“ einen sehr weiten Bereich abdecken würde, erscheint eine Einschränkung auf Verträge in der Hotellerie sinnvoll und zulässig. Auch können die Ergebnisse dieser Arbeit wohl auch auf andere Bereiche (zB Gastronomie) umgelegt werden. In Abschnitt zwei erfolgt daher ein kurzer Überblick über gängige Vertragsmodelle in der österreichischen Hotellerie, wobei schwerpunktmäßig auf eine Abgrenzung zwischen Miete und Pacht eingegangen wird. Für die Feststellungen der Unbenützbarkeit/Unbrauchbarkeit bzw der Analyse der Bestandzinsminderungen wird – zur Plausibilisierung – eine kurzfristige Erfolgsrechnung eines zu definierenden Referenzhotels zugrunde gelegt.

Abschnitt drei beschäftigt sich ua mit der Abgrenzung zwischen Miete und Pacht sowie der Grundsystematik der bestandsrechtlichen Gefahrtragungsregeln. Einen Schwerpunkt bildet hier aber die erweiterte Auslegung der Norm § 1105 ABGB. Hier wird diskutiert, ob nicht eine nachträgliche Lücke vorliegt, welche unter analoger Anwendung des S 1 dieser Norm zu einer Gleichbehandlung der Pacht und Miete führen

könnte. Weiters soll schwerpunktmäßig analysiert werden, was unter den gesetzlich unbestimmten Begriffen „Unbrauchbarkeit“ und „Unbenützbarkeit“ zu verstehen ist. Auf Basis dieser Ergebnisse sollten dann die Systeme der Bestandzinsminderungen kritisch betrachtet werden. Zudem wird in diesem Abschnitt intensiv erörtert, wann und unter welchen Voraussetzungen (im Falle eines außerordentlichen Zufalls) Rechte – sowohl des Bestandnehmers als auch des Bestandgebers – zur vorzeitigen Auflösung des Bestandverhältnisses bestehen können.

Zugegebenermaßen wurde die Bestandgeberseite durch die Pandemie wirtschaftlich sehr gebeutelt und wurden nur der Bestandnehmerseite Förderungen gewährt. Diese Situation war wohl auch mitverantwortlich, dass – so wie *Vonkilch*¹ in seiner Glosse zur Entscheidung des OGH vom 13.12.2021 treffend formuliert – „*Vertragsgestaltungen [...]*“ (welche eine Verlagerung der Risiken der Pandemie auf den Bestandnehmer überwälzen), „*die in den letzten beiden Jahren in der Praxis wie die sprichwörtlichen Schwammerln aus dem Boden geschossen*“ sind, ihren „*judiziellen Elchtest*“ bestehen müssen.

Diesen Fragen widmet sich Abschnitt vier. Insb ist zu klären, inwieweit in einem beweglichen System allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmensbereich der Prüfung (Inhaltskontrolle) nach § 879 Abs 3 unterliegen oder auf eine Prüfung der „Sittenwidrigkeit“ nach Abs 1 zurückgegriffen werden muss. Von wesentlicher Bedeutung ist auch die Klärung der Frage, ob einseitig vorformulierte Verträge ebenfalls der Inhaltskontrolle unterliegen. Inwieweit (teil-)nichtige Vertragsbestimmungen geltungserhaltend zu reduzieren sind, ist ebenfalls von Interesse.

Den Abschluss dieser Arbeit bildet die Schlussbemerkung, in der die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst werden.

¹ OGH 5 Ob 192/21b, wobl 2022, 109 (*Vonkilch*).

2 Beschränkungen im Zuge der COVID-19-Pandemie (Pircher)

Betriebsbeschränkungen und Schließungen wurden zuerst auf Basis des EpidemieG 1950 getroffen.² § 20 Abs 1 EpidemieG 1950 normiert, dass beim Auftreten anzeigepflichtiger Krankheiten die Schließung von Unternehmen gewisser Branchen angeordnet werden kann.³

Solche Vorkehrungen wurden auch im Falle von SARS-CoV-2 getroffen. Der BM für Gesundheit hat die Verordnung „betreffend die Betriebsbeschränkung oder Schließung gewerblicher Unternehmungen bei Auftreten von Infektionen mit COVID-19, BGBl II 2020/74 auf Grundlage des § 20 EpidemieG 1950“ erlassen.⁴ Für jene Angelegenheiten, die aufgrund der mittelbaren Bundesverwaltung von den Bezirksverwaltungsbehörden vollzogen werden, musste der weisungsbefugte BM zuerst einen Erlass an diese richten. Die Bezirksverwaltungsbehörden setzten die Maßnahmen anschließend mittels Verordnung um.⁵

Am 15.3.2020 wurde das 1. COVID-19-Gesetz geschaffen, das neben dem Bundesgesetz über die Errichtung des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds (COVID-19-FondsG) auch das Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz) enthält.⁶

² *Edelhauser*, Bestandrechtliche Folgen der COVID-19 Pandemie – gänzlich anders als im Regelfall, ÖJZ 2020, 341 ff.

³ § 20 Abs 1 EpidemieG 1950 idF BGBl I 33/2021.

⁴ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der die Verordnung betreffend die Betriebsbeschränkung oder Schließung gewerblicher Unternehmungen bei Auftreten von Infektionen mit SARS-CoV-2 („2019 neuartiges Coronavirus“) erlassen und die Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 26. Juni 1957 über die Beförderung von Personen, die mit übertragbaren Krankheiten behaftet oder solcher Krankheiten verdächtig sind, geändert wird idF BGBl II 74/2020.

⁵ *Edelhauser*, ÖJZ 2020, 342 f.

⁶ Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Errichtung des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds (COVID-19-FondsG) und ein Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz) erlassen, sowie das Gesetzliche Budgetprovisorium 2020, das Bundesfinanzrahmengesetz 2019 bis 2022, das Bundesgesetz über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes, das Arbeitsmarktpolitik-

Das COVID-19-MaßnahmenG ist somit Bestandteil des 1. COVID-19-Gesetzes und ermächtigt zur Erlassung von Verordnungen über Betretungsverbote, um die Verbreitung von COVID-19 zu unterbinden. Das COVID-19-MaßnahmenG tritt nach § 4 des Gesetzes mit Ablauf des Tages der Kundmachung, also dem 15.3.2020, in Kraft. Die Betretungsverbote iSd COVID-19-MaßnahmenG sind im Wesentlichen den Normen des EpidemieG 1950 iSd zweiten Abschnittes immanent.⁷

Auf Basis von § 1 COVID-19-MaßnahmenG wurden vom BM für Gesundheit folgende Verordnungen erlassen:⁸

- Verordnung über das Betretungsverbot des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen sowie von Freizeit- und Sportbetrieben zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder der Benützung von Freizeit- und Sportbetrieben, BGBl II 2020/96.⁹
- Verordnung über das Betretungsverbot von öffentlichen Orten, BGBl 2020/98.¹⁰

§ 1 der einschlägigen Verordnung verbietet sowohl das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels sowie von Dienstleistungsunternehmen. Weiters umfasst das Betretungsverbot Freizeit- und Sportbetriebe. § 2 normiert jene Bereiche, die vom Betretungsverbot ausgenommen sind. Das Betretungsverbot gilt demnach nicht für Unternehmen, die der Grundversorgung dienen. In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass sich das Betretungsverbot nicht nur an Kunden, sondern auch an die Wirtschaftstreibenden richtet. Weiters bezieht sich das Betretungsverbot auch nur „zum Zweck des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen“. Dies führt dazu, dass

Finanzierungsgesetz, das Arbeitsmarktservicegesetz und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert werden (COVID-19-Gesetz) idF BGBl I 12/2020.

⁷ § 4 COVID-19-MaßnahmenG idF BGBl I 12/2020.

⁸ *Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB*^{1.04} Kap 1: Epidemierecht (2021) Rz 66 ff.

⁹ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 idF BGBl II 96/2020.

¹⁰ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gem § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes idF BGBl II 98/2020.

Unternehmen, die keinen unmittelbaren Kontakt zu Kunden haben, nicht vom Verbot mitumfasst sind.¹¹

Das COVID-19-MaßnahmenG ergänzt die Bestimmungen des EpidemieG 1950, dessen Normen weiterhin zur Anwendung gelangen. Dies bedeutet, dass die Maßnahmen inklusive Verordnungen, die auf Grundlage des EpidemieG zur Verhinderung der Ausbreitung von SARS-CoV-2 erlassen wurden, trotz Inkrafttretens des COVID-19-MaßnahmenG bestehen bleiben.¹²

¹¹ *Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB*^{1.04} Rz 55 ff.

¹² *Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB*^{1.04} Rz 55 ff.

3 Hotelbestandverträge in der Hotellerie in Österreich (Pircher)

3.1 Wirtschaftliche Rahmenbedingungen nach der Pandemie

Nach zwei schwierigen Jahren für den Tourismus lagen die Nächtigungen in österreichischen Hotels, Pensionen und Ferienwohnungen im Jahr 2022 nur noch 10,3 % bzw. 15,8 Mio. Übernachtungen unter dem Rekordniveau des Vorkrisenjahres 2019.¹³

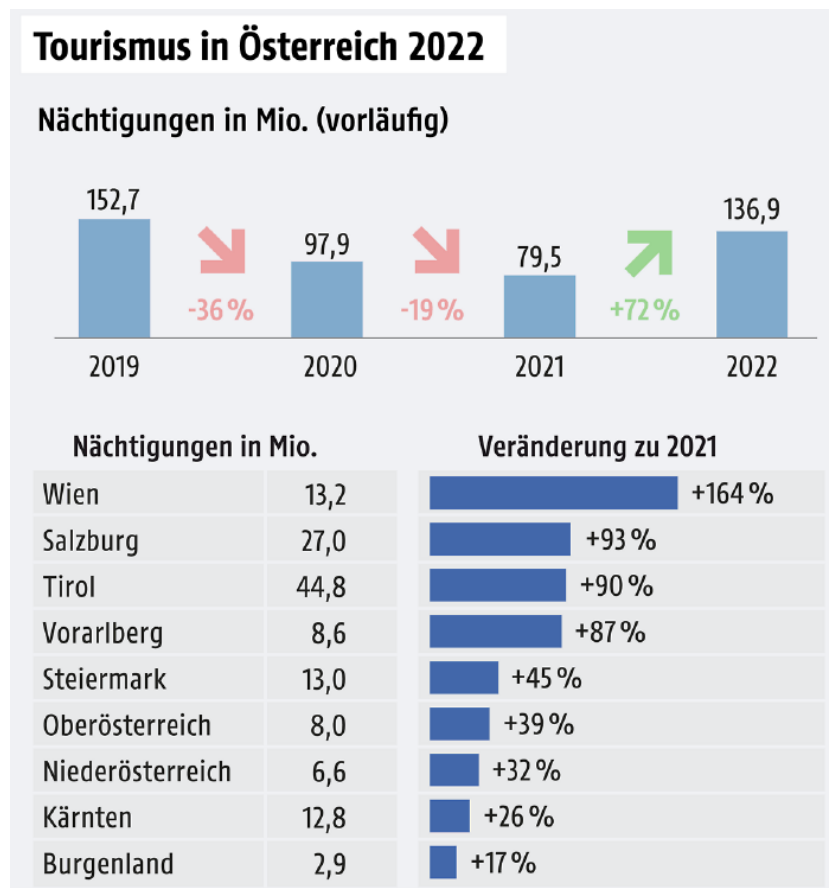


Abbildung 1: Nächtigungen Österreich¹⁴

¹³ Pressemitteilung Statistik Austria: 12 988-016/23.

¹⁴ Quelle: <https://www.statistik.at/statistiken/tourismus-und-verkehr/tourismus/beherbergung/ankuenftenaenchtigungen> (Zugriff: 21.02.2023).

Im Vergleich zum – wie aus Abbildung 1 ersichtlich ist – Vorjahr 2021 nahmen die Nächtigungen im Jahr 2022 um 57,4 Mio. (+72,2 %) zu, was auf Zuwächse sowohl inländischer (+31,4 % auf 38,89 Mio.) als auch ausländischer Gästenächtigungen (+96,3 % auf 98,05 Mio.) zurückzuführen ist. Auch die Zahl der Ankünfte (39,80 Mio.) stieg 2022 im Vergleich zum Vorjahr deutlich (+79,8 %).¹⁵ Die monatliche Verteilung ist Abbildung 2 zu entnehmen, wobei es interessanterweise zu Verschiebungen (bei den wesentlich schwächeren Monaten Jänner und Februar) gekommen ist.

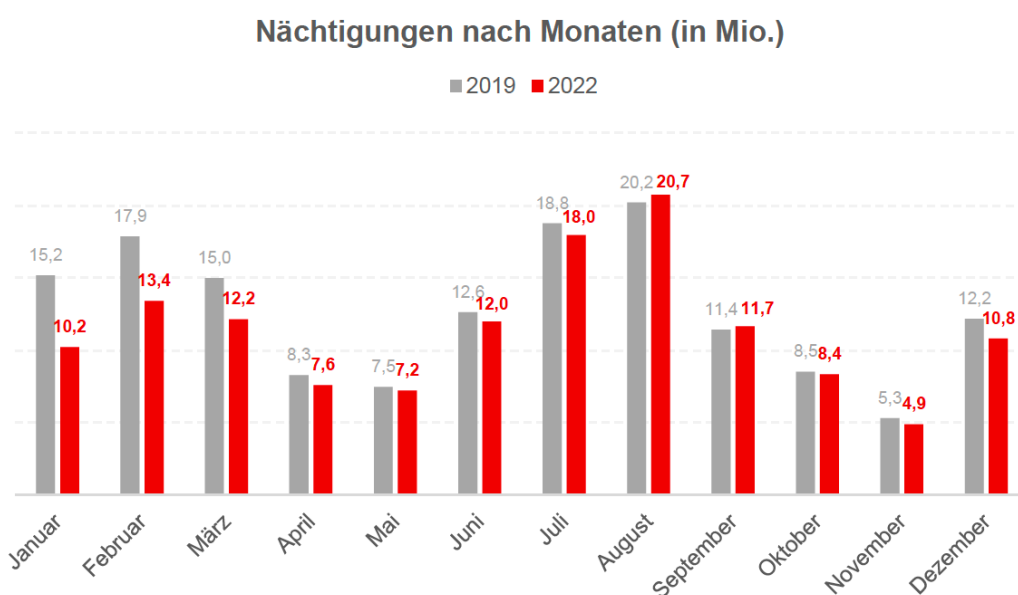


Abbildung 2: Monatliche Nächtigungen in Österreich¹⁶

2020 belief sich die modellhaft abgeschätzte Gesamtwertschöpfung des Urlaubs- und Geschäftstourismus auf nominell 17,0 Mrd. Euro (–43,7 % gegenüber 2019), der Beitrag zum BIP ging damit aufgrund der überdurchschnittlichen Betroffenheit des Sektors durch die COVID-19-Krise von 7,6 % (2019) auf 4,5 % zurück. Im zweiten Pandemiejahr 2021 dürfte die direkte und indirekte touristische Wertschöpfung nochmals gesunken sein (–2,5 % auf 16,6 Mrd. Euro), ebenso die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Tourismus (BIP-Beitrag 4,1 %).¹⁷ 2022 stieg der Anteil der direkten und

¹⁵ Pressemitteilung Statistik Austria: 12 988-016/23.

¹⁶ Quelle: Statistik Austria.

¹⁷ III-671 der Beilagen XXVII. GP – Bericht – 02 Hauptdokument.

indirekten Wertschöpfung in den Bereichen Tourismus und Freizeitwirtschaft am BIP auf 10,3 % (41,6 Mrd. Euro).¹⁸

3.2 Vertragsmodelle in der Hotellerie

3.2.1 Mietvertrag

Zur Abgrenzung zwischen Miete und Pacht wird auf Pkt 3.3 dieser Arbeit verwiesen. Üblicherweise wird bei einem Mietvertrag ein fixes Entgelt vereinbart, es sind aber auch zusätzliche umsatzabhängige Komponenten zu finden (zB umsatzabhängige Miete mit Mindestfixzins etc).

3.2.2 Pachtvertrag

Der regelmäßige Pachtzins kann grundsätzlich entweder als Fixpacht oder als Pacht in Relation zum realisierten Umsatz sowie auch in kombinierter Form aus beiden Varianten erfolgen.¹⁹

Es sind aber auch weitere kombinierte Vertragsarten zu finden:

- Staffelpachtverträge

Bei neuen Hotels wird in der Anlaufphase des Hotels die Pacht in den ersten Betriebsjahren in der Regel gestaffelt, da das Hotel noch nicht voll leistungsfähig ist und der Betreiber sonst die Anlaufverluste mitfinanzieren müsste²⁰.

- Risk and Profit Sharing

¹⁸ <https://www.wko.at/branchen/tourismus-freizeitwirtschaft/tourismus-freizeitwirtschaft-ueberblick-2022.pdf> (Zugriff am 12.3.2023).

¹⁹ Schumacher/Wiesinger, Finanzmanagement im Tourismus⁴ (2021) 254.

²⁰ Bienert in Bienert/Funk (Hrsg), Immobilienbewertung Österreich (2018) 469.

Basis dieses Modells ist eine Fixpacht, die jedoch in der Regel nicht mehr als 50–70 % der normal üblichen Fixpacht ausmacht und sich meist an der Fremdkapitalzinsbelastung des Investors orientiert. Die variable Komponente bestimmt sich vom tatsächlich erwirtschafteten GOP vermindert um die Fixpacht. Der sog „bereinigte GOP“ wird dann noch in einem gewissen Verhältnis, meist 50:50, zwischen dem Betreiber und dem Investor aufgeteilt. Oft wird auch die FF&E-Reserve im bereinigten GOP berücksichtigt.²¹

PACHTVERTRAGSARTEN	Bezugsbasis der Pacht
Fixpacht	Investition, Fläche, Zimmerzahl
Staffelpacht	Investition, Fläche, Zimmerzahl, geschätzter Ertragsverlauf
Umsatzpacht	Nettoumsatz, ggf. getrennt nach Logis & Gastronomie
Mischformen	X % der Investition, Y % des Umsatzes
	X % der Investition, Y % des GOP
	X % des Umsatzes, aber mindestens Y frei gestaltbar

Abbildung 3: Übersicht Pachtvertragsarten²²

3.2.3 Managementvertrag

Der Managementvertrag ist eine Art Dienstleistungsvertrag bzw. Geschäftsbesorungsvertrag über die Führung des Hotelbetriebs. Der Eigentümer bzw. Investor erwirbt oder errichtet ein Hotel, stattet dieses vollständig aus (inkl. FF&E und OS&E) und stellt Mitarbeiter an. Der Hotelier (hier Manager genannt) führt den Betrieb des Eigentümers dann für diesen auf dessen Rechnung und in dessen Namen.²³

Der Managementvertrag ist die international gebräuchlichste Vertragsform. Kennzeichnend ist einerseits das weitaus höhere wirtschaftliche Risiko für den

²¹ Blecken/Meinen/Banschuss/Bögelsack in Blecken/Meinen (Hrsg), Praxishandbuch Projektentwicklung (2020) 232.

²² Eigene Darstellung.

²³ Engelhardt/Özdemir, Hotelverträge (2021) 23.

Eigentümer/Verpächter als beim Pachtvertrag. Andererseits stehen ihm bei überdurchschnittlichen Ergebnissen auch ggf deutlich höhere Erträge als bei einer Pachtvertragsvereinbarung zu. Es bestehen direkte Einflussmöglichkeiten auf den Geschäftsbetrieb.²⁴

3.2.4 Franchisevertrag

Der Franchisevertrag entspricht im Grunde einem Lizenzvertrag. Der Betreiber (Franchisenehmer) wirtschaftet in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, er stellt sämtliche Ressourcen.²⁵

Der Franchisevertrag regelt die Rechte und Pflichten von Franchisegeber und Franchisenehmer, unter denen der Betreiber also Pächter, Mieter oder Manager, sprich Hotelier, das Hotel unter der Marke des Franchisegebers betreiben darf.²⁶ Beim Franchisevertrag übernimmt der Franchisenehmer vom Franchisegeber, also von einer Hotelgesellschaft, gegen eine Franchisegebühr bestimmte Markenzeichen, Konzepte (zB Vermarktungsstrategien, Betriebskonzepte, Qualitätsstandards) und Maßnahmen (zB Vermarktung, Reservierungssysteme, Websites, Schulungen, Einkauf). Der Franchisenehmer betreibt das Hotel und kann Eigentümer, Manager oder Pächter des Hotels sein. Die Franchisegebühr setzt sich aus einer Basis-Fee und einer umsatzabhängigen Gebühr zusammen.²⁷

3.3 Abgrenzung zwischen Miete und Pacht

²⁴ HypZert Fachgruppe Beherbergung & Gastronomie, Studie Bewertung von Beherbergungsimmobilien (2018) 41.

²⁵ HypZert Fachgruppe Beherbergung & Gastronomie, Studie, 44.

²⁶ Engelhardt/Özdemir, Hotelverträge 23.

²⁷ Pauen/Piller, Hotelbewertungen (2020) 32.

Nach § 1091 ABGB wird der Bestandvertrag, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lässt, ein Mietvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweiten Art zugleich in Bestand gegeben, so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurteilen.

Nach *Riss*²⁸ – unter Verweis auf die *hL*²⁹ – nimmt (entgegen dem Wortlaut, der auf die Möglichkeit der Nutzung „ohne weitere Bearbeitung“ der Bestandsache abstellt) die völlig einhellige Ansicht die Unterscheidung entsprechend der vertraglichen Zweckbestimmung,³⁰ also danach vor, ob dem Bestandnehmer bloß Gebrauch oder auch Fruchtziehung gestattet wird.

Weist ein Vertrag³¹ Elemente sowohl des einen als auch des anderen Vertragstyps auf, ist er nach dem Überwiegensprinzip („Absorptionstheorie“) entweder ganz als Pacht oder Miete zu beurteilen.³²

Zur Abgrenzung von Geschäftsraummieta und Unternehmenspacht³³ besteht eine umfangreiche (uneinheitliche) Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach es dafür auf die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls ankommt und sich keine festen,

²⁸ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1091, Rz 1.

²⁹ *Klang* in *Klang V*² 26; *Würth* in *Rummel*, ABGB³ § 1091 Rz 1; *Iro* in *KBB*⁶ § 1091 Rz 1; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II, 982 f; 1 Ob 584/92 = JBl 1993, 590; 6 Ob 306/05 a = wobl 2007/93 (*T. Hausmann*).

³⁰ Für die Unterscheidung, ob ein Miet- oder Pachtverhältnis vorliegt, sind die dem Bestandnehmer bei Vertragsabschluss eingeräumten Befugnisse und der sich daraus ergebende Zweck des Rechtsgeschäfts maßgebend (stRsp, zuletzt OGH 15.2.2007, 6 Ob 306/05a; OGH 19.5.2015, 4 Ob 83/15g).

³¹ Auf die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien kommt es schon nach dem „*Falsa demonstratio*“-Grundsatz nicht an (stRsp, zuletzt OGH 17.12.2008, 3 Ob 145/08g; OGH 18.9.2009, 6 Ob 141/09t), doch kann ihr in Grenzfällen immerhin eine Indizfunktion zukommen (OGH 12.3.2008, 7 Ob 260/07x; vgl auch OGH 23.11.2016, 1 Ob 177/16k).

³² *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1091 ABGB Rz 2.

³³ Welche für diese Arbeit von besonderer Bedeutung ist.

allgemein anwendbaren Regeln aufstellen lassen.³⁴ Ausschlaggebend ist, ob den miet- oder pachtvertraglichen Faktoren die größere wirtschaftliche Bedeutung zukommt.³⁵

Unternehmenspacht liegt im Allgemeinen vor, wenn ein lebendes Unternehmen Gegenstand des Bestandvertrags ist. Neben den Räumen muss dem Bestandnehmer vom Bestandgeber auch das beigelegt werden, was wesentlich zum Betrieb des Unternehmens gehört: Betriebsmittel (Einrichtung und Warenlager), Kundenstock und Gewerbeberechtigung, wobei nicht alle Merkmale gegeben sein müssen. Trotz Fehlens einzelner für die Unternehmensüberlassung charakteristischer Merkmale liegt Pacht vor, wenn nur die übrigen Betriebsgrundlagen vom Bestandgeber beigelegt werden und das lebende Unternehmen als rechtliche und wirtschaftliche Einheit fortbesteht;³⁶ es kommt dann bei der Abgrenzung darauf an, welchen Umständen die größere wirtschaftliche Bedeutung zukommt.³⁷

Indizien, die für eine Unternehmenspacht sprechen,^{38 39} sind:

- Überlassung einer organisierten Erwerbsgelegenheit in den übergebenen Räumen mit „Goodwill“ (lebendes Unternehmen)
- Mit Geschäftseinrichtung, Betriebsmitteln, Personal, Kundenstock und Warenlager
- Mit Gewerbeberechtigung
- Ein umsatzabhängiger Bestandzins (als Indiz für Betriebspflicht)⁴⁰
- Die vereinbarte Betriebspflicht

³⁴ RIS-Justiz RS0031183.

³⁵ ZB OGH 23.11.2016, 1 Ob 177/16k; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*² § 1 MRG Rz 38.

³⁶ OGH 17.12.2008, 3 Ob 145/08g mwN; RIS-Justiz RS0020398.

³⁷ RIS-Justiz RS0020521.

³⁸ *Tanczos*, Mietrecht kompakt⁵ (2022) 12.

³⁹ Die Entscheidung Miete oder Pacht hängt immer von der Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls ab; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1091 Rz 9; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1091 ABGB Rz 2; OGH 12.3.2008, 7 Ob 260/07x; OGH 23.11.2016, 1 Ob 177/16k.

⁴⁰ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1091 Rz 10.

Im Allgemeinen ist die Vereinbarung einer Betriebspflicht das wesentlichste Kriterium für die Qualifikation als Pachtvertrag, sofern das auf einem wirtschaftlichen Interesse des Bestandgebers an der Art des Betriebs und an seinem Bestehen⁴¹ sowie seiner Weiterführung beruht, nicht aber schon dann, wenn eine solche in den Vertrag als Leerformel ohne echtes Substrat aufgenommen wird.⁴² Die Vereinbarung einer Betriebspflicht im Rahmen einer Unternehmenspacht dient in erster Linie dazu zu gewährleisten, dass dem Verpächter bei Beendigung des Pachtverhältnisses ein lebendes und ertragsfähiges Unternehmen zurückgestellt wird.⁴³ Ihre Vereinbarung gibt in der Regel den Ausschlag,⁴⁴ darf aber auch nicht überbewertet werden und führt jedenfalls nicht automatisch zur Beurteilung des Vertrags als Pachtvertrag.⁴⁵

Dies bedeutet zwar nicht, dass im Einzelfall alle diese Merkmale gleichzeitig gegeben sein müssten. 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.⁴⁶

Gefordert wird zwar, dass das vom Bestandnehmer fortgeführte Unternehmen mit jenem des Bestandgebers ident ist, doch soll es auch möglich sein, nicht nur ein lebendes, sondern ebenso ein stillgelegtes oder erst zu errichtendes Unternehmen⁴⁷ zu verpachten; in diesem Fall sind die Anforderungen für die Annahme von Unternehmenspacht strenger zu prüfen.

⁴¹ RIS-Justiz RS0020451 [T6].

⁴² RIS-Justiz RS0020361.

⁴³ RIS-Justiz RS0020361 [T4]; RS0020598 [T1].

⁴⁴ RIS-Justiz RS0020451 [T9].

⁴⁵ RIS-Justiz RS0020451 [T12].

⁴⁶ RIS-Justiz RS0020398.

⁴⁷ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch² § 1 MRG Rz 39.

Der Vollständigkeit halber muss auf die kontroverse Diskussion (Miete oder Pacht) in der Lehre zur Gebrauchsüberlassung in Einkaufszentren verwiesen werden.⁴⁸

Weiters kurz zu ausgewählter Rechtsprechung im Bereich des Tourismus (aufgrund der Relevanz für diese Arbeit):

- In seiner Entscheidung vom 11.7.2012 kommt der OGH zum Schluss, dass ein Bestandvertrag über eine Gastwirtschaft als Miete einzustufen ist, weil eine Betriebspflicht (samt Rückstellungsverpflichtung bei Bestandvertragsende) explizit nicht vereinbart wurde. ein solches (für eine Pacht erforderliches) Element der Fruchtziehung würde daher fehlen.⁴⁹
- Bei Bestandverträgen über ein Bahnhofsrestaurant – so der OGH in seiner Entscheidung vom 15.12.2004⁵⁰ – wäre in der Regel von Pachtverträgen auszugehen, da die Vereinbarung eines umsatzabhängigen Bestandzinses schlüssig eine Betriebspflicht ergeben würde. Die Betriebspflicht würde sich schon aus den vom Bestandgeber vorgeschriebenen Öffnungszeiten und aus dem umsatzabhängigen Bestandzins ergeben. Dass kein lebendes Unternehmen übergeben wurde, würde dieser Einstufung nicht schaden, da das Unternehmen des Bestandnehmers ohne den gesicherten Kundenkreis des Hauptbetriebs des Bestandgebers gar nicht bestehen könnte.
- Weiters stellte der OGH in seiner Entscheidung vom 8.7.2009⁵¹ (Hotel) klar, dass es sich beim Bestandobjekt um einen traditionellen (etwa seit dem Jahr 1900 bestehenden) Hotelbetrieb handle, der unter derselben Bezeichnung sowie („Hotel K*****“) unter Beibehaltung des Inventars und des Kundenstocks weitergeführt worden sei. Es liege der „klassische Fall“ eines

⁴⁸ Unter vielen *Iro/Rassi* in KBB⁶ § 1091 Rz 6; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 6f; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*² § 1 MRG Rz 40 f; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1091 Rz 4; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1091 Rz 16.

⁴⁹ OGH 11.7.2012, 3 Ob 74/12x.

⁵⁰ OGH 15.12.2004, 6 Ob 182/04i.

⁵¹ OGH 8.7.2009, 7 Ob 131/09d.

Unternehmenspachtvertrags vor. Dies stehe mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen im Einklang.

3.4 Kurzfristige Erfolgsrechnung (KER) des Referenzhotels

3.4.1 Allgemein

Die weiteren Überlegungen/Berechnungen erfolgen auf Basis eines Referenzhotels.⁵² Hier wird ein Stadthotel mit 100 Zimmern (Drei-Sterne-Kategorie)⁵³ und der kurzfristigen Erfolgsrechnung (KER) das Schema nach Stahr zugrunde gelegt.⁵⁴

3.4.2 Grundlagen der Erfolgsrechnung (KER⁵⁵) nach Stahr

Der GOP steht für Gross Operating Profit und dient der Ermittlung der Umsatzrentabilität. Er dokumentiert den finanziellen Erfolg des Hotelbetriebs. Diese Kennzahl definiert die Differenz zwischen Umsatz und betriebsbedingten Kosten. Als Grundlage wird der Gesamtumsatz aus Restauration, Beherbergung, Nebenleistungen und übrigen Erträge abzüglich der direkt zuteilbaren Kosten wie Waren, Personal und übriger direkter Betriebsaufwand berechnet.⁵⁶

⁵² Die Ergebnisse können auch auf andere Hotels umgelegt werden.

⁵³ Während die Sterneklassifizierung jahrelang den Markt dominierte, setzen va etablierte Hotelgesellschaften auf andere Formen der Markenkommunikation. Anstatt an der Sterneklassifizierung orientieren sich einige Hotelgruppen wie die IHG an der international, insb im angelsächsischen Raum gebräuchlichen Unterscheidung in „Budget/Economy“, „Midscale“, „Upper Midscale“, „Upscale“, „Upper Upscale“ und „Luxury“; *Pauen/Piller*, Hotelbewertungen 19.

⁵⁴ *Reisenbahn/Hartmann/Gori*, Stahr II – Erfolg ist planbar² (2021) 84 f.

⁵⁵ Kurzfristige Erfolgsrechnung.

⁵⁶ *Templin*, Hotels – Spezialimmobilie mit Potential, in *Bobka* (Hrsg), Spezialimmobilien (2018).

Der NOP (Net Operating Profit – Nettoergebnis des Hotels) entspricht dem GOP abzüglich der nicht unmittelbar beeinflussbaren Kosten (dh insb Abschreibungen, FF&E, Fremdkapitalzinsen und Pachten/Leasingraten).⁵⁷

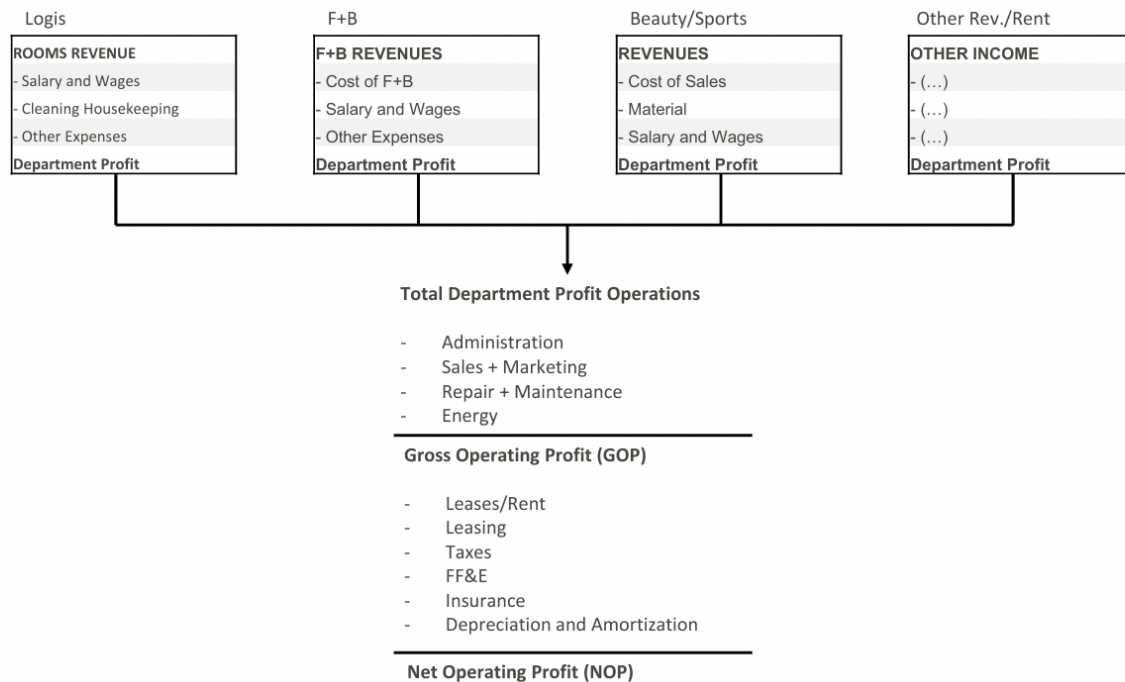


Abbildung 4: Schema Berechnung GOP und NOP⁵⁸

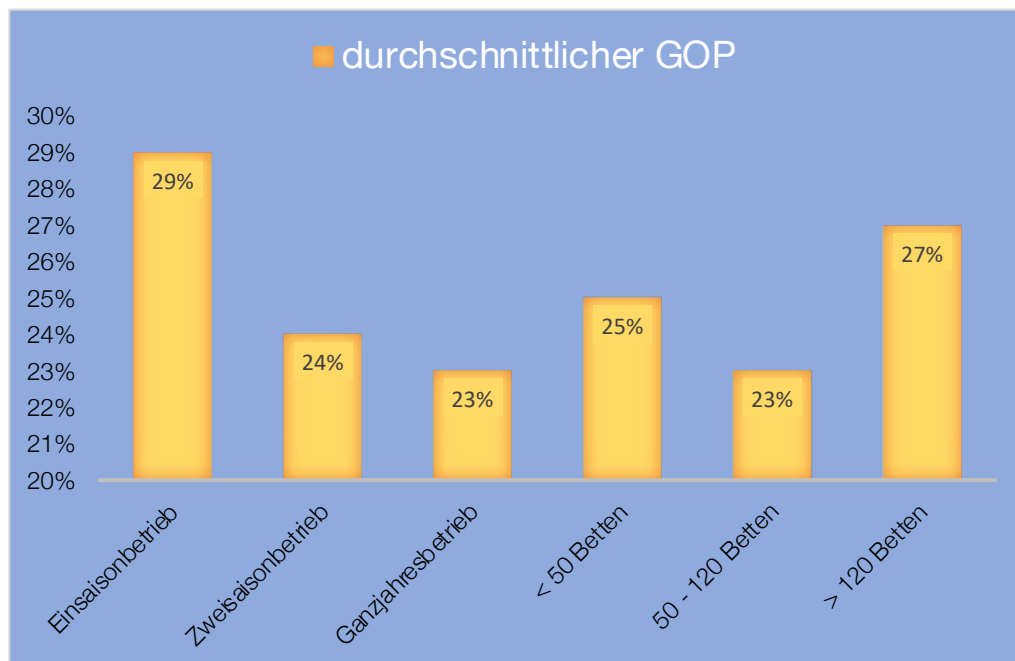
⁵⁷ Pauen/Piller, Hotelbewertungen 24.

⁵⁸ Pauen/Piller, Hotelbewertungen 27.

3.4.3 Berechnungsannahmen des Referenzhotels

Für das Berechnungsmodell wurden folgende Annahmen getroffen:⁵⁹

- Vertragszweck ist die Führung eines Drei-Sterne-Hotels (als Vollhotel)⁶⁰
- Gesamtumsatz⁶¹ des Drei-Sterne-Hotels (als Vollhotel) je verfügbares Zimmer: € 30.668,–
- Wareneinsatz (variabel) gesamt⁶² in Prozent von den Erträgen gesamt:⁶³ – 15%
- Personalaufwand (Fixkosten) in Prozent von den Erträgen gesamt:⁶⁴ – 36 %
- GOP mit 23 % von den Erträgen gesamt⁶⁵



⁵⁹ Diese erfolgen in Anlehnung an die Auswertung der ÖHT-Zahlen – Hotellerie und Prodingen-Benchmarks | Datenbasis 2019 und 2020; *Reisenbahn/Hartmann/Gori*, Stahr II² 226 f.

⁶⁰ Vollhotels sind gastgewerbliche Betriebe mit uneingeschränkter Beherbergungs-, Verpflegungs- und Servicefunktion; *Kleiber*, Kleiber digital (2019) Rz 317.

⁶¹ Hier wurden bewusst Zahlen aus der Vor-Corona-Zeit zugrunde gelegt.

⁶² Pos 9 bis 11 lt KER Stahr; *Reisenbahn/Hartmann/Gori*, Stahr II² 90.

⁶³ = Haupterlöse + Nebenerlöse + sonstige Erträge; *Reisenbahn/Hartmann/Gori*, Stahr II² 89.

⁶⁴ *Reisenbahn/Hartmann/Gori*, Stahr II² 226 f.

⁶⁵ *Reisenbahn/Hartmann/Gori*, Stahr II² 226 f; somit ergibt sich der „übrige Betriebsaufwand gesamt“ als mathematische Restgröße mit 26 % der gesamten Erträge.

Abbildung 5: Durchschnittlicher GOP in der österreichischen Hotellerie⁶⁶

- Verteilung der monatlichen Erträge auf Basis der Gästeübernachtungen⁶⁷ in Wien gem folgender Abbildung

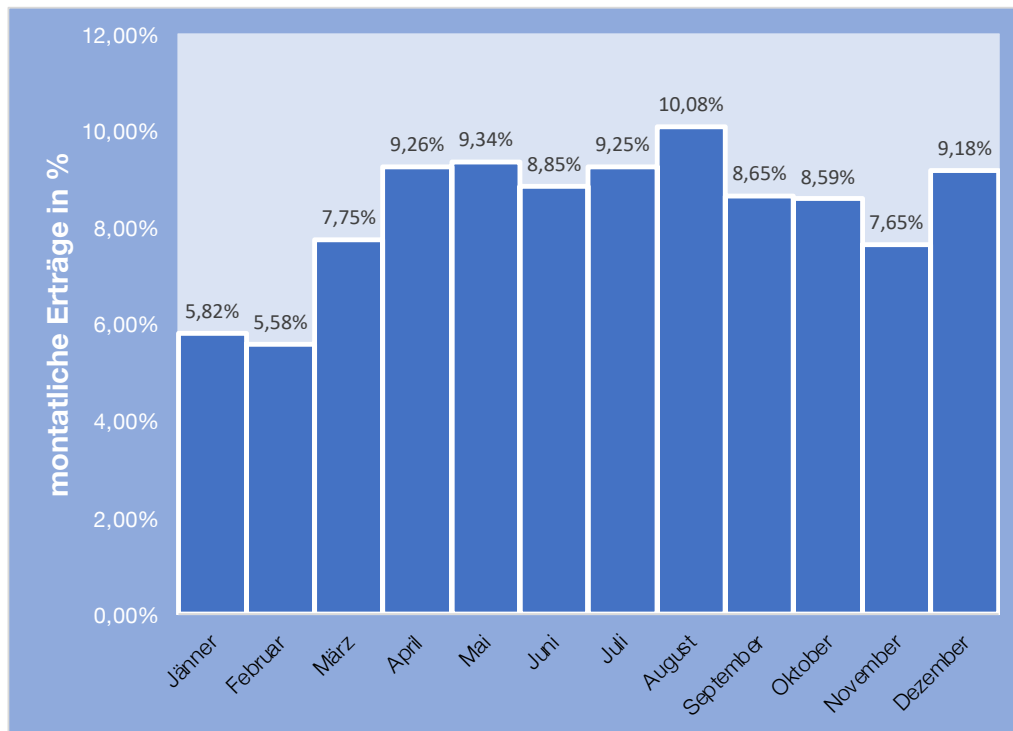


Abbildung 6: Gästeübernachtungen 2019 Wien⁶⁸

⁶⁶ Quelle: *Reisen Zahn/Hartmann/Gori*, Stahr II² 227.

⁶⁷ Dieser Anknüpfungspunkt erscheint uE zulässig, da es hier in erster Linie um die zyklische Betrachtungsweise der Erträge geht, welche natürlich aufgrund der Anpassungen der Preise an die Nachfrage noch verstärkt wird.

⁶⁸ Quelle: <https://www.wien.gv.at/statistik/wirtschaft/tabellen/uebernkatgorien.html> (Zugriff am 19.2.2023).

- Monatliche Zahlungen des Bestandszinses

- Pachtsatz 14,1 %

Betriebsart	Umsatzstruktur	Umsatzvolumen	Logis Anteil in %	F&B Anteil in %	sonst. Anteil in %	Pachtsatz in % vom Betriebsumsatz
Gasthof Landhotel	bis 40 % Beherbergungsanteil	bis 500 T€	29,1	70,3	0,6	10,2
		500 bis 1.250 T€	35	63,7	1,3	12,3
		1.250 bis 2.500 T€	38,4	60,2	1,4	14,4
Vollhotel	40 % – 60 % Beherbergungsanteil	bis 500 T€	54,3	41,7	4	14,4
		500 bis 1.250 T€	56,8	40,3	2,9	14,1
		1.250 bis 2.500 T€	60,1	36,3	3,6	16,5
Bed & Breakfast Budget Hotel Hotel garni/ Pension Serviced Apartments	über 60 % Beherbergungsanteil	bis 500 T€	80,2	16,5	3,3	20,5
		500 bis 1.250 T€	81,3	15,8	2,9	22,3
		1.250 bis 2.500 T€	87,2	9,5	3,3	25,2 ⁶
Vollhotel	Großhotellerie	2.500 bis 5.000 T€	72,2	24,5	3,3	20,3
		5.000 bis 10.000 T€	60,1	36,5	3,4	22,3
		über 10.000 T€	57,2	39,4	3,4	23,3

Abbildung 7: Vom Betriebsumsatz abgeleitete Pachtsätze nach Hotelgrößenklassen und Umsatzstruktur⁶⁹

- Ableitung⁷⁰ Mietansatz⁷¹

Pachtansatz (inkl Inventar)	14,1 %
Bodenwertanteil des Pachtsatzes	20,0 %
Inkl FF&E ⁷²	11,3 %
Abzgl 15 % für FF&E	1,7 %
Mietansatz/exkl Inventar)	12,4 %

⁶⁹ Quelle: Pauen/Piller, Hotelbewertungen 79.

⁷⁰ Üblicherweise werden bei einem Pachtvertrag vom Verpächter die FF&E finanziert und diese im Rahmen des Vertrags an den Pächter verpachtet.

⁷¹ In Analogie an HypZert Fachgruppe Beherbergung & Gastronomie, Studie 55.

⁷² Fixures, Furnitures & Equipment.

Gerundeter Mietansatz 12,0 %

- In diesem „vereinfachten“ Berechnungsmodell wird davon ausgegangen, dass bei dem Mietmodell die FF&E vom Mieter investiert werden. Daher sind diese nicht Bestandteil des Mietansatzes. Bei der Pachtvariante werden die FF&E durch den Verpächter investiert und sind somit Bestandteil des Pachtansatzes.
- Fixe Miete/Pacht – keine Umsatzkomponente.
- Sonstiger Betriebsaufwand gesamt – Einschränkung auf Bestandzins und Aufwand für FF&E.

Für die Pachtvariante ergibt sich folgende Referenz-KER:

		Jahr	
Erträge gesamt		€	3.066.800,00
abzgl Wareneinsatz (WES)	15,0%	-€	460.020,00
<i>Deckungsbeitrag I</i>		€	2.606.780,00
abzgl Personalaufwand	36,0%	-€	1.104.048,00
<i>Deckungsbeitrag II</i>		€	1.502.732,00
abzgl übriger Betriebsaufwand gesamt	26,0%	-€	797.368,00
<i>Deckungsbeitrag III / Gross Operating Profit (GOP)</i>	23,0%	€	705.364,00
<i>(Pacht/GOP)</i>			(61,30%)
abzgl sonstiger Betriebsaufwand gesamt	14,1%	-€	432.418,80
<i>Deckungsbeitrag IV / EBIT</i>		€	272.945,81

Abbildung 8: Schema KER Pachtvertrag⁷³

⁷³ Eigene Darstellung.

Dagegen für die Mietvariante:

			Jahr
Erträge gesamt		€	3.066.800,00
abzgl Wareneinsatz (WES)	15,0%	-€	460.020,00
<i>Deckungsbeitrag I</i>		€	2.606.780,00
abzgl Personalaufwand	36,0%	-€	1.104.048,00
<i>Deckungsbeitrag II</i>		€	1.502.732,00
abzgl übriger Betriebsaufwand gesamt	26,0%	-€	797.368,00
<i>Deckungsbeitrag III / Gross Operating Profit (GOP)</i>	23,0%	€	705.364,00
	(Pacht/GOP)		(52,17%)
abzgl FF&E	2,1%	-€	64.402,80
abzgl Miete	12,0%	-€	368.016,00
<i>Deckungsbeitrag IV / EBIT</i>		€	272.945,72

Abbildung 9: Schema KER Mietvertrag⁷⁴

Weiters wird darauf hingewiesen, dass bei der Berechnung der Bestandminderung davon ausgegangen wird, dass der Bestandzins dem Marktpreis (Mietzins/Pachtzins) des Bestandobjekts entspricht.⁷⁵

⁷⁴ Eigene Darstellung.

⁷⁵ Zur Definition „Bestandzins“ und „Marktzins“ s Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Gewerberaum (2005) 105.

4 Bestandrechtliche Grundlagen und Überlegungen Grundsystematik der bestandrechtlichen Gefahrtragungsregeln.

Mit der 3. TN wurden die heutigen Regeln über die Gefahrtragung (§§ 1096, 1104, 1105 und 1106 ABGB) geschaffen. Auf Basis der Rechtslage vor der 3. TN hatte der Bestandnehmer im Fall einer aus Mängeln der Bestandsache resultierenden Äquivalenzstörung nur die Möglichkeit, auf der Grundlage des § 1096 Abs 1⁷⁶ die Verbesserung der Bestandsache zu begehren.⁷⁷ Erst mit der 3. TN wurde in § 1096 ABGB ein allgemeines Bestandszinsminderungsrecht eingeführt.⁷⁸

Nach Höllwerth⁷⁹ existieren seither mit § 1096 Abs 1 und §§ 1104 f ABGB zwei Rechtsinstitute, die eine Mietzinsminderung vorsehen: „Die vermeintliche Doppelregelung einer (verhältnismäßigen) Mietzinsminderung lässt sich dahin auflösen, dass § 1096 Abs 1 Satz 2 (nur) die Mietzinsminderung betrifft, die aus einer Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts infolge Bestandgebersverschuldens bis zur Grenze des gewöhnlichen Zufalls resultiert.“⁸⁰

Nach dem Willen des Gesetzgebers gehen „gewöhnliche Zufälle (Regen, Wind, Staub und Störungen), die vom Nachbarn ausgehen, die zwar nicht unmittelbare Folge des Gebrauchs sind, aber doch Durchschnitterscheinungen, mit denen wirtschaftlich als Passivpost des Ertrags gerechnet werden muss“ auf Rechnung des Bestandgebers.⁸¹

⁷⁶ § 1096 ABGB in der Stammversion 1811: „Die Vermieter und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten, und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören. Die gewöhnlichen Ausbesserungen der Wirtschaftsgebäude hat der Pächter nur insoweit, als sie mit den Materialien des Gutes, und den Diensten, die er nach der Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtigt ist, bestritten werden können, selbst zu tragen, die übrigen aber dem Verpächter zur Besorgung anzuzeigen.“

⁷⁷ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 2.

⁷⁸ HHB 78 BlgHH 21. Session 190.

⁷⁹ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 2.

⁸⁰ RIS-Justiz RS0117581.

⁸¹ HHB 78 BlgHH 21. Session 190 f.

Dagegen muss der Bestandnehmer all jene Risiken tragen, die seiner Sphäre und der Verwirklichung des – innerhalb der neutralen Sphäre angesiedelten – allgemeinen Lebensrisikos zuzurechnen sind.⁸²

Die Normen §§ 1104 f ABGB regeln aber die Fälle Unbrauchbarkeit/Unbenützbarkeit des Bestandobjekts aufgrund außerordentlicher Zufälle.

Unter „außerordentlicher Zufall“ iSd § 1104 ABGB kann nach Lehre⁸³ und Rechtsprechung⁸⁴ ein elementares Ereignis verstanden werden, das von Menschen nicht beherrschbar ist, weshalb für dessen Folgen im Allgemeinen von niemandem Ersatz erwartet werden kann. Es muss sich hierbei um ein vom Bestandgeber zu beweisendes massives, nicht abgrenzbares und für den Einzelnen nicht fassbares Ereignis handeln, das aus dem Muster der Regelmäßigkeit herausfällt und einen größeren Personenkreis trifft.

Während nach § 1096 ABGB die zentrale Verpflichtung des Bestandgebers, das Bestandobjekt in brauchbarem Zustand zu übergeben⁸⁵ und zu erhalten⁸⁶ hat und den

⁸² Pesek in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1107 ABGB Rz 2; Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1107 Rz 2; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 14.

⁸³ Pesek in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1104 ABGB Rz 5.

⁸⁴ ZB unter vielen OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m [17].

⁸⁵ Der Anspruch auf Übergabe des Bestandobjekts in brauchbarem Zustand entspricht noch einem Zielschuldverhältnis. Das allgemeine Leistungsstörungenrecht ist anwendbar; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 4; die Folgen eines Verzugs richten sich hier jedoch nach § 918 ff ABGB; HHB 78 BlgHH 21. Session 192.

⁸⁶ Auf Gefahr des Vermieters gehen also auch noch alle Mängel, die erst „während der Bestandzeit ohne Schuld des Bestandgebers eintreten“; HHB 78 BlgHH 21. Session 190.

Bestandnehmer im bedungenen Gebrauch^{87, 88} nicht zu stören,⁸⁹ bildet, durchbricht § 1104 ABGB diese Erhaltungs- bzw Wiederherstellungsverpflichtung.⁹⁰

Dies dürfte zu relativieren sein, da einerseits bei einer COVID-19-Pandemie faktisch von keiner Wiederherstellung auszugehen ist (da das Bestandsobjekt in seiner Substanz nicht beschädigt ist) und andererseits im Geltungsbereich des MRG dessen § 7⁹¹ den § 1104 ABGB materiell derogiert.

Für Riss⁹² ist bei der Auslegung des letzten Satzes von § 7 MRG naheliegend, „dass die Wiederherstellungspflicht nach § 7 bei außerordentlichen Zufällen iSd § 1104 ABGB nicht eingreift, der Vermieter also nur dann zur Wiederherstellung verpflichtet sein kann, wenn ein ordentlicher Zufall den Mietgegenstand unbrauchbar macht. Das scheint konsequent, zumal § 1104 auch die umfassende Instandhaltungs- bzw Gebrauchsüberlassungspflicht des Bestandgebers nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB durchbricht; dahinter steht der Gedanke, dass Leistungsstörungen infolge außerordentlicher Zufälle den Bestandgeber abgesehen vom Zinsausfall nicht belasten sollen.“

⁸⁷ Der bedungene Zustand richtet sich nach der vertraglich bedungenen Beschaffenheit mangels einer diesbezüglichen Abrede nach einem brauchbaren Zustand, der sich nach dem vereinbarten Verwendungszweck richtet und mittlerer Art und Güte sein muss; *Iro/Rassi* in KBB⁶ § 1096 Rz 1; RIS-Justiz RS0020926.

⁸⁸ Maßgeblich für die Frage, ob der Bestandgeber vertragskonform geleistet hat, ist somit primär die Parteienvereinbarung. Unter der „Verkehrssitte“, die erst dann heranzuziehen ist, wenn keine konkrete andere Parteienabsicht feststeht, ist jener Standard zu verstehen, der nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nach der Verkehrsauffassung geschuldet wird; vgl. *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 16.

⁸⁹ Bei Störung der geschuldeten Leistung ist die Zinsminderung die Rechtsfolge; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 1; bei dieser handelt es sich nach der Rechtsprechung um einen Gewährleistungsbehelf eigener Art; RIS-Justiz RS0021286.

⁹⁰ *Höllwerth* in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 3.

⁹¹ § 7 Abs 1 MRG: Wird ein Mietgegenstand durch Zufall zur Gänze oder zum Teil unbrauchbar, so ist der Vermieter zur baurechtlich zulässigen und bautechnisch möglichen Wiederherstellung des Mietgegenstands in dem Maß verpflichtet, als die Leistungen aus einer bestehenden Versicherung ausreichen. Im Übrigen gilt der § 1104 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs.

⁹² *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht⁴ § 7 Rz 5.

Dagegen führt der OGH⁹³ jedoch aus, dass § 7 MRG eine Ausnahmeregelung zur allgemeinen Bestimmung des § 1104 ABGB, die für Fälle gänzlicher Unbrauchbarkeit des Mietgegenstands infolge außerordentlicher Zufälle wie Feuer usw. weder eine Wiederherstellungspflicht des Bestandgebers noch eine Zahlungspflicht des Bestandnehmers kennt. Da jedoch der Vermieter dem Mieter gegenüber zum Abschluss von Versicherungen nicht verpflichtet ist, kann der Mieter dem Vermieter auch nicht den Vorwurf der Unterversicherung machen. Kann der durch Zufall unbrauchbar gewordene Mietgegenstand mangels ausreichender Versicherungsleistung nicht zur Gänze wiederhergestellt werden, so ist Teilherstellung geboten, jedoch nur insoweit, als es vom Standpunkt der Brauchbarkeit vernünftig erscheint. Sofern sich kein tauglicher beschränkter Gebrauch eines Mietgegenstands erreichen lässt, ist eine Teilherstellung unangebracht.

§ 1105 ABGB regelt dagegen die Systeme der Zinsminderungen im Falle des außerordentlichen Zufalls. Im Zuge der 3. TN erfolgte legislatisch durch die Erweiterung der Wortfolge „*durch einen solchen Zufall*“ die Klarstellung, dass es sich ebenfalls um außerordentliche Zufälle im Sinne des § 1104 ABGB handelt.⁹⁴

Festzuhalten ist, dass (ohne Differenzierung zwischen Miete und Pacht) § 1104 ABGB für alle Bestandverträge dieselbe Rechtsfolge – den Erlass (die Befreiung) des Bestandzinses – vorsieht. Dagegen differenziert § 1105 ABGB zwischen Miet- und Pachtverträgen und hält zudem auch noch unterschiedliche Rechtsfolgen für ein- und mehrjährige Pachtverträge bereit.⁹⁵

- Einem Mieter, der trotz eines außerordentlichen Zufalls einen beschränkten Gebrauch des Mietobjekts behält, steht ein verhältnismäßiger Zinsnachlass zu.

⁹³ OGH 13.3.1988, 5Ob19/88.

⁹⁴ HHB 78 BlgHH 21. Session 199.

⁹⁵ Im Detail wird insb auf Pkt 4.3.2 und **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** dieser Arbeit verweisen.

- Beim maximal einjährigen Pachtvertrag muss der volle Zins entrichtet werden, außer der Ertrag hat um mehr als die Hälfte nachgelassen. Wenn dies der Fall ist, muss der Pächter den vollen Ertrag entrichten, kann aber nicht auf den restlichen Zins in Anspruch genommen werden.⁹⁶
- Für einen Pächter mit mehr als einjähriger Vertragsdauer sieht das Gesetz keinen Zinsnachlass vor. Er muss in jedem Fall – ungeachtet des Ausmaßes der Nutzungsbeschränkung – den vollen Zins entrichten.

Zusätzlich (neben dem Zinsminderungs-/Zinsbefreiungsrecht) steht dem Bestandnehmer das Recht der vorzeitigen Auflösung des Bestandverhältnisses nach § 1117 ABGB zu,⁹⁷ dies jedoch als Wahlrecht.

Dagegen regelt § 1107 die Sphäre des Bestandnehmers; demnach ist der Bestandnehmer von der Zinszahlungspflicht bei Gebrauchsvereitelung wegen eines ihm zugestoßenen Hindernisses oder Unglücksfalls nicht befreit. Dies wird als Ausdruck der bestandrechtlichen „Sphärentheorie“ für die Preisgefahr gesehen.⁹⁸ Darunter sind über den engen Wortlaut hinaus alle objektiven und subjektiven Nutzungshindernisse zu verstehen, die aus der Sphäre des Bestandnehmers stammen.⁹⁹ Diese Rechtslage wird zudem um eine Gefahrtragungsregel für den Fall eines dem Bestandnehmer zugestoßenen „Hindernisses“ oder „Unglücksfalls“ und der Beschädigung vom Grund schon abgesonderter Früchte ergänzt und sieht vor, dass der bloße Zufall denjenigen trifft, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet.¹⁰⁰

Die Regelungen der Bestandgeberpflichten im Sinne der Preisgefahr (§§ 1096, 1104, 1105 und 1107 ABGB) sind – mit Ausnahme von § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB für die

⁹⁶ Vgl im Detail die Ausführungen zu Pkt 4.2.

⁹⁷ Ausführlich hierzu 4.4.5.1.

⁹⁸ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1107 ABGB Rz 1; *Lovrek* in *Rummel/Lukas* ABGB⁴ § 1108 Rz 12; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1107 ABGB Rz 2; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1107 Rz 1; *Iro/Rassi* in *KBB*⁵ § 1107 Rz 1.

⁹⁹ *Lovrek* in *Rummel/Lukas* ABGB⁴ § 1108 Rz 12.

¹⁰⁰ *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1107 ABGB Rz 2.

Zinsbefreiung (Zinsminderung) bei der *Miete* unbeweglicher Sachen nachgiebiges Recht.¹⁰¹

Bei § 1106 ABGB handelt es sich daher um Auslegungsregeln, falls von den dispositiven Normen hinsichtlich der Gefahrtragungen vertraglich abgewichen wird. Diese Norm sieht vor, dass der Bestandnehmer bei „unbestimmter“ Gefahrübernahme einschränkend nur die Gefahr für Feuer-, Wasserschäden und Wetterschläge zu tragen hat. Soll der Bestandnehmer die Gefahr über die genannten Risiken hinaus für weitere oder alle außerordentlichen Zufälle wirksam übernehmen, dann muss dies zweifelsfrei erklärt werden. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass er die Gefahr für „*alle – auch die in § 1106 ABGB nicht genannten – außerordentlichen Zufälle*“ übernimmt.¹⁰²

Aber auch in diesem Fall besteht eine Zweifelsregel, wonach der Bestandnehmer nicht auch für den zufälligen Untergang des Bestandobjekts haften wollte, also nur die Preis-, aber nicht die Leistungsgefahr übernommen hat.¹⁰³ Die vertragliche Überbindung der Gefahr für den Sachuntergang durch einen außerordentlichen Zufall muss daher ausdrücklich vereinbart werden.¹⁰⁴

¹⁰¹ Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1096 ABGB 1; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 8; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 3; Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1104 ABGB Rz 16; Lovrek in Rummel/Lukas ABGB⁴ § 1108 Rz 10; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 8.

¹⁰² Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1104 ABGB Rz 3 ff.

¹⁰³ Iro/Rassi in KBB⁶ § 1106 Rz 1.

¹⁰⁴ Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1104 ABGB Rz 3 ff.

4.1 COVID-19-Pandemie als außerordentlicher Zufall iSd §

1104 ABGB. (Schwaiger)

Der OGH hat in der Entscheidung 3 Ob 78/21y und 5 Ob 192/21b¹⁰⁵ – im Einklang mit den dort zit. überwiegenden Literaturstimmen¹⁰⁶ – bereits entschieden, dass die COVID-19-Pandemie einer „Seuche“ iSd § 1104 ABGB gleichzustellen ist und aufgrund dieser Pandemie durch Gesetze oder Verordnungen angeordnete Betretungsverbote für Geschäftsräume in Bestandobjekten zu deren Unbenutzbarkeit führen. Dies ergibt sich daraus, dass schon nach der bisherigen Rechtsprechung als „außerordentliche Zufälle“ iSd § 1104 ABGB elementare Ereignisse zu verstehen sind, die von Menschen nicht beherrschbar sind, sodass für deren Folgen im Allgemeinen von niemandem Ersatz erwartet werden kann. Solche Elementarereignisse treffen stets einen größeren Personenkreis auf eine Weise, die durch eine gesetzliche Regelung über Ersatzansprüche nicht ausgeglichen werden kann. Diese Kriterien sind bei der COVID-19-Pandemie erfüllt.

¹⁰⁵ OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y; OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

¹⁰⁶ *Edelhauser*, Bestandrechtliche Folgen der COVID-19-Pandemie, ÖJZ 2020, 341; *Ehgartner/Weichbold*, COVID-19-Mietzinsminderung für Geschäftsräume? wbl 2020, 250; *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020, 1; *Karasehek/Pinwein*, COVID-19 und Rechtsschutzversicherung für bestandrechtliche Streitigkeiten gemessen an der Entscheidung des OGH vom 24. 3. 2021, 7 Ob 42/21h, immo aktuell 2021, 144 mwN; *Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummiets, wobl 2021, 125 [131]; *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-Handbuch^{1.02}, Kap 11 Rz 7 mwN; *Vonkilch*, Mietzinsminderung bei der Geschäftsraummiets wegen COVID-19 „jenseits“ der Lockdowns, wobl 2021, 321 f, abweichend *Krenn/Schüßler-Datler*, Miete zahlen oder nicht? Zur Bestandzinsfortzahlung während hoheitlicher COVID-19-Einschränkungen, RZ 2020, 123 [125 ff]; *Broesigke/Ruf*, Zinsminderungsansprüche von Geschäftsraummiets während der Coronaviruskrise unter Einbindung der Sphärentheorie, immo aktuell 2020, 77 [79]; *Oberhammer*, Pandemie und Geschäftsraummiets, JBl 2021, 417 ff.

4.2 Erweiterte Auslegung der Norm § 1105 ABGB (Schwaiger)

4.2.1 Wörtliche Auslegung

Aus dem Wortlaut des § 1105 ABGB sind folgende Rechtsfolgen zu entnehmen:

- Einem Mieter, der trotz eines außerordentlichen Zufalls einen beschränkten Gebrauch des Mietobjekts behält, steht ein verhältnismäßiger Zinsnachlass zu.
- Beim maximal einjährigen Pachtvertrag muss der volle Zins entrichtet werden, außer der Ertrag hat um mehr als die Hälfte nachgelassen. Wenn dies der Fall ist, muss der Pächter den vollen Ertrag entrichten, kann aber nicht auf den restlichen Zins in Anspruch genommen werden.
- Für einen Pächter mit mehr als einjähriger Vertragsdauer sieht das Gesetz keinen Zinsnachlass vor. Er muss in jedem Fall – ungeachtet des Ausmaßes der Nutzungsbeschränkung – den vollen Zins entrichten.

4.2.2 Historische Interpretation

In einem nächsten Schritt ist der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers anhand der historischen Entwicklung der gesetzlichen Regelungen zur Pachtzinsminderung im Falle des außerordentlichen Zufalls zu ermitteln.

Die Vorarbeiten zum heutigen ABGB reichen in die Zeit *Maria-Theresias* zurück und stehen im Zusammenhang mit den (auf Vereinheitlichung, Zentralisierung und Professionalisierung abzielenden) Staats- und Behördenreformen in der Ära des aufgeklärten Absolutismus.

Bereits 1753 war eine Kommissionskommission mit der Ausarbeitung eines Entwurfs beauftragt worden; der (unter maßgeblicher Mitwirkung von *Josef Azzoni*) vorbereitete Codex Theserianus 1766 wurde vom Staatsrat aber als zu stark gemeinrechtlich,

zu lehrbuchhaft und zu umfangreich verworfen. Ein durch *Johann Bernhard von Horten* gekürzter und umgearbeiteter erster Teil wurde 1786 unter *Joseph II.* in Kraft gesetzt.¹⁰⁷

Im Codex Theresianus¹⁰⁸ (III. Teil Cap 12 n 138 ff) und im Entwurf Horten¹⁰⁹ (III. Teil 12. Cap §§ 46 ff) ist eine Minderung des Zinses bei mehrjährigen Pachtverträgen nicht generell ausgeschlossen. Dem Pächter wurde unter verschiedensten Bedingungen und Einschränkungen ein Anspruch gewährt, vom Verpächter einen Nachlass zu verlangen.

Unter *Leopold II.* kam es zur neuerlichen Einsetzung einer Gesetzgebungskommission, welche von *Karl Anton von Martini* geleitet wurde; diese stellte 1796 den „Entwurf Martini“ fertig, welcher (in leicht angepasster Form) 1797 als „Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien“ für West-Galizien, Ost-Galizien und die Bukowina eingeführt wurde.

Zu den Beschränkungen infolge außerordentlicher Zufälle wurde in § 237 angeordnet, dass, wann „dem Miether der Gebrauch des Miethstückes nur zum Theil entzogen; so wird ihm (nach § 237) auch ein verhältnißmäßiger Theil des Miethzinses erlassen. Dem Pächter hingegen gebührt nur dann ein Erlaß am Pachtzinse, wenn die Nutzungen um mehr, als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind, und das Gut nur auf ein einziges Jahr gepachtet worden ist“.¹¹⁰

In seinem Entwurf zur Regelung des § 1105 zur Stammfassung des ABGB schlug *Franz von Zeiller* (als Redaktor der betreuten Hofkommission, welche von 1801 bis

¹⁰⁷ Meissel in *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*⁸ (2017), Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch (Zugriff am 7.2.2023).

¹⁰⁸ Harrasowsky, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen III* (1884) 221 ff.

¹⁰⁹ Harrasowsky, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen IV* (1886) 421 ff.

¹¹⁰ § 237 Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien, Teil 3 (1797) 91.

1806 eine Erste Lesung durchführte)¹¹¹ vor, dass „dem Pächter ein Erlaß an dem jährlichen Pachtzins gebührt, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Ist die Pachtung auf mehrere Jahre geschlossen worden, so hat der Pächter erst am Ende der Pachtung auf Nachlaß Anspruch, wenn er aus vollständigen und glaubwürdigen Rechnungen beweisen kann, daß im Ganzen, mit Rücksicht auf alle Pachtungen zusammengenommen, ein so beträchtlicher Abfall vorhanden ist.¹¹² Der Verpächter ist so viel zu erlassen schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt.“

Aufgrund des vehementen Widerstands einiger Kommissionsmitglieder (insb der Hofräte Lyro und Scheppel) wurde der zweite Satz des ursprünglichen Textentwurfs Zeilers gestrichen.

Lyro erklärte seinen Widerstand einerseits damit, dass es „zur Hintanhaltung der in Galizien¹¹³ über Pachtungen ohnehin so häufigen Streitigkeiten unumgänglich nothwendig [sei], daß nur bei einjährigen Pachtungen ein Nachlaß eintreten solle“.¹¹⁴

Darüber hinaus sei zu bedenken, dass „außerordentliche Zufälle“ häufig „auch die Substanz des Pachtgutes“ betreffen und damit den Verpächter. Zudem begründet Lyro die Streichung der Möglichkeit einer Pachtzinsreduktion bei mehrjährigen

¹¹¹ Meissel in *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*⁸ (2017), Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch (Zugriff am 7.2.2023).

¹¹² Hervorhebung durch die Autoren.

¹¹³ Galizien (auf dem heutigen Gebiet Polens und der Ukraine) gelangte 1772 im Rahmen der ersten Teilung Polens an das Haus Habsburg und wurde 1804 gemeinsam mit dem 1795 erlangten Westgalizien dem neugegründeten Kaisertum Österreich angegliedert.

¹¹⁴ „Gestehe man den Pächtern bei Pachtungen auf mehrere Jahre eine Zinsminderung zu“, so Lyro, „so würde es bei keinem an Vorwänden fehlen, sich wegen Gegenforderungen noch Jahre lang in dem Besitze des Pachtgutes zu behaupten.“ Scheppel trat den von Lyro vorgebrachten Argumenten bei und wies auf die Schwierigkeiten der Verpächter hin, den Gegenbeweis gegen den Zinsminderungsanspruch der Pächter zu erbringen, denen es „in keinem Falle an Rechnungen über ihren Verlust mangeln werde“. Die „Schikane und Kunstgriffe der Pächter“ seien bekannt. Mit „Scheinbeweisen ihrer Forderungen bewaffnet“ seien diese in der Lage, „ihre Vorspiegelungen glaublich zu machen“; Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches II (1889) 303 f.

Pachtverträgen damit, dass dem außerordentlichen Zufall „oft der Keim einer Schadloshaltung durch die gewöhnlich folgende reichlichere Aerndte“ innewohne. Zudem „gäben Pachtungen ganzer Herrschaften zu viele Zweige der Einkünfte, zu viele Mittel der Industrie, wodurch eine Benützung die andere überträgt, das Steigen des Werthes der Naturalien verschaffe schon zu gute Ausgleichung, daß es noch einer besonderen Vergütung von Seite des Pachtgebers bedürfe“.

4.2.3 Teleologische Reduktion des § 1105 Satz 2 und 3 ABGB?

In einem weiteren Schritt ist zu klären, ob eine teleologische Reduktion¹¹⁵ des § 1105 Satz 2 und 3 ABGB auf die landwirtschaftliche Pacht denkbar sein könnte.

Die Frage, ob dem historischen Gesetzgeber die Unternehmenspacht bekannt war, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet. So gehen Höllwerth¹¹⁶ und Pesek¹¹⁷ davon aus, dass sich die Regelung des § 1105 Satz 2 und 3 ABGB historisch gesehen auf die landwirtschaftliche Pacht bezogen haben bzw. auf landwirtschaftliche Pachtverträge gemünzt worden ist. Dagegen vertritt der überwiegende Teil der Lehre die Auffassung, dass die Unternehmenspacht jedenfalls von § 1105 Satz 2 und 3 ABGB erfasst wird.¹¹⁸

In seiner (vereinzelt gebliebenen) Entscheidung vom 4.2.1965¹¹⁹ kommt der OGH zum Schluss, „dass auch dann, wenn der Gesetzgeber des Jahres 1811 bei der Formulierung des § 1105 ABGB – entsprechend den gegebenen wirtschaftlichen Erfordernissen – nur landwirtschaftliche Pachtungen im Auge gehabt haben sollte, ja sogar wenn er die Unternehmenspachtungen von der in der genannten Gesetzesstelle

¹¹⁵ Unter vielen P. Bydliński in KBB⁵ § 6 Rz 5.

¹¹⁶ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 ABGB Rz 16, 1.

¹¹⁷ Pesek in Schwimann/Neumayr, TaKom⁵ § 1105 ABGB, Rz 1.

¹¹⁸ Kronthaler, Die Auswirkung der Verbreitung von COVID-19 auf Miet- und Pachtverträge, RdW 2020, 320 [322] mwN.

¹¹⁹ OGH 4.2.1965, 2 Ob 11/65, SZ 38/20.

getroffenen Regelung hätte ausschließen wollen, dies jedenfalls im Wortlaut des Gesetzes keinen Niederschlag gefunden habe. Der Umstand, dass die Unternehmenspacht im Urentwurf und in den Beratungsprotokollen zum ABGB nicht ausdrücklich erwähnt worden sei, rechtfertige daher nicht den (mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbarenden) Schluss, dass § 1105 zweiter und dritter Satz ABGB für Unternehmenspachtungen nicht anzuwenden sei.

Auch Klang schließe die Anwendung dieser Regelungen auf Unternehmenspachtungen nicht schlechthin aus, vertrete lediglich die Auffassung, dass sie in solchen Fällen zu wirtschaftlich ungerechten Lösungen führe. Dem sei jedoch entgegenzuhalten, dass ‚ungerechte Lösungen‘ auch in Fällen landwirtschaftlicher Pachtungen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden können. Da Unternehmenspachtungen dem § 1105 zweiter und dritter Satz ABGB unterliegen, gelangte der Oberste Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass eine analoge Anwendung von § 1105 erster Satz ABGB auf Unternehmenspachtungen nicht stattzufinden habe.“

Dem Ergebnis, dass sich die Norm des § 1105 ABGB nicht nur auf „landwirtschaftliche Verpachtungen“ reduziert, dürfte uE zu folgen sein.¹²⁰ So zeigt der Blick nach Galizien¹²¹ Ende des 18. Jahrhunderts, dass drei Viertel des galizischen Gutsbesitzes

¹²⁰ Jedoch für den VfGH umstritten ist, ob der Gesetzgeber dabei ausschließlich die landwirtschaftliche Pacht (oder auch die gewerbliche) vor Augen hatte; VfGH 30.6.2022, G 279/2021-15.

¹²¹ Galizien (auf dem heutigen Gebiet Polens und der Ukraine) gelangte 1772 im Rahmen der ersten Teilung Polens an das Haus Habsburg und wurde 1804 gemeinsam mit dem 1795 erlangten Westgalizien dem neugegründeten Kaisertum Österreich angegliedert; *Dirlinger*, Kann § 1105 ABGB Bestand haben? wobl 2022, 196.

verpachtet waren, insb an jüdische Pächter. Pachtgegenstände waren Güter, Dörfer, Gastschenken^{122, 123}, Mühlen und Webstühle.¹²⁴

So werden auch in Kap 12 des Codex Theresianus als Pachtgegenstände einerseits Güter, Felder, Wiesen, Teiche, Wälder, Gärten, Keller, Mühlen und andererseits gewinnstige Gewerbe, wie zB Mühlen, Meiereien, Wirts- und Branntweinhäuser, Wein- und Bierschank udgl genannt.¹²⁵ Auch im Gesetzbuch für Galizien werden neben den landwirtschaftlichen Betrieben auch Brandweinschanke und Bierbrauereien als Pachtbetriebe angeführt.¹²⁶

Zudem habe *Lyro* in der Sitzung der Hofkommission im Zusammenhang mit der Pachtung ganzer Herrschaften in Gesetzgebungssachen erwähnt, dass die Pächter in solchen Fällen über „*viele Zweige der Einkünfte*“ und „*viele Mittel der Industrie*“ verfügten.¹²⁷ Schlussendlich zähle auch *Zeiller*¹²⁸ in seinem Commentar ua „*Fabriken*“ und „*Schauspielunternehmungen*“ ausdrücklich als Beispiele für Pachtgegenstände auf.

¹²² „Die Gasthäuser und Schenken wurden meistens an Juden verpachtet. Um den hohen Pachtschilling bezahlen zu können, mussten sich die jüdischen Pächter auf verschiedene Art und Weise bemühen, den Bauern zum Trinken zu verleiten“; *Glassl*, Das österreichische Einrichtungswerk in Galizien 1772 – 1790 (1975) 169.

¹²³ Zur allgemeinen Alkoholproblematik der Bauern führt *Demian* aus, „daß der Branntwein dem galizischen Bauern ‚zur Vertreibung aller Sorgen, zur Stärkung, zur Arznei, zur Aufmunterung und selbst zur Stillung des Hungers‘ diene. Der Bauer gewöhnte sich schon von Jugend auf an das Trinken. So sollen schon die Säuglinge eine mit Alkohol vermischte Nahrung erhalten haben. Für den heranwachsenden Jugendlichen war es das schlechte Beispiel der Erwachsenen und die Verführung durch die Wirte, welche die Bauernsöhne zum Trinken brachten. Üble Trinkelage gab es auf den Jahrmärkten. Dort vertranken die Bauern in wenigen Stunden, ‚was sie kaum in einem Monat verdienen‘ konnten. Eine Ursache für die Trunksucht war im Propinationsrecht der Gutsbesitzer zu suchen. Demnach hatte jeder Gutsherr auf seinem Landbesitz das Recht, Getränke zu erzeugen und auszuschenken. Deswegen befand sich auch beinahe auf jedem Gutshof eine Schnapsbrennerei. Die Gasthäuser und Schenken wurden meistens an Juden verpachtet. Um den hohen Pachtschilling bezahlen zu können, mußten sich die jüdischen Pächter auf verschiedene Art und Weise bemühen, den Bauern zum Trinken zu verleiten“; *Demian*, Darstellung der österr. Monarchie nach den neuesten statistischen Beziehungen (1804) Bd II, 28.

¹²⁴ *Glassl*, Einrichtungswerk 152.

¹²⁵ *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V (1886) 186.

¹²⁶ § 249; Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien III, 1797, 96 f.

¹²⁷ *Ofner*, Protokolle II.

¹²⁸ *Zeiller*, Commentar III/2, 425.

So führt auch Borutzky¹²⁹ in seiner Dissertation an, „dass vor allem nicht zu übersehen ist, dass die Gegenstände des Pachtens mannigfaltig sind; alle Sachen nämlich, die nur durch Fleiß und Mühe benützt werden können. Dahin gehören Gerechtigkeiten z.B. das Zehendreht; unbewegliche Güter z.B. Landgüter, Grundstücke, Mühlen, Fabriken; bewegliche Sachen z. B. eine Herde Kühe“.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass dem historischen Gesetzgeber die Unternehmenspacht bekannt gewesen ist,¹³⁰ somit eine teleologische Reduktion des § 1105 Satz 2 und 3 ABGB auf die landwirtschaftliche Pacht unzulässig sein dürfte.¹³¹

4.2.4 Analogie zu § 1105 Satz 1 ABGB?

Mit dieser Fragestellung – ob der historische Gesetzgeber bewusst zwischen den Rechtsfolgen der ein- und mehrjährigen Pacht differenzieren wollte – haben sich bereits (wie ersichtlich) *Kronthaler*¹³² und *Dirlinger*¹³³ ausführlich beschäftigt. Die Entstehungsgeschichte des weitgehend der Stammfassung entstammenden § 1105 ABGB lässt keine Zweifel zu, dass der Gesetzgeber zwischen den Rechtsfolgen kurzfristiger und langfristiger Pachtverträge unterscheiden wollte. Begründet wurde der Ausschluss der Mietzinsminderung bei längerfristigen Pachtverträgen (länger als ein Jahr) ua mit dem Argument, dass ein Minderertrag durch einen Mehrertrag in Folgejahren ausgeglichen werden könnte.¹³⁴ Dies wird auch in der hL so einheitlich gesehen.¹³⁵

¹²⁹ Borutzky, Versuch über den Nachlass des Pachtzinses nach dem Österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1104 – 1108 (1816) 18.

¹³⁰ Für den VfGH umstritten, ob der Gesetzgeber dabei ausschließlich die landwirtschaftliche Pacht (oder auch die gewerbliche) vor Augen hatte; VfGH 30.6.2022, G 279/2021-15.

¹³¹ Im Ergebnis auch *Kronthaler*, RdW 2020, 320 [325].

¹³² *Kronthaler*, RdW 2020, 320.

¹³³ *Dirlinger*, wobl 2022, 196.

¹³⁴ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1105 ABGB Rz 1.

¹³⁵ *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1105 ABGB Rz 16 f; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 10; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1105 Rz 1; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1105 ABGB Rz 11 f.

*Kronthaler*¹³⁶ dürfte daher zu folgen sein, dass der Wortlaut des Gesetzes mit der klaren Absicht des Gesetzgebers übereinstimmt, somit nach hL¹³⁷ unter diesen Gesichtspunkten eine Analogie (in Ermangelung einer Planwidrigkeit) als unzulässig betrachtet werden muss („Lex-lata-Grenze“).

4.2.5 Nachträgliche Lücke?

Wie bereits in den vorausgehenden Punkten erläutert, wollte der historische Gesetzgeber mit der Regelung des § 1105 (keine Pachtzinsminderung für langjährige Pachtverträge im Falle des außerordentlichen Zufalls) den Verpächter schützen und begründet dies wirtschaftlich, dass Mindererträge aus den Vorperioden mit Mehrerträgen der zukünftigen Perioden ausgeglichen werden können.

Betrachtet man jedoch die aktuelle Ertragssituation in der Hotellerie, so ist klar feststellbar, dass Verluste aus einer (teilweisen) entgangenen Nutzungsmöglichkeit einer Pachtsache zur Fruchtziehung eben nicht durch Folgejahre nachgeholt werden können.¹³⁸ Tatsächlich können Verluste (generell bei Unternehmenspachtverträgen), die in einem bestimmten Jahr durch einen „außerordentlichen Zufall“ iSd § 1104 ABGB entstanden sind, nicht so einfach durch Mehrerträge in den Folgejahren ausgeglichen werden. Es widerspricht auch jeglicher Logik, dass ein Unternehmen deshalb mehr Gewinne lukriert, weil es im vorherigen Jahr über längere Zeit behördlich stillgelegt wurde.¹³⁹

¹³⁶ *Kronthaler*, RdW 2020, 323.

¹³⁷ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (Nachdruck 2011) 568 f; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 10, 13; *P. Bydlinski* in *KBB*⁵ § 7 Rz 2; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 144 f, § 7 Rz 7, 22, 29.

¹³⁸ Vgl. Abbildung 5.

¹³⁹ Von einem „Ausgleich“ könnte man wohl nur dann sprechen, wenn die entgangene Nutzungsmöglichkeit in einem Jahr für die Mehrerträge in anderen Jahren ursächlich war. Das mag va bei der landwirtschaftlichen Pacht denkbar sein (etwa dann, wenn ein Feld in einem Jahr nicht bestellt werden kann und infolge im nächsten Jahr „fruchtbarer“ ist). Bei der Unternehmenspacht ist das schwer vorstellbar; *Kronthaler*, Zur Reduktion der Geschäftsraummieta während der Pandemie, ImmoZak 2022, 324.

Es gilt auch zu bedenken, dass der Rechtsschutzgedanke des historischen Gesetzgebers in § 1105 ABGB für den Verpächter¹⁴⁰ mit der Verstärkung des Zurückstellungsrechts¹⁴¹ (des Verpächters) zu relativieren sein dürfte.^{142, 143}

Werden die aktuellen Rahmenbedingungen bei Hotelverpachtungen betrachtet, so ist festzustellen, dass in der österreichischen Hotellerie die durchschnittlichen Erträge (GOP) zwischen 23 und 29 % betragen. Dagegen betragen zB bei einem Vollhotel mit 100 Betten¹⁴⁴ die Pachtsätze (als %-Satz der Erträge gesamt) zwischen 14,1 und 16,5 %.¹⁴⁵ Wie sollten bei diesen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen Verluste einer Wirtschaftsperiode mit „Gewinnen“ zukünftiger Wirtschaftsperioden ausgeglichen werden?

Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen von Pachtverträgen im Hotelbereich (und sonstigen Tourismusbereich) haben sich derart verändert, dass uE vor diesem Hintergrund von einem Funktionswandel^{146, 147} auszugehen wäre.

¹⁴⁰ In diesem Zusammenhang wird auf Pkt 4.2.2 verwiesen, insb auf den Hinweis von *Lyro*, dass durch den weiteren (über mehrere Jahre) Besitz des Pachtguts – bedingt durch die Einwendungen des Pächters – der Pächter zusätzliche Gewinne kreieren könnte; vgl *Ofner*, Protokolle II, 303.

¹⁴¹ Kein Einwendungsrecht der Kompensation des Pächters.

¹⁴² § 1109 in der Urfassung (1811): „*Nach geendigtem Bestandvertrage muß der Bestandnehmer die Sache, dem etwa errichteten Inventarium gemäß, oder doch in dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat; gepachtete Grundstücke aber mit Rücksicht auf die Jahreszeit, in welcher der Pacht geendet worden ist, in gewöhnlicher wirtschaftlicher Cultur zurückstellen. Weder die Einwendung des Compensations-Rechtes, noch selbst des frühern Eigenthumsrechtes kann ihn vor der Zurückstellung schützen.*“

¹⁴³ § 1109 ABGB letzter Satz (aktuell): „*Weder ein Zurückbehaltungsrecht oder die Einwendung der Kompensation noch selbst des früheren Eigenthumsrechtes kann ihn vor der Zurückstellung schützen*“; diese Erweiterung wurde mit der 3. TN 1916 eingeführt – XXXVIII. Stück, 69. Kaiserliche Verordnung vom 19. März 1916, RGBI Nr 69/1916.

¹⁴⁴ Dies entspricht unserem Referenzhotel – vgl Pkt 0.

¹⁴⁵ *Pauen/Piller*, Hotelbewertungen 79.

¹⁴⁶ Eine Bestimmung kann einem Funktionswandel unterliegen. Dieser muss seine Grundlage in einer Veränderung der faktischen Gegebenheiten haben, auf die der Zweck des Gesetzes in derselben Weise zutrifft, oder in einer Änderung des Wertungsgefüges, das in der Gesamtrechtsordnung zum Ausdruck kommt. Die bloße Änderung von Moral und Sitte vermag eine geänderte Interpretation nicht zu begründen; *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 3.

¹⁴⁷ Ausführlich *F. Bydlinski*, Methodenlehre 577 ff; *F. Bydlinski*, JBl 1997, 617 [621]; *Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang §§ 6, 7 Rz 112 ff; *Kerschner*, Gesetzeskonforme Methodik 93 ff; *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 7 Rz 23 und § 6 Rz 208 f.

Diese nachträgliche Lücke könnte daher im Wege der Analogie geschlossen werden (analoge Anwendung der Regelung des § 1105 Satz 1 ABGB).

Ungeachtet dessen kommt der VfGH in ungewohnter Klarheit in seiner Entscheidung vom 30.06.2022¹⁴⁸ zu dem Ergebnis, dass *„eine analoge Anwendung auch auf Pachtverhältnisse schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Gesetzgeber Miete und Pacht in § 1105 ABGB gerade unterschiedlich behandelte, weshalb keine planwidrige Gesetzeslücke vorläge.“*

Die bloße Aufhebung der mit dem Hauptantrag angefochtenen Passagen hätte somit zur Folge, dass beim Pachtverhältnis eine Zinsminderung bei teilweiser Unbrauchbarkeit des Pachtgegenstandes wegen eines außerordentlichen Zufalles – unabhängig von der Dauer des Pachtvertrages – gänzlich ausgeschlossen wäre. Dadurch verstärkte sich die behauptete Ungleichbehandlung von Miet- und Pachtverträgen sogar noch, worauf die Bundesregierung in ihrer Äußerung auch zu Recht verweist.“

Dieser Meinung folgt nun auch der OGH in seiner stRsp.¹⁴⁹

4.3 Bestandzinsbefreiung und Bestandzinsminderung nach §§

1104 ABGB (Schwaiger)

4.3.1 Grundsätzliche Überlegungen (Schwaiger)

Zur Frage – welche Rechtsfolgen aus den § 1104 f anzuwenden sind – ist zu klären, wann der Gebrauch eines in Bestand gegebenen Unternehmens bzw eines Mietobjekts aufgrund des „außerordentlichen Zufalls“ („Seuche“ als COVID-19-Pandemie) lediglich beeinträchtigt oder bereits gänzlich unmöglich erscheint. Die zentrale Frage ist quasi die Ermittlung der „Nulllinie“ bzw des „Nullpunktes“, wo die Bestandzinsminderung in die Bestandzinsbefreiung übergeht.

¹⁴⁸ VfGH 30.06.2022, G 279/2021-15 Rz 54.

¹⁴⁹ OGH 28.02.2023, 1 Ob 181/22g Rz 45.

4.3.2 Pacht (Schwaiger)

4.3.2.1 Pachtzinsminderung bei einjährigen Pachtverträgen

Für einjährige Pachtverträge hat der Gesetzgeber nach § 1105 ABGB ein System vorgesehen, demnach dem Pächter „*ein Erlaß an dem Pachtzinse*“ gebührt, „wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind“.

Das Wort „Ertrag“ in § 1105 ABGB ist an sich mehrdeutig; man könnte darunter

- den Naturalertrag (die Menge der bezogenen Früchte),
- den Geldrohertrag (Wert der bezogenen Früchte nach dem jeweiligen Preis) oder
- den Geldreinertrag (Geldrohertrag nach Abzug der Produktionskosten)

verstehen.¹⁵⁰

Auch wenn dem historische Gesetzgeber die Unternehmenspacht durchaus bekannt war¹⁵¹, hatte derselbe bei der Gestaltung der Normen § 1104 f ABGB vordergründig die landwirtschaftliche Pacht vor Augen. Daher sollte auch das Verständnis der Begrifflichkeit „Ertrag“ vor diesem Hintergrund gesehen werden.

Für *Schiff*¹⁵² ist es unzweifelhaft, dass der Gesetzgeber den Naturalertrag meint, erkennt aber in der Regelung des § 1105 ABGB das Problem, dass hier ungleiche „Größen“ voneinander abzuziehen wären.¹⁵³ Daher ist der Naturalertrag in einen Geldbetrag umzuwandeln. Das daraus resultierende wirtschaftliche Ergebnis wird jedoch kritisiert.

¹⁵⁰ *Schiff*, Das Landwirtschaftliche Pachtrecht in den west- u. mitteleuropäischen Ländern (1930) 190.

¹⁵¹ Vgl Pkt 4.2.3.

¹⁵² *Schiff*, Pachtrecht, 191.

¹⁵³ So auch zur Inkommensurabilität *Vonkilch*, wobl 2022, 377.

Von Lengerke¹⁵⁴ und Birnbaum/Werner¹⁵⁵ definieren den landwirtschaftlichen Ertrag als „den Wert oder die Menge der Erzeugnisse der Äcker und Wiesen, den Nutzen von der Viehzucht“. Sie differenzieren aber auch zwischen Roh- und Reinertrag und verstehen unter dem Rohertrag den Wert der Erzeugnisse. Der Reinertrag ist der Geldwert nach Abzug der zu erlangenden Kosten (Bewirtschaftungskosten).

Auch die Regelungen des Landpachtgesetzes gehen vom Rohertrag aus.¹⁵⁶ In dieser Norm richtet sich der erzielbare Ertrag nach einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Pachtgegenstands.¹⁵⁷ Dieser Ertrag ist zu ermitteln und sodann so zu verteilen, dass jedem Vertragsteil der Anteil zukommt, der dem Wert der beiderseitigen Leistungen entspricht.¹⁵⁸ Die so ermittelten Werte sind gegenüberzustellen und ihrer Bedeutung nach gegeneinander abzuwägen. Im Vordergrund steht demnach die wirtschaftliche Bedeutung der von jedem Vertragspartner verrechenbaren Werte und nicht die mathematisch erfassbare Verhältnisrechnung.¹⁵⁹ Aufgrund dieser Verteilungssystematik steht der bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung erzielbare Ertrag mit dem angemessenen Pachtzins in Beziehung.

¹⁵⁴ Lengerke, Landwirthschaftliches Conversations-Lexikon für Praktiker und Laien I (1837) 842.

¹⁵⁵ Birnbaum/Werner, Thiel's landwirthschaftliches Konversations-Lexikon III (1878) 689 f.

¹⁵⁶ LGZ Graz 19.9.1987, 3 R 204/87.

¹⁵⁷ Der bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung erzielbare Ertrag iSd § 11 (§ 4) LPG ist nicht dem tatsächlichen Ertrag gleichzusetzen, sondern eine fiktive Rechnungsgröße, die sich aus dem Durchschnittsertrag einer großen Zahl ähnlicher Betriebe über einen längeren Beobachtungszeitraum auf Grund der Erfahrung ergibt. Daher ist ein Ernteentgang und die durch Geländekorrekturen bedingte (nicht ständige) Ertragseinbuße als vorübergehende Ertragsminderung bei der Ermittlung des erzielbaren Ertrags nicht in Anschlag zu bringen; LGZ Graz 11.9.1987, 3 R 204/87.

¹⁵⁸ 1216 BlgNR, XI. GP 8 zu § 4 LPG.

¹⁵⁹ MietSlg 25.443/30; SZ 49/54 = MietSlg 28.470.

Der Großteil der Lehre¹⁶⁰ folgt der Ausführung von *Zeiller*¹⁶¹ und vertritt die Auffassung, dass es sich bei den Erträgen um Erträge abzüglich der Bestellungskosten handelt.

*Nemetschke/Koloseus*¹⁶² kommen auf Basis einer historisch-subjektiven Interpretation und objektiv-teleologischen Interpretation zu dem Schluss, dass „Ertrag“ im Sinne von Überschuss/Profit/Gewinn zu verstehen wäre.

Dem ist uE jedenfalls nicht zu folgen, da aus dem Wortlaut des § 1105 ABGB klar zu entnehmen ist, dass es sich bei „Ertrag“ und „Pachtzins“ um unterschiedliche Begrifflichkeiten handelt, somit bei der Pachtzinsminderung von einjährigen¹⁶³ Pachtverträgen der Pachtzins nicht Bestandteil (Abzugsgröße) des Ertrags ist.

UE ist vom Rothertrag auszugehen. So enthält der Codex Theresianus zum Thema der Pachtzinsminderung die klare Regelung (welche die Annahme des „Rothertrages“ bestätigt), dass eine Minderung des Pachtzinses zulässig ist, sofern der Rothertrag als auch der Naturalertrag um mehr als die Hälfte gesunken ist.¹⁶⁴

Zudem ist aus dem Wortlaut der Norm des § 1105 ABGB nichts anderes zu schließen. Diese Regelung spricht von „Nutzungen“ und „Erträgen“. Nutzungen sind nichts anderes als die gezogenen Früchte und erzielten Fabrikationsprodukte.¹⁶⁵ Folglich es sich bei den Erträgen um Rotherträge der gefallenen Nutzungen handelt.

¹⁶⁰ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 Rz 18; Borutzky, Versuch 31; Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1105 ABGB Rz 14.

¹⁶¹ Zeiller führt lediglich zum Thema des gewöhnlichen Ertrags einen Abzug der Bestellungskosten an: „der gewöhnliche Ertrag nach Abzug der Bestellungskosten ...“, ansonsten spricht er nur von „Ertrag“; Zeiller, Kommentar III/2, 427.

¹⁶² Nemetschke/Koloseus, Zwei Fragen zu § 1105 ABGB, wobl 2021, 400 ff.

¹⁶³ Kraft eines Größenschlusses auch für kürzere Pachtverhältnisse; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1108 Rz 6.

¹⁶⁴ „Wiewohlen dahero die Nutzungen die Hälfte der sonstigen Ertragnuß nichtabwerfen, deren Werth aber zu dieser Zeit sich auf die Halbscheide des Pachtgelds belaufen würde, oder da gegentheils zwar die Nutzungen auf die Hälfte der sonstigen Ertragnußbehalten worden wären, deren Preis aber auf das halbe Pachtgeld nicht hinanstieg, so hat doch weder ein noch anderen Falls ein Nachlaß an Pachtgeld statt.“; Harrasowsky, Codex III, 222.

¹⁶⁵ JMBVB 1918, 277.

Würde man bei dieser Regelung Reinerträge unterstellen, so wäre bei unserem Referenzhotel bei einem GOP von Null von einer bereits Unbenützbarkeit auszugehen, was abzulehnen sein dürfte. Wahrlich ist diese nach hL¹⁶⁶ von einer Unbenützbarkeit erst auszugehen, sofern „*der Pächter aus ihm keinen oder doch nur einen im Verhältnis zum Umfange des Pachtgegenstandes und zur Höhe des Pachtschillings äußerst geringen Ertrag erzielen konnte.*“¹⁶⁷

Hierzu führt Klang¹⁶⁸ klarstellend aus, dass „*der Pächter den **Zins** solange bezahlen muss, als der **Ertrag**¹⁶⁹ dazu ausreicht*“.^{170, 171}

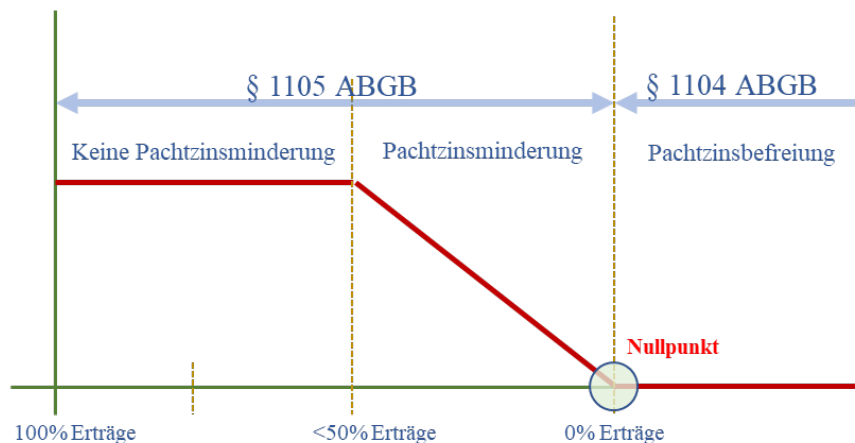


Abbildung 10: Ergebnis bei laesio enormis nach § 1105 Satz 2 ABGB¹⁷²

Demnach würde zB der jährliche Pachtzins 200 und der gewöhnliche Ertrag 400 welcher, welcher sich zB durch Misswachs auf 150 reduziert, so reduziert sich der Pachtzins auf 150. Der Zinsnachlass beträgt dann 50.¹⁷³

¹⁶⁶ Klang in Klang/Gschnitzer V² 82; JMBVB 1918, 275.

¹⁶⁷ Vgl Pkt 4.3.2.3

¹⁶⁸ Klang in Klang/Gschnitzer V² 83.

¹⁶⁹ Hervorhebung durch die Autoren.

¹⁷⁰ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 Rz 20.

¹⁷¹ Dies vermag das nachfolgende Beispiel zu veranschaulichen: Beträgt der jährliche Pachtzins 200 und beträgt der durchschnittliche Ertrag 400, welcher sich zB durch Misswachs auf 150 reduziert, so beträgt der reduzierte Pachtzins 150. Der Zinsnachlass beträgt dann 50; in Analogie zu Borutzky, Versuch 31.

¹⁷² Eigene Darstellung.

¹⁷³ In Analogie zu Borutzky, Versuch 31.

Im Ergebnis würde dies bedeuten:

- a. Keine Zinsminderung, solange die Erträge nicht um mehr als 50 % gefallen sind;
- b. Zinsreduktion (bei Reduktion der Erträge mehr als die Hälfte) nach § 1105 ABGB und
- c. Eintritt der Unbenützbarkeit (Nullpunkt – wie aus der nachfolgenden Abbildung ersichtlich ist) bei Ertrag = Null.

Wird diese Berechnung jedoch auf unser Referenzhotel übertragen, so ergibt sich folgendes Bild. Hier ist dann der Anknüpfungspunkt die Position „Erträge gesamt (Erträge^g)“. Bei einer Reduktion der Erträge um ca 86% tritt die Mietzinsminderung ein.

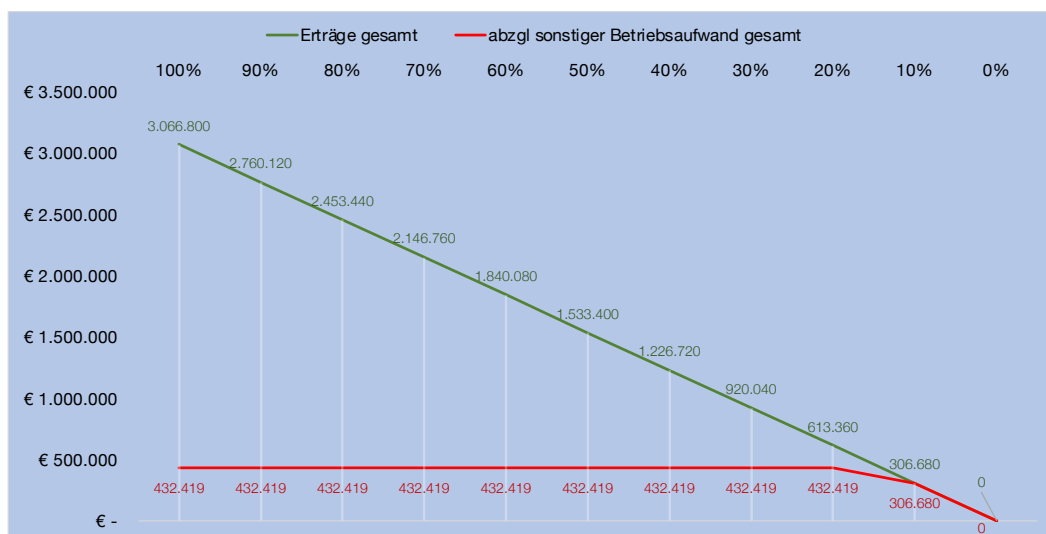


Abbildung 11: Übergang von § 1105 auf § 1104 ABGB¹⁷⁴

Bei der Norm des § 1105 S1 und 2 ABGB geht die hL¹⁷⁵ von einer nachträglichen laesio enormis aus, wobei diese Regelung – im Gegensatz zu § 934 ABGB wie auch § 11 LPG¹⁷⁶ – nicht von einer Veränderung des Pachtzinses (Wert) ausgeht, sondern

¹⁷⁴ Eigene Darstellung.

¹⁷⁵ zB Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ Rz 14; Till/Nitsche, Zum Mythos der nachträglichen laesio enormis, JAP 2015/2016, 178.

¹⁷⁶ Sofern der angemessene Zins vom Vertragszins um mehr als die Hälfte abweicht, ebenfalls ein Antrag beim Gericht auf Anpassung des Pachtzinses erfolgen!

hier linear an die Minderung der Erträge anknüpft.¹⁷⁷ Dies mit dem Ergebnis, dass diese Berechnung der Pachtzinsminderung zu einem anderen Ergebnis als nach der relativen Berechnungsmethode führen wird.

4.3.2.2 Keine Pachtzinsminderung für mehrjährige Pachtverträge nach § 1105 ABGB

Für mehrjährige Pachtverträge gebührt dem Pächter keine Minderung des Pachtzinses, da der historische Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass Mindererträge mit Mehrerträgen aus den Folgejahren ausgeglichen werden können.¹⁷⁸

Dazu führt Preser¹⁷⁹ aus, dass „*durch die Bestimmung insofern eine beachtenswerthe Beurtheilung des Pachtwesens geliefert wird, als der Gesetzgeber offenbar anerkennt, dass dem Pächter ein Erlass am Pachtzinse nicht gebührt, wenn seine Pacht längere Jahre dauert und die ausserordentlichen Zufälle in einem Jahre nicht den gänzlichen Gebrauch des Pachtobjectes verhindern, dass vielmehr angenommen wurde, der Schaden des einen Jahres werde durch die Fruchtbarkeit eines künftigen Pachtjahres wieder ersetzt, eine Annahme, die sehr richtig ist ...*“

Zur Frage, ob vor dem Hintergrund einer dynamischen Interpretation der Grundrechte die unterschiedliche Behandlung von Mieter und Pächter beim beschränkten Gebrauch des Bestandgegenstandes gemäß § 1105 ABGB aus grundrechtlicher Sicht überhaupt (noch) zulässig ist, kommt der VfGH in ungewohnter Klarheit in seiner Entscheidung vom 30.06.2022¹⁸⁰ zu dem Ergebnis, dass diese Regelung nach wie vor Bestand hat, da sich gute und schlechte Wirtschaftsperioden bei längerfristigen Pachtverträgen

¹⁷⁷ Gerade hier hat der OGH in seiner Entscheidung vom 9.6.1981 uE richtig erkannt, dass eine Linearität nicht gegeben ist; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

¹⁷⁸ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 ABGB Rz 17.

¹⁷⁹ Die Ansicht von Nippel (in seinem Kommentar des bürgerlichen Gesetzbuche), dass die Regelung der des § 1105 ABGB in das Gesetz aufgenommen worden, um bei Pachtungen, die über ein Jahr dauern, dadurch die Parteien anzutreiben, ordentliche Pachtverträge zu errichten, wird nicht geteilt; Preser, Pachtrecht und Pachtvertrag über größere Landgüter in Österreich (1880) 104.

¹⁸⁰ VfGH 30.06.2022, G 279/2021-15.

ausgleichen können. Zudem wäre „nicht zu erkennen, dass der Gedanke eines "Ausgleiches" zwischen guten und schlechten Jahren in einer Durchschnittsbetrachtung nur auf die landwirtschaftliche Pacht zutrifft. In zumindest gleicher Weise können sich auch bei der Unternehmenspacht gute und schlechte Wirtschaftsperioden abwechseln. Dazu kommt, dass es der Pächter insbesondere bei längerfristigen Pachtverträgen durch seinen Einsatz und sein wirtschaftliches Geschick in der Hand hat, die durch die teilweise Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes bewirkte Minderung seines Ertrages zu beeinflussen. Eine Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Bestimmung ist daher auch insofern nicht zu erkennen.“

Der Gesetzgeber wollte bewusst Miete und Pacht in § 1105 ABGB unterschiedlich behandeln. „Die bloße Aufhebung der mit dem Hauptantrag angefochtenen Passagen hätte somit zur Folge, dass beim Pachtverhältnis eine Zinsminderung bei teilweiser Unbrauchbarkeit des Pachtgegenstandes wegen eines außerordentlichen Zufalles – unabhängig von der Dauer des Pachtvertrages – gänzlich ausgeschlossen wäre. Dadurch verstärkte sich die behauptete Ungleichbehandlung von Miet- und Pachtverträgen sogar noch, worauf die Bundesregierung in ihrer Äußerung auch zu Recht verweist.“

Diese Ansicht des VfGH wird nunmehr durch den und OGH – nunmehr in stRsp¹⁸¹ – bestätigt. So führt der OGH in seiner Entscheidung vom 28.02.2023¹⁸² zu einem Bestandverhältnis – welches er als Unternehmenspacht (Gastlokal) qualifizierte - klar aus, dass dem Pächter aufgrund der tatsächlichen Nutzung als Abholservice kein Anspruch auf verhältnismäßige Minderung des Pachtzinses zusteht, weil das Vertragsverhältnis für länger als ein Jahr abgeschlossen wurde.¹⁸³

4.3.2.3 Unbenützbarkeit

¹⁸¹ OGH 28.02.2023, 1 Ob 181/22g Rz 45; OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g.

¹⁸² OGH 28.02.2023, 1 Ob 181/22g Rz 45.

¹⁸³ So auch der OGH in seiner Entscheidung vom 30.06.22; OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g Rz 16.

Die Rechtsfolgen der Mietzinsbefreiung im Sinne des § 1104 ABGB infolge eines außerordentlichen Zufalls treten bei gänzlicher Unbenützbarkeit des Pachtgegenstands ein.¹⁸⁴

Im Kern hat sich der Plenissimarsenat in seinem Gutachten („Einfluß des Krieges auf Pachtverträge“) ua mit der Frage der Abgrenzung der Anwendungsbereiche zwischen § 1104 und § 1105 ABGB bereits beschäftigt. Zu § 1104 ABGB wird hier ausgeführt, dass bei der Auslegung des Gesetzestextes „*wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann*“ auch wirtschaftliche Überlegungen berücksichtigt werden müssen. Es wird klargestellt, dass unter Benutzung¹⁸⁵ nichts anderes als die Erzielung von Erträgen zu verstehen ist.¹⁸⁶ Nutzungen sind demnach die gezogenen Früchte und erzielten Fabrikationsprodukte.¹⁸⁷

Für *Klang*¹⁸⁸ und *Ehrenzweig/Krainz*¹⁸⁹ – den Ausführungen des OGH¹⁹⁰ folgend – sind die Rechtsfolgen des § 1104 ABGB (Erlass des Pachtzinses) anzuwenden, „*wenn*

¹⁸⁴ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1108 Rz 4; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 4; „Verlust der Gebrauchsfähigkeit des Bestandobjektes“; Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1104 ABGB Rz 1.

¹⁸⁵ § 1091 ABGB „spricht“ schon im Zusammenhang mit der Pacht von „benützen“ und bei der Miete von „gebrauchen“.

¹⁸⁶ „Es mag scheinen, daß schon das Pflügen, Eggen, Besäen von Grundstücken, das Einmaischen und Brennen in Brennereien, das Mahlen in Mühlen u. dgl. eine Benützung des Grundstücks, der Fabrik, der Mühle usw. sei, daß ferner bei Pachtstücken, welche nur Gebäude umfassen oder auf welchen auch Gebäude sich befinden, der Gebrauch von solchen Gebäuden oder von Teilen der selben zur Wohnung für den Pächter oder dessen Bedienstete und Arbeiter unter den Begriff der Benützung falle. Das ist aber vom Gesetze sicherlich nicht so gemeint, vielmehr versteht es unter Benützung nichts anderes als die Erzielung von Erträgen. Dies ergibt sich aus § 1105 ABGB, welcher von jenen Fällen spricht, in welchen die außerordentlichen Ereignisse des § 1104 weniger schwere Folgen nach sich ziehen, und hier einerseits den beschränkten Gebrauch des Mietstückes, andererseits das Fallen der Nutzungen des Pachtstückes behandelt. Nur dieses letztere ist also das Kennzeichen der verringerten Benützungsmöglichkeit.“

¹⁸⁷ JMBVB1 1918, 276 f.

¹⁸⁸ Klang in Klang/Gschnitzer (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V² (1954) 59.

¹⁸⁹ Ehrenzweig/Krainz, System des österreichischen Privatrechts, erster Band, das Recht der Schuldverhältnisse (1928) 456.

¹⁹⁰ „Zweck des Pachtvertrages dagegen ist die Erzielung von Erträgen, und da diese wiederholt, und zwar in den einzelnen Wirtschaftsperioden, welche aus dem Wortlaute des Vertrages, den Zinszahlungsterminen, der Natur des Pachtgegenstandes, dem Ortsgebrauche und anderen Umständen mit

der Pachtgegenstand während einer oder mehrerer Wirtschaftsperioden keinen¹⁹¹ oder einen äußerst geringen Ertrag¹⁹² abgeworfen habe“.¹⁹³ Nach Klang¹⁹⁴ gehört die „Möglichkeit der Gewinnung eines Erträgnisses zum Inhalt des Vertrages“.¹⁹⁵

Ein untergeordneter Gebrauch des Pachtgrundstücks wird vom OGH¹⁹⁶ nicht als Nutzung gesehen: *„dem Pächter verbliebene Möglichkeit der Benützung eines im Verhältnis zum Ganzen nicht nennenswerten Teiles des Pachtstückes kommt nicht in Betracht, so z.B. wenn ihm lediglich die Wohnung in dem zum Pachtgute gehörigen Gebäude verbliebe“*.¹⁹⁷

Nach hL¹⁹⁸ ist von einer Unbenützbarkeit erst auszugehen, sofern *„der Pächter aus ihm keinen oder doch nur einen im Verhältnis zum Umfange des Pachtgegenstandes und zur Höhe des Pachtschillings äußerst geringen Ertrag erzielen konnte.“*¹⁹⁹

Leichtigkeit erhoben werden können, erzielt werden, so darf es als erforderlich erachtet werden, daß die Benützung des Pachtgutes mindestens während einer Wirtschaftsperiode unmöglich war. Es wird also der Pächter von der Zahlung des Pachtzinses für so viele Wirtschaftsperioden befreit, als die völlige Unbenützbarkeit andauert.“; JMBVBl 1918, 276; inhaltlich folgend Raupach in Schöndorf (Hrsg), Das landwirtschaftliche Pachtrecht in den osteuropäischen Ländern (1929) 25.

¹⁹¹ Nach Ruth einschränkend auf „vollständige Einbuße der Erträgnisse während einer Wirtschaftsperiode“; Ruth, Miete und Pacht im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Tschechoslowakische Republik, Archiv für die civilistische Praxis 1925, 355.

¹⁹² Hervorhebung durch die Autoren.

¹⁹³ Dagegen ging Zeiller von einer Unbenützbarkeit *aller* Wirtschaftsperioden aus; Zeiller, Kommentar III/2, 427.

¹⁹⁴ Klang in Klang, V² 58.

¹⁹⁵ In seiner Entscheidung vom 28.02.2023 kommt der OGH jedoch (entgegen der hL und Judikatur) jedoch zu dem Ergebnis: *„Wurde ein Bestandgegenstand während eines pandemiebedingten Betretungsverbots für andere vom Bestandvertrag gedeckte Zwecke genutzt, so kann unabhängig von der Wirtschaftlichkeit dieser Nutzung nicht vollständige Unbrauchbarkeit iSv § 1104 ABGB angenommen werden.“*, OGH 28.02.2023, 1 Ob 181/22g Rz 67.

¹⁹⁶ JMBVBl 1918, 278.

¹⁹⁷ Nach Lovrek fällt eine ganz geringe, im Verhältnis zur üblichen Nutzung bloß unwesentliche Gebrauchsmöglichkeit nicht unter § 1105 ABGB, sondern unter § 1104 ABGB; Lovrek, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60, 3; Krit Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1096 ABGB Rz 119; § 1105 Rz 6.

¹⁹⁸ Klang in Klang/Gschnitzer V² 82; JMBVBl 1918, 275.

¹⁹⁹ Vgl Pkt 4.3.2.3

In seiner Entscheidung vom 28.02.2023 kommt der OGH²⁰⁰ zudem zu dem Ergebnis, dass – sofern ein Bestandgegenstand während eines pandemiebedingten Betretungsverbots für andere vom Bestandvertrag gedeckte Zwecke genutzt wurde - unabhängig von der Wirtschaftlichkeit dieser Nutzung nicht von einer vollständigen Unbrauchbarkeit iSv § 1104 ABGB ausgegangen werden kann. Zudem wird klargestellt: *„Wurde ein Unternehmen in einem Bestandsobjekt betrieben und für die Zeit eines die faktische Nutzung ausschließenden pandemiebedingten Betretungsverbots ein Umsatzersatz bezogen, so ist der Bestandgegenstand für diese Zeit nicht als vollständig unbrauchbar iSv § 1104 ABGB anzusehen.“*

Die Rechtsfolgen des Zinserlasses nach § 1104 ABGB sind anzuwenden, wenn die Benützung des Pachtguts mindestens während einer Wirtschaftsperiode unmöglich war. Die Befreiung richtet sich nach der Anzahl der Wirtschaftsperioden mit völliger Unbenutzbarkeit.²⁰¹

Nach den Ausführungen des OGH²⁰² richtet sich „die Wirtschaftsperiode nach dem Wortlaut des Vertrags, den Zinszahlungsterminen, der Natur des Pachtgegenstandes, dem Ortsgebrauche und anderen Umständen“. Weitere Präzisierungen erfolgen hier leider nicht.

Der Begriff „Wirtschaftsperiode“ setzt sich aus den Worten „Wirtschaft“ und „Periode“ zusammen. Im üblichen Sprachgebrauch wird unter dem Begriff Wirtschaft (bzw. Ökonomie) alles verstanden, was auf die Herstellung, den Verkauf, die Verteilung und den Verbrauch von Gütern ausgerichtet ist.²⁰³ Synonyme sind die Begriffe „Betrieb“, „Geschäftsbereich“, „Gewerbe“ und „Handel“. Unter dem Begriff „Periode“ wird ein Zeitabschnitt, der durch bestimmte Ereignisse und Entwicklungen geprägt ist, verstanden.²⁰⁴

²⁰⁰ OGH 28.02.2023, 1 Ob 181/22g Rz 67.

²⁰¹ Zeiller ging für eine Anwendung des § 1104 ABGB noch von einer Unbenutzbarkeit des Pachtgegenstands während der gesamten Pachtdauer aus; Zeiller, Kommentar III/2, 423.

²⁰² JMBVBl 1918, 275.

²⁰³ <https://www.politik-lexikon.at/wirtschaft/> (Zugriff am 17.12.2022).

²⁰⁴ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Periode> (Zugriff am 17.12.2022).

Das Verständnis von der Länge der Wirtschaftsperiode zu Anfang des 19. Jahrhunderts dürfte wohl auch in einem betriebs-/volkswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Kontext zu sehen sein. So wird in der Betriebswirtschaftslehre als die natürliche Länge²⁰⁵ einer Wirtschaftsperiode das Jahr gesehen.²⁰⁶ So wurde auch im Bereich der damaligen Steuern die Jahresperiode als Grundlage für den Bemessungszeitraum zugrunde gelegt,²⁰⁷ wobei vom Kalenderjahr abweichende Wirtschaftsjahre möglich waren.²⁰⁸

Im Rahmen einer Verpachtung einer Frühstückspension mit Zimmervermietung geht der OGH in seiner Entscheidung vom 9.6.1981²⁰⁹ von einer Länge der Wirtschaftsperiode von einem Jahr aus. Auch das LPG legt eine Wirtschaftsperiode von einem Jahr zugrunde.²¹⁰

In einem Gutachten führt der OGH²¹¹ jedoch einschränkend zur Wirtschaftsperiode aus: *„Da es in § 1104 heißt, ein Pachtzins sei nicht zu entrichten, wenn die außerordentlichen Zufälle die Benützung des Bestandgegenstandes ausschließen, so ist die Auslegung, daß dies dahin zu verstehen sei, der völlige Nachlaß des Pachtzinses sei auf die Zeit beschränkt, in welcher keine Benützung stattfinden konnte, dauere aber*

²⁰⁵ So geht der Codex Theresianus ja auch bei seiner nachträglichen *laesio enormis* von Jahren aus: *„Viertens, damit nicht für mehrere Jahre, oder für mehrere Gründe zusammen in einem Contract ein Pachtzins, obgleich solcher für jedes Jahr, oder für besonders ausgemessen wäre, bedungen worden; dann bei einem auf diese Art getroffenen Pachtcontract wird die Unergiebigkeit des einen Jahrs oder Grundes mit der Fruchtbarkeit des anderen vergolten, und gleichsam ausgeglichen, wessenthalben nur in jenem Nachlaß gebühret, wann weder die durch alle Pachtjahre eingehobene Nutzungen zusammen die Hälfte des Anschlags, noch deren Werth das halbe für alle Pachtgeld erreichen.“* Harrasowsky, Codex III, 222.

²⁰⁶ Lehmann, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: allgemeine Theorie der Betriebswirtschaft (1993) 87.

²⁰⁷ Die Grundlagen des modernen österreichischen Steuersystems wurden in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gelegt. Auf dem Gebiet der direkten Steuer wurde 1812 eine Ertragssteuer (Erwerbsteuer) – als eine Art der Gewerbesteuer – erhoben; Doralt/Ruppe/Mayr, Grundriss des österreichischen Steuerrechts XI (2013) 4.

²⁰⁸ Mayr, Unternehmensformen im Einkommen-, Vermögens- und Gewerbesteuerrecht (1934) 38.

²⁰⁹ Hier geht der OGH zwar von jährlichen Umsätzen und Regien aus, stellt ihnen jedoch aufgrund der vereinbarten monatlichen Pachtzinszahlungen dann durchschnittliche monatliche Werte gegenüber; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

²¹⁰ „[...] Geschäftsjahre ein die Schwankungen einzelner Jahre ausgleichender Durchschnittserfolg ermittelt und so, annähernd gleichbleibende Verhältnisse vorausgesetzt, auf den zu erwartenden künftigen Geschäftserfolg geschlossen werden kann“; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

²¹¹ JMBVB 1918, 276.

während dieser ganzen Zeit an und werde durch späteren Wegfall der Unmöglichkeit der Benützung nicht mehr berührt, keines willkürliche, vielmehr einer der Vernunft und der klaren Absicht des Gesetzes entsprechende, welches nirgends zum Ausdrucke brachte“.

In seinen „Pandemieentscheidungen“ stellt der OGH nunmehr sowohl beim Miet-²¹² als auch bei Pachtverträgen²¹³ auf einzelne Tage ab. ²¹⁴ Bei systematischer Betrachtungsweise ist dem richtigerweise zu folgen, da die in §§ 1104, 1105 und 1107 ABGB angesprochene Unbrauchbarkeit der (teilweisen) Unbrauchbarkeit im Sinn des § 1096 ABGB entspricht²¹⁵ und hier ja einheitlich (bei Minderung und Befreiung) von der Dauer der Unbrauchbarkeit ausgegangen wird. Zudem führt die wörtliche Auslegung der Norm des § 1096 ABGB zu diesem Ergebnis.

4.3.2.1 Pachtzinsminderung und -befreiung im Bereich der Hotellerie

Nach hL²¹⁶ und Rsp²¹⁷ Die Beurteilung, ob und in welchem Umfang die Gebrauchsfähigkeit des Objekts eingeschränkt sei, richte sich auch im Anwendungsbereich der §§ 1104 f ABGB nach den Grundsätzen des § 1096 Abs 1 ABGB. Die in den §§ 1104, 1105 und 1107 ABGB angesprochene Unbrauchbarkeit entspricht daher der (teilweisen) Unbrauchbarkeit im Sinn des § 1096 ABGB.

²¹² ZB OGH 23.10.2021, 3 Ob 78/21y Rz 22; OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b Rz 24.

²¹³ OGH 28.02.2023, 1 Ob 181/22g Rz 33; OGH 22.11.2022, 1 Ob 178/22s.

²¹⁴ *Vonkilch* geht zB von einer monatlichen Wirtschaftsperiode aus; *Vonkilch*, wobl 2022, 378.

²¹⁵ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1104 -1108 Rz 2; OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d.

²¹⁶ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1104–1108 Rz 2; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31 f und § 1105 Rz 1; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1105 Rz 1; HHB 78 BlgHH 21. Session 189.

²¹⁷ zB OGH 8 Ob 131/21d; „Während § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB bloß ‚gewöhnliche Zufälle‘ erfasst, werden die Rechtsfolgen der ‚außergewöhnlichen Zufälle‘ in § 1104 ABGB geregelt, aber im Ergebnis ident: Die Preisgefahr trägt der Bestandgeber. Der maßgebliche Unterschied zwischen § 1096 ABGB und den §§ 1104 f ABGB besteht darin, dass der Bestandgeber bei ‚außergewöhnlichen Zufällen‘ in der Regel nicht zur Wiederherstellung verpflichtet ist. Der Bestandgeber trägt damit zwar weiter die Preisgefahr, von der Leistungsgefahr wird er aber befreit.“; LGZ Wien 17.2.2021, 39 R 27/21s.

Für die weiteren Überlegungen erscheint es sinnvoll die Pachtzinsminderung (bei mehrjährigen Verträgen) nach § 1096 ABGB – als theoretisches Gedankenkonzept – zu behandeln, da ja bei einer Bestandzinsminderung von 100% auf eine Unbenützbarkeit sowohl nach § 1096 ABGB als auch nach § 1104 ABGB gegeben ist. Dies ist in der nachfolgenden Abbildung veranschaulicht.

Einjährige Pachtverträge werden hier nicht berücksichtigt, da diese im Bereich der Hotellerie jedenfalls die Ausnahme sein dürften.

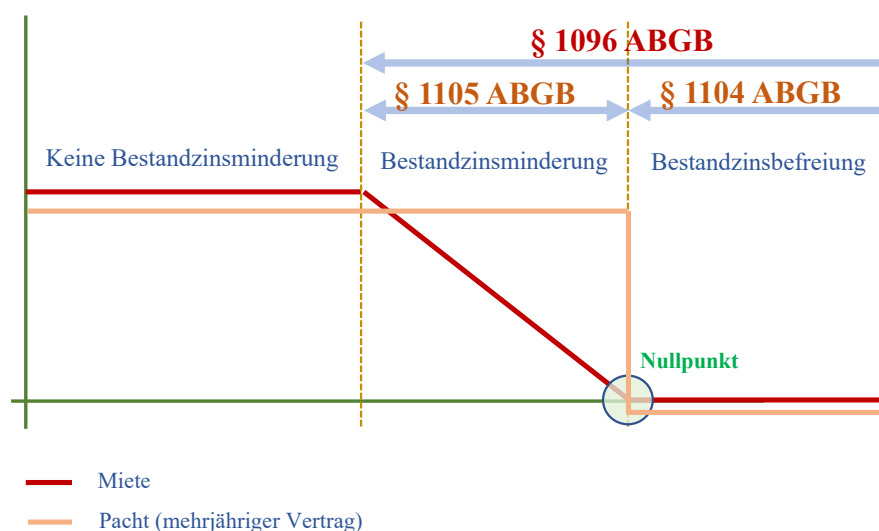


Abbildung 12: Schematischer Unterschied zwischen Miete und mehrjähriger Pacht ²¹⁸

Zudem ist es von wesentlicher Bedeutung, ob die Ertragsfähigkeit des Hotels als zum Vertragsinhalt zählende bindende Qualitätszusage ist.

Sollte eine Ertragsfähigkeit nicht als Vertragsbestandteil gewertet werden können, so ist im Sinne der Ausführungen von Pkt 4.3.2.3²¹⁹ von einer Unbenützbarkeit erst auszugehen, sofern „der Pächter aus ihm keinen oder doch nur einen im Verhältnis zum Umfange des Pachtgegenstandes und zur Höhe des Pachtschillings äußerst geringen Ertrag erzielen konnte.“²²⁰ Für das Referenzhotel würde dann eine Unbenützbarkeit

²¹⁸ Eigene Darstellung.

²¹⁹ Klang in Klang/Gschnitzer V² 82; JMBVBI 1918, 275.

²²⁰ Vgl Pkt 4.3.2.3

gegeben sein, wann die „Erträge gesamt“ gegen Null tendieren, wobei hier eine Einzelfallbetrachtung angebracht erscheint.

Anders zu sehen ist dies, sofern eine Ertragsfähigkeit versprochen wurde, dies wird wohl im Bereich der Hotellerie die Regel sein.²²¹ Nach der Rechtsprechung des OGH²²² ist die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens eine Eigenschaft der Sache, die Gegenstand einer Qualitätszusage sein kann, denn der Ertrag ist ein, wenn nicht überhaupt der den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens charakterisierende Faktor, an dem sich Pächter mit ihren Vorstellungen über die Pachtwürdigkeit des Unternehmens und die Angemessenheit des Pachtzinses zu orientieren pflegen. Angaben des Verpächters über die Ertragsfähigkeit und die Grundlagen ihrer Berechnung (Umsätze, Betriebsregionen zB) sind dann als zum Vertragsinhalt zählende bindende Qualitätszusagen und nicht bloß als rechtsfolgenlose allgemeine Anpreisungen des Unternehmens zu beurteilen, wenn der Verpächter ihren maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung des Käufers bzw Pächters erkennen musste und letzterer unter den besonderen Umständen des Falls nach der Verkehrsauffassung und den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs sie in diesem Sinne verstehen durfte.

Wenn sich herausstellt, dass die Ertragsfähigkeit des Unternehmens erheblich unter dem zugesicherten Betrag liegt, kann die dadurch bewirkte Störung der subjektiven Äquivalenz im Wege der besonderen Gewährleistungsbestimmung des § 1096 und § 1105 S 1 ABGB – nach der relativen Berechnungsmethode.²²³ – beseitigt werden.

Als Bezugsgröße „Ertrag“ kommt jedoch nicht der jeweilige jährliche „Ertrag gesamt“ infrage, sondern dürfte wohl aus einem modernen betriebswirtschaftlichen Verständnis des GOP (Gross Operating Profit) auszugehen sein, handelt es sich hier doch um

²²¹ Gemeinsame Umsatzerwartungen und Festlegung des Pachtzinssatzes auf Basis derselben etc.

²²² RIS-Justiz RS0016178.

²²³ OGH 17.08.2016, 8 Ob 78/16b; 3 Ob 109/21g; OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b; OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 111; *Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31 und § 1105 Rz 1.

eine Kennzahl, welche Auskunft über die Liquidität des Betriebs ohne Rücksicht auf die Form der Finanzierung und Besitzverhältnisse gibt.^{224, 225}

Im Ergebnis kommt der OGH in seiner Entscheidung vom 9.6.1981²²⁶ uE zu dem richtigen Ergebnis, „dass der vereinbarte Pachtzins in demselben Verhältnis herabzusetzen ist, in dem der verkehrsübliche angemessene Pachtzins für ein Unternehmen vergleichbarer Art mit einem dem zugesagten Ertrag entsprechenden durchschnittlichen monatlichen Nettoertrag zum verkehrsüblichen angemessenen Pachtzins für das verpachtete Unternehmen (unter Zugrundelegung der bei einer durchschnittlich mittleren Intensität unternehmerischen Einsatz tatsächlich erzielbaren Erträge) steht“.^{227, 228}

In Anlehnung an die in Pkt 4.3.3.1 getroffenen Definitionen erscheinen folgenden Operationalisierungen erforderlich:

Unter „Marktpacht“ versteht man die Netto-Kaltpacht, die sich aus dem freien Zusammenspiel aus Angebot und Nachfrage ergibt. Diese korrespondiert mit der Ertragsgröße GOP, welche als „versprochene“ Ertragsfähigkeit des Unternehmens zu werten ist. Unter „Neupacht“ versteht man den Pachtzins, welcher zwischen Verpächter und Pächter erstmals vereinbart wurde. Wird hingegen bei einem bestehenden Pachtverhältnis während der Vertragslaufzeit der Pachtzins angepasst, handelt es sich um eine „Bestandpacht“, da der Preis als objektiver Tauschwert angesehen werden kann. Damit ergibt sich die Höhe des Tauscherts (durchschnittlicher Marktpreis) aus dem funktionalen Zusammenhang zwischen Angebot und Nachfrage am Markt. Somit

²²⁴ Vgl hierzu Pkt 3.4 dieser Arbeit; *Reisenbahn/Hartmann/Gori*, Stahr II², 86.

²²⁵ „Der wirtschaftliche Wert ist im allgemeinen nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Zugrundelegung einer durchschnittlich mittleren Intensität unternehmerischen Einsatzes einigermaßen sicher bestimmbar, besonders dann, wenn das Unternehmen schon längere Zeit besteht, weil dann aus den Ergebnissen mehrerer Geschäftsjahre ein die Schwankungen einzelner Jahre ausgleichender Durchschnittserfolg ermittelt und so, annähernd gleichbleibende Verhältnisse vorausgesetzt, auf den zu erwartenden künftigen Geschäftserfolg geschlossen werden kann“; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

²²⁶ OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

²²⁷ Gleichlautend OGH 12.2.1985, 2 Ob 676/84.

²²⁸ Bei den oa Entscheidungen handelt es sich um umsatzabhängige Pachtverträge. Zu den unterschiedlichen wirtschaftlichen Vertragsgestaltungen vgl Pkt 3.2.2. Es ist jedoch noch anzumerken, dass diese Ausführungen natürlich auch für Pachtverträge mit fixem Pachtzins gelten müssen, denn werden wohl auch hier die Ertragserwartungen der Marktteilnehmer in der Marktpacht eingepreist.

kann im Weiteren der Marktwert dem Marktpreis gleichgesetzt werden (Marktpacht ist Marktwert).

Im Weiteren ist noch zu untersuchen, ob – im Sinne der bisherigen Ausführungen zum Marktpacht – ein Fortschreiten der Verhältniszahl GOP/Pacht zu einem sachgerechten Ergebnis führen kann.

Wie aus der nachfolgenden Abbildung ersichtlich ist, wird der verminderte GOP anhand dem Verhältnis GOP/Pacht aufgeteilt. Eine Unbenützbarkeit tritt demnach ein (Nullpunkt), wo der GOP Null ist.

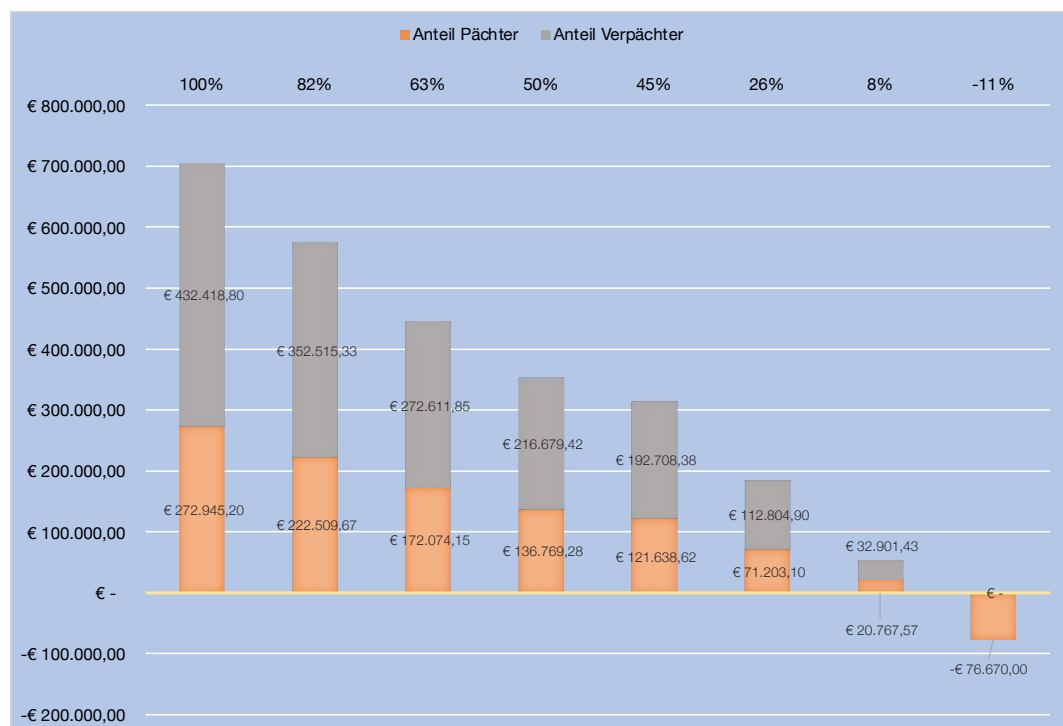


Abbildung 13: Lineare Zinsminderung Ergebnis nach § 1096 ABGB²²⁹

²²⁹ Eigene Darstellung.

Dieses Ergebnis erscheint jedoch nicht sachgerecht, geht es hier doch um eine dem Pächter zugesagte Ertragseigenschaft des Pachtobjekts und würde auch dem Sinn der Entscheidung des OGH vom 9.6.1981²³⁰ widersprechen.

So wäre uE das starre Verhältnis zwischen GOP und Pachtzins aufzuheben und im Ergebnis auf den Deckungsbeitrag IV/EBIT abzustellen, da dieser ja wahrlich den „wirtschaftlichen“ Wert des Pachtvertrags abbildet.

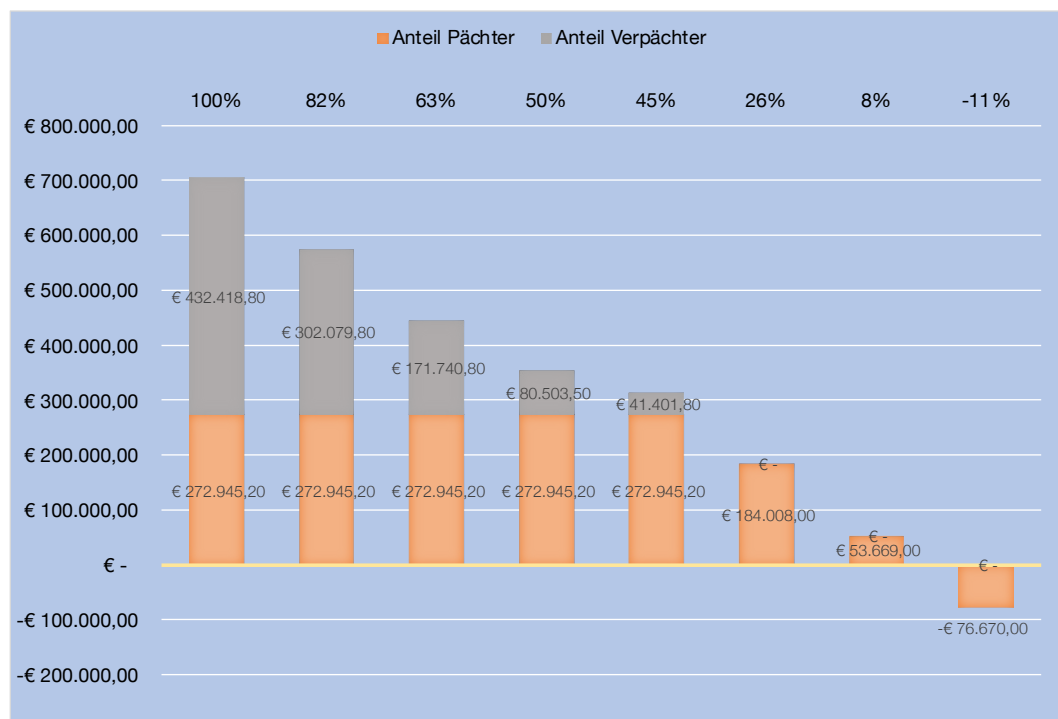


Abbildung 14: Alineare Zinsminderung Ergebnis nach § 1096 ABGB²³¹

²³⁰ OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

²³¹ Eigene Darstellung.

4.3.3 Miete (Pircher)

4.3.3.1 Gebrauchswert, Gebrauchsnutzen und Restnutzen

Lehre und Rechtsprechung verwenden im Bereich der Normen des § 1104 ABGB die Begrifflichkeiten „Gebrauchswert“²³², „Gebrauchsnutzen“²³³ und „Restnutzen“²³⁴ ohne diese aber näher zu erläutern.

Bei diesen Begriffen handelt es um zusammengesetzte Nomina. Hier sind insb die Wörter „Gebrauch“, „Wert“ und „Nutzen“ hervorzuheben, wobei das Wort „Gebrauch“ wohl nicht erklärungsbedürftig sein dürfte.

Nutzen ist ein zentraler Begriff der Wirtschaftslehre, der unterschiedliche Interpretationen zulässt. Dem Alltagsverständnis nahe stehen Interpretationen, die im Nutzen das Maß für die Fähigkeit eines Guts sehen, um die Bedürfnisse eines wirtschaftlichen Akteurs zu befriedigen.²³⁵

Wert im wirtschaftlichen Bereich oder wirtschaftlicher Wert ist die Nützlichkeit zur Befriedigung von wirtschaftlichen Bedürfnissen. Da die wirtschaftlichen Güter als Handlungsobjekte im Hinblick auf die Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse eingesetzt werden, ihr also dienen und ihr dadurch nützlich sind, stellen sie demgemäß wirtschaftliche Werte dar.²³⁶

Unter dem wirtschaftstheoretischen Begriff des Gebrauchswerts wird der Wert einer Sache verstanden, der ihr hinsichtlich ihrer Fähigkeit und Brauchbarkeit sowie ihrer

²³² Gebrauchswert von Wohnungen bzw Räumlichkeiten; OGH 28.6.2012, 2 Ob 105/12y; OGH 9.9.2008, 5 Ob 121/08t; RIS-Justiz RS0070671.

²³³ ZB Verwendung des Begriffs Gebrauchsnutzen in Verbindung des Zinsminderungsrechts nach § 1096 ABGB; OGH 25.11.2014, 10 Ob 65/14b; OGH 25.3.2010, 5 Ob 274/09v.

²³⁴ Der Begriff des Restnutzens war in der juristischen Terminologie bisher dem Bereich der Auflösung einer Lebensgemeinschaft sowie den Ansprüchen der ehemaligen Lebensabschnittspartner vorbehalten; *Lindinger*, *immolex* 2022, 336; RIS-Justiz RS0033921; RIS-Justiz RS0033910.

²³⁵ *Bardmann*, *Grundlagen der Allgemeinen Betriebswirtschaftslehre, Geschichte – Konzepte – Digitalisierung*³ (2019) 32.

²³⁶ *Stüdemann*, *Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*³ (1993) Rz 808.

objektiven Eignung für bestimmte Funktionen, Nutzungen und sonstige Zwecke beizumessen ist.²³⁷

Im Folgenden können daher die Begriffe „Gebrauchswert“ und „Gebrauchsnutzen“ synonym verwendet werden.²³⁸

Der Preis kann als absoluter objektiver Tauschwert²³⁹ eines Guts (= Gebrauch des Mietobjekts) angesehen werden.²⁴⁰ Damit ergibt sich die Höhe des Tauscherts (durchschnittlicher Marktpreis)²⁴¹ aus dem funktionalen Zusammenhang zwischen Angebot und Nachfrage am Markt.²⁴² Somit kann im Weiteren der Marktwert dem Marktpreis gleichgesetzt werden (Marktmiete ist Marktwert). Es darf aber angeführt werden, dass in bestimmten Fällen auch kein Marktpreis feststellbar sein kann.

Zudem erscheinen folgende Definitionen erforderlich:

Unter Marktmiete versteht man die Netto-Kaltmiete²⁴³ (Mietzins ohne Betriebs- und Heizkosten), die sich aus dem freien Zusammenspiel aus Angebot und Nachfrage ergibt.²⁴⁴

Unter Neumieten versteht man Mietpreise, die zwischen Vermieter und Mieter erstmals vereinbart wurden. Wird dagegen bei einem bestehenden Mietverhältnis

²³⁷ Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken (2022) Rz 7.

²³⁸ Auch Schumpeter verwendet die Begriffe „Wert“ und „Nutzen“ synonym; Schumpeter, Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie³ (1998) 99.

²³⁹ Friedrich von Wieser, Der natürliche Wert (1889) 48 ff; Bardmann, Grundlagen³ 40.

²⁴⁰ Völkner, Verkehrswertnahe Wertermittlung (2013) 1.

²⁴¹ ZB Legaldefinition des Verkehrswerts nach § 194 BauGB: „Der Verkehrswert (Marktwert) wird durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks oder des sonstigen Gegenstands der Wertermittlung ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre.“

²⁴² Simon, Taschenkommentar Wertermittlungsverfahren (2016) Rz 1.

²⁴³ Preise sind bezifferte spezielle Werte; Stüdemann, Betriebswirtschaftslehre³ Rz 828.

²⁴⁴ Bienert in Bienert/Funk (Hrsg), Immobilienbewertung Österreich (2018), 333 (342).

während der Vertragslaufzeit die Miete angepasst, handelt es sich um eine Bestandsmiete.²⁴⁵

4.3.3.2 *Stand der Lehre und Rechtsprechung*

Die Frage, ob eine – zumindest teilweise – Gebrauchbarkeit des Mietgegenstands vorliegt, ist zunächst nach dem Vertragszweck zu beurteilen.²⁴⁶

Nach stRsp muss die Bestandsache eine Verwendung zulassen, wie sie gewöhnlich nach dem Vertragszweck erforderlich ist und nach der Verkehrssitte erfolgt. Mangels anderer Vereinbarungen ist eine mittlere (durchschnittliche) Brauchbarkeit geschuldet.²⁴⁷ Für die Beurteilung ist daher in erster Linie die (ausdrückliche) Parteienvereinbarung bzw der dem Vertrag zugrunde gelegte Geschäftszweck maßgeblich.²⁴⁸ Dabei kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalls an.²⁴⁹

Ist der bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts im Sinn des § 1104 ABGB.²⁵⁰

Die Frage, ob bereits die abstrakte Nutzungsmöglichkeit zu einer zumindest teilweisen Brauchbarkeit des Bestandobjekts und damit zu einer bloß anteiligen Mietzinsminderung führt, wurde in der Lehre unterschiedlich diskutiert.

²⁴⁵ *Schwirley/Dickersbach*, Trainingshandbuch Mietwertermittlung (Zugriff am 5.3.2023); *Tillmann/Kleiber/Seitz*, Tabellenhandbuch zur Ermittlung des Verkehrswerts und des Beleihungswerts von Grundstücken² (2017) (Zugriff am 5.3.2023).

²⁴⁶ *Lindinger*, Restnutzen versus bedungener Gebrauch, *immolex* 2022, 149 [335]; OGH 25.10.2021, 3 Ob 184/21m.

²⁴⁷ RIS-Justiz RS0021054; RIS-Justiz RS0020926.

²⁴⁸ OGH 25.1.2022, 8 Ob 131/21d; RIS-Justiz RS0021044; OGH 14.10.2015, 3 Ob 185/15z; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 15; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 2.

²⁴⁹ RIS-Justiz RS0020926; OGH 24.3.2022, 3 Ob 209/21p.

²⁵⁰ *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, *ZIK* 2020/60, 3.2.

Nach *Prader/Pittl*²⁵¹ ist beim vereinbarten Vertragszweck anzusetzen. Sei ein Abhol- oder Lieferservice vertraglich gedeckt, werde es ab dem Zeitpunkt der Möglichkeit eines Abhol- oder Lieferservices zu einer nur mehr bloß verhältnismäßigen Zinsminderung kommen. Daran ändere in der Regel auch nichts, dass ein solches unter Umständen „Umsatteln“ betriebswirtschaftlich nicht zielführend sei. Sollte eine solche „Neben- oder Zusatztätigkeit“ hingegen vertraglich untersagt sein, bestehe keine Nutzungsmöglichkeit. Der Bestandnehmer sei jedenfalls nicht verpflichtet, einen gänzlich anderen Vertragszweck als vertraglich vereinbart auszuüben, nur um das Bestandsobjekt irgendwie nutzen zu können.

*Flume/Laimer*²⁵² vertreten die Meinung, dass die Entscheidung des Bestandnehmers, die Möglichkeit eines Thekenverkaufs oder die Errichtung eines Lieferungsservices nicht wahrzunehmen, einer freiwilligen Nichtnutzung gleichzusetzen sei. Sollte das Lokal während der Dauer des eingeschränkten Nutzungsverbots vollständig geschlossen bleiben, so hat der Bestandnehmer einen Teil des Mietzinses dennoch zu leisten.

*P. Bydlinski*²⁵³ geht von einer Obliegenheit zur Einrichtung eines Abhol- und Lieferservices aus. Dies auch, wenn der Geschäftsinhaber derartiges vor der Pandemie noch nicht angeboten hat. Einem Gastronomiebetrieb stünden sowohl die Mitarbeiter (mit geförderter Kurzarbeit) als auch die Küche zu Verfügung, daher ist von einem Restnutzen des Mietobjekts auszugehen. Grenze sei wohl auch hier die Unzumutbarkeit, wenn sie von vornherein für sich gesehen als wirtschaftliches Verlustgeschäft einzustufen wären.

*Lindenbauer*²⁵⁴ geht vom Umstand aus, ob der Mietgegenstand objektiv betrachtet zum bedungenen Gebrauch benutzbar ist. Die Möglichkeit eines Lieferservices eines Restaurants sei dann zu berücksichtigen, wenn sie bereits ursprünglich vom

²⁵¹ *Prader/Pittl*, Zu Reichweite und Wirkungen von COVID-19 im Bestandsrecht, RdW 2020, 402 [404].

²⁵² *Flume/Laimer*, Periculum est locatoris, ImmoZak 2020, 28 [29].

²⁵³ *P. Bydlinski*, Der Einfluss der COVID-19-Pandemie auf die Geschäftsraummiete, ÖJZ 2021, 1065 [1074].

²⁵⁴ *Lindenbauer*, Auswirkungen von COVID-19 auf die Geschäftsraummiete: Aktuelle Entwicklungen, wobl 2021, 90 [92].

bedungenen Gebrauch umfasst gewesen sei (oder letzterer dahingehend [stillschweigend] abgeändert werde). Der Mieter könne nicht zur Änderung des bedungenen Gebrauchs „gezwungen“ werden.

*Krenn/Schüßler-Datler*²⁵⁵ unterscheiden zwischen Bestandnehmern, die trotz Betretungsverboten weiterhin teilweise dem bedungenen Bestandzweck nachgehen können, denjenigen, die die Möglichkeit nutzen, ihr Geschäftsmodell zu adaptieren, und denjenigen, die dem bedungenen Gebrauch nicht nachkommen können und keine andere Wahl haben, als ihr Geschäft für den Kundenverkehr temporär einzustellen und für die eine alternative Nutzung nicht möglich ist.

*Lovrek*²⁵⁶ spricht sich dafür aus, dass eine gänzliche Betriebsschließung aus Anlass der COVID-19-Pandemie dann gänzliche Unbrauchbarkeit im bestandsrechtlichen Sinn zur Folge habe, wenn der bisher ausgeübte Geschäftsbetrieb der vertraglichen Vereinbarung entspricht. Sei der Bestandzweck nicht eindeutig vertraglich festgelegt, sei die bisher im Objekt zulässig ausgeübte Tätigkeit Beurteilungsmaßstab. So könne der Vermieter etwa die gänzliche Unbrauchbarkeit eines Gastronomielokals nicht mit dem Argument entkräften, der Mieter könne im Objekt vorbestellte Speisen zubereiten und über einen Lieferdienst zustellen bzw vom Kunden direkt abholen lassen. Habe der Mieter allerdings bereits bisher ein derartiges Service angeboten oder biete er es nun als Reaktion auf die Lokalschließung an, sei das Bestandsobjekt nicht gänzlich unbrauchbar.

*Singer/Kessler*²⁵⁷ meinen ebenfalls, dass die Anwendbarkeit des § 1104 ABGB erhalten bleibe, wenn der Bestandnehmer seit jeher keinen Lieferdienst bzw Abholservice angeboten hat. Die Treuepflicht eines Bestandnehmers habe dort seine Grenzen, wo er sich einer eigenen wirtschaftlichen Gefahr aussetze. Eine

²⁵⁵ *Krenn/Schüßler-Datler*, Miete zahlen oder nicht? Zur Bestandzinsfortzahlung während hoheitlicher COVID-19 Einschränkungen, RZ 2020, 123 [127].

²⁵⁶ *Lovrek*, ZIK 2020/60, 3.2.

²⁵⁷ *Singer/Kessler*, Erstes Urteil zu § 1104 ABGB, aber noch viele Fragen, immolex 2020, 386 [389].

Schadenminderungspflicht im Sinn des § 1304 ABGB scheide aus, weil dieser seine Grenzen im Schadenersatz habe.

Auch *Ehgartner/Weichbold*²⁵⁸ bejahen eine teilweise Brauchbarkeit des Bestandobjekts nur für Unternehmen, die Online- bzw Lieferdienste schon vor der COVID-19-Pandemie angeboten haben. Aus § 1105 ABGB sollte – bereits angesichts der notwendigen Vorlaufzeit und Kosten – keine Obliegenheit für Unternehmen abgeleitet werden, solche Services erstmals einzurichten.

Nach *Fadinger/Seeber*²⁵⁹ liege zwar bei Möglichkeit eines Restaurants, an der Theke zu bedienen bzw Essen auszuliefern, ein Restnutzen des Mietobjekts vor, weil die Küche weiterhin genutzt worden sei bzw zumindest hätte genutzt werden können. Es könne dem Gastgewerbetreibenden nicht zugemutet werden, sein Geschäftsmodell innerhalb kürzester Zeit umzustellen, um einen Mietzinsminderungsanspruch zu behalten.

Ebenso verneinen *Laimer/Schickmair*²⁶⁰ in aller Regel eine Pflicht zum Neuaufbau eines Liefer- und Abholservices.

*Karauschek*²⁶¹ führt aus, dass niemand einem Wirt, der sein Geschäft nie anders als zum Betrieb einer traditionellen Gastwirtschaft verwendet hat, vorwerfen könne, keine Speisenauslieferung durch Zustelldienste zu haben, oder empfehlen könne, den Unternehmensgegenstand zu ändern.

*Hochleitner*²⁶² betont, dass es keine Pflicht der Mieter gibt, ihren Geschäftsbetrieb komplett neu auszurichten bzw den Verwendungszweck umzustellen.

²⁵⁸ *Ehgartner/Weichbold*, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume? wbl 2020, 250 [Fn 59].

²⁵⁹ *Fadinger/Seeber*, COVID-19 alleine reicht nicht für eine Mietzinsminderung gem §§ 1104 f ABGB, wobl 2020, 189 [199].

²⁶⁰ *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-Handbuch^{1.06}, Kap 11, Rz 8.

²⁶¹ *Karauschek* in *Ebhart/Karauschek/Reithofer*, Mietzinsminderung und Mietzinsbefreiung in Zeiten der Pandemie, immo aktuell 2020, 81 [83].

²⁶² *Hochleitner*, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020, 533 [537 und 539].

Der OGH²⁶³ folgt in seiner Entscheidung schlussendlich der Rechtsauffassung von *Pesek*,²⁶⁴ dass die Unbrauchbarkeit bzw Unbenützbarkeit des Bestandobjekts – ausgehend vom vereinbarten Geschäftszweck – anhand eines objektiven Maßstabs zu beurteilen ist.²⁶⁵ Daraus folgt, dass die hier objektiv bestehende Möglichkeit der Beklagten, ein Liefer- oder Abholservice anzubieten, eine zumindest teilweise Brauchbarkeit des Geschäftslokals begründet.²⁶⁶

Eine Unzumutbarkeit liegt jedenfalls nach Auffassung des OGH dann vor, wenn aufgrund eines fehlenden Kundenkreises ein nachhaltiges Verlustgeschäft zu erwarten gewesen wäre, zB weil es keine Nachfrage von Kunden bzw keinen Gästekreis gegeben hat.²⁶⁷

Ist der bedungene Gebrauch eines Mietgegenstands ausschließlich durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie an sich grundsätzlich zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Mietgegenstands iSd § 1104 ABGB. Dies trifft auf ein Sonnenstudio zu, da ein Take-Away oder ein Abhol- oder Lieferservice nicht in Betracht kommt.²⁶⁸

²⁶³ OGH 25.1.2022, 8 Ob 131/21d.

²⁶⁴ *Pesek*, wobl 2021, 125 [137 ff].

²⁶⁵ Für die Beurteilung der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit ist auf das konkrete Bestandobjekt und nicht auf das übrige geschäftliche Umfeld abzustellen. Dass ein Einkaufszentrum für bestimmte Geschäftszwecke (wie Lebensmittelhandel oder Apotheken) während eines Lockdowns betreten werden durfte, ändert nichts an der Unbenutzbarkeit eines Geschäftslokals, das anderen vom Betretungsverbot erfassten Geschäftszwecken dient. Aus weiterhin bestehenden Parkmöglichkeiten, der Versorgung des Einkaufszentrums mit Energie oder seiner Bewachung und Reinigung ist kein geschäftlicher Nutzen für einen Mieter abzuleiten, dessen Objekt pandemiebedingt vom bedungenen Gebrauch aufgrund eines Betretungsverbots ausgeschlossen ist. Der Umstand allein, dass das Mietobjekt in einem Einkaufszentrum liegt, begründet für einen Mieter, dessen Geschäftslokal nicht betreten werden darf, daher grundsätzlich keinen gesonderten Gebrauchswert; OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b.

²⁶⁶ Sofern gesetzlich oder vertraglich verpflichtet oder nach den Bestimmungen des Bestandvertrags berechtigt; OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m; OGH 25.01.2022, 8 Ob 131/21d; OGH 30.06.2022, 9 Ob 31/22g;

²⁶⁷ OGH 25.1.2022, 8 Ob 131/21d; OGH 10.5.2022, 3 Ob 36/22y; OGH 30.6.2022, 3 Ob 31/22g.

²⁶⁸ *Lindinger*, immolex 2022, 149 [335].

In seinem Urteil vom 22.11.2022 kommt der OGH²⁶⁹ zum Schluss, dass das bloße Belassen des Inventars in den Räumen keine „Nutzung“ des Bestandobjekts zum vertraglich vereinbarten (Geschäfts-)Zweck ist. Das gilt auch für eingelagerte Lebensmittel, die zur Zubereitung und Verköstigung künftiger Gäste des Betriebs bestimmt waren, aber wegen der Betretungsverbote nicht in diesem Sinn verwendet werden konnten. Daraus ist kein dem Geschäftszweck zuzuordnender Gebrauchsnutzen abzuleiten.^{270, 271}

Wurde jedoch ein Unternehmen in einem Bestandobjekt betrieben und für die Zeit eines die faktische Nutzung ausschließenden pandemiebedingten Betretungsverbots ein Umsatzerersatz bezogen, so ist der Bestandgegenstand für diese Zeit nicht als vollständig unbrauchbar iSv § 1104 ABGB anzusehen.²⁷²

Soweit Umsatzeinbußen des Geschäftsraummieters eine unmittelbare Folge der COVID-19-Pandemie sind, die sämtliche Unternehmer wie (auch) den Mieter des Geschäftslokals, insb dessen gesamte Branche, allgemein und insgesamt treffen, sind diese dem Unternehmerrisiko zuzuordnen und daher für den zu zahlenden Mietzins nicht relevant.

Diese Auswirkungen der Pandemie sind keine Gebrauchsbeeinträchtigung des vom Vermieter vereinbarungsgemäß zur Verfügung zu stellenden Objekts und bilden daher keine Grundlage für eine allein darauf aufbauende Mietzinsminderung.²⁷³

Lassen sich hingegen Umsatzeinbußen des Geschäftsraummieters auf behördliche Maßnahmen, hier also auf jene Betretungsverbote zurückführen, die anlässlich der COVID-19-Pandemie verfügt wurden, so sind solche Umsatzeinbußen konkrete

²⁶⁹ OGH 22.11.2022, 1 Ob 178/22s.

²⁷⁰ Auch OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b; OGH 30.6.2022, 9 Ob 84/21z.

²⁷¹ Krit: *Stabentheiner*, Das Zivilrecht in der Krise – Gedanken zu seiner Funktionsfähigkeit im Krisenfall, JBl 2022, 417 (FN 32 und 33); *Vonkilch*, Von subjektiven Gebrauchswünschen und objektiven Nutzungsmöglichkeiten, vorzeitig aufgelösten Studentenheimverträgen und der COVID-19-Pandemie als allgemeinem Unternehmerrisiko, wobl 2022, 264 (insb 274 f) und *Kronthaler*, ImmoZak 2022, 56.

²⁷² OGH 28.02.2023, 1 Ob 181/22g Rz 67

²⁷³ OGH 28.02.2023, 4 Ob 221/22m.

Folgen einer objektiven Einschränkung des vertraglich bedungenen Gebrauchs des Bestandobjekts und im Rahmen einer Mietzinsminderung zu berücksichtigen.²⁷⁴

In seinen „Pandemieentscheidungen“ stellt der OGH beim Mietvertrag auf einzelne Tage ab.²⁷⁵

4.3.3.3 Bestandzinsminderung – allgemeine Überlegungen

Die Beurteilung, ob und in welchem Umfang die Gebrauchsfähigkeit des Objekts eingeschränkt sei, richte sich auch im Anwendungsbereich der §§ 1104 f ABGB nach den Grundsätzen des § 1096 Abs 1 ABGB.²⁷⁶ Die in den §§ 1104, 1105 und 1107 ABGB angesprochene Unbrauchbarkeit entspricht daher der (teilweisen) Unbrauchbarkeit im Sinn des § 1096 ABGB.^{277, 278} Der historische Gesetzgeber differenzierte hier wohl nur aufgrund der beabsichtigten Rechtsfolgen.²⁷⁹

Nach § 1105 ABGB gilt bei Vorliegen einer teilweisen Unbrauchbarkeit (bedingt durch außerordentlichen Zufall) beim Mietvertrag der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Zinsminderung.^{280, 281} Es kommt gem § 1105 ABGB zu einer Mietzinsminderung im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung nach der relativen

²⁷⁴ OGH 24.3.2022, 3 Ob 209/21p.

²⁷⁵ ZB OGH 23.10.2021, 3 Ob 78/21y Rz 22; OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b Rz 24.

²⁷⁶ OGH 8 Ob 131/21d; *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1105 Rz 1; HHB 78 BlgHH 21. Session 189.

²⁷⁷ *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1104–1108 Rz 2; *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31 f und § 1105 Rz 1.

²⁷⁸ „Während § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB bloß ‚gewöhnliche Zufälle‘ erfasst, werden die Rechtsfolgen der ‚außergewöhnlichen Zufälle‘ in § 1104 ABGB geregelt, aber im Ergebnis ident: Die Preisgefahr trägt der Bestandsgeber. Der maßgebliche Unterschied zwischen § 1096 ABGB und den §§ 1104 f ABGB besteht darin, dass der Bestandsgeber bei ‚außergewöhnlichen Zufällen‘ in der Regel nicht zur Wiederherstellung verpflichtet ist. Der Bestandsgeber trägt damit zwar weiter die Preisgefahr, von der Leistungsgefahr wird er aber befreit.“; LGZ Wien 17.2.2021, 39 R 27/21s.

²⁷⁹ Im Detail HHB 78 BlgHH 21. Session 191.

²⁸⁰ *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 5 unter Verweis auf die Grundsätze des § 1096 Satz 2 ABGB.

²⁸¹ Vgl in diesem Zusammenhang die Ausführungen in dieser Arbeit zu Pkt 3.4.2.

Berechnungsmethode.²⁸² Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 6.4.1976²⁸³ bereits ausgeführt, dass die Regelung von § 1096 ABGB keinen Anspruch auf entgangenen Ertrag oder Verdienst gibt, sondern nur eine Zinsminderung wegen voller oder teilweiser Unbrauchbarkeit der Bestandsache.

Ausgehend vom zentralen Zweck des Gewährleistungsrechts zur Herstellung der subjektiven Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung verhält sich der – gesuchte – geminderte Preis (p) zum vereinbarten wie der Wert der Leistung (w) mit Mangel zum Wert ohne Mangel (W).²⁸⁴

Die Herabsetzung der Leistung (nach der Gewährleistungsnorm des § 932 Abs 1 ABGB) ist nach jenem Verhältnis vorzunehmen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde (sog relative Berechnungsmethode). Bei einem Verkauf würde sich diese Berechnung folgendermaßen darstellen: Wird der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand mit 100, ihr Wert unter Berücksichtigung des Mangels dagegen mit 50 und der Kaufpreis mit 80 angenommen, so ergibt sich nach der Verhältnisrechnung $100:50 = 80:x$ die Minderung mit 40. Das bedeutet: Hat jemand etwas über den Wert erworben und stellt sich das Erworbenene als mangelhaft heraus, so kann er seine Leistung in einem den Minderwert übersteigenden Betrag kürzen, hat er hingegen unter dem Wert erworben, so kann er seine Leistung nicht um den ganzen Minderwert herabsetzen.²⁸⁵

²⁸² OGH 17.08.2016, 8 Ob 78/16b; 3 Ob 109/21g; OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b; OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m; *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 111; *Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31 und § 1105 Rz 1.

²⁸³ OGH 6.4.1976, 4 Ob 520/76.

²⁸⁴ p: P = w: W.

²⁸⁵ RIS-Justiz RS0018764.

Wie auch aus der Norm des § 441 Abs 3 BGB²⁸⁶ ersichtlich ist, werden hier „Preise“ und „Werte“ kombiniert. Nach Lehre²⁸⁷ und Rechtsprechung²⁸⁸ ist bei Anwendung der Norm des § 932 Abs 1 ABGB auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Zur Frage des Anwendungszeitpunkts der Sondergewährleistungsregeln der Normen des § 1096 und § 1105 ABGB sind – soweit ersichtlich – keine Ausführungen ersichtlich. Bei einer Mangelhaftigkeit, welche bereits bei Vertragsabschluss vorliegt, wird wohl auf diesen Zeitpunkt abzustellen sein. Differenzierter dürfte der Fall einer nachträglichen Minderung des Gebrauchsnutzen zu sehen sein. Hier wird wohl zur Beurteilung einer Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz auf den Eintritt der Minderung des Gebrauchswerts abzustellen sein.²⁸⁹

Im Sinne der Begriffsdefinitionen in Pkt 4.3.3.1 wäre sodann das Verhältnis Marktwert/Marktmiete zu Marktwert/Marktmiete des mangelhaften Mietobjekts mit der Bestandmiete ins Verhältnis zu setzen.

Lovrek²⁹⁰ bedient sich grundsätzlich der Formulierung des OGH aus seiner Entscheidung vom 24.5.2006:²⁹¹ „Die Minderung des Bestandzinses ist durch Vergleich des Bestandzinses, der ohne Mangel und jenem, der mit Mangel für das Bestandobjekt am Markt zu erzielen ist, zu ermitteln.“ Richtigerweise müsste dies im Sinne unserer Terminologie lauten: „Die Minderung des Bestandzinses ist durch Vergleich des Marktzinses/Marktwertes, der ohne Mangel und jenem, der mit Mangel für das Bestandobjekt, zu ermitteln.“

Im Ergebnis dürfte aber die Aussage des OGH wohl so zu verstehen sein.

²⁸⁶ „Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.“

²⁸⁷ Hödl in Schwimann/Neumayr, TaKom⁵ § 932 Rz 21; Ofner in Schwimann/Kodek⁵ § 932 Rz 64; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 36; Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 932 Rz 370.

²⁸⁸ ZB OGH 24.5.2006, 6 Ob 73/06p; OGH 13.3.2013, 3 Ob 234/12a.

²⁸⁹ Wenn bei einem langfristigen Mietvertrag bspw nach 15 Jahren eine Minderung des Gebrauchsnutzen eintritt, würde uE eine Abstellung auf den Zeitpunkt der Vertragsunterfertigung für die Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen.

²⁹⁰ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 111.

²⁹¹ OGH 24.5.2006, 6 Ob 73/06p; OGH 13.3.2013, 3 Ob 234/12a.

Pesek²⁹² und Pletzer²⁹³ verkürzen uE etwas missverständlich überhaupt die Ausführung des OGH: „Die Minderung ist durch ein Vergleich des Bestandzinses, der ohne Mangel und jenem, der mit Mangel für das Bestandsobjekt am Markt zu erzielen ist, zu ermitteln.“²⁹⁴

Dagegen stellt Riss²⁹⁵ auf den „Vergleich des vereinbarten Bestandzinses mit jenem Gebrauchsüberlassungsentgelt, das für das Bestandsobjekt mit dem Mangel am Markt zu erzielen ist“, ab. Dies würde uE zu einem sachlich unrichtigen Ergebnis führen, es sei denn, die Bestandsmiete würde der Marktmiete (dem Marktwert) entsprechen.

Bei Schwierigkeiten mit der Ermittlung des Umfangs der Bestandzinsminderung kann vom Gericht § 273 ZPO herangezogen werden; es kann dann eine Ermessensentscheidung getroffen werden.²⁹⁶

Gewährt der Bestandgeber dem Bestandnehmer den bedungenen Gebrauch nicht oder nicht im vollen Ausmaß, ist der Bestandnehmer nach § 1096 ABGB für die Dauer und im Ausmaß der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit. Die Zinsminderung tritt ab Beginn der Gebrauchsbeeinträchtigung ein und endet mit deren Wegfall.²⁹⁷ Die Brauchbarkeit richtet sich nach dem Vertragszweck und muss eine

²⁹² Pesek in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 121; OGH 24.5.2006, 6 Ob 73/06p; OGH 13.3.2013, 3 Ob 234/12a.

²⁹³ Pletzer in *GeKo Wohnrecht I* § 1096 ABGB Rz 137.

²⁹⁴ In seinem Beispiel differenziert Pesek sehr wohl zwischen Marktmiete/Marktwert und Bestandsmiete: „Das für das ‚mangelfreie‘ Mietobjekt am Markt erzielbare Entgelt beträgt € 1.000. Vereinbart wurde ein Zins in der Höhe von € 900. Tatsächlich ist für das Mietobjekt mit dem Mangel am Markt nur ein Entgelt in der Höhe von € 800 zu erzielen. Nach der relativen Berechnungsmethode liegt der tatsächliche Wert – reduzierter branchenüblicher Mietzins (€ 800) des Mietobjekts 20% unter dem geschuldeten Wert (€ 1.000), sodass auch der Zins um 20%, also um € 180 (= 20 % von € 900) zu reduzieren ist“; Pesek in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 221.

²⁹⁵ Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31.

²⁹⁶ Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz. 31; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 111; Pletzer in *GeKo Wohnrecht I* § 1096 ABGB Rz 138; Pesek in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 128; Pesek in *Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 1096 Rz 8; Würth/Zingher/Kovanyi I²³ § 1096 ABGB Rz 15; Lindinger in FS Würth, 95f; Pesek in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1104 ABGB Rz 11; Rechberger/Klicka in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 273 Rz 3 f.

²⁹⁷ OGH verstSen 14.10.2002, 1 Ob 113/02b; Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 25; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 104; Lindinger, Von der Gebrauchsbeeinträchtigung zur Minderung

Verwendung zulassen, wie sie gewöhnlich nach dem Vertragszweck erforderlich ist und nach der Verkehrssitte erfolgt, wobei mangels anderer Vereinbarung von einer mittleren Brauchbarkeit auszugehen ist.²⁹⁸

Nach stRsp²⁹⁹ und Lehre³⁰⁰ erstreckt sich die Zinsminderung auch bei teilweiser Brauchbarkeit der Bestandsache auf alle Zinsbestandteile, also auch auf die Zinsvorauszahlungen und Finanzierungsbeiträge nach WGG, auf öffentliche Abgaben und auf die Betriebskosten.

Funktionell entspricht die Bestandzinsminderung aus dem allgemeinen Gewährleistungsrecht der für Zielschuldverhältnisse bekannten Preisminderung des § 932 Abs 1 ABGB. Zentrale Frage ist jedoch, an welchen wirtschaftlichen Parametern (Brauchbarkeitsmaßstab) sich diese Wertminderung des Gebrauchsnutzens orientiert. Es dürfte jedoch in der Natur der Sache liegen, dass für Büroräumlichkeiten und bspw Hotels nicht dieselben Maßstäbe einer Zinsminderung zugrunde zu legen sind. So erscheint der Bewertungsansatz eines „Geschäftswerts“ bei Büroräumlichkeiten (in Analogie der Bewertungsterminologie des Wohnwerts nach der Hamburger Tabelle bzw der Bewertung nach Kamphausen) von *Lindinger*³⁰¹ durchaus interessant, wird jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht weiterverfolgt, da derselbe als Brauchbarkeitsmaßstab für Hotelmietverträge ungeeignet erscheint.

des Wohnwerts – Mietzinsminderung 2022, immolex 2023, 46; OGH 23.10.2021, 3 Ob 78/21y Rz 22; OGH 13.12.2021, 5 Ob 192/21b Rz 24.

²⁹⁸ *Pletzer*, Erhaltungspflicht des Vermieters bei erheblicher Gesundheitsgefährdung, Zak 2011, 86.

²⁹⁹ OGH 7 Ob 90/10a, wobl 2010/136; OGH 1 Ob 306/02k, wobl 2003/199.

³⁰⁰ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 109; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 31; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I* § 1096 ABGB Rz 136; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 196.

³⁰¹ *Lindinger*, Restnutzen versus bedungener Gebrauch, immolex 2022, 334.

4.3.3.4 Schlussfolgerungen für Hotelmietverträge

Es ist mit *Pesek*³⁰² einherzugehen, dass als Vorfrage zu klären ist, ob der Vermieter dem Mieter eine bestimmte Ertragsfähigkeit als Eigenschaft der Bestandsache zugesagt hat. Denn das Eingreifen der Bestandzinsminderung setzt ja das Vorliegen einer Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs voraus. Entscheidend wäre also, dass nach dem konkreten Vertrag eine bestimmte Ertragsfähigkeit des Bestandobjekts entweder ausdrücklich oder zumindest schlüssig Vertragsinhalt wurde und die tatsächliche Ertragsfähigkeit hinter dieser Zusage zurückbleibt.³⁰³ Im Bereich der Hotellerie ist davon auszugehen, dass der Vertragszweck eher eng gefasst sein dürfte; eben die Führung – wie im Falle unseres Referenzhotels – eines Hotels mit definierter Kategorie.

*Kronthaler*³⁰⁴ vertritt die Meinung, dass die Möglichkeit zur Inanspruchnahme des Mietgegenstands für den Kundenverkehr in gewissen Fällen zum bedungenen Gebrauch gehört. Er begründet dies damit, dass die Mieter von Geschäftsräumen, die dem Kundenverkehr dienen, in aller Regel einen wesentlich höheren Mietzins als zB Mieter von Büros zahlen. Auch *Vonkilch*³⁰⁵ sieht bei Geschäftsraummiets den zentralen Vertragszweck in der unternehmerischen Nutzung des Bestandobjekts zur Erzielung von Umsätzen.

Auch eine betriebswirtschaftliche Sicht dürfte uE zu keinem anderen Ergebnis führen. Bei dem Bestandobjekt handelt es sich ja um Betriebsmittel des Unternehmens, mit dem die finanziellen Unternehmensziele (in der Regel ein Gewinnstreben) verfolgt werden.³⁰⁶ Ein vertraglicher Ausschluss zur Verwendung des Mietobjekts als Betriebsmittel braucht sinnvollerweise nicht weiter diskutiert werden. Es wird wohl das

³⁰² *Pesek*, wobl 2021, 132.

³⁰³ *Riss*, Konkurrenzschutz des Bestandnehmers als Frage der Gefahrtragung, wobl 2019, 321 (325, 327f); auch *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 101; *Pittl*, Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit einer Geschäftsräumlichkeit wegen mangelnder Kundenfrequenz, immolex 2005, 198; *Vonkilch*, Anmerkung zu 5 Ob 257/05p, wobl 2007/127.

³⁰⁴ *Kronthaler*, ImmoZak 2022, 56.

³⁰⁵ *Vonkilch*, wobl 2021, 321.

³⁰⁶ ZB zu den Unternehmenszielen *Mentzel*, BWL Grundwissen⁷ (2020) 8.

Gegenteil der Fall sein, nämlich, dass der bedungene Gebrauch eben die Verwendung als Betriebsmittel zulässt. Störungen der Nutzung führen demnach zu einem verminderten Gebrauchsnutzen.

Dem historischen Gesetzgeber war aber durchaus bewusst, dass ein Bestandvertrag sowohl Elemente der Miete als auch der Pacht enthalten kann. Nach der Rechtsfolgenanordnung der Norm entscheidet für die Zuordnung nach § 1091 Satz 2 die „Hauptsache“. Demnach gibt nach der Absorptionstheorie das überwiegende Element, das mit der größeren wirtschaftlichen Bedeutung, den Ausschlag dafür, ob für das gesamte Vertragsverhältnis die Regeln der Miete oder jene der Pacht gelten.³⁰⁷ So können durchaus auch typische Elemente – wie die Zusage einer Ertragsfähigkeit – in einem Mietvertrag vereinbart werden, solange nach der für den Bestandvertrag geltenden Absorptionstheorie (§ 1091 ABGB) die Elemente des Mietvertrags überwiegen.³⁰⁸

Dass der Kundenverlust (und damit ein erheblicher Rückgang des Geschäftsertrags (bedingt durch einen Umsatzrückgang) eine Beeinträchtigung des Gebrauchsnutzens eines Bestandobjekts darstellen kann, hat der OGH³⁰⁹ bereits in mehreren

³⁰⁷ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1091 ABGB Rz 2; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1091 ABGB Rz 4; *Iro/Rassi* in *KBB*, ABGB⁵ § 1091 Rz 2; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1091 Rz 6; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1092 Rz 2; *Klang* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB, V² 29.

³⁰⁸ Nach *Riss* kommt eine Zusage einer Ertragsfähigkeit bei reiner (Geschäftsraum-)Miete kaum in Betracht, weil dem Bestandnehmer in diesem Fall nur der Gebrauch, nicht aber die Fruchtziehung gestattet ist. Er gibt jedoch zu bedenken, dass selbst bei Qualifikation als Mietverhältnis Elemente eines Pachtvertrags vorhanden sein können; nach der für den Bestandvertrag geltenden Absorptionstheorie (§ 1091 ABGB) kommt es nur darauf an, welche Elemente (Gebrauchsüberlassung oder Fruchtziehung) überwiegen. Sobald also dem Mieter auch das Recht zur Fruchtziehung eingeräumt ist – mag sie auch ganz geringfügig sein –, steht der Annahme nichts entgegen, dass der Vermieter auch eine bestimmte Ertragsfähigkeit zugesagt hat; *Riss*, *Konkurrenzschutz des Bestandnehmers als Frage der Gefahrtragung*, *Riss*, wobl 2022, 321 (327).

³⁰⁹ OGH verstSen 14.10.2002, 1 Ob113/02b; OGH 9.6.2004, 9 Ob 54/04p.

Entscheidungen ausgesprochen³¹⁰ und findet teilweise in der Lehre Zustimmung.³¹¹ Dies gilt wohl auch für den Verlust von Hotelgästen.

UE ist der Schluss zulässig, dass eine verringerte „Kundenfrequenz“ – bedingt durch behördliche Beschränkungen – mit einer Einschränkung des Gebrauchsnutzens bei Mietobjekten einhergehen. Diese Größe kann durchaus auch als Beurteilungsmaßstab herangezogen werden. Natürlich handelt es sich bei der „Kundenfrequenz“ und „Umsatzreduktion“ um unterschiedliche Wertepaare (also um eine Inkompatibilität), daher muss eine reduzierte Kundenfrequenz in einen gesunkenen Umsatz „übersetzt“ werden.

Befürworter der „Umsatzmethode“³¹² („Ausmaß Umsatzrückgang = Ausmaß Mietzinsminderung“) sehen den tatsächlichen Umsatzrückgang als Maßstab für einen eingeschränkten Gebrauchsnutzen (bedingt durch behördliche Beschränkungen in einer Pandemie). Dieser Ansatz unterstellt jedoch unrichtigerweise, dass der Marktwert/Marktzins eine lineare Funktion des jeweiligen Unternehmensumsatzes ist. Demnach würde ein 50-prozentiger Kundenrückgang – bedingt durch behördliche Auflagen – zu einer Halbierung der Miete führen. UE ist dieser Ansatz abzulehnen, weil ungünstige Umsatz-Kostenrelationen³¹³ vernachlässigt werden. Zudem würde dieser Ansatz der Intention der relativen Berechnungsmethode nur entsprechen, falls die Bestandsmiete dem Marktzins (Marktwert) entspricht.

Für unser Referenzhotel würde dies bedeuten (wie aus der nachfolgenden Berechnung ersichtlich ist), dass bei einem pandemiebedingten Umsatzrückgang³¹⁴ von 10 % der

³¹⁰ LGZ Wien 28.4.2021, 38 R 57/21w.

³¹¹ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 109; *Iro* in *KBB*⁴ § 1096 Rz 1; *Oppolzer*, Anmerkung zu 5 Ob 257/05p, *immolex* 2006, 152; *Pittl*, *immolex* 2005, 198; *Prader/Gottardis*, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, *immolex* 2020, 106.

³¹² Gleichung „Ausmaß Umsatzrückgang = Ausmaß Mietzinsminderung“, *Prader/Gottardis*, *immolex* 2020, 106; *Tschütscher*, Auswirkungen der COVID-19-Beschränkungen auf Bestandsrechte, *ZAK* 2020 184; *Vonkilch*, wobl 2021, 321.

³¹³ Fixkosten können eben nicht in demselben Verhältnis reduziert werden.

³¹⁴ Welcher nicht dem Unternehmerrisiko zuzuordnen ist!

Ertrag (GOP) um ca 37 % sinkt, die Miete jedoch nur um 10 % reduziert wird. Der Deckungsbeitrag IV würde 82 % gemindert.

Dieses Ergebnis ist abzulehnen. Den Ansatz „Ausmaß Umsatzrückgang = Ausmaß Mietzinsminderung“ hat der OGH in seiner Entscheidung vom 6.4.1976 bereits verworfen.³¹⁵

*Pesek*³¹⁶ kommt uE richtig zum Schluss, dass der aus der teilweisen Untauglichkeit eines gewerblich genutzten Bestandobjekts resultierende Umsatzrückgang lediglich einen mittelbaren Anhaltspunkt für das Ausmaß der Bestandzinsreduktion bildet; ein Lösungsvorschlag wird jedoch auch hier vermisst.

Zu diesem Ergebnis gelangt der OGH in seiner Entscheidung vom 15.5.1997³¹⁷ im Falle eines umsatzabhängigen Mietzinses bei einem Geschäftslokal im Wesentlichen auch. Er kommt uE richtigerweise zu dem Ergebnis, dass eine Reduktion des Entgelts im Ausmaß der Reduktion des Umsatzes (bedingt durch die Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit) zu einem unsachlichen Ergebnis führt, da trotz geringerem Ertrag trotzdem die Aufwendungen zu erbringen wären. Eine Anwendung des Zinsprozentsatzes auf den reduzierten Umsatz würde den „Preis“ nicht ändern, daher ist der geminderte Zinsprozentsatz zu vermindern.³¹⁸ Wie weit dieser Zinsprozentsatz zu reduzieren wäre, lässt der OGH offen.

Zur Frage des Werts des Mietvertrags mit pandemiebedingtem Umsatzrückgang dürfen die Ausführungen des OGH in seiner Entscheidung vom 9.6.1981³¹⁹ von grundsätzlicher Bedeutung sein.

Demnach ist bei einem Mietvertrag mit umsatzabhängiger Miete die subjektive Äquivalenz der im Austauschverhältnis stehenden vertraglichen Leistungen gestört, wenn

³¹⁵ OGH 6.4.1976, 4 Ob 520/76.

³¹⁶ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1096 ABGB Rz 121.

³¹⁷ OGH 15.5.1997, 1 Ob 108/97g.

³¹⁸ Zum vergleichbaren Fall einer Pachtzinsreduktion; OGH 1.1.1981, 5 Ob 768/80.

³¹⁹ OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

(durch die Beibehaltung der vereinbarten prozentuellen Relation zwischen Mietzins und Jahresumsatz) der Mietzins infolge geringerer Umsätze aufgrund einer Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit des Bestandobjekts nur in absoluten Zahlen sinkt.³²⁰

Der Senat erkennt auch richtigerweise, dass aufgrund einer nachträglichen Beeinträchtigung der Brauchbarkeit des Bestandobjekts die vereinbarte prozentuelle Relation zwischen Umsatz und Mietzins der Brauchbarkeit des Geschäftslokals zu dem Ergebnis führt, dass bei sinkenden Umsätzen mit gleichen Aufwendungen geringere Erträge erwirtschaftet werden können.³²¹

Diskussionswürdig erscheinen aber die Schlussfolgerungen des OGH, dass unter Anwendung der relativen Berechnungsmethode der jährliche Zinsprozentsatz im Verhältnis des durchschnittlichen Jahresumsatzes (der letzten drei Jahre) zum reduzierten Umsatz (infolge der Beeinträchtigung der Brauchbarkeit) zu reduzieren ist. Dies beinhaltet uE folgende Prämissen:

- der durchschnittliche Jahresumsatz des Unternehmens der letzten drei Jahre als objektiver Anknüpfungspunkt für den Marktpreis/Marktwert (Umsatzzinsprozentsatz) für das mangelfreie Mietobjekt

und

- der reduzierte Jahresumsatz des Unternehmens als objektiver Anknüpfungspunkt für den Marktpreis/Marktwert (Umsatzzinsprozentsatz) für das mangelhafte Mietobjekt.

³²⁰ „So gesehen unterbliebe demnach jede Mietzinsminderung trotz der objektivierten Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit des Bestandobjekts.“

³²¹ „Bei Vereinbarung eines umsatzbezogenen Mietzinses ist daher für die Zinsminderung aufgrund einer Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit des Bestandobjekts nach dessen Übergabe nicht die Zinsreduktion in absoluten Zahlen infolge sinkender Umsätze maßgeblich, sondern es kann die vereinbarte subjektive Äquivalenz zwischen einem umsatzbezogenen Mietzinsprozentsatz als Entgelt für den bedingenen Gebrauch eines Bestandobjekts nur durch eine Reduktion dieses Prozentsatzes entsprechend dem Ausmaß und der Dauer der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts gewahrt werden.“; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

Dies wird wohl nicht mit den Intentionen der relativen Berechnungsmethode in Einklang zu bringen sein, es sei denn, dass der ursprünglich vereinbarte Umsatzzinsprozentsatz dem Marktpreis/Marktwert entsprechen würde.

UE wäre richtigerweise für eine Anpassung des vereinbarten Entgelts das Verhältnis des Marktpreises/Marktwerts des Umsatzzinsprozentsatzes des mangelfreien und mangelhaften Bestandobjekts zu berücksichtigen.

Unter Berücksichtigung der Berechnungssystematik des OGH würde sich für unser Referenzhotel aus einer 10-prozentigen Umsatzreduktion eine Minderung des Deckungsbeitrags um 70 % ergeben (wie aus der nachfolgenden Abbildung ersichtlich ist). Diese Vorgangsweise (ungeachtet der oa Kritik) berücksichtigt uE eine Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz zu wenig. Er erscheint – aus der vorgegebenen Hotelperspektive – eine Orientierung an der des GOP (bedingt durch die Beeinträchtigung der Brauchbarkeit) sachgerechter.³²²

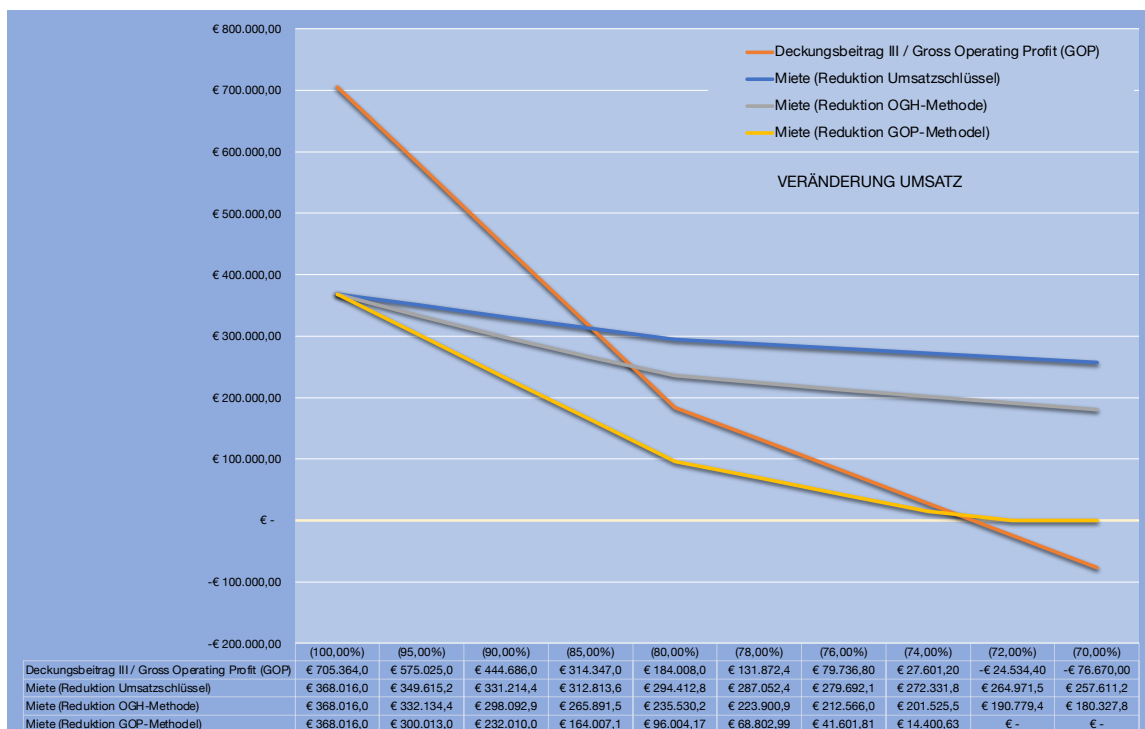


Abbildung 15: Zinsminderung mit unterschiedlichen Berechnungsmethoden³²³

³²² Hier ergibt sich eine Reduktion des Deckungsbeitrags IV von 46 %.

³²³ Eigene Darstellung.

Jedenfalls sind Umsatzeinbußen des Geschäftsraummieters, die eine unmittelbare Folge der COVID-19-Pandemie sind, die sämtliche Unternehmer wie (auch) den Mieter des Geschäftslokals, insb dessen gesamte Branche, allgemein und insgesamt treffen, dem Unternehmerrisiko zuzuordnen und daher für eine Ermittlung einer Mietzinsreduktion außer Acht zu lassen.³²⁴ Der Mieter muss diese Risiken tragen, die seiner Sphäre und der Verwirklichung des – innerhalb der neutralen Sphäre angesiedelten – allgemeinen Lebensrisikos zuzurechnen sind.³²⁵ Wahrlich wird dies für einen Sachverständigen wohl die größte Herausforderung sein, zwischen Umsatzeinbußen – welche dem Unternehmerrisiko - und Umsatzeinbußen – welche behördlichen Maßnahmen zuzuordnen sind³²⁶ - zu differenzieren.

Zudem muss in diesem Zusammenhang angeführt werden, dass sich diese Ergebnisse noch relativieren würden, sofern auf die Marktwerte/Marktmiete bei dem Mietobjekt mit eingeschränktem Gebrauchsnutzen abgestellt würde. Bei den Berechnungen wurde ja unterstellt, dass es sich bei den Personalkosten und dem übrigen Betriebsaufwand gesamt um Fixkosten handelt. Wahrlich verändert sich bei einem „Marktansatz“ natürlich die Kosten/Ertrag-Relation.

Somit wäre schlussendlich noch die Frage zu klären, ob die bisherigen Ergebnisse auch auf eine Fixmiete mit monatlichen Zahlungen umzulegen sind. Dies ist uE jedenfalls zu bejahen, da bei Mietobjekten (mit Kundenverkehr) der wirtschaftliche Wert³²⁷ (Miete) mit der Kundenfrequenz – ohne Beeinträchtigung der Brauchbarkeit – korrespondiert.³²⁸ Es handelt sich bei dem Bestandsobjekt ja um Betriebsmittel des Unternehmens, mit dem die finanziellen Unternehmensziele (in der Regel ein Gewinnstreben) verfolgt werden.³²⁹ Grundsätzlich bestimmt sich der Marktpreis nach Angebot und Nachfrage.³³⁰

³²⁴ OGH 24.3.2022, 3 Ob 209/21p.

³²⁵ Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 5, 133; Lindinger in FS Würth, 95f.

³²⁶ Und somit zur Mietzinsminderung nach § 1105 ABGB berechtigten.

³²⁷ Stüdemann, Betriebswirtschaftslehre³ Rz 808.

³²⁸ AA Flume, Verteilungsfragen im Mietrecht, JRP 2021, 22 (25).

³²⁹ ZB zu den Unternehmenszielen Mentzel, BWL Grundwissen⁷ (2020) 8.

³³⁰ Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Gewerberaum (2005) 485.

Gerade im Bereich der Hotellerie sind saisonale Umsatzenschwankungen bis zu 80 % – wie in Abbildung 6 ersichtlich – typisch. Ein monatlicher fixer Zinsbetrag kann daher nicht mit den monatlichen Umsätzen korrelieren und entspricht nicht dem Wert des Mietobjekts/Mietvertrags. Eine Anwendung der relativen Berechnungsmethode auf der Ebene der Zahlungszeiträume würde zu unsachlichen Ergebnissen führen, es sei denn, es werden durchschnittliche Erträge (GOP) zugrunde gelegt.³³¹

4.4 Beendigung des Bestandverhältnisses

4.4.1 Allgemein (Schwaiger)

Für die weiteren Ausführungen erscheint es erforderlich, zwischen Pacht- und Mietverträgen (Vollgeltungs- und Teilgeltungsbereich) zu differenzieren. Nach § 1 MRG fallen Pachtverträge nicht in den Geltungsbereich des MRG. Bei der Geschäftsraum- miete – unabhängig, ob diese Mietverträge in den Vollgeltungs- oder Teilgeltungsbereich fallen – gelten gem § 1 Abs 4 MRG insb auch die §§ 29 bis 36 im Teilgeltungsbereich des MRG Geltung haben. Zudem ist aber im Vollgeltungsbereich des MRG § 7 von Bedeutung.

Auch erscheinen Präzisierungen der folgenden Begrifflichkeiten erforderlich:

- Befristete Bestandverhältnisse enden im Regelfall gem § 1113 ABGB allein durch Zeitablauf.³³²
- Unbefristete Bestandverhältnisse werden durch die (ordentliche) Kündigung insb unter Einhaltung der Kündigungsfristen und -zeitpunkte beendet.³³³
- Nach § 1117 und 1118 ABGB ist eine Auflösung aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung möglich. Dies wird in der Lehre³³⁴ teilweise (wohl in

³³¹ Monatliche Schwankungen der Kundenfrequenz werden in der Marktmiete nicht abgebildet; vgl hierzu auch die Ausführungen zu Pkt 4.3.2.1.

³³² Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1116 ABGB Rz 1.

³³³ Binder/Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1116 ABGB Rz 1.

³³⁴ ZB Binder/Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1116 ABGB Rz 1; Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1116 ABGB Rz 1; aber zB auch RIS-Justiz RS0021080.

Ansehung der Überschrift im ABGB zu den §§ 1116 bis 1119) als „außerordentliche Kündigung“ bezeichnet. Nach *Lovrek*³³⁵ erscheint diese Bezeichnung unpräzise, da der Ausdruck „Kündigung“ immer die Einhaltung von Termin und Frist indiziert. Dem ist uE zu folgen, und es wird hier im Weiteren von einer „*vorzeitigen Auflösung aus wichtigem Grund*“ gesprochen.

- Neben der vorzeitigen Auflösung besteht aber auch noch der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass in bestimmten Fällen das Recht, unabhängig von einem etwa vereinbarten Kündigungsverzicht oder einer Befristung und unabhängig von vereinbarten Fristen und Terminen das Bestandverhältnis „*unter Einhaltung der gesetzlichen Termine und Fristen*“ durch Kündigung zu beenden.³³⁶ Dies wird im Weiteren als *außerordentliche Kündigung* im Rahmen dieser Arbeit bezeichnet.
- Weiters besteht in den Fällen der §§ 1116a und 1120 f die Möglichkeit, (ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer) das Bestandverhältnis *aus besonderem Anlass zu kündigen*.³³⁷

4.4.2 Ordentliche Kündigung nach § 1116 ABGB (Schwaiger)

Die ordentliche Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandverhältnisses ist in § 1116 ABGB geregelt. Diese Regelung entspricht der Norm der Stammfassung des ABGB.³³⁸

Diese Norm behandelt die außergerichtliche Kündigung durch den Bestandgeber oder den Bestandnehmer. Die in § 1116 ABGB angeführten Kündigungsfristen wurden

³³⁵ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1116 Rz 6.

³³⁶ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1116 Rz 6 und Rz 48 f.

³³⁷ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1116 Rz 1.

³³⁸ § 1116 ABGB: „In so fern die Dauer eines Bestandvertrages weder ausdrücklich, noch stillschweigend, noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, muß derjenige, welcher den Vertrag aufheben will, dem Andern die Pachtung sechs Monathe; die Miethung einer unbeweglichen Sache vierzehn Tage; und einer beweglichen vier und zwanzig Stunden vorher aufkündigen, als die Abtretung erfolgen soll.“

durch § 560 ZPO bei Bestandverträgen über unbewegliche Sachen materiell derogiert.³³⁹

4.4.3 Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund nach § 1117 f (Schwaiger)

Nach § 1117 ABGB ist der Bestandnehmer berechtigt, auch³⁴⁰ vor Verlauf der bedungenen Zeit vom Vertrag ohne Kündigung abzustehen, wenn das Bestandsstück in einem Zustand übergeben oder ohne seine Schuld in einen Zustand geraten ist, der es zu dem bedungenen Gebrauch untauglich macht, oder wenn ein beträchtlicher Teil durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird. Aus dem Grunde der Gesundheitsschädlichkeit gemieteter Wohnräume steht dieses Recht dem Mieter auch dann zu, wenn er im Vertrag darauf verzichtet oder die Beschaffenheit der Räume beim Vertragsabschluss gekannt hat.

Der wohl bedeutendste Tatbestand dürfte wohl die ursprüngliche oder nachträgliche Untauglichkeit des Bestandsobjekts zum bedungenen Gebrauch sein. Auf ein Verschulden des Bestandgebers an der Unbrauchbarkeit kommt es nicht an.

§ 1118 bildet das Gegenstück zu § 1117 dar. Demnach kann der Bestandgeber seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachtheiligen Gebrauch davon macht; wenn er nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, dass er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat; oder, wenn ein vermietetes Gebäude neu aufgeführt werden muß. Eine nützlichere Bauführung ist der Miether zu seinem Nachtheile zuzulassen nicht schuldig, wohl aber nothwendige Ausbesserungen.

³³⁹ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1116 Rz 1; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1116 ABGB Rz 2.

³⁴⁰ Die vorzeitige Vertragsauflösung ist auch bei Verträgen auf unbestimmte Zeit möglich; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1116 Rz 5.

Eine Neuaufführung des Gebäudes liegt dann vor, wenn das Gebäude bzw das Bestandobjekt zur Gänze neu errichtet werden muss. Ein Abbruchauftrag erfüllt den Tatbestand nur dann, wenn feststeht, dass die Behebung des mangelhaften Zustands aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht in Betracht kommt.³⁴¹ Nach der Rechtsprechung³⁴² soll eine wirtschaftliche Abbruchreife des Gebäudes bzw ein behördlicher Demolierungsbescheid zur Auflösung berechtigen.

Ein Haus ist abbruchreif, wenn es nur mehr durch wirtschaftlich nicht zumutbare Ausbesserungsauslagen benützbar erhalten werden kann. Kann ein Haus mit schweren Baugebrechen durch wirtschaftliche zumutbare Aufwendungen nicht mehr instandgesetzt werden, so ist es abbruchreif, mag auch eine akute Einsturzgefahr nicht bestehen. Zum Begriff der Abbruchreife ist nicht erforderlich, dass geradezu die technische Notwendigkeit zur Demolierung der gemauerten Bestandteile des Hauses besteht.

4.4.4 Mietrechtliche Beschränkungen (Schwaiger)

Mit der Einführung der unabdingbaren Mietverordnungen (1917–1918),³⁴³ dem Mietengesetz 1922³⁴⁴ und schlussendlich mit dem MRG (1981)³⁴⁵ wurde das Kündigungsrecht des Vermieters für die Geschäftsraummiete massiv eingeschränkt.

Im Geltungsbereich des Kündigungsschutzes des MRG kann der Vermieter nach § 29 Abs 1 Z 5 MRG bei Vorliegen der genannten Fälle, nämlich bei erheblich nachteiligem Gebrauch und qualifiziertem Mietzinsrückstand, das auf bestimmte Zeit³⁴⁶

³⁴¹ P. Bydlinski in KBB⁶ § 1118 Rz 6.

³⁴² 5 Ob 369/58 = SZ 31/158; OGH 8.11.1961, 1 Ob 491/61; 7 Ob 67–71/65 = MietSlg 17.224.

³⁴³ Vgl Verordnung des Gesamtministeriums vom 26.1.1917 über den Schutz der Mieter; Verordnung des Gesamtministeriums vom 30.7.1917, womit die Verordnung vom 26.1.1917 über den Schutz der Mieter geändert wird; Verordnung des Justizministers und Ministers für soziale Fürsorge im Einvernehmen mit den beteiligten Ministern vom 20.1.1918 über den Schutz der Mieter.

³⁴⁴ Mietengesetz 1922 BGBl 1922/872.

³⁴⁵ Vermieterkündigung nur aus wichtigem Grund (§ 30 MRG).

³⁴⁶ Von einem befristeten Vertrag (als Synonyme werden auch „Vertrag auf bestimmte Zeit“ und „Zeitmietvertrag“ verwendet) spricht man dann, wenn die Vertragsdauer durch Parteienvereinbarung von

abgeschlossene Bestandverhältnis ohne Rücksicht auf Einhaltung von Kündigungsfristen oder -terminen durch eine außerordentliche Kündigung ex nunc vorzeitig auflösen.³⁴⁷ Diese Gründe entsprechen den ersten beiden Tatbestandsmerkmalen des § 1118 ABGB. Fall 3, die Abbruchreife des Hauses, gilt im Bereich des Kündigungsschutzes des MRG nicht. Durch die Nichtanführung des dritten Tatbestands im Bereich des Kündigungsschutzes des MRG wurde diese Bestimmung materiell derogiert.^{348, 349}

.

Weiters kann nach § 30 MRG³⁵⁰ nur noch aus wichtigen Gründen gekündigt werden. Neben dem allgemeinen Kündigungstatbestand des Abs 1 in § 30 (auf den im weiteren Abschnitt noch einzugehen sein wird) ist insb die Kündigung wegen Mietzinsrückstand³⁵¹ (Abs 2 Z 1) und nachteiliger Gebrauch³⁵² (Abs 2 Z 3) zu erwähnen.

vornherein konkret begrenzt ist, sei es durch Festlegung eines datumsmäßigen Endtermins, sei es durch die Festlegung einer bestimmten Laufzeit; *Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I § 29 MRG Rz 22.

³⁴⁷ *Höllwerth* in GeKo Wohnrecht I § 1118 ABGB Rz 8.

³⁴⁸ *Würth* in *Rummel* ABGB³ § 29 MRG Rz 3.

³⁴⁹ Der dritte Aufhebungsgrund (Neuaufführung des Gebäudes) wird hingegen nicht ins MRG transponiert und kommt daher in dessen Anwendungsbereich nicht zum Tragen. Gleichsam an seine Stelle – wenngleich mit ganz anderen Voraussetzungen – treten die Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 Z 14 und 15; *Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I § 29 MRG Rz 18.

³⁵⁰ Die Kündigungstatbestände des § 30, die einerseits die Generalklausel des Abs 1 und andererseits die in Abs 2 konkretisierten besonderen Kündigungsgründe umfassen, sind seit Inkrafttreten des MRG – von wenigen Ausnahmen und systematischen Änderungen abgesehen – unverändert geblieben und entsprechen im Wesentlichen den Kündigungsschutzbestimmungen des MRG; *Lovrek* in GeKo Wohnrecht I § 30 MRG Rz 2.

³⁵¹ *Würth* in *Rummel* ABGB³ § 30 MRG Rz 13 f.

³⁵² *Illedits-Lohr* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 30 z 29 ff.

4.4.5 Pandemiebedingte Einschränkung der Brauchbarkeit bzw Benützbarkeit und vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund bzw außerordentliche Kündigung (Pircher)

4.4.5.1 Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund durch den Bestandnehmer

Bereits in der Urfassung³⁵³ des § 1117 ABGB wurde hinsichtlich des Rücktrittsrechts an zwei Tatbestandsmerkmale, einerseits, „*wenn die bestandene Sache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauche untauglich ist*“, und andererseits, „*wenn ein beträchtlicher Teil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen, oder unbrauchbar wird*“, geknüpft.

In seinen Erläuterungen zur 3. TRN des ABGB verweist der historische Gesetzgeber beim ersten Tatbestandsmerkmal „wenn das Bestandsobjekt in einen Zustand übergeben oder ohne seine (des Bestandsgebers) Schuld geraten ist, der es zum bedungenen Gebrauch unmöglich macht“ auf § 1096 ABGB und bei dem zweiten Tatbestandsmerkmal „durch einen Zufall auf eine längere Zeit entzogen, oder unbrauchbar wird“ auf die Normen § 1104 und 1105.³⁵⁴

Zeiller³⁵⁵ spricht in seinem Kommentar zu § 1117 ABGB von einem „*äußeren Zufall*“ und verweist in seinem Klammerausdruck auf die § 1104 f ABGB.

Diese würde wohl grundsätzlich den Schluss zulassen, dass im Falle einer Unbrauchbarkeit/Unbenützbarkeit des Bestandobjekts im Sinne des § 1104 ABGB ein Rücktritt nach § 1117 ABGB für den Bestandnehmer ausgeschlossen ist. Diese These wird durch die Ausführungen des OGH grundsätzlich bestätigt. So kommt der OGH in

³⁵³ „Der Bestandnehmer ist berechtigt, auch vor Verlauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit von dem Vertrage abzustehen, wenn die bestandene Sache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauche untauglich ist; wenn ein beträchtlicher Teil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen, oder unbrauchbar wird; oder, wenn der Bestandgeber dasselbe nicht mehr im brauchbaren Stande erhält.“

³⁵⁴ HHB 78 BlgHH 21. Session 201.

³⁵⁵ Zeiller, Kommentar III/2, 448.

seinem Gutachten „Einfluß des Krieges auf Pachtverträge“³⁵⁶ zu dem Ergebnis, dass im Falle der Verwirklichung der Tatbestände des § 1104 ABGB ein Rücktritt nach § 1117 ABGB nicht zulässig ist, ein Rücktrittsrecht jedoch bejaht wird, sofern ein in Betracht kommender Teil des Pachtguts der Benützung entzogen wird. Dies jedoch nur bei mehrjährigen Pachtverträgen.

Dem ist uE zu widersprechen, da dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden kann, dass er zwischen der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts im Sinne des § 1096 ABGB und der Unbrauchbarkeit aufgrund eines außerordentlichen Zufalls unterscheiden wollte, wo klar zum Ausdruck gebracht wurde, dass das Risiko der neutralen Sphäre³⁵⁷ dem Bestandgeber zuzuordnen ist. Somit erscheint eine Analogie zu den Rechtsfolgen des § 1096 ABGB im Falle des außerordentlichen Zufalls angebracht. Zudem kannte bereits der Codex Theresianus ein Rücktrittsrecht im Falle von „*Feindesgefahr, ansteckender Seuche etc.*“.³⁵⁸ Dies ist auch mit der hL³⁵⁹ und Rechtsprechung³⁶⁰ in Einklang zu bringen.

Die Voraussetzungen für das zweite Tatbestandsmerkmal des § 1117 ABGB sind gegeben, „*wenn ein beträchtlicher Teil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen, oder unbrauchbar wird*“. Hier ist zweifelsohne der Fall der mehrjährigen Pachtverträge und der Mietverträge im Sinne des § 1105 ABGB zu sehen.³⁶¹

³⁵⁶ JMBVBl 1918, 278.

³⁵⁷ Zum allgemeinen Lebensrisiko, welcher der Bestandnehmer zu tragen hat, vgl Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1117 Rz 5 und § 1096 Rz 99 f.

³⁵⁸ Harrasowsky, Codex III, 177.

³⁵⁹ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1108 Rz 3; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1104 ABGB Rz 6 und § 1105 ABGB Rz 6; Pesek in Schwimann/Neumayr, TaKom⁵ § 1104 Rz 1; Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1104 ABGB Rz 16 und § 1105 ABGB Rz 22.

³⁶⁰ OGH 13.12.1990, 8 Ob 610/90; RIS-Justiz RS0021457; RIS-Justiz RS0102015.

³⁶¹ Interessant ist auch, dass die Sitzung der Hofkommission vom 15.12.1806 noch von einem immerwährenden Entzug ausgeht („... oder wenn ein Teil durch Zufall auf immer entzogen oder unbrauchbar wird“), in der Stammfassung des § 1117 das Wort „beträchtlicher“ ergänzt und der Textteil „für immer“ auf „längere Zeit“ geändert wurde („wenn ein beträchtlicher Teil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen, oder unbrauchbar wird“); Ofner, Protokolle II, 304.

Nach Lehre³⁶² und Rechtsprechung³⁶³ kann der Bestandnehmer in den Fällen des § 1117 ABGB nur zwischen Rücktritt und Zinsbefreiung wählen. Für *Lovrek*³⁶⁴ ergibt sich aus dem anerkannten Wahlrecht des Bestandnehmers zwischen vorzeitiger Aufhebung, Bestehen auf Zuhaltung des Bestandvertrags und Zinsbefreiung/Zinsminderung, dass grundsätzlich alle Zinsbefreiung/Zinsminderung auslösenden Umstände auch zur Vertragsaufhebung berechtigen.

Die Auflösungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit ihrem Zugang die Beendigung des Bestandverhältnisses bewirkt.³⁶⁵ Die Aufhebungsgründe müssen unverzüglich (ohne unnötigen Aufschub)³⁶⁶ geltend gemacht werden, ansonsten die grundlose Nichtgeltendmachung als schlüssiger Verzicht zu werten ist.³⁶⁷

In Pkt 4.3.2.3 wird die Ansicht vertreten, dass eine Unbenützbarkeit bei Pachtverträgen erst gegeben ist, wann während einer Wirtschaftsperiode keine Erträge (GOP vor Pachtzahlung) erzielt werden können. Dies hat jedoch zur Folge, dass eine dem Bestandgeber zugegangene Rücktrittserklärung erst mit Verwirklichung des Tatbestandes einer Unbenützbarkeit eine Beendigung des Pachtverhältnisses bewirken kann.³⁶⁸ Im Falle eines Mietvertrages eines Geschäftsobjektes wird dies wohl ähnlich im Sinne der Ausführungen in Pkt 4.3.3.4 zu sehen sein.

³⁶² *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 3; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1104 ABGB Rz 6 und § 1105 ABGB Rz 6; *Pesek* in *Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 1104 Rz 1; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1104 ABGB Rz 16 und § 1105 ABGB Rz 22.

³⁶³ OGH 13.12.1990, 8 Ob 610/90; RIS-Justiz RS0021457; RIS-Justiz RS0102015.

³⁶⁴ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1117 Rz 12.

³⁶⁵ *Iro/Rassi* in *KBB*⁶ § 1117 Rz 2; RIS-Justiz RS0020887.

³⁶⁶ *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1117 ABGB Rz 20; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1117 Rz. 7; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1117 ABGB Rz 19; „so bald wie möglich“, *Ehrenzweig*, Das Recht der Schuldverhältnisse II⁵ (1915) 320.

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0014427; Zum Unverzüglichkeitsgrundsatz vgl. *Lovrek*, FS Würth (2014) 103.

³⁶⁸ Da uE von einer üblichen Wirtschaftsperiode von einem Jahr auszugehen ist, steht dem Pächter bei einjährigen Pachtverträgen kein Auflösungsrecht nach § 1117 ABGB zu.

Offen bleibt beim zweiten Tatbestandsmerkmal des § 1117 ABGB jedoch, was der Gesetzgeber unter „längere Zeit“ bzw. „beträchtlicher Teil“ versteht, somit von einem unbestimmten Rechtsbegriff auszugehen sein wird. Zur Frage, wann eine auf „längere Zeit“ Unbrauchbarkeit oder ein Entzug des Bestandobjekts vorliegt, hat sich der OGH nur vereinzelt geäußert. Nach *Kapoun/Baierl*³⁶⁹ betreffen die vorliegenden Entscheidungen jedenfalls erst Umstände, die mehrere Wochen oder mehrere Monate andauern, wobei einschränkend anzuführen ist, dass diese Entscheidungen (Miete) nicht zu außerordentlichen Zufällen ergangen sind.^{370, 371}

Die Beurteilung, welche „längere Zeit“ noch für den Bestandnehmer zumutbar ist, dürfte die Grenze dort erreicht haben, wo dem Bestandnehmer die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.³⁷² Nach einhelliger Rechtsprechung ist ja die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund als „äußerstes Notventil“ zu sehen.³⁷³

So führt auch Zeiller³⁷⁴ zur Stammfassung des § 1117 ABGB aus, dass „die Beträchtlichkeit des Entgangs und die Länge der Zeit [...] aus der Absicht, dem Stande, den Bedürfnissen und übrigen bekannten Verhältnissen des Bestandnehmers beurteilt werden [muss]“.

³⁶⁹ *Kapoun/Baierl*, Auswirkungen von COVID-19 auf Bestandverträge, NetV 2020, 80.

³⁷⁰ Der Tatbestand zufälliger Gebrauchsentziehung auf längere Zeit ist erfüllt, wenn durch notwendige Ausbesserungsarbeiten von mehreren Wochen bedeutende Wohnungsteile nicht genutzt werden können, s. GIUNF 7.334: Heizanlage.

³⁷¹ Längere Unbrauchbarkeit von Geschäftsräumlichkeiten infolge eines Wasserschadens; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Taschenkommentar⁵ Rz 14.

³⁷² Möglichkeit der vorzeitigen Auflösung von Dauerschuldverhältnissen besteht grundsätzlich dann, wenn wichtige Gründe vorliegen, aufgrund derer dem betroffenen Vertragsteil die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1117 ABGB Rz 5.

³⁷³ OGH 25.11.2008, 10 Ob 68/08k; OGH 20.2.2003, 6 Ob 154/02v; OGH 13.7.1999, 4 Ob 189/99v; OGH 24.5.2006, 6 Ob 106/06s.

³⁷⁴ *Zeiller*, Kommentar III/2, 448.

Jedenfalls wird hier eine Beurteilung nach den Umständen des Einzelfalls vonnöten sein. Die „obere“ Grenze wird wohl dort erreicht sein, wo eine Unbenützbarkeit/Unbrauchbarkeit eintritt; dies im Sinne der Ausführungen in Pkt 4.3.2.3 und Pkt 4.3.3.4.

Werden hier im Zusammenhang noch die Bestimmungen des MRG betrachtet, so dürften diese Schlussfolgerungen für Mietverträge aufrecht bleiben, da ja § 29 Abs 4 MRG auf die Norm des § 1117 ABGB verweist.

4.4.5.2 *Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund durch Bestandgeber*

In Pkt 4.4.3 wurde bereits ausgeführt, dass § 1118 ABGB Tatbestandsmerkmale, welche den Bestandgeber zur Auflösung des Vertrags berechtigen, beinhaltet. Dies sind einerseits Gründe, welche in der Sphäre des Bestandnehmers liegen (unleidliches Verhalten und qualifizierter Bestandzinsrückstand), und andererseits das Tatbestandsmerkmal der Neuaufführung des „vermieteten“³⁷⁵ Gebäudes. Diese Tatbestände waren bereits dem Codex Theresianus bekannt.³⁷⁶

Im Falle einer Pandemie und der damit verbundenen behördlich verfügten Beschränkungen kommt uE eine Anwendung einer der drei Tatbestände nach § 1118 ABGB nicht in Frage.

Die Rechtsprechung hat mehrfach den Standpunkt vertreten, dass die Auflösungsgründe des § 1118 ABGB taxativ aufgezählt und einer Erweiterung im Analogieweg nicht zugänglich sind. In der Judikatur wird jedoch bisweilen auch die Relevanz weiterer Auflösungsgründe erwogen, wofür freilich Umstände vorliegen müssen, die den im § 1118 ABGB genannten an Bedeutung gleichkommen und die weitere

³⁷⁵ Da kein plausibler Grund für eine unterschiedliche Behandlung zu erkennen ist, gilt – so Höllwerth – der Auflösungsstatbestand des § 1118 Fall 3 nach hA sowohl für Miet- als auch für Pachtverträge; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1118 ABGB Rz 89.

³⁷⁶ „Saumsal in Abführung des bedungenen Zinses“ (3, 12, § 10) 165; „unumgängliche Neuerrichtung des Gebäudes“ (3, 12, § 10) 168; „der üble Gebrauch des Miethers oder Pächters, welcher zum Schaden der vermieteten Sache oder verpachteten Guts gereichete“ (3, 12, § 10) 171; Harrasowsky, Codex III, 225 ff.

Aufrechterhaltung des Vertrags unzumutbar machen.³⁷⁷ Weder bei subjektiv-teleologischer Betrachtung noch bei objektiv-teleologischer Interpretation wäre uE ein weiterer Rücktrittsgrund zu erblicken. Dies muss sinngemäß auch für Mietverträge gelten.

4.4.5.3 *Nachträgliche Äquivalenzstörung*

Im Schrifttum lassen sich Ansätze für außerordentliche Kündigungsrechte (resultierend aus der Lückenhaftigkeit des § 1104 ABGB) – welche auf der modernen Geschäftsgrundlagenlehre basieren – finden.³⁷⁸ Dem widerspricht jedoch der OGH in seiner Entscheidung vom 21.10.2021³⁷⁹ und kommt zu dem Ergebnis, dass § 1104 ABGB den Fall, dass das Elementarereignis nicht in die physische Substanz des Bestandobjekts eingreift, sehr wohl bedenkt und sogar ausdrücklich als Anwendungsbeispiel nennt, die in § 1104 ABGB namentlich angeführte Seuche würde sich geradezu typischerweise nicht auf die Substanz des Bestandobjekts auswirken.

Zudem gilt zu bedenken, dass die hM³⁸⁰ für einen Vorrang der Kündigung aus wichtigem Grund ist, lässt also bei Zutreffen der Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung daneben keine Berufung auf die Grundsätze der Geschäftsgrundlage zu. Dies wird mit dem Grundsatz der Subsidiarität der Geschäftsgrundlage begründet. Liegt kein gesetzlich geregelter Kündigungstatbestand vor, so sind die allgemeinen Grundsätze über die Kündigung aus wichtigem Grund anzuwenden. Für Dauerschuldverhältnisse auf unbestimmte Zeit gilt grundsätzlich dasselbe.³⁸¹

In der Entscheidung 1 Ob 44/98x³⁸² führt der OGH jedoch auch aus, dass in den Tatbeständen des § 1117 ABGB auch das Recht zur Vertragsauflösung aus wichtigem

³⁷⁷ Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1117 ABGB Rz 3.

³⁷⁸ Nach Oberhammer regelt § 1104 ABGB einen klassischen Geschäftsgrundlagenfall; Oberhammer, JBl 2021, 493 (505).

³⁷⁹ OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

³⁸⁰ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1117 Rz 13; Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1117 ABGB Rz 2; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1117 ABGB Rz 13 und 15.

³⁸¹ Fenyves in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 901 Rz 64 und 80.

³⁸² OGH 9.6.1998, 1 Ob 44/98x.

Grund zu erblicken wäre, ohne dass diese Regelung ein Ausweichen auf die Grundsätze der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage – wegen anderer Gründe – gestatte. Die in § 934 ABGB konkretisierte Äquivalenzstörung für den Wegfall der Geschäftsgrundlage eines befristeten Bestandverhältnisses kann von Bedeutung sein. Nach F. Bydlinski³⁸³ geht es dabei jedoch nur um eine „Basiswertung“, die, kombiniert „mit dem personalen Schutz- und Zumutbarkeitskriterium“, in einem beweglichen System abweichende Beurteilungen erlauben würde, je nachdem, ob dem benachteiligten Vertragspartner „unmittelbar der wirtschaftliche Existenzverlust“ droht, bloß eine „erhebliche Verschlechterung“ seiner wirtschaftlichen Existenz zu befürchten ist oder dem konkreten Vertrag im Verhältnis zu seiner wirtschaftlichen Gesamtlage keine solche Bedeutung zukommt. Im ersten Fall sei jede im Rechtsverkehr unübliche, jedoch quantitativ beliebige Äquivalenzstörung beachtlich und im zweiten Fall das Hälftekriterium der *laesio enormis* als „Zweifels- und Faustregel“ maßgeblich, während der Wegfall der Geschäftsgrundlage im dritten Fall eine Äquivalenzstörung voraussetzt, bei der „nach der Beurteilung des verständigen Verkehrs ein relevantes Entgelt überhaupt nicht mehr vorhanden“ ist.

Lovrek³⁸⁴ vertritt die Meinung, dass bei Erreichen einer „Untragbarkeitsgrenze“ der Bestandnehmer jedenfalls dann, wenn sich kein bereits bei Vertragsabschluss vorhersehbares Risiko verwirklichte, das Bestandverhältnis mit außerordentlicher Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist und -termin beenden kann. Dies muss uE jedoch auch für den Verpächter zulässig sein.

³⁸³ F. Bydlinski, Zur Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, in FS Kastner (1972) 45.

³⁸⁴ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1117 Rz 21.

5 Inhaltskontrolle

5.1 Geltungskontrolle nach § 864a ABGB (Schwaiger)

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblättern (VFB) enthaltene Vertragsklauseln unterliegen der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB. Diese Norm wurde mit Erlassung des KSchG³⁸⁵ in das ABGB mit aufgenommen.³⁸⁶

Diese Bestimmung gilt generell für alle Vertragsverhältnisse, also auch für Verträge zwischen Unternehmern.³⁸⁷

Nach Ansicht des historischen Gesetzgebers bedarf der Begriff der Vertragsformblätter und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen keiner ausdrücklichen Definition, zumal hier das Schwergewicht des Tatbestands nicht in dem Umstand ruht, dass die fragliche Vertragsbestimmung in solchen enthalten war, sondern darin, dass die Bestimmung einen ungewöhnlichen Inhalt hat, der andere Vertragspartner sie also nicht erwarten konnte.³⁸⁸

Daher dürfen nicht bloß Vertragsbestandteile erfasst werden, die in solchen Klauselwerken enthalten sind, sondern es muss auf die durch die Unterlegenheit verursachte Willensbeeinträchtigung abgestellt werden.³⁸⁹

³⁸⁵ Konsumentenschutzgesetz — KSchG BGBl Nr 140/1979.

³⁸⁶ „Der § 864 a soll im Zusammenhang mit der Regelung des Erklärungswertes eines Verhaltens im allgemeinen und dem Inhalt einer Erklärung im besonderen einen in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz ausdrücken, daß überraschende Klauseln in Vertragswerken nicht Inhalt der Erklärung dessen, der etwa diese Vertragsurkunde unterschreibt, und daher nicht zum Vertragsinhalt werden. Die Einordnung der Bestimmung soll klarstellen, daß es sich eben nicht um einen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund, etwa einen Fall des Irrtums (s. §§ 870 ff.), handelt, sondern daß eine solche Vertragsklausel gar nicht Inhalt der Erklärung des betreffenden Vertragspartners ist“; ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 44.

³⁸⁷ Kolmasch in Schwimann/Neumayr, TaKom⁵ § 864a, Rz 1.

³⁸⁸ ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 44.

³⁸⁹ ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 46.

Die Geltungskontrolle, die logisch der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB vorgeht,³⁹⁰ besteht darin, dass einzelne Vertragsklauseln von vornherein nicht als Vertragsbestandteil gelten, wenn sie objektiv ungewöhnlich und überraschend sowie für den Vertragspartner des Verwenders nachteilig sind. Der Vertrag gilt also ohne die betroffene Klausel.

Bei der Geltungskontrolle wird die jeweils in Frage stehende Einzelklausel geprüft und die Frage gestellt, ob der Unterworfene mit ihr rechnen musste. Ist die Klausel inhaltlich ungewöhnlich und auch überraschend,³⁹¹ wird sie nicht Vertragsinhalt (§ 864a ABGB). Es geht also um versteckte Klauseln.^{392, 393}

Objektiv ungewöhnlich ist nur eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss also ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen. Insb dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont der angesprochenen Kreise an.³⁹⁴

Damit sind solche Regelungen gemeint, die objektiv ungewöhnlich sind, weil sie von anderen Unternehmern der betreffenden Branche nicht verwendet werden.³⁹⁵ Der bloße Umstand, dass eine Klausel in einer Branche weit verbreitet ist, ist noch nicht geeignet, sie aus der Sicht des Vertragspartners als im redlichen Verkehr üblich anzusehen.³⁹⁶

³⁹⁰ Die Inhaltskontrolle gem § 879 ABGB geht der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB nach; RIS-Justiz RS0037089.

³⁹¹ Die Klausel muss einen Überraschungseffekt haben, was etwa dann der Fall ist, wenn sie sich nicht dort befindet, wo ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr rechnen muss, und er sie nicht dort findet, wo er sie vermuten könnte; OGH 21.2.2008, 6 Ob 261/07m.

³⁹² P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil I⁹ (2021) Rz 6/26.

³⁹³ Der OGH spricht plastisch von „Überschumpelungs- oder Übertölpelungseffekt“; OGH 27.2.2020, 8 Ob 107/19x; OGH 21.2.2008, 6 Ob 261/07m; OGH 28.11.2007, 7 Ob 250/07a; OGH 19.10.2005 7 Ob 216/05y.

³⁹⁴ RIS-Justiz RS0014646.

³⁹⁵ Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 864a Rz 35 f.

³⁹⁶ OGH 16.8.2007, 3 Ob 72/07w.

Ob eine Klausel ungewöhnlich ist, ist objektiv anhand der redlichen Verkehrsübung bei dem konkreten Geschäftstyp³⁹⁷ zu beurteilen. Von Ungewöhnlichkeit ist auszugehen, wenn der Vertragspartner nach den Umständen vernünftigerweise nicht mit der Klausel zu rechnen braucht, diese also deutlich von üblichen Erwartungen abweicht.^{398, 399} Die Qualifikation einer Klausel als überraschend und ungewöhnlich hängt jeweils von den konkreten Umständen ab.⁴⁰⁰

Nach *Graf*⁴⁰¹ ist jede Vertragsbestimmung nachteilig, die von den Vorgaben des dispositiven Rechts zu Lasten des Vertragspartners abweicht. Ist keine einschlägige Regelung des dispositiven Rechts vorhanden, so ist zu prüfen, ob der Vertragspartner ohne Klausel besser stünde als bei Geltung der Klausel; in diesem Fall ist die Nachteiligkeit zu bejahen.

Die Nachteiligkeit einer in AGB enthaltenen Bestimmung kann sich insb auch daraus ergeben, dass sie von einer im Vertrag enthaltenen Regelung abweicht, die für den Vertragspartner günstiger ist als die in den AGB enthaltene Klausel. § 864 a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt.

Nach *Rummel*⁴⁰² würde sich aus dem erklärungs-theoretischen Konzept des § 864 a ABGB ergeben, ob eine Bestimmung nachteilig für den anderen Teil ist, dies beurteilt sich aus der Sicht eines redlichen Vertragspartners bei Vertragsschluss, also objektiv ex ante.

³⁹⁷ Ins Gewicht fällt hierbei die Üblichkeit der Klausel bei einem Geschäftstyp, doch kommt es auf redliche Verkehrsgepflogenheiten an, sodass selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche die Anwendung des § 864 a ABGB nicht hindert; OGH 17.12.2008, 6 Ob 241/07w.

³⁹⁸ *Kolmasch in Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 864a Rz 7; OGH 7.6.1990, 7 Ob 12/90.

³⁹⁹ Die Bestimmung des § 864 a ABGB erfasst nur jene Fälle, in welchen nach Vertragsabschluss nachteilige Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder VFB hervorkommen, mit denen nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen war; RIS-Justiz RS0105643.

⁴⁰⁰ OGH 29.1.2003, 7 Ob 267/02v.

⁴⁰¹ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 864 a Rz 46.

⁴⁰² *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 864 a Rz 25.

Die Beweislast für die Ungewöhnlichkeit des Inhalts eines Vertragsteils trifft den anderen Vertragsteil.⁴⁰³

5.2 Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB (Schwaiger)

5.2.1 Historische Entwicklung des § 879 ABGB

Schon die Stammversion von 1811 des § 879 ABGB beinhaltete eine demonstrative Aufzählung der Tatbestände: „*Insbesondere sind, außer den am gehörigen Orte angeführten, folgende Verträge ungültig*“.⁴⁰⁴

Mit der III. Teilnovelle des ABGB wurden die Tatbestände geändert bzw präzisiert, und es erfolgte die Aufnahme der Generalklausel: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig“.⁴⁰⁵ *Insbesondere sind folgende Verträge nichtig: [...]*“

Der historische Gesetzgeber wollte mit dieser Änderung klar zum Ausdruck bringen, dass neben der Ungültigkeit des rechtswidrigen auch die Ungültigkeit des unsittlichen Vertrags erfasst sein soll. Er verzichtete jedoch bewusst auf eine Definition, weil er dies der Wissenschaft und dem Takt der Richter überlassen wollte. Zudem wird klar- gestellt, dass darauf abgestellt wird, ob der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt.^{406,}
407

⁴⁰³ RIS-Justiz RS0014607.

⁴⁰⁴ Zur Diskussion der Einführung des ersten Satzes vgl *Ofner*, Protokolle II, 16.

⁴⁰⁵ Hervorhebung durch die Autoren.

⁴⁰⁶ HHB 78 BlgHH XXI. Session 138 f.

⁴⁰⁷ Die Ausführungen des Gesetzgebers verweisen hier auf das Werk von *Lotmar*: „*Vielmehr hat man in erster Reihe sein Augenmerk der wiederholt geschilderten juristischen Struktur des zu beurteilenden Vertrags zuzuwenden, sich zu vergegenwärtigen, welche Leistung darin vereinbart wird, und welche Kausalbeziehung etwa zu einer anderen Handlung, Duldung oder Unterlassung durch den Vertrag gegeben ist. Erst hiernach erhebt sich die moralische, d. h. aus der Moral zu beantwortende Frage, ob die vereinbarte Leistung für sich, oder ihre Vereinbarung moralisch missbilligt ist, oder wenigstens die bewusste Kausalbeziehung moralisch verwerflich ist.*“ *Lotmar*, Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht (1896), 71 f.

Mit der Einführung des Konsumentenschutzgesetzes 1979⁴⁰⁸ wurde insb durch die Erweiterung der §§ 864 a und 879 Abs 3 ABGB der heutige Rechtsrahmen gebildet. Demnach hat eine Geltungskontrolle nach § 864 a und eine Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB zu erfolgen.

In der Regierungsvorlage⁴⁰⁹ war jedoch noch eine andere Regelung vorgesehen:

„Vertragsbestimmungen, die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegen, sind insbesondere dann nichtig, wenn

1. sie die Rechtslage unangemessen zu Ungunsten eines Teiles verschieben, etwa dadurch, daß von einer gesetzlichen Regelung abgewichen wird, ohne daß diese Abweichung durch die Natur des Geschäftes gerechtfertigt oder durch andere derartige Vertragsbestimmungen ausgeglichen wird und
2. sich der Benachteiligte mit ihnen – für den anderen Teil erkennbar – nicht frei und überlegt einverstanden erklärt hat, etwa weil der andere Teil entsprechende Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter verwendet hat, sofern er nicht beweist, daß die betreffenden Vertragsbestimmungen im einzelnen ausgehandelt worden sind, oder weil er sonst die Aufnahme der Vertragsbestimmungen durch die Ausnützung seiner Überlegenheit veranlaßt hat.“

Erst im Rahmen des JA wurde dann die „heutige“ Regelung des Abs 3 geändert:⁴¹⁰
„Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.“

⁴⁰⁸ Konsumentenschutzgesetz – KSchG BGBl Nr 140/1979.

⁴⁰⁹ ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 8.

⁴¹⁰ AB 1223 BlgNR XIV. GP 13.

5.2.2 Beschränkung des § 879 Abs 3 ABGB auf Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter

AGB oder VFB sind von einem Vertragspartner, idR zwecks Rationalisierung massenhafter Vertragsabschlüsse und zur leichteren Durchsetzung von für ihn vorteilhaften Klauseln, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die er der anderen Partei stellt. Unter den Begriff AGB fällt nach Lehre⁴¹¹ und Rechtsprechung⁴¹² jede vertragliche Regelung, die von einer Vertragspartei oder einer ihr zurechenbaren Person für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert und zwischen den Parteien des konkreten Vertrags nicht im Einzelnen ausgehandelt worden ist.

Nach der Meinung des OGH⁴¹³ wird in Hinblick auf eine teleologische Verwandtschaft zwischen dem Anliegen des deutschen BGB einerseits und dem KSchG andererseits nach herrschender Meinung eine Orientierung an § 305 BGB⁴¹⁴ für angezeigt erachtet. Diese Definition deckt auch den Begriff der VFB ab; eine Differenzierung zwischen diesen und AGB ist auch entbehrlich, da die rechtlichen Konsequenzen der Verwendung gesetzwidriger Klauseln völlig gleich sind.

Aus dem Wortlaut könnte geschlossen werden, dass die Anwendung dieser Normen auf AGB oder VFB beschränkt sei. Zudem fehlt eine gesetzliche Definition. Dem ist jedoch nicht zu folgen, im Gegenteil. So führt *Welser*⁴¹⁵ uE folgerichtig aus, dass das Gesetz durch das Wort „jedenfalls“ darauf verweist, dass formularmäßig vereinbarte Nebenbestimmungen auch sonst nichtig sein können und gleichartige Bestimmungen

⁴¹¹ ZB Kolmasch in Schwimann/Neumayr, TaKom⁵ § 864 a Rz 2.

⁴¹² OGH 30.8.2012, 2 Ob 59/12h; OGH 23.4.2008, 7 Ob 89/08a; OGH 17.11.2004, 7 Ob 207/04y.

⁴¹³ RIS-Justiz RS0123499.

⁴¹⁴ § 305 BGB: „(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.“

⁴¹⁵ *Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449 (451).

auch außerhalb von Formularverträgen uU ungültig sind, also kein Umkehrschluss zu ziehen ist.⁴¹⁶

In seiner Entscheidung vom 12.8.2004⁴¹⁷ führt der OGH erklärend aus, dass sich der Gesetzgeber für die Verwendung von AGB als Anknüpfungskriterium entschied, weil es sich dabei um einen verhältnismäßig leicht fassbaren typischen Fall einer solchen Ungleichgewichtslage handelt, doch muss Entsprechendes auch gelten, wenn sich ein Vertragsteil der vorformulierten Erklärung des anderen oder eines Dritten unterwirft.

Der Gesetzgeber sieht den Umstand, dass eine unlautere Bestimmung in AGB oder VFB enthalten sind, lediglich als ein Indiz für diese „Verdünnung der Willensfreiheit“ des benachteiligten Partners. Tatsächlich ist auf den wirklichen Grund der Regelung abzustellen (und nicht auf das Indiz). Daher dürfen nicht bloß Vertragsbestandteile erfasst werden, die in solchen Klauselwerken enthalten sind, sondern es muss auf die durch die Unterlegenheit verursachte Willensbeeinträchtigung abgestellt werden.⁴¹⁸

*Krejci*⁴¹⁹ ist der Meinung, dass eine Situation der Verwendung von AGB und von VFB in etwa vergleichbar ist mit jener, in der der Vertragspartner einen für den individuellen Fall vorbereiteten Vertragstext verwenden soll. Eine derartige Situation kommt der Verwendung von AGB und Vertragsformblättern noch am nächsten.

Nach *Bollenberger/P. Bydlinski*⁴²⁰ ist auch eine Analogie für einseitig vorformulierte, individuelle Vertragstexte geboten.⁴²¹ Dies hat der OGH in seiner Entscheidung vom 27.2.2013⁴²² bestätigt. Hier führt er aus, dass Formularverträge den VFB, die in der

⁴¹⁶ Auch AB 1223 BlgNR XIV. GP 5.

⁴¹⁷ „Es wäre aber ein Wertungswiderspruch, sollten bei anderer Ungleichgewichtslage gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen nicht auch unwirksam sein, hat der Gesetzgeber von einer Generalklausel der ‚Ungleichgewichtslage‘ doch ganz augenscheinlich nur deshalb Abstand genommen, weil er deren Unbestimmbarkeit befürchtete. Für die Verwendung von AGB als Anknüpfungskriterium [...]“; OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i.

⁴¹⁸ ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 46.

⁴¹⁹ *Krejci* in *Krejci* (Hrsg), HBzKSchG (1981) 141 f.

⁴²⁰ *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁶ § 879 Rz 1.

⁴²¹ Zustimmung *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 879 Rz 41.

⁴²² OGH 27.2.2013, 6 Ob 206/12f.

Praxis aufgrund der nunmehr gegebenen technischen Möglichkeiten kaum mehr Verwendung fänden, gleichzustellen seien.

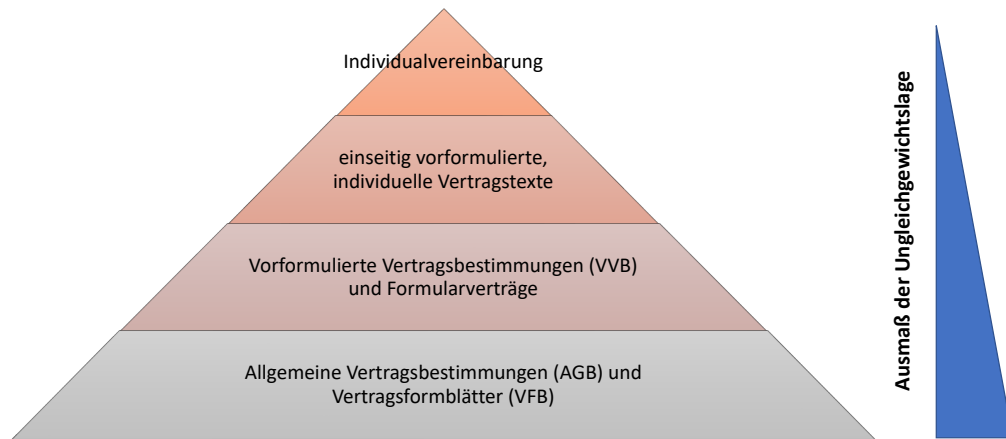


Abbildung 16: Ebenen der Ungleichgewichtslagen („verdünnte Willensfreiheit“)⁴²³

In Abbildung 16 werden unterschiedliche Gleichgewichtslagen abgebildet, welche sich insb hinsichtlich des Ausmaßes der „verdünnten Willensfreiheit“ unterscheiden. Bei Vorliegen von AGB und VFB wird wohl die Ungleichgewichtslage für den einen Vertragspartner wohl am größten sein. Das Gegenstück bildet die Individualvereinbarung. Dazwischen können uE einseitig vorformulierte individuelle Vertragstexte und vorformulierte Vertragsbestimmungen (VVB) gesehen werden, bei denen ebenfalls ein Ungleichgewicht vorliegt.

So geht der OGH in seiner Entscheidung vom 28.11.2012⁴²⁴ zutreffend davon aus, dass VFB (bzw AGB) auch dann vorliegen, wenn Teile von ihnen im Einzelnen ausgehandelt wurden. Konkrete Verhandlungen über und Abänderungen von einzelnen Klauseln haben noch nicht zur Folge, dass der gesamte Vertrag seinen Charakter als „vorformuliert“ verliert und deshalb einer Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB entzogen wäre.

Weiters führt der OGH in seiner Entscheidung vom 27.2.2013⁴²⁵ aus, dass Mietverträge, welche im Wege automatischer Textverarbeitung erstellt werden, die

⁴²³ Eigene Darstellung.

⁴²⁴ OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w.

⁴²⁵ OGH 27.2.2013, 6 Ob 206/12f.

heutzutage üblicherweise von Hausverwaltungen und professionellen Vermietern verwendet und individuell adaptiert würden, den VFB, die in der Praxis aufgrund der nunmehr gegebenen technischen Möglichkeiten kaum mehr Verwendung fänden, gleichzustellen seien. In solchen Fällen liegt regelmäßig kein im Einzelfall ausgehandelter Vertrag vor.

5.2.3 Gröbliche Benachteiligung im System der beweglichen Elemente

Bei der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB handelt es sich um eine Prüfung von Vertragsbestimmungen der vertraglichen Nebenleistungen. Mitunter fällt die Abgrenzung der vertraglichen Haupt- und Nebenbestimmungen schwer. Abs 2 Z 4 und Abs 3 des § 879 ABGB sind jedoch kombinatorisch anwendbar, sodass diese Abgrenzung an Bedeutung verliert.⁴²⁶

Die Äquivalenzstörung der Hauptleistungspflichten werden im Rahmen des § 879 Abs 2 Z 4 und § 934 ABGB bewertet.⁴²⁷ Diese sind jedoch eng zu sehen, daher unterliegen Klauseln, die das Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, generelle Leistungsbeschreibungen sowie Bestimmungen über die Preisberechnungs- und Leistungsmodalitäten der Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB.⁴²⁸

Mit Abs 3 des § 879 ABGB wollte der Gesetzgeber ein bewegliches Bewertungssystem bestehend aus den Elementen des Ungleichgewichts bei Vorliegen von AGB und VFB und „verdünnter Willensfreiheit“.

⁴²⁶ Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 Rz 357.

⁴²⁷ Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 Rz 357.

⁴²⁸ Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 879 Rz 19.

Dieser Grundgedanke des beweglichen Systems im Zivilrecht entspricht den Gedankengängen *Wilsburgs*.⁴²⁹ Die dafür benötigten „Elemente“ (System der freien Elemente) ermittelt *Wilsburg* in der Sache stets induktiv aus dem Recht.⁴³⁰

So führt der historische Gesetzgeber in seinen Erläuterungen jedoch auch aus, dass bei unlauteren Vertragsbestimmungen, va wenn sie in AGB und VFB enthalten sind (als relativ leicht fassbarer typischer Fall einer Ungleichgewichtslage), zwei Momente (wie aus der nachfolgenden Abbildung 17 ersichtlich ist) zusammenkommen:⁴³¹

- a) die objektive Unbilligkeit der Bestimmung durch eine einseitige Verschiebung des vom Gesetz vorgesehenen Interessenausgleichs durch den Vertragsverfasser zum Nachteil seines Partners und
- b) eine „verdünnte Willensfreiheit“ bei diesem Vertragspartner, wodurch er diese Vertragsbestandteile zum Inhalt seiner Erklärung macht, die er nicht wirklich will.⁴³²

⁴²⁹ ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 46.

⁴³⁰ Allerdings einschließlich Richterrecht, juristischer Literatur und Rechtsvergleichung; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2020) 532.

⁴³¹ Unter Bezugnahme auf *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 122 ff und *F. Bydlinski*, Zur Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, in FS Kastner (1972) 45 ff.

⁴³² „[...] an die objektive Angemessenheit von Vertragsbestandteilen einen um so strengeren Maßstab zu legen, je ‚verdünnter‘ der Wille des hierdurch beeinträchtigten Vertragspartners ist“. ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 46.

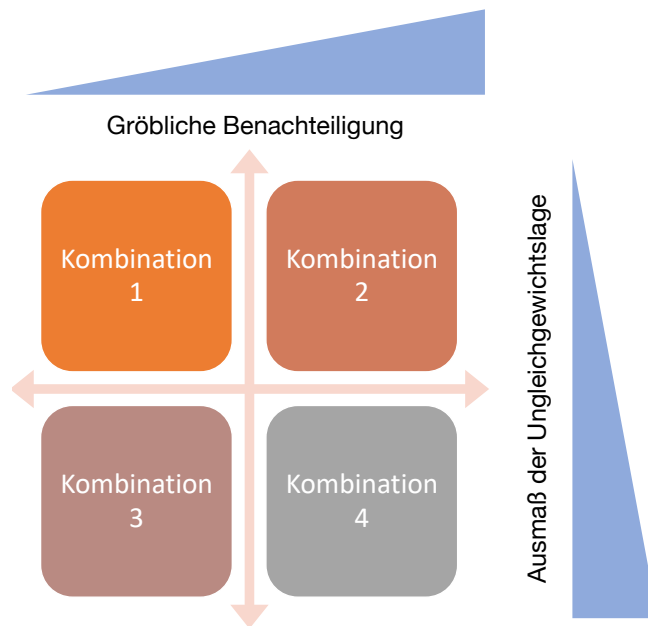


Abbildung 17: Kombinatorischer Ansatz im beweglichen System⁴³³

Im Gegensatz zu § 864 a ABGB („Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind [...]“ – enthält die Norm des § 879 Abs 3 ABGB das Tatbestandsmerkmal der „gröblichen Benachteiligung“. Daraus kann geschlossen werden, dass nicht jede Benachteiligung den Tatbestand der „gröblichen Benachteiligung“ erfüllt. Diese muss eben „gröblich“ sein.

Nach *Krejci*⁴³⁴ sollte man bei der Beurteilung der „Gröblichkeit“ zwischen jenen Fällen, für die der Gesetzgeber dispositive Regeln aufgestellt hat, und den Übrigen unterscheiden.

⁴³³ Eigene Darstellung.

⁴³⁴ *Krejci* in *Krejci* (Hrsg), HBzKSchG (1981) 167 f.

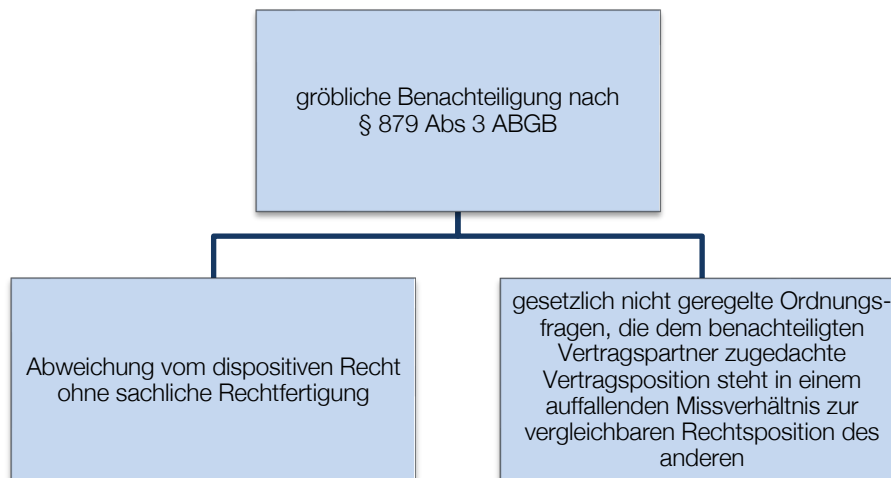


Abbildung 18: Unterteilung der gröblichen Benachteiligung⁴³⁵

Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt.⁴³⁶ Nach der Rechtsprechung des OGH⁴³⁷ ist dies jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht.⁴³⁸ Das dispositive Recht wird als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall gesehen.⁴³⁹

Wo es keinen dispositiv-rechtlichen Maßstab gibt, kann die gröbliche Benachteiligung in Parallele zu § 879 Abs 2 Z 4 beurteilt werden.⁴⁴⁰ Krejci⁴⁴¹ führt in diesem Zusammenhang erklärend aus, dass in Fällen gesetzlich nicht geregelter Ordnungsfragen

⁴³⁵ Eigene Darstellung.

⁴³⁶ Krejci in Krejci, HBzKSchG, 167.

⁴³⁷ RIS-Justiz RS0016914.

⁴³⁸ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 279.

⁴³⁹ RIS-Justiz RS0014676.

⁴⁴⁰ Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 879 Rz 34; einschränkend Graf: „Fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, ist zu fragen, auf welche Weise das gegenständliche Problem ohne die betreffende Klausel geregelt wäre. Inwieweit eine hievon abweichende AGB-Klausel zulässig ist, wird jeweils im Rahmen einer umfassenden, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigenden Interessenabwägung festgestellt“; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 279.

⁴⁴¹ Krejci in Krejci, HBzKSchG, 167.

vertragliche Nebenbestimmungen dann „gröblich“ benachteiligend sind, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition steht.

Im System der beweglichen Elemente hängt die Einstufung der gröblichen Benachteiligung einerseits vom Ausmaß der einseitigen Verschiebung des gesetzlich vorgesehenen Interessenausgleichs und andererseits vom Ausmaß der „verdünnten Willensfreiheit“ der Beteiligten ab.⁴⁴²

Nach der Rechtsprechung⁴⁴³ ist eine in AGB enthaltene Vertragsbestimmung jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“.⁴⁴⁴ Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass die besondere Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners ihren Grund in einer Informationskostenasymmetrie findet.⁴⁴⁵

Nach *Krejci*⁴⁴⁶ ist bei Beurteilung der gröblichen Benachteiligung eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen, insb auch das Zusammenspiel der geprüften Klausel mit anderen Klauseln im Kontext des Gesamtvertrags zu berücksichtigen. Zudem können Nachteile auch durch andere vorteilhafte Vertragsbestimmungen ausgeglichen werden. Zudem schlägt er einen kombinatorischen Ansatz vor.

5.2.4 Anwendbarkeit der Norm § 879 Abs 3 ABGB auch bei Unternehmensgeschäften (B2B)

⁴⁴² F. Bydlinski, Privatautonomie, 122 ff; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 367.

⁴⁴³ OGH 7.6.2011, 5 Ob 42/11d.

⁴⁴⁴ Riedler in *Schwimann/Kodek*⁴ § 879 Rz 34; *Krejci* spricht hier von einer „kombinatorischen Betrachtungsweise“; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 384; Kolmasch in *Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 879 Rz 20.

⁴⁴⁵ Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 278.

⁴⁴⁶ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 380; Bollenberger/P. Bydlinski in *KBB*⁶ § 879 Rz 23.

Hierzu führt der historische Gesetzgeber klar aus, dass die Regelung des § 879 Abs 3 ABGB allgemein sein muss, da auf die durch die Unterlegenheit verursachte Willensbeeinträchtigung abgestellt werden muss. Diese kann in gleichem Maß wie zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher auch zwischen zwei Unternehmern oder zwei Privatleuten bestehen.⁴⁴⁷

Dieser Ansicht folgt auch die Rechtsprechung. So führt der OGH in seiner Entscheidung vom 12.8.2004⁴⁴⁸ aus, dass es ein Wertungswiderspruch wäre, sollten bei anderer Ungleichgewichtslage gröblich benachteiligende Nebenbestimmungen nicht auch unwirksam sein. Weiters führt er aus: *„Der Umstand, dass die Vertragspartner Kaufleute sind, steht der Beurteilung einer vertraglichen Abrede als sittenwidrige Bestimmung keinesfalls grundsätzlich entgegen; allenfalls ist im Einzelfall eine besonders gravierende Ungleichgewichtslage in den durch den Vertrag festgelegten Rechtspositionen zu fordern. Je weniger die Bevorzugung eines Vertragspartners – am dispositiven Recht gemessen – sachlich gerechtfertigt erscheint, desto eher wird auch im Handelsverkehr die Sittenwidrigkeit zu bejahen sein.“*⁴⁴⁹

In seiner Entscheidung vom 16.3.2013⁴⁵⁰ kommt der OGH zu dem Schluss, dass sogar § 6 Abs 1 KSchG über die Verbraucherverträge hinaus Bedeutung hat, weil er erkennen lässt, welche Vertragsregelung der Gesetzgeber für ungültig erachtet, wenn ungleich starke Vertragspartner einander gegenüberstehen.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 46.

⁴⁴⁸ OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i.

⁴⁴⁹ Zur Sittenwidrigkeit von Vertragsbestimmungen im Unternehmensbereich bei Ungleichgewichtslage zB OGH 27.3.2013, 6 Ob 206/12f; OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w; RIS-Justiz RS0119324; R. Pletzer, Erhaltung im Einkaufszentrum, Auslegung und geltungserhaltende Reduktion, wobl 2014, 2.

⁴⁵⁰ OGH 16.10.2013, 7 Ob 154/13t; RIS-Justiz RS0016850.

⁴⁵¹ In der EB zur RV führt der Gesetzgeber aus, dass *„entsprechend der Unterscheidung im (erweiterten) § 879 in objektive Unangemessenheiten, die schon für sich allein die Nichtigkeit bewirken, und in solche, die noch durch subjektive Umstände ergänzt werden müssen, war auch hier nach dem Grad der objektiven Unangemessenheit zu unterscheiden: Bei Vertragsbestimmungen, deren Unangemessenheit einen absolut abzulehnenden Grad erreicht, bedarf es keiner weiteren Erwähnung der Beeinträchtigung der Willensfreiheit; die Unverbindlichkeit ist schon im Sinn des Abs. 1 des § 879 ABGB als gegeben anzusehen (1. Kategorie).“* ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 21.

Nach *Laimer*⁴⁵² ist auch im Unternehmensbereich bei Verwendung von AGB typischerweise und dem damit verbundenen strukturellen Informationsungleichgewicht auch die Gefahr missbräuchlicher Vertragsgestaltung gegeben, weshalb derartige einseitig vorgegebenen Vertragsinhalte der richterlichen Inhaltskontrolle unterworfen sind. Daher wäre auch keine generelle Differenzierung beim Maßstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von AGB-Klauseln zu befürworten, zumal sich ein Unternehmer etwa dann, wenn er Verträge abschließt, die nicht zum Kern seiner produktiven Tätigkeit gehören, vielfach in keiner wesentlich anderen Situation als ein Verbraucher befindet. Dieser Ansicht folgt auch die hL.⁴⁵³

Zu beachten bleibt allerdings, dass der Gesetzgeber das Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis für besonders schutzwürdig hält und die Unterlegenheit des Verbrauchers daher als noch gravierender empfindet als die des dem Verwender von AGB Ausgesetzten.⁴⁵⁴

5.2.5 Beziehung zwischen Sittenwidrigkeit (Abs 1) und Abs 3 des § 879 ABGB

Der historische Gesetzgeber führt in seinen Erläuterungen zur RV aus, dass die Regelung der Sittenwidrigkeit des § 879 Abs 1 grundsätzlich ausreichen würde, um grobe Unbilligkeiten zu erfassen. Da § 879 Abs 1 jedoch in erster Linie auf objektive Umstände, vor allem auf den objektiven Inhalt des Vertrags, abstellt, erfasst er damit nur eine Seite des Problems und liefert daher der Unbeachtlichkeit einer unlauteren Vertragsbestimmung oft nur eine nicht ganz zureichende Begründung.⁴⁵⁵ Nach *Krejci*⁴⁵⁶ hätte man für die Inhaltskontrolle von AGB (insb für die Fälle des Abs 3) mit Abs 1 das

⁴⁵² *Laimer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 879 Rz 267.

⁴⁵³ *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 864a Rz 1; *Krejci* in *Krejci* (Hrsg), HBzKSchG (1981) 167 f; OGH 27.2.2013, 6 Ob 206/12f.

⁴⁵⁴ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 879 Rz 35.

⁴⁵⁵ ErläutRV 744 der Beilagen XIV. GP 46.

⁴⁵⁶ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 367.

Auslangen finden können, sofern die Rechtsprechung Abs 1 entsprechend angewandt hätte. Dies war aber nicht der Fall.

Mit Abs 3 wurde ein bewegliches kombinatorisches System aus den Elementen „Äquivalenzstörung“ und „verdünnte Willensfreiheit“ geschaffen. Anknüpfungspunkte des Abs 3 sind die AGB und VFB, weil – nach Ansicht des OGH⁴⁵⁷ – hier zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise eine anzutreffende Ungleichgewichtslage vorliegt. Diese vertyppte Ungleichgewichtslage kann uE als „Nulllinie“ definiert werden.

Anerkannterweise gibt es aber auch andere Ungleichgewichtslagen. Daher wäre es ein Wertungswiderspruch, sollten nicht auch in anderen Ungleichgewichtslagen gröblich benachteiligende vertragliche Nebenbestimmungen nichtig sein. Der Gesetzgeber hat jedoch davon abgesehen, eine Generalklausel der „Ungleichgewichtslage“ aufzustellen. Der Grund hierfür liegt in der Unbestimmbarkeit einer solchen Generalklausel.⁴⁵⁸ Ob für die Beurteilung derartiger Ungleichgewichtslagen § 879 Abs 3 ABGB analog herangezogen oder Abs 1 des § 879 ABGB im Sinne des Abs 3 konkretisiert wird, ist kaum von Bedeutung.^{459, 460}

Nach *Krejci*⁴⁶¹ erfordert die Allgemeinheit von § 879 Abs 1 ABGB im konkreten Fall immer wieder eine Freilegung der von der Rechtsordnung abzuleitenden Ordnungsgesichtspunkte, die eine Annahme der Sittenwidrigkeit rechtfertigen. Der Tatbestand der Sittenwidrigkeit spricht das „Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft“ an. Er verweist einerseits auf das ungeschriebene Recht, einschließlich der natürlichen Rechtsgrundsätze, und ruft den Rechtsanwender zur Ergänzung unvollständiger Gesetze, zu

⁴⁵⁷ OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i.

⁴⁵⁸ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 371; OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i.

⁴⁵⁹ *Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 452; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 371; *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG, 141.

⁴⁶⁰ In dieser Entscheidung vom 12.8.2004 lässt es der OGH jedoch offen, ob § 879 Abs 3 ABGB analog herangezogen oder Abs 1 des § 879 ABGB im Sinne des Abs 3 konkretisiert wird; OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i.

⁴⁶¹ *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG, 141.

Analogie und teleologischer Reduktion auf.⁴⁶² Letztendlich ist die Sittenwidrigkeitsformel des § 879 Abs 1 ABGB nichts anderes als eine Ermunterung des Gesetzgebers in Richtung Rechtsanwender, bei der Feststellung von Rechtslücken und ihrer Schließung durch mitunter weitgreifende Rechtsanalogien nicht zu zaghaft zu sein. Im gegebenen Zusammenhang bieten sich die Überlegungen zu Abs 3 als Konkretisierungsansatz für § 879 Abs 1 ABGB an.⁴⁶³

Mit der Schaffung des Abs 3 hat der Gesetzgeber daher die Rechtsprechung veranlasst, ihr bisheriges Verständnis der Sittenwidrigkeit zu verfeinern und zu schärfen. Durch Abs 3 sollte ein bewegliches System derart geschaffen werden, dass an die objektive Angemessenheit von Vertragsbestandteilen ein umso strengerer Maßstab zu legen ist, je „verdünnter“ der Wille des benachteiligten Vertragspartners ist. Dieser Gedanke soll durch Abs 3 im Gesetz ausgedrückt werden, um der Rechtsanwendung eine bessere Stütze bei der Prüfung des Vertragsinhalts zu geben.⁴⁶⁴

Dass – so *Krejci*⁴⁶⁵ – Abs 3 nur für typische Ungleichgewichtslagen gilt, schließt nicht aus, dass, sobald Abs 3 wegen Vorliegens einer solchen typischen Ungleichgewichtslage anwendbar ist, die Umstände des konkret vorliegenden Einzelfalls geprüft werden. Im Übrigen ist in problematischen Fällen auch Abs 1 anwendbar.⁴⁶⁶

In der Rechtsprechung ist es anerkannt, dass die unverhältnismäßige Beeinträchtigung (auch nur dispositivrechtlich) geschützter Interessen des Vertragspartners durch vertragliche Regelungen zugunsten des überlegenen, den Benachteiligten unter Druck setzenden Partners sittenwidrig iSd § 879 ABGB ist. Äquivalenzstörung und

⁴⁶² P. Bydlinski, Recht I, I⁹ Rz 7/37.

⁴⁶³ *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG, 141.

⁴⁶⁴ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 367.

⁴⁶⁵ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 371.

⁴⁶⁶ „Die dort als Nichtigkeitssanktion verankerte Sittenwidrigkeit ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die vorzunehmende Abwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollisionen ein grobes Missverhältnis zwischen den durch entsprechende Vertragsbestimmungen geförderten Interessen des einen Vertragsteils und den zurückgesetzten Interessen des anderen ergibt.“ OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i.

„verdünnte Willensfreiheit“ ergeben in Kombination das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit.⁴⁶⁷

*Krejci*⁴⁶⁸ sieht die Angemessenheitsprüfung⁴⁶⁹ nach Abs 3 strenger als jene der sonstigen Haupt- und Nebenbestimmungen im Sinne der Abs 1 und 2.⁴⁷⁰ Dies jedoch einschränkend auf die (Un-)Angemessenheitsprüfung der Abweichungen vom nachgiebigen Recht des Benachteiligten.⁴⁷¹ Auch für *Graf*⁴⁷² ist eine Interpretation, nach welcher der Maßstab der gröblichen Benachteiligung strenger ist als jener der Sittenwidrigkeit naheliegend.⁴⁷³

Dem mag wohl grundsätzlich uneingeschränkt zuzustimmen sein, da gerade das nachgiebige Recht als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall zu sehen ist.⁴⁷⁴ Einschränkend ist dem uE doch nur für den vertypen Fall des Vorliegen von AGB bzw Vertragsformblättern zu folgen. Werden andere Fälle von Ungleichgewichtslagen analog zu Abs 3 betrachtet, kann diese Aussage nicht mehr aufrechterhalten werden, da die Fälle des Abs 3 – bei systematischer Betrachtungsweise – ebenso wie die des Abs 2 Konkretisierungen der Generalklausel des Abs 1 sind.⁴⁷⁵

Demnach verwirklicht die gröbliche Benachteiligung den Tatbestand der Sittenwidrigkeit. Auch der Meinung von *Welser/Kletečka*,⁴⁷⁶ nach welcher es sich bei § 879

⁴⁶⁷ OGH 19.12.2002, 8 ObA 129/02g; OGH 10.12.1993, 9 ObA 234/93.

⁴⁶⁸ *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG, 164.

⁴⁶⁹ Stellt der JA immer noch auf unangemessene AGB und VFB ab; AB 1223 BlgNR XIV. GP 5.

⁴⁷⁰ Vgl auch *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 291.

⁴⁷¹ Fraglich, da nach den Ausführungen des JA der Gesetzgeber mit der „neuen“ Regelung des Abs 3 eine wesentlich einfachere Fassung schaffen wollte; AB 1223 BlgNR XIV. GP 5.

⁴⁷² *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 291.

⁴⁷³ RIS-Justiz RS0016925; OGH 25.2.1999, 6 Ob 320/98x,

⁴⁷⁴ RIS-Justiz RS0014676.

⁴⁷⁵ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 367.

⁴⁷⁶ Dagegen vertreten *Welser/Kletečka* die Sicht, nach welcher es sich bei § 879 Abs 3 nur um eine Beweislastumkehr für das Vorliegen einer Ungleichgewichtslage handelt; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 436.

Abs 3 nur um eine Beweislastumkehr für das Vorliegen einer Ungleichgewichtslage handelt, dürfte nicht zu folgen sein.

UE ist schlussendlich bei subjektiv-teleologischer Betrachtungsweise aber bei Vorliegen vergleichbarer vertyppter Ungleichgewichtslagen einer analogen Anwendung der Vorzug zu geben.

5.3 Rechtsfolgen (Pircher)

5.3.1 Geltungskontrolle nach § 864 a

Ist der Tatbestand des § 864 a erfüllt, so wird die betroffene Klausel nicht Vertragsbestandteil. Nach *Riedler*⁴⁷⁷ findet diese Nichtgeltung der Klausel ihre Rechtfertigung in dem Umstand, dass der Verwender der AGB schon nach vertrauenstheoretischen Prinzipien nicht auf eine Zustimmung des unterwerfenden Partners zu dieser ungewöhnlichen und nachteiligen Bestimmung vertrauen darf. Der (Rest-)Vertrag gilt grundsätzlich ohne die Klausel (Restgültigkeit des Vertrags).

In der Lehre ist strittig, ob § 864 a zu relativer oder absoluter Nichtigkeit führt.⁴⁷⁸ Der OGH vermag sich jedoch der These der „relativen Nichtigkeit“ einer gegen § 864 a ABGB verstoßenden Bestimmung und vom Erfordernis der ausdrücklichen Geltendmachung dieses Umstands nicht anzuschließen.⁴⁷⁹

5.3.2 Inhaltskontrolle § 879 Abs 3 ABGB

⁴⁷⁷ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 864a Rz 43.

⁴⁷⁸ RIS-Justiz RS0014662; ablehnend *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 864a Rz 29; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 864a Rz 47.

⁴⁷⁹ RIS-Justiz RS0014676.

Liegen gem § 879 Abs 3 die Voraussetzungen vor, bewirkt dies die Nichtigkeit der gröblich benachteiligenden Vertragsklauseln, der restliche Vertrag bleibt gültig.⁴⁸⁰

Verstößt eine Klausel nur teilweise gegen Abs 3, ist sie nach Möglichkeit geltungserhaltend auf den erlaubten Inhalt zu reduzieren.⁴⁸¹

Ziel der geltungserhaltenden Reduktion ist es, den völligen Wegfall einer unzulässigen Klausel und die dadurch eintretende Ersetzung durch das dispositive Recht zu verhindern.⁴⁸² Es kommt dadurch lediglich zu einer Beschneidung der unzulässigen Klausel auf den zulässigen Restinhalt. Die Klausel ist nur insoweit unzulässig, als die gröbliche Benachteiligung reicht.⁴⁸³ Bei dieser Vorgangsweise ist vom Richter der hypothetische Parteiwille (als roter Faden) zu berücksichtigen.⁴⁸⁴

Wenn die in der nichtigen Klausel behandelte Ordnungsfrage einer Regelung bedarf, hat – ähnlich der ergänzenden Vertragsauslegung – eine Ergänzung anhand des dispositiven Rechts und des hypothetischen Parteiwillens, mangels dessen Feststellbarkeit nach redlicher Verkehrsübung, zu erfolgen.⁴⁸⁵

Für *Schurr*⁴⁸⁶ ist die geltungserhaltende Reduktion von der Vertragsauslegung strikt abzugrenzen. Die Vertragsauslegung bewirkt hauptsächlich die richtige Einordnung der Bestimmung in den Gesamtkontext des Vertrags sowie die Schließung von Regelungslücken. Dagegen wird bei Vorliegen einer (teil-)nichtigen Vertragsbestimmung die Technik der geltungserhaltenden Reduktion zugrunde gelegt. Hier tritt an die

⁴⁸⁰ Riedler in *Schwimann/Kodek*⁴ § 879 Rz 54; Kolmasch in *Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 879 Rz 24.

⁴⁸¹ Kolmasch in *Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 879 Rz 18; OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w; OGH 13.11.2013, 7 Ob 143/13z; RIS-Justiz RS0127810.

⁴⁸² Schurr in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 6 KSchG Rz 10. Voraussetzung ist, dass die Klausel inhaltlich unanständig ist; Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 299.

⁴⁸³ OGH 29.5.1996, 3 Ob 2004/96v, OGH 17.1.2013, 7 Ob 93/12w; RIS Justiz RS0127810; OGH 13.11.2013, 7 Ob 143/13z; Iro, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln „soweit gesetzlich zulässig“? RdW 1987, 7.

⁴⁸⁴ Schurr in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 6 KSchG Rz 10.

⁴⁸⁵ Bollenberger/P. Bydlinski in *KBB*⁶ § 879 Rz 30.

⁴⁸⁶ Schurr in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 6 KSchG Rz 11.

Stelle der missbilligten Klausel eine neue Klausel, deren Inhalt bei Vertragsabschluss nicht absehbar ist, sondern erst durch das Gericht festgelegt wird.

Dagegen sieht Vonkilch⁴⁸⁷ zwischen diesen Methoden durchaus Ähnlichkeiten: „Der Unterschied besteht bloß darin, dass es im Zusammenhang mit der interessengerechten Auslegung um die Ermittlung eines optimalen Interessenausgleichs zwischen den Vertragsteilen im Rahmen des vertraglichen Vagheitsbereiches geht, wohingegen Kassation einer (standard-)vertraglichen Regelung qua § 879 Abs 3 erst bei Vorliegen eines sachlich nicht mehr zu rechtfertigenden Missverhältnisses bezüglich der Berücksichtigung der jeweiligen Interessen der Vertragsteile stattzufinden hat.“

Der OGH kommt in seiner Entscheidung vom 23.5.2006⁴⁸⁸ zum Schluss, dass die Vertragsanpassung nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung und -ergänzung zu erfolgen hat. Die Suche nach einer angemessenen Regelung hat sich daran zu orientieren, was redliche und vernünftige Parteien bei angemessener Berücksichtigung der Interessen beider Teile vereinbart hätten, wenn sie sich bei Vertragsschluss der Ungültigkeit der von ihnen gewollten Klausel bewusst gewesen wären.

Beim Begriff der „Vertragsbestimmung“ handelt es sich um einen abgeschlossenen Regelungsbereich, der im Gesamtzusammenhang des Vertragswerks inhaltlich und formell zu betrachten ist. So können in einer Ziffer allgemeiner Geschäftsbedingungen mehrere Vertragsbestimmungen, dh mehrere abgeschlossene Regelungsbereiche, enthalten sein. Die Frage der geltungserhaltenden Reduktion ist dann für jede Vertragsbestimmung gesondert zu betrachten.⁴⁸⁹

Die geltungserhaltende Reduktion kann nur zu einer quantitativen Veränderung der in der anstößigen Klausel vorgesehenen Rechtsfolgen führen. Eine qualitative Veränderung oder eine Veränderung des Tatbestands, an den die Klausel anknüpft, ist hingegen nicht möglich.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 201.

⁴⁸⁸ OGH 23.5.2006, 4 Ob 10/06h.

⁴⁸⁹ Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 6 KSchG Rz 10.

⁴⁹⁰ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 299.

Die Nichtigkeit einer Vertragsklausel kann jedoch nicht zum Entstehen eines Rechts des Vertragspartners führen, welches er sonst weder nach dem Vertrag noch nach dem Gesetz hätte.⁴⁹¹

*Riedler*⁴⁹² führt an, dass *Fitz* die geltungserhaltende Reduktion überschießender AGB-Klauseln ablehnt, gibt aber unter einem zu bedenken, dass der völlige Entfall der unzulässigen Klausel zu einem vom hypothetischen Parteiwillen mitunter stark abweichenden Ergebnis führt, insb wenn die belastende Klausel mit einer anderen gekoppelt ist, die den Vertragspartner des Verwenders der AGB begünstigt, weshalb die geltungserhaltende Reduktion grundsätzlich zu bejahen ist. Soweit jedoch der Verwender bewusst eine unerlaubte Klausel verwendet oder wo es offenkundig ist, dass die Klausel die Grenzen des Zulässigen überschreitet, ist der Verwender in seinem Vertrauen auf das Vereinbarte nicht schutzwürdig und die Klausel daher zur Gänze nichtig. An ihre Stelle tritt das dispositive Recht bzw die ergänzende Vertragsauslegung.⁴⁹³

5.3.3 Auslegung der AGB

Nach der hL⁴⁹⁴ erfolgt die Auslegung von AGB nach den §§ 914 f ABGB auf Basis der Vertrauens Theorie. Maßgebend ist daher, welchen Regelungsgehalt der konkrete Unterwerfende als redlicher Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung aller Umstände zugrunde legen musste und durfte. Für die Zustimmungserklärung des Unterwerfenden ist maßgebend, was der Verwender der AGB bei Würdigung der Zustimmungserklärung des Unterwerfenden entnehmen durfte und entnommen hat.

Umstände, die nur dem Aussteller der AGB bekannt sein konnten, haben daher außer Betracht zu bleiben. Es ist primär jenes Verständnis relevant, das der konkrete Erklärungsempfänger redlicher- und vernünftigerweise der Erklärung des anderen Teils

⁴⁹¹ OGH 27.8.2015, 1 Ob 157/15t.

⁴⁹² *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 879 Rz 54.

⁴⁹³ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 299.

⁴⁹⁴ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 864a Rz 53; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 864a Rz 30.

entnehmen konnte.⁴⁹⁵ Soweit die AGB nicht Gegenstand von Vertragsverhandlungen waren, sind sie objektiv auszulegen, sodass also maßgebend ist, mit welchem Regelungsgehalt sich die AGB-Klauseln einem typischen durchschnittlichen Angehörigen aus dem angesprochenen Adressatenkreis erschließen, insb nach dem Vertragszweck und der Übung des redlichen Verkehrs.⁴⁹⁶ Unklarheiten gehen zulasten des Verwenders.⁴⁹⁷

5.4 Prüfungsablauf der Inhaltskontrolle (Pircher)

5.4.1 Festlegung der Rahmenbedingungen

Für den Bereich der AGB und der Vertragsformblätter hat die Lehre folgenden Prüfungsablauf festgelegt.⁴⁹⁸

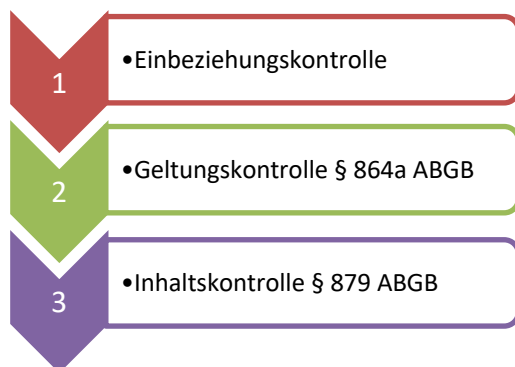


Abbildung 19: Prüfungsablauf Kontrolle Vertragsbestimmungen⁴⁹⁹

Bei Bestandverträgen im Tourismusbereich (worauf sich die gegenständliche Arbeit beschränkt) ist wohl davon auszugehen, dass die Verwendung „klassischer“ AGB bzw

⁴⁹⁵ Allgemeine Versicherungsbedingungen sind nach Vertragsauslegungsgrundsätzen auszulegen. Die Auslegung hat sich daher am Maßstab des durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers zu orientieren; RIS-Justiz RS0050063; OGH 4.6.1996, 1 Ob 503/96.

⁴⁹⁶ OGH 10.9.1996, 3 Ob 2327/96v.

⁴⁹⁷ Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 864a Rz 35.

⁴⁹⁸ ZB P. Bydlinski, Recht I, I⁹ Rz 6/23.

⁴⁹⁹ Eigene Darstellung.

VFB eher die Ausnahme sein wird. Der dem Abs 3 des § 879 ABGB zugrunde gelegte typisierte Fall des Ungleichgewichts dürfte hier nicht vorliegen.

In der Regel werden hier (nach Einigung der Hauptleistungspflichten) seitens des Bestandgebers Vertragsverfasser (Notar oder Rechtsanwalt) zugezogen und dem Bestandnehmer in der Regel ein vorformulierter Vertragsentwurf (vorformulierte Vertragsbestimmungen – VVB) übermittelt.⁵⁰⁰ Unterwirft sich der Bestandnehmer dieser vorformulierten Erklärung, so ist eine (vergleichbare) Ungleichgewichtslage anzunehmen.⁵⁰¹ Diese wird anhand analoger Anwendung des § 879 Abs 3 geprüft. Zum Prüfungsgegenstand des Ausmaßes der Ungleichgewichtslage wird auf Abbildung 20 verwiesen.

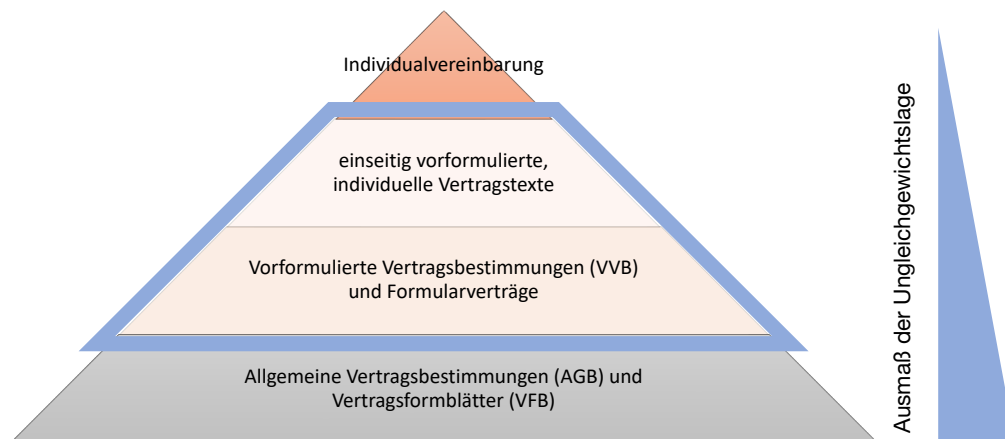


Abbildung 20: Betrachtungsebene der Ungleichgewichtslage („verdünnte Willensfreiheit“)⁵⁰²

Bei der beschriebenen Ungleichgewichtslage dürfte das Thema der Geltungskontrolle eher ein geringeres sein und wird dieses daher im Rahmen des theoretischen Prüfkonzepts vernachlässigt.

⁵⁰⁰ In seiner Entscheidung vom 27.2.2013 führt der OGH aus, dass Mietverträge, welche im Wege automatischer Textverarbeitung erstellt werden, die heutzutage üblicherweise von Hausverwaltungen und professionellen Vermietern verwendet und individuell adaptiert würden, den VFB, die in der Praxis aufgrund der nunmehr gegebenen technischen Möglichkeiten kaum mehr Verwendung fänden, gleichzustellen seien; auch in einem solchen Fall liegt ja regelmäßig kein im Einzelfall ausgehandelter Vertrag vor; OGH 27.2.2013, 6 Ob 206/12f.

⁵⁰¹ In diesem Sinne insb auch OGH 12.8.2004, 1 Ob 144/04i.

⁵⁰² Eigene Darstellung.

5.4.1 Prüfschema

Die weitere Untersuchung beschränkt sich daher auf die Inhaltskontrolle vertraglicher Nebenbestimmungen. Dies erfolgt auf einem zweistufigen Konzept:

1. Die Überprüfung der Vertragsbestimmung im Sinne des Abs 3, ob diese im beweglichen System als nichtig einzustufen ist. Zudem soll eine Schließung der (theoretischen) Vertragslücke anhand des nachgiebigen Rechts erfolgen.
2. Liegt eine Nichtigkeit vor, so wird analysiert, inwieweit eine Anpassung der Klausel notwendig wäre, um eine Nichtigkeit ausschließen zu können.

Ergänzend darf angeführt werden, dass sich das theoretische Prüfungskonzept auf B2B-Verträge beschränkt. Da es sich hier um ein theoretisches Konzept handelt, kann natürlich auch keine ergänzende Vertragsauslegung in Form einer Erforschung des hypothetischen Parteiwillen Platz greifen; es geht da ausschließlich um den Sinn der Bestimmung.

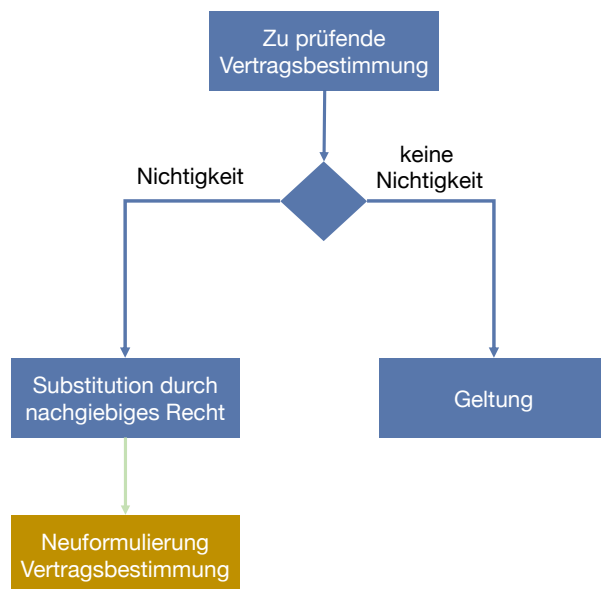


Abbildung 21: Theoretisches Prüfungskonzept⁵⁰³

⁵⁰³ Eigene Darstellung.

5.5 Fälle (Pircher)

5.5.1 Umkehr der Preis- und Leistungsgefahr

5.5.1.1 Überbindung der Preisgefahr auf den Bestandnehmer

Mit den Normen §§ 1104 und 1105 ABGB hat der Gesetzgeber dem Bestandgeber die Preisgefahr zugeordnet. Bei den §§ 1104 f ABGB handelt es sich um dispositives Recht.⁵⁰⁴ Natürlich können die Parteien kraft privatautonomer Willensübereinkunft vom gesetzlichen Risikoverteilungsmodell der §§ 1104 f ABGB abweichen. doch bedeutet diese Abweichung eine Benachteiligung der unterlegenen Vertragspartei, ist gerade das nachgiebige Recht als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall zu sehen.⁵⁰⁵

Diese muss jedoch noch nicht gröblich benachteiligend sein.⁵⁰⁶ Eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners liegt vor, wenn es für die Abweichung von den dispositiven Regelungen des Gesetzes keine sachliche Rechtfertigung gibt.⁵⁰⁷ Nach der Rechtsprechung des OGH⁵⁰⁸ ist dies jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht.⁵⁰⁹

Die Verwirklichung wirtschaftlicher Interessen – wie im gegebenen Fall – in Form der Umkehr der Vorstellungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Risikoverteilung vermag uE sachlich nicht gerechtfertigt sein. Daher muss diese gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB – in Verbindung der vorliegenden

⁵⁰⁴ Pesek in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1104 ABGB Rz 16; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§, 1108 Rz 10; Höllwerth in *GeKo Wohnrecht I* § 1104 ABGB Rz 8.

⁵⁰⁵ RIS-Justiz RS0014676.

⁵⁰⁶ Vgl im Detail die Ausführungen zu Pkt 5.2.3.

⁵⁰⁷ *Krejci* in *Krejci*, HBzKSchG, 167; wird das nachgiebige Recht als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall gesehen; RIS-Justiz RS0014676.

⁵⁰⁸ RIS-Justiz RS0016914.

⁵⁰⁹ Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 279.

(angenommenen) Ungleichgewichtslage – zu einer (Teil-)Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmung führen.⁵¹⁰

Zur Frage, inwieweit ein Ausschluss der Norm § 1104 ABGB im Sinne dieser Ausführungen zu rechtfertigen wäre, gibt der OGH in seinem Gutachten⁵¹¹ mit seiner Begründung der Sittenwidrigkeit unter anderem die Antwort. Demnach wäre (im Sinne eines Umkehrschlusses) keine Sittenwidrigkeit⁵¹² gegeben, sofern für die Übernahme der Gefahr für außerordentliche Zufälle durch den Pächter eine „ausgleichende Gegenleistung“ vereinbart wird. So wird die Vereinbarung eines niedrigeren Pachtzinses angeführt.⁵¹³ Denkbar wäre uE auch eine Versicherungslösung für den Bestandnehmer (falls eine solche möglich ist) derart, dass der Bestandgeber die Kosten der Prämie übernimmt.⁵¹⁴

Dagegen handelt es sich bei Satz 1 des § 1105 ABGB um eine Regelung der Zinsminderung bei Mietverträgen. Bei subjektiv-teleologischer Betrachtungsweise wollte der Gesetzgeber bewusst zwischen Miete und Pacht unterscheiden.^{515, 516}

Im Gegensatz zu § 1096 Abs 1 ABGB letzter Satz handelt es sich bei § 1105 ABGB ebenfalls um nachgiebiges Recht.⁵¹⁷ Dh der Gesetzgeber erachtet es für zulässig, dass im Falle eines beschränkten Gebrauchs des Mietgegenstands der Mieter auf sein Mietzinsminderungsrecht verzichtet. Grundsätzlich dürfte der Ausschluss der Zinsminderung für den Mieter weniger nachteilig sein als der Verzicht auf eine

⁵¹⁰ Zustimmend Kronthaler, RdW 2020, 320 (324).

⁵¹¹ „Es könnte sich hier im einzelnen Falle herausstellen, daß die Kriegsklausel den wahren Willen der Parteien nicht zum Ausdruck bringt, oder daß deren Geltendmachung seitens des Verpächters die Ausbeutung der Haftungserklärung des Pächters in einem von den Parteien bei Vertragsabschlusse gar nicht beabsichtigten Umfange bedeuten würde und aus diesem Grunde gegen die guten Sitten verstoße“; JMBVBl 1918, 276 f.

⁵¹² Zum Zeitpunkt (1918) des Gutachtens war eine Einstufung nur als Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 möglich; vgl in diesem Zusammenhang Pkt 3.2.1 und Pkt 3.2.5.

⁵¹³ Zustimmend Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1106 ABGB Rz 1; Zeiller, Kommentar III/2, 428; Hochleitner, ÖJZ 2020, 533 (539 f).

⁵¹⁴ Wobei es zweifelhaft erscheint, ob eine Versicherung ein derartiges Risiko übernimmt.

⁵¹⁵ Vgl in diesem Zusammenhang insb Pkt 4.2.

⁵¹⁶ Einschränkung zur nachträglichen Lücke vgl 4.2.5 dieser Arbeit.

⁵¹⁷ Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1105 ABGB Rz 21; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1108 Rz 10; Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1105 ABGB Rz 7.

Mietzinsbefreiung. Im Sinne der Ausführungen des vorangehenden Punkts lässt sich aber hier eine sachliche Rechtfertigung nicht erblicken, somit auch hier von einer Nichtigkeit dieser Vertragsregelung auszugehen sein wird. Ist diese Klausel nichtig, so tritt die Regelung von Satz 1 von § 1105 ABGB wieder in den Vordergrund.

Im Falle einer ausgleichenden Gegenleistung für die Übernahme dieser Preisgefahr durch den Bestandnehmer kann von einem rechtmäßigen Bestand der angeführten Vertragsbestimmung uE ausgegangen werden. Die Höhe dieser Gegenleistung wird sich wohl auch an versicherungsmathematischen Risikoberechnungen orientieren können, doch muss diese (bei konsequenter Betrachtungsweise) geringer ausfallen als bei der Überbindung der Preisgefahr im Falle der Gebrauchsuntauglichkeit des Mietgegenstands.

Zusammenfassend dürfte im Falle der vertraglichen Umkehr der vom Gesetzgeber vorgesehenen Risikoverteilungen im Falle außerordentlicher Zufälle (bei vorgegebener Ungleichgewichtslage) von einer Nichtigkeit der Vertragsbestimmung auszugehen sein. Somit müsste im Zuge der geltungserhaltenden Reduktion § 1104 bzw § 1105 Satz 1 ABGB wiederum zur Anwendung gelangen. Nur im Falle einer ausgleichenden Gegenleistung für die Übernahme der Preisgefahr durch den Bestandnehmer kann von einem rechtmäßigen Bestand der angeführten Vertragsbestimmung uE ausgegangen werden. Die Höhe dieser Gegenleistung wird sich wohl an versicherungsmathematischen Risikoberechnungen orientieren können.

Einschränkend muss jedoch angeführt werden, dass das Argument einer angemessenen Gegenleistung – in Form eines reduzierten Bestandentgelts⁵¹⁸ – nicht zum Scheinargument gemacht werden darf.⁵¹⁹ Eine Rechtfertigung einer Zulässigkeit (in kombinatorischer Betrachtungsweise) der vom dispositiven Recht abweichenden Regelung kommt vielmehr nur allein dann in Frage, wenn der Unterschied zwischen Bestandzins (als reduziertes Entgelt) und Marktmiete für Bestandnehmer hinreichend transparent

⁵¹⁸ Zum Preisargument auch zB OGH 11.3.2008, 4 Ob 5/08a; OGH 7.8.2008, 6 Ob 253/07k.

⁵¹⁹ Nach *Krejci* ist der richtige Preis oft nicht feststellbar; *Krejci* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 380; auch der historische Gesetzgeber hat ausgeführt, dass sich der Verwender die Gültigkeit unlauterer Bestimmungen nicht dadurch erkaufen können solle, dass er dafür – meist ohnehin nur vorgeblich – einen geringeren Preis für seine Leistung verlange, ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 47.

gemacht wird. Ein Hinweis, dass die Übernahme der Preisgefahr „*als Vertragsgrundlage in der wirtschaftlichen Kalkulation des Zinses berücksichtigt wurde*“ erscheint jedenfalls jedoch zu intransparent und unzureichend.

5.5.1.1 *Zusätzliche Überbindung der Leistungsgefahr auf den Bestandnehmer*

Aufgrund der Nachgiebigkeit der Normen § 1104 und 1105 ABGB kann dem Bestandnehmer auch grundsätzlich die Leistungsgefahr im Falle außerordentlicher Zufälle überbunden werden. Im Sinne der Ausführungen zu Pkt 5.5.1.1 bedarf es auch hier für eine rechtmäßige Geltung der Übertragung der Leistungsgefahr ebenfalls einer *ausgleichenden Gegenleistung*.

Im Falle der Zulässigkeit (mit angemessener Gegenleistung) einer Vertragsbestimmung – welche zu einer Umkehr der Risikoverteilung führt – sind noch die Bestimmungen des § 1106 ABGB zu berücksichtigen, welche als Auslegungsregel zu sehen sind.⁵²⁰

Die Auslegungsregeln des § 1106 sehen vor, dass der Bestandnehmer bei „unbestimmter“ Gefahrübernahme einschränkend nur die Gefahr für Feuer-, Wasserschäden und Wetterschläge zu tragen hat. Soll der Bestandnehmer die Gefahr über die genannten Risiken hinaus für weitere oder alle außerordentlichen Zufälle wirksam übernehmen, dann muss er dies zweifelsfrei erklärt haben. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass er die Gefahr für „*alle – auch die in § 1106 ABGB nicht genannten – außerordentlichen Zufälle*“ übernimmt.⁵²¹

In diesem Fall besteht aber eine Zweifelsregel, wonach der Bestandnehmer nicht auch für den zufälligen Untergang des Bestandobjekts haften wollte, also nur die Preis-, aber nicht die Leistungsgefahr übernommen hat.⁵²² Die vertragliche Überbindung der

⁵²⁰ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1108 Rz 1.

⁵²¹ Pesek in Schwimann/Kodek⁴ § 1104 ABGB Rz 3 ff.

⁵²² Iro/Rassi in KBB⁶ § 1106 Rz 1.

Gefahr für den Sachuntergang durch einen außerordentlichen Zufall muss daher ausdrücklich vereinbart werden.⁵²³

5.5.2 Ausschluss § 1117 ABGB

Nach *Höllwerth*⁵²⁴ können Dauerschuldverhältnisse aus wichtigen Gründen aufgelöst werden können, wenn einem Teil die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.⁵²⁵ Dieser Grundsatz wird insb aus den speziellen bestandrechtlichen Regelungen der §§ 1117 f abgeleitet.

Obwohl es sich bei der Norm des § 1117 ABGB um nachgiebiges Recht handelt, ist nach Lehre⁵²⁶ und Rechtsprechung⁵²⁷ der gänzliche Ausschluss der vorzeitigen Auflösung aus wichtigem Grund sittenwidrig.⁵²⁸

Dem wird wohl zuzustimmen sein. Doch stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob für die Fälle der Unbrauchbarkeit/Unbenützbarkeit oder des Entzugs beträchtlicher Teile durch Zufall auf eine längere Zeit ein Verzicht des Bestandnehmers auf vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden kann.

Nach dem Willen des Gesetzgebers⁵²⁹ kann der Bestandnehmer in den Fällen des §§ 1104 f ABGB nur zwischen Rücktritt und Zinsbefreiung/Zinsminderung wählen.⁵³⁰

⁵²³ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1104 ABGB Rz 3 ff.

⁵²⁴ *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* §§ 1117 ABGB Rz 2.

⁵²⁵ Auch RIS-Justiz RS0018377; RIS-Justiz RS0027780; RIS-Justiz RS0018305; RS0018886 (T15).

⁵²⁶ *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* §§ 1117 ABGB Rz 12; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1117 Rz 8; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1117 ABGB Rz 7.

⁵²⁷ RIS-Justiz RS0016630; RIS-Justiz RS0018305; RIS-Justiz RS0027780.

⁵²⁸ Obwohl ein langfristiger Kündigungsverzicht überwiegend als zulässig erachtet wird; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1117 ABGB Rz 3; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1117 ABGB Rz 7 und 12; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1117 Rz 8.

⁵²⁹ Vgl Pkt 4.

⁵³⁰ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 Rz 3; *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1104 ABGB Rz 6 und § 1105 ABGB Rz 6; *Pesek* in *Schwimann/Neumayr*, TaKom⁵ § 1104 ABGB Rz 1; *Pesek* in

Die Beschränkung dieser Wahlmöglichkeit – bei gegebener Ungleichgewichtslage – dürfte wohl zu einer Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmung führen.

Für einen Ausschluss der Nichtigkeit bedarf es uE hier wohl auch einer ausgleichenden Gegenleistung.

5.5.3 Erweiterung der Rücktrittsgründe nach § 1118 ABGB

Die Rechtsprechung hat mehrfach den Standpunkt vertreten, dass die Auflösungsgründe des § 1118 ABGB taxativ aufgezählt und einer Erweiterung im Analogieweg nicht zugänglich sind. Nach *Höllwerth*⁵³¹ wird jedoch bisweilen auch die Relevanz weiterer Auflösungsgründe erwogen, wofür freilich Umstände vorliegen müssen, die denen im § 1118 ABGB genannten an Bedeutung gleichkommen und die weitere Aufrechterhaltung des Vertrags unzumutbar machen.⁵³²

In Pkt 4.4.5.2 wurde der Schluss gezogen, dass weder bei subjektiv-teleologischer Betrachtung noch bei objektiv-teleologischer Interpretation der Norm des § 1118 ABGB ein weiterer Rücktrittsgrund zu erblicken wäre. Eine Erweiterung der Auflösungsgründe erscheint uE jedoch zulässig.

Wird demnach vereinbart, dass in den Fällen des außerordentlichen Zufalls im Sinne der §§ 1104 ABGB dem Bestandgeber eine Auflöserecht zusteht, so stellt sich die Frage einer gröblichen Benachteiligung. Dies wäre uE wohl gegeben, wenn dem Bestandnehmer keine angemessene Gegenleistung gewährt wird.

Die vertragliche Erweiterung der Auflösungsgründe des § 1118 ABGB um andere Tatbestände, mögen sie auch als Kündigungsgründe anerkannt sein, ist im

*Schwimmann/Kodek*⁴ § 1104 ABGB Rz 16 und § 1105 ABGB Rz 22; OGH 13.12.1990, 8 Ob 610/90; RIS-Justiz RS0021457; RIS-Justiz RS0102015.

⁵³¹ *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1117 ABGB Rz 3.

⁵³² Die wichtigen Gründe müssen hier ein größeres Gewicht haben, und die vorzeitige Auflösung kann nur das äußerste Notventil bilden; *Pesek* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1118 ABGB Rz 7; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1118 Rz 17.

Anwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes unzulässig.⁵³³ Es ist aber die Vereinbarung eines Kündigungsgrundes nach § 30 Abs 2 Z 13 MRG grundsätzlich zulässig und muss für den Vermieter wichtig und bedeutsam sein,⁵³⁴ wobei wirtschaftliche Motive des Vermieters als nicht zulässig erachtet werden.⁵³⁵

5.5.4 (Teilweiser) Anspruch des Bestandgebers auf die Förderung des Bestandnehmers

Zur Frage, ob eine gesetzliche Verpflichtung besteht, dass der Fixkostenzuschuss für den Ersatz des Mietausfalls zu widmen ist, wird in der Lehre⁵³⁶ einerseits die Meinung vertreten, dass die öffentliche Zuwendung nicht für die Abdeckung des gesetzlichen Mietzinsausfalls geeignet ist. Andererseits wird die Meinung vertreten, dass es sich beim Bestandentgelt um Fixkosten handelt und somit der Deckung des Bestandentgelts dient.⁵³⁷

In seiner Entscheidung vom 25.11.2021⁵³⁸ kommt der OGH (auf Basis geltender Verordnung und Richtlinien) zu dem Ergebnis, dass es sich beim „Fixkostenzuschuss I“ nicht um eine Zuwendung handelt, welche für eine Widmung des gesetzlichen Mietzinsausfalls geeignet ist. Zudem wird bekräftigend auf den Umstand verwiesen, dass den Bestandnehmer nach Pkt 3.1.6 der Richtlinien eine Schadensminderungsobliegenheit (im Sinne einer Mietzinsminderung) gegenüber der COFAG trifft.⁵³⁹

⁵³³ RIS-Justiz RS0020872.

⁵³⁴ *Illedits-Lohr* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 30 MRG Rz 182; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*² § 30 MRG Rz 100.

⁵³⁵ *Lovrek* in *GeKo Wohnrecht I* § 30 MRG Rz 178.

⁵³⁶ ZB *Flume/Laimer*, Periculum Periculum est locatoris, ImmoZak 2020/14; *Nemetschke/Koloseus*, Umsatzensatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021, 202; *Stabentheiner*, Die mietrechtlichen und mietrechtsrelevanten Teile des 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes, wobl 2020, 121 (134).

⁵³⁷ *Oberhammer*, JBl 2021, 417 und 493 (506) und *Hochleitner* ÖJZ 2020/72.

⁵³⁸ OGH 25.11.2021, 3 Ob 184/21m; auch OGH 5 Ob 192/21b, immo aktuell 2022, 44 (*Höllwerth*); OGH 3 Ob 184/21m, ImmoZak 2022, 15 (*Prader*); OGH 3 Ob 36/22y, immolex 2022, 303 (*Iby*); OGH 9 Ob 31/22g, immolex 2022, 304 (*Eberwein*); LGZ Wien 17.2.2021, 39 R 27/21s; OGH 21.10.2021, 3 Ob 78/21y.

⁵³⁹ So auch *Fröhlich/Fuhrmann/Gstaltner*, Der Fixkostenzuschuss als bürokratische Hilfe in der Not, immolex 2020, 258; *Kraml/Eggenberger*, Die Schadensminderungspflicht beim Fixkostenzuschuss, immolex 2021, 205.

Inwieweit eine vertragliche Verpflichtung (im Falle einer Pandemie), die den Bestandnehmer verpflichtet, die gewährte Förderung an den Bestandgeber (teilweise) zu übertragen, wurde – so *Vonkilch*⁵⁴⁰ – in der Entscheidung des OGH vom 13.12.2021 nicht thematisiert. UE liegt bei gegebener Ungleichgewichtslage eine gröblich benachteiligende Vertragsbestimmung vor. Somit wird von einer Nichtigkeit auszugehen sein.⁵⁴¹

6 Schlussbemerkung (Pircher)

Diese Masterthesis beschäftigte sich mit dem Thema der Bestandverträge im Tourismusbereich im Lichte der aktuellen Pandemiejudikatur. Auch wenn der Eindruck entsteht, dass die Pandemie beendet ist, ist auch in Zukunft damit zu rechnen, dass aufgrund von weiteren Corona-Wellen (insb in kälteren Jahreszeiten) behördliche Auflagen/Beschränkungen bestehen werden.

Im ersten Abschnitt erfolgte eine übersichtliche Darstellung der Beschränkungen im Zuge der COVID-19-Pandemie und in Abschnitt zwei ein kurzer Überblick über gängige Vertragsmodelle in der österreichischen Hotellerie, wobei schwerpunktmäßig auf eine Abgrenzung zwischen Miete und Pacht eingegangen wurde. Da die Begrifflichkeit „Tourismusbereich“ einen sehr weiten Bereich abdecken würde, erschien eine Einschränkung auf Verträge in der Hotellerie sinnvoll und zulässig. Die Ergebnisse dieser Arbeit könnte wohl auch auf andere Bereiche (zB Gastronomie) umgelegt werden.

Für die Feststellungen der Unbenützbarkeit/Unbrauchbarkeit bzw der Analyse der Bestandzinsminderungen wurde – zur Plausibilisierung – eine kurzfristige Erfolgsrechnung (KER) eines zu definierenden Referenzhotels zugrunde gelegt. Diese KER basiert auf dem internationalen Stahr-Standard, außerdem wurden hier durchschnittliche

⁵⁴⁰ OGH 5 Ob 192/21b, wobl 2022, 109 (*Vonkilch*).

⁵⁴¹ Da eine solche Bestimmung gegen eine Verordnung verstößt, kommt eine Nichtigkeit aufgrund Gesetzwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB in Betracht; zB *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁶ § 879 Rz 12 f.

Kennzahlen (WES, Personalaufwand, GOP etc.) eines Vollhotels (Stadthotels) zugrunde gelegt.

Abschnitt drei beschäftigte sich einleitend mit der Grundsystematik der bestandrechtlichen Gefahrtragungsregeln. Durch die Rechtsprechung wurde zwischenzeitig klar gestellt, dass die COVID-19-Pandemie einer „Seuche“ iSd § 1104 ABGB gleichzustellen ist und dass es keiner Beschädigung des Bestandobjekts bedarf. Diese Klarstellung – auch wenn es gegenteilige Literaturstimmen gab – war insofern nicht überraschend, da bereits die Urfassung des § 1104 ABGB das Wort „Seuche“ beinhaltete und sogar auch im Codex Theresianus Rechtsfolgen (Bestandzinsbefreiung/-minderung) im Falle einer „ansteckenden Seuche“ vorgesehen hatte.

Einen Schwerpunkt bildete die erweiterte Auslegung der Norm § 1105 ABGB. Es konnte klar belegt werden, dass zum Zeitpunkt der Entstehung des ABGB dem Gesetzgeber sehr wohl bekannt war, dass sich Pachtverträge nicht ausschließlich auf landwirtschaftliche Objekte bezogen haben. So wurden in diverser historischer Literatur als Pachtgegenstände Güter, Dörfer, Gastschenke, Mühlen und Webstühle, Mühlen, Meiereien, Wirts- und Branntweinhäuser, Wein- und Bierschank, Fabriken und Schauspielunternehmungen genannt. Eine teleologische Reduktion der Regelungen des § 1105 Satz 2 ABGB auf landwirtschaftliche Pacht kommt daher nicht in Frage.

Der historische Gesetzgeber wollte mit dieser Norm (keine Pachtzinsminderung für langjährige Pachtverträge im Falle des außerordentlichen Zufalls) den Verpächter schützen und begründet dies wirtschaftlich, dass Mindererträge aus den Vorperioden mit Mehrerträgen der zukünftigen Perioden ausgeglichen werden können. Es wurde jedoch gezeigt, dass ein Funktionswandel vorliegt, denn aufgrund der generellen wirtschaftlichen Ertragssituation im Tourismusbereich (insb in der Hotellerie) können Pachtverträge dieser gesetzlichen Intention niemals gerecht werden. Tatsächlich können Verluste (generell bei Unternehmenspachtverträgen), die in einem bestimmten Jahr durch einen „außerordentlichen Zufall“ iSd § 1104 ABGB entstanden sind, nicht so einfach durch Mehrerträge in den Folgejahren ausgeglichen werden. Es widerspricht auch jeglicher Logik, dass ein Unternehmen deshalb mehr Gewinne lukriert, weil es im vorherigen Jahr über längere Zeit behördlich stillgelegt wurde.

Aufgrund dieses Funktionswandels (sowohl bei einjährigen als auch mehrjährigen Pachtverträgen) erscheint daher eine analoge Anwendung des § 1105 Satz 1 ABGB zur Pachtzinsminderung denkbar. Für den VfGH kommt jedoch eine analoge Anwendung auch auf Pachtverhältnisse schon deshalb nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber Miete und Pacht in § 1105 ABGB gerade unterschiedlich behandelte, weshalb keine planwidrige Gesetzeslücke vorläge. Die bloße Aufhebung der mit dem Hauptantrag angefochtenen Passagen hätte somit zur Folge, dass beim Pachtverhältnis eine Zinsminderung bei teilweiser Unbrauchbarkeit des Pachtgegenstandes wegen eines außerordentlichen Zufalles – unabhängig von der Dauer des Pachtvertrages – gänzlich ausgeschlossen wäre.

Für einjährige Pachtverträge hat der Gesetzgeber in Anlehnung an die *laesio enormis* des § 1060 ABGB ein Schutzsystem vorgesehen, dass der Pächter nie mehr Pacht zahlt, als an Ertrag erwirtschaftet werden kann. Für mehrjährige Pachtverträge ist eine Minderung ausgeschlossen, da der historische Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass Mindererträge mit Mehrerträgen in der kommenden Perioden ausgeglichen werden können.

Üblicherweise werden dem Pächter im Rahmen eines Pachtvertrags Erträge zugesichert. In systematischer Betrachtung (zum Landpachtgesetz) wurde gezeigt, dass es sich bei der Bemessung des Pachtzinses um ein Verteilungsproblem handelt. Sofern kein Reinertrag (trotz positiver Roherträge) mehr erzielt werden kann, ist auch eine Verteilung desselben nicht mehr möglich, womit hier dann die sog. „Nulllinie“ erreicht ist, wo die Bestandzinsminderung in die Bestandzinsbefreiung übergeht und somit dann eine Unbenützbarkeit eingetreten ist. Ist die Ertragsfähigkeit des Unternehmens nicht Vertragsbestandteil, so ist von einer Unbenützbarkeit erst auszugehen, sofern *„der Pächter aus ihm keinen oder doch nur einen im Verhältnis zum Umfange des Pachtgegenstandes und zur Höhe des Pachtschillings äußerst geringen Ertrag erzielen konnte.“* In stRspr stellt der OGH der Unbenützbarkeit jedoch nunmehr auf Tage ab.

Im Falle einer umsatzbezogenen Miete bei einem Geschäftslokal gelangt der OGH in seiner Entscheidung vom 15.5.1997 richtigerweise zu dem Ergebnis, dass eine

Reduktion des Entgelts im Ausmaß der Reduktion des Umsatzes (bedingt durch die Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit) zu einem unsachlichen Ergebnis führt, da trotz geringerem Ertrag trotzdem die Aufwendungen zu erbringen wären. Bei Bestandobjekten – ungeachtet, ob Fix- oder Umsatzmiete vorliegt – mit Kundenfrequenz spielen Ertragsgrößen (obwohl keine Erträge zugesichert wurden) sehr wohl eine Rolle, denn der Markt wird Beschränkungen einer Kundenfrequenz wohl entsprechend „einpreisen“ und so wird wohl die Miete gegen null tendieren (somit kein Restnutzen gegeben ist), falls mit einer reduzierten Kundenfrequenz keine Nettoerträge erzielt werden können. Folglich können auch Beschränkungen der Kundenfrequenz – und nicht nur behördliche Schließungen – zu einer Unbrauchbarkeit des Mietobjekts führen.

Bestandzinsminderungen sind nach der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln. Es wurde belegt, dass eine Anknüpfung an den Umsatz zu unsachlichen Ergebnissen führt. Hier – wie die Berechnungen hindeuten – sollte eine Anknüpfung an den GOP bzw Deckungsbeitrag IV erfolgen, wobei bei der Pacht der Zins im Sinne des Verteilungsgedankens zu Lasten des Deckungsbeitrags IV zu reduzieren ist, denn dem Pächter wurden ja Erträge zugesichert. Bei Miete erscheint eine lineare Anknüpfung an die Minderung angebracht, sofern dies auch am Markt eingepreist wurde.

Zudem wurde in diesem Abschnitt mittels subjektiv-teleologischer Interpretation gezeigt, dass im Falle einer Pandemie für den Bestandnehmer ein Recht auf vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund nach § 1117 ABGB (dies wohl als Ausfluss der beabsichtigten Verteilung der bestandsrechtlichen Gefahrtragung) besteht. Ein solches Recht konnte für den Bestandgeber im Sinne des § 1118 ABGB nicht erblickt werden. Zudem sind hier ja die zwingenden Bestimmungen des MRG zu berücksichtigen.

Einen weiteren Schwerpunkt bildete Abschnitt vier. Es wurde abgeleitet, dass bei Abschluss von Bestandverträgen im Tourismusbereich wohl in der Regel von einer Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragspartnern auszugehen sein wird. Somit unterliegen in einem beweglichen System sogar einseitig vorformulierte Vertragstexte im Unternehmensbereich der Prüfung (Inhaltskontrolle) nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die Hauptfrage war hier, ob eine gröbliche Benachteiligung vorliegt, sofern von nachgiebigen Normen der §§ 1104 und 1105 ABGB abgewichen wird und dem Bestandnehmer die Preisgefahr zugeordnet wird. Als Ergebnis konnte festgehalten werden, dass eine solche Abweichung als gröbliche Benachteiligung der unterlegenen Vertragspartei zu sehen ist, da gerade das nachgiebige Recht als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall zu sehen ist; zudem gibt es für die Abweichung von den dispositiven Regelungen des Gesetzes keine sachliche Rechtfertigung, und somit eine Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmungen folgt. Die Verwirklichung wirtschaftlicher Interessen – wie im gegebenen Fall – in Form der Umkehr der Vorstellungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Risikoverteilung vermögen sachlich nicht gerechtfertigt sein. Für die Geltung solcher Vertragsbestimmungen (dh die Übernahme der Gefahr für außerordentliche Zufälle durch den Bestandnehmer) müsste eine „ausgleichende Gegenleistung“ vereinbart werden (zB ein niedrigerer Bestandszins).

Literaturverzeichnis

- Bardmann*, Grundlagen der Allgemeinen Betriebswirtschaftslehre, Geschichte – Konzepte – Digitalisierung³ (2019).
- Bienert* in *Bienert/Funk* (Hrsg), Immobilienbewertung Österreich (2018).
- Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Neumayer*, ABGB Taschenkommentar⁴ §§ 914, 915 (Stand April 2014, lexisnexus.at).
- Binder/Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ Band 5 § 1118 (Stand November 2014, lexisnexus.at).
- Birnbaum/Werner*, Thiel's landwirtschaftliches Konversations-Lexikon, Band III (1878).
- Blecken/Meinen/Banschuss/Bögelsack* in *Blecken/Meinen* (Hrsg), Praxishandbuch Projektentwicklung (2020).
- Bollenberger/P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁶ § 879.
- Borutzky*, Versuch über den Nachlass des Pachtzinses nach dem Österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1104 – 1108 (1816).
- Broesigke/Ruf*, Zinsminderungsansprüche von Geschäftsraummieten während der Coronaviruskrise unter Einbindung der Sphärentheorie, immo aktuell 2020, 77.
- Bydlinski*, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil Band 1⁹ (2021).
- Demian*, Darstellung der österr. Monarchie nach den neuesten statistischen Beziehungen. II. Band (1804).
- Dirlinger*, Kann § 1105 ABGB Bestand haben? wobl 2022, 193.
- Doralt/Ruppe/Mayr*, Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band 11 (2013).
- Dröge*, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Gewerberaum (2005).
- Edelhauser*, Bestandrechtliche Folgen der COVID-19 Pandemie – gänzlich anders als im Regelfall, ÖJZ 2020, 341.
- Ehgartner/Weichbold*, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume? wbl 2020, 250.
- Ehrenzweig*, Das Recht der Schuldverhältnisse⁵ Band 2 (1915).
- Ehrenzweig/Krainz*, System des österreichischen Privatrechts, erster Band, Das Recht der Schuldverhältnisse (1928).
- Engelhardt/Özdemir*, Hotelverträge (2021).
- F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2020).
- F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (Nachdruck 2011).

F. Bydlinski, Zur Einordnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Vertragsrecht, in FS Kastner (1972) 45.

Fadinger/Seeber, COVID-19 alleine reicht nicht für eine Mietzinsminderung gemäß §§ 1104 f ABGB, wobl 2020, 189.

Flume, Verteilungsfragen im Mietrecht, JRP 2021, 22.

Flume/Laimer, Periculum est locatoris, ImmoZak 2020, 28.

Friedrich von Wieser, Der natürliche Wert (1889).

Fröhlich/Fuhrmann/Gstaltner, Der Fixkostenzuschuss als bürokratische Hilfe in der Not, immolex 2020, 258

Gartner, Wohnrecht 2017 (2017).

Glassl, Das österreichische Einrichtungswerk in Galizien 1772 – 1790 (1975).

Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} §§ 864a, 879 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} §§ 7, 920 (Stand 1.8.2019, rdb.at).

Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen Band III (1884).

Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band IV (1886).

Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band V (1886).

Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} §§ 914, 915 (Stand 1.8.2017, rdb.at).

Hochleitner, Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummieter und Pächter, ÖJZ 2020, 533.

Hödl in Schwimann/Neumayer, ABGB Taschenkommentar⁵ §§ 932, 934 (Stand April 2020, lexisnexus.at).

Höllwerth in GeKo Wohnrecht I Vor §§ 1117 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Höllwerth in GeKo Wohnrecht I §§ 1090, 1096, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1112, 1116, 1117 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Höllwerth in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht MRG⁴, § 30.

HypZert Fachgruppe Beherbergung & Gastronomie, Studie Bewertung von Beherbergungsimmobilien (2018).

Illedits-Lohr in Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht Kurzkommentar² §§ 7, 28, 29, 30.

Iro in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁶ § 1096 .

Iro, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln „soweit gesetzlich zulässig“? RdW 1987, 7.

Iro/Rassi in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁶ § 1091.

Kapoun/Baierl, Auswirkungen von COVID-19 auf Bestandverträge, NetV 2020, 80.

Karauscheck in Ebhart/Karauscheck/Reithofer, Mietzinsminderung und Mietzinsbefreiung in Zeiten der Pandemie, immo aktuell 2020, 81.

Karauscheck/Pinwein, COVID-19 und Rechtsschutzversicherung für bestandsrechtliche Streitigkeiten gemessen an der Entscheidung des OGH vom 24.3.2021, 7 Ob 42/21h, immo aktuell 2021, 144.

Keisler/Hummelbrunner in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap. 1 (Stand 10.4.2020, rdb.at).

Kerscher, Gesetzeskonforme Methodik (2013).

Klang in *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Band V² (1954).

Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken (2022).

Kolmasch in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁵ §§ 864a, 879 (Stand April 2020, lexisnexus.at).

Kraml/Eggenberger, Die Schadensminderungspflicht beim Fixkostenzuschuss, immolex 2021, 205.

Kodek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB (Stand 1.7.2015, rdb.at).

Krejci in *Krejci* (Hrsg), HBzKSchG (1981) 141.

Krejci in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 ABGB (Stand 1.11.2014, rdb.at).

Krenn/Schüßler-Datler, Miete zahlen oder nicht? Zur Bestandzinsfortzahlung während hoheitlicher COVID-19 Einschränkungen, RZ 2020, 123.

Kronthaler, Die Auswirkungen der Verbreitung von COVID-19 auf Miet- und Pachtverträge, RdW 2020, 320.

Kronthaler, Zur Reduktion der Geschäftsraummiete während der Pandemie, ImmoZak 2022, 324.

Laimer in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 879.

Laimer/Schickmair in *Resch*, Corona-Handbuch^{1.06} Kap 11 (Stand 1.7.2021, rdb.at)

Lehmann, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Allgemeine Theorie der Betriebswirtschaft (1993).

Lengerke, Landwirtschaftliches Conversations-Lexikon für Praktiker und Laien, Band 1 (1837).

Lindenbauer, Auswirkungen von COVID-19 auf die Geschäftsraummiete: Aktuelle Entwicklungen, wobl 2021, 90.

Lindinger, Marktkonforme Mietzinsminderung – § 273 ZPO versus Sachverständigen-gutachten – ein Beitrag zur Objektivierung der Mietzinsminderungsberechnung, in FS Würth (2014), 91.

Lindinger, Restnutzen versus bedungener Gebrauch, immolex 2022, 334.

Lindinger, Von der Gebrauchsbeeinträchtigung zur Minderung des Wohnwerts – Mietzinsminderung 2022, immolex 2023, 46.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht (1896).

Lovrek in GeKo Wohnrecht I § 30 MRG.

Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 1091, 1096, 1108, 1112, 1116, 1117 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Lovrek, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020, 1.

Mayr, Unternehmensformen im Einkommen-, Vermögens- und Gewerbesteuerrecht (1934).

Meissel in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch⁸ (2017), https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch (Zugriff 7.2.2023).

Mentzel, BWL Grundwissen⁷ (2020).

Mildner in GeKo Wohnrecht I §§ 4, 11 LPG (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Mises, Die Entwicklung des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses in Galizien 1772–1848 (2016).

Nemetschke/Koloseus, Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum, immolex 2021, 202.

Nemetschke/Koloseus, Zwei Fragen zu § 1105 ABGB, wobl 2021, 397.

Oberhammer, Pandemie und Geschäftsraummiete, JBl 2021, 417.

Oberhammer, Pandemie und Geschäftsraummiete, JBl 2021, 493.

Ofner in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ Band 5 § 932 (Stand Feber 2021, lexisnexus.at).

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratung-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches Band II (1889).

Ofner, Mietrecht und die COVID-19-Pandemie in Österreich, Kündigungsschutz - Mietzinsminderung – Fixkostenersatz, ZfRV 2020, 107.

Oppolzer, Anmerkung zu 5 Ob 257/05p, immolex 2006, 152.

P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁶ § 1118.

P. Bydlinski, Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil Band 1⁹ (2021).

P. Bydlinski, Der Einfluss der COVID-19-Pandemie auf die Geschäftsraummiete, ÖJZ 2021, 1065.

Pauen/Piller, Hotelbewertungen (2020).

Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ Band 7 §§ 1091, 1096, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1112, 1116, 1117 (Stand Juli 2021, lexisnexus.at).

Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB Taschenkommentar⁵ §§ 1090, 1118 (Stand April 2020, lexisnexus.at).

Pesek, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummierten, wobl 2021, 125.

Pittl, Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit einer Geschäftsräumlichkeit wegen mangelnder Kundenfrequenz, *immolex* 2005, 198.

Pletzer in *GeKo Wohnrecht I* § 1096 ABGB (Stand 1.10.2017, *rd.b.at*).

Pletzer, Erhaltungspflicht des Vermieters bei erheblicher Gesundheitsgefährdung, *Zak* 2011, 86.

Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 (Stand 1.8.2019, *rd.b.at*).

Prader/Gottardis, Auswirkungen einer Pandemie (COVID-19) auf das Mietrecht, *immolex* 2020, 106.

Posch in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ Band 7 § 7 ABGB.

Prader/Pittl, Zu Reichweite und Wirkungen von COVID-19 im Bestandrecht, *RdW* 2020, 402.

Prader in *GeKo Wohnrecht I* §§ 7 MRG (Stand 1.10.2017, *rd.b.at*).

Preser, Pachtrecht und Pachtvertrag über größere Landgüter in Österreich (1880).

R. *Pletzer*, Erhaltung im Einkaufszentrum, Auslegung und geltungserhaltende Reduktion, *wobl* 2014, 2.

Raupach in *Schöndorf* (Hrsg), Das landwirtschaftliche Pachtrecht in den osteuropäischen Ländern (1929).

Reischauer in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 920, 932, 934 (Stand 1.5.2018, *rd.b.at*).

Reisenbahn/Hartmann/Gori, *Stahr II – Erfolg ist planbar*² (2021).

Riedler in *Schwimann/Kodek* ABGB Praxiskommentar⁴ Band 4 §§ 864a, 879 (Stand November 2014, *lexisnexis.at*).

Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 1091, 1096, 1105, 1106, 1107, 1108, 1116, 1117, 1118, 1119 (Stand 1.10.2016, *rd.b.at*).

Riss in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG⁴, § 7.

Riss, Konkurrenzschutz des Bestandnehmers als Frage der Gefahrtragung, *wobl* 2019, 321.

Rummel in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ §§ 864a, 901, 914, 915 ABGB (Stand 1.11.2014, *rd.b.at*).

Ruth, Miete und Pacht im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Tschechoslowakische Republik, *Archiv für die civilistische Praxis* 1925, 355.

Schauer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 7 (Stand 1.3.2017, *rd.b.at*).

Schiff, Das Landwirtschaftliche Pachtrecht in den west- u. mitteleuropäischen Ländern (1930).

Schumacher/Wiesinger, *Finanzmanagement im Tourismus*⁴ (2021).

Schumpeter, Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie³ (1998).

Schurr in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 6 KSchG.

Schwirley/Dickersbach, Trainingshandbuch Mietwertermittlung (2019).

Simon, Taschenkommentar Wertermittlungsverfahren (2016).

Singer/Kessler, Erstes Urteil zu § 1104 ABGB, aber noch viele Fragen, *immolex* 2020, 386.

Stabentheiner in *GeKo Wohnrecht I* § 29 MRG (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Stabentheiner in *GeKo Wohnrecht I Anhang zu § 29 MRG* (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Stabentheiner, Das Zivilrecht in der Krise – Gedanken zu seiner Funktionsfähigkeit im Krisenfall, *JB1* 2022, 417.

Stabentheiner, Die mietrechtlichen und mietrechtsrelevanten Teile des 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes, *wobl* 2020, 121.

Stüdemann, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre³ (1993).

Tanczos, Mietrecht kompakt⁵ (2022).

Templin, Hotels – Spezialimmobilie mit Potential, in *Bobka* (Hrsg), *Spezialimmobilien* (2018).

Till/Nitsche, Zum Mythos der nachträglichen *laesio enormis*, *JAP* 2015/2016, 178.

Tillmann/Kleiber/Seitz, Tabellenhandbuch zur Ermittlung des Verkehrswerts und des Beleihungswerts von Grundstücken² (2017).

Tschüscher, Auswirkungen der COVID-19-Beschränkungen auf Bestandrechte, *ZAK* 2020 184.

Völkner, Verkehrswertnahe Wertermittlung (2013).

Vonkilch, Anmerkung zu 5 Ob 257/05p, *wobl* 2007, 127.

Vonkilch, Mietzinsminderung bei der Geschäftsraummiete wegen COVID-19 „jenseits“ der Lockdowns, *wobl* 2021, 321.

Vonkilch, Von subjektiven Gebrauchswünschen und objektiven Nutzungsmöglichkeiten, vorzeitig aufgelösten Studentenheimverträgen und der COVID-19-Pandemie als allgemeinem Unternehmerrisiko, *wobl* 2022, 264.

Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht MRG⁴, § 29.

Welser, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, *JB1* 1979, 449.

Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹⁵ (2018).

Würth in *Rummel*, ABGB³ § 1096 (Stand 1.1.2000, rdb.at).

Würth in *Rummel*, ABGB³ §§ 7, 29, 30 MRG (Stand 1.1.2003, rdb.at).

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ Kurzkommentar Band I (2015).

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie, dritter Band (1813).

Zeiller, Das natürliche Privatrecht³ (1819).

Zöchling-Jud in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 (Stand 1.1.2016, rdb.at).

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Nächtigungen Österreich.....	6
Abbildung 2: Monatliche Nächtigungen in Österreich.....	7
Abbildung 3: Übersicht Pachtvertragsarten	9
Abbildung 4: Schema Berechnung GOP und NOP	17
Abbildung 5: Durchschnittlicher GOP in der österreichischen Hotellerie	19
Abbildung 6: Gästeübernachtungen 2019 Wien.....	19
Abbildung 7: Vom Betriebsumsatz abgeleitete Pachtsätze nach Hotelgrößenklassen und Umsatzstruktur	20
Abbildung 8: Schema KER Pachtvertrag.....	21
Abbildung 9: Schema KER Mietvertrag	22
Abbildung 10: Ergebnis bei laesio enormis nach § 1105 Satz 2 ABGB	43
Abbildung 11: Übergang von § 1105 auf § 1104 ABGB.....	44
Abbildung 11: Schematischer Unterschied zwischen Miete und mehrjähriger Pacht	52
Abbildung 12: Lineare Zinsminderung Ergebnis nach § 1096 ABGB.....	55
Abbildung 13: Alineare Zinsminderung Ergebnis nach § 1096 ABGB	56
Abbildung 14: Zinsminderung mit unterschiedlichen Berechnungsmethoden.....	75
Abbildung 16: Ebenen der Ungleichgewichtslagen („verdünnte Willensfreiheit“)...	96
Abbildung 17: Kombinatorischer Ansatz im beweglichen System.....	99
Abbildung 18: Unterteilung der gröblichen Benachteiligung	100
Abbildung 19: Prüfungsablauf Kontrolle Vertragsbestimmungen.....	111
Abbildung 20: Betrachtungsebene der Ungleichgewichtslage („verdünnte Willensfreiheit“)... ..	112
Abbildung 21: Theoretisches Prüfkonzept	113

Abstract / Zusammenfassung

Diese Masterthesis beschäftigt sich mit dem Thema der Bestandverträge im Tourismusbereich im Lichte der aktuellen Pandemiejudikatur.

Im Bereich der langfristigen Pacht werden dem Pächter in der Regel Erträge zugesichert. Sofern daher kein Reinertrag (trotz positiver Roherträge) mehr erzielt werden kann, ist auch eine Verteilung desselben nicht mehr möglich, womit hier dann die sog. „Nulllinie“ erreicht ist, wo die Bestandzinsminderung in die Bestandzinsbefreiung übergeht und somit dann eine Unbenützbarkeit eingetreten ist. Ist die Ertragsfähigkeit des Unternehmens nicht Vertragsbestandteil, so ist von einer Unbenützbarkeit erst auszugehen, sofern *„der Pächter aus ihm keinen oder doch nur einen im Verhältnis zum Umfange des Pachtgegenstandes und zur Höhe des Pachtschillings äußerst geringen Ertrag erzielen konnte.“*

Auch bei Mietobjekten – ungeachtet, ob Fix- oder Umsatzmiete vorliegt – mit Kundenfrequenz spielen Ertragsgrößen (obwohl keine Erträgnisse zugesichert wurden) sehr wohl eine Rolle, denn der Markt wird Beschränkungen einer Kundenfrequenz wohl entsprechend „einpreisen“ und so wird wohl die Miete gegen null tendieren (so mit kein Restnutzen gegeben ist), falls mit einer reduzierten Kundenfrequenz keine Nettoerträge erzielt werden können. Folglich können auch Beschränkungen der Kundenfrequenz – und nicht nur behördliche Schließungen – zu einer Unbrauchbarkeit des Mietobjekts führen.

Für die Feststellungen der Unbenützbarkeit/Unbrauchbarkeit bzw der Analyse der Bestandzinsminderungen wird – zur Plausibilisierung – eine kurzfristige Erfolgsrechnung (KER) eines zu definierenden Referenzhotels zugrunde gelegt. Diese KER basiert auf dem internationalen Stahr-Standard, außerdem wurden hier durchschnittliche Kennzahlen (WES, Personalaufwand, GOP etc.) eines Vollhotels (Stadthotels) zugrunde gelegt.

Im Bereich von Bestandverträgen im Tourismusbereich wird wohl in der Regel von einer Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragspartnern auszugehen sein. Somit

unterliegen in einem beweglichen System sogar einseitig vorformulierte Vertragstexte im Unternehmensbereich der Prüfung (Inhaltskontrolle) nach § 879 Abs 3 ABGB.

Wird von den nachgiebigen Normen der §§ 1104 und 1105 ABGB abgewichen und dem Bestandnehmer die Preisgefahr zugeordnet wird, ist dies als gröbliche Benachteiligung der unterlegenen Vertragspartei zu sehen, da gerade das nachgiebige Recht als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall zu sehen ist; zudem gibt es für die Abweichung von den dispositiven Regelungen des Gesetzes keine sachliche Rechtfertigung, und somit eine Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmungen folgt. Die Verwirklichung wirtschaftlicher Interessen – wie im gegebenen Fall – in Form der Umkehr der Vorstellungen des Gesetzgebers hinsichtlich der Risikoverteilung vermögen sachlich nicht gerechtfertigt sein. Für die Geltung solcher Vertragsbestimmungen (dh die Übernahme der Gefahr für außerordentliche Zufälle durch den Bestandnehmer) müsste eine „ausgleichende Gegenleistung“ vereinbart werden (zB ein niedrigerer Bestandszins).