

# TE OGH 1985/12/10 20b575/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.12.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kralik, Dr.Melber, Dr.Huber und Dr.Egermann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Karl Johannes A, Land- und Forstwirt, 1030 Wien, Rennweg 2, vertreten durch Dr.Karl Zingher, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Wolfgang B, Gastwirt, 1070 Wien, Zieglergasse 34 a, vertreten durch Dr.Walter Scherlacher, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgerichtes vom 27.Februar 1985, GZ41 R 1220/84-13, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 1.Oktober 1984, GZ44 C 26/84-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Der Kläger ist schuldig, dem Beklagten die mit S 9.848,25 (darin S 1.920,-- Barauslagen und S 720,75 Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger beehrte die Feststellung, daß das zwischen den Streitteilen mit Bestandvertrag vom 9.Dezember 1954 begründete und mit Nachtrag vom 21.November 1963 verlängerte Bestandverhältnis hinsichtlich des Caferestaurants im Standort Wien 3., Prinz Eugen-Straße 25, ein Pachtverhältnis ist, auf welches die Kündigungsschutzbestimmungen des Mietrechtsgesetzes nicht anwendbar sind.

Der Beklagte beantragte Klagsabweisung und wendete ein, daß ein Miet- und kein Pachtverhältnis vorliege, weil weder ein Kundenstock noch Inventar übernommen worden sei, vielmehr der Beklagte selbst durch umfangreiche Investitionen die Voraussetzungen für den Betrieb des Caferestaurants geschaffen habe.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, wobei es im wesentlichen von folgenden Feststellungen ausging:

Der Kläger ist Eigentümer der Bestandräumlichkeiten 1030 Wien, Prinz Eugen-Straße 25, bestehend aus der Liegenschaft EZ.610 Katastralgemeinde Landstraße samt dem darauf befindlichen Gebäude sowie eines daran anschließenden Gartengrundstückes im Ausmaß von 870 m<sup>2</sup>. Ursprünglich betrieb an diesem Standort Josefine C ein Cafehaus unter der Bezeichnung "Parkcafe". Sie war auch Inhaberin der gewerbebehördlichen KonzessiON Etwa im Februar 1954 trat der Beklagte an die damals ca. 80-jährige Josefine C heran und zeigte sein Interesse an der

Übernahme der Konzession und der gegenständlichen Räumlichkeiten. Zu diesem Zeitpunkt war das Lokal geschlossen. Wie lange das Lokal bereits geschlossen war, konnte nicht festgestellt werden. Im Zuge der Vertragsverhandlungen zwischen dem Beklagten, Josefine C und Dr.Heinrich

A kamen die Genannten dahingehend überein, daß

Dr.A Josefine C die Konzession ablöse und dem Beklagten zusammen mit den Räumlichkeiten in Bestand gebe. Darüber hinaus sollte der zu schließende Bestandvertrag Elemente eines Pachtvertrages aufweisen, um die gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Mietzinsbildung zu umgehen und den Bestandzins frei vereinbaren zu können, wobei der Beklagte die für ihn nachteiligen Rechtsfolgen des Abschlusses eines Pachtvertrages bewußt in Kauf nahm, weil es ihm wirtschaftlich darauf ankam, das gegenständliche Objekt samt Konzession zum Betrieb eines Cafehauses zur Verfügung gestellt zu bekommen. So verpflichtete sich der Beklagte in dem am 9. Dezember 1954 geschlossenen Bestandvertrag (Beilage .1) zur Führung eines "gut bürgerlichen Cafehausbetriebes" in dem in Bestand genommenen Objekt. Eine andere Verwendung wurde von der ausdrücklichen Zustimmung des Bestandgebers abhängig gemacht. Weiters verpflichtete sich der Beklagte zur erstmaligen Instandsetzung des Gebäudes sowie zu dessen Erhaltung auf seine Kosten. Im Punkt II. des Vertrages wird auf ein "mitverpachtetes Inventar laut beigeschlossenem Verzeichnis" hingewiesen, welches bei Auflösung des Vertrages in gutem Gebrauchszustand zurückzustellen sei, wobei unbrauchbar gewordene Stücke durch Stücke gleicher Qualität zu ersetzen wären. Tatsächlich bestand jedoch dieses Inventar lediglich aus einem alten Luster und alten, nicht mehr brauchbaren Plüschmöbeln. Es war in den Räumlichkeiten eine Zentralheizung vorhanden, die aber nicht betriebsfähig war. Der Beklagte übernahm außer diesen Gegenständen kein Geschirr und keine sonstigen für den Cafehausbetrieb erforderlichen Sachen. Schließlich wurde ein jährlicher Bestandzins von S 18.000,-- wertgesichert vereinbart.

Der Beklagte ließ sodann, um den gesetzlichen Bestimmungen zu genügen, die Toilettenanlagen neu errichten und den Eingang vergrößern, da dieser nicht die gesetzlich erforderliche Mindestbreite von 1,50 m aufwies. Ferner ließ er eine Garderobe einbauen sowie einen neuen Abgang zum Garten errichten. Ebenso ließ er sämtliche Gas-, Wasser- und Elektroinstallationen erneuern. Bis zur Eröffnung im Jahr 1955 wandte der Beklagte an Adaptierungskosten S 310.293,59 und S 93.988,49 für Inventar auf.

Am 21.November 1963 wurde ein Nachtrag zum Bestandvertrag vom 9. Dezember 1954 zwischen den ursprünglichen Vertragspartnern und dem Adoptivsohn Dr.Heinrich AS, dem Kläger, abgeschlossen, wonach nunmehr der Kläger seine (erweiterte) Konzession zum Betrieb des Gast- und Schankgewerbes in der Betriebsform eines Caferestaurantes gemäß den §§ 19 und 55 der Gewerbeordnung an den Beklagten verpachtet. Neben anderen Bestimmungen wurde der Pachtzins erhöht und in Abänderung der ursprünglich bestimmten Vertragsdauer mit einem Verzicht des Bestandgebers auf eine Kündigung wegen Eigenbedarfs das Bestandverhältnis nunmehr mit 31.Dezember 1984 befristet, wobei der Bestandgeber auf eine Kündigung des Vertrages bis zu diesem Termin - ausgenommen einige besonders angeführte Gründe - verzichtete. Der Beklagte führte den Betrieb bis 1969 und verpachtete das Unternehmen sodann weiter. Die vor allem wegen dieser Unterverpachtung eingebrachte Kündigung wurde zu 44 C 128/70 des Erstgerichtes als rechtsunwirksam aufgehoben.

Zur Rechtsfrage führte das Erstgericht aus, es liege ein Pachtverhältnis vor, da die Beistellung der Konzession durch den Verpächter und die vereinbarte Pflicht des Bestandnehmers, den Betrieb zu führen, ausschlaggebende Kriterien eines Pachtvertrages seien. Das Fehlen bzw. teilweise Fehlen von Einrichtungsgegenständen falle nicht ins Gewicht. Schließlich sei auch der Parteiwille beim Abschluß des gegenständlichen Vertrages, der auf die Konstruktion eines Pachtvertrages gerichtet war, maßgeblich.

Infolge Berufung des Beklagten änderte das Gericht zweiter Instanz das Urteil des Erstgerichtes im Sinne der Klagsabweisung ab. Es sprach aus, daß der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 300.000,-- übersteigt. Ausgehend von den unbekämpften Feststellungen des Erstgerichtes vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, für die Frage, ob Miete oder Pacht vorliege, sei es bedeutungslos, welche rechtliche Unterstellung die Parteien im Bestandvertrag vorgenommen hätten. Von Bedeutung seien vielmehr die Zweckbestimmung der Bestandsache bei Abschluß des Vertrages und die Art des Gebrauches. Daher sei es nicht entscheidend, daß die Parteien davon ausgingen, zum Zweck der Umgehung der mietrechtlichen Vorschriften Elemente eines Pachtvertrages zum Vertragsinhalt zu erheben und nachteilige Rechtsfolgen eines Pachtvertrages in Kauf zu nehmen bzw. einen Pachtvertrag abschließen zu wollen. Der Parteiwille bei Abschluß des Vertrages sei nur hinsichtlich der

Zweckbestimmung der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses relevant. Die Zweckbestimmung sei, wie das Erstgericht festgestellt, aber unrichtigerweise als Betriebspflicht qualifiziert habe, die Verpflichtung des Beklagten, in dem in Bestand genommenen Objekt einen gutbürgerlichen Cafehausbetrieb zu führen. Eine andere Verwendung sei von der ausdrücklichen Zustimmung des Bestandgebers abhängig gemacht worden. Im Gegensatz zur Meinung des Erstgerichtes könne aus dem "Pachtvertrag", wonach der "Pächter" einen gutbürgerlichen Cafehausbetrieb führen werde, keine Betriebspflicht im Sinne einer ordentlichen Betriebsführung mit bestimmten Öffnungszeiten zum Zwecke der Erhaltung des übergebenen Unternehmens im Interesse des Unternehmensverpächters abgeleitet werden. Im Zusammenhang mit dem weiteren Satz, daß eine andere Verwendung der ausdrücklichen Zustimmung des Bestandgebers bedürfe, sei diesen Vertragspunkten nur die besondere Betonung auf den vereinbarten Verwendungszweck zu entnehmen. Zur Zeit des Abschlusses des Bestandvertrages seien dem Beklagten nur die Räumlichkeiten, die Konzession sowie als "Inventar" ein alter Luster und alte, nicht mehr brauchbare Plüschmöbel übergeben worden. Der Cafehausbetrieb, den Josefine C vor dem Beklagten in den klagsgegenständlichen Räumen betrieben habe, sei zu dieser Zeit geschlossen gewesen, wobei nicht mehr festgestellt werden konnte, wie lange. Im Zuge der Vertragsverhandlungen zwischen C, dem Beklagten und Dr.A seien die Genannten übereingekommen, daß

Dr.A Josefine C die Konzession ablösen und dem Beklagten zusammen mit den Räumlichkeiten in Bestand geben werde. Darüber hinaus sollte der Vertrag Elemente eines Pachtvertrages enthalten, um die gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Mietzinsbildung zu umgehen. Im Zusammenhang damit, daß der Beklagte kein Geschirr oder sonst für den Cafehausbetrieb erforderliche Sachen übernommen habe und weitgehende Adaptierungsarbeiten vornehmen mußte, um den Betrieb überhaupt aufnehmen zu können, ergebe sich, daß in diesem Einzelfall außer der Konzession und den Räumlichkeiten, in denen bisher, aber nicht vom "Verpächter", ein Cafehausbetrieb geführt wurde, dem Beklagten nichts beigelegt worden sei, was wesentlich zum Betrieb eines Unternehmens gehöre. Der Überlassung der Bestandräumlichkeiten komme in diesem Fall daher überwiegende Bedeutung zu. Das Bestandverhältnis müsse somit als bloße Verwertung der Bestandsrechte und somit als Mietvertrag über Geschäftsräumlichkeiten verstanden werden. Geschäftsräumlichkeiten unterlägen aber, mangels Behauptung und Nachweises eines Ausnahmetatbestandes nach § 1 MG bzw. MRG, diesen Bestimmungen und daher auch ihren Kündigungsbeschränkungen.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision des Klägers aus den Anfechtungsgründen nach § 503 Abs 1 Z.2, 3 und 4 ZPO mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne der Wiederherstellung des Urteils des Erstgerichtes; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Die Revisionsgründe nach § 503 Abs 1 Z.2 und 3 ZPO liegen nicht vor, was nicht näher zu begründen ist (§ 510 Abs 3 ZPO). In der Rechtsrüge führt der Kläger aus, daß im Nachtrag vom 21. November 1963 ohne weiteren Zusatz die Verpflichtung des Pächters festgelegt werde, einen gutbürgerlichen Betrieb des Gast- und Schankgewerbes in der Betriebsform eines Cafestaurants im Rahmen der Konzession zu führen; ein wirtschaftliches Interesse des Verpächters an der Betriebsführung sei schon dadurch gegeben, daß bei Unterlassung eine Einziehung der Konzession erfolgen könnte. Aus der Aussage des Beklagten ergebe sich eindeutig, daß sich die beiden Parteien für ein Pachtverhältnis entschieden hätten. Durch die Überlassung des großen Gasthausgartens im Anschluß an die Parkanlage sei notwendigerweise ein "good will" gegeben. Auch durch die Konzession sei erst die gewerbliche Nutzung des Geschäftsraumes ermöglicht worden, während es ganz ungewöhnlich wäre, daß bei einem Mietvertrag eine Gartenfläche und eine Gewerbeberechtigung als Nebensache zur Verfügung gestellt werden. Damit seien auch dem Beklagten jene Betriebsgrundlagen zur Verfügung gestellt worden, denen die größere wirtschaftliche Bedeutung zukomme. Außerdem sei davon auszugehen, daß durch die Novierung des ursprünglichen Vertrages im Jahre 1963 ein neues Rechtsverhältnis mit einem neuen Verpächter geschaffen worden sei und die in diesem Zeitpunkt bestehenden Verhältnisse der rechtlichen Beurteilung zu unterziehen seien. Damals sei ein voll in Betrieb befindliches Unternehmen mit allen notwendigen Bestandteilen vorhanden gewesen. Aber auch im Zeitpunkt des ersten Vertragsabschlusses sei nur eine durch die Nachkriegsverhältnisse und das Alter der damaligen Unternehmensinhaberin bedingte Restriktion gegeben gewesen, der nur vorübergehender Charakter zugekommen sei. Die Entwicklungsmöglichkeiten seien jedenfalls vorhanden gewesen. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Wie der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, lassen sich für die Unterscheidung zwischen Geschäftsraummieta und Unternehmenspacht feste, allgemein anwendbare Regeln nicht aufstellen. Es kommt vielmehr auf die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalles an (MietSlg.32.162/23; 32.163 u.a.). Eine Unternehmenspacht liegt im allgemeinen vor, wenn ein lebendes Unternehmen Gegenstand des Bestandvertrages ist, also eine organisierte Erwerbsgelegenheit mit allem, was zum Begriff des "good will" gehört, übergeben wird (MietSlg.32.162/23; 29.334 u.a.). Neben den Räumen muß dem Bestandnehmer in der Regel auch das beigestellt werden, was wesentlich zum Betrieb des Unternehmens und dessen wirtschaftlichem Fortbestand gehört, also Betriebsmittel, Kundenstock und Gewerbeberechtigung. Dies bedeutet aber nicht, daß im Einzelfall alle diese Merkmale gegeben sein müßten (MietSlg.32.162/23 u.a.). Selbst das Fehlen einzelner dieser Betriebsgrundlagen läßt noch nicht darauf schließen, daß eine Geschäftsraummieta und nicht eine Unternehmenspacht vorliegt, wenn nur die übrigen Betriebsgrundlagen vom Bestandgeber beigestellt werden und das lebende Unternehmen als wirtschaftliche Einheit fortbesteht (MietSlg.25.112, 24.128 u.a.). Unerheblich ist die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Bestandverhältnisses (MietSlg.32.164, 28.117 u.a.).

Geht man von diesen Grundsätzen aus, ist dem Berufungsgericht darin beizupflichten, daß keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, daß ein lebendes Unternehmen den Gegenstand des Bestandvertrages bildete. Nach den Feststellungen wurden dem Beklagten bei Abschluß des Bestandvertrages nur die Räumlichkeiten, die Konzession sowie als "Inventar" ein alter Luster und alte, nicht mehr brauchbare Plüschmöbel übergeben. Der Cafehausbetrieb, den Josefine C vor dem Beklagten in den klagsgegenständlichen Räumen betrieben hat, war seit geraumer, nicht mehr feststellbarer Zeit geschlossen. Dem Beklagten wurden weder Geschirr noch sonstige, für den Cafehausbetrieb erforderliche Gegenstände zur Verfügung gestellt, um den Betrieb überhaupt aufnehmen zu können. Unter diesen Umständen kann in der Auffassung des Berufungsgerichtes, daß im vorliegenden Fall der Überlassung der Bestandräumlichkeiten die überwiegende wirtschaftliche Bedeutung zukam, und daß damit keine Unternehmenspacht, sondern eine Mieta vorlag, keine Fehlbeurteilung erblickt werden. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß nach den Feststellungen von den Parteien zum Zwecke der Umgehung der gesetzlichen Vorschriften über die Mietzinsbildung Elemente eines Pachtvertrages in den Bestandvertrag aufgenommen wurden. Ebenso wenig läßt sich aus der Vertragsbestimmung (Punkt V): "Der Bestandnehmer wird auf den in Bestand genommenen Liegenschaften einen gutbürgerlichen Kaffeehausbetrieb im Rahmen der Konzession führen. Einer anderen Verwendung dürfen sie nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Bestandgebers zugeführt werden", eine so konkret vereinbarte Betriebspflicht ableiten, daß daraus im Zusammenhang mit den übrigen festgestellten Umständen ein Vorliegen der für eine Unternehmenspacht maßgebenden Kriterien geschlossen werden könnte. Dasselbe gilt auch bezüglich der zusätzlichen Überlassung einer Gartenfläche.

Schließlich kann auch dem Nachtrag zum Bestandvertrag vom 21. November 1963 eine von den Parteien beabsichtigte Änderung weder des Rechtsgrundes noch des Hauptgegenstandes (§ 1376 ABGB) des Bestandvertrages vom 9. Dezember 1954 entnommen werden, sodaß entgegen der Auffassung der Revision die Voraussetzungen für die Annahme einer Novation im Sinne der Umänderung des Mietvertrages vom 9. Dezember 1954 in einen Pachtvertrag nicht vorliegen. In der Auffassung, daß der gegenständliche Bestandvertrag als Mietvertrag zu qualifizieren ist, der den Bestimmungen des Mietgesetzes bzw. des Mietrechtsgesetzes, insbesondere den Kündigungsbeschränkungen unterliegt, kann daher keine unrichtige rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes erblickt werden. Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E07232

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0020OB00575.85.1210.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19851210\_OGH0002\_0020OB00575\_8500000\_000

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)