

# TE OGH 2020/10/21 5Ob113/20h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.10.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ernst Ortenburger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei D\*\*\*\*\*, vertreten durch Vetter & Kaan Rechtsanwälte in Wien, wegen Aufkündigung, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 22. April 2020, GZ 38 R 260/19w-62, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 23. Juli 2019, GZ 48 C 443/14z-56, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind Kosten des weiteren Verfahrens.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist Eigentümerin der in ihrem Wohnungseigentum stehenden Geschäftslokale top 1 und top 2 in einem Haus im ersten Wiener Gemeindebezirk. Der Beklagte ist Hauptmieter beider Objekte. Zuvor hatte die Klägerin erstmals mit Mietvertrag vom 22. Februar 2007 die Geschäftslokale gemeinsam an zwei Rechtsvorgänger des Beklagten zum Betrieb eines Bar- und Restaurationsbetriebs vermietet. Die gänzliche oder teilweise Untervermietung der Bestandräumlichkeiten war nicht gestattet, die Vermieterin genehmigte allerdings deren Überlassung an eine zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses in Gründung befindliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung, an der die Mieter mehrheitlich beteiligt sind. Den damaligen Mietern wurde ein zeitlich unbefristetes, mehrmals ausnützbares Weitergaberecht eingeräumt, das sie nur im Zusammenhang mit der Übertragung an eine natürliche Person ausnützen durften. An diesem Standort hatte es seit Jahrzehnten immer wieder Gastronomiebetriebe gegeben.

Die Rechtsvorgänger des Beklagten betrieben in den räumlich verbundenen Objekten ein Lokal mit dem Namen „B\*\*\*\*\*“. Mit Erklärung vom 22. April 2010 traten sie ihre Mietrechte aus diesem Vertrag in Ausübung des Weitergaberechts an den unmittelbaren Rechtsvorgänger des Beklagten, K\*\*\*\*\*, ab, der die Vertragsannahme erklärte. Diese Erklärung ging der Klägerin zu, ab April 2010 wurde der Mietzins an den unmittelbaren Rechtsvorgänger des Beklagten vorgeschrieben. K\*\*\*\*\* war kein Gastronom und beabsichtigte zunächst nicht, das Lokal für einen

Gastronomiebetrieb zu nützen. Er plante die Einrichtung eines \*\*\*\*\*-Stores für B\*\*\*\*\* und präsentierte diesen Plan der Klägerin, die dies allerdings ablehnte. Vom 22. Juli 2010 bis 24. Oktober 2010 bestand am Standort eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeehaus für eine GmbH, deren Geschäftsführer K\*\*\*\*\* war. Zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt im Jahr 2010 trat dessen Neffe an den Betreiber des Nachbarlokals heran und bat ihn, das damals geschlossene Lokal im Mietobjekt wieder zu eröffnen und für einige Monate zu betreiben. Das Geschäftslokal war damals betriebsbereit, die Ausstattung allerdings abgenutzt und verschmutzt. Wie lang es davor geschlossen war, steht nicht fest. Der Inhaber des Nachbarlokals nahm den Betrieb des Lokals unter dem früheren Namen „B\*\*\*\*\*“ für mehrere Monate auf. Er erhielt dafür kein Entgelt, erhoffte sich jedoch für die Zukunft ein Gegengeschäft.

Zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt im Jahr 2010 trat K\*\*\*\*\* in Verhandlungen mit \*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* mit dem Ziel ein, diesen als Betreiber oder Pächter dieses Lokals zu gewinnen. Die Verhandlungen scheiterten. Der Beklagte war ständiger Rechtsvertreter von K\*\*\*\*\* und ist ein enger Freund des \*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*. K\*\*\*\*\* fragte den Beklagten nach Scheitern der Gespräche mit W\*\*\*\*\*, ob er das Lokal nicht kaufen wolle. Der Beklagte wusste, dass W\*\*\*\*\* weiterhin daran interessiert war, das Lokal zu übernehmen und zu betreiben. Der Beklagte entschloss sich daher, das Lokal von K\*\*\*\*\* zu kaufen. Damals bestand eine aufrechte Betriebsanlagengenehmigung (nur für top 2) und eine Schanigartengenehmigung. Der Beklagte und K\*\*\*\*\* handelten einen Kaufpreis von 310.000 EUR netto aus. Über Anfrage des Beklagten erklärte W\*\*\*\*\* ihm, er würde das Lokal von ihm pachten.

Daraufhin kam es am 1. Oktober 2010 zum Abschluss folgender Verträge:

K\*\*\*\*\* als Verkäufer und der Beklagte als Käufer schlossen einen Kaufvertrag, in dem es heißt:

„Der Verkäufer betreibt am Standort [...] einen Gastronomiebetrieb mit der Etablissementbezeichnung 'B\*\*\*\*\*'. Dieser Betrieb ist Gegenstand des Kaufvertrags und besteht insbesondere aus

- (i) den Mietrechten an den vom Verkäufer am oben genannten Standort genutzten Geschäftsräumlichkeiten
- (ii) den in diesen Räumlichkeiten vorhandenen Einrichtungsgegenständen und Gerätschaften laut Bestandsliste, Anlage ./A
- (iii) dem Kundenpotential.“

Dem Käufer wurde das Recht eingeräumt, die Bezeichnung „B\*\*\*\*\*“ zur Unternehmensbezeichnung weiter zu verwenden. Zu den Mietrechten über die Unternehmensräumlichkeiten hielten die Parteien des Vertrags fest, dass der Verkäufer in Ausübung des Weitergaberechts der Vormieter Hauptmieter geworden und daher in den Mietvertrag vom 22. Oktober 2007 eingetreten sei. Der Beklagte übernahm das vom Verkäufer beschäftigte Personal nicht und trat auch in Bezugsverträge und sonstige Dauerschuldverhältnisse (ausgenommen Strom-, Heizungs-, Wasserversorgungs-, oder Telefonanschlussverträge) nicht ein. Die im Text genannte Anlage ./A war ein Anlageverzeichnis für das Kalenderjahr 2009, das allerdings von einer GmbH erstellt worden war, die zum Zeitpunkt des Betriebs des Lokals durch die Rechtsvorgänger des K\*\*\*\*\* Inhaber der Gewerbeberechtigung für den Betrieb einer Bar am Standort gewesen war. Ausgewiesen waren dort Werte für eine Wortbildmarke „E\*\*\*\*\*“, unter der der Gastronomiebetrieb noch vor den Rechtsvorgängern des K\*\*\*\*\* betrieben worden war, Pacht- und Mietrechte, bauliche Investitionen im fremden Geschäftsbetrieb und sonstige Betriebsausstattung (Möbel und Geräte) sowie Anteile an verbundenen Unternehmen.

Am gleichen Tag unterzeichneten K\*\*\*\*\* und der Beklagte ein Schriftstück betreffend die Erklärung über die Ausübung eines Weitergaberechts auf Basis des Hauptmietvertrags vom 22. Februar 2007, wonach K\*\*\*\*\* seine Mietrechte an den Objekten an den Beklagten abtrete.

Letztlich schlossen der Beklagte als Bestandgeber und \*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* und D\*\*\*\*\* als Bestandnehmer am gleichen Tag einen Vertrag über die Verpachtung des im Standort [...] etablierten Gastronomiebetriebs (Etablissementbezeichnung: B\*\*\*\*\*). Dieser bestehe aus den Benützungsberechtigungen an den Geschäftsräumlichkeiten im Haus (Gassenlokal samt Kellerräumlichkeiten), den in den Betriebsräumlichkeiten vorhandenen Einrichtungsgegenständen und Gerätschaften sowie dem Kundenstock und der Kundenfrequenz, der im Hinblick darauf, dass es sich beim Standort des gepachteten Unternehmens um eine außerordentlich gute Frequenzlage handelt, besondere Bedeutung zukomme. Das Pachtverhältnis sollte am 1. Oktober 2010 beginnen und wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Eine

Betriebspflicht der Pächter wurde vereinbart und ihnen überdies die einmalige Weitergabe der Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag an eine von ihnen zu gründende Gesellschaft, an der ausschließlich sie beide beteiligt sind, eingeräumt. Die Pächter sollten den Betrieb aufgrund einer eigenen Gewerbeberechtigung führen.

Am 1. Oktober 2010 überwies der Beklagte 310.000 EUR an K\*\*\*\*\*. Unmittelbar nach Übergabe des Lokals an den Beklagten übergab dieser das Lokal an die neuen Pächter, die es gründlich umgestalteten, um es dann mit einem neuen Konzept als Tages- und Abendbar weiterzubetreiben. Außerdem gründeten sie zur Führung des Betriebs eine GmbH und änderten die Bezeichnung des Lokals auf „1\*\*\*\*\*“. Die Pächter übten ihr Weitergaberecht laut Pachtvertrag zugunsten der von ihnen gegründeten GmbH aus, was der Beklagte zur Kenntnis nahm. Für die Dauer des Umbaus und der Sanierung, längstens jedoch drei Monate, gestand der Beklagte den Pächtern eine Reduktion des monatlichen Pachtzinses zu.

Am 4. Oktober 2010 informierte der Beklagte den Rechtsfreund der Klägerin davon, dass er den „B\*\*\*\*\*“ gekauft habe und verfasste am Folgetag auch ein direktes Schreiben an die Klägerin, dem die Erklärung über die Ausübung des Weitergaberechts vom 1. Oktober 2010 angeschlossen war. Die Klägerin war über den Inhalt des Schreibens verwundert, weil sie daran zweifelte, dass im Lokal ein laufender Betrieb bestanden habe. Sie ließ es dabei jedoch zunächst bewenden, weil sie auf die positive Beurteilung des Weitergabevorgangs durch ihren damaligen Rechtsvertreter vertraute. Über die Weitergabe der Pachtrechte an die GmbH informierten sie weder der Beklagte noch dessen Pächter oder die GmbH.

Die Pächter des Beklagten schlossen nach der Übergabe des Lokals den Betrieb und bauten die Inneneinrichtung des Lokals um, das im Februar 2011 wieder eröffnet wurde. Zwischen den beiden Geschäftslokalen besteht ein Wanddurchbruch. Die für den Teil top 2 des Objekts bestehende Betriebsanlagen- und Schanigartengenehmigung wurde beibehalten, die Erweiterung der Betriebsanlagengenehmigung auf top 1 des Mietobjekts beantragten die Pächter 2011, sie wurde ihnen 2014 erteilt.

Als die Klägerin im Februar 2014 an den Beklagten herantrat, um die im ursprünglichen Mietvertrag aus 2007 vorgesehene Evaluierung des Mietzinses in die Wege zu leiten, kam es zu massiven Unstimmigkeiten zwischen den Parteien, insbesondere, weil die Klägerin erstmals erfuhr, dass der Beklagte von der Pächterin einen monatlichen Zins von rund 10.000 EUR vereinnahmte.

Die Klägerin kündigte mit Schriftsatz vom 29. August 2014 daraufhin das Mietverhältnis zum 31. Dezember 2014 auf, wobei nur mehr die Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 Z 4 MRG Gegenstand des Revisionsverfahrens sind. Der Beklagte habe der Klägerin gegenüber vorgegeben, das Bestandsobjekt zwei natürlichen Personen zu überlassen, dieses in Wahrheit aber der von ihnen gegründeten GmbH weitergegeben. Er habe ein Pachtverhältnis vorgegeben, obwohl dem Vertragsverhältnis die zentralen Elemente der Pacht fehlten. Der Betrieb des ehemals unter der Bezeichnung „B\*\*\*\*\*“ geführten Gastronomieunternehmens sei am 1. Oktober 2010 seit Monaten eingestellt gewesen, K\*\*\*\*\* habe als Rechtsvorgänger des Beklagten während seines Mietverhältnisses kein Gastronomieunternehmen im Bestandsobjekt geführt und auch nie eine solche Absicht gehabt. Der Beklagte erhalte von der den Gastronomiebetrieb derzeit führenden GmbH eine unverhältnismäßig hohe und damit verpönte Gegenleistung.

Der Beklagte erhob fristgerecht Einwendungen gegen die Aufkündigung. Er habe im Rahmen des Unternehmenskaufvertrags von K\*\*\*\*\* den laufenden Gastronomiebetrieb „B\*\*\*\*\*“ erworben, sodass die Mietrechte gemäß § 12a Abs 1 MRG auf ihn übergegangen seien. Ein Umgehungsgeschäft liege nicht vor, ebensowenig eine Untervermietung, weil der Beklagte mit Pachtvertrag vom 1. Oktober 2010 das lebende Unternehmen „B\*\*\*\*\*“ an zwei natürliche Personen verpachtet habe. Für den Übergang eines Mietrechts gemäß § 12a Abs 1 MRG im Rahmen des Unternehmenserwerbs sei es nicht erforderlich, dass der Erwerber das im Bestandsobjekt befindliche Unternehmen selbst betreibe. Er habe ein lebendes Unternehmen verpachtet und den Pächtern eine Betriebspflicht auferlegt. Der Beklagte erwirtschaftete durch die Verpachtung keinen Aufschlag von 110 %, der Differenzbetrag betrage selbst unter Außerachtlassung des an sich zu berücksichtigenden Kaufpreises für den Unternehmenserwerb weniger als 39 % des Hauptmietzinses. Der Beklagte habe die Klägerin am 5. Oktober 2010 über den Hergang des Ankaufs des Unternehmens und der Verpachtung des Unternehmens informiert, die Klägerin habe diesen Sachverhalt für mehr als dreieinhalb Jahre akzeptiert, keine Einwände erhoben oder eine Kündigung eingebracht, sie habe daher konkludent darauf verzichtet, aus diesem Grund zu kündigen.

Das Erstgericht erklärte die Aufkündigung für rechtsunwirksam und wies das Räumungsbegehren ab. Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 Z 4 MRG liege nicht vor. Ausgehend von den eingangs wiedergegebenen Feststellungen verneinte es aber deren Vorliegen. Die Verpachtung des im Mietgegenstand betriebenen Unternehmens unter Einschluss der Mietrechte als Unternehmensbestandteil sei keine Weitergabe im Sinn dieses Kündigungstatbestands, die nur dann vorliegen könne, wenn die selbständige Verwertung des Bestandrechts im Vordergrund stehe. Diesen Beweis habe die Vermieterin nicht erbracht. Nach den in ständiger Judikatur entwickelten Grundsätzen zur Abgrenzung von Geschäftsraummieta und Unternehmenspacht sei von einer Verpachtung auszugehen, weil das seit Jahrzehnten im Bestandsobjekt etablierte Bar-Café in den sechs Monaten vor Erwerb durch den Beklagten zumindest mehrere Monate betrieben worden sei. Die dafür erforderliche Einrichtung einschließlich technischer Vorrichtungen sei an die Unterbestandnehmer übergeben worden, es habe eine aufrechte Betriebsanlagen- und Schanigartenbewilligung gegeben und der Standort sei der an Gastronomie interessierten Öffentlichkeit bekannt gewesen. Der Beklagte habe durch den Erlass des Pachtzinses für drei Monate Investitionen teilweise selbst getragen und der Pachtvertrag enthalte die Vereinbarung einer Betriebspflicht sowie die Verpflichtung zur Rückstellung eines lebenden Betriebs. Die kurzfristige Stilllegung des Betriebs und die umfangreichen Investitionen und Umbauten seien keine Ausschlusskriterien für die Annahme von Pacht. Der Beklagte habe das Unternehmen nicht selbst betreiben müssen, um von einer Verpachtung auszugehen, solange es sich um ein ihm gehörendes Unternehmen handelte.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge und ließ die ordentliche Revision nicht zu. Die Beweisrüge der Klägerin sei weitgehend nicht gesetzesgemäß ausgeführt, im Übrigen seien die bekämpften Feststellungen unbedenklich. Rechtlich teile es die Rechtsauffassung des Erstgerichts. Eine Weitergabe nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG könne nur dann vorliegen, wenn die selbständige Verwertung des Bestandrechts im Vordergrund stehe. Die (unmittelbare) Verpachtung des Unternehmens durch den Erwerber sei nicht anders zu beurteilen. Maßgeblich seien die in der Judikatur für die Abgrenzung von Geschäftsraummieta und Unternehmenspacht entwickelten Kriterien. Unter Berücksichtigung der vereinbarten Betriebspflicht und der Verpflichtung zur Zurückstellung eines lebenden Unternehmens sei das Erstgericht zutreffend davon ausgegangen, dass ein lebendes Unternehmen erworben und weiterverpachtet worden sei. Dass der Kaffee-Bar-Betrieb zum Zeitpunkt der Übernahme durch den Vormieter des Beklagten kurzfristig geschlossen gewesen sei, schade nicht. Wesentlich sei, dass dieser Betrieb unter dem bisher verwendeten Namen „B\*\*\*\*\*“ unter Beibehaltung des bisherigen Inventars und nur geringfügiger Modernisierung im letzten halben Jahr vor der Übernahme jedenfalls über mehrere Monate geöffnet gewesen sei. Ungeachtet der Umgestaltung des Lokals nach der Übernahme durch die Pächter des Beklagten und der neuen Bezeichnung sei die Identität des Unternehmens nicht berührt worden. Dass nur demjenigen Verpächter Ladenschutz iSd § 12a Abs 5 MRG zukommen könne, der das Unternehmen selbst betrieben habe, widerspreche der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, zumal jede neue Verpachtung dem Vermieter die Möglichkeit gebe, den Mietzins auf den angemessenen Betrag zu erhöhen. Näherer Feststellungen dazu, welchen Wert die Mietrechte im Verhältnis zu anderen Unternehmensbestandteilen des verpachteten Unternehmens aufweisen, bedürfe es nicht. Soweit ältere Entscheidungen das Verhältnis der Wertkomponenten für bedeutsam erachtet hätten, sei dies überholt und eine derart schematische Prüfung nicht sachgerecht. Da die Abgrenzung zwischen Geschäftsraummieta und Unternehmenspacht von den Umständen des Einzelfalls abhängen, sei die ordentliche Revision nicht zuzulassen.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin, in der sie eine Abänderung im Sinn der Klagestattgebung anstrebt, hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

Der Beklagte hat in der ihm freigestellten Revisionsbeantwortung beantragt, die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und im Sinn einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

1. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wurde geprüft, sie liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Ob das Berufungsgericht zu Recht davon ausging, dass keine Feststellungen zum Verhältnis des Werts des Mietrechts am Geschäftslokal und der sonstigen Unternehmensbestandteile fehlen, ist eine Frage der unrichtigen rechtlichen

Beurteilung, nicht eines Mangels des Berufungsverfahrens. Eine Umwürdigung von erstgerichtlichen Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen, weshalb es den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht verletzt haben kann. Ein Begründungsmangel ist nicht zu erkennen.

2. Die behauptete Aktenwidrigkeit liegt nicht vor; der in dem Zusammenhang zitierte Rechtssatz RIS-JustizRS0116014 bezieht sich auf die unrichtige Wiedergabe von Feststellungen, die in der Revision gar nicht behauptet wird. Ob das Berufungsgericht seine rechtliche Beurteilung auf Basis des gesamten festgestellten Sachverhalts vorgenommen hat oder nicht, ist keine Frage der Aktenwidrigkeit, sondern der allenfalls unrichtigen rechtlichen Beurteilung (§ 510 Abs 3 ZPO).

3. Ein schlüssiger Verzicht auf einen Kündigungsgrund unter dem Gesichtspunkt des § 863 ABGB würde voraussetzen, dass das Zuwarten des Vermieters mit der Aufkündigung unter Umständen erfolgt, aus denen mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig bleibt, dass der Vermieter den ihm bekannten Sachverhalt nicht mehr als Kündigungsgrund geltendmachen will. Es ist daher erforderlich, dass der Mieter weiß oder aus dem Verhalten des Vermieters doch mit Recht ableiten kann, dieser kenne den vollen Sachverhalt, der die Kündigung rechtfertigte, und dem Mieter keine Umstände bekannt sind, die ein Zuwarten des Vermieters mit der Kündigung aus einem anderen Grund als dem eines Verzichts auf das Kündigungsrecht erklärlich erscheinen lassen (RS0014423; vgl auch RS0070551). Eine Kenntnis der Klägerin vom vollen, eine Aufkündigung rechtfertigenden Sachverhalt kann hier den Feststellungen nicht entnommen werden; der vom Erstgericht bereits verneinte Verzicht auf den Kündigungsgrund wurde im Übrigen weder im Berufungs- noch im Revisionsverfahren thematisiert.

4. Die Klägerin meint, dass zwar zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen die Abgrenzung zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht behandeln, dies aber in nicht vergleichbarem Zusammenhang, weil ihnen bloß ein „zweipersonales Verhältnis“ zugrunde gelegen sei. Ob die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht auch in „dreipersonaler Konstellation“ anzuwenden seien, sei in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt.

Hiezu wurde erwogen:

4.1. Die Vorinstanzen haben die umfangreiche Judikatur zur Unterscheidung von Geschäftslokalmiete und Unternehmenspacht, bei der grundsätzlich auf die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls abzustellen ist (RS0031183; RS0020513 [T5]; RS0020338 [T10]; RS0020398 [T7, T13]) umfassend dargestellt, sodass darauf verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 ZPO). Zutreffend gingen sie davon aus, dass beide Kündigungsgründe nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG die gänzliche Weitergabe und das Fehlen eines dringenden Bedarfs des Mieters oder eintrittsberechtigter Personen voraussetzen, wobei unter Weitergabe jede entgeltliche oder unentgeltliche Gebrauchsüberlassung verstanden wird (RS0070718), gerade eben auch eine Untervermietung (RS0070650). Demgegenüber stellt die Veräußerung des im Mietgegenstand betriebenen Unternehmens und die damit verbundene Überlassung der Benützung der Räumlichkeiten an einen Dritten den Kündigungsgrund nicht her, sofern nicht die Veräußerung lediglich den Zweck verfolgt, dem Erwerber die Ausnützung der Bestandrechte zu ermöglichen (RS0070600). In einer Vielzahl von Entscheidungen hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass die Verpachtung des im Mietgegenstand betriebenen Unternehmens unter Einschluss der Mietrechte als Unternehmensbestandteil keine Weitergabe nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG ist (RS0070624), außer wenn die selbständige Verwertung des Bestandrechts im Vordergrund steht (RS0070624 [T1]). Eine Reihe der unter diesem Rechtssatz indizierten Entscheidungen betraf Aufkündigungsverfahren nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG (so 4 Ob 618/88, 7 Ob 529/90 und 7 Ob 506/95), in denen jeweils das Vertragsverhältnis zwischen dem Hauptmieter und dem (angeblichen) Pächter auch im Verhältnis zum aufkündigenden Vermieter rechtlich zu qualifizieren war. Dort hat der Oberste Gerichtshof jeweils die in langjähriger Judikatur entwickelten Kriterien für die Abgrenzung der Rechtsinstitute der Geschäftsraummiete und der Unternehmenspacht angewendet.

4.2. Es kann daher keine Rede davon sein, dass höchstgerichtliche Rechtsprechung zu einem „dreipersonalen Verhältnis“ fehlte. Der Grundsatz, dass von Unternehmenspacht im Allgemeinen dann auszugehen ist, wenn ein lebendes Unternehmen Gegenstand des Bestandvertrags ist, der Bestandgeber daher neben den Räumen auch das beistellt, was wesentlich zum Unternehmensbetrieb und dessen wirtschaftlichen Fortbetrieb gehört wie Betriebsmittel, Einrichtung und Warenlager, Kundenstock und Gewerbeberechtigung, wobei im Einzelfall nicht alle diese Merkmale gleichzeitig gegeben sein müssen (RS0020398), und deutliche Indizien für Unternehmenspacht in der Übergabe eines lebenden Unternehmens mit vorhandenem Kundenstock unter Vereinbarung einer Betriebspflicht zu sehen sind (vgl

RS0020398 [T7, T8]), sind daher auch bei der Beurteilung der im Aufkündigungsverfahren nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG maßgeblichen Frage anzuwenden, ob es sich tatsächlich um eine Verpachtung eines Unternehmens oder eine bloße (Unter-)Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten durch den Hauptmieter handelt.

5. Die Revision wendet sich gegen die Auffassung der Vorinstanzen, der Beklagte habe ein lebendes Unternehmen verpachtet, zumal tatsächlich die selbständige Verwertung der Bestandrechte im Vordergrund gestanden sei. Da das Berufungsgericht bewusst davon abgesehen habe, die in der Rechtsprechung entwickelte Prüfung des Wertverhältnisses des Mietrechts einerseits und der übrigen Unternehmensbestandteile andererseits vorzunehmen, sei es von höchstgerichtlicher Rechtsprechung abgewichen. Es habe auch nicht offengelegt, nach welchen Kriterien zu prüfen sei, ob die Weitergabe der Mietrechte im Vordergrund stehe.

5.1. Nach gesicherter Rechtsprechung (RS0068397) setzt die Nichtanwendbarkeit des § 30 Abs 2 Z 4 MRG bei Veräußerung oder Verpachtung voraus, dass es sich um die Überlassung eines lebenden Unternehmens handelt und der Schwerpunkt nicht in der Überlassung der Geschäftslokalitäten samt Inventar und Warenlager gelegen ist. Eine Transaktion, mit der nach erfolgter Stilllegung des Betriebs oder unter gleichzeitiger Auflösung des Unternehmens Geschäftsräume, Inventar und Warenlager dem Betrieb eines anderen Unternehmens, wenn auch derselben Branche zugeführt werden sollen, ist daher als Überlassung nach diesem Kündigungstatbestand anzusehen. Die Unternehmensveräußerung bildet dann einen Kündigungsgrund, wenn sie vorgeschützt wird, um die Veräußerung des Bestandrechts zu verschleiern (RS0068450 [T7]), wobei im Zweifel aber davon auszugehen ist, dass die selbständige Ausnützung der Bestandrechte nicht im Vordergrund steht (RS0068450 [T9]). Die Bestandrechte müssen als gegenüber den immateriellen Unternehmenswerten (good will) zurücktretend und daher nicht ins Gewicht fallend beurteilt werden können (RS0010048). Wenn auch die Rechte des Mieters auf Verpachtung bzw Veräußerung des Unternehmens zwingend sind, erfasst § 12a MRG doch nur die Veräußerung und Weiterführung eines „lebenden Unternehmens“. Hat der Mieter nie irgendeine Geschäftstätigkeit im Bestandsobjekt entfaltet, ist § 12a MRG nicht anzuwenden. Es darf nicht um eine verdeckte Weitergabe von Mietrechten gehen (6 Ob 172/17p).

5.2. Zur abschließenden rechtlichen Beurteilung der Frage, ob es dem Beklagten bei Abschluss des „Pachtvertrags“ nicht allenfalls doch um eine verdeckte Verwertung seines Bestandsrechts an den Mietobjekten ging – wie dies die Klägerin behauptet – reichen die erstgerichtlichen Feststellungen noch nicht aus. Nach dem Inhalt der schriftlichen Verträge hatte zwar der Beklagte von K\*\*\*\*\* den am Standort der Mietobjekte etablierten Gastronomiebetrieb „B\*\*\*\*\*“ gekauft und diesen im laufenden Betrieb an die Pächter verpachtet. Die Feststellungen des Erstgerichts lassen aber offen, ob K\*\*\*\*\* überhaupt einen Gastronomiebetrieb von seinen Rechtsvorgängern erworben hatte – festgestellt wurde lediglich die Ausübung des Weitergaberechts durch die Rechtsvorgänger, die die Mietrechte aus ihrem Vertrag vom 22. Februar 2007 an ihn abtraten. Gegen einen Erwerb des Gastronomiebetriebs „B\*\*\*\*\*“ spricht, dass K\*\*\*\*\* weder Gastronom war noch beabsichtigte, das Geschäftslokal für einen Gastronomiebetrieb zu nutzen. Offenbar aufgrund des Scheiterns seiner Bemühungen einen B\*\*\*\*\*-Store einzurichten, sprach sein Neffe den Betreiber des benachbarten Lokals mit der Bitte an, das geschlossene Lokal „B\*\*\*\*\*“ einige Monate weiterzubetreiben, was letztlich geschah. Auch wenn man mit den Vorinstanzen davon ausgeht, damit sei der – zunächst stillgelegte – Betrieb des „B\*\*\*\*\*“ wieder aufgenommen worden, bleibt unklar, wer konkret für diese wenigen Monate Inhaber dieses Gastronomiebetriebs gewesen war – nach den Feststellungen kommen K\*\*\*\*\*, dessen Neffe, die über die Gastgewerbekonzession für den Standort verfügende GmbH oder der Betreiber des Nachbarlokals in Betracht. Aus der Feststellung, dass letzterer „im Auftrag des K\*\*\*\*\*“ den Betrieb wieder aufnahm, lässt sich noch nicht ableiten, dass der Gastronomiebetrieb tatsächlich ihm als Unternehmensinhaber zuzurechnen gewesen wäre. Es bedarf daher zu der Frage, wer der Unternehmensträger des in den Monaten zwischen Ende April und August 2010 in den Bestandsräumlichkeiten geführten Betriebs „B\*\*\*\*\*“ war, einer Verbreiterung der Tatsachengrundlage. Festzustellen wird insbesondere sein, in wessen Namen und auf welche Rechnung dieser Betrieb geführt wurde. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass K\*\*\*\*\* entgegen den schriftlichen Vertragsurkunden in den gemieteten Räumlichkeiten selbst nie einen Gastronomiebetrieb als Unternehmensträger führte oder – etwa durch einen Pächter – führen ließ, wäre mit der Revisionswerberin davon auszugehen, dass der Beklagte, der unstrittig selbst nie einen Gastronomiebetrieb in den Räumlichkeiten aufnahm – einen solchen (von K\*\*\*\*\* dann ja nicht erworbenen) Betrieb an seine Pächter auch nicht als lebendes Unternehmen verpachten konnte. Zwar wäre auch bei einem erst zu errichtenden Unternehmen eine Pacht nicht grundsätzlich ausgeschlossen, diesfalls müssten die wesentlichen Grundlagen für den Unternehmensbeginn allerdings vom Bestandgeber zur Verfügung

gestellt werden und der Bestandnehmer muss zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens verpflichtet sein (RS0029483). Die Verpachtung eines von seinen Pächtern erst zu gründenden Unternehmens hat der Beklagte allerdings nie behauptet und war auch nicht Gegenstand des schriftlichen Pachtvertrags.

Aus prozessökonomischen Gründen ist zu weiteren Argumenten bereits jetzt Stellung zu nehmen:

6. Die Revisionswerberin meint, der Beklagte hätte als Verpächter das verpachtete Unternehmen selbst betreiben müssen; da er das nicht getan habe, sei von einer unzulässigen Weitergabe selbst für den Fall eines Pachtverhältnisses auszugehen. Der Oberste Gerichtshof habe zu § 12 Abs 3 MRG aF klargestellt, dass die dort normierte Vertragsübernahme nicht eintreten kann, wenn der Mieter nie irgendeine Geschäftstätigkeit im Bestandverhältnis entfaltete, sondern von Anfang an eine andere Person das Unternehmen führte. Die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen 8 Ob 567/88 und 5 Ob 457/97k könnten seine Rechtsauffassung nicht stützen.

6.1. Gemäß § 12a Abs 5 MRG darf der Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit das von ihm im Mietgegenstand betriebene Unternehmen ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen verpachten. Die Bestimmung wurde mit dem 3. WÄG in das MRG eingefügt, das auch den Veräußerungstatbestand in § 12 Abs 3 MRG aF in § 12a Abs 1 MRG überführte; auch diese Bestimmung knüpft daran an, dass der Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit das von ihm im Mietgegenstand betriebene Unternehmen zur Fortführung in diesen Räumen veräußert. Demgegenüber spricht die bereits am 1. März 1994 bestehende Hauptmietverhältnisse betreffende Regelung des § 46a Abs 3 MRG davon, dass der Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit sein darin betriebenes Unternehmen vor dem 1. März 1994 verpachtet hat. Zu prüfen ist, ob diese unterschiedlichen Formulierungen tatsächlich den von der Klägerin gezogenen Schluss rechtfertigen, eine Verpachtung könne nur dann tatbestandsmäßig iSd § 12a Abs 5 MRG sein, wenn der Verpächter tatsächlich persönlich der Betreiber des verpachteten Unternehmens gewesen sei.

6.2. In der bereits vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 5 Ob 457/97k hat der Oberste Gerichtshof dieser Auslegung bereits eine Absage erteilt und ausgesprochen, dass es genügt, dass es sich um ein Unternehmen des Hauptmieters handelt, das betrieben wird, ob vom Hauptmieter oder Unternehmenspächter ist belanglos. Er sprach sich für eine teleologische Reduktion des § 12a Abs 5 erster Satz MRG aus, der dann mit § 46a Abs 3 Satz 2 MRG in Einklang zu bringen ist. Der 10. Senat hat sich dieser Auffassung angeschlossen (10 Ob 188/00w; vgl RS0109187). Nach § 46a Abs 3 Satz 2 MRG ist auf die Verpachtung durch den Hauptmieter abzustellen (5 Ob 237/99k), sodass die Unterverpachtung durch den Pächter nicht tatbestandsmäßig wäre (Auer/H. Böhm in GeKo Wohnrecht I § 12a MRG Rz 145). Die in § 12a Abs 1 und Abs 5 MRG verwendete Formulierung „von ihm im Mietgegenstand betrieben“ kann aber nach Sinn und Zweck der Regelung nur bedeuten, dass der Verpachtende bzw im Fall des § 12a Abs 1 MRG verfügende Mieter der Träger des Unternehmens gewesen sein muss. Gerade der Umstand, dass bei einer ununterbrochenen Aufeinanderfolge von Verpachtungsvorgängen dem Vermieter jeweils neue Erhöhungsmöglichkeiten nach § 12a Abs 5 MRG zustehen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat (vgl auch Auer/H. Böhm in GeKo Wohnrecht I § 12a MRG Rz 145) zeigt, dass es im Fall der Verpachtung nicht darauf ankommen kann, ob zwischen den einzelnen Verpachtungsvorgängen der Hauptmieter der Geschäftsräumlichkeit dort das Unternehmen tatsächlich selbst geführt hat. Wenn es der Vorpächter an ihn zurückstellt und er es unverzüglich weiterverpachtet (wobei es sich um ein lebendes Unternehmen im Sinn der bereits eingangs zitierten höchstgerichtlichen Judikatur handeln muss), entspricht ein solcher Verpachtungsvorgang § 12a Abs 5 MRG. Eine bestimmte Dauer des Betriebs durch den Hauptmieter selbst verlangt das Gesetz nicht. Die „juristische Sekunde“ zwischen der Rückstellung des Betriebs an den Verpächter und dessen neuerliche Verpachtung an die neuen Pächter reicht für eine Tatbestandsmäßigkeit iSd § 12a Abs 5 MRG aus. Dass der historische Gesetzgeber den mit der Einführung des § 12 Abs 3 MRG aF beabsichtigten „Ladenschutz“ des Geschäftsraummieters auch für den Fall der Verpachtung daran hätte knüpfen wollen, dass der Geschäftsraummieter sein Unternehmen dort höchstpersönlich betrieb (und nicht etwa von einem Pächter betreiben ließ) und zwar für eine bestimmte Zeitspanne, ist auch den Materialien zur Stammfassung des MRG (ErläutRV 425 XV. GP 38) nicht zu entnehmen. Dass es für den aus der Bestimmung klar hervorleuchtenden Zweck des „Ladenschutzes“ keine Rolle spielen kann, wer konkret das im Bestandobjekt geführte Unternehmen betrieben hat, wenn es zu dessen Veräußerung oder Verpachtung kommt, liegt klar auf der Hand. Es gibt daher keinen Grund, von der in der Literatur nicht in der dargestellten Form kritisierten Entscheidung 5 Ob 457/97k abzugehen, die nicht nur zum Gesetzeswortlaut des § 46a Abs 3 MRG, sondern auch des § 12a Abs 5 MRG mit ausführlicher Begründung bereits Stellung genommen hat.

6.3. Ob der der Entscheidung 8 Ob 567/88 zugrundeliegende Sachverhalt dem hier zu beurteilenden vergleichbar ist,

kann dahinstehen. Der Oberste Gerichtshof sprach dort sehr wohl zusammenfassend aus, dass die Überlassung des Mietgegenstands im Rahmen der Unternehmensverpachtung, selbst wenn diese Verpachtung durch den Unternehmenserwerber erfolgt, der selbst nur die Ausübung der Mietrechte vom Mieter des Geschäftslokals als Veräußerer des Unternehmens herleitete, keine Weitergabe des Mietgegenstands iSd § 30 Abs 2 Z 4 erster Fall MRG ist. Die Auffassung der Vorinstanzen, die in §§ 12a Abs 1 und 5 MRG enthaltene Wortfolge „... von ihm im Mietgegenstand betriebenen Unternehmen“ sei dahin zu verstehen, dass es ausreicht, dass der Mieter bei Verpachtung oder Veräußerung des Unternehmens Träger desselben ist bzw war, wobei bei einer Verpachungskette auf den Zeitpunkt der erstmaligen Verpachtung abzustellen sei, ist somit durch höchstgerichtliche Rechtsprechung gedeckt.

7. Soweit die Revisionswerberin meint, der Kündigungsgrund der Weitergabe nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG könne bei einer Unternehmenspacht dann verwirklicht sein, wenn die Verwertung des Bestandrechts im Vordergrund der wirtschaftlichen Transaktion stehe, missversteht er die dazu zitierten Rechtssätze und Entscheidungen. Der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (RS0010048; RS0068397; zuletzt 6 Ob 172/17p) ist vielmehr zu entnehmen, dass in dem – von der Vermieterin zu beweisenden (RS0070648) – Fall, dass die selbständige Verwertung des Bestandrechts im Vordergrund stehen sollte, die Weitergabe eben gerade nicht als Unternehmenspacht zu qualifizieren ist. Ob es für diese Beurteilung hier im Sinn der Entscheidungen 1 Ob 769/80 bzw (richtig) 6 Ob 697/81 konkreter Feststellungen zum Wert der anderen Unternehmensbestandteile einerseits und des Werts des Bestandrechts andererseits bedarf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Liegt nach den Feststellungen aufgrund des Umfangs der sonstigen Unternehmensbestandteile (wie etwa Warenlager, Geschäftseinrichtung, good will) nahe, dass die Unternehmenszubehör bildenden Mietrechte nicht im Vordergrund stehen (vgl RS0010048), bedarf es nicht zwingend eines Sachverständigengutachtens und darauf gegründeter Feststellungen zum Wert der einzelnen Unternehmensbestandteile (idS auch T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht<sup>3</sup> § 30 MRG Rz 37).

8.1. Auch die Vorinstanzen gingen davon aus, dass eine bloß formelhafte Vereinbarung einer Betriebspflicht für die Beurteilung des Bestandverhältnisses als Pacht nicht ausreicht. Von einer Betriebspflicht kann nur dann die Rede sein, wenn tatsächlich ein wirtschaftliches Interesse an der Weiterführung des Unternehmens besteht, nicht aber schon dann, wenn eine im Vertrag als Leerformel ohne echtes Substrat vereinbart wird (RS0020361). Warum der hier getroffenen Vereinbarung einer Betriebspflicht und der Rückstellung eines lebenden Betriebs nach Beendigung des Pachtvertrags in Wahrheit kein Substrat zugrunde liegen soll (wenn der Beklagte tatsächlich einen lebenden Betrieb gekauft hat), führt die Revision nicht näher aus. Dass es sich um eine bloß formelhafte Vereinbarung handelt, hätte die klagende Vermieterin zu beweisen (vgl RS0070648). Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass tatsächlich ein lebender Betrieb Gegenstand des Unternehmenskaufvertrags zwischen K\*\*\*\*\* und dem Beklagten war, wäre der Klägerin dieser Beweis nicht gelungen.

8.2. Dass es an der Identität des Unternehmens nichts ändern würde, wenn die Pächter das Unternehmen nicht unverändert, sondern nach Renovierungsarbeiten unter einer anderen Etablissementbezeichnung, sehr wohl aber auch als Bar/Kaffee weiterführten, entspricht ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung (RS0020527; RS0010024) und wird in der Revision nicht mehr in Zweifel gezogen.

9. Damit waren die Entscheidungen der Vorinstanzen zur Ergänzung der Feststellungen im dargestellten Umfang aufzuheben.

10. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

#### **Textnummer**

E129805

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

ECLI:AT:OGH0002:2020:00500B00113.20H.1021.000

#### **Im RIS seit**

23.11.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

10.11.2021



**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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