Die approbierte Originalversion dieser Diplom-/Masterarbeit ist an der Hauptbibliothek der Technischen Universität Wien aufgestellt (http://www.ub.tuwien.ac.at).

The approved original version of this diploma or master thesis is available at the main library of the Vienna University of Technology (http://www.ub.tuwien.ac.at/englweb/).



# Rechtliche Herausfordungen im Zusammenhang mit Bestandverträgen über Tankstellen

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
„Master of Science"

eingereicht bei
Univ.-Ass. Mag. Dr. Karin HILTGARTNER, E.MA

Mag. Georg KRETSCHMER

9850100

Wien, April 2012

# Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. GEORG KRETSCHMER**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "RECHTLICHE HERAUSFORDERUNGEN IM ZUSAMMENHANG MIT BESTANDSVERTRÄGE ÜBER TANKSTELLEN", 71 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 05.04.2012

Unterschrift

# Inhaltsverzeichnis


1 Ausgangspunkt der Arbeit 1
1.1 Ziel der Arbeit 1
1.2 Vorgehensweise 2

2 Miete und Pacht 4
2.1 Das Bestandverhältnis 4
2.2 Der Bestandvertrag 6
2.2.1 Der Begriff der „Sache“ 7
2.2.2 Entgelt 8
2.3 Miete vs. Pacht 8
2.3.1 Geschäftsraummiete vs. Unternehmenspacht 10
2.3.2 Rechtsfolgen 12
2.3.3 Zweck der Normen 13
2.3.4 Herausforderungen in der Praxis 14
2.3.5 Abgrenzungskriterien in der Rechtsprechung 15
2.3.5.1 Lebendes Unternehmen 15
2.3.5.2 Die Betriebspflicht 18
2.3.5.3 Rückstellungsverpflichtung 21
2.3.5.4 Andere Kriterien 21
2.3.5.5 Überlassen der Geschäftseinrichtung 22
2.3.6 Auflösung und Absicherung des Pachtverhältnisses 25

3 Tankstellen als Superädifikate 33
3.1 Aktuelle Situation 33
3.2 Grundsatz „superficies solo cedit“ 35
3.2.1 Das Zugehör 36
3.2.2 Der Zuwachs 36
3.2.3 Das Zubehör 37
3.2.4 Bestandteile 38
3.3 Voraussetzungen für ein Superädifikat 39
3.3.1 Mangelnde Belassungsabsicht 40
3.3.2 Der Begriff des Bauwerkes 46
3.3.3 Das Kriterium des Grundnutzungsverhältnisses 47
3.3.4 Mietengesetz und Kündigungsschutz 49
3.3.5 Einführung des MRG und die Rechtsfolgen 51
3.3.6 MRN 2001 und die Rechtsfolgen 53
3.3.7 Schlussfolgerungen 55
3.4 Vertragsgestaltung im Zusammenhang mit Superädifikaten 56
3.4.1 Grundnutzungsverhältnis 57
3.4.2 Zins 58
3.4.3 Übertragung und Weitergabe 59
3.5 Vermietung von Superädifikaten - aktuelle Rechtslage 61

3.5.1 Haupt- oder Untermiete 61
3.5.2 Beendigung des Bestandverhältnisses 64
3.5.3 Auflösung des Bestandvertrages 64
3.5.4 Rechtsfolgen 65

4 Schlussfolgerungen 67

Kurzfassung

Literaturverzeichnis

Internetquellen

## Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| ABGB | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946 idF BGBl I 2010/58 |
| Abs | Absatz |
| BGBl | Bundesgesetzblatt |
| dRGBl | Deutsches Reichsgesetzblatt |
| EvBl | Evidenzblatt der Rechtmittelentscheidungen in der Österreichischen Juristen-Zeitung |
| gem | gemäß |
| hA | herrschende Ansicht |
| hL | herrschende Lehre |
| idF | in der Fassung von/der |
| idR | in der Regel |
| ieS | im engeren Sinn |
| insb | insbesondere |
| iS | im Sinne |
| iwS | im weiteren Sinn |
| mE | meiner Erkenntnis |
| MG | Mietengesetz, BGBl 1929/210 |
| MietSlg | Mietrechtliche Entscheidung |
| MRG | Mietrechtsgesetz, BGBl 1983/135 idF BGBl I 2010/29 |
| NZ | Österreichische Notariatszeitung |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| RGBl | Reichsgesetzblatt |
| Rspr | Rechtsprechung |
| TS | Treibstofftankstelle(n) |
| u.a. | unter anderem |
| UGB | Unternehmensgesetzbuch, dRGBL S 1897/ 219 idF BGBl I 2010/111 |
| UHG | Urkundenhinterlegungsgesetz, BGBl 1974/326 idF BGBl 2010/111 |
| WKO | Wirtschaftskammer Österreich |

| | |
|---|---|
| z.B. | zum Beispiel |
| ZPO | Zivilprozessordnung, RGBl 1895/113 idF BGBl 2010/58 |

# 1 Ausgangspunkt der Arbeit

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die berufliche Tätigkeit des Autors, der u.a. ein Portfolio von ca. 200 Treibstoff-Tankstellen (TS) in Österreich immobilienwirtschaftlich betreut. Im Rahmen dieser beruflichen Tätigkeit ist der Autor dabei zu einem gewissen Teil Eigentümervertreter und zu einem anderen Teil Berater des Eigentümers. Organisatorisch ist diese Position nicht beim Eigentümer selbst, sondern bei einem Dienstleistungs- und Beratungsunternehmen angesiedelt. Die typischen Aufgaben als externer Eigentümervertreter umfassen dabei die Erstellung des jährlichen Mietbudgets, die Vertretung des Eigentümers bei Behörden, das Bestandvertragsmanagement inkl. Auskunft und Beratung zu Bestandverträgen bzw. immobilienspezifischen Fragen, Verlängerung oder Abschluss von Verträgen. Wie die Tätigkeitsbeschreibung erahnen lässt, ist der Autor im Rahmen dieser Tätigkeit mit komplexen rechtlichen, vor allem bestandrechtlichen Fragen konfrontiert.

Von wesentlicher Bedeutung im Rahmen des Portfoliomanagements sind dabei regelmäßig zwei Fragen im Zusammenhang mit Bestandverträgen: Erstens, ob das vorliegende Bestandverhältnis als Miete oder als Pacht zu qualifizieren ist und zweitens, ob es sich bei der gegenständlichen TS um ein Superädifikat handelt. Die Tatsache, dass der Autor in seiner täglichen Arbeit insb im Hinblick auf die Rechtslage im Zusammenhang mit Superädifikaten auch von erfahrenen Immobilienfachleuten und mitunter auch von Juristen selten zufriedenstellende oder eindeutige Antworten auf alltägliche Rechtsfragen im Zusammenhang mit diesen beiden Fragen erhalten hat, hat den Autor dazu bewogen, sich näher mit den beiden Themen, Geschäftsraumiete und Pacht bzw. Superädifikat im Zuge dieser Masterthesis zu befassen.

## 1.1 Ziel der Arbeit

Ziel der vorliegenden Arbeit ist, einerseits jene Kriterien herauszuarbeiten, die für die Qualifikation eines Bestandverhältnisses als Miete oder Pacht entscheidend sind bzw. andererseits welche Kriterien ein Bauwerk als Superädifikat qualifizieren und welche Rechtfolgen jeweils daraus resultieren. Im Rahmen des Portfoliomanagements zielt sowohl die Auseinandersetzung mit der Differenzierung zwischen Miete und Pacht von TS als auch mit dem Superädifikat darauf ab, festzustellen, ob ein

Bestandverhältnis den bestandrechtlichen Bestimmungen des ABGB oder des MRG bzw. dem Kündigungsschutz des MRG unterliegt.

Ergänzend zu den beiden genannten Schwerpunkten der Arbeit werden in Unterkapiteln spezifische rechtliche Fragen behandelt, wie sie in der Praxis mit Bestandverträgen im Zusammenhang mit TS von Relevanz sein können. Der Autor hat im Zuge dieser Masterthesis nicht den Anspruch, die genannten Themen vollständig in allen rechtlichen Dimensionen zu beleuchten oder neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu gewinnen, sondern lediglich eine praxisorientierte Arbeit zu verfassen und jene Fragen, die sich dem Autor in seiner täglichen Arbeit stellen, bestmöglich zu erörtern.

## 1.2 Vorgehensweise

Da dem Autor in seiner täglichen Arbeit keine ausgewiesenen Rechtsexperten auf dem Gebiet des Pacht- und Mietrechts bzw. auf dem Gebiet des Superädifikatrechts zur Verfügung standen, konnte der Autor beim Verfassen dieser Masterthesis ausschließlich auf die verfügbare Literatur zurückgreifen. Die vorliegende Arbeit basiert daher ausschließlich auf der Literaturrecherche des Autors, wobei zur Sicherstellung der Aktualität versucht wurde, vor allem aktuelle Publikationen zu den genannten Themen zu berücksichtigen.

In den verschiedenen Kommentaren zum MRG (u.a. von Hausmann/Vonkilch, Dirnbacher oder Prader) finden sich zum Thema Miete und Pacht zwar Ausführungen, welche Kriterien zur Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Pacht von der Judikatur bzw. hL herangezogen werden, umfassend wird dieses Thema jedoch von Foerster behandelt. Foersters Werk „Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht“ bildet daher zu weiten Teilen die Grundlage des ersten Schwerpunkts der vorliegenden Arbeit, der Unterscheidung zwischen Unternehmenspacht und Geschäftsraummiete.

Betreffend Superädifikatrechts finden sich ebenfalls in den bekannten einschlägigen Kommentaren zum MRG kurze Abhandlungen. Ausführlich hat sich jedoch Förster in „Ausgewählte Fragen des österreichischen Superädifikatsrechts“ mit dem Superädifikat beschäftigt. Neben Förster widmet sich auch das von Kletecka, Rechberger,

Zitta herausgegebene Werk „Bauten auf fremden Grund“ ausführlich dem Superädifikat. Folglich bilden diese beiden Werke die Grundlage des zweiten Schwerpunkts der vorliegenden Arbeit. Ergänzend wurden die in der Literaturliste angeführten Werke beim Verfassen der Arbeit herangezogen. Darüber hinaus hat sich der Autor auch mit einigen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs (OGH) zum Thema Miete und Pacht sowie Superädifikat und Kündigungsschutz auseinandergesetzt.

Trotz der Tatsache, dass die vorliegende Arbeit im Wesentlichen praxisrelevante Fragestellungen beantworten soll, ist eine einleitende Auseinandersetzung mit den relevanten Grundlagen des Bestandrechts unumgänglich. Die beiden Schwerpunkte beschäftigen sich daher jeweils zunächst mit den theoretischen Grundlagen. In weiterer Folge wurde dann versucht, u.a. anhand der Judikatur, auf verschiedenen Herausforderungen, die sich bei der Beurteilung alltäglicher Rechtsfragen stellen, einzugehen. Schwerpunktmäßig wurde dabei versucht die spezifische Bedeutung für Bestandverträge, insb in Hinblick auf die Auflösung von Bestandverträgen im Zusammenhang mit Tankstellen, zu erörtern.

# 2 Miete und Pacht

Das folgende Kapitel beschäftigt sich vorwiegend mit der Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht. Die Unterscheidung von Miete und Pacht ist im Zusammenhang mit TS von großer Relevanz, bereitet aber in der Praxis – auch über TS hinaus - mitunter große Schwierigkeiten. Eingangs dieses Kapitels erfolgt zunächst eine theoretische Auseinandersetzung mit der Definition und den Merkmalen eines Bestandverhältnisses. In weiterer Folge werden dann jene Merkmale dargestellt, die für die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht relevant sind. Überdies wird auch auf die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der einzelnen Kriterien und deren Abgrenzung sowie auf die Judikatur in dieser Rechtfrage eingegangen.

## 2.1 Das Bestandverhältnis

Über ein gesamtes Portfolio von TS finden sich sowohl hinsichtlich der Grundstücke als auch hinsichtlich der auf diesen Grundstücken ober- und unterirdisch errichteten Anlagen unterschiedliche rechtliche Konstellationen von Eigentumsverhältnissen. Dabei treffen auf der einen Seite private Eigentümer als Bestandgeber oder Verpächter auf institutionelle Eigentümer, idR internationale Erdölkonzerne oder regional tätige Betreiber von Tankstellen als Bestandnehmer oder Pächter.

Grundsätzlich ergeben sich aus rechtlicher Sicht hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse vier verschiedene Konstellationen. Besonders häufig sind sowohl Grundstücke als auch sämtliche errichtete Anlagen(teile) im Eigentum des betreffenden Erdölunternehmens. Diese Eigentumskonstellation ist aus Sicht eines Tankstellen-Portfolio-Managers in Hinblick auf die rechtlichen Fragestellungen in der Regel unproblematisch, da aufgrund der Eigentumsverhältnisse, sich die Frage der Rechtsfolgen einer Aufkündigung nicht stellen kann.

Ebenso häufig finden sich jedoch Tankstellen, die als Superädifikate errichtet wurden. Bei diesen Stationen wurde in der Regel ein unbebautes Grundstück vom Erdölunternehmen langfristig angemietet und auf diesem eine TS errichtet. Meist wurde dabei ein unbefristetes Bestandverhältnis über das in Bestand genommene Grundstück abgeschlossen. Zur Eintragung des Bestandrechts im Grundbuch wurde darü-

ber hinaus in der Regel ein Kündigungsverzicht - meist für eine Dauer zwischen 20 und 30 Jahren – abgeschlossen. Bei dieser Art von Bestandverhältnissen ist die rechtliche Beurteilung der Rechtfolgen ungleich schwieriger als bei der zuvor genannten Eigentumskonstellation insb im Falle einer Aufkündigung durch den Bestandgeber; In den folgenden Kapiteln werden diese Bestandverhältnisse näher beleuchtet sowie deren Rechtsfolgen erläutert.

Ebenso gibt es den Fall, dass die Tankstelle gepachtet worden ist und somit „Unternehmenspacht“ vorliegt. Aufgrund der gravierenden Rechtfolgen steht diese Form des Bestandverhältnisses im Spannungsverhältnis mit der „Geschäftsraummiete“. Im Folgenden soll nun zunächst auf die Abgrenzung zwischen Unternehmenspacht und Geschäftsraummiete, welche einen der beiden Schwerpunkte dieser Arbeit bildet, eingegangen werden.

Der Vollständigkeit wegen sind auch noch jene Eigentumsverhältnisse erwähnt, bei denen TS als Wohnungseigentum parifiziert sind. Diese Art von Eigentumsverhältnissen spielt jedoch in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle, da sie selten vorzufinden ist und auch hinsichtlich der Rechtsfolgen weniger kritische Fragen aufwirft.

Neben den erwähnten Konstellationen gibt es häufig auf den betreffenden Liegenschaften auch noch weitere Bestandobjekte, die entweder in Form von Miet- bzw. Pachtverträgen in Unterbestand gegeben wurden. Gelegentlich finden sich darüber hinaus Kombinationen aus den erwähnten Eigentums- und Bestandverhältnissen, wie z.B. als Superädifikate errichtete TS, die als Ganzes in Bestand bzw. Unterbestand gegeben wurden.

Aufgrund dieser vielfältigen Eigentumskonstellationen und den verschiedenen Formen von Bestandverhältnissen, die regelmäßig im Zusammenhang mit TS zu finden sind, ist der Tankstellenportfoliomanager in seiner täglichen Arbeit, insb im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Verlängerung von Bestandsverträgen mit sämtlichen Rechtsnormen, die in Österreich auf Bestandverhältnisse anzuwenden sind, konfrontiert. An dieser Stelle sei auch erwähnt, dass die jeweiligen Rechtsfolgen auch entscheidenden Einfluss auf die Verhandlungen mit Bestandgebern haben, da

sie die Handlungsoptionen der Beteiligten wesentlich bestimmen. Nicht selten herrscht jedoch zwischen den Verhandlungspartnern unterschiedliche Auffassung, wie das betreffende Bestandverhältnis zu qualifizieren ist und welche Rechtsnormen anzuwenden sind. Als Eigentümervertreter eines internationalen Unternehmens steht der Portfoliomanager in der Praxis darüber hinaus auch vor der Herausforderung Entscheidungsträgern mit nicht-österreichischer Herkunft diese verschiedenen österreichspezifischen Rechtverhältnisse und deren Rechtsfolgen zu erklären, was, wie die Praxis zeigt, mitunter Schwierigkeiten bereitet.

## 2.2 Der Bestandvertrag

Da im Rahmen der gegenständlichen Masterthese vorwiegend jene rechtlichen Aspekte betrachtet werden sollen, die im täglichen Management insb bei der Verlängerung von Bestandverträgen eines Portfolios von TS Anwendung finden (somit eine Betrachtung von Bestandverhältnissen zur Anmietung von Liegenschaften zum Betrieb einer TS) kann eine Beleuchtung der Bestandverhältnisse iwS (Leihe, Prekarium, familienrechtliche Wohnverhältnisse) nach Ansicht des Autors ausbleiben. Bevor jedoch geklärt werden kann, welche Rechtsnorm auf ein Bestandverhältnis angewendet werden muss, sollte zunächst der Begriff des Bestandverhältnisses (zumindest) ieS definiert werden.

Da zum Abschluss eines Bestandverhältnisses regelmäßig ein Bestandvertrag abgeschlossen wird, und in Ermangelung der Definition im Mietrechtsgesetz[1], muss nach Ansicht des Autors als Ausgangspunkt zur Definition des Begriffs Bestandverhältnis der § 1090 ABGB herangezogen werden, der wie folgt lautet: „Der Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt überhaupt Bestandvertrag.“[2]

Der Bestandvertrag stellt somit den Überbegriff, der Miet- und Pachtvertrag zusammenfasst, dar.[3] Beim Bestandvertrag handelt es sich darüber hinaus um einen Kon-

[1] Hausmann, Vonkilch (2007): 9

[2] ABGB § 1090

[3] Foerster (2006):1

sensualvertrag, der mit Einigung über die Sache[4] und den Bestandzins zustande kommt.[5] Wichtig in diesem Zusammenhang zu erwähnen, ist die Tatsache, dass es für das wirksame Zustandekommen eines Bestandvertrages nicht der Schriftform bedarf, sondern ein solcher auch mündlich oder auch konkludent abgeschlossen werden kann. In der Praxis empfiehlt es sich daher (jedenfalls aus Sicht des Bestandgebers) im Zuge der erstmaligen Kontaktaufnahme mit einem Mietinteressenten einen ausdrücklichen Vorbehalt kundzutun, dass ein Bestandvertrag erst mit der Unterschrift sämtlicher Vertragsparteien wirksam zustande kommt.[6]

### 2.2.1 Der Begriff der „Sache"

Die Rechtsnorm des § 1090 ABGB regelt die Gebrauchsüberlassung einer verbrauchbaren „Sache". Gemäß § 285 ABGB handelt es sich im rechtlichen Sinn bei Sachen um „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient…"[7] Gebrauchsüberlassung einer „Sache" [gem. Liehl sind mit „Sachen" sowohl unbewegliche Bestandgegenstände wie Immobilien als auch bewegliche Güter wie z.B. Autos gemeint][8] bedeutet, dass „…der Bestandnehmer nicht wie der Eigentümer eine volle Verfügbarkeit über die gemietete oder gepachtete Sache hat,…".[9] Der Bestandnehmer kann die zum Gebrauch überlassene Sache lediglich benützen und darf diese weder verkaufen, verschenken noch verpfänden.[10] Liehl führt zum Bestandvertrag hinsichtlich der „verbrauchbaren Sache" weiter aus: „Durch diese Benützung darf die Sache aber (…) grundsätzlich nicht verringert oder verbraucht werden."[11] Ob es sich hinsichtlich der „Sachen" um bewegliche oder unbewegliche handelt, spielt für das Zustandekommen eines Bestandvertrages keine Rolle.[12]

---

[4] siehe Kapitel 2.2.1

[5] Kuprian, Prader (2008): 21

[6] Kuprian, Prader (2008): 22

[7] ABGB § 285

[8] Liehl (2007): 4 bzw. vgl. ABGB §§ 293ff

[9] Liehl (2007): 4

[10] Liehl (2007): 4

[11] Liehl (2007): 9

[12] Liehl (2007): 4

### 2.2.2 Entgelt

Weiteres Kriterium für das Zustandekommen eines Bestandvertrages ist jedenfalls die Entgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung.[13] Das Entgelt, das als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung entrichtet wird, wird üblicherweise als Mietzins bezeichnet[14]. Dieses Entgelt wird dabei meist in Form von in regelmäßigen Zeitabständen zu zahlenden Geldbeträgen vereinbart.[15] Das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung muss aber nicht periodisch anfallen, sondern kann auch für die gesamte Bestanddauer als Vorauszahlung geleistet werden.[16]

Während das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung zumindest bestimmbar sein muss, muss die Überlassung auf eine gewisse Zeit nicht notwendigerweise ein vorab bestimmter oder bestimmbarer Zeitraum sein.[17] Aus § 1090 ABGB lässt sich sinngemäß ableiten, dass es sich - auch wenn der Bestandvertrag befristet abgeschlossen wurde - bei einem Bestandverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis handelt.[18]

## 2.3 Miete vs. Pacht

Der § 1090 ABGB umfasst in seiner Definition neben der Pacht eben auch die Miete; Die nähere Abgrenzung erfolgt durch § 1091 ABGB: „Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt (sic!), ein Mietvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. …“[19]

Somit unterscheidet der Wortlaut des § 1091 ABGB Miete und Pacht nach der Art der überlassenen Sache.[20] Koziol, Welser definieren Pacht als „…die entgeltliche Überlassung einer Sache zu Gebrauch und Fruchtbezug.“[21], während die Miete die

[13] Dirnbacher (2009): 27

[14] Hausmann, Vonkilch (2007): 10

[15] Liehl (2007): 4

[16] Hausmann, Vonkilch (2007): 109

[17] MietSlg 34.193 in Hausmann, Vonkilch (2007): 9 bzw. Dirnbacher (2009): 27

[18] ABGB § 1091

[19] ABGB § 1091

[20] Foerster (2006): 1

[21] Koziol, Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 10.,11.,12. Auflage in Klotz (2005): 2

entgeltliche Überlassung zum sofortigen „bloßen Gebrauch“ darstellt[22]. Autoren wie Vonkilch sind der Ansicht, dass sich die Unterscheidung, ob Miete oder Pacht schon alleine aus der in Bestand gegebenen Sache ergibt, da, wenn bloß Räumlichkeiten überlassen werden, nur der Gebrauch, nicht aber die Fruchtziehung denkbar ist.[23]

Die gewählte Vertragsbezeichnung der Parteien ist für die rechtliche Qualifikation idR nicht entscheidend,[24] daher ist vordergründig „…die Zweckbestimmung der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses und die Art des nachfolgenden Gebrauches,…“[25] zu berücksichtigen. Betreffend die Vertragsbezeichnung der Parteien muss jedoch angemerkt werden, dass dieser im Zweifel sehr wohl Indizwirkung zuerkannt wird und welche daher durchaus relevant sein kann.[26]

Foerster merkt zu den §§ 1090 und 1091 ABGB an, dass die im ABGB getroffene Unterscheidung nach kurzer Zeit (Anm.: nach Erlass)[27] als „…unzulänglich erkannt.“[28] wurde, da diese ursprünglich auf die beiden Fälle eines Bestandvertrages über eine Wohnung (Miete) bzw. eines landwirtschaftlichen Grundstücks (Pacht) abzielte, jedoch sich in der Praxis andere Konstellationen ergeben, wie im Falle eines Geschäftsraumes, der erst durch Fleiß und Mühe Nutzen erzielt. Historisch gesehen hat die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht ihren Ursprung im römischen Recht.[29] Im deutschsprachigen Raum hat sich das Rechtsverhältnis der Pacht insb durch die Bedürfnisse der Kirche entwickelt, die ihren Grundbesitz durch Dritte bewirtschaften lassen wollte.[30]

Wie bereits zuvor angedeutet, bereitet die Unterscheidung zwischen diesen beiden Rechtsverhältnissen (Miete, Pacht) in der Praxis immer wieder große Schwierigkei-

[22] Koziol, Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, 10.,11.,12. Auflage in Klotz (2005): 2

[23] Vonkilch in Foerster (2006): 2

[24] Dirnbacher (2009): 28

[25] Foerster (2006): 2

[26] OGH 12.03.2008, 7 Ob 260/07x in Prader: 22

[27] Anmerkung des Autors

[28] Foerster (2006): 1

[29] Foerster (2006): 2

[30] Forster (2006): 2

ten, insb dann, wenn Geschäftsräumlichkeiten überlassen werden.[31] Die Unterscheidung ist aber von essentieller Bedeutung, da bei Vorliegen von Miete grundsätzlich (abgesehen von den Fällen, die den Tatbeständen des § 1 Abs 2 MRG unterliegen) die Rechtsnormen des MRG zum Tragen kommen.[32] In den folgenden Kapiteln soll nun versucht werden, diese beiden Bestandverhältnisse und ihre Merkmale sowie ihre Rechtsfolgen näher zu betrachten.

### 2.3.1 Geschäftsraummiete vs. Unternehmenspacht

Die Abgrenzung der beiden Begriffe Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht stellt die Überleitung zu der in der Praxis äußerst relevanten Frage, ob bei einem Bestandverhältnis Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht vorliegt, dar. Die Beantwortung dieser Frage ist nach hL nur nach genauer Prüfung der Umstände möglich. So betonen stellvertretend für zahlreiche andere Autoren Hausmann/Vonkilch, dass eine Einschätzung „… aufgrund der Vielzahl und der Komplexität denkbarer Fallgestaltungen weder schematisch noch nach quantitativen Kriterien, sondern immer nur unter sorgfältiger Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in Form einer wertenden Betrachtungsweise möglich ist.“[33] Auf die Entscheidungen des OGH berufend argumentiert Foerster in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Unternehmenspacht und Geschäftsraummiete: „Für die Unterscheidung gebe es keine allgemein gültige Regel, sondern es komme stets auf die Gesamtheit aller erheblichen Umstände des Einzelfalles und auf die Zweckbestimmungen der Bestandsache bei Vertragsabschluss bzw. auf die dem Bestandgeber eingeräumten Befugnisse an.“[34] Insbesondere wenn beide Parteien, also sowohl Bestandgeber als auch Bestandnehmer (Unternehmens-)Aufbauarbeit geleistet haben und somit dazu beigetragen haben, dass eine wirtschaftliche Erwerbsgelegenheit geschaffen wurde, scheint die Abgrenzung in der Praxis besonders schwierig.[35] Wo immer so ein Graubereich vorliegt, wird in Grenzfällen aufgrund des Schutzzweckes des MRG, Miete anzunehmen sein.[36]

[31] Klotz (2005): 3

[32] Klotz (2005): 2

[33] Hausmann, Vonkilch (2007): 13

[34] Foerster (2006): 46

[35] Hausmann, Vonkilch (2007): 13

[36] Hausmann, Vonkilch (2007): 13

Der Begriff des Unternehmens wird in einigen Gesetzen, so u.a. im ABGB oder MRG verwendet, jedoch nicht näher definiert.[37] Gemäß UGB werden Unternehmen wie folgt definiert: „Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn ausgerichtet sein.“[38] Brauneis geht diese Definition des UGB jedoch nicht weit genug. Er ist der Meinung, dass nur folgende in Lehre und Rspr erarbeitete Definition dem Wesen des Unternehmens gerecht wird:[39]

> „Ein Unternehmen stellt eine den Erfolg der Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder eine gesicherte Absatzgelegenheit dar, die ein Wirtschaftstreibender entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an einen Dritten zum Zwecke der Förderung einer gleichartigen Tätigkeit verwerten kann.“[40]

Trotz dieser umfassenden Definition des Begriffes Unternehmen wird in der hL Unternehmen häufig vereinfacht als organisierte Erwerbsgelegenheit definiert.[41] Foerster jedenfalls betont, dass der Unternehmensbegriff bei der Abgrenzung der Unternehmenspacht über jenen des § 1 UGB hinaus geht und jedenfalls weit zu fassen ist.[42] Neben einem Gewerbebetrieb können auch industrielle Anlagen, Tankstellen, Sportplätze, aber auch freiberufliche Erwerbsquellen wie Arztpraxen verpachtet werden.[43]

Geschäftsraum hat der OGH als dreidimensionales, abgeschlossenes, geschäftlichen Zwecken dienendes Gebilde definiert, wobei für den Begriff des Raumes eine fünffache Begrenzung ausreicht.[44]

---

[37] Brauneis (2011): 11

[38] UGB § 1

[39] Brauneis (2011): 11

[40] Brauneis (2011): 11

[41] Brauneis (2011): 11

[42] Foerster (2006): 49

[43] Foerster (2006): 49

[44] OGH 17.12.2008, 3 Ob 145/08 g in Prader (2009): 15

### 2.3.2 Rechtsfolgen

Wie bereits angedeutet, ist die Unterscheidung zwischen Geschäftsraummiete und Pacht in der Praxis von größter Bedeutung, da je nach Typ von Bestandverhältnis unterschiedliche Rechtsfolgen damit verbunden sind. Unterliegt ein Bestandverhältnis dem MRG, so ist auf dieses Mietverhältnis der Kündigungsschutz nach den §§ 29 ff MRG anwendbar. Dies bedeutet, dass das Bestandverhältnis vom Vermieter nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne der § 30 MRG gekündigt werden kann.[45]

Der Bestandnehmer erhält somit eine dem Eigentümer ähnliche Stellung, weil das Bestandverhältnis nur aufgrund der im Gesetz angeführten Gründe aufgekündigt werden kann.[46] Unterliegt nur ein Teil des Mietgegenstandes dem Kündigungsschutz, so erstrecken sich i.S. der Absorptionstheorie die kündigungsrechtlichen Schutzbestimmungen auf den gesamten Bestandgegenstand.[47] Der OGH hat in einer Entscheidung daher festgehalten, dass auch dort, wo nur Teile des Mietgegenstandes unter den Schutz des MRG fallen, der gesamte Mietgegenstand nur aus wichtigen Gründen aufgekündigt werden kann.[48]

Neben dem Kündigungsschutz der §§ 29 ff MRG genießt der Mieter im Vollanwendungsbereich des MRG auch die Mietzinsbeschränkungen der §§ 15 ff MRG sowie den Betriebskostenkatalog der §§ 21 ff MRG sowie weitere Besserstellungen.[49] Ebenfalls nicht unerheblich ist die Tatsache, dass der Hauptmieter von Geschäftsräumlichkeiten im Vollanwendungsbereich das Recht hat, sein im Bestandgegenstand betriebenes Unternehmen zu veräußern oder zu verpachten und so die Mietrechte auch ohne Zustimmung des Vermieter auf den Erwerber zu übertragen.[50] Ergänzend muss in diesem Zusammenhang angemerkt werden, dass jedoch dem Bestandgeber dann möglicherweise das Recht zusteht, den Mietzins anlässlich der Ver-

[45] Klotz (2005): 72

[46] Foerster (2006): 17

[47] Klotz (2005): 1

[48] OGH 26.08.2008, 5 OB 144/08z in Prader (2009): 15

[49] Foerster (2006): 17

[50] Foerster (2006): 17

äußerung oder Verpachtung des Unternehmens im Sinne des § 16 MRG anzuheben.[51] Vermietet der Bestandnehmer jedoch bloß die Geschäftsräumlichkeiten weiter, dann verwirklicht er den Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG (gänzliche Weitergabe des Mietgegenstandes).[52] In der Praxis ist jedoch mitunter für den Bestandgeber schwierig festzustellen, ob es sich um eine Unternehmensverpachtung oder eine unzulässige Weitervermietung handelt.[53]

Nicht immer ist die Qualifikation eines Bestandverhältnisses als Geschäftsraummiete mit Vorteilen für den Mieter verbunden, da ja einige Ausnahmen des Geltungsbereiches des MRG (siehe § 1 Abs 2 MRG) bestehen. Bei jenen Mietobjekten, die in den Teilanwendungsbereich des MRG fallen, kann der Mieter zwar auf den Kündigungsschutz zurückgreifen, die Mietzinsbeschränkungen und die Regelung hinsichtlich der Betriebskosten kommen nicht zur Anwendung.[54] Auch das ABGB stellt den Mieter in einigen Punkten besser als den Pächter, jedoch handelt es sich im ABGB überwiegend um dispositives Recht, wodurch diese Besserstellung nicht weiter ins Gewicht fällt.[55]

### 2.3.3 Zweck der Normen

Hintergrund der rechtlichen Normen, die weitreichend Schutz des Bestandgebers gewähren, ist es, den Inhaber eines gewerblichen Unternehmens bei Vorliegen einer Geschäftsraummiete vor Entzug der Geschäftsräume - die für ihn eine wesentliche Geschäftsgrundlage darstellen - zu schützen.[56] Die Geschäftsraummiete unterliegt aus diesem Grund den Kündigungsbestimmungen des MRG.

Im Fall der Unternehmensverpachtung sollen die Räumlichkeiten, die im Zuge der Unternehmensverpachtung mit übergeben werden, umgekehrt nicht den Kündigungsbestimmungen unterliegen. Foerster argumentiert, dass der Normenzweck da-

[51] Foerster (2006): 18

[52] Foerster (2006): 18

[53] Foerster (2006): 18

[54] Worthing-Smith (2009): 29

[55] Foerster (2006): 21

[56] Foerster (2006): 46

rauf abzielt, den Unternehmenseigner, der üblicherweise das Unternehmen aufgebaut hat, vor dauerhaftem Entzug der Geschäftsräumlichkeiten zu schützen.[57]

### 2.3.4 Herausforderungen in der Praxis

Im Zusammenhang mit Bestandverhältnissen über TS ist die Frage, ob ein Bestandverhältnis als Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht zu qualifizieren ist, regelmäßig anzutreffen und aufgrund der Rechtfolgen von großer Bedeutung. Nach Ansicht des Autors gilt es in der Praxis bei der Beurteilung eines Bestandvertrages regelmäßig zwei Herausforderungen zu überwinden: Einerseits die Anwendung der hL, die überwiegend auf der historischen Unterscheidung zwischen Miete und Pacht basiert und andererseits die Interpretation des schriftlichen Vertrages in Hinblick auf den Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Umlegung von aus einem historischen Kontext formulierten Normen auf heutige Verhältnisse verlangt darüber hinaus die Fähigkeit historisch formulierte Rechtsnormen transponieren und auf gegenwärtige Rechtsfragen anwenden zu können. Abschließend sei an dieser Stelle noch das Problem unvollständiger Unterlagen zu erwähnen, das in solchen Fällen ebenfalls zur Unsicherheit bei der Beurteilung von Bestandverträgen führt.

Foerster berichtet, dass der OGH in zahlreichen Entscheidungen zu der Abgrenzung der Geschäftsraummiete von der Unternehmenspacht, überwiegend im Zusammenhang mit Aufkündigungen des Bestandverhältnisses, Stellung genommen hat.[58] Die persönliche Erfahrung des Autors als Vertreter des Bestandnehmers bestätigt, dass es tatsächlich häufig im Zusammenhang mit Bestandverhältnissen über TS bei der Aufkündigung bzw. bei der theoretischen Möglichkeit zur Aufkündigung durch den Bestandgeber (weil z.B. der Kündigungsverzicht des Bestandgebers bei einem unbefristet abgeschlossen Bestandverhältnis ausgelaufen ist) sich häufig die Frage stellt, ob Unternehmenspacht oder Geschäftsraummiete vorliegt. Wie Foerster darlegt, besteht der Bestandnehmer regelmäßig darauf, dass ein Mietverhältnis vorliegt und insistiert die Anwendung der Kündigungsbestimmen des MRG auf das Bestandverhältnis,

[57] Foerster (2006): 47

[58] Foerster (2006): 45

während der Bestandgeber regelmäßig auf das Vorliegen eines Pachtverhältnisses plädiert.[59] Auch in dieser Hinsicht deckt sich die Erfahrung des Autors mit jener von Foerster.

### 2.3.5 Abgrenzungskriterien in der Rechtsprechung

Im Laufe der Jahre haben sich aufgrund der Rspr einige Kriterien heraus kristallisiert, die bei der Abgrenzung von Miete und Pacht von besonderer Relevanz sind. Die Bedeutung der einzelnen Kriterien ist grundsätzlich von Einzelfall zu Einzelfall zu beurteilen. Die Frage ob bei der Bestandgabe eine organisierte Erwerbsgelegenheit überlassen wurde, ist dabei von zentraler Bedeutung. In den folgenden Unterkapiteln werden nun die wichtigsten Kriterien zur Abgrenzung näher erläutert, wobei besonderer Bedacht auf die Bedeutung der einzelnen Kriterien im Zusammenhang mit TS genommen wurde.

#### 2.3.5.1 Lebendes Unternehmen

Der OGH stellt bei der Abgrenzung zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht (im Hinblick auf die Frage der Anwendbarkeit des MRG), vor allem auf den Umstand ab, ob zum Zeitpunkt der Übergabe des Bestandobjektes ein lebendes Unternehmen an den Bestandnehmer übergeben worden ist.[60] Auch im Zusammenhang mit TS ist diese Frage regelmäßig anzutreffen. Typischer Fall ist dabei, dass der Bestandnehmer, ein großer Erdölkonzern, eine TS von einer Privatperson vor Jahrzehnten übernommen hat und diese dann gemäß den jeweiligen Unternehmensvorgaben und -standards ausgebaut hat.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Frage, wer das Unternehmen ursprünglich aufgebaut hat, also ob dem Bestandnehmer oder der Bestandgeber die „Aufbauarbeit des Unternehmens“ zuzurechnen ist.[61] Foerster führt weiter sinngemäß in Hinblick auf das Kriterium der Aufbauarbeit des Unternehmens mit Verweis auf eine Entscheidung des OGH[62] aus, dass jedoch auch dann, wenn im Laufe der Zeit die über-

[59] Foerster (2006): 45

[60] Foerster (2006): 49

[61] Foerster (2006): 47

[62] OGH 6.12.2000, 7 Ob 270/00g in Foerster (2006): 47

wiegende Aufbauarbeit durch den Bestandnehmer erfolgt ist, ein Bestandvertrag sich nicht von einem Pacht- in ein Mietverhältnis wandeln kann, sondern ein Pachtverhältnis vorliegt.[63] Wie bereits erläutert, ist bei der Unterscheidung der beiden Formen von Bestandverhältnissen entscheidend, ob das „…überlassene Bestandobjekt selbst Quelle des Ertrages ist, oder bloß örtlicher Mittelpunkt der unternehmerischen Tätigkeit.“[64] ist. Werden im Rahmen des Vertragsverhältnisses nicht nur Geschäftsräumlichkeiten zur Gebrauchsüberlassung übergeben, sondern ein lebendes Unternehmen, und dieses Unternehmen besteht als rechtliche und wirtschaftliche Einheit weiter, so liegt Unternehmenspacht vor.[65] Der Begriff des lebenden Unternehmens wird dabei in der Literatur als organisierte Erwerbsgelegenheit mit ihrem „good will“ definiert.“[66] Unter „good will“ werden dabei u.a. die „ … wesentlichen Grundlagen für die Betriebsführung, wie Warenlager, Kundenstock, Gewerbegenehmigung sowie andere Betriebsmittel zusammen gefasst.“[67] Wichtige Voraussetzung ist dabei, dass der Bestandgeber dem Bestandnehmer alle für den Betrieb wichtigen Betriebsmittel, die für den Fortbestand des Betriebes essentiell sind, zur Verfügung stellt.[68] Hausmann/Vonkilch betonen in diesem Zusammenhang, dass die Bedeutung der einzelnen Kriterien je nach ihrer Relevanz für die vorliegende betriebliche Tätigkeit zu beurteilen sind und je nach betrieblicher Tätigkeit unterschiedlich zu gewichten sind.[69]

Folgendes bei Foerster genanntes Beispiel soll die Differenzierung veranschaulichen: Wenn jemand eine bestimmte Räumlichkeit überlässt und der Bestandnehmer baut in dieser aus eigenem ein Gasthaus auf, so liegt wohl eindeutig ein Mietvertrag vor.[70] Hat der Bestandgeber jedoch bisher ein Gasthaus in der in bestandgegebenen Räumlichkeit betrieben und überlässt der Bestandgeber Geschäftseinrichtung, Personal, Waren und verpflichtet sich der Bestandnehmer den Betrieb weiterzuführen und nach

[63] Foerster (2006): 47

[64] Foerster (2006): 3

[65] Klotz (2005): 3

[66] Foerster (2006): 3 bzw. Klotz (2005): 3

[67] Klotz (2005): 3

[68] Foerster (2006): 4 bzw. Hausmann, Vonkilch (2007): 16

[69] Hausmann, Vonkilch (2007): 16

[70] Foerster (2006): 3

Beendigung des Bestandvertrages einen lebenden Betrieb zurückzustellen, dann liegt ein Pachtvertrag vor.[71] Diese beiden Beispiele bilden wohl die beiden Gegenpole Miete und Pacht und stellen die beiden Enden des Spektrums dar. Schwierigkeiten werden in der Praxis somit alle Bestandverhältnisse bereiten, die in den Zwischenbereichen liegen, also etwa wenn ein Bestandnehmer ein Gasthaus übernommen hat und dieses erneuert und aus einem Chinarestaurant ein Bistro macht.[72]

Der Begriff des lebenden Unternehmens in diesem Zusammenhang geht, wie bereits erwähnt, über den Unternehmerbegriff des § 1 UGB hinaus.[73] Sogar die Verpachtung eines vorübergehend stillgelegten oder eines erst zu gründenden Unternehmens ist möglich, jedoch sind in diesem Fall alle wesentlichen Grundlagen für das künftige Unternehmen vom Bestandgeber zur Verfügung zu stellen.[74] Die Gewinnerzielungsabsicht stellt jedenfalls kein Unterscheidungskriterium dar.[75]

Bei der Beurteilung von vertraglich vereinbarten Klauseln, ob bei einem Bestandverhältnis Miete oder Pacht vorliegt, kann man in Anlehnung an Hausmann/Vonkilch nur raten, äußerste Vorsicht walten zu lassen, da nicht nur das geschriebene Wort heranzuziehen ist, sondern der "wahre wirtschaftliche Hintergrund herausgearbeitet" werden muss.[76] Hierbei ist bei der Interpretation auch das mögliche wirtschaftliche Ungleichgewicht im Zuge des Vertragsabschlusses zwischen den Vertragsparteien mit zu berücksichtigen, das dazu führen kann, dass bestimmte Formulierungen der schwächeren Partei aufgezwungen worden sein könnten.[77] Es ist daher auch zu hinterfragen, ob der Bestandgeber derartige Formulierungen, die auf ein Pachtverhältnis schließen lassen **„… durch seine wirtschaftliche Aufbauarbeit tatsächlich „verdient" hat.** (sic!)"[78] oder nur seine wirtschaftlich stärkere Position ausnutzt.[79]

[71] Foerster (2006): 4

[72] Foerster (2006): 4

[73] Foerster (2006): 49

[74] Klotz (2005): 3

[75] Foerster (2006): 50

[76] Hausmann, Vonkilch (2007): 15

[77] Hausmann, Vonkilch (2007): 15

[78] Hausmann, Vonkilch (2007): 15

[79] Hausmann, Vonkilch (2007):15

Zusammenfassend kann subsumiert werden, dass bei Auslegung eines Bestandverhältnisses die schriftlich festgehaltenen Vertragsklauseln daher immer nur einen Anknüpfungspunkt, bestenfalls ein Indiz darstellen und keinen „Erkenntniswert" besitzen.[80] Hausmann/Vonkilch halten mit Verweis auf zahlreiche MietSlg fest dass „die Rspr (sic!) bei Ihrer Abgrenzung zwischen Unternehmensüberlassung und reiner Weitergabe des Mietgegenstandes von einer **gewichteten wirtschaftlich orientierten Gesamtbetrachtung im Einzelfall** (sic!) [ausgeht[81]]".[82]

### 2.3.5.2 Die Betriebspflicht

Wie bereits in Kapitel 2.3.5.1. dargelegt, spielt die Tatsache, ob ein lebendes Unternehmen in Bestand gegeben worden ist, eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung des Bestandverhältnisses. Die Betriebspflicht kann in diesem Zusammenhang als wesentlichstes Kriterium für das Vorliegen eines Pachtvertrages bezeichnet werden.[83] Die Rspr stellt bei der Differenzierung sehr stark darauf ab, ob dem Bestandnehmer ein lebendes Unternehmen bei Vertragsbeginn überlassen wurde und ob dieser ein „lebendes Unternehmen" bei Beendigung des Bestandvertrages rückstellen muss oder nicht.[84] Selbstverständlich gilt dieser Umstand auch bei der Beurteilung von Bestandverhältnissen im Zusammenhang mit TS.

Die vereinbarte Betriebspflicht muss dabei auf einem nachvollziehbaren wirtschaftlichen Interesse des Bestandgebers beruhen.[85] Eine ausdrücklich schriftliche Festlegung der Betriebspflicht muss dabei nicht vereinbart werden, sondern kann sich auch schlüssig aus den Umständen, wie z.B. aus der Vereinbarung eines umsatzabhängigen Bestandzinses, ergeben.[86] Ebenso kann auch aus der Vereinbarung von Öffnungszeiten oder eines umsatzabhängigen Entgelts auf eine schlüssig vereinbarte

[80] Hausmann, Vonkilch (2007): 15

[81] Anmerkung des Autors

[82] Hausmann, Vonkilch (2007):14

[83] OGH 15.02.2000, 10 Ob 11/00s

[84] Foerster (2006): 46

[85] Foerster (2006): 4

[86] Hausmann, Vonkilch (2007): 14

Betriebspflicht geschlossen werden.[87] Doch muss, wie bereits erläutert, immer die Gesamtheit des Sachverhaltes bei der Qualifikation eines Bestandverhältnisses als Miete oder Pacht betrachtet werden, da, wie die Entscheidung des OGH vom 30.11.1989 zeigt, eine Vereinbarung eines umsatzabhängigen Mietzinses, keinesfalls zwingend zur Qualifikation eines Bestandverhältnisses als Pacht führen muss.[88]

Eine schriftliche Vereinbarung reicht vor allem dann nicht aus, um von der vereinbarten Betriebspflicht auf ein Pachtverhältnis zu schließen, wenn es sich um eine „bloße Leerformel" handelt und die wirtschaftlichen Interessen des Bestandgebers an der Betriebspflicht nicht erkennbar sind.[89] Jedenfalls darf eine Betriebspflicht nicht nur zur Umgehung des Bestandschutzes vereinbart werden.[90] Auf das Vorliegen einer vereinbarten Betriebspflicht kann auf verschiedenste Weise geschlossen werden, u.a. auch dann, wenn konkrete Öffnungszeiten vorgeschrieben wurden oder, wie bereits erwähnt, aufgrund einer Vereinbarung eines umsatzabhängigen Bestandzinses.[91] Eine Betriebspflicht kann auch dann angenommen werden, wenn das in Bestand gegebene Unternehmen einen Nebenbetrieb zu einem Hauptbetrieb darstellt und der Bestandgeber ein hinreichendes wirtschaftliches Interesse an dem aufrechten Betrieb des Nebenbetriebes hat.[92] Foerster nennt in diesem Zusammenhang das Beispiel eines Theaterbetriebes (Hauptbetrieb) und einer Kantine (Nebenbetrieb).[93] In der Praxis bedeutet die Betriebspflicht jedenfalls, dass der Bestandnehmer das Unternehmen innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen offen zu halten hat.[94]

Dennoch muss auch im Zusammenhang mit der Betriebspflicht darauf hingewiesen werden, dass diese noch nicht die ultimo ratio ist. Die Vereinbarung einer Betriebspflicht zur Sicherstellung des variablen Bestandzinses führt nämlich - wie sich eben auch am Beispiel des umsatzabhängigen Bestandzinses zeigt - nicht in allen OGH

[87] Foerster (2006): 52

[88] OGH 30.11.1989, 8 Ob 670/88 in Prader (2009): 18

[89] OGH 05.12.2000, 10 Ob 188/00 w in Prader (2009): 19

[90] Foerster (2006): 53

[91] Foerster (2006): 52 bzw. Hausmann, Vonkilch (2007): 12

[92] Foerster (2006): 100ff

[93] Foerster (2006): 100

[94] Hausmann, Vonkilch (2007): 14

Entscheidungen zur Einstufung eines Bestandverhältnisses als Pacht.[95] Ein weiteres Beispiel hierfür stellt eine Entscheidung des OGH dar, in der dieser trotz einer Betriebspflicht entschieden hat, dass kein Pachtverhältnis vorliegt, wenn die in Bestand gegebenen Räumlichkeiten zum Zeitpunkt der Inbestandnahme nicht für den beabsichtigten Geschäftsbetrieb geeignet waren, sondern sich erst durch entsprechende Investitionen des Bestandnehmers dafür eigneten.[96]

In Bestandverträgen über TS finden sich regelmäßig Vereinbarungen über einen umsatzabhängen Bestandzins. Wie bereits dargelegt, kann nur dann aus einer Betriebspflicht auf ein Pachtverhältnis geschlossen werden, wenn der Bestandgeber ein wirtschaftliches Interesse am Fortbestand des Betriebes hat. Wenn im Zusammenhang mit TS nur ein Grundstück überlassen wurde, kann eine Betriebspflicht, zur Sicherstellung eines möglichst hohen Bestandzinses aus Sicht des Bestandgebers natürlich Sinn machen, nur kann dann nach Erkenntnis des Autors trotz der Betriebspflicht nicht auf ein Pachtverhältnis geschlossen werden, da die organisierte Erwerbsgelegenheit erst durch den Bestandnehmer mit der Errichtung der TS geschaffen wurde.[97] Die Aufbauarbeit des Unternehmens kann dann aus Sicht des Autors eindeutig dem Bestandnehmer zugeordnet werden.

Neben der fehlenden Aufbauarbeit des Bestandgebers spricht bei einem reinen Grundnutzungsverhältnis aus Sicht des Autors auch die Vereinbarung, dass der Bestandgeber bei Beendigung des Bestandverhältnisses den ursprünglichen Zustand wieder herstellen muss - auch dann, wenn ein umsatzabhängiger Bestandzins vereinbart wurde - gegen ein nachvollziehbares wirtschaftliches Interesse des Bestandgebers am Betrieb und somit gegen ein Pachtverhältnis. Darüber hinaus kann aufgrund einer schlüssigen Betriebspflicht, die auf der Vereinbarung eines umsatzabhängigen Bestandzinses im Zusammenhang mit einer TS basiert, daher nur dann ein Pachtverhältnis abgeleitet werden, wenn der Bestandgeber die TS iS einer organisierten Erwerbsgelegenheit zur Nutzung überlassen hat.[98]

[95] Foerster (2006): 62ff Foerster (2006): 63

[96] OGH 07.05.1996: 10 Ob 2033/96k

[97] vgl. z.B. OGH 14.05.1987, 7 Ob 569/87

[98] vgl. OGH 14.05.1987, 7 Ob 569/87

#### 2.3.5.3 Rückstellungsverpflichtung

Eng mit dem Kriterium der Betriebspflicht ist die Verpflichtung zur Rückstellung des Bestandobjekts in betriebsbereitem Zustand verbunden.[99] Die Überlegung ist dabei: Wird ein lebendes Unternehmen in Bestand gegeben, muss dieses als solches bei Beendigung wieder zurückgestellt werden.[100] Aus dieser Überlegung heraus kann daher eine Betriebspflicht abgeleitet werden, weil nur dann ein lebendes Unternehmen zurückgestellt werden kann, wenn der Bestandnehmer dieses aktiv betreibt.[101]

Von Relevanz erscheint in diesem Zusammenhang die OGH Entscheidung vom 29.04.1997, die sich mit der Rückstellung des lebenden Unternehmens beschäftigt.[102] Prader meint in Bezug auf die genannte Entscheidung des OGH vom 19.04.1997: „Pacht ist dann zu verneinen, wenn der Bestandnehmer nach Beendigung des Rechtsverhältnisses nicht zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens verpflichtet ist.[103] Das gilt vor allem für einen Bestandvertrag, der sich auf einen neu zu gründenden Betrieb bezieht.[104] Weiters führt Prader ergänzend aus, dass in der Vereinbarung, dass dem Bestandnehmer im Falle der Auflösung des Bestandverhältnisses die baulichen Investitionen nach dem Zeitwert abzulösen oder vom Bestandnehmer auf eigene Kosten zu entfernen sind, ein Indiz für das Vorliegen von Miete liegt.[105] In der Regel wird der Rückstellungsvereinbarung von der Judikatur nicht diese Bedeutung, wie der Vereinbarung einer Betriebspflicht, beigemessen, sodass bei Fehlen einer Rückstellungsverpflichtung nicht zwingend kein Pachtverhältnis vorliegt.[106]

#### 2.3.5.4 Andere Kriterien

Wiederholt betont der OGH, dass bei der Unterscheidung zwischen Miete und Pacht die Gesamtheit aller erheblichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen ist.[107]

[99] Foerster (2006): 69

[100] Foerster (2006): 69

[101] Foerster (2006): 69f

[102] OGH 29.04.1997, Ob 2315/96 in Prader (2009): 18

[103] Prader (2009): 18

[104] Prader (2009): 18

[105] Prader (2009): 18

[106] Foerster (2006): 69

[107] vgl. z.B. OGH 14.05.1987, 7 Ob 569/87

Neben dem Kriterium der Betriebspflicht nennt der OGH in seinen Entscheidungen regelmäßig weitere Kriterien, die für die Überlassung eines lebenden Unternehmens bzw. einer organisierten Erwerbsgelegenheit sprechen sollen.[108] Dazu zählen u.a. die Überlassung des Warenlager, der Geschäftseinrichtung, des Kundenstocks, der Gewerbeberechtigung, oder des Personals.[109] Dabei müssen nicht alle diese genannten Kriterien gleichermaßen erfüllt sein, sondern muss ihre Gewichtung nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für den überlassenen Betrieb beurteilt werden.[110] Neben ihrer wirtschaftlichen Bedeutung ist auch maßgeblich, dass diese einzelnen Betriebsmittel tatsächlich überlassen werden und es sich nicht um bloße Leersätze handelt.[111]

#### 2.3.5.5 Überlassen der Geschäftseinrichtung

Wie bereits erwähnt, kommt es immer wieder vor, dass TS von Erdölunternehmen übernommen und diese dann gem damaligen Unternehmensstandards ausgebaut worden sind. Wenn man davon ausgeht, dass die betriebsnotwendigen Anlagen (Tanks, Zapfinseln, …) Teil der Geschäftseinrichtung sind, wird daher im Normalfall auch die Geschäftseinrichtung bei einer Übernahme übergeben. Aus Sicht des Autors ist das Kriterium der Geschäftseinrichtung daher im Zusammenhang mit TS daher wesentlich.

Zur Beurteilung des Bestandverhältnisses wird das Überlassen der Geschäftseinrichtung grundsätzlich als eher schwaches Indiz gewertet,[112] doch hat der OGH die Geschäftseinrichtung im Einzelfall unterschiedlich bewertet.[113] Die schwache Bedeutung dieses Kriteriums wird in der Entscheidung des OGH vom 08.04.2003 deutlich, in der dem Fehlen des Inventars (Einrichtung eines Buffets) weniger Bedeutung beigemessen und das Überlassen einer Erwerbsgelegenheit in den Vordergrund gestellt wurde. Obwohl der Bestandnehmer im gegenständlichen Fall, Investitionen (Anm.: aus Sicht des Autos sogar für den Betrieb wesentliche Investitionen) tätigen musste,

[108] Foerster (2006): 71

[109] Foerster (2006): 71

[110] OGH 22.04.1999: 6 Ob 293/98a

[111] Foerster (2006): 71

[112] WKO (2012a)

[113] Foerster (2006): 72

um den Betrieb führen zu können, wurde das Bestandverhältnis in dieser Entscheidung als Pacht qualifiziert.[114]

Gegen ein Pachtverhältnis im Hinblick auf die Überlassung der Geschäftseinrichtung spricht die Tatsache, dass der Bestandnehmer erst in die Geschäftseinrichtung investieren muss, weil ein wesentliches Betriebsmittel nicht überlassen wurde.[115] Welche Bedeutung dieses fehlende Betriebsmittel für den Betrieb hat, ist im Einzelfall zu prüfen.[116] Wesentliche Bedeutung kommt den Investitionen des Bestandnehmers z.B. dann zu, wenn Räumlichkeiten überlassen werden, die für die Ausübung der beabsichtigten geschäftlichen Tätigkeit des Bestandgebers erst brauchbar gemacht werden müssen. In diesem Fall liegt nach Meinung des OGH ein Mietverhältnis vor auch wenn eine Betriebspflicht vereinbart wurde.[117]

Die bloße Erneuerungsbedürftigkeit des Inventars spielt bei der Beurteilung, ob die Überlassung der Geschäftseinrichtung zur Qualifikation als Miete oder Pacht führt, keine Rolle.[118] Gemäß § 1109 ABGB obliegt die Pflicht zur Erneuerung des Inventars grundsätzlich dem Pächter.[119] Letztendlich wird aber auch dann ein lebendes Unternehmen in Bestand gegeben, wenn es sich dabei um ein abgewirtschaftetes Unternehmen handelt.[120] Ist ein Unternehmen „… hingegen nicht mehr „lebendig“ (sic!) und kann erst durch erhebliche Investitionen (…) betriebsfähig gemacht werden, so kann – ungeachtet der vereinbarten Betriebspflicht – nicht mehr von einer Überlassung eines lebenden Unternehmens gesprochen werden und es liegt somit ein Mietvertrag vor.“[121]

Natürlich ist die Heranziehung der Überlassung der Geschäftseinrichtung zur Abgrenzung von Miete und Pacht in der hL nicht ohne Kritik geblieben. Unter anderem,

[114] OGH 08.04.2003: 10 Ob 5/03p

[115] Foerster (2006): 72

[116] OGH 08.04.2003, 10 Ob 5/03p in Foerster (2006): 73

[117] OGH 14.05.1987: 7 ob 569/87 in Foerster (2006): 73

[118] Foerster (2006): 73

[119] Foerster (2006): 73

[120] vgl. OGH 14.05.1987: 7 ob 569/87 in Foerster (2006): 74

[121] Foerster (2006): 74

hängt sich die Kritik an der Tatsache auf, dass auch bei der Vermietung eines Geschäftslokals regelmäßig die Einrichtung überlassen wird, ohne dass dabei Elemente eines Pachtverhältnisses vorliegen.[122]

Kritisch im Zusammenhang mit TS ist aus Sicht des Autors die Beurteilung von Investitionen, die das Erdölunternehmen nach der Übernahme einer TS durchgeführt hat. Hier ist zu unterscheiden, ob es sich um betriebsnotwendige Investitionen iS der Brauchbarmachung des Mietgegenstandes, handelt oder nicht. Das Anbringen firmentypischer Visualisierungen durch das Erdölunternehmen stellt dabei aus Sicht des Autors keine Investition dar, die betriebsnotwendig ist und qualifiziert daher ein Bestandverhältnis nicht als Miete. Komplexer ist aus Sicht des Autors die Beurteilung eines Bestandverhältnisses, wenn das Erdölunternehmen nach der Übernahme neue Treibstofflagertanks einbauen muss, da andernfalls die Betriebsanlagengenehmigung erlischt. Hier gilt es aus Sicht des Autors zu beurteilen, ob es sich um eine Erneuerung handelt oder um eine erforderliche Investition, die den Betrieb erst betriebsfähig macht.[123]

Wie bereits dargelegt, ist ein Bestandverhältnis trotz einer vereinbarten Betriebspflicht nicht als Pacht zu qualifizieren, wenn der Betrieb erst durch erhebliche Investitionen betriebsfähig gemacht werden muss.[124] Anderseits argumentiert der OGH auch, dass Betriebsmittel einem natürlichen Verschleiß unterliegen und von Zeit zu Zeit als überaltert ausgeschieden werden.[125] Darüber hinaus wird der Charakter des Betriebes im gegenständlichen Fall durch die Erneuerung der Tanks nicht verändert, was ein Indiz für ein Pachtverhältnis darstellt.[126]

Aus Sicht des Autors handelt es sich im dargelegten Fall, bei der Erneuerung der Tanks um eine erhebliche Investition, da diese für den Fortbestand des Betriebes zwingend notwendig ist. Aus Sicht des Autors sollte daher, auch wenn zum Zeit-

[122] Foerster (2006): 74

[123] vgl. OGH 14.05.1987, 7 Ob 569/87

[124] Foerster (2006): 74

[125] OGH 14.05.1987, 7 Ob 569/87

[126] OGH 14.05.1987, 7 Ob 569/87

punkt der Übernahme ein lebendes Unternehmen bestanden hat, nicht von einem Pachtverhältnis ausgegangen werden, da ohne diese notwendigen Investitionen die Weiterführung des Betriebes nicht möglich wäre. Aufgrund der Tatsache, dass zum Zeitpunkt der in Bestandgabe, aber ein lebendes Unternehmen vorgelegen hat, geht der Autor jedoch davon aus, dass die Rspr nicht seiner Ansicht folgen würde und das Vorliegen einer Erwerbsgelegenheit im Sinne der Entscheidung des OGH 08.04.2003 in den Vordergrund stellen würde.[127]

Für die Beurteilung von Bestandverhältnissen im Zusammenhang mit der Übernahme von TS bleibt anzumerken, dass laut OGH, es einer Qualifikation als Pacht nicht schadet, wenn „…ein zu aktivierender Kundenstock vorhanden ist und einer jederzeitigen Wiederaufnahme des Betriebes nichts im Wege steht, …“.[128] Sollte daher die übernommene TS vor der Übernahme bereits eine gewisse Zeit nicht mehr in Betrieb gewesen sein, wird aus Sicht des Autors somit idR daher meist auch von einem lebenden Unternehmen und daher von einem Pachtverhältnis auszugehen sein.

Wie der Autor aus persönlicher Praxis-Erfahrung zu berichten weiß, erschwert die Tatsache, dass die ursprünglich an der Vertragserrichtung beteiligten Personen meist nicht mehr zur Verfügung stehen, die nachträgliche Beurteilung, ob zum Zeitpunkt der Übernahme ein lebendes Unternehmen übernommen wurde. Daher kann der Portfoliomanager häufig nur auf die vorhandenen Unterlagen zurückgreifen und muss dabei regelmäßig Annahmen treffen, sodass alleine aufgrund dieses Umstandes eine gewisse Unsicherheit bei der Beurteilung verbleibt.

### 2.3.6 Auflösung und Absicherung des Pachtverhältnisses

Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, tritt die Frage, ob ein Unternehmenspachtverhältnis oder Geschäftsraummiete vorliegt im Zusammenhang mit TS regelmäßig dann auf, wenn ein Bestandverhältnis bzw. der Kündigungsverzicht des Bestandgebers ausläuft und die Verlängerung des Bestandverhältnisses im Raum steht. Da bei Pachtverhältnissen die Bestimmungen des MRG nicht gelten, hat der Bestandgeber

[127] vgl. OGH 14.05.1987, 7 Ob 569/87

[128] OGH 12.10.2011, 3 Ob 115/11z

die Möglichkeit das Bestandverhältnis aufzukündigen, auch wenn es für unbestimmte Dauer abgeschlossen wurde. Aus Sicht des Erdölunternehmens ist jedoch die Aufkündigung des Bestandverhältnisses durch den Bestandgeber eine Situation, die es zu verhindern gilt. Insbesondere wenn der Bestandnehmer Investitionen größeren Umfangs getätigt hat und die bestehenden Anlagenteile einen großen Restbuchwert aufweisen, wird der Bestandnehmer regelmäßig versuchen diese Situation zu vermeiden. Da mit der Aufkündigung des Bestandverhältnisses neben dem Verlust der Einnahmensquelle auch der Verlust der Investitionen verbunden sein kann, verschlechtert die potentielle Möglichkeit des Bestandgebers das Bestandverhältnis aufkündigen zu können die Verhandlungsposition des Bestandnehmers und bringt diesen im Hinblick auf Vertragsverhandlungen in Zugzwang. Aus Erfahrung des Autors tritt diese Situation jedoch in der Praxis selten ein, da der Bestandgeber großes Interesse am Bestandzins hat. Dies gilt jedoch erfahrungsgemäß dann nicht, wenn der Bestandzins deutlich unter dem marktüblichen ist. Es ist daher eine der wichtigsten Aufgaben des Portfoliomanagers Bestandverhältnisse entsprechend, z.B. durch einen Kündigungsverzicht des Bestandgebers, abzusichern.

Im Zusammenhang mit TS wurden in der Vergangenheit meist unbefristete Bestandverträge mit einseitigem langjährigen Kündigungsverzicht des Bestandgebers abgeschlossen. In der Vergangenheit wurden viele vertragliche Vereinbarungen, insb hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeiten zu Gunsten des Bestandnehmers vereinbart, mit dem Ziel das Bestandverhältnis für den Fall, dass der Betrieb der TS nicht mehr wirtschaftlich ist, jährlich aufkündigen zu können. Es wurde dem Autor berichtet, dass die Bestandgeber vor Vertragsabschluss in den letzten Jahren im Gegensatz zu früher zunehmend auf die Beratung von Rechtanwälten zurückgreifen. Dies hat vor allem dazu geführt, dass auch seitens des Bestandgebers mehr Aufmerksamkeit auf die Formulierungen des Vertragswerkes gerichtet wurde. Aus Sicht des Portfoliomanagers ist daher eine Auseinandersetzung mit dem Thema Auflösung eines Pachtverhältnisses äußerst wichtig.

Im Folgenden sollen die Auflösung eines Pachtverhältnisses und die Rechtsfolgen sowie die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung bei Abschluss des Bestandvertrages beleuchtet werden.

Folgende Varianten der Auflösung des Pachtverhältnisses sind denkbar:

- Kündigung,
- Zeitablauf,
- einvernehmliche Auflösung,
- Auflösung mit sofortiger Wirkung,
- Untergang des Pachtobjektes.[129]

Grundsätzlich sind zur Kündigung Kündigungstermine und –fristen einzuhalten, die Angabe von Gründen ist nicht erforderlich. [130] Zur Wirksamkeit der Kündigung sind primär die vertraglich vereinbarten Kündigungstermine und –fristen einzuhalten, sollten solche nicht vereinbart worden sein, richten sich die Kündigungstermine und -fristen nach den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen (ABGB bzw. ZPO).[131] Grundsätzlich haben die vertraglich vereinbarten gegenüber den gesetzlichen Terminen und Fristen Vorrang. Ausnahmen bestehen nur hinsichtlich der Kündigung bei Veräußerung des Pachtgegenstandes durch den Erwerber und bei Insolvenz des Pächters durch den Insolvenzverwalter.[132] Die Kündigungsbeschränkungen des MRG finden jedenfalls keine Anwendung.[133]

Bei den gesetzlichen Kündigungsterminen und – fristen nach § 560 ZPO ist zu unterscheiden, ob Gebäude oder andere unbewegliche Sachen zu dem verpachteten Unternehmen gehören, weil in diesen Fällen dann eine Kündigung nur zum 30.06. bzw. 31.12. eines jeden Jahres unter Einhaltung einer sechs monatigen Kündigungsfrist möglich ist.[134] In allen anderen Fällen ist Aufkündigung nach § 1116 ABGB vorzunehmen, wobei die Kündigungsfrist bei Pachtverträgen dann gem dieser Rechtsnorm sechs Monate beträgt und zu jedem beliebigen Kündigungstermin erfolgen kann.[135]

[129] Brauneis (2011): 72

[130] WKO (2011a)

[131] WKO (2011a)

[132] Brauneis (2011): 74

[133] WKO (2011c)

[134] Brauneis (2011): 74

[135] Brauneis (2011): 74

Aus Sicht des Portfoliomanagers spielt neben der Auflösung durch den Bestandgeber auch die Auflösung durch den Bestandnehmer in der Praxis eine Rolle. Die Entscheidung zur Auflösung eines Bestandverhältnisses erfolgt dabei immer wieder auch kurzfristig. Zumeist spielen dabei verschiedene Gründe, aber vor allem wirtschaftliche Überlegungen eine Rolle, wie etwa die Verfügbarkeit von finanziellen Mitteln zur Durchführung von bautechnischen und umwelttechnischen Maßnahmen, die mit der Schließung einer TS einhergehen. Aus Erfahrung des Autors ist bei Bestandverhältnissen im Zusammenhang mit TS aufgrund der üblichen vertraglichen Vereinbarungen nur eine Kündigung zum Jahresende unter Einhaltung einer sechs bzw. zwölfmonatigen Kündigungsfrist möglich, wodurch eine Beendigung des Bestandverhältnisses ohnedies dann nicht kurzfristig erfolgen kann.

Im Hinblick auf TS und die Absicherung allfälliger Investitionen ist hervorzuheben, dass es zulässig ist, das Kündigungsrecht vertraglich einzuschränken, sodass das Pachtverhältnis nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgekündigt werden kann.[136] So wäre es z.B. auch zulässig das Kündigungsrecht auf die Kündigungsgründe des § 30 MRG einzuschränken.[137] Auch bei Vorliegen eines vertraglich explizit vereinbarten Kündigungsgrundes, muss die Kündigung umgehend ausgesprochen werden, weil andernfalls ein stillschweigender Verzicht unterstellt werden könnte.[138]

Neben der Einschränkung der Kündigungsgründe werden auch Kündigungsverzichte in allen Konstellationen (Bestandnehmer, Bestandgeber, beiderseitig) als zulässig erachtet, wenn dieser für bestimmte oder zumindest bestimmbare Zeit erfolgt.[139] Auch einseitige, lange zeitliche Bindungen von bis zu fünfzig Jahren oder auf Lebenszeit werden ebenso für zulässig erachtet. Ob allerdings Sittenwidrigkeit im Fall einer übermäßig langen Bindungsdauer vorliegt, kann nur im Einzelfall beurteilt

[136] Brauneis (2011): 73

[137] Brauneis (2011): 72

[138] WKO (2011c)

[139] Brauneis (2011): 78

werden.[140] Auch bei einem Kündigungsverzicht bleibt die Möglichkeit zur Auflösung des Bestandvertrages aus wichtigem Grund weiterhin zwingend bestehen.[141]

Wird bei einem dem ABGB unterliegenden Bestandverhältnis das Bestandrecht nicht verbüchert, kann gem WKO beim Verkauf des Grundstücks „… der Erwerber einer Liegenschaft auch bei einer vereinbarten Befristung den Vertrag bereits zum nächstmöglichen gesetzlichen Kündigungstermin unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist **kündigen (sic!).“**[142] Da es gem WKO außerhalb des MRG keine zwingenden Bestimmungen über den Eintritt des Erwerbers einer Liegenschaft in das Bestandverhältnis gibt, ist aus Sicht des Autors im Falle einer Eigentumsüberübertragung § 1120 ABGB anzuwenden.[143] Der § 1120 ABGB besagt, dass der Bestandnehmer, wenn sein Bestandrecht nicht verbüchert ist, nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen muss.[144] Grundsätzlich erwirbt der Käufer den Bestandgegenstand lastenfrei und ist nicht an die Bestandrechte gebunden, er tritt aber ex lege in den Bestandvertrag ein.[145] Der Bestandnehmer ist jedoch berechtigt, „…von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden, und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugtuung zu fordern.“[146], wobei der Bestandnehmer dabei, nach Erkenntnis des OGH vom 22.12.1998 sowohl den bücherlichen als auch den außerbücherlichen Eigentümer in Anspruch nehmen kann.[147]

Aus Sicht des Portfoliomanagers empfiehlt es sich daher zur Absicherung des Bestandverhältnisses bei Vertragsabschluss einen Kündigungsverzicht des Bestandgebers schriftlich zu vereinbaren und diesen grundbücherlich eintragen zu lassen. Neben der Absicherung des Bestandverhältnisses zwischen den Vertragsparteien bewirkt die grundbücherliche Eintragung, dass im Falle einer Veräußerung auch der

[140] Brauneis (2011): 78

[141] Brauneis (2011): 74

[142] WKO (2011c)

[143] WKO (2011c)

[144] Prader (2009): 954

[145] Prader (2009): 955

[146] ABGB § 1120

[147] OGH 22.12.1998 in Prader (2009): 960

zukünftige Erwerber der Liegenschaft an das Bestandrecht gebunden ist.[148] Der § 1095 ABGB ermöglicht jedenfalls die Verbücherung des Bestandrechtes im Grundbuch[149] Die Einverleibung des Bestandrechts nach § 1095 ABGB setzt jedoch voraus, dass es sich hinsichtlich des zum Pachtverhältnis gehörenden Objektes um eine unbewegliche Sache handelt.[150] Strittig ist im Zusammenhang der Verbücherung die Frage, ob auch unbefristete Bestandrechte verbüchert werden können. Gemäß WKO ist eine Eintragung eines Bestandrechts auf unbestimmte Dauer grundsätzlich nicht zulässig.[151] Rechberger, Bittner behaupten jedoch, unter Berufung auf eine jüngere Entscheidung des OGH, dass auch die Verbücherung eines Bestandrechts für unbestimmte Dauer zulässig ist.[152] Bei Bestandverträgen über TS erfolgt in der Praxis regelmäßig eine Anmerkung des Bestandrechtes im Grundbuch. Grundlage ist dabei ein Kündigungsverzicht des Bestandgebers.

In allen Fällen, in denen ein Pachtverhältnis auf bestimmte Zeit abgeschlossen worden ist, endet dieses durch Zeitablauf.[153] Beim befristeten Bestandverhältnis sind beide Parteien zwingend an die vereinbarte Dauer gebunden, sodass weder Pächter noch Verpächter das Bestandverhältnis, mangels einer abweichenden Vereinbarung, außer aus wichtigen Gründen, vorzeitig auflösen können.[154] Wie bei allen Arten von Bestandverträgen ist auch eine einvernehmliche Auflösung des Pachtverhältnisses zu einem bestimmten bzw. bestimmbaren Termin jederzeit möglich.[155]

Neben den bereits genannten Möglichkeiten der Auflösung des Pachtverhältnisses ist unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Auflösung mit sofortiger Wirkung durch den Bestandnehmer dann möglich, wenn das Pachtobjekt:

[148] WKO (2011c)

[149] Prader (2009): 825f

[150] Brauneis (2011): 123 bzw. OGH 29.06.2006, 5 Ob 90/06f in Brauneis (2011): 123

[151] WKO (2011c)

[152] OGH 29.08.2006, 5 Ob 90/06f in Rechberger, Bittner (2007): 90

[153] Brauneis (2011): 79

[154] WKO (2011b)

[155] Brauneis (2011): 82

- in einem Zustand übergeben wurde oder ohne Verschulden des Pächters in einen Zustand gerät, der es zum vertraglichen Gebrauch untauglich macht, oder
- wenn ein beträchtlicher Teil des Pachtobjektes durch Zufall auf längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird.[156]

In diesen Fällen ist der Pächter gem § 1117 ABGB berechtigt, das Pachtverhältnis mit sofortiger Wirkung aufzulösen[157]. Aufhebungsgründe nach § 1117 ABGB sind jedoch ohne unnötigen Aufschub geltend zu machen, da anderenfalls ein schlüssiger Verzicht vorliegen würde.[158] Das Auflösungsrecht nach § 1117 ABGB ist aber weitgehend abdingbar, ein völliger Verzicht wird jedoch als sittenwidrig eingestuft.[159] Im Zusammenhang mit TS ist das Urteil des OGH vom 08.02.1967 erwähnenswert, in dem der OGH ein Rücktrittsrecht aufgrund der behördlichen Sperre einer Zapfsäule im Zuge eines Enteignungsverfahrens als zulässig erklärt hat. [160]

Ebenso steht dem Verpächter das Recht zur sofortigen Auflösung des Pachtverhältnisses zu, jedoch folgt diese der Bestimmung des § 1118 ABGB. In folgenden Fällen ist der Verpächter berechtigt das Bestandverhältnis mit sofortiger Wirkung nach § 1118 ABGB aufzulösen:

- erheblich nachteiliger Gebrauch des Pachtobjektes durch den Pächter,
- Säumigkeit des Pachtzinses nach geschehener Mahnung oder wenn,
- ein mitgemietetes Gebäude neu aufgeführt werden muss.[161]

Die Aufkündigung nach § 1118 ABGB ist auch dann möglich, wenn der Bestandgeber einen Kündigungsverzicht abgeben hat bzw. ein befristetes Bestandverhältnis abgeschlossen wurde.[162] Da es sich hinsichtlich dieser Bestimmung um dispositives

[156] ABGB § 1117

[157] ABGB § 1117

[158] Prader (2009): 925

[159] Brauneis (2011): 84

[160] OGH 08.02.1967, 6 Ob 314/66 in Prader (2007): 927

[161] Brauneis (2011): 87

[162] Klotz (2005): 38

Recht handelt, kann diese Möglichkeit zur sofortigen Aufkündigung erweitert oder eingeschränkt werden aber nicht völlig ausgeschlossen werden.[163] Eine Aufkündigung nach § 1118 ABGB muss jedoch bei Eintritt eines der genannten Tatbestände unverzüglich geltend gemacht werden, da anderenfalls ein schlüssiger Verzicht, von dieser Kündigungsmöglichkeit Gebrauch zu machen, vorliegt.[164]

[163] Klotz (2005): 39f

[164] Brauneis (2011): 86

# 3 Tankstellen als Superädifikate

Eingangs der vorliegenden Arbeit wurden bereits in Kapitel **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** jene Konstellationen von Bestandverhältnissen, wie sie üblicher Weise im Zusammenhang mit TS vorkommen, kurz dargestellt. Eine dieser Konstellationen, die in der Praxis sehr häufig anzutreffen ist, ist jene, bei der der Bestandnehmer, idR ein Erdölunternehmen, ein unbebautes Grundstück idR von einer privaten oder juristischen Person mit der Vereinbarung, auf diesem Grundstück eine TS zu errichten und zu betreiben, in Bestand genommen hat. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei diesen TS um Bauwerke auf fremdem Grund, sogenannte Superädifikate. Da gerade die rechtliche Konstruktion des Superädifikats im Alltag aus rechtlicher Sicht sehr große Herausforderungen mit sich bringt, soll im Folgenden eine intensive Auseinandersetzung mit dem Superädifikat erfolgen.

## 3.1 Aktuelle Situation

Aufgrund der aktuellen Marktlage und der damit verbundenen rückläufigen Margen im TS-Geschäft werden von den multinationalen Erdölunternehmen heutzutage nur noch selten neue Tankstellen errichtet. Der Portfoliomanager ist daher überwiegend mit der rechtlichen und wirtschaftlichen Absicherung von bestehenden Bestandverhältnissen beschäftigt. Da in der Vergangenheit Bestandverhältnisse im Zusammenhang mit TS idR unbefristet abgeschlossen und mittels eines Kündigungsverzichtes des Bestandgebers abgesichert worden sind, stellt sich insb bei Ablauf des Kündigungsverzichtes die Frage, ob ein Bestandverhältnis den bestandrechtlichen Bestimmungen des ABGB unterliegt oder die Kündigungsbestimmungen des MRG (analog) anwendbar sind. Neben dem Ablauf eines Kündigungsverzichtes stellt auch die Absicht größere Investitionen am Standort vorzunehmen regelmäßig den Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung des Bestandverhältnisses dar. Abhängig von der Beurteilung des Bestandverhältnisses hinsichtlich der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes wird dann die entsprechende Verhandlungstaktik gewählt.

In der Vergangenheit und auch noch heute erfolgt die Absicherung des Bestandverhältnisses aus Sicht des Bestandnehmers idR durch die Vereinbarung eines Kündigungsverzichtes des Bestandgebers. Dabei war es in der Vergangenheit meist üblich,

dass der Bestandgeber als Gegenleistung für die Abgabe eines Kündigungsverzichtes einen höheren Bestandzins erhalten hat. Aus Erfahrung des Autors hat sich aufgrund der rückläufigen Margen am österreichischen Tankstellenmarkt diese Vorgehensweise dahingehend verändert, dass sich Erdölunternehmen zwar grundsätzlich verhandlungsbereit geben, aber bei weniger lukrativen Standorten, bei denen von der analogen Anwendung des Kündigungsschutzes nach MRG ausgegangen wird, nicht mehr proaktiv auf die Bestandgeber zugehen. Ist bei einem Bestandverhältnis von einem Pachtverhältnis auszugehen, wird jedenfalls normalerweise eine proaktive Verlängerung des Vertrages bzw. des Kündigungsverzichtes angestrebt. Ergänzend sei an dieser Stelle erwähnt, dass immer wenn die Absicherung eines Bestandverhältnisses ansteht, in der Praxis neben dem rechtlichen Aspekt natürlich auch der wirtschaftliche Aspekt zu berücksichtigen ist.

Üblicherweise wurden aus Erfahrung des Autors in der Vergangenheit im Zusammenhang mit TS, die als Superädifikat errichtet wurden, unbefristete Bestandverhältnisse abgeschlossen. Dabei enden unbefristete Bestandverhältnisse bei Ablauf des Kündigungsverzichtes nicht, sollte aber der Kündigungsschutz nach MRG nicht analog auf das Bestandverhältnis anzuwenden sein, weil ein Pachtverhältnis vorliegt, besteht die Möglichkeit der Aufkündigung durch den Bestandgeber. Dieser Umstand sollte aber aus Sicht des Bestandnehmers in der Praxis durch entsprechende Absicherung des Bestandverhältnisses vermieden werden. Die Einschätzung, ob ein Pacht- oder Mietverhältnis vorliegt, ist daher von entscheidender Bedeutung und beeinflusst die Maßnahmen, die zur Absicherung getroffen werden sollten. In den folgenden Kapiteln sollen nun die Herausforderungen bei der Beurteilung der Bestandverhältnisse und die unterschiedlichen Rechtsfolgen sowie die vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Grundnutzungsverhältnissen und Bauwerken auf fremdem Grund erläutert werden. Um die rechtlichen Herausforderungen und praktischen Problemstellungen in diesem Zusammenhang zu erläutern, ist es aus Sicht des Autors Voraussetzung, sich vorab mit den rechtstheoretischen Grundsätzen von Superädifikaten und der hL zu befassen.

## 3.2 Grundsatz „superficies solo cedit“

Grundsätzlich herrscht in der österreichischen Rechtsordnung der aus dem römischen Recht stammende und im § 297 ABGB festgehaltene Grundsatz „superficies solo cedit.“[165], der sinngemäß mit „Das Gebäude gehört dem Grundeigentümer“[166] übersetzt werden könnte.[167] Der erste Halbsatz des § 297 ABGB lautet: „Ebenso gehören zu den unbeweglichen Sachen diejenigen, welche auf Grund und Boden in der Absicht ausgeführt werden, daß (sic!) sie stets darauf verbleiben sollen, als: Häuser und andere Gebäude mit dem in senkrechter Linie darüber befindlichem Luftraume; (sic!) …“[168]

Der § 297 ABGB legt somit in Verbindung mit den §§ 417 und 418 ABGB[169] zwingend fest, dass der Eigentümer der Liegenschaft auch Eigentümer des Gebäudes wird.[170] In der Praxis kommt dieser Grundsatz u.a. dadurch zum Ausdruck, dass der Eigentümer eines Grundstückes, wenn er auf diesem ein Gebäude errichtet, ohne weiteres Zutun auch Eigentümer dieses Gebäudes wird.[171]

Bei Bauten auf fremden Grund, sogenannten Superädifikaten wird der Grundsatz „superficies solo cedit“ durchbrochen.[172] Aus dem § 435 ABGB kann man ableiten, dass Superädifikate Bauwerke „(…), die auf fremden Grund in der Absicht aufgeführt sind, daß (sic!) sie nicht stets darauf bleiben sollen, soferne (sic!) sie nicht Zugehör eines Baurechtes sind.“[173] Gemäß Forster stellt der § 435 ABGB den Gegenpol zur Bestimmung des ersten Halbsatzes des § 297 ABGB und die Basis des österreichischen Superädifikatsrechts dar.[174]

---

[165] Forster (1997): 21

[166] UIBK (2011)

[167] Forster (1997): 21

[168] ABGB § 297

[169] Näheres zu §§ 417 & 418 ABGB in Kapitel 3

[170] Forster (1997): 20

[171] Forster (1997): 21

[172] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 90

[173] ABGB § 435

[174] Forster (1997): 14

### 3.2.1 Das Zugehör

Der erste Halbsatz des § 297 ABGB, der den Grundsatz des „superficies solo cedit" in der österreichischen Rechtsordnung statuiert, ist Teil der in den §§ 294ff ABGB geregelten demonstrativen Aufzählung der Zugehörsachen, welche die rechtliche Zugehörigkeit von Sachen, u.a. im Zusammenhang mit ihrer Verbindung bzw. Trennung mit Grund und Boden und der Frage, ob diese unbeweglich bzw. beweglich sind bzw. werden, behandelt.[175] Forster hält im Zuge der Betrachtung des Bauens auf fremdem Grund eine Auseinandersetzung mit den notwendigen Grundbegriffen sowie deren Unterscheidung für unumgänglich, daher soll auch an dieser Stelle ein kurzer Überblick über die im Zusammenhang mit Superädifikaten wesentlichen Begriffe der Rechtsordnung gegeben werden.[176]

Der § 294 ABGB definiert das Zugehör wie folgt:

> „Unter Zugehör versteht man dasjenige, was mit einer Sache in fortdauernde Verbindung gesetzt wird. Dahin gehören nicht nur der Zuwachs einer Sache, solange er von derselben nicht abgesondert ist; sondern auch die Nebensachen, ohne welche die Hauptsache nicht gebraucht werden kann, oder die das Gesetz, oder der Eigentümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt hat."[177] Gemäß Forster vereinigen sich unter dem Oberbegriff „Zugehör" nachstehende Unterbegriffe:
>
> - Der Begriff des Zuwachs,
> - der Begriff des Zubehör (Nebensache),
> - der Begriff des Bestandteils.[178]

### 3.2.2 Der Zuwachs

Der Zuwachs wird in § 404 ABGB wie folgt definiert: „Zuwachs heißt alles, was aus einer Sache entsteht, oder neu zu derselben kommt, ohne daß (sic!) es dem Eigentümer von jemand andern übergeben worden ist. Der Zuwachs wird durch Natur, durch

[175] UBIK (2011a)

[176] Forster (1197): 14

[177] ABGB § 294

[178] Forster (1997): 15

Kunst oder durch beide zugleich bewirkt."[179] In weiterer Folge wird der Zuwachs noch in

- natürlichen Zuwachs: Der ohne menschliches Zutun, rein organisch entsteht;
- künstlicher Zuwachs, der durch menschliches Zutun oder durch die Vereinigung beweglicher Sachen entsteht (wie z.B. Bauwerke) und
- vermischter Zuwachs, der aus menschlichem Zutun und organischem Wachstum entsteht, unterschieden.[180]

### 3.2.3 Das Zubehör

Der Begriff des Zubehörs wird bei Forster als körperliche Sache definiert, die „(…) ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, nach dem Gesetz oder dem Willen des Eigentümers zum anhaltenden fortdauernden Gebrauch der Hauptsache gewidmet sein und zu diesem Zweck zu der Hauptsache in Beziehung gebracht werden."[181] Folgende Voraussetzungen im Verhältnis Haupt- zur Nebensache sind zu berücksichtigen:

- **Eigentümeridentität** in Bezug auf die Haupt- und die Nebensache.[182] Die hL stellt hier gemäß Forster nur auf den äußeren Anschein ab, sodass es genügt, wenn der Eigentümer die Nebensache der Hauptsache gewidmet hat.[183] Die Voraussetzung der Eigentümeridentität wird in der hL strittig gesehen, geht man aber davon aus, dass sie Voraussetzung ist, so kann ein vom Mieter oder Pächter eingebrachter Gegenstand nie Zubehör der Liegenschaft werden.[184]
- Das **Verhältnis Hauptsache zur Nebensache** muss derart sein, dass Eigentümeridentität vorliegt. Das bedeutet, dass die Nebensache der Hauptsache gewidmet sein muss, aber dabei nicht nur dem persönlichen Zweck des Eigentümers dienen darf.[185] Weiters muss bei der Widmung die Ab-

[179] ABGB § 404

[180] Slabihoud (2009): 11

[181] UIBK (2012)

[182] UIBK (2012)

[183] Forster (1997): 16

[184] Forster (1997): 16

[185] UIBK (2012)

sicht vorhanden sein, dass die Nebensache dauerhaft dem Zweck der Hauptsache gewidmet wird.[186]

- Schließlich muss auch ein örtliches Naheverhältnis zwischen der Haupt- und der Nebensache gegeben sein. Wie stark das örtliche Naheverhältnis sein muss, entscheidet laut Forster die Verkehrsauffassung, die sich u.a. am gewöhnlichen Gebrauch sowie an den wirtschaftlichen Bedürfnissen orientiert.[187]

Als Folge der genannten Abhängigkeiten des Zubehörs von der Hauptsache wird das Zubehör gemäß § 293 ABGB für unbeweglich angesehen, ansonsten werden aber die Regeln über Fahrnisse angewandt.[188] Das Zubehör teilt idR das rechtliche Schicksal der Hauptsache.[189] In der Praxis kommt das u.a. dadurch zum Ausdruck, dass sich ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft über die Hauptsache auch im Zweifel über das Zubehör erstreckt. Selbiges gilt bei Pfandrechten bzw. einer Exekution über die Hauptsache, die sich auch über die Nebensache erstreckt.[190]

### 3.2.4 Bestandteile

Bei Forster werden Bestandteile als „…Sachteile, welche in ihrer Gesamtheit eine zusammengesetzte Sache ausmachen." beschrieben. Zu unterscheiden sind unselbständige Bestandteile und selbständige Bestandteile. Unselbständig ist ein Bestandteil dann, wenn er mit der Hauptsache derart in Verbindung gebracht worden ist, dass er unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mehr abgesondert werden kann, da die geteilten Sachen wesentlich weniger Wert wären als die ungeteilte Sache.[191] Unselbständige Bestandteile sind nicht sonderrechtsfähig und teilen daher immer das

[186] Forster (1997): 16

[187] Forster (1997): 16

[188] Forster (1997): 16

[189] Forster (1997): 16

[190] Forster (1997): 16

[191] Forster (1997): 18

rechtliche Schicksal der Hauptsache.[192] Beispielhaft nennt Foster in diesem Zusammenhang die verbauten Leitungen eines Hauses.[193]

Im Gegenzug ist eine Sache dann als selbständig zu betrachten, wenn sie sich ohne Zerstörung oder Wertminderung der Hauptsache bzw. der Bestandteile von der Hauptsache trennen lässt.[194] Selbständige Bestandteile können sonderrechtsfähig sein, dazu muss jedoch eindeutig deklariert sein, dass Sonderrechte begründet wurden, da im Zweifel Eigentümeridentität angenommen wird und auch der selbständige Bestandteil das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilt.[195]

## 3.3 Voraussetzungen für ein Superädifikat

Superädifikate gelten somit nicht als Bestandteil der Liegenschaft und haben rechtliche Eigenständigkeit[196] und der Eigentümer kann grundsätzlich frei über das Superädifikat verfügen.[197] Die Legaldefinition des § 435 ABGB durchbricht damit den im § 297 ABGB festgehaltenen Grundsatz, dass der Eigentümer des Grundstückes auch der Eigentümer des auf diesem Grundstück errichteten Bauwerkes ist und ermöglicht, dass Bauwerke auf fremden Grund errichtet werden können.[198]

Damit ein Superädifikat gem § 435 ABGB errichtet werden kann, sind jedenfalls zwei Bedingungen zu erfüllen. Neben dem Nutzungsrecht an der Liegenschaft stellt die sich aus § 435 ABGB ergebende, mangelnde Belassungsabsicht des Bauwerkerrichters zum Zeitpunkt der Errichtung eine der beiden unabdingbaren Voraussetzungen zur Errichtung eines Bauwerkes auf fremden Grund dar. So eindeutig diese beiden Kriterien des Grundnutzungsverhältnisses und der mangelnden Belassungsabsicht auf den ersten Blick sein mögen, führen sie im Alltag zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

---

[192] UIBK (2012)

[193] Forster (1997): 18

[194] UIBK (2012)

[195] Forster (1997): 19

[196] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 90

[197] Forster (1997): 1

[198] Forster (1997): 1

### 3.3.1 Mangelnde Belassungsabsicht

Da es der Gesetzgeber bisher verabsäumt hat Kriterien für das Vorliegen eines Superädifikats klar zu definieren, herrscht in der hL u.a. weitgehende Uneinigkeit, wodurch die mangelnde Belassungsabsicht erkennbar ist und welche Kriterien auf die mangelnde Belassungsabsicht schließen lassen.[199] Auch die Rspr hat in diesem Diskurs bisher nicht zur Klarstellung beigetragen.[200] Die Tatsache, dass in der Realität u.a. auch Bauwerke in massiver Bauweise als Superädifikate errichtet werden, die wohl nach allgemeiner Verkehrsauffassung stets auf dem Grundstück verbleiben (sollen) und unbefristete Grundnutzungsverhältnisse im Zusammenhang mit der beabsichtigten Errichtung dieser Bauwerke abgeschlossen werden, scheint auf den ersten Blick jedenfalls in Widerspruch zur Rechtsnorm des § 435 ABGB zu stehen.[201]

Die mangelnde Belassungsabsicht ist neben dem Grundnutzungsverhältnis die zweite unabdingbare Voraussetzung, dass ein Bauwerk als Superädifikat errichtet werden kann.[202] Die mangelnde Belassungsabsicht muss bereits zum Zeitpunkt des Beginns der Bauführung bestehen.[203] Eine nachträgliche Umwandlung eines Bauwerkes, das zum unselbständigen Bestandteil der Liegenschaft geworden ist, in ein Superädifikat ist nicht möglich.[204]

Das Fehlen der Belassungsabsicht bedeutet nicht, dass der Errichter des Bauwerkes dieses bei Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses entfernen muss, lediglich die Eigentumsspaltung darf nicht für die gesamte Lebensdauer des Superädifikats beabsichtigt sein.[205] Auf die Absicht des Grundeigentümers kommt es dabei nicht an, sondern lediglich auf jene des Bauwerkerrichters.[206] Eine Vereinbarung, dass das

[199] vgl. Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 92ff

[200] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 93 bzw. Foerster (2006): 201

[201] vgl. Forster (1997): 201ff

[202] Forster (1997): 201 bzw. Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 92ff

[203] Kletecka in Rechberger (2006): 2

[204] Kletecka in Rechberger (2006): 2

[205] Kletecka in Rechberger (2006): 2

[206] Kletecka in Rechberger (2006): 2

Bauwerk bei Beendigung des Bestandverhältnisses in das Eigentum des Grundeigentümers übergeht, schadet der Superädifikatseigenschaft jedenfalls nicht.[207]

Forster knüpft bei seiner Auslegung des § 435 ABGB an die Worte „nicht stets“ an und legt die Interpretation dieser Rechtsnorm dahingehend aus, dass der Gesetzgeber vermutlich auf die natürliche Lebensdauer eines Gebäudes abgezielt haben dürfte, also, dass das Gebäude iS des § 435 ABGB somit zur Erfüllung der Superädifikatseigenschaft kürzer als seine natürliche Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben sollte.[208] Im gleichen Atemzug weist Forster aber auch darauf hin, dass die natürliche Lebensdauer von Gebäuden durch Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen verlängert werden kann, und dass in der Realität sowohl Rspr und Lehre die zeitliche Grenzziehung anhand der natürlichen Lebensdauer idR nicht immer als Kriterium heranziehen.[209]

Kritisch hinsichtlich der Belassungsabsicht sieht Forster auch die gelebte Praxis, dass Grundnutzungsverhältnisse im Zusammenhang mit Superädifikaten auf unbestimmte Dauer abgeschlossen werden, die Vertragsparteien dabei ein jährliches gegenseitiges Kündigungsrecht einräumen und der Bestandgeber meist einen Kündigungsverzicht von mehreren Jahrzehnten abgibt.[210] Gerade im Zusammenhang mit TS sind solche vertraglichen Vereinbarungen häufig anzutreffen und es stellt sich daher aus Sicht des Autors die Frage, ob die mangelnde Belassungsabsicht durch ein unbefristetes Bestandverhältnis grundsätzlich ausreichend dokumentiert werden kann. Das Fehlen der mangelnden Belassungsabsicht würde nach Erkenntnis des Autors - dem Grundsatz „superficies solo cedit“ folgend - bedeuten, dass kein Superädifikat vorliegt. Sofern für diesen Fall keine vertragliche Vereinbarung zwischen Grundeigentümer und Bauwerkerrichters getroffen wurde, wäre das Grundstück in diesem Fall grundsätzlich im übernommenen Zustand zurückzustellen.[211] Für den Fall, dass der Bauwerkserrichter (mit Zustimmung des Grundeigentümers) das Gebäude auf dem

[207] Kletecka in Rechberger (2006): 2

[208] Forster (1997): 203

[209] Forster (1997): 203

[210] vgl. Forster (1997): 212f

[211] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 133

Grundstück belässt, ist die Frage, ob dem Bauwerkserrichter eine Entschädigung zusteht gem Schimetschek „…nur vertraglich nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu lösen und wird in erster Linie von der Relation zwischen dem Restwert des Gebäudes und den fiktiven Abbruchkosten abhängen.“[212]

Für Rechberger, Oberhammer kommen aufgrund der bisherigen Rspr und der hL zur Feststellung der fehlenden Belassungsabsicht drei Kriterien in Betracht:

1. Das äußere Erscheinungsbild des Bauwerkes,
2. die Zweckwidmung des Bauwerkes und
3. das Grundnutzungsverhältnis. [213]

Aus Sicht von Rechberger, Oberhammer sind alle diese drei genannten Kriterien bei der Beurteilung auf flexible Art und Weise zu berücksichtigen.[214] Sie halten fest, dass ein Abstellen auf die innere persönliche Belassungsabsicht alleine nicht in Betracht kommt und die fehlende Belassungsabsicht u.a. durch nach außen hin sichtbare Weise erkennbar sein muss.[215] Die Vereinbarung der Superädifikatseigenschaft eines Bauwerkes zwischen den Parteien ohne Vorliegen der mangelnden Belassungsabsicht ist daher nicht ausreichend.[216] Ergänzend zur Ableitung der mangelnden Belassungsabsicht aus dem äußeren Erscheinungsbild des Bauwerkes führen Rechberger, Oberhammer aus, dass je stabiler und massiver ein Gebäude errichtet wurde, desto stärker müssen die anderen beiden Kriterien (Anm.: Zweckwidmung bzw. befristetes Grundnutzungsverhältnis)[217] verwirklicht sein.[218] Dies wäre ihrer Meinung nach dann erfüllt, wenn das Grundnutzungsverhältnis deutlich kürzer als die übliche natürliche Lebensdauer des Bauwerkes ist.[219]

---

[212] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 133f

[213] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta: (2004): 93

[214] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta: (2004): 93

[215] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta: (2004): 93

[216] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta: (2004): 93

[217] Anmerkung des Autors

[218] Rechberger, Oberhammer in Rechberger, Kletecka, Zitta: (2004): 93

[219] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta: (2004): 93

Voraussetzung für das Vorliegen eines Superädifikats ist die Tatsache, dass ein Raum, also ein dreidimensional abgegrenztes Gebilde vorliegt.[220] Da es sich laut OGH bei einem Stationsgebäude um ein „ …dreidimensional abgeschlossenes, geschäftlichen Zwecken dienendes Gebilde…“[221] handelt, liegt bei einem Stationsgebäude eine Räumlichkeit vor.[222] Dirnbacher merkt in diesem Zusammenhang an, dass dem Gebäude, um als Superädifikat anerkannt zu werden, nicht nur eine Hilfsfunktion zukommen darf, weil dann nur eine nicht kündigungsgeschützte Flächenmiete vorliegt.[223] Entscheidend für die analoge Anwendbarkeit des MRG ist die Tatsache, ob den verbauten Flächen selbständige Bedeutung zukommt.[224] Der OGH jedenfalls hat die selbständige Funktion des Stationsgebäudes bejaht und festgehalten, dass dieses im Verhältnis zur Funktion der unbebauten Grundfläche nicht gänzlich in den Hintergrund tritt.[225] Aus Sicht des Autors liegt daher bei einer TS, wenn ein entsprechendes TS-Gebäude errichtet wurde, ein Superädifikat vor, und die Kündigungsbestimmungen des MRG sind auf das Bestandverhältnis analog anzuwenden.[226]

Im Zusammenhang mit einem unbefristeten Bestandverhältnis sind die von Rechberger, Oberhammer erarbeiteten Kriterien eines Superädifikats im Hinblick auf massiv gebaute TS-Gebäude aus Sicht des Autors grundsätzlich ein Indiz gegen das Vorliegen eines Superädifikats. Betrachtet man die ersten beiden von Rechberger, Oberhammer genannten Kriterien näher, kann im Hinblick auf das äußere Erscheinungsbild im Zusammenhang mit einer TS nicht unmittelbar auf die mangelnde Belassungsabsicht geschlossen werden, da TS-Gebäude in massiver Bauweise errichtet werden und üblicherweise durch Instandhaltungsmaßnahmen länger als ihre gewöhnliche (wirtschaftliche) Nutzungsdauer bestehen. Dem kann man aus Sicht des Autors andererseits entgegenhalten, dass die Bauweise eines TS-Gebäudes wesentlich einfa-

[220] OGH 20.10.2005, 3 Ob 11/05x in Dirnbacher (2009): 35

[221] OGH 26.05.2008, 5 Ob 144/08z

[222] Dirnbacher (2009): 31 bzw. OGH 20.10.2005, 3 Ob 11/05x in Dirnbacher (2009): 31

[223] Dirnbacher (2009): 35

[224] Dirnbacher (2009): 35

[225] OGH 26.05.2008, 5 Ob 144/08z in Dirnbacher (2009): 35

[226] vgl. OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

cher ist, als jene bei einem mehrgeschossigen Wohnhaus deren Nutzungsdauer mit 60 bis 80 Jahren angenommen wird.[227] Im Umkehrschluss kann daher nach Meinung des Autors aus der Bauweise eine begrenzte Belassungsdauer des Gebäudes abgeleitet werden. Im Hinblick auf die Zweckwidmung lässt sich aus Sicht des Autors dahingehend argumentieren, dass eine TS und ihre dazugehörigen Gebäude und Anlagen idR nur solange an einem Standort bestehen werden, solange sie an diesem einen positiven Deckungsbeitrag erwirtschaften, sodass diese daher nicht stets auf dem Grundstück verbleiben werden, sondern nur solange es aus Sicht des Bestandnehmers wirtschaftlich Sinn macht. Diesem Argument steht aber die Möglichkeit der Änderung der Zweckwidmung des Gebäudes während des Bestandverhältnisses entgegen, die dann die Anknüpfung der mangelnden Belassungsabsicht an der Zweckwidmung aushebeln würde. Aus diesem Grund stellt sich aus Sicht des Autors auch die Frage inwieweit aus der Zweckwidmung überhaupt auf die fehlende Belassungsabsicht geschlossen werden kann.

Widersprüchlich ist die Rspr und hL vor allem hinsichtlich des Kriteriums des Bestandverhältnisses und massiv gebauten Gebäuden. Folgt man u.a. der Ansicht von Oberhammer, Rechberger oder Kletecka, wird durch ein unbefristetes Bestandverhältnis die mangelnde Belassungsabsicht, die eine der beiden unabdingbaren Voraussetzungen für das Vorliegen eines Superädifikats darstellt, nicht ausreichend dokumentiert. Auch der OGH hat in diesem Punkt keine einheitliche Linie vertreten und hat bei massiver Bauweise des Gebäudes ein befristetes Bestandverhältnis zur Dokumentation der fehlenden Belassungsabsicht vorausgesetzt.[228] In der Entscheidung vom 13.06.1990 hatte der OGH über die Frage, ob es sich bei einer Verkaufshalle, die teilweise auf eigenem und teilweise auf fremdem Grund errichtet wurde, um ein Superädifikat handelt, zu entscheiden.[229] In der rechtlichen Beurteilung der Superädifikatseigenschaft verweist der OGH in dieser Entscheidung im Hinblick auf die nicht ständige Belassung des Gebäudes auf die hL und die Rspr hin und hält fest, dass sich die mangelnde Belassungsabsicht entweder durch die Bauweise oder wenn das Superädifikat in fester und solider Bauweise errichtet wurde, etwa durch ein befriste-

[227] vgl. Nutzungsdauerkatalog (2006): 127

[228] Kletecka in Rechberger (2006): 3 bzw. z.B.: OGH 13.06.1990, 3 Ob 516/90

[229] OGH 13.06.1990, 3 Ob 516/90

tes Grundnutzungsverhältnis objektivieren lassen muss.[230] Noch deutlicher in diesem Punkt ist die Entscheidung des OGH vom 08.03.2007, in der es im Hinblick auf die mangelnde Belassungsabsicht im Zusammenhang mit Superädifikaten heißt:

> „Bei Bauten, die auf fremdem Grund gleich einem auf Dauer errichteten Gebäude in fester und solider Bauweise ausgeführt sind, muss sich die erforderliche Absicht der nicht ständigen Belassung des Gebäudes durch ein von vornherein zeitlich begrenztes, vom Grundeigentümer eingeräumtes Grundbenützungsrecht objektivieren lassen.[231]

In der Entscheidung des OGH vom 11.12.1984, hat der OGH hingegen ein auf unbestimmte Dauer abgeschlossenes Bestandverhältnis nicht als Hindernis zur analogen Anwendung des Kündigungsschutzes des MRG angesehen.[232] In dieser Entscheidung hatte der OGH über die Anwendung des Kündigungsschutzes auf ein Bestandverhältnis über ein unbebautes Grundstück, das mit der Vereinbarung, dass der Bestandnehmer eine TS auf diesem Grundstück errichtet, zu entscheiden. Der Bestandvertrag wurde auf unbestimmte Dauer abgeschlossen und sollte jederzeit unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Jahresende aufgekündigt werden können, wobei der Bestandgeber einen Kündigungsverzicht von rund 45 Jahren abgegeben hat. Trotz der Tatsache, dass der Bestandgeber in diesem Fall eine TS in Massivbauweise auf dem Grundstück errichtet hatte, spielt die Tatsache, dass das Bestandverhältnis auf unbestimmte Dauer abgeschlossen wurde für den OGH in dieser Entscheidung bei der Beurteilung der Superädifikatseigenschaft keine Rolle.[233] Vielmehr wird in dieser Entscheidung die für ein Superädifikat relevante mangelnde Belassungsabsicht darin gesehen, dass der Bestandnehmer ausdrücklich Eigentümer der errichteten Anlagen bleibt und nach der Beendigung des Bestandverhältnisses den ursprünglichen Zustand wieder herstellen muss.[234]

---

[230] OGH 13.06.1990, 3 Ob 516/90

[231] OGH 08.03.2007, 2 Ob 242/05k

[232] OGH, 11.12.1984, 5 Ob 607/84 bzw. OGH 22.10.2008, 7 Ob 714/08a

[233] OGH, 11.12.1984, 5 Ob 607/84

[234] OGH, 11.12.1984, 5 Ob 607/84

Aufgrund der widersprüchlichen Rspr und hL ist aus Sicht des Autors daher im Hinblick auf die Rechtsicherheit einem befristeten Bestandverhältnis im Zusammenhang mit einem Superädifikat der Vorrang zu geben, da hier, wie die Entscheidungen des OGH zeigen, die fehlende Belassungsabsicht zweifelsfrei dokumentiert ist.[235]

### 3.3.2 Der Begriff des Bauwerkes

Im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Kriterium des äußeren Erscheinungsbildes des Bauwerkes erscheint eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des Bauwerkes - auch in Hinblick auf TS - äußerst sinnvoll. Wie bereits erwähnt herrscht im Zusammenhang mit Superädifikaten sowohl in der hL und der Rspr nur wenig Konsens, was Rechtsnormen und deren Auslegung anbelangt. Dies gilt auch für den im § 435 ABGB verwendeten Begriff des „Bauwerk".

Wichtig in diesem Zusammenhang ist die Abgrenzung des Bauwerkes von jenen Sachen, denen schlicht die Bauwerkseigenschaft fehlt und die daher kein Superädifikat sein können, wie z.B. ein Würstelstand auf Rädern.[236] Die Rspr stellt in diesem Zusammenhang teilweise auf das Bestehen einer grundfesten Verbindung mit dem Boden ab.[237]

Angst fasst in seinem Diskurs über die unterschiedlichen Interpretationen des Begriffs Bauwerk die Definition der hL wie folgt zusammen:

„Unter einem Bauwerk sind alle Sachen zu verstehen, die

1. Unter Einsatz von Arbeit und unter Verwendung von Materialien hergestellt werden;
2. Mit dem Boden in eine feste Verbindung gebracht werden und
3. Ihrer Zweckbestimmung nach nicht an einen anderen Ort bewegt werden sollen." und merkt dazu in einer Fußnote an, dass der Begriff des Bauwerkes auch Tiefbauten umfasst.[238]

[235] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 124ff bzw. Kletecka in Rechberger (2006): 3

[236] Kletecka in Rechberger (2006): 3

[237] Kletecka in Rechberger (2006): 3

[238] Angst (1969) in Forster (1997): 152

In Ergänzung zu dieser, laut Forster, äußerst eng gefassten Begriffsdefinition des Bauwerkes[239] sollen im Folgenden anhand einiger Entscheidungen des OGH im Zusammenhang mit Superädifikaten die getroffene Abgrenzung der Judikatur dargestellt werden. In einer Entscheidung des OGH hat Letzterer entschieden, dass „(…) bei nur vorübergehender Aufstellung (...), wie zB (sic!) bei Buden von Wandergewerbetreibenden (…) oder Werkzeughütten bei Straßenbauten, Reklametafeln uä.) (sic!).“ die Superädifikatseigenschaften nicht erfüllt sind.[240] Weiters führt Forster in Zitierung einer weiteren Entscheidung des OGH aus, „…daß (sic!) es sich bei bloßen Gebäudeteilen niemals um ein Bauwerk im Sinne des § 435 ABGB handeln kann; es muss vielmehr ein selbständiges Gebilde vorliegen.“[241] Im Zusammenhang mit einem, in üblicher Massiv-Bauweise errichteten TS-Gebäude sind aus Sicht des Autors alle von Forster genannten Kriterien und damit die Bauwerkseigenschaft erfüllt.

### 3.3.3 Das Kriterium des Grundnutzungsverhältnisses

Damit der Grundsatz des § 297 ABGB durchbrochen wird und ein Bauwerk als Superädifikat errichtet werden kann, ist ein obligatorisches oder dingliches Nutzungsrecht an der betreffenden Liegenschaft notwendige Voraussetzung.[242] Konkret bedeutet das, dass der Eigentümer der Liegenschaft und der künftige Bauwerkserrichter ein Rechtsverhältnis begründen müssen, das Letzteren zur Nutzung der Liegenschaft und zur Errichtung des Bauwerkes berechtigt. Als schuldrechtliche Grundlage kommen dabei u.a. Miete, Pacht, Grundstücksleihe oder auch Prekarium in Betracht.[243]

Im Hinblick auf die Absicherung des Bestandrechtes ist es äußerst relevant, ob ein Miet- oder Pachtverhältnis abgeschlossen wird (wurde). Wie bereits in den vorangegangenen Kapiteln thematisiert, geht die hL von Pacht aus, wenn der „…Vertragszweck im Gebrauch und der Fruchterziehung des Grundstückes selbst

[239] Forster (1997): 152

[240] OGH in ERvBl 1938/514 in Forster (1997): 153

[241] OGH in EvBl 1992/81 in Forster (1997): 153

[242] Forster (1997): 1

[243] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 97

liegt und von Miete, wenn es sich um bloße Gebrauchsüberlassung handelt.“[244] Die Vermietung von unbebauten Freiflächen fällt grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich des MRG.[245] An dieser Stelle sei nochmals erwähnt, dass bei Vorliegen von Grundstücksmiete auf Grund der Rspr „(…) Flächen, wenn sie mit der Absicht zur Errichtung einer Wohn- und/oder Geschäftszwecken dienenden Räumlichkeit vermietet werden (…)“[246] Mietgegenstände iS des MRG sind.

Im Falle der Anmietung eines unbebauten Grundstückes, auf dem ein Superädifikat errichtet wurde, ist es jedoch ständige Rspr und hL, dass (jedenfalls) die Kündigungsbestimmungen des MRG auf Grundstücksmietverhältnisse, die zur Errichtung eines Superädifikats abschlossen wurden, in einem sogenannten Analogieschluss anwendbar sind.[247] Damit das Mietverhältnis im Zusammenhang mit einem Superädifikat unter das MRG fällt, verlangt die Rspr, dass der Mieter das Superädifikat bereits errichtet hat. [248]

In der hL herrscht Uneinigkeit, ob auf Superädifikate neben den Kündigungsbestimmungen auch andere Normen des MRG wie die Mietzinsbeschränkungen anwendbar sind.[249] Da bei Superädifikaten Grundeigentum und Eigentum am Bauwerk auseinanderfallen, ergeben sich einige Besonderheiten im Vergleich zu konventionellen Mietgegenständen, wodurch allein aufgrund dieser Tatsache nicht von einer Anwendung sämtlicher Rechtsvorschriften des MRG auf Superädifikate ausgegangen werden kann.[250] Gemäß Oberhammer, Rechberger trifft dies im Fall des § 30 Abs 2 Z 10, 12 und 14 MRG und wohl auch für § 30 Abs 2 Z 4 und 5 MRG zu.[251] Für TS sind die oben genannten Tatbestände jedenfalls nicht relevant, weil sie z.B. auf Wohnmietverhältnisse abzielen und daher TS nicht betreffen.

[244] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 123

[245] Klotz (2005): 54

[246] Dirnbacher (2009): 34f

[247] OGH 22.10.2008, 7 Ob 174/08 in Prader (2009): 18

[248] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 98

[249] Klotz (2005): 54f bzw. Dirnbacher (2009): 35

[250] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 98

[251] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 98

Klotz sieht im Zusammenhang mit Superädifikaten kein Schutzbedürfnis im Hinblick auf den Bestandzins und lehnt daher die Anwendung der Mietzinsbeschränkungen ab.[252] Dirnbacher hingegen argumentiert:

> „Sofern ein Bauwerk ohne Zuhilfenahme öffentlicher Mittel auf Grund einer nach dem 30.06.1953 erteilten Baubewilligung errichtet wurde (wird), gelangt das MRG nur mit den für die Teilausnahme gemäß § 1 Abs 4 Z 1 MRG geltenden Bestimmungen (…) zur Anwendung; diese auch dann, wenn das Bauwerk durch den Mieter (ohne Kostentragung durch den Vermieter) hergestellt wurde (wird).“[253]

Prader wiederum behauptet in Bezug auf die Anwendbarkeit der Mietzinsbeschränkungen unter Berufung auf jüngere Entscheidungen des OGH, dass ein Mieter wenn das Superädifikat dem MRG unterliegt, sich auch hinsichtlich der Mietzinsbildung auf die Bestimmungen des MRG berufen kann, sodass auch die Anwendbarkeit der Mietzinsbeschränkungen im Zusammenhang mit Superädifikaten in Erwägung gezogen werden muss.[254]

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass aufgrund der ständigen Rspr die analoge Anwendung der Kündigungsbestimmungen trotz Kritik der hL zweifelsfrei auf Grundnutzungsverhältnisse anzuwenden sind. Hinsichtlich des Umfanges der Anwendung des MRG herrscht jedoch in der hL Uneinigkeit. Bei jenen Superädifikaten, die nach der MRN 2001 errichtet wurden und die über nicht mehr als zwei vermietbare Einheiten verfügen, sind jedoch Ausnahmebestimmungen zu beachten (siehe dazu Kapitel 3.3.6).

### 3.3.4 Mietengesetz und Kündigungsschutz

Zur Beurteilung, welche Rechtsfolgen aus einem Bestandverhältnis abgeleitet werden können bzw. müssen, sind die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültigen

[252] Klotz (2005): 55

[253] Dirnbacher (2009): 35

[254] OGH 22.04.1995, 5 Ob 50/95; OGH 26.02.2002, 7 Ob 174/08) in Prader (2009): 16

Rechtsnormen heranzuziehen. Für alle jene Verträge, die vor Einführung des MRG, also vor dem 01.01.1982, abgeschlossen wurden, ist daher grundsätzlich zur Beurteilung der Rechtsfolgen das Mietengesetz (MG) heran zu ziehen. Im Geltungsbereich des MG, also vor der Einführung des MRG, hat sich die Rspr auch bereits mit der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes auf Grundnutzungsverhältnisse im Zusammenhang mit Superädifikaten befasst.[255] Im Geltungsbereich des MG wurden gem § 1 Abs 1 MG auch unbebaute Grundstücke von Gesetzes wegen als Geschäftsräumlichkeit betrachtet. Diese Bestandverhältnisse fielen daher unter den Kündigungsschutz des MG, unabhängig davon, ob auf diesem Grundstück ein Superädifikat errichtet worden ist oder nicht.[256] Grundnutzungsverträge, die im Geltungsbereich des MG abgeschlossen wurden, unterliegen somit grundsätzlich dem Kündigungsschutz des MG, so auch Grundnutzungsverhältnisse im Zusammenhang mit TS. Mit Einführung des MRG ist der Kündigungsschutz für Geschäftszwecken dienenden Grundstücken, die im Geltungsbereich des MG abgeschlossen worden sind mit 31.12.1986 ausgelaufen.[257] In der Entscheidung vom 11.12.1984 hat der OGH jedoch mit der Begründung, dass sich an der Schutzwürdigkeit des Superädifikatseigentümers mit Einführung des MRG nichts verändert hat, die analoge Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes des MRG bejaht, wodurch Bestandverhältnisse im Zusammenhang mit einem Superädifikat weiterhin dem Kündigungsschutz unterliegen.[258]

Bei Bestandverträgen über unbebaute Grundstücke, die mit der Abrede, dass der Bestandnehmer dort eine Treibstofftankstelle errichtet und betreibt, die vor Einführung des MRG abgeschlossen wurden, bedeutet dies jedenfalls, dass die Kündigungsbestimmungen des MRG anzuwenden sind.[259] Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 11.12.1984 festgehalten, dass bei einem Grundnutzungsverhältnis zur Errichtung einer TS keine Pacht anzunehmen ist, da die Inbestandnahme eines Grundstücks zum Betrieb einer TS nicht der Bearbeitung bzw. Aufwendung von Fleiß und Mühe

[255] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 124

[256] OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

[257] OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

[258] OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84 bzw. OGH 26.08.2008, 5 Ob /08z in Dirnbacher (2009): 34

[259] OGH 11.12.1984: 5 Ob 607/84

iS des § 1091 ABGB entspricht.[260] In jenen Fällen, in denen die gesamte TS vom Bestandnehmer errichtet worden ist, ist aus Sicht des Autors - schon abgesehen davon, dass die Rspr im Zusammenhang mit Superädifikaten die Flächenmiete der Raummiete gleichgestellt hat[261] - somit von der analogen Anwendung des Kündigungsschutzes auszugehen. Darüber hinaus ist aus Sicht des Autors schon auch deswegen bei der Anmietung eines Grundstückes zum Zwecke der Errichtung einer TS nicht von Pacht auszugehen, weil keine organisierte Erwerbsgelegenheit überlassen worden ist.[262] Von einem Pachtverhältnis wäre, dem OGH folgend nur bei einer landwirtschaftlichen Nutzung des Grundstückes auszugehen.[263]

### 3.3.5 Einführung des MRG und die Rechtsfolgen

Mit der Einführung des MRG hat der Gesetzgeber die Raummiete in den Vordergrund gestellt und so fehlen Lagerplätze in der Aufzählung des § 1 MRG, die im § 1 MG noch explizit genannt wurden.[264]Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit Einführung des MRG einige sogenannte Vollausnahmen, wie etwa die Anmietung im Rahmen eines Speditions- oder Lagerhausunternehmens (vgl. § 1 Abs 2 Z1 MRG), geschaffen. Nach Erkenntnis des Autors haben diese Ausnahmen jedoch keine Auswirkungen auf Grundnutzungsverhältnisse im Zusammenhang mit Superädifikaten, da das Gesetz ausdrücklich betont, dass es sich um eine Vermietung **in** Ausübung des Betriebsgegenstandes handeln muss um unter die Vollausnahme zu fallen.[265]Im Falle einer Anmietung eines unbebauten Grundstückes zur Errichtung z.B. eines Lagerhausunternehmens, würde es sich aber um eine Anmietung **zur** Ausübung des Betriebsgegenstandes handeln und diese fällt nach Erkenntnis des Autors nicht unter die in § 1 Abs 2 MRG genannten Ausnahmen.

Gemäß MRG ist unter einem Mietgegenstand eine Räumlichkeit zu verstehen, die zu Wohn- und/oder Geschäftszwecken verwendet werden kann, wobei ein Raum ein

[260] OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

[261] OGH 14.02.1985, 6 Ob 517/85

[262] vgl. Kapitel 2.3.5

[263] vgl. OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

[264] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 126

[265] vgl. OGH 12,12.2002, 6 Ob 261/02d in Prader (2009): 33

dreidimensionales abgegrenztes Gebilde ist, das zumindest von fünf Seiten begrenzt ist.[266] Somit gelten grundsätzlich unbebaute Freiflächen, wenn sie für Geschäftszwecke angemietet werden, mit der Einführung des MRG nicht mehr als Mietgegenstände iS des MRG und daher unterliegt die Anmietung von unbebauten Flächen zu Geschäftszwecken nicht mehr dem Kündigungsschutz.[267]

Trotz dieser Änderung hinsichtlich der Anmietung von unbebauten Flächen mit Einführung des MRG, ist die Judikatur bisher der von Bydlinski vertretenen Meinung gefolgt, wonach es sich bei Superädifikaten um Räume handelt, deren Besonderheit darin besteht, dass sie auf einem angemieteten Grundstück errichtet werden und ohne Grundnutzungsverhältnis nicht Bestand haben können und hat die Anwendung der Kündigungsbestimmungen auf Grundstücksmietverhältnisse im Zusammenhang mit Superädifikaten bejaht.[268] Wenn bei Grundnutzungsverhältnissen auch keine Raummiete im eigentlichen Sinn vorliegt, merkt Schimetschek dazu an, dass „(…) sich das Problem des Schutzes der Interessen an geschäftlich genutzten Räumlichkeiten mittels rechtlicher Sicherung des der Nutzung zugrunde liegenden Mietverhältnisses." stellt.[269] Gemäß Entscheidung des OGH vom 11.12.1984, die in diesem Punkt Bydlinski folgt, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte, warum diese Grundstücksmietverhältnisse im Zusammenhang mit Superädifikaten nicht mehr unter §1 Abs 1 MRG fallen sollen.[270] Die analoge Anwendung der Kündigungsbestimmungen des MRG im Zusammenhang mit der in Bestandnahme eines unbebauten Grundstückes zum Zwecke der Errichtung einer TS wurde auch in jüngerer Vergangenheit vom OGH bestätigt.[271]

Rechberger, Oberhammer merken zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzes nach MRG kritisch an, dass ein unbefristetes Grundnutzungsverhältnis grundsätzlich ein „(…) **massives Indiz gegen den Mangel einer Belassungsabsicht** (sic!) bei „mas-

[266] Dirnbacher (2009): 31

[267] Dirnbacher (2009): 36

[268] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 126 bzw. OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

[269] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 126

[270] OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

[271] OGH 26.08.20008: 5 Ob 144/08z in Dirnbacher (2009): 34

siv“ (sic!) ausgeführten Bauwerken.“[272] ist. Widersprüchlich ist u.a., jedenfalls nach Ansicht des Autors, die Entscheidung MietSlg 36.237/24, auf die bei Rechberger, Oberhammer verwiesen wird.[273] In dieser Entscheidung wird, obwohl eben die dauerhafte Nutzung in Widerspruch zur mangelnden Belassungsabsicht iS des § 435 ABGB steht, die analoge Heranziehung des MRG-Kündigungsschutzes dann bejaht, wenn die Absicht einer dauerhaften Nutzung zu Wohn- oder Geschäftszwecken besteht.

Besonders brisant in Hinblick auf unbefristete Grundnutzungsverhältnisse ist, aus Sicht des Autors die von Rechberger, Oberhammer vertretene Ansicht, dass die bloße Kündigungsmöglichkeit eines unbefristeten Grundnutzungsverhältnisses aus wichtigem Grund für die Annahme eines Superädifikats nicht ausreicht und daher aufgrund der leicht durch den Mieter verhinderbaren Kündigungsmöglichkeit keineswegs von einer mangelnden Belassungsabsicht auszugehen ist.[274] Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch die Tatsache, dass denjenigen, der sich auf die Superädifikatseigenschaft beruft, die Beweislast für das Fehlen der Belassungsabsicht trifft.[275]

### 3.3.6 MRN 2001 und die Rechtsfolgen

Zu zusätzlicher Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit Superädifikaten und der Anwendung der Kündigungsbestimmungen hat aus Sicht des Autors die im Zuge der MRN 2001 neu geschaffene sogenannte „Zwei-Objekt-Ausnahme“ geführt. Der § 1 Abs 2 Z5 MRG besagt, dass Mietgegenstände in Gebäuden mit nicht mehr als zwei selbständigen Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten, wobei Räume, die nachträglich durch einen Ausbau des Dachbodens neu geschaffen wurden oder werden nicht zählen, nicht in den Anwendungsbereich des MRG fallen.[276]

Rechberger, Oberhammer sind der Meinung, dass durch die Novellierung des § 1 MRG die Anwendbarkeit des MRG „(…) praktisch wesentlich entschärft (…)“

[272] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 99

[273] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 99

[274] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 94

[275] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 94

[276] MRG § 1

wurde. Ihrer Meinung nach „(…) scheint nun eine analoge Anwendbarkeit des MRG zur Errichtung solcher Gebäude (jedenfalls für „Neuverträge“ (sic!)) **von vornherein ausgeschlossen** (sic!).“[277]

In ähnlicher Weise äußert sich Dirnberger zu § 1 Abs Z5 MRG im Zusammenhang mit Superädifikaten:

> „Wenn ein bestimmtes Gebäude (bzw. dessen Mietobjekte) im Falle der Vermietung überhaupt nicht den Bestimmungen des MRG unterliegt (unterliegen), so kann mE (sic!) auch nicht die Vermietung einer Freifläche zum Zweck der Errichtung eines derartigen Gebäudes (derartiger Gebäude) den Bestimmungen des MRG unterliegen.“[278]

Ergänzend merkt Dirnbacher an, dass es abzuwarten bleibt, wie die Rspr die neue Vollausnahme des § 1 Abs 2 Z5 MRG im Zusammenhang mit Superädifikaten interpretieren wird.[279]

In der hL scheint nun aus Sicht des Autors die Meinung vor zu herrschen, dass aufgrund dieser Ausnahme auf Grundnutzungsverhältnisse im Zusammenhang mit Superädifikaten die Kündigungsbestimmungen nicht mehr analog anzuwenden seien wenn das Superädifikat unter die Zwei-Objekt-Ausnahme fällt.[280] Es bleibt aber, wie Dirnberger bereits anmerkt, ab zu warten wie die Rspr in diesem Zusammenhang entscheiden wird.[281] Aus Sicht des Autors hat sich an der, die analoge Anwendung des Kündigungsschutzes rechtfertigenden, Schutzbedürftigkeit[282] des Bestandnehmers durch die MRN 2001 jedenfalls nichts geändert.

Obwohl es auch Großbauten gibt, die als Superädifikate errichtet wurden, verfügt - wie Slabihoud dargelegt hat - die Mehrzahl der als Superädifikate errichteten Gebäu-

[277] Rechberger, Oberhammer in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 99

[278] Dirnbacher (2009): 34

[279] Dirnbacher (2009): 36

[280] Dirnbacher (2009): 36, Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 129

[281] Dirnbacher (2009): 36

[282] OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

de über nicht mehr als zwei selbständige Einheiten[283]. Folglich hätte die Anwendung der Zwei-Objekt-Ausnahme auf Superädifikate wesentliche Auswirkungen. Jedenfalls verfügen TS üblicherweise über weniger als zwei selbstständige Einheiten und wären von dieser Vollausnahme betroffen.

### 3.3.7 Schlussfolgerungen

Aus Sicht des Autors besteht an der analogen Anwendung des Kündigungsschutzes nach MRG im Zusammenhang mit Superädifikaten aufgrund der bisherigen Rspr derzeit, sofern es sich nicht um eine Zwei-Objekt-Ausnahme handelt, kein Zweifel.[284] Hinsichtlich der Auswirkungen der mit der MRN 2001 geschaffenen Zwei-Objekt-Ausnahme“ muss die Rspr abgewartet werden.[285] Da das Superädifikat ohne Grundnutzungsverhältnis nicht bestehen kann, ist das Argument der Schutzwürdigkeit des Grundnutzungsverhältnisses nachvollziehbar.[286] Aus Sicht des Autors hat sich mit der Schaffung dieser Ausnahme an der Schutzwürdigkeit des Mieters nichts geändert und die Zwei-Objekt-Ausnahme sollte aufgrund der bisherigen Rspr nicht auf Grundnutzungsverhältnisse im Zusammenhang mit Superädifikaten angewendet werden.

Aus Sicht des Autors ist der Umstand, dass der Eigentümer im Zusammenhang mit unbefristeten Grundnutzungsverhältnissen, die dem Kündigungsschutz nach MRG unterliegen, nur aus wichtigem Grund aufkündigen kann, äußert kritisch zu sehen, da der Bestandnehmer eine dem Eigentümer ähnliche Stellung erhält. Die Schutzwürdigkeit des Mieters ist im Falle eines Superädifikats nicht zu übersehen, andererseits wusste der Bauwerkserrichter zum Zeitpunkt der Errichtung, dass er das Bauwerk nicht stets auf dem fremden Grundstück belassen kann und ist das Risiko, das Bauwerk eines Tages abtragen zu müssen, daher bewusst eingegangen. Der Bestandgeber eines dem Kündigungsschutz nach MRG unterliegenden unbefristeten Bestandverhältnisses kann dieses lediglich aus wichtigen Gründen aufkündigen und hat da-

[283] vgl. Slabihoud (2009): 69-140

[284] Klotz (2005): 54f

[285] Dirnbacher (2009): 35f

[286] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 124

mit keine Möglichkeit die Dauer des Bestandverhältnisses zu beeinflussen und kann de facto nicht mehr über sein Eigentum verfügen.[287]

Die persönliche Erfahrung des Autors hat gezeigt, dass vor allem Privatpersonen sich nicht immer über die Tragweite des Kündigungsschutzes im Zusammenhang mit einer unbefristeten Vermietung eines Grundstückes mit der Abrede, dass der Bestandnehmer auf diesem Grundstück ein Superädifikat errichtet, im Klaren sind. Nach Erfahrung des Autors gehen Vermieter zumeist – irrtümlicherweise - davon aus, dass sie nach Ablauf ihres Kündigungsverzichtes auch ein unbefristetes Bestandverhältnis aufkündigen können. Im Hinblick auf diesen möglichen Irrtum des Bestandgebers hat der OGH in der Entscheidung vom 11.12.1984 festgehalten, dass der Vermieter, den Vertrag nicht wegen Irrtums anfechten kann, auch wenn er bei Vertragsunterzeichnung von einen kündbaren Pachtverhältnis ausgegangen ist.[288]

## 3.4 Vertragsgestaltung im Zusammenhang mit Superädifikaten

Im Zuge des Managements eines Tankstellen-Portfolios ist neben dem Abschluss von Grundnutzungsverhältnissen die Bestandgabe von Mietobjekten Tagesgeschäft. Ziel ist es dabei zusätzliche Einnahmen durch die Vermietung von nicht benötigten Flächen zu lukrieren. Durch entsprechende Gestaltung der Bestandverhältnisse soll zumeist gleichzeitig die wirtschaftliche Flexibilität gewahrt bleiben, sodass vermietete Flächen auch kurzfristig wieder zur Verfügung stehen bzw. Standorte geschlossen werden können. Hinsichtlich der Grundnutzungsverhältnisse ist anzumerken, dass aufgrund der Marktumstände neue TS als Superädifikate nur noch selten errichtet werden und daher neue Grundnutzungsverhältnisse nur äußerst selten abgeschlossen werden. Häufiger ist daher der Fall, dass unbebaute Freiflächen, die für den Betrieb der TS nicht benötigt werden, Superädifikate als Ganzes oder Teilflächen von Superädifikaten in Bestand gegeben werden. Da auf diesen unbebauten Freiflächen auch gelegentlich Superädifikate errichtet werden, stellt sich daher auch hier sowohl für den Bestandnehmer als auch den Bestandgeber die Frage der Vertragsgestaltung insb

[287] Klotz (2005): 72

[288] OGH 11.12.1984, 5 Ob 607/84

in Hinblick auf die Absicherung des Bestandverhältnisses und die Anwendbarkeit der Kündigungsbestimmungen des MRG. Natürlich stellen sich dabei auch sämtliche rechtliche Herausforderungen, wie sie bereits ausführlich in den vorangegangenen Kapiteln erläutert wurden. Einziger Unterschied, der sich hier aus Sicht des Erdölunternehmens ergibt, ist die Tatsache, dass es in diesem Fall als Bestandgeber auftritt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass aufgrund der Rechtsfolgen bestimmter Vereinbarungen im Zusammenhang mit Bauwerken auf fremdem Grund der Vertragsgestaltung große Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte. Besonders hervorzuheben ist in diesem Kontext der Umstand, dass ein Bestandverhältnis eventuell nur aus wichtigen Gründen durch den Bestandgeber aufgekündigt werden kann.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage sollen im Folgenden einige Punkte erläutert werden, die bei der Vertragserrichtung im Zusammenhang mit Grundstücksmiete und der beabsichtigten Errichtung eines Superädifikats aus heutiger Sicht zu beachten sind. Aus Sicht des Autors ist gerade der originären Vertragserrichtung besondere Bedeutung beizumessen, da Verträge einerseits in der Regel für viele Jahre abgeschlossen werden und Verlängerungen andererseits auf den originären Verträgen basieren. Entstehen Jahrzehnte nach Vertragsabschluss unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des Vertragsinhaltes – was aufgrund der zahlreichen Unsicherheiten in rechtlicher Hinsicht im Zusammenhang mit Superädifikaten vorkommen kann - ist es oft schwierig den wahren Vertragsinhalt bzw. den wahren Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu rekonstruieren.

### 3.4.1 Grundnutzungsverhältnis

Grundsätzlich erfolgt der originäre Erwerb des Superädifikats durch Bauführung.[289] Da eine grundbücherliche Eintragung des Superädifikats beim originären Erwerb grundsätzlich nicht vorgesehen ist, ist ein abgesichertes Grundnutzungsverhältnis für den Wert des Superädifikats wesentlich.[290] Bittner, Engelhart empfehlen ein Bestandverhältnis auf bestimmte Dauer oder zumindest eine Verbücherung des Bestandverhältnisses für bestimmte Dauer bzw. die Vereinbarung eines Kündigungs-

[289] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 175

[290] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 175

verzichts des Bestandgebers abzuschließen. Wie bereits oben erwähnt, wird von einem Teil der hL der Abschluss eines unbefristeten Grundstücksmietvertrages im Zusammenhang mit Superädifikaten strittig gesehen, da die Dokumentationsfunktion der mangelnden Belassungsabsicht ihrer Meinung nach durch ein unbefristetes Bestandverhältnis nicht gegeben ist.[291] Auch die Judikatur hat hier in der Vergangenheit unterschiedlich entschieden und in dem einen oder anderen Fall ein unbefristetes Bestandverhältnis als ausreichend angesehen, um die mangelnde Belassungsabsicht zu dokumentieren.[292] Wenn auch bei der Beurteilung eines Bestandverhältnisses stets die Gesamtheit der Umstände zu berücksichtigen ist, ist andererseits die Argumentation, dass ein unbefristetes Bestandverhältnis die mangelnde Belassungsabsicht nicht ausreichend dokumentiert, aus den bereits genannten Gründen nachvollziehbar.[293] Andererseits scheint aus Erfahrung des Autors ein unbefristetes Bestandverhältnis dann nicht zu schaden, wenn der Bestandgeber einen Kündigungsverzicht abgegeben hat, weil durch die Vereinbarung des befristeten Kündigungsverzichtes des Bestandgebers indirekt die mangelnde Belassungsabsicht abgeleitet werden kann.[294] Im Sinne der Rechtsicherheit empfiehlt es sich aber aus Sicht des Autors ein befristetes Bestandverhältnis abzuschließen, da dann die mangelnde Belassungsabsicht zweifelsfrei dokumentiert ist.[295] Um die mangelnde Belassungsabsicht zweifelsfrei dar zu legen, sollte nach Meinung des Autors der Kündigungsverzicht dabei konsequenterweise kürzer als die natürliche Nutzungsdauer des Gebäudes sein. Bei Abschluss eines Bestandverhältnisses zur Errichtung eines Superädifikats ist, aber wie bereits in Kapitel 3.3.6 erläutert, die durch die MRN 2001 geschaffene Zwei-Objekt-Ausnahme zu beachten.[296]

### 3.4.2 Zins

Von großer Wichtigkeit beim Abschluss eines Grundstücksmietvertrages sind u.a. die schriftliche Vereinbarung des Bestandzinses, sowie die Festlegung der Wertsi-

[291] Kletecka in Rechberger (2006): 3

[292] Kletecka in Rechberger (2006): 3

[293] vgl. Oberhammer, Rechberger in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 97ff

[294] vgl. OGH 14.02.1985, 6 Ob 517/85 bzw. LG Schwechat 03.05.2011, 3 C 271/10v-19

[295] Kletecka in Rechberger (2006): 3

[296] Bittner, Rechberger in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 175

cherung.[297] Bittner, Engelhart empfehlen auch allfällige Bestandzinszahlungen grundbücherlich anzumerken, sowie eine Vereinbarung, ob Vorauszahlungen zu aliquotieren sind.[298] Aus Erfahrung des Autors empfiehlt es sich, neben der zweifelsfreien Festlegung des Zeitraumes der Vorauszahlung, den monatlichen fiktiven Bestandzins sowie eine allfällige Wertsicherung desselben festzuhalten. Dies ist vor allem dann hilfreich, wenn die Vorauszahlungsperiode ausläuft und die Parteien über den nun im Folgenden zu zahlenden Bestandzins uneinig sind. Neben dem Bestandzins sollte vertraglich auch festgehalten werden, ob der vereinbarte Bestandzins netto oder brutto zu verstehen ist. Wie die Erfahrung des Autors im Zuge der Bestimmung des angemessenen Bestandzinses (nachdem eine mehrjährige Bestandzinsvorauszahlung ausgelaufen war) gezeigt hat, kann es auch in diesem Punkt unterschiedliche Auffassung zwischen den Vertragsparteien geben. Im Falle einer fehlenden Vereinbarung, sind Beträge nämlich idR brutto zu verstehen.

### 3.4.3 Übertragung und Weitergabe

Immer wieder kommt es im Zuge eines Tankstellenportfolios vor, dass Stationen verkauft werden (sollen), doch gerade bei jenen Stationen, die als Superädifikat errichtet wurden, stellt sich aus Erfahrung des Autors das Problem, dass eine Übertragung des Eigentums am Superädifikat nur dann möglich ist, wenn der Käufer ein Grundnutzungsverhältnis mit dem Grundeigentümer abschließt. Dies setzt aber das Einverständnis des Grundeigentümers voraus. Aus Sicht des Autors ist daher eine Regelung hinsichtlich der Übertragung des Grundnutzungsverhältnisses bereits bei Vertragsabschluss sehr zu empfehlen.

Bittner, Engelhart meinen jedenfalls, dass eine Übertragung des Superädifikats ohne Mitwirkung und ohne Zustimmung des Grundeigentümers nur dann möglich ist, wenn bereits bei Vertragsabschluss der künftige Erwerber als Mitmieter in das Grundnutzungsverhältnis mit einbezogen wird.[299] Die Übertragung des Grundnutzungsverhältnisses kann dann durch bloße Übereinstimmung und ohne Willenserklä-

[297] Bittner, Rechberger in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 175

[298] Bittner, Rechberger in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 175

[299] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 177

rung des Grundeigentümers erfolgen.[300] Dies setzt aber eben u.a. voraus, dass der künftige Erwerber bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt ist, was in der Praxis idR nicht der Fall sein wird.

Eine Übertragung des Superädifikats ist auch dann möglich, wenn der bisherige Bestandnehmer weiterhin Bestandnehmer bleibt und der Erwerber des Superädifikats mit dem Bestandnehmer einen Unterbestandvertrag abschließt.[301] Ein vertragliches Verbot zur Untervermietung kann der Unterbestandgabe an den Erwerber entgegenstehen. Ebenso sind auch allfällige gesetzliche Bestimmungen des § 11 MRG zu berücksichtigen.[302] Bittner, Engelhart empfehlen, daher das Recht auf Unterbestandgabe und das Recht auf Weitergabe vertraglich zu vereinbaren.[303] Besonderer Aufmerksamkeit beim Abschluss eines Unterbestandvertrages bedarf aus Sicht des Autors die Abstimmung der Laufzeiten zwischen Bestandvertrag und Unterbestandvertrag. Weiterer Nachteil aus Sicht des Portfolio-Managers ist die Tatsache, dass das bisherige Bestandverhältnis weiterhin aufrecht bleibt und zusätzlicher administrativer Aufwand entsteht, da neben der Vertragserrichtung und –dokumentation des Unterbestandvertrages auch zusätzlich die Verrechnung des Unterbestandzinses durchgeführt werden muss.

Eine Übertragung des Grundnutzungsverhältnisses ist mit Mitwirkung des Grundeigentümers jederzeit möglich.[304] Die Übertragung des Grundnutzungsverhältnisses kann entweder durch Abschluss eines neuen Bestandvertrages oder durch Übertragung des Bestandrechtes mit Zustimmung des Bestandgebers erfolgen.[305] Vermietet der Mieter des Grundstücks, auf dem er das Superädifikat errichtet hat, das Superädifikat an einen Dritten, so liegt grundsätzlich eine gänzliche Weitergabe des Mietgegenstandes vor, dennoch ist aber der Tatbestand des § 30 Abs 2 Z4 MRG nicht erfüllt, weil „…der wirtschaftliche Zweck der Weitergabe nicht in der Verwertung der

[300] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 177

[301] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 178

[302] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 177

[303] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 176

[304] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 178

[305] Bittner, Engelhart in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 177

Mietrechte am Grundstück, sondern in erster Linie in der dem Eigentümer zustehenden Verwertung des von ihm errichteten Gebäudes."[306] liegt.

## 3.5 Vermietung von Superädifikaten - aktuelle Rechtslage

Im Gegensatz zu Bestandverhältnissen über unbebaute Grundstücke im Zusammenhang mit der beabsichtigten Errichtung eines Bauwerkes, gestaltet sich die Rechtslage im Hinblick auf die (Neu-)Vermietung von Superädifikaten weniger schwierig.[307] Nachdem im § 1 Abs 2 bis 4 MRG Vermietungen im Rahmen eines Tankstellenbetriebes nicht vom Anwendungsbereich des MRG ausgenommen sind, ist daher auch bei der Vermietung von Superädifikaten (sofern es sich um Räumlichkeiten im Sinne des MRG handelt) im Rahmen eines Tankstellenbetriebes das MRG zur Gänze anzuwenden. Der § 1 Abs 2 Ziffer 5 MRG besagt jedoch, dass Mietgegenstände in einem Gebäude mit nicht mehr als zwei selbständigen Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten vom Anwendungsbereich des MRG ausgenommen sind.[308] Da Tankstellengebäude regelmäßig über nicht mehr als zwei selbständige Wohnungen oder Geschäftsräumlichkeiten verfügen, ist dieser Vollausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Ziffer 5 MRG von großer Relevanz für die Vermietung von Bestandobjekten auf TS, da bei Vollausnahmen des MRG die mietrechtlichen Bestimmungen nicht zwingend angewendet werden müssen. Daher kann die vertragliche Regelung bei Mietobjekten mit nicht mehr als zwei selbständig vermietbaren Einheiten nach den überwiegend frei gestaltbaren Bestimmungen des ABGB erfolgen. Das bedeutet, dass der Mietzins frei vereinbart werden kann und der Kündigungsschutz nach MRG nicht zur Anwendung kommt.[309] Darüber hinaus besteht im ABGB hinsichtlich der Befristungsmöglichkeiten mehr Gestaltungsfreiheit.[310]

### 3.5.1 Haupt- oder Untermiete

Bei der Verwertung von nicht benötigten Flächen auf TS, wie Werkstätten oder Serviceboxen, stellt sich aus rechtlicher Sicht die Frage, ob der Bestandnehmer dieser

[306] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 131

[307] vgl. Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 130f

[308] MRG § 1

[309] WKO (2011a)

[310] WKO (2011a)

Flächen im Falle der Anmietung Haupt- oder Untermieter ist bzw. wird. Die Unterscheidung in Haupt- und Untermiete ist u.a. deswegen bedeutsam, da für Untermietverhältnisse grundsätzlich die bestandrechtlichen Bestimmungen des ABGB und nicht jene des MRG zur Anwendung kommen.[311]

Im Falle eines Superädifikats stellt sich die Klassifikation in Haupt- und Untermietvertrag komplexer dar. Der Bauberechtigte ist zwar selbst einerseits nur Hauptmieter des Grundstückes, aber anderseits auch Eigentümer des von ihm vermieteten Superädifikats.[312] Folgt man § 2 Abs 1 MRG, so könnte man annehmen, dass mangels Aufzählung des Superädifikatseigentümers als Vermieter, ein Mietvertrag über das Bauwerk als Untermietvertrag zu qualifizieren ist, da § 2 Abs 2 MRG besagt, dass ein Untermietvertrag vorliegt, wenn das Bestandverhältnis nicht mit einer in § 2 Abs1 MRG angeführten Person abgeschlossen wird.[313] Der OGH hat jedoch entschieden, dass die Vermietung eines Superädifikats durch dessen Eigentümer Hauptmietrechte begründet.[314] Da auch Schimetschek die Vergabe von Hauptmietrechten durch den Bauwerkseigentümer als „systemkonformer" bezeichnet[315], ist aus Sicht des Autors daher im Zuge der Vermietung von Superädifikaten von der Vergabe von Hauptmietrechten auszugehen, und daher nach Erkenntnis des Autors das MRG auf das Bestandverhältnis anzuwenden.

Das MRG stellt bei der Unterscheidung, ob ein Haupt- oder Untermietverhältnis vorliegt, darauf ab wer Vertragspartner ist.[316] Der § 2 Abs 1 MRG besagt: „Hauptmiete liegt vor, wenn der Mietvertrag mit dem Eigentümer oder dem dinglich oder obligatorisch berechtigten Fruchtnießer (sic!) der Liegenschaft oder mit dem Mieter oder Pächter des ganzen Hauses geschlossen wird."[317] Im Gegensatz dazu liegt Untermie-

[311] Dirnberger (2009): 73

[312] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 131

[313] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 131

[314] OGH 27.08.2011, 5 Ob 108/02x in Prader (2009): 58

[315] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 131

[316] Liehl (2007): 7

[317] MRG § 2

te vor, wenn der Mietvertrag mit einer Person abgeschlossen wird, die nicht in § 2 Abs 1 MRG genannt wird.

Kritisch im Zusammenhang mit Unterbestandverhältnissen ist die Abstimmung der Laufzeit von Haupt- und Unterbestandverhältnis. Bei der Vertragsgestaltung des Unterbestandverhältnisses im Zusammenhang mit Superädifikaten wird dabei idealerweise auf die Laufzeit des Grundnutzungsverhältnisses bzw. auf den Kündigungsverzicht des Bestandgebers Bedacht genommen. Gem § 2 Abs 2 MRG ist der Unterbestandgeber verpflichtet den Unterbestandnehmer von der Beendigung seines Benützungsrechtes umgehend in Kenntnis zu setzen.[318] Die WKO meint dazu: „Obwohl nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt (sic!), geht das Benützungsrecht des Unterbestandnehmers mit Ende des Hauptmietverhältnisses unter!“[319] Laut Dirnbacher wiederum führt die Beendigung des Hauptbestandverhältnisses von Gesetzes wegen nicht zur Beendigung des Untermietverhältnisses.[320] Schimetschek ist allerdings der Meinung, dass die Beendigung des zwischen dem Liegenschaftseigentümer und dem Bauwerkerrichter bestehenden Mietvertrages über die Grundstücksfläche zumindest einen besonderen Auflösungsgrund darstellt.[321]

Da die Beendigung des Hauptbestandverhältnisses aus Sicht des Autors zumindest zur Auflösung des Unterbestandverhältnisses berechtigen dürfte, ist im Falle der Untervermietung nicht nur die Vertragsdauer auf die Dauer des Hauptbestandverhältnisses abzustimmen, sondern es empfiehlt sich, eine vertragliche Vereinbarung zu treffen, dass das Unterbestandverhältnis jedenfalls mit Beendigung des Hauptbestandverhältnisses endet. Um auf der rechtlich sicheren Seite zu sein, wird im Falle eines unbefristeten Grundnutzungsverhältnisses - aus Erfahrung des Autors – in der Praxis die Laufzeit des Unterbestandverhältnisses - auch dann wenn das Hauptbestandverhältnis dem MRG unterliegt - an die Dauer des Kündigungsverzichtes des Bestandgebers (des Hauptbestandverhältnisses) angepasst.

[318] Dirnbacher (2009): 81

[319] WKO (2012)

[320] Dirnberger (2009): 81

[321] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 132

### 3.5.2 Beendigung des Bestandverhältnisses

Wie bereits zuvor erläutert, unterliegen Bestandverhältnisse über Superädifikate oder selbständige Teile, sofern sie nicht eben unter die Ausnahme des § 1 Abs 2 Z 5 MRG fallen, den Kündigungsbestimmungen des MRG.[322] Eine Auflösung des Bestandverhältnisses ist daher nur

1. im Falle einer Befristung gem § 29 Abs 1 Z 3 MRG,
2. bei Vorliegen eines Vertragsauflösungsgrundes nach § 1118 ABGB, oder
3. durch Kündigung bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes nach § 30 MRG. möglich.[323]

Im Falle einer Befristung sind beide Vertragsparteien an die Befristung gebunden, eine einvernehmliche Auflösung ist jederzeit möglich.[324] Einen besonderen Auflösungsgrund stellt die Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses zwischen dem Liegenschaftseigentümer und dem Bauwerkserrichter dar.[325]

### 3.5.3 Auflösung des Bestandvertrages

Die unter Kapitel 3.5.2 genannten Auflösungsgründe für Bestandverhältnisse über Superädifikate sind ebenso im Zusammenhang mit Grundnutzungsverhältnissen zwischen Bauwerkserrichter und Grundeigentümer sinngemäß anzuwenden.[326]

Neben den typischen Aufkündigungsgründen wie u.a. nach § 1118 ABGB wegen qualifizierten Mietzinsrückstandes, hat der OGH eine Vertragsauflösung des Grundnutzungsverhältnisses nach § 1118, 1. Fall ABGB für rechtmäßig erklärt, wenn von dem Superädifikat bereits Gefahr für Dritte ausgeht, weil der Eigentümer dieses verwahrlosen hat lassen.[327] In die gleiche Kerbe schlägt eine weitere Entscheidung des OGH, in der Letzterer eine Aufkündigung wegen nachteiligen Gebrauchs iS des

[322] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 131

[323] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 132

[324] Prader (2009): 918f

[325] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 131

[326] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 131

[327] OGH, MietSlg 42.129/7 bei Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 132

§ 30 Abs 2 Z3 MRG wegen Verletzung wichtiger Interessen des Vermieters für zulässig erhielt, weil der Mieter die Aufforderung des Vermieters ignorierte, den konsensmäßigen Zustand des Gebäudes, für den der Grundstücksmieter haftet, herzustellen.[328]

### 3.5.4 Rechtsfolgen

Die Auflösung eines Grundnutzungsverhältnisses führt grundsätzlich gem. § 1109 ABGB dazu, dass der Mieter das Grundstück im übernommenen Zustand zurückstellen muss.[329] Das bedeutet, dass der Eigentümer des Superädifikats dieses mangels einer gegenteiligen Vereinbarung bei Beendigung des Grundnutzungsverhältnisses abtragen muss.[330] Es empfiehlt sich daher eine Vereinbarung zu treffen, was mit dem Bauwerk bei Beendigung des Bestandverhältnisses passieren soll.[331] Was in der Praxis mit dem Bauwerk passieren soll, wird sinnvoller Weise auch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sein. Hat der Grundeigentümer nämlich ein persönliches oder wirtschaftliches Interesse an dem Superädifikat, welches auf seinem Grundstück errichtet wurde, so wird auch aus Sicht des Superädifikatseigentümers ein mit Kosten verbundener Abriss keinen Sinn machen.

Gemäß Bammer finden sich in der Praxis häufig folgende vertragliche Regelungen:

- „das Superädifikat fällt entschädigungslos an den Liegenschaftseigentümer
- das Superädifikat ist von seinem Eigentümer auf seine Kosten zu entfernen
- der Liegenschaftseigentümer hat das Wahlrecht zwischen diesen beiden Varianten
- der Superädifikatseigentümer erhält eine Entschädigung."[332]

Die von Bammer genannten Regelungen hinsichtlich der Auflösung finden sich in ähnlicher Art und Weise auch in Bestandverträgen über TS. Am häufigsten findet man, nach Erfahrung des Autors, die Vereinbarung, dass der Bestandnehmer den

[328] OGH, MietSlg 47.337 bei Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 133

[329] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 132

[330] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 132

[331] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 132

[332] Bammer (2005): 5

ursprünglichen Zustand wieder herstellen muss. Manchmal finden sich auch Vereinbarungen, dass der Bestandnehmer dem Bestandgeber die Anlagen bei Beendigung des Bestandverhältnisses zum Zeitwert anbieten muss. Manchmal behält sich auch der Bestandnehmer die Wahl, ob er die Anlagen zum Zeitwert anbietet, oder den ursprünglichen Zustand wiederherstellt. Aus Erfahrung des Autors sollte sich der Superädifikatseigentümer aus wirtschaftlichen Gründen das Wahlrecht, ob er das Gebäude zum Kauf anbietet, vorbehalten. Dieses Wahlrecht ist insbesondere dann sinnvoll, wenn eine Kontamination des Gebäudes oder des Bodens vorhanden ist, da eine Beseitigung der Kontamination bei Bestehen bleiben der Gebäude zusätzliche Kosten verursachen kann, da auf die Erhaltung der Gebäude Rücksicht genommen werden muss. Andererseits jedoch können, sofern der Grundeigentümer die bestehenden Gebäude übernimmt, durch die Übertragung der Bestandobjekte an den Liegenschaftseigentümer Abrisskosten eingespart werden.

Im Zusammenhang mit TS fehlen nach Erfahrung des Autors in älteren Verträgen gelegentlich Regelungen, was mit dem Bauwerk bei Beendigung des Bestandverhältnisses passieren soll. Wie eingangs des Kapitels dargelegt, ist bei Fehlen einer solchen Vereinbarung im Zweifel das Grundstück im übernommen Zustand zurückzustellen.[333] Im Hinblick auf die Rückstellungsvereinbarung wird jedoch aus Erfahrung des Autors sehr häufig vergessen, den vertraglich vereinbarten ursprünglichen Zustand zu dokumentieren. Da gerade Grundnutzungsverhältnisse über TS mitunter über Jahrzehnte abgeschlossen werden und gelegentlich auf die Rechtsnachfolger übergehen, gibt es im Zusammenhang mit der Rückstellung meist erhöhten Abklärungsbedarf, wie der ursprüngliche Zustand ausgesehen hat, wenn die entsprechende Dokumentation fehlt. Der Vollständigkeit wegen sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Beendigungen von Grundnutzungsverhältnissen im Zusammenhang mit TS auch häufig mit Dekontaminierungsmaßnahmen des Bodens verbunden sind und in gewissen Fällen die Herstellung der sogenannten „grünen Wiese“ aus den genannten Überlegungen gelegentlich mit weniger finanziellem Aufwand verbunden sein kann, als die Rückstellung einer funktionierenden TS.

[333] Schimetschek in Kletecka, Rechberger, Zitta (2004): 132

# 4 Schlussfolgerungen

Die vorliegende Arbeit hat sich mit der Unterscheidung zwischen Miete und Pacht einerseits und dem Rechtsinstitut des Superädifikats anderseits beschäftigt. Beide Themen sind im Zusammenhang mit TS täglich von größter Relevanz. Im Zuge der Auseinandersetzung im Rahmen dieser Masterthesis haben sich beide Themen überdies als äußerst komplex herausgestellt. Insbesondere im Zusammenhang mit Superädifikaten bleibt aus Sicht des Autors die Beantwortung praxisrelevanter Fragestellungen auch nach Studium der einschlägigen Spezialliteratur herausfordernd.

Die Frage, ob ein Miet- oder ein Pachtverhältnis vorliegt, ist regelmäßig im Zusammenhang mit TS von großer Bedeutung. Wie dargelegt, bestehen hier große Unterschiede hinsichtlich der Rechtsfolgen, da auf Raummietverhältnisse die Bestimmungen des MRG, zumindest deren Kündigungsbestimmungen, zur Anwendung kommen und daher insb hinsichtlich der Aufkündigungsmöglichkeiten große Unterschiede zur Pacht bestehen. Aufgrund des Literaturstudiums lässt sich nun eindeutig festhalten, dass die Beurteilung im Wesentlichen davon abhängt, ob im Rahmen des Bestandverhältnisses eine Erwerbsgelegenheit oder bloß eine (Geschäfts-)Räumlichkeit überlassen wurde. Auf den ersten Blick scheint eine Unterscheidung einfach möglich zu sein, doch in der Praxis gestaltet sich die Beurteilung der anstehenden Fälle aus Sicht des Autors häufig schwierig. Mitunter ist es sehr komplex die Bedeutung der einzelnen Kriterien für den jeweiligen Einzelfall zu beurteilen. Insbesondere in jenen Fällen, wo auch der Bestandnehmer Aufbauarbeit leistet und/oder den Charakter des Betriebes verändert, entsteht ein Graubereich, der eine eindeutige Abgrenzung erschwert. Hinzu kommt die Tatsache, dass beide Vertragsparteien meist unterschiedliche Interessen haben, was die Qualifikation des Bestandverhältnisses als Miete oder Pacht betrifft und im Zuge der Vertragsgestaltung versuchen, dieses zu Ihren Gunsten zu gestalten. Bei der Interpretation des Vertrages ist daher auch die wirtschaftliche Macht der Vertragsparteien mit einzubeziehen, da die wirtschaftlich stärkere der schwächeren Partei möglicherweise Vereinbarungen aufgezwungen haben könnte, um bestimmte Rechtsnormen zu umgehen (wie z.B. eine Betriebspflicht zur Umgehung des Bestandschutzes des Bestandnehmers).[334] Im Hinblick auf Bestandverhält-

[334] Foerster (2006): 53

nisse über TS stellt sich aus heutiger Sicht einerseits die Herausforderung herauszufinden, ob ein lebendes Unternehmen bei Vertragsabschluss übergeben worden ist und andererseits den wahren Willen der Parteien bei Vertragsabschluss zu eruieren.

Die hL betont vielfach, dass bei der Beurteilung, ob ein Bestandverhältnis als Miete oder Pacht zu qualifizieren ist, jedenfalls immer die Gesamtheit aller Umstände zu berücksichtigen ist.[335] Dies ist zwar nachvollziehbar und auch sinnvoll, führt aber dazu, dass die verschiedenen relevanten Kriterien in unterschiedlichen Fallkonstellationen von der Judikatur unterschiedlich bewertet werden, was aus Sicht des Autors der Rechtssicherheit auf diesem Gebiet jedoch nicht förderlich ist und somit die tägliche Arbeit als Portfoliomanager erschwert.

Hinsichtlich der Abgrenzungskriterien hat die Judikatur sich vor allem darauf fokussiert, ob bei der Übergabe ein lebendes Unternehmen an den Bestandnehmer übergeben worden ist und ob dieses bei Beendigung auch wieder zurückgestellt werden muss. In weiterer Folge hat sich aufgrund der Judikatur die Betriebspflicht als wichtigstes Kriterium herauskristallisiert, wobei diese Betriebspflicht nicht explizit vereinbart werden muss, sondern sich auch schlüssig aus den Umständen ergeben kann. Neben der Betriebspflicht sind natürlich auch andere Kriterien, wie die Rückstellungsverpflichtung und die Übernahme des Warenlagers oder des Kundenstockes zu erwähnen, doch treten alle diese gegenüber der Betriebspflicht in den Hintergrund. Neben den genannten Kriterien gibt es auch noch verschiedene Vereinbarungen wie z.B. eines umsatzabhängigen Bestandzinses und eines Konkurrenzverbotes, die Indizien für ein Pachtverhältnis sein können. Im Zusammenhang mit TS hat sich die Abgrenzung im Falle erforderlicher Investitionen nach einer Übernahme einer bestehenden Tankstelle als kritisch herausgestellt. Die vorstehenden Ausführungen zu dieser Problematik haben gezeigt, dass man, aus Sicht des Autors, die gesetzlich notwendige Erneuerung der Lagertanks, sowohl als Erneuerung aufgrund natürlicher Abnutzung aber auch als erforderliche Investition, um den Betrieb betriebsfähig zu machen, interpretieren kann. Je nachdem welcher Argumentation man folgt, liegt

[335] vgl. z.B. OGH 08.04.2003: 10 Ob 5/03p

dann entweder Pacht oder Geschäftsraummiete bzw. ein Bestandverhältnis, das dem MRG oder dem ABGB unterliegt, vor.

Ebenso schwierig wie die Unterscheidung zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht gestaltet sich die Beurteilung, ob ein Superädifikat vorliegt oder nicht. Gerade die unpräzise gesetzliche Norm des § 297 ABGB, die davon spricht, dass es sich bei einem Superädifikat um ein Bauwerk handelt das „nicht stets" auf fremdem Grund verbleiben soll, hat in der hL zu einer großen Kontroverse hinsichtlich der Kriterien, die diese Nichtbelassungsabsicht dokumentieren, geführt. Auch wenn der OGH bestätigt hat, dass auch ein Tankstellengebäude keine untergeordnete Bedeutung hat und somit ein Superädifikat sein kann, stellen sich in der täglichen Arbeit im Hinblick auf das Grundnutzungsverhältnis kritische Fragen, deren Antworten weitreichende Rechtfolgen haben.

Als besonders problematisch haben sich unbefristete Grundnutzungsverträge im Zusammenhang mit Superädifikaten herausgestellt, da die hL überwiegend davon ausgeht, dass bei unbefristeten Bestandverhältnissen die mangelnde Belassungsabsicht nicht dokumentiert ist. Unterstellt man wie manche Teile der hL darüber hinaus, dass die Nutzungsdauer des Superädifikats kürzer sein sollte als die gewöhnliche Nutzungsdauer, damit die Nichtbelassungsabsicht erfüllt ist, so muss man die übliche Praxis der regelmäßigen Verlängerung des Kündigungsverzichtes des Bestandgebers bei unbefristeten Bestandverhältnissen ebenfalls kritisch sehen, da mit einer Verlängerung im Falle von TS einerseits regelmäßig Investitionen in die Gebäude und Anlagen und somit eine Verlängerung der Nutzungsdauer verbunden ist. Einige Vertreter der hL sind jedoch der Meinung, dass die faktische Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung ausreicht, während andere wiederum die faktische Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund nicht als ausreichend sehen, um die mangelnde Belassungsabsicht zu dokumentieren. Die persönliche Erfahrung des Autors hat gezeigt, dass auch im Falle eines Rechtsstreits ein unbefristetes Bestandverhältnis, wenn ein Kündigungsverzicht des Bestandgebers vereinbart wurde, dem Kündigungsschutz

nach MRG nicht entgegensteht, da aus dem Kündigungsverzicht des Bestandgebers eine mangelnde Belassungsabsicht abgeleitet werden kann.[336]

Abgesehen von den Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Nichtbelassungsabsicht des Bauwerkerrichters treten im Zusammenhang mit Superädifikaten aber auch an anderer Stelle Rechtsunsicherheiten auf. Die Schwierigkeiten des Gesetzgebers mit der Rechtssetzung im Zusammenhang mit Superädifikaten zeigen sich aus Sicht des Autors u.a. daran, dass Superädifikate in den verschiedenen relevanten Rechtsnormen abwechselnd als bewegliche bzw. als unbewegliche Sache behandelt werden.

Trotz aller Diskussionen der Lehre ist es allgemeiner Konsens und vor allem auch Rspr, dass auf Grundnutzungsverhältnisse, die mit der Vereinbarung, dass der Bestandnehmer auf diesem Grund ein Superädifikat errichtet, die Kündigungsbestimmungen des MRG analog Anwendung finden.[337] Gesetzesnovellen wie die MRN 2001 verschärfen jedoch aufgrund der geschaffenen sogenannten Zwei-Objekt-Ausnahme die Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit Superädifikaten. Dies zeigt sich einerseits in der Diskussion, die diese Novelle in der Lehre hinsichtlich der Rechtsfolgen dieses Ausnahmetatbestandes auf Superädifikate ausgelöst hat, aber auch dadurch, dass nach Erfahrung des Autors auch Praktikern diese Ausnahme im Zusammenhang mit Superädifikaten nicht bekannt ist. Da die Mehrzahl der Superädifikate unter diese durch die MRN 2001 geschaffene Zwei-Objekt-Ausnahme fallen[338], ist dieser Ausnahmetatbestand bzw. seine Rechtfolgen jedoch von größter Relevanz für Superädifikate. Neben den bereits genannten Herausforderungen im Zusammenhang mit Superädifikaten soll hier auch auf die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der grundbücherlichen Ersichtlichmachung von Superädifikaten erinnert werden, die ebenfalls nicht zur Rechtsicherheit beitragen.

Auch wenn man oft den Eindruck hat, dass Superädifikate etwas sind, das aus einer längst vergangenen Zeit stammt, trifft man dennoch regelmäßig im beruflichen Alltag auf sie. Wurden Superädifikate ursprünglich dazu geschaffen, um kleinere Bau-

[336] vgl. LG Schwechat 03.05.2011, 3 C 271/10v-19

[337] vgl. OGH 14.02.1985, 6 Ob 517/85, OGH 22.10.2008, 7 Ob 174/08a

[338] vgl. Slabihoud (2009): 69-140

werke, wie Praterhütten zu ermöglichen, wurden in jüngerer Vergangenheit auch Großbauten wie die Wiener Wirtschaftuniversität (WU Wien) als Superädifikat errichtet. Darüber hinaus sind dem Autor auch in jüngster Vergangenheit Superädifikate untergekommen, die weniger als zehn Jahre alt waren. Diese Tatsache zeigt aus Sicht des Autors, dass Superädifikate, trotz der Möglichkeit Bauwerke auf fremden Grund als Baurecht zu errichten, immer noch aktuell sind. Die im Rahmen der vorliegenden Arbeit dargestellten Herausforderungen im Zusammenhang mit Superädifikaten haben jedoch gezeigt, dass die Forderung der Lehre nach Reformen, was die Rechtsnormen im Zusammenhang mit Superädifikaten anbelangt, berechtigt ist. Nach eingehender Auseinandersetzung mit dem Superädifikat kann sich der Autor der Kritik der hL hinsichtlich der Rechtsnormen im Zusammenhang mit dem Superädifikat nur anschließen.

Aus Sicht des Autors wäre es daher sinnvoll zukünftig ausschließlich befristete Grundnutzungsverträge im Zusammenhang mit Superädifikaten zu zulassen. Teilweise hat die Rspr im Zusammenhang mit Superädifikaten bereits befristete Verträge zur Dokumentation der mangelnden Belassungsabsicht gefordert. In anderen Fällen wiederum wurde auch bei Vorliegen eines unbefristeten Bestandvertrages bei dem der Bestandgeber einen Kündigungsverzicht abgeben hat, die Superädifikatseigenschaft von der Rspr bejaht. Gerade diese unklare Rechtslage ist jedoch aus Sicht des Praktikers wenig zufriedenstellend. Sicherlich haben sich im Laufe der Jahre Kriterien zur Beurteilung von Superädifikaten herauskristallisiert, es wäre aber, wie die Praxis und die Forderung der hL zeigt, sinnvoll künftig klarere Richtlinien als die Aktuellen zu schaffen und nicht wie bisher die Rechtslage aus Einzelfallbeurteilungen des OGH abzuleiten. Abschließend sei an dieser Stelle auch an die Zwei-Objekt-Ausnahme erinnert. Auch hier ist die Rechtsetzung der Art erfolgt, dass wieder erst die Rspr abgewartet werden muss, um Rechtsicherheit zu erlangen. Jedenfalls erschwert damit diese Zwei-Objekt-Ausnahme in der Praxis aktuell die Beurteilung von Bestandverhältnissen im Zusammenhang mit Superädifikaten und verbessert so jedenfalls die Rechtssicherheit aus Sicht des Praktikers daher nicht.

## Kurzfassung

Die gegenständliche Masterthesis beschäftigt sich mit den rechtlichen Herausforderungen im Zusammenhang mit TS aus Sicht des Bestandnehmers. Ausgangspunkt der Masterthesis ist das Ziel des Bestandnehmers Bestandverhältnisse gegen die Aufkündigung durch den Bestandgeber abzusichern. Aus den unterschiedlichen Konstellationen von Bestandverhältnissen, die es im Zusammenhang mit TS gibt, haben sich aus Sicht des Autors vor allem in der Praxis zwei Themengebiete als herausfordernd im rechtlichen Sinn herausgestellt: Einerseits die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht und anderseits die Beurteilung, ob ein Superädifikat vorliegt.

Wesentlich ist diese Unterscheidung vor allem in Hinblick auf die Ableitung der entsprechenden Rechtsfolgen, da entweder die bestandrechtlichen Normen des ABGB oder die mietrechtlichen Bestimmungen des MRG zur Anwendung kommen. Schwerpunktmäßig beschäftigt sich die gegenständliche Arbeit einerseits mit der Abgrenzung von Miete und Pacht, den rechtlichen Auswirkungen und der Absicherung des Bestandverhältnisses und andererseits mit dem Superädifikat und der Frage der analogen Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen des MRG auf das zugehörige Bestandverhältnis.

Neben den Bestandverhältnissen über Grundstücke und Unternehmenspachtverträge gibt es im Zusammenhang mit TS auch Bestandverhältnisse, bei denen das Erdölunternehmen als Bestandgeber auftritt. In diesem Zusammenhang gilt es aus Sicht des Portfoliomanagers die Bestandverhältnisse entsprechend zu gestalten, sodass aus Sicht des Erdölunternehmens zusätzliche Einnahmen lukriert werden können, aber auch die wirtschaftliche Flexibilität erhalten bleibt. Die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei Bestandverhältnissen dieser Art werden daher im Rahmen der gegenständlichen Arbeit ebenfalls erläutert.

## Literaturverzeichnis

**ABGB,** Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, in Der Kodex Bürgerliches Recht, 40. Auflage, Stand 01.02.2011, LexisNexis ARD ORAC, Wien

**Angst** (1969): Die rechtliche Beurteilung von Überbauten, ÖJZ 1969 in Forster, Richard (1997): Ausgewählte Fragen des österreichischen Superädifikatsrechtes: unter besonderer Berücksichtigung seines Zusammenhanges mit dem Baurechtsgesetz sowie anderer verwandter Rechtsinstitute, Bd. 4, Manz´sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

**Bammer**, Otto (2005): Vortrag zum Bundestag der Immobilien- und Vermögenstreuhänder 2005, Superädifikat und Baurecht: Unterschiede und Gemeinsamkeiten in der Rechtskonstruktion und Bewertung.

**Brauneis**, Arno (2011): Unternehmenspachtrecht, LexisNexis ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

**Dirnbacher,** Wolfgang (2009), MRG, Das Mietrechtsgesetz idF der Wohnrechtsnovelle 2009, ÖVI Immobilienakademie, Wien

**Foerster** Martin (2006): Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht – Die rechtlichen Grundlagen von Bestandsverträgen über Geschäftsräumlichkeiten, LexisNexis ARD Orac, Wien

**Forster**, Richard (1997): Ausgewählte Fragen des österreichischen Superädifikatsrechtes: unter besonderer Berücksichtigung seines Zusammenhanges mit dem Baurechtsgesetz sowie anderer verwandter Rechtsinstitute, Bd. 4, Manz´sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

**Hausmann,** Till; **Vonkilch,** Andreas (Hrsg.) (2007): Österreichisches Wohnrecht MRG, Kommentar, Springer-Verlag Wien

**Kletecka** Andreas; **Rechberger** Walter H.**, Zitta** Rudolf (Hrsg.) (2004): Bauten auf fremden Grund, 2- Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

**Klotz**, Christian (2005): Beendigung von Mietverträgen – Kündigung, Auflösung und Zeitablauf von Bestandverhältnissen, LexisNexis ARD Orac, Wien

**Kuprian** Peter**; Prader** Christian (2008): Der Mietvertrag – Handbuch für Vertragsverfasser, 2.Auflage, Manz´sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

**Liehl** Peter (2007): Wohnrecht 1 – Grundzüge des Bestandrechts, Stand 03/2007, Skriptum im Rahmen des postgradualen Universitätslehrgangs Immobilienmanagement und –Bewertung, CEC der TU-Wien

**Liehl** Peter (2006): Wohnrecht 2 – Bestandrecht, Stand 2006, Skriptum im Rahmen des postgradualen Universitätslehrgangs Immobilienmanagement und –Bewertung, CEC der TU-Wien,

**MRG,** Mietrechtsgesetz**,** in Der Kodex Bürgerliches Recht, 40. Auflage, Stand 01.02.2011, LexisNexis ARD ORAC, Wien

**Nutzungsdauerkatalog** (2006)**:** Nutzungsdauerkatalog baulicher Anlagen und Anlagenteile 2006, Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen, Landesverband Steiermark und Kärnten, Graz

**Rechberger** (Hrsg.) (2006): Superädifikat und Baurecht – Tag des Lateinischen Notariats 2005, Manz´sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH

**Rechberger, Bittner**, (2007): Grundbuchsrecht, 2., überarbeitete Auflage, facultas.wuv, Wien

**Slabihoud** Anna (2009): Superädifikate – Ein zeitgemäßes Rechtsinstrument in der modernen Immobilienwirtschaft?, Diplomarbeit im Rahmen des Fachhochschul-Studiengangs Immobilienwirtschaft, Wien

**UGB**, Unternehmensgesetzbuch, in KODEX Unternehmensrecht, 43. Auflage, Stand 01.09.2011, LexisNexis ARD ORAC, Wien

**Worthing-Smith** Philip (2009): Unzulässige Klauseln in Mietverträgen, Linde Verlag Wien, Wien

## Internetquellen

**UIBK (2011)**, Online Lehrbuch Zivilrecht der Universität Innsbruck, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap8_0.xml?section-view=true;section=6, Zugriff am 04.09.2011

**UIBK (2011a),** Online Lehrbuch Zivilrecht der Universität Innsbruck, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap8_0.xml?section=4;section-view=true, Zugriff am 27.12.2011

UIBK (2012), Online Lehrbuch Zivilrecht der Universität Innsbruck, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap8_0.xml?section=4;section-view=true, Zugriff am 10.01.2012

**WKO (2011)**, Homepage der Wirtschaftskammer Österreich http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=3&stid=431901&dstid=940, Zugriff am 02.12.2011

**WKO (2011a)**, Homepage der Wirtschaftskammer Österreich, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=3&stid=435709&dstid=940, Zugriff am 29.12.2011

**WKO (2011b)**, Homepage der Wirtschaftskammer Österreich, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=3&stid=431901&dstid=940, Zugriff am 29.12.2011

**WKO (2011c)**, Homepage der Wirtschaftskammer Österreich, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=424471&dstid=940, Zugriff am 29.12.2011

**WKO (2012)**, Homepage der Wirtschaftskammer Österreich, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=421414&DstID=0&titel=Hauptmiete,oder,Untermiete,-,allgemeiner,%C3%9Cberblick, am 03.01.2012, Zugriff am 03.01.2012