

Thomas Seeber

# Sind Hotelbestandsverträge als Geschäftsraum- miete oder Unternehmenspacht zu sehen?



© Fotostudio Wilke

Dr. Thomas Seeber

In der gegenständlichen Arbeit werden einerseits die grundlegenden Besonderheiten und andererseits die möglichen Ausprägungen von Bestandsverhältnissen über Hotel-  
liegenschaften (im Folgenden auch Hotelbestandsvertrag) aufgezeigt und rechtlich  
bewertet. Hotelbestandsverträge sind in mehrerlei Hinsicht rechtlich interessant, da  
auf Hotelliegenschaften insbesondere in Wien – aufgrund ihres Alters – (im Falle einer  
Vermietung) oftmals das MRG im Vollenwendungsbereich anwendbar ist und Hotel-  
bestandsverträge häufig Klauseln beinhalten, die nur schwer mit dem MRG vereinbar  
sind. In der Praxis werden Hotelbestandsverträge überwiegend (per Definition) als  
Pachtverträge abgeschlossen, indem sie vor allem als Pachtvertrag bezeichnet werden.  
Diese vertragliche Bestimmung bringt jedoch keine Sicherheit. Insbesondere in jenen  
Fällen, in denen ein als Pachtvertrag abgeschlossener Bestandsvertrag im Nachhinein  
als Mietvertrag qualifiziert wird, führt dies zu Problemen, da mit dieser Einordnung  
eine Vielzahl zwingender Bestimmungen anwendbar wird, auf die bei Vertragserrich-  
tung (oft) keine Rücksicht genommen wurde. Zur hier wesentlichen Unterscheidung  
zwischen Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht gibt es zwar reichlich Judika-  
tur und sehr viele Stellungnahmen der Lehre, die aber einerseits lediglich zu den  
Grundsätzen der Unterscheidung zwischen Miete und Pacht Stellung nehmen und  
andererseits den Spezialfall des Bestandsvertrages im Einkaufszentrum sehr ausführ-  
lich behandeln. Für die Beurteilung eines Hotelbestandsvertrages können diese Stel-  
lungnahmen sohin nur bedingt fruchtbar gemacht werden, da jeweils die Gesamtheit  
aller erheblichen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden muss. Überdies werden  
auch die Auswirkungen der Einordnung des Bestandsverhältnisses auf die Sicherhei-  
tenbestellung hinsichtlich der Liegenschaft beleuchtet.

**Schlagworte:** Hotelliegenschaft; Hotelbestandsvertrag; Geschäftsraummiete; Unternehmenspacht.

**Rechtsnormen:** §§ 1090, 1091 ABGB; §§ 1, 42 MRG.

## I. Problemstellung

### 1. Aktualität

Die Aktualität der Thematik ergibt sich schon aus der Entscheidung OGH 4.3.2013, 8 Ob 12/13t, mit der das  
Höchstgericht neuerlich klarstellt, dass es keine festen  
und allgemein anwendbaren Regeln zur Unterschei-  
dung zwischen Geschäftsraummiete und Unterneh-  
menspacht gibt, sondern die Gesamtheit der Umstände  
des Einzelfalls den Ausschlag gibt (RIS-Justiz RS0031183).  
Dabei ist darauf abzustellen, welche Elemente in einer  
Gesamtbetrachtung der Umstände überwiegen. Die  
zitierte Entscheidung liefert einen weiteren wichtigen  
Hinweis darauf, dass Unternehmenspacht im Allge-  
meinen dann vorliegt, wenn ein lebendes Unternehmen  
Gegenstand des Bestandsvertrages ist. Dieser Hinweis  
ist für den Praktiker jedoch nur verwertbar, wenn klar  
ist, wann vom Vorliegen eines lebenden Unternehmens  
ausgegangen werden kann. Als Leitlinie wird von der

Judikatur auf die Vereinbarung einer Betriebspflicht als  
wesentliches Kriterium hingewiesen und unterstrichen,  
dass die Betriebspflicht nur dann als Unterscheidungs-  
kriterium herangezogen werden kann, wenn diese  
Pflicht auf einem wirtschaftlichen Interesse des Be-  
standsgebers an der Art des Betriebs und an dessen Be-  
stehen und Weiterführung beruht (mit Verweis auf RIS-  
Justiz RS0020398, RS0020351, 3 Ob 115/11z). Wenn  
diese Voraussetzungen erfüllt werden, liegt ein lebendes  
Unternehmen vor.

Für die gegenständliche Betrachtung ist die zitierte  
Entscheidung überdies wesentlich, da darin zustim-  
mend darauf hingewiesen wird, dass das Berufungsge-  
richt (in diesem Verfahren) in seiner Entscheidung fest-  
hielt, dass ein lebendes und ertragsfähiges Unterneh-  
men Gegenstand des Bestandsvertrages war, was – so  
ergibt sich aus der Entscheidung OGH vom 4.3.2013,  
8 Ob 12/13t – aus dem Umstand abgeleitet wurde, dass  
das Lokal unter derselben Bezeichnung fortgeführt  
wurde und die Betriebspflicht die weitere Nutzung des

Unternehmens nach Ablauf des Bestandsvertrages sicherstellen sollte. Dieser Ansatz ist für die Einordnung des Hotelbestandsvertrages sehr wichtig, da zwei Kriterien für die hier entscheidende Qualifikation eines Bestandsverhältnisses als Pachtvertrag herausgearbeitet wurden.

## 2. Abtretbarkeit der Bestandszinsforderungen / Die Restriktionen des MRG

Die Unterscheidung zwischen Miete und Pacht hat betreffend die Hotelbestandsverträge besondere Relevanz, da die Gebäude, in denen Hotels betrieben werden, im Gegensatz zum Einkaufszentrum, häufig die Vollanwendung des MRG bedingen. Im Zusammenhang mit Einkaufszentren wurde in erster Linie der Frage nachgegangen, welche Auswirkungen die Qualifikation des Bestandsvertrages als Miet- oder Pachtvertrag auf die Vertragsparteien hat. Dieser Betrachtungshorizont reicht im Zusammenhang mit Hotelbestandsverträgen im Altbau (iSd MRG) nicht, da im Falle der Qualifikation des Bestandsvertrages als Mietverhältnis das Mietrechtsgesetz im Vollenwendungsbereich anwendbar wäre. In diesem Fall wird die Qualifikation des Bestandsvertrages als Miet- oder Pachtvertrag auch für Kreditgeber interessant, die den Um- oder Ausbau der Liegenschaften finanziert haben: Würde das Bestandsverhältnis nämlich als Mietvertrag qualifiziert werden, wäre die Vorausabtretung der Bestandszinsforderungen aufgrund der Anwendbarkeit des § 42 MRG unmöglich.

## 3. Zusammenfassung

Die Einordnung der Hotelbestandsverhältnisse ist nicht nur für die eigentlichen Vertragsparteien, sondern auch für die Sicherheitennehmer im Zusammenhang mit der Finanzierung der Liegenschaft und eines allfälligen Aus- oder Umbaus relevant.

## II. Die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Miete und Pacht

### 1. Die Vorgaben des § 1091 ABGB

*Bydlinski* ist darin zuzustimmen, dass die Abgrenzung zwischen Miete und Pacht bei § 1091 ABGB ansetzen muss, dessen Formulierung denkbar unglücklich ist.<sup>1</sup> Da die Auslegung der vorgenannten Bestimmung am Wortlaut nicht wirklich erkenntniserweiternd ist, ist eine teleologische Auslegung und Abgrenzung zwischen den Konzepten der Geschäftsraummiete und der Unternehmenspacht notwendig.

### 2. Das Unternehmen als organisierte Erwerbseinheit

Vielfach wird anhand des vom Bestandsgeber zur Adaptierung des Bestandsgegenstands zu leistenden Beitrags

<sup>1</sup> *Bydlinski*, Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht im EKZ: Eine Suche nach dem Problemerkern, JBl 2007, 273.

zwischen Miete und Pacht zu differenzieren versucht. In diesem Fall ergibt sich das Dilemma, dass eine summenmäßige oder prozentuelle Grenze gezogen werden müsste, um festlegen zu können, wie viel ein Bestandsgeber im Einzelfall in den Mietgegenstand investieren muss, um den Bestandsvertrag als Pachtvertrag qualifizieren zu können. Andererseits müssten Kriterien aufgestellt werden, um beurteilen zu können, welche Summen/Anteile am Investitionsvolumen der Bestandsnehmer zu leisten verpflichtet wäre, um in den Vorzug der Qualifikation des Bestandsverhältnisses als Mietverhältnis zu kommen. Auch hier ist *Bydlinski* zuzustimmen, der meint, dass diese Unterscheidung beliebig ist.<sup>2</sup>

Das Unterscheidungskriterium des Unternehmens als organisierte Erwerbseinheit ist jedoch zur Unterscheidung zwischen Miete und Pacht geeignet, da damit der Fokus auf den Zweck der Differenzierung zwischen Miete und Pacht gelenkt wird. Als Kriterien gelten: (i) Jene Bestandsnehmer, die ein Unternehmen ins Bestandsobjekt einbringen, sollen vor willkürlichen Kündigungen geschützt werden, (ii) Bestandsgeber, die ein Unternehmen errichtet haben und in Bestand geben wollen, sollen nicht durch die Kündigungsbestimmungen des MRG beeinträchtigt werden. Daraus ergibt sich: Wenn der Bestandsvertrag als Mietvertrag eingestuft wird, kommt dem Bestandsnehmer der Vorzug des Kündigungsschutzes zu, sodass eine Kündigung seitens des Vermieters gemäß § 30 MRG nur möglich ist, wenn die dort angeführten Gründe vorliegen. Wenn der Bestandsvertrag jedoch als Pachtvertrag eingeordnet wird, genießt der Bestandsnehmer keinen Kündigungsschutz, was dem Bestandsgeber die nötige Freiheit bringt, über sein Unternehmen zu verfügen. Mit der Unterscheidung zwischen Miete und Pacht wird der Zweck verfolgt, demjenigen, der ein Unternehmen etabliert hat, den sogenannten Ladenschutz zuteilwerden zu lassen.<sup>3</sup> Der Ladenschutz kann, abhängig davon, wer das Unternehmen aufgebaut hat, dem Bestandsgeber oder dem Bestandsnehmer zukommen.

#### a) Ladenschutz

Der Meinung *Vonkilchs*, der den Gedanken des § 1 Abs 1 MRG im Zusammenhang mit der Geschäftsraummiete über den Ladenschutz definiert, ist zuzustimmen. *Vonkilch*<sup>4</sup> zeigt auf, dass der Gesetzeszweck darauf abzielt, dem Bestandsnehmer in jenen Fällen, in denen dieser sein Unternehmen erst im Bestandsobjekt aufbauen muss, Sicherheit vor einer Existenzvernichtung zu gewähren. Dieses Ziel soll dadurch erreicht werden, dass dem Bestandsgeber die grundlose Kündigung verun-

<sup>2</sup> *Bydlinski*, Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht (FN 2) 273.

<sup>3</sup> *Vonkilch*, Nochmals: zur rechtlichen Qualifikation von Bestandsverträgen in Einkaufszentren; Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen zivilrechtsdogmatischen Abgrenzung der Rechtsinstitute „Miete“ und „Pacht“, wobl 2006, 13.

<sup>4</sup> *Vonkilch*, Qualifikation von Bestandsverträgen (FN 4) 13.

möglicht wird und der Bestandsnehmer sohin vor einem grundlosen Entzug der Geschäftsräumlichkeiten, die seine Geschäfts- und Existenzgrundlage darstellen, geschützt ist. *Vonkilch* ist beizupflichten, dass der Ladenschutzgedanke jene Unternehmer schützen soll, die sich das allein fruchttragende Unternehmen selbst geschaffen haben.<sup>5</sup>

b) *Die wesentlichen Elemente eines „lebenden Unternehmens“*

Um auf dem Prinzip des Ladenschutzes aufbauen zu können, ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Bestandsgeber ein lebendes Unternehmen in das Bestandsobjekt eingebracht / dort errichtet hat oder das Unternehmen vom Bestandsgeber errichtet und in Bestand gegeben wurde. Bei dieser Einordnung sind die folgenden Kriterien maßgeblich:

**Der Kundenstock / Der Name als Marke:** In der Praxis bereitet die Beurteilung dieser Kriterien Probleme, da einerseits die Begriffe Kundenstock/Kundenstrom weit interpretiert werden und andererseits strittig ist, ob ein Kundenstock/Kundenstrom eine zwingende und notwendige Voraussetzung für die Qualifikation eines Unternehmens als lebendes Unternehmen darstellt.

Betreffend die Ausdrücke Kundenstock/Kundenströme hat sich eine weite Interpretation durchgesetzt. Ob vorhandene Kundenströme / ein Kundenstock eine (zwingende) Voraussetzung für ein lebendes Unternehmen darstellen oder nicht, ist insbesondere in jenen Fällen nicht eindeutig zu klären, in denen ein zu gründendes oder zu revitalisierendes Unternehmen in Bestand gegeben wird. Im letzten Fall kann das Unternehmen als Marke eine wichtige Rolle spielen, zumal ein Unternehmen auch deswegen als lebendes Unternehmen gelten kann, weil aufgrund eines etablierten Namens mit Kunden zu rechnen ist, obwohl kein aktueller, aktiver Kundenstock besteht. Auch diesbezüglich hat sich eine weite Interpretation durchgesetzt. In jenen Fällen, in denen ein Unternehmen in einem solchen Zustand verpachtet wird, dass schon aufgrund seines Bestehens – aus welchen Gründen immer – Kundenzufluss erwartet wird, liegt ein Element vor, das für einen Pachtvertrag spricht. Dabei ist beachtlich, dass ein etablierter und eingeführter Name des Unternehmens besondere Kundenbindung bringt und sohin im Falle einer Wiederöffnung für Kundenzustrom sorgt.

**Goodwill:** Der Begriff des Goodwills ist eng verknüpft mit Kundenströmen und dem Kundenstock eines Unternehmens. In diesem Zusammenhang spielt der Name des Unternehmens als Marke, die in weiterer Folge zu Kundenfrequenz führen kann, eine zentrale Rolle. Das Vorliegen auch dieses Elements bereits bei Verpachtung des Unternehmens spricht für das Bestehen eines Pachtverhältnisses.

<sup>5</sup> *Vonkilch*, Qualifikation von Bestandsverträgen (FN 4) 13.

**Betriebspflicht:** Die Betriebspflicht ist ein Element, das differenziert geprüft werden muss. Keinesfalls kann die Betriebspflicht automatisch (als Selbstzweck) zur Qualifikation eines Bestandsverhältnisses als Pachtvertrag führen. Im Zusammenhang mit der Überprüfung der Betriebspflicht muss erwogen werden, aus welchem Grund eine Betriebspflichtvereinbarung abgeschlossen wurde. Wenn die Betriebspflicht lediglich als Selbstzweck installiert wurde, ist damit nichts zu gewinnen, da eine solche Vereinbarung kein Element ist, das für die Qualifikation als Pachtvertrag spricht. Wenn die Betriebspflicht allerdings vereinbart wurde, um das vom Bestandsgeber errichtete und verpachtete Unternehmen in seiner ursprünglichen Form aufrechtzuerhalten und dem Bestandsgeber garantieren soll, dass er ein lebendes Unternehmen zurückgestellt bekommt, ist dies ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines Pachtvertrages.

**Übergabe eines Warenlagers, einer Gewerbebe-  
rechtigung, von Personal, von Behörden- und Liefere-  
rantenkontakten an den Bestandsnehmer und Rück-  
gabe derselben an den Bestandsgeber nach Ver-  
tragsende:** Die vorgenannten Komponenten können, aufgrund ihrer – für sich alleine – untergeordneten Wichtigkeit, zusammengefasst werden. Wenn sich in einem Bestandsvertrag Regelungen zu den vorgenannten Punkten finden, spricht dies für die Einordnung eines Bestandsverhältnisses als Pachtvertrag. Keinesfalls müssen alle vorgenannten Elemente in einem Vertrag vorkommen, um einen Vertrag als Pachtvertrag qualifizieren zu können.

### 3. Zusammenfassung und Gang der weiteren Untersuchung

Die Einordnung eines Bestandsvertrages anhand eines vordefinierten Rasters muss scheitern. Ein Bestandsvertrag kann nur als Miet- oder Pachtvertrag eingeordnet werden, wenn geprüft wird, ob die Elemente des Pachtvertrages oder jene des Mietvertrages überwiegen. Um die beschriebenen Kriterien auf den Hotelbestandsvertrag anwendbar zu machen, werden in weiterer Folge die wichtigsten Arten von Hotelbestandsverträgen analysiert und spezifische Kriterien erarbeitet, die in der Praxis als Leitfaden für die Einordnung eines Hotelbestandsvertrages als Miet- oder Pachtvertrag dienen können.

## III. Charakteristiken des Hotelbestandsvertrages

### 1. Die wichtigsten praxisrelevanten Ausprägungen

#### a) *Das etablierte Hotel*

Unter der Inbestandgabe eines „etablierten Hotels“ sind Hotelbestandsverträge zu verstehen, mit denen ein bereits eingeführtes und am Markt operierendes Hotel in Bestand gegeben wird. Auch ein bereits eingeführtes, aber (kurzfristig) nicht betriebenes (vorübergehend stillgelegtes) Hotel wird – aufgrund der dazu vorliegen-

den Judikatur<sup>6</sup> – unter dieser Kategorie zusammenfasst.

Die Bezug habenden Hotelbestandsverträge sind überwiegend als Pachtverträge zu qualifizieren, da ein lebendes Unternehmen in Bestand gegeben wird und sohin die zentralen Elemente eines Pachtvertrages vorliegen. Zudem wird im Zusammenhang mit der Übergabe eines etablierten Hotels in den meisten Fällen eine echte Betriebspflicht vereinbart werden, zumal der Bestandsgeber ein Interesse daran haben wird, dass das Hotel fortgeführt und ihm – nach Beendigung des Bestandsvertrages – ein lebendes Hotel zurückgestellt wird, weil der Wert der Liegenschaft in solchen Fällen üblicherweise wesentlich davon abhängt, dass darauf weiterhin das etablierte Hotel als Unternehmen betrieben werden kann.

*b) Das (in Zusammenarbeit mit einer Hotelkette) neu-, um- oder ausgebaut Hotel*

Die Beurteilung von Hotelbestandsverträgen über neu zu eröffnende Hotels ist schwieriger, da in solchen Fällen meist einerseits Elemente eines Mietvertrages und andererseits Elemente eines Pachtvertrages bestehen.

In diesen Fällen liegt – im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – noch kein lebendes Unternehmen im Wortsinne vor. Sowohl die Lehre als auch die Judikatur gehen aber davon aus, dass grundsätzlich auch ein stillgelegter oder erst zu gründender Betrieb Gegenstand eines Pachtvertrages sein kann. In diesem Fall sind jedoch strengere Kriterien zur Überprüfung der weiteren Pachtvertrags Elemente anzuwenden.<sup>7</sup> Teil dieser strengeren Prüfung muss sein, ob die wesentlichen Betriebsmittel des zukünftigen Unternehmens zur Verfügung gestellt werden und der Bestandsnehmer zur Rückstellung eines lebenden Unternehmens verpflichtet ist. Wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ist der Bestandsvertrag – mit dem ein neues Hotel in Bestand gegeben wird – nicht als Pachtvertrag zu qualifizieren.<sup>8</sup> Im Zusammenhang mit der Anforderung, dass die wesentlichen Betriebsmittel des zukünftigen Unternehmens bereitgestellt werden müssen, wird in den Bezug habenden Bestandsverträgen häufig vereinbart, dass ein „löfelfertiges“ Unternehmen übergeben wird. Unter der Annahme, dass aufgrund dieser Bestimmung ein Unternehmen übergeben wird, das ohne weitere notwendige Adaptierungen genutzt werden kann, ist diese Vorgabe erfüllt. Diese Bedingung ist notwendig, aber nicht hinreichend. Vielmehr müssen weitere Elemente vorliegen, die auf die Übergabe eines lebenden Unternehmens schließen lassen.

Aufgrund des hohen Investitionsbedarfs im Zusammenhang mit der Errichtung von Hotelprojekten und der Tatsache, dass der Betreiber des Hotels in die Planung einbezogen werden sollte, ist häufig zu beobach-

ten, dass die Bestandsverträge mit dem Betreiber des Hotels schon in der Bauphase abgeschlossen werden und sich der Hotelbetreiber aktiv an der Bauphase beteiligt. Aufgrund des beträchtlichen finanziellen Aufwands, der mit der Erarbeitung eines Hotelbetriebskonzepts verbunden ist, werden neue Hotelprojekte häufig von (inter)nationalen Ketten übernommen, da diese über ein bereits erprobtes Konzept verfügen und das neue Hotel in ihr Filialnetz eingliedern können. Dieser Aspekt ist rechtlich bedeutend, weil der Umstand, dass ein Bestandsnehmer sein eigenes Unternehmen ins Bestandsobjekt einbringt und dort eine Filiale seines Unternehmens errichtet, prinzipiell gegen die Qualifikation als Pachtvertrag spricht.<sup>9</sup>

Die Zusammenarbeit zwischen Bestandsgeber und Bestandsnehmer in der Bauphase betrifft insbesondere die Planung des zu errichtenden Hotelbetriebs. In der Praxis wird der Bestandsnehmer schon in der Bauphase darauf hinarbeiten, dass die übergebene Bausubstanz die Umsetzung seines Hotelkonzepts ermöglicht. Die Zusammenarbeit zwischen Bestandsnehmer und Bestandsgeber wird vertraglich so geregelt, dass die Ausstattungsmerkmale des Hotels und ein genaues Designkonzept vertraglich festgelegt werden, die umgesetzt werden müssen. Diese Sachverhaltelemente sind für die rechtliche Bewertung relevant, weil für die Bewertung des Bestandsvertrages als Miet- oder Pachtvertrag wesentlich ist, ob das Unternehmen vom Bestandsgeber oder vom Bestandsnehmer errichtet wurde. Dazu muss geprüft werden, wer das wirtschaftliche Risiko der Errichtung des Unternehmens trägt und wer das Know-how des Unternehmens einbringt. Insbesondere die zweite Ebene, welche das Know-how betrifft, spricht – im Zusammenhang mit der bereits erörterten Judikatur zu Filialbetrieben – dafür, dass Hotelbestandsverträge mit einer Hotelkette eher als Mietvertrag zu qualifizieren sind. In üblichen Hotelbestandsverträgen, die meist auf das Ergebnis eines Pachtvertrages abzielen, wird aus diesem Grund unter anderem vereinbart, dass die zu verwirklichenden Betriebskonzepte vom Bestandsgeber und vom Bestandsnehmer gemeinsam erarbeitet und umgesetzt werden. Meines Erachtens reicht dieser Hinweis nicht aus, da üblicherweise klar sein wird, dass das Betriebskonzept – schon aus praktischen Gründen – vom Bestandsnehmer geliefert wurde. Da die Errichtung des Bestandsvertrages aber meist vom Bestandsgeber beeinflusst wird, werden (fast) standardmäßig weitere Vertrags Elemente in den Bestandsvertrag eingebaut, welche die Beurteilung des Bestandsvertrages als Pachtvertrag wahrscheinlicher werden lassen. Üblich ist, dass vertraglich festgelegt wird, dass während der Bauphase vom Bestandsgeber bestimmte Summen für die einzelnen Einrichtungsausbau stufen budgetiert werden, die vom Bestandsnehmer konsumiert und gemäß dem vereinbarten Konzept ausgegeben werden sollen. Eine wirtschaftliche Analyse dieser Klausel bestätigt, dass der Bestandsnehmer den Ausbau (vor)fi-

<sup>6</sup> OGH 11.7.2012, 3 Ob 74/12x.

<sup>7</sup> OGH 11.7.2012, 3 Ob 74/12x = wobl 2012, 118.

<sup>8</sup> OGH 11.7.2012, 3 Ob 74/12x = wobl 2012, 118.

<sup>9</sup> OGH 13.2.1997, 6 Ob 2400/96a.

nanziert und diese Summen über den Mietzins refinanziert.

Zusammengefasst ergibt sich, dass das Unternehmen vom Bestandsgeber und vom Bestandsnehmer gemeinsam errichtet wird. Welche Komponente im Einzelfall überwiegt, muss anhand der konkreten Fallkonstruktion geklärt werden. Vor dem Hintergrund einer teleologischen Analyse der Bezug habenden Bestimmungen muss jeweils darauf abgestellt werden, ob der Ladenschutz für den Schutz des Bestandsnehmers oder für den Schutz des Bestandsgebers spricht. Dazu muss berücksichtigt werden, dass der kreative Beitrag des Bestandsnehmers, der ein Betriebs- und Designkonzept einbringt, grundsätzlich höher bewertet werden muss als der monetäre Beitrag des Bestandsgebers, der das umzusetzende Projekte (vor)finanziert und seinen finanziellen Einsatz über den Bestandszins refinanziert. Dies wird am Beispiel des Filialbetriebs einer Hotelkette besonders deutlich, da in diesem Fall nicht unterstellt werden kann, dass der Bestandsgeber die wesentlichen Schritte zur Errichtung des Hotelunternehmens gesetzt hat. Aufgrund der Tatsache, dass ein Filialbetrieb einer Hotelkette selbstverständlich den Vorgaben des Corporate Design oder jedenfalls dem Grundkonzept der Kette entsprechen muss, wäre die Errichtung des Unternehmens allein durch den Bestandsgeber nicht denkbar.

Aus der Praxis ist weiters bekannt, dass im Zusammenhang mit solchen Bestandsverträgen vereinbart wird, dass (i) bei Beendigung des Bestandsvertrages jene Einrichtungsgegenstände vom Bestandsnehmer zu entfernen sind, welche das Markenzeichen der Hotelkette tragen, (ii) die Arbeitnehmer nicht vom Bestandsgeber übernommen werden und (iii) auch die Bezeichnung des Hotelbetriebs nicht fortgeführt werden darf. Die vorgenannten Umstände sprechen ebenfalls gegen die Bewertung des Bestandsvertrages als Pachtvertrag.

Da es bei der Beurteilung des Bestandsvertrages auf die Gesamtheit aller erheblichen Umstände des Einzelfalls ankommt<sup>10</sup>, muss neben der Frage, wer welchen Beitrag zur Errichtung des Unternehmens leistet, auch erwogen werden, zu wessen Verwendung das Unternehmen errichtet wird und wer am Unternehmen ein über die Dauer des Vertrages hinausreichendes Interesse hat. Daraus ergibt sich, dass ein Hotelbestandsvertrag über ein neues Hotel, der mit einer Hotelkette abgeschlossen wurde, bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen, aufgrund einer echten Betriebspflicht, als Pachtvertrag gewertet werden kann. Eine solche Betriebspflicht muss jedoch genauestens überprüft werden, um abwägen zu können, zu welchem wirtschaftlichen Zweck die Betriebspflicht vereinbart wurde oder ob sie lediglich zum Selbstzweck vereinbart wurde.

Im Zusammenhang mit Hotels, die als Filialen einer Kette betrieben werden, muss beurteilt werden, ob das Unternehmen, das dem Bestandsnehmer nach Beendigung des Bestandsvertrages übergeben wird, weiterhin

von wirtschaftlichem Interesse sein kann. Zu bedenken ist, dass der Name des Unternehmens wohl nicht fortgeführt werden kann, die Einrichtungsgegenstände, die den Markennamen der Kette tragen, entfernt werden müssen und die Arbeitnehmer wohl nicht vom Bestandsnehmer übernommen werden. Wirtschaftlich betrachtet kann aber der Bestandsnehmer selbst an dieser Unternehmenskonstellation ein Interesse haben, da das auf der Liegenschaft „etablierte“ Hotel aufgrund des eingeführten Standortes teilweise samt den mobilisierten Kundenströme weitergeführt werden kann. Dieser Ansatz spricht für die Qualifikation als Pachtvertrag.

## 2. Zwischenergebnis

Bestandsverträge betreffend etablierte und gut eingeführte Hotels sind wohl überwiegend als Pachtverträge zu werten.

Bestandsverträge betreffend neu zu errichtende Hotels müssen wirtschaftlich analysiert werden. Die Einordnung als Miet- oder Pachtvertrag basiert auf der wirtschaftlichen Analyse des Vertrages, aufgrund derer geklärt werden kann, ob die Elemente eines Miet- oder Pachtvertrages überwiegen. Insbesondere wenn im Bestandsobjekt vom Bestandsnehmer ein Filialbetrieb seines Unternehmens errichtet wird, ist grundsätzlich von der Qualifikation des Bestandsvertrages als Mietvertrag auszugehen. Diese Vermutung kann im Einzelfall widerlegt werden, wenn die Pachtvertrags Elemente überwiegen. So beispielsweise, wenn der Bestandsgeber die Einrichtung des Hotelbetriebs (zumindest wirtschaftlich) löffelfertig übernimmt und eine Betriebspflicht vereinbart wurde, mit der nicht nur das Ziel verfolgt wird, während des Bestandsvertrages einen höheren Bestandszins lukrieren zu können, sondern nach Beendigung des Bestandsvertrages die Rückübertragung eines lebenden Unternehmens erreicht werden sollte, da durch das lebende Unternehmen der Liegenschaftswert gesteigert wird.

## IV. Die Besicherungsfunktion der Abtretung des Bestandszinses

Im Zusammenhang mit der Finanzierung der Bautätigkeit betreffend das Bestandsgebäude ist die Abtretung der zukünftigen Bestandszinse vom Bestandsgeber an den Kreditgeber wesentlich und üblich. In jenen Fällen, in denen ein Altbau um-/ausgebaut wurde, und aus diesem Grund das Mietrechtsgesetz im Vollen Anwendungsbereich zur Anwendung kommt, ist eine Vorausabtretung der Bestandszinse aufgrund der Bestimmung des § 42 MRG unmöglich, wenn der Bestandsvertrag als (Geschäftsraum-)Miete zu qualifizieren wäre. Aus dem vorgenannten Grund ist die Abgrenzung zwischen Miete und Pacht – in diesen Fällen – auch für den Kreditgeber wesentlich, der oft nicht in die Bestandsvertragsverhandlungen involviert ist. Die Abgrenzung zwischen Mietvertrag und Pachtvertrag ist für den Kreditgeber aus den vorgenannten Gründen schwierig, weil die da-

<sup>10</sup> OGH 8.7.2009, 7 Ob 131/09d mit Verweis auf RIS-Justiz RS0031183 für viele.

für notwendigen Informationen häufig nicht aus dem Vertragswerk hervorgehen und weitere Informationen häufig nicht vorliegen. Wenn die vorliegenden Informationen keine zweifelsfreie Einordnung des Bestandsvertrages als Miet- oder Pachtvertrag zulassen, muss der Kreditgeber zusätzliche Informationen bei den Parteien des Bestandsvertrages einholen.

## V. Ergebnisse

Um Hotelbestandsverträge als Miet- oder Pachtvertrag qualifizieren zu können, muss der wirtschaftliche Zweck des Bestandsvertrages überprüft werden: Dabei ist entscheidend, ob ein lebendes Unternehmen an den Bestandsnehmer übergeben wird und ob dieser ein lebendes Unternehmen zurückstellen muss. Wenn diese Bedingungen erfüllt werden, ist vom Vorliegen eines Pachtvertrages auszugehen, da das Prinzip des Ladenschutzes denjenigen schützen soll, der ein Unterneh-

men errichtet hat und dieses in Bestand gibt. In all jenen Fällen, in denen ein voll ausgestattetes und löffelfertiges Hotel übergeben wird und der Bestandsnehmer verpflichtet wird, ein lebendes Unternehmen an den Bestandsgeber zurückzugeben, liegt ein Pachtvertrag vor. Wenn aber die eigentlich für einen Pachtvertrag sprechenden Elemente (Betriebspflicht, löffelfertige Übergabe) nur in den Vertrag aufgenommen wurden, um den Bestandszins zu maximieren, und der Bestandsgeber am Bestand des Unternehmens kein Interesse hat, da das Unternehmen vom Bestandsnehmer errichtet wurde, liegt ein Mietvertrag vor. Das Vorausgeführte gilt auch für ein neues Hotelprojekt, das als Filiale einer Hotelkette betrieben wird. In diesem Fall muss besonders genau und einzelfallabhängig geprüft werden, ob die Elemente eines Miet- oder Pachtvertrages überwiegen. Diese Prüfung ist nur möglich, wenn der wirtschaftlich angestrebte Hintergrund des Vertragsabschlusses analysiert wird.

**Dr. Thomas Seeber** MASCI (\*1984), Rechtsanwalt bei Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte in Wien; Tätigkeitsschwerpunkte: Bau- und Bauvertragsrecht, Immobilienrecht, Banken- und Kapitalmarktrecht, Immobilienfinanzierungen, italienisches Hypothekenrecht, internationale Forderungsbesicherung, Betreuung italienischer Mandanten, M&A. Mitglied des international besetzten Runden Tisches Grundpfandrechte des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken.

**Publikationen (Auswahl):** Grenzüberschreitende Forderungsbesicherung Österreich – Italien (2011); Grundeigentum und Sicherheiten in Italien (2013); Der Wortsinn des Begriffes „Wiederaufbau“ iSd § 6 Abs 9 tir BauO 2001, bbl 2011, 115 (gem mit Grimm); § 93 Abs 1 JN – Auch Verbraucher können am Gerichtsstand des Streitgenossen geklagt werden, AnwBl 2012/8309 (gem mit Grimm); Temporäranker auf WEG-Grund, ZRB 2012, 80; OGH bestätigt Stellplatzregelung, DER STANDARD, 31.3.2014.

**Korrespondenz:** Dr. Thomas Seeber, Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte, Porzellangasse 4, 1090 Wien; E-Mail: thomas.seeber@ksw.at