

# wohnrechtliche blätter:wobl

## wohnrechtliche blätter:wobl

Heft 10 Oktober 2021  
(34. Jahrgang)

S. 379–431

### Aufsätze

Mag. Michael Pfeifer, BA BA MA /  
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss, LL.M.

**Das uneigentliche Vorkaufsrecht** 379

RA Dr. Alfred Nemetschke, LL.M. /  
RA Dr. Konrad Koloseus, LL.M.

**Zwei Fragen zu § 1105 ABGB** 397

### Rechtsprechung

Nr. 111–128

#### • MRG

**111.** Mietzinsanhebung nach § 12a MRG bei  
Treuhandmachtwechsel  
(OGH 22. 10. 2020, 5 Ob 173/20g) 402

**112.** Vertragsübernahme im Zwangsversteigerungs-  
verfahren: Ersteher hat keinen Anspruch auf  
Herausgabe von Barkautionen gegen seinen  
Rechtsvorgänger (OGH 18. 12. 2020, 8 Ob 76/20i) 403

#### • WEG

**113.** Änderungsrecht des Wohnungseigentümers:  
bagatellhafte Umgestaltungen  
(OGH 23. 6. 2020, 5 Ob 85/20s) 405

**114.** Nachträgliche Genehmigung eines unzulässigen  
Eingriffs durch den Hausverwalter  
(OGH 22. 10. 2020, 5 Ob 97/20f) 406

**115.** Haftung des Verwalters bei entgangener  
Förderung (OGH 21. 10. 2020, 7 Ob 46/20w) 408

#### • ABGB

**116.** Zustandekommen eines wirksamen  
Kaufvertrags beim Liegenschafts Kauf  
(OGH 22. 4. 2020, 4 Ob 41/20p) 409

**117.** Unvollständig zweiseitige Mindestzinsklausel  
im Leasingvertrag: zwischen Unternehmern grds  
nicht gröblich benachteiligend  
(OGH 24. 4. 2020, 7 Ob 171/19a) 410

**118.** Aufrechnungsverbot für konnexe Gegen-  
forderungen bei Mietverträgen zwischen  
Verbrauchern (OGH 11. 8. 2020, 4 Ob 71/20z) 411

**119.** Neue Klauselentscheidung; demonstrative  
Aufzählung von Betriebskosten intransparent  
(OGH 27. 7. 2021, 4 Ob 106/21y –  
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss, LL.M.) 413

**120.** Zusage eines unverbauten Panorama-  
ausblicks beim Wohnungskauf  
(OGH 20. 4. 2021, 5 Ob 40/21z –  
Dr. Luca Katharina Fuhrmann) 417

**121.** Anwendungsbereich EuErbVO;  
Schenkung auf den Todesfall  
(OGH 27. 5. 2020, 5 Ob 61/20m) 420

**122.** Familienrechtliches Wohnverhältnis:  
Abgrenzung zum Prekarium  
(OGH 8. 4. 2020, 3 Ob 32/20g) 423

**123.** Vorkaufsrecht: „wirkliche Einlösung“  
erfordert, dass der Berechtigte alle Neben-  
bestimmungen annimmt  
(OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 9/20x) 424

#### • Grundbuchsrecht

**124.** Anmerkung eines einer Nacherbschaft  
ähnlichen, vertraglich eingeräumten  
Nachfolgerechts im Grundbuch  
(OGH 16. 1. 2020, 5 Ob 148/19d) 424

**125.** Geburtsdatum des organschaftlichen  
Vertreters bzw des Prokuristen ist im  
grundbuchsrechtlichen Verfahren nicht  
erforderlich (OGH 20. 4. 2021, 5 Ob 44/21p –  
Univ.-Doz. Mag. DDr. Ludwig Bittner) 426

**126.** Einverleibung eines Belastungs- und  
Veräußerungsverbots: einseitige Willens-  
erklärung genügt nicht  
(OGH 16. 1. 2020, 5 Ob 211/19v) 429

#### • Verfahrensrecht

**127.** Bindungswirkung einer rechtskräftigen  
Entscheidung in jeder Lage des Verfahrens  
(OGH 25. 4. 2019, 5 Ob 2/19h) 430

**128.** Einstweiliger Mietzins: keine analoge  
Anwendung auf Untermietverhältnisse  
(OGH 15. 5. 2019, 9 Ob 17/19v) 431

Impressum 431

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier-TCF

Ausgewertet im Abstract Service IBZ

RA Dr. Alfred Nemetschke, LL.M., Wien und RA Dr. Konrad Koloseus, LL.M., Wien

## Zwei Fragen zu § 1105 ABGB

*In der Diskussion rund um §§ 1104 ABGB und Covid-19-Auswirkungen stellen sich unter anderem zwei Fragen, die zum einen die Verfassungskonformität von § 1105 ABGB, zum anderen den normativen Inhalt des Begriffes „Ertrag“ in § 1105 ABGB aufwerfen. Beiden Fragen wird im Folgenden nachgegangen.*

**Deskriptoren:** Gebrauchsbeschränkung; Mietzinsminderung; Pachtzinsminderung; Sachlichkeitsgebot; verfassungskonforme Interpretation; Ertrag.

**Normen:** §§ 1104 f ABGB.

### Übersicht

- A. Verfassungskonformität von § 1105 ABGB
  - I. Unsachliche Differenzierung in § 1105 ABGB?
  - II. Sachlicher Anwendungsbereich von § 1105 ABGB
  - III. Sachliche Differenzierung in § 1105 ABGB zwischen Mieta und Pacht
  - IV. Ergebnis
- B. Bedeutungsgehalt von „Ertrag“
  - I. „Ertrag“ als Rechtsbegriff
  - II. Historische-subjektive Interpretation
  - III. Objektiv-teleologische Interpretation
  - IV. Exkurs: Blick über den Tellerrand des ABGB
  - V. Ergebnis

### A. Verfassungskonformität von § 1105 ABGB

#### I. Unsachliche Differenzierung in § 1105 ABGB?

Verschiedentlich wird überlegt, ob hinsichtlich § 1105 ABGB verfassungsrechtliche Bedenken bestehen könnten. Nach manchen<sup>1</sup> ist die wörtliche Differenzierung zwischen Mieta und Pacht in § 1105 ABGB bezüglich Gebrauchsbeschränkung von Bestandsachen wegen außergewöhnlichen Zufalls in deren Konsequenzen unsachlich und daher – iS eines objektiven Gehalts des Gleichheitssatzes (Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG) – verfassungsrechtlich bedenklich.

Bevor der VfGH mit dieser Frage beschäftigt wird, ist zu überlegen, ob die vorgetragenen Bedenken durch eine (verfassungskonforme) Interpretation des § 1105 ABGB aufgelöst werden können. Wenn eine Bestimmung des österreichischen Rechts sich in methodisch entsprechender Form (§§ 6 f ABGB) verfassungskonform interpretieren lässt, so bestehen ja gegen die Anwendung dieser Bestimmung keine verfassungsrechtlichen Bedenken im Sinne von Art 89 Abs 2 BV-G mehr.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ZB Ehegartner/Weichbold, COVID-19: Mietzinsminderung für Geschäftsräume? wbl 2020, 250; Kronthaler, Die Auswirkungen der Verbreitung von COVID-19 auf Miet- und Pachtverträge, RdW 2020, 320; auch schon im Sinne „wirtschaftlicher Ungerechtigkeiten“ für Pächter gewerblicher Pachtobjekte bei Klang in Klang, ABGB V<sup>2</sup> 84.

<sup>2</sup> So statt vieler Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 36.

### II. Sachlicher Anwendungsbereich von § 1105 ABGB

Zunächst ist vorab zu prüfen, auf welche Tatbestände die Regelungen des § 1105 ABGB für Pachtverträge überhaupt Anwendung finden können bzw praktische Relevanz haben bzw welche Situationen vielmehr ohnehin bereits von § 1104 ABGB erfasst sind und damit keine Probleme hinsichtlich der Differenzierung zwischen Mieta und Pacht aufwerfen. § 1104 ABGB unterscheidet bei Unbrauchbarkeit ja zwischen Mieta und Pacht nicht und wirft damit von vornherein keine derartigen Bedenken im Lichte des Gleichheitssatzes auf.

Der OGH hat ausgesprochen, dass § 1104 ABGB nicht nur bei gänzlicher Unbrauchbarkeit des ganzen Bestandobjektes, sondern auch bei teilweiser Unbrauchbarkeit des Pachtobjektes (und diesfalls eben nicht Gebrauchsbeeinträchtigung des Ganzen iSv § 1105 ABGB) vorliegt.<sup>3</sup> Ganz allgemein liegt Unbrauchbarkeit iSv § 1104 ABGB nach höchstgerichtlicher Ansicht dann vor, wenn das Pachtobjekt eine (oder mehrere) Wirtschaftsperioden hindurch nicht (teilweise) benützt werden kann, wobei sich die Wirtschaftsperiode aus dem Wortlaut des Vertrages, den Zinszahlungsterminen, der Natur des Pachtgegenstandes, dem Ortsgebrauch oder anderer Umstände des Einzelfalles ergeben können.<sup>4</sup> In dem Fall von teilweiser Unbrauchbarkeit des Pachtobjektes ist daher § 1105 ABGB von vornherein auf Pachtverträge gar nicht anwendbar, sondern direkt § 1104 ABGB. Die praktischen Anwendungsfälle von § 1105 ABGB sind damit von vornherein enger gefasst. Weiters ist es höchstgerichtliche Ansicht,<sup>5</sup> dass für ein rechtsrichtiges Ver-

<sup>3</sup> OGH GlU 714, aufgezeigt von Zöchling-Jud, Rechtsgutachten zu den rechtlichen Auswirkungen der COVID-19 Pandemie auf Bestandverträge in der Kaffeehaus-, Gastronomie- und Hotelbranche (unveröffentlicht), 19 f (idF Gutachten).

<sup>4</sup> JMBVB 1918, 272 ff, aufgezeigt von Zöchling-Jud, [Gutachten], aaO.

<sup>5</sup> Vgl dazu auch die Ausführungen von Lovrek, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60 mit Hinweis in FN 26: „Demnach ist § 1104 ABGB anzuwenden,

ständnis, ob Unbrauchbarkeit im Sinne von § 1104 ABGB oder bloß Gebrauchsbeschränkung iSv § 1105 ABGB besteht, auch von wirtschaftlichen Erwägungen auszugehen ist. Wenn somit ein Pächter wirtschaftlich nur einen (äußerst) geringen Ertrag erzielt, liegt Unbrauchbarkeit iSv § 1104 ABGB und *keine* Gebrauchsbeschränkung iSv § 1105 ABGB vor. Ein allfällig verbleibender Restnutzen ist nach Ansicht des OGH dabei unerheblich<sup>6</sup> und liegt diesfalls daher Unbrauchbarkeit des Pachtobjektes im Sinne von § 1104 ABGB vor und § 1105 ABGB kommt von vornherein gar nicht in Betracht.

### III. Sachliche Differenzierung in § 1105 ABGB zwischen Miete und Pacht

Die Frage nach einer sachlichen Differenzierung zwischen Miet- und Pachtverträgen betrifft damit von vornherein nur Pachtverträge, die durch außergewöhnliche Zufälle eine *reine Gebrauchsbeeinträchtigung* erleiden *unter Aufrechterhaltung eines nicht nur geringen Ertrages* (nicht nur bloßer „Restnutzen“). Für derartige Pachtverträge ist bei näherer Betrachtung kein rational einleuchtender Grund ersichtlich, wieso bei minderer Brauchbarkeit des Pachtobjektes wegen außerordentlicher Zufälle aufgrund eines Umkehrschlusses aus § 1105 Satz 2 und 3 ABGB ausgerechnet zB der Pächter gewerblicher Objekte<sup>7</sup> keinen Zinsminderungsanspruch im Gegensatz zu einem Mieter eines gewerblichen Mietobjektes nach § 1105 Satz 1 haben sollte:

Das Argument, wonach durch „gute Ernten / schlechte Ernten“ eingetretene Gebrauchsbeschränkungen auf lange Frist gesehen stets sich „wieder ausgleichen“, <sup>8</sup> ist ja schon bereits bei den landwirtschaftlichen Pachten, die der Gesetzgeber historisch vor dem Hintergrund einer vorindustriell-agrarisch geprägten Umwelt 1811 im Auge gehabt hat,<sup>9</sup> empirisch nicht sonderlich einleuchtend und schon gar nicht in gewerblichen Branchen, bei denen schon rein faktisch ein Aufholen im Sinne von „Kompensation in der zeitlichen Gesamtschau“ nicht möglich ist.<sup>10</sup> Dass Unbrauchbarkeit im Sinne § 1104 ABGB nur dann vorliegen soll, wenn das Bestandobjekt wäh-

wenn der landwirtschaftliche Pächter infolge der Kriegseinwirkungen das Objekt nicht benutzen und keinen oder einen im Verhältnis zum Umfang des Pachtgegenstandes nur äußerst geringen Ertrag erzielen konnte“.

<sup>6</sup> Vgl auch *Klang* in Klang, ABGB V<sup>2</sup> 84.

<sup>7</sup> Auf Basis eines länger als ein Jahr laufenden Pachtvertrages.

<sup>8</sup> Vgl *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, II (1889) 302 f; *Klang* in Klang, ABGB V<sup>2</sup> Seite 83; *Binder/Pesek* in Schwimann/Kodek, Praxis-Komm ABGB<sup>4</sup> § 1105 Rz 5; *Pesek* in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKomm<sup>5</sup>, § 1105 Rz 1; *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1105 Rz 6; jeweils mwN.

<sup>9</sup> Ohne sich – wie zB das Schweizerische Zivilgesetzbuch – wörtlich darauf einzuengen. Auch die Kommissionsmitglieder gingen wie selbstverständlich von der Pacht land- bzw forstwirtschaftlicher Güter aus; vgl *Ofner*, aaO; vgl auch *Klang* in Klang, ABGB V<sup>2</sup> 84.

<sup>10</sup> Vgl bspw allein die gastronomischen und touristischen Beispiele in *Zöchling-Jud*, Gutachten 20 f.

rend der ganzen Vertragslaufzeit unbrauchbar wäre,<sup>11</sup> ist durch einschlägige höchstgerichtliche Rechtsansicht widerlegt.<sup>12</sup> Wäre nun dieser Umkehrschluss aus § 1105 Satz 2 und 3 ABGB dessen ungeachtet mechanisch undifferenziert auf sämtliche Gebrauchsbeschränkungen von einem Jahr übersteigende Pachten anzuwenden, irrelevant, ob auf diese auch die nachweisliche *ratio legis*<sup>13</sup> zutrifft oder nicht, so wäre in der Tat der ein derart undifferenziert gezogener Umkehrschluss aus § 1105 Satz 2 und 3 ABGB unsachlich in der Differenzierung zur mietvertraglichen Situation von § 1105 Satz 1 ABGB und deswegen – nota bene der derart undifferenziert dimensionierte Umkehrschluss, nicht der Wortlaut von § 1105 ABGB per se – verfassungsrechtlich bedenklich.<sup>14</sup>

Es ist vor diesem Hintergrund in einer Gesamtschau zu prüfen, ob eine verfassungskonforme Interpretation von § 1105 ABGB erzielt werden kann.

Normzweck (*telos*) von § 1105 Satz 2 ABGB ist wie erwähnt, dass in einem Umkehrschluss bei Gebrauchsbeeinträchtigungen mehrjähriger Pachtverträge das Zinsminderungsrecht einem Pächter deswegen nicht zustehen soll, da in den Folgejahren der Minderertrag durch einen Mehrertrag aufholbar sein soll.<sup>15</sup> Eine Bestimmung wie auch ein aus ihr gezogener Umkehrschluss kann teleologisch nur soweit anwendbar bzw relevant sein, als ihr *telos* reicht. In Situationen, in denen der Mehrertrag in den Folgejahren gar nicht den Minderertrag zB des „Corona-Jahres“ aufholen kann,<sup>16</sup> ist weder dem historischen noch dem gegenwärtigen Gesetzgeber zu unterstellen, dass er in unsachlicher (und damit verfassungswidriger) Weise auch Situationen, die nicht unter das *telos* subsumiert werden können, von einem Umkehrschluss aus § 1105 Satz 2 ABGB erfasst wissen wollte bzw will. Es geht dabei wohlgerne nicht um die direkte wörtliche Anwendung oder Nichtanwendung einer in Verdacht der Verfassungswidrigkeit stehenden Gesetzesbestimmung, sondern („nur“) um die rechtsrichtige Handhabung und teleologische Ausmessung eines Umkehrschlusses durch Interpretieren und Rechtsanwender.

Es ist daher der aus der Regelung von § 1105 Satz 2 ABGB gezogene Umkehrschluss dem *telos* entsprechend teleologisch auf die vom *telos* erfassten Fälle hin zu beschränken, wodurch der Umkehrschluss, wonach Pachtverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr bei Gebrauchsbeeinträchtigungen schlechthin keiner Zinsminderung zugänglich wären, zwingend ausscheidet.<sup>17</sup> Dar-

<sup>11</sup> In diesem Sinne noch *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie III (1813) 423 (idF: Commentar).

<sup>12</sup> Vgl die Nachweise bei *Zöchling-Jud*, Gutachten 18 f, insb JMVBl 1918, 272ff.

<sup>13</sup> Vgl *Klang* aaO.

<sup>14</sup> Vgl dazu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 756 ff.

<sup>15</sup> Statt vieler *Klang*, aaO. Im Übrigen erscheint auch nur dann eine völlige Befreiung des Verpächters auf Wiederherstellung rational angemessen.

<sup>16</sup> Wie in den Beispielen bei *Zöchling-Jud*, aaO.

<sup>17</sup> Dass der historische Gesetzgeber 1811 bereits in seiner herischer Prognose die künftige Entwicklung des Unter-

aus ergibt sich eine (planwidrige) Lücke in § 1105 ABGB bei Gebrauchsbeeinträchtigungen für jene Pachtverträge, die länger als ein Jahr laufen und ihrer Natur nach einen Minderertrag durch außerordentliche Zufälle erlitten zu haben, der nicht durch Mehrerträge in Folgejahren aufgeholt werden kann. Das Postulat einer verfassungskonformen Interpretation unterverfassungsrechtlichen Rechts wie § 1105 ABGB<sup>18</sup> verbietet daher – um eine sachlich gebotene Unterscheidung zu gewährleisten – eine Anwendung des Umkehrschlusses aus Satz 2 und 3 auf jene Fälle, bei denen in Folgeperioden ein Minderertrag nicht aufgeholt werden kann bzw. aufgeholt wurde. Derartige Fälle sind daher von Satz 2 und 3 nicht erfasst und *prima vista* wörtlich von § 1105 ABGB direkt nicht geregelt. Es liegt auf der Hand, diese planwidrige Lücke nach dem für Gebrauchsbeeinträchtigungen für Mietverträge geltenden *telos* von Satz 1 des § 1105 ABGB im Sinne sachlicher Gleichbehandlung von Bestandverträgen, die nicht Satz 2 und 3 unterliegen, durch analoge Anwendung von § 1105 Satz 1 ABGB zu füllen.

#### IV. Ergebnis

Daraus ergibt sich folgendes – aus Sicht der Autoren sachliches und damit verfassungsrechtlich gebotenes – Verständnis von § 1105 ABGB für Pachtverträge:

- Pachtverträge, bei denen durch außerordentlichen Zufall a) teilweise Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts und/oder b) nur äußerst geringer Ertrag vorliegt, unterliegen § 1104 ABGB. § 1105 ABGB ist in derartigen Fällen nicht einschlägig.
- Für Pachtverträge mit einer Laufzeit von höchstens einem Jahr ist § 1105 Satz 2 und Satz 3 ABGB nach seinem Wortlaut anwendbar.
- Für Pachtverträge mit einer Laufzeit von länger als einem Jahr, die auf realistische Weise tatsächlich und – wegen ihres natürlich bedingten Oszillierens ihrer Erträge – in aller Regel eine Kompensation durch Nachfolgeperioden ermöglichen und überdies das gesamte Pachtobjekt als Ganzes einen beschränkten Gebrauch für einen nicht nur geringen Ertrag ermöglicht, ist der Umkehrschluss aus § 1105 Satz 2 und Satz 3 ABGB sachlich vertretbar.
- Bei Pachtverträgen mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr, bei denen das gesamte Pachtobjekt als Ganzes einen beschränkten Gebrauch (Gebrauchsbeeinträchtigung) für

nehmenspachtrechts im Industriezeitalter vorhergesehen hat und daher „bewusst“ längere Pachtverträge (schlechthin) keiner speziellen Regelung unterwerfen wollte, ist mangels Anhaltspunkte nicht anzunehmen und wäre in der Tat im Licht des geltenden österreichischen Verfassungsrechts ohnehin unsachlich und damit verfassungswidrig (geworden). Im Übrigen ist weiters davon auszugehen, dass die Bedenken 1811 durch die damalige zivilprozessuale Situation uU von festen Beweisregeln getragen waren, die seit § 273 ZPO nicht mehr bestehen; vgl dazu eingehend *Zöchling-Jud*, Gutachten 21.

<sup>18</sup> Vgl *Öhlinger/Eberhard*, aaO.

einen nicht nur äußerst geringen Ertrag ermöglicht, aber keiner Kompensation in den Folgeperioden zugänglich sind, verbietet sich ein Umkehrschluss aus § 1105 Satz 2 und 3 ABGB aus sachlichen Gründen. Für derartige Pachtverträge ist § 1105 Satz 1 ABGB analog anwendbar (Zinsminderung).

## B. Bedeutungsgehalt von „Ertrag“

### I. „Ertrag“ als Rechtsbegriff

In § 1105 Satz 2 ABGB findet sich folgende Bestimmung: „Dem Pächter gebührt ein Erluss an dem Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte *des* gewöhnlichen *Ertrages* gefallen sind.“<sup>19</sup>

Zu klären ist, was normativ unter dem Begriff „Ertrag“ iSv § 1105 Satz 2 ABGB zu verstehen ist. Abstrakt käme eine Bedeutung von „Ertrag“ in § 1105 ABGB iSv „Umsatz“ oder aber iSv „Überschuss“ bzw. „Gewinn“ in Betracht.

Der Begriff „Ertrag“ in § 1105 Satz 2 ABGB wurde in diesem Zusammenhang vom Gesetzgeber weder im Rahmen des ABGB-Bestandsrechts §§ 1090 ff ABGB normativ definiert noch im Sinne von § 8 ABGB in nachfolgenden Gesetzgebungsakten rückwirkend authentisch festgelegt. Der Begriffsinhalt muss daher interpretativ nach §§ 6 f ABGB ermittelt werden.<sup>20</sup> Ausgangspunkt jeder Wortinterpretation nach österreichischem Recht<sup>21</sup> ist bekanntlich der allgemeine Sprachgebrauch. Der allgemeine Sprachgebrauch des Begriffs „Ertrag“ ist allerdings mehrdeutig. Bereits die Betriebswirtschaftslehre verwendet ihn in unterschiedlichen Zusammenhängen mit verschiedenen Begriffsinhalten.<sup>22</sup> Und auch in der österreichischen Rechtsordnung wird das Wort „Ertrag“ in den verschiedensten Rechtsgebieten ebenfalls mit unterschiedlichen Begriffsinhalten verwendet.<sup>23</sup> Im ABGB findet der Begriff „Ertrag“ oder „Ertragnis“ an verschiedenen Stellen in jeweils unterschiedlich funktionalen Zusammenhängen Erwähnung.<sup>24</sup> Aus all diesen Bestimmungen des ABGB

<sup>19</sup> Hervorhebungen von den Autoren.

<sup>20</sup> Vgl *Egger* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-Takomm<sup>5</sup> § 6 Rz 6 mwN.

<sup>21</sup> AaO.

<sup>22</sup> Vgl *Loitlsberger*, Grundriß der Betriebswirtschaftslehre für Juristen (1990) 18 ff, 51, 113, sowie zur Mehrdeutigkeit des Ertragsbegriffs 279 ff; <https://de.wikipedia.org/wiki/Ertrag>.

<sup>23</sup> Vgl zB im Zusammenhang mit Ertragssteuern, vgl *Beiser*; *Steuern*<sup>18</sup> Rz 2 f.

<sup>24</sup> § 165 ABGB (Vermögensverwaltung der Eltern für ihre Kinder): „Ertragnisse“ iSv Kapitalzuwachsen (Zinsertrag, Kapitalertrag); § 218 Abs 2 ABGB (Mündelsichere Kredite): „Ertrag“ iSv Kapitalzuwachs (Zinsertrag, Kapitalertrag); § 511 ABGB (Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers): „Ertrag“ iSv Natural- und Zivilfrüchten (dh Zuwachs); § 512 ABGB [Insbesondere: a) in Rücksicht der auf der Sache haftenden Lasten]: „Ertrag“ als reiner Ertrag nach Abzug aller nötigen Auslagen; § 513 ABGB [b) der Erhaltung der Sache]: „Ertrag“ als objektiv zu

ergibt sich als primärer Befund einer Wortinterpretation in der Begriffswelt des ABGB, dass die Worte „Ertrag“ oder „Erträgnis“ iSv natürlichen oder zivilen Früchten, Vermehrung im Sinne von Zuwachs oder selbständig/unselbständig erzielter (für die private Lebensführung zur Verfügung stehendes) Arbeitseinkommen usw zu verstehen ist. Im Sinne „Umsatz“ wird der wörtliche Begriff „Ertrag“ – soweit ersichtlich – vom ABGB an keiner Stelle verwendet.

Im ABGB-Bestandrecht findet sich der Begriff des Ertrags in § 1099 ABGB<sup>25</sup> sowie eben in § 1105 ABGB verwendet: Aus dem bestandrechtlich-systematischen Zusammenhang per se dieser beiden Bestimmungen kann aber keine weitere Erkenntnis zur Klärung dieses Begriffes gewonnen werden, weil dieser Begriff in (zu) unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet wird:<sup>26</sup> § 1099 ABGB han-

bestimmende abstrakte Nutzungsmöglichkeit der dem Fruchtgenuss dienenden Sache iS eines Verkehrswertes; § 516 ABGB (c) Bauführungen): Bei nicht notwendigen Bauführungen betreffend dem Fruchtgenuss dienende Sache „Vermehrung des Ertrages“ iSv Nutzungsmehrung; § 747 ABGB (erbrechtlicher Anspruch auf Unterhalt): Anzurechnen sind bei einem erbrechtlichen Unterhaltsanspruch – unter anderem – „Erträgnisse“ einer tatsächlich ausgeübten oder einer solchen Erwerbstätigkeit, die vom unterhaltsberechtigten Ehegatten/eingetragenen Partner den Umständen nach erwartet werden kann (somit iS eines unselbständig oder selbständig erzielten Arbeitseinkommens, das für die private Lebensführung zur Verfügung steht, somit netto nach Abzug der Verbindlichkeiten/Lasten); § 830 ABGB (Rechte des Teilhabers auf seinen Anteil): Jeder Teilhaber ist befugt, auf Ablegung der Rechnung und Verteilung des Ertrages zu dringen: „Ertrag“ im Sinne Nettoergebnis; § 1099 ABGB (Lasten): „...wird aber die Pachtung nach einem Anschlage geschlossen, so trägt [der Pächter] jene Lasten, welche von dem Ertrage abgezogen worden sind, oder bloß von den Früchten, und nicht von dem Grunde selbst entrichtet werden müssen.“ Hier sind mit Lasten die Betriebskosten und auf das Pachtobjekt entfallende öffentlich-rechtliche Abgaben gemeint (nicht Erhaltungskosten). Insbesondere sind „Lasten“ nicht jene, die sich aus der Geschäftstätigkeit eines Bestandnehmers (Mieters, Pächters) ergeben; § 1105 ABGB Satz 2; § 1275 ABGB (Hoffnungskauf): „Künftiges Erträgnis“: erhoffter Mehrwert („Umsatz“ per se wird als solcher regelmäßig nicht „erhofft“, erhofft wird regelmäßig stets ein Mehrwert [Profit]).

<sup>25</sup> „Bey Vermietungen trägt alle Lasten und Abgaben der Vermiether. Bey eigentlichen Pachtungen, wenn sie in Pausch und Bogen geschehen, übernimmt der Pächter mit Ausschluß der eingetragenen Hypothecar-Lasten, alle übrige; wird aber die Pachtung nach einem Anschlage geschlossen, so trägt er jene Lasten, welche von dem Ertrage abgezogen worden sind, oder bloß von den Früchten, und nicht von dem Grunde selbst entrichtet werden müssen.“ (Hervorhebung von den Verf).

<sup>26</sup> In § 1099 ABGB sind mit „Lasten“ die Betriebskosten des Pachtobjekts und die auf das Pachtobjekt entfallenden öffentlich-rechtlichen Abgaben gemeint (und nicht Erhaltungskosten). Mit „Lasten“ im Sinne dieser Bestimmung sind daher insbesondere nicht jene Aufwendungen oder Abgaben gemeint, die der Pächter im Rahmen seiner operativen Unternehmensführung im Rahmen des gepachteten Unternehmens trägt und von seinem Umsatz abzuziehen hätte. Bei den „Lasten“ in § 1099 ABGB handelt sich um solche des Pachtobjektes, die ohne Pachtvertrag

delt von einer Lastenüberwälzung und beinhaltet nicht etwa eine Regelung, wonach von einem Ertrag (etwa im Sinne eines Umsatzes) des Pächters die Passiva („Lasten“) des Pächters abzuziehen wären. Aus § 1099 ABGB ist daher für ein rechtsrichtiges Verständnis des Begriffs des Ertrages im Zusammenhang mit „Lasten“ und mit § 1105 ABGB nichts zusätzliches Entscheidendes gewonnen.

## II. Historische-subjektive Interpretation

Im Jahre 1811 lautete § 1105 ABGB in der Urfassung bekanntlich folgendermaßen:

„Wird dem Miether der Gebrauch des Miethstückes nur zum Theile entzogen; so wird ihm auch ein verhältnißmäßiger Theil des Miethzinses erlassen. Dem Pächter gebührt ein Erlaß an dem Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf Ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Der Verpächter ist so viel zu erlassen schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt.“

Damit war auch schon in der Urfassung von § 1105 ABGB keine explizite Begriffserklärung von „Ertrag“ enthalten.

Es ist wohl einhelliges Verständnis in der österreichischen Lehre und Rechtsprechung, dass das ABGB von 1811 in einer vorindustriell-agrarisch geprägten Umwelt entstanden ist und daher als Pacht historisch in erster Linie die landwirtschaftliche Bodenpacht anspricht.<sup>27</sup> Der Begriff „Ertrag“ im Zusammenhang mit einer derartigen Bodennutzung – der Bodenertrag/Ernteertrag – ist die Gesamtheit des Überschusses der Bodennutzung.

Zeiller spricht in seinem Kommentar<sup>28</sup> zur Urfassung von § 1105 ebenfalls explizit davon, dass der „gewöhnliche Ertrag nach Abzug der Bestellungskosten“<sup>29</sup> als „Anschlag“ dargetan werden

vom Verpächter zu tragen wären und die er nach § 1099 ABGB auf den Mieter abzuwälzen berechtigt ist (und somit handelt es sich bei „Lasten“ um sonstige Passivposten des Pächters, die ohne Pachtvertrag der Verpächter kraft seines Eigentumsrechts am Pachtobjekt zu tragen hätte).

<sup>27</sup> Vgl FN 11.

<sup>28</sup> Zeiller, Kommentar II (1811).

<sup>29</sup> Kommentar II, 407; so auch Höllwerth in GeKo I § 1105 Rz 18; der Begriff Bestellungskosten wird zB in § 998 BGB näher definiert (arg: ... so hat der Eigentümer die Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat...); daraus erfließt eindeutig, dass unter Ertrag nur der Gewinn verstanden werden kann; umso mehr gilt dies unter der Prämisse, dass der Pächter den auf den Pachtzins fehlenden Ertrag nicht bezahlen, wohl aber abführen muss (Höllwerth in GeKo I § 1105 Rz 20), wie ein einfaches Rechenbeispiel verdeutlicht: Umsatz 200, Gewinn 100, nach Zufall Umsatz 80, Gewinn 0 bzw Verlust minus 20. Würde man nach dem Umsatz gehen, müsste der Pächter die bereits verbrauchten Bestellungskosten von 80 bezahlen und hätte damit einen Nachlass von 20, letztlich also ein Delta von 160, also ein höheres Minus durch die Rechtsfolge des § 1105 Satz 3 also ohne diese

kann. Ertrag wird somit auch von Zeiller iS eines Überschussenergebnisses (maW im Ergebnis als Gewinn/Verlust) verstanden. Dieses Verständnis war sichtlich in den Beratungen zum ABGB unter den Kommissionsmitgliedern unproblematisch und wurde von den Kommissionsmitgliedern offensichtlich auch nicht weiter hinterfragt.<sup>30</sup>

Durch die III. TN<sup>31</sup> wurde der Wortlaut des § 1105 ABGB nur in seinem ersten Satz, nicht in seinen übrigen Sätzen geändert.<sup>32</sup> Am Begriffsverständnis „Ertrag“ in § 1105 ABGB wurden daher keine Änderungen vorgenommen.<sup>33</sup>

All dies<sup>34</sup> verfestigt den Eindruck, dass historisch und im Verlauf der Zeit bis zum heutigen Tag „Ertrag“ im Sinne von § 1105 ABGB als „Überschuss“/„Gewinn“ zu verstehen ist und verstanden wurde.

### III. Objektiv-teleologische Interpretation

In der Kommentarliteratur zu § 1105 ABGB findet sich übereinstimmend zur Frage, wieso der Gesetzgeber hier grundlegend unterschiedliche Rechtsfolgen für Mieter einerseits und Pächter andererseits vorsieht, folgende Begründung: das Gesetz gehe davon aus, dass bei mehrjährigen Pachtungen der Minderertrag des einen durch den Mehrertrag der folgenden Jahre ausgeglichen werden könne.<sup>35</sup>

Nach diesem Ziel und Zweck kann daher schon objektiv „Ertrag“ nur als Ergebnis einer Gesamtbetrachtung (im Sinne Überschuss/Profit ja/nein) zu verstehen sein, da ein „höherer Umsatz“ eines Folgejahres per se nie den „minderen Umsatz“ eines vergangenen Jahres kompensieren kann, da „Umsatz“ per se ja nichts zur tatsächlichen Ertragskraft (und damit zu einer Kompensationsfähigkeit) aussagt, da zB höhere Umsätze auch zu (höheren) Verlusten führen können. „Umsatz“ ist

„Rechtswohlthat“; das wird kaum das Ergebnis einer anzustellenden Gutsbestandsrechnung (Zeiller aaO § 1105 Anm 7 [427]) sein.

<sup>30</sup> Jedenfalls schweigen dazu die Materialien in Ofner, aaO.

<sup>31</sup> Österr RGBI Nr 69 vom 19. März 1916

<sup>32</sup> Vgl § 142 III. TN.

<sup>33</sup> In diesem Sinne auch die Begründung zur Kaiserlichen Verordnung über die dritte Teilnovelle zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (1916) 44.

<sup>34</sup> Das Verständnis, dass § 1105 ABGB als „Gewinn“ oder „Überschuss“ allseits begriffen wurde, zeigt sich auch aus der – jahrzehntelang einzig vorliegenden – privat erstellten Fassung des ABGB in englischer Sprache verfasst von Paul Baeck, The General Civil Code of Austria (1972), der „Ertrag“ in § 1105 ABGB als „profits“ übersetzte. Auch die (eigenständige) Neu-Übersetzung des ABGB in die englische Sprache von Eschig/Pircher-Eschig Das österreichische ABGB – The Austrian Civil Code<sup>2</sup> (2021) spricht in § 1105 ABGB von „ordinary profit“.

<sup>35</sup> Klang in Klang, ABGB V<sup>2</sup> 83; Binder/Pesek in Schwimann/Kodek, PraxisKomm ABGB<sup>4</sup> § 1105 Rz 5; Pesek in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKomm<sup>5</sup> § 1105 Rz 1; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1105 Rz 6; jeweils mwN.

hinsichtlich des wirtschaftlich positiven Erfolgs, der „schlechte Vorjahre“ ausgleichen können soll, ein neutraler Begriff. Ein ziffernmäßig höherer Umsatz hat daher nicht wegen seiner gesteigerten Höhe schlechthin eine kompensatorische Kraft, ein wirtschaftlich nachteiliges (Vorjahres-)Ergebnis (im Sinne „gute Ernte / schlechte Ernte“) „auszugleichen“: Ein höherer Umsatz kann ein schlechtes Vorjahresergebnis kompensieren wie weiter verschlechtern.

Im Übrigen weist die Wortwendung „Minderertrag“ und „Mehrertrag“ bereits auf eine jeweilige Gesamtergebnisbetrachtung (im Sinne von Überschuss/Profit ja/nein) hin, da nur ein Überschuss (Profit) in Folgejahren eine wirtschaftliche Situation aus einem Vorjahr (Verlust/geringer Profit) „kompensieren“ kann.

Würde man hingegen „Ertrag“ als „Umsatz“ verstehen, ergäbe daher die einhellig von der Kommentarliteratur und Rechtsprechung<sup>36</sup> referierte Absicht des Gesetzgebers daher von vornherein keinen rechten Sinn.

### IV. Exkurs: Blick über den Tellerrand des ABGB

Aber nicht nur die obigen Ausführungen, sondern auch ein Vergleich mit einer Bestimmung aus der Gegenwart verdeutlicht das gewonnene Ergebnis; so verweist etwa § 12a Abs 2 MRG auf die Ertragsschwäche der Branche. Dabei kommt es aber nicht auf den Umsatz<sup>37</sup> an.<sup>38</sup>

### V. Ergebnis

Sowohl eine Wortinterpretation als auch eine subjektiv-historische wie eine objektiv-teleologische Interpretation führt jeweils zu einem Verständnis des Begriffes „Ertrag“ iSv Überschuss/Profit/Gewinn. Für Verständnis des Begriffes „Ertrag“ in § 1105 ABGB als „Umsatz“ lassen sich hingegen interpretativ keine relevanten Anhaltspunkte finden.

**Korrespondenz:** RA Dr. Alfred Nemetschke, LL.M.; RA Dr. Konrad Koloseus, LL.M.; beide Nemetschke Huber Koloseus Rechtsanwälte GmbH, Rudolfsplatz 4, 1010 Wien; E-Mail: Alfred.Nemetschke@nhk-rechtsanwaelte.at; Konrad.Koloseus@nhk-rechtsanwaelte.at.

<sup>36</sup> Vgl 2 Ob 11/65.

<sup>37</sup> Vgl insb 5 Ob 428/97w: „...welchen Ertrag ein Restaurant von der im verfahrensgegenständlichen Mietobjekt betriebenen Art abwerfen kann...“ (abwerfen kann man notabene aber nur einen Gewinn und keinen Umsatz; auch bedeutet viel Umsatz nicht zwangsläufig hohen Gewinn); ebenso Auer/H. Böhm in GeKo Wohnrecht I § 12a MRG Rz 167.

<sup>38</sup> Darauf auch bei § 1105 ABGB und dem Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Auslegung verweisend: Prader/Walzel von Wiesentreu, Wider die „unzeitgemäße“ Auslegung von COVID-19 im Bereich des Bestandrechts unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkte, RdW\_digitalOnly 2020, 1.