

A. Themenaufriß und Gang der Arbeit

Den Mietkauf gibt es nicht – so viel sei an dieser Stelle vorweggenommen. Gesetzlich ist diese besondere Verquickung von Gebrauchsüberlassung und Kauf(option) nicht definiert und auch die (juristische) Praxis hat offensichtlich ihre liebe Mühe, den Mietkauf korrekt einzuordnen. So ergibt sich denn auch, dass verschiedenste Vertragsgestaltungen unter dem Titel des Mietkaufs firmieren, nämlich Mietverträge mit Kaufoption, Finanzierungsleasingverträge mit Kaufoption und schließlich noch Mietverträge mit gemeinnützigen Bauvereinigen, welche die Möglichkeit einer nachträglichen Übertragung des Objekts auf den Mieter eröffnen. Letztlich werden mitunter auch noch „Mietverträge“ mit automatischem Eigentumsübergang nach der „Mietzeit“ dem Mietkauf unterstellt. Wie noch zu sehen sein wird, handelt es sich bei diesen allerdings um schlichte Ratenkaufverträge, die bloß im Kleid des Mietkaufs auftreten; sie sind dementsprechend in dieser Arbeit nicht weiter zu behandeln und werden nur der Abgrenzung wegen exkursorisch thematisiert. Weiters aus den Überlegungen (größtenteils) ausgeklammert bleiben Verträge über bewegliche Sachen. Von wenigen kurzen Erwähnungen abgesehen, handelt es sich im Folgenden also stets um Gebrauchsüberlassungsverträge über Immobilien, die auf die eine oder andere Art eine nachträgliche Übertragung auf den Objektbenutzer ermöglichen. Insofern sind die drei erstgenannten Vertragskonstrukte miteinander verwandt, allerdings mit tiefgehenden Unterschieden, die sich in dieser Arbeit noch deutlich zeigen werden. Diese Dreiteilung wird auch strukturell für das Folgende sein.

Zu beginnen ist dabei mit dem *Mietvertrag mit (echter) Kaufoption*. Hier gilt es, eine Vielzahl an Fragen zu klären, die sich aus dem Zusammenspiel von Miete, Option und nachträglichem Kauf ergibt. Der Fokus wird dabei auf der ihrerseits nicht kodifizierten Optionsvereinbarung liegen, aber auch auf Leistungsstörungen betreffend Option und Kauf. So viel vorweg: Nach hier vertretener Ansicht ist dies der einzig wahre „Mietkauf“ und sollte dieser Ausdruck auch nur für diese Verträge reserviert sein.

Anschließend ist ein zumindest prima facie naher Verwandter des Mietvertrags mit Kaufoption zu behandeln, nämlich der *Finanzierungsleasingvertrag mit Kaufoption*. Dieser ist abermals nicht kodifiziert, birgt aber noch die zusätzliche Problematik in sich, dass er nicht (so) einfach als Verbindung typisierter Verträge gesehen oder gar einem einzigen Typenvertrag zugeordnet werden kann. Vielmehr stellt er eine der Praxis entstammende besondere Fusion aus verschiedenen Verträgen dar, die einen nicht so einfach einzuordnen-

den Vertrag gebiert. Das Hauptaugenmerk dieses Kapitels wird also auf der Erörterung des finanzierungsleasingtypischen Vertragsinhalts in seinen unterschiedlichen Facetten liegen, gefolgt von einer ausführlichen Stellungnahme zur Rechtsnatur des Finanzierungsleasings.

Zu guter Letzt ist schließlich noch die *nachträgliche Übertragung* nach den §§ 15b–15h des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes darzustellen – ein Unikum im hier behandelten Themenkreis, wurde diese doch offensichtlich kodifiziert. Es finden sich also gesetzliche Bestimmungen, welche die nachträgliche Übertragung eines von einer gemeinnützigen Bauvereinigung nach den Bestimmungen des WGG vermieteten Objekts auf den Mieter regeln. Das ist Fluch und Segen zugleich, da die Kodifizierung dem Anwender zwar naturgemäß einen Leitfaden gibt, dieser Leitfaden in concreto aber nicht unbedingt immer mit legistischer Brillanz gesponnen wurde. Der größte Kraftakt dieses Kapitels wird also sein, den mit Verweisungen, Unklarheiten und Auslassungen gespickten Normenschungel des WGG zu durchdringen. Zu allem Überfluss wurde die Rechtslage jüngst weiter verkompliziert, indem mit der Novelle 2019 eine umfassende Reform der hier zu behandelnden Normengruppe in Geltung getreten ist und dadurch nunmehr intertemporalrechtsbedingt zwei teils sehr unterschiedliche Rechtslagen parallel zu behandeln sind. Je nach konkreter Sachlage ist die alte oder die neue anzuwenden – der Mietvertragsschluss ist hierfür nicht immer der ausschlaggebende Faktor.

Dies werden die drei Hauptkapitel der vorliegenden Arbeit sein, wobei sie eines eint, nämlich die alles umspannende Fokussierung auf die eigenartige Kombination von Gebrauchsüberlassung und Kauf(option). Die Gebrauchsüberlassung an sich wird also grundsätzlich nicht tiefergehend behandelt – das ist schon anderenorts zur Genüge geschehen; dasselbe gilt für die Eigentumsübertragung. Die einzelnen Kapitel sowohl der Miete mit Kaufoption als auch des Finanzierungsleasings werden chronologisch (aus Sicht der Parteien) strukturiert: auf einleitende und allgemeine Bemerkungen folgt also Besonderes zum Vertragsschluss und sodann der Vertragsinhalt, beginnend mit der Gebrauchsüberlassungsphase – endend mit dem Kauf, wobei Leistungsstörungen und vor allem auch die Kaufpreisbildung eine gesonderte Bearbeitung verdienen. Bloß für das WGG bietet sich diese Vorgangsweise nicht an, da hier das Gesetz einen Rahmen vorgibt, an welchen sich auch dessen Behandlung tunlichst orientieren sollte. Es werden dementsprechend zuvorderst die Voraussetzungen für die mitunter gar *ex lege* zustehende „nachträgliche Übertragung“ erörtert, bevor auf die einzelnen Anspruchsarten, deren Geltendmachung und schlussendlich wieder auf die (hier besonders komplexe) Kaufpreisbildung einzugehen ist.

B. Der „Mietkauf“ in Gestalt eines Mietvertrags mit Kaufoption

I. Vorweg: Definition und Rechtsnatur des Mietkaufs

1. Mietkauf in der Gesetzgebung

Wie bereits einleitend angeschnitten, findet sich keine gesetzliche Definition des Mietkaufs. Er wird lediglich im Vergaberecht beiläufig erwähnt, ohne dass sich hieraus allzu viel über seine Rechtsnatur erschließen ließe. So findet er sich in der öfters wiederholten Floskel in Anhang XX BVergG zu den in (Auftrags-)Bekanntmachungen aufzuführenden Angaben. Demnach ist anzugeben, ob es sich um „*Kauf, Leasing, Miete oder Mietkauf oder eine Kombination davon*“ handelt.¹ Damit scheint der Gesetzgeber den Mietkauf von Kauf, Leasing und Miete abzugrenzen. Besonders die Tatsache, dass es sich offenbar auch nicht um „*eine Kombination davon*“ handeln soll, verwirrt. Man könnte hier bestenfalls herauslesen, dass der Gesetzgeber einen Vertrag sui generis annimmt, der sich nicht aus Miete/Leasing und Kauf zusammensetzt. Was letztlich hierunter zu verstehen wäre, bleibt offen. Vor allem aber überrascht ein Blick zur Definition des Lieferauftrags in § 6 BVergG: „*Lieferaufträge sind entgeltliche Verträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf von Waren, mit oder ohne Kaufoption, [...] ist.*“ Wurde der Mietkauf nicht explizit genannt, weil er sich nach dem Gesetzgeber (gleich wie hier vertreten) als „*Mietvertrag [...] mit [...] Kaufoption*“ darstellt? Oder wurde schlicht unsauber definiert, wie es schon die Tatsache nahelegt, dass nach par cit per definitionem auch Kauf- und Ratenkaufverträge *mit Kaufoption* vorliegen könnten? Spannend ist auch, dass der Mietkauf sich in § 15 Abs 1 EinlS und § 188 Abs 1 EinlS BVergG nicht findet: „*Bei Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen [...]*“. Dass der Mietkauf nicht mit Leasing und Miete gleichgesetzt werden soll, legt Anhang XX leg cit nahe, aber wurde er womöglich deshalb nicht genannt, weil er mit dem Ratenkauf gleichbedeutend sein soll? Verstünde man unter „Kauf“ in Anhang XX BVergG nur den Barkauf, wie es offensichtlich § 6 leg cit tut, wenn er Kauf und Ratenkauf ge-

¹ Ähnlich in Anhang VI und VII BVergGVS: „*[...] Hinweis darauf, ob die Angebote erbeten werden im Hinblick auf Kauf, Leasing, Miete, Mietkauf oder eine Kombination aus diesen.*“

trennt voneinander nennt, könnte dies naheliegen. Sinn machte eine unkommentierte Andersbezeichnung (einmal Ratenkauf, einmal Mietkauf) freilich nicht; schon die Verwendung des Mietkauf-Begriffs ohne vorhergehende Definition mutet seltsam an. Im Ergebnis bleibt meines Erachtens offen, was sich der Gesetzgeber des BVerGG unter „Mietkauf“ vorstellte.² Sowohl eine bewusste Gleichstellung mit einem Typusvertrag (wohl wenn überhaupt mit dem Ratenkauf) wie auch eine bewusste Behandlung als Innominatkontrakt (wegen der Abgrenzung in Anhang XX leg cit) kann ihm nicht mit gutem Gewissen unterstellt werden. Außerdem sollte die allgemein-zivilrechtliche Definition eines (neuen) Vertrags wohl ohnedies nicht aus einer beiläufigen vergaberechtlichen Erwähnung abgeleitet werden. Die Legislative vermag also nichts zur Eruierung der mietkaufrechtlichen Rechtsnatur beizutragen.

2. Mietkauf in Lehre und Praxis

Lehre und Praxis haben sich dagegen eingehender mit dem Mietkauf auseinandergesetzt; unerfreulicherweise allerdings großteils mit ebenfalls wenig hilfreichen Beiträgen. Vor allem unter Nichtjuristen wird der Begriff des „Mietkaufs“ offenbar gemeinhin mit der nachträglichen Übertragung ins Eigentum nach den §§ 15b ff WGG in Verbindung gebracht (zu dieser ab Seite 281).³ Besonders in der Betriebswirtschaft beziehungsweise in der Banken- und Leasingpraxis werden häufig „Mietkauf“ und Finanzierungsleasing mit Kaufoption gleichgesetzt oder zumindest in einem Atemzug genannt. Nicht selten scheinen Nichtjuristen auch einen „Mietkauf“ vor Augen zu haben, während sie in Wahrheit bloß einen Ratenzahlungskauf abschließen wollen.⁴

In der Lehre werden neben „Mietverträgen“ mit fakultativem (optionsbedingtem) Eigentumsübergang oft auch solche mit obligatorischem (automatischem) Erwerb genannt. Es werden also einerseits Mietverträge mit Kaufoption als Mietkaufverträge bezeichnet⁵ und andererseits „Mietverträge“ mit

2 Auch die Materialien (ErläutRV 69 BlgNR 26. GP) schweigen hierzu.

3 So bspw im Regierungsprogramm 2017–2022, 47: „*Mietkauf als sozial orientierter Start ins Eigentum: Mietkauf ist ein wesentlicher Bestandteil der Wohnraumversorgung. Die Transparenz gegenüber dem Wohnungsnutzer soll erhöht und die Rahmenbedingungen für die Begründung des Anspruchs auf Eigentumsoption dem aktuellen Marktumfeld angepasst werden*“; und ibid 49: „*Mietkauf-Modelle forcieren: Verkürzung des Vorsteuerberichtigungszeitraums von 20 auf 10 Jahre*“. Wobei die nachträgliche Übertragung mitunter auch von Juristen als Mietkauf bezeichnet wird, zB von Call in Kletečka/Rechberger/Zitta Rz 41 („*Mietkaufmodelle nach den §§ 15b bis 15c WGG*“) sowie passim bei Oberhuber/Götzl, Evaluierung des Mietkaufs; ebenso, allerdings unter Setzung von Anführungszeichen Lang, taxlex 2018, 75 („*Mietkaufmodelle*“) und Prader in LA Böhm 186 („*Mietkauf*“).

4 Salzlg in Hügel/Salzlg² Rz C/1.

5 So Casper, Optionsvertrag 462 f; Christen, Mobilienleasing 110 f; Haritl, Ersatzanspruch 26 f; Herber, Leasing 102 f; Hug in FG Schönenberger 268; Hügel in Hügel/Salzlg²

automatischem, zwingendem Eigentumsübergang nach der „Mietzeit“⁶; nicht selten werden sie beide dem Mietkauf unterstellt⁷ oder gar miteinander kombiniert⁸. Casper⁹ will weiters noch den Mietkauf vom „normale[n] Mietvertrag mit Ankaufsoption“ unterscheiden: Bei letzterem käme es in Abgrenzung

Rz A/12; Martinek in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt² § 4 Rz 31; Nitsche, ÖJZ 1974, 63 FN 105; Salzig in Hügel/Salzig² Rz C/5; ders in Krauß/Weise⁵¹ Kap 8.1.8 Rz 1; Schulze-Osterlob, ZIP 2005, 1618; Weidenkaff in Palandt⁷⁹ vor § 535 BGB Rz 30; Westphalen in Westphalen⁷ A Rz 88. Offenbar ebenso Cerba, immolex 2020, 87 sowie E.-G. Koch, Störungen 44 f; s auch Skusa, NJW 2011, 2998, der bei automatischem Eigentumsübergang vom „atypischen Mietkaufvertrag“ spricht.

6 ZB von Bernstein, Mobilien-Finanzierungsleasingvertrag 112; dems, DB 1986 Blg 13/86, 10; dems, DB 1987, 1237; Csáky, Immobilienleasingvertrag 85; Findeisen in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt² § 71 Rz 115; dems in Büschgen § 18 Rz 55; Giger, Leasingvertrag 58; Grundmann, Leasing und Factoring 16; E.-G. Koch, Störungen 44; Lüssi, Leasing-Geschäft 4 („Miete-Kauf-Geschäft“); Reich in Vertragsschuldverhältnisse 55 f; Seifert, DB 1983 Blg 1/83, 3; Tacke, Leasing³ 5; Walz, WM 1985 Blg 10/85, 3; ebenso wohl Ebenroth, JuS 1978, 589 sowie R. Koch, Immobilien-Leasing 188 f und (wenngleich unklar) Papst, Leasing 19; s auch Nemet in Westphalen⁷ C Rz 11, nach welchem beim Mietkauf „der Übergang des rechtlichen Eigentums am Objekt fest vereinbart“ sei. Die Ausweisung dieser Verträge als Mietkauf geschieht wohl häufig ohne eingehendere Reflexion in bloßer Fortführung einerseits der finanzbehördlichen Diktion bei zurechnungstechnischen Abgrenzungsfragen zwischen Leasing und (Raten-)Kauf (vgl Gütter, Gebrauchsüberlassungsverträge 289 sowie Zöller in Runge/Bremser/Zöller 34) und andererseits der Diktion der Leasinggesellschaften bei Bewerbung ihrer Vertragspalette (so zB ausdrücklich Kratzer/Kreuzmair, Leasing² 91); nicht zwingend ist hieraus also eine zivilrechtliche Stellungnahme abzuleiten.

7 S nur Autenrieth, JA 1980, 409; Biermann-Ratjen, DNotZ 2007, 791 (wobei der Mietvertrag mit Kaufoption der Mietkauf im engeren Sinne sei); Borggräfe, Zwangsvollstreckung 36 f; Frank, Finanzierte Verträge 15; Höllwerth in H. Böhm et al I § 1090 ABGB Rz 37; Klátil, ÖJZ 1968, 379; Lovrek in Rummel/Lukas⁴ § 1090 ABGB Rz 42; Lwowski, Erwerbersatz 62 ff; Mayer, Finanzierungsleasing 72 f; Mayrhofer, Abzahlungsgeschäft 21 f; Papapostolou, Risikoerteilung 32; Pesek in Schwimann/Kodek V⁴ § 1090 ABGB Rz 81; Riss in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1090 Rz 12/1; Scharff in Beckmann/Scharff⁴ § 1 Rz 39; Schloßer, MDR 2003, 70 f; Schopper/Skarics in Apathy/Iro/Koziol² Rz 1/125; Schubiger, Leasing-Vertrag Rz 181; Schurr in Schwimann/Neumayr⁴ § 1063 ABGB Rz 35; Verschraegen in Kletečka/Schauer^{1.07} § 1053 Rz 41/1; Vodrazka in Krasensky 34. Ebenso wohl Kraemer, Factoring 32 (missverständlich allerdings ibid FN 57); vgl auch E.-G. Koch, Störungen 44 f sowie Walz, WM 1985 Blg 10/85, 3; differenzierend hinsichtlich Mietverträge mit Kaufoption Krejci in Egger/Krejci 68; unklar H.-P. Binder, Rechtsnatur 45.

8 So geht Frotz in FS Hämmerle 115 zwar von einer jederzeit ausübbareren Kaufoption zugunsten des „Mieters“ aus, wird diese allerdings nicht ausgeübt, so gehe dennoch „nach Ablauf der vereinbarten Mietdauer“ das Eigentum automatisch über. Auch Heyd/Nemet in Westphalen⁷ B Rz 24 nehmen eine auf einen bestimmten Zeitraum eingeschränkte Kaufoption gemeinsam mit einem automatischen Eigentumsübergang per Zahlung der letzten Mietrate an. Nach Breuß in Krasensky 57 müsse für einen Mietkauf bei Vertragsschluss feststehen, dass der Mieter seine „Kaufoption“ ausüben werde (womit letztere freilich ihrer Qualität als Option beraubt wird).

9 Optionsvertrag 463.

zum Mietkauf weder zu einer Anrechnung der Mietzahlungen noch würde vorab der Preis festgelegt. Teilweise¹⁰ wird für einen Mietkauf schlicht eine zwingende Eigentumsübertragungsabsicht der Parteien gefordert (widrigenfalls: „Mietvertrag mit Kaufoption“), was zum Beispiel angenommen wird, wenn die Mietraten den angemessenen Gegenwert bloß für die Gebrauchsüberlassung übersteigen. In der alten Leasingpraxis war wiederum offenbar regelmäßig dann vom Mietkauf die Rede, wenn der Leasingnehmer das Objekt ohne Entrichtung eines gesonderten Entgelts übertragen erhielt, der Eigentumserwerb also bloß von der Erfüllung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen aus dem Leasingvertrag abhing.¹¹

Regelmäßig¹² wird – wohl häufig in unreflektierter Zitation der Rechtsprechung – verknüpft postuliert, Vertragsziel des Mietkaufs sei (vor allem in Abgrenzung zum Finanzierungsleasing) von vornherein die Objektveräußerung und nicht die Gebrauchsüberlassung. So ist denn auch mitunter von einem Veräußerungsvertrag¹³ beziehungsweise -geschäft¹⁴, ganz generell von Kauf¹⁵ oder aber von einem Ratenkauf¹⁶ die Rede.

10 *Schubiger*, Leasing-Vertrag Rz 183 mwN.

11 *Frotz* in FS Hämmerle 121.

12 *Borggräfe*, Zwangsvollstreckung 36 ff; *Breuß* in Krasensky 52; *Casper*, Optionsvertrag 463; *Findeisen* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt² § 71 Rz 115; *Friedländer* in Friedländer 51 (wo allerdings vom „Miete-Kaufvertrag“ die Rede ist); *Klaas*, NJW 1968, 1507; *E.-G. Koch*, Störungen 44; *J. Koch* in MünchKomm/BGB III⁷ Finanzierungsleasing Rz 14 mit reichen Nachweisen; *R. Koch*, Immobilien-Leasing 188 f; *Kratzer/Kreuzmair*, Leasing² 92; *Krause*, Leasing-Verfahren 73; *Krejci* in Egger/Krejci 68; *Kügel* in Büschgen § 5 Rz 43 und 73; *Lovrek* in Rummel/Lukas⁴ § 1090 ABGB Rz 42; *Luegmair/Duursma* in Mittendorfer/Mittermair Rz BT 2/342; *Martinek* in Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt² § 4 Rz 32; *Mayer*, Finanzierungsleasing 72; *Pesek* in Schwimann/Kodek V⁴ § 1090 ABGB Rz 81; *Pesek/Nademeinsky* in Schwimann/Neumayr⁴ § 1090 ABGB Rz 11; *Reich* in Vertragsschuldverhältnisse 55 f; *C. Riedl* in Illedits/Reich-Rohrwig³ § 1090 ABGB Rz 9; *Riss* in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1090 Rz 12/1; *Ruhm* in Knauder/Marzi/Temmel 9; *Scharff* in Beckmann/Scharff⁴ § 1 Rz 39; *Schloßer*, MDR 2003, 71; *Schopper/Skarics* in Apathy/Iro/Koziol² Rz 1/125; *M. Schulz*, Finanzierungsleasing 28; *Schurr* in Schwimann/Neumayr⁴ § 1063 ABGB Rz 5; *Skusa*, NJW 2011, 2998; *Tanczos*, Mietrecht⁴ 10; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer^{1.07} § 1053 Rz 41/1; *Westphalen* in Westphalen⁷ A Rz 88; ebenso offenbar *Prader* in LA BöhM 186; vgl auch *Cerha*, immolex 2020, 88 und *Herber*, Leasing 103 sowie *Lwowski*, Erwerbersersatz 74; differenzierend *Hügel* in Hügel/Salzig² Rz A/10 und *Schubiger*, Leasing-Vertrag Rz 182 f. Noch einen Schritt weiter geht *Nemet* in Westphalen⁷ C Rz 11, wenn er annimmt, dass „der Übergang des rechtlichen Eigentums am Objekt fest vereinbart“ sei.

13 *Kraemer*, Factoring 32 im Anschluss an *Krause*, Leasing-Verfahren 73.

14 *Herber*, Leasing 103.

15 *Kügel* in Büschgen § 5 Rz 73.

16 *Bernstein*, DB 1987, 1237; *Kratzer/Kreuzmair*, Leasing² 92.