



Die mietrechtlichen Erhaltungspflichten im Lichte der neuesten Rechtsprechung

Von Mag. Christoph Kothbauer¹

Vor wenigen Tagen² ist die mit Spannung erwartete Entscheidung des 1. Senats des OGH zur zweiten anhängigen Verbandsklage der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte (BAK) zur (Un-)Zulässigkeit von Mietvertragsklauseln den Verfahrensparteien zugestellt worden (1 Ob 241/06g). Der OGH hat darin nun auch für den Vollenwendungsbereich des MRG ausgesprochen, dass der Mieter – sofern der zugrunde liegende Mietvertrag als Unternehmer³-Verbraucher-Geschäft im Sinne des KSchG zu qualifizieren ist – nicht generell zur Wartung, Instandhaltung und Erneuerung der für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte verpflichtet werden dürfe. Der vorliegende Beitrag unterzieht diese aktuelle Entscheidung einer ersten kritischen Würdigung. Dabei wird aufgezeigt werden, dass die – im übrigen völlig unzureichend argumentierte – Ansicht des Höchstgerichts alles andere als zu überzeugen vermag und außerdem mancherorts aus der gegenständlichen Entscheidung ungerechtfertigte Schlüsse gezogen werden.

A. Was bisher geschah

1. Studie der Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien (AK Wien) über gesetzwidrige Bestimmungen in Wohnungsmietverträgen

Die AK Wien hatte im Jahr 2004 eine Studie⁴ veröffentlicht, in welcher insgesamt 20 Vertragsformblätter gewerblicher Vermieter auf ihre Zulässigkeit hin untersucht worden waren. Dabei hatten die Autoren der Studie eine große Zahl an Gesetzwidrigkeiten festgestellt.⁵ In weiterer Folge schritt die BAK zu Abmahnungen gemäß § 28 Abs 2 KSchG und strengte – soweit die von der BAK in diesem Zusammenhang geforderten Unterlassungserklärungen der Verwender bzw. Empfehler der Vertragsklauseln unterblie-

ben sind – zwei Verbandsklagen im Sinne des § 28 Abs 1 KSchG⁶ an.

2. Erste Verbandsklage („Klausel 23“)

a) Entscheidung 7 Ob 78/06f

Im Vorjahr ist die erste, gegen eine große Wiener Hausverwaltung eingebrachte Verbandsklage durch den OGH rechtskräftig entschieden worden (7 Ob 78/06f). Nicht weniger als 39 Klauseln wurden in einem von der erwähnten Hausverwaltung im Teilanwendungsbereich des MRG verwendeten Vertragsformblatt für unzulässig erklärt, was – wenig überraschend – enormes (zum Teil sehr unreflektiertes) mediales Echo und (für den Erkenntnisgewinn ungleich wertvoller) umfangreiche literarische Auseinandersetzung zur Folge hatte. Von Anfang an nahm dabei die in der Entscheidung als „Klausel 23“ titulierte Vertragsbestimmung eine prominente Rolle ein, somit jene Klausel, die den Mieter zur umfassenden Erhaltung des Mietgegenstandes (ua Heizung, Gas-, Elektro- und Wasserinstallationen) verpflichtet.⁷

b) Auswirkung auf die Voll- und Teilausnahmen vom MRG – § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als Gewährleistungsnorm?

Der OGH geht in 7 Ob 78/06f zu „Klausel 23“ von der (gänzlichen?) Nichtüberwälzbarkeit der Erhaltungspflichten nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB aus und begründet diese damit, dass „die Erhaltungspflicht des Vermieters Ausdruck seiner bestandrechtlichen Gewährleistungspflicht und damit einem Konsumenten gegenüber nicht generell ausschließbar“ sei. Aus den in diesem Zusammenhang insgesamt recht unklaren Aussagen des 7. Senats des OGH

¹ Mag. Christoph Kothbauer ist leitender Jurist der online hausverwaltung & immobilientreuhand AG in Wien, mehrfach lehrbeauftragter Wohn- und Immobilienrechtsexperte und Verfasser zahlreicher fachlicher Publikationen und Beiträge.

² Kalenderwoche 24/2007.

³ Die Unternehmereigenschaft im Sinne des KSchG ist nach der Rechtsprechung bei einem privaten Hauseigentümer für gewöhnlich dann gegeben, wenn er mehr als fünf Mietgegenstände in Bestand gibt, 3 Ob 547/93.

⁴ Reichholf/Rosifka, „Gesetzwidrige Vertragsbestimmungen in Wohnungsmietverträgen – Juristische Analyse von Mietvertragsformularen“, AK Wien, 2004. Download unter: „Juristische Analyse von Mietvertragsformularen“, <http://www.arbeiterkammer.at/www-192-IP-2927.html>.

⁵ Die Studie geht in diesen 20 Vertragsformblättern insgesamt von nicht weniger als 565 gesetzwidrigen Klauseln und insgesamt 953 Verstößen gegen gesetzliche Bestimmungen aus.

⁶ Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage dient präventivem Rechtsschutz. Bestimmte, in § 29 Abs 1 KSchG aufgezählte Kammern und Vereine sind legitimiert, gegen die Verwendung und Empfehlung von gesetz- und sittenwidrigen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. Vertragsformblättern mit Unterlassungsklage vorzugehen.

⁷ Die im Verfahren zur ersten Verbandsklage als „Klausel 23“ bezeichnete (für den Teilanwendungsbereich des MRG vorgesehene) Vertragsbestimmung lautet: „Der Mieter verpflichtet sich, den Mietgegenstand pfleglich zu behandeln und unter Ausschluss des § 1096 ABGB sämtliche am Mietgegenstand notwendig werdenden Reparaturen auf eigene Kosten durchzuführen und überhaupt den Mietgegenstand zu erhalten; er ist unter anderem verpflichtet, die im Mietgegenstand befindlichen Heizungsanrichtungen, ferner sämtliche Gas-, Elektro- Wasserinstallationen samt Geräten stets in betriebsfähigem Zustand zu erhalten und im Falle von Störungen diese unverzüglich sach- und fachgemäß auf eigene Kosten in stand setzen zu lassen. Weiters fallen Eingangstüre und Fenster im Bereich des Mietobjektes in [die] Wartungs- und Instandhaltungspflicht des Mieters.“

scheint prima vista hervorzugehen, dass er bereits in der Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB selbst eine Gewährleistungspflicht erblickt, die (zumindest im Unternehmer-Verbraucher-Geschäft) nicht eingeschränkt, abbedungen oder gar überwältigt werden dürfe.⁸ Riss⁹, der – mE völlig überzeugend – den Standpunkt vertritt, dass die Erhaltungspflicht des Vermieters keine Gewährleistungspflicht, sondern einen primären Erfüllungsanspruch darstelle¹⁰, vermutet hingegen, dass für den OGH in 7 Ob 78/06f nicht schon der bloße Ausschluss der Erhaltungspflicht des Vermieters, sondern erst deren Überwälzung mit § 9 Abs 1 KSchG¹¹ unvereinbar sein soll, und daher (auch) für den OGH nicht die Erhaltungspflicht nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB, sondern nur die Mietzinsminderung nach Satz 2 leg cit einen Gewährleistungsanspruch darstelle.¹²

Angesichts des kryptischen Inhalts der Entscheidungsgründung des OGH zu „Klausel 23“ verblieb die Hoffnung, dass sich der OGH bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit ernsthaft mit der aufgeworfenen Abgrenzungsfrage auseinandersetzen und überzeugend klären werde, ob nun § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als (dispositive) Norm über die vertragliche Leistungsbestimmung von Satz 2 leg cit als (erst aus dieser vertraglichen Leistungsbestimmung abgeleitete) Gewährleistungsnorm zu unterscheiden sei oder ob § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB bereits selbst als Gewährleistungsnorm zu qualifizieren sei. Von der Lösung dieser Frage hängt es nämlich ab, ob der Ausschluss (und sogar die Überwälzung auf den Mieter) der sich aus § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ergebenden Verpflichtung jedenfalls zulässig ist (leg cit als Leistungsbestimmungsnorm) oder aber ein Ausschluss bzw zumindest eine Überwälzung dieser Pflichten gegen § 9 Abs 1 KSchG (und wegen der inhaltlichen Verflechtung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB mit Satz 2 leg cit über das Unternehmer-Verbraucher-Geschäft hinausgehend auch gegen § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB?) verstößt (§ 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als Gewährleistungsnorm).

c) Auswirkung auf den Vollenwendungsbereich des MRG – keine Belastung des Mieters über § 8 Abs 1 MRG hinaus?

In der Entscheidung 7 Ob 78/06f geht der OGH für den (im zugrunde liegenden Verfahren an sich gar nicht entscheidungsgegenständlichen) Vollenwendungsbereich des MRG – im übrigen ohne jegliche Begründung – insofern von ei-

ner zwingenden Wirkung des § 8 Abs 1 MRG¹³ aus, als über die dort normierten Wartungs- und Instandhaltungspflichten des Mieters hinaus dieser nicht mit (weiteren) Wartungs-, Instandhaltungs- oder Erhaltungspflichten¹⁴ belastet werden dürfe: „Die Klausel geht zum Teil über § 8 MRG hinaus, was im Vollenwendungsbereich nicht wirksam vereinbart werden kann.“ Dieser Ansatz steht im Widerspruch zur bisherigen bzw übrigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung¹⁵ und überwiegenden Lehre¹⁶, die davon ausgeht, dass jenseits der zwingenden Erhaltungspflichten des Vermieters gemäß § 3 MRG sehr wohl eine Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter erfolgen dürfe. Offenkundig hat sich nicht zuletzt auch der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der WRN 2006 dieser Ansicht angeschlossen, zumindest aber ist er ihr nicht entgegengetreten.¹⁷ Hinsichtlich der Erhaltungsfrage im Vollenwendungsbereich blieb es also insbesondere abzuwarten, wie sich der 1. Senat des OGH in einer zum Zeitpunkt der Entscheidung 7 Ob 78/06f noch anhängigen Verbandsklage zum auch dort im Mittelpunkt der Betrachtung stehenden gegenständlichen Themenkreis äußern und daher klären werde, ob nun im Vollenwendungsbereich des MRG der Mieter über § 8 Abs 1 MRG hinaus mit Erhaltungspflichten belastet werden dürfe oder nicht. Bereits an dieser Stelle ist zur Ausräumung eines immer wieder wahrgenommenen Missverständnisses festzuhalten, dass **selbst eine allfällige Nichtüberwälzbarkeit von über § 8 Abs 1 MRG hinausgehenden Erhaltungspflichten auf den Mieter noch keineswegs bedeuten muss, dass deshalb gleich den Vermieter derartige Erhaltungspflichten träfen!** Dies wäre nur dann der Fall, würden die Verantwortungsbereiche des Bestandgebers und des Bestandnehmers zwingend bündig aneinander schließen. Dass zwischen diesen Bereichen aber ein gesetzlich ungeregelter Bereich (gleichsam als Zwischenraum) verbleiben kann (die Nichtverpflichtung des Mieters also nicht unbedingt mit einer mit umgekehrtem Vorzeichen versehenen Verpflichtung

⁸ Böhmer/Graf, wobl 2007, 102 ff (105 f) und nochmals Böhmer, wobl 2007, 134 ff (134) interpretieren die zitierte Entscheidung in genau diesem Sinne und qualifizieren auch selbst die Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als Gewährleistungspflicht.

⁹ Wobl 2007, 62 ff (70).

¹⁰ Riss, wobl 2002, 345 ff (349 ff) mwN; derselbe, Die Erhaltungspflicht des Vermieters, 82 ff mwN.

¹¹ Dass § 9 Abs 1 KSchG („Gewährleistungsrechte des Verbrauchers [...] können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.[...]“) sich auch in der Fassung des GewRAG 2001 trotz einer mittlerweile fehlenden expliziten Erwähnung auch auf außerhalb der §§ 922 bis 933 ABGB angesiedelte Gewährleistungsansprüche (also auch auf das Mietzinsminderungsrecht nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB) bezieht (7 Ob 78/06f mwN, 1 Ob 241/06g), wird hier nicht bestritten.

¹² Riss räumt dabei aber ein, dass sich die Rechtsansicht des 7. Senates freilich nicht „mit völliger Gewissheit“ feststellen lasse.

¹³ § 8 Abs 1 MRG normiert Wartungs- und Instandhaltungspflichten des Mieters. Solche bestehen nur soweit, als dies zu einer Nachteilsabwehr zugunsten des Vermieters oder der übrigen Mieter des Hauses geboten ist. Dimbacher, MRG idF der WRN 2006, ÖVI 2007, 106, nennt als Judikaturbeispiele für Wartungs- und Instandhaltungsmaßnahmen zur Nachteilsabwehr Desinfektionsmaßnahmen gegen oberflächliche Schimmelbildung (5 Ob 206/00f) und die Wartung und Instandhaltung elektrischer Anlagen (5 Ob 42/02s und 5 Ob 194/02v); Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Springer 2002, Rz 10 zu § 8 MRG denkt in diesem Zusammenhang auch an den sorgsamsten Umgang und relativ geringfügige Wartungs- bzw Instandhaltungsmaßnahmen im Interesse der Vermeidung größerer Schäden (die über die Mietzinsreserve ausgeglichen werden müssten) sowie an Wartung und Instandhaltung zur Vermeidung von undichten Leitungen (die einen Mehrverbrauch für das gesamte Haus verursachen würden).

¹⁴ Als „Paradebeispiele“ sind hier die größere Reparatur bzw der Austausch eines mitvermieteten Heizgeräts (Therme, Kessel, Boiler), eines mitvermieteten Herds und sonstiger mitvermieteter Geräte, der Armaturen sowie der Innenfenster zu erwähnen.

¹⁵ 7 Ob 2170/96k und zuletzt 8 Ob 153/06t, RIS-Justiz RS0106158 und RS0021525 T3.

¹⁶ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Springer 2002, Rz 15 zu § 8 MRG; Würth in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²¹, Manz 2004, Rz 4 zu § 8 MRG; Dimbacher, MRG idF der WRN 2006, ÖVI 2007, 106 f; Kuprian/Prader, Der Mietvertrag, Manz 2004, Rz 170; Stabentheiner, Mietrecht, Manz, 2004, Rz 165; Rainer in Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts, Manz 1995 (2006), 5.2; ua.

¹⁷ EB zur WRN 2006 (2005) zu § 10 MRG.

des Vermieters gleichgesetzt werden darf) ist zumindest denkbar und wird hinsichtlich des Zusammenspiels von § 3 und § 8 MRG von der herrschenden Lehre¹⁸ ja auch vertreten. Dieser Logik zufolge (nämlich, dass es zwischen den Pflichten des Bestangebers und jenen des Bestandnehmers noch ein „freies Feld“ geben kann) **müssen** daher auch **Überwälzung und Abbedingung von Erhaltungspflichten voneinander strikt unterschieden werden**: Abbedingung (Ausschluss) bedeutet im vorliegenden Zusammenhang die vertragliche Aufhebung von an sich den Vermieter treffenden (dispositiven) Pflichten („weg vom Vermieter“), während der Begriff Überwälzung die vertragliche Übertragung von an sich nicht den Mieter treffenden Pflichten an diesen bezeichnet („hin zum Mieter“). Abbedingung (Ausschluss) und Überwälzung können, müssen aber nicht zusammenfallen.¹⁹

¹⁸ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Springer 2002, Rz 14 zu § 8 MRG; Würth in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²¹, Manz 2004, Rz 4 zu § 8 MRG; Dirnbacher, MRG idF der WRN 2006, ÖVI 2007, 106 f; Kuprian/Prader, Der Mietvertrag, Manz 2004, Rz 170; Stabentheiner, Mietrecht, Manz, 2004, Rz 165; ua.

¹⁹ Wenn ein Vertragspartner eine ihn treffende Verpflichtung auf den anderen Partner überwälzt, liegen somit Abbedingung (Ausschluss) und Überwälzung gleichzeitig vor. Es kann aber auch eine Vertragspflicht abbedungen werden, ohne damit den Vertragspartner zu belasten (dann läge gleichsam eine „Auslagerung“ dieser Pflicht in den zitierten „nicht geregelten“, also neutralen Bereich vor), vice versa könnte auch aus diesem neutralen Bereich heraus eine Überwälzung an den Vertragspartner (und damit genau genommen erst die Schaffung einer Verpflichtung) erfolgen, ohne dass damit eine Abbedingung vorläge.

Daneben gilt es auch (und im Prinzip zuallererst!) zu klären, ob abseits der zwingenden Erhaltungspflichten gemäß § 3 MRG im Vollenwendungsbereich des MRG überhaupt noch weitere von vornherein beim Vermieter liegende Erhaltungspflichten bestehen, die einem allfälligen vertraglichen Ausschluss zugänglich sind: Gilt § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB (subsidiär) auch im Vollenwendungsbereich des MRG oder verdrängen die einschlägigen Bestimmungen des MRG jene des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB? Nur wenn es über § 3 MRG hinausgehende Erhaltungspflichten gibt, stellt sich überhaupt die Frage ihrer Abdingbarkeit. Entfaltet hingegen § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB im Vollenwendungsbereich des MRG keine subsidiäre Wirkung, so bedarf es auch überhaupt keines Ausschlusses der dort normierten Erhaltungspflichten des Bestandgebers.

3. Offen gebliebene Fragen

Zur besseren Übersicht werden an dieser Stelle nochmals jene (freilich miteinander zusammenhängenden) Fragen dargestellt, die mE durch die Entscheidung 7 Ob 78/06f mangels ausreichender oder klarer Begründung offen geblieben sind:

Frage 1: Gilt § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB subsidiär zu den §§ 3 und 8 MRG auch im Vollenwendungsbereich des MRG oder aber verbleibt zwischen § 3 und § 8 MRG ein gesetzlich nicht geregelter Bereich?

Frage 2: Darf der Mieter im Vollenwendungsbereich des MRG über die zur Nachteilsabwehr notwendige Wartung

www.erstebank.at www.sparkasse.at

Nicht vergessen: Wir haben die besten Lösungen für Ihre Immobilie.

Ob Finanzierung, Zahlungsverkehr, Veranlagung oder Vorsorge – die Immobilienexperten der Erste Bank bieten Ihnen ein umfassendes Service für Ihre Wohnbauprojekte. Und Sie bekommen individuelle Lösungen aus einer Hand. Nähere Infos erhalten Sie unter 05 0100 - 19609, per E-Mail unter gewerblicher.wohnbau@erstebank.at oder auf www.erstebank.at/immobilienkunden



und Instandhaltung im Sinne des § 8 Abs 1 MRG hinaus zur Wartung, Instandhaltung und Erneuerung der für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte verpflichtet werden?

Frage 3: Ist § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als dispositive Leistungsbestimmungsnorm oder als (zumindest im Unternehmer-Verbraucher-Geschäft) zwingende Gewährleistungsnorm zu qualifizieren?²⁰ Eventualfragen zu Frage 3: Ergibt sich aus einer allfälligen Qualifikation des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als zwingende Gewährleistungsnorm bloß ein Überwälzungsverbot oder aber auch ein Verbot der Abbedingung der aus dieser Bestimmung erfließenden Verpflichtungen? Wirkt dieses Verbot (bzw wirken diese Verbote) nur im Unternehmer-Verbraucher-Geschäft oder darüber hinaus in jedwedem Bestandverhältnis?

Die wohl legitime Erwartung der am wohnrechtlichen Geschehen Beteiligten war daher im Anschluss an die Entscheidung 7 Ob 78/06f jene, dass der OGH sich in seiner Folgeentscheidung zur zweiten, gegen die Fachgruppe Wien der Immobilien- und Vermögenstreuhänder eingebrachten Verbandsklage mit der gebotenen Sorgfalt der Klärung dieser aufgeworfenen Fragen zuwenden würde.

4. Zweite Verbandsklage („Klausel 2“)

Diese – letztlich bitter enttäuschte – Hoffnung wurde auch durch den Umstand genährt, dass im zweiten Verbandsprozess das Berufungsgericht²¹ zu durchaus überzeugenden, ausreichend argumentierten Lösungen gelangt ist, und es als nahe liegend erschien, dass der 1. Senat des OGH – nicht zuletzt im Bewusstsein der in seine Entscheidung gesetzten Erwartungen – sich ebenso um eine dogmatisch überzeugende oder zumindest nachvollziehbare Lösung bemühen werde. In der **Entscheidungsbegründung des Berufungsgerichts** finden sich zu den oben unter → A.3. formulierten Kernfragen (ganz im Gegensatz zur späteren, den Anlass des vorliegenden Beitrags bildenden Revisionsentscheidung 1 Ob 241/06g in diesem Verfahren sowie der Entscheidung 7 Ob 78/06f) jedenfalls klare Stellungnahmen:

Zu **Frage 1** vermeinte das Berufungsgericht, sie nicht beantworten zu müssen, zumal davon unabhängig **Frage 2** jedenfalls zu bejahen sei: Im Vollenwendungsbereich des MRG sei also „eine Zuweisung bzw Überwälzung der Erhaltungspflichten auf den Mieter zulässig“, die Abdingbarkeit der den Vermieter allenfalls nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB treffenden Erhaltungspflichten bleibe „insoweit unberührt, als diese nicht die in § 3 Abs 2 MRG [...] angeführten Arbeiten zum Gegenstand hat.“²² Besonders klar und anschaulich qualifizierte das Berufungsgericht in Beantwortung der **Frage 3** die Bestimmung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als Leistungsbestimmungsnorm: „Gewährleistungsnormen sind also solche Bestimmungen, welche die Folgen der Abweichung der Leistung vom Geschuldeten

festlegen, nicht aber solche Bestimmungen, welche die geschuldete Leistung überhaupt erst bestimmen. [...] Ein Gewährleistungsrecht [...] normiert (nur) § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB. [...] Für Leistungen, die nicht geschuldet werden, ist auch keine Gewähr zu leisten.“

Man sollte meinen, dass damit das Berufungsgericht genügend Überlegungen angestellt hat, die eine ernsthafte höchstgerichtliche Auseinandersetzung verdient haben.

B. Die Entscheidung 1 Ob 241/06g

1. Spruch und Begründung der Entscheidung zu „Klausel 2“

Der 1. Senat des OGH hat in seiner Entscheidung zur zweiten Verbandsklage im Wege der Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils „Klausel 2“²³ und damit auch für den Vollenwendungsbereich des MRG zumindest bei Unternehmer-Verbraucher-Verträgen **die Überwälzung der Erhaltungspflicht für den bedungenen Gebrauch des Mietgegenstandes auf den Mieter für unwirksam erklärt.**

Gleichermaßen überraschend wie irritierend hat es der OGH leider klar verabsäumt, seine Erwägungen im gebotenen Ausmaß darzulegen und in seiner Argumentation den gegebenen Meinungsstand zu reflektieren. Mag die gänzlich fehlende Auseinandersetzung mit den im Zuge der literarischen Aufarbeitung der Entscheidung 7 Ob 78/06f publizierten Fachbeiträgen noch auf die zeitliche Überschneidung deren Veröffentlichung mit der Entscheidungsfindung des 1. Senats zurückgeführt werden können, so verwundert es doch einigermaßen, dass sich der 1. Senat nicht wenigstens andeutungsweise mit den Erwägungen des Berufungsgerichts und den dort herangezogenen Lehrmeinungen und Entscheidungen befasst hat. Dass eine solche Vorgangsweise des Höchstgerichts nicht gerade die Autorität seiner Entscheidung fördert und keinen echten Erkenntnisgewinn bedingt (sondern viel eher Rechtsunsicherheit provoziert), ist aus rechtsstaatlicher Perspektive sehr zu bedauern.

Im wesentlichen argumentiert der 1. Senat in Anlehnung an die Erwägungen des 7. Senats zu 7 Ob 78/06f, dass durch die generelle Verpflichtung des Mieters zur Wartung, Instandhaltung und Erneuerung aller für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte „das im § 1096 Abs 1 zweiter Satz festgelegte Zinsminderungsrecht des Mieters nie zum Tragen kommen könnte, hat er doch in jedem Fall [...] die notwendigen Maßnahmen auf seine Kosten vorzunehmen.“ Wegen des mit der Klausel implizit verbundenen Gewährleistungsausschlusses widerspreche die Klausel § 9 Abs 1 KSchG und sei schon deshalb unwirksam.

²⁰ Frage 3 ist jedenfalls für die Voll- und Teilausnahmen vom MRG von Bedeutung. Für den Vollenwendungsbereich des MRG entfaltet Frage 3 hingegen nur dann Relevanz, wenn Frage 2 im Sinne einer subsidiären Geltung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB beantwortet wird.

²¹ OLG Wien, 1 R 246/05m.

²² Dabei stützt sich das Berufungsgericht auf die Rechtsprechung des OGH (7 Ob 2170/96k, RIS-Justiz RS0106158).

²³ Die im Verfahren zur zweiten Verbandsklage als „Klausel 2“ bezeichnete (für den Vollenwendungsbereich des MRG vorgesehene) Vertragsbestimmung lautet: „Der Mieter hat den Mietgegenstand und die für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte wie im Besonderen die Elektroleitungs-, Gasleitungs-, Wasserleitungs-, Beheizungs- und sanitären Anlagen sowie Gas- und Elektrogeräte und Öfen zu warten, sowie insoweit instandzuhalten und zu erneuern (insbesondere auch die Erneuerung von Warmwasser-/Heizgeräten und dergleichen), als es sich nicht um ernste Schäden des Hauses handelt. Die Wartungs- und Instandhaltungspflicht erstreckt sich auch auf vorhandene Antennenanlagen.“

2. Kritik und Lösungsansätze

a) Frage 1 (Subsidiäre Geltung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB im Vollenwendungsbereich des MRG?)

Vermutlich dürfte die Entscheidung 1 Ob 241/06g davon ausgehen, dass § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB im Vollenwendungsbereich des MRG subsidiär zur Anwendung gelange. Mit Sicherheit kann diese Feststellung aber bei weitem nicht getroffen werden, denn der OGH zitiert zwar § 3 Abs 1 Satz 2 MRG, wonach im Vollenwendungsbereich des MRG „im übrigen“ § 1096 ABGB unberührt bleibe, bezieht sich in seinen weiteren Ausführungen aber gerade nicht auf § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB, sondern nur auf die Mietzinsminderung nach Satz 2 leg cit. Ob daher der Verweis in § 3 Abs 1 Satz 2 MRG auf § 1096 (Abs 1)²⁴ ABGB die Erhaltungspflicht des Bestandgebers nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB mit umfasst, bleibt weiterhin unklar: Sprachlich und systematisch nahe liegender scheint die Auffassung, der Verweis betreffe § 1096 (Abs 1) ABGB zur Gänze (also auch und insb Satz 1 leg cit), doch kann der Verweis „im übrigen“ ebenso abschließend verstanden werden, in dem Sinne nämlich, dass eben alle übrigen, nur nicht die die Erhaltungspflichten regelnden Inhalte des § 1096 (Abs 1) ABGB zur Anwendung gelangen sollen (zumal eben schon § 3 MRG die Erhaltungspflichten des Vermieters erschöpfend behandelt).

b) Frage 2 (Zulässigkeit der Verpflichtung des Mieters im Vollenwendungsbereich des MRG über § 8 Abs 1 MRG hinaus?)

Der OGH lässt in 1 Ob 241/06g leider auch zu dieser Frage jedes Maß an Klarheit und Nachvollziehbarkeit vermissen: Die Ablehnung der „Klausel 2“ wird letztlich auf § 9 Abs 1 KSchG zurückgeführt, und nicht auf bestandrechtliche Überlegungen. Offenbar nur für die Mietverträge außerhalb des KSchG wird in der Entscheidung (unter Hinweis auf 6 Ob 42/02y mwN) festgehalten, dass es jedenfalls außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG „grundsätzlich zulässig“ sei, die Pflicht zur Instandhaltung des Bestandgegenstandes auf den Mieter zu überwälzen. Für den Vollenwendungsbereich des MRG wird die Zulässigkeit einer solchen Überwälzung wegen der vom 1. Senat angenommenen mangelnden Relevanz für die gegenständliche Entscheidung („muss hier nicht erörtert werden“) offen gelassen. Die hier vom OGH offenbar vorgenommene Differenzierung zwischen Unternehmer-Verbraucher-Geschäften und Geschäften außerhalb des KSchG ist im übrigen wenig überzeugend, worauf unter → B.2.c) noch zurückzukommen sein wird.

c) Frage 3 (§ 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB als dispositive Leistungsbestimmungs- oder aber als zwingende Gewährleistungsnorm?²⁵)

Wie schon in 7 Ob 78/06f wird die Erhaltungspflicht des Vermieters in 1 Ob 241/06g zumindest in einen engen thematischen Zusammenhang mit der Mietzinsminderung (als

bestandrechtlichem Gewährleistungsrecht) gebracht, doch scheint auch im Sinne dieser Entscheidung nicht schon der bloße Ausschluss der Erhaltungspflicht des Vermieters, sondern erst deren Überwälzung mit § 9 Abs 1 KSchG unvereinbar zu sein. Jedenfalls hat der OGH auch hier § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB nicht eindeutig als Gewährleistungsnorm qualifiziert, zumal er nicht schon in der bloßen Abbedingung der Erhaltungspflicht, sondern erst in deren Überwälzung auf den Mieter einen unzulässigen Gewährleistungsausschluss erblickt. Wäre aber § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB selbst eine Gewährleistungsnorm, so würde ja bereits eine bloße Abbedingung gegen § 9 Abs 1 KSchG verstoßen.

In kritischer Aufarbeitung der Erwägungen des 1. Senats kann auf den unter → A.2.b) geäußerten Gedanken, dass es sich bei § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB um eine lediglich dispositive Norm der bestandrechtlichen Leistungsbestimmung handelt, zurückgegriffen werden. Daran anknüpfend ist – erneut mit *Riss*²⁶ – die Frage zu stellen, ob die Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter tatsächlich als Ausschluss bzw Einschränkung von Gewährleistungsrechten im Sinne des § 9 Abs 1 KSchG (bzw im Sinne des § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB) gewertet werden könne, oder aber ob damit nicht das vertragliche Synallagma in Form einer Leistungsbeschreibung des Mieters definiert werden solle. **Es muss schließlich auch im Bereich des Mietrechts selbstverständlich sein, dass die Vertragsparteien von vornherein ihre Leistungspflichten privatautonom festlegen können, ohne dass dies mit § 9 Abs 1 KSchG (bzw mit § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB) im Widerspruch stünde.**

Diese Freiheit zur Leistungsbeschreibung betrifft nicht nur die Bestimmung des ursprünglichen (dh also: vertraglich bedungenen) Zustandes des Mietobjekts, sondern eben auch die Regelung der laufenden Erhaltungspflichten.²⁷

Natürlich handelt es sich dabei jeweils um Vereinbarungen das eigentliche vertragliche Austauschverhältnis betreffend, dh eine Abbedingung oder Überwälzung von (allenfalls gemäß § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zunächst den Vermieter treffenden) Erhaltungspflichten hätte konsequenterweise bei der Bemessung des Entgelts des Mieters seine Berücksichtigung zu finden. Im Vollenwendungsbereich des MRG ergibt sich dies bei überwälzten Erhaltungspflichten bereits aus der zwingenden Bestimmung des § 28 MRG, wonach mit dem Vermieter vereinbarte (Dienst-)Leistungen auf den Hauptmietzins anzurechnen sind.²⁸ Außerhalb des Vollen-

²⁶ Wobl 2007, 62 ff (70).

²⁷ AA *Böhm*, wobl 2007, 134 ff (135), der für das Unternehmer-Verbraucher-Geschäft zwar davon ausgeht, dass die Parteien von vornherein den vertragsgemäßen Zustand des Mietgegenstandes im Mietvertrag beliebig umschreiben könnten (die Mietzinsminderung also nicht zum Tragen komme, wenn der geschuldete Zustand entsprechend „nieder“ angesetzt wurde und der Mieter den mangelhaften Zustand kannte und akzeptierte), ein späteres „Absinken“ des Zustandes des Mietgegenstandes während der Dauer des Mietverhältnisses aber jedenfalls die Erhaltungspflicht des Vermieters (als „besondere Gewährleistungskomponente“) auslöse. Für *Böhm* beschränkt sich somit im Anwendungsbereich des KSchG die vertragliche Gestaltungsfreiheit auf die ursprüngliche Bestimmung des Mietgegenstandes und dessen Qualität, während der Vermieter für die laufende Erhaltung (im Sinne einer Aufrechterhaltung des ursprünglichen, vertraglich bedungenen Zustandes) jedenfalls einstehen müsse.

²⁸ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht, Springer 2002, Rz 15 zu § 8 MRG, erachtet in diesem Sinne eine (zumindest analoge) Anwendung „des in § 28 [MRG] niedergelegten Korrektivs“ für nahe liegend, zumal Erhaltungspflichten ihrem

wendungsbereichs des MRG wird sich ebenfalls die Überwälzung auf den zu vereinbarenden Mietzins dämpfend auswirken – wenn auch zunächst nicht im strengen Sinne rechtlich (zumal der Mietzins durch keinerlei bestandrechtliche Regelungen eingeschränkt ist), so doch unter Berücksichtigung der Marktgegebenheiten faktisch. Dennoch wird vorzugsweise eine Anrechnung der vom Mieter zu erbringenden Leistungen auf das laufende Entgelt auch vertraglich festgehalten werden: Fließt nämlich die Verteilung der bestandrechtlichen Leistungspflichten in die Entgeltvereinbarung ein, schlagen sich also Belastungen des Mieters in einem entsprechend geringeren laufenden Entgelt nieder, kommt schon alleine wegen dieses vertraglich geschaffenen Ausgleichs eine zur Unwirksamkeit entsprechender Abbedingungs- oder Überwälzungsklauseln führende gröbliche Benachteiligung des Mieters in Vertragsformblättern nach § 879 Abs 3 ABGB nicht in Betracht.²⁹

Neben der Anrechnung der vom Mieter zu leistenden Arbeiten (bzw von ihm vertraglich verzichteten dispositiven Ansprüche) auf das vertragliche Entgelt besteht im hier interessierenden Zusammenhang eine entscheidende Konsequenz: Für die Prüfung des Vorliegens eines allfälligen Mietzinsminderungsanspruchs (dies ist nach der hier vertretenen Auffassung der – einzige! – gewährleistungsrechtliche Behelf im Bestandrecht) ist stets darauf Bedacht zu nehmen, ob überhaupt ein Mangel gegenüber dem vertraglich bedungenen Gebrauch vorliegt, und ob dieser Mangel „ohne Schuld des Bestandnehmers“³⁰ entstanden ist. **Stehen dem Mangel positive Leistungspflichten des Mieters gegenüber, ist also der Mieter vertraglich zur Beseitigung des Mangels verpflichtet, so verbleibt für einen Mietzinsminderungsanspruch nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB kein Raum. Wo aber Gewährleistungsrechte des Mieters erst gar nicht entstehen, können sie ihm auch nicht genommen werden; ein Verstoß gegen § 9 Abs 1 KSchG (bzw gegen § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB) ist daher im Falle vertraglich auf den Mieter überwälzter Erhaltungspflichten gar nicht denkbar. Die in § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB normierten Erhaltungspflichten des Vermieters müssten also mE entgegen den Entscheidungen 7 Ob 78/06f und 1 Ob 241/06g uneingeschränkt auf den Mieter überwälzt werden können.**³¹

d) Erste Eventualfrage zu Frage 3 (Bloß Überwälzungsverbot oder aber auch Verbot der Abbedingung?)

Doch selbst wenn man im Sinne der zitierten aktuellen Judikatur zum Schluss kommen sollte, dass die Pflichten

Wesen nach als Entgelt und damit als Mietzins im weiteren Sinne zu qualifizieren seien.

²⁹ Ganz abgesehen davon, dass § 879 Abs 3 ABGB nur auf Nebenabreden abzielt, Verschiebungen der dispositiven Erhaltungspflichten des Vermieters aber im Sinne der bisherigen Ausführungen als Bestimmung des eigentlichen Leistungsgegenstandes und damit als vertragliche Hauptabrede zu qualifizieren sind. Vgl hierzu *Riss*, wobl 2007, 62 ff (71).

³⁰ § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB.

³¹ Um im Unternehmer-Verbrauchergeschäft nicht mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG in Konflikt zu geraten, bedürfte es im Zuge einer allfälligen Überwälzung der Erhaltungspflichten auf den Mieter der vertraglichen Klarstellung, dass diese dort geschaffene Erhaltungspflicht des Mieters bei vom Vermieter vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Schäden nicht zum Tragen kommt. Außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG müsste die Erhaltungspflicht des Mieters wenigstens für vom Vermieter vorsätzlich verursachte Schäden ausgeschlossen werden (andernfalls Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB vorläge). Vgl hierzu *Böhm*, *immolex* 2007, 134 ff (136).

gemäß § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB nicht auf den Mieter überwälzt werden dürfen, bedeutet dies nicht, dass diese Erhaltungspflichten deshalb schon zwingend beim Vermieter angesiedelt wären. **Ein Ausschluss der den Vermieter nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB treffenden Pflichten ist mE als jedenfalls zulässig anzusehen, weil sie an sich abdingbar sind und dem Mieter mit einem solchen bloßen Ausschluss die ihm nach § 9 Abs 1 KSchG (bzw nach § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB) zwingend zustehenden Gewährleistungsrechte (= Mietzinsminderungsansprüche) nicht genommen werden:** Zumal Mietzinsminderungsansprüche nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB wie alle Gewährleistungsansprüche verschuldensunabhängig geltend gemacht werden können, vermag die bloße Abbedingung von durch dispositives Recht vorerst dem Bestandgeber zugewiesenen Verpflichtungen die Durchsetzung dieser Ansprüche keinesfalls zu verhindern oder zu erschweren. **Die Abbedingung der dispositiven Erhaltungspflichten des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ist somit auch in Ansehung der zwingenden Mietzinsminderungsansprüche des Mieters unschädlich. Werden solche Pflichten wirksam abbedungen, so kann sich also der Mieter bei Vorliegen entsprechender Mängel auf die ihm zwingend zustehenden Mietzinsminderungsansprüche nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB stützen. Der Mieter kann aber nicht darüber hinaus vom Vermieter die Beseitigung der Mängel begehren, und es stehen dem Mieter für den Fall, dass er diese Mängel selbst beseitigt, auch keinerlei unmittelbaren Ersatzansprüche nach § 1097 iVm § 1036 ABGB („notwendiger Aufwand“) zur Verfügung. Überdies ist zum Mietzinsminderungsanspruch des Mieters festzuhalten, dass ein solcher nur „für die Dauer und in dem Maße“³² der mit dem Vorliegen der Mängel verbundenen Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs besteht. Sobald also der Mieter den Mangel selbst beseitigt, besteht ab diesem Zeitpunkt auch kein Mietzinsminderungsanspruch mehr, weil ab dann ja keine Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs mehr vorliegt.**

Sofern also nun die AK Wien³³ den Standpunkt vertritt, dass ein Mieter „die Reparatur einer [mitvermieteten] Therme jedenfalls vom Vermieter verlangen“ könne bzw – sofern die Reparatur durch den Vermieter nicht in angemessener Frist erfolgt – die Reparatur auf Kosten des Vermieters vornehmen könne oder auch die Kosten einer bereits in der Vergangenheit durchgeführten Reparatur vom Vermieter begehren könne³⁴, erachte ich dies als **rechtsdogmatisch nicht verifizierbar und daher verfehlt.**³⁵

Für die Abdingbarkeit der den Vermieter allenfalls auch im Vollenwendungsbereich treffenden Erhaltungspflichten

³² § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB.

³³ <http://wien.arbeiterkammer.at/www-397-IP-35460-IPS-3.html> (Zugriff am 17. Juni 2007).

³⁴ Die Anspruchsgrundlage dafür ist § 1097 iVm § 1036 ABGB. Die Verjährungsfrist beträgt im aufrechten Mietverhältnis 30 Jahre. Nach § 1097 ABGB müssen aber im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses die Ersatzansprüche längstens binnen sechs Monaten nach Zurückstellung des Mietgegenstandes gerichtlich geltend gemacht werden.

³⁵ Lediglich für den Fall des Austauschs einer defekten Heiztherme (bzw eines solchen Heizkessels oder Warmwasserboilers) durch den Mieter und der Beendigung des Mietverhältnisses ergäbe sich für den Mieter aufgrund der durch die WRN 2006 neu geschaffenen Rechtslage ein Ersatzanspruch nach § 10 MRG, der mit einer jährlichen Abschreibung von 10% der Investitionssumme zu versehen ist.

nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB sprechen dort im übrigen auch systematische Gründe: § 3 MRG (im Sinne einer Darstellung des Umfangs der zwingenden Erhaltungspflichten des Vermieters) wäre völlig sinnentleert, wenn sich aus § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB in Wahrheit ein viel größerer Umfang zwingender Erhaltungspflichten des Vermieters ergäbe: wenn also die in § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB normierten Pflichten des Vermieters nicht wenigstens abbedungen werden könnten. Gleichmaßen entbehre der Zuschlag zum Richtwert nach § 16 Abs 2 Z 3 MRG jeder Logik, wenn der Vermieter jedenfalls für die Erhaltung der Etagenheizung aufzukommen hätte. Und schließlich hätte sich der Gesetzgeber der WRN 2006 die Mühe sparen können, den Austausch einer defekt gewordenen Heiztherme (bzw eines solchen Heizkessel oder eines solchen Warmwasserboilers) in den Ersatzanspruch des § 10 MRG zu integrieren, wenn dem Mieter ohnehin schon (gemäß der Entscheidung 7 Ob 78/06f zu „Klausel 31“ und „Klausel 33“ zwingende) Ansprüche nach § 1097 iVm § 1036 ABGB zustünden.³⁶

³⁶ Gegen diese systematischen Argumente mag nun eingewendet werden, dass sich die allenfalls zwingende Wirkung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ja nur für Verbrauchergeschäfte im Sinne des KSchG ergäbe, weshalb die Argumentation auf außerhalb des KSchG abgeschlossene Mietverträge nicht angewendet werden könne, doch ist die Einschränkung einer allenfalls zwingenden Wirkung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB auf lediglich den Bereich der Verbrauchergeschäfte mE – wie sogleich im Haupttext darzulegen sein wird – nicht zutreffend. Hinsichtlich § 16 Abs 2 Z 3 MRG und § 10 MRG wäre ein derartiger Einwand auch deshalb kaum gerechtfertigt, zumal diese beiden Bestimmungen ja nur für Wohnmietverträge gelten und die allermeisten Wohnungsmietver-

e) Zweite Eventualfrage zu Frage 3 (Wirkung allfälliger Beschränkungen auch außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG?)

Sollte man aber trotz aller hier geäußerten Argumente dem § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB in dessen funktioneller Verknüpfung mit § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB dennoch unabdingbare Wirkung zubilligen, oder aus § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB mit der aktuellen Judikatur wenigstens die Unzulässigkeit der Überwälzung der in ihm normierten Pflichten auf den Mieter ableiten wollen, so müsste dies auch außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG beachtlich sein: **Denn die Unabdingbarkeit der dem Mieter zustehenden Gewährleistungsansprüche (= Mietzinsminderungsansprüche) nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB ergibt sich nicht nur aus § 9 Abs 1 KSchG, sondern bereits ganz allgemein – über das Unternehmer-Verbraucher-Geschäft hinaus für jegliche Miete unbeweglicher Sachen – aus § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB.** In diesem Sinne argumentiert auch das OLG Wien in seiner bereits zitierten Berufungsentscheidung in Verfahren zur zweiten Verbandsklage³⁷: „Auf das Gewährleistungsrecht der Mietzinsbefreiung kann nämlich schon nach der ebenfalls zwingenden Bestimmung des § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB im Voraus nicht verzichtet werden, sodass § 9 KSchG beim Verbrauchergeschäft hinsichtlich der Miete unbeweglicher Sachen in Wahrheit keine von den allgemeinen Regeln des ABGB abweichende Rechtslage schafft.“

träge im Vollenwendungsbereich des MRG ohnehin auch als Unternehmer-Verbraucher-Verträge im Sinne des KSchG abgeschlossen werden.

³⁷ OLG Wien, 1 R 246/05m.

**WIEN
INSTALLATEUR**

Tel. 944 10 58
www.wien-installateur.at

thermentauschprofi

Kombitherme mit Montage ab 1.650,-

- Kombitherme Saunier Duval C18E ab 1.650,-
- Kombitherme Nordgas Esprit 20 E / HT ab 1.650,-
- Kombitherme BAXI Luna 180I ab 1.690,-
- Kombitherme Löblich AGLM 18 ab 1.890,-
- Kombitherme WOLF GU-2EK 18 S ab 1.920,-
- Kombitherme Junkers ZWN 18-6KE ab 2.170,-
- Kombitherme VAILLANT VCW 184/3-C ab 2.450,-

- Kleines Thermenservice 58,-
- Standard Thermenservice 96,-
- Abgasmessung + 25,-

Inklusive Wegzeit innerhalb Wiens und inkl. 20% MWS!

Jeweils Kombitherme samt Montage in Wien und inkl. 20% MWS!

**Thermen
Reparaturen**

Gratis Kostenvoranschlag

binnen 24 Stunden per FAX oder Email

Kurzfristig Montagetermine

Dass sich der 1. und 7. Senat des OGH in 7 Ob 78/06 f und 1 Ob 241/06g in ihrer Begründung zur Unzulässigkeit der „Klausel 23“ bzw der „Klausel 2“ nur auf § 9 Abs 1 KSchG, nicht aber auf § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB stützen, ist nur darauf zurückzuführen, dass in den gegenständlichen (auf Basis einer verbraucherschutzrechtlichen Verbandsklage gemäß § 28 Abs 1 KSchG ergangenen) Entscheidungen Äußerungen des Höchstgerichts für Fälle außerhalb des Unternehmer-Verbraucher-Geschäfts gar nicht erforderlich waren. Dies darf aber eben nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass im Unternehmer-Verbraucher-Geschäft für den Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen des Mieters andere Prämissen gelten würden als außerhalb des KSchG.³⁸

f) Obliegenheit/Verpflichtung des Mieters zum pfleglichen Gebrauch des Mietgegenstandes

Unterhalb der den Vermieter nach § 3 MRG bzw § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB treffenden Erhaltungspflichten bzw der den Mieter nach § 8 Abs 1 MRG bzw § 1098 ABGB treffenden Wartungs- und Instandhaltungspflichten **gibt es mE unter dem Titel der – Verkehrssitte und vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten entsprechenden – stillschweigend bedungenen „Obliegenheit zum pfleglichen Gebrauch“ einen von vornherein den Mieter treffenden Verantwortungsbereich.**³⁹ Unter diesen ist etwa die Pflege und Reinigung des Mietgegenstandes und dessen Einrichtungen (Böden, Wände, Innenfenster, Türen, Sanitäranlagen, Ver- und Entsorgungseinrichtungen, mitvermietetes Mobiliar, etc), das Ausmalen und Tapezieren der Räume, das Abschleifen und Versiegeln der Fußböden, die Erneuerung abgenützter Bodenbeläge, die Beseitigung von Abnützungen und geringfügigen Gebrauchsschäden (wie zB lockere oder gesprungene Fliesen, beschädigte Sesselleisten, defekte Armaturen, ausgerissene oder klemmende Scharniere, Gebrauchsschäden an Innenfenstern, Jalousien und Markisen, etc) uvm zu subsumieren. Zumal ein derartiger pfleglicher Gebrauch von vornherein nicht den Vermieter trifft, muss er von ihm auch nicht eigens abbedungen werden. Wegen der in den angeführten Bereichen bestehenden Mängel und Beeinträchtigungen (zumal sie aufgrund der Verpflichtung des Mieters zum pfleglichen Gebrauch nicht „ohne Schuld des Bestandnehmers“⁴⁰ vorliegen) stehen dem Mieter gegen den Vermieter auch keinerlei Mietzinsminderungsansprüche, Ansprüche auf Durchführung der Mängelbeseitigung oder gar im Fall der Vornahme der Mängelbeseitigung durch den Mieter Ersatzansprüche nach § 1097 iVm § 1036 ABGB zu. Im Gegenteil: **Gehen Mängel und Beeinträchtigungen über die gewöhnlichen (und vom Vermieter hinzunehmenden) Gebrauchsspuren hinaus (außergewöhnliche Abnützungen, grobe Verschmutzungen, Kontaminierungen, etc) bzw sind Pflege-, Wartungs- und Instandhaltungsmaßnahmen zur Ab-**

wehr von Nachteilen des Vermieters (Eigentümers) bzw der anderen Mieter des Hauses vonnöten (wie zB die Instandhaltung der oberflächlichen Teile der Elektroinstallationen durch etwa Austausch von Glühbirnen und Sicherungen und die Erneuerung gebrochener oder ausgeleierter Lichtschalter und Steckdosen, die Beseitigung von Verkalkungen, die Erneuerung der Dichtungen der Fenster, der Sanitäranlagen sowie der Silikonverfugungen, die Behebung von Verstopfungen der Abflüsse, Abläufe und Rigolen, die Schneeräumung von mitvermieteten Freiflächen – sofern der verbleibende Schnee Gebäudestatik oder -substanz beeinträchtigen würde, etc) **wandelt sich die Obliegenheit des Mieters zum pfleglichen Gebrauch des Mietgegenstandes in eine entsprechende Verpflichtung um**⁴¹, **und stehen dem Vermieter somit Möglichkeiten zur Durchsetzung dieser Verpflichtung oder auch zur Aufkündigung bzw Auflösung des Mietverhältnisses wegen erheblich nachteiligen Gebrauchs**⁴² **offen.**

Damit wäre zur Vermeidung geradezu absurder Auslegungsergebnisse⁴³ sichergestellt, dass **Pflege- und Servicemaßnahmen, die in einem sehr engen Kontext mit der Nutzung des Mietgegenstandes stehen** und daher faktisch der Sphäre des Mieters zuzurechnen sind, auch hinsichtlich der rechtlichen Verantwortung dem Mieter zugeordnet werden.

Soweit daher etwa von *Böhm/Graf*⁴⁴ unter Bezugnahme auf § 1096 (Abs 1 Satz 1) ABGB die Meinung vertreten wird, der Mieter könne (jedenfalls im Unternehmer-Verbraucher-Geschäft) zwingend verlangen, dass der Vermieter die Wohnung (oder allgemeiner noch: den Mietgegenstand) in regelmäßigen Abständen ausmalen oder tapezieren lässt, so ist dies gleich aus zwei Gründen entschieden abzulehnen: Zum einen handelt es sich beim Ausmalen bzw Tapezieren mitnichten um Instandhaltungs- bzw Erhaltungsmaßnahmen, sondern um Maßnahmen des soeben dargestellten pfleglichen Gebrauchs des Mietgegenstandes, die vom Mieter zu verantworten und zu veranlassen sind. Doch selbst wenn man diese Arbeiten als Instandhaltung bzw Erhaltung qualifizieren sollte, wären sie – wie bereits unter → B.2.c) und → B.2.d) ausgeführt – auf den Mieter überwälzbar, zumindest aber abdingbar.

Die Obliegenheit bzw Verpflichtung des Mieters zum pfleglichen Gebrauch des Mietgegenstandes kann im übrigen auch sehr gut mit den Entscheidungserwägungen des OGH in 7 Ob 78/06f zur „Ausmalverpflichtung“ („Klausel 32“) in Einklang gebracht werden: Entgegen vielfach verlauteter medialer Meldungen ist ja eine vertragliche **Ausmalverpflichtung nicht per se unwirksam, sondern nur für den Fall, dass der Mietgegenstand mit lediglich gewöhnlichen Gebrauchsspuren zurückgestellt wird. Soweit eine**

³⁸ Ein solcherart aus den Entscheidungen 7 Ob 78/06 f und 1 Ob 241/06g abzuleitendes generelles Überwälzungsverbot der sich aus § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ergebenden Pflichten stünde dann freilich klar im Widerspruch zur bisherigen bzw übrigen Judikatur (6 Ob 42/02y mwN, 7 Ob 2170/96k, 8 Ob 153/06t, RIS-Justiz RS 0020841, RS0021233, RS0021525 und RS0106158).

³⁹ Vgl hierzu auch 6 Ob 42/02y mwN, wonach der Mieter zur „üblichen Pflege der Einrichtungen des Bestandgegenstandes“ verpflichtet sei.

⁴⁰ § 1096 ABGB Abs 1 Satz 2 ABGB.

⁴¹ Zumal ja der Mieter nach § 8 Abs 1 MRG bzw § 1098 ABGB erhalten ist, durch seine Pflege (Wartung, Instandhaltung) des Mietgegenstandes Nachteile vom Vermieter (Eigentümer) und den anderen Mietern des Hauses abzuwehren.

⁴² § 30 Abs 2 Z 3 Satz 1 MRG bzw § 1118 Satz 1 ABGB.

⁴³ Nach welchen der Mieter in Ansehung der nicht überwälzbaren umfassenden Erhaltungspflichten des Vermieters von diesem unter Androhung von Mietzinsminderungsansprüchen sprichwörtlich „jeden Handgriff“ begehren könnte, sofern dieser zwar nicht für eine Nachteilsabwehr iSd § 8 Abs 1 MRG bzw § 1098 ABGB, sehr wohl aber für die Aufrechterhaltung des bedungenen Gebrauchs notwendig ist.

⁴⁴ Immolex 2007, 102 ff (106).

vertragliche Ausmalverpflichtung hingegen auf die Rückstellung in einem Zustand außergewöhnlicher Abnutzung abstellt, ist sie wirksam, was selbst von der AK Wien⁴⁵ anerkannt wird (zumal auch nach der von ihr geäußerten Ansicht der Mieter nur dann nicht neu ausmalen müsse, wenn er „die Malerei nicht durch eine andere Farbe verändert“ hat und wenn „sie nicht übermäßig beschädigt oder abgenützt“ ist).

Wie immer man im einzelnen mit dem bedungenen pflegerischen Gebrauch durch den Mieter auch rechtsdogmatisch umgehen mag: Allgemeiner Konsens wird wohl darüber erzielt werden können, dass es im unmittelbaren Zusammenhang mit der Nutzung des Mietgegenstandes durch den Mieter (und der damit erfolgenden Wechselwirkung zwischen dem Nutzer und seiner räumlichen Umgebung) jedenfalls einen – gleichsam mit der Nutzung untrennbar zusammenhängenden – Verantwortungsbereich geben muss, der beim Mieter verbleibt. „Gar nichts zu tun“ hätte der Mieter wohl erst dann, wenn ihm der Vermieter – überspitzt formuliert – sogar die Nutzung des Mietgegenstandes abnehmen würde, und die angesprochene Wechselwirkung gar nicht erst zur Entfaltung gelangte.

g) Preissteigerungen auf dem Mietenmarkt

Die zitierten aktuellen Entscheidungen des OGH werden dem Vernehmen nach auf dem Mietenmarkt deutliche Auswirkungen hervorrufen:

Aufgrund der judizierten Nichtüberwälzbarkeit von Erhaltungspflichten auf den Mieter sind im Bereich der Voll- und Teilausnahmen vom MRG markante Steigerungen der Mietzinse zu erwarten. Diese Konsequenz folgt nicht nur einer zwingenden Logik des freien Marktes, sondern lässt sich auch in rechtlicher Hinsicht klar aus der Entscheidung 7 Ob 78/06f ableiten: Dort vertritt das Höchstgericht zu „Klausel 23“ die Ansicht, dass der freie Mietzins als „Regulativ“ für die Nichtüberwälzbarkeit der Erhaltungspflichten auf den Mieter fungiere, und noch dazu „die vom Mieter zu erbringenden Leistungen“ (gegenüber einer Überwälzung der Erhaltungspflichten auf den Mieter) „transparenter“ mache. Den Vermietern im Bereich der Voll- und Teilausnahmen vom MRG kann jedenfalls nur geraten werden, zur eigenen Sicherheit von diesem „Regulativ“ Gebrauch zu machen.

Die im nicht preisgeschützten Marktsegment (also im Bereich der Voll- und Teilausnahmen vom MRG) zu erwartende Kostendynamik wird auch den sich am Marktniveau orientierenden angemessenen Mietzins gemäß § 16 Abs 1 MRG erfassen.

Im Bereich des Richtwertmietzinses kann indes nur sehr eingeschränkt auf die neue Sichtweise der Rechtsprechung reagiert werden und ergibt sich daher gerade dort die Notwendigkeit einer Reaktion des Gesetzgebers (sei es im Wege einer Anpassung der gesetzlich reglementierten Mietzinse, sei es im Wege einer Neubewertung der bestandrechtlichen Erhaltungspflichten), um einen ausgewogenen, leistungsfähigen Markt zu sichern. Lediglich für den Fall, dass der Vermieter die Verpflichtung zur Erhaltung einer Etagenheizung nicht abbedingt, kommt jedenfalls ein Zuschlag zum Richtwert zum Tragen (§ 16 Abs 2 Z 3

⁴⁵ <http://wien.arbeiterkammer.at/www-397-IP-35460-IPS-3.html> (Zugriff am 17. Juni 2007).

MRG).⁴⁶ Die Möglichkeit einer analogen Ausdehnung dieses Zuschlags auf andere seitens des Vermieters nicht abbedungene Erhaltungspflichten ist überlegenswert, aber zweifelhaft.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

- Sowohl im Vollenwendungsbereich des MRG als auch im Bereich der Voll- und Teilausnahmen vom MRG erachtet die aktuelle Judikatur bei Mietverträgen, die dem KSchG unterliegen, die generelle Überwälzung der Verpflichtung zur Wartung, Instandhaltung und Erneuerung der für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte auf den Mieter wegen der damit verbundenen Einschränkung der Mietzinsminderungsansprüche des Mieters als unzulässig. Zumal sich die zwingende Wirkung des (als Gewährleistungsbefehl zu qualifizierenden) Mietzinsminderungsrechts des Mieters nicht nur aus § 9 Abs 1 KSchG, sondern auch aus § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB ergibt, bezieht sich dieses von der neuesten Rechtsprechung festgestellte Überwälzungsverbot wohl auch auf Mietverträge außerhalb des KSchG.
- Eine Abbedingung der den Vermieter (im Bereich der Voll- und Teilausnahmen vom MRG jedenfalls und im Vollenwendungsbereich des MRG allenfalls) treffenden Erhaltungspflichten gemäß § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ist hingegen selbst dann als zulässig zu erachten, wenn man hinsichtlich deren Nichtüberwälzbarkeit den neuesten OGH-Entscheidungen folgen sollte. Im Falle einer solchen Abbedingung stehen dem Mieter bei Vorliegen entsprechender Mängel (zB Defekt einer mitvermieteten Heiztherme) gegenüber dem Vermieter zwar Mietzinsminderungsansprüche, nicht aber darüber hinausgehende Leistungsansprüche, gerichtet auf Durchsetzung der Erhaltungsmaßnahmen (zB Reparatur oder Austausch der Heiztherme) bzw Geldersatz für bereits selbst getätigte Erhaltungsaufwendungen zu. Die dem Mieter zustehende Mietzinsminderung ist auf die Dauer und das Ausmaß der mit dem Mangel verbundenen Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs beschränkt: Beseitigt der Mieter den Mangel selbst, wird damit auch der Mietzinsminderungsanspruch beendet, zumal ab diesem Zeitpunkt keine Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs mehr vorliegt.
- Ungeachtet der Erhaltungspflichten des Vermieters trifft den Mieter eine als stillschweigend bedungen zu qualifizierende Obliegenheit zum pflegerischen Gebrauch des Mietgegenstandes. Ist der Mietgegenstand in einem Zustand außergewöhnlicher Abnutzung oder sind Handlungen geboten, um Nachteile vom Vermieter und den anderen Mietern des Hauses abzuwehren, so wandelt sich die Obliegenheit des Mieters zu einer seitens des Vermieters durchsetzbaren Verpflichtung um. Daher ist zB für den Fall der außergewöhnlichen Abnutzung eine mietvertragliche Ausmalverpflichtung als durchaus zulässig zu erachten.

⁴⁶ Die Richtlinien des Magistrats der Stadt Wien für die Ermittlung des Richtwertmietzinses (Download unter: <http://www.wien.gv.at/ma25/richtwert.htm>) sehen hierfür einen Zuschlag in der Höhe von bis zu 5% des Richtwerts vor.

Artikel / Länderforum

- Die durch die aktuelle Rechtsprechung hinsichtlich der Erhaltungspflichten neu zu bewertende Situation wird im Bereich der freien Mietzinsbildung eine deutlich preissteigernde Wirkung entfalten, die im Vollanwendungsbereich des MRG auch die angemessenen Mietzinse erfassen wird. Anpassungsmöglichkeiten im Be-

reich des Richtwertmietzinses sind zwar vorhanden, aber beschränkt, sodass der Gesetzgeber vor allem im Vollanwendungsbereich des MRG aufgefordert ist, die Frage der mietrechtlichen Erhaltungspflichten im Sinne wirtschaftlich vernünftiger, die Ausgewogenheit des Mietmarktes sichernder Regelungen zu klären. ■