

# TE OGH 2009/5/19 3Ob20/09a

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.05.2009

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie die Hofräte und Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Lovrek, Dr. Jensik und Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Rudolfine d\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Wolfgang Deitzer, Rechtsanwalt in Schwechat, gegen die beklagte Partei Gerhard M\*\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Terp, Rechtsanwalt in Wien, wegen Aufkündigung, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Berufungsgericht vom 11. November 2008, GZ 22 R 83/08y-49, womit über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichts Schwechat vom 23. Juli 2008, GZ 3 C 856/06t-40, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die Klägerin kündigte mit der am 4. Oktober 2006 beim Erstgericht eingelangten und dem Beklagten am 11. Oktober 2006 zugestellten Aufkündigung den Mietvertrag über das ihr gehörige, näher bezeichnete Einfamilienhaus aus den Kündigungsgründen des § 30 Abs 2 Z 3 erster Fall MRG und § 30 Abs 2 Z 13 MRG auf. In der Kündigung brachte die Klägerin vor, dass sich der Beklagte mit Mietvertrag vom 29. Jänner 1997 verpflichtet habe, das Bestandobjekt auf eigene Kosten in ordentlichem und gutem Zustand zu erhalten. Der Beklagte komme seiner Erhaltungspflicht in vorsätzlicher Weise nicht nach. Es seien bereits Substanzschädigungen eingetreten. Der Verstoß gegen die Verpflichtung zur Erhaltung des Bestandgegenstands sei als wichtiger Kündigungsgrund vereinbart worden.

Im fortgesetzten Verfahren wiederholte die Klägerin ihr Vorbringen in der Kündigung und brachte ergänzend vor, dass der Beklagte die Terrasse mit einer viel zu dünnen, für den Zweck nicht geeigneten Dachpappe provisorisch abgedichtet habe. Auf einer Fläche von 1 ½ m<sup>2</sup> Rasenfläche seien Rohbeton bzw Reste einer ehemals angebrachten Horizontalisolierung ersichtlich. In diesem Bereich seien seinerzeit keine Abdichtungsmaßnahmen vorgenommen worden. Der Fassadenputz sei zerrüttet. Ein kleiner Baum mit einem ca 2 cm dicken Stamm sei auf der Terrasse gewachsen. Das Gelände und die Terrassentür seien in einem katastrophalen Zustand. Der Beklagte unterlasse die Arbeiten bewusst, um eine Wertminderung des Objekts zu erreichen, das er selbst zu kaufen beabsichtigte.

Der Beklagte wendete ein, dass er das Objekt ohnedies ständig und laufend warte. Er sei aufgrund eines dem

Vormieter eingeräumten Weitergaberechts 1994 in den Mietvertrag über das Einfamilienhaus eingetreten. Die Klägerin habe das Objekt 1986 im abbruchreifen Zustand an den Vormieter vermietet. Der Beklagte habe dem Vormieter die von diesem getätigten Investitionen in Höhe von 123.543,82 EUR abgelöst. Ein Streit um den von ihm geplanten Vollausbau des Dachgeschoßes habe mit dem Mietvertragsabschluss 1997 geendet. Aufgrund eines eingeholten Rechtsgutachtens stehe er auf dem Standpunkt, dass die Vermieterin Substanzschäden am Haus zu beheben habe. Die Klägerin habe tatsächlich seit 20 Jahren keinen Euro in die Liegenschaft investiert.

Der behauptete Substanzschaden im Bereich des Balkons liege nicht vor. Tatsächlich habe die Schadensbehebung netto 2.600 EUR betragen. Der Vormieter habe vor dem Schlafzimmer einen Balkon errichtet. Diese Investition sei in das Eigentum der Klägerin übergegangen. Im Bereich des Balkons sei eine Isolierung angebracht worden. Diese habe sich im Bereich des Übergangs des Balkons zur Hausmauer aufgrund Altersabnutzung abgelöst und im Frühjahr 2006 einen kleinen Wasserschaden verursacht. Gerade in diesem Bereich des Balkons solle die Erweiterung des Dachgeschoßes stattfinden. Der Balkon werde weder vom Beklagten noch von seiner Familie benutzt. Bereits der Vormieter habe eine großzügige Terrasse vor der Liegenschaft errichtet.

Im Übrigen habe er am 14. Februar 2008 anlässlich eines Telefonats mit der Klägerin vereinbart, dass die Klägerin die Kündigung gegen Kostenübernahme durch ihn zurückziehen und das Verfahren nicht weiter fortsetzen werde. Dabei seien weitere, näher bezeichnete Absprachen getroffen worden.

Das Erstgericht erkannte die Aufkündigung für rechtswirksam und verpflichtete den Beklagten zur Räumung des Einfamilienhauses.

Es traf folgende Sachverhaltsfeststellungen:

Die Klägerin ist Eigentümerin des in S\*\*\*\*\* gelegenen Grundstücks. Auf diesem Grundstück steht ein älteres Haus, welches im Laufe der Zeit durch Zubauten erweitert worden ist.

Die Klägerin hatte dieses Objekt mit Mietvertrag vom 12. Mai 1986 an den Vormieter des Beklagten vermietet. Der Beklagte heiratete in der Folge die geschiedene Frau des Vormieters und trat in dessen Mietvertrag vom 12. Mai 1986 ein. Mitte der 90iger Jahre des vorigen Jahrhunderts bestanden zwischen den Streitteilen in Bezug auf Mietzinszahlungen und die Frage des Dachbodenausbau Streitigkeiten, die vor dem Bezirksgericht Schwechat ausgetragen wurden. Die Parteien einigten sich dahin, dass die Klägerin dem vom Beklagten gewünschten Dachbodenausbau zustimmte; es wurde zwischen den Streitteilen am 29. Jänner 1997 ein neuer Mietvertrag mit geänderter Miete vereinbart. Der Beklagte bestätigte im Mietvertrag, das Mietobjekt vom Vermieter in einem ordentlichen und guten Zustand übergeben bekommen zu haben.

Pkt IV dieses Vertrags lautet:

„Der Mieter verpflichtet sich, das Mietobjekt pfleglich zu behandeln, und es auf eigene Kosten in ordentlichem und guten Zustand zu erhalten. ... Der Mieter haftet der Vermieterin für alle Schäden, die aus einer unsachgemäßen oder vertragswidrigen Benützung des Bestandobjekts oder dessen mangelnder Wartung durch den Mieter oder durch sonst von ihm in das Objekt aufgenommene Personen entstehen.“

Der zweite Satz des Pkt V dieses Mietvertrags lautet:

„Investitionen, die der Mieter am Mietobjekt vornimmt und die sich ohne wesentliche Wertminderung nicht beheben lassen, gehen mit Beendigung des Mietverhältnisses entschädigungslos ins Eigentum der Vermieterin über.“

Als Auflösungs- und Kündigungsgrund iSD § 30 Abs 2 Z 13 MRG wurde ua ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Pkt IV bis VI des Mietvertrags vereinbart.

Nachdem der Beklagte die Zustimmung der Klägerin zum Ausbau eines Dachbodens erhalten und auch entsprechende Anträge bei der Baubehörde gestellt hatte, erfolgte in weiterer Folge jedoch kein Ausbau des Dachbodens. Der Beklagte wollte eine Kostenbeteiligung der Klägerin an den Kosten für die Neueindeckung des vorderen Teils des Daches erreichen, der vom Umbau nicht betroffen wäre. Diese lehnte jedoch immer eine Beteiligung an diesen Umbaukosten ab.

Da durch den Umbau eine vom Vormieter errichtete Gaupe mit Terrassentür und einer kleinen Terrasse im Obergeschoß mitumfasst wäre, unterließ der Beklagte in all den Jahren Wartungsarbeiten an diesen Teilen. Das führte dazu, dass die vom Vormieter angebrachten Fliesen nicht mehr auf dieser Terrasse hafteten und die vorhandene

Isolierung unzureichend war, sodass es sogar dazu gekommen ist, dass sich in einer Mauerritze ein Baum entwickeln und bis zur Verholzung ausreifen konnte. Die Holzterrassentür und das Holzgeländer wurden ebenfalls nicht gewartet. Das Holz hätte alle ein bis zwei Jahre entsprechend behandelt werden müssen. Die Unterlassung führte im Sommer 2006 zu Nässeeintritten in die Innenräume des Objekts aufgrund der schadhaften Terrasse. Bei einer Begutachtung am 16. August 2006 stellte der von der Versicherung eingeschaltete Sachverständige nicht nur aktuelle, sondern auch deutlich ältere Wasserflecken im Gebäudeinneren fest. Die Terrassentür war völlig vermorscht und das Holzgeländer nur mehr fragmentarisch vorhanden. Es bestand zum damaligen Zeitpunkt Absturzgefahr. Obwohl die zuständige Versicherung aufgrund dieser Mängel und der Angaben der Frau des Beklagten dem Sachverständigen gegenüber, dass aufgrund von Unstimmigkeiten mit der Hauseigentümerin bewusst keine Erhaltungsarbeiten veranlasst worden sind, die Schadenstragung ablehnte, führte der Beklagte nur unzureichende Arbeiten im Bereich dieser Terrasse durch. Er entfernte zwar den Baum, setzte jedoch keine Maßnahmen in Bezug auf die Terrassenbrüstung und die Türe. Die Terrasse selbst wurde nur provisorisch isoliert.

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte das Dach wartete. Einige wenige Dachplatten wurden erneuert, das Dach wurde jedoch von Moosbefall nicht laufend befreit. Das Belassen des Mooses auf dem Dach kann unter anderem dazu führen, dass das Moos unter die Dachplatte wachsen kann und in weiterer Folge Wassereintritte drohen.

Der Beklagte unterließ es, gebrochene Platten des vom Vermieter angebrachten Plattenbelags im Erdgeschoß zu ersetzen. Aufgrund des Alters des Gebäudes und der damaligen Bauweise kommt es ohnehin im Bereich des Kellers immer wieder zu Feuchtigkeitsschäden. Es konnte in diesem Zusammenhang nicht festgestellt werden, dass der Beklagte tatsächlich einen entsprechenden Sanierputz in den letzten 5 Jahren vor Aufkündigung des Vertrags angebracht hat.

Aus dem Schriftverkehr mit dem Beklagten, welcher nach der Erstellung des Gutachtens durch die Versicherung geführt wurde, ist für die Klägerin ersichtlich, dass der Beklagte nicht bereit ist, Arbeiten in Bezug auf das Dach oder die Terrasse durchzuführen, oder den Wasserschaden endgültig aus eigener Tasche zu bezahlen. Sie konnte daher davon ausgehen, dass entsprechende Aufforderungsschreiben an den Beklagten nutzlos seien, da sich dieser immer wieder auf den Standpunkt stellte, dass die Vermieterin diese Arbeiten durchführen müsste. So hat der Beklagte etwa mit Schreiben vom 30. August 2006 eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin das Dach selbst reparieren müsse bzw der Beklagte dieses nur bei einem Kauf der Liegenschaft reparieren würde.

Auch nach Einbringung der Aufkündigung hat der Beklagte keine Erhaltungsarbeiten in Bezug auf Terrassentüre, Geländer, Dach und Außenverplattung durchgeführt.

Rechtlich meinte das Erstgericht, dass sich auf der Liegenschaft lediglich ein Bestandgegenstand befände, weshalb das MRG nicht anzuwenden sei. Der geltend gemachte Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 3 erster Fall MRG liege vor, weil der Beklagte es über einen sehr langen Zeitraum, praktisch beginnend mit der Neuabfassung des Mietvertrags, unterlassen habe, die Terrasse, das zugehörige Gelände und die Terrassentüre entsprechend zu warten. Dadurch sei es möglich gewesen, dass das Geländer und die Tür irreparabel vermorscht seien und es 2006 bereits zu Wassereintritten in das Objekt gekommen sei. Auch durch die Unterlassung einer entsprechenden Wartung des Daches und der Bodenplatten rund um das Haus bestehe die Gefahr von Substanzschäden.

Das Berufungsgericht gab der dagegen erhobenen Berufung des Beklagten nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Das Berufungsgericht übernahm sämtliche Feststellungen des Erstgerichts. Es vertrat die Rechtsauffassung, dass die Kündigungsschutzbestimmungen des MRG auf das Mietverhältnis Anwendung fänden. Da im konkreten Fall weder § 3 MRG noch das KSchG anwendbar seien, sei die Erhaltungspflicht für das Objekt zulässigerweise auf den Beklagten überwälzt worden. Der geltend gemachte Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 3 erster Fall MRG sei daher verwirklicht.

Zu der vom Beklagten behaupteten außergerichtlichen Vereinbarung mit der Klägerin lägen die in der Berufung gerügten Feststellungsmängel nicht vor, weil ein Vorbringen des Beklagten in erster Instanz fehle, dass er die Kosten (gemeint offenbar: des Kündigungsverfahrens) ersetzt habe.

Die inhaltlich allein aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene außerordentliche Revision des Beklagten strebt eine Abänderung der Urteile der Vorinstanzen an. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil die Entscheidung<sup>7</sup> Ob 78/06f eine Auseinandersetzung damit erfordert, ob die bisherige ständige Rechtsprechung, wonach § 1096 ABGB dispositives Recht darstellt, soweit nicht die Mietrechtsgesetzgebung anderes normiert, aufrecht zu erhalten ist. Die Revision ist im Sinn ihres Eventualantrags auf Aufhebung auch berechtigt.

In der Revision wiederholt der Beklagte seinen Standpunkt, dass die „Klauselentscheidungen“<sup>7</sup> Ob 78/06f und 1 Ob 241/06g), die die Überwälzung von Instandhaltungspflichten auf den Mieter für unzulässig erklärten, auch auf seinen Mietvertrag übertragbar seien.

1. Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen:

Der Mietvertrag zwischen den Streitteilen wurde 1997, also vor der MRN 2001, geschlossen. Es ist daher§ 1 Abs 4 Z 2 MRG idF vor der MRN 2001 anzuwenden: Demnach gelten ua die Kündigungssbestimmungen nicht jedoch die übrigen Bestimmungen des I. und II. Hauptstücks für Wohnungen in einem Wohnhaus mit nicht mehr als zwei selbstständigen Wohnungen. Das vom Beklagten gemietete Einfamilienhaus unterliegt somit dem Teilanwendungsbereich des MRG. Die Kündigungsschutzbestimmungen sind - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte - anzuwenden, weil für alle vor dem 1. Jänner 2002 geschlossenen Verträge § 1 Abs 4 Z 2 idF vor der MRN 2001 weiter gilt (Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht<sup>21</sup> § 1 Rz 54 mwN).

2. Zur Eventualmaxime:

Gemäß § 33 Abs 1 zweiter Satz MRG hat der Vermieter in der gerichtlichen Kündigung die Kündigungsgründe kurz anzuführen; andere Gründe kann er in diesem Verfahren nicht mehr geltend machen. Die ziffernmäßige Bezeichnung des Kündigungsgrundes genügt lediglich dort, wo die betreffende Ziffer nicht eine Mehrheit von Tatbeständen aufweist (RIS-Justiz RS0069069; Würth/Zingher/Kovanyi aaO § 33 Rz 23). Dieser Anforderung genügt die von der Klägerin eingebrachten Kündigung, weil sie ausdrücklich auf den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 3 erster Fall MRG Bezug nimmt und dabei die Behauptung aufstellt, dass der Beklagte seiner Erhaltungspflicht in vorsätzlicher Weise nicht nachkomme, sodass aufgrund der Unterlassung von Erhaltungs- und Sanierungsarbeiten bereits Substanzschädigungen eingetreten seien.

Es schadet auch nicht, dass das von der Klägerin in der Kündigung erstattete Vorbringen keine weitere Individualisierung des dem Beklagten konkret vorgeworfenen Verhaltens enthält: Es reicht, wenn der Vermieter nach Erhebung von Einwendungen durch den Mieter die einzelnen Tatbestandsmerkmale behauptet und nachweist (Würth/Zingher/Kovanyi aaO § 33 Rz 23; 3 Ob 69/08f mwN).

Es ist demgemäß das gesamte im Verfahren erstattete Vorbringen der Klägerin bei Beurteilung, ob der Beklagte den geltend gemachten Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 3 erster Fall MRG verwirklichte, zu berücksichtigen. Allerdings ist klarzustellen, dass sich die Klägerin in ihrem Vorbringen nur auf die mangelhafte Isolierung der Terrasse, die damit nach den Behauptungen der Klägerin im Zusammenhang stehende Fassadenputzerrüttung und das Wachsen eines kleinen Baums auf der Terrasse sowie die unterlassene Instandhaltung des Holzgeländers und die dadurch bewirkte irreparable Beschädigung der Terrassentür und die Vermorschung des Balkongeländers bezog. Auf die vom Erstgericht festgestellte mangelnde „Dachübergehung“, auf die Kellerfeuchte (für die im Übrigen die Bausubstanz des Hauses selbst verantwortlich ist) und auf eine behauptete Verletzung der Erhaltungspflicht des Beklagten im Zusammenhang mit den teilweise gesprungenen Bodenplatten im Erdgeschoß hingegen hat die Klägerin in ihrem gesamten erstinstanzlichen Vorbringen die Aufkündigung nicht gestützt. Nur die Feststellungen zur mangelnden Dachterrassenisolierung und zur Vermorschung von Tür und Geländer können daher für die Beurteilung, ob der geltend gemachte Kündigungsgrund verwirklicht ist, herangezogen werden. Den im Bereich der Terrasse gewachsenen Baum entfernte der Beklagte bereits vor Einbringung der Aufkündigung.

3. Zum Kündigungsgrund des erheblich nachteiligen Gebrauchs:

3.1 Der Kündigungsgrund des erheblich nachteiligen Gebrauchs iSd § 30 Abs 2 Z 3 erster Fall MRG liegt (ebenso wie der vergleichbare Aufhebungstatbestand des § 1118 erster Fall ABGB) vor, wenn durch eine wiederholte, länger währende vertragswidrige Benützung eines Bestandobjekts oder durch eine längere Reihe von Unterlassungen notwendiger Vorkehrungen wichtige Interessen des Vermieters verletzt werden oder eine erhebliche Verletzung der Substanz des Mietgegenstands erfolgte oder auch nur droht (RIS-Justiz RS0067832; RS0020981; Würth in Rummel ABGB3 § 30 MRG Rz 16). Sorgloser Umgang mit Wasser, wenn dadurch Wasserschäden drohen, stellt nachteiligen Gebrauch dar (8 Ob 505/95 = wobl 1996/50; 1 Ob 1504/96 ua).

Es reicht aus, dass dem Mieter unter Zugrundelegung des Maßstabs eines durchschnittlichen Mieters (10 Ob 17/00y; RIS-Justiz RS0070433 [T1], RS0020867) das nachteilige Verhalten bewusst war oder bewusst sein musste (RIS-Justiz RS0070433). Ein Verschulden des Mieters ist hingegen nicht erforderlich (RIS-Justiz RS0020981 [T12]; 3 Ob 164/02t). Maßgeblich für die Beurteilung, ob der geltend gemachte Kündigungsgrund verwirklicht wird, ist der Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung (RIS-Justiz RS0070378; zuletzt 8 Ob 86/08t).

3.2 Nach der Rechtsprechung stellt auch die Verletzung einer vom Mieter - abweichend von der gesetzlichen Regelung - übernommenen vertraglichen Instandsetzungspflicht den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 3 erster Fall MRG bzw den Auflösungsgrund des § 1118 ABGB erster Fall her, wenn der Mieter dieser Verpflichtung in einem erheblichen Maß nicht nachgekommen ist (RIS-Justiz RS0021031; 6 Ob 546/91 = MietSlg 43.081), also Substanzschädigungen iSd der zu 3.1 dargelegten Kriterien eingetreten sind oder drohen.

3.3 Der zu 3.2 dargelegte Grundsatz ist allerdings dahin einzuschränken, dass nur die Verletzung einer vom Mieter wirksam übernommenen Verpflichtung zur Instandhaltung geeignet sein kann, den Kündigungsgrund herzustellen: Trifft nämlich den Mieter keine zulässig vereinbarte Verpflichtung, Instandhaltungsmaßnahmen am Bestandgegenstand vorzunehmen, handelt er nicht vertragswidrig. Nicht ihm ist dann ein grob nachteiliger Gebrauch des Bestandgegenstands anzulasten, sondern dem Vermieter eine Verletzung einer ihm gesetzlich treffenden Verpflichtung, den Bestandgegenstand in dem bedungenen Zustand zu erhalten.

#### 4. Zur Zulässigkeit der Instandhaltungsvereinbarung:

4.1 Da das Mietverhältnis aus den zu 1. dargelegten Gründen in den Teilanwendungsbereich des MRG fällt, sind die §§ 3, 8 MRG nicht anwendbar. Es gilt ausschließlich § 1096 ABGB. Gemäß § 1096 Abs 1 ABGB sind Vermieter und Verpächter verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören. Ist das Bestandstück bei der Übergabe derart mangelhaft oder wird es während der Bestandzeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft, dass es zu dem bedungenen Gebrauche nicht taugt, so ist der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maß der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit. Auf diese Befreiung kann bei der Miete unbeweglicher Sachen im Voraus nicht verzichtet werden.

Außerhalb des Vollanwendungsbereichs des MRG ist somit der Bestandgeber nach dieser Bestimmung zur umfassenden Instandhaltung des Bestandobjekts verpflichtet. Diese Verpflichtung umfasst nicht nur die Verpflichtung zur Übergabe in dem vertraglich geschuldeten (den „bedungenen“ Gebrauch ermöglichen) Zustand, sondern auch die Verpflichtung, das Bestandobjekt nach Übergabe im ursprünglich geschuldeten Zustand zu erhalten (Würth in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1096 Rz 5; Iro in KBB3 § 1096 Rz 3), und zwar während der gesamten Vertragszeit (RIS-Justiz RS0021199).

Berücksichtigt man die Art der aufgetretenen und nun dem Beklagten vorgeworfenen Mängel, ist nicht zweifelhaft, dass es sich dabei um die Unterlassung von Maßnahmen handelt, die mangels abweichender vertraglicher Regelung in die Instandhaltungspflicht der Vermieterin fielen (Isolierung der Terrasse; Instandhaltung des Holzgeländers; irreparable Beschädigung der Terrassentür).

4.2 Damit stellt sich die Rechtsfrage, ob der Beklagte mit IV des Mietvertrags wirksam verpflichtet wurde, das Einfamilienhaus auf eigene Kosten in ordentlichem und gutem Zustand zu erhalten. Wäre diese Frage zu verneinen, könnten dem Beklagten die festgestellten Schäden, die bereits eintraten (insb gänzliche Vermorschung der Dachterrasse und der Terrassentür), nicht als grob nachteiliger Gebrauch des Bestandgegenstands angelastet werden. Ist die Frage hingegen zu bejahen, wären im Hinblick auf die Vereinbarung in IV („... es auf eigene Kosten in ordentlichem und gutem Zustand zu erhalten“) sämtliche der hier relevanten Maßnahmen von der Instandhaltungspflicht des Beklagten umfasst. Die umfassende Formulierung in IV bezieht sich auch auf Arbeiten, die

„ernste Schäden“ betreffen (1 Ob 595/79 = MietSlg 31.186).

4.3 Nach der bisherigen ständigen, von der herrschenden Lehre gebilligten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs enthält § 1096 ABGB nachgiebiges Recht (RIS-Justiz RS0021525), weshalb außerhalb zwingender Normen der Mietrechtsgesetzgebung die Pflicht des Bestandgebers zur laufenden Instandhaltung abdingbar und auf den Bestandnehmer überwälzbar ist (RIS-Justiz RS0021233; 3 Ob 633/85; 7 Ob 218/00k = immolex 2002/23; 6 Ob 42/02y; zuletzt 8 Ob 153/06t = wobl 2007/77 [zust Würth]; Würth aaO § 1096 Rz 5; Binder in Schwimann ABGB3 V § 1096 Rz 81; zum Vollanwendungsbereich des MRG Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht § 8 MRG Rz 15).

Folgende, von der Rechtsprechung behandelte Fallgruppen sind dabei zu unterscheiden:

a. Im Vollanwendungsbereich des MRG geschlossene Vereinbarungen, die den Mieter zur Instandhaltung verpflichten, wurden dann als zulässig beurteilt, wenn keine Maßnahmen iSd § 3 MRG betroffen waren (8 Ob 153/06t; 7 Ob 218/00k; 7 Ob 2170/96k = MietSlg 48.219 ua). Ob an dieser Rechtsprechung auch nach der in einem Verbandsprozess ergangenen, den Vollanwendungsbereich des MRG betreffenden Entscheidung 1 Ob 241/06g festzuhalten ist, musste der Oberste Gerichtshof in der jüngst gefällten Grundsatzentscheidung 5 Ob 17/09z nicht beantworten: Dort war lediglich zu prüfen, ob im Anwendungsbereich des WGG bzw im Vollanwendungsbereich des MRG § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB überhaupt anzuwenden ist, also den Vermieter eine Verpflichtung zur Instandhaltung trifft, wenn weder Arbeiten iSd § 3 MRG noch Wartungs- oder Instandhaltungspflichten des Mieters iSd § 8 MRG betroffen sind. Diese Frage verneinte der 5. Senat nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der Lehre und gelangte insbesondere unter Berufung auf Würth (aaO § 1096 Rz 13; ders, „§ 1096 ABGB und das MRG“, wobl 2008, 71 [72]) zum Ergebnis, dass in der sogenannten „Grauzone“ zwischen § 3 MRG einerseits und § 8 MRG andererseits weder den Mieter noch den Vermieter gesetzliche Instandhaltungspflichten treffen.

b. Außerhalb des VOLLANWENDUNGSBEREICHES des MRG bzw WGG (also im auch hier zu beurteilenden Teilanwendungsbereich bzw bei bloß dem ABGB unterliegenden Bestandverhältnissen) wurde ganz generell die Überwälzung von Instandhaltungspflichten auf den Mieter für zulässig erachtet (6 Ob 42/02y; 10 Ob 1608/95 = MietSlg 48.118 [jeweils Teilanwendungsbereich]; 1 Ob 647/80 = SZ 53/116 [Pacht] ua).

c. Bei Instandhaltungsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten des MRG geschlossen wurden, differenzierte die Rechtsprechung: Unterlag das Mietverhältnis dem MG überhaupt nicht oder waren bloß die Kündigungsbeschränkungen anwendbar, bestand also die Möglichkeit einer freien Zinsvereinbarung, wurde die Überwälzung von Instandhaltungspflichten als wirksam beurteilt (5 Ob 146/92 = MietSlg 45.526; 6 Ob 546/91; 3 Ob 633/85 = MietSlg 38.182 ua). Die Rechtsprechung argumentierte dahin, dass die Übernahme der Instandhaltung durch den Mieter als teilweise Gegenleistung für die Benützung des Objekts zu werten ist, also die vertragliche Übernahme einer Instandhaltungspflicht während der Mietvertragsdauer eine Mietzinsvereinbarung darstellt, deren Zulässigkeit nach dem Abschlusszeitpunkt zu beurteilen ist. Bestanden keine gesetzlichen Zinsobergrenzen, war die Übernahme der Instandhaltungsverpflichtung wegen der Nachgiebigkeit der Vorschrift des § 1096 ABGB zulässig (5 Ob 146/92; 6 Ob 546/91; 3 Ob 633/85 je mwN) und auch seit dem Inkrafttreten des MRG weiter wirksam (5 Ob 99/87 = JBI 1988, 525 mwN). Nur ein - im vorliegenden Fall gar nicht behaupteter - Verstoß gegen andere als mietrechtliche Normen (etwa gegen § 879 ABGB - vgl 6 Ob 546/91; 3 Ob 267/51 = SZ 24/163 oder gegen § 934 ABGB) könnte in diesen Fällen die Unwirksamkeit der Vereinbarung begründen.

4.4 In der ebenfalls den Teilanwendungsbereich des MRG betreffenden, in einem Verbandsprozess ergangenen „Klauselentscheidung“ 7 Ob 78/06f erachtete der siebente Senat eine Mietvertragsklausel, die den Mieter generell zur Wartung, Instandhaltung oder Neuerung aller für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte verpflichtete und damit die Pflicht zur Erhaltung des Mieters generell auf den Mieter überwälzte, als unwirksam, weil durch positive Festlegung der generellen Erhaltungspflicht des Mieters implizit dessen Gewährleistungsrechte ausgeschlossen würden. Da gegenüber einem Verbraucher Gewährleistungsrechte (beim Bestandvertrag die Zinsminderung) im Voraus nicht ausgeschlossen werden könnten, widerspreche die Klausel § 9 Abs 1 KSchG und sei deshalb unwirksam.

4.5 Das KSchG ist nun auf den hier vorliegenden Mietvertragsabschluss zwischen Privaten nicht anzuwenden. Allerdings wurde in mehreren literarischen Stellungnahmen zur Entscheidung 7 Ob 78/06f (Vonkilch, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185 [193]; Rosifka, Grenzen der mietvertraglichen Regelung der Erhaltungspflicht, ecolex 2007, 161 [162 FN 11]; Böhm, Topaktuell: Die zweite „Klauselentscheidung“ des Obersten

Gerichtshofs liegt vor, immolex 2007, 198, [201]; Würth, Anm zu 1 Ob 241/06g in wobl 2007, 210) bereits zutreffend darauf verwiesen, dass § 1096 Abs 1 letzter Satz ABGB die Mietzinsminderung bei der Miete unbeweglicher Sachen für unverzichtbar erklärt. Das könnte die Beurteilung nach sich ziehen, dass bei allen Bestandverträgen über unbewegliche Sachen Instandhaltungspflichten deshalb nicht auf den Bestandnehmer überbunden werden könnten, weil er sich dann (im Zusammenhang mit einer durch die Unterlassung der Instandhaltung verbundenen Gebrauchsbeeinträchtigung) nicht auf die Unbrauchbarkeit des Mietgegenstands berufen könnte. Diese Unbrauchbarkeit ist aber wiederum Voraussetzung für den durch § 1096 Abs 1 letzter Satz ABGB zwingend gestellten Zinsminderungsanspruch, der nach herrschender Auffassung eine Gewährleistungsbestimmung besonderer Art darstellt (RIS-Justiz RS0021326; RS0021286; Würth aaO § 1096 Rz 10; Binder aaO § 1096 Rz 97).

4.6 Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Ob die den Vermieter außerhalb des Vollarwendungsbereichs des MRG nach § 1096 Abs 1 ABGB treffende umfassende Verpflichtung, dem Bestandnehmer nach Übergabe den bedungenen Gebrauch zu verschaffen, als primäre Leistungspflicht zu qualifizieren ist, wie Riss (Die Erhaltungspflicht des Vermieters [2005] 82 ff mwN; ebenso Vonkilch, wobl 2007, 193 f) mit beachtlichen Argumenten meint oder ob es sich dabei um eine Gewährleistungsbestimmung handelt (Faber, Auswirkungen des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes auf Bestandverhältnisse, immolex 2001, 246 [251 Fn 41]; weitere Nachweise auf den Meinungsstand bei Riss aaO 83 ff) ist für die Beurteilung der Zulässigkeit der in IV des Mietvertrags vereinbarten Instandhaltungspflicht des Beklagten nicht entscheidend: Die Frage, welche Gewährleistungsrechte dem Mieter zustehen, hängt davon ab, welche Beschaffenheit der Bestandsache der Bestandgeber überhaupt schuldet. Im Zweifel, also mangels besonderer Abrede, ist von einer „mittleren Brauchbarkeit“ auszugehen (Würth aaO § 1096 Rz 4 mwN). Auch ein „unbrauchbares“ Objekt kann jedoch vermietet werden. Wird in diesem Fall der Mieter vertraglich verpflichtet, das Objekt instandzusetzen, kann diese Verpflichtung nicht als Gewährleistungsausschluss verstanden werden: Schuldet der Vermieter vereinbarungsgemäß schon bei Übergabe keinen brauchbaren Zustand, besteht also seine Hauptleistungspflicht nach der vertraglichen Vereinbarung nur in der Übergabe der Sache in jenem Zustand, in dem sie sich befindet, ist er auch nach Übergabe - jedenfalls außerhalb des Vollarwendungsbereichs des MRG bzw WGG - nicht verpflichtet, die Sache instandzusetzen. Er hat vielmehr den Bestandgegenstand in der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit geliefert. Die mit dem Mieter geschlossene Instandsetzungsvereinbarung ist in diesem Fall iSd der zu 4.3.c dargelegten Grundsätze als Mietzinsvereinbarung zu qualifizieren, also als vom Mieter übernommene (weitere) Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Mietobjekts. Eine entsprechende Vereinbarung ist jedenfalls dann, wenn - wie hier - gesetzliche Mietzinsbeschränkungen nicht bestehen, wirksam (Binder aaO § 1096 Rz 81; Würth aaO § 1096 Rz 5 je mwN).

Nicht anders ist eine Vereinbarung zu behandeln, nach welcher der Vermieter zwar die Übergabe in einem bestimmten Zustand schuldet, aber für die Zeit nach Übergabe die Vereinbarung trifft, dass der Mieter diesen Zustand selbst zu erhalten (gegebenenfalls auch zu verbessern - 3 Ob 633/85) hat: Dadurch wird die „Sollbeschaffenheit“ des Bestandobjekts für die Zeit nach Übergabe vertraglich dahin determiniert, dass der Vermieter ab Übergabe nur noch - plakativ gesprochen - den ursprünglich bedungenen Gebrauch minus Ergreifen von Instandhaltungsarbeiten schuldet (Vonkilch, wobl 2007, 193). Der Vermieter schließt nicht Gewährleistungsansprüche aus; vielmehr wird dem Mieter eine geldwerte, im Synallagma stehende positive Vertragspflicht auferlegt (Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 [70]). Der Bestandzins muss nicht in Geld bestehen, sondern kann auch andere geldwerte Leistungen umfassen, wie etwa die Übernahme der Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung des Mietgegenstands (RIS-Justiz RS0016799; Würth aaO §§ 1092-1094 Rz 17). Gerade wenn - wie hier - das Recht, eine freie Mietzinsvereinbarung zu schließen, besteht, stehen der Zulässigkeit der Instandhaltungsvereinbarung auch gesetzliche Mietzinsbeschränkungen nicht entgegen.

Daraus folgt zusammengefasst:

Eine im Teilanwendungsbereich des MRG geschlossene, nicht dem KSchG unterliegende Vereinbarung, womit dem Mieter in Abänderung der dispositiven Regelung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB Instandhaltungspflichten für die Zeit ab Übergabe des Bestandobjekts auferlegt werden, ist als Mietzinsvereinbarung zu qualifizieren, die jedenfalls bei freier Zinsbildung zulässig ist. Eine solche Vereinbarung könnte nur allenfalls wegen Verletzung besonderer gesetzlicher Bestimmungen (§ 879 ABGB; § 934 ABGB) als unwirksam angefochten werden.

Wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn eine entsprechende Vereinbarung im Vollanwendungsbereich des MRG bzw im Anwendungsbereich des KSchG getroffen wird, bedarf hier keiner Prüfung.

##### 5. Ergebnis für den geltend gemachten Kündigungsgrund:

Die aus den zu 4.6 dargelegten Gründen zu bejahende Zulässigkeit der im Mietvertrag in IV vereinbarten Regelung führt zum Ergebnis, dass die Verletzung der den Beklagten treffenden Instandhaltungspflicht im Hinblick auf die zu 3.1 wiedergegebenen Grundsätze der Rechtsprechung als grob nachteiliger Gebrauch des Bestandgegenstands iSd § 30 Abs 2 Z 3 1. Fall MRG zu qualifizieren ist. Zum maßgeblichen Zeitpunkt (s 3.1) war insbesondere die Terrassentür völlig verrostet und das Holzgeländer nur mehr fragmentarisch vorhanden. Es bestand Absturzgefahr. Im Sommer 2006 war es zu Wassereintritten in die Innenräume des Objekts gekommen, für welche die schadhafte Terrasse ursächlich war. Maßnahmen in Bezug auf die Terrassentür und die Brüstung setzte der Beklagte nicht.

Aus dem noch vor Zustellung der Aufkündigung geführten Schriftverkehr war für die Klägerin ersichtlich, dass der Beklagte nicht bereit ist, die notwendigen Instandsetzungsmaßnahmen zu setzen. Der Beklagte kann sich auch nicht erfolgreich darauf berufen, dass bei Durchführung des von ihm geplanten Umbaus die Terrasse samt Türe ohnedies entfernt würde: Der Beklagte hat, obwohl die Klägerin die Umbauarbeiten genehmigte, durch Jahre keine Anstalten getroffen, diesen Umbau tatsächlich durchzuführen. Auch die vom Beklagten ins Treffen geführte angeblich unklare Rechtslage kann zu keinem anderen Ergebnis führen: Abgesehen davon, dass eine jahrelange Vernachlässigung eines Objekts mit bereits eingetretenen Substanzschädigungen nicht mit einer „unklaren“ Rechtslage gerechtfertigt werden kann, weil es dem Beklagten offen stand, die Wirksamkeit der von ihm vereinbarten vertraglichen Verpflichtung gerichtlich überprüfen zu lassen, entsprach es jedenfalls bis zu der am 11. Oktober 2006, also am Tag der Zustellung der Aufkündigung, ergangenen Entscheidung 7 Ob 78/06f der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre (s 4.3), dass außerhalb zwingender Normen des MRG (bzw WGG) getroffene Instandsetzungsvereinbarungen zulässig sind.

##### 6. Zur behaupteten außergerichtlichen Vereinbarung:

Allerdings ist die Rechtssache dennoch nicht spruchreif: Der Beklagte hat in erster Instanz ausdrücklich und unter Stellung eines Beweisantrags behauptet (S 1 in ON 39), mit der Klägerin außergerichtlich vereinbart zu haben, dass diese die Aufkündigung gegen Kostenübernahme durch den Beklagten zurückziehen werde. Dieses Vorbringen des Beklagten haben die Vorinstanzen inhaltlich nicht geprüft. Darin liegt ein - vom Beklagten in der Revision zutreffend gerügter - Feststellungsmangel. Der Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe gar nicht vorgebracht, dass er der Klägerin die Kosten (gemeint offenkundig: des Kündigungsverfahrens) ersetzt habe, ist entgegenzusetzen, dass aus dem erstinstanzlichen Vorbringen des Beklagten seine Vorleistungspflicht nicht ableitbar ist.

Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren - allenfalls nach Ergänzung des Beweisverfahrens - zu diesem Vorbringen Feststellungen zu treffen haben. Sollte sich danach die Richtigkeit des Vorbringens des Beklagten erweisen, wird - wegen der materiell-rechtlichen Bereinigungswirkung des Vergleichs (Heidinger in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> VI § 1380 Rz 22 mwN) - die Aufkündigung aufzuheben und das Räumungsbegehr abzuweisen sein. Andernfalls wird aus den dargelegten Gründen die Aufkündigung wegen Verwirklichung des geltend gemachten Kündigungsgrundes des § 30 Abs 2 Z 3 1. Fall MRG für wirksam zu erkennen und dem Räumungsbegehr stattzugeben sein.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

##### Textnummer

E90931

##### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2009:0030OB00020.09A.0519.000

##### Im RIS seit

18.06.2009

##### Zuletzt aktualisiert am

10.12.2013

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)