



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Maximale Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Mieter
nach österreichischem und deutschem Recht“

verfasst von / submitted by

Ass. jur. Lisa Madeleine Offermanns

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the
degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, Jänner 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	6
B.	Gesetzliche Verteilung der Erhaltungspflichten zwischen Vermieter und Mieter	7
I.	Österreich	7
1.	MRG	8
a.	§ 3 MRG	8
aa.	Erhaltungsarbeiten.....	8
bb.	Abgrenzung zur Verbesserung.....	10
b.	§ 8 MRG	11
aa.	Wartungs- und Instandhaltungspflicht	11
bb.	Beschränkung der Mieterpflichten	12
(1)	Vorrang des § 3 MRG	12
(2)	Nachteilsabwehr	12
c.	Graubereich	13
2.	ABGB	14
a.	§ 1096 ABGB	14
b.	§ 1098 ABGB	16
II.	Deutschland	16
1.	§ 535 Abs 1 BGB	16
a.	Instandhaltung	18
b.	Instandsetzung	18
c.	Abgrenzung zur Modernisierung	19
2.	§ 241 Abs 2 BGB	19
III.	Rechtsvergleichende Betrachtung	20
1.	ABGB und BGB	20
2.	MRG und BGB.....	20
C.	Maximale Übertragung der Erhaltungspflicht.....	22
I.	Abdingbarkeit der gesetzlichen Vorschriften.....	22
1.	Österreich.....	22

a.	MRG-Vollanwendungsbereich	22
b.	ABGB	23
c.	MRG-Teilanwendungsbereich	24
2.	Deutschland	25
3.	Rechtsvergleichende Betrachtung	25
II.	Übertragung in AGB	26
1.	Österreich	26
a.	Zulässigkeitsprüfung nach KSchG	26
aa.	Verstoß gegen § 9 KSchG	27
(1)	Erste Klauselentscheidung	27
(2)	Zweite Klauselentscheidung	28
(3)	Kritik der Literatur	29
(4)	Stellungnahme	31
bb.	Verstoß gegen § 6 KSchG	32
cc.	Rechtsfolge	33
b.	Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB	34
aa.	Anwendbarkeit	34
bb.	Gröbliche Benachteiligung	35
(1)	Unterschied zwischen Verbandsprozess und Individualprozess	35
(2)	Verschuldensunabhängige Erfolgshaftung	36
(3)	Kein Äquivalent für Übertragung	37
(4)	Kostenlast unabschätzbar	38
(5)	Kein Einfluss auf Instandhaltungsarbeiten oder Kosten	39
(6)	Klausel analog § 8 MRG	39
(7)	Stellungnahme	40
cc.	Rechtsfolge	42
c.	Zulässigkeit nach MRG	43
aa.	§§ 3, 8 MRG	43
bb.	§ 21 MRG	44

cc.	Mietzinsobergrenzen.....	46
d.	Zwischenergebnis	47
2.	Deutschland	48
a.	Anwendbarkeit der §§ 307 ff BGB	48
b.	Bestimmung des Vertragsinhalts.....	48
c.	Unangemessene Benachteiligung.....	49
aa.	Kardinalpflichten	50
bb.	Wohnraummiete.....	51
(1)	§ 536 Abs 4 BGB.....	51
(2)	§ 556 Abs 4 BGB.....	53
(3)	Schönheitsreparaturklausel	54
(4)	Kleinreparaturklausel.....	56
cc.	Geschäftsraummiete	57
(1)	Keine Verursachung durch Mietgebrauch.....	58
(2)	Keine Kostenobergrenze	60
d.	Rechtsfolge	62
e.	Zwischenergebnis	62
3.	Rechtsvergleichende Betrachtung	63
a.	Verbrauchervertrag und Wohnraummietvertrag	63
b.	Geschäftsraummietvertrag (Einkaufszentrum)	64
III.	Übertragung durch Individualvereinbarung	66
1.	Österreich.....	66
a.	Verbrauchergeschäft.....	66
b.	ABGB bzw Nicht-/Teilanwendungsbereich des MRG	66
aa.	Kein Gewährleistungsausschluss.....	67
bb.	Umfang der zulässigen Übertragung von Erhaltungspflichten	69
c.	Vollanwendungsbereich MRG	69
2.	Deutschland	70
a.	Wohnraummiete.....	70

b. Geschäftsraummiete	70
3. Rechtsvergleichende Betrachtung	71
D. Conclusio	72
E. Literaturverzeichnis.....	74
I. Österreich.....	74
II. Deutschland	76
F. Judikaturverzeichnis	78
I. Österreich.....	78
II. Deutschland	81
G. Sonstige Quellen	82
H. Abstract.....	83

A. Einleitung

Die Erhaltung einer Immobilie kann mit hohen Kosten verbunden sein. Für den Vermieter¹ als Eigentümer ist es daher interessant sich weitestgehend hiervon zu befreien und die Verpflichtung zur Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen sowie die hiermit einhergehenden Kosten auf den Mieter zu übertragen. Dementsprechend sind in den meisten von Vermietern gestellten Mietverträgen sogenannte Abwälzungsklauseln zu finden, bei denen es sich häufig um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB²) handelt. Die zahlreichen, höchstrichterlichen Entscheidungen zu Erhaltungsklauseln zeigen jedoch, dass der zulässige Umfang der Abwälzung den Parteien oft unklar ist und zu weitgehend erfolgt. In dieser Arbeit soll deshalb der Frage nachgegangen werden, in welchem Umfang die Erhaltungspflicht zulässigerweise maximal auf den Mieter übertragen werden kann und was für eine wirksame Regelung zu beachten ist.

Das Interesse des Vermieters an der Übertragung der Erhaltungspflicht besteht unabhängig davon, in welchem Land sich seine Immobilie befindet. Im Folgenden wird daher die Rechtslage in Österreich und Deutschland miteinander verglichen. Die Rechtsordnungen beider Länder gehen zurück auf das römische Recht und das ABGB³ diente dem BGB⁴ unter anderem als Grundlage.⁵ Aufgrund des gemeinsamen Ausgangspunktes ist der Vergleich des österreichischen und deutschen Rechts im Hinblick auf die nachfolgenden Fragen besonders interessant: Weisen auch heute die Gesetze und die Rechtsprechung noch hauptsächlich Gemeinsamkeiten auf oder gibt es wesentliche Unterschiede? Wessen Interessen gibt das jeweilige Land den Vorzug bzw ist die Rechtslage eher vermietet- oder mieterfreundlich ausgestaltet?

Der BGH beschäftigt sich bereits seit Jahrzehnten mit der Frage in welchem Umfang der Vermieter dem Mieter Erhaltungspflichten, insbesondere Schönheitsreparaturen und Kleinreparaturen, in AGB auferlegen kann.⁶ In Österreich begann die Auseinandersetzung des OGH hiermit erst 2006 durch die sog erste (7 Ob 78/06f) und zweite (1 Ob 241/06g) „Klauselentscheidung“. Ein weiterer Aspekt der rechtsvergleichenden Betrachtung wird es daher sein, ob und inwieweit die ständige Rechtsprechung des BGH die Rechtsprechung des OGH beeinflusst?

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde in dieser Arbeit das generische Maskulinum gewählt.

² Abkürzungen gem Abkürzungsverzeichnis in *Friedl/Loebenstein*, Abkürzungs- und Zitierregeln AZR⁸ (2019), hrsg v Dax/Hopf/Maier.

³ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl. I 2022/145.

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch RGBL. 1896/195 idF BGBl. I 2022/1982.

⁵ *Schermaier/Stagl*, Der Einfluss des ABGB auf die Entstehung des BGB – Gesunder Menschenverstand versus „Beruf zur Gesetzgebung“, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 254.

⁶ Vgl BGH, Beschl. v. 30.10.1984 - VIII ARZ 1/84, NJW 1985, 480 noch zu § 9 AGB-Gesetz.

B. Gesetzliche Verteilung der Erhaltungspflichten zwischen Vermieter und Mieter

Vertraglicher Regelungen zur Übertragung von Erhaltungspflichten auf den Mieter bedarf es nur, wenn die gewünschte Verteilung nicht bereits durch das Gesetz erreicht wird. Daher ist zunächst zu betrachten, wem das Gesetz die Erhaltungspflichten zuordnet, dem Vermieter oder dem Mieter. Außerdem ist zu definieren, was Erhaltung ist und diese von anderen Begriffen, wie Modernisierung oder Verbesserung, abzugrenzen.

I. Österreich

Das österreichische Mietrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass es in zwei Gesetzen geregelt ist, nämlich dem ABGB und dem MRG⁷. Das MRG findet nur auf bestimmte Mietverhältnisse Anwendung, die in § 1 Abs 1 MRG aufgelistet sind.⁸ Hierzu zählen grundsätzlich Mietverhältnisse über Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten aller Art, wie insbesondere Werkstätten, Kanzleiräume oder Magazine, aber auch Grund- oder Hausflächen wie Park-, Lade- oder Abstellflächen. Sie dürfen jedoch nicht nach Abs 2 explizit vom Anwendungsbereich des MRG ausgenommen sein.⁹ Nicht in den Anwendungsbereich des MRG fallen gem § 1 Abs 2 MRG beispielsweise Dienstwohnungen (Z 2) und Ferienwohnungen (Z 4). Auf die sogenannten Vollaussnahmen des § 1 Abs 2 MRG sind statt dem MRG die mietrechtlichen Regelungen des ABGB anwendbar.¹⁰ Sofern in § 1 Abs 4 MRG nicht die Anwendbarkeit bestimmter Normen des MRG festgelegt wird, sind auch im Teilanwendungsbereich des MRG die Vorschriften des ABGB einschlägig.¹¹ Dagegen besteht für die in Abs 1 genannten Mietverhältnisse eine Vermutung, dass das MRG voll anwendbar ist.¹² Einer Abgrenzung zwischen Wohnraum- und Geschäftsraummietvertrag bedarf es aufgrund der identischen Rechtsfolge des MRG somit grundsätzlich nicht.¹³ Vielmehr ist allein die Abgrenzung von MRG-Anwendungsbereich und Nicht-Anwendungsbereich bzw Geltung des ABGB entscheidend, denn beide Gesetze enthalten unterschiedliche Regelungen zur Erhaltungspflicht.

⁷ Bundesgesetz über das Mietrecht BGBl. 1981/520 idF BGBl. I 2021/59.

⁸ Würth in Rummel, ABGB³ § 1 MRG Rz 1 (Stand 1.1.2003, rdb.at); Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ (2021) § 1 MRG Rz 6; vgl Illedits-Lohr in Illedits/Reich-Rohrwig³ (2018), § 1 MRG Rz 1 ff.

⁹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 1 MRG Rz 2; Würth in Rummel, ABGB³ § 1 MRG Rz 2, 6a; Illedits-Lohr in Illedits/Reich-Rohrwig³, § 1 MRG Rz 32.

¹⁰ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 1 MRG Rz 2; Prader, MRG^{6.06} § 1 MRG Rz 1 (Stand 1.10.2022, rdb.at).

¹¹ Vgl Illedits-Lohr in Illedits/Reich-Rohrwig³, § 1 MRG Rz 45; Prader, MRG^{6.06} § 1 MRG Rz 1.

¹² Würth in Rummel, ABGB³ § 1 MRG Rz 1; Illedits-Lohr in Illedits/Reich-Rohrwig³, § 1 MRG Rz 3; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 1 MRG Rz 11.

¹³ Würth in Rummel, ABGB³ § 1 MRG Rz 3b; Illedits-Lohr in Illedits/Reich-Rohrwig³, § 1 MRG Rz 25.

1. MRG

§ 3 MRG und § 8 MRG, die die Erhaltung der Mietsache regeln, gelten gem § 1 Abs 4 MRG nur im Vollanwendungsbereich und nicht im Teilanwendungsbereich des Gesetzes.¹⁴ Im Vollanwendungsbereich trifft § 3 MRG eine vollständige und abschließende Regelung, die als Sonderbestimmung § 1096 ABGB verdrängt.¹⁵

a. § 3 MRG

§ 3 MRG ist mit Erhaltung überschrieben. Während in § 3 Abs 2 MRG definiert wird, was alles zur Erhaltung zählt, wird die Erhaltungspflicht in Abs 1 der Vorschrift dem Vermieter auferlegt. Danach hat er das Gebäude, die Mietgegenstände, sowie der gemeinschaftlichen Nutzung dienende Anlagen zu erhalten. Außerdem hat der Vermieter nach § 3 Abs 1 MRG erhebliche Gesundheitsgefahren zu beseitigen.

aa. Erhaltungsarbeiten

Um eine Maßnahme als Erhaltung iSd § 3 MRG zu qualifizieren bedarf es grundsätzlich eines Mangels in Form einer Reparaturbedürftigkeit, Brauchbarkeitseinschränkung, Funktionseinschränkung oder zumindest muss eine Schadensgeneigtheit bestehen.¹⁶ Nicht erforderlich für die Einstufung als Erhaltungsarbeit ist, dass Ursache für den Mangel eine schleichend eingetretene Verschlechterung ist.¹⁷ Ebenso kann die Beseitigung anfänglicher Mängel und somit die erstmalige Herstellung des Zustands der Mangelfreiheit, als Erhaltungsarbeit zu qualifizieren sein.¹⁸

Die Erhaltungsarbeiten sind in § 3 Abs 2 MRG taxativ aufgezählt.¹⁹ Danach umfasst die Erhaltung iSd Abs 1 zur Erhaltung erforderliche Arbeiten der allgemeinen Hausteile (Z 1), des Mietgegenstandes, sofern es sich um eine erhebliche Gesundheitsgefährdung oder ernsten Schaden des Hauses handelt (Z 2) und mitvermieteter Wärmeaufbereitungsgeräten (Z 2a). Ebenfalls von der Erhaltung umfasst sind zur Betriebsaufrechterhaltung von Gemeinschaftsanlagen erforderliche Arbeiten (Z 3), aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtung folgende Umgestaltungen oder Neueinführungen (Z

¹⁴ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249 = immolex 2009, 198 (Böhm) = immolex 2009, 224 (Böhm) = Zak 2009, 363 (Pletzer) = RdW 2009, 563 (Prader); Würth in Rummel, ABGB³ § 3 MRG Rz 1; Würth in Rummel, ABGB³ § 8 MRG Rz 1.

¹⁵ OGH 5 Ob 288/08a Zak 2009, 217 = ecolex 2009, 676 = immolex 2009, 223 (Böhm) = MietSlg 61.151 = MietSlg 61.155 = MietSlg 61.422 = MietSlg 61.534; Riss in Hausmann/Vonkilch⁴ § 3 MRG Rz 6e.

¹⁶ Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E18 (Stand 1.7.2022, rdb.at); RIS-Justiz RS0116998, zuletzt OGH 5 Ob 103/19m EvBl 2020, 602.

¹⁷ Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E18; RIS-Justiz RS0114109, zuletzt OGH 5 Ob 212/20t immolex 2021, 296.

¹⁸ Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E18; RIS-Justiz RS0114109, zuletzt OGH 5 Ob 212/20t immolex 2021, 296.

¹⁹ Beer/Vospernik in Illedits/Reich-Rohrwig³, § 3 MRG Rz 2; Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E176.

4), die Installation von der Energieverbrauchssenkung dienenden technischen Gemeinschaftseinrichtungen (Z 5) und die Installation sowie Miete von verbrauchsermittelnden Messvorrichtungen (Z6).

Teilweise werden in den einzelnen Ziffern des Abs 2 Beispiele für die Oberbegriffe angeführt. So werden als Gemeinschaftsanlagen in Z 3 insbesondere Personenaufzüge oder zentrale Wärmeversorgungsanlagen genannt und in Z 2a als Wärmebereitungsgeräte Warmwasserboiler und Heizthermen explizit angeführt. Die in der Praxis häufig vorkommenden Erhaltungsvarianten nach Z 1 und 2 enthalten hingegen auslegungsbedürftige Begriffe.²⁰

Unter „allgemeine Teile des Hauses“ nach Z 1 werden solche verstanden, die örtlich und funktionell nicht auf den Mietgegenstand beschränkt sind, demnach außerhalb des Mietgegenstandes liegen und nicht allein einzelnen Mietgegenständen dienen.²¹ Zu den allgemeinen Teilen zählen beispielsweise alle multifunktionalen Einrichtungen wie Steigleitungen für Wasser, Gas und Strom²² sowie Decken und Wände, sofern sie das Mietobjekt nach außen begrenzen oder eine tragende Funktion für das Gebäude haben.²³ Des Weiteren zu nennen sind insbesondere das Dach und die Fassade als Gebäudeaußenhaut, sowie die Außenfenster und Außenjalousien als Teil dieser Außenhaut.²⁴

Nach der Rechtsprechung sind „ernste Schäden des Hauses“ bei Unmöglichkeit der Benutzung und Erreichung eines außerordentlichen Ausmaßes anzunehmen.²⁵ Bei Unbenutzbarkeit von Wasser- oder Gasleitungen besteht beispielsweise die Möglichkeit, dass es bei Unterlassen der Reparatur zu Wasser-, Feuer- oder Explosionsschäden kommt, weshalb ein ernster Schaden zu bejahen ist.²⁶ Wenn die Bausubstanz in größerem Umfang betroffen ist, liegt ebenfalls ein ernster Schaden des Hauses vor.²⁷ Der Begriff der Bausubstanz wird nicht näher vom OGH definiert, jedoch sind den

²⁰ Vgl Riss in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 3 MRG Rz 15a.

²¹ Würth in *Rummel*, ABGB³ § 3 MRG Rz 4b; Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E83; Beer/Vospernik in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 14.

²² Riss in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 MRG Rz 13; Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E87.

²³ Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E93; OGH 5 Ob 206/16d, Zak 2017, 114 = JBI 2017, 448.

²⁴ Beer/Vospernik in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 14; RIS-Justiz RS0069976, zuletzt OGH 15.4.2021 5 Ob 154/20p.

²⁵ Würth in *Rummel* ABGB³ § 3 MRG Rz 6; Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E107; RIS-Justiz RS0102183, zuletzt OGH 16.1.2020 5 Ob 177/19v.

²⁶ Prader, MRG^{6.05} § 3 Rz E111, E 118; Beer/Vospernik in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 18.

²⁷ RIS-Justiz RS0102183, zuletzt OGH 16.1.2020 5 Ob 177/19v; Riss in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 MRG Rz 15a.

einzelnen Entscheidungen Beispiele zu entnehmen.²⁸ Danach sind insbesondere der Verputz²⁹ und die Bodenkonstruktion³⁰, Teil der Bausubstanz.

Von einer „erheblichen Gesundheitsgefährdung“ ist bei jedem Mangel auszugehen, der die körperliche Integrität signifikant gefährdet und nicht nur bei lebensbedrohlichen oder extremen Gefahren.³¹ Ein starkes Indiz für eine erhebliche Gesundheitsgefährdung ist die Überschreitung von Grenzwerten, die dem Gesundheitsschutz dienen, wie zB des in der Trinkwasserverordnung festgelegten zulässigen Bleigehalts.³² Neben der Erheblichkeitsschwelle wird der Tatbestand dadurch beschränkt, dass die Ursache der Gefahr nicht von außen kommen darf, sondern „vom Mietgegenstand selbst“ ausgehen bzw in der Beschaffenheit dessen liegen muss.³³ Immissionen wie Straßenlärm können daher keine Erhaltungspflicht auslösen.³⁴

Die Ursache des bestehenden Mangels spielt im Übrigen für die Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 3 MRG keine Rolle.³⁵ Diese besteht somit ebenso, wenn der Mieter den Mangel zu verschulden hat.³⁶ In Betracht kommt in diesem Fall lediglich ein Schadensersatzanspruch des Vermieters gegen den Mieter.³⁷

bb. Abgrenzung zur Verbesserung

Von der Erhaltung nach § 3 MRG sind Verbesserungen nach § 4 MRG abzugrenzen.³⁸ Als Abgrenzungskriterium dient das Tatbestandsmerkmal der Reparaturbedürftigkeit, welches sich aus § 3 Abs 2 Z 2 und Z 3 MRG ergibt und im Wege der Rechtsanalogie ebenfalls für die übrigen Fälle des Abs 2 heranzuziehen ist.³⁹ Bei Vorliegen eines Mangels handelt es sich somit um Erhaltung nach § 3 MRG und bei funktionsfähigem Zustand um eine Verbesserung nach § 4 MRG.⁴⁰ Nach § 3 MRG ist der Vermieter folglich

²⁸ Vgl RIS-Justiz RS0102183, zuletzt OGH 16.1.2020 5 Ob 177/19v; *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 18.

²⁹ RIS-Justiz RS0102183, zuletzt OGH 16.1.2020 5 Ob 177/19v.

³⁰ RIS-Justiz RS0102183 (T4), OGH 7 Ob 218/00k immolex 2002, 68 = MietSlg 53.031 = MietSlg 53.141 = MietSlg 53.259 = MietSlg 53.272.

³¹ *Prader*, MRG^{6.05} § 3 Rz E171; *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 Rz 17ad.

³² EB RV 1183 BlgNR 22. GP 35; vgl *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 Rz 17ac.

³³ *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 20; *Prader*, MRG^{6.05} § 3 Rz E171.

³⁴ *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 20; *Prader*, MRG^{6.05} § 3 Rz E171.

³⁵ RIS-Justiz RS0069294, zuletzt OGH 3 Ob 104/20w immolex 2021, 126 = wobl 2021, 527; *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 1.

³⁶ RIS-Justiz RS0069294, zuletzt OGH 3 Ob 104/20w immolex 2021, 126 = wobl 2021, 527; *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 1.

³⁷ Vgl *Prader*, MRG^{6.05} § 3 Rz E66; RIS-Justiz RS0111907, zuletzt 4 Ob 199/13p Zak 2014/329.

³⁸ *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 MRG Rz 11a; *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 4 MRG Rz 4.

³⁹ *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 MRG Rz 11a; vgl *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 4 MRG Rz 4; OGH 5 Ob 106/08m Zak 2008, 435 = immolex 2009, 16 (*Prader*) = wobl 2009, 76 (*Riss*).

⁴⁰ *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 MRG Rz 11a.

nicht allgemein zur Anpassung an den ortsüblichen Standard bzw permanenten Modernisierung verpflichtet.⁴¹

b. § 8 MRG

In § 8 Abs 1 MRG ist das Gebrauchsrecht des Mieters geregelt. Des Weiteren enthält dieser Pflichten des Mieters im Zusammenhang mit der Erhaltung der Mietsache.

aa. Wartungs- und Instandhaltungspflicht

Nach § 8 Abs 1 S 2 MRG ist die Wartung und Instandhaltung der für die Mietsache bestimmten Einrichtungen, wie insbesondere die Lichtleitungs-, Beheizungs-, Gasleitungs-, Wasserleitungs- und sanitären Anlagen, Aufgabe des Mieters. Sinn und Zweck der Wartungspflicht ist grundsätzlich die Aufrechterhaltung des gebrauchsfähigen Zustands und die Vermeidung oder zumindest Verzögerung der Abnutzung von Anlagen sowie Geräten.⁴² Ihr Ansatzpunkt ist daher ein Zustand, bei dem die Funktionsfähigkeit (noch) nicht eingeschränkt ist.⁴³ Sie dient dementsprechend der Verhinderung von Schäden.⁴⁴

Zu den Wartungspflichten des Mieters zählen beispielsweise die regelmäßige Reinigung und das Schmieren von Anlagenteilen sowie das Austauschen von porösen Dichtungen.⁴⁵ Eine Wartungsarbeit des Mieters ist ebenso der Austausch eines Wohnungsventils.⁴⁶ Nicht zur Erhaltungspflicht des Vermieters, sondern zur Wartungspflicht des Mieters, zählen auch bloße Verbrauchsgeräte wie Heiz- und Sanitärgeräte, einschließlich Armaturen.⁴⁷ Grundsätzlich ist die Wartungspflicht des Mieters folglich auf Reinigung, Pflege, Einstellung, Service sowie Behebung von Undichtigkeiten und dergleichen beschränkt.⁴⁸

§ 8 Abs 1 MRG sind keine Angaben zu entnehmen wie häufig und in welchem Umfang die Wartung vorzunehmen ist.⁴⁹ Daher sind hinsichtlich des Umfangs sowohl öffentlich-rechtliche Bestimmungen als auch Herstellerangaben heranzuziehen.⁵⁰ Die Frage nach

⁴¹ Riss in *Hausmann/Vonkilch*⁴, § 3 MRG Rz 11a; Beer/Vospernik in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 6.

⁴² Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E25/1; Rosifka, Wartung und Instandhaltung sowie Erhaltung im MRG und WGG, ImmoZak 2022/28; vgl Pelinka in *Denk/Pelinka*, Handbuch Mietrecht¹ (2022), Ziff. I.1.2.3.2. S 191.

⁴³ Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E25/1; OGH 18.3.2021 5 Ob 161/20t.

⁴⁴ Pelinka in *Denk/Pelinka*¹, Ziff. I.1.2.3.2. S 191.

⁴⁵ Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E22; LGZ Wien 14.11.2006, 41 R 115/06z, MietSlg 58.444.

⁴⁶ Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E15; LGZ Wien 1.7.2002, 39 R 204/02t, MietSlg 54.249.

⁴⁷ Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E19; Lindinger, Bedungener Gebrauch und Wartungspflichten des Bestandnehmers, immolex 2016, 107; LGZ Wien 3.3.2010, 39 R 405/09m, MietSlg 62.239.

⁴⁸ Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E22; LGZ Wien 13.3.2013, 39 R 259/12w, MietSlg 65.303.

⁴⁹ Pelinka in *Denk/Pelinka*¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 191.

⁵⁰ Pelinka in *Denk/Pelinka*¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 191; vgl Lindinger, immolex 2016, 107.

der Häufigkeit lässt sich hingegen nicht allgemein beantworten, sondern die Beurteilung richtet sich nach Art und Alter des zu wartenden Geräts.⁵¹

Die Instandhaltungspflicht setzt im Gegensatz zur Wartungspflicht einen zu behebenden Schaden voraus.⁵² Eine Pflicht zur Erneuerung oder zum Ersatz irreparabel defekt gewordener Geräte ergibt sich hieraus jedoch nicht.⁵³

bb. Beschränkung der Mieterpflichten

§ 8 Abs 1 S 2 MRG sind zwei Beschränkungen der Pflichten des Mieters zu entnehmen.⁵⁴ Während die Nachteilsabwehr sowohl die Wartungspflicht als auch die Instandhaltungspflicht beschränkt, gilt der Vorrang der Erhaltungspflicht des Vermieters nur für Letztere.⁵⁵

(1) Vorrang des § 3 MRG

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs 1 S 2 MRG greift die Instandhaltungspflicht des Mieters nur, sofern nicht ernste Schäden des Hauses oder erhebliche Gesundheitsgefahren zu beseitigen sind. Sie gilt also nachrangig zu den Erhaltungspflichten des Vermieters nach § 3 MRG.⁵⁶ Neben den in § 8 Abs 1 S 2 MRG ausdrücklich genannten Fallgruppen des § 3 MRG gilt der Vorrang auch für die Erhaltung der allgemeinen Teile des Hauses, wozu zum Teil die ausdrücklich in § 8 MRG aufgezählten Einrichtungen zu rechnen sind.⁵⁷ Ebenfalls von diesem grundsätzlichen Vorrang des § 3 MRG erfasst sind die in § 3 Abs 2 Z 2a MRG genannten mitvermieteten Wärmebereitungsgeräte.⁵⁸ Dass eine Anpassung des § 8 Abs 1 S 2 MRG im Rahmen der WRN⁵⁹ 2015 unterblieb, wird als bloßes Redaktionsversehen betrachtet.⁶⁰

(2) Nachteilsabwehr

Die Wartung oder Instandhaltung durch den Mieter muss erforderlich sein, um einen Nachteil des Vermieters und der anderen Mieter zu vermeiden.⁶¹ Mögliche Nachteile in diesem Sinne sind Schäden, die beispielsweise durch Wasseraustritt, Herabfallen,

⁵¹ Vgl. Pelinka in *Denk/Pelinka*¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 191; vgl. *Lindinger*, *immolex* 2016, 107.

⁵² Pelinka in *Denk/Pelinka*¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 191.

⁵³ Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E25/1; Pelinka in *Denk/Pelinka*¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 192; Rosifka, *ImmoZak* 2022/28; OGH 5 Ob 161/20t Zak 2021, 198 (Kolmasch).

⁵⁴ Würth in *Rummel*, ABGB³ § 8 MRG Rz 2; Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 10.

⁵⁵ Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 7, 9 f.

⁵⁶ Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 7; Pelinka in *Denk/Pelinka*¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 192.

⁵⁷ Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 7.

⁵⁸ Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 7; Pelinka in *Denk/Pelinka*¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 192 f.

⁵⁹ Wohnrechtsnovelle 2015, BGBl. I 2014/100.

⁶⁰ Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 7 mit Verweis auf Böhm/Pletzer in *GeKo* I, § 8 MRG Rz 43.

⁶¹ Vonkilch in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 10; vgl. Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E25/1.

Brand oder Explosion, an Rechtsgütern der übrigen Mieter oder des Vermieters entstehen.⁶² In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich auch an rein finanzielle Nachteile zu denken, wie die Belastung der Mietzinsreserve durch notwendige Sanierungsarbeiten von Schäden, deren Eintritt durch relativ geringfügige Instandhaltungsarbeiten hätte verhindert werden können.⁶³

Die Instandhaltungspflicht des Mieters zielt folglich auf Gefahrenabwehr.⁶⁴ Hierunter fällt ebenfalls die Verhinderung eines Wassereintritts in andere Wohnungen sowie die Abdichtung rinnender Wasserhähne oder WC-Spülungen durch den Mieter selbst.⁶⁵ Denn der ansonsten entstehende Mehrverbrauch kann, aufgrund der gebäudebezogenen Rechnung, einen Nachteil für die anderen Mieter darstellen.⁶⁶

Generell gilt es jedoch eine Überspannung der mieterlichen Wartungs- und Instandhaltungspflicht zu vermeiden, zumal der gesetzgeberische Wille der Vorbildregelung des § 13 Abs 3 WEG 1975⁶⁷ dahin ging eine allfällige Überforderung durch Beachtung von Drittinteressen zu vermeiden.⁶⁸ Wenn der Vermieter als Eigentümer von den Instandhaltungsarbeiten des Mieters profitiert, muss dies umso mehr gelten.⁶⁹ Folglich umfasst die Pflicht des Mieters aus § 8 Abs 1 S 2 MRG idR nicht den Austausch eines defekten Geräts.⁷⁰

c. Graubereich

Durch die Beschränkung der Erhaltungspflicht des Vermieters auf die taxative Aufzählung in § 3 Abs 2 MRG und die Beschränkung der Wartungs- und Instandhaltungspflicht des Mieters nach § 8 Abs 1 MRG auf die Nachteilsabwehr, existiert im Vollenwendungsbereich des MRG ein erhaltungsrechtliches „Regelungsvakuum“, das besser unter dem Begriff „Graubereich“ bekannt ist.⁷¹ Zum „Graubereich“ zählen zB der Austausch von Sanitäreinrichtungen⁷² oder Elektrogeräten, genauso wie das Ausmalen⁷³, sofern weder ein ernster Schaden noch eine erhebliche

⁶² Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E25/1.

⁶³ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 8 MRG Rz 10.

⁶⁴ Pelinka in Denk/Pelinka¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 192.

⁶⁵ Pelinka in Denk/Pelinka¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 192.; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 8 MRG Rz 10.

⁶⁶ Pelinka in Denk/Pelinka¹ Ziff. I.1.2.3.2. S 192.; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 8 MRG Rz 10.

⁶⁷ Wohnungseigentumsgesetz 1975 BGBl. 1975/417.

⁶⁸ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 8 MRG Rz 10; EB zur RV 240 BlgNR 13. GP zu § 12 der RV.

⁶⁹ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 8 MRG Rz 10.

⁷⁰ Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 8 MRG Rz 10; Prader, MRG^{6.03} § 8 Rz E25/1.

⁷¹ Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB VII⁵ (2021) § 1096 Rz 118; Vonkilch in Hausmann/Vonkilch⁴ § 8 MRG Rz 14.

⁷² OGH 1 Ob 55/11m Zak 2011, 277 = MietSlg 63.142 = MietSlg 63.261 = MietSlg 63.734 zur Badewanne.

⁷³ OGH 2 Ob 215/10x, fünfte Klauselentscheidung (Klausel 27), Zak 2012, 112 = wobl 2012, 404 (Vonkilch/Riss) = RdW 2014, 633 (Pittl/Kemetmüller).

Gesundheitsgefährdung bestehen.⁷⁴ Dh zu diesen Arbeiten aus dem Graubereich ist weder der Vermieter noch der Mieter verpflichtet.⁷⁵ Eine gesetzliche Erhaltungspflicht des Vermieters kann im Vollenanwendungsbereich des MRG insbesondere nicht aus § 1096 Abs 1 S 1 ABGB hergeleitet werden.⁷⁶

2. ABGB

Im Teil- und Nichtanwendungsbereich des MRG gelten für Mietverhältnisse die Bestimmungen des ABGB.⁷⁷ Der Überschrift des § 1096 ABGB ist bereits zu entnehmen, dass darin die Erhaltung geregelt wird.

a. § 1096 ABGB

Nach § 1096 Abs 1 S 1 ABGB ist der Vermieter verpflichtet, die Mietsache und in brauchbarem Zustand zu erhalten.⁷⁸ Von der Erhaltungspflicht sind auch die zum Mietgegenstand gehörigen Teile, sowie die allgemeinen Teile umfasst.⁷⁹ Damit die vermietetliche Erhaltungspflicht zum Tragen kommt, muss die tatsächliche Gebrauchsüberlassung negativ vom vertraglich bedungenen Maßstab abweichen, sodass der Gebrauch der Mietsache nicht der vertraglich bestimmten Weise entspricht.⁸⁰ Neben der Beseitigung eingetretener Mängel oder Schäden sind von der Erhaltungspflicht auch vorbeugende Maßnahmen zur Gefahrenabwehr umfasst.⁸¹ Dementsprechend obliegen Wartung, Service, Pflege und Reinigung der Mietsache grundsätzlich dem Vermieter.⁸² Ihn trifft also eine Pflicht zur laufenden Instandhaltung.⁸³ Bei einer unbrauchbar gewordenen Mietsache kann jedoch auch die Wiederherstellung dieser von der umfassenden Erhaltungspflicht erfasst sein.⁸⁴ Zur Erhaltung zählen somit sowohl die Instandhaltung als auch die Instandsetzung.⁸⁵ Zur laufenden Modernisierung bzw Verbesserung des Mietobjekts ist der Vermieter allerdings nicht verpflichtet.⁸⁶

⁷⁴ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 43.

⁷⁵ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 118; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*⁴ § 8 MRG Rz 14.

⁷⁶ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 42 (Stand 1.5.2017, rdb.at); OGH 5 Ob 17/09z Zak 2009, 195 = ecolex 2009, 676 = RdW 2009, 391 (*Prader*) = wobl 2009, 233 (*Riss*) = immolex 2009, 206 (*Rosifka*).

⁷⁷ Vgl *Prader*, MRG^{6.06} § 1 MRG Rz 1; *Pelinka* in *Denk/Pelinka*¹, Ziff. I.1.2.2. S 185.

⁷⁸ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 32; Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 43.

⁷⁹ RIS-Justiz RS0106104, zuletzt OGH 27.9.2022 2 Ob 155/22s; RIS-Justiz RS0115893, zuletzt OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38.

⁸⁰ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 43; *Pletzer* in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 38 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁸¹ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 40; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 38.

⁸² *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 45.

⁸³ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 32.

⁸⁴ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 44.

⁸⁵ Lessiak, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121 Fn. 3.

⁸⁶ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 10 (Stand 1.10.2016, rdb.at); Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 57; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 40.

Die Grenze der Erhaltungspflicht des Vermieters bildet die Unmöglichkeit sowie Unwirtschaftlichkeit der Maßnahmen.⁸⁷ Außerdem ist der Vermieter laut der Rechtsprechung von der Erhaltungspflicht befreit, wenn den Mieter oder ihm zurechenbare Personen die Schuld für den Mangel trifft.⁸⁸ Eine Ansicht in der Literatur betrachtet hingegen die Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 Abs 1 S 1 ABGB als verschuldensunabhängig, da diese im Gegensatz zur Mietzinsminderung in S 2 unbedingt angeordnet werde.⁸⁹ Der Vermieter habe bei einem vom Mieter verschuldeten Gebrauchsmangel lediglich einen Schadensersatzanspruch nach § 1111 ABGB und sei weiter zur Erhaltung verpflichtet.⁹⁰ Die Erhaltungsarbeiten seien allerdings lediglich Zug-um-Zug gegen Schadensersatzleistung des Mieters vom Vermieter durchzuführen.⁹¹

Nach der Verkehrssitte sind von der Erhaltungspflicht des Vermieters Kleinstreparaturen sowie kleinere Ausbesserungsarbeiten ausgenommen, diese obliegen dem Mieter.⁹² Zur Definition kann auf die Erläuterungen zu § 14a Abs 2 Z 2b WGG⁹³, bzgl des Begriffs der Bagatellreparatur, zurückgegriffen werden.⁹⁴ Danach sind darunter Ausbesserungen und Reparaturen zu verstehen, die der durchschnittliche Mieter selbst durchführen kann ohne hierzu einen Fachmann beauftragen zu müssen.⁹⁵

Keine vom Mieter durchzuführenden Bagatellreparaturen sind das Tapezieren oder Ausmalen des Mietobjekts.⁹⁶ Eine Ausmalverpflichtung des Vermieters besteht im laufenden Mietverhältnis ebensowenig, da durch das Unterlassen dieser Maßnahmen nicht die Brauchbarkeit des Mietobjekts beeinträchtigt wird und den Vermieter nur die Pflicht zur Erhaltung des brauchbaren Zustandes trifft.⁹⁷ Hinsichtlich des Ausmalens

⁸⁷ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 38; Pesek, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs (un-)zulässig? wobl 2021, 253 (262).

⁸⁸ RIS-Justiz RS0020834, zuletzt OGH 7 Ob 3/03x immolex 2003, 137.

⁸⁹ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 69; Iro/Rassi in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ (2020), § 1096 Rz 10; Pletzer in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 47; Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}, § 1096 Rz 16 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

⁹⁰ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 70; Iro/Rassi in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 1096 Rz 10; Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}, § 1096 Rz 16.

⁹¹ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 70; Iro/Rassi in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 1096 Rz 11; Pletzer in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 47; Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}, § 1096 Rz 16.

⁹² Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 36; Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 75; Pletzer in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 46; Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}, § 1096 Rz 18.

⁹³ Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz BGBl. 1979/139 idF BGBl. I 2022/88.

⁹⁴ AbÄA 965 BlgNR 25. GP; Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 75; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 36.

⁹⁵ AbÄA 965 BlgNR 25. GP; Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 75; Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 36.

⁹⁶ AbÄA 965 BlgNR 25. GP; Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 76 mwN.

⁹⁷ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 37; aA Pletzer in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 42.

besteht somit, wie im Vollenwendungsbereich des MRG, weder eine Pflicht des Vermieters noch des Mieters.⁹⁸

b. § 1098 ABGB

Mit dem Gebrauchsrecht des Mieters nach § 1098 ABGB korrespondieren jedoch auch Pflichten des Mieters, nämlich die Pflicht zur schonenden Gebrauchsausübung sowie allgemeine Schutz- und Obhutspflichten.⁹⁹ In diesem Zusammenhang ist die Pflicht des Mieters zur üblichen Pflege der Mietsache zu nennen,¹⁰⁰ also insbesondere ausreichendes Lüften sowie Reinigung.¹⁰¹

Das LG Eisenstadt¹⁰² ging in einer Entscheidung noch weiter und entnahm der Pflicht zur schonenden Gebrauchsausübung nach §§ 1098, 1109 ABGB auch die Pflicht zur Wartung sowie Instandhaltung des Mietobjekts samt Einrichtungen, wie insbesondere die Lichtleitungs-, Beheizungs-, Gasleitungs-, Wasserleitungs- und sanitären Anlagen, wenn ein Nachteil des Vermieters droht.¹⁰³ Das würde bedeuten, dass den Mieter auch im Teil- und Nichtanwendungsbereich des MRG die Pflichten des § 8 Abs 1 MRG treffen.¹⁰⁴ Dabei scheint es sich jedoch um einen absoluten Einzelfall zu handeln. Es ist hingegen hM, dass den Mieter außerhalb des MRG-Vollenwendungsbereichs grundsätzlich keine gesetzliche Instandhaltungspflicht trifft.¹⁰⁵

II. Deutschland

In Deutschland sind Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrages in § 535 BGB geregelt. Dieser äußert sich in Abs 1 S 2 auch zur Erhaltung.

1. § 535 Abs 1 BGB

Nach § 535 Abs 1 S 2 BGB ist der Vermieter verpflichtet die Mietsache während der Mietzeit in einem Zustand zu erhalten, der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignet ist. Die Erhaltungspflicht des Vermieters bezieht sich nicht nur auf die Mietsache, also die Räumlichkeiten, welche der Mieter ausschließlich nutzt, sondern auch auf die zur

⁹⁸ Vgl Riedl in *Illedits/Reich-Rohrwig*³ § 1096 ABGB Rz 3.

⁹⁹ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1098 Rz 1 f.; Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1098 ABGB Rz 11; OGH 6 Ob 272/08f wobl 2010, 81 (*Vonkilch*) = MietSlg 61.171.

¹⁰⁰ Prader, MRG^{6.06} § 1096 ABGB Rz E64; Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 74; RIS-Justiz RS0021148, zuletzt OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282.

¹⁰¹ Pesek in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 74; OGH 6 Ob 272/08f wobl 2010, 81 (*Vonkilch*) = MietSlg 61.171.

¹⁰² LG Eisenstadt 8.9.1994, R 151/94, MietSlg 46.099.

¹⁰³ LG Eisenstadt 8.9.1994, R 151/94, MietSlg 46.099.

¹⁰⁴ Pesek, wobl 2021, 253 (262).

¹⁰⁵ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1098 Rz 3.

Mitbenutzung überlassenen, gemeinschaftlichen Flächen in gleichem Maße.¹⁰⁶ Hierzu zählen unstreitig unter anderem der Hausflur, das Haus selbst sowie das Grundstück.¹⁰⁷ Anknüpfungspunkt der Erhaltungspflicht ist grundsätzlich der Übergabezustand der Mietsache.¹⁰⁸ Bei einem gesundheitsgefährdenden Zustand ist der Zustand bei Vertragsbeginn allerdings irrelevant und der Vermieter hat diesen stets zu beseitigen.¹⁰⁹

Die Ursache der Verschlechterungen der Mietsache ist grundsätzlich nicht von Bedeutung.¹¹⁰ Den Vermieter trifft gleichermaßen für vertragsgemäße Abnutzung sowie für Schäden durch Witterungseinflüsse oder Alterung die Erhaltungspflicht.¹¹¹ Er ist sowohl zur Beseitigung zufälliger Verschlechterungen als auch von Beschädigungen Dritter verpflichtet.¹¹² Die Grenze der Erhaltungspflicht bildet die Unmöglichkeit nach § 275 BGB.¹¹³ Ebenfalls von der Erhaltungspflicht befreit ist der Vermieter, wenn der Mieter oder dessen Erfüllungsgehilfe den zu beseitigenden Mangel zu vertreten hat.¹¹⁴

Bestandteil der Gebrauchserhaltungspflicht sind die Pflicht zur Instandsetzung und Instandhaltung,¹¹⁵ sowie zur Durchführung von Schönheitsreparaturen.¹¹⁶ Diese Begriffe finden in § 535 BGB allerdings keine Verwendung,¹¹⁷ aber eine entsprechende Legaldefinition des Oberbegriffs der Erhaltung enthält § 555a BGB, der von Instandhaltung und Instandsetzung spricht.¹¹⁸ Eine Legaldefinition dieser Begriffe findet sich jedoch auch dort nicht.

¹⁰⁶ Specht in *Schach/Schultz/Schüller*, BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4403 (Stand 1.8.2022, beck-online.de); KG Beschl. v. 19.12.1983 – 8 W RE-Miet 4298/83, BeckRS 1983, 5982 Rz 10.

¹⁰⁷ Zehelein in *Hau/Poseck*, BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 402 (Stand 1.2.2022, beck-online.de); *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵ (2021) § 535 BGB Rz 63.

¹⁰⁸ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 401; vgl. BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, NZM 2020, 704 Rz 21.

¹⁰⁹ *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*, *Miete*⁶ (2020), § 535 BGB Rz 371; LG Frankfurt a. M. Urt. v. 4.10.1988 – 2-11 S 18/88, BeckRS 2010, 10050 zu Trinkwasserleitungen aus Blei.

¹¹⁰ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 402; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 369.

¹¹¹ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 402; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 369.

¹¹² Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 402; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 369.

¹¹³ Boerner in *Guhling/Günter*² (2019), § 535 BGB Rz 107; Häublein in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf*, *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 123; Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4480.

¹¹⁴ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 125; Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 106.

¹¹⁵ *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 345; Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 119; *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 535 BGB Rz 63.

¹¹⁶ Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 126; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 416; *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 535 BGB Rz 95.

¹¹⁷ Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 101; Hübner/Griesbach/Fuerst in *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, *Geschäftsraummieta*⁴ (2017), Kapitel 14 Rz 201.

¹¹⁸ Vgl. Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4403; Hübner/Griesbach/Fuerst in *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, *Geschäftsraummieta*⁴, Kapitel 14 Rz 201.

a. Instandhaltung

In § 28 Abs 1 II. BV¹¹⁹ wird der Begriff der Instandhaltungskosten definiert. In Anlehnung an diese Definition ist auch der Instandhaltungsbegriff des § 535 BGB zu verstehen.¹²⁰ Hiernach werden alle Maßnahmen von der Instandhaltung umfasst, welche während der Nutzungsdauer zur ordnungsgemäßen Beseitigung von Mängeln, die durch Witterungseinflüsse, Alterung oder Abnutzung entstehen, ergriffen werden müssen, um den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu erhalten.¹²¹ Vornehmlich zählen zu ihr vorbeugende Erhaltungsmaßnahmen, deren Sinn und Zweck auch die Verhinderung von Schadenseintritten ist.¹²² Mithin werden also Pflege- und Wartungsarbeiten sowie die Verschleißbeseitigung hauptsächlich als Instandhaltung begriffen, da es deren wiederholter Durchführung in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen bedarf.¹²³ Denn Instandhaltung fällt abhängig von der Art der Einrichtung oder Anlage in gewissen Abständen wegen häufigen Zugriffs, der exponierten Lage oder der Art des Materials an, wobei ein größerer zeitlicher Spielraum besteht.¹²⁴ Aber auch Reparaturen können hierunter fallen, sofern diese eine gewisse Regelmäßigkeit aufweisen.¹²⁵

b. Instandsetzung

Im Gegensatz zur Instandhaltung gibt es für den mietrechtlichen Instandsetzungsbegriff weder eine eigene gesetzliche noch verordnungsrechtliche Definition.¹²⁶ Während § 28 Abs 1 S 2 II. BV die Instandsetzung lediglich als Unterfall der Instandhaltung betrachtet, stellt diese nach § 535 BGB gegenüber der Instandhaltung ein Mehr dar.¹²⁷ Denn neben der Reparatur fällt hierunter ebenso die Wiederbeschaffung.¹²⁸

¹¹⁹ Zweite Berechnungsverordnung BGBl. I. 1990/2178 idF BGBl. I 2007/2614.

¹²⁰ Vgl BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 403; Langenberg/Zehelein in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau⁶ (2021), Kap. 2. Rz 25; Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4406.

¹²¹ Boerner in Guhling/Günter², § 535 BGB Rz 102; Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete⁴, Kapitel 14 Rz 202; Kraemer/Paschke in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete⁵ (2019), Kapitel III Rz 3058.

¹²² Boerner in Guhling/Günter², § 535 BGB Rz 102; Langenberg/Zehelein in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 25; Kraemer/Paschke in Bub/Treier⁵, Kapitel III Rz 3058.

¹²³ Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4411.

¹²⁴ Langenberg/Zehelein in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 25; Over in Hannemann/Wiegner⁵, § 58 Rz 4.

¹²⁵ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 403; Langenberg/Zehelein in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 26.

¹²⁶ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 404.

¹²⁷ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 404; vgl Over in Hannemann/Wiegner⁵, § 19 Rz 4.

¹²⁸ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 404; Boerner in Guhling/Günter², § 535 BGB Rz 103; Over in Hannemann/Wiegner⁵, § 58 Rz 5.

Begrifflich ist Voraussetzung der Instandsetzung, dass die Mietsache reparaturbedürftig ist.¹²⁹ Schließlich muss und kann nichts instandgesetzt werden, was bereits instand ist.¹³⁰ Daher ist unter Instandsetzung, die Beseitigung von Schäden und Abnutzungen zu verstehen.¹³¹

c. Abgrenzung zur Modernisierung

Aus §§ 555a Abs 1, 535 Abs 1 BGB ergibt sich, dass Erhaltungsmaßnahmen der Sicherstellung des vereinbarten Gebrauchs, durch Behebung von Mängeln an der Mietsache oder der Verhinderung des Eintretens dieser, dienen.¹³² Hiervon abzugrenzen sind Modernisierungen, zu denen der Vermieter zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist.¹³³ Voraussetzung einer Modernisierungsmaßnahme ist nach § 555b BGB eine bauliche Veränderung.¹³⁴ Diese wird in Anlehnung an § 20 Abs 1 WEG¹³⁵ als über die ordnungsmäßige Erhaltung hinausgehend verstanden, somit als Umgestaltung der Mietsache im Unterschied zum Entstehungszustand oder vorheriger zulässiger baulicher Veränderungen.¹³⁶ Modernisierungsmaßnahmen dienen nicht der Erhaltung des Mietobjekts im vertragsgemäßen Zustand, sondern der Erhöhung des Gebrauchswerts, dh der Verbesserung der Mietsache.¹³⁷

2. § 241 Abs 2 BGB

Nach § 241 Abs 2 BGB trifft den Mieter als vertragliche Nebenpflicht die Obhutspflicht, wonach er zum Schutz der Mietsache vor Schäden und Verschlechterungen außerhalb des vertragsgemäßen Gebrauchs verpflichtet ist.¹³⁸ Folglich sind zur Erfüllung der Obhutspflicht nicht nur Beschädigungen der Mietsache zu unterlassen, sondern vom Mieter wird ein positives Tun verlangt.¹³⁹ Beispielsweise ist der Mieter zu ausreichender Reinigung und Lüften der Mieträume verpflichtet, um Schäden durch Feuchtigkeit oder Schmutz zu vermeiden.¹⁴⁰

¹²⁹ BGH, Urt. v. 14.12.2012 – V ZR 49/12, NZM 2013, 243; *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4407.

¹³⁰ BGH, Urt. v. 14.12.2012 – V ZR 49/12, NZM 2013, 243; *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4407.

¹³¹ *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 369.

¹³² *Artz* in MüKo BGB V⁸, § 555a Rz 3; vgl. *Müller* in BeckOK MietR³⁰, § 555a BGB Rz 1 ff (Stand 1.11.2022, beck-online.de).

¹³³ *Häublein* in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 119; *Müller* in BeckOK MietR³⁰, § 555a BGB Rz 8.

¹³⁴ *Schlosser* in BeckOK BGB⁶³, § 555b Rz 4; *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 555b BGB Rz 13; *H. Schmidt* in BeckOGK BGB, § 555b Rz 4 (Stand 1.9.2022, beck-online.de).

¹³⁵ Wohnungseigentumsgesetz BGBl. I 1951/175 idF BGBl. I 2021/34.

¹³⁶ Vgl. *Schlosser* in BeckOK BGB⁶³, § 555b Rz 4 zu § 22 WEG aF.

¹³⁷ *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 555b BGB Rz 4; *Krüger* in *Guhling/Günter*², § 555a BGB Rz 8.

¹³⁸ BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 49/16, NZM 2017, 144 Rz 14; *H. Schmidt* in BeckOGK BGB, § 535 Rz 487 f (Stand 1.10.2022, beck-online.de).

¹³⁹ *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 535 BGB Rz 275; LG Koblenz, Urt. v. 6.5.2014 – 6 S 45/14, NJW 2014, 2660.

¹⁴⁰ LG Berlin v. 8.11.1984 - 61 S 19/84, ZMR 1985, 90; *Kraemer/von der Osten/Schüller* in *Bub/Treier*⁵, Kapitel III Rz 2332.

III. Rechtsvergleichende Betrachtung

Der Vergleich von § 535 BGB mit den Erhaltungsregelungen des ABGB zeigt andere Gemeinsamkeiten und Unterschiede als ein Vergleich mit dem MRG. Deshalb wird die rechtsvergleichende Betrachtung im Folgenden getrennt nach Gesetzen vorgenommen.

1. ABGB und BGB

Die Erhaltungspflicht des Vermieters ist in Deutschland in § 535 BGB geregelt, dessen Wortlaut der österreichischen Regelung in § 1096 ABGB sehr ähnlich ist. Beide stellen auf die Erhaltung in zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten bzw. brauchbarem Zustand ab und definieren nicht näher, was unter Erhaltung zu verstehen ist. Der räumliche Umfang der Erhaltungspflicht der Vorschriften deckt sich ebenfalls, zu erhalten sind die Mietsache und allgemeinen Teile bzw. Gemeinschaftsflächen. Die Erhaltungspflicht des Vermieters entfällt sowohl nach ABGB als auch nach BGB im Fall der Unmöglichkeit und besteht auch nicht für vom Mieter verschuldete Mängel. Ebenso stimmen die Obhutspflichten des Mieters nach ABGB und BGB überein. Im Gegensatz zu § 535 BGB sind Schönheitsreparaturen bzw. Ausmalen nicht Teil der Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB.

Eine Abgrenzung der Begriffe Instandhaltung und Instandsetzung, wie im deutschen Recht, erfolgt in Österreich soweit ersichtlich nicht. Die Begrifflichkeiten werden vielmehr im Zusammenhang mit der Erhaltungspflicht nach ABGB sowohl in Literatur als auch Rechtsprechung als Synonyme für Erhaltung verwendet.

Der wesentliche Unterschied zwischen § 1096 ABGB und § 535 BGB besteht jedoch darin, dass nach der Verkehrssitte in Österreich der Mieter zur Vornahme von Kleinreparaturen bzw. Bagatellreparaturen verpflichtet ist. Eine entsprechende Verkehrssitte wird in Deutschland nicht angenommen, sondern die Erhaltungspflicht trägt vollständig der Vermieter. Dementsprechend kann die Pflichtenverteilung in Deutschland meines Erachtens als mieterfreundlicher bezeichnet werden.

2. MRG und BGB

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland knüpft die Erhaltung an das Vorliegen oder Drohen eines Mangels an. Dementsprechend wird auch in beiden Ländern der Erhaltungsbegriff von Modernisierungen bzw. Verbesserungen mittels des Tatbestandsmerkmals der Reparaturbedürftigkeit abgegrenzt. Dies ist relevant, da der

Vermieter nach österreichischem und deutschem Recht zur Erhaltung, aber nicht zur Modernisierung verpflichtet ist.

In § 3 MRG ist die Erhaltungspflicht des Vermieters wesentlich genauer geregelt als in § 535 BGB. Dort werden in Abs 1 die zu erhaltenden Gegenstände benannt und Abs 2 enthält eine Auflistung von Erhaltungsmaßnahmen. Eine ähnliche Präzisierung kann in Deutschland weder § 535 BGB noch § 555a BGB entnommen werden.

Während die Erhaltungspflicht des deutschen Vermieters im Fall der schuldhaften Verursachung eines Mangels durch den Mieter nicht greift, ist der österreichische Vermieter im Vollenwendungsbereich des MRG dennoch zur Beseitigung des Mangels verpflichtet. Er kann lediglich Schadensersatz vom Mieter verlangen.

Die in Deutschland vorgenommene Aufteilung der Erhaltungspflicht in Instandhaltung und Instandsetzung scheint auch im MRG umgesetzt zu sein. Die Erhaltungsmaßnahmen nach § 3 MRG setzen grundsätzlich einen Schaden voraus und weisen dadurch eine beachtliche Überschneidung mit dem deutschen Instandsetzungsbegriff auf. In § 8 MRG wird sogar explizit von Wartung und Instandhaltung gesprochen, wobei es sich, wie beim deutschen Instandhaltungsbegriff, um vorbeugende Maßnahmen handelt.

Die Erhaltung wird im MRG jedoch nicht nur begrifflich in zwei Vorschriften aufgeteilt, sondern Wartung und Instandhaltung sind nach § 8 MRG Aufgabe des Mieters. Dass dem Mieter somit durch das Gesetz Pflichten im Zusammenhang mit der Erhaltung des Eigentums des Vermieters auferlegt werden, ist der größte Unterschied zum deutschen Recht. Denn in Deutschland treffen den Mieter nur nebenvertragliche Schutzpflichten. Die Erhaltung ist hingegen nach Gesetz allein Sache des Vermieters.

Deshalb kann die gesetzliche Pflichtenverteilung in Deutschland im Vergleich zum österreichischen MRG meiner Meinung nach als mieterfreundlicher bezeichnet werden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Vermieter im MRG-Vollenwendungsbereich selbst bei Verschulden des Mieters zur Erhaltung verpflichtet ist. Denn über den Schadensersatzanspruch werden die Kosten hierfür an den Mieter weitergereicht und er wird lediglich von der Vornahme der Erhaltungsmaßnahme befreit. Dh der Mieter wird so oder so mit den Kosten für die Erhaltungsmaßnahme, die durch sein Verschulden notwendig wird, belastet.

C. Maximale Übertragung der Erhaltungspflicht

Durch Erhaltungsvereinbarungen werden dem Mieter gesetzliche Pflichten des Vermieters auferlegt. Diese Art von Vereinbarung wird auch als Überwälzung oder Abwälzung der Erhaltungspflicht bezeichnet.¹⁴¹ Vermieter versuchen in der Praxis häufig dem Mieter sämtliche Erhaltungspflichten aufzuerlegen. Inwiefern eine Abweichung von der gesetzlichen Pflichtenverteilung durch Erhaltungsvereinbarungen nach österreichischem und deutschem Recht zulässig ist und welche Pflichten maximal auf den Mieter übertragen werden können, soll im Folgenden betrachtet werden.

Neben dem Umfang der übertragenen Erhaltungspflichten ist für die Wirksamkeit solcher Vertragsregelungen relevant, ob die Übertragung durch AGB oder Individualabrede erfolgt. Denn an AGB werden strengere Wirksamkeitsanforderungen gestellt als an individuell von den Mietvertragsparteien ausgehandelte Vereinbarungen. In der Praxis finden sich Abwälzungsklauseln dennoch meist in AGB, weshalb der Schwerpunkt der folgenden Betrachtung auf diese gelegt wird.

I. Abdingbarkeit der gesetzlichen Vorschriften

Bevor die einzelnen Klauseln im Detail analysiert werden, ist zunächst zu prüfen, ob die gesetzlichen Regelungen abdingbar sind. Betrachtet wird lediglich die Abdingbarkeit der Normen, die dem Vermieter die Erhaltungspflicht auferlegen.

1. Österreich

In Österreich ist die jeweilige Erhaltungsvereinbarung je nach Zuordnung des Mietverhältnisses entweder an den Regelungen des ABGB oder MRG zu messen. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern § 1096 ABGB und § 3 MRG dispositiv sind.

a. MRG-Vollanwendungsbereich

Im Vollanwendungsbereich des MRG ist die Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 3 MRG zugunsten des Mieters zwingend.¹⁴² Sie darf dort folglich nicht auf den Mieter übertragen werden.¹⁴³

¹⁴¹ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 58; *Lehmann-Richter* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 538 BGB Rz 49.

¹⁴² RIS-Justiz RS0021233, zuletzt OGH 8 Ob 28/16z wobl 2017, 401; RIS-Justiz RS0069928, zuletzt OGH 4 Ob 76/17f Zak 2017, 254; RIS-Justiz RS0106158, zuletzt OGH 5 Ob 213/18m wobl 2020, 433; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 62; *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 1.

¹⁴³ *Würth* in *Rummel*, ABGB³ § 8 MRG Rz 2; vgl *Prader*, MRG^{6.05}, § 3 Rz E37; *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 1.

b. ABGB

§ 1096 ABGB enthält hingegen nachgiebiges Recht.¹⁴⁴ Die ständige Rechtsprechung sowie herrschende Literatur sehen die Pflicht zur laufenden Erhaltung außerhalb zwingender Normen des MRG als abdingbar und auf den Mieter übertragbar an.¹⁴⁵

In zwei Entscheidungen des OGH¹⁴⁶ heißt es: „Die Verpflichtung des Vermieters zur Erhaltung des Bestandobjekts nach § 1096 ABGB ist [...] grundsätzlich abdingbar, wenn nicht dessen Kernbereich oder Fragen der Gesundheitsgefährdung betroffen sind“.¹⁴⁷

Diese Aussage des OGH vermittelt den Eindruck, dass die Erhaltungspflicht des Vermieters partiell zwingend ist und in diesem Umfang von vornherein nicht durch Parteivereinbarung abgewichen werden kann.¹⁴⁸ Die Begriffe werden jedoch vom OGH nicht näher definiert.¹⁴⁹

Pesek¹⁵⁰ analysiert die Judikate und kommt zu dem Ergebnis, dass sich aus den in beiden Entscheidungen angeführten Belegstellen nicht erschließe oder sich Anhaltspunkte dafür ergäben, wie der OGH zur Einschränkung der Dispositivität gelange. In beiden Judikaten sei die darin postulierte Beschränkung der Abdingbarkeit nicht entscheidungserheblich gewesen und es handele sich um vereinzelt gebliebene Entscheidungen.¹⁵¹ Deshalb sei stark zu bezweifeln, der OGH wolle tatsächlich den Standpunkt einnehmen, es gäbe einen unabdingbaren Bereich der Erhaltungspflichten.¹⁵² Des Weiteren begründe der OGH sein Ergebnis, es bestehe keine Erhaltungspflicht des Mieters für das Dach, nicht mit der Abweichung der Vereinbarung vom Kernbereich des § 1096 ABGB, sondern stütze dieses auf seine Auslegung der Vereinbarung.¹⁵³ Pesek¹⁵⁴ ist ferner der Ansicht, es unterliege vollständig der Disposition der Parteien den Umfang der Erhaltungspflicht zu bestimmen und diese auszugestalten. Die Zulässigkeitsgrenze für derartige Vereinbarungen sei nicht in § 1096 Abs 1 S 1 ABGB zu finden, sondern dem allgemeinen Vertragsrecht zu entnehmen.

¹⁴⁴ RIS-Justiz RS0021525, zuletzt OGH 31.3.2022 5 Ob 37/22k; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 60; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB VII⁵, § 1096 Rz 81; Prader, MRG^{6.04} § 1096 ABGB Rz 1.

¹⁴⁵ RIS-Justiz RS0021233, zuletzt OGH 8 Ob 28/16z wobl 2017, 401; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 60; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB VII⁵, § 1096 Rz 81.

¹⁴⁶ OGH 7 Ob 218/00k immolex 2002, 68; OGH 4 Ob 176/14g wobl 2015, 240 = MietSlg 66.179.

¹⁴⁷ OGH 4 Ob 176/14g wobl 2015, 240 = MietSlg 66.179.

¹⁴⁸ Vgl. Pesek, Zwingende Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB bei einer Gesundheitsgefährdung des Mieters? wobl 2019, 77 (82).

¹⁴⁹ Pesek, wobl 2019, 77 (82).

¹⁵⁰ Pesek, wobl 2019, 77 (83).

¹⁵¹ Pesek, wobl 2019, 77 (83).

¹⁵² Pesek, wobl 2019, 77 (83).

¹⁵³ Pesek, wobl 2019, 77 (82).

¹⁵⁴ Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 82; Pesek, wobl 2019, 77 (83).

Insbesondere die Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB und die Verkürzung über die Hälfte nach § 934 ABGB seien als Zulässigkeitsgrenzen der Abbedingung zu nennen.

Die Ansicht von *Pesek*¹⁵⁵ überzeugt meiner Meinung nach dahingehend, dass § 1096 ABGB uneingeschränkt dispositiv bzw abdingbar ist. Meines Erachtens beabsichtigte der OGH¹⁵⁶ nicht, durch seine Aussage § 1096 ABGB für partiell zwingend zu erklären. Vielmehr wollte der OGH meiner Ansicht nach ausdrücken, dass die Übertragung von den Kernbereich des § 1096 ABGB oder Fragen der Gesundheitsgefährdung betreffenden Erhaltungspflichten auf den Mieter, so erheblich von der gesetzlichen Pflichtenverteilung abweicht, dass eine widerlegliche Vermutung für die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung besteht. Für die Frage, was unter den Begrifflichkeiten Kernbereich und Gesundheitsgefährdung zu verstehen ist, erscheint meiner Meinung nach ein Rückgriff auf das MRG sinnvoll. Entsprechend § 3 Abs 2 Z 2 MRG zählen meines Erachtens zum Kernbereich des § 1096 ABGB ernste Schäden des Hauses, dh der Bausubstanz. Dabei sind insbesondere Schäden an Fundament und Mauerwerk zu nennen, die die Statik beeinflussen.¹⁵⁷ Ebenso ist die Beheizbarkeit nach § 3 Abs 2 Z 2a MRG Teil des Kernbereichs des § 1096 ABGB. Auch die Gesundheitsgefährdung ist wie in § 3 Abs 2 Z 2 MRG zu definieren. Konsequenterweise begründet meiner Ansicht nach eine Übertragung der im MRG-Vollanwendungsbereich zwingenden Erhaltungspflichten des Vermieters nach § 3 MRG, für eine Vereinbarung im Geltungsbereich des § 1096 ABGB, die widerlegliche Vermutung unwirksam zu sein.

c. MRG-Teilanwendungsbereich

Im MRG-Teilanwendungsbereich gilt hinsichtlich der Erhaltungspflicht des Vermieters § 1096 ABGB, sodass diese grundsätzlich dispositiv ist. Für Wohnungsmietverträge im Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 4 MRG trifft jedoch Art 4 der WRN 2015¹⁵⁸ eine einschränkende Regelung zur Abbedingung der Erhaltungspflicht. Gem Art 4 der WRN 2015 kann durch vertragliche Vereinbarung die Erhaltungspflicht des Vermieters aus § 1096 Abs 1 ABGB insoweit nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, als sie die Erhaltung eines Wärmebereitungsgeräts, insbesondere einer Heiztherme oder eines Warmwasserboilers, in der Wohnung betrifft.

¹⁵⁵ Vgl *Pesek*, wobl 2019, 77 (82).

¹⁵⁶ OGH 7 Ob 218/00k immolex 2002, 68; OGH 4 Ob 176/14g wobl 2015, 240 = MietSlg 66.179.

¹⁵⁷ Vgl OGH 7 Ob 218/00k immolex 2002, 68.

¹⁵⁸ Wohnrechtsnovelle 2015, BGBl. I 2014/100.

Art 4 der WRN 2015 gilt hingegen nicht für Geschäftsraummietverträge,¹⁵⁹ sodass bei diesen die Erhaltungspflicht des Vermieters ohne entsprechende Einschränkung abdingbar ist.¹⁶⁰ Außerdem umfasst der Anwendungsbereich der Vorschrift nur die Erhaltung.¹⁶¹ Die Pflicht des Vermieters zur Wartung der mitvermieteten Wärmebereitungsgeräte wird hingegen nicht nach Art 4 der WRN 2015 zwingend gestellt, weshalb die Abbedingung dieser oder die Überwälzung auf den Wohnraummieter im MRG-Teil Anwendungsbereich grundsätzlich möglich sein soll.¹⁶²

2. Deutschland

§ 535 Abs 1 S 2 BGB kann vertraglich abbedungen werden.¹⁶³ Überwälzungsvereinbarungen sind daher nicht von vornherein unwirksam.¹⁶⁴ Die Wirksamkeit solcher Regelungen, die beispielsweise von den Kardinalpflichten des Vermieters hinsichtlich zB der Beheizbarkeit der Mietsache, der Dachdichtigkeit oder Gebäudestandsicherheit abweichen, wird erst im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB beurteilt.¹⁶⁵ Danach wird die Abwälzung von Kardinalpflichten angesichts der weitreichenden Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 535 BGB insgesamt als unwirksam bewertet.¹⁶⁶ Weitere Ausführungen zu den Kardinalpflichten s C. II. 2. c. aa.

3. Rechtsvergleichende Betrachtung

Die Ansicht von *Pesek*¹⁶⁷ entspricht dem deutschen Verständnis, dass die gesetzliche Regelung zur Erhaltungspflicht uneingeschränkt disponibel ist. Wird der Kernbereich des § 1096 ABGB dahingehend ausgelegt, dass die Erhaltungspflichten nach § 3 MRG umfasst sind, dann deckt sich dieser weitestgehend mit den Kardinalpflichten des deutschen Vermieters.

¹⁵⁹ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 122; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 98.

¹⁶⁰ *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 98.

¹⁶¹ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 123.

¹⁶² *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 123.

¹⁶³ *Häublein* in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 127; *Zehelein* in *BeckOK BGB*⁶³, § 535 Rz 407; *H. Schmidt* in *BeckOGK BGB*, § 535 Rz 384; *Kraemer/Paschke* in *Bub/Treier*⁵, Kapitel III Rz 2591; BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594 Rz 40.

¹⁶⁴ *Kraemer/Paschke* in *Bub/Treier*⁵, Kapitel III Rz 2591.

¹⁶⁵ Vgl *Specht* in *BeckOK MietR*²⁹, § 535 BGB Rz 4435; *H. Schmidt* in *BeckOGK BGB*, § 535 Rz 384.

¹⁶⁶ *Specht* in *BeckOK MietR*²⁹, § 535 BGB Rz 4435.

¹⁶⁷ *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁵ § 1096 Rz 82.

II. Übertragung in AGB

In der Praxis werden häufig Muster bzw Vertragsformblätter und damit AGB für den Abschluss eines Mietvertrages verwendet.¹⁶⁸ AGB sind Vertragsschablonen, die eine Partei für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert hat.¹⁶⁹ Für die folgende Betrachtung wird davon ausgegangen, dass der Vermieter den Inhalt des Mietvertrages vorgibt und somit Verwender der darin enthaltenen AGB ist.

1. Österreich

Die Übertragung der Instandhaltungspflicht auf den Mieter in AGB scheint die Rechtsprechung in Österreich erst in den letzten zwei Jahrzehnten zu beschäftigen. Ausgelöst von den sog „Klauselentscheidungen“¹⁷⁰ des OGH hat sich dies zu einem viel diskutierten Thema entwickelt. Die Zulässigkeit solcher Erhaltungsklauseln wird von Rechtsprechung und Literatur anhand unterschiedlicher Gesetze geprüft.

a. Zulässigkeitsprüfung nach KSchG

Das KSchG¹⁷¹ ist nach § 1 Abs 1 KSchG anwendbar, wenn an dem Rechtsgeschäft ein Unternehmer und ein Verbraucher beteiligt sind. Bei einem Mietvertrag wird häufig der Vermieter Unternehmer und der Mieter Verbraucher sein,¹⁷² was für die folgende Prüfung auch unterstellt wird.

Ein Vermieter wird im Sinne des KSchG als Unternehmer betrachtet, wenn *„die Beschäftigung von dritten Personen (zB Hausbesorger), das Vorliegen einer Mehrzahl dauernder Vertragspartner (Mehrzahl von Mietverträgen, die eine nach kaufmännischen Grundsätzen geführte Buchhaltung erfordert) bestehen und sohin die Einschaltung von anderen Unternehmen oder Erfüllungsgehilfen erforderlich ist und auch längerfristige Vertragsbindungen bestehen“*.¹⁷³ Die Vermietung von fünf Mietgegenständen wird als annähernde Richtzahl herangezogen, um das Vorliegen einer Mehrzahl von

¹⁶⁸ Vgl Reichholf/Rosifka, Studie: Gesetzswidrige Vertragsbestimmungen in Wohnungsmietverträgen (2004), https://www.arbeiterkammer.at/service/studien/wohnen/Gesetzswidrige_Vertragsbestimmungen_in_Wohnungsmietvertraege.html

¹⁶⁹ § 305 Abs 1 S 1 BGB; Ratka in Ratka/Rauter, RDB Keywords: Unternehmens- und Gesellschaftsrecht¹, Allgemeine Geschäftsbedingungen Rz 1 (Stand 11.10.2021, rdb.at).

¹⁷⁰ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung*, JBl 2007, 181 (189) und OGH 1 Ob 241/06g, *zweite Klauselentscheidung*, immolex 2007, 211.

¹⁷¹ Konsumentenschutzgesetz, BGBl. Nr. 140/1979 idF BGBl. I 2022/109.

¹⁷² So auch Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 88.

¹⁷³ RIS-Justiz RS0065317, zuletzt OGH 5 Ob 119/22v Zak 2022, 296.

Vertragspartner zu bestimmen.¹⁷⁴ Überschreitet der Vermieter diese nicht, so wird er noch als Verbraucher betrachtet.¹⁷⁵

Der Verbraucherbegriff wird im KSchG nicht positiv beschrieben, sondern in Abgrenzung zum Unternehmer negativ definiert.¹⁷⁶ Verbraucher ist, wer das Geschäft nicht zu unternehmerischen Zwecken abschließt.¹⁷⁷ Im Zweifel werden Geschäfte eines Unternehmers entsprechend § 344 UGB als unternehmensbezogen betrachtet.¹⁷⁸ Übertragen auf ein Mietverhältnis bedeutet dies meines Erachtens, dass Mieter von Wohnraum Verbraucher iSd KSchG sind, wohingegen Mieter von Geschäftsräumen unter den Unternehmerbegriff fallen.¹⁷⁹

aa. Verstoß gegen § 9 KSchG

§ 9 Abs 1 KSchG sieht vor, dass Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nicht vor Kenntnis des Mangels eingeschränkt oder ausgeschlossen werden können. In den ersten beiden Klauselentscheidungen¹⁸⁰ sah der OGH in einer Abwälzungsklausel einen Verstoß gegen das Verbot aus § 9 Abs 1 KSchG.

(1) Erste Klauselentscheidung

Der ersten Klauselentscheidung¹⁸¹ des siebten Senats lag folgende Erhaltungsklausel in einem Vertragsformblatt eines Mietvertrages im Teilanwendungsbereich des MRG zugrunde: *„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 ua verpflichtet, die im Mietgegenstand befindlichen Heizungsanlagen, ferner sämtliche Gas-, Elektro- und Wasserinstallationen samt Geräten stets in betriebsfähigem Zustand zu erhalten und im Falle von Störungen diese unverzüglich sach- und fachgemäß auf eigene Kosten instandsetzen zu lassen. Weiters*

¹⁷⁴ RIS-Justiz RS0065317 (T1), OGH 24.11.1993 3 Ob 547/93; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 88; Krejci in Rummel, ABGB³, § 1 KSchG Rz 4 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

¹⁷⁵ RIS-Justiz RS0065317 (T1), OGH 24.11.1993 3 Ob 547/93.

¹⁷⁶ Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁵ § 1 KSchG Rz 8; Krejci in Rummel, ABGB³, § 1 KSchG Rz 4; Donath in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁵ (2020), § 1 KSchG Rz 2.

¹⁷⁷ Vgl. Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁵ § 1 KSchG Rz 8; Krejci in Rummel ABGB³, § 1 KSchG Rz 4.

¹⁷⁸ Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁵ § 1 KSchG Rz 12; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 88; Donath in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵, § 1 KSchG Rz 2.

¹⁷⁹ Zu Ausnahmen von dieser Einstufung Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 88.

¹⁸⁰ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung, JBl 2007, 181 (189) und OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung, immolex 2007, 211.

¹⁸¹ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung (Klausel 23), JBl 2007, 181 (189) = Zak 2007, 34 = ecolex 2007, 161 (Rosifka) = wobl 2007, 62 (Riss) = immolex 2007, 102 (Böhm/Graf) = wobl 2009, 209 (Vonkilch).

*fallen Eingangstüre und Fenster im Bereich des Mietobjektes in Wartungs- und Instandhaltungspflicht des Mieters.*¹⁸²

Der OGH¹⁸³ beurteilte diese Klausel wegen eines Verstoßes gegen § 9 Abs 1 KSchG als unzulässig. Das mangelbedingte Mietzinsminderungsrecht in § 1096 Abs 1 S 2 ABGB sei für Mietverträge eine Gewährleistungsbestimmung besonderer Art.¹⁸⁴ Die Erhaltungspflicht des Vermieters sei daher nach Ansicht des OGH in der Konsequenz auch Ausdruck der mietrechtlichen Gewährleistungspflicht und könne wegen § 9 KSchG nicht generell gegenüber einem Verbraucher ausgeschlossen werden.¹⁸⁵ Denn das Zinsminderungsrecht sei lediglich das Druckmittel, um den Vermieter zu Erhaltungsmaßnahmen anzuhalten und die Gewährleistungspflicht gegen ihn durchzusetzen.¹⁸⁶ In der vollständigen Übertragung der Erhaltungspflicht der Mietsache auf den Mieter selbst, liege ein Ausschluss dieses Gewährleistungsrechts.¹⁸⁷ Die Klausel führe dazu, dass der das Mietzinsminderungsrecht auslösende Zustand niemals eintreten könne.¹⁸⁸ Deshalb sei eine Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Verbraucher auch dann unzulässig, wenn ein höherer Mietzins berechtigterweise hätte gefordert werden können.¹⁸⁹ Der Leistungsgegenstand solle im Interesse des Verbraucherschutzes absehbar, klar und kalkulierbar sein.¹⁹⁰ Dazu müssen die Leistungen unmissverständlich umrissen benannt werden und es dürfen vor Kenntnis des Mangels keine Gewährleistungsrechte ausgeschlossen werden.¹⁹¹

(2) Zweite Klauselentscheidung

Der zweiten Klauselentscheidung¹⁹² lag folgende Klausel aus Mietverträgen im Vollanwendungsbereich des MRG zugrunde: *„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 in Stand zu halten und zu erneuern (insbesondere auch die Erneuerung von Warmwasser-/Heizgeräten und dergleichen), als es sich nicht um ernste Schäden des Hauses handelt. Die*

¹⁸² OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁸³ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁸⁴ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁸⁵ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁸⁶ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁸⁷ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁸⁸ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁸⁹ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁹⁰ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁹¹ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189).

¹⁹² OGH 1 Ob 241/06g, *zweite Klauselentscheidung* (Klausel 2), immolex 2007, 211 = Zak 2007, 203 (Lovrek) = wobl 2007, 207 (Würth) = immolex 2007, 262 (Böhm) = wobl 2009, 209 (Vonkilch).

Wartungs- und Instandhaltungspflicht erstreckt sich auch auf vorhandene Antennenanlagen.¹⁹³ Der OGH sah in der Klausel die generelle Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Mieter.¹⁹⁴ Dieser übernehme laut der Abwälzungsklausel sowohl die Wartung und Instandhaltung als auch die Verpflichtung alle Geräte sowie Einrichtungen, die für den Mietgegenstand bestimmt sind, zu erneuern.¹⁹⁵

Der erste Senat stimmte in der zweiten Klauselentscheidung dem siebten Senat zu, dass die Übertragung der Erhaltungspflicht § 9 Abs 1 KSchG widerspreche und aus diesem Grund unwirksam sei.¹⁹⁶ Die Klausel schließe implizit die Gewährleistungsrechte des Mieters durch die positive Festlegung seiner generellen Pflicht zur Erhaltung aus.¹⁹⁷ Nach § 3 Abs 1 S 2 MRG bleibe § 1096 ABGB im Übrigen unberührt, sodass auch im Vollenwendungsbereich des MRG das Zinsminderungsrecht des § 1096 Abs 1 S 2 ABGB Anwendung finde.¹⁹⁸ Dieses Gewährleistungsrecht könne nach der inkriminierten Klausel jedoch niemals zum Tragen kommen, da der Mieter auch dann zur Vornahme der notwendigen Erhaltungsmaßnahmen auf eigene Kosten verpflichtet sei, wenn der Mangel am Mietobjekt ohne seine Schuld auftrete.¹⁹⁹ Bei Überwälzung der Erhaltungspflicht könne der Mieter die Unbrauchbarkeit des Mietgegenstandes nicht anführen, was allerdings für einen Zinsminderungsanspruch Voraussetzung wäre.²⁰⁰

(3) Kritik der Literatur

In der Literatur werden die erste und zweite Klauselentscheidung stark kritisiert.²⁰¹ In der Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter sieht die wohl hA in der Literatur keinen Gewährleistungsausschluss iSd § 9 KSchG, sondern eine Mietzinsvereinbarung.²⁰²

So führt beispielsweise *Lovrek*²⁰³ aus, der Mietzins müsse nicht in Geld bestehen, sondern eine übernommene Erhaltungspflicht könne Mietzinscharakter haben.²⁰⁴ Daher sei die Übernahme der Erhaltungspflichten für den Vermieter eine geldwerte Leistung.²⁰⁵

¹⁹³ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

¹⁹⁴ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

¹⁹⁵ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

¹⁹⁶ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

¹⁹⁷ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

¹⁹⁸ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

¹⁹⁹ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

²⁰⁰ OGH 1 Ob 241/06g, zweite Klauselentscheidung (Klausel 2), immolex 2007, 211.

²⁰¹ ua Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 (69); *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 78; *Prader*, MRG^{6.04} § 1096 ABGB Rz E400.

²⁰² ua Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62 (69); *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 78; *Prader*, MRG^{6.04} § 1096 ABGB Rz E400.

²⁰³ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 77 ff.

²⁰⁴ So auch *Prader*, MRG^{6.04} § 1096 ABGB Rz E400.

²⁰⁵ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 78 mwN.

Er erhalte als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung vom Mieter eine Entgeltzahlung plus Erhaltungsleistungen.²⁰⁶ Der Mietzinscharakter der Erhaltung lasse die Berufung auf § 9 KSchG als widersprüchlich erscheinen.²⁰⁷

*Riss*²⁰⁸ ist unter anderem ein Vertreter der Ansicht, durch die Überwälzung werde dem Mieter vielmehr eine positive Vertragspflicht auferlegt, die im Synallagma stehe.²⁰⁹ Eine Einschränkung der inhaltlichen Ausgestaltung dieser positiven Leistungsbeschreibung durch § 9 KSchG widerspreche dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers.²¹⁰ Unwirksam seien nach dem Wortlaut des § 9 KSchG lediglich negative Abweichungen (Einschränkung oder Ausschluss) vom gesetzlichen Gewährleistungsprogramm.²¹¹ Bei der Fallgruppe der negativen Leistungsbeschreibung würden die Leistungspflichten des Unternehmers eingeschränkt und nicht die Leistungspflichten des Verbrauchers vereinbart.²¹² Es gehe in Wahrheit, jedoch nicht darum, sondern um die Frage warum es unzulässig sein soll eine Modifikation des vertraglichen Pflichtenprogramms bezüglich der Erhaltungspflichten des Vermieters gegenüber Verbrauchern vorzunehmen.²¹³

Schließlich wird insbesondere von *Vonkilch*²¹⁴ kritisiert, dass bei Akzeptanz der Argumentation des OGH, eine Überwälzung von Erhaltungspflichten sei wegen Verletzung des Mietzinsminderungsrechts unzulässig, nicht einzusehen sei, weshalb dies bloß im Verbrauchergeschäft gelten sollte.²¹⁵ Denn ein Ausschluss des zwingenden Zinsminderungsrechts könne im Ergebnis auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 9 KSchG durch Übertragung der Erhaltungspflichten auf den Mieter erfolgen.²¹⁶ Dabei sei insbesondere zu beachten, dass § 1096 Abs 1 S 3 ABGB das Mietzinsminderungsrecht für alle Mietverträge über unbewegliche Sachen zwingend stelle.²¹⁷ In konsequenter Weiterführung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wäre bei allen Mietverträgen, dh auch außerhalb des Verbrauchermietvertrages und des Vollenwendungsbereichs des MRG, die Übertragung von Instandhaltungspflichten als unzulässig zu beurteilen.²¹⁸ Im Verbrauchergeschäft außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG werde so eine „All-Inclusive-Erhaltung“ durch den

²⁰⁶ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 79.

²⁰⁷ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 79 mwN.

²⁰⁸ *Riss*, wobl 2007, 62 (69).

²⁰⁹ So auch Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 78 und *Prader*, MRG^{6.04} § 1096 ABGB Rz E400.

²¹⁰ *Riss*, wobl 2007, 62 (69).

²¹¹ *Riss*, wobl 2007, 62 (69).

²¹² *Riss*, wobl 2007, 62 (69).

²¹³ *Vonkilch*, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185 (192).

²¹⁴ *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (192).

²¹⁵ *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (192).

²¹⁶ *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (192).

²¹⁷ *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (192); Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 79.

²¹⁸ *Vonkilch*, wobl 2007, 185 (192); Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 79.

Vermieter erzwungen, die auch rechtspolitisch als unbefriedigend kritisiert werde.²¹⁹ Auf Vermieterseite werde dies beim Abschluss von Neuverträgen zum Einkalkulieren der finanziellen Mehrbelastung durch die zwingenden Erhaltungspflichten in den Mietzins, einschließlich „Sicherheitspolster“, führen.²²⁰ Auf Mieterseite sei eine sprichwörtliche „Vollkaskomentalität“ zu befürchten, da es an jeglichem Anreiz für eine besonders pflegliche Behandlung des Objekts und der verbundenen Einrichtungen fehle.²²¹

(4) Stellungnahme

Der Literatur ist meines Erachtens zwar dahingehend zuzustimmen, dass durch die Übertragung der Erhaltungspflicht eine im Synallagma stehende, geldwerte, positive Vertragspflicht des Mieters begründet wird.²²² Allerdings ist daraus nicht zwingend zu schlussfolgern, es liege kein Gewährleistungsausschluss vor. Denn im Umfang der vom Mieter übernommenen Erhaltungspflichten steht diesem kein Zinsminderungsrecht zu, da die eingetretene Gebrauchsbeeinträchtigung auf von ihm nicht behobenen Mängeln beruht und somit aus seiner Sphäre stammt.²²³ Durch die Abwälzungsregelung kommt es faktisch zu einem Ausschluss des Rechts auf Mietzinsminderung. Dieses Ergebnis ist der im Verbandsprozess geltenden kundenfeindlichsten Auslegung geschuldet.

Der Gesetzgeber wollte, dass dies durch § 9 KSchG verhindert wird. In den Erläuterungen zu § 9 KSchG geht der Gesetzgeber davon aus, dass *„die gleiche Rechtslage, wie sie durch einen Gewährleistungsverzicht herbeigeführt werden kann, meist auch über eine entsprechende Leistungsbeschreibung allein erreicht werden kann“*.²²⁴ Als Beispiel wird in den Erläuterungen zwar eine negative Leistungsbeschreibung gewählt, jedoch kann daraus meiner Ansicht nach nicht der Schluss gezogen werden, für positive Leistungsbeschreibungen gelte § 9 KSchG nicht.

Der OGH stützt seine Ansicht explizit auf § 9 KSchG und nicht auf § 1096 Abs 1 S 3 ABGB, der ebenso einen Verzicht auf das Mietzinsminderungsrecht im Voraus nicht erlaubt. Daraus kann meines Erachtens geschlossen werden, dass der OGH seine Ansicht aus Verbraucherschutzgründen entwickelt hat und auf Verbraucherverträge beschränken möchte.²²⁵

²¹⁹ Vonkilch, wobl 2007, 185 (193).

²²⁰ Vonkilch, wobl 2007, 185 (193).

²²¹ Vonkilch, wobl 2007, 185 (193).

²²² So auch der OGH in einer Entscheidung in einem Individualverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG: OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

²²³ Vgl OGH 10 Ob 65/14b immolex 2015, 54 (Prader/Böhm) = wobl 2015, 240 = MietSlg 66.174; Iro/Rassi in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶, § 1096 Rz 11.

²²⁴ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 29.

²²⁵ In diese Richtung wohl auch Böhm, immolex 2015, 54.

Die konsequente Anwendung der Ansicht des OGH führt dazu, dass jegliche Erhaltungsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer-Vermieter und einem Verbraucher-Mieter unwirksam sind. Von der gesetzlichen Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB kann bei einem Verbrauchermietvertrag dementsprechend nie zulässigerweise abgewichen werden, auch nicht durch Übertragung einer § 8 MRG vergleichbaren Instandhaltungspflicht.²²⁶ Denn wenn die Gebrauchsbeeinträchtigung auf der unterlassenen Wartung beruht, kommt der Mangel aus der Sphäre des Mieters und er kann keine Zinsminderung geltend machen.

Ebenso kann im Vollenwendungsbereich des MRG bei einem dem KSchG unterliegenden Mietvertrag eine Erhaltungspflicht des Mieters für den Graubereich nie wirksam begründet werden.²²⁷ Denn das Recht zur Zinsminderung besteht auch bei Gebrauchsbeeinträchtigungen im Graubereich und damit auch, wenn den Vermieter keine Erhaltungspflicht trifft.²²⁸ Wird jedoch eine Erhaltungspflicht des Mieters in diesem ungeregelten Bereich positiv begründet, geht meiner Ansicht nach hiermit ebenso ein Verzicht auf sein Zinsminderungsrecht einher, wie wenn ihm eine Erhaltungspflicht des Vermieters übertragen worden wäre.

bb. Verstoß gegen § 6 KSchG

In einem obiter dictum äußert sich der OGH in der ersten Klauselentscheidung ebenfalls zu einem möglichen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.²²⁹ Ein solcher liege vor, wenn nach kundenfeindlichster Auslegung der Klausel ebenfalls Schäden zu beheben sind, die ein vom Vermieter Beauftragter oder der Vermieter selbst durch vertragswidriges Verhalten verursacht hat.²³⁰ Folglich verstößt eine Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, die eine verschuldensunabhängige Haftung des Mieters für die Erhaltung vorsieht.

In § 6 Abs 3 KSchG ist das Transparenzgebot geregelt.²³¹ Ein Verstoß hiergegen kann auch zur Unwirksamkeit einer Überwälzungsklausel führen.²³² Der OGH beurteilte in der dritten Klauselentscheidung eine Regelung als intransparent, die den Mieter zur Wartung

²²⁶ Vgl. Klausel 12 in der Entscheidung des OLG Wien 30.09.2021, 4 R 23/21p; <https://verbraucherrecht.at/vki-erfolg-gegen-den-immobilienverwalter-fernkorn-ag/64384> (Stand 14.12.2021).

²²⁷ In diese Richtung auch Böhm immolex 2009, 198; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 93.

²²⁸ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 102; Prader, MRG^{6.06} § 1096 ABGB Rz E111.

²²⁹ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung (Klausel 23), JBl 2007, 181 (189).

²³⁰ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung (Klausel 23), JBl 2007, 181 (189).

²³¹ Apathy/Frössel in Schwimann/Kodek, ABGB Va⁵ § 6 KSchG Rz 88; Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - KSchG³ (2006), § 6 Abs 3 KSchG Rz 1; Donath in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵, § 6 KSchG Rz 27; Krejci in Rummel, ABGB³, § 6 KSchG Rz 202.

²³² Vgl. OGH 6 Ob 81/09v, dritte Klauselentscheidung, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282 = immolex 2010, 116 (Rosifka/Böhm) = wobl 2010, 140 (Würth/Riss) = MietSlg 61.240 = MietSlg 61.244 = MietSlg 61.245.

der elastischen Fugen in Küche, Bad und WC verpflichtete.²³³ Es sei unklar, was „Wartung“ in Bezug auf eine elastische Fuge bedeute.²³⁴ Der Mieter könne dem Wort „Wartung“ das von ihm konkret verlangte Verhalten nicht entnehmen.²³⁵

cc. Rechtsfolge

Der EuGH hat entschieden, dass eine geltungserhaltende Reduktion bei Verbraucherverträgen generell unzulässig ist.²³⁶ Der OGH vertrat dies bereits auf nationaler Ebene für den Individualprozess und begründete dies mit dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.²³⁷ Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG ist für die geltungserhaltende Reduktion von Klauseln ebenfalls kein Raum, da das Hinwirken auf einen angemessenen Inhalt der AGB Ziel des KSchG und der Richter nicht Sachwalter des Verwenders ist.²³⁸ Verstöße gegen das KSchG haben somit die Nichtigkeit der betroffenen Klausel zur Folge.²³⁹ Die Unwirksamkeit der Klausel muss wegen Art 6 der Klausel-RL²⁴⁰ auch nicht vom Mieter im Prozess eingewendet werden, sondern ist im Verbrauchervertrag von Amts wegen zu prüfen.²⁴¹

Die aufgrund des Wegfalls der Klausel entstandene Lücke wird durch einen Rückgriff auf dispositives Recht geschlossen, wenn ansonsten eine dem Verbraucher nachteilige Gesamtnichtigkeit des Vertrags droht.²⁴² Bei einem ersatzlosen Entfall der Erhaltungsvereinbarung wäre dies der Fall.²⁴³ Denn der Umfang des geschuldeten Gebrauchsrechts des Mieters wäre unklar, welches jedoch zum Kernbereich des Mietvertrages gehört und dessen Unbestimmtheit diesen undurchführbar machen würde.²⁴⁴ Somit gilt hinsichtlich der Erhaltungspflicht das Gesetz, dh § 1096 ABGB oder §§ 3, 8 MRG.²⁴⁵

²³³ OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282.

²³⁴ OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282.

²³⁵ OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282.

²³⁶ EuGH C-618/10, *Banco Español*, ECLI:EU:C:2012:349; RIS-Justiz RS0128735, zuletzt OGH 18.10.2021 7 Ob 170/21g.

²³⁷ RIS-Justiz RS0122168, zuletzt OGH 14.12.2021 10 Ob 19/21y; *Told*, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen, JBI 2019, 541 (543).

²³⁸ RIS-Justiz RS0038205, zuletzt OGH 7 Ob 148/21x VbR 2022, 68; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 879 Rz 525.

²³⁹ *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 879 Rz 30

²⁴⁰ RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 1993/95, 29.

²⁴¹ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 297; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 68.

²⁴² *Vonkilch*, Die Einflüsse der Klausel-RL auf das Bestandsrecht, wobl 2022, 293 (303); für eine generelle Geltung dispositiven Rechts *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 879 Rz 30 mwN.

²⁴³ *Vonkilch*, wobl 2022, 293 (303).

²⁴⁴ *Vonkilch*, wobl 2022, 293 (303).

²⁴⁵ *Vonkilch*, wobl 2022, 293 (303).

b. Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB

Nach den ersten Klauselentscheidungen hat der OGH die Überwälzungsklauseln in der dritten Klauselentscheidung erstmals in einem Verbandsprozess ausdrücklich am Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB geprüft.²⁴⁶ Weder in der dritten noch in der vierten Klauselentscheidung oder den weiteren Urteilen des OGH findet sich jedoch eine ausdrückliche Aufgabe der Rechtsprechung zu § 9 KSchG.²⁴⁷ Eine solche Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung kann zudem nicht der gelegentlichen Inhaltskontrolle von Abwälzungsvereinbarungen am Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB entnommen werden.²⁴⁸ In einer aktuellen Entscheidung hat vielmehr das OLG Wien die Unwirksamkeit einer Erhaltungsklausel erneut mit § 9 KSchG begründet.²⁴⁹

aa. Anwendbarkeit

Für die Anwendbarkeit des § 879 Abs 3 ABGB ist nicht Voraussetzung, dass der Vermieter Unternehmer und der Mieter Verbraucher ist.²⁵⁰ Vielmehr ist die Verwendung eines Vertragsmusters ausreichend.²⁵¹

Eine Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB ist ferner nur möglich, wenn durch die Vertragsbestimmung keine Festlegung einer Hauptleistungspflicht erfolgt. Der Hauptleistungsbegriff ist hier eng zu verstehen.²⁵² Unter die Inhaltskontrolle fallen Klauseln, durch die das eigentliche Leistungsversprechen verändert, eingeschränkt oder ausgehöhlt wird.²⁵³ Die vertragliche Übernahme von Erhaltungspflichten zählt nicht zur Hauptleistungspflicht.²⁵⁴ Trotz ihres Entgeltcharakters werden Vereinbarungen über die laufende Erhaltung als Nebenleistungspflicht qualifiziert, sodass die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB möglich ist.²⁵⁵

²⁴⁶ OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282.

²⁴⁷ Böhm, immolex 2022, 134; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 92.

²⁴⁸ Böhm, immolex 2022, 134; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 92.

²⁴⁹ OLG Wien 30.09.2021, 4 R 32/21p; <https://verbraucherrecht.at/vki-erfolg-gegen-den-immobilienverwalter-fernkorn-ag/64384> (Stand 14.12.2021) Klausel 12.

²⁵⁰ Vonkilch wobl 2007, 185 (189 f.).

²⁵¹ Vonkilch wobl 2007, 185 (189 f.); Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 67.

²⁵² OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBI 2011,175 (Mayrhofer) = immolex 2011/25 (Prader/Böhm) = Zak 2011, 106 (Pletzer) = wobl 2011, 93 (Vonkilch) = wobl 2011, 98 (Riss); Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 69.

²⁵³ OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBI 2011,175 = immolex 2011/25.

²⁵⁴ OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBI 2011,175 = immolex 2011/25; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 75; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 69.

²⁵⁵ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 83; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 69.

bb. Gröbliche Benachteiligung

Nach § 879 Abs 3 ABGB sind AGB nichtig, wenn sie den Vertragspartner gröblich benachteiligen. Eine Legaldefinition der gröblichen Benachteiligung enthält § 879 Abs 3 ABGB allerdings nicht.²⁵⁶ Als primären Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung stellen Lehre und Rechtsprechung auf die Verschlechterung der Rechtsposition des Verwendungsgegners, also des Vertragspartners des Verwenders, durch Abweichung der AGB vom dispositiven Recht ab.²⁵⁷ Das dispositive Recht stellt das Leitbild eines gerechten und ausgewogenen Interessenausgleichs dar, an welchem sich die Inhaltskontrolle von AGB orientiert.²⁵⁸ Eine Abweichung hiervon kann im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB als gröbliche Benachteiligung zu werten sein, wenn hierfür keine sachliche Rechtfertigung besteht.²⁵⁹ Vielfach wird dieser Grundsatz von der Rechtsprechung zudem dahingehend formuliert, dass eine gröbliche Benachteiligung vorliegt, wenn die Abweichung vom dispositiven Recht unangemessen ist.²⁶⁰ Dabei sind die Stabilität des Mietverhältnisses, das Einpreisen der Erhaltungspflicht in die Mietzinshöhe und in welchem Ausmaß der Mieter von den Erhaltungsarbeiten profitiert, ua bei der Beurteilung des Vorliegens einer gröblichen Benachteiligung der Überwälzungsvereinbarung, maßgebliche Faktoren.²⁶¹

(1) Unterschied zwischen Verbandsprozess und Individualprozess

Es macht für die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB einen Unterschied, ob eine Klausel in einem Verbandsprozess geprüft wird oder in einem Individualprozess.²⁶² Während im Verbandsprozess die kundenfeindlichste Auslegung der Ausgangspunkt der Prüfung ist,²⁶³ erfolgt die Auslegung der Klausel im Individualprozess unter Berücksichtigung des Parteiwillens im konkreten Einzelfall.²⁶⁴

²⁵⁶ Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 279.

²⁵⁷ Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 279; Pletzer in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 71; OGH 6 Ob 104/09a wobl 2010, 20 (*Vonkilch*) = immolex 2010, 47 (*Prader/Böhm*).

²⁵⁸ OGH 6 Ob 104/09a wobl 2010, 20 = immolex 2010, 47; Kolmasch in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵, § 879 Rz 20; Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 279.

²⁵⁹ OGH 6 Ob 104/09a wobl 2010, 20 = immolex 2010, 47; Kolmasch in *Schwimann/Neumayr*, ABGB⁵, § 879 Rz 20; Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 279.

²⁶⁰ RIS-Justiz RS0016914, zuletzt OGH 28.4.2022 7 Ob 62/22a; OGH 6 Ob 104/09a wobl 2010, 20 = immolex 2010, 47.

²⁶¹ Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 85; *Vonkilch*, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität, wobl 2008, 309 (315); Pletzer, Erhaltungspflichten im Mietrecht - zum aktuellen Stand der Diskussion, bbl 2010, 131 (140).

²⁶² Vgl OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 (*Oberhammer*) = wobl 2014, 2 (*Pletzer*).

²⁶³ RIS-Justiz RS0016590, zuletzt 14.9.2022 6 Ob 106/22i; Pletzer in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 68; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 879 Rz 26.

²⁶⁴ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136; RIS-Justiz RS0016590 (T32) OGH 29.10.2014 7 Ob 106/14k.

Unklar ist daher, ob eine festgestellte gröbliche Benachteiligung in einem Verbandsprozess ebenso in einem Individualprozess anzunehmen ist.²⁶⁵ In späteren Individualverfahren bewertete die Rechtsprechung, jedoch meist unter Verweis auf den Verbandsprozess, Klauseln ebenfalls als unzulässig, weshalb die Literatur eine gröbliche Benachteiligung genereller Überwälzungsklauseln auch im Individualverfahren für zutreffend erachtet.²⁶⁶

(2) Verschuldensunabhängige Erfolgshaftung

In der ersten Klauselentscheidung hat der OGH folgende Klausel am Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB geprüft: *„Der Mieter ist dem Vermieter gegenüber für jede Beschädigung des Mietgegenstandes und der Gemeinschaftseinrichtungen verantwortlich und zur Schadensbehebung verpflichtet, soweit die Beschädigung durch ihn, seine Angehörigen oder Besucher verursacht wurde.“*²⁶⁷ Die Klausel strebe eine verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung des Mieters an, wohingegen der Vermieter gesetzlich lediglich zum Schadensersatz verpflichtet sei.²⁶⁸ Dies stelle eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB dar.²⁶⁹

Die Klausel und die Begründung ihrer Unwirksamkeit erwähnen zwar nicht ausdrücklich, dass dem Mieter damit die Erhaltungspflicht übertragen wird, allerdings gehört die Beseitigung von Schäden zu dieser. Meines Erachtens ist der Grundgedanke daher auf Abwälzungsklauseln zu übertragen, sodass dem Mieter keine verschuldensunabhängige Erhaltungspflicht auferlegt werden darf. Diese Bewertung entspricht der Aussage des OGH bzgl § 6 Abs 1 Z 9 KSchG in der ersten Klauselentscheidung (vgl C. II. 1. a. bb.). Die daraufhin korrigierte Klausel lag der fünften Klauselentscheidung zugrunde und lautete wie folgt: *„Hinsichtlich der Erhaltung der für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen, insbesondere der Sanitär- und Heizungsanlage sowie mitgemieteter Sachen, vereinbaren die Parteien Folgendes: a) Schäden, die vom Mieter oder dem Mieter zuzurechnender Personen verschuldet wurden, hat der Mieter unverzüglich und auf eigene Kosten zu beheben; dies gilt insbesondere für Schäden, die aus einer Verletzung der Wartungs- bzw Instandhaltungspflicht entstanden sind.“*²⁷⁰ Durch die

²⁶⁵ Pletzer, Mietrechtliche "Klauselentscheidung" - die Vierte, Zak 2011, 106; immolex 2011/25 (Böhm); Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 864a Rz 31/1.

²⁶⁶ Pletzer Zak 2011, 106; immolex 2011/25 (Böhm); Böhm/Graf, Miete und Konsumentenschutz (Teil I), immolex 2007, 102 (103) mit Verweis auf OGH 6 Ob 275/05t, ÖBA 2006, 530.

²⁶⁷ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung (Klausel 24), JBI 2007, 181 (189).

²⁶⁸ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung (Klausel 24), JBI 2007, 181 (189).

²⁶⁹ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung (Klausel 24), JBI 2007, 181 (189).

²⁷⁰ OGH 2 Ob 215/10x, fünfte Klauselentscheidung (Klausel 14), wobl 2012, 404 (Riss).

Neuformulierung wurde nach Ansicht des OGH die von der vorherigen Klausel vorgesehene verschuldensunabhängige Haftung des Mieters beseitigt.²⁷¹

Diese Aussage des OGH ist meiner Ansicht nach überzeugend. Die Klausel stellt nun ausdrücklich auf das Verschulden des Mieters und ihm zurechenbarer Personen ab. Des Weiteren ist die Pflicht des Mieters zur Schadensbeseitigung auf Einrichtungen beschränkt, die für seinen Mietgegenstand bestimmt sind und die er dementsprechend überwiegend oder ausschließlich nutzt.

(3) Kein Äquivalent für Übertragung

In der vierten Klauselentscheidung hat der OGH die generelle Überwälzung der Erhaltung als für den Mieter gröblich benachteiligend erachtet.²⁷² Werde dem Mieter kein entsprechendes Äquivalent für die Übertragung der Erhaltungspflicht gewährt, fehle es im Verbandsprozess an der sachlichen Rechtfertigung für die Abweichung vom dispositiven Recht.²⁷³ Im Individualverfahren, bei welchem die beiderseitigen Interessen im Einzelfall konkret abgewägt werden, könnten nach Ansicht des OGH hingegen Zweifel hinsichtlich des Vorliegens einer gröblichen Benachteiligung aufkommen.²⁷⁴

Im Umkehrschluss bedeutet dies meines Erachtens, dass eine Überwälzungsvereinbarung, die dem Mieter die Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten für den Mietgegenstand auferlegt, grundsätzlich zulässig ist, wenn der Mieter hierfür eine angemessene Gegenleistung erhält.²⁷⁵ Der vierten Klauselentscheidung lag zwar ein Fall im Anwendungsbereich des KSchG zugrunde,²⁷⁶ jedoch hat der OGH in einer späteren Entscheidung im Individualverfahren, zu einem Mietvertrag unter Kaufleuten ein Einkaufszentrum betreffend, dieselbe Ansicht vertreten.²⁷⁷ Was als Äquivalent zu betrachten ist, führt der OGH in keiner der Entscheidungen weiter aus.²⁷⁸

²⁷¹ OGH 2 Ob 215/10x, *fünfte Klauselentscheidung* (Klausel 14), wobl 2012, 404 (Riss).

²⁷² OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011,175 = immolex 2011/25.

²⁷³ OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011,175 = immolex 2011/25; RIS-Justiz RS0126571, zuletzt OGH 2 Ob 20/14a immolex 2015, 117.

²⁷⁴ OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011,175 = immolex 2011/25.

²⁷⁵ RIS-Justiz RS0016799, zuletzt OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38.

²⁷⁶ OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011,175 = immolex 2011/25.

²⁷⁷ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2.

²⁷⁸ OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011,175 = immolex 2011/25; OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136.

(4) Kostenlast unabschätzbar

In einer Entscheidung des OGH im Individualverfahren, der ein Mietvertrag über Flächen in einem Einkaufszentrum zugrunde lag, beurteilte dieser eine Klausel als gröblich benachteiligend, die dem Mieter anteilig die Kosten für die Erhaltung des gesamten Einkaufszentrums auferlegte ohne diese näher zu bestimmen.²⁷⁹ Der Vermieter erhalte den Mietzins und würde zusätzlich für sein gesamtes Eigentum von jeglichem Erhaltungsaufwand befreit.²⁸⁰ Während den Mieter durch die Klausel eine künftige Kostenlast treffe, die für ihn in keiner Weise abschätzbar und auch nicht der Höhe nach begrenzt sei.²⁸¹

In der Entscheidung erwähnt der OGH auch die in der Lehre vertretene Ansicht, dass die vollständige Übertragung der Erhaltung gröblich benachteiligend sei.²⁸² Er verweist im Anschluss auf die Rechtsprechung des BGH, der eine unangemessene Benachteiligung bei anteiliger Auferlegung der Erhaltungslast des gesamten Einkaufszentrums annahm und schließt sich dieser Rechtsprechung mit der vorstehenden Argumentation ausdrücklich an.²⁸³ Seine Ansicht bestätigte der OGH in einer späteren Entscheidung, der ein Mietvertrag für Flächen in einem Einkaufszentrum zugrunde lag, welcher ebenfalls in einer Klausel die Übertragung sämtlicher Erhaltungskosten auf den Mieter vorsah.²⁸⁴

In der Literatur ist die OGH-Entscheidung auf Zustimmung gestoßen.²⁸⁵ Pletzer²⁸⁶ stimmt der Ansicht des OGH nicht nur zu, sondern führt weitere Argumente für die gröbliche Benachteiligung des Mieters durch die Klausel an. Dem Mieter würden generell ebenfalls die Kosten für die Instandhaltung gemeinschaftlicher Anlagen überbunden und diese nur beispielhaft aufgezählt.²⁸⁷ Der Zeitpunkt und das Ausmaß der zusätzlichen Kosten, die neben dem Mietzins auf den Mieter zukämen, seien für ihn unvorhersehbar und erschwerten erheblich seine unternehmerische Kalkulation und Planung.²⁸⁸ Wenn der Mieter aber nicht zumindest eine grobe Vorstellung von den weiteren Kosten habe,

²⁷⁹ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2.

²⁸⁰ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2.

²⁸¹ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2.

²⁸² OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136, mit Verweis auf *Böhm*, immolex 2007, 262 (271), *Pletzer*, bbl 2010, 131 (141) und *Vonkilch*, wobl 2012, 215 (216 ff).

²⁸³ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136, mit Verweis auf BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863.

²⁸⁴ OGH 2 Ob 20/14a immolex 2015, 117 = Zak 2015, 77 = wobl 2021, 268 (*Vonkilch*); *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 70.

²⁸⁵ *Pletzer*, Erhaltung im Einkaufszentrum, Auslegung und geltungserhaltende Reduktion – Zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 93/12w, wobl 2014, 2.

²⁸⁶ *Pletzer*, wobl 2014, 2.

²⁸⁷ *Pletzer*, wobl 2014, 2 (5).

²⁸⁸ *Pletzer*, wobl 2014, 2 (5).

könne er nicht beurteilen, ob Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, dh der Mietzins marktgerecht ist.²⁸⁹

(5) Kein Einfluss auf Instandhaltungsarbeiten oder Kosten

In einem gemischten Vertrag, der auch die Nutzung eines Flüssiggasbehälters regelte und damit Elemente des Mietrechts enthielt, fand sich folgende Klausel:²⁹⁰ Der Eigentümer bzw Vermieter „*verpflichtet sich für die Dauer der Nutzungsberechtigung die für den Flüssiggasbehälter gesetzlich und behördlich vorgeschriebenen Überprüfungen sowie eventuell erforderliche Instandhaltungsarbeiten zu veranlassen oder durchzuführen. Die dafür anfallenden Kosten, soweit die Arbeiten vom Kunden nicht selbst ausgeführt werden, sowie die Kosten für eine eventuelle spätere Rücknahme des Behälters trägt der Kunde.*“²⁹¹

Die Klausel wurde dem OGH in einem Verbandsprozess zu einem Vertrag im Anwendungsbereich des KSchG zur Entscheidung vorgelegt.²⁹² Der OGH beurteilte diese Klausel als gröblich benachteiligend.²⁹³ Einerseits werde auf den Mieter durch die Klausel die Pflicht zur Tragung der Instandhaltungskosten überbunden und andererseits würden die Instandhaltungsarbeiten vom Vermieter veranlasst oder durchgeführt.²⁹⁴ Der Mieter könne somit weder Art und Umfang der Instandhaltungsmaßnahmen noch die Höhe der dadurch entstehenden Kosten beeinflussen.²⁹⁵ Diese Abwälzung der Instandhaltungskosten stelle eine Abweichung vom dispositiven Recht dar, die nicht durch einen sachlichen Grund des Vermieters gerechtfertigt sei.²⁹⁶

(6) Klausel analog § 8 MRG

Die Literatur äußert sich im Unterschied zur Rechtsprechung dazu, welche Erhaltungspflichten wirksam auf den Mieter abgewälzt werden können. Eine Übertragung der Wartungs- und Instandhaltungspflicht entsprechend § 8 Abs 1 MRG in AGB eines Mietvertrags außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG und MRG stellt nach Ansicht von Pesek²⁹⁷ idR keine gröbliche Benachteiligung des Mieters iSd § 879 Abs 3 ABGB dar, sondern ist sachlich gerechtfertigt. Die sachliche Rechtfertigung ergebe sich ua aus der Möglichkeit der Gefahrenabwehr und Gebrauchsnähe des

²⁸⁹ Pletzer, wobl 2014, 2 (5).

²⁹⁰ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179 (Klausel 5).

²⁹¹ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179 (Klausel 5).

²⁹² Vgl OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179.

²⁹³ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179; zust Pletzer wobl 2014, 2 (5).

²⁹⁴ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179.

²⁹⁵ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179.

²⁹⁶ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179.

²⁹⁷ Pesek, wobl 2021, 253 (263 ff); ebenso Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 85.

Mieters zu den zu wartenden Objektteilen, aufgrund seiner tatsächlichen Sachherrschaft über den Mietgegenstand.²⁹⁸ Die Überwälzung von Erhaltungsmaßnahmen sei auf ausschließlich vom Mieter genutzte Objektteile beschränkt, was allgemein leichter zu rechtfertigen sei.²⁹⁹ Außerdem sei der Wartungsaufwand vom konkreten Nutzungsverhalten des Mieters abhängig und er der „cheapest cost avoider“.³⁰⁰ Des Weiteren sei im Vollenwendungsbereich des MRG der strengste Mieterschutz normiert und was dort bereits gesetzlich zulässig sei, könne auch in anderen Mietverträgen vorgesehen werden.³⁰¹

(7) Stellungnahme

Die Ergebnisse der OGH-Entscheidungen sind meines Erachtens hinsichtlich der Unwirksamkeit der Klauseln zwar richtig, es sorgt jedoch für Verwirrung, dass trotz gleichen Tatbestands die Argumentationen variieren. So äußert sich der OGH³⁰² in seinen Entscheidungen zum Vorliegen einer gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB, obwohl es sich um einen Fall im Anwendungsbereich des KSchG handelt und die entsprechende Erhaltungsklausel bereits wegen Verstoßes gegen § 9 KSchG unwirksam wäre. Eine Begründung dafür, weshalb trotz Anwendbarkeit des KSchG keine Prüfung nach § 9 KSchG erfolgte, nennen die Entscheidungen allerdings nicht.³⁰³

In der vierten Klauselentscheidung begründet der OGH die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB nur damit, dass die Vorschrift in jüngster Zeit zunehmend in das Zentrum des Interesses gerückt sei.³⁰⁴ Weshalb der OGH trotz der Anwendbarkeit des KSchG nicht auf § 9 KSchG eingeht, führt er weder in dieser noch späteren Entscheidungen aus.

Die Zusammenfassung der rechtlichen Begründung des Erstgerichts in einer OGH-Entscheidung verdeutlicht meines Erachtens jedoch das Verhältnis von § 9 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.³⁰⁵ Dort heißt es: *„Ob für diese Abweichung eine sachliche Rechtfertigung vorliege oder nicht, könne dahingestellt bleiben, da § 1096 ABGB als gewährleistungsrechtliche Sonderbestimmung im Bestandrecht zu qualifizieren sei und*

²⁹⁸ Pesek, wobl 2021, 253 (263 ff).

²⁹⁹ Pesek, wobl 2021, 253 (263 ff).

³⁰⁰ Pesek, wobl 2021, 253 (263 ff).

³⁰¹ Pesek, wobl 2021, 253 (263 ff).

³⁰² Vgl beispielhaft OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011,175 = immolex 2011/25.

³⁰³ Vgl beispielhaft OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282.

³⁰⁴ OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011,175 = immolex 2011/25.

³⁰⁵ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179

*gemäß § 9 KSchG das Gewährleistungsrecht des ABGB zu Gunsten des Verbrauchers jedenfalls zwingend sei. Die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 1 und Abs 3 ABGB.*³⁰⁶

Für die Generalklausel des § 879 Abs 3 ABGB dienen die Regelungen im I. Hauptstück des KSchG als Konkretisierungsmaßstab.³⁰⁷ Denn die typische Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmer und Verbraucher ist mit der zwischen AGB-Verwender und seinem Vertragspartner vergleichbar.³⁰⁸ § 9 KSchG wird somit im Rahmen von § 879 Abs 3 ABGB geprüft und bei einem Verstoß dagegen eine gröbliche Benachteiligung bejaht.

Eine Klausel kann jedoch, abgesehen vom Ausschluss des Minderungsrechts, aus weiteren Gründen gröblich benachteiligend sein. Der OGH hat bei seinen Entscheidungen meiner Meinung nach lediglich die Möglichkeit genutzt, auf weitere Unwirksamkeitsgründe der Klauseln hinzuweisen, die insbesondere für Nicht-Verbraucherverträge relevant sind. Deshalb stellt die Inhaltskontrolle der Abwälzungsklauseln nach § 879 Abs 3 ABGB auch keine Abkehr von den ersten Klauselentscheidungen dar.

Die Rechtsprechung hat sich bisher überwiegend dazu geäußert wann eine Abwälzungsklausel unwirksam ist, weshalb sich nicht rechtssicher beurteilen lässt, welche Erhaltungspflichten maximal wirksam auf den Mieter übertragen werden können.³⁰⁹ Höchststrichterlich entschieden ist lediglich, dass eine Beschränkung der Schadensbeseitigung auf für den Mietgegenstand bestimmte Einrichtungen und das Verschulden des Mieters, sowie ihm zurechenbarer Personen, wirksam ist.³¹⁰ Der ausführlichen Darstellung der sachlichen Rechtfertigung einer § 8 MRG vergleichbaren Klausel von *Pesek*³¹¹ folgend, ist meiner Ansicht nach ferner von der Wirksamkeit einer solchen Abwälzungsklausel auszugehen.

Darüber hinaus lassen sich zur generellen Wirksamkeit einer Übertragungsklausel noch folgende Überlegungen anstellen: Geht man davon aus, dass die Erhaltungspflichten ebenfalls Entgeltcharakter besitzen,³¹² kommt meines Erachtens insbesondere eine Reduktion des Mietzinses als vom OGH geforderte Gegenleistung für die Übernahme der Erhaltungspflicht in Betracht. Dies ergibt sich meiner Meinung nach aus einer

³⁰⁶ OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179

³⁰⁷ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 383; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 71.

³⁰⁸ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 383.

³⁰⁹ Ähnlich *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 61, 83.

³¹⁰ OGH 2 Ob 215/10x, *fünfte Klauselentscheidung* (Klausel 14), wobl 2012, 404 (*Riss*).

³¹¹ *Pesek*, wobl 2021, 253 (263 ff); ebenso *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 85.

³¹² So zB *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 79.

Entscheidung des OGH zu einer Endrenovierungsklausel.³¹³ Dort hat der OGH kritisiert, dass die Klausel keine adäquate Berücksichtigung der Ausmalpflicht bei der Ermittlung der Mietzinshöhe vorsehe.³¹⁴ Die vom OGH angedeutete Erforderlichkeit einer konkreten Verknüpfung von Endrenovierungspflicht und Mietzinshöhe,³¹⁵ dürfte meiner Ansicht nach ebenso für die Erhaltungspflicht gelten.³¹⁶ Eine angemessene Reduktion des Mietzinses dürfte folglich eine sachliche Rechtfertigung für die Übertragung der Erhaltungspflicht darstellen.³¹⁷ Was wiederum als angemessen zu werten ist, dürfte eine Einzelfallentscheidung sein und von den konkret übertragenen Pflichten abhängen. Dementsprechend kann nicht rechtssicher ein Betrag genannt werden, bei dessen Abzug von der Miete eine weitgehende Übertragung der Erhaltungspflicht wirksam in AGB vereinbart werden kann.

Aus Transparenzgründen wird es jedoch bei der Übertragung von Erhaltungspflichten in AGB zwingend erforderlich sein, den Anteil der Erhaltungspflicht am Mietzins zu beziffern. Optimalerweise wird dem Mieter die Wahl gelassen, ob er den geringeren Mietzins zahlt und die Erhaltungspflichten übernimmt oder diese beim Vermieter verbleiben und der Mieter stattdessen den höheren Mietzins zahlt. Entsprechende Überlegung zu einem Tarifwahlsystem wurden von der Literatur³¹⁸ bereits im Zusammenhang mit der Endrenovierungsverpflichtung angestellt und sind meines Erachtens auch auf die Abwälzung von Erhaltungspflichten übertragbar.

cc. Rechtsfolge

Zur Vermeidung von Wiederholungen sei an dieser Stelle zunächst auf die Ausführungen unter C. II. 1. a. cc. zur Nichtigkeit der Klausel, dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Verbandsprozess sowie bei Verbraucherverträgen und zum Schließen der entstandenen Vertragslücke durch das Gesetz verwiesen. In einem Individualverfahren, dem kein Mietvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer zugrunde liegt, ist die geltungserhaltende Reduktion einer Erhaltungsklausel jedoch weiterhin möglich.³¹⁹ Die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung nach § 879 Abs 3

³¹³ OGH 2 Ob 215/10x, *fünfte Klauselentscheidung*, wobl 2012, 404 (Riss); Pesek, Überlegungen zur Endausmalverpflichtung des Mieters, wobl 2013, 139.

³¹⁴ OGH 2 Ob 215/10x, *fünfte Klauselentscheidung*, wobl 2012, 404 (Riss); Pesek, wobl 2013, 139.

³¹⁵ Pesek, wobl 2013, 139.

³¹⁶ Vgl zum Ziehen von Schlussfolgerungen aus Aussagen des OGH iZm Endrenovierungsklauseln Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 81.

³¹⁷ Ähnlich Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 83 ff.

³¹⁸ Pesek, wobl 2013, 139; Pittl/Kemetmüller, Mietverträge: Endausmalklauseln und Mietzins, RdW 2014, 633; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 84.

³¹⁹ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2.

ABGB ist dann nicht deren gänzlicher Wegfall,³²⁰ sondern die Unzulässigkeit der Klausel reicht lediglich soweit wie die gröbliche Benachteiligung.³²¹ Eine Klausel, die teilweise inhaltlich nicht zu beanstanden ist und dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, bleibt in diesem Umfang bestehen.³²²

Eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB führt jedoch in einem Vertrag zwischen Privaten oder Unternehmern nach hA lediglich zur relativen Nichtigkeit der Klausel.³²³ Das bedeutet, sie wird nur auf Einwendung der Partei berücksichtigt.³²⁴ Beim Verbrauchervertrag ist die Nichtigkeit hingegen amtswegig zu prüfen.³²⁵

c. Zulässigkeit nach MRG

Die Wirksamkeit von Erhaltungsvereinbarungen ist im Vollenwendungsbereich des MRG zusätzlich am Maßstab der mietrechtlichen Vorschriften zu messen. Bereits wegen Verstoßes gegen die dortigen Vorschriften kann eine Abwälzungsklausel unwirksam sein.

aa. §§ 3, 8 MRG

§ 3 MRG stellt im MRG-Vollenwendungsbereich eine zwingende Regelung dar.³²⁶ Ein Abweichen hiervon, durch Übertragung der dort genannten Erhaltungspflichten auf den Mieter, ist bereits deshalb unzulässig.³²⁷

Der OGH ist in der ersten Klauselentscheidung der Ansicht, dass auch ein Abweichen von § 8 MRG als relativ zwingender Rechtsvorschrift nicht zum Nachteil des Mieters möglich sei.³²⁸ Im Vollenwendungsbereich des MRG widerspricht nach Ansicht des OGH somit eine vertragliche Regelung, welche die den Mieter nach § 8 Abs 1 S 2 MRG treffende Instandhaltungspflicht ausweitet, der zwingenden Norm.³²⁹ Das bedeutet

³²⁰ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 299.

³²¹ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2; OGH 7 Ob 179/03d RdW 2003, 699 = JBI 2004, 245 mwN.

³²² RIS-Justiz RS0127810, zuletzt OGH 24.4.2019 7 Ob 34/19d; OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 = wobl 2014, 2; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 299.

³²³ Vgl Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05}, § 879 Rz 297; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 68.

³²⁴ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05}, § 879 Rz 297; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB V⁵, § 879 Rz 57; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 68.

³²⁵ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05}, § 879 Rz 297; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB V⁵, § 879 Rz 57; Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 68.

³²⁶ Pletzer in GeKo Wohnrecht I, § 1096 ABGB Rz 62; Beer/Vospernik in Illedits/Reich-Rohrwig³, § 3 MRG Rz 1.

³²⁷ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1096 Rz 61; Vgl RIS-Justiz RS0112725 (T7) OGH 1.3.2017 5 Ob 237/16p.

³²⁸ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung (Klausel 23), JBI 2007, 181 (189); Rosifka, Grenzen der mietvertraglichen Regelung der Erhaltungspflicht, ecolex 2007, 161.

³²⁹ Rosifka, ecolex 2007, 161.

jedoch auch, dass im gesetzesfreien Graubereich keine Erhaltungspflicht des Mieters durch AGB vereinbart werden kann.³³⁰

Würth³³¹ erachtet diese begründungslose Behauptung des OGH als unrichtig. Es widerspreche den Logikgesetzen aus der gesetzlich normierten, relativen Mieterpflicht abzuleiten, es könne im gesetzesfreien Raum keine Vereinbarung getroffen werden.³³² Der OGH habe offenbar in § 8 Abs 1, 2. Satz MRG ein „nur“ hineingelesen, das dort nicht stehe.³³³

Da die Aussage des OGH in der ersten Klauselentscheidung³³⁴ in einem Verbandsprozess zu einem Verbrauchervertrag getroffen wurde, in welchem die kundenfeindlichste Auslegung gilt, ist diese meines Erachtens auf den Gedanken des Verbraucherschutzes gestützt. Dass generell eine Vereinbarung im Graubereich des MRG ebenso zwischen Unternehmern ausgeschlossen sein soll, kann der OGH-Entscheidung meiner Meinung nach nicht entnommen werden. Vielmehr ergibt sich aus der fünften Klauselentscheidung³³⁵ die Beschränkung der Überlegungen auf Verbraucher. In Z 3 des Spruches werden die stattgebenden Aussprüche des angefochtenen Urteils lediglich insoweit bestätigt als es sich um Geschäfte zwischen Verbrauchern sowie zwischen Unternehmern und Verbrauchern handelt.³³⁶ Daher sind nach meiner Ansicht nach AGB, die dem unternehmerischen Mieter im Graubereich Pflichten auferlegen, nicht bereits wegen Verstoß gegen § 8 MRG unwirksam, sondern einer Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB zu unterziehen.

bb. § 21 MRG

In der dritten Klauselentscheidung wurden dem Mieter die Erhaltungskosten als Betriebskosten durch folgende Klausel übertragen: *„Der vom Mieter zusätzlich zum vereinbarten Hauptmietzins zu tragende Anteil an den Bewirtschaftungskosten, das sind die [...] Kosten notwendiger Reparaturen (Elektro-, Installations-, Schlosser- und Malerarbeiten, wie zum Beispiel Dachrinnenreinigung, Klingeltableau beschriften, Türschließer einstellen etc.) im Mietgegenstand oder in den allgemein benutzten Gebäudeteilen etc.“*³³⁷ Der OGH beurteilte die Klausel als unklar und deshalb als

³³⁰ Vgl. <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Erhaltung,-Instandhaltung,-Wartung,-Zinsminderung-bei-Mie.html> (Stand: 17.11.2021).

³³¹ Würth, § 1096 ABGB und das MRG, wobl 2008, 71 (73).

³³² Würth, wobl 2008, 71 (73).

³³³ Würth, wobl 2008, 71 (73).

³³⁴ OGH 7 Ob 78/06f, erste Klauselentscheidung, JBl 2007, 181 (189).

³³⁵ OGH 2 Ob 215/10x, fünfte Klauselentscheidung, wobl 2012, 404 (Riss).

³³⁶ OGH 2 Ob 215/10x, fünfte Klauselentscheidung (Klauseln 12, 13), wobl 2012, 404 (Riss).

³³⁷ OGH 6 Ob 81/09v, dritte Klauselentscheidung (Klausel 5), immolex 2010, 116 = wobl 2010, 140.

unwirksam nach § 6 Abs 3 KSchG.³³⁸ Sein Unwirksamkeitsverdict stützte der OGH außerdem auch darauf, dass Reparaturkosten für allgemein genutzte Gebäudeteile Erhaltungskosten seien und keine Betriebskosten.³³⁹ Von der taxativen Aufzählung der Betriebskosten des § 21 Abs 1 MRG könne zu Lasten des Mieters keine wirksame, abweichende Vereinbarung getroffen werden.³⁴⁰

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall, wurden die Erhaltungskosten als Betriebskosten bezeichnet. Darin lag der Verstoß gegen § 21 MRG. Es ist daher festzuhalten, dass für eine wirksame Abwälzungsklausel die Erhaltungskosten sprachlich nicht mit den Betriebskosten nach § 21 MRG vermischt werden dürfen, sondern klar zu trennen sind.

Die dritte Klauselentscheidung trifft zwar keine eindeutige Aussage dazu wie der OGH eine Klausel, die dem Mieter die Erhaltungskosten in einer entsprechend überschriebenen Mietvertragsabschnitt überträgt, im Vollenwendungsbereich des MRG bewerten würde. Der OGH macht jedoch Andeutungen, die in unterschiedliche Richtungen gewertet werden können. Einerseits kann die Aussage des OGH, von der Betriebskostenaufzählung zulasten des Mieters abweichende Vereinbarungen seien unwirksam, dahingehend verstanden werden, dass die Belastung des Mieters mit darüberhinausgehenden Kosten jeglicher Art nicht rechtswirksam vereinbart werden kann. Andererseits kann die Auffassung des OGH, Erhaltungskosten seien keine Betriebskosten, so ausgelegt werden, dass eine Übertragung von Erhaltungskosten nicht gegen § 21 MRG verstößt. Meines Erachtens ist die zweite Auslegungsvariante überzeugender. Sie vermischt nicht die Begriffe Erhaltung und Betriebskosten, sondern betrachtet diese separat. Das entspricht auch dem Verständnis des Gesetzgebers, der die Erhaltung betreffende Arbeiten bloß nicht unter Betriebskosten verrechnen wollte.³⁴¹ Außerdem, wenn dem Mieter Erhaltungspflichten übertragen werden, ist er automatisch auch mit den Kosten belastet. Der unternehmerischen Mieter kann meiner Meinung nach im Nichtanwendungsbereich des KSchG wirksam zur Vornahme der Erhaltungsarbeiten aus dem Graubereich verpflichtet werden. In Fortführung dieser Ansicht muss daher ebenso die Übertragung der Erhaltungskosten aus dem Graubereich zulässig sein.

³³⁸ OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung* (Klausel 5), immolex 2010, 116 = wobl 2010, 14.

³³⁹ OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung* (Klausel 5), immolex 2010, 116 = wobl 2010, 140; Vgl RIS-Justiz RS0069678, OGH 19.1.1993 5 Ob 151/92.

³⁴⁰ OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung* (Klausel 5), immolex 2010, 116 = wobl 2010, 140.

³⁴¹ ErläutRV 425 BlgNR 15. GP 40 zu § 18 MRG 1981.

cc. Mietzinsobergrenzen

Bei Betrachtung der Erhaltungsleistungen als Mietzins sind konsequenterweise die Mietzinsobergrenzen zu beachten.³⁴² Die Instandhaltungsleistungen des Mieters haben Entgeltcharakter und sind entsprechend bei der Ermittlung des Mietzinses zu berücksichtigen.³⁴³ Deshalb war die Übertragung der laufenden Instandhaltung auf den Mieter sowohl nach MRG als auch MG bei Bestehen des Rechts auf freie Mietzinsbildung zulässig.³⁴⁴ Gelten jedoch die Mietzinsobergrenzen, so muss sich die Zinsvereinbarung im Rahmen des gesetzlich zulässigen Mietzinses bewegen.³⁴⁵ Folglich darf die Übertragung von Erhaltungsmaßnahmen nicht zum Überschreiten der Mietzinsobergrenzen führen.³⁴⁶ Das bedeutet, dass eine Vereinbarung unproblematisch möglich ist, sofern bei unterschrittener Mietzinsobergrenze, durch den in Geld geleisteten Mietzins, die Wertanrechnung der Übernahmeverpflichtung nicht wiederum zu einer Überschreitung dieser führt.³⁴⁷

Im Anwendungsbereich der Zinsbildungsvorschriften ist die Folge des Überschreitens des zulässigen Mietzinses Teilnichtigkeit.³⁴⁸ *Lovrek*³⁴⁹ stellt sich deshalb die Frage, ob die Teilnichtigkeit auf den zu zahlenden Mietzins beschränkt ist oder ebenso die Erhaltungspflicht erfasst.³⁵⁰ Da die Erhaltungspflicht lediglich den Charakter einer Nebenleistung habe, sei ihre Vereinbarung nichtig, wenn bereits die zulässige Zinshöhe durch den Zinsteil, der in Geld zu leisten ist, erreicht oder überschritten werde.³⁵¹ Bei Vereinbarung des Kategoriemietzinses werde hierdurch die Zulässigkeit einer Erhaltungsvereinbarung ausgeschlossen, wenn lediglich dieser vereinbart werden darf.³⁵² Liege hingegen der Geldleistungsteil unter der zulässigen Mietzinshöhe und erst die Anrechnung der Instandhaltungspflicht führe zu deren Überschreiten, dann sei grundsätzlich der Geldleistungsteil nichtig, der die Gesamtzinshöhe überschreite.³⁵³ Dies

³⁴² *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 66, 70 und § 8 MRG Rz 67 ff.

³⁴³ *Iro/Rassi* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 1096 Rz 14; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 65; Vgl OGH bzgl Ausmalpflicht OGH 10 Ob 79/07a Zak 2007, 398 = RdW 2007, 726 = immolex 2007/164 (*Prader*) = wobl 2007/137 (*Vonkilch*).

³⁴⁴ *Prader*, MRG^{6.04}, § 1096 ABGB Rz E76.

³⁴⁵ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 80.

³⁴⁶ *Iro/Rassi* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶, § 1096 Rz 14; Vgl OGH bzgl Ausmalpflicht OGH 10 Ob 79/07a Zak 2007, 398 = RdW 2007, 726 = immolex 2007/164 (*Prader*) = wobl 2007/137 (*Vonkilch*).

³⁴⁷ *Pelinka* in *Denk/Pelinka*, Handbuch Mietrecht¹ (2022), Ziff. I.1.2.3.2. S 191 ff.

³⁴⁸ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 80.

³⁴⁹ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81.

³⁵⁰ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81.

³⁵¹ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81.

³⁵² *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81.

³⁵³ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81 mit Beispielrechnung.

ergebe sich daraus, dass die Instandhaltungsverpflichtung nicht teilbar sei und der ansonsten für vergangene Perioden bestehenden Anrechnungsproblematik.³⁵⁴

Meines Erachtens ist die Ansicht von *Lovrek*³⁵⁵ nachvollziehbar und überzeugend. Wird der Wert der übernommenen Erhaltungspflichten, wie bereits zuvor beschrieben, beziffert, kann eine Überschreitung der Mietzinsobergrenzen und die Einordnung in die von *Lovrek*³⁵⁶ gebildeten Fallgruppen leicht festgestellt werden.

d. Zwischenergebnis

In Verbraucherverträgen können keine Erhaltungspflichten auf den Mieter übertragen werden. Einer Abwälzungsklausel steht generell § 9 KSchG entgegen.

Im Vollenwendungsbereich des MRG und bei Nichtanwendbarkeit des KSchG sind Vereinbarungen zur Übernahme des Unternehmer-Mieters von Erhaltungspflichten aus dem Graubereich möglich. Hierbei müssen bestehende Mietzinsobergrenzen beachtet werden. Bei Übertragung der Erhaltungskosten auf den Mieter ist die Klausel außerdem sprachlich klar von den Betriebskosten nach § 21 MRG zu trennen.

Erhaltungspflichten des Vermieters nach § 1096 ABGB können grundsätzlich in AGB auf den Mieter übertragen werden. Eine entsprechende Klausel ist allerdings aufgrund gröblicher Benachteiligung unwirksam, wenn der Mieter verschuldensunabhängig für Schäden haftet, ihm kein entsprechendes Äquivalent für die Übertragung der Erhaltungspflicht gewährt wird oder die ihn treffende Kostenlast für den Mieter nicht abschätzbar ist. Was für eine wirksame Abwälzungsklausel notwendig ist, führt der OGH in seinen Entscheidungen jedoch überwiegend nicht aus. Folglich lässt sich die Frage, welche Pflichten maximal und vor allem wirksam auf den Mieter übertragen werden können, derzeit nicht rechtssicher beantworten. Aus der fünften Klauselentscheidung³⁵⁷ ergibt sich zumindest, dass eine Beschränkung der Schadensbeseitigung auf für den Mietgegenstand bestimmte Einrichtungen und das Verschulden des Mieters, sowie ihm zurechenbarer Personen, wirksam ist. In Übereinstimmung mit *Pesek*³⁵⁸ ist meines Erachtens davon auszugehen, dass zumindest eine § 8 MRG entsprechende Klausel wirksam ist. Zudem kommt, meiner Ansicht nach, als Gegenleistung für die Übernahme der Erhaltungspflicht eine angemessene Reduktion des Mietzinses in Betracht.

³⁵⁴ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81.

³⁵⁵ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81.

³⁵⁶ *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 81.

³⁵⁷ OGH 2 Ob 215/10x, *fünfte Klauselentscheidung* (Klausel 14), wobl 2012, 404 (*Riss*).

³⁵⁸ *Pesek*, wobl 2021, 253 (263 ff).

2. Deutschland

In Deutschland werden Mietvertragsklauseln, insbesondere auch Erhaltungsklauseln hinsichtlich Schönheitsreparaturen, bereits seit Jahrzehnten der Inhaltskontrolle unterzogen.³⁵⁹ Dementsprechend gibt es hierzu eine ausgedehnte höchstrichterliche Rechtsprechung.³⁶⁰

a. Anwendbarkeit der §§ 307 ff BGB

§ 310 BGB definiert, entgegen der Überschrift, nicht den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle. Die Inhaltskontrolle ist durchzuführen, wenn es sich um AGB handelt und keine Ausnahme nach § 307 Abs 3 BGB greift,³⁶¹ dh nicht lediglich der Gesetzesinhalt in der Klausel wiedergegeben wird.³⁶² In § 305 Abs 1 S 1 BGB werden AGB legaldefiniert als *„für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“*. Für die Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle ist es folglich grundsätzlich nicht von Bedeutung, wer Verwender der AGB ist, sondern nur, dass es sich um AGB handelt.

b. Bestimmung des Vertragsinhalts

Wenn es sich um AGB handelt, muss vor der Inhaltskontrolle des Vertragsinhalts nach §§ 307 ff BGB, dieser zunächst durch Auslegung ermittelt werden.³⁶³ Die Auslegung hat somit Vorrang vor der Inhaltskontrolle.³⁶⁴ Es ist folglich zunächst zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erhaltungspflichten überhaupt auf den Mieter abgewälzt werden.

Wenn lediglich die Behandlung des Mietgegenstands mit der erforderlichen Sorgfalt und die Erhaltung in einem ordnungsgemäßen Zustand vorgegeben sind, ist dies beispielsweise nicht ausreichend um eine Abwälzung der dem Vermieter obliegenden Erhaltungslast anzunehmen.³⁶⁵ Ferner umfasst die Übertragung der Instandhaltungspflicht im Zweifel nicht zugleich die Übernahme der

³⁵⁹ Vgl BGH, Urt. v. 25.2.1987 - VIII ZR 88/86, NJW-RR 1987, 906; BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759; BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

³⁶⁰ Vgl BGH, Urt. v. 25.2.1987 - VIII ZR 88/86, NJW-RR 1987, 906; BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759; BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

³⁶¹ H. Schmidt in BeckOK BGB⁶³, § 307 Rz 6; Wurmnest in MüKo BGB II⁹, § 307 Rz 1.

³⁶² H. Schmidt in BeckOK BGB⁶³, § 307 Rz 73; Wurmnest in MüKo BGB II⁹, § 307 Rz 1.

³⁶³ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht⁷ (2020), § 307 BGB Rz 7; Eckelt in BeckOGK BGB, § 307 Rz 120 (Stand 1.7.2022, beck-online.de); Wurmnest in MüKo BGB II⁹, Vor § 307 Rz 6.

³⁶⁴ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 7.

³⁶⁵ Eisenschmid in Schmidt-Futterer¹⁵, § 535 BGB Rz 78a; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.2.1999 - 10 U 109/95, NZM 2000, 464.

Instandsetzungspflicht, welche einer ausdrücklichen Vereinbarung aufgrund des damit verbundenen Kostenrisikos bedarf.³⁶⁶

Die Unterscheidung von Instandhaltung und Instandsetzung ist folglich bei Übertragung der Pflichten auf den Mieter zur näheren Bestimmung des Klauselinhalts notwendig.³⁶⁷ Insbesondere in Geschäftsraummietverträgen sind häufig Regelungen zu finden, die lediglich einen der beiden Begriffe verwenden.³⁶⁸ Die Abgrenzung ist jedoch fließend, was sich beim Vergleich der Begriffsbestimmungen zeigt, da unter bestimmten Umständen ebenso die Mängelbeseitigung und damit Reparaturen zur Instandhaltung zählen.³⁶⁹ Für die Unterscheidung der beiden Unterarten der Erhaltung wird darauf abgestellt, in welcher Regelmäßigkeit die jeweiligen Arbeiten zu wiederholen sind.³⁷⁰ Bei Wiederholung in regelmäßigen zeitlichen Abständen handelt es sich um Instandhaltung.³⁷¹ Bei einer einmaligen Tätigkeit zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Funktionsstörung, liegt Instandsetzung vor.³⁷²

c. Unangemessene Benachteiligung

Klauseln sind nach § 307 Abs 1 BGB unwirksam, wenn sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben, den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. Die Feststellung der Benachteiligung erfolgt durch Interessenabwägung.³⁷³ Unangemessenheit nach Treu und Glauben liegt vor, wenn der Verwender versucht seine eigenen Interessen übermäßig durch einseitige Vertragsgestaltung zu Lasten seines Vertragspartners durchzusetzen und dabei die Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Parteien ebenso erheblich gestört wird wie die Verteilung der Risiken zwischen ihnen.³⁷⁴ Dies wird bejaht, wenn keine ausreichende Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Vertragspartners stattfindet oder kein angemessener Ausgleich hierfür erfolgt.³⁷⁵ Insbesondere liegt nach § 307 Abs 2 BGB eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn von wesentlichen Grundgedanken des

³⁶⁶ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 127; OLG Brandenburg Urt. v. 13.11.2002 – 3 U 166/98, BeckRS 2002, 15122 Rz 40 ff.

³⁶⁷ Langenberg/Zehlelein in Langenberg/Zehlelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 25.

³⁶⁸ Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4410; vgl. Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete⁴, Kapitel 14 Rz 204.

³⁶⁹ Langenberg/Zehlelein in Langenberg/Zehlelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 26; Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete⁴, Kapitel 14 Rz 204.

³⁷⁰ Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4410.

³⁷¹ Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4410.

³⁷² Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4410.

³⁷³ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75; Guhling in Guhling/Günter², § 307 BGB Rz 61.

³⁷⁴ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75; Eckelt in BeckOGK BGB, § 307 Rz 80; BGH, Urt. v. 4.7.1997 - V ZR 405/96, NJW 1997, 3022.

³⁷⁵ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75; Wurmnest in MüKo BGB II⁹, § 307 Rz 35; BT-Drs. 7/3919, S 5, 22.

Gesetzes oder wesentlichen, vertragstypischen Rechten und Pflichten abgewichen wird und es hierfür an einer Rechtfertigung durch besondere Umstände fehlt.³⁷⁶

Die Pflicht des Vermieters zur Erhaltung ist eine Hauptleistungspflicht, die mit der Pflicht des Mieters zur Mietzinszahlung im Synallagma steht.³⁷⁷ Die Erhaltungspflicht aus § 535 Abs 1 S 2 BGB bildet das gesetzliche Leitbild.³⁷⁸ Eine Abweichung hiervon führt nach § 307 Abs 2 Nr 1 BGB im Zweifel zu einer unangemessenen Benachteiligung.³⁷⁹

Nach § 307 Abs 1 S 2 BGB kann sich die unangemessene Benachteiligung einer Klausel ebenfalls aus deren Intransparenz ergeben.³⁸⁰ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn durch die vermeintlich einschlägige Klausel das Risiko einer nachteiligen Beeinflussung des Vertragspartners im Hinblick auf die Durchsetzung seiner Rechte besteht.³⁸¹

Grundsätzlich gilt gegenüber Unternehmern derselbe und kein schwächerer Maßstab.³⁸² Aus einem Handelsbrauch können sich jedoch Ausnahmen ergeben.³⁸³

aa. Kardinalpflichten

Zu den Kardinalpflichten des Vermieters bezüglich der Erhaltung zählen die Gebäudestandsicherheit, das Fundament inklusive Außenmauern sowie Kellerdecken, tragende Wände und Geschossdecken, zudem das Elektrizitäts- und Wasserleitungssystem im Mauerwerk, ebenso wie die Dichtigkeit des Daches.³⁸⁴ Durch die Übertragung der Kardinalpflichten auf den Mieter wird dieser unangemessen benachteiligt.³⁸⁵ Denn dadurch wird vom gesetzlichen Leitbild des § 535 BGB in derart weitreichendem Umfang abgewichen, dass die Abwälzungsregelung nach § 307 BGB insgesamt unwirksam ist.³⁸⁶

³⁷⁶ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75; vgl Eckelt in BeckOGK BGB, § 307 Rz 142.

³⁷⁷ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 119; Over in Hannemann/Wiegner⁵, § 58 Rz 1; vgl Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 397.

³⁷⁸ Langenberg/Zehelein in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 1Rz 65; Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4433; Leonhard in Guhling/Günter², § 535 BGB Rz 423.

³⁷⁹ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 409; Eckelt in BeckOGK BGB, § 307 Rz 142, 162; H. Schmidt in BeckOK BGB⁶³, § 307 Rz 53.

³⁸⁰ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75; H. Schmidt in BeckOK BGB⁶³, § 307 Rz 46; BGH Urt. v. 12.12.2019 – IX ZR 77/19, BeckRS 2019, 35945 Rz 24.

³⁸¹ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75.

³⁸² Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75; Richters/Friesen in BeckOGK BGB, § 310 Rz 53.

³⁸³ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 75; Becker in BeckOK BGB⁶³, § 310 Rz 5; BGH, Versäumnisurt. V. 19.9.2007 - VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774 Rz 11.

³⁸⁴ Langenberg/Zehelein in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 46; Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4435.

³⁸⁵ Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4435; Langenberg/Zehelein in Langenberg/Zehelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 46.

³⁸⁶ Specht in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4435; OLG Naumburg, Urt. v. 12.8.1999 - 2 U (Hs) 34/98, NZM 2000, 1183.

Insbesondere Dach-und-Fach-Klauseln sind deshalb unwirksam.³⁸⁷ Unter „Dach und Fach“ sind Reparaturen zu verstehen, die das Fundament, die Außenmauern inkl Fassade sowie tragende Wände einschließlich darin verlaufender Leitungsrohre oder die Dachkonstruktion betreffen.³⁸⁸ Dem Mieter werden durch solche Klauseln somit alle Maßnahmen übertragen, deren Sinn und Zweck die Erhaltung des Gebäudesubstanzwertes ist.³⁸⁹ Das benachteiligt den Mieter unangemessen.³⁹⁰ In den meisten Mustern für Geschäftsraummietverträge wird deshalb die Erhaltungspflicht für Dach und Fach ausdrücklich dem Vermieter auferlegt bevor anschließend die übrige Erhaltungspflicht auf den Mieter übertragen wird.³⁹¹

bb. Wohnraummiete

Für Wohnraummietverträge gelten teilweise andere Vorschriften als für Geschäftsraummietverträge.³⁹² Einige der gesetzlichen Regelungen sehen insbesondere vor, dass zum Schutz der Wohnraummieter nicht von ihnen abgewichen werden darf.³⁹³ Daher ist zunächst zu prüfen, in welchem Umfang Erhaltungspflichten auf den Wohnraummieter übertragen werden dürfen. Anschließend werden die Voraussetzungen für eine wirksame Übertragungsklausel dargestellt.

(1) § 536 Abs 4 BGB

Bei der Wohnraummiete ist eine umfassende Übertragung von Erhaltungspflichten auf den Mieter wegen einer Verletzung des Benachteiligungsverbot des § 536 Abs 4 BGB nicht möglich.³⁹⁴ Nach dieser Vorschrift darf durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung das gesetzliche Minderungsrecht nicht zu Lasten des Wohnraummieters eingeschränkt werden.³⁹⁵ Nach Ansicht des BGH kann diese zwingende gesetzliche Regelung nicht durch Übertragung der Erhaltungspflicht des Vermieters auf den Mieter umgangen werden.³⁹⁶ Im Wege der Abwälzungsklausel solle dem Mieter während der

³⁸⁷ *Eisenschmid in Schmidt-Futterer*¹⁵, § 536 BGB Rz 467; *Boerner in Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 123; *Kraemer/Paschke in Bub/Treier*⁵, Kapitel III Rz 3073.

³⁸⁸ *Boerner in Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 122; *Over in Hannemann/Wiegner*⁵, § 58 Rz 5; OLG Hamm Ur. v. 27.4.1988 – 30 U 16/88, BeckRS 2010, 4173.

³⁸⁹ *Eisenschmid in Schmidt-Futterer*¹⁵, § 536 BGB Rz 467; *Over in Hannemann/Wiegner*⁵, § 58 Rz 5.

³⁹⁰ *Eisenschmid in Schmidt-Futterer*¹⁵, § 536 BGB Rz 467; *Boerner in Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 123.

³⁹¹ Vgl zB *Borzutzki-Pasing in Gies*, Beck'sches Formularbuch Mietrecht⁶, 1. Mietvertrag über Gewerberaum – Grundmuster § 11; *Kraemer/Paschke in Bub/Treier*⁵, Kapitel III Rz 3073.

³⁹² Vgl §§ 549 ff BGB gelten für Wohnraum, aber nach § 578 BGB sind nicht alle Vorschriften auch auf andere Mietverhältnisse anzuwenden.

³⁹³ Vgl ua §§ 536 Abs 4, 556 Abs 4 BGB.

³⁹⁴ *Specht in BeckOK MietR*²⁹, § 535 BGB Rz 4416; *Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus*⁶, § 536 BGB Rz 218; *Eisenschmid in Schmidt-Futterer*¹⁵, § 536 BGB Rz 440.

³⁹⁵ *Specht in BeckOK MietR*²⁹, § 535 BGB Rz 4416, 4421; *Eisenschmid in Schmidt-Futterer*¹⁵, § 536 BGB Rz 438.

³⁹⁶ BGH, Ur. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759; *Eisenschmid in Schmidt-Futterer*¹⁵, § 536 BGB Rz 440.

Vertragsdauer die Beseitigung von auftretenden Mängeln des Mietgegenstandes mit der Folge auferlegt werden, dass diese nicht zur Minderung führen.³⁹⁷ Einer vom Gesetzgeber „mißbilligten Klausel“ würde dadurch im Umfang der übertragenen Erhaltungspflichten wieder Geltung verschafft.³⁹⁸

Eine Ausnahme gilt laut BGH jedoch für Schönheitsreparaturen und Kleinreparaturen, diese dürfen auf den Wohnraummieter abgewälzt werden.³⁹⁹

Der BGH begründet die zulässige Abweichung von § 536 Abs 4 BGB für die Schönheitsreparaturen damit, dass diese grundsätzlich erst nach längerer Zeit anfallen und bei nicht fristgemäßer Ausführung in der Regel nicht zur Aufhebung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache oder einem mindernden Zustand führen.⁴⁰⁰ Deshalb entstehe bei einem Durchschnittsmieter nicht der Eindruck durch die Vornahmepflicht hinsichtlich Schönheitsreparaturen sein Minderungsrecht zu verlieren.⁴⁰¹ Er werde durch die Übertragung der Schönheitsreparaturen nicht von seiner Rechtsdurchsetzung abgehalten.⁴⁰²

Für Kleinreparaturen lehnt der BGH jedoch eine Vornahmeklausel ab.⁴⁰³ Die Überwälzung der Erhaltungspflicht würde hier bei kundenfeindlichster Auslegung dazu führen, dass dem rechtsunkundigen durchschnittlichen Mieter der Eindruck entstehe, für den auf der Nichtdurchführung von ihm geschuldeter Kleinreparaturen beruhenden mangelhaften Zustand der Mietsache, bis zur Durchführung der entsprechenden Arbeiten, von seinem Mietminderungsrecht keinen Gebrauch machen zu können.⁴⁰⁴ Unabhängig davon würde eine Vornahmeklausel den Mieter zudem unangemessen benachteiligen.⁴⁰⁵ Denn mit der Verpflichtung des Mieters zur Vergabe von Reparaturaufträgen wären weitere Nachteile verbunden, die über die Kostentragung hinaus gehen.⁴⁰⁶ Bei mangelhaften Reparaturleistungen des Handwerkers müsste der Mieter gegenüber diesem Gewährleistungsansprüche geltend machen und wäre für vom Handwerker am Eigentum des Vermieters oder Dritter verursachte Schäden schadensersatzpflichtig.⁴⁰⁷ Die mit der Stellung des Mieters als Auftraggeber

³⁹⁷ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

³⁹⁸ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

³⁹⁹ *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4416

⁴⁰⁰ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

⁴⁰¹ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759 noch zu § 537 Abs 3 BGB aF, der § 536 Abs 4 BGB nF entspricht.

⁴⁰² BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

⁴⁰³ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

⁴⁰⁴ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759; *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4417.

⁴⁰⁵ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

⁴⁰⁶ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

⁴⁰⁷ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

einhergehenden Pflichten würden eine zusätzliche Belastung darstellen und weitergehend vom Gesetz abweichen.⁴⁰⁸ Die hiermit verbundenen erheblichen Nachteile für den Mieter würden nicht durch die Kostenvorteile einer Eigenvornahme der Reparatur ausgeglichen.⁴⁰⁹

Eine Kostentragungsklausel für Kleinreparaturen kann hingegen nach Ansicht des BGH auch in einem Wohnraummietvertrag vereinbart werden.⁴¹⁰ Denn eine solche Klausel enthalte keine Aussage zu den Rechtsfolgen für den Fall, dass infolge von Reparaturbedürftigkeit die Gebrauchstauglichkeit des Mietgegenstandes zeitweilig nicht gegeben sei.⁴¹¹ Eine Kostentragungsklausel verstoße deshalb nicht gegen § 536 Abs 4 BGB.⁴¹²

(2) § 556 Abs 4 BGB

In der Literatur wird jedoch vermehrt vertreten, eine Kostentragungsklausel für Kleinreparaturen sei wegen Verstoß gegen § 556 Abs 4 BGB unwirksam.⁴¹³ Dem Verbot nachteiliger Abweichung von § 556 BGB in dessen Abs 4 wird entnommen, dass auf den Wohnraummieter keine anderen Kosten als Betriebskosten übertragen werden dürfen.⁴¹⁴ Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung seien nach § 1 Abs 2 Nr 2 BetrKV⁴¹⁵ ausdrücklich keine Betriebskosten, sodass diese auch nicht auf den Wohnraummieter übertragen werden dürften.⁴¹⁶ Die Gegenansicht ist der Auffassung, dass Erhaltung keine Frage der Betriebskosten sei und § 556 Abs 4 BGB deshalb als Gegenargument für die Wirksamkeit von Kostentragungsklauseln hinsichtlich Kleinreparaturen im Ergebnis nicht verfange.⁴¹⁷ Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu steht noch aus, dürfte jedoch bald vorliegen.⁴¹⁸ Denn gegen das Urteil des LG Berlin, in welchem eine Kostenumlage von Kleinreparaturen wegen § 556 Abs 4 BGB sogar als Individualvereinbarung als unwirksam beurteilt wurde, wurde Revision beim BGH eingelegt.⁴¹⁹ Bis zur entsprechenden Entscheidung des BGH ist weiter davon

⁴⁰⁸ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

⁴⁰⁹ BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.

⁴¹⁰ BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247.

⁴¹¹ BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247.

⁴¹² Vgl. BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759 in Abgrenzung zur Vornahmeklausel.

⁴¹³ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 130; Lehmann-Richter in Schmidt-Futterer¹⁵, § 556 BGB Rz 82.

⁴¹⁴ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 130.

⁴¹⁵ Betriebskostenverordnung BGBl. I 2003/2346 idF BGBl. I 2021/1858.

⁴¹⁶ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 130.

⁴¹⁷ Guhling, Gewerberaummiete: AGB-rechtliche Grenzen der Überwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung, NZM 2019, 457.

⁴¹⁸ BGH VIII ZR 79/22.

⁴¹⁹ LG Berlin Urt. v. 15.3.2022 – 67 S 240/21, BeckRS 2022, 5422, IMR 2022, 266; BGH VIII ZR 79/22.

auszugehen, dass eine Kostentragungsklausel für Kleinreparaturen im Wohnraummietvertrag zulässig ist.

Meines Erachtens vermengt die Ansicht in der Literatur, die eine Unwirksamkeit von Kostenklauseln auf § 556 Abs 4 BGB stützt, die verschiedenen Begrifflichkeiten und überspannt den Wortlaut der Norm. Der Wortlaut des § 556 Abs 4 BGB besagt lediglich, dass von den vorhergehenden Absätzen nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden darf. In § 556 Abs 1 S 1 BGB heißt es: *„Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass der Mieter Betriebskosten trägt“*. Aus dieser Feststellung herauszulesen, dass der Mieter mit keinerlei anderen Kosten belastet werden darf, überspannt meiner Meinung nach den Wortlaut. § 556 Abs 1 S 2 BGB definiert was Betriebskosten sind. Wird der Umfang des Betriebskostenbegriffs um Erhaltungskosten erweitert, liegt nicht nur ein Verstoß gegen § 556 Abs 4 BGB vor, sondern auch gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs 1 S 2 BGB. Die übrigen Absätze des § 556 BGB beschäftigen sich mit den Vorauszahlungen und der Abrechnung. Das Untermischen von Erhaltungskosten in die Betriebskosten ist meiner Ansicht nach außerdem deshalb unwirksam, weil der Mieter auf Betriebskosten Vorauszahlungen leistet, wohingegen Erhaltungskosten für Kleinreparaturen allein nach deren Anfall abgerechnet werden. Das alles spricht meines Erachtens dafür, dass § 536 Abs 4 BGB bei einer von den Betriebskosten klar getrennten Übertragung der Erhaltungskosten nicht einschlägig ist.

(3) Schönheitsreparaturklausel

Der Oberbegriff der Schönheitsreparaturen beschreibt die malermäßige Beseitigung von durch vertragsgemäßen Gebrauch entstandenen Dekorationsmängeln.⁴²⁰ Welche Arbeiten zu den Schönheitsreparaturen zählen ist in § 28 Abs 4 II. BV definiert:⁴²¹ *„Schönheitsreparaturen umfassen nur das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen“*.

Eine formularvertragliche Ausdehnung des Umfangs der Schönheitsreparaturen oder des Begriffes ist bei Wohnraummietverträgen grundsätzlich unzulässig.⁴²² Eine solche Regelung würde den Mieter unangemessen belasten, da sie vom gesetzlichen Leitbild

⁴²⁰ Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 102; Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 136.

⁴²¹ BGH, Urt. v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NZM 2010, 157 Rz 11; BGH, Urt. v. 18.2.2009 - VIII ZR 210/08, NJW 2009, 1408 Rz 10.

⁴²² BGH, Urt. v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NZM 2010, 157 Rz 11; Langenberg/Zehle in *Langenberg/Zehle*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 1 Rz 11; Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 134.

des § 535 Abs 1 S 2 BGB iVm § 28 Abs 4 II. BV abweicht.⁴²³ Außerdem würden dem Mieter Pflichten auferlegt, die über die Pflichten des Vermieters hinausgingen.⁴²⁴

Voraussetzung einer zulässigen Abwälzung der Schönheitsreparaturen für Wohnraum ist, dass die Räume in keinem renovierungsbedürftigen oder unrenovierten Zustand übergeben werden oder der Mieter hierfür einen angemessenen Ausgleich erhält.⁴²⁵ Der Mieter wird bei einer unrenovierten Wohnung später die jeweiligen Verschlechterungen nicht eindeutig dem eigenen Gebrauch oder dem des Vermieters zuordnen können.⁴²⁶ Durch Vornahme der Schönheitsreparaturen beseitigt der Mieter im Zweifel auch Abnutzungen des Vermieters, sodass der Vermieter die Wohnung in einem besseren Zustand zurückerhält als er sie übergeben hat.⁴²⁷ Für eine unangemessene Benachteiligung des Mieters genügt es daher, dass bei Vertragsbeginn die Wohnung nicht frisch renoviert ist.⁴²⁸ Der Vermieter kann den Mieter jedoch ausnahmsweise auch bei einer unrenovierten Wohnung wirksam zu Schönheitsreparaturen verpflichten, wenn er ihm einen angemessenen Ausgleich gewährt.⁴²⁹ Angemessenheit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Mieter durch den Ausgleich so gestellt wird, als habe er eine renovierte Wohnung übergeben bekommen.⁴³⁰ Die Angemessenheit richtet sich folglich nach der Höhe der erforderlichen Anfangsrenovierungskosten.⁴³¹

Der Mieter kann im laufenden Mietverhältnis somit grundsätzlich wirksam zur Beseitigung seiner Gebrauchsspuren verpflichtet werden.⁴³² Die Vorgabe starrer Fristen für die Vornahme von Schönheitsreparaturen ist jedoch unangemessen.⁴³³ Dem Mieter muss der Einwand möglich sein, dass der Zustand der Mietsache ein Tätigwerden noch nicht erfordert.⁴³⁴ Es können allerdings weiche, angemessene Fristen im Wohnraummietvertrag angegeben werden.⁴³⁵ Als Regelfristen gelten „in Bad und Küche

⁴²³ Langenberg/Zehlele in Langenberg/Zehlele, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 1 Rz 11; vgl BGH, Urt. v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NZM 2010, 157 Rz 11.

⁴²⁴ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 140; BGH, Urt. v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586.

⁴²⁵ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594; Zehlele in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 429; Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 433.

⁴²⁶ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594; Zehlele in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 429.

⁴²⁷ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594 Rz 24; Zehlele in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 429.

⁴²⁸ Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 433.

⁴²⁹ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594 Rz 17; Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 433.

⁴³⁰ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594 Rz 35; Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 433.

⁴³¹ Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 433.

⁴³² Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 147.

⁴³³ BGH, Urt. v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586; Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 147.

⁴³⁴ Wurmnest in MüKo BGB II⁹, § 307 Rz 136; Zehlele in BeckOK BGB⁶³, § 535 Rz 440.

⁴³⁵ BGH, Hinweisbeschl. v. 20.3.2012 – VIII ZR 192/11, NJW-RR 2012, 907; Wurmnest in MüKo BGB II⁹, § 307 Rz 136.

*nach fünf Jahren, in den Wohn- und Schlafräumen sowie im Flur nach acht Jahren, sowie in sonstigen Nebenräumen nach zehn Jahren“.*⁴³⁶

In der Schönheitsreparaturklausel darf die Farbwahl des Mieters für das laufende Mietverhältnis nicht beschränkt werden, sonst ist die Klausel unwirksam.⁴³⁷ Denn für eine derartige Einschränkung der Gestaltung des persönlichen Lebensbereichs des Mieters, besteht kein berechtigtes Interesse des Vermieters.⁴³⁸

(4) Kleinreparaturklausel

Eine Kostenklausel für Kleinreparaturen bedarf einer gegenständlichen Beschränkung, um wirksam zu sein.⁴³⁹ Sie darf sich somit lediglich auf solche Bestandteile beziehen, welche dem häufigen Zugriff des Mieters ausgesetzt sind, sodass ihr Zustand und ihre Lebensdauer vom Nutzungsverhalten des Mieters abhängig sind.⁴⁴⁰ Bei einer Formulierung entsprechend § 28 Abs 3 S 2 II. BV, der kleine Instandhaltungen als *„kleine Schäden an den Installationsgegenständen für Elektrizität, Wasser und Gas, den Heiz- und Kocheinrichtungen, den Fenster- und Türverschlüssen sowie den Verschlussvorrichtungen von Fensterläden“* definiert, ist dies der Fall.⁴⁴¹ Unzulässig ist folglich eine Klausel, die Gemeinschaftseinrichtungen oder sonstigen Hausausstattungen wie beispielsweise die Hauseingangstür einbezieht.⁴⁴²

Des Weiteren muss zur Wirksamkeit der Klausel die Kostentragung für Kleinreparaturen eine doppelte Kostenbegrenzung aufweisen.⁴⁴³ Sie muss sowohl eine Betragshöchstgrenze je Einzelreparatur als auch für eine innerhalb eines bestimmten Zeitraums anfallende Summe von Reparaturen angeben.⁴⁴⁴ Hinsichtlich der Einzelreparatur wird ein Betrag von 100 bis 150 Euro allgemein als zulässig erachtet.⁴⁴⁵ Für eine wirksame Klausel dürfen die Jahresgesamtkosten der Kleinreparaturen nach

⁴³⁶ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 439.

⁴³⁷ BGH, Urt. v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499; BGH, Urt. v. 22.2.2012 - VIII ZR 205/11, NJW 2012, 1280.

⁴³⁸ BGH, Urt. v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499; BGH, Urt. v. 22.2.2012 - VIII ZR 205/11, NJW 2012, 1280.

⁴³⁹ Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 410.

⁴⁴⁰ BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247; Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 411; Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 410; Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 131.

⁴⁴¹ BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247; Vgl Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 411; Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus⁶, § 535 BGB Rz 410; Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 131.

⁴⁴² Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 411.

⁴⁴³ BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247; Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 411; Eisenschmid in Schmidt-Futterer¹⁵, § 535 BGB Rz 72.

⁴⁴⁴ BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247; Eisenschmid in Schmidt-Futterer¹⁵, § 535 BGB Rz 72; Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 411.

⁴⁴⁵ Zehelein in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 411 mwN; AG Berlin-Mitte Urt. v. 5.2.2020 – 15 C 256/19, IBRRS 2020, 0953.

hM 6 bis 8 % der Jahresnettomiete nicht übersteigen.⁴⁴⁶ Wenn die tatsächlichen Reparaturkosten die vereinbarte Höchstgrenze überschreiten, sind die Kosten allein vom Vermieter in voller Höhe zu tragen.⁴⁴⁷ Eine Kostenklausel, die diesbezüglich nicht eindeutig ist oder den Wohnraummieter verpflichtet sich in Höhe des Kleinreparaturkostenbeitrags zu beteiligen, ist nach § 307 Abs 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam.⁴⁴⁸

cc. Geschäftsraummiete

§ 536 Abs 4 BGB gilt nur für Wohnraum, sodass bei der Vermietung von Geschäftsraum die Abwälzung hieran nicht scheitert.⁴⁴⁹ Vielmehr ist nach hM das Minderungsrecht in Geschäftsraummietverträgen abdingbar.⁴⁵⁰ Im Falle eines entsprechenden Minderungsausschlusses darf der Mieter lediglich die Minderung nicht durch Abzug von der Miete realisieren, sondern muss diese als Bereicherungsanspruch nach §§ 812, 818 BGB wegen Geringleistung geltend machen.⁴⁵¹ Der Bereicherungsanspruch kann wiederum nicht ausgeschlossen werden, da dies das Äquivalenzverhältnis der Leistungen empfindlich stören würde.⁴⁵²

Die für Wohnraum anerkannte Zulässigkeit der Übertragung von Schönheitsreparaturen gilt grundsätzlich ebenso für die Geschäftsraummiete.⁴⁵³ Allerdings können wegen der unterschiedlichen Bedürfnisse andere Vorgaben, insbesondere zu Fristen, für die Schönheitsreparaturen gemacht werden.⁴⁵⁴ Darüber hinaus können auf den Geschäftsraummieter auch durch AGB umfangreich Erhaltungspflichten abgewälzt werden.⁴⁵⁵ Die Abwälzungsvereinbarung im Geschäftsraummietvertrag kann den Mieter sowohl zur Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen und Instandsetzungsarbeiten verpflichten als auch zur Kostentragung.⁴⁵⁶

⁴⁴⁶ *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4430; *Zehelein* in BeckOK BGB⁶¹, § 535 Rz 411 mwN; BGH, Ur. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247; AG Berlin-Mitte Ur. v. 5.2.2020 – 15 C 256/19, IBRRS 2020, 0953.

⁴⁴⁷ *Gramlich* in *Gramlich*, Mietrecht¹⁵ (2019), § 535 BGB Rz 68; *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4428.

⁴⁴⁸ BGH, Ur. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247; *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4428.

⁴⁴⁹ *Langenberg/Zehelein* in *Langenberg/Zehelein*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 28.

⁴⁵⁰ *Langenberg/Zehelein* in *Langenberg/Zehelein*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 28; *Günter* in *Guhling/Günter*², § 536 BGB Rz 423; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 536 BGB Rz 227.

⁴⁵¹ *Langenberg/Zehelein* in *Langenberg/Zehelein*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 28; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 536 BGB Rz 228.

⁴⁵² *Langenberg/Zehelein* in *Langenberg/Zehelein*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 28.

⁴⁵³ *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 506 ff; *Hübner/Griesbach/Fuerst* in *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete⁴, Kapitel 14 Rz 209.

⁴⁵⁴ *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 507; *Hübner* in *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete⁴, Kapitel 13 Rz 179.

⁴⁵⁵ *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 535 BGB Rz 76; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 415.

⁴⁵⁶ *Boerner* in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 112; *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*¹⁵, § 535 BGB Rz 76.

Eine unangemessene Benachteiligung ergibt sich jedoch aus einer völlig unbeschränkten Übertragung.⁴⁵⁷ Der BGH hat in zwei Entscheidungen zu Geschäftsraummietverträgen in einem Einkaufszentrum zwei Gründe für das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung genannt, die zur Unwirksamkeit der Klausel führen.⁴⁵⁸ In den beiden Entscheidungen, ebenso in der Literatur, werden diese jedoch miteinander verwoben.⁴⁵⁹ Im Folgenden wird die Argumentation des BGH aufgeschlüsselt und die einzelnen Bestandteile werden separat betrachtet.

(1) Keine Verursachung durch Mietgebrauch

Nach hA ist es bei der Geschäftsraummiete für die Zulässigkeit der Klausel erforderlich, die formularmäßige Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Mieter insofern zu beschränken, dass die Abwälzung nur Schäden aus der Risikosphäre des Mieters oder auf dessen Mietgebrauch beruhende Schäden umfasst.⁴⁶⁰ Dies gilt sowohl für Vornahmeklauseln⁴⁶¹ als auch für Kostentragungsklauseln⁴⁶².

Der BGH bezieht sich bei der Zulässigkeitsprüfung der Erhaltungsabwälzung zwar nicht ausdrücklich auf das für Schönheitsreparaturen geltende Ausgleichsprinzip, jedoch ist wie bei diesen die AGB-Wirksamkeit der Klausel davon abhängig, dass der Mieter die Behebung ausschließlich von Verschlechterungen schuldet, für deren Verursachung er verantwortlich ist.⁴⁶³ Dementsprechend ist meiner Meinung nach auch ohne explizite Bezugnahme auf die Rechtsprechung zu den Schönheitsreparaturen, die dort geltende Argumentation übertragbar. Nach dem in diesem Zusammenhang vom BGH entwickelten Ausgleichsprinzip bzw der sogenannten Entgeltthese handelt es sich bei den vom Mieter zu erbringenden Leistungen sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich um einen Teil des Entgelts, das für die Gebrauchsüberlassung der Mietsache zu leisten ist.⁴⁶⁴ Verbleibt die Erhaltungspflicht hingegen beim Vermieter müsste dieser den auf die Erhaltungsmaßnahmen entfallenden Teil über eine höher kalkulierte Miete ausgleichen.⁴⁶⁵ Die Übernahme der Erhaltung ist somit nicht lediglich eine

⁴⁵⁷ Vgl. Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 134; Boerner in Guhling/Günter², § 535 BGB Rz 118.

⁴⁵⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁵⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁶⁰ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722; BGH, Urt. v. 25.2.1987 - VIII ZR 88/86, NJW-RR 1987, 906.

⁴⁶¹ Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1987 - VIII ZR 88/86, NJW-RR 1987, 906.

⁴⁶² Vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁶³ Langenberg/Zehlelein in Langenberg/Zehlelein, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 32.

⁴⁶⁴ BGH, Beschl. v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, NJW 1987, 2575.

⁴⁶⁵ BGH, Beschl. v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, NJW 1987, 2575.

Abnutzungsentschädigung, sondern eine Gegenleistung des Mieters.⁴⁶⁶ Es bestehen keine AGB-rechtlichen Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Abwälzungsvereinbarung, sofern sich die Verpflichtung des Mieters ausschließlich auf Schäden aus seiner eigenen Vertragslaufzeit bezieht, die er ansonsten für denselben Zeitraum durch Zahlung eines höheren Mietzinses hätte tragen müssen.⁴⁶⁷

Folglich darf die Erhaltungspflicht des Mieters nicht bereits vor Vertragsschluss vorhandene Schäden der Mietsache umfassen.⁴⁶⁸ Es bedarf in der Übertragungsvereinbarung somit einer Beschränkung auf nachträgliche Mängel, deren Ursache nicht ein Erhaltungsstau ist.⁴⁶⁹ Für die Wirksamkeit der Abwälzungsklausel muss sich die Mietsache folglich bei Übergabe tatsächlich in einem Zustand befinden, der keine Erhaltungsmaßnahmen erfordert.⁴⁷⁰

Wird der Geschäftsraummieter nicht nur zur Erhaltung der Mietsache, sondern auch zu Erhaltungsmaßnahmen an gemeinsam mit weiteren Mietern genutzten Anlagen und Flächen verpflichtet, muss er allerdings auch Schäden beseitigen, die nicht allein durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind.⁴⁷¹ Diese Gemeinschaftsflächen und -anlagen werden dem jeweiligen Mieter außerdem bei Mietbeginn in gebrauchtem Zustand übergeben, sodass er bei Übernahme der Erhaltungspflicht zudem bereits vorhandene Abnutzungen bzw anfängliche Mängel beheben müsste.⁴⁷² Für durch Dritte schuldhaft verursachte Schäden, die dem Geschäftsraummieter nicht zurechenbar sind, müsste dieser ebenfalls aufkommen.⁴⁷³ Dadurch wird vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages derart abgewichen, dass eine unangemessene Benachteiligung des Mieters vorliegt.⁴⁷⁴ Die unbeschränkte Übertragung der Erhaltungslast auf den Geschäftsraummieter für das gesamte Mietobjekt ist somit in AGB nicht wirksam möglich.⁴⁷⁵

Dies gilt für einheitlich an einen Mieter überlassene Gesamtgebäude, einem sogenannten „Single-Tenant“-Objekt,⁴⁷⁶ genauso wie für ein „Multi-Tenant“-Objekt, bei

⁴⁶⁶ BGH, Beschl. v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, NJW 1987, 2575.

⁴⁶⁷ BGH, Beschl. v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, NJW 1987, 2575.

⁴⁶⁸ *Langenberg/Zehlele* in *Langenberg/Zehlele*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 32.

⁴⁶⁹ *Boerner* in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 118.

⁴⁷⁰ *Langenberg/Zehlele* in *Langenberg/Zehlele*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 32.

⁴⁷¹ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁷² BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁷³ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁷⁴ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁷⁵ *Specht* in *BeckOK MietR*²⁹, § 535 BGB Rz 4435.

⁴⁷⁶ Vgl. *Boerner* in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 121.

welchem mehrere Mietflächen an eine Vielzahl von Mietern vermietet sind.⁴⁷⁷ Es mag bei erstgenanntem Mietverhältnis der Eindruck entstehen, bei Übertragung der Erhaltungspflicht sei aufgrund der ausschließlichen Nutzung keine weitere Einschränkung erforderlich. Jedoch bedarf es hier ebenso der vorstehend beschriebenen Beschränkung auf Schäden durch den Mietgebrauch, da ansonsten auch durch Dritte schuldhaft verursachte Schäden und anfängliche Mängel von der Erhaltungspflicht des Mieters umfasst wären.⁴⁷⁸ Dasselbe gilt ebenfalls bei einer räumlichen Beschränkung der Erhaltungsabwälzung auf die Mietfläche in einem „Multi-Tenant“-Objekt.

(2) Keine Kostenobergrenze

Bei einer Übertragung der Kosten für die Erhaltung von Gemeinschaftsflächen auf den Mieter, ist ein weiterer Grund für die unangemessene Benachteiligung die Unabsehbarkeit der auf ihn zukommenden Kosten.⁴⁷⁹ Die Kosten für die Beseitigung anfänglicher Mängel sind, insbesondere bei Gemeinschaftsflächen und -anlagen, der Höhe nach nicht überschaubar.⁴⁸⁰ Ferner hat der Geschäftsraummieter bei gemeinschaftlich genutzten Anlagen und Flächen Kosten für Schäden zu tragen, die ihm nicht zurechenbare Dritte verursachen, sodass auch deren Höhe nicht vorhersehbar ist.⁴⁸¹ Deshalb sind Klauseln grundsätzlich unwirksam, die dem Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach die Erhaltungslast für Gemeinschaftsflächen und -anlagen auferlegen.⁴⁸² Eine Klausel in einem Mietvertrag über Flächen in einem Einkaufszentrum, die vom BGH mit der vorstehenden Begründung als unwirksam beurteilt wurde, hatte folgenden Inhalt: *„Sämtliche Nebenkosten des Einkaufszentrums, insbesondere alle Kosten des Betriebs und der Instandhaltung der technischen Anlagen werden von allen Mietern anteilig getragen.“*⁴⁸³

Für eine wirksame Übertragung der Erhaltungspflicht für Gemeinschaftsflächen und -anlagen in AGB bedarf es folglich einer ausreichenden Begrenzung der Kostenhöhe, die

⁴⁷⁷ Vgl. Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 121.

⁴⁷⁸ Zehelein in *BeckOK BGB*⁶¹, § 535 Rz 414.

⁴⁷⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁸⁰ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁸¹ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.

⁴⁸² BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722; Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 133.

⁴⁸³ BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722; der Entscheidung des BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863 lag eine Klausel mit ähnlichem Inhalt zugrunde.

dem Mieter eine Kalkulation des ihn treffenden, wirtschaftlichen Risikos ermöglicht.⁴⁸⁴ Dabei darf die gewählte Grenze selbst, den Mieter ebenfalls nicht unangemessen benachteiligen.⁴⁸⁵ Eine höchstrichterliche Entscheidung zu einer genauen Prozentzahl steht, soweit ersichtlich, noch aus.⁴⁸⁶ Überwiegend wird eine Beschränkung der Erhaltungskosten, die nicht Folge des eigenen Mietgebrauchs sind, auf 10 % der Jahresmiete als angemessen beurteilt.⁴⁸⁷

Ob das Überschreiten der tatsächlichen Kosten wie bei der Kleinreparaturklausel in Wohnraummietverträgen dazu führt, dass der Vermieter sämtliche Kosten zu tragen hat oder der Mieter sich bis zur Kostengrenze beteiligen muss, wird soweit ersichtlich weder in der Literatur noch Rechtsprechung thematisiert. Da der Geschäftsraummieter weniger schutzwürdig ist als der Wohnraummieter, stellt es meines Erachtens keine unangemessene Benachteiligung dar, ihn in entsprechender Höhe an den tatsächlichen Erhaltungskosten zu beteiligen.

*Häublein*⁴⁸⁸ kritisiert das häufig gegen die Erforderlichkeit einer höhenmäßig beschränkten Übertragungsvereinbarung bzw die Unwirksamkeit einer entsprechenden unbeschränkten Abwälzungsklausel vorgebracht Argument, dem Geschäftsraummieter sei eine Einkalkulierung der Erhaltungskosten möglich.⁴⁸⁹ Dadurch werde jedoch weder die Leitbildabweichung noch die Intransparenz gerechtfertigt.⁴⁹⁰ Außerdem wäre bei konsequenter Anwendung dieses Arguments jegliche Benachteiligung in AGB zu rechtfertigen, da sich zumindest mittelbar deren Folgen für den Mieter in Geld ausdrücken lassen und damit durch den Mieter einkalkuliert werden könnten.⁴⁹¹

Dasselbe gilt laut *Häublein*⁴⁹² für die Ansicht, eine unangemessene Benachteiligung liege nicht vor, wenn die Interessen des Mieters durch Reduzierung der Miete berücksichtigt wurden.⁴⁹³ Dagegen spreche insbesondere, dass die Regelung die Unsicherheit, die mit der Schätzung zukünftiger Erhaltungskosten verbunden sei, vom Vermieter auf den Mieter verlagert werde.⁴⁹⁴ Der Vermieter stehe durch die

⁴⁸⁴ Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 118, 121; LG Essen, Urt. v. 24.11.2015 – 8 O 82/15, NZM 2016, 265.

⁴⁸⁵ LG Essen, Urt. v. 24.11.2015 – 8 O 82/15, NZM 2016, 265.

⁴⁸⁶ Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 121.

⁴⁸⁷ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 134; Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 121; Hübner in *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummieta⁴, Kapitel 13 Rz 163; LG Essen, Urt. v. 24.11.2015 – 8 O 82/15, NZM 2016, 265.

⁴⁸⁸ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 133; aA Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 121.

⁴⁸⁹ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 133.

⁴⁹⁰ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 133.

⁴⁹¹ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 133.

⁴⁹² Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 133; aA Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 121.

⁴⁹³ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 133; aA Boerner in *Guhling/Günter*², § 535 BGB Rz 121.

⁴⁹⁴ Häublein in *MüKo BGB V*⁸, § 535 Rz 134.

Abwälzungsregelung somit besser als bei Einbeziehung der Kosten in die Mietkalkulation, wofür er eine Aufwandsprognose hätte anstellen müssen.⁴⁹⁵ Wenn der Vermieter jedoch tatsächlich eine entsprechende Schätzung vorgenommen habe, sei nicht nachvollziehbar, weshalb der ermittelte Betrag im Vertrag nicht als Obergrenze angegeben werde.⁴⁹⁶ Denn dadurch würde das Schätzungsrisiko beim Vermieter verbleiben.

d. Rechtsfolge

Eine unangemessene Klausel ist ex tunc nichtig und grundsätzlich insgesamt unwirksam.⁴⁹⁷ Eine Aufrechterhaltung einer Bestimmung in AGB mit dem gerade noch zulässigen Inhalt im Wege einer geltungserhaltenden Reduktion ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht zulässig.⁴⁹⁸ Bei einer Trennbarkeit der Klausel in einen unzulässigen und inhaltlich zulässigen Teil, der allein sinnvoll sowie aus sich heraus verständlich ist (sog „blue-pencil-test“), ist es allerdings rechtlich unbedenklich den zulässigen Teil aufrecht zu erhalten.⁴⁹⁹ Dies ist ebenfalls ständige Rechtsprechung des BGH.⁵⁰⁰

Nach § 306 Abs 2 BGB gilt statt der unwirksamen Klausel die gesetzliche Vorschrift. Bei einer unwirksamen Erhaltungsklausel verweist § 306 Abs 2 BGB auf § 535 Abs 1 S 2 BGB, sodass eine gesetzliche Regelung für die Erhaltungspflicht zur Verfügung steht und es an einer Lücke für eine ergänzende Vertragsauslegung fehlt.⁵⁰¹

e. Zwischenergebnis

Auf den Wohnraummieter können maximal Schönheitsreparaturen und die Kostentragung von Kleinreparaturen wirksam durch AGB übertragen werden, wobei einige Besonderheiten bei der Klauselgestaltung zu beachten sind: Die Farbwahl des Mieters für die Schönheitsreparaturen im laufenden Mietverhältnis darf nicht beschränkt werden und es dürfen keine starren Fristen für die Durchführung vorgegeben werden. Die Kosten für Kleinreparaturen müssen doppelt beschränkt sein: 100 bis 150 Euro je Einzelreparatur und 6 bis 8 % der Jahresnettomiete für die Summe der

⁴⁹⁵ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 134.

⁴⁹⁶ Häublein in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 134.

⁴⁹⁷ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 307 BGB Rz 344; Guhling in Guhling/Günter², § 306 BGB Rz 14; Fornasier in MüKo BGB II⁹, § 306 Rz 18.

⁴⁹⁸ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863; Guhling in Guhling/Günter², § 306 BGB Rz 14; Fornasier in MüKo BGB II⁹, § 306 Rz 18 f.

⁴⁹⁹ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863 mwN; Guhling in Guhling/Günter², § 306 BGB Rz 17; Fornasier in MüKo BGB II⁹, § 306 Rz 22.

⁵⁰⁰ BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863 mwN.

⁵⁰¹ BGH, Urt. v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NZM 2006, 691; Guhling in Guhling/Günter², § 306 BGB Rz 6 f; Fornasier in MüKo BGB II⁹, § 306 Rz 30, 33.

Einzelreparaturen. Die Abwälzung weiterer Erhaltungspflichten auf den Wohnraummietmieter ist wegen § 536 Abs 4 BGB unzulässig.

In Geschäftsraummietverträgen können mit Ausnahme von Dach und Fach grundsätzlich nahezu alle Erhaltungspflichten auf den Mieter übertragen werden. Die Erhaltungsklausel muss jedoch eine Beschränkung auf den Mietgebrauch enthalten und für Gemeinschaftsflächen und -anlagen bedarf es einer Kostenobergrenze, wobei maximal 10 % der Jahresmiete als angemessen beurteilt werden.

3. Rechtsvergleichende Betrachtung

In der Beurteilung der Wirksamkeit von AGB zeigen sich viele Gemeinsamkeiten der beiden Länder, allerdings auch wesentliche Unterschiede. Letztere beginnen bereits bei der Auslegung. Die Klausel „*Der Mieter verpflichtet sich, das Mietobjekt pfleglich zu behandeln, und es auf eigene Kosten in ordentlichem und guten Zustand zu erhalten*“⁵⁰² wird in den Ländern unterschiedlich beurteilt. Während in Deutschland darin keine Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Mieter gesehen wird,⁵⁰³ wird dies in Österreich bejaht.⁵⁰⁴

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland wird die Unwirksamkeit von Klauseln eines Verbrauchervertrags bzw Wohnraummietvertrags anders begründet als bei einem Geschäftsraummietvertrag bzw einem Mietvertrag außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG. Ebenso ist die Unterscheidung auch für die maximal zulässige Übertragung von Erhaltungspflichten entscheidend. Dementsprechend erfolgt die rechtsvergleichende Betrachtung getrennt nach Vertragstypen.

a. Verbrauchervertrag und Wohnraummietvertrag

Angesichts des mit der Übertragung von Erhaltungspflichten verbundenen Ausschlusses des Minderungsrechts sind entsprechende Vereinbarungen in österreichischen Verbrauchermietverträgen nach § 9 KSchG und in deutschen Wohnraummietverträgen nach § 536 Abs 4 BGB unzulässig. Der Bereich der hiervon erfassten Mietverträge ist jedoch unterschiedlich. Während das Verbot des § 9 KSchG nur greift, wenn der Vermieter Unternehmer ist, gilt § 536 Abs 4 BGB auch bei einem privaten Vermieter.

⁵⁰² OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249; Vgl OLG Düsseldorf, Urtr. v. 25.02.1999 - 10 U 109/95, NZM 2000, 464.

⁵⁰³ OLG Düsseldorf, Urtr. v. 25.02.1999 - 10 U 109/95, NZM 2000, 464.

⁵⁰⁴ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

Bagatell- bzw. Kleinreparaturen können dennoch vom Verbraucher oder Wohnraummietern zu tragen sein. In Österreich ergibt sich dies aus der Verkehrssitte, wohingegen es in Deutschland einer Vereinbarung bedarf. Während nach österreichischem Recht der Mieter zur Vornahme der entsprechenden Arbeiten und im MRG-Vollanwendungsbereich nach § 8 MRG zusätzlich zu Wartung und Instandhaltung verpflichtet ist, können im deutschen Recht dem Wohnraummietern lediglich die Kosten für Kleinreparaturen und diese auch ausschließlich betraglich begrenzt übertragen werden. Die Zulässigkeit der Kostentragungsklausel für Kleinreparaturen wird in Deutschland zunehmend unter Bezugnahme auf § 556 Abs 4 BGB in Zweifel gezogen. Nach der vertretenen Ansicht steht jedoch weder § 556 Abs 4 BGB noch § 21 MRG der Wirksamkeit einer klar von den Betriebskosten getrennten Übertragung von Erhaltungskosten entgegen.

In Deutschland können dem Wohnraummietern auch Schönheitsreparaturen in AGB wirksam übertragen werden, sofern die Klausel insbesondere keine Farbwahl für das laufende Mietverhältnis oder starre Fristen vorgibt. In Österreich zählt das Ausmalen hingegen nicht zu den Erhaltungspflichten des Vermieters nach § 1096 ABGB oder § 3 MRG. Der OGH hat in der fünften Klauselentscheidung bei einer Endrenovierungsverpflichtung einen Verstoß gegen § 9 KSchG verneint, weil am Ende des Mietverhältnisses kein Minderungsrecht mehr in Betracht komme. Meines Erachtens ist es durchaus wahrscheinlich, dass der OGH ebenfalls im laufenden Mietverhältnis, ähnlich wie der BGH, einen Ausschluss des Minderungsrechts verneint, da es durch unterlassenes Ausmalen in der Regel nicht zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung kommt.

Somit können auf einen deutschen Wohnraummietern bzw. einen österreichischen Verbraucher maximal Kleinreparaturen und Schönheitsreparaturen wirksam in AGB übertragen werden.

b. Geschäftsraummietvertrag (Einkaufszentrum)

Die Argumentation des OGH in der vierten Klauselentscheidung, dass es ohne ein entsprechendes Äquivalent für die Übertragung der Erhaltungspflicht an der sachlichen Rechtfertigung für die Abweichung vom dispositiven Recht fehle, deckt sich mit der vom BGH entwickelten Entgeltthese bzw. dem Ausgleichsprinzip.

Die vom BGH in diesem Zusammenhang angebrachte Beschränkung der formularmäßigen Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Mieter auf Schäden aus der Risikosphäre des Mieters, spricht der OGH jedoch lediglich in einem Nebensatz der ersten Klauselentscheidung und beschränkt auf Verbraucherverträgen an. Dort zieht der

OGH bei einer unbegrenzten Abwälzungsklausel das Risiko eines Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG in Betracht, dh dass damit die Schadensersatzpflicht des Verwenders für von ihm oder einer ihm zurechenbaren Person vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachte Schäden ausgeschlossen wird. Eine entsprechende Regelung enthält auch § 309 Nr 7 lit b BGB. Diese konnte der BGH für seine Argumentation im konkreten Fall nicht heranziehen, da es sich um einen Mietvertrag zwischen Unternehmern handelte, auf welchen § 309 BGB nach § 310 Abs 1 S 1 keine Anwendung findet. Jedoch fließen nach § 310 Abs 1 S 2 BGB dort ebenso die Wertungen des § 309 BGB über § 307 BGB in die Inhaltskontrolle ein.⁵⁰⁵ Im österreichischen Recht hat § 6 Abs 1 Z 9 KSchG Konkretisierungswirkung hinsichtlich einer gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB, sodass diese Überlegung des OGH meiner Ansicht nach ebenfalls außerhalb des Verbraucherrechts zu beachten ist. Die fünfte Klauselentscheidung⁵⁰⁶ des OGH spricht meines Erachtens ebenfalls dafür, dass auch in Österreich dem Mieter grundsätzlich nur Erhaltungspflichten für Schäden aus der eigenen Risikosphäre übertragen werden dürfen.

Aufgrund der teleologischen Verwandtschaft des deutschen und österreichischen Rechts zieht der OGH die gefestigte Rechtsprechung des BGH bei seinen Überlegungen zu einem Mietvertrag in einem Einkaufszentrum sogar ausdrücklich heran.⁵⁰⁷ Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in beiden Ländern ist eine Klausel, die dem Mieter die Kosten für die Erhaltung der Gemeinschaftsflächen und gemeinschaftlich genutzten Anlagen aufbürdet, aufgrund der nicht kalkulierbaren Kostenlast unwirksam. Als weiteren Grund für die Unwirksamkeit nennt der OGH zudem, dass einerseits der Mieter die Kosten zu tragen, er jedoch andererseits keinen Einfluss auf deren Entstehung habe. Eine entsprechende Überlegung stellt der BGH nicht an, jedoch ist meiner Meinung nach, dieser Aspekt ebenfalls durch die für die Wirksamkeit einer Übertragungsklausel erforderliche Kostenbegrenzung abgedeckt. Aufgrund der in Deutschland erforderlichen Kostenbeschränkung für Gemeinschaftsflächen auf 10 % der Jahresmiete, kann der Vermieter bei unwirtschaftlicher Durchführung der Erhaltungsarbeiten nicht mehr vom Mieter verlangen. Um nicht die darüberhinausgehenden Kosten selbst tragen zu müssen, hat der Vermieter daher einen Anreiz den Umfang und die Kosten der Erhaltungsarbeiten in einem angemessenen Rahmen zu halten.

Der OGH hat sich bisher lediglich ausführlich dazu geäußert wann eine Abwälzungsklausel unwirksam ist, weshalb sich nicht rechtssicher beurteilen lässt,

⁵⁰⁵ Fornasier in MüKo BGB II⁹, § 310 Rz 11; Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁷, § 310 BGB Rz 21.

⁵⁰⁶ OGH 2 Ob 215/10x, *fünfte Klauselentscheidung* (Klausel 14), wobl 2012, 404 (Riss).

⁵⁰⁷ OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136.

welche Erhaltungspflichten maximal wirksam auf den Mieter übertragen werden können. Aufgrund der dargestellten Überschneidungen der Argumentationen für eine Unwirksamkeit der Klauseln erscheint es durchaus wahrscheinlich, dass sich in Österreich für eine wirksame Abwälzungsklausel ähnliche Maßstäbe entwickeln werden wie in Deutschland, insbesondere hinsichtlich einer Kostenobergrenze für auf den Mieter überbundene Erhaltungskosten an Gemeinschaftsflächen.

III. Übertragung durch Individualvereinbarung

In der Praxis kommt es durchaus vor, dass die Erhaltungspflichten individualvertraglich auf den Mieter übertragen werden. Bei der Wirksamkeitsprüfung solcher Individualvereinbarungen sind grundsätzlich andere gesetzliche Regelungen zu beachten als bei der Inhaltskontrolle von AGB.

1. Österreich

Bei Individualvereinbarungen erfolgt in Österreich eine Unterscheidung danach, ob es sich um einen Mietvertrag im Vollenwendungsbereich des MRG, im Anwendungsbereich des ABGB oder des KSchG handelt.

a. Verbrauchergeschäft

Das KSchG erklärt in seinem Anwendungsbereich nicht allein abweichende AGB für unwirksam, sondern nach § 2 Abs 2 KSchG jede zum Nachteil des Verbrauchers abweichende Vereinbarung. Folglich gelten die Ausführungen zu § 9 KSchG (vgl C. II. 1. a. aa.) beim Verbrauchergeschäft grundsätzlich auch für Individualabreden.⁵⁰⁸

b. ABGB bzw Nicht-/Teilanwendungsbereich des MRG

Einer Entscheidung des OGH in einem Individualverfahren und zu einer Individualvereinbarung zwischen Privaten lag folgende Klausel zugrunde, die der dritte Senat als wirksam erachtete: *„Der Mieter verpflichtet sich, das Mietobjekt pfleglich zu behandeln, und es auf eigene Kosten in ordentlichem und guten Zustand zu erhalten“*.⁵⁰⁹ Der OGH argumentiert bei der Prüfung der Wirksamkeit dieser individualvertraglichen Überwälzungsvereinbarung anders als bei der Inhaltskontrolle von AGB.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Vgl Laimer/Schwartz in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB: §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge³ (2019) zu §§ 1048–1051 ABGB Rz 4.

⁵⁰⁹ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹⁰ Vgl OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

aa. Kein Gewährleistungsausschluss

Der dritte Senat sieht in der Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Mieter durch Individualabrede keinen Gewährleistungsausschluss.⁵¹¹ Dies begründet er damit, dass die Gewährleistungsrechte des Mieters von der vom Vermieter geschuldeten Beschaffenheit der Mietsache abhängig seien.⁵¹² Ohne besondere Vereinbarung sei im Zweifel eine „mittlere Brauchbarkeit“ als geschuldet anzunehmen.⁵¹³ Ebenso sei die Vermietung eines unbrauchbaren Objekts möglich.⁵¹⁴ Werde in diesem Fall die Verpflichtung zur Erhaltung auf den Mieter übertragen, könne darin kein Gewährleistungsausschluss gesehen werden.⁵¹⁵ Wenn der Vermieter nach der vertraglichen Vereinbarung keine Übergabe in brauchbarem Zustand schulde, dann bestehe seine Hauptleistungspflicht vereinbarungsgemäß lediglich darin, die Mietsache in ihrem tatsächlichen Zustand zu übergeben.⁵¹⁶ Außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs sei der Vermieter auch nach Übergabe nicht zur Instandsetzung der Mietsache verpflichtet, da er diese dem Mieter in der vertragsgemäßen Beschaffenheit verschafft habe.⁵¹⁷ Bei der mit dem Mieter vereinbarten Erhaltungsvereinbarung handele es sich in diesem Fall um eine Mietzinsvereinbarung, dh eine Gegenleistung des Mieters für die Gebrauchsüberlassung der Mietsache.⁵¹⁸ Bestünden keine gesetzlichen Mietzinsbeschränkungen, dann sei eine entsprechende Vereinbarung wirksam.⁵¹⁹

Dasselbe gelte, wenn der Vermieter nach der vertraglichen Vereinbarung einen bestimmten Zustand bei Übergabe schulde, aber durch die Regelung dem Mieter die Pflicht zur Erhaltung dieses Zustandes nach Übergabe auferlegt werde.⁵²⁰ Für den Zeitraum nach Übergabe werde die „Sollbeschaffenheit“ der Mietsache dadurch vertraglich dahingehend festgelegt, dass der Vermieter lediglich den ursprünglich vorausgesetzten Gebrauch abzüglich Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen schulde.⁵²¹ Dem Mieter werde eine im Synallagma stehende, geldwerte, positive Vertragspflicht übertragen.⁵²² Denn der Mietzins könne neben Geld auch aus anderen geldwerten Leistungen, wie etwa der Tragung von Erhaltungskosten für die Mietsache,

⁵¹¹ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹² OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹³ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹⁴ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹⁵ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹⁶ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹⁷ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹⁸ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵¹⁹ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵²⁰ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵²¹ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵²² OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

bestehen.⁵²³ Gesetzliche Mietzinsbeschränkungen stünden der Zulässigkeit der Erhaltungsvereinbarung, insbesondere bei Bestehen des Rechts zur freien Mietzinsvereinbarung, nicht entgegen.⁵²⁴

Der dritte Senat betrachtet folglich eine Vereinbarung, die dem Mieter für die Zeit nach Übergabe der Mietsache die Instandhaltungspflicht in Abweichung des dispositiven § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB auferlegt, als zulässige Mietzinsvereinbarung, wenn der Vertrag nicht dem KSchG unterliegt, im MRG-Teil Anwendungsbereich geschlossen wurde und das Recht zur freien Zinsbildung besteht.⁵²⁵ Eine Anfechtung wegen Unwirksamkeit komme bei einer derartigen Vereinbarung allenfalls in Betracht, sofern besondere gesetzliche Bestimmungen wie § 879 ABGB (Sittenwidrigkeit) und § 934 ABGB (Verkürzung über die Hälfte) verletzt seien.⁵²⁶

Der erste Senat teilt in einem obiter dictum ebenfalls diese Ansicht.⁵²⁷ Seiner Entscheidung lag eine Überwälzungsvereinbarung zugrunde, die durch ihre umfassende Formulierung auch die Pflicht zur Beseitigung ernster Schäden sowie die Erhaltung der Außenhaut und des Daches auf den Mieter übertrug.⁵²⁸ Zu der Zulässigkeit dieser konkreten Übertragungsregelung in einem Mietvertrag zwischen Privaten konnte sich der erste Senat jedoch nicht äußern, da der Mieter im erstinstanzlichen Verfahren weder eine Unwirksamkeit noch Sittenwidrigkeit der Abwälzung der Erhaltungspflicht geltend gemacht hat und die später erhobenen Einwände gegen das Neuerungsverbot verstießen.⁵²⁹

Der zehnte Senat schließt sich ebenso der Aussage an, dass der Mieter bei freier Mietzinsbildung die Instandhaltung und Instandsetzung als Gegenleistung für die Nutzung der Mietsache zulässigerweise übernehmen darf, sofern die Leistungsrelation nicht gegen § 879 ABGB verstößt.⁵³⁰ Somit kann in diesem Zusammenhang von einer ständigen Rechtsprechung des OGH gesprochen werden.

⁵²³ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.; vgl RIS-Justiz RS0016799 (T2) OGH 15.01.1992 1 Ob 517/92.

⁵²⁴ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵²⁵ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵²⁶ OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.

⁵²⁷ OGH 1 Ob 176/12g Zak 2013, 19 = immolex 2013, 21 (*Pletzer*) = wobl 2013, 26 (*Riss*).

⁵²⁸ OGH 1 Ob 176/12g Zak 2013, 19 = immolex 2013, 21.

⁵²⁹ Vgl OGH 1 Ob 176/12g Zak 2013, 19 = immolex 2013, 21.

⁵³⁰ OGH 10 Ob 65/14b immolex 2015, 54 = wobl 2015, 240

bb. Umfang der zulässigen Übertragung von Erhaltungspflichten

In den genannten Entscheidungen wird vom OGH auch ausgeführt, in welchem Umfang die Abwälzung durch Individualabrede wirksam möglich ist.⁵³¹ Die Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB könne grundsätzlich bis zur Grenze der Verkürzung über die Hälfte und der Sittenwidrigkeit wirksam auf den Mieter übertragen werden.⁵³² Den Umfang der individualvertraglich übertragbaren Erhaltungspflichten fasst der OGH dementsprechend weiter als bei AGB.

In diesen Judikaten betrachtete der OGH eine als Individualabrede zu qualifizierende Erhaltensvereinbarung in einem Mietvertrag zwischen Privaten somit als wirksam, die nach seiner Auslegung auch die Erhaltungspflicht für das Dach und ernste Schäden auf den Mieter übertrug.⁵³³ Diese Ansicht des dritten und ersten Senats des OGH würde jedoch im Widerspruch zu Judikaten anderer OGH-Senate⁵³⁴ stehen, wenn diesen die Bewertung entnommen würde, § 1096 ABGB sei hinsichtlich seines Kernbereiches nicht abdingbar. Die Entscheidungen des dritten und ersten Senats bestätigen daher meines Erachtens die von mir vertretene Ansicht, dass kein unabdingbarer Kernbereich des § 1096 ABGB besteht.

c. Vollenwendungsbereich MRG

Die Vorschrift des § 3 MRG ist zwingend.⁵³⁵ Deshalb kann selbst durch Individualvereinbarung nicht wirksam davon abgewichen und dem Mieter die Erhaltungspflichten des Vermieters nicht übertragen werden.⁵³⁶

Inwiefern eine Individualabrede über Erhaltungspflichten aus dem Graubereich außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG im Vollenwendungsbereich des MRG zulässig ist, wird soweit ersichtlich weder im Schrifttum noch der Rechtsprechung thematisiert. Bei Zugrundelegung der Ansicht, dass auch § 8 MRG relativ zwingend ist,⁵³⁷ kann auch individualvertraglich keine Erhaltungspflicht des Mieters im Graubereich rechtswirksam begründet werden. Auf Grundlage meiner Ansicht, diese Einschränkung gelte nur im Anwendungsbereich des KSchG, ist eine Erhaltensvereinbarung im

⁵³¹ Vgl RIS-Justiz RS0021233 (T6), OGH 5 Ob 17/09z Zak 2009, 195.

⁵³² Vgl RIS-Justiz RS0021233 (T6), OGH 5 Ob 17/09z Zak 2009, 195.

⁵³³ Vgl OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249.; OGH 1 Ob 176/12g Zak 2013, 19 = immolex 2013, 21.

⁵³⁴ Vgl OGH 7 Ob 218/00k immolex 2002, 68; OGH 4 Ob 176/14g wobl 2015, 240 = MietSlg 66.179.

⁵³⁵ RIS-Justiz RS0021233, zuletzt OGH 8 Ob 28/16z wobl 2017, 401; RIS-Justiz RS0069928, zuletzt OGH 4 Ob 76/17f Zak 2017, 254; RIS-Justiz RS0106158, zuletzt OGH 5 Ob 213/18m wobl 2020, 433; *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*, § 1096 ABGB Rz 62; *Beer/Vospernik* in *Illedits/Reich-Rohrwig*³, § 3 MRG Rz 1.

⁵³⁶ Vgl *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1096 Rz 61.

⁵³⁷ OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung* (Klausel 23), JBl 2007, 181 (189); *Rosifka*, *ecolex* 2007, 161.

Graubereich nach MRG hingegen wirksam, wenn unter wertmäßiger Berücksichtigung der übertragenen Erhaltungspflichten die Mietzinsobergrenzen nicht überschritten werden.

2. Deutschland

Die grundsätzliche Übertragbarkeit der Erhaltungspflicht auf den Mieter mittels Individualvereinbarung ist durch zwingende gesetzliche Regelungen beschränkt.⁵³⁸ Die Übertragungsvereinbarung darf weder gegen Verbotsgesetze (§ 134 BGB) noch gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen oder sittenwidrig sein (§ 138 BGB).⁵³⁹

a. Wohnraummiete

Zu den gesetzlichen Schranken zählt bei Wohnraummietverhältnissen auch § 536 Abs 4 BGB, sodass selbst in einer individualvertraglichen Übertragung der Erhaltungspflicht eine nachteilige Abweichung vom Mietminderungsrecht gesehen wird, die ebenfalls unwirksam ist.⁵⁴⁰ Durch Individualvereinbarung können daher ebenso wie durch AGB lediglich Schönheitsreparaturen und die Kosten für Kleinreparaturen wirksam auf den Wohnraummieter übertragen werden.⁵⁴¹

b. Geschäftsraummiete

Bei Mietverträgen über Geschäftsraum ist hingegen eine Abwälzung der Erhaltung, durch Individualvereinbarung in weitem Umfang zulässig.⁵⁴² Dem Mieter kann sogar wirksam die Erhaltungspflicht für Dach und Fach übertragen werden.⁵⁴³ Ferner kann ihm weitgehend die Verpflichtung zu Instandsetzungsarbeiten und Reparaturen durch Individualvereinbarung übertragen werden, auch wenn es hierdurch zu einer verschuldensunabhängigen Haftung kommt.⁵⁴⁴ Unbedenklich ist insbesondere eine Individualvereinbarung, die die übernommene Zusatzverpflichtung in der Mietzinskalkulation berücksichtigt.⁵⁴⁵

⁵³⁸ Over in *Hannemann/Wiegner*, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht⁵, § 19 Rz 352.

⁵³⁹ BGH, Urt. v. 18.3.2009 - XII ZR 200/06, NZM 2009, 397; *Langenberg/Zehlelein* in *Langenberg/Zehlelein*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 27.

⁵⁴⁰ *Specht* in BeckOK MietR³⁰, § 535 BGB Rz 4416; Over in *Hannemann/Wiegner*⁵, § 19 Rz 352.

⁵⁴¹ *Specht* in BeckOK MietR³⁰, § 535 BGB Rz 4416.

⁵⁴² *Langenberg/Zehlelein* in *Langenberg/Zehlelein*, Schönheitsreparaturen⁶, Kap. 2. Rz 27.

⁵⁴³ OLG Rostock Urt. v. 10.9.2009 – 3 U 287/08, BeckRS 2009, 27262.

⁵⁴⁴ BGH, Urt. v. 5.6.2002 - XII ZR 220/99, NZM 2002, 655; *Häublein* in MüKo BGB V⁸, § 535 Rz 127; *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4440; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 409.

⁵⁴⁵ BGH, Urt. v. 5.6.2002 - XII ZR 220/99, NZM 2002, 655; *Specht* in BeckOK MietR²⁹, § 535 BGB Rz 4440; *Blank/Börstinghaus* in *Blank/Börstinghaus*⁶, § 535 BGB Rz 409.

3. Rechtsvergleichende Betrachtung

Beide Länder betrachten Verbraucher bzw Wohnraummieter als besonders schutzwürdig, sodass sogar eine Individualabrede mit diesen über die Übernahme von Erhaltungspflichten in Österreich wegen § 9 KSchG nicht wirksam möglich ist und in Deutschland wegen § 536 Abs 4 BGB. Das geht meines Erachtens zu weit. Der Verbraucherschutz sollte nicht dem Verbraucher jegliche Entscheidungsfreiheit nehmen und auch eine individuell ausgehandelte Erhaltungsvereinbarung verbieten.⁵⁴⁶ Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen der Verbraucher bzw Wohnraummieter ein Interesse an der Übernahme von Erhaltungspflichten hat und dies mit dem Vermieter aushandeln möchte. Beispielsweise wird ein handwerklich begabter Mieter ein Interesse daran haben gewisse Instandhaltungsarbeiten selbst durchzuführen und dadurch etwas Miete zu sparen.

Während in Deutschland lediglich auf einen Geschäftsraummieter weitestgehend alle Erhaltungspflichten übertragbar sind, folglich auch die Instandhaltung und Instandsetzung von Dach und Fach. Kann in Österreich sogar einer Privatperson bei einem Mietvertrag mit einem privaten Vermieter außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG mittels Individualabrede weitgehend die Erhaltungspflicht, auch für das Dach und ernste Schäden, auferlegt werden. Der Umfang der maximal wirksam individualvertraglich übertragbaren Erhaltungspflichten ist somit in beiden Ländern gleich, aber die hiervon betroffenen Mieter unterscheiden sich erheblich.

⁵⁴⁶ Ähnliche Überlegung vgl *Vonkilch* wobl 2007, 185 (194).

D. Conclusio

In Österreich und Deutschland haben sowohl die Gesetze als auch die Rechtsprechung deutlich mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede. Dies mag neben der gemeinsamen Basis der Rechtsordnungen ebenfalls daran liegen, dass beide Länder als Teil der Europäischen Union die europäischen Richtlinien umsetzen müssen.

Besonders deutlich wird dies im Verbraucherrecht bzw Wohnraummietrecht. Beide Länder legen großen Wert auf den Schutz des Verbrauchers bzw Wohnraummieters. Deshalb ist eine Übertragung der Erhaltungspflicht auf Mieter, die in diese Kategorie fallen, nur in sehr geringem Umfang möglich. In beiden Ländern wird dies auch identisch damit begründet, dass durch die Übertragung der Erhaltungspflicht sonst das Verbot des Ausschlusses des Minderungsrechts umgangen würde. Dem Verbrauchermieter und Wohnraummieter können in einem Mietvertrag mit einem Unternehmer als Vermieter sowohl durch AGB als auch Individualvereinbarung derzeit maximal Schönheitsreparaturen und Kleinreparaturen übertragen werden, wobei in Österreich hinsichtlich der Kleinreparaturen eine Pflicht des Mieters zur Vornahme nach der Verkehrssitte besteht und in Deutschland nur die Kosten durch Vereinbarung übertragen werden können. Unwirksame Klauseln in einem Verbraucher- bzw Wohnraummietvertrag können weder in Österreich noch in Deutschland geltungserhaltend auf den zulässigen Inhalt reduziert werden, sondern sind nichtig. Während nach deutschem Recht generell eine geltungserhaltende Reduktion von AGB nicht zulässig ist, ist dies in Österreich in einem Individualverfahren zwischen Privaten oder zwischen Unternehmern möglich.

Erhaltungsklauseln in AGB werden insbesondere in Geschäftsraummietverträgen von OGH und BGH aus denselben Gründen als unwirksam betrachtet. Der Mieter darf für Schäden am Mietgegenstand nicht verschuldensunabhängig haften. Für eine wirksame Klausel muss somit die Erhaltungspflicht des Mieters, auf durch den Mietgebrauch verursachte Schäden, beschränkt werden. Bei Gemeinschaftsflächen und -anlagen werden Erhaltungsarbeiten auch durch den Gebrauch anderer verursacht und die Kosten für diese sind nicht absehbar. Die Übertragung dieser Kosten auf den Mieter stellt eine gröbliche bzw unangemessene Benachteiligung dar. Es bedarf in der Kostentragungsklausel einer Beschränkung, damit diese wirksam ist. In Deutschland werden bis zu 10 % der Jahresmiete als zulässig betrachtet. Obwohl in Österreich höchstrichterliche Entscheidungen zu den Voraussetzungen einer wirksamen Erhaltungsklausel in AGB fehlen, spricht insbesondere die bisherige Verweisung auf BGH-Urteile dafür, dass der OGH sich weiter an der bestehenden Rechtsprechung des

BGH orientieren wird. Dementsprechend ist zu erwarten, dass in Österreich ebenfalls maximal die Erhaltungspflicht für Schäden des Mietgegenstandes aus der Risikosphäre des Mieters auf diesen wirksam übertragen werden kann und die Beteiligung des Mieters an den Erhaltungskosten der Gemeinschaftsflächen sowie gemeinschaftlich genutzten Anlagen auf 10 % der Jahresmiete beschränkt werden muss.

Beide Höchstgerichte stellen bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Abwälzungsklausel in AGB außerdem darauf ab, ob der Mieter vom Vermieter ein Äquivalent bzw einen Ausgleich für die Übernahme der Erhaltungspflicht erhält. Da sowohl in Österreich als auch in Deutschland die Erhaltungspflicht als geldwerte Gegenleistung des Mieters für die Gebrauchsüberlassung der Mietsache betrachtet wird, ist diese bei der Berechnung des Mietzinses entsprechend zu berücksichtigen. Im Anwendungsbereich des MRG sind zusätzlich die Mietzinsobergrenzen zu beachten, was das Entgelt des österreichischen Vermieters im Vergleich zum deutschen Vermieter deutlich geringer ausfallen lässt.

Nach österreichischem und deutschem Recht kann auf den Geschäftsraummieter bzw in einem Nicht-Verbrauchervertrag die maximale Übertragung von Erhaltungspflichten durch Individualvereinbarung erfolgen. Individualvertraglich kann nämlich auch die Erhaltungspflicht für Dach und Fach wirksam auf den Mieter übertragen werden, wobei dies in Österreich nur außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs möglich ist, dafür aber auch in einem Mietvertrag zwischen Privaten.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen ist das Mietrecht in beiden Ländern eher mieterfreundlich ausgestaltet. Dementsprechend ist bei der Gestaltung von Erhaltungsvereinbarungen für die Vermieter, besonders in AGB, Vorsicht geboten.

E. Literaturverzeichnis

I. Österreich

Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I): Mietgegenstände außerhalb des WGG und des Vollarwendungsbereichs des MRG, immolex 2007, 262.

Böhm, OGH 5 Ob 17/09z: Ein Pyrrhussieg für die Vermieter! immolex 2009, 198.

Böhm zu OLG Wien 30.9.2021, 4 R 32/21p, immolex 2022, 134.

Böhm/Graf, Miete und Konsumentenschutz (Teil I): Allgemeines, Erhaltung, BK, immolex 2007, 102.

Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht, Band 1, § 1096 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Denk/Pelinka, Handbuch Mietrecht, 1. Auflage 2022.

Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB: Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 1045 bis 1089, Kauf- und Tauschverträge, 3. Auflage 2019.

Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar – KSchG, 3. Auflage 2006.

Friedl/Loebenstein, Abkürzungs- und Zitierregeln AZR, 8. Auflage 2019, hrsg v Dax/Hopf/Maier.

Hausmann/Vonkilch, Kommentar Österreichisches Wohnrecht – MRG, 4. Auflage 2021.

Illedits/Reich-Rohrwig, Wohnrecht: Taschenkommentar, 3. Auflage 2018.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON, Edition 1.05, § 879 (Stand 1.8.2019, rdb.at).

Kletečka/Schauer, ABGB-ON, Edition 1.02, § 1096 (Stand 1.10.2016, rdb.at)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB, 6 Auflage 2020.

Lessiak, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121.

Lindinger, Bedungener Gebrauch und Wartungspflichten des Bestandnehmers, immolex 2016.

Pesek, Überlegungen zur Endausmalverpflichtung des Mieters, wobl 2013, 139.

Pesek, Zwingende Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB bei einer Gesundheitsgefährdung des Mieters?, wobl 2019, 77.

Pesek, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs (un-)zulässig?, wobl 2021, 253.

Pittl/Kemetmüller, Mietverträge: Endausmalklauseln und Mietzins, RdW 2014, 633.

Pletzer, Erhaltungspflichten im Mietrecht - zum aktuellen Stand der Diskussion, bbl 2010, 131.

Pletzer zu OGH 2 Ob 73/10i, Zak 2011, 106.

Pletzer, Erhaltung im Einkaufszentrum, Auslegung und geltungserhaltende Reduktion – Zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 93/12w, wobl 2014, 2.

Prader/Böhm zu OGH 2 Ob 73/10i, immolex 2011/25.

Prader/Böhm zu OGH 10 Ob 65/14b, immolex 2015/14.

Prader, Manz Wohnrecht, MRG, Edition 6.05, § 3 MRG (Stand 1.7.2022, rdb.at).

Prader, Manz Wohnrecht, MRG, Edition 6.03, § 8 MRG (Stand 1.7.2022, rdb.at).

Prader, Manz Wohnrecht, MRG, Edition 6.06, § 1096 ABGB (Stand 1.10.2022, rdb.at).

Ratka/Rauter, RDB Keywords: Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 11.10.2021, rdb.at)

Riss, Mietvertragsklauseln auf dem Prüfstand des Verbraucherrechts, wobl 2007, 62.

Rosifka, Grenzen der mietvertraglichen Regelung der Erhaltungspflicht, ecolex 2007, 161.

Rosifka, Wartung und Instandhaltung sowie Erhaltung im MRG und WGG, ImmoZak 2022/28.

Rummel, ABGB, § 1 KSchG, 3. Auflage (Stand 1.1.2002, rdb.at).

Rummel, ABGB, § 1 MRG, 3. Auflage (Stand 1.1.2003, rdb.at).

Rummel/Lukas, ABGB, § 1096 ABGB, 4. Auflage (Stand 1.5.2017, rdb.at).

Schermaier/Stagl, Der Einfluss des ABGB auf die Entstehung des BGB – Gesunder Menschenverstand versus „Beruf zur Gesetzgebung“, in Festschrift 200 Jahre ABGB.

Schwimann/Kodek, ABGB: Praxiskommentar, Bände 5, 5a und 7, 5. Auflage 2021.

Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar, 5. Auflage 2020.

Told, Folgen missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen, JBI 2019, 541.

Vonkilch, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185.

Vonkilch, Die gesetzliche Ausgestaltung der mietvertraglichen Erhaltungspflicht und die Grenzen ihrer Disponibilität, wobl 2008, 309.

Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215.

Vonkilch, Die Einflüsse der Klausel-RL auf das Bestandrecht, wobl 2022, 293.

Würth, § 1096 ABGB und das MRG, wobl 2008, 71.

II. Deutschland

Blank/Börstinghaus, Miete: Das gesamte BGB-Mietrecht 6. Auflage 2020.

Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Auflage 2019.

Gies, Beck'sches Formularbuch Mietrecht, 6. Auflage 2020.

Gramlich, Mietrecht, 15. Auflage 2019.

Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck'scher Online-Großkommentar BGB (zitiert: BeckOGK), § 535 (Stand 1.10.2022, beck-online.de).

Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck'scher Online-Großkommentar BGB (zitiert: BeckOGK), § 307 (Stand 1.7.2022, beck-online.de).

Guhling, Gewerberaummiete: AGB-rechtliche Grenzen der Überwälzung von Instandhaltung und Instandsetzung, NZM 2019, 457.

Guhling/Günter, Gewerberaummiete, 2. Auflage 2019.

Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 5. Auflage 2019.

Hau/Poseck, Beck'scher Online-Kommentar BGB (zitiert: BeckOK BGB), § 535 BGB, 61. Ed. (Stand 1.2.2022, beck-online.de)

Hau/Poseck, Beck'scher Online-Kommentar BGB (zitiert: BeckOK BGB), § 555b BGB, 63. Ed. (Stand 1.8.2022, beck-online.de)

Langenberg/Zehlelein, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 6. Auflage 2021.

Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Auflage 2017.

Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf, Münchener Kommentar BGB (zitiert: MüKo BGB), Band 5, 8. Auflage 2020.

Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf, Münchener Kommentar BGB (zitiert: MüKo BGB), Band 2, 9. Auflage 2022.

Schach/Schultz/Schüller, Beck'scher Online-Kommentar Mietrecht (zitiert: BeckOK MietR), 29. Ed. § 535 BGB (Stand 1.8.2022, beck-online.de).

Schach/Schultz/Schüller, Beck'scher Online-Kommentar Mietrecht (zitiert: BeckOK MietR), 30. Edition, § 555a BGB (Stand 1.11.2022, beck-online.de).

Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Auflage 2021.

Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Auflage 2020.

F. Judikaturverzeichnis

I. Österreich

OGH 7 Ob 218/00k immolex 2002, 68 = MietSlg 53.031 = MietSlg 53.141 = MietSlg 53.259 = MietSlg 53.272.

OGH 7 Ob 179/03d RdW 2003, 699 = JBl 2004, 245.

OGH 7 Ob 78/06f, *erste Klauselentscheidung*, JBl 2007, 181 (189) = Zak 2007, 34 = ecolex 2007, 161 (*Rosifka*) = wobl 2007, 62 (*Riss*) = immolex 2007, 102 (*Böhm/Graf*) = wobl 2009, 209 (*Vonkilch*).

OGH 1 Ob 241/06g, *zweite Klauselentscheidung* (Klausel 2), immolex 2007, 211 = Zak 2007, 203 (*Lovrek*) = wobl 2007, 207 (*Würth*) = immolex 2007, 262 (*Böhm*) = wobl 2009, 209 (*Vonkilch*).

OGH 10 Ob 79/07a Zak 2007, 398 = RdW 2007, 726 = immolex 2007/164 (*Prader*) = wobl 2007/137 (*Vonkilch*).

OGH 5 Ob 288/08a Zak 2009, 217 = ecolex 2009, 676 = immolex 2009, 223 (*Böhm*) = MietSlg 61.151 = MietSlg 61.155 = MietSlg 61.422 = MietSlg 61.534.

OGH 6 Ob 272/08f wobl 2010, 81 (*Vonkilch*) = MietSlg 61.171.

OGH 5 Ob 106/08m Zak 2008, 435 = immolex 2009, 16 (*Prader*) = wobl 2009, 76 (*Riss*).

OGH 3 Ob 20/09a Zak 2009, 296 = wobl 2009, 249 = immolex 2009, 198 (*Böhm*) = immolex 2009, 224 (*Böhm*) = Zak 2009, 363 (*Pletzer*) = RdW 2009, 563 (*Prader*).

OGH 6 Ob 104/09a wobl 2010, 20 (*Vonkilch*) = immolex 2010, 47 (*Prader/Böhm*).

OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282 = immolex 2010, 116 (*Rosifka/Böhm*) = wobl 2010, 140 (*Würth/Riss*) = MietSlg 61.240 = MietSlg 61.244 = MietSlg 61.245.

OGH 5 Ob 17/09z Zak 2009, 195 = ecolex 2009, 676 = RdW 2009, 391 (*Prader*) = wobl 2009, 233 (*Riss*) = immolex 2009, 206 (*Rosifka*).

OGH 2 Ob 73/10i, *vierte Klauselentscheidung*, JBl 2011, 175 (*Mayrhofer*) = immolex 2011/25 (*Prader/Böhm*) = Zak 2011, 106 (*Pletzer*) = wobl 2011, 93 (*Vonkilch*) = wobl 2011, 98 (*Riss*).

OGH 2 Ob 215/10x, *fünfte Klauselentscheidung* (Klausel 27), Zak 2012, 112 = wobl 2012, 404 (*Vonkilch/Riss*) = RdW 2014, 633 (*Pittl/Kemetmüller*).

OGH 1 Ob 55/11m Zak 2011, 277 = MietSlg 63.142 = MietSlg 63.261 = MietSlg 63.734.

OGH 1 Ob 176/12g Zak 2013, 19 = immolex 2013, 21 (*Pletzer*) = wobl 2013, 26 (*Riss*).

OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38 = RdW 2013, 136 = ecolex 2013, 240 (*Oberhammer*) = wobl 2014, 2 (*Pletzer*).

OGH 7 Ob 90/13f RdW 2013, 721 = MietSlg 65.048 = MietSlg 65.179.

OGH 2 Ob 20/14a immolex 2015, 117 = Zak 2015, 77 = wobl 2021, 268 (*Vonkilch*).

OGH 10 Ob 65/14b immolex 2015, 54 (*Prader/Böhm*) = wobl 2015, 240 = MietSlg 66.174.

OGH 4 Ob 176/14g wobl 2015, 240 = MietSlg 66.179.

OGH 29.10.2014, 7 Ob 106/14k.

OGH 5 Ob 161/20t Zak 2021, 198 (*Kolmasch*).

OLG Wien 30.09.2021, 4 R 32/21p

LG Eisenstadt 8.9.1994, R 151/94, MietSlg 46.099.

LGZ Wien 1.7.2002, 39 R 204/02t, MietSlg 54.249.

LGZ Wien 14.11.2006, 41 R 115/06z, MietSlg 58.444.

LGZ Wien 3.3.2010, 39 R 405/09m, MietSlg 62.239.

LGZ Wien 13.3.2013, 39 R 259/12w, MietSlg 65.303.

RIS-Justiz RS0016590, zuletzt 14.9.2022 6 Ob 106/22i.

RIS-Justiz RS0016799, zuletzt OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38.

RIS-Justiz RS0016914, zuletzt OGH 28.4.2022 7 Ob 62/22a.

RIS-Justiz RS0020834, zuletzt OGH 7 Ob 3/03x immolex 2003, 137.

RIS-Justiz RS0021148, zuletzt OGH 6 Ob 81/09v, *dritte Klauselentscheidung*, Zak 2010, 97 = RdW 2010, 282.

RIS-Justiz RS0021233, zuletzt OGH 8 Ob 28/16z wobl 2017, 401.

RIS-Justiz RS0021525, zuletzt OGH 31.3.2022 5 Ob 37/22k.

RIS-Justiz RS0038205, zuletzt OGH 7 Ob 148/21x VbR 2022, 68.

RIS-Justiz RS0065317, zuletzt OGH 5 Ob 119/22v Zak 2022, 296.

RIS-Justiz RS0069294, zuletzt OGH 3 Ob 104/20w immolex 2021, 126 = wobl 2021, 527.

RIS-Justiz RS0069678, OGH 19.1.1993 5 Ob 151/92.

RIS-Justiz RS0069928, zuletzt OGH 4 Ob 76/17f Zak 2017, 254.

RIS-Justiz RS0069976, zuletzt OGH 15.4.2021 5 Ob 154/20p.

RIS-Justiz RS0102183, zuletzt OGH 16.1.2020 5 Ob 177/19v.

RIS-Justiz RS0106104, zuletzt OGH 27.9.2022 2 Ob 155/22s.

RIS-Justiz RS0106158, zuletzt OGH 5 Ob 213/18m wobl 2020, 433.

RIS-Justiz RS0111907, zuletzt 4 Ob 199/13p Zak 2014/329.

RIS-Justiz RS0112725 (T7) OGH 1.3.2017 5 Ob 237/16p.

RIS-Justiz RS0114109, zuletzt OGH 5 Ob 212/20t.

RIS-Justiz RS0115893, zuletzt OGH 7 Ob 93/12w Zak 2013, 38.

RIS-Justiz RS0116998, zuletzt OGH 5 Ob 103/19m EvBl 2020, 602.

RIS-Justiz RS0122168, zuletzt OGH 14.12.2021 10 Ob 19/21y.

RIS-Justiz RS0126571, zuletzt OGH 2 Ob 20/14a immolex 2015, 117.

RIS-Justiz RS0127810, zuletzt OGH 24.4.2019 7 Ob 34/19d.

RIS-Justiz RS0128735, zuletzt OGH 18.10.2021 7 Ob 170/21g.

II. Deutschland

- BGH, Beschl. v. 30.10.1984 - VIII ARZ 1/84, NJW 1985, 480.
- BGH, Urt. v. 25.2.1987 - VIII ZR 88/86, NJW-RR 1987, 906.
- BGH, Beschl. v. 1.7.1987 - VIII ARZ 9/86, NJW 1987, 2575.
- BGH, Urt. v. 7.6.1989 - VIII ZR 91/88, NJW 1989, 2247.
- BGH, Urt. v. 6.5.1992 - VIII ZR 129/91, NJW 1992, 1759.
- BGH, Urt. v. 4.7.1997 - V ZR 405/96, NJW 1997, 3022.
- BGH, Urt. v. 5.6.2002 - XII ZR 220/99, NZM 2002, 655.
- BGH, Urt. v. 23.6.2004 - VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586.
- BGH, Urt. v. 6.4.2005 - XII ZR 158/01, NZM 2005, 863.
- BGH, Urt. v. 28.6.2006 - VIII ZR 124/05, NZM 2006, 691.
- BGH, Versäumnisurt. V. 19.9.2007 - VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774
- BGH, Urt. v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499.
- BGH, Urt. v. 18.2.2009 - VIII ZR 210/08, NJW 2009, 1408.
- BGH, Urt. v. 18.3.2009 - XII ZR 200/06, NZM 2009, 397.
- BGH, Urt. v. 13.1.2010 - VIII ZR 48/09, NZM 2010, 157.
- BGH, Urt. v. 22.2.2012 – VIII ZR 205/11, NJW 2012, 1280.
- BGH, Hinweisbeschl. v. 20. 3.2012 – VIII ZR 192/11, NJW-RR 2012, 907.
- BGH, Urt. v. 14.12.2012 – V ZR 49/12, NZM 2013, 243.
- BGH, Versäumnisurt. v. 10.9.2014 – XII ZR 56/11, NJW 2014, 3722.
- BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594.
- BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 49/16, NZM 2017, 144.
- BGH Urt. v. 12.12.2019 – IX ZR 77/19, BeckRS 2019, 35945.

BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, NZM 2020, 704.

KG Beschl. v. 19.12.1983 – 8 W RE-Miet 4298/83, BeckRS 1983, 5982.

OLG Hamm Urt. v. 27.4.1988 – 30 U 16/88, BeckRS 2010, 4173.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.2.1999 - 10 U 109/95, NZM 2000, 464.

OLG Naumburg, Urt. v. 12.8.1999 - 2 U (Hs) 34/98, NZM 2000, 1183.

OLG Brandenburg Urt. v. 13.11.2002 – 3 U 166/98, BeckRS 2002, 15122.

OLG Rostock Urt. v. 10.9.2009 – 3 U 287/08, BeckRS 2009, 27262.

LG Berlin v. 8.11.1984 - 61 S 19/84, ZMR 1985, 90.

LG Frankfurt a. M. Urt. v. 4.10.1988 – 2-11 S 18/88, BeckRS 2010, 10050.

LG Koblenz, Urt. v. 6.5.2014 – 6 S 45/14, NJW 2014, 2660.

LG Essen, Urt. v. 24.11.2015 – 8 O 82/15, NZM 2016, 265.

LG Berlin Urt. v. 15.3.2022 – 67 S 240/21, BeckRS 2022, 5422.

AG Berlin-Mitte Urt. v. 5.2.2020 – 15 C 256/19, IBRRS 2020, 0953.

G. Sonstige Quellen

Reichholf/Rosifka, Studie: Gesetzswidrige Vertragsbestimmungen in Wohnungsmietverträgen, hrsg v *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*
https://www.arbeiterkammer.at/service/studien/wohnen/Gesetzswidrige_Vertragsbestimmungen_in_Wohnungsmietvertraege.html (Stand 2004, zuletzt aufgerufen am 1.1.2023)

<https://verbraucherrecht.at/vki-erfolg-gegen-den-immobilienverwalter-fernkorn-ag/64384> (Stand 14.12.2021, zuletzt aufgerufen am 1.1.2023)

<https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Erhaltung,-Instandhaltung,-Wartung,-Zinsminderung-bei-Mie.html> (Stand: 17.11.2021, zuletzt aufgerufen am 1.1.2023)

H. Abstract

Sowohl in österreichischen als auch in deutschen Mietverträgen finden sich mittlerweile standardmäßig Regelungen, die dem Mieter die Erhaltungspflicht für die Mietsache übertragen. Wie die zahlreichen Entscheidungen des OGH und BGH zeigen, sind solche Klauseln häufig unwirksam. Die vorliegende Arbeit analysiert daher insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung, ermittelt in welchem Umfang eine Übertragung in Österreich und Deutschland maximal zulässig ist, was bei der Klauselgestaltung im jeweiligen Land beachtet werden muss und nimmt eine rechtsvergleichende Betrachtung vor.

Der Umfang der maximal auf den Mieter übertragbaren Erhaltungspflichten sowie die weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen sind in Österreich und Deutschland davon abhängig, ob Wohnraum oder Geschäftsraum vermietet wird und ob es sich bei der Klausel um AGB oder eine Individualvereinbarung handelt. Während auf einen Verbraucher bzw Wohnraummieter in beiden Ländern nur wenige Erhaltungspflichten übertragen werden können, ist eine formularvertragliche Übertragung auf einen Unternehmer bzw Geschäftsraummieter in größerem Umfang möglich. Die maximale Übertragung der Erhaltungspflicht auf den Unternehmer bzw Geschäftsraummieter kann der Vermieter durch Individualabrede erreichen.