



MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Mysterium Triple-Net-Vertrag

Überwälzung der Erhaltungspflichten im Mietverhältnis und ihre Grenzen

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Thomas Ebner

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

Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt |

UA 992 361

Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

Universitätslehrgang lt. Studienblatt |

Wohn- und Immobilienrecht (LL.M.)

Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Betreut von | Supervisor:

Ass.-Prof. Mag. Dr. Stephanie Nitsch

EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG

Ich versichere an Eides statt, dass ich

- die eingereichte wissenschaftliche Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe,
- die während des Arbeitsvorganges von dritter Seite erfahrene Unterstützung, einschließlich signifikanter Betreuungshinweise, vollständig offengelegt habe,
- die Inhalte, die ich aus Werken Dritter oder eigenen Werken wortwörtlich oder sinngemäß übernommen habe, in geeigneter Form gekennzeichnet und den Ursprung der Information durch möglichst exakte Quellenangaben (z.B. in Fußnoten) ersichtlich gemacht habe,
- die eingereichte wissenschaftliche Arbeit bisher weder im Inland noch im Ausland einer Prüfungsbehörde vorgelegt habe und
- bei der Weitergabe jedes Exemplars (z.B. in gebundener, gedruckter oder digitaler Form) der wissenschaftlichen Arbeit sicherstelle, dass diese mit der eingereichten digitalen Version übereinstimmt.

Ich bin mir bewusst, dass eine tatsachenwidrige Erklärung rechtliche Folgen haben wird.

Mag. Thomas Ebner

Wien, 2025

Die gewählte, männliche Geschlechtsform bezieht sich zugleich auf alle anderen Geschlechteridentitäten. Die einheitliche Verwendung einer Geschlechtsform soll die bessere Lesbarkeit und Verständlichkeit des Inhalts ermöglichen.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
B2B	business to business – Rechtsverhältnis zwischen zwei Unternehmern
B2C	business to costumer – Rechtsverhältnis zwischen Unternehmen und Verbraucher
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
C2C	costumer to costumer – Rechtsverhältnis zwischen zwei Verbrauchern
etc	et cetera
f, ff	folgend, folgende
gem	gemäß
idR	in der Regel
iSd	im Sinn des/der
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
Kap	Kapitel
mA	meiner Ansicht
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes (http://ris.bka.gv.at)
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
S	Seite
sog	sogenannt(e)
usw	und so weiter
vgl	vergleiche
VPI	Verbraucherpreisindex
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

INHALTSVERZEICHNIS

EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG.....	1
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	3
1. EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRISS.....	6
2. DEFINITION DES „TRIPLE-NET-VERTRAGES“	10
3. DIE ERHALTUNGSPFLICHTEN IM MIETRECHT	11
3.1 ABGRENZUNG DES ERHALTUNGS-BEGRIFFES	13
3.2 ERHALTUNGSPFLICHTEN NACH MRG	14
3.3 ERHALTUNGSPFLICHTEN NACH ABGB	18
3.4 BESCHRÄNKUNGEN DER ÜBERWÄLZUNG IM KONSUMENTENSCHUTZ.....	19
TRANSPARENZGEBOT (§ 6 ABS 3 KSCHG).....	20
GEWÄHRLEISTUNGSAUSSCHLÜSSE (§ 9 KSCHG)	21
3.5 BESCHRÄNKUNGEN NACH ALLGEMEINEM ZIVILRECHT	24
3.5.1 GRÖBLICHE BENACHTEILIGUNG (§ 879 ABS 3 ABGB).....	25
GEGENLEISTUNGSLOSE ÜBERWÄLZUNG	29
UNBESCHRÄNKT ÜBERNOMMENE ERHALTUNGSPFLICHTEN	31
EINSCHRÄNKUNG AUF MRG-ERHALTUNGSPFLICHTEN.....	33
3.5.2 VERKÜRZUNG ÜBER DIE HÄLFTE (§ 934 ABGB)	34
3.5.3 WUCHER (§ 879 ABS 3 Z 4 ABGB)	38
3.5.4 ALLGEMEINE SITTENWIDRIGKEIT (§ 879 ABS 1 ABGB)	40
4. LASTEN UND ABGABEN IM MIETRECHT.....	44
4.1 DEFINITION VON „LASTEN UND ABGABEN“	44
4.2 BETRIEBSKOSTENREGELUNG NACH MRG (§ 21 MRG).....	44
4.3 BETRIEBSKOSTENREGELUNG NACH ABGB	46
4.4 BESCHRÄNKUNGEN IM KONSUMENTENSCHUTZ	47
UNBESTIMMTER BETRIEBSKOSTEN-KATALOG	47
UNBESTIMMTER MIETOBJEKTSBEGRIFF	48
UNDURCHSICHTIGE ÄNDERUNGEN DES BETRIEBSKOSTEN	48
4.5 BESCHRÄNKUNGEN NACH ALLGEMEINEM ZIVILRECHT	48
4.5.1 GRÖBLICHE BENACHTEILIGUNG (§ 879 ABS 3 ABGB).....	49
ZUGRUNDELEGUNG DES MRG-BETRIEBSKOSTENKATALOGES.....	49
UNBESTIMMTER BETRIEBSKOSTEN-KATALOG.....	52
5. STEUERRECHTLICHE ANWENDUNGSMÖGLICHKEITEN DES TRIPLE-NET-VERTRAGES ..	53
5.1 STEUERRECHTLICHE AUSGANGSLAGE (NATÜRLICHER PERSONEN).....	55
5.2 MIETRECHTSVERWERTUNG DURCH „INTERCOMPANY-LEASING“.....	57
5.3 STEUERRECHTLICHE FREMDÜBLICHKEIT DER VERTRAGSBEZIEHUNG	61

5.4 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE BESONDERHEITEN („EINLAGENRÜCKGEWÄHR“)	64
6. ZUSAMMENFASSUNG UND CONCLUSIO	65
LITERATURVERZEICHNIS.....	69
JUDIKATURVERZEICHNIS	72

1. EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRISS

Der Triple-Net-Vertrag gewährt nach seiner Konzeption dem Vermieter einen Mietzins, der bereits sämtliche Aufwendungen hinsichtlich des vermieteten Bestandobjekts von vornherein einpreist und die Mieteinnahmen somit rechnerisch als „Reingewinn“ des Vermieters ausweist. International erfreut sich der Vertragstypus vor allem dort an Beliebtheit, wo Mieteinnahmen ohne entsprechende Sanierungsrücklagen direkt einer Verwertung zugeführt werden sollen¹ oder wo die Substanz eines Bestandobjekts durch den Regelbetrieb des Mieters derart stark beansprucht wird, dass die Erhaltung realistisch nur vom Mieter selbst durchgeführt werden kann.²

Prominentes Einsatzgebiet des Triple-Net-Vertrages ist daher die Vermietung von gewerblichen Zweckbauten, wie Lagerhallen, Fabrikgebäude oder auch Logistikzentren, bei welchen vor allem der Standort des jeweiligen Bestandobjekts maßgeblich im Vordergrund steht und Erhaltungskosten bereits vorab plausibel kalkuliert werden können.³ Auch im Zusammenhang mit sogenannten „*sale-and-lease-back*“-Geschäften ist der Triple-Net-Vertrag im internationalen Raum das präferierte Vertragsmodell, wenn es darum geht, ein Bestandsobjekt zunächst zu verkaufen und im Folgeschritt wieder anzumieten, um sich kurzfristig Liquidität zu verschaffen oder steuerliche Vorteile aus dem Verkauf zu ziehen.⁴ Die aufgezählten Anwendungsmöglichkeiten stehen jedoch nur beispielhaft für die vielseitigen Einsatzmöglichkeiten, die sich aus der Flexibilität des Triple-Net-Vertrages ergeben.

Während sich im internationalen Rechtsvergleich der Triple-Net-Vertrag in bestimmten rechtlichen Anwendungsbereichen als *state-of-the-art* etabliert hat, befinden sich hierzulande Vermieter und Vertragssrichter bildlich gesprochen weiterhin „im Dickicht“ zwischen Mietrechtsgesetz, Konsumentenschutz und ABGB, und versuchen unter Berücksichtigung sämtlicher Normen beständige Vertragslösungen zu entwickeln. Dabei werden in regelmäßiger Manier vereinbarte Vertragsklauseln vom Obersten Gerichtshof ersatzlos aufgehoben und hinterlassen die Rechtsunterworfenen im Unklaren darüber, welche Vertragsbestimmungen nach einem maßgeblichen „*Trial-and-Error*“-Prinzip überhaupt

¹ Lang, Triple-Net-Mietverträge – Möglichkeiten der Umsetzung im deutschen Recht, Real Estate Newsletter März 2018, 2.

² Koch/Stocker, Logistikimmobilien im Wandel, ZLB 2018/39.

³ Koch/Stocker, Logistikimmobilien im Wandel, ZLB 2018/39.

⁴ Hrdlicka-Perl, Single-, Double- und Triple-Net-Verträge. Analyse der Mietvertragsgestaltung von Logistikimmobilien in Österreich (2021), 11.

noch wirksam vereinbart werden können. Fast beispielhaft hat sich damit die Terminologie der „Klauselentscheidungen“ des Obersten Gerichtshofes etabliert, die sich ausschließlich mit der österreichischen „Bestandsdogmatik“ und ihren Vertragswerken beschäftigt.⁵ Keine Rechtsfrage unterlag dabei so oft der richterlichen Begutachtung, wie die Frage der zulässigen Überwälzung von Erhaltungspflichten im Bestandverhältnis.⁶ Entsprechend lange und unübersichtlich sind die Listen an Rechtssätzen und Entscheidungen, anhand derer sich der Rechtsanwender versucht, im Rahmen des Zulässigen zu bewegen und verlässliche Vertragsbestimmungen im Vorfeld „abzuschätzen“. Die allgemeinen Zurufe an den Gesetzgeber nach zeitgemäßen und vor allem klaren Regelungen sind demnach entsprechend hoch.⁷

Wie bereits eingangs erläutert, ist es nach vorherrschender Rechtslage durchaus fraglich, wie ein Vertrag, der im Wesentlichen sämtliche mit dem Bestandsobjekt verbundenen Zahlungspflichten auf den Mieter überwälzen will, diesem strengen Maßstab der Rechtsprechung gerecht werden soll. Hier gilt es tatsächlich redensartlich einige schutzgesetzliche „Eisberge zu umschiffen“, um dem Triple-Net-Vertrag auch in der österreichischen Rechtsordnung einen brauchbaren Anwendungsbereich zu verschaffen. Dort wo die Zulässigkeit jedoch rechtlich gegeben ist, können sich mit diesem Vertragstypus nicht nur im klassischen Bestandrecht taugliche und zeitgerechte Vertragswerke vereinfacht darstellen lassen, sondern es sind – wie in dieser Abhandlung dargestellt – auch aus steuerlicher Sicht vorteilhafte Konstellationen für klein- und mittelgroße Bestandsportfolien möglich.

Zum besseren Verständnis werden einleitend drei für die Praxis relevante Fallstudien vorgestellt, anhand derer das Potenzial des Triple-Net-Vertrages und die damit einhergehenden Problemstellungen aufgezeigt werden sollen:

Fallstudie 1

Die A-GmbH ist ein weltweit tätiges Unternehmen im Bereich des industriellen Maschinenbaus und insbesondere als Zulieferer für mechanische Bauteile zur Fertigung von Windkraftanlagen tätig. Aufgrund einer rasant gestiegenen Nachfrage in Zentraleuropa, plant die A-GmbH ihre Produktionsstätten in Österreich so schnell wie möglich

⁵ Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215.

⁶ vgl Rainer, Editorial, immolex 2009, 193.

⁷ vgl Rainer, Editorial, immolex 2009, 193.

auszuweiten. Die B-GmbH aus Niederösterreich besitzt ein abgeschlossenes Betriebsgelände mit drei Lagerhallen (Fertigstellung 1950), welches sie zur Gänze und für eine Dauer von 10 Jahren im Rahmen einer Joint Venture-Vereinbarung an die A-GmbH vermieten möchte. Im Jänner 2018 wird eine Einigung über einen Mietvertragsabschluss erzielt. Das gesamte Betriebsgelände soll für einen jährlichen Bruttomietzins von 2 Mio. EUR an die A-GmbH vermietet werden. Aufgrund produktionsbedingter Erschütterungen, Verschmutzungen sowie des laufenden Werkverkehrs wird vereinbart, dass sämtliche Erhaltungspflichten von der A-GmbH übernommen werden, damit notwendige Erhaltungsmaßnahmen unmittelbar vom Mieter selbst vorgenommen werden können. Eine entsprechende Musterklausel wird dazu im Vertragswerk aufgenommen: *„Der Mieter übernimmt sämtliche mit dem Mietgegenstand verbundenen Erhaltungspflichten, einschließlich der Erhaltung von Dach und Fach. Der Mieter hat das Bestandsobjekt vor Übernahme besichtigt und überprüft. Mängel, die nicht im Übernahmeprotokoll festgehalten wurden, sind im Rahmen der Erhaltungspflicht vom Mieter zu beseitigen.“*

Nach den schweren Regenfällen und Überschwemmungen im Jahr 2024 wird von der A-GmbH festgestellt, dass Wasser durch die Dachfläche in Lagerhalle 1 eingedrungen ist. Laut Sachverständigengutachten sei der Wassereintritt auf die Abnutzung der Dichtungen zurückzuführen, weshalb sich auch die Versicherung weigert den Schaden zu ersetzen. Aufgrund der flächendeckenden Durchnässung und der veralteten Dichtungen sei laut Sachverständigengutachten die gesamte Dachhaut zu erneuern. Die Kosten für die Dachsanierung belaufen sich auf EUR 1,5 Mio.

Als die B-GmbH die A-GmbH dazu auffordert, ihrer übernommenen Erhaltungspflicht nachzukommen und die Dachsanierung vorzunehmen, weigert sich diese. Im Prozess wendet die A-GmbH dazu ein, die drei Lagerhallen würden aufgrund ihrer Errichtung in den sachlichen Vollanwendungsbereich des MRG fallen, weshalb die zwingenden Erhaltungspflichten nach MRG zur Anwendung kämen. Außerdem sei für die Übernahme der Erhaltungspflicht keine Gegenleistung vereinbart worden, weshalb die Überwälzung gröblich benachteiligend sei.

Dagegen bringt die B-GmbH im Prozess vor, die drei Lagerhallen seien zugehöriger Teil eines einheitlichen Mietobjekts. Aufgrund der Abgeschlossenheit des Werksgeländes sei dieses als einheitliches Mietobjekt zu betrachten und unterliege somit als Einzelobjekt der Vollaussnahme des MRG. Im Übrigen könne die Klausel schon deshalb nicht gröblich

benachteiligend sein, weil man im Vorfeld über die Überwälzung gesprochen hätte und die aufgenommene Klausel daher als im Einzelnen ausverhandelt anzusehen sei. Eine Anfechtung wegen gröblicher Benachteiligung käme daher jedenfalls nicht in Betracht.

Das erkennende Gericht hält abschließend in seinem Urteil fest, dass die Vertragsklausel in dieser Form gröblich benachteiligend sei und die Kosten daher von der B-GmbH als Vermieterin zu tragen seien.

Fallstudie 2:

A ist Eigentümer eines Einfamilienhauses in Oberösterreich. Aufgrund der bevorstehenden Pensionierung will A eine barrierefreie Wohnung für seinen Lebensabend anmieten. Bis das Einfamilienhaus vom Sohn des A übernommen werden soll, will A das Haus an B vermieten.

Die Mieteinnahmen aus dem Einfamilienhaus sollen direkt zur vollen Deckung der Mietzinslast für die angemietete Wohnung herangezogen werden, weshalb sämtliche Erhaltungspflichten einschließlich für Dach und Fach sowie sämtliche Betriebskosten, die mit dem Einfamilienhaus verbunden sind, von B übernommen werden sollen. Die Kosten der Erhaltung sollen dementsprechend bereits im Mietzins mitberücksichtigt werden, sodass A sämtliche Erträge aus dem Einfamilienhaus ohne Risiko künftiger Sanierungskosten direkt für den Wohnungsmietzins verwenden kann.

Die jährlichen Erhaltungskosten des Einfamilienhauses betragen laut Sachverständigengutachten EUR 30.000,--, die sonstigen Lasten und Abgaben (inkl. Betriebskosten) EUR 10.000,-- und für die eigentliche Nutzung soll ein jährliches Bruttoentgelt von 40.000,-- vereinbart werden (zur Betrachtung des Beispiels aus steuerrechtlicher Sicht siehe Kapitel 5.2 MIETRECHTSVERWERTUNG DURCH „INTERCOMPANY-LEASING“). Die Vertragsparteien überlegen nun, wie der angestrebte Parteiwille in rechtlich zulässigerweise im Vertrag darstellbar ist.

Fallstudie 3:

A hat im Erbgang ein derzeit leerstehendes Mietzinshaus (Baujahr 1971) mit vier Wohneinheiten erworben. Angesichts des aufgezeigten politischen Programms, Österreich solle bis 2040 die Klimaneutralität erreichen, will A bereits präventiv das erworbene Mietzinshaus thermisch sanieren und ein klimafreundliches Heizungssystem im Bestandgebäude einbauen.

Die dafür erforderlichen Kosten belaufen sich auf EUR 280.000,--. A benötigt für diese Investitionen einen Kredit. Außerdem hat er Bedenken, die riskante Sanierung und die dafür erforderliche Finanzierung auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung vorzunehmen. A überlegt die Immobilie in eine Kapitalgesellschaft einzubringen und die Sanierung über diese abzuwickeln. Die Einbringung der Immobilie in eine GmbH wäre jedoch mit Kosten für einen Rechtsanwalt, den Anfall einer Eintragungsgebühr sowie Notariatskosten verbunden. Außerdem wäre die Immobilie folglich dem Betriebsvermögen der GmbH zugordnet und steuerrechtlich nur mehr schwer von dieser zu trennen.

Die Immobilie soll daher lediglich an die GmbH vermietet und die Erhaltungspflichten im Rahmen der Vermietung auf die GmbH überwält werden, um die Sanierung im Namen und auf Rechnung der GmbH abzuwickeln. A überlegt daher, wie eine solche vertragliche Konstellation rechtlich darstellbar ist.

Eine Aufarbeitung, ob der Triple-Net-Vertrag auch innerhalb der heimischen Rechtsordnung rechtlich denkbar ist, scheint aus den aufgezeigten Gründen und der einleitenden Fallstudien jedenfalls geboten. Anhand der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und vorliegender Rechtsprechung soll aufgezeigt werden, welche rechtlichen Beschränkungen einer generellen Überwälzung von Bestandobjektkosten im Zuge der Anwendung des Triple-Net-Vertrages im engeren Sinne entgegenstehen.

2. DEFINITION DES „TRIPLE-NET-VERTRAGES“

Der Begriff des Triple-Net-Vertrages stammt aus dem angelsächsischen Wortstamm und bezeichnet ein Bestandverhältnis, bei welchem sämtliche Kostenfaktoren, die üblicherweise mit dem Besitz und der Vermietung eines Bestandobjektes einhergehen, im Zuge der Vermietung auf den Bestandnehmer überwält und somit in der Mietzinsbildung bereits mitberücksichtigt sind.⁸

Umfasst sind sowohl die Überwälzung sämtlicher öffentlicher Belastungen (Steuern und Abgaben), die Kosten für den laufenden Betrieb des Bestandobjektes (Betriebskosten im engeren Sinne wie Wasser- und Kanalkosten, Versicherungen, Strom- und Heizkosten, etc), aber auch die laufenden Erhaltungspflichten, die für das Bestandobjekt während laufender Nutzung anfallen. Im Gegensatz zum „Double-Net“-Vertrag sind somit auch die laufenden

⁸ Urbach/Moskaric, Die Zulässigkeit von Triple-Net Mietverträgen im schweizerischen Mietrecht, AJP/PJA 2008, 995.

Erhaltungs- und Erneuerungskosten für „*Dach und Fach*“, sprich auch für die gesamte Bausubstanz des Bestandobjektes, bereits im verrechneten Mietzins einkalkuliert.⁹ Vereinfacht formuliert sind alle denkbaren, mit dem Bestandsobjekt verbundenen Kosten, bereits im vereinbarten Mietzins eingepreist, sodass der beim Vermieter schlussendlich ankommende Mietzins als „*dreifach-netto*“ (= „*Triple-Net*“) angesehen werden kann.¹⁰ Innerhalb der österreichischen Rechtsordnungen lassen sich die aufgezeigten Kostenüberwälzungen hinsichtlich ihrer rechtlichen Aufarbeitung in zwei große (in Lehre und Rechtsprechung prominent vertretene) und bereits etablierte Terminologien einteilen:

1. „*Erhaltungspflichten*“: beschreibt sämtliche Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Wartungskosten für ein Mietobjekt (siehe dazu Kapitel 3).
2. „*Lasten und Abgaben*“: umfasst sämtliche öffentlich-rechtlichen, sozial- und steuerrechtlichen Aufwendungen, die für ein Bestandobjekt anfallen (siehe dazu Kapitel 4).¹¹

Unter der Prämisse, dass die vollumfängliche Überwälzung dieser beiden aufgezeigten „*Institute*“ überhaupt rechtlich zulässig ist, wird wohl mit der Überbindung dieser Kosten, weitestgehend jener Vertragszweck erreicht werden können, der nach dem internationalen Verständnis als Triple-Net-Vertrag anzusehen ist. Insofern kann bei einem Bestandvertrag, der eine zulässige und vollständige Überwälzung der „*Erhaltungspflichten*“ sowie der „*Lasten und Abgaben*“ auf den Bestandnehmer vorsieht, wohl von einem „*Triple-Net-Vertrag österreichischer Prägung*“ gesprochen werden.

3. DIE ERHALTUNGSPFLICHTEN IM MIETRECHT

Mit Abschluss eines Bestandvertrages hat der Bestandgeber nicht nur dafür Sorge zu tragen, dass dem Bestandnehmer die faktisch ungestörte Nutzung des Bestandobjektes jederzeit möglich ist, sondern er ist auch verpflichtet den Zustand des Bestandobjektes (im gesetzlich normierten Umfang) und der zugehörigen allgemeinen Teile während der gesamten

⁹ Bitzer/Stocker, Bewertung von Einkaufs- und Fachmarktzentren, ZLB 2018/48.

¹⁰ Urbach/Moskaric, Die Zulässigkeit von Triple-Net Mietverträgen im schweizerischen Mietrecht AJP/PJA 208, 995.

¹¹ Hrdlicka-Perl, Single-, Double- und Triple-Net-Verträge, 11.

Vertragslaufzeit zu erhalten.¹² Die Erhaltungspflicht des Bestandesobjektes bildet nach ihrer gesetzlichen Konzeption die maßgebliche „*Kardinalspflicht*“ des Vermieters.¹³

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird das Mietzinsminderungsrecht insofern auch als „*Sondergewährleistungsbestimmung*“ verstanden, welcher dem Bestandnehmer bei Verletzung der Erhaltungspflicht ein Mietzinsminderungsanspruch im Ausmaß der geminderten Brauchbarkeit einräumt.¹⁴ Die allgemeinen Rechtsbehelfe aus der Schlechterfüllung des Vermieters bleiben davon unberührt.¹⁵ Daher kann der Bestandnehmer – unabhängig vom Verschulden – entweder am Vertrag festhalten und verlangen, dass der geschuldete Zustand vom Vermieter hergestellt wird oder den Zustand selbst herstellen und Ersatz für die Aufwendungen verlangen.¹⁶ Darüber hinaus kann der Bestandnehmer bei Verletzung der Erhaltungspflicht auch vom Vertrag zurücktreten und bei Vorliegen von Verschulden seitens des Vermieters, das Erfüllungsinteresse als Schadenersatz geltend machen.¹⁷

Die Bestimmungen zur Erhaltungspflicht nach ABGB und MRG differenzieren in zweifacher Hinsicht. Einerseits ist der Umfang der Erhaltungspflicht je nach gesetzlicher Grundlage unterschiedlich ausgestaltet, andererseits weichen auch die rechtlichen Grenzen, innerhalb derer eine Überwälzung dieser Pflichten überhaupt zulässig ist, voneinander ab. Während die Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB aufgrund des dispositiven Charakters grundsätzlich von den Vertragsparteien frei vereinbart werden kann, sind die Bestimmungen des MRG relativ zwingend und können im Vorfeld nicht zu Lasten des Mieters abbedungen werden.¹⁸

Im Vollenwendungsbereich des MRG können die Vertragsparteien nur insofern über jene Erhaltungspflichten frei disponieren, die ausdrücklich nicht vom MRG selbst schon dem Vermieter zugewiesen sind. Ganz allgemein wird das MRG nach Judikatur und Lehre im

¹² Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2024) § 1096 Rz 1; Richter in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht⁴ (2023) 189.

¹³ Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht MRG⁴ (2021) § 3 Rz 1.

¹⁴ Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 7; vgl. Hausmann/Vonkilch, MRG § 3 Rz 6j, wonach das Mietzinsminderung auch nach Selbstverbesserung des Mieters weiterbestehen soll, bis der Vermieter die Kosten für den getätigten Aufwand ersetzt hat; vgl. dazu auch Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 28.

¹⁵ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ Band I (2015) § 1096 ABGB Rz 2.

¹⁶ Würth/Zingher/Kovanyi, Wohnrecht § 1096 ABGB Rz 2.

¹⁷ Würth/Zingher/Kovanyi, Wohnrecht § 1096 ABGB Rz 2; 3 Ob 216/06w MietSlg 59.133.

¹⁸ Artner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 206.

Verhältnis zu § 1096 ABGB als Spezialnorm verstanden, die innerhalb ihres Anwendungsbereiches als *lex specialis* die allgemeinen Bestimmungen verdrängt.¹⁹

3.1 ABGRENZUNG DES ERHALTUNGS-BEGRIFFES

Der Begriff der „*Erhaltung*“ ist weder nach den Bestimmungen des ABGB noch nach jenen des MRG ausdrücklich gesetzlich definiert. Vielmehr bildet die Erhaltung nach ihrem eigentlichen Wortsinn einen Sammelbegriff für alle Maßnahmen, die der Aufrechterhaltung eines bestimmten Objektzustandes dienen.²⁰ Eine terminologische Unterscheidung ist insofern erforderlich, als die Pflicht zur Durchführung einzelner Maßnahmen entweder dem Bestandnehmer oder dem Bestandgeber rechtlich zugeordnet ist.²¹

Vor allem aus den gesetzlichen Bestimmungen des MRG lassen sich anhand der Intensität der notwendigen Maßnahme im Wesentlichen drei Unterkategorien definieren:

1. „*Wartung*“: im Zusammenhang mit der „*Wartungspflicht des Mieters*“ gemäß § 8 Abs 1 S 2 MRG (für Mietobjekte im Vollenwendungsbereich des MRG) wird das allgemeine Verständnis und die Definition der „*Wartung*“ abgeleitet.²² Im eigentlichen Sinne werden darunter die regelmäßige Pflege sowie kleinere Reparaturen verstanden, die in erster Linie der allgemeinen Vermeidung von Schäden und Abnutzungen dienen und daher die allgemeine „*Funktionsfähigkeit und Brauchbarkeit*“ des Bestandobjektes gewährleisten sollen.²³ Umfasst sind daher einfachste Maßnahmen wie „*Pflege, Service, Einstellung, Reinigung [oder] Behebung von Undichtheiten*.“²⁴
2. „*Instandhaltung*“: umfasst innerhalb der nächsten Intensitätsstufe sämtliche Maßnahmen, die auf das „*Beheben von Schäden*“ abzielen.²⁵ Durch Instandhaltung soll die „*Funktionsfähigkeit*“ oder die „*Brauchbarkeit*“ eines Objektes durch die

¹⁹ Hausmann/Vonkilch, MRG § 3 Rz 6e; RIS-Justiz RS0124632.

²⁰ Hausmann/Vonkilch, MRG § 3 Rz 8.

²¹ Anm hierzu: Nicht selten finden sich auch in der Praxis beispielsweise Vertragsklauseln wie „*Der Mieter verpflichtet sich zu regelmäßigen Wartungsarbeiten*“ ohne zu definieren, was unter Wartung im Sinne des Parteiwillens zu verstehen ist. Auch hinsichtlich solcher Auslegungsfragen ist hilfsweise auf das dispositive Recht zurückzugreifen.

²² H.Böhm/Pletzer in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht Gesamtkommentar Band 1 (2018) § 8 MRG Rz 25.

²³ Kothbauer, Nochmals zu den Wärmebereitungsgeräten: Wartungsfragen, immolex 2015, 32.

²⁴ LGZ Wien 41 R 115/06z MietSlg 58/30.

²⁵ H.Böhm/Pletzer in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht § 8 MRG Rz 25; Kothbauer, Nochmals zu den Wärmebereitungsgeräten: Wartungsfragen, immolex 2015, 32.

Beseitigung bestehender Mängel wiederhergestellt werden.²⁶ Die Unterscheidung zur vorgenannten Kategorie kann durch eine negative Abgrenzung erfolgen. Sofern eine Maßnahme daher die Intensität einer Wartung überschreitet, ist diese rechtlich als Instandhaltung zu qualifizieren.²⁷ Ist das Tätigwerden eines Professionisten für eine konkrete Maßnahme erforderlich, so ist objektiv jedenfalls die Grenze zur Instandhaltung erfüllt.

3. „*Instandsetzung*“: wird durch eine konkrete Maßnahme und über die bloße Instandhaltung hinaus zusätzlich eine Verbesserung des bestehenden Bestandobjektes bewirkt, welche sich durch eine verlängerte oder verbesserte Nutzung des Bestandobjektes auszeichnet, so ist in Abgrenzung zur Instandhaltung, bereits die Intensität zur „*Instandsetzung*“ erreicht.

Terminologisch werden von Judikatur und Lehre unter „*Erhaltungspflicht*“ stets jene Pflichten verstanden, die unabhängig von ihrer Kategorisierung nach gesetzlichen Regelungen den Vermieter treffen.²⁸ Vom allgemeinen Begriff der „*Erhaltungspflicht*“ des Vermieters sind grundsätzlich stets sämtliche Maßnahmen der Instandhaltung- und der Instandsetzung umfasst.²⁹

3.2 ERHALTUNGSPFLICHTEN NACH MRG

§ 3 MRG normiert einen taxativ definierten Katalog an Erhaltungspflichten des Vermieters. Die Erhaltungspflichten sind nach dem MRG insofern weniger weitgehend als sie durch die gesetzliche Aufzählung in sich abgeschlossen sind, während nach den Bestimmungen des ABGB den Bestandgeber eine „*umfassende*“ Erhaltungspflicht für das Bestandobjekt trifft.³⁰

§ 3 MRG Abs 2 regelt, wann und zu welchen konkreten Erhaltungsmaßnahmen der Vermieter verpflichtet ist. Ein Tätigwerden des Vermieters zum Erhalt des Mietobjektes ist gesetzlich erst dann geschuldet, wenn durch die Erhaltungsmaßnahme „*ernste Schäden*“ am Haus verhindert werden müssen (§ 3 MRG Abs 2 Z 2) oder der Mieter ohne die

²⁶ RIS-Justiz RS0116998.

²⁷ Prader, Manz Wohnrecht MRG^{6.03} (2022) § 8 E 12 ff, wonach folgende Maßnahmen „noch“ als „*Wartung*“ zu qualifizieren sind: vgl OGH 16.05.2002, 6 Ob 42/02y: „*Entfernung von Staub und Lurch*“; vgl LGZ Wien 41 R 115/06z: „*regelmäßige Reinigungs- und Überprüfungsarbeiten, das Schmieren beweglicher Teile [...] Austauschen von Dichtungen*“; vgl LGZ Graz 7 R 141/12z MietSlg 65.192.: „*Kleinere Ausbesserungen des Verputzes*“.

²⁸ H.Böhm/Pletzer in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht § 8 MRG Rz 37.

²⁹ Anm. hierzu: Ausnahme bildet § 8 Abs 1 S 2 MRG, wo explizit „*Instandhaltungspflichten des Mieters*“ normiert sind und die darin enthaltenen Instandhaltungsmaßnahmen ausdrücklich dem Mieter zugewiesen sind.

³⁰ Hausmann/Vonkilch, MRG § 3 Rz 6d.

entsprechende Erhaltungsmaßnahme in seiner Gesundheit erheblich gefährdet werden würde (§ 3 MRG Abs 2 Z 2).³¹

Ein ernster Schaden besteht nach der Judikatur, wenn die Bausubstanz des Hauses derart „*massive Mängel*“ aufweist, dass sie nicht durch bloß „*geringfügige Mittel*“ beseitigt werden können und folglich die „*ordentliche Benützung*“ des Mietobjektes damit unmöglich machen.³² Darüber hinaus besteht auch eine Pflicht zum Erhalt der allgemeinen Teile des Hauses in dem sich das Mietobjekt befindet (§ 3 MRG Abs 2 Z 1) sowie – seit der Wohnrechtsnovelle 2015 – auch die Pflicht zum Erhalt der „*mitvermieteten Heizthermen, Warmwasserboiler und Wärmebereitungsgeräte*.“³³

Dagegen definiert § 3 Abs 1 MRG den Umfang der Erhaltungspflicht. Die Bestimmung stellt auf die „*Ortsüblichkeit*“ der Erhaltungsmaßnahme ab, woraus Judikatur und die Lehre den Begriff des „*dynamischen Erhaltungsbegriffes*“ entwickelt haben.³⁴ Der konkrete Umfang der Erhaltungspflicht ist daher nicht starr auf den Zustand zum Übergabezeitpunkt „*einzementiert*“, sondern entwickelt sich „*ortsüblich*“ anhand der „*rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten*“ mit der Zeit und mit den jeweiligen Anforderungen fort.³⁵

Die Erhaltungspflicht des § 3 MRG kommt, wie eingangs ausgeführt, nur für Bestandobjekte im Vollanwendungsbereich des MRG zur Anwendung. Umfasst sind im Wesentlichen freifinanzierte Mietobjekte in Gebäuden mit mehr als zwei getrennten Mietobjekten und deren Errichtung:

1. vor dem 01.07.1953 erfolgte („Altbau“), oder

³¹ Richter in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 206.

³² Prader, MRG § 3 E 107 ff, wonach in folgenden Fällen das Vorliegen eines „*ernsten Schadens*“ bejaht wurde: vgl OGH 12.06.1996, 5 Ob 2151/96a: „*schadhafter Estrich, der seine Dämmfunktion verliert*“; vgl OGH 28.11.2000, 1 Ob 228/00m: „*Setzungsrisse*“; vgl OGH 11.07.2001, 7 Ob 218/00k: „*notwendige statische Sanierungen des Mauerwerks*“; vgl OGH 27.06.1978, 5 Ob 616/78: „*Gefahr von Feuer-, Explosions- und Wasserschäden an Elektroleitungen*“; vgl OGH 17.12.2012, 5 Ob 148/12v: „*Feuchtigkeitsschäden infolge Wassereintritts ins Mauerwerk*.“

³³ Hausmann/Vonkilch, MRG § 3 Rz 6h; Würth/Zingher/Kovanyi, Wohnrecht § 3 MRG Rz 6; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 21; vgl dazu auch jüngst OGH 11.01.2024, 5 Ob 51/23w zum neuen Verständnis des Erhaltungsbegriffes im Zusammenhang mit „*Wärmeversorgungsanlagen*“, demnach nicht nur das Heizgerät selbst, sondern sämtliche zur „*Erzeugung, Weiterleitung und Abgabe von Wärme und Warmwasser dienenden Einrichtungen*“ von der Erhaltungspflicht des Vermieters mitumfasst sind. Konkurrieren Erhaltungspflichten des Vermieters mit jenen des Mieters, ist grundsätzlich jene des Vermieters ausschlaggebend.

³⁴ Würth/Zingher/Kovanyi, Wohnrecht § 3 MRG Rz 7.

³⁵ leg cit § 3 Abs 1 Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht (MRG) BGBl I 520/1981 idF BGBl I 176/2023.

2. im Wohnungseigentum stehen und vor dem 09.05.1945 errichtet wurden.³⁶

Für alle übrigen Mietobjekte in Voll- und Teilausnahme des MRG sind die Erhaltungspflichten nach den allgemeinen Bestimmungen des § 1096 ABGB zu beurteilen. Tatsächlich können sich aus der Einschränkung, dass nur „Gebäude mit mehr als zwei getrennte Mietobjekte“ von der Norm erfasst sein sollen, für die Praxis erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich des Anwendungsbereiches des MRG ergeben.³⁷ Es stellt sich nämlich hierbei die rechtliche Frage, ob eine bestimmte Räumlichkeit eines Gebäudes überhaupt als eigenständiger Teil selbstständig vermietbar ist oder bloßes unselbstständiges „Zugehör“ zu einem einheitlichen Mietobjekt bildet.³⁸ Um das Problem zu veranschaulichen, sei wiederum auf die einleitende Fallstudie 1 verwiesen (siehe dazu Kapitel 1):

Das Fabrikgelände der B-GmbH besteht aus drei Lagerhallen, deren Errichtung im Jahr 1950 abgeschlossen wurde. Unter der Annahme alle Lagerhallen stellen separate, voneinander unabhängig zu vermietende Räumlichkeiten dar würde der gesamte Mietvertrag über das Fabrikgelände und der darauf befindlichen Lagerhallen dem Vollen Anwendungsbereich des MRG unterliegen, womit auch die Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 3 MRG zu beurteilen wäre. Stellt das gesamte Gelände jedoch rechtlich betrachtet eine Einheit dar, in welcher der Zugang zu den einzelnen Lagerhallen sinnvollerweise nur von ein- und demselben Mieter erfolgen kann,³⁹ so handelt es sich bei den Lagerhallen rechtlich um keine „getrennten Mietobjekte“, weshalb mangels zweier getrennter Mietobjekte iSd § 1 Abs 2 Z 5 MRG der gesamte Anwendungsbereich des MRG von vornherein ausscheidet.⁴⁰

³⁶ Eberharter/Handler, Reformbedarf im Mietrecht – Forderungen an den Gesetzgeber, juridikum 2013, 233.

³⁷ leg cit § 1 Abs 2 Z 5 MRG.

³⁸ Prader, MRG § 1 E 235, OGH 30.05.2010, 2 Ob 169/10g, wonach es für die Beurteilung eines selbstständigen Bestandobjektes auf die „gesicherte Zugangsmöglichkeit[en]“ ankommt. Ist der Zutritt zur Räumlichkeit vom Einverständnis eines anderen Bestandnehmers abhängig, liegt kein selbstständig vermietbares Objekt vor.

³⁹ Anm. hierzu: Zieht man wiederum die geschilderte Fallstudie 1 heran, ist fraglich, in wie weit ein eingezäuntes Fabrikgelände an sich schon ein einheitliches Mietobjekt bildet. Ein industrielles Werksareal wird in der Regel aufgrund seiner Gefahrenquellen baulich von der Öffentlichkeit abgegrenzt und ausschließlich durch ein zentrales und kontrolliertes „Werkstor“ zugänglich gemacht.

Bestehen am Areal zwar grundsätzlich baulich getrennte Lagerhallen, die an sich einer getrennten Vermietung zugänglich wären, so hängt die rechtliche „Selbstständigkeit“ dieser Lagerhallen wohl maßgeblich von der allgemeinen Zugänglichkeit zum gesamten Fabrikgelände ab. Beispielsweise wird aufgrund empfindlicher Betriebsgeheimnisse die Vermietung eines gesamten Fabrikgeländes regelmäßig nur als einheitliches Mietobjekt „sinnvoll“ sein, auch wenn die getrennte Vermietung der einzelnen, darauf gelegenen Lagerhallen grundsätzlich möglich wäre. Selbiges gilt wohl, wenn zwischen den Lagerhallen ein technisches Zusammenspiel besteht, die eine Verwendung nur in Kombination objektiv „sinnvoll“ erscheinen lässt.

⁴⁰ Prader, MRG § 1 E 231, unter Verweis auf OGH 16.06.2011, 6 Ob 251/10w, wonach der Begriff der „Geschäftsräumlichkeit“ grundsätzlich weit zu verstehen ist. Es ist für eine selbständige Geschäftsräumlichkeit

Auf die Fallstudie bezogen ist der Ausnahmetatbestand somit beispielsweise erfüllt, wenn der Zutritt zur Lagerhalle 3 aufgrund baulicher Gegebenheiten nur durch die vorgelagerte Lagerhalle 1 oder Lagerhalle 2 erfolgen kann. Lagerhalle 3 wäre somit aufgrund ihrer Abhängigkeit zu den vorgelagerten Lagerhallen „sinnvollerweise“ nicht als „*getrenntes Mietobjekt*“ iSd § 1 Abs 2 Z 5 MRG vermietbar. Selbiges gilt im Übrigen auch, wenn Räumlichkeiten im rechtlichen Sinne nicht voneinander baulich „*getrennt*“ sind. Werden die aus dem dargelegten Beispiel bestehenden Lagerhallen 2 und 3 nur durch einen „*Raumteiler*“ getrennt, so liegen rechtlich betrachtet keine „*zwei*“ getrennten Räumlichkeit vor und das MRG wäre zur Gänze nicht auf die gegenständliche Vermietung anzuwenden.

Die Erhaltungspflichten des Vermieters nach MRG werden vom Gesetzgeber zwingend vorgeschrieben und sind daher von der parteilichen Disposition ausgeschlossen. Abweichungen vom Gesetz zulasten des Mieters sind grundsätzlich unzulässig.⁴¹ Ausnahmen können sich mitunter für Altverträge ergeben, die bereits vor Inkrafttreten des MRG – also zu Zeiten des Mietengesetzes (MG) – abgeschlossen wurden.⁴² Ob in einem solchen Fall die Überwälzung einzelner Pflichten zulässig war und weiterhin ist, hängt nach ständiger Rechtsprechung vom „*Zeitpunkt der Vereinbarung*“ ab.⁴³ Sofern eine Überwälzung zum Zeitpunkt und unter Anwendung des – mittlerweile außerkraftgetretenen – Mietengesetzes (MG) zulässig war, ist sie auch im Sinne des MRG noch zulässig, sofern nicht Bestimmungen des KSchG explizit entgegenstehen.⁴⁴

Im Gegensatz zum Mietrecht nach ABGB, wonach aus Sicht des Gesetzgebers die gesamte Erhaltung des Bestandobjektes primär vom Vermieter zu erfüllen ist, regelt das MRG auch spezifische Wartungs- und Instandhaltungspflichten des Mieters (§ 8 Abs 1 S 2).⁴⁵

Sofern die nach MRG vorgezeichneten Erhaltungsmaßnahmen nicht ausdrücklich dem Vermieter (§ 3 MRG) oder dem Mieter (§ 8 MRG) *ex lege* zugeschrieben werden, können die Vertragsparteien in sogenannten „*Graubereich*“ weitere Regelungen zur Übernahme

iSd § 1 Abs 2 Z 5 MRG rechtlich somit nicht erforderlich, dass die Räumlichkeit über eigene „*Wasseranschlüsse und sanitäre[n] Anlagen*“ verfügt, solange die Räumlichkeit an sich selbständig über ein Stiegenhaus zugänglich ist.

⁴¹ Richter in Artnner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 206.

⁴² Bundesgesetz über die Miete von Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten (Mietengesetz – MG), BGBl. Nr. 872, außerkraftgetreten mit BGBl. Nr. 210/1929.

⁴³ Würth/Zingher/Kovanyi, Wohnrecht § 3 MRG Rz 5.

⁴⁴ Würth/Zingher/Kovanyi, Wohnrecht § 3 MRG Rz 5.

⁴⁵ Hausmann/Vonkilch, MRG § 8 Rz 1.

bestimmter Erhaltungspflichten innerhalb rechtlich zulässiger Grenzen (siehe dazu Kapitel 3.4 ff) vereinbaren.⁴⁶

In der Zusammenschau des bisher Gesagten kann in einem ersten Zwischenergebnis festgehalten werden, dass für Bestandobjekte im Vollenwendungsbereich des MRG die Anwendbarkeit des Triple-Net-Vertrages im engeren Sinne von Vornherein nicht in Betracht kommt. Aufgrund des relativ zwingenden Charakters des MRG ist die generelle Überwälzung sämtlicher Erhaltungspflichten auf den Bestandnehmer von vorneherein unzulässig.⁴⁷

3.3 ERHALTUNGSPFLICHTEN NACH ABGB

Nach dem gesetzlichen Wortlaut des § 1096 ABGB ist der Vermieter während der gesamten Vertragslaufzeit zur Erhaltung des „*bedungen Gebrauchs*“ des Bestandobjekts verpflichtet.⁴⁸ Die Brauchbarkeit orientiert sich dabei grundsätzlich (sofern von den Vertragsparteien nicht anderes vereinbart wurde) am Übergabezustand. Auf einen ersten Blick reicht die Erhaltungspflicht nach dem ABGB somit weiter als jene des MRG, weil der Vermieter nicht nur zu gesetzlich normierten Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet ist, sondern grundsätzlich bei jedem Abweichen vom vereinbarten Zustand Maßnahmen zur Wiederherstellung des vereinbarten Gebrauchszustandes ergreifen muss.⁴⁹

Gewöhnliche Gebrauchsspuren der einfachen Wohnabnutzung sind vom Mieter jedoch zu tolerieren.⁵⁰ Aus diesem Maßstab haben Lehre und Rechtsprechung den Begriff der „*Bagatellreparaturen*“ entwickelt.⁵¹ Einfache Wartungen im Rahmen der gewöhnlichen Abnutzung des Mietobjektes hat der Mieter selbst durchzuführen. Erreichen Reparaturen jedoch ein Ausmaß, welches das Tätigwerden eines Professionisten erforderlich machen, ist die Schwelle zur Erhaltungspflicht überschritten und die jeweilige Erhaltungsmaßnahme ist vom Vermieter durchzuführen (zum Wartungsbegriff siehe Kapitel 3.1 ABGRENZUNG DES ERHALTUNGS-BEGRIFFES). Aufgrund des dispositiven Charakters sind die Erhaltungspflichten nach § 1096 ABGB grundsätzlich auf den Mieter überwälzbar.

⁴⁶ Hausmann/Vonkilch, MRG § 3 Rz 6.

⁴⁷ Hausmann/Vonkilch, MRG § 3 Rz 6.

⁴⁸ Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 10.

⁴⁹ vgl Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 19, wonach der geschuldete Übergabezustand in jeder juristischen Sekunde neu entsteht und den Vermieter zur Wiederherstellung dieses Zustandes verpflichtet.

⁵⁰ Anm hierzu: Salopp gesprochen: Brauchbarkeit = Übergabezustand abzüglich gewöhnlicher Abnutzung.

⁵¹ Pesek, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollenwendungsbereichs (un-)zulässig?, wobl 2021, 253.

Dies gilt grundsätzlich auch für mitvermietete Gegenstände. Sofern keine gesonderten vertraglichen Vereinbarungen getroffen werden, ist auch hier ein „brauchbarer“ Zustand der mitvermieteten Gegenstände für die Dauer des Mietverhältnisses geschuldet.⁵² Dabei darf nach der Rechtsprechung des OGH der Begriff der „Erhaltung“ nicht zu eng ausgelegt werden. Nach dem Verständnis der Judikatur sind somit auch die „Erneuerung“ mitgemieteter Gegenstände mitumfasst, wenn die geschuldete Brauchbarkeit ansonsten nicht mehr erreicht werden kann. Der Mieter kann daher auch zum Ersatz eines „schuldlos schadhaft gewordenen Inventargegenstands“ verpflichtet werden, wenn dessen Funktionstüchtigkeit nicht mehr gewährleistet ist.⁵³

3.4 BESCHRÄNKUNGEN DER ÜBERWÄLZUNG IM KONSUMENTENSCHUTZ

Bei Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern sind Überwälzungsklauseln in erster Linie im Lichte des KSchG zu prüfen. In der Vergangenheit wurden insbesondere Anhand der vom OGH ergangenen Klausel-Entscheidungen etliche Überwälzungsklauseln hinsichtlich ihrer Zulässigkeit auf den Prüfstand gestellt.

Insgesamt siebzehn Klausel-Entscheidungen ergingen bisher, die vor allem auf Grundlage des § 6 Abs 3 KSchG („Transparenzgebot“) und des § 9 KSchG (Unzulässigkeit von Gewährleistungs-ausschlüssen) eine Vielzahl von Überwälzungsbestimmungen für unzulässig erklärt haben.⁵⁴

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs des KSchG ist auszuführen, dass bereits jede natürliche Person, die mindestens fünf Wohnungen vermietet als Unternehmer iSd des KSchG anzusehen ist.⁵⁵ Nach der Judikatur des EuGH kommt bei der Überprüfung KSchG-widriger Klauseln auch keine geltungserhaltende Reduktion in Betracht.⁵⁶ Vielmehr ist eine solche Klausel ersatzlos zu streichen und potenzielle Vertragslücken anhand gesetzlicher Bestimmungen und dem hypothetischen Parteiwillen zu beurteilen. Insofern bildet das

⁵² OGH 09.01.1996, 10 Ob 1608/95, MietSlg 48.118 zur Frage der Kostentragung eines defektgewordenen Heizkessels.

⁵³ OGH 09.01.1996, 10 Ob 1608/95, MietSlg 48.118.

⁵⁴ Berger, Die Überwälzung von Erhaltungspflichten im Lichte der 15. Klauselentscheidung, immolex 2024, 125.

⁵⁵ Kronthaler in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg) GeKo Wohnrecht § 6 KSchG Rz 53.

⁵⁶ Richter in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 247.

KSChG aufgrund seiner strengen Rechtsfolgen ein „scharfes Schwert“, wenn es um die Beurteilung der Zulässigkeit von Überwälzungsklauseln geht.

TRANSPARENZGEBOT (§ 6 ABS 3 KSCHG)

Das Transparenzgebot sieht vor, dass Vertragsklauseln unwirksam sein sollen, wenn *„diese unklar oder unverständlich abgefasst sind.“*⁵⁷ Darunter sind insbesondere Klauseln zu verstehen, bei welchen der Bestandnehmer nicht in ausreichender Weise die Tragweite von Art, Umfang und Konsequenz der übernommenen Belastung versteht, zu der er sich mit Vertragsabschluss verpflichtet. Die Rechtsprechung differenziert hinsichtlich des Transparenzgebots in entsprechende Unterkategorien, anhand derer die Zulässigkeit einer Klausel bemessen wird. Umfasst sind insbesondere das Gebot der *„Erkennbarkeit und Verständlichkeit“* der Klausel, die Pflicht zum *„Hinweis auf etwaige Rechtsfolgen“*, das *„Bestimmtheitsgebot“* miteingehender Verpflichtungen oder auch das *„Gebot der Richtigkeit und Vollständigkeit“* der verwendeten Vertragsbestimmungen.⁵⁸

Im Gegensatz zu § 879 Abs 3 ABGB bezieht sich § 6 Abs 3 KSChG nicht nur auf Vertragsformblätter, sondern grundsätzlich auf sämtliche *„schriftlich abgefassten Vertragsbestimmungen.“*⁵⁹ Selbst wenn bestimmte Klauseln von den Vertragsparteien daher im Einzelnen ausverhandelt wurden, so unterliegen sie dennoch dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KschG und können nach dieser Maßgabe für unzulässig erklärt werden.

Im Zusammenhang mit der Überwälzung von Erhaltungspflichten wurden bereits Vertragsbestimmungen nach dem Transparenzgebot für unwirksam erklärt, die den Mieter zu *„jährlichen Fugenwartungen“* im Badezimmer verpflichteten, weil nicht ausreichend offengelegt wurde, was unter dem Begriff *„Wartung“* zu verstehen sei.⁶⁰

Ebenfalls intransparent sind Vertragsklauseln, die eine *„übertragene Wartungs- und Erhaltungspflichten bereits im Hauptmietzins“* als angerechnet betrachten,⁶¹ ohne jedoch genauer zu definieren, welche konkreten Maßnahmen davon umfasst sind und auf welche

⁵⁷ leg cit § 6 Abs 3 Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit den Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (KSChG) BGBl I 140/1979 idF BGBl I 85/2024.

⁵⁸ Kronthaler in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg) GeKo Wohnrecht § 6 KSChG Rz 200.

⁵⁹ Kronthaler in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg) GeKo Wohnrecht § 6 KSChG Rz 194.

⁶⁰ Kronthaler in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg) GeKo Wohnrecht § 6 KSChG Rz 208; OGH 18.12.2009, 6 Ob 81/09v.

⁶¹ Berger, Die Überwälzung von Erhaltungspflichten im Lichte der 15. Klauselentscheidung, immolex 2024, 125; OGH 24.01.2024, 9 Ob 4/23p.

Weise sich die Übernahme dieser Pflichten betraglich im Mietzins niederschlägt.⁶² Generell wird die Übernahme von Erhaltungspflichten – sofern man dies im Verbraucherbereich überhaupt zulässig vereinbaren kann (siehe dazu nächstes Kapitel) – stets erfordern, dass nicht nur die übernommene Maßnahme konkret beschrieben, sondern auch explizit ausgewiesen wird, inwiefern sich die Übernahme auf die Mietzinsreduktion betraglich auswirkt.⁶³

Dem Verbraucher muss daher bereits vor Abschluss des Mietvertrages in transparenter Weise offengelegt werden, zu welchen „*möglichen*“ Erhaltungsmaßnahmen er sich während eines aufrechten Bestandverhältnis verpflichtet und welchen Einfluss die Übernahme auf den künftig zu entrichtenden Mietzins hat. Andernfalls wäre auch die objektive „Vergleichsmöglichkeit“ zu einem „*Hauptmietzins ohne Überwälzung*“ für den Verbraucher nicht in ausreichender Weise gegeben.

GEWÄHRLEISTUNGS AUSSCHLÜSSE (§ 9 KSchG)

Dagegen regelt § 9 KSchG den Schutz der Gewährleistungsrechte eines Verbrauchers. Klauseln, die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers bereits vor „*Kenntnis eines Mangels*“ vertraglich einschränken oder ausschließen, sind im Sinne des KSchG nichtig.⁶⁴

Im Zusammenhang mit dem Verbot des Gewährleistungsausschlusses ist festzuhalten, dass der Oberste Gerichtshof in seinen beiden ersten Klauselentscheidungen grundlegend urteilte, dass der Mietzinsminderungsanspruch nach § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB als „*Sondergewährleistungsbestimmung*“ zu betrachten sei.⁶⁵ Entspricht der Mietgegenstand daher nicht mehr jenem Zustand wie er nach dem Vertrag geschuldet ist, so ist der Bestandgeber nach der Grundidee des ABGB verpflichtet – im Sinne der Erhaltungspflicht – den vertragskonformen Zustand wiederherzustellen. Bis zur Wiederherstellung hat der Bestandnehmer im Gegenzug das Recht, den Mietzins im Ausmaß der eingeschränkten Verwendungsmöglichkeit zu mindern. Nach Ansicht des OGH würde bei einer generellen Überwälzung der Erhaltungspflicht dem Bestandnehmer das Recht auf Mietzinsminderung genommen werden, da mangels einer Erhaltungspflicht des Bestandgebers jede Abweichung

⁶² Anm hierzu: Im Wesentlichen wird mit dieser Klausel vom Vertragserrichter versucht, der Überwälzungsklausel eine äquivalente Gegenleistung gegenüberzustellen, um den Anforderungen des § 879 Abs 3 ABGB zu genügen (siehe dazu Kapitel 3.5.1).

⁶³ Berger, Die Überwälzung von Erhaltungspflichten im Lichte der 15. Klauselentscheidung, immolex 2024, 125;

⁶⁴ leg cit § 9 KSchG.

⁶⁵ RIS-Justiz RS0021326; RIS-Justiz RS0021286; Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262.

vom vertragskonformen Zustand umgehend vom Bestandnehmer selbst – auch bei vollkommener Unbrauchbarkeit – wiederherzustellen wäre.⁶⁶ Insofern würde auch keine vom Bestandgeber zu verantwortende Einschränkung des Nutzungsrechts vorliegen, die aber die Grundvoraussetzung für die Geltendmachung des Mietzinsminderungsrechts bilde und faktisch somit auch die „Sondergewährleistung“ nach § 1096 Abs 1 ABGB zweiter Satz ausgeschlossen wäre. Durch diese Argumentationslinie hat der Oberste Gerichtshof die generelle Überwälzung der Erhaltungspflicht im Anwendungsbereich des KSchG *de facto* ausgeschlossen.⁶⁷

Diese Entscheidung des Obersten Gerichtshofes wurde von der Lehre, insbesondere wegen der vorgenommenen Gleichsetzung von Erhaltungspflicht und Gewährleistung, stark kritisiert.⁶⁸ So vertritt *Böhm* die Ansicht, dass der Mietzinsminderungsanspruch des Bestandnehmers völlig unabhängig von der Erhaltungspflicht des Bestandgebers zu beurteilen sei. Nur der Mietzinsminderungsanspruch an sich, nicht jedoch auch die Erhaltungspflicht als solche, bilde eine denkbare Sondergewährleistungsbestimmung, auf welche ein Vorausverzicht generell nicht nur im Sinne des § 9 KSchG, sondern auch nach der allgemeinen Bestimmungen des § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB unzulässig sei.⁶⁹ Eine Gleichsetzung von Mietzinsminderungsrecht, Erhaltungspflicht und Gewährleistung führe nach Ansicht *Böhm* im Ergebnis dazu, dass nicht nur nach KSchG, sondern überhaupt jede Überwälzung von Erhaltungspflichten generell einen (Teil-) Vorausverzicht auf das Mietzinsminderungsrecht bilde und somit nach § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB zur Unzulässigkeit führe.⁷⁰

In der 4. Klausel Entscheidungen kehrte der Oberste Gerichtshof von seiner bisherigen Ansicht ab und verwies die Unzulässigkeit der Überwälzungsklausel erstmalig – jedoch ohne nähere Erläuterungen – auf die allgemeine Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB, anstelle die Unzulässigkeit dem Regime des § 9 KSchG zu unterstellen.⁷¹ Wörtlich wird in der Entscheidung, trotz ausdrücklichem Verweis auf die 2. Klauselentscheidung und die

⁶⁶ OGH 27.03.2007, 1 Ob 241/06g = Zak 2007/371.

⁶⁷ OGH 27.03.2007, 1 Ob 241/06g = Zak 2007/371; *Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), *immolex* 2007, 262.

⁶⁸ *Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), *immolex* 2007, 262.

⁶⁹ *Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), *immolex* 2007, 262.

⁷⁰ *Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), *immolex* 2007, 262.

⁷¹ *Berger*, Die Überwälzung von Erhaltungspflichten im Lichte der 15. Klauselentscheidung, *immolex* 2024, 125; OGH 22.12.2010, 2 Ob 73/10i, zur Zulässigkeit von Rückstellungsklauseln: „wie bei Mietbeginn übernommen“.

dortigen Ausführungen zur Unzulässigkeit nach § 9 KSchG, in der Begründung ausgeführt, dass für Überwälzungsklauseln „in jüngster Zeit [...] zunehmend § 879 Abs 3 ABGB in den Mittelpunkt des Interesses“ rücken würde und eine Überprüfung der Zulässigkeit daher anhand der allgemeinen Bestimmung zu erfolgen habe. Eine (zusätzliche) Prüfung nach Maßgabe des § 9 KSchG wurde trotz entsprechendem Parteivorbringen und allgemeinem rechtlichen Interesse, vom Obersten Gerichtshof gänzlich unterlassen. Diese – nach meiner Ansicht rechtsdogmatisch katastrophale – Entscheidung wird von einem Teil der Lehre als Judikaturwende interpretiert, weil in nachfolgenden Urteilen des Obersten Gerichtshofes die Unzulässigkeit von Überwälzungsklauseln nicht mehr auf § 9 KSchG gestützt, sondern ausschließlich anhand des § 879 Abs 3 ABGB bzw des § 6 Abs 3 KSchG geprüft wurde.

Folglich wurde auch in der 5. Klauselentscheidung im Zusammenhang mit einer „Endrenovierungsverpflichtung“ diese Argumentationslinie bestätigt. Eine derartige „Erhaltungspflicht“ würde – laut Begründung – erst mit Rückstellung des Bestandobjektes entstehen und somit keinen Einfluss auf die bestehenden Gewährleistungsrechte des laufenden Bestandverhältnisses entfalten. Vielmehr sei eine solche Verpflichtung als einmalige „geldwerte Leistung“ anzusehen, die vom Mieter im Rahmen der Beendigung des Bestandverhältnisses zu erbringen sei. Eine solche Verpflichtung zur Beendigung des Vertragsverhältnisses könne jedoch nicht anhand der „Ratio“ von Gewährleistungsansprüchen bemessen werden, sondern sei vielmehr aufgrund ihres unbestimmten Umfanges im Rahmen des „Transparenzgebots“ gemäß § 6 Abs 3 KSchG zu beurteilen.⁷² Nach meiner Ansicht ist diese rechtliche Beurteilung des Obersten Gerichtshofes zumindest zweifelhaft. Selbst wenn der Leistungsanspruch erst nach Vertragsbeendigung entsteht, so werden mit diesem Anspruch faktisch auch alle vor Vertragsbedingung nicht (rechtzeitig) geltend gemachten Erhaltungsansprüche innerhalb dessen gewissermaßen „konsumiert“. Sofern der Konsument es daher verabsäumt, bereits vor Beendigung des Bestandverhältnisses, die ihm zustehenden Erhaltungsansprüche geltend zu machen, würde er diese im Rahmen der Endrenovierungsverpflichtung mitbehandeln. Meiner Einschätzung nach ist hier durchaus gut argumentierbar, dass in einer solchen Vereinbarung auch eine Einschränkung nach § 9 KSchG vorliegt, weil der Konsument im Rahmen der Endrenovierungsverpflichtung auch die während aufrehtem

⁷² OGH 27.02.2012, 2 Ob 215/10x.

Bestandverhältnis bestehenden Gewährleistungspflichten des Vermieters mitübernimmt und dadurch das eigene Gewährleistungsrecht im eigenen Umfang faktisch eingeschränkt.

Dennoch wurde auch in anschließenden Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes die Unzulässigkeit von Überwälzungsklauseln ausschließlich anhand des § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG beurteilt. § 9 KSchG wurde dagegen nicht mehr geprüft, obwohl auch die zugrundeliegenden Sachverhalte durchaus anzudenkende „Gewährleistungsausschlüsse“ geboten hätten.⁷³ Mangels eindeutiger Rechtsprechung und einer stichhaltigen Begründung, muss auch aus Sicht der Lehre offengelassen werden, ob der Oberste Gerichtshof in Zukunft von seiner Rechtsansicht wieder abrückt und die Überwälzung von Erhaltungspflichten auch am Maßstab des § 9 KSchG prüfen wird.⁷⁴

Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass der Triple-Net-Vertrag aufgrund der weitreichenden Schutzbestimmungen des KSchG wohl für den Verbraucherbereich nicht zielführend darstellbar sein wird. Es mag zwar zutreffen, dass aufgrund der vermeintlichen „Judikaturwende“ eine potenzielle Erhaltungspflichtenüberwälzung nicht mehr zwangsläufig zum Gewährleistungsausschluss nach § 9 KSchG führt. Dennoch ist es vermutlich schlicht unwahrscheinlich, dass eine generelle Überwälzung vertraglich derart ausgestaltet werden kann, dass sämtliche zu erwartende Kosten eines Bestandverhältnisses in einer Form dargestellt werden können, die im Ergebnis keine Zweifel im Sinne des Transparenzgebotes für den Konsumenten offenlassen. Zu hoch wäre in diesem Zusammenhang auch das Risiko, wenn eine solche umfassende Überwälzungsklausel im Nachhinein für unzulässig erklärt werden würde. Der Triple-Net-Vertrag wird in einem weiteren Zwischenergebnis daher ausschließlich auf das Verhältnis zwischen zwei Unternehmern (B-2-B) oder auf das Verhältnis zwischen zwei Privatpersonen (C-2-C) zu verweisen sein.

3.5 BESCHRÄNKUNGEN NACH ALLGEMEINEM ZIVILRECHT

Neben den Bestimmungen des KSchG kann sich eine Unzulässigkeit auch aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben. In der Praxis werden in der Regel Formblätter für den Abschluss von Mietverträgen verwendet, weshalb die Überwälzung der Erhaltungspflichten

⁷³ Berger, Die Überwälzung von Erhaltungspflichten im Lichte der 15. Klauselentscheidung, immolex 2024, 125, wonach der OGH trotz vorliegendem Haftungsausschluss für „Sach- und Rechtsmängel im Zeitpunkt der Übergabe“ keine Prüfung des § 9 KSchG vornahm.

⁷⁴ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht §§ 8, 9 KSchG Rz 8.

insbesondere im Lichte einer gröblichen Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen ist. Sofern durch die Überwälzung der Erhaltungspflicht ein „*krass grobes Missverhältnis*“ zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, ist auch eine Anfechtung wegen *laesio enormis* (§ 934 ABGB) beziehungsweise einer generellen Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) des Vertragsinhaltes denkbar. Beruht die Äquivalenzstörung auf der „*Ausnutzung einer Zwangslage*“ seitens des Bestandgebers, ist mitunter auch eine Anfechtung wegen „Wucher“ denkbar (§ 879 Abs 3 Z 4 ABGB). Nachdem Triple-Net-Vereinbarungen, wie bereits aufgezeigt, nur außerhalb der Anwendbarkeit des KSchG realistisch umsetzbar sind, ist ein erhöhtes Augenmerk auf die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts anzulegen und daraus ergebende Beschränkungen bei der praktischen Vertragsgestaltung entsprechend zu berücksichtigen.

3.5.1 GRÖBLICHE BENACHTEILIGUNG (§ 879 ABS 3 ABGB)

Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Vertragsbestimmung unwirksam sein, wenn sie für eine der Parteien eine gröblich Benachteiligung darstellt.

§ 879 Abs 3 ABGB behandelt jene Fälle, in denen in standardisierten Vertragsmustern (bzw Formblättern) Klauseln verwendet werden, welche die mit dem Vertragsmuster konfrontierte Vertragspartei objektiv benachteiligen.⁷⁵ Dabei ist eine gröbliche Benachteiligung bereits dann anzunehmen, wenn eine vereinbarte Klausel vom dispositiven Recht abweicht und für diese Abweichung keine sachliche Rechtfertigung besteht.⁷⁶ Aus Sicht des Gesetzgebers soll jene Vertragspartei, die sich mit einem ihr unbekannten Vertragsmuster auseinandersetzen muss, aufgrund der „*verdünnten Willensfreiheit*“ geschützt und hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung einer solchen Gesetzesabweichung eine entsprechende Interessenabwägung zwischen den Vertragsparteien vorgenommen werden.⁷⁷ Liegt im Ergebnis keine sachliche Rechtfertigung vor, so ist die Klausel nach allgemeinen Grundsätzen nichtig.⁷⁸

⁷⁵ Pesek in *Schwimman/Kodek*, ABGB⁵ (2021) § 1096 Rz 93.

⁷⁶ OGH 23.11.1994, 1 Ob 638/94.

⁷⁷ OGH 23.11.1994, 1 Ob 638/94.

⁷⁸ Anm hierzu: die klassischste Form der sachlichen Rechtfertigung ist die Vereinbarung einer Gegenleistung, mit welcher die Abweichung von der gesetzlichen Grundvorstellung abgegolten werden soll. Erhält beispielsweise der Mieter eine Mietzinsreduktion für eine (teilweise) Übernahme von Erhaltungspflichten, so kann dies eine sachliche Rechtfertigung für das Abweichen der nach § 1096 ABGB treffenden Erhaltungspflichten des Vermieters darstellen; so auch explizit OGH 22.3.2024, 8 Ob 6/24a.

Eine Ausnahme besteht nur dort, wo Klauseln im Einzelnen zwischen Parteien ausverhandelt wurden.⁷⁹ Sofern daher eine bestimmte Klausel von den Vertragsparteien gesondert thematisiert und anschließend vereinbart wurde, kann sich die benachteiligte Partei nicht auf § 879 Abs 3 ABGB stützen. Das Ausverhandeln einzelner Vertragsbestimmungen ändert dabei nichts am ursprünglichen Charakter des Formblatts, sodass auch die übrigen, nicht im Einzelnen ausverhandelten Bestimmungen des Vertragswerkes, weiterhin gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sein können.⁸⁰

Bestandverträge sind in der Praxis prädestiniert dafür auf Grundlage von Formblättern abgeschlossen zu werden, zumal sie in der Regel für einen größeren Kreis potenzieller Bestandnehmer ausgelegt sind und sich die Vertragsklauseln zumindest im Anwendungsbereich des Konsumentenschutzes (zur Klausel-Judikatur des Obersten Gerichtshofes vgl Kapitel 3.4 BESCHRÄNKUNGEN DER ÜBERWÄLZUNG IM KONSUMENTENSCHUTZ) in einem sehr engen „Korsett der Zulässigkeit“ bewegen.⁸¹ Bestandgeber greifen daher in der Praxis auf „erprobte“ Standardmuster zurück, um sich nicht der Gefahr einer gerichtlichen Überprüfung fraglicher Klauseln auszusetzen. Insofern werden in Mietverträgen regelmäßig standardisierte Textbausteine verwendet, die nur mehr auf das jeweilige Mietobjekt angepasst werden.⁸²

Klarstellend ist festzuhalten, dass § 879 Abs 3 ABGB nur auf Nebenvereinbarungen Anwendungen findet. Sofern Hauptleistungspflichten von einer vermeintlich benachteiligten Vertragspartei beanstandet werden sollen, kann sie sich hierfür nicht auf § 879 Abs 3 ABGB berufen.⁸³ Ob eine fragwürdige Überwälzungsklausel daher überhaupt der Überprüfbarkeit nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegt, hängt rechtlich davon ab, ob die Erhaltungspflicht des Bestandgebers als Haupt- oder als Nebenleistungspflicht anzusehen ist.

In Judikatur und Lehre bildete diese rechtliche Einordnung bereits in der Vergangenheit ausreichend Stoff für umfangreiche Diskussionen. Einhellig ist dabei zunächst die Ansicht, dass die Definition der Hauptleistung im Allgemeinen eng zu verstehen ist.⁸⁴ Vom Hauptleistungscharakter sollen somit nur jene Vertragsbestandteile umfasst sein, bei deren

⁷⁹ *Pesek in Schwimman/Kodek*, ABGB § 1096 Rz 93.

⁸⁰ *Pletzer*, Erhaltung im Einkaufszentrum, Auslegung und geltungserhaltende Reduktion – Zugleich eine Besprechung von OGH 7 Ob 93/12w, wobl 2014, 2.

⁸¹ zum standardisierten Einsatz von Vertragsmustern für Bestandsobjekte in Einkaufszentren vgl *Lessiak*, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121.

⁸² *Riedler in Schwimman/Kodek*, ABGB § 864a Rz 4.

⁸³ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 288.

⁸⁴ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 288.

Fehlen der Vertrag mangels Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung (*Ob? – Wann? – Wieviel?*) von vornherein nicht wirksam zustande kommt (*essentialia negotii*).⁸⁵ Nach Ansicht von *Böhm* ist es für den Abschluss eines Mietvertrages gerade nicht erforderlich, dass die Vertragsparteien vorab Regelungen zur Erhaltung des Bestandobjektes treffen. Vielmehr reiche es aus, dass eine Einigung über den Mietzins und die Auswahl des Bestandobjektes bestehe. Die Erhaltungspflicht könne hilfsweise aus dem dispositiven Recht abgeleitet oder ansonsten auch von den Parteien anderwärtig vereinbart werden.⁸⁶ Im zweiten Fall stehe dann auch die Überprüfbarkeit nach § 879 Abs 3 ABGB offen. Insofern sei eine konkrete Regelung über die Erhaltungspflicht für den Abschluss des Mietvertrages gerade nicht zwingend erforderlich und die Qualifikation als Hauptleistung zu verneinen. Diese Ansicht wird überwiegend auch von der Lehre vertreten. Die Überwälzung einzelner Erhaltungspflichten, wie beispielsweise einer „Ausmalverpflichtung“ oder eine Verpflichtung zur „Erneuerung der Böden“ bei Beendigung des Bestandverhältnisses sind wohl stets als Nebenpflichten zu beurteilen, weil dadurch die allgemeinen Hauptleistungspflichten der Parteien – Mietzins gegen Nutzung – während dem aufrechten Bestandverhältnis in keiner Form berührt werden.⁸⁷

Hingegen sah der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a, im Zusammenhang mit der gänzlichen Überwälzung der Erhaltungspflicht sehr wohl auch, neben der Zahlungspflicht des Mietzinses, den Ansatz einer zusätzlichen Hauptleistungspflicht. Bei der Überwälzung der gesamten Erhaltungspflicht werde nämlich eine mit der Bestandüberlassung typischerweise verbundene Pflicht (nämlich die Erhaltung) auf die bloße vereinbarungsgemäße Nutzungsüberlassung beschränkt.⁸⁸ Der Erhalt des Zustandes treffe ab Übergabe somit den Bestandnehmer, der vergleichbar wie bei einer „*Instandhaltungsvereinbarung*“ den übernommenen Zustand während des gesamten Bestandverhältnisses als „eigene Leistungspflicht“ zu erhalten hätte.⁸⁹ Der Oberste Gerichtshof sah in einer solchen Übernahme zwei differenzierbare Hauptleistungen des

⁸⁵ *Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), *immolex* 2007, 262.

⁸⁶ *Böhm*, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), *immolex* 2007, 262; zustimmend auch *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 290/1, wonach sich allein aus der vertraglichen Befreiung vom dispositiven Recht das Charakteristikum der Nebenleistung ableiten lasse.

⁸⁷ *Lessiak*, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, *wbl* 2012, 121 mit Verweis zur „*Ausmalverpflichtung*“ auf OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a.

⁸⁸ *Lessiak*, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, *wbl* 2012, 121 mit Verweis auf OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a, wonach die gänzliche Übernahme der Erhaltungspflicht als Teil der Mietzinsvereinbarung zu qualifizieren sei und demnach eine Hauptleistungspflicht des Bestandnehmers bilde.

⁸⁹ OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a.

Bestandnehmers. Einerseits die klassische Verpflichtung zur Zahlung des Bestandzinses, andererseits auch die zusätzliche Naturalverpflichtung zum Erhalt des Gebäudes aus der Instandhaltungsvereinbarung. Darin könne „eine geldwerte, im Synallagma stehende positive Vertragspflicht“ erblickt werden, die entsprechend in den vereinbarten Bestandzins eingepreist werde.⁹⁰ Insbesondere Graf spricht sich gegen die hier begründete Qualifikation als Hauptleistung aus und zieht für die Überwälzung der Instandhaltungsvereinbarung eine Parallele zum Leasingvertrag.⁹¹ Auch der Leasingnehmer müsse demnach zusätzlich zur Zahlungspflicht der Leasingraten die Kostenlast für eine Kaskoversicherung übernehmen. Deshalb würde die Versicherungspflicht allein schon nicht zur Hauptpflicht erhoben werden. Obwohl dieser Vergleich nach seinem Gehalt nicht umfassend überzeugen kann (andernfalls wären sämtliche mit einem Vertragsabschluss verbundenen Nebenkosten ganz generell fraglich) kommt Graf wohl hier zum richtigen Ergebnis. In diesem Zusammenhang sei jedoch vorab festzuhalten, dass gerade aufgrund des von der Judikatur entwickelten Grundsatzes zur Deckelung überwälzbarer Erhaltungsaufwände (siehe dazu folgende Ausführungen) anzunehmen ist, dass mit der Zuschreibung einer bestimmten Wertmäßigkeit die Tendenz zum Hauptleistungscharakter zumindest „mitschwingt“.⁹² Immerhin werden in der Praxis gängige Vertragsbestimmungen wie: „*Erhaltungspflichten gemäß Punk X sind betraglich bis zu einem Ausmaß von € 5.000, -- pro Jahr vom Mieter zu übernehmen*“ in irgendeiner Form Eingang in die Mietzinsbildung finden müssen, andernfalls sich das Mietanbot bei ansonsten gleichbleibender Mietzinshöhe nicht erfolgreich am Mietmarkt positionieren können wird.⁹³

⁹⁰ dieser Ansicht folgend Lessiak, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121; in Gegenmeinung dazu Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wbl 2012, 215, wonach sich der OGH in dieser Entscheidung mit keiner „Silbe“ hinsichtlich einer möglichen Anfechtung gemäß § 879 Abs 3 ABGB auseinandersetzen musste, da ein entsprechendes Vorbringen in den Unterinstanzen wohl fehlte.

⁹¹ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 879 Rz 290/1,

⁹² vgl Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 9; zur Vereinbarung eines „Kostendeckels“ in der Praxis vgl Richter in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 190.

⁹³ Anm hierzu: Ein potenzieller Mieter wird das ausgewiesene Kostenrisiko in seiner Abwägung zu vergleichbaren Vertragsangeboten am Mietmarkt jedenfalls berücksichtigen. Bietet ein anderer Vermieter ein vergleichbares Bestandsobjekt mit einer Kostenübernahme von beispielsweise nur € 4.000, -- an, wird der gegenständliche Vertrag wohl nicht zustande kommen, weil in der Gesamtanalyse der (Haupt)-Leistungsverpflichtungen das zweite Angebot für den Mieter „rechnerisch“ besser ist. Es ist daher zumindest nachvollziehbar, woher der Oberste Gerichtshof seine Begründung ableitet, die gesamte Übernahme der Erhaltungspflicht bilde eine eigene Hauptleistung; vgl OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a; vgl Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 9.

Dennoch ist hier wohl der herrschenden Lehre zu folgen und auch die unbestimmte Übernahme von Erhaltungspflichten als bloße Nebenleistung des Mieters zu qualifizieren.⁹⁴ Vonkilch bringt treffend ins Spiel, dass in der unbestimmten Übernahme vielmehr eine „Aushöhlung“ der nach dem Gesetz den Vermieter treffenden Hauptleistungspflicht vorliege.⁹⁵ Dies erscheint nachvollziehbar, wenn man nach diesem Gedankengang bildlich die beim Vermieter grundsätzlich verbleibende Hauptleistungspflicht lediglich durch die mieterseitige Übernahme von Nebenpflichten „ausdünnt“. Die Überwälzung von unbestimmten Erhaltungspflichten wird daher in aller Regel als Nebenleistung aus dem Bestandverhältnis zu betrachten und demensprechend der Anfechtung nach § 879 Abs 3 ABGB zugänglich sein.⁹⁶ Ob auch die betraglich bestimmte und ausgewiesene Überwälzung (*e contrario* zur unbestimmten Überwälzung) als Teil der Mietzinszahlung zu werten ist, muss mangels ständiger Rechtsprechung bis auf Weiteres offengelassen werden.

GEGENLEISTUNGSLOSE ÜBERWÄLZUNG

In einer prominenten Entscheidung betreffend die Verpachtung des Burgtheaters in Wien hat der Oberste Gerichtshof den ersten Grundstein für die Zulässigkeit der Überwälzung von Erhaltungspflichten im Bestandverhältnis gelegt.⁹⁷ Der Bestandnehmer hat sich im gegenständlichen Fall zur Übernahme sämtlicher Instandhaltungs- und Instandsetzungsaufwände verpflichtet, die für die „Herstellung der Spielfertigkeit“ des Bestandobjektes notwendig geworden wären. Zunächst hielt der Oberste Gerichtshof ganz allgemein fest, dass innerhalb des Anwendungsbereiches des ABGB, es den Vertragsparteien grundsätzlich frei stehe, welches konkrete Entgelt sie für die Nutzungsüberlassung vereinbaren, weil das Bestandrecht nach dem ABGB keine Mietzinsbeschränkungen kenne.⁹⁸ Aufgrund des dispositiven Charakters von § 1096 und § 1097 ABGB könne auch die Überwälzung der gesamten Erhaltungspflicht daher nicht gröblich benachteiligend sein, wenn dafür eine angemessene Gegenleistung (als ein Teil des

⁹⁴ vgl. Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215; zustimmend auch Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262.

⁹⁵ Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215.

⁹⁶ anderer Ansicht, Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1096 Rz 8 f, der die Erhaltungspflicht als „primären Erfüllungsanspruchs“ des Vermieters qualifiziert und sie deshalb als „kontrollimmun“ sei. Eine Parallele ergebe sich aus § 28 MRG, wonach auch sämtliche vom Mieter zu erbringende Dienstleistungen beim Mietzins zu anzurechnen seien.

⁹⁷ OGH 13.06.1951, 3 Ob 267/51.

⁹⁸ OGH 13.06.1951, 3 Ob 267/51.

Entgelts) vereinbart werde.⁹⁹ Eine solche Gegenleistung lag im konkreten Fall vor, weshalb der Oberste Gerichtshof eine gröbliche Benachteiligung des Bestandnehmers verneinte.¹⁰⁰

Aus dieser Erkenntnis wird wohl ganz generell der Grundsatz abzuleiten sein, dass (*e contrario*) eine gröbliche Benachteiligung immer dann anzunehmen ist, wenn eben keine angemessene Gegenleistung für die Übernahme von Erhaltungspflicht gewährt wird. In einem solchen Fall würde nämlich der Bestandgeber eine ihn nach dem Gesetz treffende Kardinalspflicht auf den Bestandnehmer überwälzen, ohne dass dafür ein entsprechendes Äquivalent gewährt würde. Der Bestandgeber würde dadurch im Ergebnis eine Übervorteilung erfahren, für welche keine sachliche Rechtfertigung bestünde. Eine solche Vereinbarung sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und rechtlich somit unwirksam.

In diesem Zusammenhang ist ganz allgemein festzuhalten, dass die Übernahme von Erhaltungspflichten rechtlich eine werthaltige Leistung des Mieters darstellt.¹⁰¹ Selbst wenn daher kein Mietzinsbetrag an den Vermieter bezahlt wird, steht dennoch mit der Übernahme von Erhaltungspflichten auch der Nutzungsüberlassung eine werthaltige Gegenleistung gegenüber. Ein solches Vertragsverhältnis wäre – aufgrund der Entgeltlichkeit – als Mietvertrag zu qualifizieren. Darin liegt im Wesentlichen auch die Unterscheidung zur (Bitt-)Leihe, bei welcher die Nutzungsüberlassung ausschließlich unentgeltlich erfolgt.¹⁰²

In diesem Zusammenhang nachfolgend – aufgrund der praktischen Relevanz – ein kurzer rechtlicher Exkurs: Vereinbarungen, durch welche Bestandobjekte als angedachtes Prekarium, aber in Erwartung „kleinerer Erkenntlichkeiten“ überlassen werden, können in der Praxis häufig – aufgrund des fehlenden Problembewusstseins – zu rechtlichen Stolperfallen führen. Die Übernahme von Erhaltungspflichten kann, wie bereits aufgezeigt als „Gegenleistung“ qualifiziert werden.¹⁰³ Wird nun die Überlassung eines Bestandobjekts zwar ohne Mietzins, aber in Erwartung (wenn auch bloß einfacher) Instandhaltungs- und

⁹⁹ RIS-Justiz RS0016799.

¹⁰⁰ Anm hierzu: Der Oberste Gerichtshof sah in einer einseitigen Kündigungsbeschränkung auf wichtige Gründe des Bestandgebers und in einer Amortisationsklausel für getätigte Aufwände, gemäß derer ein Nachfolger des Bestandnehmers eine Zinsreduktion zur Finanzierung der Investitionsablässe bekommen sollte, eine angemessene Gegenleistung für die Übernahme der Erhaltungspflicht. Ob eine solche Gegenleistung nach heutigem Maßstab immer noch als „angemessen“ beurteilt werden würde, wage ich zu bezweifeln.

¹⁰¹ OGH 19.10.1989, 8 Ob 660/89.

¹⁰² OGH 19.10.1989, 8 Ob 660/89; *Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB⁴ (2024) § 974 Rz 12.

¹⁰³ OGH 19.10.1989, 8 Ob 660/89.

Instandsetzungsarbeiten (Ausmalen, Schleifen, Entrümpeln, etc) überlassen, ist die Schwelle zur Entgeltlichkeit rechtlich schnell überschritten.

Entgeltlichkeit ist nämlich bereits dann anzunehmen, wenn vom „Prekaristen“ Aufwände erwartet werden, die nicht nur die gewöhnliche Nutzung des Bestandobjektes „kompensieren“ sollen, sondern darüber hinaus für den Vermieter einen „Mehrwert“ aus der Nutzungsüberlassung lukrieren.¹⁰⁴ War vermierterseitig zunächst nur die unentgeltliche Leihe beabsichtigt, wird durch eine solche Vereinbarung das Vertragsverhältnis dem Regime des Mietrechts unterstellt, womit auch die damit verbundenen Mieterschutzbestimmungen (wie insbesondere der Kündigungsschutz) einhergehen.

UNBESCHRÄNKT ÜBERNOMMENE ERHALTUNGSPFLICHTEN

In der Folgeentscheidung, OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w, erkannte der Oberste Gerichtshof auch in der unbeschränkten Überwälzung von Erhaltungspflichten für ein vermietetes Einkaufszentrums eine gröbliche Benachteiligung zulasten des Bestandnehmers.¹⁰⁵ Mangels eines vereinbarten Höchstbetrages würde sich der Bestandnehmer *„einer völlig unabschätzbaren künftigen Kostenlast aussetzen, während dem Bestandgeber der Bestandzins und die Befreiung von jeglichem Erhaltungsaufwand für sein gesamtes Eigentum zugutekäme.“*¹⁰⁶

Unter Verweis auf die bereits im vorhergehenden Kapitel thematisierte Entscheidung hielt der Oberste Gerichtshof neuerlich fest, dass die generelle Überwälzung von Erhaltungspflichten ohne entsprechende Gegenleistung eine gröbliche Benachteiligung zu Lasten des Bestandnehmers darstelle. In Fortentwicklung dieses Ansatzes wird in dieser Entscheidung nun zusätzlich auch auf die „Bestimmtheit“ der übernommenen Erhaltungspflicht Bezug genommen und in Anlehnung an die Literatur und Rechtsprechung des Deutschen Bundesgerichtshofes festgehalten, *„dass die unbeschränkte Überwälzung der Erhaltung und damit der Kosten“* des gesamten Bestandobjektes allgemein gröblich benachteiligend sei.¹⁰⁷ Implizit wird der Oberste Gerichtshof damit wohl auch das umseits

¹⁰⁴ Zur Abgrenzung der Entgeltlichkeit im Prekarium vgl. Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 974 Rz 12.

¹⁰⁵ Richter in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 190.

¹⁰⁶ OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w.

¹⁰⁷ OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w, unter Verweis auf Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262; Vonkilch, (Un-)Zulässigkeit von Kostenüberwälzungen auf den Mieter, wobl 2021, 268;

BGH 06.04.2004, XII ZR 158/01.

bekannte Bestimmtheitsgebot ansprechen, welches ganz allgemein fordert, dass die von Vertragsparteien vereinbarten Leistungen im ausreichenden Maße umschrieben sein müssen, um als Verpflichtung überhaupt wirksam zu sein.¹⁰⁸

In seinen Ausführungen hat der Obersten Gerichtshof jedoch offengelassen, ob die hiermit geforderte „Eingrenzung“ der übernommenen Kostenlast zusätzlich zum bisherigen Erfordernis der „angemessenen Gegenleistung“ hinzutrete oder rechtlich als „entweder/oder“ anzusehen sei und es daher ausreiche, wenn entweder eine angemessene Gegenleistung für das übernommene Risiko gewährt oder dieses vorab für den Bestandnehmer abschätzbar eingeschränkt wird.

Nach meiner Einschätzung wird die spätere Rechtsprechung wohl als eine echte Fortentwicklung des bisherigen Grundsatzes zu betrachten sein, welche die „Angemessenheit der Gegenleistung“ nun an einem vorab zu definierenden Umfang der überwältigten Erhaltungspflicht misst. Insofern wird in einer Zusammenschau beider Entscheidungen zuerst der Umfang der zu überwältigenden Erhaltungspflicht festzusetzen sein (= 2. Kriterium der Überwälzung), um in einem Folgeschritt das angemessene Äquivalent (idR in Form einer Mietzinsreduktion) bestimmen zu können (= 1. Kriterium der Überwälzung).¹⁰⁹ Bei der Gestaltung entsprechender Vertragsklauseln wird man in der Praxis wohl vorab den Erhaltungsaufwand in Prozentsätzen abschätzen und bei der Mietzinshöhe (ersichtlich) in Abzug bringen müssen, um der gröblichen Benachteiligung effektiv entgegenzutreten zu können.¹¹⁰

Im Ergebnis wurde die Überwälzungsklausel vom Obersten Gerichtshof als gröblich benachteiligend beurteilt und war im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion und nach dem hypothetischen Parteiwillen neu auszulegen.¹¹¹ Die „Grenze“ der zulässigen Überwälzung wurde in der Erhaltung für das „Innere“ des Einkaufszentrums gesehen. Im Umkehrschluss verblieb die Erhaltungspflicht der allgemeinen Gebäudesubstanz und der Außenkubatur (Fassade, Dachkonstruktion, Mauerwerk, etc) beim Bestandgeber.

¹⁰⁸ Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262, wonach es jedoch ausreiche, wenn diese Umschreibung der Überwälzung „pauschal“ erfolge. Es reiche daher aus wenn ein Mietvertrag beispielsweise vorschreibe, dass „jegliche Reparatur, die an Wohnung inklusive Zubehör, insb. mitgemieteten Einrichtungsgegenständen bzw Geräten notwendig wird“ vom Mieter übernommen werde.

¹⁰⁹ vgl Vonkilch, (Un-)Zulässigkeit von Kostenüberwälzungen auf den Mieter, wobl 2021, 268, wonach auch die vom OGH zitierte Entscheidung des Deutschen BGH vorsehe, dass die Übernahme der Erhaltungspflichten an Allgemeinflächen und Anlagen einen „bestimmten zumutbaren Rahmen“ erfordere, „beispielsweise eine Kostenbegrenzung auf einen festen Prozentsatz der Jahresmiete [...]“; BGH 06.04.2004, XII ZR 158/01.

¹¹⁰ vgl Richter in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 190.

¹¹¹ OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w.

Sofern diese (im Sinne des Parteiwillens erfolgte) Auslegung in irgendeiner Form als Argumentationsstütze für allgemein unzulässige Überwälzungsklauseln herangezogen werden kann, so ist nach diesem Grundgedanken eine überschießende Überwälzungsklausel eines „Triple-Net-Vertrages“ wohl zumindest so weit zu reduzieren, dass der Bestandgeber weiterhin zur Erhaltung der Gebäudesubstanz und der Außenkubatur verpflichtet ist, um eine nach der Rechtsprechung geforderte „Einschränkung“ der Erhaltungspflicht für den Bestandnehmer zu erreichen.¹¹² Offengelassen hat der Oberste Gerichtshof in diesem Zusammenhang des Weiteren, ob für eine solche „reduzierte“ Übernahme der Erhaltung – somit auch für das „Innere“ des Bestandsobjektes – eine Gegenleistung (1. Kriterium) erforderlich ist, um dem Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB zu genügen.

Die Rechtssache wurde zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen, weshalb die Frage weiterhin offenbleibt, ab welcher „Schwelle“ die Überwälzung einer Erhaltungspflicht die oben definierten Kriterien erfüllen muss.¹¹³ Nach der bisherigen Rechtsprechung ist nur die Überwälzung der gesamten Erhaltungspflicht gegenleistungspflichtig. Aus Gründen des „Umgehungsschutzes“ wird man wohl sinnvollerweise annehmen dürfen, dass bereits die „überwiegende“ Übernahme von Erhaltungspflichten die Gegenleistungspflicht auslösen wird, um dieser Rechtsprechung einen für die Praxis sinnhaften Maßstab beizumessen. Andernfalls würde der (vermieterseitige) Vertragserrichter bewusst einzelne Erhaltungspflichten von der Überwälzung ausklammern, um *pro forma* den Tatbestand der „gesamten Erhaltungspflicht“ bereits im Vorfeld auszuschließen.

EINSCHRÄNKUNG AUF MRG-ERHALTUNGSPFLICHTEN

Nach jüngster Rechtsprechung des Oberlandesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 04.06.2024 und zum Aktenzeichen 33 R 181/23i liegt auch dann eine gröbliche Benachteiligung des Mieters vor, wenn trotz gesetzlichem Anwendungsbereich des § 1096 ABGB, die Erhaltungspflichten des Vermieters auf jenen Umfang eingeschränkt werden, die den Vermietern gesetzlich nach dem MRG-Vollanwendungsbereich treffen würden.¹¹⁴

Das erkennende Gericht erblickte hierin keine sachliche Rechtfertigung, weshalb der Vermieter berechtigt sein sollte, die ihn grundsätzlich nach § 1096 ABGB weitergehenden

¹¹² OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w, ecolex 2013/238.

¹¹³ vgl. Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262.

¹¹⁴ OLG Wien 04.06.2024, 33 R 181/23i.

Erhaltungspflichten gegenleistungslos auf den niedrigeren Umfang nach § 21 MRG einseitig einzuschränken.¹¹⁵ Die bloße Referenz auf die parallellaufende Norm des MRG stelle nach Ansicht des OLG Wien *per se* noch keine sachliche Rechtfertigung dar, die eine gröbliche Benachteiligung von Vornherein ausschließe.¹¹⁶

Das OLG Wien hat den Zulassungsausspruch für die ordentliche Revision an den Obersten Gerichtshof jedoch für zulässig erachtet. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich der OGH der Entscheidung des OLG Wien anschließen wird (zum Spruchpunkt des OLG Wien über die Unzulässigkeit der Überwälzung des MRG-Betriebskostenkataloges siehe Kapitel 3.4.1). Sollte das Urteil vom OGH bestätigt werden, so ist wohl im Ergebnis davon auszugehen, dass bereits die vertragliche Einschränkung auf die Erhaltungspflichten nach MRG rechtlich eine entsprechende Gegenleistung verlangen wird, um nicht als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB beurteilt zu werden (siehe dazu vorhergehendes Kapitel).

3.5.2 VERKÜRZUNG ÜBER DIE HÄLFTE (§ 934 ABGB)

§ 934 ABGB kommt grundsätzlich auf alle entgeltlichen Rechtsgeschäfte zur Anwendung, sodass auch im Rahmen von Bestandverhältnissen die vereinbarten Hauptleistungspflichten dem Prüfmaßstab der *laesio enormis* unterliegen.¹¹⁷ Erhält eine der Vertragsparteien im Verhältnis zur Gegenleistung nicht einmal die Hälfte des gemeinen Wertes, ist die benachteiligte Partei zur Vertragsanfechtung berechtigt.¹¹⁸ Der Tatbestand der *laesio enormis* stellt wertungsfrei auf ein objektives Missverhältnis der vereinbarten Leistungen ab. Anders als nach den Alternativtatbeständen des § 879 Abs 2 ABGB kommt es daher explizit nicht auf eine „Störung in der Willensbildung“ einer Vertragspartei an, sondern die Verkürzung über die Hälfte bezieht sich *expressis verbis* ausschließlich auf ein rechnerisches Wertmissverhältnis.¹¹⁹

Maßgeblich für die Beurteilung des Missverhältnisses ist die Höhe des vereinbarten Mietzinses, der in Relation zum durchschnittlich am Mietmarkt erzielbaren Mietzins (gleichwertiger Bestandobjekte) gesetzt wird.¹²⁰ Wurde ein gemischter Mietzins vereinbart,

¹¹⁵ OLG Wien 04.06.2024, 33 R 181/23i.

¹¹⁶ Anm hierzu: denkbar wäre eine Abgeltung auf den Mietzins gewesen; vgl OGH 22.3.2024, 8 Ob 6/24a.

¹¹⁷ Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 934 Rz 1; Karauscheck/Schürhuber, Laesio enormis beim Bestandvertrag, immo aktuell 2020, 203.

¹¹⁸ Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 934 Rz 5.

¹¹⁹ Karauscheck/Schürhuber, Laesio enormis beim Bestandvertrag, immo aktuell 2020, 203.

¹²⁰ Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 934 Rz 6. Bei Mietobjekten im Vollenwendungsbereich ergibt sich der „gemeine“ Mietzins (zumeist angemessener Mietzins) aus den gesetzlichen Bestimmungen des §§ 16

so ist neben dem geldwerten Anteil auch das Ausmaß der Naturalleistung anhand marktüblicher Verhältnisse zu bewerten.¹²¹ Eine solche Naturalleistung kann auch in der Übernahme der Erhaltungspflichten für das Bestandsobjekt bestehen (siehe dazu Kapitel 3.5.1 GRÖBLICHE BENACHTEILIGUNG (§ 879 ABS 3 ABGB)). § 934 ABGB stellt darauf ab, dass die gegenüberstehenden Leistungen als solche tatsächlich anhand eines üblichen Verkehrswertes bewertbar sind.¹²² Ist ein solcher Verkehrswert nicht vorhanden, muss stattdessen ein angemessener Wert der Leistung herangezogen werden.¹²³ Sofern die Leistung des Mieters in seiner Gesamtheit mehr als das Doppelte des marktüblichen Mietzinses beträgt, ist das Bestandverhältnis zur Gänze nach § 934 ABGB anfechtbar.¹²⁴

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage der Wertmäßigkeit bildet dabei nach der Lehre und Rechtsprechung der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses des Bestandvertrages.¹²⁵ Allfällige nachfolgende Wertentwicklungen über die vereinbarten Leistungen bleiben bei der Bewertung des Missverhältnisses daher unberücksichtigt.

In diesem Zusammenhang sprach der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung zu OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a zwar ganz generell aus, dass für die Überwälzung der Erhaltungspflichten die Anwendung der *laesio enormis* in Betracht komme, jedoch führte er in weiterer Folge nicht aus, wie eine solche Anfechtung in der Praxis auf einen gemischten Mietzins vorzunehmen sei.¹²⁶

Nach dem Grundsatz, dass die Bewertung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu erfolgen hat, müsste bereits der gesamte für die Laufzeit entfallende Erhaltungsaufwand des (mitunter unbefristeten) Bestandverhältnisses von den Vertragsparteien vorab „erahnt“ und auf jenen Mietzinsanteil heruntergebrochen werden, der auf die Naturalleistung entfällt. Eine solch genaue Prognose ist im Rahmen einer generellen Überwälzung der Erhaltungspflicht ohne entsprechende gutachterliche Bewertung des Mietobjekts und dessen Zustandes in der Regel nicht möglich.¹²⁷ Einerseits werden Erhaltungsmaßnahmen nicht in kalendarischen

ff MRG und wird in der Regel durch Sachverständigengutachten ermittelt; vgl dazu auch OGH 28.4.2022, 7 Ob 14/22t = ecolex 2022/468; Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 41.

¹²¹ Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 33, unter Verweis auf OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a.

¹²² Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 934 Rz 6.

¹²³ Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 37.

¹²⁴ Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 33.

¹²⁵ Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 66.

¹²⁶ OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a; Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 33.

¹²⁷ zur Unvorhersehbarkeit und mangelnden Kalkulierbarkeit eines Mangleintritts (Reparatur) vgl Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262, mit Verweis auf § 9 KSchG.

Abständen fällig, mit welcher eine „praktische“ Horschrechnung anhand des prognostizierten Mietzinses erfolgen könnte,¹²⁸ andererseits liegt in der Überwälzung der Erhaltungsmaßnahme auch ein gewisses Risikoelement, ob eine konkrete Maßnahme überhaupt innerhalb der Vertragslaufzeit schlagend wird.¹²⁹ Man denke beispielsweise an zwei aneinander folgende Mietverhältnisse, die jeweils zu gleichen (prognostizierten) Konditionen und für dasselbe Bestandobjekt auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden: Denkbar wäre in dieser Konstellation, dass der Nachfolgemmieter aufgrund eines plötzlichen Wassereintritts die Dachsanierung zu übernehmen hätte, während der vorangegangene Mieter „glücklicherweise“ noch vorzeitig aus dem Bestandverhältnis ausscheiden konnte.¹³⁰ Rein objektiv hätten beide Mieter zum selben marktüblichen gemischten Mietzins das Bestandverhältnis abgeschlossen. In der subjektiven Betrachtung trägt der Nachfolgemmieter den gesamten Erhaltungsaufwand, sowohl seiner eigenen Nutzung als auch jenen seines Vorgängers. Aufgrund der Marktüblichkeit des Mischzinses wäre der Zweimieter wohl nicht zur Anfechtung nach § 934 ABGB berechtigt, obwohl er auf die gesamte Vertragslaufzeit gerechnet eine offenkundig überhöhte Zahlungsverpflichtung übernommen hat.

Mit einer ähnlich gelagerten Problematik von Risikoübernahmen hat sich der Oberste Gerichtshof bereits mit der Einräumung von Optionen beim Liegenschafts Kauf auseinandergesetzt.¹³¹ Auch bei der Option ist klassischerweise nicht absehbar, ob und in welcher Höhe eine konkrete Leistung (hier Kaufpreis) überhaupt in Zukunft fällig werden wird.

Die Risikoüberwälzung der Preisschwankung für die zugrundeliegende Hauptleistung bildet daher das Charakteristikum einer Option.¹³² Der Optionsberechtigte kann mit der Ausübung bis zu einer für ihn günstigsten Marktsituation zuwarten oder die Option sanktionslos verstreichen lassen. Der Einräumende hingegen ist zum „Stillhalten“ verpflichtet und trägt

¹²⁸ vgl. Lessiak, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121, wonach man auch im Betrieb eines Einkaufszentrums laufend anfallende Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten im Sinne einer wirtschaftlichen Betriebsführung zu „aufwendigeren Reparaturen“ oder „grundlegenden Erneuerungen bzw. Modernisierung“ zusammenfasst.

Anm. hierzu: „Aufgeschoben ist nicht aufgehoben“ – angesichts des rapide angestiegenen Baukostenindex, können hintangestellte Sanierungsmaßnahmen einen mitunter erheblichen Kostenfaktor für den Mieter darstellen; zur Nichtanwendbarkeit des § 934 ABGB auf die nachträgliche Korrektur gezielt vereinbarter Marktpreise

vgl. Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 12.

¹²⁹ Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262.

¹³⁰ zum aufgezeigten Beispiel siehe Vonkilch, (Un-)Zulässigkeit von Kostenüberwälzungen auf den Mieter, wbl 2021, 268.

¹³¹ Zimmermann, Verstärkter Senat zur *laesio enormis* bei der Option, NetV 2023, 6.

¹³² Reischauer in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 934 Rz 74.

das Risiko eines verminderten Verkehrswertes.¹³³ Der Oberste Gerichtshof hat in einer älteren und verstärkten Senatsentscheidung dazu festgehalten, dass auch bei der Bewertung eines unentgeltlichen Optionsgeschäftes nicht der Zeitpunkt der Ausübung, sondern der Zeitpunkt der Einräumung maßgeblich sei.¹³⁴ Richtigerweise kritisierte *Zimmermann* hierzu, dass kein „*vernunftbegabter Mensch*“ unentgeltlich ein solches Preisschwankungsrisiko auf sich nehmen würde, weshalb bei klassischen Optionsgeschäften auch ein entsprechendes Entgelt dafür vereinbart werde.¹³⁵ Beim handelsüblichen Liegenschaftskaufvertrag stehe der Kaufpreis im Zeitpunkt der Vertragsabschlusses fest. Sofern jedoch ein unentgeltliches Zuwarten eingeräumt werde, sei es unsachlich die Bewertung der Hauptleistung auf den Vertragsabschluss festzusetzen, sondern die „*unentgeltliche Übernahme*“ sei bei der Bewertung der Leistungen zu berücksichtigen.¹³⁶

In Anlehnung an diese Argumentation ist der Oberste Gerichtshof von seiner bisherigen Rechtsprechung wieder abgegangen und stellt auch nach der jüngeren Judikatur für die Einräumung einer Option beim Liegenschaftskauf auf den „*Zeitpunkt des Zugangs der Optionserklärung ab*“.¹³⁷ Erst im Zeitpunkt der Optionsausübung stehe nämlich fest zu welcher konkreten Leistung sich der Gegner des Optionsberechtigten verpflichte. Wörtlich „*fehle es zum Zeitpunkt ihrer Einräumung [...] an jeglicher Gewissheit über eine künftig entstehende Verpflichtung zur Leistung*“, weshalb eine Bewertung der Leistung im Sinne des § 934 ABGB erst im Zeitpunkt der Ausübung der Option und Entstehung der Leistungsverpflichtung vorgenommen werden könne.¹³⁸

Nichts Anderes kann im spiegelbildlichen Fall der generellen Überwälzung unbestimmter Erhaltungspflichten gelten, wo beide Vertragsparteien beim Vertragsabschluss keine Gewissheit darüber haben, welche konkrete Leistungspflichten künftig für das

¹³³ *Zimmermann*, Verstärkter Senat zur *laesio enormis* bei der Option, NetV 2023, 6.

¹³⁴ *Reischauer* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB § 934 Rz 74; OGH 13.02.1997 2 Ob 17/97g.

¹³⁵ vgl. *Zimmermann*, Verstärkter Senat zur *laesio enormis* bei der Option, NetV 2023, 6, wonach für die Einräumung einer unentgeltlichen Option, es „*zweifelhaft*“ sei, für den Bewertungszeitpunkt jenen des Vertragsabschlusses heranzuziehen. Die einräumende Partei würde unentgeltlich das Risiko für die Wertentwicklung der versprochenen Sache übernehmen. Eine solche Übernahme muss in irgendeiner Form in der objektiven Bewertung seine Berücksichtigung finden.

¹³⁶ *Zimmermann*, Verstärkter Senat zur *laesio enormis* bei der Option, NetV 2023, 6.

¹³⁷ *Reischauer* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB § 934 Rz 74; OGH 12.09.2001, 4 Ob 159/01p.

¹³⁸ *Reischauer* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB § 934 Rz 74; zur Entstehung der Leistungsverpflichtung bei Ausübung der Option vgl. OGH 25.03.2003, 1 Ob 67/03i; in diesem Zusammenhang auch OGH 12.09.2001, 4 Ob 159/01p, wonach zu berücksichtigen sei, dass Optionen oft auf einen langen Zeitraum eingeräumt werden und die „*Entwicklung des Wertungsgefüges*“ daher vorab für die Vertragsparteien nicht absehbar sei.

abzuschließende Bestandverhältnis entstehen werden und welche Marktsituation zum Zeitpunkt der Durchführung herrschen wird.

Es erscheint daher nur sachgerecht, die Bewertung der vereinbarten Leistungen *ex post* im Zeitpunkt der „Entstehung“ der konkreten Erhaltungsmaßnahme vorzunehmen. Sämtliche bis zu diesem Zeitpunkt vom Mieter erbrachten Mietzinsleistungen könnten zuzüglich der zu übernehmenden Erhaltungsmaßnahme in Relation zum marktüblichen Mischzins gesetzt werden. Laufende (kleinere) Erhaltungskosten würden ohnedies nicht die Schwelle zur Verkürzung über die Hälfte erreichen. Dagegen könnten jedoch besondere Härtefälle, in denen der Vermieter die „Generalsanierung“ des Bestandobjektes im eigentlichen Sinne auf den Mieter überbindet, durch eine Anfechtungsmöglichkeit nach § 934 ABGB im Rahmen der *laesio enormis* abgefangen werden.

3.5.3 WUCHER (§ 879 ABS 3 Z 4 ABGB)

Unter den Wuchertatbestand fallen jene entgeltlichen Verträge, bei denen ein objektives Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen vorliegt, sodass eine der Vertragsparteien aus der Vertragsbeziehung übervorteilt wird. Maßgebliche Unterscheidung zur Verkürzung über die Hälfte gemäß § 934 ABGB ist das zusätzlich hinzutretende subjektive Element. Wucher setzt nämlich voraus, dass sich die übervorteilte Partei die Zwangslage ihres Gegenübers zu Nutze macht, um für sich einen günstigeren Vertragsabschluss zu erreichen.

Für den Umfang der Adäquanzstörung muss zumindest ein „auffallendes“ Missverhältnis zwischen den vereinbarten Leistungen vorliegen; eine rechnerische Hälfte wie bei der *laesio enormis* ist dagegen nicht erforderlich.¹³⁹ Laut Lehre und Rechtsprechung muss dieses nach dem Gesetzeswortlaut geforderte „Ausbeuten“ nicht vorsätzlich erfolgen, sondern es reicht aus, dass die übervorteilte Partei die Zwangslage kannte oder „fahrlässig“ erkennen musste und dennoch den Vertragsabschluss vornimmt.¹⁴⁰

Was genau unter einer Zwangslage zu verstehen ist wird anhand der Rechtsprechung näher ausgelegt. Die betroffene Vertragspartei muss aufgrund einer Drucksituation in ihrer freien

¹³⁹ Krejci in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 879 Rz 358, wonach „die Gegenleistung den Wert der Leistung bedeutend übersteigt, ohne [...], dass dies sachlich gerechtfertigt“ wäre; zum „leicht erkennbaren, groben Missverhältnis“ vgl OGH 25.03.1993, 8 Ob 502/93.

¹⁴⁰ Kietaihl/Rebhahn in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 879 ABGB Rz 57.

Willensbildung derart eingeschränkt sein, dass sie den Vertrag trotz der objektiv schlechteren Konditionen dennoch abschließt.¹⁴¹ Dabei ist auch nicht erforderlich, dass die übervorteilte Partei die Zwangslage selbst geschaffen hat.¹⁴² Ganz allgemeine wirtschaftliche Notlagen, wie insbesondere die einschlägige und ausjudizierte „Wohnungsbeschaffungsschwierigkeiten“ begründen aber keine Zwangslage, die zur Anfechtung nach § 879 Abs 2 Z 4 ABGB berechtigen.¹⁴³ Ist das Gegenüber jedoch bereit auch in der Notlage über den marktüblichen Preis hinauszuzahlen (zum Beispiel durch die zusätzliche Übernahme von Erhaltungspflichten), so kann der Wuchertatbestand mitunter bereits erfüllt sein. Auch aus „Unerfahrenheit“ des Vertragspartners oder dem Ausnutzen der Verhandlungsschwäche kann eine solche Zwangslage begründet werden.¹⁴⁴ Der Oberste Gerichtshof musste sich bisher noch nicht mit einschlägigen Sachverhalten auseinandersetzen, die den hier aufbereiteten Problemstellungen einen Mehrwert zuschreiben könnten. Verneint wurde im Zusammenhang mit Mietverträgen lediglich das Vorliegen einer Zwangslage, wenn in umgekehrter Hinsicht der Mieter vom Vermieter eine „Ablöse“ zur Aufgabe seines Mietrechts verlangt.¹⁴⁵

Dabei eröffnet bereits ein realistischer Blick in die derzeitige Wohnsituation, dass nicht mit allzu großen Schwierigkeiten eine solche Zwangssituation für den wohnungssuchenden Mieter konstruieren werden kann.¹⁴⁶ Die Auswahl einer potenziellen Wohnung orientiert sich in aller Regel an Mietzins, Größe und Lage des Bestandobjektes. Diese Parameter stehen vernünftigerweise in direktem Verhältnis. Je zentraler, größer und besser angebunden ein Bestandobjekt ist, desto höher ist auch der Mietzins.¹⁴⁷ Der Mieter steht bei der Auswahl eines passenden Bestandobjektes daher stets im Spannungsverhältnis zwischen der zumutbaren Wegzeit und seinem verfügbaren Budget (Größe und Zustand miteingeschlossen).

Die übrigen (vertraglichen) Parameter werden vom durchschnittlichen Wohnungssucher regelmäßig vernachlässigt. Zumindest ist beim derzeitigen „Wohnungsmangel“ in Wien nur

¹⁴¹ Krejci in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 879 Rz 342.

¹⁴² Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm § 879 ABGB Rz 57, unter Verweis auf OGH 13.07.1994, 3 Ob 503/93.

¹⁴³ Krejci in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 879 Rz 351.

¹⁴⁴ Krejci in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 879 Rz 354.

¹⁴⁵ Krejci in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 879 Rz 342; OGH 24.03.2010, 9 Ob 20/10x.

¹⁴⁶ zur allgemeinen Wohnsituation in Wien vgl Ehlmaier, Vorsorgewohnungen in Wien, ZLB 2024, 31.

¹⁴⁷ vgl Kuprian, der Mietvertrag² (2014) Rz 82, wonach sich auch der angemessene Mietzins grundsätzlich am marktkonformen Mietzins orientiert und die Zu- und Abschläge gemäß § 16 Abs 1 MRG anhand „Größe, Art, Beschaffenheit und Lage“ errechnen.

zu gut vorstellbar, dass ein potenzieller Mieter „dankend“ das Risiko für mögliche Erhaltungspflichten übernimmt, sofern er nur die gewählte Wohnung in gewünschter Lage und zum leistbaren Mietzins erhält.¹⁴⁸ Der nächste Gedankenschritt zum Vermieter, der den allgemein schlechten Zustand seines Bestandobjektes kennt oder zumindest kennen musste und sich dennoch die Sanierung seines Bestandobjektes vertraglich vom Mieter zusichern lässt, liegt offenkundig auf der Hand.

Mag zwar sein, dass ein aktueller Wohnungsnotstand und die gestiegenen Wohnkosten als allgemeine Notlage nicht zur Begründung einer Zwangslage ausreichen; sehr wohl wird nach meiner Ansicht jedoch ein Ausnutzen der Verhandlungsschwäche vorliegen, wenn der Mieter aufgrund seiner Unkenntnis übereilt umfassende Erhaltungspflichten übernimmt, in der Sorge, er könne zeitnahe keine vergleich- bzw. leistbare Wohnung finden.¹⁴⁹

Der durchschnittliche wohnungssuchende Mieter wird in aller Regel die tatsächliche Tragweite seiner Erklärung zum Zeitpunkt seines Vertragsabschlusses nicht verstehen, mit welcher das vertragliche Risiko von Erhaltungspflichten übernommen wird. Hier ist nach meiner Einschätzung durchaus plausibel vertretbar, dass der Vermieter bei Vertragsabschluss die rechtliche Unerfahrenheit des durchschnittlichen Mieters und dessen Alternativlosigkeit ausnutzt, um im „Driver-Seat“ der Vertragsverhandlung auch eine weitreichende Erhaltungspflicht auf den Mieter zu überbinden.

3.5.4 ALLGEMEINE SITTENWIDRIGKEIT (§ 879 ABS 1 ABGB)

Sofern die Überwälzung der Erhaltungspflichten von den Vertragsparteien im Einzelnen ausverhandelt wurde und auch der Tatbestand des Wuchers oder der *laesio enormis* nicht erfüllt sind, steht der vermeintlich benachteiligten Partei nur mehr eine Anfechtung nach § 879 Abs 1 ABGB offen. Der Oberste Gerichtshof musste sich bisher noch nicht mit der rechtlichen Frage auseinandersetzen, ob eine gänzliche Überwälzung der Erhaltungspflicht auch ohne Gegenleistung im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrig ist.¹⁵⁰ Die

¹⁴⁸ Anm hierzu: bei Vertragsverhandlungen hinsichtlich gut positionierter Mietobjekte unterliegt der Mieter in der Praxis oft dem „Friss-oder-Stirb“ – Prinzip; Vermieter können bei einer hohen Anzahl an Mietinteressenten, von einem Abrücken des eigenen vertraglichen Standpunktes Abstand nehmen.

¹⁴⁹ Anm hierzu: an dieser Stelle sei auch etwas Platz für berechtigte Kritik bekannter Verhandlungspraktiken des Immobilienmaklergewerbes: mit „*ich habe bereits fünf Interessenten und bräuchte zeitnahe eine Zusage von Ihnen*“ werden genannte Zwangssituationen geschaffen, wo rechtliche „Red-Flags“ nicht mehr hinterfragt, sondern in Ermangelung aussichtsreicher Alternativen vom überforderten Mieter hingenommen werden.

¹⁵⁰ vgl dazu aber OGH 13.06.1951, 3 Ob 267/51, wonach bei der generellen Überwälzung der Erhaltungspflicht keine Nichtigkeit vorliege, weil aufgrund der Nachgiebigkeit von § 1096 und § 1097 ABGB eine Überwälzung grundsätzlich „zulässig“ sei. Es müsse so dann aber eine entsprechende Gegenleistung gewährt werden. Obwohl der OGH hier keine klare Abgrenzung der „Nichtigkeit“ zwischen „*Verstoß gegen ein gesetzliches*

Überwälzung einzelner Erhaltungspflichten unterliegt jedenfalls nicht der allgemeinen Sittenwidrigkeit.¹⁵¹ Weil der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit der generellen Überwälzung eine gröbliche Benachteiligung iSd 879 Abs 3 ABGB annimmt (siehe dazu Kapitel 3.5.1), ist zumindest auch der äußere Anschein einer „*groben Äquivalenzstörung*“ iSd § 879 Abs 1 ABGB indiziert. Eine Anfechtung wegen allgemeiner Sittenwidrigkeit erscheint aus den aufgezeigten Überlegungen daher rechtlich plausibel und überprüfenswert. Nach seiner Konzeption fungiert § 879 Abs 1 ABGB als letzter Auffangtatbestand.¹⁵² Innerhalb der Privatautonomie steht es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, ihre rechtsgeschäftlichen Beziehungen – innerhalb sondergesetzlicher Schranken (zu konsumentenschutzrechtlichen Schranken siehe auch Kapitel 3.4.) – nach Belieben zu gestalten.¹⁵³ Der Gesetzgeber greift mit § 879 Abs 1 ABGB nur mehr in jenen Fällen ein, in denen bestimmte Vertragsbeziehungen aufgrund ihres Inhaltes nicht mehr mit den Wertungen des österreichischen Zivilrechts in Einklang zu bringen sind.¹⁵⁴ Die Schwelle für die Sittenwidrigkeit ist daher entsprechend hoch. Nach *Krejci* unterliegt die grobe Äquivalenzstörung also solche zur Gänze nicht dem Regime der allgemeinen Sittenwidrigkeit, weil die österreichische Rechtsordnung kein allgemeines „*Gebot zur Äquivalenz*“ kenne.¹⁵⁵ Sofern der Gesetzgeber einen solchen Ausgleich explizit hätte berücksichtigt wollen, hat er dies – nach Ansicht *Krejci* – bereits durch eigene gesetzliche Bestimmungen, wie insbesondere durch § 934 ABGB (*Laesio enormis*) und § 879 Abs 2 Z 4 ABGB (Wucher) getan.

Dieser Meinung hat sich der OGH nicht angeschlossen und bereits in Einzelfällen die Sittenwidrigkeit wegen „*grober Äquivalenzstörung*“ des Leistungsverhältnisses als zulässig

Verbot“ und „Sittenwidrigkeit“ zieht, wird aus dem Wort „zulässig“ wohl zu schließen sein, dass damit nur die Nichtigkeit wegen des „*Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot*“ gemeint sein kann. Er präzisiert in einem nächsten Schritt diese Erkenntnis, indem er im gegenständlichen Fall die gewährte Gegenleistung als ausreichend beurteilt,

„so daß der Vertrag [...] den guten Sitten nicht“ widerspreche, jedoch ohne ausdrücklich festzuhalten, ob eine gegenleistungslose Überwälzung automatisch zur Sittenwidrigkeit geführt hätte; zur Unterscheidung der beiden Nichtigkeitstatbestände vgl *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 2 und Rz 60.

¹⁵¹ vgl OGH 9.10.2007, 10 Ob 79/07a, wobl 2007/137, wonach auch eine Ausmalverpflichtung und die Rückstellung des Bestandobjektes mit „*neu versiegelten Böden*“ jedenfalls nicht sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB sei.

¹⁵² *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 60.

¹⁵³ *Lessiak*, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121

¹⁵⁴ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 60.

¹⁵⁵ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 879 Rz 60; mit Verweis auf *Krejci* in *Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg) § 879 Rz 98; ebenso *Karauscheck/Schürhuber*, *Laesio enormis* beim Bestandvertrag, immo aktuell 2020, 203.

erachtet.¹⁵⁶ Nach m.E. ist diese Ansicht des Obersten Gerichtshofes zutreffend und eröffnet konkret die Anwendbarkeit der generellen Sittenwidrigkeit auf die gegenständliche Problemstellung.¹⁵⁷ *Krejci* ist zwar insofern zuzustimmen als die meisten Härtefälle insbesondere durch die Tatbestände der *laesio enormis* und des Wuchertatbestandes rechtlich wohl abgefangen werden können; dennoch bestehen einzelne Fallgruppen, die durch diesen Raster „durchrutschen“ und zu unbilligen Ergebnissen führen können. So stellt der Wuchertatbestand beispielsweise auf eine zum Vertragsabschluss abzielende Übervorteilung ab und fordert zumindest ein „*fahrlässiges Ausnutzen*“ seitens des Vermieters.¹⁵⁸

Bei vielen Bestandobjekten werden die zukünftig eintretenden Erhaltungsmaßnahmen (und die zum Zeitpunkt der Durchführung konkret anfallenden Kosten) den Parteien bei Abschluss des Bestandvertrages schlicht nicht bekannt sein, weshalb hier die Konstruktion eines Wuchertatbestandes oft nicht gelingen wird.¹⁵⁹ Dagegen stellt die Verkürzung über die Hälfte auf eine rein objektive und mathematische Betrachtung der gegenüberstehenden Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab und wird bei Grenzfällen den Mieter zu einer nicht vorhersehbaren Kostenübernahme verpflichten.¹⁶⁰

Wie bereits in der Entscheidung OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w aufgezeigt, ist bei einer nicht abschätzbaren Kostenlast zumindest iSd § 879 Abs 3 ABGB eine gröblich Benachteiligung zu erkennen, weil sich der Mieter im Vorfeld in keiner Weise ein ausreichendes Bild über den Umfang seiner Verpflichtungserklärung machen kann.¹⁶¹ Dass

¹⁵⁶ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 879 Rz 113; vgl dazu OGH 06.02.1950, 2 Ob 251/49 zur „*grob unausgewogenen Differenzierung der Rechtspositionen*“ im Zusammenhang der groben Übervorteilung eine einer Vertragspartei hinsichtlich von Verzugsfolge aus dem Vertragsverhältnis.

¹⁵⁷ vgl *Krejci* in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg) § 879 Rz 344, unter Verweis auf einschlägige Rechtsprechung zum „Umstieg“ der Anfechtungsgrundlage auf § 879 Abs 1 ABGB, sofern der Wuchertatbestand nicht vorliege.

¹⁵⁸ Kietzbl/Rebhahn in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm § 879 ABGB Rz 57.

¹⁵⁹ vgl hierzu schon Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215.

¹⁶⁰ Anm. hierzu: Wie bereits in Kapitel 3.5.3 ausgeführt, denke man hier an langfristige Bestandsverhältnisse, wo der Mieter nach einer bestimmten Laufzeit mit kostspieligen Sanierungsmaßnahmen konfrontiert wird. Steigen im Laufe des Bestandsverhältnisses die generellen Marktpreise für Erhaltungsmaßnahmen, wird regelmäßig die Schwelle zur Verkürzung über die Hälfte nicht erreicht werden, weil nach der Rechtsprechung für die Werthaltigkeit der Leistung auf den Vertragsabschlusszeitpunkt abzustellen ist; zum bereits aufgezeigten sinkenden Wohnangebot und der steigenden Mieten für Wohnraum in Wien vgl Ehlmaier, Vorsorgewohnungen in Wien, ZLB 2024, 31.

¹⁶¹ vgl dazu Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 879 Rz 123 mit Verweis auf OGH 10.09.1997, 7 Ob 2382/96m, wonach eine Risikoüberwälzung beim Werkvertrag dann als sittenwidrig zu beurteilen ist, wenn es „zur Überwälzung eines unkalkulierbaren und nach oben hin unbegrenzten Baugrundrisikos kommt“, sodass im Ergebnis zwischen geschuldeter Leistung und dem zu bezahlenden Entgelt ein „*auffallendes Missverhältnis*“ resultiert. Fraglich in diesem Zusammenhang, ob die Übernahme einer „*nicht abschätzbaren*“

eine solche Vertragsbeziehung, wo das Ausmaß der eigenen (mitunter umfangreichen) Verpflichtung im Vorfeld nicht bekannt ist, den allgemeinen Wertungen Zivilrechts widerspricht, ist zumindest im Lichte der Rechtsprechung und Lehre argumentierbar; immerhin sieht der Obersten Gerichtshofes auch dort eine grobe Äquivalenzstörung als sittenwidrig an, wo eine Vertragspartei zu „*ausgleichlosen Belastungen und Anspruchsausschlüssen*“ verpflichtet wird.¹⁶²

In einer weiteren Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu OGH 24.04.1957, 7 Ob 183/57 wurde festgehalten, dass eine Sittenwidrigkeit dann anzunehmen sei, „*wenn für ein unbenützbar gewordenes Objekt die gleiche Miete zu bezahlen ist wie für das benützbares Objekt oder der Mieter verpflichtet ist, das Mietobjekt instand zu setzen, ohne dafür einen entsprechenden Gegenwert zu erhalten – etwa einen mehrjährigen unkündbaren Mietvertrag, obwohl an sich auch eine unbenützbares Sache Gegenstand eines gültigen Mietvertrages sein kann.*“¹⁶³ Obwohl hier im ersten Halbsatz auf das an sich nicht ausschließbare Recht der Mietzinsminderung referenziert wird, indiziert der Oberste Gerichtshof meiner Einschätzung nach in dieser Entscheidung bereits eine allgemeine Sittenwidrigkeit für all jene Fälle, in denen mieterseitig eine Übernahme von gegenleistungslosen Erhaltungspflichten erfolgt.¹⁶⁴

Wie bereits aufgezeigt, stehen Mietzinsminderungsrecht und Erhaltungspflicht in einem direkten Zusammenspiel (zum Mietzinsminderungsrecht als Sondergewährleistungsbestimmung siehe Kapitel 3). Sofern allgemein keine Erhaltungspflichten des Vermieters bestehen, kann auch der Mieter im Gegenzug keinen Mietzinsminderungsanspruch geltend machen. Insofern kann aus dieser Entscheidung des Obersten Gerichtshofes eine erste Tendenz für eine generelle Sittenwidrigkeit der gegenleistungslosen Überwälzung der Erhaltungspflicht festgemacht werden.¹⁶⁵

Kostenlast“ unabhängig vom Vertragstypus ganz generell eine Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB zumindest indiziert.

¹⁶² Krejci in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 879 Rz 106; vgl auch OGH 13.06.1951, 3 Ob 267/51.

¹⁶³ Krejci in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 879 Rz 106.

¹⁶⁴ Anm hierzu: auch wenn in dieser Entscheidung streng genommen die mieterseitige Übernahme jener Maßnahmen vereinbart wurde, welche überhaupt die erstmalige Brauchbarkeit des Bestandobjektes hätte herstellen sollen.

¹⁶⁵ vgl auch OGH 13.06.1951, 3 Ob 267/51.

4. LASTEN UND ABGABEN IM MIETRECHT

4.1 DEFINITION VON „LASTEN UND ABGABEN“

Begrifflich werden unter Lasten und Abgaben sämtliche Zahlungspflichten verstanden, die sich aus öffentlich-rechtlichen, sozial- und steuerrechtlichen Grundlagen für das Bestandsobjekt selbst oder aus den daraus erwirtschafteten Erträgen ableiten lassen.¹⁶⁶ Der in der Praxis bedeutsamste Teil, nämlich jener der „Betriebskosten“, bildet eine Unterkategorie der Lasten und umfasst im Wesentlichen jene mit der „Wirtschaftsführung“ des Bestandsobjektes (anteilig) verbundenen Kosten.¹⁶⁷ Aufgrund der praktischen Relevanz fokussiert sich das folgende Kapitel ausschließlich auf die zulässige Überwälzbarkeit von Betriebskosten. Sofern einschlägige Rechtsprechung zu sonstigen Lasten und Abgaben besteht, wird explizit darauf im Einzelnen verwiesen.

Für die Frage der Überwälzung der Betriebskosten ist abermals zu unterscheiden, ob und wie weit das MRG auf ein Bestandsobjekt zur Anwendung kommt. Je nachdem welchem System ein Mietvertrag unterliegt, ist der Begriff der „Betriebskosten“ rechtlich in einer unterschiedlich weitgehenden Interpretation zu verstehen und in einem gesetzlich unterschiedlichen Maß auf Mieter überwälzbar. Gleich gelagert zur Überwälzung von Erhaltungspflichten ergeben sich außerhalb des Vollenwendungsbereiches des MRG weitere Einschränkungen aus dem KSchG und aus der gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB.

4.2 BETRIEBSKOSTENREGELUNG NACH MRG (§ 21 MRG)

Im Vollenwendungsbereich des MRG bestimmt sich der Begriff der „Betriebskosten“ anhand des § 21 MRG normierten „*Betriebskostenkataloges*“, der abschließend sämtliche als Betriebskosten zu definierende Aufwendungen normiert.¹⁶⁸

Im Rahmen des § 15 Abs 1 MRG können die genannten Aufwendungen als Teil des Hauptmietzinses auf den Mieter überwälzt werden.¹⁶⁹ Sofern eine konkrete Ausgabe nicht unter die im Betriebskostenkatalog gesetzlich ausgewiesenen Aufwendungen subsumiert

¹⁶⁶ Höllwerth in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht § 1099 ABGB Rz 6.

¹⁶⁷ Hausmann/Vonkilch, MRG, § 21 Rz 1; vgl auch zuletzt OLG Wien 04.06.2024, 33 R 181/23i; Lovrek in Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB § 1099 Rz 1f.

¹⁶⁸ Hausmann/Vonkilch, MRG, § 21 Rz 6.

¹⁶⁹ Pesek, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollenwendungsbereichs (un-)zulässig? wobl 2021, 253.

werden kann, ist die Überwälzung aufgrund des relativ zwingenden Charakters des MRG unzulässig.¹⁷⁰ Umfasst sind insbesondere die Wasserversorgungs- und Entsorgungskosten (Kanalgebühren), Rauchfangkehrerkosten, Kanalräumung sowie Müllabfuhr.¹⁷¹ Kosten der Hausverwaltung und für Reinigungsdienste sind im Umfang der nach §§ 24, 25 MRG normiertem Ausmaß zulässig.

Auch kann der Bestandgeber Versicherungsprämien hinsichtlich für das Mietobjekt abgeschlossener Versicherungen als Betriebskosten im Mietzins mitberücksichtigen, sofern das Versicherungsverhältnis „angemessen“ ist.¹⁷² Dem Vermieter steht es prinzipiell frei welchen Versicherungsschutz und welchen Versicherer er für das Bestandsobjekt wählt, sofern im Versicherungsfall der gesamte Schaden gedeckt ist. Prämienüberzahlung über 25 % des durchschnittlichen Marktpreises müssen jedoch vom Mieter nicht übernommen werden. Selbiges gilt auch in Fällen von Über- oder Doppelversicherungen, die entsprechend auf das Ausmaß eines angemessenen Versicherungsschutzes zu kürzen sind.¹⁷³

Ganz generell sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass zwischen Betriebskosten und Erhaltungspflichten rechtlich streng zu unterscheiden ist.¹⁷⁴ Die Differenzierung kann in der Praxis durchaus Schwierigkeiten bereiten. So sind beispielsweise Kosten für die Bereitstellung der Wasserversorgung nur dann als Teil der Betriebskosten abzurechnen, sofern die Bereitstellung durch eine liegenschaftsfremde (öffentlich-rechtliche/zivilrechtliche) Anlage erfolgt.¹⁷⁵ Kosten, die der Erhaltung der hauseigenen Wasserversorgungsanlage entspringen, unterliegen daher der Erhaltungspflicht des Vermieters und können nicht im Mietzins als Betriebskosten berücksichtigt werden.¹⁷⁶ Selbiges gilt, wenn aufgrund einer Baustelle eine erhöhte Wasserversorgung benötigt wird; auch dann sind diese Kosten als Teil der Erhaltungspflichten des Vermieters und nicht über die Betriebskosten abzurechnen.

¹⁷⁰ Rosifka, Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-)Mieter außerhalb der Vollenwendung des MRG, immolex 2022/148.

¹⁷¹ Hausmann/Vonkilch, MRG § 21 Rz 26; leg cit § 21 MRG sind gesetzlich normiert, Versicherungen gegen Brandschäden (bis zum Wiederherstellungswert), Leistungswasserschäden, Glasbruch, Sturmschäden, Korrosionsschäden und die Haftpflichtversicherung des Hauseigentümers.

¹⁷² Hausmann/Vonkilch, MRG § 21 Rz 27.

¹⁷³ Hausmann/Vonkilch, MRG § 21 Rz 27 f.

¹⁷⁴ vgl hierzu schon die nach dem Gesetz vorgenommene systematische Unterscheidung der Pflichtenverteilung zwischen Mieter (§ 1099 ABGB) und Vermieter (§§ 1096 – 1098 ABGB); vgl Höllwerth in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht § 1099 ABGB Rz 3.

¹⁷⁵ Hausmann/Vonkilch, MRG § 21 Rz 14.

¹⁷⁶ H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht § 21 MRG Rz 12.

4.3 BETRIEBSKOSTENREGELUNG NACH ABGB

Das ABGB kennt im Gegenzug keine einheitlich abgeschlossene Definition der Betriebskosten, sondern leitet diese aus dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrssitte ab. Demnach sind unter Betriebskosten sämtliche Aufwendungen zu verstehen, deren Verursachung typischerweise im „*Gebrauch einer Mietsache und der allgemeinen Teile*“ liegen.¹⁷⁷ Die Rechtsprechung versteht unter Betriebskosten beispielhaft Bereitstellungskosten für „*Wasser und Beheizung [...], Kosten für Versicherungen, die Hausverwaltungskosten, Kanalgebühren, Müllabfuhr*“ aber auch die Grundsteuer für das einverleibte Eigentum.¹⁷⁸

Die gesetzliche Konzeption des § 1099 ABGB (bei Teil- und Vollaussnahme-Objekten) geht davon aus, dass sämtliche mit dem Bestandobjekt verbundenen Lasten und Abgaben in erster Linie vom Vermieter zu tragen und somit in der Mietzinsvorschrift gegenüber dem Mieter bereits entsprechend eingepreist sind. § 1099 ABGB vermutet daher in seiner Allgemeinheit einen vom Vermieter veranschlagten Pauschalmietzins (Benützungsentgelt + Betriebskosten).¹⁷⁹

Großer Nachteil eines Pauschalmietzinses bildet der Umstand, dass Betriebskosten im Gegensatz zum Benützungsentgelt in der Regel nicht indexiert sind, sondern nach ihrem tatsächlichen Entstehen abgerechnet werden.¹⁸⁰ Im Falle steigender Betriebskosten wird innerhalb eines zugrundegelegten Pauschalmietzinses dem eigentlichen Benützungsentgelt das „Wasser abgegraben“, wenn die vereinbarte Indexierung eine steigende Kostenbelastung nicht ausgleichen kann.¹⁸¹ Im Ergebnis wird der gesamte aus der Indexierung gewonnene Mehrwert für die Deckung der Betriebskosten aufgebraucht, während das eigentliche Nutzungsentgelt ohne Wertanpassung zurückbleibt.

Schon deshalb werden in der Praxis in aller Regel die Mietzinskomponenten in getrennten Positionen ausgewiesen, wobei die Betriebskosten in der Höhe ihres tatsächlichen

¹⁷⁷ Rosifka, Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-)Mieter außerhalb der Vollenwendung des MRG, immolex 2022/148; unter Verweis auf OGH 28.05.2013, 10 Ob 14/13a.

¹⁷⁸ OGH 25.6.1985, 4 Ob 517/85; Höllwerth in H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht § 1099 ABGB Rz 6.

¹⁷⁹ vgl dazu auch zuletzt OLG Wien 04.06.2024, 33 R 181/23i zur Frage der gröblichen Benachteiligung von Überwälzungsklauseln iSd § 879 Abs 3 ABGB.

¹⁸⁰ Pesek, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollenwendungsbereichs (un-)zulässig?, wobl 2021, 253.

¹⁸¹ Pesek, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollenwendungsbereichs (un-)zulässig?, wobl 2021, 253.

Entstehens und das Benützungsentgelt wertangepasst nach einem üblichen Wertsicherungsindex (bsp VPI) vorgeschrieben werden.

Ganz allgemein ist § 1099 ABGB im Gegensatz zu § 21 MRG dispositiv. Es ist daher zulässig, innerhalb rechtlicher Grenzen eine Überwälzung der Lasten und Abgaben auf den Mieter vertraglich zu vorzunehmen. Gleichlaufend zur Überwälzung der Erhaltungskosten ergeben sich auch hier, insbesondere aus dem Konsumentenschutz und dem allgemeinen Zivilrecht, einschlägige Einschränkungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Überwälzungsklauseln.

4.4 BESCHRÄNKUNGEN IM KONSUMENTENSCHUTZ

Im Anwendungsbereich des § 1099 ABGB ist die Parteiendisposition durch das KSchG eingeschränkt. In diesem Zusammenhang kann auf Kapitel 3.4 und insbesondere auf die Ausführungen zum Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG verwiesen werden. Im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen wurden von der Rechtsprechung entsprechende Kriterien entwickelt, nach welchen die Überwälzung von Betriebskosten auf den Konsumenten als unzulässig anzusehen sind.

UNBESTIMMTER BETRIEBSKOSTEN-KATALOG

Sofern Betriebskosten vom Vermieter auf den Mieter überwälzt werden, sind diese für den Konsumenten abschließend anzuführen, um dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG zu genügen.¹⁸²

Dem Konsumenten sind die mit dem Mietverhältnis zu erwartenden Kosten bei Vertragsabschluss taxativ und in voller Höhe offenzulegen. Allgemein gehaltene Generalklauseln wie „*sämtliche mit dem Betrieb des Gebäudes und des Mietgegenstandes verbundene Betriebskosten, öffentlichen Abgaben und Verwaltungskosten*“ verstoßen mangels entsprechender Konkretisierung nach Art und Höhe gegen das Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.¹⁸³

Dies gilt auch wenn in solchen Generalüberwälzungen einzelne Betriebskosten bloß beispielhaft aufgezählt werden. Nach Ansicht des OGH könne nämlich der Konsument ohne eine taxative Aufstellung der Betriebskosten vorab „*nicht abschätzen*“ welche Belastung er

¹⁸² Vonkilch, (Un-)Zulässigkeit von Kostenüberwälzungen auf den Mieter, wobl 2021, 268.

¹⁸³ OGH 27.7.2021, 4 Ob 106/21y = ecolex 2021/643.

sich mit dem Mietvertragsabschluss aufbürdet.¹⁸⁴ Insofern schaden auch Formulierungen wie „jedenfalls“ „unter anderem“ oder „insbesondere“ dem Charakter einer abschließenden Aufzählung eines Betriebskostenkataloges.¹⁸⁵

UNBESTIMMTER MIETOBJEKTSBEGRIFF

Für die Überwälzung von Betriebskosten ist es im Sinne des Transparenzgebots auch dann schädlich, wenn für das Bestandobjekt „*unterschiedliche Terminologien*“ im Vertragswerk verwendet werden. Wird daher an unterschiedlichen Stellen des Mietvertrages voneinander abweichende Bezeichnungen wie „Gebäude“, „Mietgegenstand“ „Betrieb“ oder "Objekt“ für das gemietete Bestandobjekt verwendet, verstößt auch eine solche inhomogene Definition dem Transparenzgebot, weil für den Konsumenten nicht klar verständlich ist, worauf die konkreten Betriebskosten aufgewendet werden.

UNDURCHSICHTIGE BETRIEBSKOSTENANPASSUNGEN

Wird vertraglich vereinbart, dass der Mieter bereits vorab zur Änderung bestimmter Betriebskostenpositionen oder dem Vertragseintritt zu bestimmten Versorgungsverträgen zustimmt (im gegenständlichen Fall einem Versicherungsvertrag), so ist in einer solchen Klausel ein Verstoß gegen das Transparenzgebot verortet, weil dem Verbraucher vor Abschluss des Mietvertrages nicht in ausreichender Weise offengelegt wird welcher konkreten Kostenbelastung er sich mit der Übernahme dieser Verpflichtung aussetzt.¹⁸⁶

Nach Ansicht dieses Obersten Gerichtshofes ist eine solche Klausel nichtig iSd § 6 Abs 3 KSchG, wenn der potenzielle Mieter nicht gesondert darauf hingewiesen wird, dass mit Änderung des bestehenden oder mit Eintritt in einen neuen Versorgungsvertrag auch eine etwaige Preiserhöhung für den Mieter verbunden ist.

4.5 BESCHRÄNKUNGEN NACH ALLGEMEINEM ZIVILRECHT

Im Verhältnis zur Überwälzung von Erhaltungspflichten am Bestandobjekt, wo der Bestandgeber offenkundig einen entsprechenden Mehrwert aus der Wertsteigerung seines Bestandobjekts lukriert, ist die Übernahme verbrauchsabhängiger Betriebskosten in der Regel weniger dazu geeignet eine direkte „Übervorteilung“ des Vermieters hervorzurufen. Insbesondere Rechtsbehelfe wie die *laesio enormis* (§ 934 ABGB) und der Wucher (§ 879

¹⁸⁴ OGH 27.7.2021, 4 Ob 106/21y.

¹⁸⁵ Scharmer, Die 10. bestandrechtliche Klauselentscheidung, ÖJZ 2021/129; OGH 27.02.2012; 2 Ob 215/10x.

¹⁸⁶ Prader, MRG § 21 E 17/2.

Abs 3 Z 4), die gezielt auf ein krasses Missverhältnis des vereinbarten Leistungsaustausches abstellen, werden für die Überwälzung von gebrauchtsabhängigen Betriebskosten daher in aller Regel zu vernachlässigen sein.

In der Praxis dagegen – durchaus prominent von der Rechtsprechung aufgegriffen – ist die Fragestellung, inwiefern eine Überwälzung von Betriebskosten eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB darstellen kann. Wie auch bei der Überwälzung von Erhaltungspflichten besteht daneben die allgemeine Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB als Auffangtatbestand.

4.5.1 GRÖBLICHE BENACHTEILIGUNG (§ 879 ABS 3 ABGB)

ZUGRUNDELEGUNG DES MRG-BETRIEBSKOSTENKATALOGES

Als bisher unbedenklich galt nach Rechtsprechung und Lehre in diesem Zusammenhang, wenn Betriebskosten im Ausmaß des § 21 ff MRG definierten Klausel-Kataloges auch im Voll- und Teilausnahmebereich des MRG auf den Mieter überwält wurden.¹⁸⁷ Eine solche Überwälzung wurde insofern nicht als gröblich benachteiligend angesehen, als sich die vertragliche Regelung am strengeren Schutzregime des MRGs orientierte und somit im Sinne eines Größenschlusses auch eine Abweichung im dispositiven Recht – wo die Mietzinsbildung (unter Einbeziehung der Betriebskosten) ja grundsätzlich frei vereinbart werden kann – als sachlich gerechtfertigt erschien.¹⁸⁸

Insofern bildete die vertragliche Zugrundlegung des Betriebskosten-Kataloges nach § 21 MRG bisher einen „safe-harbour“ für den Vertragsserrichter. Anhand des gesetzlich definierten Betriebskostenkataloges konnten die „wesentlichsten“ Betriebskosten (allgemeine Wasser, Strom- und Kanalkosten, sowie anteilige Steuern, etc) vertraglich erfasst werden, deren Überwälzung aufgrund der gefestigten Rechtsprechung bisher als unproblematisch angesehen wurde.

¹⁸⁷ *Pesek*, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs (un-)zulässig?, wobl 2021, 253.

¹⁸⁸ *Kothbauer*, Betriebskosten und öffentliche Abgaben im ABGB-Mietrecht, immolex 2022/129, mit Verweis auf OGH 15.11.2021, 6 Ob 172/21v; vgl dazu in Gegenmeinung *Rosifka*, Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-)Mieter außerhalb der Vollanwendung des MRG, immolex 2022/148, demnach das MRG im Allgemeinen keinen – wie vom OGH angenommen – besonderen Mieterschutz darstelle, sondern lediglich einzelne vom MRG gewährte „*Begünstigungen durch andere Normen kompensiere*“ und ein generell angenommener Größenschluss deshalb für die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung iSd § 879 Abs 3 ABGB nicht zielführend sei.

Mit neuester Erkenntnis des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 04.06.2024 wird von dieser gefestigten Rechtsprechung wiederum abgegangen.¹⁸⁹ Dazu führt das Landesgericht eingangs ganz allgemein aus, dass nach der (dispositiven) gesetzlichen Grundkonzeption des ABGB sämtliche Lasten und Abgaben grundsätzlich der Vermieter zu tragen habe und daher jede Abweichung ohne sachliche Rechtfertigung *per se* dazu geeignet sei, eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB darzustellen. Im Folgeschritt stellt das erkennende Gericht jedoch abweichend von der bisherigen Rechtsprechung fest, dass sich allein aus der Zugrundlegung des Betriebskataloges gemäß § 21 MRG noch keine ausreichende sachliche Rechtfertigung ergebe, die eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB von Vorherein ausschließe.¹⁹⁰

Der bisher angenommene Größenschluss der beiden parallellaufenden Normen sei nach Ansicht des erkennenden Gerichts nicht mehr aufrechtzuerhalten. Vielmehr ergebe sich aufgrund der Mietzinsbeschränkung im Vollenwendungsbereich des MRG, dass nur im Anwendungsbereich dieser konkreten Norm es der Billigkeit entspreche, zusätzlich zum begrenzten Nutzungsentgelt auch die tatsächlich anfallenden Betriebskosten gesondert vom Mieter zu verlangen.

Diese sachliche Rechtfertigung bestünde eben gerade dort nicht, wo es den Vertragsparteien ohnedies offenstehe, den Mietzins frei zu vereinbaren. Hier obliege es nämlich dem Vermieter einen entsprechenden Mietzins bereits vorab festzulegen, der neben dem bloßen Nutzungsentgelt bereits sämtliche Betriebskosten und damit einhergehende Preisschwankungen abdecke („Pauschalmietzins“). Nur dadurch könne auf dem Mietrechtsmarkt ein realistisches Bild des angebotenen Bestandobjekts erreicht werden, welches auch einem fairen Vergleich mit konkurrierenden Angeboten zugänglich sei.¹⁹¹ Eine „Kombination“ aus freiem Mietzins und „*betraglich nicht festgelegter*“ und vom „*Verbrauch des Mieters unabhängiger*“ zu übernehmende Kosten stelle daher ein sachlich nicht gerechtfertigtes Ungleichgewicht zulasten des Mieters dar und sei demnach als gröblich benachteiligend iSd des § 879 Abs 3 ABGB zu beurteilen.¹⁹²

¹⁸⁹ OLG Wien 04.06.2024, 33 R 181/23i.

¹⁹⁰ vgl. *Kothbauer*, Betriebskosten und öffentliche Abgaben im ABGB-Mietrecht, immolex 2022/129, wonach bisher von der Judikatur ein Größenschluss zum strengeren System des MRG gezogen wurde.

¹⁹¹ dazu bereits *Rosifka*, Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-)Mieter außerhalb der Vollenwendung des MRG, immolex 2022/148, wonach nur durch die Vereinbarung eines Pauschalmietzins dem Mieter die tatsächliche Kostenbelastung offengelegt werde.

¹⁹² Anm. hierzu: im konkreten Fall wurden von LGZ Wien Bestimmungen als gröblich benachteiligend aufgehoben, mit welchen (1) Kosten für die Versicherung des Bestandobjekts, (2) anteilige Kosten der

Zu dieser Entscheidung sind im Wesentlichen zwei Feststellungen herauszuarbeiten. Einerseits differenziert das Gericht hinsichtlich der Überwälzung der Betriebskosten nicht zwischen Verbraucher- und Nichtverbraucherverträgen, sondern stützt sich ausschließlich auf die allgemeine Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB. Daher ist zunächst festzuhalten ist, dass auch im B2B- oder B2C-Verhältnis vereinbarte Betriebskostenkataloge nach den Überlegungen des erkennenden Gerichts grundsätzlich als gröblich benachteiligend anzusehen sind. Ob eine solche Überwälzungsklausel dagegen auch intransparent iSd § 6 Abs 1 Z5 KSchG sein könnte, wurde in der Entscheidung des LGZ Wien nicht näher erörtert.

Weiters ist anzumerken, dass sich das LGZ Wien hinsichtlich der gröblichen Benachteiligung lediglich zu jenen überwälzten Betriebskosten äußerte, auf deren Höhe der „Mieter keinen Einfluss nehmen kann“.¹⁹³ Damit wird sich das erkennende Gericht wohl auf all jene Kosten beziehen, die der Mieter im Rahmen von Versorgungsverträgen – wie insbesondere von Strom- und Gaszulieferern – nach eigenen vereinbarten Konditionen bezieht.

Das LGZ Wien hat im Zulassungsausspruch die ordentliche Revision an den Obersten Gerichtshof als zulässig erachtet. Sollte sich der OGH der Entscheidung des LGZ Wien anschließen, hätte dies zur Folge, dass auch vergangene Betriebskostenabrechnungen rechtswidrig erfolgten. Zumindest im Anwendungsbereich des KSchG würden gröblich benachteiligende Klauseln ersatzlos wegfallen und rückwirkend einen vollen Rückzahlungsanspruch bereits geleisteter Betriebskosten begründen, die während aufrechtem Bestandverhältnis vom Bestandnehmer entrichtet wurden.¹⁹⁴ Außerhalb des KSchG wären nichtige Klauseln anhand einer geltungserhaltenden Reduktion zu „reparieren“ (siehe dazu nächstes Kapitel).

Sollte der Oberste Gerichtshof die Entscheidung des LGZ Wien bestätigen, hätte dies wohl ganz allgemein zur Folge, dass künftig nur mehr „Pauschalmietzinse“ im Rahmen der ABGB-Miete als zulässig anzusehen wären. Was auf den ersten Blick nach einem „Etappensieg“ des Bestandnehmers anmutet, hat in der Praxis erhebliche Konsequenzen auf

„Hausbetreuung“, sprich Reinigung und Wartung von Allgemeinflächen und (3) anteilige Kosten der Hausverwaltung auf den Mieter überwält wurden.

¹⁹³ OLG Wien 04.06.2024, 33 R 181/23i.

¹⁹⁴ Anm hierzu: Rechtsgrundlose Ansprüche verjähren innerhalb der langen Verjährungsfrist von 30 Jahren. Insbesondere bei unbefristeten Verträgen können sich mitunter enorme Rückzahlungsansprüche des Mieters hinsichtlich bereits verrechneter Betriebskosten ergeben.

die am Mietmarkt angebotenen Bestandverhältnisse. War der Vermieter bisher berechtigt, die Betriebskosten separat vom eigentlichen Nutzungsentgelt und nach tatsächlichem Anfallen zu verrechnen ist er nach der Erkenntnis des OLG Wien nun verpflichtet, diese Kosten samt dem zugehörigen Preissteigerungsrisiko innerhalb des Pauschalmietzinseszinses einzupreisen (zur Problematik der Indexierung siehe Kapitel 4.3 BETRIEBSKOSTENREGELUNG NACH ABGB). Eine Erhöhung des Betriebskostenanteils wäre nur mehr im Rahmen einer allgemeinen Erhöhung des Pauschalmietzinseszinses möglich.

Dies hat folgende Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung in der Praxis: Einerseits werden Vermieter (weiter) ermutigt, ausschließlich auf die gesetzlich zulässige Minstdauer von drei Jahren Mietverträge abzuschließen, um nach Ablauf des Vertragslaufzeit den Mietzins und die darin enthaltenen Betriebskosten überhaupt noch auf aktuelle Marktpreise anpassen zu können und zusätzlich wird der durchschnittliche Mietzins am Mietmarkt wohl allgemein steigen, weil Vermieter zukünftig auch das Risiko einer möglichen Preissteigerung der Betriebskosten bereits vorab als „Puffer“ im Pauschalmietzins berücksichtigen werden.

Nach meiner Einschätzung wird damit die ohnedies dominierende Problematik der „Zweiklassen-Miete“ nur weiter befeuert, wonach im Verhältnis zu Objekten im Vollarwendungsbereich des MRG der Preisunterschied zu Objekten in der freien Mietzinsbildung weiter spürbar auseinanderdriften wird.

UNBESTIMMTER BETRIEBSKOSTEN-KATALOG

Auch außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG wird von der Rechtsprechung verlangt, dass die Überwälzung von Betriebskosten innerhalb eines taxativ abgeschlossenen Betriebskostenkataloges erfolgt.¹⁹⁵ Die Rechtsfolgen einer nicht abschließenden oder bloß beispielhaften Aufzählung führen daher sowohl für Verbraucherverträge als auch für Nichtverbraucherverträge zwangsläufig zur Nichtigkeit der Überwälzungsklausel. Im zweiten Fall hat sich der Betroffene auf die gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB zu stützen. Im Übrigen kann daher auf Kapitel 3.4 verwiesen werden. Die dortigen Ausführungen zur Unbestimmtheit des Betriebskosten-Kataloges gelten hier sinngemäß.¹⁹⁶

Im Unterschied zur Anfechtung nach KSchG im Verbandsverfahren, wo die Nichtigkeit einer Klausel zum ersatzlosen Entfall ebendieser führt, ist bei einer Anfechtung nach § 879

¹⁹⁵ Kothbauer, Betriebskosten und öffentliche Abgaben im ABGB-Mietrecht, immolex 2022/129; OGH 27.07.2021, 4 Ob 106/21y.

¹⁹⁶ vgl Kothbauer, Betriebskosten und öffentliche Abgaben im ABGB-Mietrecht, immolex 2022/129.

Abs 3 ABGB eine geltungserhaltene Reduktion der Bestimmung vorzunehmen.¹⁹⁷ Das Gericht hat in einem solchen Fall zu ermitteln, welche Regelungen die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit vereinbart hätten. Erfolgt die Überwälzung von Betriebskosten daher anhand eines unbestimmten Kataloges, hat das Gericht festzustellen, welche konkreten Betriebskosten von verständigen Vertragsparteien in diesem Fall überwält worden wären.

Der Oberste Gerichtshof orientiert sich zur Auslegung an der Verkehrssitte. Wurden daher nicht näher bestimmte Betriebskosten auf den Mieter überwält, so sind unter „*Betriebskosten*“ nach dem allgemeinen Verständnis jene Kosten zu verstehen, die vom Verbrauch des Mieters abhängig und daher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bestimmbar sind.¹⁹⁸ Umfasst sind daher nach der geltungserhaltenden Reduktion jedenfalls die Kosten für „*Wasser, Kanal, Müllabfuhr, Strom und Heizung*.“¹⁹⁹

Dabei handelt es sich im Wesentlichen um jene Betriebskosten, wie sie auch vom MRG vorgeschrieben werden. Wir daher ein nicht näher abgeschlossener Betriebskostenkatalog zwischen den Vertragsparteien vereinbart, gelten im Zweifelsfall jene Betriebskosten als überwält, wie sie in §§ 21 – 24 MRG definiert werden.²⁰⁰

5. STEUERRECHTLICHE ANWENDUNGSMÖGLICHKEITEN DES TRIPLE-NET-VERTRAGES

Neben der bereits beschriebenen Anwendungsmöglichkeit des Triple-Net-Vertrages im allgemeinen Sinne, kann die Anwendung im Bereich der reinen Vermögensverwaltung unter Einbindung einer Zwischenkapitalgesellschaft durchaus steuerrechtliche Vorteile für die private Vermietung von Bestandobjekten bieten.

Eingangs ist festzuhalten, dass hinsichtlich der generellen Erhaltungskostenüberwälzung – als maßgebliche Komponente des Triple-Net-Vertrages – auch aus steuerrechtlicher Sicht zu differenzieren ist. Ähnlich wie in der zivilrechtlichen Definition muss auch im Steuerrecht eine rechtliche Unterteilung anhand der Tragweite der jeweiligen Maßnahme vorgenommen werden:²⁰¹

¹⁹⁷ Richter in Artner/Kohlmaier (Hrsg), Immobilienrecht, 247.

¹⁹⁸ Rosifka, Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-)Mieter außerhalb der Vollenwendung des MRG, immolex 2022/148.

¹⁹⁹ Rosifka, Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-)Mieter außerhalb der Vollenwendung des MRG, immolex 2022/148.

²⁰⁰ OGH 15.11.2021, 6 Ob 172/21v.

²⁰¹ Laudacher in Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl, EStG¹³ (2020) § 28 Rz 96.

1. „*Instandhaltungsaufwände*“: bezeichnen geringfügige Aufwendungen, welche lediglich die gewöhnliche Abnutzung des Bestandobjektes ausgleichen, ohne dabei die allgemeine Nutzungsdauer maßgeblich zu beeinflussen. Umfasst sind somit Reparaturen, Wartungsarbeiten, Streicharbeiten, Ausbesserungsarbeiten oder auch der Austausch einzelner Teile des Gebäudes.²⁰² Eine eigene Wartungs-Definition – wie in der zivilrechtlichen Abgrenzung – ist daher nicht vorgesehen, sondern diese Maßnahmen gehen innerhalb der Instandhaltungsaufwände auf. Wird eine Aufwendung aufgrund „*höherer Gewalt*“ sofort notwendig, ist auch eine solche Aufwendung als Instandhaltungsaufwand zu qualifizieren. Instandhaltungsarbeiten können entweder sofort in voller Höhe oder auf Antrag für eine Dauer von 15 Jahren steuerlich abgesetzt werden.²⁰³
2. „*Instandsetzungsaufwand*“: umfassen dagegen Aufwendungen, die auf längere Sicht eine maßgebliche Verlängerung der Lebensdauer des Bestandobjektes bewirken. Umfasst sind beispielhaft die Dachsanierungen, Fassadenerneuerung bei mehr als 25 % der Außenfassade oder eine umfassende Erneuerung der Installationen eines Gebäudes. Instandsetzungsarbeiten können im Gegensatz zu Instandhaltungsaufwendungen nicht sofort mit Einnahmen aus dem Bestandobjekt gegengerechnet werden, sondern sind sowohl für privat als auch gewerblich vermietete Wohnobjekte zwingend auf eine Dauer von 15 Jahren abzusetzen.²⁰⁴ Für sonstige gewerblich vermietete Bestandobjekte, die nicht zu Wohnzwecken genutzt werden, können Instandsetzungsaufwendungen sofort steuerlich in voller Höhe abgesetzt werden.

Daneben bestehen sonstige Werbungskosten aus der Vermietung und Verpachtung iSd § 28 EStG, die allgemein anerkannt und ohne bestimmte Verteilungsregelung sofort absetzbar sind. Dazu gehören insbesondere Betriebskosten, Steuern, Steuerberatungsleistungen, Kosten zur „*Akquirierung von Mietern*“ (idR Maklerhonorare) oder auch Kosten für die zuständige Hausverwaltung des Gebäudes.²⁰⁵

²⁰²vgl. *Laudacher* in *Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG § 28 Rz 96, wonach der Austausch von bis zu 25 % der Außenfenster als „*Instandhaltungsaufwand*“ – zu qualifizieren ist. Darüber hinaus liegt „*Instandsetzung*“ vor.

²⁰³ *Vondrak* in *Vondrak* (Hrsg), *Steuerrecht für Juristen*² (2019) Rz 6.18.

²⁰⁴ *Vondrak* in *Vondrak* (Hrsg), *Steuerrecht für Juristen*, Rz 6.19.

²⁰⁵ *Laudacher* in *Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG § 28 Rz 19, *Orlovskaya* in *Kainc/Reiber*, *immolexikon „Werbungskosten“* (2024), 1.

5.1 STEUERRECHTLICHE AUSGANGSLAGE (NATÜRLICHER PERSONEN)

Einkünfte aus Vermietung und Verpachtungen sind gemäß § 28 EStG im Rahmen der allgemeinen jährlichen Bemessungsgrundlage natürlicher Personen zu berücksichtigen.²⁰⁶ Für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gilt das allgemeine Subsidiaritätsprinzip. Eine rechtliche Qualifikation der Einkunftsquelle nach § 28 EStG erfolgt nur, sofern die Einkünfte nicht primär einer Einkunft aus Land- und Forstwirtschaft (§ 21 EStG), aus selbständiger Arbeit (§ 22 EStG), aus Gewerbebetrieb (§ 23 EStG), aus nichtselbständiger Arbeit (§ 25 EStG) oder aus Kapitalvermögen (§ 27 EStG) unterliegt.²⁰⁷

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich insbesondere zu Einkünften aus Gewerbebetrieb (§ 23 EStG) innerhalb der sogenannten „*gewerblichen Vermietung*“ ergeben. In aller Regel liegt bei der bloßen Nutzungsüberlassung im Zuge der „herkömmlichen“ Vermietung keine gewerbliche Tätigkeit, sondern eine „*bloße Vermögensverwaltung*“ vor, deren Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 28 EStG zu erfassen sind.²⁰⁸ Nach der Rechtsprechung ist die Gewerblichkeit jedoch dann gegeben, wenn zur bloßen Nutzungsüberlassung weitere Leistungen hinzutreten, die über die bloße Zurverfügungstellung des Bestandobjektes hinausgehen.²⁰⁹

Gemäßigte Verwaltungstätigkeiten, die üblicherweise mit der Vermietung einhergehen, schaden der Qualifikation als „*bloße Vermögensverwaltung*“ jedoch nicht. Nimmt die Ausübung der Verwaltungstätigkeit jedoch solche Ausmaße an, sodass nicht die eigentliche Nutzungsüberlassung, sondern die Verwaltungstätigkeit an sich als „*Unternehmenscharakter in den Vordergrund tritt*“, ist die Schwelle zur Gewerblichkeit nach der Rechtsprechung des VwGH überschritten.²¹⁰ Für die Einkünfteermittlung ist grundsätzlich jedes Bestandobjekt als eigenes „*Wirtschaftsgut*“ gesondert zu betrachten.²¹¹

²⁰⁶ *Laudacher* in *Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG § 28 Rz 2.

²⁰⁷ *leg cit* § 2 Abs 3 Bundesgesetz vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen (EStG) BGBl I 400/1988 idF BGBl I 113/2024.

²⁰⁸ *Peyerl* in *Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG § 28 Rz 61.

²⁰⁹ Anm. hierzu: Prominent ist die auch Unterscheidung zwischen der bloßen Vermietung und dem gewerblichen Betrieb einer Beherbergungsstätte. Nach der Rechtsprechung ist die Schwelle zum Beherbergungsbetrieb erst dann überschritten, wenn zusätzlich zur bloßen Überlassung der Räumlichkeit, weitere damit verbundene Leistungen, wie insbesondere Dienstleistungen (Reinigung, Frühstücks- und Zimmerservice) oder die Zurverfügungstellung von Sachgütern (Geschirr, Bettwäsche, etc) angeboten werden; vgl LVwG Wien 19.06.2023, VGW 1110775016/2022.

²¹⁰ *Peyerl* in *Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG § 28 Rz 61, unter Verweis auf VwGH 29.02.2012, 2008/13/0029.

²¹¹ VwGH 28.01.2005, 2001/15/0150.

Einnahmen und Werbungskosten sind für die einzelnen Bestandobjekte zunächst in einem eigenen Jahresergebnis zu verrechnen und können erst in einem Folgeschritt bei überschießenden Verlusten mit Einkünften aus anderen Mietobjekten gegengerechnet werden („*vertikale Verlustverrechnung*“).²¹²

Bei einem negativen Jahresergebnis ist für Einkünfte nach § 28 EStG im Gegensatz zu Einkünften aus Gewerbebetrieb kein „Verlustvortrag“ vorgesehen, der eine steuerliche Verwertbarkeit im Folgejahre ermöglichen würde.²¹³

Aufgrund der Differenzierung der einzelnen Einkunftsarten im Einkommensteuergesetz ist erst mit Feststellung der einzelnen Jahresergebnisse sämtlicher Einkunftsarten („*vertikale Verlustverrechnung*“) eine Verrechnung untereinander („*horizontaler Verlustausgleich*“) möglich.²¹⁴ Das Ergebnis bildet die Bemessungsgrundlage gemäß § 2 EStG des Jahreseinkommens der natürlichen Person.²¹⁵

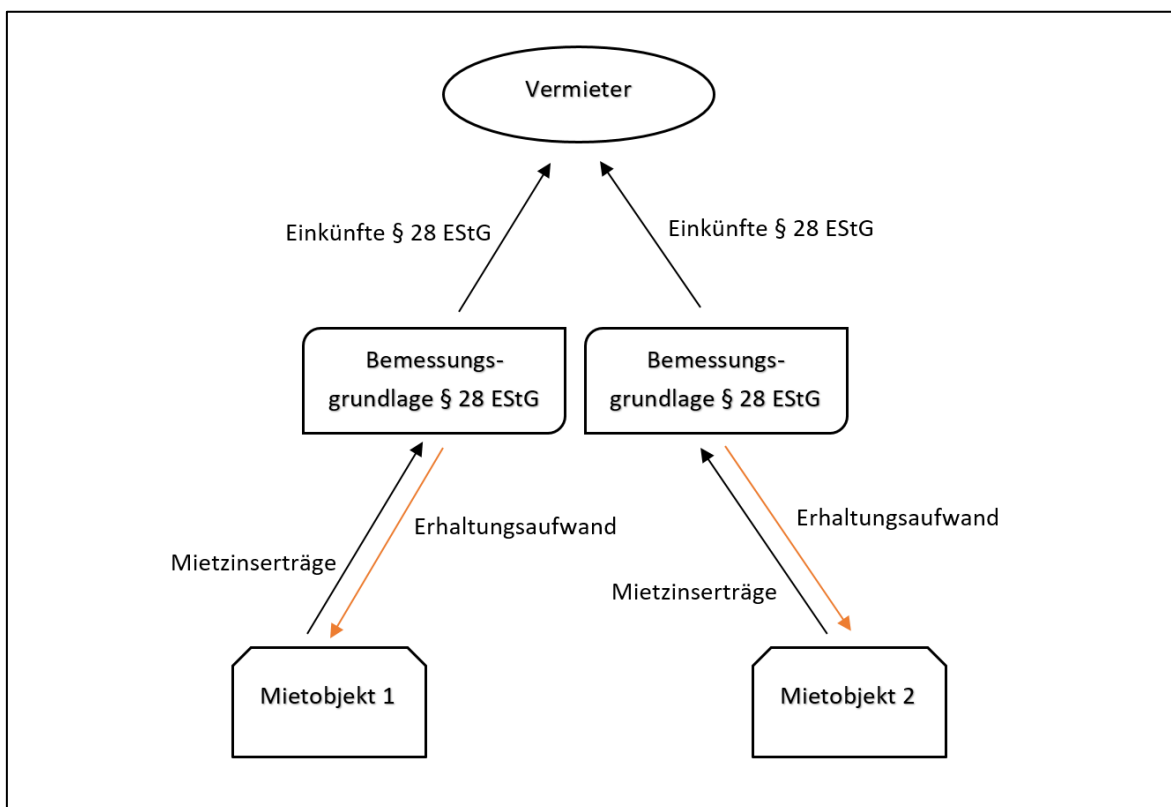


Abbildung 1: Darstellung des Vermögensflusses aus steuerrechtlicher Sicht bei Vermietung zweier Mietobjekte

²¹² Laudacher in Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl, EStG § 28 Rz 2.

²¹³ Laudacher in Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl, EStG § 28 Rz 55.

²¹⁴ Laudacher in Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl, EStG § 2 Rz 122.

²¹⁵ Toifl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²³ (2022) § 28 Rz 168.

5.2 MIETRECHTSVERWERTUNG DURCH „INTERCOMPANY-LEASING“

Die steuerrechtliche Ermittlung von Kapitalgesellschaften erfolgt nach dem System des Körperschaftsteuergesetzes, welches das Äquivalent zur Einkommensteuer der natürlichen Personen bildet.²¹⁶ Aufgrund des Trennungsprinzips ist die Körperschaft als eigenes Steuersubjekt anzusehen, die eine eigene – insbesondere von ihren Gesellschaftern – unabhängige steuerliche Bemessungsgrundlage ermittelt („zweite Besteuerungsebene“).²¹⁷

Im Gegensatz zur steuerlichen Bemessung natürlicher Personen, wo Einkünfte aus Bestandverträgen je nach rechtlicher Abgrenzung entweder Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 23 EStG) oder Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 28 EStG) darstellen können, sind Einkünfte einer Kapitalgesellschaft kraft ausdrücklicher gesetzlicher Qualifikation stets als gewerbliche Einkünfte gemäß § 7 Abs 3 KStG anzusehen („Einkünfte transformation“).²¹⁸

Entgegen dem Besteuerungssystem des § 28 EStG erfolgt bei Kapitalgesellschaft gemäß § 7 Abs 3 KStG daher keine gesonderte Betrachtung einzelner Einkunftsquellen, sondern es erfolgt eine Summenbildung und Verrechnung aller Einkünfte und Ausgaben, die betriebswirtschaftlich innerhalb eines Jahres aktiviert wurden.²¹⁹ Dementsprechend kennt das KStG auch keinen vertikalen oder horizontalen Verlustausgleich, sondern sämtliche Einkünfte aus allen Wirtschaftsgütern werden als gewerbliche Einkünfte betrachtet und direkt miteinander verrechnet.²²⁰ Die Ermittlung des Überschusses zwischen Einkünfte und Ausgaben bildet – nach Abzug von Sonderausgaben und Freibeträgen – das jährliche Einkommen der Kapitalgesellschaft, welches als Bemessungsgrundlage für den gemäß § 22 KStG festgelegten Steuersatz von 23% unterliegt.²²¹

²¹⁶ Hohenwarter-Mayr in Lang/Rust/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG² (2016) § 1 Rz 18.

²¹⁷ Naux in Lang/Rust/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG § 7 Rz 28.

²¹⁸ Peyerl in Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl, EStG § 23 Rz 96; zur allgemeinen Rechnungslegungspflicht von Kapitalgesellschaften vgl. Kalss/Schauer/Winner, Allgemeines Unternehmensrecht³ (2017) Rz 7/11.

²¹⁹ Achatz/Bieber in Achatz/Kirchmayr (Hrsg), Körperschaftsteuergesetz (2011) § 7 Rz 13.

²²⁰ Hohenwarter-Mayr in Lang/Rust/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG § 1 Rz 203.

²²¹ Hohenwarter-Mayr in Lang/Rust/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG § 7 Rz 191; leg cit § 22 Abs 1 KStG.

Nach dem Gesagten lässt sich unter Anwendung einer Triple-Net-Vereinbarung folgende rechtliche Konstruktion darstellen:

Anstatt das Bestandsobjekt als natürliche Person direkt an den Endverbraucher zu vermieten, wird dieses mittels Triple-Net-Vereinbarung an eine zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft („*Intercompany*“) vermietet (Innenverhältnis).²²² Erhaltungspflichten, die im Zusammenhang mit der gewöhnlichen Vermietung eines Mietobjekts stehen, werden innerhalb der rechtlich zulässigen Grenzen auf die Kapitalgesellschaft als Bestandnehmerin überwält und können im Sinne der Körperschaftsteuer als übliche Betriebsausgaben im steuerrechtlich zulässigen Umfang geltend gemacht werden.

Positive Jahreserträge unterliegen dem abschließenden Steuersatz von 23% nach Körperschaftsteuergesetz und Gewinne können, sofern sie in der Gesellschaft thesauriert werden, für nachträgliche Bilanzjahre auf laufende Rechnung fortgeschrieben werden. Mittels *Intercompany-leasing* ist es somit möglich, aus Sicht der Gesellschaft künftige Erhaltungsaufwände im Vorfeld einzuplanen und die dafür notwendigen Erträge aus den einzelnen Mietobjekten steuerschonend „anzusparen“, während sich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung auf Besteuerungsebene der natürlichen Person jedenfalls innerhalb des progressiven Steuersatzes „automatisch“ realisieren. Daneben steht der Gesellschaft, im Gegensatz zur natürlichen Person, auch ein möglicher Verlustvortrag zur Verfügung, sofern (beispielsweise aufgrund größerer Sanierungsmaßnahme) für ein Betriebsjahr ein negatives Ergebnis erwirtschaftet wird.

Zwischen Kapitalgesellschaft und Endverbraucher (Außenverhältnis) besteht dagegen ein standardisierter Bestandnehmervertrag, der den allgemeinen Regeln, insbesondere dem KSchG und dem MRG, unterliegt und somit rechtlich keine Besonderheiten zu standardüblichen Mietverträgen aufweist. Aus zivilrechtlicher Sicht liegt bei der Zwischenkapitalgesellschaft damit eine reine „Mietrechtsverwertung“ der einzelnen Bestandsobjekte vor, die zur Untermiete entgeltlich überlassen werden.

Aus Sicht des vermietenden Gesellschafters liegt eine „*bloße Vermögensverwaltung*“ vor deren Einkünfte, wie bereits im vorhergehenden Kapitel aufgezeigt, als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 28 EStG zu berücksichtigen sind.

²²² zur allgemein rechtlichen Zulässigkeit für das Zwischenschalten einer Kapitalgesellschaft vgl. *Doralt* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG § 28 Rz 19/2.

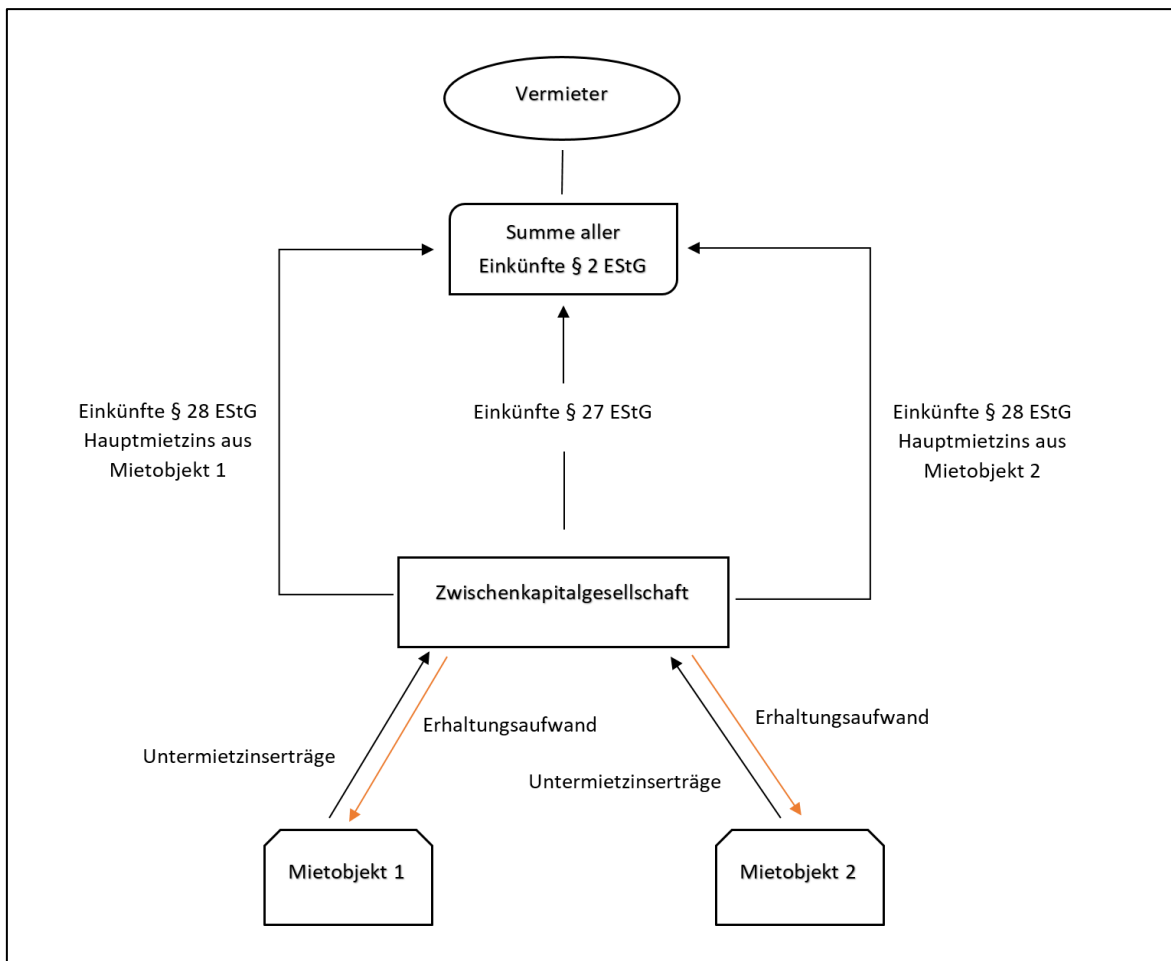


Abbildung 2: Darstellung des Vermögensflusses aus steuerrechtlicher Sicht im *Intercompany-Leasing*

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, welchem Steuersubjekt das vermietete Bestandobjekt (und die damit verbundenen Zahlungspflichten) im *Intercompany-Leasing* steuerlich zurechenbar ist. Nach der Rechtsprechung ist für die steuerliche Beurteilung nämlich nicht das zivilrechtliche Eigentum, sondern lediglich der faktische Einfluss auf das Wirtschaftsgut maßgeblich.²²³ Einerseits ist der Bestandnehmer zwar berechtigt auf eigenes unternehmerisches Risiko das Wirtschaftsgut ausschließlich zu nutzen und damit zu wirtschaften, andererseits erhält der Bestandsgeber jedoch zusätzlich zum Hauptmietzins auch einen Mehrwert aus dem Erhalt seines Eigentums.²²⁴

Nach der Rechtsprechung ist jedoch auch in einer solchen Konstellation grundsätzlich beim Bestandnehmer die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Wirtschaftsgutes zu verorten, der aufgrund seiner rechtlichen Stellung über die unmittelbare Einflussnahme und den wirtschaftlichen Nutzen des Bestandobjektes bestimmt. Die rechtliche Zuordnung der

²²³ BFG 20.12.2022, RV/7102523/2020.

²²⁴ BFG 20.12.2022, RV/7102523/2020.

Einkunftsquelle kann sich neben dem Vollrecht des „*Eigentums*“ daher auch aus einem davon abgeleiteten „*Mietrecht (zur Weiter- oder Untervermietung)*“ begründen.²²⁵

Die Überwälzung der Erhaltungspflicht ist aus steuerrechtlicher Sicht als Teil des Mietzinses zu berücksichtigen und entsprechend in den Einkünften des Bestandgebers zu erfassen.²²⁶

Für die Praxis empfiehlt es sich daher, den jährlich auf das Bestandsobjekt anfallenden Erhaltungsaufwand als pauschalen Betrag vorab zu ermitteln und in der Mietzinsaufschlüsselung anzuführen. Unabhängig vom tatsächlichen „Geldfluss“ an den Gesellschafter ist nämlich der tatsächliche Wert der Überlassung als Einkunft zu erfassen und zu versteuern.²²⁷ Werden Betriebskosten im Zuge des Mietverhältnisses auf den Bestandnehmer überwält, ist auch dieser Vorteil als Einkunft nach § 28 EStG zu berücksichtigen.²²⁸ Auf Seiten des Bestandnehmers stellen durchgeführte Erhaltungsmaßnahmen aus der überwältten Erhaltungspflicht wiederum laufende Betriebsausgaben dar, die steuerlich mit Einkünften gegengerechnet werden können.²²⁹ Verpflichtet sich der Bestandnehmer daher zur Übernahme von Erhaltungspflichten können Instandhaltungsaufwände wiederum sofort und Instandsetzungsaufwände innerhalb von 15 Jahren steuerlich geltend gemacht werden (siehe dazu bereits einleitend Kapitel 5).²³⁰

Sofern daher der direkte Vermögensfluss aus dem Triple-Net-Vertrag von der Gesellschaft an den Gesellschafter niedrig gehalten wird und der überwiegende Anteil der Einkünfte der Zwischenkapitalgesellschaft zugutekommt, wird automatisch auch die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer für den Bestandgeber gesenkt (zu den rechtlichen Grenzen siehe nächstes Kapitel). Dividendenausschüttungen nach § 27 EStG

²²⁵ BFG 20.12.2022, RV/7102523/2020 unter Verweis auf VwGH 4.9.2014, 2011/15/0149.

²²⁶ Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 50.

²²⁷ Anm hierzu: Folgendes Beispiel soll zum besseren Verständnis die Ermittlung der „*tatsächlichen*“ Einkunft veranschaulichen: Mieter und Vermieter schließen einen Triple-Net-Vertrag im engeren Sinne ab. Die jährlichen Erhaltungskosten des Bestandsobjektes betragen laut Sachverständigengutachten EUR 30.000,--, die sonstigen Lasten und Abgaben (inkl Betriebskosten) EUR 10.000,-- und für die eigentliche Nutzung wird ein jährliches Bruttoentgelt von 40.000,-- vereinbart. Der gesamte Mietzins beträgt daher 80.000,-- die als Einkünfte auf Seiten des Bestandgebers in voller Höhe zu berücksichtigen sind, obwohl nur tatsächliche Zahlungen in der Höhe von EUR 40.000,-- an den Bestandgeber erfolgen.

²²⁸ Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 47.

²²⁹ Herbst/Meszarits, Darstellung von Mieterinvestitionen nach der VRV 2015 - eine anwendungsorientierte Betrachtung, RFG 2022/2, unter Verweis auf die Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung 2015 (VRV 2015), BGBl. II Nr. 313/2015 idF BGBl. II Nr. 316/2023, wonach die Verordnung von der bisher steuerlichen Differenzierung zwischen Instandsetzung- und Instandhaltung abweiche; vgl auch Blöschl/Hödl/Maimer, Vermögensbewertung, Leitfaden für die kommunale Praxis, Version 1.4 (2017) 18.

²³⁰ Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 50.

unterliegen dem besonderen Steuersatz von 27,5 % und sind dadurch endbesteuert – entfalten somit keine Wirkung auf die jährliche Bemessungsgrundlage des Bestandgebers.²³¹

Intercompany-leasing bietet daher die Möglichkeit einen Teil der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung über die Dividendenausschüttung der Gesellschaft „steuerbar“ zu machen, die sonst jedenfalls nach § 28 EStG in der natürlichen Person des Bestandgebers jährlich der steuerlichen Bemessungsgrundlage unterliegen würden.

5.3 STEUERRECHTLICHE FREMDÜBLICHKEIT DER VERTRAGSBEZIEHUNG

Das Steuerrecht stellt bei Vertragsbeziehungen in familiären Näheverhältnissen darauf ab, ob das dasselbe Rechtsgeschäft zu gleichen Konditionen auch mit einem unabhängigen Dritten abgeschlossen worden wäre.²³² Ist eine sogenannte „Fremdüblichkeit“ nicht gegeben, wird dem Rechtsgeschäft aus steuerlicher Sicht ein unentgeltlicher Charakter unterstellt, womit auch ein Verlust der rechtlichen Eigenschaft als Einkunftsquelle einhergeht. Aufwendungen, die in Folge auf das Mietobjekt getätigt werden, können in Konsequenz nicht steuerlich mit Erträgen aus den Bestandobjekten gegenverrechnet werden.²³³

Ein verstärkender Faktor für das Vorliegen eines nicht fremdüblichen Rechtsgeschäftes liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn neben der Unterbewertung der Gegenleistung das Vertragsverhältnis darüber hinaus nicht ausreichend bestimmt ist und nach außen hin nicht in ausreichendem Maße für den Rechtsverkehr erkennbar in Erscheinung tritt.²³⁴

Neben der familiären Nahebeziehungen kennt das Steuerrecht auch eine (für die Konstruktion des *Intercompany-Leasing* relevantere) wirtschaftliche Nahebeziehung zwischen Kapitalgesellschaften und daran beteiligten Personen.²³⁵ Die Rechtsfolgen der wirtschaftlichen Nahebeziehungen sind mit jenen der familiären Naheverhältnissen gleichzusetzen. Schließt daher eine der Gesellschaft nahestehende Person mit der

²³¹ Kirchmayr/Voit in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 1/2.

²³² Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 19/1.

²³³ Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 19/1.

²³⁴ Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 19/1; zur Bestimmtheit von Bestandverhältnissen im Familienverband vgl. VwGH 17.12.2001, 98/14/0137, wonach ein (1) zwischen Vater und Sohn (2) mündlich geschlossener Mietvertrag, (3) ohne ausreichende Konkretisierung, nicht ausreichend nach außen hin in Erscheinung tritt, um steuerlich berücksichtigt zu werden.

²³⁵ Doralt in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 28 Rz 14.

Gesellschaft einen Vertrag ab, ist für die steuerlichen Regelungen auch hier auf die Fremdüblichkeit des Rechtsgeschäfts abzustellen. Eine solche ist beispielhaft nach der Rechtsprechung dann zu verneinen, wenn der Mietzins für die Nutzungsüberlassung gegenüber der Gesellschaft jahrelang gestundet wird,²³⁶ oder wenn das Bestandsobjekt unentgeltlich auf die Wünsche der mietenden Gesellschaft zur „*Verwertung von Markchancen*“ angepasst wird.²³⁷

Ob das *Intercompany-Leasing*-Modell aus steuerlicher Sicht daher rechtlich anzuerkennen ist, hängt maßgeblich davon ab, ob das zwischen Gesellschafter und Gesellschaft im Innenverhältnis abgeschlossene Bestandsverhältnis fremdüblich ist. Die betragliche Werthaltigkeit der Übernahme genereller Erhaltungspflichten wurde von der Rechtsprechung nicht nur bereits anerkannt, sondern im Lichte der Judikatur zur größlichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB als „*äquivalente*“ Abgeltung sogar ausdrücklich gefordert. Demnach sollen Überwälzungsklauseln insbesondere durch „*Deckelungen*“ eine gewisse Vorhersehbarkeit der Kostenlast beinhalten (zur gegenleistungslosen Überwälzung siehe bereits Kapitel 3.5.1).²³⁸ Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des Deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) kann die Bewertung einer solchen Deckelung beispielsweise „*anhand eines festen Prozentsatzes der Jahresmiete*“ erfolgen, mit welcher die maximal zu erwartende Kostenlast vertraglich begrenzt ist.²³⁹

Die vom BGH vorgeschlagene Herangehensweise erscheint auch für die mögliche Bewertung der Fremdüblichkeit innerhalb eines *Intercompany-Leasings* als zielführend. Der jährliche Erhaltungsaufwand wird anhand objektiver Kriterien (idR Sachverständigengutachten) vorab geschätzt und als Pauschalbetrag im Verhältnis zum erwarteten Mietzins im Außenverhältnis (zum Endverbraucher) veranschlagt. Ergänzend zu berücksichtigen ist ein Gewinnaufschlag der Gesellschaft, der einerseits die natürliche Bemessungsgrundlage des Gesellschafters beeinflusst und jedenfalls auch dem Verbot der Einlagenrückgewähr effektiv entgegenwirkt (siehe dazu nächstes Kapitel).

²³⁶ *Laudacher in Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG § 28 Rz 2; unter Verweis auf UFS Wien 26.09.2008, RV/2163-W/08.

²³⁷ *Laudacher in Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG § 28 Rz 2, unter Verweis auf VwGH 26.07.2007, 2005/15/0013.

²³⁸ *Vonkilch*, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215.

²³⁹ *Vonkilch*, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215.

Bei der Berechnung des fremdüblichen Mietzinses im Innenverhältnis wird wohl stets zunächst der maximal zu lukrierende Mietzins im Außenverhältnis heranzuziehen sein, da dieser entweder anhand gesetzlicher Mietzinsbestimmungen (Vollanwendung MRG) oder durch die Marktsituation (freier Mietzins) vorgegeben wird. Unter Anwendung sämtlicher geschilderten Variablen könnte sich somit folgende für die Praxis taugliche Formel zur Ermittlung eines fremdüblichen Mietzinses zwischen Gesellschaft und Gesellschafter im Innenverhältnis ergeben:

$$\begin{array}{l}
 \text{Jahresbruttomietzins im Außenverhältnis (zum Endmieter)} \\
 \begin{array}{l}
 - \text{ geschätzter Jahrerhaltungsaufwand inkl. Betriebskosten und sonst. Abgaben} \\
 - \text{ Zuschlag für wirtschaftliches Leerstands- und Erhaltungsmaßnahmenrisiko} \\
 - \text{ drittüblicher Gewinnzuschlag (Untermietzinsaufschlag)}
 \end{array} \\
 \hline
 = \text{ Jahresbruttomietzins (Gesellschafter)}
 \end{array}$$

Der Gewinnaufschlag der Zwischengesellschaft steht dabei gewissermaßen in einem Spannungsverhältnis mit der allgemeinen Fremdüblichkeit des Bestandvertrages im Innenverhältnis. Einerseits will man erreichen, dass ein möglichst hoher Anteil des Jahresnettomietzins aus dem Außenverhältnis in der Zwischengesellschaft verbleibt, sodass sich nur ein möglichst geringer Anteil des Jahresbruttomietzinses auf die Jahresbemessungsgrundlage des Gesellschafters auswirkt, andererseits darf der Gewinnzuschlag auch nicht derart hoch bemessen werden, dass ein Dritter im Sinne der Fremdüblichkeit an die Gesellschaft nicht mehr vermieten würde und das Vertragsverhältnis daher steuerrechtlich nicht mehr als entgeltlich zu bewerten ist.

Zur Orientierung an die Angemessenheit des Gewinnzuschlags kann nach meiner Einschätzung hilfsweise die Rechtsprechung zur Untermiete herangezogen werden, demnach ein Zuschlag von bis zu 40% auf die Hauptmiete generell als nicht „übermäßig“ erachtet wird.²⁴⁰ Abhängig vom Einzelfall wurden auch schon Beträge von über 70 % für zulässig erklärt.²⁴¹ Freilich ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die aufgezeigte Rechtsprechung primär jene Konstellationen im Sinn hat, wo der Hauptmieter bereits über die vereinbarte Miete hinaus eine gewinnbringende Untermiete erwirtschaften kann.

²⁴⁰ RIS-Justiz RS0068141.

²⁴¹ vgl OGH 27.11.1969, 1 Ob 229/69: „*Sechzig* Prozent höherer Untermietzins nicht übermäßig;“ vgl OGH 07.07.1971, 6 Ob 149/71: „*Fünfzig bis sechzig* Prozent Erhöhung zulässig, darüberhinausgehend unzulässig;“ vgl OGH 01.08.2003, 1 Ob 166/03y: „Ein um 60 bis 70 % übersteigender Untermietzins wird *regelmäßig* als nicht übermäßig qualifiziert;“ vgl OGH 27.06.1978, 5 Ob 616/78 Eine nicht an einhundert Prozent heranreichende Überschreitung ist nicht übermäßig.“

Die gegenständliche Vorstellung umfasst daher exakt den gegenteiligen Fall, wo von der höchstzulässigen Miete eine angemessene Untermiete rückgerechnet wird, um festzustellen, wie viel der Vermieter mindestens vom Hauptmieter verlangen muss, um überhaupt noch der Drittvergleichsfähigkeit zu unterliegen. Vor dem Hintergrund, dass die Gesellschaft jedoch rechtlich betrachtet auch das Risiko für die Durchführung etwaiger Erhaltungsmaßnahmen sowie ein mögliches Leerstandsrisiko zugunsten des Gesellschafters übernimmt, ist wohl auch iSd der Drittvergleichsfähigkeit ein Gewinnzuschlag von bis zu 40% nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen durchaus vertretbar, der als Untermietzinszuschlag im Außenverhältnis veranschlagt werden kann.²⁴²

5.4 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE BESONDERHEITEN („EINLAGENRÜCKGEWÄHR“)

Beim geschilderten *Intercompany-Leasing* wird mit Hilfe der beschriebenen Rechtskonstruktion zwischen dem einzigen Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft – als Eigentümer des Mietobjekts – und der Gesellschaft als Bestandnehmerin ein Vertragsverhältnis abgeschlossen. Geschäftsabschlüsse, die innerhalb einer „*Einmann-GmbH*“ intern zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft selbst abgeschlossen werden sind in der Praxis besonders gefährdet objektiv den Anschein einer Einlagenrückgewähr zu erwecken. Dabei ist insbesondere nicht die direkte Rückzahlung von Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter („direkte Einlagenrückgewähr“) die eigentliche „Stolperfalle“, sondern weitaus mehr der indirekte Vermögensfluss, der sich aus einer potenziellen Übervorteilung des Gesellschafters ergibt.²⁴³

In der gegenständlichen Konstellation kommen gleich mehrere Varianten der indirekten Einlagenrückgewähr in Betracht. Ist der vertraglich übernommene Erhaltungsaufwand aus dem angemieteten Mietobjekt zu hoch, sodass aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch ein von der Gesellschaft unabhängiger Dritter mangels Gewinnaussicht den Mietvertrag in dieser Form nicht abschließen würde (siehe auch vorheriges Kapitel zur „Fremdüblichkeit“), so ist der Vertrag aufgrund der absoluten Wirkung der

²⁴² vgl dazu auch RIS-Justiz RS0068224, wonach es für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit des Untermietzinses nur auf das Verhältnis zwischen dem vom Untermieter (Endverbraucher) an den Hauptmieter (Zwischengesellschaft) und wiederum an den Hauseigentümer (Vermieter) zu bezahlender Mietzins ankäme, die konkrete Höhe des Differenzbetrages jedoch grundsätzlich irrelevant sei.

²⁴³ Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft (2024) Rz 6.54.

Einlagenrückgewähr als nichtig zu betrachten.²⁴⁴ Selbiges kann in der (teil-) unentgeltlichen Übernahme einer Haftung, eines Risikos oder Dienstleistungen zugunsten des Gesellschafters ergeben. In diesem Zusammenhang darf daher auch auf die Angemessenheit des Risiko- und Gewinnzuschlages auf das vorige Kapitel verwiesen werden, der eben diese indirekte Vermögensabwanderung von der Gesellschaft verhindern soll.

Der Schutz des Gesellschaftsvermögens wird dabei von Lehre und Rechtsprechung als Schutzgesetz verstanden.²⁴⁵ Im Falle einer Insolvenz der Zwischengesellschaft könnte daher bei Vorliegen einer Einlagenrückgewähr auch der Einmann-Gesellschafter vom Insolvenzverwalter zur Zahlung an die Gesellschaft verpflichtet werden.²⁴⁶

6. ZUSAMMENFASSUNG UND CONCLUSIO

Aufgrund der aufgezeigten zivilrechtlichen Einschränkungen lässt sich abschließend festhalten, dass dem *Triple-Net-Vertrag österreichischer Prägung* wie bereits einleitend erwogen, nur ein sehr geringes Anwendungsspektrum innerhalb der österreichischen Rechtsordnung zukommt. Insbesondere aufgrund der Schutzbestimmungen aus dem KSchG und der damit verbundenen weitgehenden Unzulässigkeit bzw Intransparenz von Überwälzungsklauseln, ist im Verhältnis zum Konsumenten die Anwendbarkeit des Vertragstypus von vornherein wohl auszuschließen. Ergänzend bildet vor allem der zwingende Charakter des MRG einen weiteren – von den Vertragsparteien unabhängigen – maßgeblichen Ausschlussgrund hinsichtlich all jener Mietobjekte, die vom Vollenwendungsbereich der Norm erfasst sind.

Sofern auf ein Bestandverhältnis die allgemeinen Bestimmungen nach ABGB zur Anwendung kommen, sind in diesem Zusammenhang vor allem die Grenzen des § 879 Abs 3 ABGB zu berücksichtigen, die der gegenleistungslosen oder unbestimmten Überwälzung eine gröbliche Benachteiligung attestieren, sofern die Bestimmungen nicht im Einzelnen zwischen den Vertragsparteien ausverhandelt wurden.

In der klassischen Wohnraumvermietung institutioneller Vermieter erfolgt der Mietvertragsabschluss in aller Regel auf Grundlage vorgefertigter Mustermietverträge und im Verhältnis zu Konsumenten. Allein aus der aufgezeigten Zusammenschau ist wohl

²⁴⁴ Köppl in U.Torggler (Hrsg), GmbHG (2014) § 83 Rz 3.

²⁴⁵ Köppl in U.Torggler (Hrsg), GmbHG, § 83 Rz 1.

²⁴⁶ Köppl in U.Torggler (Hrsg), GmbHG, § 83 Rz 3.

auszuschließen, dass sich der Triple-Net-Vertrag nach der derzeitigen Rechtslage als „Vertragsmuster der Wahl“ am österreichischen Wohnungsmarkt etablieren wird.

Eine denkbar günstigere Vertragsbasis bildet der Triple-Net-Vertrag für den Bereich der Einzelvermietung im Privatsektor. Insbesondere bei der Vermietung von Einfamilienhäusern, wo der Erhaltungspflicht im Vergleich zur „einfachen Wohnungsmiete“ oftmals eine größere Bedeutung zugeschrieben wird, kann durch die Vertragskonzeption des Triple-Net-Vertrages, der angestrebte Vertragszweck vereinfacht von den Vertragsparteien dargestellt werden.

Wie bereits einleitend in Fallstudie 2 dargestellt (siehe dazu Kapitel 1) ist wohl insbesondere auch für die Praxis anzunehmen, dass potenzielle Vermieter ihre Objekte „bereitwilliger“ dem allgemeinen Wohnungsmarkt zur Verfügung stellen würden, wenn sie im Gegenzug die Sicherheit bekämen, keine unkalkulierbaren Kostenrisiken mit der Vermietung einzugehen. Ganz generell würde die rechtliche Anerkennung einer vorab bestimmbarer Überwälzung wohl insgesamt im Ergebnis dazu beitragen, die derzeit durch Leerstand künstlich geschaffene Wohnungsknappheit zu lindern;²⁴⁷ dies unter der Schlussfolgerung, dass auch „risikoscheuere“ Eigentümer bei entsprechender Transparenz der Kostenlast am Mietmarkt als Vermieter auftreten würden, anstelle sich auf die bloße Wertsteigerung ihrer Immobilienanlage zu „verlassen“.²⁴⁸ Unabhängig davon sei jedoch festgehalten, dass bei schlichtweg jeder Überwälzung im Mietverhältnis die zu überwälzenden Erhaltungs- und Betriebskosten eines Bestandsobjektes vorab konkret festzustellen und die Übernahme dieser Kosten im Mietzins entsprechend auszuweisen sind, um einer möglichen Unwirksamkeit gemäß § 879 Abs 3 ABGB bereits bei Vertragsabschluss effektiv entgegenzuwirken.

Der mit Abstand bedeutendste Anwendungsbereich des Triple-Net-Vertrages bleibt jedoch weiterhin der Unternehmerschaft vorbehalten. Insbesondere im industriellen Bereich und der Vermietung ganzer Fabrikgelände, wo die Substanz des Bestandsobjektes durch Werksverkehr, Erschütterungen, Hitze oder dem Einsatz von diversen Betriebsmitteln kontinuierlich beansprucht wird, kann eine sinnvolle Vermietung nur durch eine gewisse

²⁴⁷ Bundesanstalt Statistik Österreich, Pressemitteilung Nr 13 160-188/23 vom 19.09.2023, wonach zum Stichtag 31.10.2021 für insgesamt 13,3 % aller Wohnungen in Österreich keine Wohnsitzmeldung bestand. In Zahlen sind dies insgesamt 663.000 Wohnungen, die einen entsprechenden Leerstand auswiesen.

²⁴⁸ Anm hierzu: In der Praxis werden teils Wohnungen lediglich zur Spekulation auf die reine Wertsteigerung gehalten, ohne dass diese jemals dem allgemeinen Wohnungsmarkt zur tatsächlichen Nutzung zugeführt werden können. Zu groß ist die Unsicherheit der Eigentümer hinsichtlich mieterschutzrechtlicher Rechtsfolgen und vorab nicht kalkulierbarer Renovierungskosten bei Beendigung des Verhältnisses.

Überwälzung der Erhaltungspflichten bewerkstelligt werden.²⁴⁹ Die überdurchschnittlich hohe Beanspruchung des Bestandobjektes macht es notwendig, dass laufend Erhaltungsmaßnahmen vom unmittelbaren Nutzer regelmäßig selbst gesetzt werden, um die allgemeine Brauchbarkeit über einen längeren Zeitraum gewährleisten zu können.²⁵⁰ Anders als in der klassischen Wohnungsmiete, wo standardmäßige Erhaltungsmaßnahmen (Ausmalen, Verputzen, Erneuerung von Küchen- und Badeinrichtung etc) routinemäßig im Zuge eines Mieterwechsels vorgenommen werden können, müssen bei – zumeist langfristiger – Vermietung von industriellen Bestandobjekten die notwendigen Erhaltungsmaßnahmen realistischerweise vom Mieter selbst organisiert und durchgeführt werden, um nicht unnötig den Regelbetrieb des Industrieunternehmens zu behindern.

Wie einleitend in Fallstudie 1 aufgezeigt, unterliegen die A-GmbH und B-GmbH als Formunternehmer nicht den konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen, weshalb auch die Vertragsgestaltung bedeutend freier erfolgen kann. Maßgebliche Einschränkungen im Bereich der Unternehmerschaft ergeben sich im Wesentlichen aus § 879 Abs 3 ABGB, wonach jedenfalls ein entsprechendes Entgelt für die Überwälzung der Erhaltungspflichten vorzusehen und beim in der Mietzinsbildung entsprechend zur berücksichtigen ist. Gerade in der Praxis stellen jedoch die Bestimmungen über die Übernahme einzelner oder sogar sämtlicher Erhaltungspflichten eines Gewerbegebäudes einen wesentlichen Schwerpunkt bei den Vertragsverhandlungen dar, weshalb regelmäßig die Überwälzungsklauseln als im Einzelnen ausverhandelt iSd § 879 Abs 3 ABGB anzusehen seien werden.

Auch die in der Judikatur prominent angeführte Überlassung von Geschäftsräumlichkeiten bildet ein klassisches unternehmerisches Einsatzgebiet des Triple-Net-Vertrages, insbesondere, wenn dieser im Konnex mit einem Franchisevertrag abgeschlossen wird. Dem Franchisenehmer wird dabei ein Standort zum Betrieb einer Franchisefiliale zur Nutzung überlassen, welcher entsprechend der Franchisestrategie auszustatten und umfänglich zu erhalten ist. Dabei tritt in der Praxis der eigentliche Bestandzins für die Nutzungsüberlassung angesichts der umsatzabhängigen Franchisegebühr in den Hintergrund. Hauptaugenmerk liegt in einer solchen Konstellation vielmehr auf der Erfüllung der Erhaltungs- und Investitionspflichten durch den Franchisenehmer. Für diesen Anwendungsfall ist der Triple-

²⁴⁹ Advotech Advokaten, Rohbau- und Triple Net-Miete (Stand 08.10.2024, advotech.ch/de/triple-net-miete).

²⁵⁰ vgl. Lessiak, § 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren, wbl 2012, 121.

Net-Vertrag geradezu prädestiniert, den von den Parteien angezielten Vertragszweck vollständig und vereinfacht abzudecken.

Abschließend sei auch auf das „Intercompany-Leasing“ hingewiesen, welches unter Zugrundelegung eines Triple-Net-Vertrages anstrebt, umfängliche Sanierungsmaßnahmen über eine zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft abzuwickeln, ohne dass die Immobilien dafür in die jeweilige Kapitalgesellschaft eingebracht werden müssen. Der private Eigentümer, der seinen eigentlichen Fokus auf die bloße Vermögensverwaltung legt, kann im *Intercompany-Leasing* und im Namen der Gesellschaft, Sanierungsmaßnahmen über die Gesellschaft organisieren, ohne die dafür mit der Eigentumsübertragung verbundenen Kosten und Gebühren auszulösen.

Bezugnehmend auf die einleitende Fallstudie 3 kann A das geerbte Mietzinshaus mittels Triple-Net-Vertrag zunächst an eine neu zu errichtende GmbH vermieten und im Zuge dessen die Erhaltungspflichten rechtlich auf die Zwischengesellschaft überwälzen. Durch das Intercompany-Leasing erscheint der zunächst eng wirkende Anwendungsbereich des Triple-Net-Vertrages daher zumindest auch auf potenzielle Eigentümer von klein- und mittelgroßen Immobilien-Portfolios erstreckt, deren Einbringung in eine Kapitalgesellschaft mit enormen Nebenkosten verbunden wäre.

LITERATURVERZEICHNIS

Achatz/Kirchmayr (Hrsg), Körperschaftsteuergesetz (2011).

Artner/Kohlmaier (Hrsg), Praxishandbuch Immobilienrecht⁴ (2023). (*Artner/Kohlmaier* (Hrsg), Immobilienrecht).

Berger, Die Überwälzung von Erhaltungspflichten im Lichte der 15. Klauselentscheidung, immolex 2024, 125.

Blöschl/Hödl/Maimer, Vermögensbewertung, Leitfaden für die kommunale Praxis, Version 1.4 (2017).

Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes: alles neu? (Teil I), immolex 2007, 262.

Bundesanstalt Statistik Österreich, Pressemitteilung Nr 13 160-188/23 vom 19.09.2023.

Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²³ (2022). (*Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG).

H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), GeKo Wohnrecht Gesamtkommentar Band 1 (2018). (*H.Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), GeKo Wohnrecht).

Herbst/Meszarits, Darstellung von Mieterinvestitionen nach der VRV 2015 - eine anwendungsorientierte Betrachtung, RFG 2022/2.

Eberharter/Handler, Reformbedarf im Mietrecht – Forderungen an den Gesetzgeber, juridikum 2013, 233.

Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht MRG⁴ (2021). (*Hausmann/Vonkilch*, MRG).

Hrdlicka-Perl, Single-, Double- und Triple-Net-Verträge. Analyse der Mietvertragsgestaltung von Logistikimmobilien in Österreich (2021). (*Hrdlicka-Perl*, Single-, Double- und Triple-Net-Verträge).

Kainc/Reiber, immolexikon „Werbungskosten“ (2024).

Kalss/Schauer/Winner, Allgemeines Unternehmensrecht³ (2017).

Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl, EStG¹³ (2020). (*Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Jakom/Marschner/Peyerl*, EStG).

Karauscheck/Schürhuber, Laesio enormis beim Bestandvertrag, immo aktuell 2020, 203.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2024). (*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON).

Koch/Stocker, Logistikimmobilien im Wandel, ZLB 2018/39.

Kothbauer, Nochmals zu den Wärmebereitungsgeräten: Wartungsfragen, immolex 2015, 32.

Kothbauer, Betriebskosten und öffentliche Abgaben im ABGB-Mietrecht, immolex 2022/129.

Kuprian, der Mietvertrag² (2014). (*Kuprian*, der Mietvertrag).

Lang/Rust/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG² (2016). (*Lang/Rust/Schuch/Staringer* (Hrsg), KStG).

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

Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018). (*Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm)

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

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

Prader, Manz Wohnrecht MRG^{6.03} (2022). (*Prader*, MRG).

Rainer, Editorial, immolex 2009, 193.

Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft (2024). (*Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft).

Rosifka, Überwälzung von Betriebskosten auf den (Wohnungs-)Mieter außerhalb der Vollanwendung des MRG, immolex 2022/148.

Rummel/Lukas/Geroldinger (Hrsg), ABGB⁴ (2024). (*Rummel/Lukas/Geroldinger* (Hrsg), ABGB).

Scharmer, Die 10. bestandsrechtliche Klauselentscheidung, ÖJZ 2021/129.

Schwimman/Kodek, ABGB⁵ (2021). (*Schwimman/Kodek*, ABGB).

U.Torggler (Hrsg), GmbHG (2014). (*U.Torggler* (Hrsg), GmbHG).

Urbach/Moskaric, Die Zulässigkeit von Triple-Net Mietverträgen im schweizerischen Mietrecht, AJP/PJA 208, 995.

Vondrak (Hrsg), Steuerrecht für Juristen² (2019). (*Vondrak* (Hrsg), Steuerrecht für Juristen).

Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insbesondere Erhaltungspflichten, gemäß § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215.

Vonkilch, (Un-)Zulässigkeit von Kostenüberwälzungen auf den Mieter, wobl 2021, 268.

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ Band I (2015). (*Würth/Zingher/Kovanyi*, Wohnrecht).

Zimmermann, Verstärkter Senat zur *laesio enormis* bei der Option, NetV 2023, 6.

JUDIKATURVERZEICHNIS

OGH 06.02.1950, 2 Ob 251/49.

OGH 13.06.1951, 3 Ob 267/51.

OGH 24.04.1957, 7 Ob 183/57.

OGH 27.11.1969, 1 Ob 229/69.

OGH 07.07.1971, 6 Ob 149/71.

OGH 27.06.1978, 5 Ob 616/78.

OGH 25.6.1985, 4 Ob 517/85.

OGH 19.10.1989, 8 Ob 660/89.

OGH 25.03.1993, 8 Ob 502/93.

OGH 13.07.1994, 3 Ob 503/93.

OGH 23.11.1994, 1 Ob 638/94.

OGH 09.01.1996, 10 Ob 1608/95.

OGH 12.06.1996, 5 Ob 2151/96a.

OGH 13.02.1997, 2 Ob 17/97g.

OGH 10.09.1997, 7 Ob 2382/96m.

OGH 28.11.2000, 1 Ob 228/00m.

OGH 12.09.2001, 4 Ob 159/01p.

OGH 16.05.2002, 6 Ob 42/02y.

OGH 25.03.2003, 1 Ob 67/03i.

OGH 01.08.2003, 1 Ob 166/03y.

OGH 27.03.2007, 1 Ob 241/06g.

OGH 25.04.2007, 3 Ob 216/06w.

OGH 09.10.2007, 10 Ob 79/07a.

OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a.

OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a.

OGH 18.12.2009, 6 Ob 81/09v.

OGH 24.03.2010, 9 Ob 20/10x.

OGH 22.12.2010, 2 Ob 73/10i.

OGH 27.02.2012, 2 Ob 215/10x.

OGH 28.11.2012, 7 Ob 93/12w.

OGH 17.12.2012, 5 Ob 148/12v.

OGH 28.05.2013, 10 Ob 14/13a.

OGH 27.07.2021, 4 Ob 106/21y.

OGH 15.11.2021, 6 Ob 172/21v.

OGH 28.04.2022, 7 Ob 14/22t.

OGH 11.01.2024, 5 Ob 51/23w.

OGH 24.01.2024, 9 Ob 4/23p.

OGH 22.3.2024, 8 Ob 6/24a.

RIS-Justiz RS0124632.

RIS-Justiz RS0021326.

RIS-Justiz RS0068141.

RIS-Justiz RS0068224.

RIS-Justiz RS0021286.

VwGH 17.12.2001, 98/14/0137.

VwGH 28.01.2005, 2001/15/0150.

VwGH 26.07.2007, 2005/15/0013.

VwGH 29.02.2012, 2008/13/0029.

VwGH 4.9.2014, 2011/15/0149.

BFG 20.12.2022, RV/7102523/2020.

LVwG Wien 19.06.2023, VGW 1110775016/2022.

LGZ Wien 14.09.2006, 41 R 115/06z.

OLG Wien 04.06.2024, 33 R 181/23i.

ABSTRACT

Unter dem Begriff des „Triple-Net-Vertrages“ wird in der internationalen Praxis ein Bestandverhältnis verstanden, bei welchem sämtliche Kostenfaktoren, die üblicherweise mit dem Besitz und der Vermietung eines Bestandobjektes einhergehen, im Zuge der Vermietung auf den Bestandnehmer überwält und entsprechend im Bestandzins eingepreist werden.

Innerhalb der österreichischen Rechtordnung bestehen dagegen weitreichende Schutzbestimmungen, die eine solche Kostenüberwältung nur in einem eingeschränkten Umfang erlauben. Im Rahmen dieser Arbeit werden die rechtlichen Grenzen einer Überwältung von „*Erhaltungspflichten*“ sowie der „*Lasten und Abgaben*“ dargestellt und im Ergebnis aufgezeigt, inwieweit ein potenzieller Anwendungsbereich eines „*Triple-Net-Vertrages österreichischer Prägung*“ überhaupt rechtlich darstellbar sein könnte.

Abschließend werden steuerrechtliche Anwendungsmöglichkeiten des Triple-Net-Vertrages erörtert, die unter Einbindung einer zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft steuerliche Vorteile hinsichtlich der Instandhaltung und Instandsetzung eines Bestandobjektes ermöglichen.