



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Primus als Vorsitzende, die Richterin Mag. Elhenicky und den Richter Mag. Kunz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei **FERNKORN AG**, Khleslplatz 12, 1120 Wien, vertreten durch Dr. Thor-Andrij Maritzak, M.B.A., Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500; Gesamtstreitwert: EUR 36.000), über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 33.250) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 12. Dezember 2020, GZ 54 Cg 28/19z-19, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.832,72 (darin EUR 472,12 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger ist ein gemäß § 29 Abs 1 KSchG klagebefugter Verein. Die Beklagte ist eine im Bereich der Immo-

bilienentwicklung und -verwertung tätige Aktiengesellschaft. Sie ist Unternehmerin gemäß § 1 KSchG und tritt im Rahmen ihrer Tätigkeit rechtsgeschäftlich mit Verbrauchern im Sinn dieser Bestimmung in Kontakt. Als Eigentümerin der Liegenschaft Schönbrunner Straße 244, 1120 Wien schließt sie mit Verbrauchern über die in diesem Haus gelegenen Bestandobjekte Mietverträge unter Verwendung von Vertragsformblättern mit standardisierten Vertragsklauseln.

Der Kläger beehrte, der Beklagten die Verwendung von insgesamt 51 beanstandeten oder sinngleichen Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den (Miet-)Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern sowie die Berufung auf diese oder sinngleiche Klauseln zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten; sie seien auch nicht ausreichend transparent. Wiederholungsgefahr bestehe, weil die Beklagte die beanstandeten Klauseln trotz Abmahnung durch den Kläger weiter verteidige und eine mit einer angemessenen Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung nicht abgegeben habe.

Der Klage liege ein Mietvertragsformular der Beklagten für ein befristetes Mietverhältnis mit einem Verbraucher über eine Wohnung in der Wohnhausanlage Schönbrunner Straße 224, 1120 Wien, im Vollanwendungsbereich des MRG zugrunde; das Gebäude sei 1848 bis 1918 errichtet worden und beinhalte eine große Anzahl an Mietwohnungen. Im Vertragsformular werde auch von der Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des MRG ausgegangen. Die Anwendung

des MRG hänge nicht von einer allfälligen baurechtlichen Widmung des Bestandsgegenstandes als Beherbergungsstätte ab. Die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 1 Z 1 MRG setze eine Vermietung im Rahmen eines Beherbergungsunternehmens und demnach neben der Raumüberlassung die Erbringung beherbergungstypischer Leistungen und das Vorliegen einer entsprechenden Gewerbeberechtigung voraus. Beides treffe auf das gegenständliche Mietverhältnis nicht zu.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte dessen Abweisung. Die beanstandeten Klauseln seien wirksam und zulässig, ausreichend klar formuliert und nicht gröblich benachteiligend für den Verbraucher. Sie stünden mit dem Gesetz sowie den guten Sitten im Einklang. Sie verwende für die Vermietung von Objekten an Verbraucher im Voll- oder Teilanwendungsbereich des MRG keine Vertragsformblätter oder Mietvertragsformulare, sondern handle solche Verträge individuell aus. Das inkriminierte Vertragsformular betreffe aber das Apartmenthaus auf der Liegenschaft Schönbrunner Straße 244, 1220 Wien, bei dem es sich weder um ein Mietwohnhaus noch ein typisches Gründerzeithaus handle. Wie aus dem Bauansuchen und dem Bescheid der MA 37 hervorgehe, sei es als Beherbergungsstätte gewidmet und falle als solche nicht in den Voll- oder Teilanwendungsbereich des MRG. Es werde dort auch eine Beherbergungsstätte betrieben, weil den Mietern insbesondere Schränke, Betten, Matratzen, Leintücher, Pölster und Decken zur Verfügung gestellt würden, eine 24-Stunden-Hotline und Videoüberwachung eingerichtet seien und die Reinigung und der Wechsel von Wäsche beauftragt werden könne. Der vom Kläger vorgelegte Vertrag diene daher nicht der Miete einer Wohnung im Sinn des MRG. Die Beklagte übermittle die Vertragsbedingungen

immer vorab an Interessenten und gehe sie bei einem persönlichen Gespräch im Einzelnen durch.

Verweise auf Bestimmungen des MRG in einem Vertragsentwurf, der seit 31.12.2018 nicht mehr in Verwendung stehe, seien zur Vereinfachung erfolgt.

Bestritten werde auch das Bestehen eines berechtigten Interesses des betroffenen Verbraucherkreises an der Aufklärung durch Veröffentlichung. Die Beklagte stehe ausschließlich in Wien im Kontakt mit Verbrauchern. Daher sei eine österreichweite Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung nicht angemessen, weil deren Leserkreis in keinem Verhältnis zum tatsächlichen oder potenziellen Kundenkreis der Beklagten stehe.

Das Haus Schönbrunner Straße 244, 1120 Wien, sei ab dem zweiten Stock neu errichtet worden; es falle daher keinesfalls in den Vollanwendungsbereich des MRG, sondern gemäß § 1 Abs 4 Z 2 bzw. 2a MRG höchstens in dessen Teilanwendungsbereich.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren zur Gänze sowie dem Veröffentlichungsbegehren im Umfang der Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe im redaktionellen Teil der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für Wien, statt. Das Veröffentlichungsmehrbegehren wies es (unbekämpft) ab. In rechtlicher Hinsicht führte es zur Anwendbarkeit des MRG auf das Objekt Schönbrunner Straße 244, 1120 Wien aus, dass der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG, auf den sich die Beklagte berufe, eine Vermietung im Rahmen des Betriebes eines Beherbergungsunternehmens voraussetze. Dafür müsse der Vermieter aber die für Beherbergungsunternehmen typischen, über die Raumüberlassung hinausgehenden Leistungen erbringen und über eine Gewerbebe-

rectigung gemäß § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 verfügen. Eine (noch nicht erteilte) Gewerbeberechtigung sei nur dann nicht zwingend erforderlich, wenn die Voraussetzungen für den Betrieb eines Beherbergungsunternehmens unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles vorlägen. Typische Nebenleistungen umfassten die Reinigung der Räume, das Bereitstellen von Bettwäsche, Geschirr und Mahlzeiten. Indiz für das Vorliegen eines Beherbergungsunternehmens sei der Einschluss der Betriebskosten in das Entgelt. In die Beurteilung fließe auch die Verkehrsauffassung ein.

Die Beklagte betreibe kein Beherbergungsunternehmen; sie verfüge nicht über die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung und habe den Mietern laut den inkriminierten Bedingungen umfassende Instandhaltungspflichten, insbesondere in Bezug auf Elektro- und Wasserleitungen sowie Beheizungs- und sanitäre Anlagen im Mietgegenstand auferlegt. Auch Wartungen von Elektrogeräten solle der Mieter durchführen. Gegen einen Beherbergungsvertrag spreche weiters die Verpflichtung zum Abschluss einer Haushaltsversicherung und die vereinbarte Wartung und Haftung des Mieters für Steckdosen, Schalter, Wasserhähne, Armaturen, etc.. Dass die Beklagte in Einzelfällen Reparaturen an Jalousien, Herden oder Geschirrspülern vornehme, ändere daran nichts, da sie nach der Vertragslage dazu nicht verpflichtet sei. Dasselbe gelte für die monatliche Pauschalmiete. In dieser seien zwar Betriebskosten inkludiert, es sei aber eine Verpflichtung zur Nachzahlung vorgesehen, wenn bei Beendigung des Mietverhältnisses der Strom-, Wärme- und Wasserverbrauch deutlich höher als der Durchschnittswert gewesen sei. Nach der Verkehrsauffassung könne daher nicht von einer Vermietung im Rahmen

eines Beherbergungsbetriebs ausgegangen werden. Die Terminologie der Bauordnung sei für den Anwendungsbereich des MRG irrelevant. Die Vermietung des gegenständlichen Objekts sei daher nicht nach § 1 Abs 2 Z 1 MRG von dessen Anwendungsbereich ausgenommen.

Nach § 1 Abs 4 Z 2 MRG fielen jene Mietgegenstände in den Teilanwendungsbereich des MRG, die durch den Ausbau eines Dachbodens oder einen Aufbau aufgrund einer nach dem 31.12.2001 erteilten Baubewilligung neu errichtet worden seien. Beim gegenständlichen Mietobjekt sei aufgrund einer Baubewilligung aus dem Jahr 2017 ein drittes Stockwerk sowie ein Dachbodenausbau aufgestockt, weshalb der Mietgegenstand in den Teilanwendungsbereich des MRG falle. Die §§ 14, 16b, 29 bis 36, 45, 46 und 49 MRG seien daher anwendbar.

Die dafür behauptungs- und beweispflichtige Beklagte habe den Wegfall der Wiederholungsgefahr nicht dargelegt. Im Verbandsprozess sei dafür die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung erforderlich. Die bloße Änderung der Geschäftsbedingungen reiche hingegen nicht.

Die Beklagte verwende die inkriminierten Klauseln seit ungefähr 2018 für Neuverträge nicht mehr. Eine Leistungsfrist sei daher nicht erforderlich.

Die Berechtigung des Begehrens nach Urteilsveröffentlichung hänge von einem schutzwürdigen Interesse des Klägers an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß ab. Die Urteilsveröffentlichung solle vor allem das Publikum aufklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken. Das berechtigte Interesse liege bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das

Recht hätten, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig seien. Den beteiligten Verkehrskreisen solle Gelegenheit gegeben werden, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein.

Da die Beklagte ausschließlich in Wien tätig sei und dort die inkriminierten Klauseln verwende, würde eine Veröffentlichung des Urteils in der bundesweiten Ausgabe der Kronen-Zeitung dem Äquivalenzgrundsatz widersprechen, nach dem Art und Umfang der Veröffentlichung in angemessenem Verhältnis zur Wirkung des Verstoßes stehen müssten. Aufgrund des zu informierenden Personenkreises der Mieter und Mietinteressenten in Wien erscheine die Veröffentlichung des Urteils in der Wiener Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung aufgrund ihrer Reichweite angemessen und notwendig. Die Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift für Immobilien- oder Mietthemen komme nicht in Frage, weil eine solche hauptsächlich Personen erreiche, die sich aus beruflichen Gründen mit diesen Themen beschäftigten und nicht gewährleistet sei, dass ein möglichst großer Teil der privaten Mieter oder Mietinteressenten vom Urteil informiert würden.

Der Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen des Klägers zu deren Unzulässigkeit und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes zur Unzulässigkeit der Klauseln werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln dargestellt.

Gegen den stattgebenden Teil des Urteils richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren zur Gänze abzuweisen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Rechtsrüge:

1. Der Behandlung der Rechtsrüge sind die nachfolgenden **Grundsätze des Verbandsprozesses** voranzustellen:

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RS0014676). Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinn dieser Bestimmung schon dann vor, wenn sie unangemessen ist. Eine weitgehende einseitige Abweichung vom dispositivem Recht, das für den „Durchschnittsfall“ eine ausgewogene, gerechte Rechtslage anstrebt, kann unter den besonderen

Verhältnissen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Hinblick auf die hier typischerweise bestehende „verdünnte Vertragsfreiheit“ des Kunden nicht toleriert werden (6 Ob 81/09v mwN).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dieses Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigte Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt, oder er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115217 [T8], RS0115219 [T9, T21, T43]). Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich aus dem Vertragsformblatt zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RS0115217 [T6, T8, T41]). Das setzt die Verwendung von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig sind oder von ihm jedenfalls festgestellt werden können. Das können naturgemäß auch Fachbegriffe sein, nicht aber Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt jeder eindeutigen Festlegung entzieht. Der durch deren Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum schließt es aus, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RS0115217 [T3]). Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls

unklar bleiben (RS0115219). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind demnach das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RS0115217 [T12], RS0115219 [T12]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0126158).

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RS0016590 [T14], RS0038205 [T4, T11]). Es ist von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden der Beklagten die nachteiligste ist (RS0016590 [T5, T17]). Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]). Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen ist nicht Rücksicht zu nehmen; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RS0038205 [T1]; vgl RS0128735).

Für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig iSd § 28 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgeblich. Zwei unabhängige Regelungen können in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahr genommen werden können (RS0121187 [T1]). Dabei kommt auch der sprachlichen Unselbstständigkeit ein gewisses Gewicht zu (RS0121187 [T11]).

2. Einzugehen ist vorweg auf die klauselübergreifenden Beanstandungen der Beklagten in der Berufung.

2.1 Anwendbarkeit des MRG

2.1.1 Die Beklagte rügt zunächst das Fehlen von Feststellungen zur baurechtlichen Widmung des Apartmenthauses in 1120 Wien, Schönbrunner Straße 244, als sekundären Feststellungsmangel. Die Feststellung sei relevant, weil die Widmung des Objekts als Apartmenthaus/Beherbergungsstätte zur Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands des § 1 Abs 2 Z 1 MRG führe.

2.1.2 Gemäß § 1 Abs 2 Z 1 MRG fallen Mietgegenstände, die im Rahmen des Betriebes eines Beherbergungsunternehmens vermietet werden, nicht in den Anwendungsbereich des MRG. Wesentlich ist, dass die Vermietung nach dem Bestandzweck an sich in den Geschäftsbereich eines Beherbergungsunternehmens fällt und tatsächlich von einem solchen Unternehmen zu diesem Zweck („im Rahmen des Betriebes“) vorgenommen wurde (*Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ MRG § 1 Rz 41). Für die Frage der Anwendbarkeit des MRG kommt es demnach darauf an, zu welchem Zweck der Mietgegenstand nach der Parteienabsicht bei Abschluss des Mietvertrags in Bestand gegeben bzw genommen worden ist oder welcher Zweck von den Parteien später einvernehmlich zum Vertragszweck gemacht worden ist (vgl RS0070039). Die baurechtliche Widmung des Mietgegenstandes - wie hier nach den Behauptungen der Beklagten als Beherbergungsstätte - ist demnach - wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht entscheidend. Feststellungen dazu hat das Erstgericht zu Recht unterlassen.

2.1.3 Soweit die Beklagte argumentiert, die von ihr vermieteten und im Mietvertrag als solche bezeichneten Apartments im Haus 1120 Wien, Schönbrunner Straße 244, seien keine Wohnungen, steht dem der Wohnungsbegriff des

MRG entgegen, der auf den allgemeinen Sprachgebrauch, auf die Verkehrsauffassung und auf die Bauvorschriften abstellt, wonach unter einer Wohnung ein selbstständiger und in sich baulich abgeschlossener Teil eines Gebäudes zu verstehen ist, der geeignet ist, der Befriedigung des individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen (RS0079355). Diesen Anforderungen entsprechen die in Rede stehenden Apartments, da sie - der Beschreibung im Mietvertrag folgend - aus einem Wohnraum mit offener Küche, einem Schlafräum sowie einem Badezimmer mit WC bestehen. Demnach handelt es sich bei ihnen - anders als die Beklagte glauben machen will - nicht lediglich um einen Unterkunftsraum, der ein eigenständiges Wohnen nicht ermöglicht, sondern die Apartments verfügen als baulich abgeschlossene Gebäudeteile über sämtliche Ausstattungsmerkmale (insbesondere Wohn- und Schlafräume, Küche, Bad und WC), die für eine Wohnung nach dem Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung unerlässlich sind. Dass der Mietgegenstand im Mietvertrag nicht als Wohnung, sondern als „Apartment“ bezeichnet ist, schadet nicht, zumal das aus dem Englischen entlehnte Wort „Apartment“ ohnehin allgemein als Bezeichnung für eine kleine, komfortable Wohnung verwendet wird (vgl <https://www.dwds.de/wb/Apartment>) und sich die Bedeutung daher auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung nicht auf die eines Ferienapartments einschränken lässt.

2.1.4 Nach ständiger Rechtsprechung ist die Frage, ob ein Mietobjekt im Rahmen des Betriebs eines Beherbergungsunternehmens vermietet wurde, nur unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalls im Wege einer rechtlichen Schlussfolgerung zu beantworten (RS0069631; RS0115001), wobei dann von einem Bestandvertrag im Rahmen

eines Beherbergungsbetriebs auszugehen ist, wenn das sich aus dem Zusammenwirken aller Umstände ergebende Erscheinungsbild ein Verhalten des Vermieters erkennen lässt, das - wenn auch in beschränkter Form - eine laufende Obsorge hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinn einer daraus resultierenden Betreuung des Gastes verrät (7 Ob 3/11h). Als Indiz für die Vermietung im Rahmen eines Beherbergungsunternehmens wird von der Judikatur der Einschluss der Betriebskosten in das Entgelt gewertet; das kann, da es für sich allein nicht besonders aussagekräftig ist, in einem Grenzfall den Ausschlag geben. In die Beurteilung, ob Räume im Rahmen des Betriebes eines Beherbergungsunternehmens vermietet werden, fließt immer auch die Verkehrsauffassung ein, weshalb sich der Gesetzgeber einer Begriffsdefinition enthalten hat. Das eröffnet den Gerichten einen Beurteilungsspielraum. (RS0115002).

Ogleich für die Beherbergung von Fremden die nur vorübergehende Überlassung von Wohnräumen, oft in Verbindung mit bestimmten Dienstleistungen (wie Wartung und Reinigung der Räume und dergleichen), typisch ist, gibt es doch Zweige der Fremdenbeherbergung, in denen eine längere Dauer des Mietverhältnisses die Regel bildet. Dass das Mietverhältnis längere Zeit dauert und der Mietzins monatlich entrichtet wird, schließt also eine Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 Z 1 MRG nicht von vornherein aus; wesentlich ist, dass die Vermietung im Betrieb des Fremdenbeherbergungsgewerbes erfolgt und die vermieteten Räume zu einem solchen Gewerbebetrieb gehören (RS0069610), der Vermieter also dem Mieter die für ein Beherbergungsunternehmen typischen Leistungen erbringt und über eine Gewerbeberechtigung gemäß § 142

Abs 1 Z 1 GewO 1994 verfügt (RS0110431). Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG ist aber nicht allein deshalb zu verneinen, weil der Gewerbebetrieb (noch) ohne Gewerbeberechtigung geführt wird, falls die übrigen Merkmale einer Vermietung im Rahmen des Betriebs eines Beherbergungsunternehmens gegeben sind (RS0110431 [T2]). Hinsichtlich der typischen Nebenleistungen wie der Reinigung des Objekts durch den Vermieter, die Beistellung der Bettwäsche und von Geschirr (7 Ob 3/11h) ist nicht so sehr von Bedeutung, ob sie der Mieter bzw Gast tatsächlich in Anspruch nimmt, sondern ob sie vom Vermieter angeboten und auch üblicherweise erbracht werden (RS0110431 [T1]).

2.1.5 Bei der Vermietung der „Apartments“ im Haus 1120 Wien, Schönbrunner Straße 244 steht die befristete Vermietung von bezugsfertigen, möblierten und insbesondere mit einer Einbauküche samt Elektrogeräten ausgestatteten Räumlichkeiten für längere Zeiträume (auch mehrere Jahre) im Vordergrund. Die Betreuungsleistungen der Beklagten treten demgegenüber in den Hintergrund. Allein das Einrichten einer 24 Stunden-Notruf-Hotline und - nach Behauptung der Beklagten - die Überwachung der allgemeinen Teile mittels Video und Security reicht nach der Verkehrsauffassung nicht aus, um von einer Fremdenbeherbergung auszugehen. Die Beklagte bietet zusätzliche Betreuungsleistungen wie die Bereitstellung eines Reinigungs- oder Wäscheservices zwar optional an; da der Mieter dafür aber bei Inanspruchnahme ein zusätzliches Entgelt zu zahlen hat, wird er die Vermittlung dieser Leistungen eines Dritten zwar als Serviceleistung seines Vermieters wahrnehmen, sie aber nicht als an die Überlassung der Räumlichkeiten gekoppelte Leistungen der persönlichen Betreu-

ung durch den Vermieter ansehen.

Dass in der Pauschalmiete die durchschnittlichen Stromkosten für das Apartment enthalten sind, lässt sich - wie das Erstgericht zu Recht ausgeführt hat - schon deshalb nicht als Indiz für eine Fremdenbeherbergung werten, weil der Verbrauch jedes einzelnen Mieters festgestellt und der Mieter nach dem Mietvertrag zur Nachzahlung von Stromkosten verpflichtet wird, wenn sein Verbrauch überdurchschnittlich hoch war. Gerade eine solche Nachzahlungsverpflichtung ist allerdings für die Überlassung von Räumlichkeiten im Rahmen eines Beherbergungsunternehmens ungewöhnlich. Auch die Vorgabe der Beklagten, dass der jeweilige Mieter für die Instandhaltung des gemieteten Apartments zu sorgen hat, lässt sich mit einer laufenden Obsorge der Beklagten hinsichtlich der vermieteten Räume im Sinn einer daraus resultierenden Betreuung der Mieter nicht vereinbaren. Nicht zuletzt zeigt auch der Standpunkt der Beklagten, sie benötige zur Ausübung ihrer unternehmerischen Tätigkeit keine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe nach § 94 Z 26 iVm § 111 Abs 1 Z 1 GewO 1994 und wolle mit der Vermietung von Apartments gar kein Beherbergungsunternehmen betreiben, da für die unter das Gastgewerbe fallende Beherbergung von Gästen der Erwerb einer solchen Gewerbeberechtigung unerlässlich wäre.

Bei Berücksichtigung all dieser Umstände des Einzelfalls ist daher dem Erstgericht beizupflichten, dass die Beklagte die Apartments in 1120 Wien, Schönbrunner Straße 244, nicht im Rahmen des Betriebes ihres in Wahrheit gar nicht existierenden Beherbergungsunternehmens vermietet und die Mietverträge über diese Apartments daher nicht gemäß § 1 Abs 1 Z 1 MRG vom Anwendungsbereich des MRG

ausgenommen sind.

2.1.6 Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Frage der Anwendbarkeit des MRG auf die Mietobjekte in 1120 Wien, Schönbrunner Straße 244, für die Beurteilung der Zulässigkeit der beanstandeten Klauseln (mit Ausnahme der Klausel 4) nicht entscheidend ist, da diese wegen ihres sachlich nicht gerechtfertigten Abweichens von den dispositiven Bestimmungen des ABGB als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB oder als mit den Bestimmungen des KSchG nicht vereinbar verboten wurden und deren Verwendung daher sowohl in AGB oder Vertragsformularen auch bei Vermietungen außerhalb des Voll- oder Teilanwendungsbereichs des MRG unzulässig ist.

2.2 Die Beklagte hält der Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB weiters entgegen, sie habe die beanstandeten Klauseln mit den Mietern einzeln ausgehandelt; sie übermittle jedem Interessenten das beanstandete Formular nach der Besichtigung der Unterkunft mit einem Begleitschreiben unter ausdrücklichem Hinweis auf Änderungswünsche und lasse damit erkennen, eine Änderung der Vertragsklauseln über Wunsch in Erwägung zu ziehen. Der Verbraucher habe damit die reale Möglichkeit auf den Inhalt der Klauseln Einfluss zu nehmen.

2.2.1 Mit dieser erstmals in der Berufung (dort zu Punkt V.) aufgestellten Behauptung verstößt die Beklagte gegen das Neuerungsverbot des § 482 ZPO. Im erstinstanzlichen Verfahren hat sie zur Begründung, die Klauseln seien nicht überraschend, lediglich vorgebracht, sie übermittle die Vertragsbedingungen den Interessenten immer vorab und gehe sie mit ihnen in einem persönlichen Gespräch im Einzelnen durch. Da es nach der Rechtsprechung für ein „Aushandeln“ einer Vertragsbestimmung nicht

ausreicht, wenn dem Kunden eine vom Unternehmer ausformulierte Vereinbarung bewusst gemacht und mit ihm erörtert wurde, sondern der Unternehmer auch zu einer Änderung des von ihm verwendeten Textes erkennbar bereit gewesen sein muss (RS0121396 [T2]), hat das Erstgericht zu Recht Feststellungen zur Übermittlung und Erörterung der Vertragsformulare mit den Mietinteressenten unterlassen.

2.2.2 Dass sie den Verbrauchern bei Übermittlung der Vertragsentwürfe auch ihre Bereitschaft zu Abänderungen der Bedingungen erkennen lässt, hat die Beklagte demnach im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht. Ihr diesbezügliches Vorbringen in der Berufung, auf das sie im Einzelnen auch in ihrer Argumentation zu den Klauseln 8, 10, 12 bis 18, 21, 22, 24, 25, 27 bis 32, 34 bis 39 sowie 41 bis 51 zurückkommt, ist daher unbeachtlich.

2.2.3 Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auf die Aussagen der Zeugen Ing. Peter Predl und Azra Gänsthaler verweist, übersieht sie, dass Beweisergebnisse grundsätzlich nicht geeignet sind, fehlendes Prozessvorbringen zu ersetzen bzw unzureichendes Vorbringen zu konkretisieren (RS0037915 [T2]).

3. Zu den Klauseln im Einzelnen, wobei die Nummerierung jener im angefochtenen Urteil folgt:

Klausel 1:

Sämtliche Zu- und Ableitungen, insbesondere die Wasser-, Abwasser- und Elektroleitungen befinden sich im neuen und funktionstüchtigen Zustand. (Erstbezug)

Der Kläger beanstandet, dass der Mieter damit Tatsachen bestätige, für die der Vermieter beweispflichtig sei; die Klausel bewirke eine Beweislastumkehr und verstoße deshalb gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog.

Das Erstgericht schloss sich dieser Auffassung an.

Die in der Klausel enthaltene Tatsachenbestätigung, mit der der Zustand der Leitungen im Mietobjekt zum Zeitpunkt der Übergabe bestätigt werde, bürde dem Mieter in unzumutbarer Weise eine eigentlich den Vermieter treffende Beweislast auf; er habe insbesondere zu beweisen, dass er die Mängel nicht verursacht habe; die Klausel sei daher gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässig.

Die Berufungswerberin argumentiert, die Klausel führe zu keiner Beweislastumkehr; der Mieter nehme damit lediglich zur Kenntnis, dass die Versorgungsleitungen neu und funktionstüchtig seien.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Erschwert eine sogenannte „Tatsachenbestätigung (eine widerlegbare Erklärung des Verbrauchers über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache) in einem Vertragsformular zum Abschluss eines Schuldverhältnisses die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers, indem sie ihn mit einem Beweis belastet, den er sonst nicht erbringen müsste, ist die Klausel nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nichtig (RS0121955). Die Frage der Anwendbarkeit von § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf eine Klausel stellt sich hingegen nicht, wenn damit keine die Beweislast verschiebende Tatsachenbestätigung vorliegt (RS0121955 [T7]).

Bei Mietvertragsformularen mit einem Hausverwaltungsunternehmen sind Klauseln nicht zulässig, die durch Tatsachenbestätigungen die den Vermieter treffende Beweislast dem Mieter aufbürden. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Mieter bestätigt, mit dem Zustand einverstanden zu sein und damit das Zinsminderungsrecht nicht besteht oder wenn die beanstandete Klausel eine Bestätigung über den Zustand des Mietgegenstandes im Zeitpunkt der Übernahme darstellt (RS0121433).

Zu 7 Ob 78/06f beurteilte der Oberste Gerichtshof eine sinngleiche Klausel (dort Klausel 22), womit der Mieter bestätigte, den Mietgegenstand in neuwertigem Zustand übernommen zu haben, als unzulässig, weil sie geeignet sei, zu einer Beweislastverschiebung entgegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG zum Nachteil des Konsumenten zu führen. Diese Auffassung begründete er damit, dass die Klausel zunächst darauf abziele, dem Mieter die Berufung auf das Zinsminderungsrecht nach § 1096 ABGB abzuschneiden. Dieses sei nämlich ausgeschlossen, wenn der Mieter die Umstände, die den Gebrauch hinderten, akzeptiere, weil der Umfang des Gebrauchs und die Pflicht zu dessen Gewährung der Parteidisposition unterlägen. Wenn also der Mieter in Kenntnis der Mängel vorbehaltlos den Vertrag abschließe bzw das Mietobjekt übernehme, verzichte er auf Zinsminderung nach § 1096 ABGB. Die Beweislast für das Vorliegen von das Zinsminderungsrecht rechtfertigenden Umständen treffe den Mieter. Die Beweislast, dass der Mieter mit dem Zustand einverstanden gewesen sei und damit das Zinsminderungsrecht nicht bestehe, treffe nach allgemeinen Beweislastregeln für einen rechtsvernichtenden Einwand hingegen den Vermieter. Durch die Tatsachenbestätigung solle die den Vermieter treffende Beweislast dem Mieter aufgebürdet werden. Weiters sei der Fall der Geltendmachung eines Ersatzanspruches des Vermieters gegen den Mieter nach § 1111 ABGB zu bedenken. Der Vermieter müsse bei Abnützungen und Schäden, die über die schonende Nutzung hinausgehen, den Zustand der Wohnung, in dem sie übernommen worden sei (§ 1109 ABGB), und den Zustand bei Beendigung des Mietverhältnisses beweisen. Durch die beanstandete Klausel werde die Beweislast zum Nachteil des Mieters verschoben, weil sie eine Bestäti-

gung über den Zustand des Mietgegenstandes im Zeitpunkt der Übernahme darstelle. Dem Mieter werde also zu seinem Nachteil eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht treffe.

Diese Erwägungen des Obersten Gerichtshofs treffen gleichermaßen auf Klausel 1 zu, mit welcher dem Mieter die Bestätigung der Tatsache abverlangt wird, dass sich sämtliche Zu- und Ableitungen in einem neuen und funktionstüchtigen Zustand befinden. Auf diese Weise werde die grundsätzlich den Vermieter treffende Beweislast auf den Mieter überwälzt, und zwar zum einen die Beweislast für den rechtsvernichtenden Einwand gegen ein vom Mieter geltend gemachtes Zinsminderungsrecht infolge schadhafter Versorgungsleitungen, der Mieter sei mit dem Zustand einverstanden gewesen, zum anderen die Beweislast für die Funktionstüchtigkeit der Versorgungsleitungen im Zeitpunkt der Übergabe der Wohnung im Fall der Geltendmachung eines Ersatzanspruches des Vermieters gegen den Mieter nach § 1111 ABGB für Abnützungen und Schäden, die über die schonende Nutzung hinausgehen. Klausel 1 will daher dem Mieter im Wege einer Tatsachenbestätigung die den Vermieter treffende Beweislast aufbürden, was aus den genannten Gründen nicht zulässig ist.

Klausel 2:

Etwaige nach Übergabe des Mietgegenstandes hervorkommende Mängel, die dessen Brauchbarkeit oder ein Ausstattungsmerkmal beeinträchtigen, sind dem Vermieter bzw. dessen Vertreter unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Behebt der Vermieter diese Mängel binnen angemessener Frist, ist der Mieter nicht berechtigt, weitere Ansprüche zu stellen oder daraus Rechtsfolgen abzuleiten.

Der Kläger macht einen Verstoß gegen § 1096 Abs 1

ABGB geltend, weil der Anspruch des Mieters auf Mietzinsminderung ausgeschlossen werde und ein Vorausverzicht auf das Mietzinsminderungsrecht nach Satz 3 dieser Bestimmung unzulässig sei.

Das Erstgericht hob zunächst die Verpflichtung des Vermieters gemäß § 1096 ABGB hervor, die Bestandsache in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten sowie den Mieter vor Störungen zu schützen. Dabei handle es sich zwar um dispositives Recht, zwingende Folge der Verletzung dieser Verpflichtungen sei jedoch die Zinsbefreiung oder -minderung, die ex lege eintrete und ab Beginn der Unbrauchbarkeit oder Gebrauchsbeeinträchtigung des Bestandobjekts bis zu deren Behebung bestehe. Der Verzicht auf das Recht des Mieters zur Mietzinsminderung für den Zeitraum ab Beginn der Unbrauchbarkeit bis zur Behebung des Mangels sei unzulässig.

Darüber hinaus könne die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen zum Nachteil des Verbrauchers nach § 10 Abs 3 KSchG durch vertragliche Gebote der Schriftlichkeit von Erklärungen nicht ausgeschlossen werden. Die Klausel sei daher auch aufgrund der darin normierten schriftlichen Anzeigepflicht von Mängeln unzulässig.

Die Berufungswerberin führt dagegen ins Treffen, dass der Mieter mit der Klausel weder auf Gewährleistung noch Mietzinsminderung verzichte. Außerdem könne es für den Mieter schon im Hinblick auf die ihn treffende Pflicht, einen Mangel schnellstmöglich dem Vermieter zu melden und zu beweisen, dass er dies getan habe, ratsam sein, den Mangel schriftlich anzuzeigen. Gemäß § 6 Abs 1 Z 4 KSchG dürfe für derartige Anzeigen nur keine strengere Form als die Schriftform vereinbart werden.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Richtig daran ist, dass die Bestimmung des § 10 Abs 3 KSchG der Zulässigkeit der Klausel nicht entgegensteht, weil danach nur die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann, gemäß § 6 Abs 1 Z 4 KSchG die vom Verbraucher dem Unternehmer abzugebenden Anzeigen oder Erklärungen aber nur nicht einer strengeren Form als der Schriftform unterworfen werden dürfen. Auf einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG hat sich der Kläger aber ohnehin nicht gestützt.

Zutreffend ist allerdings seine Beanstandung der in der Klausel vorgesehenen Rechtsfolge, dass der Mieter bei Mängelbehebung durch den Vermieter innerhalb angemessener Frist, auch wenn er die Mängel - wie vorgesehen - schriftlich angezeigt hat, seinen Anspruch auf Mietzinsminderung für die Zeit bis zur Mängelbehebung verliert. Da dies einem Vorausverzicht auf das Mietzinsbefreiungsrecht nach § 1096 Abs 1 ABGB gleichkommt und ein solcher nach der ausdrücklichen Anordnung in Satz 3 leg cit bei der Miete unbeweglicher Sachen nicht zulässig ist, war die Verwendung der Klausel zu untersagen.

Klauseln 3 und 45:

Klausel 3:

Bei einem Zahlungsrückstand ab zwei Monatsmieten ist der Vermieter berechtigt die Lieferung von Strom einzustellen.

Klausel 45:

Weiters bin ich/sind wir damit einverstanden, dass der Vermieter ab einen Zahlungsrückstand von zwei Monatsmieten berechtigt ist die Lieferung von Strom einzustellen.

Der Kläger beanstandet einen Verstoß der Klauseln gegen die §§ 77, 82 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (ElWOG 2010) und gegen § 879 Abs 1 ABGB. Die Einstellung der Stromlieferung werde auch für den Fall vorgesehen, dass der Mieter von seinem gesetzlichen Mietzinsminderungsrecht Gebrauch gemacht habe. Bei einem Zahlungsrückstand von zwei Monaten widerspreche eine solche Möglichkeit den zwingenden Vorgaben des § 82 Abs 3 ElWOG 2010, der qualifizierte Mahnungen vor der Abschaltung des Netzzugangs vorsehe, und der Grundsatzbestimmung des § 77 ElWOG 2010, Mieter mit Strom zu versorgen, was sittenwidrig sei.

Klausel 45 sei mit § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog nicht vereinbar, weil dem Verbraucher unzulässigerweise durch eine Wissenserklärung eine ihn nicht treffende Beweislast auferlegt werde.

Das Erstgericht hielt fest, dass der Vermieter im Fall des Zahlungsverzugs eines Mieters auf die Möglichkeit einer Mietzinsklage und eventuell einer Räumungsklage beschränkt sei. Die Einstellung der Stromlieferung bei Zahlungsverzug entbehre jeder gesetzlichen Grundlage. Sie widerspreche auch der Wertung des Gesetzgebers, dass die Versorgung mit Strom ein zentrales Bedürfnis der in Österreich lebenden Menschen darstelle, was sich insbesondere aus § 77 Abs 1 ElWOG 2010 (Pflicht zur Grundversorgung) ableiten lasse. Als sachliche Rechtfertigung dafür komme die Möglichkeit des Vermieters, bei Mietrückständen Druck auf den Mieter auszuüben, in Frage. Diese Rechtsposition des Vermieters stehe in auffallendem Missverhältnis zu jener des Mieters, zumal nicht auf den Grund der Zahlungsrückstände abgestellt werde. Bei kundenfeindlichster Auslegung erlaube die Klausel die Ein-

stellung der Stromlieferung auch für den Fall, dass der Mieter aufgrund eines vom Vermieter zu behebenden Mangels an der Mietsache von seinem Recht zur Mietzinsbefreiung oder -minderung nach § 1096 Abs 1 ABGB Gebrauch mache. Damit seien die Klauseln aber gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und daher unzulässig.

Klausel 45 beinhalte zusätzlich eine unzulässige Tatsachenbestätigung.

Die Berufungswerberin hält die Klauseln für zulässig und meint zur Begründung der Zulässigkeit der Klausel 3, es sei nicht nachvollziehbar, warum bei Nichtzahlung der Stromrechnungen die Versorgung mit Strom aufrechterhalten werden müsse. Auch bei Versorgungsunternehmen komme es nicht auf den Grund für den Zahlungsrückstand an.

Die Zulässigkeit der Klausel 45 wird in der Berufung nicht näher begründet.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Auf die vom Erstgericht zutreffend geäußerten Bedenken, dass es die Klausel dem Vermieter bei kundenfeindlichster Auslegung ermöglicht, die Lieferung von Strom auch bei Nichtzahlung von Mietzinsen infolge berechtigter Zinsminderungs- oder -befreiungsansprüche einzustellen und sich damit ein Druckmittel gegen den Mieter zu verschaffen, solche Ansprüche keinesfalls in einem Ausmaß von zwei Monatsmieten oder mehr geltend zu machen, geht die Berufung nicht ein. Für ein solches Druckmittel besteht - wie das Erstgericht völlig richtig dargelegt hat - keine sachliche Rechtfertigung, sodass die Klausel schon aus diesem Grund gröblich benachteiligend und daher nichtig im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist.

Soweit die Berufungswerberin meint, jedes Versorgungsunternehmen sei grundsätzlich dazu berechtigt, die

Stromlieferung einzustellen, wenn der Kunde die Rechnung nicht bezahlt, setzt sie sich über die Bestimmungen der §§ 77 und 81 ElWOG 2010 hinweg. Danach haben Netzbetreiber einerseits bei Berufung von Verbrauchern auf die Pflicht zur Grundversorgung unbeschadet bis zu diesem Zeitpunkt vorhandener Zahlungsrückstände zur Netzdienstleistung verpflichtet und nur im Falle eines nach Berufung auf die Pflicht zur Grundversorgung erfolgenden erneuten Zahlungsverzuges bis zur Bezahlung der ausstehenden Beträge zur physischen Trennung der Netzverbindung berechtigt sind (§ 77 Abs 4 ElWOG 2010) und andererseits bei Zahlungsverzug vor Netzabschaltung ein qualifiziertes Mahnverfahren einzuhalten, sind sie doch gemäß § 82 Abs 3 ElWOG 2010 dazu verpflichtet, zumindest zweimal inklusive einer jeweils mindestens zweiwöchigen Nachfristsetzung zu mahnen, wobei die zweite Mahnung auch eine Information über die Folge einer Abschaltung des Netzzuganges nach Verstreichen der zweiwöchigen Nachfrist sowie über die damit einhergehenden voraussichtlichen Kosten einer allfälligen Abschaltung zu enthalten und die letzte Mahnung mit eingeschriebenem Brief zu erfolgen hat. All diese Voraussetzungen muss die Beklagte aber vor Einstellung der Stromversorgung in den Apartments ohne sachliche Rechtfertigung aber nicht erfüllen.

Gegen die Beurteilung der Klausel 45 als unzulässige Tatsachenbestätigung im Sinn des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG wendet sich die Beklagte in der Berufung nicht mehr. Insofern ließ sie die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts unbekämpft.

Klausel 4:

Der Mieter verpflichtet sich bereits jetzt, auf jeglichen Räumungsaufschub zu verzichten.

Der Kläger rügt einen Verstoß der Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil gemäß §§ 34a, 35 MRG das Gericht die Räumungsexkution auf Antrag aufschieben könne. Es gebe keine sachliche Rechtfertigung für die mit dem Vorausverzicht auf jeden Räumungsaufschub verbundene Schlechterstellung des Mieters.

Das Erstgericht verwies darauf, dass gemäß der auch im Teilanwendungsbereich des MRG geltenden Bestimmung des § 35 MRG dem Mieter von Wohnräumen grundsätzlich ein Räumungsaufschub zustehe und ein Verzicht auf Räumungsaufschub erst ab Auflösung des Bestandverhältnisses möglich sei. Daher sei die Klausel, in der der Mieter schon vor Vertragsabschluss verzichte, unwirksam.

Die Berufungswerberin erachtet die Klausel als zulässig, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Da die Beklagte die beanstandeten Mietvertragsformulare - wie zu Punkt 2.1 der Berufung ausgeführt - im (Teil-)Anwendungsbereichs des MRG verwendete, ist entscheidend, dass der in der Klausel normierte Vorausverzicht auf jeden Räumungsaufschub der Bestimmung des § 35 MRG widerspricht, wonach auf Antrag des gekündigten Mieters die Räumungsexekution nach § 42 EO aufzuschieben ist, wenn er im Fall der zwangsweisen Räumung der Wohnung der Obdachlosigkeit ausgesetzt ist und die Aufschiebung dem betreibenden Vermieter nach Lage der Verhältnisse zugemutet werden kann, sowie dass ein Verzicht auf Räumungsaufschub frühestens bei Auflösung des Bestandverhältnisses vereinbart werden kann (*Würth/Zingher/Kovanyi*, aaO § 35 MRG Rz 4). Ein Vorausverzicht auf jeden Aufschub einer Räumungsexekution widerspricht aber auch der

Bestimmung des § 42 EO, wonach die Aufschiebung (Hemmung) der Exekution auf Antrag in den angeführten Fällen ihres Abs 1 Ziffer 1 bis 10 und Abs 2 angeordnet werden kann. Ein gänzlicher Ausschluss jeder Aufschiebungsmöglichkeit im Vorhinein käme auch dann zur Anwendung, wenn sich der Vermieter den Räumungstitel erschleicht oder der Mieter vom Räumungstitel unverschuldet keine Kenntnis erlangt bzw. dieser vom Gericht zu Unrecht für vollstreckbar erklärt wird und der Mieter in Wahrheit gar nicht zur Räumung verpflichtet ist, er aber im Fall des Vollzugs der Räumung obdachlos würde, wofür sich keine sachliche Rechtfertigung finden lässt und von der Beklagten auch nicht geltend gemacht wurde. Der Vorausverzicht auf jeden Räumungsaufschub ist daher - wie der Kläger in erster Instanz geltend gemacht hat - auch gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und damit nicht nur im, sondern auch außerhalb des Voll- oder Teilanwendungsbereichs des MRG unzulässig.

Klausel 5:

Der Mietgegenstand darf ausschließlich zu Wohnzwecken verwendet werden. Eine Änderung des Verwendungszweckes ist unzulässig.

Der Kläger macht einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB geltend, weil eine absolute Einschränkung auf die Benutzung zu Wohnzwecken, selbst wenn die Interessen des Vermieters dadurch nicht beeinträchtigt werden, nicht sachlich gerechtfertigt erscheine und gröblich benachteiligend sei.

Das Erstgericht folgte auch in diesem Punkt der Argumentation des Klägers. Es verwies zunächst auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach die vertragliche Einschränkung auf die Vermietung zu Wohnzwecken

- als Abgrenzung zu Geschäftszwecken verstanden - zwar grundsätzlich zulässig sei, eine Klausel, nach der ein Mietgegenstand nur zu Wohnzwecken verwendet werden dürfe und eine andere Benützung nur mit Zustimmung des Vermieters gestattet sei, jedoch einer sachlichen Rechtfertigung aufgrund begründeter Interessen des Vermieters bedürfte. Eine sachliche Rechtfertigung für das generelle Verbot der Verwendung des Mietobjekts zu anderen als Wohnzwecken habe die Beklagte weder behauptet, noch sei ein begründetes Interesse des Vermieters daran ersichtlich.

Die Berufungswerberin vertritt die Auffassung, dass die Klausel ihrem Wortsinn nach nicht jegliche Verwendung zu anderen Zwecken als Wohnzwecken verbiete. Eine solche Einschränkung sei nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zulässig. Die Verwendung einer zu Wohnzwecken vermieteten Wohnung zu ausschließlich geschäftlicher Betätigung verwirkliche überdies den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 6 MRG.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Entgegen der Auffassung der Berufung ist die Klausel ihrem Wortlaut nach eindeutig auf ein Verbot der Verwendung des Mietobjekts zu anderen Zwecken als Wohnzwecken gerichtet, da darin vorgesehen ist, dass der Mietgegenstand ausschließlich zu Wohnzwecken verwendet werden darf und jede Änderung des Verwendungszwecks, also jede andere Verwendung unzulässig ist.

Das Erstgericht hat zutreffend zunächst auf die - außerhalb von Verbandsprozessen ergangene - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hingewiesen, dass die vertragliche Einschränkung auf Vermietung zu Wohnzwecken - als Abgrenzung zu Geschäftszwecken verstanden - für

grundsätzlich zulässig erachtet wird (RS0020522), zugleich aber aufgezeigt, dass das Höchstgericht zu 5 Ob 183/16x (dort Klausel 2) eine mit der beanstandeten vergleichbare Klausel in einem Mietvertragsmuster zu beurteilen hatte, wonach der Mietgegenstand nur zu Wohnzwecken verwendet werden durfte und eine andere Art der Benützung des Mietgegenstands nur mit Zustimmung der Vermieterin gestattet war. Auch wenn der Oberste Gerichtshof einräumte, es könnten berechnigte Interessen des Vermieters an einer derartigen vertraglichen Einschränkung bestehen wie beispielsweise das Interesse an einem konfliktfreien Zusammenleben der Mieter, das bei übermäßiger Beanspruchung einer reinen Wohnanlage durch Geschäftsverkehr beeinträchtigt werden könne, beurteilte er die Klausel als unzulässig, weil sie bei kundenfeindlichster Auslegung die Vermieterin berechnigte, alleine darüber zu entscheiden, welche Tätigkeit von Mietern sie nicht mehr Wohnzwecken zuordne, und in diesem Fall die Zulässigkeit der Nutzung je nach Belieben von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Gerade bei (neben-)beruflichen Tätigkeiten, die in einer zu Wohnzwecken gemieteten Wohnung ausgeübt werden, könne die Abgrenzung schwierig sein, ob noch der Wohnzweck im Vordergrund stehe. Eine restriktive Auslegung des Begriffs „Wohnzwecke“ durch einen Vermieter sei auch nicht vollkommen realitätsfremd.

Auch wenn sich die Beklagte die Genehmigung der Verwendung der Apartments zu anderen als Wohnzwecken nicht ausdrücklich vorbehalten hat, kann für das hier in Rede stehende Verwendungsverbot nichts anderes gelten; bei kundenfeindlichster Auslegung umfasst dieses nämlich ein Verbot jeder (neben-)beruflichen Tätigkeit, sodass selbst die Ausübung von Büroarbeit in der Wohnung etwa im Rahmen

von „Home-Office“ darunterfällt. Eine sachliche Rechtfertigung für eine derart weitgehende Einschränkung des Verwendungszwecks der Apartments zeigt die Beklagte nicht auf. Aus der von ihr ins Treffen geführten Rechtsprechung, wonach die ausschließliche Verwendung einer als Wohnung vermieteten Raumeinheit zu geschäftlichen Zwecken den Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 6 MRG erfüllt (RS0070239), ist für sie nichts zu gewinnen, weil dafür entscheidend ist, dass die vermietete Wohnung zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen überhaupt nicht mehr regelmäßig verwendet wird, wovon im Fall der teilweisen Verwendung der Wohnung etwa für Büroarbeiten des Mieters aber nicht die Rede sein kann.

Klausel 6:

Die angeführte Bruttopauschalmiete [...] ist monatlich im Vorhinein jeweils am Ersten eines jeden Monats spesenfrei zu bezahlen. Der Mieter erteilt dafür dem Vermieter eine Bankeinzahlungsermächtigung (Beilage). Für die Begleichung wird eine Respirofrist von 5 Werktagen gewährt.

Der Kläger stützt sich auf einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG iVm § 15 Abs 3 MRG und § 6a Abs 2 KSchG sowie § 879 Abs 3 ABGB. Gemäß § 15 Abs 3 MRG sei der Mietzins - sofern kein späterer Zahlungstermin vereinbart sei - am Fünften eines jeden Monats zu entrichten, wobei es im Fall der Banküberweisung für die Rechtzeitigkeit der Zahlung gemäß § 6a Abs 2 KSchG ausreiche, wenn der Mieter an diesem Tag den Überweisungsauftrag erteile. Darüber täusche die Klausel hinweg. Sie sei daher intransparent. Die Intransparenz werde noch dadurch verstärkt, dass der Mieter für das rechtzeitige Einlangen des Mietzinses beim

Vermieter verantwortlich gemacht werde, obwohl er dem Vermieter eine Bankeinziehungsermächtigung zu erteilen habe. Nach der kundenfeindlichsten Leseart sei der Mieter auch für gescheiterte Einziehversuche des Vermieters verantwortlich, was ihn gröblich benachteilige.

Das Erstgericht erkannte die Klausel als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel lege den Fälligkeitstermin für die monatliche Miete am Monatsersten fest. Die gewährte Respirofrist beeinflusse die Fälligkeit nicht. Die Regelung widerspreche § 6a Abs 2 KSchG, wonach die Zahlung rechtzeitig erfolge, wenn der Mieter als Verbraucher den Überweisungsauftrag am Tag der Fälligkeit erteile. Eine sachliche Rechtfertigung für das Abgehen von § 6a Abs 2 KSchG sei weder behauptet worden noch ersichtlich, weshalb die Klausel schon aus diesem Grund gröblich benachteiligend sei. Die Regelung sei zudem intransparent, da der Mieter eine Bankeinziehungsermächtigung zu erteilen habe, gleichzeitig aber für den rechtzeitigen Zahlungseingang beim Vermieter verantwortlich sein solle.

Da auch § 1100 ABGB bei Raummieten die Fälligkeit des monatlichen Mietzinses am Fünften des Monats normiere, sei die Vorverlagerung des Fälligkeitstermins auch außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG wegen gröblicher Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam, werde dadurch doch die Begleichung der Forderung für die Mieter ohne sachliche Rechtfertigung erschwert. Viele Mieter verfügten zu diesem Zeitpunkt noch nicht über ihr Gehalt, um den Mietzins begleichen zu können. Daher habe auch der Gesetzgeber den Fünften des Monats als Fälligkeitsdatum gewählt, wovon mangels sachlicher Begründung nicht abge-

gangen werden könne.

Die Berufungswerberin kritisiert, die Annahme des Erstgerichts, dass viele Mieter am Ende des Monats nicht über ihr Arbeitseinkommen verfügten, widerspreche den gesetzlichen Regelungen, wonach das Arbeitsentgelt am letzten Tag des Kalendermonats fällig werde.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Richtig weist die Beklagte zwar darauf hin, dass das Arbeitsentgelt bzw. das fortlaufende Gehalt grundsätzlich spätestens am Letzten eines jeden Monats fällig wird (vgl § 1154 Abs 2 ABGB, § 15 AngG) und es daher auch bei Fälligkeit des Mietzinses am Ersten des Monats keiner Zwischenfinanzierung durch den Mieter bedarf, soll er die Miete bereits am Monatsersten zahlen. Die daran anknüpfende Frage, ob die Vorverlegung des Fälligkeitstermins des Mietzinses auf den Ersten eines jeden Monats außerhalb des Anwendungsbereichs der (einseitig zwingenden) Regelung des § 15 Abs 3 MRG als Abweichung von der dispositiven Regelung des § 1100 ABGB, die den Mietern mit ihrer Verschiebung des gesetzlichen Fälligkeitstermins auf den Monatsfünften einen zeitlichen Spielraum einräumen wollten, um den Mietzins mit dem jeweiligen Monatsbezug entrichten zu können (vgl Erläuterungen RV 2111 der Beilagen 24. GP zu Art 4 1.) einer gröblichen Benachteiligung führt, bedarf hier aber keiner abschließenden Beantwortung, weil die Klausel schon aufgrund ihres Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG und gegen § 6a Abs 2 KSchG im Zusammenhang mit dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Verbandsprozess zur Gänze unzulässig ist. Die Beklagte wendet sich in der Rechtsrüge auch gar nicht gegen die Beurteilung der Klausel als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG und zeigt auch

nicht auf, dass sie entgegen der Auffassung des Erstgerichts der Bestimmung des § 6a Abs 2 KSchG entspreche. Danach reicht es bei Erfüllung einer Geldschuld eines Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer durch Banküberweisung für die Rechtzeitigkeit der Erfüllung - abweichend von § 907a Abs 2 erster Satz ABGB - auch bei einem im Vorhinein bestimmten Fälligkeitstermin aus, dass der Verbraucher am Tag der Fälligkeit den Überweisungsauftrag erteilt. Die Einräumung einer 5tägigen Respirofrist in der Klausel, die bei kundenfeindlichster Auslegung dem Mieter auch die Verantwortung für das Einlangen des Mietzinses auf dem Bankkonto des Vermieters bis spätestens zum Fünften des Monats auferlegt, ist damit nicht vereinbar und daher unzulässig.

Klausel 7:

Im Verzugsfalle ist der Vermieter berechtigt, Mahnspesen in Höhe von € 10,00 je Mahnung sowie Zinsen in Höhe von 6% p.a. zu berechnen. Der Mieter haftet dem Vermieter für alle durch die verspätete Zahlung verursachten außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten und Auslagen.

Der Kläger sieht in der Klausel einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 iVm § 1333 Abs 2 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG, weil sie ohne sachliche Rechtfertigung von der dispositiven Regel des § 1333 Abs 2 ABGB abgehe und daher für die Mieter gröblich benachteiligend sei. Verschleiert würden außerdem die Voraussetzungen für den Ersatzanspruch des Vermieters nach § 1333 Abs 2 ABGB, was die Klausel auch intransparent mache.

Das Erstgericht erachtete die Vereinbarung von Verzugszinsen von 6 % p.a. als unzulässig im Sinne des § 6 Abs 1 Z 13 KSchG, da diese den für den Fall vertragsgemäßer Zahlung vereinbarten Zinssatz um mehr als 5% p.a.

überstiegen. Die Klausel normiere jedoch einen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch des Vermieters für gerichtliche und außergerichtliche Kosten und Auslagen. Dies widerspreche der Regelung des § 1333 Abs 2 ABGB, nach der der Schuldner für diese Kosten nur bei Verschulden hafte. Eine sachliche Rechtfertigung für ein solchen Nachteil sei weder behauptet worden noch ersichtlich; die Klausel sei daher nach § 879 Abs 3 ABGB unzulässig; sie überwälze undifferenziert sämtliche Kosten der Be- oder Eintreibung verspäteter Mietzinszahlungen auf den Mieter, für den sich aufgrund dessen das Zahlungsrisiko nicht mehr abschätzen lasse. Darüber hinaus seien die Kosten entgegen der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 15 KSchG nicht gesondert aufgeschlüsselt und nicht auf die zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung der Forderung notwendigen Kosten beschränkt.

Die Berufungswerberin hält die Klausel für zulässig, weil sie ihre Grundlage in berechtigten Forderungen habe und eine gröbliche Benachteiligung nur bei fehlender Differenzierung anzunehmen sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Judikatur hat bereits mehrfach in AGB definierte Mahnspesen in konkreter Höhe als unzulässig angesehen, weil auf die betriebene Forderung nicht Bedacht genommen wird (so etwa RS0129621, 7 Ob 84/12x [Klausel 17] und 1 Ob 105/14v [Klausel 5]). Es wurde auch ganz allgemein schon ausgesprochen, dass eine Klausel, die zur Verrechnung unverhältnismäßig hoher Betreuungskosten berechtigt, eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB bedeutet (2 Ob 1/09z [Klausel 31]) bzw dass das Fehlen des Hinweises darauf, dass die zu ersetzenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen

Forderung stehen müssen, eine Klausel intransparent macht (4 Ob 221/06p [2.5]). Der Oberste Gerichtshof hat des weiteren Klauseln für unzulässig erklärt, die entgegen § 1333 Abs 2 ABGB die Verrechnung eines pauschalen Betrags von 20 bis 60 EUR vorsahen, ohne dass auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung Bedacht genommen wird (RS0129621), oder weil sie gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB den Verbraucher auch dann zur Zahlung von Schadenersatz verpflichten, wenn ihn am Verzug kein Verschulden trifft, da auch Fälle denkbar sind, in denen den Kunden an der Nichtausführung der Abbuchung kein Verschulden trifft (RS0129621 [T1]).

Wie bereits das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, lässt die Klausel entgegen der Behauptung der Beklagten jede Einschränkung der Haftung des Mieters für die durch die verspätete Zahlung verursachten außgerichtlichen und gerichtlichen Kosten und Auslagen vermissen und sieht ohne jegliche Differenzierung, insbesondere ohne Bezugnahme auf die Höhe der aushaftenden Forderung oder auf ein Verschulden des Mieters eine Haftung für alle derartigen Kosten vor. In Anwendung der dargestellten Grundsätze ist sie daher aufgrund ihres Widerspruchs zu § 1333 Abs 2 ABGB gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 8:

Die Nettopauschalmiete ist wertgesichert. Zur Berechnung der Wertsicherung dient der vom österreichischen Statistischen Zentralamt verlautbarte Verbraucherpreisindex 201 oder der an dessen Stelle tretende Index. Ausgangsbasis für die Wertsicherungsberechnung ist die für den Monat des Vertragsbeginns errechnete Indexzahl. Der Nettobetrag verändert sich in dem Ausmaß, in dem sich

der genannte Index gegenüber der Ausgangsbasis verändert. Der Vermieter ist zur Anpassung der Miete aufgrund von Indexänderungen jeweils zum 1.1. eines jeden Jahres berechtigt. Die durch die Wertsicherung eintretende Veränderung der Pauschalmiete wird dem Mieter vom Vermieter schriftliche bekannt gegeben. Der Mieter ist zur Bezahlung einer aufgrund der Wertsicherung erhöhten Pauschalmiete ab dem folgenden Zinstermin verpflichtet.

Der Kläger behauptet einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5, Abs 2 Z 4 und Abs 3 KSchG sowie § 16 MRG, weil sich der Klausel nicht entnehmen lasse, wie vorzugehen sei, wenn die Wertsicherung zu einer Mietzinsreduktion führe, was sich nicht mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vereinbaren lasse. Außerdem ermögliche sie unzulässigerweise eine Mietzins-erhöhung binnen zwei Monaten ab Vertragsabschluss, ohne dass dies im Einzelnen ausgehandelt sei. Da auch die wahre Rechtslage verschleiert werde, sei die Klausel zudem intransparent. Schließlich entspreche sie nicht den Vorgaben des MRG der schriftlichen Bekanntgabe des Erhö-hungsbegehrens des Vermieters.

Das Erstgericht erblickte in der Klausel, die eine nachträgliche Anpassung des Mietzinses ermöglichen solle, einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG; nach dieser Bestimmung seien Klauseln für Verbraucher nicht verbind-lich, nach denen Unternehmern auf ihr Verlangen für ihre Leistungen ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zustehe, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsehe, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Ver-trag umschrieben und sachlich gerechtfertigt seien sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers

abhänge. Da in der Klausel eine Senkung des Entgelts nicht vorgesehen sei, sei diese zur Gänze unzulässig.

Die Klausel enthalte weiters keine Beschränkung betreffend den Zeitpunkt der ersten Mietzinsanpassung. Eine Erhöhung des Entgelts binnen zwei Monaten ab Vertragsschluss sei jedoch nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG unzulässig, wenn sie nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sei, was in der Klausel nicht vorgesehen sei.

Die Berufungswerberin hält die Klausel für zulässig, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und die Klausel im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Das Berufungsgericht hat zwar bei gesetzmäßig ausgeführter Rechtsrüge die rechtliche Beurteilung allseitig zu überprüfen, ist jedoch bei Vorliegen mehrerer selbstständig zu beurteilender Rechtsfragen an eine Beschränkung der Berufungsgründe gebunden (RS0043352 [T26]). Bezieht sich die Rechtsrüge nur auf einen von mehreren Ansprüchen, ist die Überprüfung auf diesen beschränkt (RS0043352 [T10, T30, T31]).

Mit ihrer Argumentation hat es die Berufungswerberin unterlassen dazulegen, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts unrichtig erscheint, dass die Klausel schon infolge Verstoßes gegen die Bestimmungen des § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG und damit auch außerhalb des Voll- oder Teilanwendungsbereichs des MRG unzulässig ist. Damit ist die Rechtsrüge insoweit nicht gesetzmäßig ausgeführt und die diesbezügliche Beurteilung des Erstgerichts auch nicht zu überprüfen, was zur Folge hat, dass das Unterlassungsgebot in Bezug auf die Klausel 8 jedenfalls aufrecht zu bleiben hat.

Nur der Vollständigkeit halber ist die Beklagte mit ihren Einwänden, das Objekt falle unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG und die Klausel sei im Einzelnen ausgehandelt worden, auf die Ausführungen zu Punkt 2. zu verweisen.

Klausel 9:

Der Mieter ist verpflichtet, den Wohnungsinhalt mit einer ausreichenden Haushaltsversicherung - mit einer inkludierten Haftpflichtversicherung - abzusichern. Das Haftpflichtversicherungsunternehmen und die Polizzennummer sind innerhalb eines Monats nach Mietvertragsunterzeichnung der Hausverwaltung schriftlich bekanntzugeben.

Der Kläger beanstandet die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB und überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil sie dem Mieter das Wahlrecht, sich zu versichern oder Schäden selbst zu tragen, ohne sachliche Rechtfertigung nehme und der Mieter nicht mit einer solchen Verpflichtung im Mietvertrag rechnen müsse.

Das Erstgericht erkannte die Klausel für unzulässig, weil die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen zum Nachteil des Verbrauchers nach § 10 Abs 3 KSchG durch vertragliche Gebote der Schriftlichkeit von Erklärungen nicht ausgeschlossen werden könne und die Verpflichtung des Mieters zur schriftlichen Bekanntgabe des Haftpflichtversicherungsunternehmens demnach unzulässig sei. Im Übrigen werde durch die Klausel dem Mieter das Wahlrecht genommen, sich durch den Abschluss einer Haushaltsversicherung gegen bestimmte Risiken abzusichern oder diese Risiken selbst zu tragen und im Falle einer Schädigung dafür aufzukommen. Die Beklagte habe keine sachliche Rechtfertigung für die Beschränkung des Wahlrechts

behauptet. Die bloße Absicherung gegen eine Zahlungsunfähigkeit des Mieters erscheine nicht ausreichend, insbesondere in Anbetracht der Kautions von ungefähr vier Bruttomonatsmieten, weshalb die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Berufungswerberin hält die Klausel für sachlich gerechtfertigt.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Worin die sachliche Rechtfertigung für die Verpflichtung des Mieters zum Abschluss einer Haushaltsversicherung liegen soll, zeigt die Berufungswerberin nicht auf. Sie hat sich auch im erstinstanzlichen Verfahren auf keine konkreten Umstände gestützt, die ein berechtigtes Interesse des Vermieters an dieser Anforderung aufzeigen, wie etwa einen besonders hohen Wert des mitvermieteten Inventars. Wie bereits das Erstgericht ausgeführt hat, ist der Vermieter gegen eine allfällige Zahlungsunfähigkeit des Mieters ohnehin durch die zu erlegende Kautions von ungefähr vier Bruttomonatsmieten abgesichert, sodass es dem Mieter nicht ohne weiteres und in jedem Fall zuzumuten ist, eine für ihn mit einer weiteren finanziellen Belastung verbundene Haushaltsversicherung abschließen zu müssen.

Klausel 10:

Der Mieter erklärt, aus den zeitweiligen Störungen oder Absperrungen der Wasserzufuhr, Gebrechen oder Absperrungen des Personenaufzuges, an den Gas-, Licht-Kraft- und Kanalisierungsleitungen und dergleichen keinerlei Rechtsfolgen abzuleiten.

Der Kläger macht einen Verstoß der Klausel gegen § 1096 ABGB, § 6 Abs 1 Z 9 und § 9 Abs 1 KSchG geltend und meint, sie sei mit zwingenden Mietzinsminderungsan-

sprüchen unvereinbar und schränke die Schadenersatz- und Gewährleistungspflichten des Vermieters unzulässigerweise ein; außerdem sei sie intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

Das Erstgericht sah in der Klausel einen Ausschluss der Rechte und Pflichten des Mieters nach § 1096 ABGB. Bei Störungen oder Sperren von Wasserzufuhr, Aufzug oder an Leitungen handle es sich um Mängel an der Bestandssache, die diese unbrauchbar machen könnten, wenn dadurch die vertragsmäßige Benützung verhindert werde. Nach § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB werde der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maß der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit, wenn das Bestandsstück bei der Übergabe derart mangelhaft sei oder es während der Bestandszeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft werde, dass es zu dem bedungenen Gebrauch nicht taue. Der Mietzinsminderungsanspruch bestehe bis zur Beseitigung der Unbrauchbarkeit. Die Gewährleistungsbestimmung des § 1096 Abs 1 ABGB dürfe nach § 9 Abs 1 KSchG vor Kenntnis eines Mangels nicht ausgeschlossen werden. Das Mietzinsminderungsrecht des Mieters stelle ein Druckmittel gegen den Vermieter für den Fall der Mangelhaftigkeit der Mietsache dar. Der Ausschluss des Zinsminderungsrechts in der Klausel sei daher unzulässig.

Die Berufungswerberin verweist wieder nur darauf, dass die Klausel als zulässig anzusehen sei, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und dies unter Bedacht auf Punkt V. des Vorbringens ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Da das Erstgericht die Klausel infolge eines Verstoßes gegen die auch außerhalb des Voll- oder Teilanwen-

dungsbereichs des MRG anzuwendende Bestimmung des § 9 Abs 1 KSchG für unzulässig erklärt hat, die Berufung die Unrichtigkeit dieser Beurteilung aber nicht aufzeigt, hat sie - wie bereits zu Klausel 8 dargelegt - die Rechtsrüge wieder nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Nur der Vollständigkeit halber ist die Beklagte mit ihren Einwänden auf die Ausführungen zu Punkt 2. zu verweisen.

Klausel 11:

Der Mieter hat den Mietgegenstand in ordnungsgemäßem Zustand übernommen. Der Mieter verpflichtet sich, diesen Zustand zu erhalten, den Mietgegenstand pfleglich zu behandeln und diesen nach Beendigung des Mietverhältnisses in gleich gutem Zustand unter Berücksichtigung normaler Abnutzung zurückzustellen.

Der Kläger beanstandet, dass der Mieter in der Klausel Tatsachen bestätige, für die der Vermieter beweispflichtig sei; die Klausel verstoße damit gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog und § 3 MRG. Außerdem verpflichte sie den Mieter zu dem Vermieter obliegenden Arbeiten und weiche daher von den zwingenden Vorgaben zur Erhaltungspflicht des Vermieters ab. Im übrigen liege ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 9 KSchG vor, da das Risiko für zufällige Verschlechterungen der Bestandssache auf den Mieter überwälzt werden. Der Verzicht des Mieters auf Ersatz notwendiger Aufwendungen verstoße gegen § 9 KSchG.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel - unter Verweis auf seine Rechtsausführungen zu Klausel 1 - als eine nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG unzulässige Tatsachenbestätigung des Mieters. Durch die beanstandete Klausel werde die Beweislast zum Nachteil des Mieters verschoben, weil sie eine Bestätigung über den Zustand des Mietgegenstan-

des im Zeitpunkt der Übernahme darstelle. Dem Mieter werde zu seinem Nachteil eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht treffe. Da sich der zweite Satz auf den im ersten Satz bestätigten Zustand beziehe, sei auch er von der Unzulässigkeit betroffen.

Die Berufungswerberin argumentiert, die Klausel sei zulässig, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und dies unter Bedacht auf Punkt V. des Vorbringens ausgehandelt worden sei. Außerdem werde auf die Berufungsausführungen zu Klausel 1 verwiesen.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Beklagte wird zunächst mit ihren Einwänden, das Objekt falle unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG und die Klausel sei im Einzelnen ausgehandelt worden, auf die Ausführungen zu Punkt 2. verwiesen; wenn sich die Beklagte auf den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG beruft, ist das auch hier schon deshalb nicht zielführend, weil das Erstgericht die Klausel ganz generell - unabhängig davon ob das betroffene Mietverhältnis dem Voll- oder Teilanwendungsbereich des MRG unterliegt - aufgrund ihres Verstoßes gegen die zwingenden Bestimmungen des KSchG für unzulässig erklärt hat.

Wie das Erstgericht zutreffend ausführt, wird in der Klausel die Übernahme des Mietgegenstandes in ordnungsgemäßem Zustand bestätigt; dass damit eine unzulässige Beweislastverschiebung zu Lasten des Mieters verbunden ist und eine solche Tatsachenbestätigung der Bestimmung des § KSchG entgegen steht, wurde bereits bei Behandlung der Rechtsrüge zu Klausel 1 klargestellt. Darauf kann daher verwiesen werden.

Klausel 12:

Der Mieter verpflichtet sich, den Mietgegenstand und die dafür bestimmten Einrichtungen, wie im besonderen Elektroleitungen, die Antennen-, Wasserleitungen-, Beheizungs- und sanitären Anlagen (im Mietgegenstand) instand zu halten, dass dem Eigentümer und den anderen Mietern kein Nachteil erwächst.

Der Kläger beanstandet, die Klausel verstoße gegen § 3 MRG und sei intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie verschleierte, dass Erhaltungsarbeiten nach § 3 MRG dem Vermieter obliegen und unklar bleibe, was es konkret bedeute, dass dem Eigentümer und anderen Mietern des Hauses kein Nachteil erwachsen dürfe. Dies könnte sich auf Schäden an allgemeinen Teilen und anderen Mietobjekten beziehen, aber auch auf bloß finanzielle Nachteile. Die Klausel überwälze die gemäß § 1096 Abs 1 ABGB den Vermieter treffende Erhaltungspflicht auf den Mieter und sei gröblich benachteiligend.

Das Erstgericht verwies zunächst zur Unzulässigkeit des Ausschlusses der Rechte und Pflichten nach § 1096 ABGB auf seine Ausführungen zu Klausel 10 und darauf, dass ein Ausschluss des § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB wegen § 9 Abs 1 KSchG nicht zulässig sei. Die Vereinbarung einer generellen Erhaltungspflicht des Mieters schließe sein Gewährleistungsrecht aus. Klauseln in Vertragsformblättern, die die durch das dispositive Recht geschaffene Rechtslage ohne sachliche Rechtfertigung zulasten des Verbrauchers abändern, seien regelmäßig gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Eine sachliche Rechtfertigung für die Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter sei nicht behauptet und nicht erkennbar.

Soweit von der Klausel in konsumentenfeindlichster

Auslegung auch die Behebung von Schäden umfasst sei, die durch ein vertragswidriges Verhalten des Vermieters oder von ihm Beauftragter entstanden seien, verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Der Berufungswerber macht geltend, die Klausel sei zulässig, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und im Einzelnen ausgehandelt worden sei. Im Geltungsbereich des ABGB könne der Vermieter die ihn treffenden Instandhaltungspflichten auf den Mieter überwälzen. Vertragsklauseln, die die Übertragung der Pflichten auf den Mieter zum Inhalt hätten, seien auch nicht nach § 879 Abs 3 ABGB zu überprüfen, weil der Inhaltskontrolle nur vertragliche Nebenbestimmungen unterlägen. Die Überwälzung der Instandhaltungspflicht bedeute keinen Gewährleistungsausschluss im Sinn des § 9 KSchG, sondern sei die Übernahme dieser Pflichten Teil des Mietentgelts. Dem Mieter stehe für Gebrauchsbeeinträchtigungen weiterhin das Zinsminderungsrecht zur Verfügung.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

In der vom Erstgericht zitierten Entscheidung 7 Ob 78/06f (dort Klausel 23) hatte der Oberste Gerichtshof eine mit der hier zu beurteilenden vergleichbare Klausel zu beurteilen, in der sich der Mieter verpflichtete, unter Ausschluss des § 1096 ABGB sämtliche am Mietgegenstand notwendig werdenden Reparaturen auf eigene Kosten durchzuführen und den Mietgegenstand zu erhalten, unter anderem die im Mietgegenstand befindlichen Heizungsrichtungen, Gas-, Elektro- und Wasserinstallationen samt Geräten in betriebsfähigem Zustand zu erhalten und im Falle von Störungen diese unverzüglich sach- und fachgemäß auf eigene Kosten instandsetzen zu lassen. Auch Ein-

gangstüre und Fenster im Bereich des Mietobjektes sollten in die Wartungs- und Instandhaltungspflicht des Mieters fallen. Das Höchstgericht hielt eine Überprüfung einer solchen Klausel im Verbandsprozess für zulässig und beurteilte die Überwälzung der Instandhaltungspflicht auf den Mieter mit der Begründung als unzulässig, dass, soweit von der Klausel in konsumentenfeindlichster Auslegung auch die Behebung von Schäden umfasst sei, die durch ein vertragswidriges Verhalten des Vermieters oder von ihm Beauftragter entstanden seien, gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoßen werde. Die Klausel gehe darüber hinaus zum Teil über § 8 MRG hinaus, was im Vollenwendungsbereich des MRG nicht wirksam vereinbart werden könne. Soweit das MRG nur zum Teil anwendbar sei (§ 1 Abs 4 MRG), sei zu erwägen, dass die Klausel ausdrücklich darauf abziele, die Rechte und Pflichten nach § 1096 ABGB generell auszuschließen. Da § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB eine Gewährleistungsbestimmung besonderer Art für Bestandverträge sei, sei der Ausschluss dieses Rechtes wegen § 9 Abs 1 KSchG nicht zulässig. Konsequenterweise sei daher auch die Erhaltungspflicht des Vermieters Ausdruck seiner bestandrechtlichen Gewährleistungspflicht und damit einem Konsumenten gegenüber nicht generell ausschließbar. Müsse nämlich der Vermieter das Mietzinsminderungsrecht gegen sich wirken lassen, wenn die Bestandsache während der Bestandszeit ohne Verschulden des Mieters derart mangelhaft werde, dass es zum bedungenen Gebrauch nicht taue, so sei dies nur das Druckmittel zur Durchsetzung von Erhaltungsmaßnahmen, also der Gewährleistungspflicht gegen den Vermieter. Bei vereinbarter genereller Erhaltungspflicht des Mieters werde dieses Gewährleistungsrecht ausgeschlossen, indem der Mieter selbst zur Erhaltung des vereinbarten

und ordnungsgemäßen Gebrauchs verpflichtet werde. Nach der Klausel könne daher der Zustand, bei dem das Zinsminderungsrecht zum Tragen käme, niemals eintreten. Gewährleistungsansprüche könnten aber vor Kenntnis des Mangels einem Konsumenten gegenüber nach § 9 Abs 1 KSchG nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Dem Verbraucher könne daher die Erhaltungspflicht des bedungenen Zustandes nicht übertragen werden, auch wenn ein höherer Mietzins zulässigerweise hätte verlangt werden können. Im Interesse des Konsumentenschutzes solle der Leistungsgegenstand klar, absehbar und kalkulierbar sein, was nur dann der Fall sei, wenn die Leistungen klar umrissen genannt und keine Gewährleistungsrechte vor Kenntnis des Mangels ausgeschlossen werden. Gerade der im Rahmen des Zulässigen frei vereinbarte Mietzins bilde dazu ein Regulativ und mache die vom Mieter zu erbringenden Leistungen transparenter.

Im Sinn dieser Ausführungen des Obersten Gerichtshofs ist die Klausel 12, mit der die Instandhaltungspflichten weitgehend auf den Mieter überwältzt werden sollen, schon infolge ihres Verstoßes gegen § 9 Abs 1 KSchG unzulässig.

Klausel 13:

Es wird vereinbart, dass für alle in dem Apartment befindlichen Elektrogeräte (unter Punkt 1 zusätzliche Ausstattung) den Mieter die Pflicht zur Durchführung der Wartungs-, Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten trifft. Eine Pflicht seitens des Vermieters zur Erneuerung von diesen Elektrogeräten, deren Reparatur nicht mehr möglich ist, besteht nicht. In diesem Ausmaß ist auch kein Mietzinsminderungsrecht gegeben.

Der Kläger sieht auch in dieser Klausel einen Ver-

stoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 1096 ABGB und § 3 MRG, weil der Mieter in der Regel für Einrichtungsgegenstände Miete bezahle und es daher gröblich benachteiligend sei, wenn den Vermieter dafür keine Erhaltungspflicht treffe. Auf das Mietzinsminderungsrecht des § 1096 ABGB könne nicht im Vorhinein verzichtet werden. Ein Ausschluss der Erhaltungspflichten des Vermieters nach § 3 MRG sei jedenfalls unzulässig.

Das Erstgericht stellte klar, dass es sich auch bei den zur Verfügung gestellten Elektrogeräten um mitvermietete Teile des Mietobjekts handle. Eine Erhaltungspflicht des Mieters dafür sei gröblich benachteiligend, insbesondere da dem Mieter nach Klausel 18 kein Anspruch auf Investitionskostenersatz zustehe. Zur Unzulässigkeit des Ausschlusses der Rechte und Pflichten nach § 1096 ABGB werde auf die Ausführungen zu den Klauseln 10 und 12 verwiesen.

Die Berufungswerberin hält die Klausel für zulässig, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und die Klausel im Einzelnen ausgehandelt worden sei. Im übrigen werde auf die Ausführungen in der Berufung zu Klausel 12 verwiesen.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wie bereits zu Klausel 12 ausgeführt, ist eine Überwälzung von Instandhaltungspflichten auf den Mieter infolge Verstoßes gegen § 9 Abs 1 KSchG nicht zulässig. Das muss auch für die Überwälzung der Verpflichtung zur Instandhaltung von mitvermieteten Inventar wie den in der Klausel angesprochenen Elektrogeräten gelten.

Zur fehlenden Berechtigung der Einwände, das Objekt falle unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG, und zur Unbeachtlichkeit der Behauptung, die Klausel sei

im Einzelnen ausgehandelt worden, infolge des Verstoßes gegen das Neuerungsverbot wird auf die Ausführungen zu Punkt 2. verwiesen.

Klausel 14:

Weiters verpflichtet sich der Mieter, die in der Anleitung „Richtige Nutzung des Apartments“ angeführten Punkte einzuhalten.

Der Kläger bringt vor, die Klausel beinhalte eine Beweislastverschiebung und verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog; die Einbeziehung von Nutzungsbedingungen sei aber auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil sie nicht von der Möglichkeit des Mieters zur Kenntnisnahme der Bedingungen und tatsächlichen Zustimmung abhängt.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG; die Anleitung, auf die Bezug genommen werde, sei kein Bestandteil des Vertrags und werde den Mietern vor Vertragsabschluss auch nicht übergeben oder sonst zur Kenntnis gebracht. Diese könnten daher ihre konkreten Verpflichtungen nicht abschätzen.

Die Berufungswerberin begründet die Zulässigkeit der Klausel auch hier wieder nur damit, dass das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und die Klausel im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wie bei Klausel 8 näher ausgeführt, liegt dem Berufungsgericht damit erneut keine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge vor, da die Berufungswerberin nicht darlegte, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, die Klausel sei intransparent, unrich-

tig erscheine.

Nur der Vollständigkeit halber ist die Beklagte mit ihren Einwänden, das Objekt falle unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG und die Klausel sei im Einzelnen ausgehandelt worden, ein weiteres Mal auf die Ausführungen zu Punkt 2. zu verweisen.

Klausel 15:

Der Mieter ist verpflichtet, die vorübergehende Benützung und Veränderung des Mietgegenstandes ohne Ersatzansprüche zu dulden, wenn dies zur Beseitigung ernster Schäden des Hauses oder zur Durchführung von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten am Haus notwendig oder zweckmäßig ist.

Der Kläger bringt vor, die Klausel verstoße gegen § 8 Abs 3 MRG, § 6 Abs 1 Z 9 und Abs 3 KSchG, weil der Mieter für wesentliche Beeinträchtigungen zu entschädigen sei, dies verschleierte und ein allfälliger Schadenersatzanspruch des Mieters ausgeschlossen werde. Weiters lasse die Klausel in einem sachlich nicht gerechtfertigten Ausmaß Eingriffe in das Gebrauchsrecht des Mieters zu, was gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoße.

Das Erstgericht führte aus, dass der Mieter nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs die zur Erhaltung des Hauses notwendigen oder zweckmäßigen Arbeiten nur dulden müsse, wenn sie die Ausübung seines Mietrechts nicht wesentlich erschwerten oder gefährdeten; die Maßnahmen des Hauseigentümers müssten die einzige Möglichkeit sein, das Haus und dessen Bewohner vor Nachteilen zu bewahren. Es sei eine Interessenabwägung vorzunehmen, die in der Klausel bei konsumentenfeindlichster Auslegung aber fehle. Die Klausel ermögliche damit auch unverhältnismäßige Eingriffe in das Mietrecht und sei daher gröb-

lich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin führt dagegen ins Treffen, die Klausel dehne die Duldungspflicht des Mieters nicht gröblich benachteiligend aus; sie sei sachgerecht, weil sie auf Maßnahmen zur Beseitigung ernster Schäden oder notwendige und zweckmäßige Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten, die die einzige Möglichkeit seien, um das Haus und dessen Bewohner vor Nachteilen zu bewahren, beschränkt sei. Die Klausel billige dem Mieter darüberhinaus bei wesentlichen Beeinträchtigungen eine angemessene Entschädigung zu.

Die Klausel sei zulässig, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und sie im Einzelnen ausgehandelt sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Anders als die Berufungswerberin behauptet, verpflichtet die Klausel den Mieter bei kundenfeindlichster Auslegung zur uneingeschränkten Duldung der vorübergehenden Benützung und Veränderung des Mietgegenstandes, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre, bereits dann, wenn dies zur Durchführung von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten am Haus notwendig oder zweckmäßig ist; auch Ersatzansprüche werden ausgeschlossen; die Duldungspflicht des Mieters ist demnach nicht auf notwendige und zweckmäßige Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten eingeschränkt, sondern besteht bereits dann, wenn die Arbeiten „dies“, dh eine Duldung der vorübergehenden Benützung oder Veränderung des Mietgegenstandes, notwendig machen, das heißt ohne Benützung oder Veränderung des Mietgegenstandes nicht durchgeführt werden können. Im Hinblick auf die bereits vom Erstgericht zitierte oberstgerichtliche Rechtsprechung, wonach sich der Mieter Eingriffe in seine

Bestandrechte durch den Hauseigentümer nur soweit gefallen lassen muss, als sie die Ausübung seiner Mietrechte nicht wesentlich erschweren oder gefährden, es sich hierbei also um wirklich notwendige Maßnahmen des Hauseigentümers handeln muss, die die einzige Möglichkeit sind, das Haus und dessen Bewohner vor Nachteilen zu bewahren, wobei die Zumutbarkeit Ergebnis der Abwägung der Interessen aller Beteiligten ist (RS0020936, auch [T4]), ist der daran anknüpfenden Beurteilung des Erstgerichts, dass die in der Klausel vorgesehene Duldungspflicht des Mieters auch unverhältnismäßige und weder notwendige noch zweckmäßige Eingriffe in das Mietrecht ermöglicht und schon deshalb gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist, zuzustimmen.

Klausel 16:

Der Mieter verpflichtet sich, beabsichtigte Veränderungen am Mietgegenstand dem Vermieter rechtzeitig anzuzeigen. Die Anzeige hat Art und Umfang der Veränderung sowie eine Liste der Gewerbebetriebe zu enthalten, die die Veränderung vornehmen sollen. Die Arbeiten dürfen nur von behördlich befugten Gewerbsleuten geplant und durchgeführt werden. Das Anbohren der Fliesen ist nicht gestattet, für Befestigungen im Badezimmer müssen die Fliesenfugen verwendet werden.

Der Kläger beanstandet die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 iVm § 1098 ABGB und § 9 MRG, weil es keine sachliche Rechtfertigung für das generelle Verbot von Arbeiten in Eigenregie, für eine Anzeigepflicht auch bei nur geringfügigen Veränderungen sowie das Anbohren von Fliesen gebe. Gemäß § 9 MRG seien nur wesentliche Veränderungen des Mietgegenstands dem Vermieter anzuzeigen.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Es werde eine Anzeigepflicht für jede noch so geringfügige Veränderung an Mietgegenstand geschaffen, auch wenn diese für die vereinbarungsgemäße Verwendung erforderlich sei, sich leicht beseitigen lasse oder keine wichtigen Interessen des Vermieters beeinträchtige. Der Oberste Gerichtshof habe vergleichbare Klauseln als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert, da dem Mieter bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung damit letztlich jegliche Änderung untersagt werde. Sowohl im Vollausbereich, als auch im Teil- und im Nichtanwendungsbereich des MRG seien Malerei-, Tapezier-, Fußbodenbelags- und Verfließungsarbeiten in der Regel als nicht anzeige- und genehmigungspflichtige unwesentliche Veränderungen zu qualifizieren. Die Beschränkung, dass nur Gewerbetreibende Arbeiten am Mietgegenstand vornehmen dürften, sei sachlich ebenfalls nicht gerechtfertigt, weil insbesondere bei kleinen baulichen Veränderungen oder besonderen Fähigkeiten des Mieters nicht ersichtlich sei, dass die Interessen des Vermieters bei Durchführung der Arbeiten in Eigenregie gefährdet seien.

Da das Anbohren von Fliesen im Badezimmer häufig für den gewöhnlichen Gebrauch des Mietobjektes, beispielsweise zur Montage von Regalen, notwendig sei, sei auch das diesbezügliche Verbot gröblich benachteiligend. Eine sachliche Rechtfertigung sei nicht behauptet worden und nicht ersichtlich.

Die Berufungswerberin sieht die sachliche Rechtfertigung der Anzeigepflicht darin, dass das „Apartmenthaus“ baurechtlich als Beherbergungsstätte gewidmet sei und

baubehördliche und brandschutzrechtliche Vorschriften zu beachten seien, die der Mieter nicht kenne. Betroffen seien nur bauliche, nicht aber ausstattungsmäßige Veränderungen. Jede Änderung der bewilligten Benützungsort eines Raums bedürfe einer baubehördlichen Bewilligung. Da es in der Interaktion mit der Baubehörde der Schriftlichkeit bedürfe, sei auch das Schriftformgebot angemessen.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wieder setzt sich die Beklagte in ihrer Argumentation darüber hinweg, dass die Auslegung einer Klausel im Rahmen einer Verbandsklage im „kundenfeindlichsten“, also im für den Verbraucher ungünstigst möglichen Sinn zu erfolgen hat (RS0016590). Damit ist die Anzeigepflicht für Veränderungen am Mietgegenstand aber weder auf genehmigungspflichtige Baumaßnahmen noch überhaupt auf bauliche Veränderungen eingeschränkt, sondern erfasst neben geringfügigsten baulichen Veränderungen (wie etwa das Einschlagen von Nägeln oder Anbringen von Schrauben), die für die Verwendung des Objekts erforderlich und leicht wieder zu beseitigen sind und keine wichtigen Interessen des Vermieters, wie insbesondere die Substanz des Hauses oder das äußere Erscheinungsbild, aber auch die baubehördliche Widmung oder Interessen anderer Mieter, beeinträchtigen, auch vom Mieter beabsichtigte Veränderungen in der mitgemieteten Ausstattung des Apartments. Eine sachliche Rechtfertigung für derart weitreichende Anzeigepflichten vermag die Beklagte nicht aufzuzeigen. Schon dadurch wird der Mieter aber gröblich im Sinn von § 879 Abs 3 ABGB benachteiligt.

Eine sachliche Rechtfertigung des Verbots der Durchführung jeglicher Arbeiten in Eigenregie, selbst wenn der Mieter über die dafür notwendigen fachlichen Kenntnisse

verfügt oder es sich um geringfügige Veränderungen handelt, die üblicherweise von Mietern selbst vorgenommen werden, bietet die Beklagte auch in der Berufung nicht an. Gleiches gilt für das vom Erstgericht als für den gewöhnlichen Gebrauch des Mietobjekts notwendig beurteilte Anbohren von Fliesen im Badezimmer, mit dem grundsätzlich, wenn es fachgerecht ausgeführt wird, keine Gefährdung der Interessen des Vermieters verbunden ist.

Klauseln 17 und 29:

Klausel 17:

Alle Veränderungen dürfen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vermieters durchgeführt werden, soweit es sich nicht um „privilegierte Arbeiten“ iSd § 9 Abs 2 MRG handelt. Der Mieter haftet dem Vermieter unabhängig von eigenem Verschulden für alle Schäden, die am Mietgegenstand oder sonst am Haus aus solchen Arbeiten entstehen und haltet den Vermieter für Schäden, die anderen Mietern im Haus oder Dritten entstehen, vollkommen schad- und klaglos.

Klausel 29:

Das Montieren einer Sat-Anlage sowie einer Klimaanlage an der Hauswand, auf dem Balkon bzw. Terrassengeländer sowie in den allgemeinen Teilen des Hauses ist nicht gestattet.

Nach Meinung des Klägers verstoßen die Klauseln gegen § 9 MRG, § 10 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB sowie § 6 Abs 3 KSchG. § 9 MRG fordere keine Zustimmung zu wesentlichen Veränderungen, sondern lediglich deren Anzeige und sehe vor, dass die Zustimmung als erteilt gelte, wenn der Vermieter die beabsichtigte Veränderung nicht binnen zwei Monaten ablehne. Das Erfordernis der Schriftlichkeit für die Zustimmung in Klausel 17 wider-

spreche § 10 Abs 3 KSchG. Dass der Mieter verschuldensunabhängig haften solle, sei für diesen ebenso gröblich benachteiligend wie die Abhängigkeit jeglicher baulicher Veränderungen von der Zustimmung des Vermieters. Dadurch werde das gemäß § 1098 ABGB zustehende Gebrauchsrecht in sachlich nicht gerechtfertigtem Ausmaß eingeschränkt. Da § 9 Abs 2 MRG, auf den die Klausel hinweise, im Teilanwendungsbereich des MRG und außerhalb nicht gelte, verschleierte Klausel 17 die Rechtslage und sei intransparent.

Das Erstgericht verbot beide Klausel mit der Begründung, das Erfordernis einer schriftlichen Zustimmung des Vermieters zu Veränderungen am Mietgegenstand in Klausel 17 widerspreche § 10 Abs 3 KSchG, wonach die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden könne. Die Klausel sei aber auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. „Privilegierte Arbeiten“ im Sinn des § 9 Abs 2 MRG seien explizit ohne Zustimmung erlaubt. Darunter fielen auch die Anbringung der nach dem Stand der Technik notwendigen Antennen und sonstigen Einrichtungen für den Hörfunk- und Fernsehempfang sowie für Multimediasdienste, sofern der Anschluss an eine bestehende Einrichtung nicht möglich oder nicht zumutbar sei (Z 5). In Klausel 29 werde jedoch das Montieren einer SAT-Anlage an Hauswand, Balkon, Terrasse oder den allgemeinen Teilen des Hauses untersagt. Erlaubt sei demnach das Montieren einer solchen Anlage nur innerhalb der gemieteten Wohnräume, was aufgrund der Funktionsweise einer SAT-Anlage sinnlos sei. Aufgrund der Widersprüchlichkeit der beiden Klauseln sei dem Mieter nicht erkennbar, ob er eine SAT-Anlage montieren dürfe oder nicht,

was beide Klauseln intransparent mache.

Dass Klausel 17 entgegen § 1111 ABGB eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung des Mieters vorsehe, sei für den Mieter gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und daher unzulässig.

Die Berufungswerberin erblickt in Klausel 17 eine sachgerechte Risikoregelung; eine verschuldensunabhängige Verpflichtung des Mieters zur Behebung der von ihm oder von ihm zurechenbarer Personen verursachten Schäden werde damit nicht geschaffen. Eine verschuldensabhängige Verpflichtung des Mieters zur Behebung der von ihm verursachten Schäden sei zulässig. Auch Klausel 29 sei zulässig, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und die Klausel im Einzelnen ausgehandelt sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wieder setzt sich die Beklagte über den eindeutigen Wortlaut der Klausel 17 hinweg, wonach eine Haftung des Mieters ausdrücklich „unabhängig von eigenem Verschulden“ vorgesehen ist. Eine sachliche Rechtfertigung für die Schaffung einer verschuldensunabhängigen Haftung macht sie damit weder geltend noch ist eine solche erkennbar. Mit der wesentlichen Argumentation des Erstgerichts, beide Klauseln seien miteinander nicht vereinbar und daher intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, setzt sich die Berufungswerberin nicht auseinander. Insofern ist die Rechtsrüge unter Heranziehung der zu Klausel 8 dargelegten Grundsätze auch nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Klausel 18:

Bei Beendigung des Bestandverhältnisses kann der Vermieter die Herstellung des ursprünglichen Zustandes verlangen. Tut er dies nicht, gehen sämtliche Investitio-

nen ohne Anspruch auf Kostenersatz in das Eigentum des Vermieters über. Ansprüche des Mieters nach § 10 MRG bleiben davon unberührt.

Der Kläger hält die Klausel für intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die wahre Rechtslage verschleierte, nach der die Beseitigung von Abnutzungserscheinungen und auf die vertragsgemäße Nutzung zurückgehende Mängel nicht gefordert werden könne. Die Klausel sei außerdem gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB vor, weil der Bestandnehmer gemäß § 1109 ABGB von ihm eingebrachte Gegenstände, die selbstständig geblieben oder ohne Substanzschädigung des Objekts lösbar seien, wegnehmen dürfe.

Das Erstgericht führte aus, der Mieter werde gemäß § 1097 ABGB als Geschäftsführer ohne Auftrag betrachtet, wenn er dem Vermieter obliegende oder nützliche Aufwendungen auf die Bestandsache mache. Im Vorhinein könne auf den Ersatzanspruch der Geschäftsführung ohne Auftrag insofern verzichtet werden, als dies hinsichtlich des notwendigen Aufwandes nur möglich sei, wenn eine von § 1096 ABGB abweichende Instandhaltungsregel vereinbart werden könnte. Dies sei hier nicht der Fall, weil es sich - wie bereits erörtert - um einen nach § 9 Abs 1 KSchG nicht ausschließbaren Gewährleistungsanspruch handle. Gewöhnlich habe eine solche Vereinbarung, nach der der Mieter Aufwendungen auf den Mietgegenstand mache und dafür keinen Ersatz bekomme, auch Auswirkungen auf die Gestaltung des Mietzinses. Die Klausel differenziere nicht zwischen notwendigen und nützlichen Aufwendungen. Daher sei sie in ihrer Gesamtheit unwirksam, weil sie sonst den Gewährleistungsanspruch des Konsumenten unterlaufen würde, wenn er zur Selbsthilfe gegriffen habe.

Die Berufungswerberin meint, die Klausel sei als zulässig zu betrachten, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und die Klausel im Einzelnen ausgehandelt sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wie zu Klausel 8 näher ausgeführt, liegt dem Berufungsgericht damit erneut keine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge vor, da die Berufungswerberin nicht darlegte, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, die Klausel verstoße gegen § 9 Abs 1 KSchG, unrichtig sei.

Nur der Vollständigkeit halber wird die Beklagte mit ihren Einwänden auf die Ausführungen zu Punkt 2. verwiesen.

Klausel 19:

Weiters ist der Mieter bei Beendigung des Bestandsverhältnisses verpflichtet, den Mietgegenstand im gepflegten, ordentlichen Zustand - ohne Beschädigungen und frei von Fahrnissen - zurückzustellen. Abhanden gekommene oder nicht mehr brauchbare Einrichtungsgegenstände können vom Vermieter in Rechnung gestellt werden. Die Wände müssen mit weißer Farbe zurückgestellt werden. Für einen zusätzlichen Reinigungsaufwand werden die entstehenden Kosten dem Mieter verrechnet.

Nach Ansicht des Klägers verstößt die Klausel gegen § 879 Abs 3 iVm § 1109 ABGB, § 3 MRG und § 879 Abs 3 iVm § 1111 ABGB; es widerspreche dem Grundsatz, dass der Mieter für die gewöhnliche Abnutzung des Mietgegenstandes nicht aufzukommen habe, wenn ihm eine Endrenovierungspflicht auferlegt werde. Eine Veränderung der Wandfarbe nach dem Ortsgebrauch sei vom Vermieter hinzunehmen und die Verrechnung nicht mehr brauchbarer Einrichtungsgegen-

stände gröblich benachteiligend. Auch die Überwälzung der Erhaltungspflicht sowie des Risikos für alle auf Zufällen beruhenden Verschlechterungen der Bestandsache auf den Mieter sei unzulässig. Der Verzicht des Mieters auf Ersatz notwendiger Aufwendungen auf die Bestandsache verstoße gegen § 9 Abs 1 KSchG.

Das Erstgericht erkannte die Klausel aus mehreren Gründen als unzulässig. Bei der konsumentenfeindlichsten Auslegung stelle sie auf die Beseitigung sämtlicher Gebrauchsspuren ab; damit werde auch der gewöhnliche Erhaltungsaufwand auf den Mieter überwältzt, was gegen § 9 Abs 1 KSchG verstoße. Gewöhnliche Abnutzungen seien durch den Mietzins abgegolten, weshalb den Mieter keine Verpflichtung treffe, diese zu beseitigen.

Unzulässig sei ferner die Verrechnung nicht mehr brauchbarer Einrichtungsgegenstände und damit bei konsumentenfeindlichster Auslegung auch solcher, die lediglich aufgrund gewöhnlicher Abnutzung unbrauchbar geworden seien, etwa wenn sie sich schon bei Übernahme durch den Mieter in einem schlechten Zustand befunden hätten. Da diese Gegenstände im Mietvertrag als Teil des Mietobjekts erfasst seien, sei die gewöhnliche Abnutzung durch den Mietzins abgegolten. Daher werde durch die Klausel der Erhaltungsaufwand, den der Vermieter zu tragen habe, auf den Mieter überwältzt und so die Gewährleistungsansprüche des Mieters nach § 1096 Abs 1 ABGB beschränkt, was die Klausel unzulässig nach § 9 Abs 1 KSchG mache.

Ebenso verhalte es sich mit der Ausmalpflicht des Mieters. Auch hier seien gewöhnliche Abnützungerscheinungen durch den Mietzins abgegolten und müssten nicht vom Mieter beseitigt werden. Solange sich die Veränderung der Wandfarbe im Bereich des Verkehrsüblichen bewege, sei

keine außergewöhnliche Abnutzung anzunehmen und die Veränderungen nicht zu beseitigen. Dem widerspreche die Klausel mit ihrer Verpflichtung zur Rückstellung des Mietobjekts mit weißer Wandfarbe.

Gleiches gelte bezüglich des Reinigungsaufwandes, den der Vermieter zu tragen habe, sofern er nicht über die Beseitigung gewöhnlicher Abnutzungserscheinungen hinausgehe. Der letzte Satz der Klausel stelle auch nicht auf die notwendigen Kosten ab, was ebenfalls gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Berufungswerberin argumentiert, die Klausel sei weder gröblich benachteiligend, noch intransparent. Die Bestimmung des § 1109 ABGB, wonach die Bestandsache in dem Zustand, in dem sie sich bei Übergabe befunden habe, zurückzustellen sei, und gewöhnliche Abnutzungsspuren nicht beseitigt werden müssten, sei dispositives Recht. Die Klausel berühre weder die Gefahrtragungsregel des § 1096 ABGB noch enthalte sie eine Regelung für eine auf Zufall zurückgehende Zerstörung des Mietgegenstandes. Festgelegt werde in interessengerechter Weise nur die Verantwortlichkeit des Mieters, der die Wohnung über den üblichen bzw. schonenden vertragskonformen Gebrauch hinaus abgenützt habe. Es sei insbesondere nach den in der Berufung zitierten Lehrmeinungen zulässig, eine Ausmalpflicht und auch die Pflicht zur Endrenovierung zu vereinbaren.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Ansicht der Berufung, dass mit der Klausel nur die Verantwortlichkeit des Mieters festgelegt werde, der die Wohnung über den üblichen bzw. schonenden vertragskonformen Gebrauch hinaus abgenützt habe, entspricht nicht deren Wortlaut, durch den klargestellt ist, dass

der Vermieter auch die normale Abnutzung des Mietobjekts nicht hinnehmen will; um der Vorgabe, das Mietobjekt in einem gepflegten ordentlichen und unbeschädigten Zustand und mit weißer Farbe ausgemalt zurückzustellen zu entsprechen, müsste der Mieter bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung jegliche Gebrauchsspuren beseitigen und die Wohnung vor Rückgabe neu mit weißer Wandfarbe neu ausmalen lassen. Vergleichbare Klauseln beurteilte der Oberste Gerichtshof zu 7 Ob 78/06f [Klausel 32] und 2 Ob 73/10i [Klausel 3] als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Zur Begründung führte er aus, dass damit die Erhaltungspflicht des Vermieters auf den Mieter überwältzt werde, was im Vollenwendungsbereich des MRG gegen § 3 MRG sowie im Teil- (aber auch im Nicht-)anwendungsbereich bei einem Konsumenten gegen § 9 Abs 1 KSchG verstößt. Werde der Mieter zur Renovierung des Bestandgegenstandes auch bei Abnutzung durch bloß bestimmungsgemäßen, mit dem Bestandzins bereits abgegoltenen Gebrauch verpflichtet, sei dies für den Mieter gröblich benachteiligend, da der Vermieter, selbst wenn er die Wohnung dem Mieter bei Mietvertragsbeginn ausgezeichnet renoviert übergeben habe, keinen Anspruch gegen den Mieter auf Beseitigung jeglicher Gebrauchsspuren habe. Von dieser einhelligen ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abzugehen, gibt die Berufung keinen Anlass.

Klausel 20:

Die Untervermietung oder sonstige entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe/Vermietung des Mietgegenstandes an natürliche oder juristische Personen in welcher Form immer ist dem Mieter untersagt (siehe Punkt 2 des Mietvertrages - § 30 MRG Abs 2 Punkt 4).

Der Kläger stützt sich darauf, dass die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, §§ 11 und 12 MRG und § 30 Abs 2 Z 13 iVm Abs 3 MRG verstoße, weil das Gebrauchsrecht des Mieters in einem sachlich nicht gerechtfertigten Ausmaß eingeschränkt werde. Die Klausel stelle auf die durch § 11 MRG vorgegebenen gesetzlichen Voraussetzungen für das Berufen des Vermieters auf ein Untermietverbot ab. Ein über die gesetzlichen Gründe hinausgehendes Kündigungsrecht des Vermieters sei unzulässig.

Das Erstgericht legte die Klausel dahin aus, dass damit dem Mieter jede über den höchstpersönlichen Gebrauch der Wohnung hinausgehende Nutzung untersagt werde. Nach § 1098 ABGB sei der Mieter berechtigt, den Mietgegenstand in Untermiete zu geben, sofern dies ohne Nachteil des Eigentümers geschehen könne und im Vertrag nicht ausdrücklich untersagt worden sei. Ein generelles Verbot der Untermiete ohne sachliche Begründung sei demnach aufgrund der Abweichung vom dispositiven Recht gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und daher unzulässig. Eine sachliche Rechtfertigung sei nicht behauptet worden.

Im Übrigen sei nach der Klausel auch die Untervermietung einzelner Räume sowie die unentgeltliche Weitergabe des Mietgegenstandes oder von Teilen davon untersagt. Der Mieter dürfe weder entgeltlich noch unentgeltlich Mitbewohner aufnehmen. Im Widerspruch dazu werde in Klausel 21 die Bekanntgabe von Mitbewohnern und die Vorlage ihrer Personalausweise verlangt. Die Klausel sei daher auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Berufungswerberin macht geltend, in der Klausel werde eine Untervermietung oder Weitergabe nur ohne sachliche Rechtfertigung und ohne schriftliche Zustimmung des

Vermieters untersagt, nicht aber das Zurverfügungstellen der Räumlichkeiten an Familienangehörige oder Gäste.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wieder setzt sich die Beklagte über den klaren Wortlaut der Klausel hinweg, die eine Untervermietung oder Weitergabe ausnahmslos verbietet. Dem Erstgericht ist zuzustimmen, dass vom Verbot bei kundenfeindlichster Auslegung - gerade weil auch die unentgeltliche Weitergabe in welcher Form immer untersagt wird - selbst eine vorübergehende oder auch nur teilweise Weitergabe der Wohnung an Mitbewohner oder Gäste erfasst ist. Dass es für ein derart weitreichendes Verbot, das von der dispositiven Bestimmung des § 1098 ABGB abweicht, wonach der Mieter die Bestandsache (dem Vertragzweck, dem Ortsgebrauch und der Verkehrssitte entsprechend; vgl *Iro/Rassi* KBB⁶ § 1098 ABGB Rz 2) benützen und grundsätzlich auch untervermieten darf, keine sachliche Rechtfertigung gibt, stellt auch die Beklagte in der Berufung nicht in Abrede. Es ist daher an der Beurteilung des Erstgerichts festzuhalten, dass die Klausel den Mieter gröblich benachteiligt im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 21:

MitbewohnerInnen müssen dem Vermieter namentlich, ergänzt mit einer Kopie des Personalausweises, bekanntgegeben werden.

Der Kläger hält die Klausel für gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil die Möglichkeit zur Gestaltung der Lebensverhältnisse des Mieters unzumutbar eingeschränkt werde.

Das Erstgericht verweist zur Intransparenz der Klausel auf seine Ausführungen zu Klausel 20. Darüber hinaus schränke sie das Nutzungsrecht des Mieters nach § 1098

ABGB in unzulässigem Maß ein. Der üblichen Nutzung einer Wohnung entspreche es, dass dort auch andere Personen als der Mieter selbst lebten (insbesondere Familienangehörige, Lebensgefährten oder auch Mitbewohner). Ein sachlicher Grund für die Bekanntgabe der Mitbewohner des Mieters und die damit einhergehende Einschränkung des Nutzungsrechts des Mieters sei nicht ersichtlich. Daher sei die Klausel gröblich benachteiligend und unzulässig nach § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin will die Klausel als zulässig betrachten, weil das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 2 MRG falle und sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wie bei Klausel 8 näher ausgeführt, liegt dem Berufungsgericht damit erneut keine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge vor, da die Berufungswerberin nicht darlegte, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts unrichtig erscheine, die Klausel sei intransparent und infolge ihrer unzumutbaren Einschränkung des Gebrauchsrechts des Mieters nach § 1098 ABGB gröblich benachteiligend.

Nur der Vollständigkeit halber wird die Beklagte mit ihren Einwänden auf die Ausführungen zu Punkt 2. verwiesen.

Klausel 22:

Die Kaution kann auch vor Mietvertragsunterzeichnung auf das Bankkonto der FERNKORN AG [...] überwiesen werden. In diesem Fall muss der Betrag vor Vertragsunterzeichnung auf dem Bankkonto eingelangt sein.

Der Kläger hält die Klausel für gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil den Mieter dem-

nach schon vor Vertragsabschluss und damit ohne Rechtsgrund eine Zahlungspflicht treffe. Außerdem stehe sie in Widerspruch zu § 6a Abs 2 KSchG, wonach die Zahlung eines Verbrauchers mittels Überweisung rechtzeitig sei, wenn der Überweisungsauftrag am Tag der Fälligkeit erteilt werde.

Das Erstgericht führte aus, die Klausel sehe vor, dass der Kautionsbetrag am Tag der Vertragsunterzeichnung und damit am Tag der Fälligkeit auf dem Konto des Vermieters eingelangt sein müsse; sie verstoße daher gegen § 6a Abs 2 KSchG. Daran ändert auch die Möglichkeit des Verbrauchers, die Kautionszahlung in bar bei Vertragsunterzeichnung zu erlegen, nichts. Die Klausel sei daher unzulässig.

Die Berufungswerberin stützt sich zunächst wieder auf den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG und darauf, die Klausel im Einzelnen ausgehandelt zu haben. Weiters führt sie aus, dass Gesetz keine gesetzliche Verpflichtung zur Übergabe einer Kautionszahlung. Abgesehen davon müssten Online-Überweisungen binnen eines Bankarbeitstages erfolgen, sodass der Betrag auch bei Überweisung noch am selben Tag auf dem Empfängerkonto einlange.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Argumentation der Berufung überzeugt nicht; sie vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Vorgabe, wonach eine mittels Banküberweisung gezahlte Kautionszahlung vor Vertragsunterzeichnung auf dem Bankkonto eingelangt sein muss, sowohl der Bestimmung des § 6a Abs 2 KSchG widerspricht, als auch keine sachliche Rechtfertigung dafür besteht, dass eine erst mit Vertragsabschluss entstehende Forderung, die frühestens zu diesem Zeitpunkt fällig werden kann, vom Mieter bereits zu einem Zeitpunkt überwiesen werden müsste, zu dem der Vertragsabschluss noch

nicht sicher ist, also der für den Mietinteressenten nachteilige Fall eintreten könnte, dass er die Kautions an die Beklagte bereits überwiesen hat, obwohl diese mit ihm den Mietvertrag letztlich doch nicht abschließt. Dass die Kautions, wird sie nicht bereits vor Vertragsabschluss an die Beklagte überwiesen, zu einem späteren Zeitpunkt nur mehr in bar erlegt werden kann, macht die Klausel für den Mieter daher auch gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 23:

Der Vermieter ist berechtigt, sich aus dieser Kautions hinsichtlich aller Forderungen aus diesem Vertrag, die der Mieter bei Fälligkeit nicht erfüllt (zB Mietrückstand, Verletzungen der Instandhaltungspflicht, Ersatz für Wartungsmängel oder Umbauschäden, Räumungs-, Reinigungs- und Speditionskosten bei Beendigung des Mietverhältnisses), einschließlich der Kosten anwaltlicher Mahnung und gerichtlicher Geltendmachung zu befriedigen. [...] Muss die Kautions vom Vermieter in Anspruch genommen werden, so ist der Mieter verpflichtet, sie unverzüglich wieder aufzufüllen.

Der Kläger rügt einen Verstoß der Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 1333 Abs 2 ABGB, weil der Mieter auch bei unberechtigten Abzügen des Vermieters die Kautions auffüllen müsse und daher in die Klägerrolle gedrängt werde. Die Klausel stelle außerdem nicht auf die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ersatzpflicht für Betriebskosten ab.

Das Erstgericht vertrat die Auffassung, dass der Oberste Gerichtshof zwar gegen die vertragliche Pflicht zur Wiederauffüllung der Kautions nach berechtigter Aufrechnung mit offenen Forderungen des Vermieters keine

Einwände habe, die Klausel allerdings ein Recht des Vermieters normiere, sich aus der Kautionszahlung zu befriedigen, wenn der Mieter Forderungen des Vermieters bei Fälligkeit nicht begleiche. Die vom Kläger kritisierte Situation, dass der Vermieter dadurch die Möglichkeit habe, Abzüge von der Kautionszahlung zu machen, selbst wenn der Mieter die Forderungen bestreite, wodurch dieser in die für ihn ungünstige Klägerrolle gedrängt werde, entspreche dem Wesen der Kautionszahlung als Sicherheit. Dürfte der Vermieter nur Abzüge von der Kautionszahlung machen, wenn etwaige Streitigkeiten über seine Forderungen entschieden wären, so wäre die Kautionszahlung wertlos. Sie würde in diesem Fall lediglich eine Sicherheit im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Mieters bieten. Dies entspreche nicht ihrem Wesen.

Allerdings verweise die Klausel auf „Forderungen aus diesem Vertrag, die der Mieter bei Fälligkeit nicht erfüllt (zB Mietrückstand, Verletzungen der Instandhaltungspflicht, Ersatz für Wartungsmängel oder Umbauschäden, Räumungs-, Reinigungs- und Speditionskosten bei Beendigung des Mietverhältnisses)“ und damit auf die unzulässigen Instandhaltungs- und Wartungspflichten des Mieters nach den Klauseln 11, 12, 13 und 19. Nach der Rechtsprechung führe der Verweis einer Klausel auf eine unzulässige Klausel dazu, dass auch die verweisende Klausel intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sei. Das mache auch die gegenständliche Klausel unzulässig.

Die Berufungswerberin verweist darauf, dass die Klausel besage, dass nur berechnete Forderungen eine Grundlage bildeten. Gröblich benachteiligend sei eine Klausel nur bei fehlender Differenzierung.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Abgesehen davon, dass die Behauptung der Beklagten,

die Klausel stelle auf eine Befriedigung ausschließlich berechtigter Forderungen aus der Kautionsabrechnung ab, im Wortlaut der Klausel keine Deckung findet, hat das Erstgericht die Klausel gar nicht als gröblich benachteiligend, sondern deshalb als unzulässig beurteilt, weil die Forderungen, auf die sie verweise, ihre Grundlage in den nicht wirksam vereinbarten Klauseln 11, 12, 13 und 19 hätten. Gründe, die gegen die Anwendung des Rechtssatzes sprechen, wonach die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung führt (RS0122040 [T4]), zeigt die Rechtsrüge nicht auf. Insofern fehlt es ihr auch in diesem Punkt an der gesetzmäßigen Ausführung.

Klausel 24:

Bestehen bei Beendigung des Mietverhältnisses keine Forderungsrückstände gegen den Mieter, wird die Kautionsabrechnung (samt angefallener Zinsen), nach Vorlage der behördlichen Abmeldebestätigung des Wohnsitzes vom Meldeamt, binnen 14 Tagen an diesen zurückzuerstatten.

Der Kläger meint, die Klausel verstoße gegen § 16b MRG und § 879 Abs 3 ABGB, weil die Bedingung der Abmeldung zur Rückerstattung der Kautionsabrechnung vom Gesetz nicht gedeckt sei und die Rückerstattung bei Rückstellung des Mietobjekts unverzüglich zu erfolgen habe.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Die Kautionsabrechnung sei gemäß § 16b MRG nach Beendigung des Mietverhältnisses unverzüglich zurückzuerstatten, sofern keine Berechtigung zu Abzügen fälliger Gegenforderungen bestehe. Zu deren Feststellung dürfe der Vermieter die Rückzahlung um eine angemessene Frist zur Überprüfung des Zustands des Mietobjekts verzögern. Eine Frist von vierzehn Tagen sei

unverhältnismäßig lange und sachlich nicht zu rechtfertigen. Außerdem knüpfe die Klausel in Widerspruch zu § 16b MRG die Rückzahlung der Kautions an die Vorlage einer Abmeldebestätigung an. Dafür fehle ein berechtigtes Interesse des Vermieters. Insbesondere entspreche es nicht dem Zweck der Kautions, diese als Druckmittel gegen den Mieter einsetzen zu können. Die Kautions solle lediglich Forderungen des Vermieters gegen den Mieter sicherstellen. Sobald daher das Mietobjekt übergeben sei und sich der Vermieter über dessen Zustand habe vergewissern können, sei die Kautions zurückzustellen. Die Anknüpfung an weitere, in keinem Zusammenhang mit der Kautions stehende Bedingungen sei gröblich benachteiligend und unzulässig nach § 879 Abs 3 ABGB. Zur sachlichen Rechtfertigung der Klausel habe die Beklagte auch nichts vorgebracht.

Die Berufungswerberin stützt sich mit der Begründung auf die Zulässigkeit der Klausel, dass das Objekt unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle und die Klausel im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Damit übersieht die Beklagte, dass das Erstgericht die Klausel nicht nur wegen ihres Verstoßes gegen § 16b MRG als unzulässig beurteilt, sondern auch außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB angesehen hat, weil es die Frist von vierzehn Tagen für die Rückstellung der Kautions als unverhältnismäßig lange und sachlich nicht zu rechtfertigen beurteilte. Darüber hinaus fehlte dem Erstgericht die sachliche Rechtfertigung für die Anknüpfung an weitere, in keinem Zusammenhang mit der Kautions stehende Bedingungen.

Wie bei Klausel 8 näher ausgeführt, liegt dem Berufungsgericht damit erneut keine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge vor, da die Berufungswerberin nicht darlegte, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts, die Klausel sei gröblich benachteiligend, unrichtig erscheine.

Nur der Vollständigkeit halber wird die Beklagte mit ihren Einwänden auf die Ausführungen zu Punkt 2. verwiesen und ergänzt, dass sich auch dem Berufungsgericht nicht erschließt, worin die sachliche Rechtfertigung für das Zurückhalten der Kautions bis zur Vorlage der Abmeldebestätigung bestehen soll, ist es doch nicht Sache des Vermieters die Einhaltung der Meldepflichten nach dem MeldeG durch den Mieter zu überwachen.

Klausel 25:

Der Vermieter oder ein von ihm Beauftragter ist befugt, den Mietgegenstand im Falle der Vertragsbeendigung mit Mietinteressenten - unter rechtzeitiger Terminankündigung und zu üblichen Zeiten - zu besichtigen.

Auch sonst ist der Vermieter oder ein von ihm Beauftragter im angemessenen Ausmass nach vorheriger Anmeldung zum Betreten der Mieträumlichkeiten berechtigt, um die Einhaltung der Vertragspflichten des Mieters überwachen oder notwendige Hausreparaturen durchführen zu können. Bei Gefahr in Verzug kann der Vermieter oder ein von ihm Beauftragter den Mietgegenstand jederzeit, auch in Abwesenheit des Mieters betreten. Bei Abwesenheit hat der Mieter dafür zu sorgen, dass der Mietgegenstand in dringenden Fällen jederzeit zugänglich ist.

Der Kläger beanstandet die Klausel aufgrund ihres Verstoßes gegen § 8 MRG sowie gegen § 1098 iVm § 879 Abs 3 ABGB. Auch wenn der Mieter nach dieser Bestimmung das

Betreten des Mietgegenstandes durch den Vermieter aus wichtigen Gründen zu gestatten habe, habe er doch ein Mitspracherecht zur Festlegung eines Termins. Auch das mit der Klausel normierte Recht des Vermieters, den Mietgegenstand zur Ausübung von Aufsicht und Kontrolle zu betreten, sei mit dem Benutzungsrecht des Mieters unvereinbar. Die Judikatur zu § 1098 ABGB verlange für das Betreten des Mietgegenstands ein gerechtfertigtes Interesse des Vermieters. Darauf stelle die Klausel nicht ab und schränke so das Gebrauchsrecht unsachlich ein, was für den Mieter gröblich benachteiligend sei.

Das Erstgericht verwies darauf, dass sich der Mieter Eingriffe in das Mietrecht durch den Vermieter gefallen lassen müsse, sofern sie nicht die Ausübung seines Mietrechts wesentlich erschweren oder gefährdeten. Dem Vermieter stehe nach der Judikatur das Recht zu, das Mietobjekt zu betreten, soweit dies zur Erhaltung des Hauses oder zur Ausübung der notwendigen Aufsicht erforderlich sei und sich auf ein Ausmaß beschränke, das nicht geeignet ist, die Ausübung des Mietrechts des Mieters wesentlich zu erschweren oder zu gefährden. In der Rechtsprechung werde das Bestehen eines Betretungsrechts zur Besichtigung mit Mietinteressenten sowie zur Durchführung von Reparaturen und deren Kontrolle mit Ankündigung, ohne Ankündigung nur bei Gefahr in Verzug, bejaht.

Die Klausel räume dem Vermieter jedoch das Recht ein, das Mietobjekt „unter rechtzeitiger Terminankündigung“ zu betreten. Bei konsumentenfeindlichster Auslegung könne der Vermieter demnach einen Termin zur Besichtigung ohne Rücksicht auf den Mieter festlegen. Nach der Rechtsprechung sei bei Ausübung des Betretungsrechts eine Terminabsprache zwischen Vermieter und Mieter zu treffen. Da

dies in der Klausel fehle, sei sie gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB und daher unzulässig.

Die Berufungswerberin hält das in der Klausel geregelte Betretungsrecht für sachgerecht und angemessen. Dem Vermieter stehe ein solches nur bei Bestehen eines gerechtfertigten Interesses zu. Ein uneingeschränktes oder sogar grundloses Besichtigungsrecht werde ihm nicht eingeräumt. Dass eine Besichtigung außer bei Gefahr in Verzug rechtzeitig angekündigt werden müsse, verstehe sich von selbst.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Ein weiteres Mal setzt sich die Beklagte über den Wortlaut der Klausel hinweg, wonach der Vermieter die Wohnung nicht nur im Fall der Vertragsbeendigung mit Mietinteressenten, sondern auch sonst, also ohne weitere sachliche Beschränkungen betreten darf, um die Einhaltung der Vertragspflichten des Mieters ganz generell zu überwachen. Dass der Vermieter dabei weder einen Termin mit dem Mieter koordinieren noch überhaupt ein bestimmtes Interesse am Betreten der Wohnung haben muss, benachteiligt den Mieter gröblich.

Klausel 26:

Der Mieter ist nicht berechtigt, allfällige Gegenforderungen aus welchem Titel immer, mit dem Mietentgelt zu kompensieren und aus diesem Grund die Pauschalmiete ganz oder teilweise zurückzuhalten.

Nach Ansicht des Klägers verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 8 KSchG und § 1096 Abs 1 ABGB, weil sie nicht den gesetzlichen Vorgaben zur Zulässigkeit eines Aufrechnungsverbots entspreche und im Voraus unzulässigerweise auf das Mietzinsminderungsrecht des Mieters verzichtet werde.

Das Erstgericht verbot die Klausel, weil damit ein gänzlichliches Aufrechnungsverbot normiert werde, das mit § 6 Abs 1 Z 8 KSchG nicht vereinbar sei. Nach dieser Bestimmung seien Vertragsklauseln unzulässig, wenn sie das Recht des Verbrauchers, seine Verbindlichkeiten durch Aufrechnung aufzuheben, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers oder für Gegenforderungen ausschließen oder einschränken, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, gerichtlich festgestellt oder vom Unternehmer anerkannt wurden.

Wie schon zu Klausel 2 und 10 erörtert, könne auf das Mietzinsminderungsrecht nach § 1096 Abs 1 ABGB nicht im Vorhinein verzichtet werden, sodass auch dieser Teil der Klausel unzulässig sei.

Die Berufungswerberin führt dagegen ins Treffen, die Klausel verschleierte dem Mieter keineswegs die ihm durch § 6 Abs 1 Z 8 KSchG sowie § 1096 ABGB eingeräumten Rechte. Niemand könne sich damit entschuldigen, dass ihm ein gehörig kundgemachtes Gesetz nicht bekannt sei. Der Unternehmer sei nicht dazu verpflichtet, einen Verbraucher über die nationalen Verfahrensvorschriften und die hierzu ergangene Rechtsprechung aufzuklären.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Nach § 6 Abs 1 Z 8 KSchG sind Vertragsbestimmungen jedenfalls nicht verbindlich, nach denen das Recht des Verbrauchers, seine Verbindlichkeiten durch Aufrechnung aufzuheben, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers oder für Gegenforderungen ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, die gerichtlich festgestellt oder die vom Unternehmer aner-

kannt worden sind. Da die beanstandete Klausel ein uneingeschränktes Aufrechnungsverbot enthält, verstößt sie gegen diese Bestimmung und ist daher nach § 879 ABGB unzulässig. Entgegen der Argumentation der Berufung ist dafür nicht entscheidend, ob der Mieter die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 8 KSchG kennt oder sich davon Kenntnis verschaffen kann und er die Möglichkeit hat, die Unzulässigkeit der Klausel zu erkennen.

Klauseln 27 und 35:

Klausel 27:

Der Mieter verpflichtet sich und andere Personen, die sich im Mietgegenstand aufhalten, zur Einhaltung der jeweils aushängenden Hausordnung, die einen Bestandteil dieses Vertrages bildet. (Beilage)

Klausel 35:

Die Bestimmungen dieser Hausordnung gelten für alle Hausbewohnerinnen und Hausbewohner. Die HauptmieterInnen sind auch für Übertretungen der Hausordnung verantwortlich und haftbar, die von Mitbewohnerinnen oder Mitbewohnern oder in ihrem Mietobjekt verkehrenden Personen begangen werden.

Der Kläger beanstandet die Klauseln seien intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Nach Klausel 27 gelte die Hausordnung ohne darauf abzustellen, dass der Mieter von ihrem Inhalt habe Kenntnis erlangen können und keine andere Vereinbarung getroffen worden sei. Die Geltung der Hausordnung werde unabhängig von einer Vereinbarung dazu vorgesehen. Ohne sachliche Rechtfertigung werde in den Klauseln eine unzulässige verschuldensunabhängige Haftung des Mieters normiert.

Das Erstgericht räumte ein, dass es zulässig sei,

den Mieter zur Einhaltung der Hausordnung zu verpflichten, die als Beilage Bestandteil des Vertrags sei. Allerdings könne der Mieter nicht Dritte zur Einhaltung der Hausordnung verpflichten. Eine Verpflichtung des Mieters, dafür Sorge zu tragen, dass andere im Mietgegenstand aufhältige Personen die Hausordnung einhielten, sei daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil damit eine verschuldensunabhängige Haftung des Mieters für diese Personen geschaffen werde. Die Klausel 27 nehme auch keine Einschränkung des Personenkreises auf Besucher oder Personen vor, die Arbeiten im Mietobjekt verrichteten. Der Mieter sei daher nach der konsumentenfeindlichsten Auslegung dieser Klausel sogar verantwortlich, dass Einbrecher oder der Vermieter, wenn er sich im Mietobjekt aufhalte, die Hausordnung einhielten. Dafür gebe es keine sachliche Rechtfertigung, weshalb Klausel 27 nach § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend und unzulässig sei.

Der Mieter hafte nach § 1111 ABGB nur für sein eigenes sowie das Verschulden ihm zurechenbarer Personen. Klausel 35 stelle nicht auf schuldhaftes Übertreten der Hausordnung ab, sodass sie bei kundenfeindlichster Auslegung eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung des Mieters normiere; auch das sei gröblich benachteiligend und unzulässig.

Die Berufungswerberin argumentiert, die Klausel ziele nur auf Personen ab, deren Aufenthalt im Mietgegenstand vom Mieter veranlasst sei; es sei allein Sache des Mieters zu bestimmen, wer ihn in seinen Räumen aufsuchen dürfe. Nur er habe das Hausrecht. Er müsse daher für das Verhalten seiner Besucher einstehen und es treffe ihn ein Verschulden, wenn er bei der Auswahl seiner Besucher die

erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen habe oder gegen einen störenden Besucher nicht eingeschritten sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass mit den Klauseln bei kundenfeindlichster Auslegung eine Verantwortlichkeit des jeweiligen Mieters sowohl für Personen geschaffen wird, die sich wie etwa seine Besucher mit seinem Wissen und seiner Zustimmung im Mietobjekt aufhalten, als auch für Personen, die sich ohne solches, allenfalls sogar gegen seinen Willen Zutritt zum Mietobjekt verschafft haben. Darüberhinaus muss sich der Mieter für all diese Personen zur Einhaltung der Hausordnung unabhängig von seinen konkreten Möglichkeiten, den im Mietobjekt aufhaltigen Dritten zur Einhaltung der Hausordnung veranlassen zu können, verpflichten. Auf ein Verschulden des Mieters bei der Auswahl der mit seinem Wissen und seiner Zustimmung im Mietobjekt aufhaltigen Personen oder seine Möglichkeit, ein gegen die Hausordnung verstoßendes Verhalten des Dritten unterbinden zu können, wird hingegen - anders als die Berufungswerberin meint - nicht abgestellt. Für eine derart weitgehende und insbesondere verschuldensunabhängige Haftung des Mieters für die im Mietobjekt - aus welchem Grund immer - aufhaltigen Personen besteht aber keine sachliche Rechtfertigung. Die Beurteilung der Klauseln als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB durch das Erstgericht begegnet somit keinen Bedenken.

Klauseln 28 und 40:

Klausel 28:

Tierhaltung ist nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters gestattet. Die Haltung von Reptilien und Schlangen ist nicht gestattet.

Klausel 40:

In unseren Apartments ist die Haltung von Haustieren nicht gestattet. Die Haltung gefährlicher Tiere (Schlangen, Spinnen etc.) ist strengstens verboten.

Der Kläger bringt vor, die Klauseln verstießen gegen § 10 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, weil sie unzulässigerweise die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers zum Nachteil des Verbrauchers ausschließen würden und die Einschränkung der Tierhaltung sachlich nicht gerechtfertigt sei. Die beiden Klauseln widersprächen einander und seien daher auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Das Erstgericht verbot beide Klauseln. Klausel 28 trachte danach, die Haltung jeder Art von Tieren ohne schriftliche Zustimmung des Vermieters zu verbieten. Darüber hinaus werde die Haltung von Reptilien und Schlangen schlechthin (unabhängig von der Zustimmung des Vermieters) verboten. Sie stehe im Widerspruch zu Klausel 40, die generell die Haltung aller Haustiere verbiete und nicht von der Zustimmung des Vermieters abhängig mache. Schon deshalb seien die Klauseln intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil für den Mieter völlig unklar bleibe, ob nun die Tierhaltung mit Zustimmung des Vermieters erlaubt oder ob sie jedenfalls untersagt sei.

Zur Unzulässigkeit des Schriftlichkeitsgebots werde auf die Ausführungen zu Klausel 17 verwiesen.

Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs sei das in Klausel 40 enthaltene Verbot der Haltung jeglicher Tiere auch gröblich benachteiligend im Sinne von § 879 Abs 3 ABGB, weil nicht klar zum Ausdruck gebracht werde, dass davon artgerecht in Behältnissen gehaltene wohnungsübliche Kleintiere wie Ziervögel, Zierfische, Hamster

oder kleine Schildkröten ausgenommen seien.

Die Berufungswerberin führt dagegen (neben allgemeinen Überlegungen zu einer möglichen Rolle von Tieren beim Infektionsgeschehen im Rahmen von SARS-CoV-2) ins Treffen, mangels einer vertraglichen Vereinbarung im Mietvertrag sei der Mieter schon aufgrund seiner Berechtigung zum ortsüblichen Gebrauch berechtigt, Hunde, Katzen oder Kleintiere zu halten. Ein Verbot der Hundehaltung sei allerdings gestattet. Wenn der Oberste Gerichtshof das Halten von wohnungsüblichen Kleintieren für jedenfalls zulässig erachte, verwende er selbst eine intransparente Formulierung und habe dabei nicht eine Pandemie in Betracht gezogen, die von wohnungsüblichen Kleintieren ihren Ausgang genommen habe. Der Zweck der Zustimmung zur Haltung von Haustieren und die sachliche Rechtfertigung dafür lägen darin, andere Mieter vor negativen Einwirkungen zu schützen.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Berufung vermag der auf höchstgerichtliche Rechtsprechung gründenden Argumentation des Erstgerichts nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Es ist daher zunächst auf die rechtlichen Ausführungen des Erstgerichts (§ 500a ZPO) zu verweisen. Dieses hat zutreffend auf den Widerspruch zwischen beiden Klauseln hingewiesen, der darin besteht, dass in Klausel 28 eine Tierhaltung (mit Ausnahme der Haltung von Reptilien und Schlangen) von einer Zustimmung des Vermieters abhängig gemacht wird, während in Klausel 40 ein generelles Verbot der Tierhaltung vorgesehen ist. Da sich der Mieter nicht darüber im Klaren sein kann, welcher Klausel der Vorrang einzuräumen ist, sind beide Klauseln schon infolge ihres Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG

unzulässig.

Auch darauf, dass die in Klausel 28 für die Zustimmung des Vermieters vorgesehene Schriftform nicht mit § 10 Abs 3 KSchG vereinbar ist, wonach die Wirksamkeit formloser (vor allem mündlicher) Erklärungen des Unternehmers oder seines Vertreters vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann, hat das Erstgericht bereits zutreffend hingewiesen.

Soweit die Beklagte erstmals in der Berufung eine von in Wohnungen gehaltenen Kleintieren wie Fledermäusen, Ratten und Mäusen ausgehende Gefahr der Verbreitung von Infektionskrankheiten wie SARS-CoV-2 behauptet, verstößt sie gegen das Neuerungsverbot des § 498 ZPO. Abgesehen davon handelt es sich bei den in diesem Zusammenhang von der Beklagten genannten Tieren ohnehin nicht um die vom Obersten Gerichtshof zu 2 Ob 73/10i [Klausel 24] ins Auge gefassten artgerecht in Behältnissen gehaltenen wohnungsüblichen Kleintiere wie Ziervögel, Zierfische, Hamster oder kleine Schildkröten, deren Haltung in AGB und Vertragsformblättern nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden darf. Auch lässt die Beklagte völlig offen, inwiefern in Behältnissen gehaltene Kleintiere in einer Wohnung eine Gefahr für andere Mieter darstellen oder maßgeblich zur Ausbreitung von Infektionskrankheiten beitragen können.

Klausel 30:

Sollte der Mieter den Mietvertrag vor Ablauf der frühesten Kündigungsmöglichkeit kündigen und der Vermieter stimmt der vertragswidrigen Beendigung zu, so ist mit Beendigung des Mietverhältnisses - für die Zeit zwischen der Mietvertragsbeendigung und dem Ende der frühesten Kündigungsmöglichkeit - vom Mieter ein Restentgelt zu

bezahlen. Die Höhe des Restentgeltes ist - soweit nicht anders mit dem Vermieter vereinbart, die Summe aller offenen monatlichen Nettomieten zzgl. Umsatzsteuer, die für den Zeitraum zwischen Mietvertragsende und dem Ende des frühest möglichen Kündigungstermins anfallen würden.

Der Kläger beanstandet die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil es keine sachliche Rechtfertigung für die Pflicht des Mieters zur Weiterzahlung der Miete gebe, wenn der Vermieter einer vorzeitigen Vertragsauflösung zugestimmt und den Mietgegenstand bereits neu vermietet habe.

Das Erstgericht schloss sich dieser Auffassung an; dass der Mieter auch bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses mit Zustimmung des Vermieters die gesamte Summe der Mieten bis zum vertraglich vereinbarten Ende bezahlen müsse, obwohl er das Mietobjekt nicht mehr nutze, während der Vermieter die Möglichkeit erhalte, das Mietobjekt bereits an einen anderen Mieter zu vermieten und so bis zum vertragsgemäßen Ende des Verhältnisses doppelt Mietzins zu verrechnen, sei sachlich nicht zu rechtfertigen. Daher sei die Klausel gröblich benachteiligend und unzulässig im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin macht geltend, die gegenständlichen Mietverträge würden auf eine bestimmte Dauer abgeschlossen und könnten grundsätzlich während der vereinbarten Dauer nicht gekündigt werden. Daher sei der Vermieter im Fall vorzeitiger Kündigung so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Entgegen der Argumentation der Berufung werden in der Klausel nicht die für den Fall vertragswidriger vorzeitiger Kündigung vorgesehenen Rechtsfolgen, insbeson-

dere die aus dem dann noch aufrechten Erfüllungsanspruch des Vermieters resultierende Mietzinsfortzahlungspflicht geregelt, sondern die Klausel befasst sich mit dem Fall, dass der Vermieter der vom Mieter angestrebten Kündigung zustimmt und es zu einer - wenn auch vorzeitigen, so doch - einvernehmlichen Beendigung des Mietvertragsverhältnisses kommt. Der Vermieter, der zu einer Zustimmung zur vorzeitigen Vertragsauflösung nicht verpflichtet ist oder gezwungen werden kann, hat es daher selbst in der Hand seine Erfüllungsansprüche bis zum ursprünglich vereinbarten Vertragsende aufrecht zu halten, sollte er das Mietobjekt nicht anderweitig verwerten können. Erteilt er aber seine Zustimmung zur vorzeitigen Vertragsauflösung ist es sachlich nicht gerechtfertigt, dass ihm die Klausel - wie das Erstgericht zutreffend aufgezeigt hat - die uneingeschränkte Möglichkeit eröffnet, durch eine Weitervermietung des Objekts für die Zeit bis zum ursprünglich vereinbarten Vertragsende den Mietzins sowohl vom alten als auch vom neuen Mieter zu erhalten. Schon deshalb ist die Klausel, die den Fall, dass das Mietobjekt bereits vor Ablauf des ursprünglichen Vertragsendes wieder vermietet werden kann, nicht berücksichtigt, gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 31:

Die Vertragsteile verzichten auf die Irrtumsanfechtung.

Der Kläger moniert einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 14 KSchG, weil der Ausschluss des Rechts des Mieters auf Irrtumsanfechtung unzulässig sei.

Das Erstgericht schloss sich dieser Auffassung an. Nach § 6 Abs 1 Z 14 KSchG dürfe das Recht zur Irrtumsanfechtung eines Verbrauchers im Vorhinein nicht ausge-

schlossen oder beschränkt werden. Der mit der Klausel normierte Verzicht nicht nur des Vermieters, sondern auch des Mieters auf die Irrtumsanfechtung sei daher unzulässig.

Die Berufungswerberin macht geltend, die Klausel sei zulässig, zumal das Objekt jedenfalls unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 1 MRG falle, und die Klausel im Einzelnen ausgehandelt sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Da das Erstgericht die Klausel infolge eines Verstoßes gegen die auch außerhalb des Voll- oder Teilanwendungsbereichs des MRG anzuwendende Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 14 KSchG für unzulässig erklärt hat, die Berufung die Unrichtigkeit dieser Beurteilung aber nicht aufzeigt, hat sie - wie bereits zu Klausel 8 dargelegt - die Rechtsrüge wieder nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Nur der Vollständigkeit halber ist die Beklagte mit ihren Einwänden auf die Ausführungen zu Punkt 2. zu verweisen.

Klausel 32:

Die Vertragsparteien werden die unwirksame Vereinbarung durch eine wirksame ersetzen, die der Intention der unwirksamen Bestimmung möglichst nahe kommt.

Der Kläger hält die Klausel für intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

Das Erstgericht verbot die Klausel und führte aus, die Intention einer unwirksamen Vereinbarung könne kaum denkbar durch eine wirksame Vereinbarung erreicht werden. Die Klausel sei nach der Rechtsprechung intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil der Mieter sich damit zur Abgabe einer nicht für ihn vorhersehbaren Erklärung zur Abänderung des Vertrages verpflichte, die einem unzuläs-

sigen Zweck einer Vertragsbestimmung Geltung verschaffen solle.

Die Berufungswerberin beklagt, dass es noch immer ungewiss sei, ob eine Ersatzregelung für eine missbräuchliche Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschaffen werden dürfe.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Wieder setzt sich die Berufung mit der Argumentation des Erstgerichts nicht auseinander. Dieses hat völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass der Oberste Gerichtshof zu 7 Ob 78/06f [Klausel 34] eine sinngleiche Klausel, wonach eine unwirksame Bestimmung von den Vertragspartnern durch eine gültige und zulässige Bestimmung ersetzt werden sollte, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entspricht, mit der Begründung verboten hat; abgesehen davon, dass es kaum denkbar sei, den Zweck einer unwirksamen Bestimmung durch eine zulässige Bestimmung zu erreichen, sei die Bestimmung insbesondere intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil sich der Mieter zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung verpflichten sollte, wobei nicht vom Horizont „redlicher“ Vertragsparteien ausgegangen werden sollte, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung.

Diese Rechtsprechung ist auf Klausel 32 anzuwenden; die von der Berufung aufgeworfene Frage der grundsätzlichen Möglichkeit zur Schaffung einer Ersatzregelung für eine missbräuchliche Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist für die Zulässigkeit der Klausel nicht von Relevanz und muss daher nicht beurteilt werden.

Klausel 33:

Die Vertragsparteien stellen übereinstimmend fest, dass mündliche Nebenabreden nicht bestehen. Jede Änderung

oder Ergänzung dieses Vertrages bedarf zu ihrer Gültigkeit einer schriftlichen Vereinbarung, die von beiden Vertragsteilen unterfertigt ist.

Der Kläger erblickt in der Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog und § 10 Abs 3 KSchG, weil sie eine unzulässige Tatsachenbestätigung enthalte und die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers zum Nachteil des Verbrauchers nicht vertraglich ausgeschlossen werden könne.

Das Erstgericht behandelte die Klausel als Tatsachenbestätigung des Mieters, die eine Beweislastumkehr bewirke; es werde eine Tatsache im Wege einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG bestätigt, sodass sich der Vermieter den Beweis dafür erspare. Schon die Erklärungsfiktion widerspreche § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und führe zur Unzulässigkeit der Klausel. Auch die Beweislastumkehr sei - wie zu Klausel 1 ausgeführt - unzulässig. Zur Unzulässigkeit des Schriftlichkeitsgebots zu Lasten des Mieters werde auf die Ausführungen zu Klauseln 2 und 17 verwiesen. Der Oberste Gerichtshof habe Mietvertrags-AGB-Klauseln, die Schriftform für die Gültigkeit einer Vertragsänderung vorgesehen hätten, als unzulässig erachtet.

Die Berufungswerberin stützt sich darauf, dass die Klausel nicht besage, dass allfällige vor Abschluss des Mietvertrages geschlossene Vereinbarungen keine Gültigkeit mehr hätten. Behaupte der Mieter Nebenabreden, Änderungen oder Ergänzungen zum Vertrag, sei er dafür ohnehin beweispflichtig.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Der Oberste Gerichtshof erkannte zu 7 Ob 78/06f [Klausel 37] eine sinngleiche Klausel, die für eine Änderung des Vertrags die Schriftform vorsah, mit der Begrün-

dung für unzulässig, dass darin ein Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG liege, wonach die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers nicht ausgeschlossen werden kann, was auch im Falle der Abänderung oder Ergänzung eines Vertrages gelte. Gleiches muss daher auch für das in der Klausel vorgesehene Schriftformerfordernis für Vertragsänderungen gelten.

Auch wenn der Beklagten zuzugeben ist, dass die Tatsachenbestätigung, wonach keine mündlichen Nebenabreden bestehen, zu keiner Beweislastverschiebung führt, da derjenige, der sich auf eine mündliche Nebenabrede beruft, diese auch unter Beweis zu stellen hat, ist es doch im Sinn des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich, die Klausel teilweise aufrecht zu halten. Sie ist daher zur Gänze zu untersagen.

Klausel 34:

Solange dem Vermieter nicht eine andere Zustelladresse zur Kenntnis gebracht wird, erfolgen Zustellungen aller Art an die Adresse des Mietobjektes mit der Wirkung, dass sie dem Mieter als zugekommen gelten.

Der Kläger bringt vor, die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, weil weder eine vertraglich vereinbarte noch gesetzlich angeordnete Verpflichtung des Mieters zur Bekanntgabe einer Adressänderung bestehe und die Zugangsfiktion daher gegen die gesetzlichen Voraussetzungen verstoße.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel aufgrund ihres Widerspruchs zu § 6 Abs 1 Z 3 KSchG als gröblich benachteiligend und intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG. Die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG wolle verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen

auf den Verbraucher überwältzt werde. Vom Verbot der Vereinbarung von Zustellfiktionen seien nur Vertragsbestimmungen ausgenommen, nach denen der Zugang einer Erklärung an der vom Verbraucher zuletzt bekannt gegebenen Anschrift eintrete, sofern der Verbraucher pflichtwidrig eine Anschriftsänderung nicht mitgeteilt habe. Eine solche vertragliche Verpflichtung zur Bekanntgabe einer Adressänderung bestehe weder im gegenständlichen Vertragsformular noch nach dem Gesetz. Bei kundenfeindlicher Auslegung sei nicht auszuschließen, dass mit der Fiktion eines tatsächlich nicht erfolgten Zugangs einer solchen Erklärung für den Mieter nachteilige Folgen, wie etwa Terminbekanntgaben des Vermieters, Kündigungen etc, verbunden seien.

Die Berufungswerberin meint, die Klausel stehe in Einklang mit § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, da der Zugang ohnehin nur dann als bewirkt gelte, wenn Zustellungen an die vom Verbraucher zuletzt bekannt gegebene Anschrift erfolgten.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Mit ihrer Argumentation setzt sich die Beklagte über die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG hinweg, die vorsieht, dass für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekanntgegeben hat. Das Verbot nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG betrifft rechtlich bedeutsame Erklärungen - nicht nur Willenserklärungen

gen - des Unternehmers an den Verbraucher also solche, die nachteilige Folgen für den Verbraucher haben, wie zB Mahnung, Fristsetzung, Kündigung, Rechnung, Rücktrittserklärung (RS0130831). Wie bereits das Erstgericht völlig richtig ausgeführt hat, ist es der Zweck des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG zu verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen auf den Verbraucher überwältzt wird. Daher sind vom Verbot der Vereinbarung von Zustellfiktionen nur Vertragsbestimmungen ausgenommen, nach denen der Zugang einer Erklärung an der vom Verbraucher zuletzt bekannt gegebenen Anschrift eintritt, sofern der Verbraucher pflichtwidrig eine Anschriftsänderung nicht mitgeteilt hat (9 Ob 31/15x [Klausel 12]). Diese Ausnahme trifft hier allerdings gerade nicht zu; die Beklagte beruft sich darauf auch gar nicht. Demnach soll mit der Klausel eine Zustellungsfiktion auch für rechtlich bedeutsame Erklärungen des Vermieters an der Adresse des Mietobjekts geschaffen werden, ohne dass der Mieter im Vertrag zur Bekanntgabe einer aktuellen Zustellanschrift verpflichtet wurde; die Klausel verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG.

Klausel 36:

Mieterinnen bzw. Mieter sind verpflichtet, die Wohnung instand zu halten und die gemieteten Räume ausreichend zu lüften, zu beheizen und zu reinigen [...] Die Anbringung von Markisen, Windschutzwänden, Verkleidungen oder Antennen ist nicht zugelassen. Ebenso sind Veränderungen an den Außenfenstern sowie das Anbringen von Schildern, Reklamezeichen, Anzeigen, Schaukästen etc. am und im Haus nur mit schriftlicher Genehmigung des Eigentümers möglich. [...] Die Aufstellung von Motoren und Maschinen, auch wenn eine bauliche Genehmigung nicht

erforderlich ist, darf nur mit schriftlicher Zustimmung des Eigentümers erfolgen.

Der Kläger beanstandet, die Klausel verstoße gegen § 3, 8 MRG, § 6 Abs 3 KSchG, § 9 MRG und § 10 Abs 3 KSchG, weil die Instandhaltungspflicht des Mieters mit den Vorschriften des MRG unvereinbar sei und sie aufgrund der Widersprüche zu anderen vertraglichen Bestimmungen zu Instandhaltung und Wartung intransparent sei. Außerdem werde das Nutzungsrecht in unzulässigem Ausmaß beschränkt und die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers zum Nachteil des Verbrauchers unzulässigerweise ausgeschlossen. Die Klausel schränke das Gebrauchsrecht nach § 1098 ABGB unsachlich ein und sei daher auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB.

Das Erstgericht bestätigte die Auffassung des Klägers, dass eine generelle Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter, wie die in der Klausel pauschal normierte Instandhaltungspflicht der Wohnung, wenn dafür kein entsprechendes Äquivalent gewährt werde, als sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung vom dispositiven Recht (§ 1096 ABGB) gröblich benachteiligend und daher nichtig sei. Darüber hinaus verstoße der erste Satz der Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, weil einem durchschnittlich informierten Mietinteressenten nicht klar sei, was unter „ausreichendem“ Lüften, Beheizen und Reinigen zu verstehen sei. Dies sei wohl auch jeweils vom Zustand und der Ausstattung der Mietobjekte abhängig. Ob etwa ausreichend gelüftet werde, sei von den vorhandenen Fenstern sowie dem Heizverhalten abhängig. Die vom Mieter zu treffenden Maßnahmen seien nicht konkret und verständlich genug dargelegt.

Der Mieter sei nach § 1098 ABGB zu baulichen Ver-

änderungen wie dem Anbringen von Markisen, Windschutzwänden, Verkleidungen und Antennen berechtigt, sofern diese die Substanz des Hauses nicht verletzen und leicht wieder zu beseitigen seien. Eine davon abweichende Regelung ohne sachliche Rechtfertigung stelle eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar und sei daher unzulässig.

Zur Unzulässigkeit der Vereinbarung eines Schriftlichkeitsgebots für die Zustimmung des Vermieters zum Aufstellen von Motoren und Maschinen werde auf die Ausführungen zu Klausel 17 verwiesen.

Die Berufungswerberin verweist auf die Zulässigkeit der Klausel, weil sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Dass die Beklagte mit dieser Behauptung gegen das Neuerungsverbot verstößt und das Berufungsgericht darauf daher nicht eingehen darf, wurde bereits zu Punkt 2.2 ausgeführt. Im Übrigen zeigt die Berufungswerberin nicht auf, inwiefern die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts zur Unzulässigkeit dieser Klausel unrichtig erscheint. Wie bereits zu Klausel 8 dargelegt, ist die Rechtsrüge insofern wieder nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Klausel 37:

Das Bekleben der Zimmertüren mit Postern, Aufklebern o.ä. ist nicht gestattet.

Der Kläger meint, die Klausel verstoße gegen § 8 MRG und § 879 Abs 3 ABGB, weil auch in diesem Punkt das Nutzungsrecht des Mieters unzulässigerweise eingeschränkt werde. Gewöhnliche Abnutzungserscheinungen seien vom Vermieter zu akzeptieren, so auch das Anbringen von Postern und Aufklebern.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Bei Verwendung eines leicht ablösbaren Klebebandes etwa zum Bekleben einer Zimmertür handle es sich um eine gewöhnliche Nutzung einer Mietwohnung, für deren Verbot keine sachliche Rechtfertigung bestehe und von der Beklagten auch nicht behauptet worden sei.

Die Berufungswerberin verweist auf hier wieder nur mit der Begründung auf die Zulässigkeit der Klausel, dass sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Dass die Beklagte damit gegen das Neuerungsverbot verstößt, wurde bereits zu Punkt 2.2 ausgeführt. Im Übrigen setzt sich die Beklagte aber mit der Argumentation des Erstgerichts nicht auseinander und legt vor allem nicht dar, aus welchen Gründen sie die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts für unrichtig hält. Wie bereits zu Klausel 8 dargelegt, ist die Rechtsrüge daher wieder nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Klausel 38:

*Für ein gesamtes, ordentliches Erscheinen des Apart-
menthauses ist es untersagt, dass an und vor den Fenstern
Kleider, Anzüge, Tücher u. ä. aufgehängt werden.*

Der Kläger bringt vor, die Klausel verstoße gegen § 8 MRG und § 879 Abs 3 ABGB, weil das Nutzungsrecht des Mieters in sachlich nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt werde. Das Interesse des Vermieters am Erscheinungsbild des Apartments überwiege nicht.

Das Erstgericht legte die Klausel dahin aus, dass damit sowohl das Anbringen von Vorhängen, aber auch das Aufstellen einer Kleiderstange vor einem Fenster untersagt werde, wofür sich kein berücksichtigungswürdiges

Interesse des Vermieters erkennen lasse, zumal dadurch das Erscheinungsbild des Hauses nicht beeinträchtigt werde. Eine derart weitgehende Beschränkung des Nutzungsrechts des Mieters lasse sich sachlich nicht rechtfertigen. Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Sie sei außerdem intransparent, da unklar bleibe, ob sich die Präposition „vor“ auf die Außenhaut des Hauses und/oder auch auf das Innere des Mietobjekts beziehe.

Die Berufungswerberin hält die Klausel unter Bedacht auf die Widmung und die Brandschutzvorschriften für zulässig.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Auf eine sachliche Rechtfertigung infolge der Widmung der Wohnungen oder von Brandschutzvorschriften einer - wie vom Erstgericht richtig aufgezeigt - äußerst weitgehenden Einschränkung des Gebrauchsrechts des Mieters, das ihm bei kundenfeindlichster Auslegung sogar verbietet Vorhänge vor den Fenstern aufzuhängen, hat sich die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren nicht berufen. Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern das Aufhängen von Vorhängen mit den Brandschutzvorschriften oder der Widmung als Beherbergungsstätte nicht vereinbar ist, verstößt sie mit ihrer Behauptung gegen das Neuerungsverbot. Ein weiteres Eingehen auf die Rechtsrüge verbietet sich daher schon infolge ihrer nicht gesetzmäßigen Ausführung.

Klausel 39:

Kosten, die dem Eigentümer durch das verbotswidrige Bohren von Löchern, insbesondere an der Hausinstallation, entstehen, sind vom Mieter zu ersetzen.

Der Kläger hält die Klausel für intransparent im

Sinn des § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Weiters sieht er in ihr einen Verstoß gegen die §§ 8, 9 MRG. Die Klausel sei gemeinsam mit den anderen (unzulässigen) Klauseln zur Nutzung und Änderung des Mietgegenstandes zu lesen, was zu ihrer Intransparenz führe. Außerdem weiche sie von den Grundsätzen des Schadenersatzrechts ab und berücksichtige nicht, dass das Bohren von Löchern grundsätzlich zulässig sei.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil unklar sei, auf welches Verbot sich das „verbotswidrige Bohren von Löchern“ beziehe. In dem Vertragsformblatt finde sich lediglich ein (unzulässiges) Verbot, Fliesen anzubohren. Es sei daher für den Verbraucher nicht klar, ob sich diese Klausel lediglich auf Löcher in Fliesen oder auf ein anderes Verbot beziehe, mit dem generell das Bohren von Löchern (auch in Wände) untersagt werde. Schon deshalb sei die Klausel unzulässig. Im Übrigen führe auch der implizit enthaltene Verweis auf die unzulässige Klausel 16 zur Intransparenz der verweisenden Bestimmung.

Auf einen durchschnittlich informierten Mieter hinterlasse die Klausel den Eindruck, jedes Bohren von Löchern im Mietobjekt sei verboten. Nach der Rechtsprechung seien die aus der Anbringung von Bilderhaken entstandenen Löcher aber gewöhnliche Abnutzungserscheinungen. Das Bohren von Löchern könne zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Mietgegenstandes erforderlich sein, weshalb die Klausel auch gröblich benachteiligend sei.

Die Berufungswerberin erwidert erneut, die Klausel sei unter Bedacht auf die Widmung und die Brandschutzvorschriften zulässig.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Berufung tritt damit der Beurteilung der Klausel als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG nicht entgegen. Schon deshalb muss sie auch in diesem Punkt erfolglos bleiben.

Da sich die Klausel, wie vom Erstgericht zutreffend erkannt, nicht nur auf das Bohren von Löchern an der Hausinstallation, sondern ganz generell auf das „verbotswidrige Bohren von Löchern“ bezieht, bleibt unklar, welche Bohrlöcher darunter zu verstehen sind. Bei kundenfeindlichster Auslegung fallen darunter selbst Löcher, die etwa zum Anbringen von Bilderhaken notwendig waren. Eine sachliche Rechtfertigung dafür insbesondere aufgrund brandschutzrechtlicher Vorgaben ist nicht ersichtlich. Abgesehen davon, wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich die Beklagte in erster Instanz auf keine sachliche Rechtfertigung der Klausel gestützt hat und ihre diesbezügliche (weiterhin unsubstantiierte) Behauptung in der Berufung gegen das Neuerungsverbot verstößt.

Klausel 41:

Öffentliche Aushänge der Hausverwaltung sind für die BewohnerInnen des Apartmenthauses verpflichtend.

Der Kläger sieht in der Klausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, weil sie eine gesetzlich nicht vorgesehene Zugangsfiktion darstelle. Weiters sehe die Klausel ein einseitiges Vertragsänderungsrecht des Vermieters in Form von öffentlichen Aushängen vor, was gröblich benachteiligend und intransparent sei.

Das Erstgericht führte aus, die Klausel schaffe ein einseitiges Vertragsänderungsrecht des Vermieters in Form von öffentlichen Aushängen. Das stehe in Widerspruch zu § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, wonach Klauseln für Verbraucher unverbindlich seien, nach denen für Verbraucher rechtlich

bedeutsame Erklärungen von Unternehmern, die diesen nicht zugegangen seien, als ihnen zugegangen gelten. Der gesetzliche Ausnahmetatbestand der Zustellung an die zuletzt bekanntgegebene Adresse sei nicht erfüllt. Die Möglichkeit zur einseitigen Vertragsänderung des Vermieters in Form eines Aushangs sei aber auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ZPO. Eine sachliche Rechtfertigung dafür sei nicht behauptet worden.

Die Berufungswerberin steht auch hier auf dem Standpunkt, die Klausel sei zulässig, weil sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Auf den mit diesem neuen Vorbringen verbundenen Verstoß gegen das Neuerungsverbot wurde bereits zu Punkt 2.2 hingewiesen. Ein weiteres Mal lässt die Rechtsrüge damit jede im Berufungsverfahren beachtliche Begründung für die Richtigkeit ihrer Rechtsansicht vermissen, da sie sich mit der Argumentation des Erstgerichts gar nicht näher auseinandersetzt. Die Rechtsrüge ist diesbezüglich daher wieder nicht gesetzmäßig ausgeführt und unbeachtlich.

Klausel 42:

Ich/wir nehme(n) zur Kenntnis, dass die Lieferung und Verrechnung von Strom in der Apartmenthausanlage [...] ausschließlich durch die FERNKORN AG [...] erfolgt. Ein Wechsel zu einem anderen Stromanbieter kann nicht erfolgen.

Der Kläger beanstandet die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB; es gebe keine sachliche Rechtfertigung für das Verwehren des Wechsels des Stromanbieters. Die freie Lieferantwahl der Endverbraucher nach dem ElWOG 2010 dürfe nicht eingeschränkt werden.

Das Erstgericht sah in der Klausel eine Tatsachenbestätigung über die Kenntnisnahme, dass Strom ausschließlich vom Vermieter geliefert und verrechnet werde und verwies zu deren (Un-)Zulässigkeit auf seinen Ausführungen zu Klausel 33. Bei einem durchschnittlich informierten Mieter entstehe dadurch der Eindruck, ein Wechsel zu einem anderen Stromanbieter sei nicht möglich. Dies stehe im Widerspruch zum Grundsatz der freien Lieferantwahl des Endverbrauchers (§ 16a Abs 1 Satz 2 ElWOG 2010). Da es keine sachliche Begründung dafür gebe, dass der Mieter seinen Stromanbieter nicht selbst wählen solle, liege eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor.

Die Berufungswerberin steht auch hier auf dem Standpunkt, die Klausel sei zulässig, weil sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Auch hier bleibt auf den mit der erstmals in der Berufung aufgestellten Behauptung, die Klausel sei im einzelnen ausgehandelt worden, verbundenen Verstoß gegen das Neuerungsverbot zu verweisen. Mangels jeder weiteren Auseinandersetzung mit der Richtigkeit der Rechtsauffassung des Erstgerichts fehlt es der Rechtsrüge auch in diesem Punkt an einer gesetzmäßigen Ausführung.

Klauseln 43 und 46:

Klausel 43:

Der Nettobetrag ist wertgesichert. Zur Berechnung der Wertsicherung dient der vom Österreichischen Statistischen Zentralamt verlaubliche Verbraucherpreisindex 2015 oder der an dessen Stelle tretende Index. Ausgangsbasis für die Wertsicherungsberechnung ist die für den Monat des Vertragsbeginns errechnete Indexzahl. Der Net-

tobetrag verändert sich in dem Ausmaß, in dem sich der genannte Index gegenüber der Ausgangsbasis verändert.

Die Anpassung erfolgt jeweils zum 1.1. eines jeden Jahres. Ich/wir bin/sind damit einverstanden dass der Vermieter berechtigt ist, diesen Pauschalbetrag jeweils zum 01.01 bzw 01.07 zu erhöhen, wenn aufgrund hoher Verbrauchswerte eine Anpassung notwendig ist.

Klausel 46:

Der Nettobetrag ist wertgesichert. Zur Berechnung der Wertsicherung dient der vom Österreichischen Statistischen Zentralamt verlaubliche Verbraucherpreisindex 2015 oder der an dessen Stelle tretende Index. Ausgangsbasis für die Wertsicherungsberechnung ist die für den Monat des Vertragsbeginns errechnete Indexzahl. Der Nettobetrag verändert sich in dem Ausmaß, in dem sich der genannte Index gegenüber der Ausgangsbasis verändert. Die Anpassung erfolgt jeweils zum 1.1. eines jeden Jahres.

Ich/wir bin/sind damit einverstanden, dass der Vermieter berechtigt ist, diesen Pauschalbetrag jeweils zum 01.01 bzw. 01.07. zu erhöhen, wenn der Verbrauch von Wärme und Wasser aufgrund hoher Verbrauchswerte bzw. das Apartment mit mehreren, nicht dem Eigentümer bekanntgegeben Personen, bewohnt ist und daher notwendig ist.

Der Kläger beanstandet, die Klauseln verstießen gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 1 Z 11 KSchG analog. Aufgrund der Indexanpassung zum 1.1. jedes Jahres und der Berechtigung zur Erhöhung zum 1.1. und 1.7. jedes Jahres seien sie auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Da keine Entgeltminderung vorgesehen sei, erfüllten die Klauseln die Kriterien für Entgeltänderungen nicht. Die Zustellfiktion sei aufgrund der darin enthaltenen Beweislastvereinbarung unzulässig.

Das Erstgericht erkannte die Klauseln als unzulässig nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und verwies zur Begründung auf seine Ausführungen zu Klausel 8. Es sei keine der Entgelterhöhung entsprechende Möglichkeit zur Entgeltsenkung bei Änderung des Verbraucherpreisindex vorgesehen.

Die Berufungswerberin verweist zur Zulässigkeit der Klausel ein weiteres Mal darauf, dass diese im Einzelnen ausgehandelt worden sei. Eine weitere Begründung für ihre Auffassung lässt sie jedoch vermessen.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Rechtsrüge ist damit wegen ihres Verstoßes gegen das Neuerungsverbot - wie zu Punkt 2.2., aber auch zu den Klauseln 41 und 42 dargelegt, nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Klauseln 44 und 47:

Klausel 44:

Eine Abrechnung des Stromverbrauchs erfolgt nicht. Falls bei der Beendigung des Mietverhältnisses jedoch festgestellt wird, dass der tatsächliche Verbrauch deutlich höher als der für dieses Apartment errechnete Durchschnittswert ist (z.B. mehrerer Personen im Haushalt, hohe Energieverbraucher usw...), so ist der Vermieter berechtigt, die Pauschalbeträge dem tatsächlichen Verbrauchskosten gegenüber zu stellen. Ich/wir nehme/nehmen zur Kenntnis, dass in diesem Fall eine Nachforderung entsteht und mit der Kautionsverrechnung verrechnet wird.

Klausel 47:

Eine Abrechnung des Wärme- und Wasser-Verbrauchs erfolgt nicht. Falls bei der Beendigung des Mietverhältnisses jedoch festgestellt wird, dass der tatsächliche Verbrauch deutlich höher als der für dieses Apartment errechnete Durchschnittswert ist (z.B. mehrerer Personen

im Haushalt, hohe Energieverbraucher usw...), so ist der Vermieter berechtigt, die Pauschalbeträge dem tatsächlichen Verbrauchskosten gegenüber zu stellen. Ich/wir nehme/nehmen zur Kenntnis, dass in diesem Fall eine Nachforderung entsteht und mit der Kautionsverrechnung verrechnet wird.

Ich/wir nehme/nehmen zur Kenntnis, dass der Pauschalbetrag immer für einen ganzen Monat zu bezahlen ist und bei Abwesenheit vom Apartment keine aliquote Zahlung möglich ist.

Der Kläger rügt einen Verstoß der Klauseln gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 3 KSchG, weil nur eine Preiserhöhung, aber keine Preisminderung vorgesehen sei. Unklar sei, wann ein „deutlich höherer“ Verbrauch vorliege.

Das Erstgericht führte aus, die Klauseln sollten eine nachträgliche Anpassung der Stromabrechnung ermöglichen. Nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG seien (wie bei Klausel 8 erörtert) Klauseln für Verbraucher nicht verbindlich, nach denen Unternehmern auf ihr Verlangen für ihre Leistungen ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zustehe, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsehe, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt seien sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt. Da die Preisanpassungsklauseln eine Senkung des Entgelts für die Stromlieferung nicht vorsähen, sei schon die erste Bedingung für die Wirksamkeit der Entgeltänderungsklausel nicht erfüllt und die Klauseln zur Gänze unzulässig.

Unklar bleibe für den Mieter außerdem, wann sein

tatsächlicher Verbrauch „deutlich höher“ als der für das Apartment errechnete Durchschnittswert sei. Die Entgeltänderung sei daher für ihn nicht vorhersehbar und nachvollziehbar, da eine Abrechnung des Stromverbrauchs nicht erfolge. Das mache die Klauseln auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Zur Unzulässigkeit der Tatsachenbestätigung in Klausel 47 werde auf die Ausführungen zu Klausel 33 verwiesen.

Erneut hält die Berufungswerberin die Klauseln nur mit der Begründung für zulässig, sie seien im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Rechtsrüge ist damit wegen ihres Verstoßes gegen das Neuerungsverbot und dem Fehlen jeder weiteren Auseinandersetzung mit der Rechtsauffassung des Erstgerichts wieder nicht gesetzmäßig ausgeführt. Dem Berufungsgericht ist es daher verwehrt auf die materiellrechtliche Frage der Zulässigkeit der Klausel einzugehen.

Klausel 48:

Die Silikonfugen im Badezimmer gelten als Wartungsfugen. Sie finden diese Silikonfugen zwischen Dusche und Wandfliesen, wie auch als Eckfugen zwischen Wand und Bodenfliesen. Aufgrund von Materialalterung ist es notwendig, diese Fugen jährlich zu überprüfen und regelmäßig zu reinigen, Die Kontrolle, als auch die Erneuerung obliegt dem Mieter/der Mieterin.

Der Kläger macht geltend, die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB; Erhaltungspflichten im Zusammenhang mit gewöhnlichen Abnutzungerscheinungen dürften nicht auf den Mieter überwältzt werden.

Das Erstgericht beurteilte die Klausel als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB und führte dazu aus, die übliche Abnutzung des Mietgegenstandes werde durch den Mietzins abgegolten, weshalb nach § 1109 ABGB keine Verpflichtung zu Wartungen oder Reparaturen von gewöhnlichen Abnutzungserscheinungen bestehe, wie der Oberste Gerichtshof zu einer vergleichbaren Wartungsverpflichtung des Mieters in Bezug auf elastische Fugen bereits ausgeführt habe.

Die Berufungswerberin entgegnet, die Klausel sei zulässig; kleinere Reparaturen und übliche Wartungen seien nach der Verkehrsauffassung jedenfalls vom Bestandnehmer durchzuführen. Im Geltungsbereich des ABGB könnten Instandhaltungspflichten auf den Mieter überwälzt werden. Das bedeute keinen Gewährleistungsausschluss.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Mit ihrer Argumentation setzt sich die Beklagte über die vom Erstgericht herangezogene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs hinweg. In seiner Entscheidung zu 6 Ob 81/09v [Klausel 10] hatte das Höchstgericht eine vergleichbare Klausel, wonach elastische Fugen im Bad, WC und Küche vom Mieter zu warten waren, zu beurteilen und führte dazu aus, dass die den Mieter treffende Verpflichtung zum schonenden Gebrauch und die daraus abzuleitende Pflicht zur üblichen Pflege der Einrichtungen des Bestandgegenstands eine derartige Pflicht nicht stützten und die fachgerechte Erneuerung von elastischen Fugen auch keine bloße Bagatellreparatur sei, die der Mieter selbst vornehmen könnte. Dazu komme, dass bereits der Mietzins die durch die übliche Benützung entstehende Abnutzung des Bestandgegenstands abgelte, sodass der Mieter zur gleichzeitigen laufenden Verschönerung des

Bestandobjekts bzw Restaurierung nicht verpflichtet sei. Nach völlig herrschender Lehre und Rechtsprechung habe der Mieter nämlich die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandene Abnutzung des Bestandobjekts nach § 1109 ABGB aufgrund der Überlegung nicht zu vertreten, dass eine derartige Abnutzung zwingende Folge des - bestimmungsgemäßen - Gebrauchs sei, für den der Vermieter ohnedies ein Entgelt erhalte. Sofern Mängel in den Fugen auch zu einer Funktionsbeeinträchtigung führten, weil etwa die Dusche undicht geworden sei, handle es sich um Arbeiten, die durchgeführt werden müssten, um die Brauchbarkeit des Bestandobjekts wiederherzustellen. Die einseitige Übertragung der Verpflichtung zur „Wartung“ an den Mieter sei aus diesen Erwägungen unzulässig.

Da auch mit Klausel 48 dem Mieter eine jährliche Kontroll- und Reinigungs- sowie bei Bedarf Erneuerungsverpflichtung und damit eine Wartungspflicht in Bezug auf die Silikonfugen im Badezimmer auferlegt werden soll, die üblicherweise gerade nicht vom Mieter übernommen wird, treffen die dargestellten Erwägungen den Höchstgerichts auf die Klausel zu. Dem hat die Berufung nichts Stichhältiges entgegenzusetzen. Es hat daher bei der Beurteilung des Erstgerichts zu bleiben, das die Klausel gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB ist.

Klausel 49:

Sollten Reinigungs- oder Reparaturkosten anfallen, werden diese von der Kautio einbehalten, der restliche Betrag wird innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der Abmeldebestätigung an den Mieter überwiesen.

Nach Auffassung des Klägers verstößt die Klausel gegen § 16b MRG und § 879 Abs 3 ABGB, weil die Bedingung der Abmeldung zur Rückerstattung der Kautio vom Gesetz

nicht gedeckt sei und die Rückerstattung bei Rückstellung des Mietobjekts zu erfolgen habe.

Das Erstgericht verbot die Klausel, weil sie jegliche Reinigungs- und Reparaturkosten dem Mieter auferlege. Dieser habe jedoch nur jene Kosten, die durch über die gewöhnliche Abnutzung hinausgehende Nutzung entstanden seien, zu ersetzen. Der Vermieter überwälze damit die von ihm zu tragenden Aufwände für die Erhaltung des Mietobjekts auf den Mieter, was gemäß § 9 Abs 1 KSchG unzulässig sei.

Darüber hinaus werde auf die Ausführungen zu Klausel 24 betreffend den Zeitpunkt der Rückerstattung der Kautions verwiesen. Dass die Erstattung der Kautions an strengere Vorgaben (Erhalt der Abmeldebestätigung) als in § 16b MRG vorgesehen geknüpft werde, sei nicht sachlich gerechtfertigt. Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend.

Die Berufungswerberin hält die Klausel wieder nur deshalb für zulässig, weil sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Die Rechtsrüge ist damit wegen ihres Verstoßes gegen das Neuerungsverbot und in Ermangelung jeglicher weiteren Auseinandersetzung mit der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts wieder nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Klausel 50:

Der Mieter haftet für alle Dinge innerhalb des Apartments (Steckdosen, Schalter, Wasserhähne, Armaturen etc.) und muss diese eigens warten und im Schadensfall ersetzen.

Der Vermieter hat für alle Dinge innerhalb der Mauer (Stromleitungen, Wasserleitungen, etc.) aufzukommen.

Der Kläger beanstandet, die Klausel verstoße gegen § 3 MRG und § 6 Abs 3 KSchG. Sie schließe zwingende Erhaltungspflichten des Vermieters aus und verschleierte dem Mieter die wahre Rechtslage. Außerdem überwälze sie das Risiko für zufällige Verschlechterungen der Bestandsache auf den Mieter und bewirke so eine gröbliche Benachteiligung. Der Verzicht des Mieters auf Ersatz notwendiger Aufwendungen auf die Bestandsache verstoße gegen § 9 Abs 1 KSchG.

Das Erstgericht hielt unter Verweis auf seine Ausführungen zu Klausel 17 fest, die Klausel stelle auf eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung des Mieters für „alle Dinge innerhalb des Apartments“ ab. Nach § 1096 Abs 1 ABGB treffe den Bestandgeber das Risiko für alle auf Zufällen beruhenden Umstände, die den Ausfall oder eine wesentliche Einschränkung des Gebrauchsnutzens der Bestandsache zur Folge hätten. Die Klausel nehme nicht auf eine zufällige Verschlechterung der Bestandsache Bezug. Das sei gröblich benachteiligend und unzulässig im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Gleiches gelte für die Wartungs- und Ersatzpflicht des Mieters, wie die Ausführungen zu Klauseln 12 und 19 zeigten. Die Erhaltungspflicht des Vermieters werde gänzlich auf den Mieter überwältzt („alle Dinge innerhalb des Apartments“), was gegen § 9 Abs 1 KSchG verstoße, da so sein in § 1096 Abs 1 zweiter Satz festgelegtes Zinsminderungsrecht nie zum Tragen kommen könne.

Aufgrund ihres teilweisen Widerspruchs zu Klausel 12, wonach der Mieter verpflichtet sei, Elektroleitungen, Wasserleitungen, Beheizungs- und sanitäre Anlagen (im Mietgegenstand) instand zu halten, sei die Klausel auch intransparent.

Die Berufungswerberin hält die Klausel auch hier nur deshalb für zulässig, weil sie im Einzelnen ausgehandelt worden sei.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Der damit einhergehende Verstoß gegen das Neuerungsverbot und das Fehlen jeder sonstigen Begründung dafür, warum die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts unrichtig erscheint, führt auch hier dazu, dass die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt ist und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts einer Beurteilung durch das Berufungsgericht entzogen ist.

Klausel 51:

Schäden müssen schriftlich per Mail (mit Fotos) an die Hausverwaltung gemeldet werden.

Der Kläger rügt, die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, wonach dem Verbraucher keine strengere Form als die Schriftform auferlegt werden dürfe. Auch die Normierung besonderer Zugangserfordernisse sei unzulässig.

Das Erstgericht verwies zur Zulässigkeit des vertraglichen Schriftlichkeitsgebots auf seine Ausführungen bei Klausel 2.

Klauseln, nach denen Mieter Schäden gegenüber den Vermietern schriftlich anzeigen müssten, bewirkten, dass mündliche Bekanntgaben unbeachtlich seien. Dies beeinträchtigt die Interessen des Mieters erheblich, weil es eine zeitnahe Behebung der Schäden oft verhindere oder erschwere und besonders bei Gefahr in Verzug Zeit vergeudend sei. Demnach könne der Vermieter mündliche Schadensmeldungen ignorieren und damit die Haftung für grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachte Schäden ausschließen. Dies widerspreche § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, wonach die Haftung des Unternehmers für grob fahrlässig oder vorsätzlich

verursachte Schäden nicht ausgeschlossen werden dürfe. Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufungswerberin verweist darauf, dass der Mieter unter Bedacht auf § 8 MRG bzw. § 1097 ABGB zur unverzüglichen Meldung eines Mangels verpflichtet sei. Auch wenn er die Mängelanzeige mündlich aussprechen könne, sei eine schriftliche Anzeige schon aus Beweisgründen ratsam.

Beurteilung des Berufungsgerichts:

Der Beanstandung des Klägers folgend verstößt die Klausel jedenfalls gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG, wonach die vom Verbraucher dem Unternehmer abzugebenden Anzeigen oder Erklärungen keiner strengeren Form als der Schriftform unterworfen werden dürfen. Es dürfen damit aber auch keine besonderen Zugangserfordernisse vorgesehen werden (*Kathrein/Schoditsch* in KBB⁶ § 6 KSchG Rz 9). Sowohl als besonderes Zugangserfordernis als auch als qualifizierte Schriftform unzulässig ist etwa die Vereinbarung, Verbrauchererklärungen dürften nur telegraphisch oder fernschriftlich gemacht werden (*Krejci* in *Rummel* ABGB³ § 6 KSchG Rz 69). Gleiches muss für die Vereinbarung gelten, eine Erklärung des Mieters dürfe nur im Wege des E-Mails erfolgen, sodass die Klausel schon wegen ihres Verstoßes gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG unzulässig ist. Ob die Klausel auch gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB ist, kann insofern dahingestellt bleiben.

4. Veröffentlichungsbegehren:

4.1 Die Beklagte wendet sich gegen die der Klägerin im angefochtenen Urteil erteilte Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“, Regionalausgabe für Wien. Es obliege dem Berufungsgericht, allenfalls eine

Veröffentlichung in einem von ihm festzulegenden Medium auszusprechen.

4.2 Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG). Sinn und Zweck dieser Maßnahme ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - hier den an der Anmietung der Wohnungen und Apartments der Beklagten interessierten Konsumenten in Wien - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind (RS0121963 [T7]). Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Geschäftspartnern - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen, sodass eine Veröffentlichung in einer auflagenstarken Zeitung wie etwa der Samstag-Ausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“ angemessen ist (vgl 7 Ob 84/12x). Allein der Umstand, das es sich bei der Wiener Zeitung um das amtliche Veröffentlichungsorgan der Republik Österreich handelt, bietet keine ausreichende Grundlage dafür, die Urteilsveröffentlichung auf diese Zeitung, die in Verbraucherkreisen weitaus weniger Reichweite als die Kronen-Zeitung erzielt, zu beschränken.

4.3 Darauf, dass die Beklagte - wie sie in der Berufung erstmals behauptet - rund 1.000 Kunden habe, von denen etwa 90 % Migrationshintergrund hätten und die

keine Leser der Kronen-Zeitung seien, kommt es - abgesehen davon, dass dieses neue Vorbringen gegen das Neuerungsverbot verstößt - nach den dargestellten Grundsätzen nicht an. Die von der Beklagten dazu vermissten Feststellungen waren demnach entbehrlich.

Der Berufung war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Da der Kläger die österreichweite Urteilsveröffentlichung bereits im erstinstanzlichen Verfahren nicht durchzusetzen vermochte, war er mit dem Veröffentlichungsbegehren mangels anderer überzeugender Anhaltspunkte (vgl Fucik in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 43 Rz 1 mwN) nur etwa zur Hälfte erfolgreich. Das Berufungsinteresse ist daher in Bezug auf das Veröffentlichungsbegehren nicht mit EUR 5.500, sondern nur mit EUR 2.750 anzusetzen; die Kosten für die Berufungsbeantwortung stehen demnach nur auf einer Bemessungsgrundlage von insgesamt EUR 33.250 zu. Die ERV-Gebühr für die Berufungsbeantwortung war gemäß § 23a RATG von den dafür verzeichneten EUR 4,10 auf EUR 2,10 (für eine Folgeeingabe; vgl RS0126594) zu korrigieren.

Der Bewertungsausspruch orientiert sich an der Streitwertangabe des Klägers.

Der Oberste Gerichtshof ist zur Auslegung von AGB-Klauseln nicht „jedenfalls“, sondern nur dann berufen, wenn Grundsätze höchstgerichtlicher Rechtsprechung missachtet wurden oder für die Rechtseinheit und Rechtsentwicklung bedeutsame Fragen zu lösen sind (RS0121516). Allein der Umstand, dass es an einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu gleichen oder ähnlichen Klauseln mangelt, genügt für die Anrufbarkeit des Obersten Gerichtshofs daher nicht (RS0121516 [T4]). Auch der Umstand

allein, dass im konkreten Fall mehrere Vertragspartner Verträge mit der Beklagten abgeschlossen haben, die gleichartige (oder ähnliche) Klauseln enthalten, bewirkt nicht das Vorliegen einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO (RS0042816 [T1]). Da zu den vom Berufungsgericht beurteilten Klauseln, soweit die Rechtsrüge überhaupt gesetzmäßig ausgeführt war, weitgehend ohnehin Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliegt, war die ordentliche Revision nicht zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 30. September 2021

Dr. Dorit Primus
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG