



Präsidium  
des Handelsgerichtes Wien

**2R 70 105m**

eingel. am 27. Okt. 2006

.....fach, mit.....Blg. ....Akten  
.....Halbschriften

25

Oberlandesgericht Wien

Eingel. am 27. Okt. 2006

.....fach, mit.....Blg. ....Akten  
.....Halbschriften

- 2. Nov. 2006

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 1041 Wien, Prinz Eugen Straße 20-22, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei IMV Immobilien Management und Verwaltung GmbH, 1040 Wien, Paulanergasse 15, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung gemäß §§ 28 f KSchG und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 26.000), über die Revisionen der klagenden Partei (Revisionsinteresse: EUR 1.333,33) und beklagten Partei (Revisionsinteresse: EUR 23.999,99) gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien vom 12. Dezember 2005, GZ 2 R 70/05m-19, womit das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 10. Jänner 2005, GZ 19 Cg 84/04f-9, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision der Klägerin wird Folge gegeben.

Der Revision der Beklagten wird nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichtes wird hinsichtlich der Klauseln 22 und 30 abgeändert, im Übrigen aber bestätigt.

Das Urteil hat daher einschließlich der in Rechtskraft erwachsenen Abweisung des Begehrens hinsichtlich Klausel 35 Teil 1 und des über die

Regionalausgabe Wien hinausgehenden  
Veröffentlichungsbegehrens mit der im Folgenden  
unterstrichenen Maßgabe nunmehr insgesamt zu lauten:

I. Die Beklagte ist schuldig, es im geschäftlichen  
Verkehr mit Verbrauchern bei  
Unternehmer-Verbraucher-Geschäften in Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen  
Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten  
Vertragsformblättern die Verwendung nachstehender  
Klauseln, soweit sie nicht in eckige Klammer gesetzt sind,

„1. Der Mieter erklärt, dass er den  
Mietgegenstand durch eigene Besichtigung kennt, dieser  
durch Pläne/Beschreibungen, welche integrierte Bestandteile  
des Vertrages sind, hinreichend spezifiziert ist und daher aus  
diesem Titel gegenüber dem Vermieter keine wie immer  
gearteten Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche  
geltend gemacht werden können.

2. [Verfügungen über die Außenflächen des  
Mietgegenstandes bedürfen der] schriftlichen [Zustimmung  
des Vermieters.]

3. [Der Mieter mietet das Mietobjekt für  
Wohnzwecke.] Die Nutzung des Mietgegenstandes zu anderen  
Zwecken ist dem Mieter untersagt. Wird dies vom Mieter  
nicht eingehalten, bewirkt dies den Wegfall der  
Geschäftsgrundlage und berechtigt den Vermieter zur  
Auflösung des Vertrages gemäß Punkt X.

4. Eine Änderung des Mietzwecks bedarf der  
schriftlichen Zustimmung des Vermieters.

5. Festgestellte Mängel, die eine Nutzung der  
Wohnung zulassen, stehen der Übernahme und dem Bezug des  
Mietgegenstandes bzw dem Mietbeginn nicht entgegen.

6. Zusätzliche Ausstattungsarbeiten, die mit dem Gebäude fest verbunden sind, bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters.

7. Vereinbart wird, dass der Hauptmietzins auf Basis des vom Statistischen Zentralamt monatlich verlautbarten Verbraucherpreisindex 1996 (VPI 96) wertbeständig erhalten wird, wobei eine Verringerung des Hauptmietzinses ausgeschlossen wird.

8. Unter Betriebskosten sind alle jene Aufwendungen zu verstehen, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der Liegenschaft.....erforderlich sind und/oder durch die Benützung von Gemeinschaftseinrichtungen durch den Nutzer entstehen. Insbesondere, jedoch nicht ausschließlich, zählen dazu.....

9. Jedenfalls kann der Vermieter alle jene Beträge, welche ihm aus den obig genannten oder ähnlichen Titeln als Eigentümer hinsichtlich des Bestandobjektes zur Zahlung vorgeschrieben werden, dem Mieter als Betriebskosten im Sinne dieses Vertragspunktes weiter verrechnen.

10. Der Mieter haftet dem Vermieter für alle durch die verspätete Entgeltzahlung verursachten Kosten, sofern die Verspätung nicht eindeutig vom Vermieter zu vertreten ist.

11. Kommt der Mieter mit Zahlungen in Verzug, können einlangende Teilzahlungen, unabhängig von der vom Mieter vorgenommenen Widmung, primär auf den ältesten aushaftenden Hauptmietzins angerechnet werden.

12. Für den Fall des Zahlungsverzuges verpflichtet sich der Mieter zur Bezahlung von Verzugszinsen, und zwar nach Wahl des Vermieters in der

Höhe von 5 % Zinsen über der Bankrate (Diskontsatz der ÖNB) je angefangenem Monat für den rückständigen Betrag, zumindest jedoch 1,5 % pro Monat.

13. [Die Aufteilung der Betriebskosten erfolgt innerhalb des Hauses...., grundsätzlich nach dem Verhältnis des Flächenausmaßes der vertragsgegenständlichen Mieteinheit zur Gesamtsumme der Flächenausmaße aller nutzbaren Einheiten des Hauses.] Der Vermieter ist ohne Zustimmung des Mieters berechtigt, bei Einzelpositionen eigene Betriebskostenschlüssel zu erstellen und anzupassen, Hundertsätze für die Aufteilung abzuändern und gegebenenfalls Messgeräte auf Kosten des Mieters einzubauen, wenn dieses zur Erreichung einer gerechten Kostenaufteilung zweckdienlich ist.

14. Ohne schriftliche Zustimmung des Vermieters ist der Mieter nicht berechtigt, den Mietvertrag ganz oder auch nur teilweise, entgeltlich oder unentgeltlich, Dritten zu überlassen.

15. Unbeschadet der eingegangenen Vertragsdauer gemäß Punkt III kann der Vermieter den Vertrag mit sofortiger Wirkung auflösen bzw vom Vertrag zurücktreten, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, und zwar insbesondere wenn der Mieter:

a) mit Entgeltzahlungen in Höhe einer Monatsrate oder weniger im Rückstand ist, eventuell eingeräumte Zahlungsstundungen nicht einhält oder trotz Mahnung schuldig bleibt;

b) den Mietgegenstand, dem Gemeingebrauch dienende Bereiche oder gemeinsame technische Einrichtungen vertrags- oder widmungswidrig benützt oder den Mietgegenstand einem Dritten unbefugt überlässt, den

Mietgegenstand oder gemeinsame Teile der Anteile nachteilig nützt, wodurch sonst vermeidbare Schäden an der Haussubstanz eintreten und trotz Setzung einer mindestens 14-tägigen Nachfrist die Zuwiderhandlung fortsetzt oder später wiederholt;

d) ohne Zustimmung des Vermieters bauliche Veränderungen vornimmt;

e) rechtskräftige behördliche Auflagen oder gesetzliche Bestimmungen bezüglich des Mietgegenstandes nicht erfüllt;

f) den Mietgegenstand nicht dem Mietzweck entsprechend, sondern widmungswidrig verwendet.

16. Desgleichen hat der Mieter bauliche Maßnahmen, die zur Erhaltung des Hauses....und der dazugehörenden Anlagen oder des Mietobjektes notwendig oder zweckmäßig sind, zu dulden.

17. Der Vermieter wird bei Durchführung solcher Arbeiten die Belange des Mieters nach Möglichkeit berücksichtigen.

18. Sollten sich bei Reparaturarbeiten Einrichtungen des Mieters als hinderlich erweisen, sind diese über Ersuchen des Vermieters auf die Dauer der Arbeiten zu entfernen.

19. Für die Dauer dieser Arbeiten ist der Mieter nicht berechtigt, den Mietzins zu mindern, ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben, Schadenersatz zu verlangen oder sonstige Ansprüche geltend zu machen.

20. Bei zeitweiligem Ausfall von technischen Anlagen, zB von Strom- oder Wasserzufuhr bzw Leitungsgebrechen, ist der Mieter nicht berechtigt, Minderungs-, Schadenersatz-, Zurückbehaltungs- oder

irgendwelche sonstige Ansprüche gegenüber dem Vermieter geltend zu machen.

21. Der Vermieter wird nach schriftlicher Bekanntgabe der Störung die Maßnahmen zur Beseitigung der Störung einleiten.

22. Der Mieter bestätigt, den Mietgegenstand in neuwertigem Zustand übernommen zu haben.

23. Der Mieter verpflichtet sich, den Mietgegenstand pfleglich zu behandeln und unter Ausschluss des § 1096 ABGB sämtliche am Mietgegenstand notwendig werdenden Reparaturen auf eigene Kosten durchzuführen und überhaupt den Mietgegenstand zu erhalten; er ist ua verpflichtet, die im Mietgegenstand befindlichen Heizungsanlagen, ferner sämtliche Gas-, Elektro- und Wasserinstallationen samt Geräten stets in betriebsfähigem Zustand zu erhalten und im Falle von Störungen diese unverzüglich sach- und fachgemäß auf eigene Kosten instandsetzen zu lassen. Weiters fallen Eingangstüre und Fenster im Bereich des Mietobjektes in Wartungs- und Instandhaltungspflicht des Mieters.

24. Der Mieter ist dem Vermieter gegenüber für jede Beschädigung des Mietgegenstandes und der Gemeinschaftseinrichtungen verantwortlich und zur Schadensbehebung verpflichtet, soweit die Beschädigung durch ihn, seine Angehörigen oder Besucher verursacht wurde.

25. Der Vermieter haftet nicht für die Schäden durch Diebstahl, Brand oder Immissionen an den eingebrachten Waren und Gegenständen, gleichgültig welcher Art und Ursache diese Einwirkungen sind.

26. Der Mieter ist nur mit Zustimmung des Vermieters berechtigt, an dem Mietgegenstand Um- und Einbauten sowie andere bauliche Änderungen vorzunehmen.

27. Der Mieter nimmt zur Kenntnis, dass eine Hausordnung besteht und diese jederzeit den allgemeinen Bedürfnissen entsprechend angepasst werden kann.

28. Der Vermieter und die von ihm beauftragten Personen sind berechtigt, den Mietgegenstand gegen Vorankündigung zu besichtigen.

29. Der Mieter verzichtet ausdrücklich darauf, gegen Forderungen des Mietentgeltes gemäß Punkt V des Mietvertrages eigene Geldforderungen aufrechnungsweise einzuwenden oder das Mietentgelt, aus welchem Grund immer, zurückzubehalten.

30. Die mit der Errichtung und Vergebührung dieses Mietvertrages verbundenen Kosten und Gebühren, insbesondere die Rechtsgeschäftsgebühr, sowie die Kosten für die seitenweise Vergebührung (Stempelmarken) trägt der Mieter.

31. Alle übrigen Einrichtungen des Mieters sind nach Wahl des Vermieters ganz oder teilweise unentgeltlich im Mietobjekt zu belassen oder vom Mieter vor Zurückstellen des Mietobjektes auf eigene Kosten zwecks Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu entfernen.

32. Der Mietgegenstand ist bei Beendigung des Mietverhältnisses aus welchem Grund auch immer in ordnungsgemäßen Zustand, dh wie beim Mietbeginn übernommen, jedenfalls neu ausgemalt zurückzustellen. Ansonsten ist der Vermieter berechtigt, die diesbezüglichen Instandsetzungskosten dem scheidenden Mieter in Rechnung zu stellen.

33. Der Mieter verzichtet hinsichtlich der von ihm vorgenommenen Investitionen auf jeden Ersatzanspruch gegenüber dem Vermieter. Davon ausgenommen sind Aufwendungen, für die der Vermieter einen Ersatzanspruch ausdrücklich schriftlich anerkannt hat.

34. In diesem Zusammenhang vereinbaren die Vertragsteile - ungeachtet darüber hinausgehender Ansprüche - eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Konventionalstrafe in der Höhe von drei dann aktuellen Bruttomonatsmieten, falls das Bestandsobjekt vom Mieter nicht zum vereinbarten oder gerichtlich festgesetzten Räumungstermin übergeben wird.

35. Eine unwirksame Bestimmung ist von den Vertragspartnern durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entspricht (Teil 2).

36. Allfällige vor Abschluss dieses Mietvertrages schriftlich oder mündlich getroffene Vereinbarungen verlieren bei Vertragsabschluss ihre Gültigkeit.

37. Eine Änderung dieses Vertrages bedarf zur Gültigkeit der Schriftform; das Abgehen vom Formerfordernis der Schriftform kann nur schriftlich erfolgen.

38. Es herrscht Willensübereinstimmung, dass der Mietvertrag erst nach Setzung der Unterschriften des Mieters und des Vermieters Rechtsgültigkeit erlangt.

39. Vorstehender Vertrag wurde vor der Unterfertigung gelesen und erörtert; bezüglich aller Vertragspunkte wurde Übereinstimmung erzielt.“

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln zu berufen, soweit diese

unzulässigerweise vereinbart worden sind; die beklagte Partei ist weiters schuldig, die Empfehlung der Verwendung der vorstehend genannten Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern bei Unternehmer-Verbraucher-Geschäften zu unterlassen.

II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, Punkt I und II des Urteilsspruches binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal im redaktionellen Teil einer Samstag-Ausgabe der Neuen Kronenzeitung, Regionalausgabe für Wien, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

III. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei auf dieselbe Art und Weise auch zur Unterlassung der Verwendung, des Berufens und des Empfehlens der Klausel

„35. Der Inhalt dieses Vertrages wird durch die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen desselben nicht berührt“. (Teil 1).

zu verpflichten und die Klägerin möge ermächtigt werden, das Urteil auch in Samstag-Ausgaben der Neuen Kronenzeitung, Regionalausgaben Niederösterreich und Steiermark zu veröffentlichen, wird **abgewiesen**.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 4.458,50 (darin enthalten EUR 651,25 an USt und EUR 559 an Barauslagen) bestimmten Prozesskosten erster Instanz und die mit EUR 3.893,71 (darin enthalten EUR 619,20 an USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Alleingesellschafterin der Beklagten ist die Constantia Privatbank Aktiengesellschaft, die ihrerseits eine Managementvereinbarung mit der Immofinanz Immobilien Anlagen AG getroffen hat. Die Beklagte befasst sich mit der Verwaltung sowohl von Wohnungen als auch von gewerblichen Liegenschaften. Derzeit verwaltet sie rund 600 Immobilien mit einer vermieteten Fläche von rund 1,75 Mio m<sup>2</sup>, die zu rund 50 % entweder der Immofinanz oder der Constantia Privatbank gehören und zu rund 50 % Privatpersonen, wozu die Eigentümer von „Vorsorgewohnungen“ (die Constantia Privatbank und andere Unternehmer bieten solche Veranlagungskonzepte an) und Eigentümer von Miethäusern und Wohnungseigentumsobjekten zählen. Zum Konzept der „Vorsorgewohnungen“ gehört es, dass die Erwerber die Objekte ertragbringend vermieten. Die Erwerber sind in der Regel Anleger, die nur eine oder wenige solcher Wohnungen im Wohnungseigentum erwerben und vermieten. Die Objekte unterliegen dem Mietrechtsgesetz nur nach § 1 Abs 4 MRG. Die Wohnungen liegen zu 90 bis 95 % im Großraum Wien. Es handelt sich eher um hochpreisige Wohnungen. Zum Tätigkeitsbereich der Beklagten als Verwalterin gehört die Vermietung. Sie bedient sich dafür Maklergesellschaften. „Vorsorgewohnungen“ werden ausschließlich von einer anderen Tochterfirma der Constantia Privatbank gemakelt.

Die Beklagte hat einen Vertragstext entwickelt, der die Interessen der Vermieter bestmöglich wahren soll. Dieser wird vom Maklerunternehmen den Interessenten

vorgelegt und liegt den Vertragsverhandlungen zugrunde. Änderungswünsche von Interessenten werden in etwa einem Viertel der Fälle erfüllt, wobei diese Änderungen weniger Formalpunkte als solche von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung für den Vermieter (wie Erhaltungspflicht, Ausstattungsmerkmale) betreffen. Der Makler leitet die Änderungswünsche an die Beklagte weiter, die bei rechtlichen Fragen selbst entscheidet. Wirtschaftlich bedeutsame Wünsche werden an den Eigentümer weitergeleitet. Der Eigentümer erteilt jeweils die Zustimmung zu der konkret angebahnten Vermietung. Die Mietverträge im Teilanwendungsbereich des MRG wurden bisher unter Zugrundelegung aller hier strittigen Klauseln geschlossen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vermieter Unternehmer war oder nicht.

Hinsichtlich jener Bestandobjekte, die dem Vollanwendungsbereich des MRG unterliegen, wurden Textbausteine verwendet, die folgende, aus dem Spruch ersichtliche Klauseln enthielten: 2, 3, 4, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15a mit der Maßgabe, dass der Rückstand eine Monatsmiete oder mehr beträgt, 15b, 15d, 15e, 15f, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 mit der Maßgabe, dass statt „neuwertig“ „ordnungsgemäß“ steht, 23 mit der Maßgabe, dass „ernste Schäden des Hauses“ ausgenommen sind, 24, 25, 26 (darüber hinaus: „schriftlicher Zustimmung“), 27, 28, 29, 30, 31, 32 mit der Maßgabe, dass nicht nur neu, sondern auch „fachmännisch und weiß“ auszumalen ist, 33, 34, 35, 36, 37, 38 und 39.

Die Klägerin forderte die Beklagte vor Klagseinbringung am 27. 2. 2004 auf, hinsichtlich der Klauseln eine mit einer Konventionalstrafe von EUR 700 pro Klausel und Verstoß besicherte Unterlassungserklärung

abzugeben. Die Beklagte antwortete, dass sie ihren Kunden Änderungen hinsichtlich einiger konkret genannter Klauseln empfehlen werde. Am 7. 5. 2004 übermittelte die Beklagte der Klägerin eine Unterlassungserklärung hinsichtlich der Empfehlung der Verwendung und der Verwendung im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern für die Klauseln 1, 3, 7, 10, 11, 12, 14, 15a, b, d, e, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29 und 34 mit dem Anbot einer Konventionalstrafe von je EUR 100 pro Verstoß. Die Klägerin lehnte dies als ungenügend ab.

Einleitend ist festzuhalten, dass zum besseren Verständnis die näheren Ausführungen zum Vorbringen der Parteien und den Entscheidungen der Vorinstanzen den einzelnen Revisionspunkten entsprechend getrennt erfolgen.

Die Klägerin bringt allgemein vor, dass die Beklagte ihren Kunden die Verwendung von Vertragsformblättern bzw. Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die strittigen Klauseln enthielten, empfehle. Sie verwende diese regelmäßig als Hausverwalterin unter anderem bei der im Eigentum der Constantia Privatbank stehenden Liegenschaften. Die Klauseln verstießen teils gegen §§ 6, 9 und 10 KSchG, teils gegen zwingende Gesetzesbestimmungen, teils gegen die guten Sitten gemäß § 879 Abs 1 ABGB und seien teils auch grob benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Sie begehrt die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern die Verwendung der inkriminierten Klauseln, die Berufung darauf und die Empfehlung der Verwendung derselben in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit

Verbrauchern zu unterlassen und die Veröffentlichung des Urteilsspruches in mehreren Regionalausgaben der Neuen Kronenzeitung. (Die Klauseln 2, 3 und 13 wurden nach der Formulierung des Klagebegehrens dort zwar mit ihrem gesamten Text wiedergegeben, aber nur im Umfang der nicht in eckige Klammer gesetzten Wortfolgen angefochten. Diesem Umstand war im Spruch der Entscheidung Rechnung zu tragen.)

Die Beklagte wendet hinsichtlich eines Teiles der Klauseln ein, dass die Wiederholungsgefahr weggefallen sei, da sie eine mit einer Vertragsstrafe von EUR 100 pro Klausel besicherte Unterlassungserklärung abgegeben habe. Nach ihren die Klauseln generell betreffenden Einwendungen sei sie nicht Verwenderin der Klauseln, weil sie nicht Vertragspartnerin der Mietverträge sei. Sie empfehle diese nur. Es könne ihr daher auch nicht verboten werden, sich darauf zu berufen. Soweit der Vermieter Verbraucher sei, sei die Verwendung der Klauseln jedenfalls zulässig. Der Großteil der Klauseln entspreche der gängigen Praxis bei Mietverträgen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren hinsichtlich der Klauseln 8, 9, 11, 30 und 35 Teil 1 und des Veröffentlichungsbegehrens in den Regionalausgaben der Neuen Kronenzeitung für Niederösterreich und Steiermark ab (die Abweisung der Veröffentlichung erwuchs unbekämpft in Rechtskraft) und gab ansonsten dem Begehren statt.

Das Berufungsgericht gab den Berufungen der Klägerin und der Beklagten teilweise Folge und änderte das angefochtene Urteil dahingehend ab, dass auch dem Begehren hinsichtlich der Klauseln 8, 9 und 11 stattgegeben, jedoch hinsichtlich der Klausel 22 abgewiesen wurde.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Streitwert EUR 20.000 übersteige und die Revision zulässig sei, weil ein „vergleichbarer Fall“ vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschieden worden sei.

Gegen den klagsstattgebenden Teil der Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten mit einem Abänderungsantrag.

Gegen den das Klagebegehren abweisenden Teil der Entscheidung, aber nur hinsichtlich der Klauseln 22 und 30, richtet sich die Revision der Klägerin. Die Abweisung des Begehrens hinsichtlich Klausel 35 Teil 1 erwuchs in Rechtskraft.

Die Parteien beantragen, dem Rechtsmittel der Gegnerin jeweils nicht Folge zu geben.

Die Revisionen beider Parteien sind zulässig; die Revision der Klägerin ist auch berechtigt, jene der Beklagten nicht.

Zur Frage der Wiederholungsgefahr:

Die Klägerin meint, die Unterlassungserklärung der Beklagten sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beenden. Die Beklagte habe nicht die Verpflichtung übernommen, die Verwendung von sinngleichen Klauseln zu unterlassen; die Konventionalstrafe von EUR 100 sei unangemessen niedrig.

Die Beklagte erwidert, dass die angebotene Konventionalstrafe angemessen sei. Die Beklagte sei nicht selbst Verwenderin der AGB. Die einzelnen Klauseln könnten nicht isoliert betrachtet werden; im Hinblick auf die Vielzahl der einzelnen Klauseln entfalle ohnedies ein höherer Betrag auf die einzelnen Themenkomplexe, der angemessen sei.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass keine Absicht der Beklagten zu erkennen sei, die Verwendung der Klauseln in Hinkunft ernstlich zu unterlassen.

Das Berufungsgericht trat der Rechtsansicht des Erstgerichtes bei und führte aus, dass eine Konventionalstrafe von EUR 100 jedenfalls unangemessen niedrig sei.

Nur durch die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann die Wiederholungsgefahr beseitigt werden (RIS-Justiz RS0111637). Lehnt die Beklagte eine Unterwerfungserklärung hinsichtlich der Verwendung „sinngleicher“ Vertragsklauseln ab, bietet sie damit keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen und beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht (RIS-Justiz RS0111640). Das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches beseitigt - zumindest im Regelfall - die Wiederholungsgefahr (RIS-Justiz RS0079899). Wer aber im Prozess zu erkennen gibt, dass es ihm nicht um die Vermeidung von Rechtsverletzungen zu tun ist, kann sich auf das Fehlen der Wiederholungsgefahr nicht berufen (RIS-Justiz RS0080007). Es kommt nämlich darauf an, ob dem Verhalten des Beklagten in seiner Gesamtheit wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen. Dabei kommt es auf die Art des Eingriffs und die Willensrichtung des Störers an, für welche insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung und während des Rechtsstreites wichtige Anhaltspunkte bieten kann. Hält er im Verfahren daran fest, zur beanstandeten Handlung berechtigt gewesen zu sein oder ist sein Prozessverhalten zwiespältig, so kann die Wiederholungsgefahr regelmäßig nur verneint

werden, wenn er dem Kläger einen vollstreckbaren Exekutionstitel verschafft, der dem Kläger all das bietet, was er im Verfahren erreichen kann (4 Ob 9/05k, 6 Ob 184/03g; RIS-Justiz RS0079692 mwN).

Die Unterlassungserklärung der Beklagten ist aus mehreren Gründen nicht geeignet, die Unterlassungsgefahr zu beseitigen. Die Erklärung umfasst nicht die Unterlassung sinngleicher Klauseln. Soweit die Beklagte im Verfahren darauf beharrt, dass ein Teil der Klauseln gesetzmäßig Verwendung finde, ist mangels Anbots eines umfassenden vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches weiter die Wiederholungsgefahr gegeben. Die Unterlassungserklärung muss mit einer angemessenen Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besichert sein (§ 28 Abs 2 KSchG). Aufgrund des Klammerausdruckes kann § 1336 ABGB nicht unberücksichtigt bleiben. Danach ist bei der Angemessenheitskontrolle einer Konventionalstrafe eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenprüfung vorzunehmen. Damit kommt es nicht nur auf den vereinfachten Ausgleich der durch eine Vertragsverletzung entstandenen oder aufgrund bekannter Umstände des jeweiligen Einzelfalls noch entstehenden - materiellen und immateriellen - Gläubigernachteile an, sondern gleichermaßen auch auf den rechtlich schutzwürdigen zusätzlichen Erfüllungsdruck im Gläubigerinteresse. Dieser Erfüllungsdruck soll schon jene Gefahren einer konkreten Schädigung des Gläubigers abwenden, die bei einer ex ante Betrachtung nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles als Folge der Nichterfüllung bzw nicht gehörigen Erfüllung der maßgeblichen Vertragspflicht typisch sind. Bei dieser

Rechtslage hängt aber auch die Angemessenheit der Strafbewehrung einer Unterlassungserklärung von mehreren Komponenten, wie etwa der Größe des Unternehmens und der Verbreitung dessen allgemeiner Geschäftsbedingungen einerseits und der Schwere des zu befürchtenden Eingriffs in die Konsumentenrechte andererseits ab (8 Ob 17/00h mwN). Berücksichtigt man nun die Größe des Unternehmens der Beklagten und die Anzahl der von ihr verwalteten Liegenschaften, so ist ein Betrag von EUR 100 pro Klausel und Verstoß nicht angemessen. Auch wenn einzelne Klauseln zum selben Rechtskomplex gehören, so können sie doch auch unabhängig voneinander Verwendung finden; eine Zusammenrechnung der pro Klausel gebotenen Beträge innerhalb bestimmter Themenkreise hat daher nicht zu erfolgen, zumal gerade zwischen jenen Klauseln, hinsichtlich derer nur mehr der Wegfall der Wiederholungsgefahr eingewendet wurde, kaum ein Zusammenhang besteht.

Die Wiederholungsgefahr besteht also weiter. Bei den einzelnen Klauseln wird auf diese Ausführungen verwiesen werden.

Zum Verbot der „Verwendung“ und „Berufung“:

Die Klägerin begehrt, dass der Beklagten die Verwendung, das Berufen und das Empfehlen der inkriminierten Klauseln verboten werde.

Die Beklagte wendet dagegen ein, dass sie im fremden Namen und auf fremde Rechnung tätig sei und sie daher die Klausel nicht verwende. Es könne ihr nicht verboten werden, sich darauf zu berufen, da dies eine Entscheidung des jeweiligen Vermieters sei.

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte im Sinne des Begehrens. Zwischen Verwalter und Auftraggeber

bestehe eine wirtschaftliche Verflechtung, weil der Alleingesellschafter selbst Eigentümer eines Teiles der von der Gesellschaft verwalteten Liegenschaften sei.

Das Berufungsgericht schloss sich der Rechtsmeinung des Erstgerichtes an.

Grundsätzlich ist der Verwender nur derjenige, der Partei des Vertrages ist (Langer in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, §§ 28 bis 30 KSchG Rz 18; Krejci in Rummel<sup>3</sup>, §§ 28 bis 30 KSchG Rz 8; Lindacher in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz<sup>4</sup>, § 13, Rn 51), also grundsätzlich nicht der Stellvertreter (Krejci in Rummel<sup>3</sup> §§ 28 bis 30 KSchG Rz 19; Apathy in Schwimann<sup>3</sup>, § 30 KSchG Rz 4). In Deutschland wurde bei insoweit gleicher Rechtslage die Ansicht vertreten, dass auch ein Vertreter ausnahmsweise Verwender sei, wenn er an der Einbeziehung und Geltung der AGB selbst ein erhebliches Eigeninteresse habe (Lindacher aaO Rn 52, Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz<sup>9</sup>, § 13 Rn 14). Dies sei etwa dann der Fall, wenn die eigenen wirtschaftlichen Interessen gefördert würden. Auch eine arbeitsteilige Tätigkeit zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem könne beide zu Verwendern machen (Hensen aaO). Der BGH ging in seiner Entscheidung VII ZR 139/80 (BGHZ 81, 229/24) davon aus, dass ein Baubetreuungsunternehmen, das die Architektenverträge im Namen der von ihm betreuten Bauherren abschließe und dabei selbst formulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwende, als Verwender der allgemeinen Geschäftsbedingungen anzusehen sei, wenn es ein eigenes Interesse daran habe, dass die allgemeinen Geschäftsbedingungen den von ihm vermittelten Verträgen zugrunde gelegt würden, was bei einem

Baubetreuungsunternehmen wie der Beklagten (offenbar wegen der Abhängigkeit der Höhe des eigenen Honorars von jenem der Architekten) stets zutreffe.

In Österreich folgt Langer aaO, §§ 28 bis 30 KSchG Rz 19, der Ansicht Lindachers und meint, dass insbesondere bei einem Inkassobüro ein erhebliches Eigeninteresse anzunehmen sei, weil es formal als Vertreter des Gläubigers handle, dabei aber ständig seine AGB oder Vertragsformulare zum Abschluss von Vereinbarungen über die Einbringung der offenen Forderungen verwende.

Im vorliegenden Fall schließt die Beklagte als Hausverwalterin Mietverträge zwar im Namen und auf Rechnung ihrer Kunden. Sie verwendet dabei aber die von ihr selbst entwickelten Vertrags-Textbausteine. Über Rechtsfragen im Zusammenhang mit Änderungswünschen entscheidet sie selbst. Nach der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsvollmacht wird sie von den Vermietern zum Abschluss und zur Auflösung von allen die Liegenschaft betreffenden Verträgen, insbesondere Mietverträgen, bevollmächtigt (Beil./ 5). Sie entscheidet letztlich in fast allen Angelegenheiten selbständig, ohne mit dem Vermieter Rücksprache zu halten. Sie tritt also dem Mieter gegenüber wie der Vermieter auf, den ja der Mieter in aller Regel gar nicht kennt. Das Eigeninteresse der Beklagten ergibt sich nicht (zumindest nicht primär) aus der wirtschaftlichen Verflechtung mit dem Vermieter (die nach den Feststellungen ohnehin nicht als Argument für alle Mietverträge herangezogen werden könnte, da die Beklagte nicht nur für ihre Muttergesellschaft, sondern auch für andere Vermieter als Verwalterin tätig wird), weil ja nicht die Beklagte, sondern ihre Alleingesellschafterin als

Liegenschaftseigentümerin und Vermieterin primär wirtschaftliche Nutznießerin des Mietvertrages ist, sondern aus der umfassenden Verwalterstellung selbst. Die von der Beklagten entworfenen Vertragsformblätter dienen bei der Vereinbarung mancher Vermieterrechte der (vermeintlichen) Erleichterung ihrer Verwaltungstätigkeit, weil sie ja üblicherweise der alleinige Ansprechpartner der Mieter ist und ihre Tätigkeit wesentlich vom Inhalt des Mietvertrages bestimmt wird. Sie ist daher als Verwenderin zu beurteilen.

Ist aber ausnahmsweise ein Vertreter - wie hier der Hausverwalter - Verwender, so muss ihm konsequenterweise auch das Berufen auf die von ihm verfassten Klauseln im geschäftlichen Verkehr untersagt werden. Nur so ist auch bei Altverträgen gewährleistet, dass die Beklagte bei ihrer Verwaltungstätigkeit den Konsumenten die inkriminierten Klauseln nicht vorhalten, sich eben darauf nicht wirksam berufen kann.

Zum „Verbot“ der Empfehlung der Klauseln auch bei beiderseitigen Verbrauchergeschäften

Die Beklagte hat im erstinstanzlichen Verfahren nicht ausdrücklich eingewendet, dass im Klagebegehren unzulässigerweise auch das Verbot für Verbraucher - Verbraucher-Geschäfte enthalten sei. Abgesehen davon ergibt sich aus der Klagserzählung, dass sich das Verbot der Verwendung der Klauseln nur auf Verträge beziehen soll, an denen ein Unternehmer und ein Verbraucher beteiligt sind. Dies verdeutlicht die Klägerin auch in der Revisionsbeantwortung, S. 4, erster Absatz. Das Erstgericht ging seiner Begründung nach ebenfalls davon aus. Die von der Beklagten aufgeworfene Rechtsfrage stellt sich nicht, weil sich das Begehren und der Zuspruch lediglich auf

Unternehmer - Verbraucher-Geschäfte beziehen. Es ist dies daher im Spruch im bestätigenden Teil mit einer Maßgabe zur Verdeutlichung zum Ausdruck zu bringen.

Zur Frage, ob ein Empfehlungsverbot nur gegenüber Verbänden ausgesprochen werden kann:

Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass das Empfehlungsverbot nicht auf alle Dienstleistungsunternehmen ausgedehnt werden könne. Dies sei eine erhebliche Ausweitung der Richtlinien „93/13/EWG iVm 98/27/EG und 2002/65/EG.“

Das Erstgericht verwies darauf, dass nach § 7 Abs 3 der „RL 93/13/EWG des Rates“ Rechtsmittel zur Unterbindung missbräuchlicher Klauseln gegen die Gewerbetreibenden oder ihre Verbände zu richten seien.

Das Berufungsgericht schloss sich dem an und verwies zusätzlich noch auf Art 8 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten ohnedies auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet strengere Bestimmungen als mit dem Vertrag vereinbart erlassen könnten um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.

Der Argumentation der Revision, dass das Empfehlungsverbot „über Verbände hinaus nicht auf Dienstleistungsunternehmen auszudehnen“ sei, ist nicht zu folgen. Art 7 Abs 3 der RL vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen 93/13/EWG sieht ausdrücklich vor, dass die in Abs 2 genannten Rechtsmittel unter Beachtung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften getrennt oder gemeinsam gegen mehrere Gewerbetreibende desselben Wirtschaftssektors oder ihre Verbände gerichtet werden könnten, die gleiche allgemeine Vertragsklauseln oder ähnliche Klauseln verwenden oder

deren Verwendung empfehlen. Eine Einschränkung der Passivlegitimation auf Verbände ist nicht ersichtlich. Jedenfalls aber können nach Art 8 der Richtlinie strengere Bestimmungen, die ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher gewährleisten, jederzeit von den Mitgliedstaaten erlassen werden.

Zu den Klauseln im allgemeinen:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0016590).

Hervorzuheben ist, dass im Verbandprozess (im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Einzelfall) **keine** Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingung zu nehmen ist, es kann also **keine** geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205; Krejci in Rummel<sup>3</sup>, §§ 28 - 30 KSchG; Langer aaO §§ 28 bis 30 KSchG Rz 15; Apathy in Schwimann<sup>3</sup>, § 30 KSchG Rz 12; Kathrein in KBB, § 28 KSchG Rz 5).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Sie wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei

Verwendung von AGB und Vertragformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers insbesondere auf AGB (und Vertragformblätter) abzustellen, liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage, weil der mit AGB konfrontierte Vertragspartner in seiner Willensbildung eingeengt ist, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (1 Ob 144/04i; Krejci in Rummel<sup>3</sup>, § 879 ABGB Rz 231 ff). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676).

Dass die von der Beklagten computermäßig verfassten und verwendeten „Text-Bausteine“ für die Mietverträge ihrem Wesen nach Vertragsformulare sind, wird von ihr zu Recht in der Revision nicht mehr in Zweifel gezogen.

Zu den Klauseln im Einzelnen:

Zu Klausel 1: *Der Mieter erklärt, dass er den Mietgegenstand durch eigene Besichtigung kennt, dieser durch Pläne/Beschreibungen, welche integrierte Bestandteile des Vertrages sind, hinreichend spezifiziert ist und daher aus diesem Titel gegenüber dem Vermieter keine wie immer gearteten Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können.*

Die Klägerin macht einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 9 und 11 KSchG, § 9 KSchG und § 1096 ABGB geltend.

Die Beklagte stützt sich zunächst auf die abgegebene Unterlassungsverpflichtung und darauf, dass § 1096 ABGB durch diese Klausel nicht abbedungen werden solle. Die Regelung enthalte keine Verteilung der Beweislast.

Das Erstgericht folgte der Argumentation der Klägerin.

Das Berufungsgericht verwies darauf, dass in unzulässiger Weise Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers ausgeschlossen würden, die Klausel daher gegen § 6 Abs 1 Z 9 und § 9 KSchG verstoße, sodass auf die weiteren Fragen nicht mehr einzugehen sei.

Gemäß § 6 Abs 3 KSchG sind die in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltenen Vertragsbestimmungen unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Auswirkungen der Klausel für den Konsumenten unklar bleiben (RS-Justiz RS0115219). Dies trifft auf die Klausel 1 zu, weil nicht klar ist, was mit der Wendung „aus diesem Titel“ gemeint ist.

Nach der kundenfeindlichsten Auslegung ist auch die Haftung für Personenschäden und für vorsätzlich und grob fahrlässig herbeigeführte Sachschäden ausgeschlossen; dies ist nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässig.

Nach ständiger Rechtsprechung ist in § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB eine dem Wesen des Bestandverhältnisses angepasste Gewährleistungsbestimmung besonderer Art zu sehen (RIS-Justiz RS0021326, RS0021286). Dieser Gewährleistungsanspruch ist von der Klausel ebenfalls betroffen. Gemäß § 9 Abs 1 KSchG in der Fassung des GewRÄG, BGBl I 2001/48, können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers (§§ 922 bis 933 ABGB) vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Der Klammerausdruck war in der alten Fassung nicht enthalten, sodass allgemein die Auffassung vertreten wurde, dass von § 9 KSchG alle gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, die für Verbrauchergeschäfte beachtlich sein können, umfasst werden, also auch der Anspruch nach § 1096 ABGB. Diese Ansicht ist auch für § 9 KSchG nF aufrecht zu erhalten, da sich kein Hinweis darauf ergibt, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung des Konsumentenschutzes habe vornehmen wollen (Krejci in Rummel<sup>3</sup>, § 9 KSchG Rz 4; Apathy in Schwimann<sup>3</sup>, § 9 KSchG Rz 1; Kathrein in KBB, § 9 KSchG Rz 1, je mwN; Faber in immolex 2001, 246). Der Ausschluss aller Gewährleistungsansprüche verstößt gegen § 9 Abs 1 KSchG.

Abgesehen davon darf gemäß § 6 Abs 1 Z 11 KSchG dem Verbraucher keine Beweislast auferlegt werden, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft. Unwirksam sind danach Tatsachenbestätigungen, wie hier, soweit sie dem Verbraucher eine ihn nicht treffende Beweislast aufbürden

(Apathy in Schwimann<sup>3</sup>, § 6 KSchG Rz 50; Kathrein in KBB, § 6 KSchG Rz 18; Krejci in Rummel<sup>3</sup>, § 6 KSchG Rz 139). Die Klausel zielt darauf ab, dem Mieter die Berufung auf das Zinsminderungsrecht nach § 1096 ABGB abzuschneiden. Es ist nämlich dann ausgeschlossen, wenn der Mieter die Umstände, die den Gebrauch hindern, akzeptiert, weil ja der Umfang des Gebrauches und die Pflicht zu dessen Gewährung der Parteidisposition unterliegen. Wenn also der Mieter in Kenntnis der Mängel vorbehaltlos den Vertrag abschließt bzw das Mietobjekt übernimmt, so verzichtet er auf Zinsminderung nach § 1096 ABGB (10 Ob 204/97s; RIS-Justiz RS0021408). Die Beweislast, dass Mängel vorliegen, die ein Zinsminderungsrecht rechtfertigen, trifft den Mieter (RIS-Justiz RS0021416). Die Beweislast, dass der Mieter mit dem Zustand einverstanden war und damit das Zinsminderungsrecht nicht besteht, trifft nach allgemeinen Beweislastregeln für einen rechtsvernichtenden Einwand den Vermieter. Durch die Tatsachenbestätigung soll die den Vermieter treffende Beweislast dem Mieter aufgebürdet werden, was nicht zulässig ist.

Klausel 2:

*[Verfügungen über die Außenflächen des Mietgegenstandes bedürfen der] schriftlichen [Zustimmung des Vermieters.]*

Die Klägerin stützt sich auf einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG.

Die Beklagte wendet - soweit dies für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung ist - ein, dass § 10 Abs 3 KSchG bei Dauerschuldverhältnissen eine andere Bedeutung zukomme als bei Zielschuldverhältnissen. Es bestehe hier gerade nicht die Gefahr, dass ein Verbraucher

durch eine mündliche Zusage, auf deren Unwirksamkeit sich der Unternehmer später berufe, zu einem Vertragsabschluss veranlasst werde.

Das Erstgericht und das Berufungsgericht folgten der Ansicht der Klägerin.

Die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter kann zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden (§ 10 Abs 3 KSchG). Diese Bestimmung wendet sich gegen Vorbehalte einer gewillkürten Schriftform für Unternehmer- und Vertretererklärungen, sofern diese Vorbehalte dem Verbraucher zum Nachteil gereichen (4 Ob 179/02f, Krejci in Rummel<sup>3</sup>, § 10 KSchG, Rz 2). Im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Beklagten zielt diese Bestimmung nicht nur auf den Schutz des Verbrauchers bei Vertragsabschluss ab (die Klausel bezieht sich aber ohnehin auch auf Vereinbarungen vor oder bei Vertragsabschluss), sondern auch im Falle der Abänderung oder Ergänzung eines Vertrages (Apathy in Schwimann<sup>2</sup>, § 10 KSchG Rz 11; Kathrein in KBB, § 10 KSchG Rz 4; Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, § 10 KSchG Rz 13). Die Parteien können zwar jederzeit, auch konkludent, vom Formvorbehalt einverständlich abgehen (RIS-Justiz RS0038673), doch muss die Vereinbarung der beweisen, der sie behauptet (RIS-Justiz RS0017281, RS0014378, RS0017283). Gerade diese Beweislastverschiebung soll eben nicht eintreten, wie sich dies ja auch schon aus der Intention des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG ergibt, wozu bereits Stellung genommen wurde.

Zu Klausel 3:

*[Der Mieter mietet das Mietobjekt für Wohnzwecke.] Die Nutzung des Mietgegenstandes zu anderen Zwecken ist dem Mieter untersagt. Wird dies vom Mieter nicht eingehalten, bewirkt dies den Wegfall der Geschäftsgrundlage und berechtigt den Vermieter zur Auflösung des Vertrages gemäß Punkt X (= Auflösung aus wichtigem Grund).*

Die Klägerin bringt vor, dass diese Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, § 29 Abs 1 MRG iVm § 1118 ABGB verstoße. Es solle die Nutzung des Mietgegenstandes zu anderen Zwecken auch dann einen Auflösungsgrund darstellen, wenn die Interessen des Vermieters überhaupt nicht berührt würden. Dies sei unsachlich und gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte wendet dagegen ein, dass sie eine Unterlassungserklärung abgegeben habe und es zulässig sei, eine bestimmte Verwendung des Mietgegenstandes zu vereinbaren. Wenn diese Vereinbarung vom Mieter gebrochen werde, so sei dies eine wesentliche Vertragsverletzung, die den gesetzlich geregelten Tatbeständen nahekomme.

Das Erstgericht erkannte in der Klausel eine gesetzwidrige Ausweitung der Lösungsmöglichkeiten.

Das Berufungsgericht vertrat die Ansicht, dass die Klausel auf eine Ausweitung der gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten nach § 30 MRG abstelle, was zu einer gröblichen Benachteiligung des Mieters führe.

Nicht nur im Vollenwendungsbereich, sondern auch im Teilanwendungsbereich des MRG nach § 1 Abs 4 MRG (es gelten - soweit hier von Bedeutung - die §§ 29 bis 36 MRG) kann der Mietvertrag vom Vermieter wegen erheblich nachteiligem Gebrauch des Mietgegenstandes oder

wegen Säumnis bei der Bezahlung des Mietzinses nach § 1118 ABGB aufgelöst werden (§ 29 Abs 1 Z 5 MRG). Die Klausel 3 bezieht sich eindeutig - im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichtes - nicht auf Kündigungsgründe, sondern auf die Auflösung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung im Sinn des § 1118 ABGB.

Die Aufhebungsgründe sind in § 1118 ABGB geregelt. Eine Erweiterung der Tatbestände ist rechtsunwirksam (RIS-Justiz RS0020872, RS0020998). Voraussetzung für die Aufhebung des Vertrages nach § 1118 erster Fall ABGB (Verzug mit der Mietzinszahlung kommt hier nicht in Frage) ist, dass der Bestandnehmer die Sache erheblich nachteilig gebraucht. Der erheblich nachteilige Gebrauch setzt einen erheblichen Nachteil für den Vermieter voraus, der in einer erheblichen Verletzung wichtiger ideeller oder wirtschaftlicher Interessen (4 Ob 100/98d) oder in einer erheblichen Verletzung der Substanz des Mietgegenstandes gelegen sein kann (RIS-Justiz RS0102020). Allein der Umstand der Nutzung des Mietobjektes zu einem anderen Zweck muss nicht gleichzeitig einen erheblichen Nachteil für den Vermieter bedeuten. Verstöße des Mieters gegen vertragliche Verpflichtungen stellen nicht einmal einen Kündigungsgrund dar, wenn hiedurch wichtige Interessen des Vermieters in keiner Weise verletzt werden und sie keiner Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Vermieters gleichkommen (RIS-Justiz RS0070227, RS0070225, RS0070348; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 30 MRG Rz 11). Es kann darin um so weniger ein Auflösungsgrund liegen. Die Klausel verstößt gegen § 29 Abs 1 Z 5 MRG iVm § 1118 ABGB und

ist daher schon aus dem Grund unwirksam nach § 879 Abs 1 ABGB.

Klausel 4:

*Eine Änderung des Mietzwecks bedarf der schriftlichen Zustimmung des Vermieters.*

Zu dieser Klausel ist auf die Ausführungen zu Klausel 2 zu verweisen.

Klausel 5:

*Festgestellte Mängel, die eine Nutzung der Wohnung zulassen, stehen der Übernahme und dem Bezug des Mietgegenstandes bzw dem Mietbeginn nicht entgegen.*

Die Klägerin verweist darauf, dass durch diese Verpflichtung dem Mieter die Möglichkeit genommen werde, den Vermieter gemäß § 918 ABGB in Verzug zu setzen und gegebenenfalls vom Vertrag zurückzutreten. Dies schein sachlich nicht gerechtfertigt und damit gröblich benachteiligend.

Die Beklagte wendet ein, dass mit dieser Klausel nicht generell ein Zurückweisungsrecht ausgeschlossen werde. Die Regelung greife nur dann ein, wenn durch einen Mangel die Nutzung der Wohnung nicht beeinträchtigt werde. Dies sei eine zumutbare Einschränkung, zumal der Verbraucher ohnedies die Möglichkeit habe, eine angemessene Minderung des Mietzinses zu begehren.

Das Erstgericht gab dem Begehren statt und verwies darauf, dass der Mieter nach seiner Wahl ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Bestandgebers entweder auf Zuhaltung des Vertrages bestehen oder gemäß § 1117 ABGB (allenfalls nach § 918 ABGB) vom Vertrag zurücktreten könne. Verschaffe der Vermieter dem Mieter nicht den bedungenen Gebrauch, so sei dieser nicht

verpflichtet, das Übergabeanbot anzunehmen. Es bestehe keine Mietzinszahlungsverpflichtung. Die Klausel nehme nicht darauf Bezug, ob der Mietgegenstand dem vereinbarten Zustand entspreche oder ausdrücklich zugesagte Eigenschaften habe. Werde in diesen Fällen das Rücktrittsrecht ausgeschlossen, so werde die Rechtsposition des Mieters geschwächt, wofür keine sachliche Rechtfertigung bestehe. Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Zinsminderung ausgeschlossen, wenn der Mieter die Umstände, die den bedungenen Gebrauch behinderten, akzeptiere. Mit dieser Klausel erkläre sich der Mieter mit den Umständen im Vorhinein einverstanden und verzichte insofern auf sein nach § 1096 ABGB zwingendes Zinsminderungsrecht.

Das Berufungsgericht vertrat die Ansicht, dass zwar die Klausel dem Mieter nicht das Recht auf Zinsminderung nach § 1096 ABGB, aber das Recht nehme, die vertragswidrige Leistung des Vermieters zurückzuweisen und allenfalls vom Vertrag zurückzutreten.

Bei nicht gehöriger Erfüllung (Verschaffung des bedungenen oder nach den Umständen üblichen Gebrauchs) kann der Bestandnehmer nach seiner Wahl den Bestandgeber entweder auf Zuhaltung des Vertrages belangen oder vom Vertrag zurücktreten oder sich mit dem Zinsminderungsanspruch begnügen (RIS-Justiz RS0021457).

In der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung wird von der Klausel zwar kein generelles Zurückweisungsverbot ausgesprochen, jedoch das Kriterium „Nutzung der Wohnung“ nicht näher definiert. Der Mieter wird - worauf bereits die Vorinstanzen zutreffend

hingewiesen haben - auch bei Mängeln, die der vertragsgemäßen oder ordnungsgemäßen Nutzung entgegenstehen, verpflichtet, die Wohnung zu übernehmen. Damit wird dem Mieter die Möglichkeit genommen, bei Verzug des Vermieters gemäß § 918 ABGB vom Vertrag zurückzutreten, wodurch er unangemessen in seinen Rechten gegenüber dem Vermieter beschränkt wird, ohne dass dafür ein Ausgleich geschaffen wird. Die Klausel ist daher gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Außerdem wird - bei kundenfeindlichster Auslegung - durch die Verpflichtung zur Übernahme in Kenntnis des Mangels ein Ausschluss des Zinsminderungsrechtes nach § 1096 ABGB bewirkt (vgl zu Klausel 1).

Klausel 6:

*Zusätzliche Ausstattungsarbeiten, die mit dem Gebäude fest verbunden sind, bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Vermieters.*

Es wird auf die Ausführungen zu Klausel 2 verwiesen.

Klausel 7:

*Vereinbart wird, dass der Hauptmietzins auf Basis des vom Statistischen Zentralamt monatlich verlautbarten Verbraucherpreisindex 1996 (VPI 96) wertbeständig erhalten wird, wobei eine Verringerung des Hauptmietzinses ausgeschlossen wird.*

Die Beklagte verweist dazu nur auf ihre Unterlassungsverpflichtung. Zum Bestehen der Wiederholungsgefahr wurde bereits Stellung genommen.

Klausel 8:

*Unter Betriebskosten sind alle jene Aufwendungen zu verstehen, die für den ordnungsgemäßen Betrieb der*

*Liegenschaft... erforderlich sind und/oder durch die Benützung von Gemeinschaftseinrichtungen durch den Nutzer entstehen. Insbesondere, jedoch nicht ausschließlich, zählen dazu...*

Die Klägerin hält diese Klausel für intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil die auf den Mieter überwälzten Betriebskosten nur beispielsweise aufgezählt seien und das Ausmaß der den Mieter treffenden Kostenbelastung dadurch nicht abschätzbar sei. Im Teilanwendungsbereich des MRG, um den es hier gehe, gelte § 21 MRG nicht. Mangels einer Vereinbarung gelte die dispositive Regel des § 1099 ABGB, wonach alle Lasten und Abgaben der Vermieter trage. Es werde in der Klausel der Begriff Erhaltungskosten von jenem der Betriebskosten nicht eindeutig erkennbar abgegrenzt.

Die Beklagte führt aus, dass die typischen und wesentlichen Betriebskostenelemente beispielhaft aufgezählt worden seien, wodurch in zumutbarer Art und Weise eine Interpretation möglich sei. Bei Mietverträgen handle es sich um Dauerschuldverhältnisse, sodass sowohl durch eine Änderung der Rechtslage als auch durch neuere Entwicklungen der Technik Anpassungen erforderlich seien. Eine taxative Aufzählung sei nicht möglich.

Das Erstgericht wies das Begehren in diesem Punkt ab, da für Unklarheiten der Definition „ordnungsgemäßer Betrieb der Liegenschaft“ kein Raum sei.

Das Berufungsgericht änderte die Entscheidung des Erstgerichtes zu dieser Klausel im Sinn einer Klagestattgebung ab. Es vertrat die Ansicht, dass ausdrücklich von „Betrieb“ und nicht von „Erhaltung“ die

Rede sei, daher der Erhaltungsaufwand nach § 1096 ABGB zu Lasten des Vermieters gehe. Aus Punkt 5.2.1 (richtig: V.2.4 Beil. /A) ergebe sich auch die Zahlungspflicht des Mieters in Bezug auf den vom Vermieter zu leistenden Beitrag zu den Rücklagenfonds des Hauses. Dies sei eindeutig als Erhaltungsaufwand zu qualifizieren, weshalb dessen Abwälzung auf den Mieter gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sei, da keine sachliche Rechtfertigung für die Überwälzung bestehe.

Im Teilanwendungsbereich des MRG (§ 1 Abs 4 MRG) kommt - worauf bereits die Vorinstanzen zutreffend hingewiesen haben - § 1099 ABGB zur Anwendung, wonach der Vermieter alle Lasten und Abgaben der Bestandsache zu tragen hat. Überwälzungsvereinbarungen - wie die vorliegende - sind nach dem Willen der Vertragsparteien auszulegen (Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 1099 ABGB Rz 1; E. M. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, § 21 MRG Rz 5).

Die in den Mietverträgen von der Beklagten vorgesehene Klausel ist unklar im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie einerseits die Betriebskosten beispielsweise aufzählt („insbesondere“), andererseits aber gleichzeitig darauf verweist, dass die in der Aufzählung genannten Kostenkategorien nicht „ausschließlich“ seien. Es bleibt also nicht bei den Betriebskosten im herkömmlichen Wortsinn, wie dies durch die Aufzählung indiziert wäre. Zu den „Betriebskosten“ könnten - bei Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn - auch nicht einmal angedeutete Kostenkategorien gezählt werden. Es ist also unklar, was unter „Aufwendungen, die für den ordnungsgemäßen Betrieb einer Liegenschaft erforderlich sind...“ gemeint sein könnte. Der Mieter kann die auf ihn allenfalls zukommenden Kosten

nicht absehen. Die Klausel ist daher intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG.

Klausel 9:

*Jedenfalls kann der Vermieter alle jene Beträge, welche ihm aus dem obgenannten oder ähnlichen Titeln als Eigentümer hinsichtlich des Bestandobjektes zur Zahlung vorgeschrieben werden, dem Mieter als Betriebskosten im Sinne dieses Vertragspunktes weiterverrechnen.*

Die Klägerin bringt vor, dass diese Klausel noch in größerem Ausmaß als Klausel 8 von den Grundsätzen der §§ 1096 und 1099 ABGB abgehe und auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG sei, da die auf den Mieter überwälzbaren Betriebskosten nicht abschätzbar seien.

Die Beklagte bestritt dies unter Hinweis auf ihr Vorbringen zu Klausel 8.

Das Erstgericht wies das Begehren unter Hinweis auf seine Ausführungen zu Klausel 8 ab.

Das Berufungsgericht änderte in eine Klagsstattgebung in diesem Punkt um und verwies ebenfalls auf seine Ausführungen zu Klausel 8.

Auch diese Klausel ist intransparent, weil nicht klar gelegt wird, was unter „Titel“ gemeint sein könnte. Soweit darin allenfalls ein Abgehen von § 1096 ABGB zu erblicken ist, ist dazu auf Klausel 23 zu verweisen.

Klausel 10:

*Der Mieter haftet dem Vermieter für alle durch die verspätete Entgeltzahlung verursachten Kosten, sofern die Verspätung nicht eindeutig vom Vermieter zu vertreten ist.*

Die Klägerin bringt vor, dass von der dispositiven Norm des § 1333 Abs 3 ABGB ohne sachliche Rechtfertigung abgegangen werde, was sie als gröblich



Einbringungsmaßnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen (§ 1333 Abs 3 ABGB idF vor dem HRÄG BGBl I 2005/120, nunmehr wortgleich § 1333 Abs 2 ABGB).

Die Revisionswerberin übersieht die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass eine Kostentragungsvereinbarung dann gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist, wenn sie undifferenziert sämtliche Kosten der allfälligen Betreuung und Eintreibung auf den säumigen Schuldner überwälzt und damit dem Schuldner ein von vornherein unabschätzbares Zahlungsrisiko aufbürdet bzw ihn dem Betreibungsverhalten des Unternehmers ausliefert (RIS-Justiz RS0110991). Dieser Rechtsprechung entspricht nunmehr § 1333 Abs 3 ABGB idF des ZinsRÄG, BGBl I 2002/118. Ein Abgehen von dieser Bestimmung ohne sachliche Rechtfertigung ist gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 11:

*Kommt der Mieter mit Zahlungen in Verzug, können einlangende Teilzahlungen, unabhängig von der vom Mieter vorgenommenen Widmung, primär auf den ältesten aushaftenden Hauptmietzins angerechnet werden.*

Die Klägerin macht geltend, dass die Klausel das Recht des Mieters auf Zinsminderung dadurch beeinträchtigt, dass der Vermieter trotz berechtigter Zinsminderung die Zahlung auf den ältesten aushaftenden Mietzins anrechnen könnte. Dadurch gerate der Mieter in Verzug mit den nachfolgenden Mietzinszahlungen und laufe Gefahr, dass sein Mietverhältnis wegen Nichtzahlung des Mietzinses aufgekündigt werde.

Die Beklagte gab hinsichtlich dieser Klausel eine Unterlassungserklärung ab. Im Übrigen wendet sie ein, dass § 1415 ABGB dispositiv und daher abdingbar sei.

Das Erstgericht wies die Klage in diesem Punkt ab, weil die Klausel nicht gröblich benachteiligend sei. Es bestehe keine Gefahr, dass der Vermieter zum Nachteil des Mieters von der Anrechnungsregel Gebrauch machen könnte, weil durch die Anrechnung auf die älteste Mietzinsschuld die Aufrechterhaltung eines qualifizierten Verzuges offensichtlich nicht möglich sei.

Das Berufungsgericht änderte die Entscheidung in diesem Punkt in eine Klagsstattgebung ab. Es könnte die Situation eintreten, dass der Mieter die Zahlung für eine Abrechnungseinheit zurückfordern müsste, welche der Vermieter entgegen der vom Mieter vorgenommenen Widmung der ältesten offenen Hauptmietzinsforderung zugeordnet habe und sich der Mieter damit in der für ihn ungünstigeren Klägerrolle finde. Dies stelle einen Verstoß nach § 879 Abs 3 ABGB dar.

Der Einwand der Revisionswerberin, dass die Klausel nur bei vertragswidrigem Verhalten relevant werde, nicht jedoch, wenn der Kläger einen Anspruch auf Zinsminderung habe, geht schon deshalb ins Leere, weil es ja meist der Streitpunkt zwischen den Parteien sein wird, ob sich ein Sachverhalt verwirklicht hat, der eine Zinsminderung rechtfertigt oder nicht. Die Klausel kann also sehr wohl in dem Fall, in dem Streit über das Bestehen des Mietzinsminderungsanspruches besteht, zur Anwendung kommen.

Sofern Schuldner und Gläubiger keine Vereinbarung getroffen haben, welche von mehreren

Schuldposten getilgt werden sollen, gilt jene Schuld als abgetragen, die der Schuldner bezeichnet, es sei denn, der Gläubiger würde dagegen Widerspruch erheben (§§ 1415, 1416 ABGB; RIS-Justiz RS0034703). Auch wenn der Revisionswerberin zuzugestehen ist, dass grundsätzlich eine Widmung auf den ältesten aushaftenden Hauptmietzins im Interesse des Mieters sein wird, so übergeht sie aber, dass es gerade im Mietrechtsbereich oftmals Situationen gibt, in denen Streitigkeiten über die Berechtigung einer Forderung des Vermieters bestehen und die Mieter durch gezielte Widmung nur bestimmte Teilbereiche des vorgeschriebenen Hauptmietzinses und der Betriebskosten begleichen wollen, die ihrer Meinung nach zu Recht bestehen. Durch die Widmung verhindert der Mieter - vorausgesetzt, dass er Recht behält -, dass er mit dem laufenden Mietzins in Verzug kommt und sich der Gefahr einer Räumungsklage aussetzt. Genau das wird aber von der Beklagten mit der Klausel 11 unterlaufen, indem die Zahlungen unabhängig von der Widmung auf den ältesten aushaftenden Hauptmietzins angerechnet wird. Mit dem eingeräumten Recht kann der Vermieter daher alle Streitigkeiten über die Höhe des Hauptmietzinses (Mietzinsminderungsrecht, Mietzinserrhöhung) erschweren und den Mieter zur Zahlung seiner Meinung nach unberechtigter Forderungen zur Vermeidung einer Räumungsklage zwingen. Der Mieter wäre dann auf eine Rückforderung der zu Unrecht geleisteten Beträge verwiesen. Für diese Vorgangsweise gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Die Klausel widerspricht damit § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 12:

*Für den Fall des Zahlungsverzuges verpflichtet sich der Mieter zur Bezahlung von Verzugszinsen, und zwar nach Wahl des Vermieters in der Höhe von 5 % über der Bankrate (Diskontsatz der ÖNB) je angefangenem Monat für den rückständigen Betrag, zumindest jedoch 1,5 % pro Monat.*

Die Klägerin macht einen Verstoß gegen § 879 Abs 1 ABGB geltend.

Die Beklagte gab dazu eine Unterlassungserklärung ab, bestreitet aber, dass die Klausel mit § 879 Abs 1 ABGB unvereinbar sei.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, dass die Klausel im Zusammenhang mit der Höhe der vereinbarten Zinsen und dem Umstand, dass die Pflicht zur Bezahlung von Verzugszinsen unabhängig vom Verschulden bestehe, gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sei.

Das Berufungsgericht erkannte darin ebenfalls eine gröbliche Benachteiligung des Mieters, weil hier Verzugszinsen von über 60 % pro Jahr vereinbart würden. Die Frage des richterlichen Mäßigungsrechts könnte daher dahingestellt bleiben.

Der Mindestzinssatz von 1,5 % pro Monat führt zu einer Verzugszinsenbelastung von 18 % pro Jahr, nach Wahl des Vermieters können aber auch 5 % über der Bankrate pro Monat begehrt werden. Bereits 5 % pro Monat bedeutet - worauf das Berufungsgericht schon hingewiesen hat - eine Verzugszinsenbelastung von 60 % pro Jahr. Auf Vertrag beruhende Verzugszinsen unterliegen genau so wie Darlehens- oder Kreditzinsen den Grenzen der Sittenwidrigkeit (RIS-Justiz RS0119802). Bei auffallendem Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen liegt

Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB vor, was bei einer Zinsenbelastung von über 60 % pro Jahr wohl nicht ernsthaft bezweifelt werden kann.

Klausel 13:

*[Die Aufteilung der Betriebskosten erfolgt innerhalb des Hauses..., grundsätzlich nach dem Verhältnis des Flächenausmaßes der vertragsgegenständlichen Mieteinheit zur Gesamtsumme der Flächenausmaße aller nutzbaren Einheiten des Hauses.] Der Vermieter ist ohne Zustimmung des Mieters berechtigt, bei Einzelpositionen eigene Betriebskostenschlüssel zu erstellen und anzupassen, Hundertsätze für die Aufteilung abzuändern und gegebenenfalls Messgeräte auf Kosten des Mieters einzubauen, wenn diese zur Erreichung einer gerechten Kostenaufteilung zweckmäßig ist.*

Die Klägerin stützt sich darauf, dass diese Klausel im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG intransparent und auch im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend sei. Dem Vermieter werde das Recht eingeräumt, Kriterien und damit das Ausmaß der auf den Mieter zu überwälzenden Kosten ohne dessen Zustimmung abzuändern.

Die Beklagte wendet ein, dass die Erfahrung bei Mietverträgen gezeigt habe, dass Flächenschlüssel durch geänderte Gegebenheiten (andere Heizanlagen etc) ungerecht werden könnten. Die Regelung habe den Zweck, dem Eigentümer eine Aufstellung zu ermöglichen, die zwischen den Mietern zu einer sachgerechten Verteilung führe. Dies liege im Interesse des Mieters, weil andernfalls ein einziger Mieter, der die Zustimmung verweigere, eine Aufteilung, die von allen anderen Mietern als gerecht und wünschenswert

beurteilt werde, verhindern könnte. Diese Bestimmung sei sachgerecht.

Das Erstgericht erkannte im Sinne der Klagsstattgebung, weil der Vermieter einseitig und ohne Vorherbestimmungen ein höheres Entgelt verlangen könne.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Rechtsansicht.

Soweit Mietverträge dem Vollenwendungsbereich des MRG unterliegen, kann ein anderer als der gesetzlich vorgesehene Verteilungsschlüssel für einzelne Aufwendungen des Hauses nur zwischen Vermieter und allen Mietern schriftlich vereinbart werden (§ 17 Abs 1 MRG). Die Klausel ist, da sie diese Bestimmung insgesamt unterlaufen will, unwirksam.

Im Teilanwendungsbereich des MRG wird bei der konsumentenfeindlichsten Auslegung der Klausel dem Vermieter vom Mieter ein einseitiges Gestaltungsrecht eingeräumt, also eine nachträgliche Vertragsänderung erlaubt, ohne dass dem Mieter auch nur ein Anhörungsrecht ausdrücklich zugestanden wird. Genauere Kriterien, die dieses Gestaltungsrecht definieren würden, fehlen, sodass der Mieter die Auswirkungen dieser Vereinbarung nicht absehen kann. Die Klausel ist intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG und nach § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend. Im Übrigen ist die Klausel nicht auf Streitfälle zwischen Mietern eingeschränkt, sondern räumt dieses Recht dem Vermieter ganz generell ein.

Klausel 14:

*Ohne schriftliche Zustimmung des Vermieters ist der Mieter nicht berechtigt, den Mietvertrag ganz oder auch*

*nur teilweise, entgeltlich oder unentgeltlich Dritten zu überlassen.*

Es wird auf die Ausführungen zu Klausel 2 verwiesen.

Klausel 15:

*Unbeschadet der eingegangenen Vertragsdauer gemäß Punkt III kann der Vermieter den Vertrag mit sofortiger Wirkung auflösen bzw vom Vertrag zurücktreten, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, und zwar insbesondere wenn der Mieter:*

*a) mit Entgeltzahlungen in Höhe einer Monatsmiete oder weniger im Rückstand ist, eventuell eingeräumte Zahlungsstundungen nicht einhält oder trotz Mahnung schuldig bleibt;*

*b) den Mietgegenstand, dem Gemeingebrauch dienende Bereiche oder gemeinsame technische Einrichtungen vertrags- oder widmungswidrig benützt oder den Mietgegenstand einem Dritten unbefugt überlässt, den Mietgegenstand oder gemeinsame Teile der Anteile nachteilig nützt, wodurch sonst vermeidbare Schäden an der Haussubstanz eintreten und trotz Setzung einer mindestens 14-tägigen Nachfrist die Zuwiderhandlung fortsetzt oder später wiederholt;*

*d) ohne Zustimmung des Vermieters bauliche Veränderungen vornimmt;*

*e) rechtskräftige behördliche Auflagen oder gesetzliche Bestimmungen bezüglich des Mietgegenstandes nicht erfüllt;*

*f) den Mietgegenstand nicht dem Mietzweck entsprechend, sondern widmungswidrig verwendet.*

Die Klägerin bringt dazu vor, dass die Klausel auf die Erweiterung der gesetzlich anerkannten Auflösungsgründe abziele, insbesondere auf die Erweiterung der Tatbestände des § 1118 ABGB. Dies sei unzulässig.

Die Beklagte verweist auf ihre Unterlassungserklärung zu a, b d und e. Zu Klausel lit f) bringt sie vor, dass sie zu keiner Erweiterung des § 1118 ABGB führe. Mit einer widmungswidrigen Verwendung sei zwingend ein grob nachteiliger Gebrauch verbunden.

Das Erstgericht führte aus, dass eine Ausweitung der in § 1118 ABGB erschöpfend aufgezählten Aufhebungsgründe nur insoweit möglich sei, als diese den gesetzlich genannten gleichwertig seien. Die Mahnung des Verbrauchers sei eine unabdingbare Voraussetzung für das Vorliegen eines qualifizierten Mietzinsrückstandes. Der Vermieter sei nur bei erheblich nachteiligem Gebrauch zur Vertragsaufhebung berechtigt, worauf nicht Bedacht genommen worden sei. Die Klausel sei daher insgesamt gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB.

Das Berufungsgericht schloss sich der Argumentation des Erstgerichtes an.

Zunächst ist auf die Ausführungen zu Klausel 3 zu verweisen.

zu a:

Ein im Sinn des § 1118 ABGB qualifizierter Zinsrückstand liegt vor, wenn der Bestandnehmer trotz gehöriger Mahnung, den fälligen Zins zu zahlen, bis zu dem darauffolgenden Zinsfälligkeitstermin den rückständigen (und eingemahnten) Zins nicht vollständig entrichtet hat (9 Ob 29/99a; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 1118 ABGB Rz 15). Als gehörige Mahnung ist jedes Verhalten des Vermieters

anzusehen, aus dem sich ergibt, dass der Gläubiger die Leistung ernstlich fordert (9 Ob 29/99a). Die Mahnung muss zwar nicht in einer bestimmten Form erfolgen, doch muss dem Schuldner der Ernst seiner Lage dadurch ins Bewusstsein gerufen werden, dass der Bestandsgeber zu erkennen gibt, dass er eine weitere Verzögerung der Zinszahlung über eine angemessene Nachfrist hinaus nicht mehr hinzunehmen gewillt ist (RIS-Justiz RS0021197, RS0021229). Die Mahnung wird durch die Zustellung der Zins- oder Räumungsklage ersetzt (RIS-Justiz RS0021229).

Die Klausel schränkt die Voraussetzungen für die Vertragsauflösung insbesondere dadurch ein, dass bereits der Mietzinsrückstand ohne Mahnung einen Auflösungsgrund darstellen soll. Eine Erweiterung der Tatbestände des § 1118 ABGB ist rechtsunwirksam.

b, d, e, f:

Die Aufhebung des Vertrages nach § 1118 erster Fall ABGB setzt einen erheblichen Nachteil für den Vermieter voraus, der in einer erheblichen Verletzung wichtiger ideeller oder wirtschaftlicher Interessen gelegen sein kann oder auch in einer erheblichen Verletzung der Substanz des Mietgegenstandes. Die Klauseln gehen von der Voraussetzung des erheblich nachteiligen Gebrauchs ab. Die Vereinbarung der Ausweitung der Auflösungsgründe ist gesetzwidrig und nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig.

Klausel 16:

*Desgleichen hat der Mieter bauliche Maßnahmen, die zur Erhaltung des Hauses... und der dazu gehörenden Anlagen oder des Mietobjektes notwendig oder zweckmäßig sind, zu dulden.*

Die Klägerin macht eine Verletzung der dispositiven Bestimmung des § 1098 ABGB zu Lasten des Mieters geltend, der nur ihm zumutbare Maßnahmen des Vermieters zu dulden habe, soweit dadurch das Bestandrecht nicht wesentlich beeinträchtigt werde. Die Klausel dehne diese Duldungspflicht den Mieter gröblich benachteiligend aus.

Die Beklagte verweist darauf, dass die Klausel sachgerecht sei, weil sie auf Erhaltungsarbeiten und Arbeiten, die dafür notwendig und nützlich seien, beschränkt sei. Die Duldungspflicht entspreche der Interessenlage, die sowohl für den Vermieter als auch für die Summe der Mieter in einem Gebäude adäquat sei.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, dass die Klausel im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend sei, weil der Mieter wesentliche Beeinträchtigungen seines Bestandrechtes nicht zu dulden brauche.

Das Berufungsgericht vertrat die Ansicht, dass die Klausel hinter dem Regelungsinhalt des § 8 Abs 2 MRG zurück bleibe und derartig Eingriffe nur zulässig seien, wenn sie bei billiger Abwägung aller Interessen dem Mieter auch zumutbar seien und keine wesentliche oder dauernde Beeinträchtigung des Mietrechts zur Folge hätten.

Soweit die Mietverträge dem Vollenwendungsbereich des MRG unterliegen, verstößt die Klausel gegen § 8 MRG und ist daher unwirksam nach § 879 Abs 1 ABGB.

Bei Mietverträgen, die dem Teilanwendungsbereich des MRG nach § 1 Abs 4 MRG unterliegen, kommt § 8 MRG nicht unmittelbar zur

Anwendung. Dies ist aber zu relativieren. § 8 MRG enthält teilweise Regelungen, die die zu § 1098 ABGB von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze berücksichtigen, sodass in diesem Umfang die formale Nichtanwendung des § 8 MRG für die Beurteilung der Rechtsfrage im Ergebnis keine Auswirkungen hat (vgl. Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, § 8 MRG Rz 3). Danach hat der Mieter jedenfalls nicht alle baulichen Maßnahmen, die zur Erhaltung des Hauses notwendig oder zweckmäßig erscheinen, zu dulden, wie dies die Klausel bewirken will. Der Mieter muss sich Eingriffe in seine Bestandrechte durch den Hauseigentümer nur soweit gefallen lassen, als sie die Ausübung seiner Mietrechte nicht wesentlich erschweren oder gefährden. Die Pflicht des Mieters ist dahin eingeschränkt, dass es sich hierbei um wirklich notwendige Maßnahmen des Hauseigentümers handeln muss sowie dass dies die einzige Möglichkeit ist, das Haus und dessen Bewohner vor Nachteilen zu bewahren (RIS-Justiz RS0020936; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 1098 ABGB Rz 8; Iro in KBB, § 1098 ABGB Rz 4). Es ist also in jedem Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen, die in der Klausel bei ihrer konsumentenfeindlichsten Auslegung fehlt. Auch unverhältnismäßige Eingriffe in das Mietrecht werden ermöglicht. Sie ist gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB. Dass sich auch aus Klausel 17 kein bei baulichen Maßnahmen zu beachtender Interessenausgleich ergibt, wird im Folgenden dargestellt.

Klausel 17:

*Der Vermieter wird bei Durchführung solcher Arbeiten die Belange des Mieters nach Möglichkeit berücksichtigen.*

Die Klägerin bringt vor, dass damit dem Vermieter unzulässigerweise eine nicht näher determinierte Berechtigung eingeräumt werde, im Zuge von baulichen Maßnahmen in das Gebrauchsrecht des Mieters einzugreifen.

Die Beklagte meint, dass es im Kern darum gehe, dass nicht durch die sachwidrige Obstruktion eines einzelnen Mieters Maßnahmen blockiert werden könnten, die im Interesse der Gesamtheit der Mieter liege.

Das Erstgericht gab unter Hinweis auf seine Ausführungen zu Klausel 16 dem Begehren Folge.

Das Berufungsgericht teilte die Ansicht des Erstgerichtes, dass es sich um eine bloße Absichtserklärung des Vermieters handle und nicht um ein Recht des Mieters auf Berücksichtigung seiner Belange.

Mit der Formulierung, dass „die Belange des Mieters nach Möglichkeit“ berücksichtigt würden, ergibt sich klarerweise keine Verpflichtung des Vermieters zur Interessenwahrung im zur Klausel 16 dargelegten Sinn. Der Vermieter entscheidet selbst und ohne Einflussmöglichkeit des Mieters, was er für möglich hält oder nicht. Die Klausel ist im Zusammenhalt mit der Klausel 16 im Sinne der dargelegten Argumente gröblich benachteiligend.

Klausel 18:

*Sollten sich bei Reparaturarbeiten Einrichtungen des Mieters als hinderlich erweisen, sind diese über Ersuchen des Vermieters auf die Dauer der Arbeiten zu entfernen.*

Die Klägerin meint, dass auch diese Klausel gegen § 1098 ABGB verstoße.

Die Beklagte verweist auf ihre Ausführungen zu Klausel 16.

Das Erstgericht bejahte die gröbliche Benachteiligung des Mieters.

Das Berufungsgericht schloss sich der Ansicht des Erstgerichtes an; auf die Zumutbarkeit des Eingriffes sei in der Klausel kein Bezug genommen worden.

Auch insoweit ist auf obige Ausführungen zu Klausel 16 zu verweisen. Die Vorinstanzen haben bereits zutreffend dargelegt, dass hier keine Einschränkung auf wirklich notwendige Maßnahmen des Hauseigentümers, die dem Mieter zumutbar sind, gemacht wird. Es fehlt ohne sachliche Rechtfertigung auch nur der Ansatz einer Interessenabwägung, sodass die Klausel zum Nachteil des Mieters im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend ist.

Klausel 19:

*Für die Dauer dieser Arbeiten ist der Mieter nicht berechtigt, den Mietzins zu mindern, ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben, Schadenersatz zu verlangen oder sonstige Ansprüche geltend zu machen.*

Es ist auf die Ausführungen zur Wiederholungsgefahr zu verweisen.

Klausel 20:

*Bei zeitweiligem Ausfall von technischen Anlagen, zB von Strom- oder Wasserzufuhr bzw Leitungsgebrechen, ist der Mieter nicht berechtigt, Minderungs-, Schadenersatz-, Zurückbehaltungs- oder irgendwelche sonstige Ansprüche gegenüber dem Vermieter geltend zu machen.*

Die Klägerin bringt vor, dass durch die Klausel der Mietzinsminderungsanspruch des Mieters nach § 1096 ABGB abbedungen werden solle. Im Übrigen verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 9 KSchG.

Die Beklagte verweist auf ihre Unterlassungserklärung. Im Übrigen verstoße die Regelung nicht gegen § 1096 ABGB, weil sie nur solche Gebrechen umfasse, die eindeutig außerhalb der Sphäre des Eigentümers lägen.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, dass durch die Klausel sämtliche Ansprüche gegen den Vermieter (auch bei Verschulden) ausgeschlossen werden sollten. Die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSch, § 9 KSchG und § 1096 ABGB.

Das Berufungsgericht schloss sich den Ausführungen des Erstgerichtes an.

Soweit sich die Revisionswerberin auf ihre Unterlassungserklärung beruft, ist sie auf die bereits dargelegten Argumente zu verweisen. Im übrigen gelten die Ausführungen zu Klausel 1. Vom Ausschluss ist auch der Ersatz für Schäden umfasst, die vom Vermieter verursacht und verschuldet werden, und es soll das Mietzinsminderungsrecht generell ausgeschlossen werden.

Klausel 21:

*Der Vermieter wird nach schriftlicher Bekanntgabe der Störung die Maßnahmen zur Beseitigung der Störung einleiten.*

Die Klägerin macht geltend, dass diese Klausel die Erhaltungspflicht einschränke und den Mieter gröblich benachteilige.

Die Beklagte erwidert, dass die Klausel sachgerecht sei, weil der Mieter angeleitet werden solle, möglichst rasch Störungen bekanntzugeben.

Das Erstgericht verwies auf einen Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG. Die Klausel sei geeignet, die

Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers auszuschalten, wenn dieser die Beseitigung formlos zusage. Die Bestimmung sei daher geeignet, den Mieter davon abzuhalten, Rechte aus einer formlosen Zusage geltend zu machen.

Das Berufungsgericht erkannte in der Klausel eine Freizeichnung des Vermieters von jeglichen Instandhaltungsarbeiten vor Zugang einer schriftlichen Erklärung des Mieters. Formvorbehalte für Verbrauchererklärungen seien zwar im Sinne des § 10 Abs 3 KSchG grundsätzlich zulässig. Im vorliegenden Fall stelle dies aber eine unsachliche gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers dar, zumal gerade Reparaturarbeiten an Strom- und Wasserleitungen dringliche Angelegenheiten seien, die durch einen erst zu bewältigenden Postweg ungebührlich verzögert werden könnten. Die Klausel verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Soweit die Revisionswerberin darlegt, dass durch diese Klausel das gerechtfertigte Interesse des Vermieters an einer Dokumentation der Anzeige des Mieters zum Ausdruck komme, ist ihr zu erwidern, dass die Klausel weit über dieses Bedürfnis hinausgeht. Abgesehen davon, dass sie selbst für eine Dokumentation sorgen kann, soll die Klausel nach ihrem Wortlaut bewirken, dass ohne Schriftform eine Bekanntgabe der Störung unbeachtlich ist. In jedem Fall, aber besonders bei Gefahr in Verzug, ist ein Beharren auf eine Schriftform zeitvergeudend und beeinträchtigt die Interessen des Mieters an einer raschen Behebung erheblich. Nach der konsumentenfeindlichsten Auslegung sollen allfällige, aus der Unterlassung der Beseitigung resultierende Schadenersatzansprüche gegen den Vermieter durch die

schriftliche Bekanntgabe der Störung bedingt sein. Dies bedeutet, dass der Vermieter mündliche Bekanntgaben von Störungen einfach ignorieren und damit die Haftung für grob fahrlässige oder vorsätzliche Schäden ausschließen könnte, was § 6 Abs 1 Z 9 KSchG widerspricht. Die Klausel ist insgesamt auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 22:

*Der Mieter bestätigt, den Mietgegenstand in neuwertigem Zustand übernommen zu haben.*

Die Klägerin macht einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG geltend.

Die Beklagte wendet ein, dass sie eine Unterlassungserklärung dazu abgegeben habe und die Regelung im Übrigen zulässig sei, weil es zu keiner Verschiebung der Beweislast komme. Auch nach allgemeinen Regeln sei der Mieter beweispflichtig, wenn er gegenteilige Behauptungen aufstellte.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass diese Klausel im Zusammenhalt mit der Klausel 5 als benachteiligend anzusehen sei. Einerseits solle der Mieter mit der Vertragsunterfertigung bestätigen, dass der Mietgegenstand in einem einwandfreien Zustand übernommen worden sei, andererseits stünden festgestellte Mängel, die die Nutzung der Wohnung zuließen, dem Mietbeginn bzw der Übernahme des Mietgegenstandes nicht entgegen. In diesem Zusammenhang liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG vor, weil die Rechtsposition des Mieters im Vergleich zu jener des Vermieters ohne sachliche Rechtfertigung geschwächt werde.

Das Berufungsgericht gab der Berufung Folge und änderte die Entscheidung in diesem Punkt im Sinn einer Klagsabweisung ab. Es vertrat die Ansicht, dass hier keine Beweislastverschiebung eintrete, weil der Mieter im Fall der Geltendmachung von Ansprüchen Mängel des Mietgegenstandes in jedem Fall zu beweisen habe. Es ändere sich daher nichts an der ihm aufgebürdeten Beweislast.

Der Revision der Klägerin kommt in diesem Punkt Berechtigung zu.

Die Klausel ist geeignet, zu einer Beweislastverschiebung entgegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG zum Nachteil des Konsumenten zu führen. Zunächst ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Klausel 1 zu verweisen. Weiters ist der Fall der Geltendmachung eines Ersatzanspruches des Vermieters gegen den Mieter nach § 1111 ABGB zu bedenken. Der Vermieter muss bei Abnützungen und Schäden, die über die schonende Nutzung hinausgehen, den Zustand der Wohnung, in dem sie übernommen wurde (§ 1109 ABGB), und den Zustand bei Beendigung des Mietverhältnisses beweisen. Durch die beanstandete Klausel wird nun die Beweislast zum Nachteil des Mieters verschoben, weil sie eine Bestätigung über den Zustand des Mietgegenstandes im Zeitpunkt der Übernahme darstellt. Dem Mieter wird also zu seinem Nachteil eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft.

Klausel 23:

*Der Mieter verpflichtet sich, den Mietgegenstand pfleglich zu behandeln und unter Ausschluss des § 1096 ABGB sämtliche am Mietgegenstand notwendig werdenden Reparaturen auf eigene Kosten durchzuführen und überhaupt den Mietgegenstand zu erhalten; er ist unter anderem*

*verpflichtet, die im Mietgegenstand befindlichen Heizungsanlagen, ferner sämtliche Gas-, Elektro- und Wasserinstallationen samt Geräten stets in betriebsfähigem Zustand zu erhalten und im Falle von Störungen diese unverzüglich sach- und fachgemäß auf eigene Kosten instandsetzen zu lassen. Weiters fallen Eingangstüre und Fenster im Bereich des Mietobjektes in Wartungs- und Instandhaltungspflicht des Mieters.*

Die Klägerin macht geltend, dass der Vermieter damit seine Erhaltungspflicht gemäß § 1096 ABGB auf den Mieter überwälze, ohne dass dazu eine sachliche Rechtfertigung bestehe. Der Mieter hafte für jedes Risiko, auch für Zufall.

Die Beklagte wendet ein, dass sie eine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Im Übrigen würde sich eine dem Vermieter obliegende Instandhaltung zwingend in einem höheren Mietzins niederschlagen, was zweifelsohne zur Intransparenz der Bemessung beitragen würde.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, dass die Klausel den zwingenden Mietzinsminderungsanspruch des Mieters bei zufälliger Unbrauchbarkeit unterbinde. Das Festlegen einer Erhaltungspflicht verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, da sie im Einzelfall unangemessen sein könne und dann den Mieter gröblich benachteilige.

Das Berufungsgericht führte aus, dass gemäß § 1096 Abs 1 ABGB die Mietzinsbefreiung zwingend sei. Überdies verhindere § 9 KSchG jegliche Beschränkung der Gewährleistung, als solche sei die Zinsbefreiung letztlich anzusehen.

Soweit von der Klausel in konsumentenfeindlichster Auslegung auch die Behebung von

Schäden umfasst ist, die durch ein vertragswidriges Verhalten des Vermieters oder von ihm Beauftragter entstanden sind, wird gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoßen.

Die Klausel geht zum Teil über § 8 MRG hinaus, was im Vollenwendungsbereich nicht wirksam vereinbart werden kann.

Soweit das MRG nur zum Teil anwendbar ist (§ 1 Abs 4 MRG), ist zu erwägen, dass die Klausel ausdrücklich darauf abzielt, die Rechte und Pflichten nach § 1096 ABGB generell auszuschließen. Wie bereits zu Klausel 1 dargelegt, ist § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB eine Gewährleistungsbestimmung besonderer Art für Bestandverträge, sodass der Ausschluss dieses Rechtes wegen § 9 Abs 1 KSchG nicht zulässig ist. Konsequenterweise ist daher auch die Erhaltungspflicht des Vermieters Ausdruck seiner bestandrechtlichen Gewährleistungspflicht und damit einem Konsumenten gegenüber nicht generell ausschließbar (vgl auch Wilhelm, Hilfe, mein Keller schwimmt! Mietrechtliche Gewährleistung im MRG-Teilwendungsbereich, in *ecolex* 2002, 637 mwN; Faber in *immolex* 2001, 264 mwN). Muss nämlich der Vermieter das Mietzinsminderungsrecht gegen sich wirken lassen, wenn die Bestandsache während der Bestandszeit ohne Verschulden des Mieters derart mangelhaft wird, dass es zum **bedungenen** Gebrauch nicht taugt, so ist dies nur das Druckmittel zur Durchsetzung von Erhaltungsmaßnahmen, also der Gewährleistungspflicht gegen den Vermieter. Bei vereinbarter genereller Erhaltungspflicht des Mieters wird dieses Gewährleistungsrecht ausgeschlossen, indem der Mieter selbst zur Erhaltung des vereinbarten und ordnungsgemäßen Gebrauchs verpflichtet wird. Nach der

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

Klausel 24:

*Der Mieter ist dem Vermieter gegenüber für jede Beschädigung des Mietgegenstandes und der Gemeinschaftseinrichtungen verantwortlich und zur Schadensbehebung verpflichtet, soweit die Beschädigung durch ihn, seine Angehörigen oder Besucher verursacht wurde.*

Die Klägerin stützt sich darauf, dass die Klausel eine verschuldensunabhängige Verpflichtung des Mieters zur Behebung aller von ihm verursachter Schäden vorsehe und gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Beklagte wendet ein, dass sie eine Unterlassungserklärung abgegeben habe und im Übrigen die Risikoregelung sachgerecht sei. Dem Mieter werde lediglich auferlegt, jene Maßnahmen zu setzen, die er im Hinblick auf

die faktische Kontrolle über das Mietobjekt in zumutbarer Art und Weise setzen könne.

Das Erstgericht gab dem Begehren statt. Die Klausel sehe eine verschuldensunabhängige Verpflichtung des Mieters zur Behebung der von ihm bzw von ihm zurechenbaren Personen verursachten Schäden vor, ohne dass eine korrespondierende Bestimmung hinsichtlich des Vermieters bestehe. Die Klausel sei gröblich benachteiligend.

Das Berufungsgericht schloss sich der Rechtsansicht des Erstgerichtes an.

Die Klausel sieht eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung des Mieters vor. Dem gegenüber steht - im Gegensatz zur Ansicht der Revision - nur die (nicht vertraglich erweiterte) gesetzliche Schadenersatzpflicht des Vermieters, sodass die Klausel gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist.

Klausel 25:

*Der Vermieter haftet nicht für die Schäden durch Diebstahl, Brand oder Immissionen an den eingebrachten Waren und Gegenständen, gleichgültig welcher Art und Ursache diese Einwirkungen sind.*

Die Klägerin macht einen Verstoß nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und § 879 Abs 1 und Abs 3 ABGB geltend.

Die Beklagte erwidert, dass sie eine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Im Übrigen sei die Regelung sachgerecht, weil es nicht der Kontrolle des Vermieters unterliege, welche Gegenstände mit welchem Wert vom Mieter in die Wohnung eingebracht worden seien.

Das Erstgericht verwies darauf, dass die Klausel jegliche Haftung des Vermieters für die genannten Schäden ausschließe, also auch eine Freizeichnung von der Haftung

für absichtliche oder grob fahrlässige Schädigung durch den Vermieter betreffe. Damit widerspreche die Bestimmung § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Es liege eine gröbliche Benachteiligung des Mieters im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor.

Das Berufungsgericht schloss sich der Ansicht des Erstgerichtes an.

Das Argument der Revision, dass durch die Klausel lediglich die maßgebliche Rechtslage klargelegt werde und ein Ausschluss der Haftung des Vermieters für von ihm schuldhaft herbeigeführte Schäden nicht enthalten sei, lässt sich mit dem Text der Klausel 25 nicht vereinbaren. Hier wird nämlich klar und deutlich jegliche Haftung des Vermieters ausgeschlossen, sodass die Regelung gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht verbindlich und auch gemäß § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend ist.

Klausel 26:

*Der Mieter ist nur mit Zustimmung des Vermieters berechtigt, an dem Mietgegenstand Um- und Einbauten sowie andere bauliche Änderungen vorzunehmen.*

Die Klägerin bringt vor, dass gemäß § 1098 ABGB und der dazu ergangenen Judikatur bauliche Veränderungen in einem gewissen Ausmaß zum Gebrauchsrecht des Mieters gehörten und vom Vermieter auch ohne Zustimmung zu dulden seien. Die gänzliche Bindung baulicher Veränderungen an die Zustimmung des Vermieters schränke das Gebrauchsrecht des Mieters in sachlich nicht gerechtfertigtem Ausmaß ein, sodass die Klausel gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sei.

Die Beklagte erwidert, dass § 1098 ABGB dispositives Recht sei und es im Interesse der Gesamtheit der Mieter liege, dass nicht jeder Mieter nach Belieben Um- und

Einbauten oder andere bauliche Veränderungen, die die Substanz des Gebäudes betreffen, vornehmen könne.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass der Mieter zu baulichen Veränderungen in gewissem Ausmaß berechtigt sei, wenn sie die Substanz des Hauses nicht verletzen und nicht erheblich und leicht wieder zu beseitigen seien. Mit dieser Klausel bedürften Veränderungen, die zum bedungenen Gebrauch gehörten oder ortsüblich seien und Einrichtungen eines zeitgemäßen Standards der Genehmigung des Vermieters. Für diese generelle Abweichung von dem im § 1098 ABGB getroffenen Interessensausgleich gebe es keine sachliche Rechtfertigung, weshalb die Klausel im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend sei.

Das Berufungsgericht schloss sich der Ansicht des Erstgerichtes an.

Es ist der Revisionswerberin zuzugeben, dass nach § 1098 ABGB der Umfang des Gebrauchsrechtes in erster Linie nach Inhalt und Zweck des Vertrages bestimmt ist (RIS-Justiz RS0020944, Binder in Schwimann<sup>3</sup>, § 1098 ABGB Rz 1; Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 1098 ABGB Rz 2; Iro in KBB, § 1098 ABGB Rz 1). Auch für jene Mietgegenstände, die der Vollenwendung des MRG unterliegen, gilt gemäß § 8 Abs 1 MRG, dass der Mietgegenstand dem Vertrag gemäß zu gebrauchen und zu benützen ist. Dass die Klausel § 8 MRG widerspricht, wird von der Revisionswerberin in der Revision offenbar nicht mehr in Zweifel gezogen. Im Übrigen ist sie intransparent, da unklar ist, was mit dem Begriff „Einbauten“ gemeint ist.

Für den Teilanwendungsbereich des MRG ist weiters zu bedenken, dass die Klausel deshalb gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist, weil sie

jegliche, auch die geringfügigste, bauliche Veränderung verbietet, auch wenn sie für die vereinbarungsgemäße Verwendung des Objektes erforderlich und leicht wieder zu beseitigen ist und keine wichtigen Interessen des Bestandgebers - wie insbesondere die Substanz des Hauses oder das äußere Erscheinungsbild oder Interessen anderer Bestandberechtigter - beeinträchtigt (vgl 5 Ob 265/01h; RIS-Justiz RS0020677, RS0020762; Iro in KBB, § 1098 ABGB Rz 3; Binder in Schwimann<sup>3</sup>, § 1098 ABGB Rz 49 ff je mwN). Da die Klausel letztlich - in ihrer gebotenen konsumentenfeindlichsten Auslegung - jedwede Änderung verbietet, wird der Mieter gröblich im Sinn von § 879 Abs 3 ABGB benachteiligt.

Zu Klausel 27:

*Der Mieter nimmt zur Kenntnis, dass eine Hausordnung besteht und diese jederzeit den allgemeinen Bedürfnissen entsprechend angepasst werden kann.*

Die Klägerin führt aus, dass diese Klausel § 6 Abs 2 Z 3 KSchG widerspreche; sie räume dem Vermieter die Möglichkeit einer nachträglichen Vertragsänderung ein, ohne dass dies im Einzelnen ausverhandelt worden wäre. Es fehle auch an einer klaren Festlegung, was Gegenstand der Hausordnung sein dürfe.

Die Beklagte verweist auf ihre Unterlassungserklärung. Es entspreche im Übrigen langjähriger österreichweiter Übung, dass im Rahmen einer Hausordnung das Zusammenleben der Mieter geregelt werde. Die Entwicklung der rechtlichen oder sozialen Verhältnisse könnten ein Änderungsbedürfnis ergeben. Es könne nur im Hinblick auf eine konkrete Hausordnung beurteilt werden, ob eine bestimmte Regelung unzumutbar sei.

Das Erstgericht führte aus, dass die Hausordnung ein Bestandteil des Vertrags sei und nicht nachträglich einseitig zum Nachteil des Mieters abgeändert werden könne. Die Änderung sei im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG verpönt, weil die Einschränkung auf geringfügige und zumutbare Änderungen nicht enthalten sei. Die Klausel sei auch gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB.

Das Berufungsgericht schloss sich der Rechtsmeinung des Erstgerichtes an.

Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass auch die Hausordnung Vertragsbestandteil ist und sie nicht nachträglich vom Vermieter einseitig zum Nachteil des Mieters geändert werden kann (RIS-Justiz RS0020982). Der Umfang des Gebrauchsrechtes des Bestandgebers bestimmt sich auch nach der Hausordnung (Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 1098 ABGB Rz 2; Binder in Schwimann<sup>3</sup>, § 1098 ABGB Rz 2). Es können daher die von der Revisionswerberin behaupteten „allgemeinen Bedürfnisse“ nicht nachträglich in den Vertrag des Mieters uneingeschränkt eingreifen. Diese Klausel verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB. Weiters ist auch § 6 Abs 2 Z 3 KSchG heranzuziehen, weil dem Vermieter ohne Aushandeln das Recht eingeräumt werden soll, einseitig die von ihm zu erbringende Leistung einem Mieter gegenüber abzuändern, ohne dass diese Änderung - besonders weil sie geringfügig oder sachlich gerechtfertigt ist - zumutbar sein muss. Abgesehen davon ist die Klausel auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil die „Bedürfnisse“ nicht spezifiziert sind und daher der Inhalt der Änderung überhaupt nicht absehbar ist.

Klausel 28:

*Der Vermieter und die von ihm beauftragten Personen sind berechtigt, den Mietgegenstand gegen Vorankündigung zu besichtigen.*

Die Klägerin macht einen Verstoß nach § 879 Abs 3 ABGB iVm § 1096 ABGB geltend. Dem Vermieter stehe ein das Benützungsrecht des Mieters einschränkendes Recht zum Betreten des Mietgegenstandes nur in bestimmten Fällen zu, in welchen ein gerechtfertigtes Interesse des Vermieters bestehe.

Die Beklagte verweist auf ihre Unterlassungserklärung und führt im Übrigen aus, dass ihres Erachtens die Regelung sachgerecht und angemessen sei. Sie entspreche langjähriger Übung bei Mietverträgen und werde allgemein so verstanden, dass der Vermieter sein Besichtigungsrecht nur dann ausübe, wenn es dafür entsprechende Anlässe gebe.

Das Erstgericht führte aus, dass die Klausel vom dispositiven Recht zum Nachteil des Mieters abweiche. Nach der Judikatur zu § 1096 ABGB sei der Vermieter nur berechtigt, den Mietgegenstand zu besichtigen, wenn es im Interesse der Erhaltung oder der notwendigen Aufsicht erforderlich sei.

Das Berufungsgericht schloss sich der Rechtsmeinung des Erstgerichtes an.

Die Revisionswerberin meint, dass die berechtigten Interessen des Mieters durch eine entsprechende Anmeldung gewahrt seien. Sie übergeht damit die Judikatur, dass sich der Mieter Eingriffe in seine Bestandrechte durch den Hauseigentümer nur so weit gefallen lassen muss, als sie die Ausübung seiner Mietrechte nicht wesentlich erschweren

oder gefährden (RIS-Justiz RS0020936). Dem Vermieter steht grundsätzlich auch gegen den Willen des Mieters das Recht zu, den Bestandgegenstand zu betreten, soweit dies im Interesse der Erhaltung des Hauses oder zur Ausübung der notwendigen Aufsicht erforderlich ist (RIS-Justiz RS0021509, Würth in Rummel<sup>3</sup>, § 1098 ABGB Rz 10; Iro in KBB, § 1098 ABGB Rz 4 mwN). Da mit der Klausel ein uneingeschränktes, auch grundloses, Besichtigungsrecht dem Vermieter eingeräumt wird, ist sie gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Eine Anmeldung des allenfalls grundlosen Besuches macht ihn nicht rechtmäßig.

Klausel 29:

*Der Mieter verzichtet ausdrücklich darauf, gegen Forderungen des Mietentgeltes gemäß Punk V des Mietvertrags eigene Geldforderungen aufrechnungsweise einzuwenden oder das Mietentgelt aus welchem Grund immer zurückzubehalten.*

Die Beklagte verweist auf ihre Unterlassungserklärung. Dass dennoch Wiederholungsgefahr anzunehmen ist, wurde bereits ausgeführt.

Klausel 30:

*Die mit der Errichtung und Vergebührung dieses Mietvertrages verbundenen Kosten und Gebühren, insbesondere die Rechtsgeschäftsgebühr, sowie die Kosten für die seitenweise Vergebührung (Stempelmarken) trägt der Mieter.*

Die Klägerin macht geltend, dass diese Klausel im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG intransparent sei und im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend, weil die den Mieter allenfalls treffende Kostenbelastung nicht abschätzbar sei.

Die Beklagte verweist darauf, dass die Regelung aufgrund der Rechtslage nach dem Gebührengesetz für jedermann nachvollziehbar sei.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren in diesem Punkt ab und meinte, dass die mit der Vertragserrichtung verbundenen Kosten den Gebührenvorschriften unterlägen. Die Regelung bezüglich der seitenweisen Vergebührung komme nicht mehr zur Anwendung, weil die Bestimmung bereits seit 1998 aufgehoben sei. Die Kosten für die Vertragserrichtung seien somit im Vorhinein abschätzbar.

Das Berufungsgericht folgte der Argumentation des Erstgerichtes.

Die Revision ist berechtigt.

In der gebotenen konsumentenfeindlichsten Auslegung ergibt sich eine Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG, weil keine Einschränkung auf die für die Errichtung und Vergebührung notwendigen Kosten vorgesehen ist. Es ist nicht sichergestellt, dass bei der Vergebührung nur die rechtsgeschäftlichen Gebühren gemeint sind und darunter nicht auch Wegzeiten oder Kosten für diverse Hilfsdienste subsumiert werden könnten. Es ist auch nicht klar, welche Errichtungskosten anfallen, nämlich ob (oder welche) nicht anwaltlichen Vertreter (vgl den hierzu einschränkenden Vertragspunkt betreffend die Kostentragung anwaltlicher Vertretung) oder Hilfspersonen Kosten verursachend eingeschaltet werden. Die auf den Mieter zukommende Kostenbelastung ist daher aus der Klausel nicht erkennbar. Die leicht überblickbare Vergebührung nach dem Gesetz bildet nur einen Teil der hier zu übernehmenden Kosten. Bei Vertragsabschluss wird weder die mögliche Höhe der Kosten

genannt noch festgelegt, dass nur die zur Errichtung und Vergebührung notwendigen Kosten zu ersetzen sind. Die Klausel ist gröblich benachteiligend (vgl zu den Betreuungskosten 5 Ob 266/02g, 5 Ob 227/98p).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind in diesem Punkt abzuändern.

Klausel 31:

*Alle übrigen Einrichtungen des Mieters sind nach Wahl des Vermieters ganz oder teilweise unentgeltlich im Mietobjekt zu belassen oder vom Mieter vor Zurückstellen des Mietobjektes auf eigene Kosten zwecks Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu entfernen.*

Die Klägerin stützt sich darauf, dass damit der Anspruch auf Aufwändersatz nach § 1097 ABGB zur Gänze abbedungen werde, ohne dass eine sachliche Rechtfertigung dafür vorliege.

Die Beklagte führt aus, dass die Klausel deswegen sachgerecht sei, weil der Mieter häufig auf eine vom Vermieter angebotene Ausstattung (etwa in der Küche) verzichte. Es müsse dann für den Vermieter möglich sein, den bestimmungsgemäßen Zustand bei Auszug des Mieters herzustellen. Es obliege dem Mieter, zu beurteilen, ob es für ihn zweckmäßig sei, die Wohnung selbst auszustatten. Im Übrigen stehe die Klausel im Zusammenhang damit, dass es vorangehend heiße: *„Der Mieter ist verpflichtet, vor Zurückstellung des Mietobjektes die von ihm geschaffenen Einrichtungen und Adaptierungen, die ohne Schäden der Substanz demontierbar sind, zu entfernen.“* Die beanstandete Regelung beziehe sich demnach nur auf solche Einrichtungen, die nicht ohne Schäden der Substanz demontierbar seien.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass zwar ein vorweggenommener Verzicht auf den Ersatz von nützlichen Aufwendungen durch den Mieter zulässig sei, dem Mieter aber der Ersatz dieser notwendigen Aufwendungen aberkannt werde, auch wenn diese zum klaren und überwiegenden Vorteil des Vermieters seien. Für diese Abweichung vom dispositiven Recht lasse sich keine sachliche Rechtfertigung finden, weshalb die Klausel nach § 879 Abs 2 ABGB gröblich benachteiligend sei.

Das Berufungsgericht schloss sich der Argumentation des Erstgerichtes an.

Soweit die Klausel bei jenen Mietverträgen, die dem Vollanwendungsbereich des MRG unterliegen, von der Bestimmung der § 10 MRG abgeht, ist sie schon deshalb gesetzwidrig, weil auf den Ersatzanspruch der Hauptmieter im Voraus nicht rechtswirksam verzichtet werden kann (§ 10 Abs 7 MRG).

Bei Mietverträgen im Teilanwendungsbereich des MRG wird der Bestandnehmer als Geschäftsführer ohne Auftrag betrachtet, wenn er auf das Bestandsstück einen dem Bestandgeber obliegenden Aufwand (nach Anzeigeerstattung) oder einen nützlichen Aufwand gemacht hat (§ 1097 ABGB). Ein Verzicht auf Ersatz von Aufwendungen ist grundsätzlich im Vorhinein zulässig (RIS-Justiz RS0020595), jedoch hinsichtlich des notwendigen Aufwandes nur, soweit auch eine von § 1096 ABGB abweichende Instandhaltungsregel vereinbart werden könnte (2 Ob 40/01y, RS0021155).

Die Klausel unterscheidet zwischen nützlichen und notwendigen Aufwendungen nicht und lässt außer Betracht, dass § 1096 Abs 1 ABGB, wie schon zu den Klauseln 1 und 23 dargestellt, einen nach § 9 Abs 1 KSchG

nicht ausschließbaren Gewährleistungsanspruch darstellt. Die Konsequenz ist, dass jedenfalls der Ersatz notwendiger Aufwendungen nicht abbedungen werden kann, weil ansonsten der Gewährleistungsanspruch des Konsumenten unterlaufen würde, wenn er zur Selbsthilfe gegriffen hat. Die Klausel ist daher unwirksam.

Klausel 32:

*Der Mietgegenstand ist bei Beendigung des Mietverhältnisses, aus welchem Grund auch immer in ordnungsgemäßem Zustand, dh wie bei Mietbeginn übernommen, jedenfalls neu ausgemalt zurückzustellen. Ansonsten ist der Vermieter berechtigt, die diesbezüglichen Instandhaltungskosten dem scheidenden Mieter in Rechnung zu stellen.*

Die Klägerin bringt vor, dass ein Verstoß gegen §§ 1096 und 1109 ABGB vorliege, der gröblich benachteiligend für den Mieter sei.

Die Beklagte wendet ein, dass diese Regelung sachgerecht sei.

Das Erstgericht verweist darauf, dass damit die gesamte Erhaltungspflicht auf den Mieter überwältzt werde, wodurch er gröblich benachteiligt werde.

Das Berufungsgericht schloss sich der Rechtsmeinung des Erstgerichtes an.

Die Ansicht der Revision, dass mit der Klausel der Mieter nur zu einem möglichst schonenden Gebrauch angehalten werden solle, entspricht nicht dem Text. Bei der gebotenen konsumentenfeindlichsten Auslegung müsste der Mieter jegliche Gebrauchsspuren, die noch so unerheblich sein mögen, beseitigen. Im Übrigen wird damit gegebenenfalls auch die Erhaltungspflicht des Vermieters

überwältigt, was im Vollenwendungsbereich des MRG gegen § 3 MRG, im Teilanwendungsbereich bei einem Konsumenten gegen § 9 Abs 1 KSchG verstößt. Dazu wird auf die Ausführungen zu den Klauseln 1, 23 und 31 verwiesen. Weiters erfolgt auch im letzten Satz der Klausel keine Einschränkung auf die unbedingt notwendigen Kosten, was gröblich benachteiligend ist.

Klausel 33:

*Der Mieter verzichtet hinsichtlich der von ihm vorgenommenen Investitionen auf jeden Ersatzanspruch gegenüber dem Vermieter. Davon ausgenommen sind Aufwendungen, für die der Vermieter einen Ersatzanspruch ausdrücklich schriftlich anerkannt hat.*

Die Klägerin stützt sich darauf, dass die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG verstoße und ohne sachlichen Grund von der dispositiven Bestimmung des § 1097 ABGB abgehe.

Die Beklagte verweist zur Frage der Schriftlichkeit auf ihr Vorbringen zu Klausel 2. Im Übrigen habe der Vermieter keinen Einfluss darauf, welche Investitionen vom Mieter vorgenommen würden; es sei sachgerecht, dass dem Vermieter nicht einseitig eine Aufwandersatzpflicht aufgedrängt werde. Außerhalb des § 10 MRG sei ein Verzicht auf den Ersatz von Aufwendungen im vorhinein grundsätzlich zulässig.

Das Erstgericht erkannte einen Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG und ein sachlich nicht gerechtfertigtes Abweichen von § 1097 ABGB, was gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei. Im Übrigen verwies es auf seine Ausführungen zu Klausel 31.

Das Berufungsgericht verwies auf seine Ausführungen zu § 10 Abs 3 KSchG und zu Klausel 31.

Auch der Oberste Gerichtshof verweist auf seine Ausführungen zu § 10 Abs 3 KSchG zu Klausel 2 und zum Ausschluss der Ersatzansprüche des Mieters gemäß § 10 MRG bzw § 1097 ABGB zu Klausel 31.

Klausel 34:

*In diesem Zusammenhang vereinbaren die Vertragsteile - ungeachtet darüber hinausgehender Ansprüche - eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Konventionalstrafe in der Höhe von drei dann aktuellen Bruttomonatsmieten, falls das Bestandsobjekt vom Mieter nicht zum vereinbarten oder gerichtlich festgesetzten Räumungstermin übergeben wird.*

Die Beklagte beruft sich auf ihre Unterlassungserklärung. Auch insoweit ist auf die Ausführungen zur Wiederholungsgefahr zu verweisen.

Klausel 35:

*Eine unwirksame Bestimmung ist von den Vertragspartnern durch eine andere gültige und zulässige Bestimmung zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck der weggefallenen Bestimmung entspricht (Teil 2; die Abweisung des Teils 1 wird von der Revision der Klägerin nicht bekämpft).*

Die Klägerin macht einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB geltend, weil die Vertragsbestimmungen bis an die Grenze der Rechtswidrigkeit aufrecht erhalten werden sollten.

Die Beklagte wendet ein, es handle sich um eine sogenannte „salvatorische“ Klausel, die den anerkannten Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung entspreche. Selbst wenn diese Klausel fehlte, wäre im Fall einer

unwirksamen Bestimmung auf Grundlage des zu vermutenden Willens redlicher Vertragsparteien wie festgelegt vorzugehen.

Das Erstgericht führte aus, dass verbotene und unzulässige Klauseln naturgemäß nicht wirksam durch zweckgleiche ersetzt werden könnten, weil diese ebenso unzulässig seien. Es sei daher unklar, was damit gemeint sei, wodurch gegen den Transparentgebot verstoßen werde.

Das Berufungsgericht schloss sich der Rechtsansicht des Erstgerichtes an.

Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass der Zweck einer unwirksamen Bestimmung kaum denkbar durch eine zulässige Bestimmung erreicht werden kann. Abgesehen davon ist die Bestimmung deshalb im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil sich der Mieter zur Abgabe einer ihm nicht vorhersehbaren Erklärung und Abänderung des Vertrages verpflichten soll, wobei nicht vom Horizont der „redlichen“ Vertragsparteien ausgegangen werden soll, sondern vom unzulässigen Sinn und Zweck der Bestimmung.

Klausel 36:

*Allfällige vor Abschluss dieses Vertrages schriftlich oder mündlich getroffene Vereinbarungen verlieren bei Vertragsabschluss ihre Gültigkeit.*

Die Klägerin stützt sich darauf, dass die Klausel gegen § 10 Abs 3 KSchG verstoße. Überdies sei dies eine nachteilige Bestimmung ungewöhnlichen Inhalts im Sinne des § 864a ABGB, weil auch solche Vereinbarungen aufgelöst würden, deren Inhalt dem Mietvertrag selbst gar nicht widersprechen.

Die Beklagte bestreitet diesen Verstoß, weil mit der Klausel lediglich klargestellt werden solle, dass keine der Parteien durch im Rahmen von Vertragsverhandlungen

gemachte Erklärungen gebunden sein solle. Nur der unterfertigte Mietvertrag enthalte eine abschließende Regelung.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Der Mieter dürfe darauf vertrauen, dass früher getroffene Vereinbarungen über Regelungsbereiche, die vom Mietvertrag nicht erfasst würden, weiter bestünden. Eine Abweichung davon stelle eine gröbliche Benachteiligung dar.

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung. Es bestehe ein Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG, unabhängig vom Zeitpunkt der formlosen Erklärung und von einer Reziprozität.

Nach § 10 Abs 3 KSchG darf die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers vertraglich nicht ausgeschlossen werden (siehe zu Klausel 2). Wird nun wie hier vereinbart, dass nicht in den Mietvertrag aufgenommene Vereinbarungen des Vermieters, seien dies nun schriftliche oder mündliche, nicht gelten, so liegt darin auch ein Verstoß gegen § 10 Abs 3 KSchG, weil die Erklärung des Vermieters außerhalb eines bestimmten schriftlichen Vertragswerks als unwirksam definiert werden soll.

Klausel 37:

*Eine Änderung dieses Vertrages bedarf zur Gültigkeit der Schriftform, das Abgehen vom Formerfordernis der Schriftform kann nur schriftlich erfolgen.*

Die Klägerin macht einen Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG geltend.

Es gelten die Ausführungen zu Klausel 2.

Klausel 38:

*Es herrscht Willensübereinstimmung, dass der Mietvertrag erst nach Setzung der Unterschriften des Mieters und des Vermieters Rechtsgültigkeit erlangt.*

Die Klägerin macht einen Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG geltend.

Die Beklagte bestreitet dies. Die Klausel diene vor allem dem Schutz der Interessen des Mieters.

Das Erstgericht gab der Klage statt und sprach aus, dass ein Verstoß nach § 10 Abs 3 KSchG vorliege, da in dieser Klausel ein mündlicher Vertragsabschluss ausgeschlossen sei.

Das Berufungsgericht bestätigt diese Rechtsansicht.

Die Ansicht der Revisionswerberin, dass sich § 10 Abs 3 KSchG ausschließlich auf Nebenabreden, nicht aber auf den Vertragsabschluss selbst beziehe, steht mit dem Gesetzestext im Widerspruch, der ganz allgemein auf Erklärungen abstellt. Im übrigen gelten die Ausführungen zu Klausel 2.

Klausel 39:

*Vorstehender Vertrag wurde vor der Unterfertigung gelesen und erörtert; bezüglich aller Vertragspunkte wurde Übereinstimmung erzielt.*

Die Klägerin bringt vor, dass die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG im Hinblick auf § 6 Abs 2 KSchG und § 864a ABGB verstoße. Sie fingiere, dass der gesamte Text des Vertragsformblattes vor Unterfertigung mit dem Verbraucher ausdrücklich erörtert und von ihm zustimmend zur Kenntnis genommen worden sei. Damit solle die Beweislast dafür, dass die einzelnen Klauseln ausgehandelt worden seien, auf den Verbraucher überwält werden.

Die Beklagte bringt vor, dass diese Regelung der tatsächlich geübten Vorgangsweise bei Vertragsabschluss entspreche. Die von der Klägerin behauptete Fiktion eines Vertragsgespräches werde bestritten.

Das Erstgericht bejahte den Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

Das Berufungsgericht schloss sich der Argumentation des Erstgerichtes an.

Es ist im Wesentlichen auf die Ausführungen zu § 6 Abs 1 Z 11 KSchG zu den Klauseln 1 und 22 zu verweisen. Grundsätzlich liegt eine Tatsachenbestätigung zu Lasten des Konsumenten vor, nämlich dass die Vertragspunkte zur Kenntnis genommen und einzeln erörtert wurden und der Mieter mit ihnen allen einverstanden war. Damit wird die gemäß § 6 Abs 2 KSchG und gemäß § 864a ABGB den Unternehmer treffende Beweislast dafür, dass die Klauseln im Einzelnen ausgehandelt wurden bzw der Verbraucher besonders auf bestimmte Vertragspunkte hingewiesen wurde, auf den Verbraucher überwältzt. Die Klausel verstößt daher gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG.

#### Zum Veröffentlichungsbegehren

Die Klägerin begehrt - soweit dies noch für das Revisionsverfahren von Relevanz ist - die Ermächtigung, das Urteil wie in Punkt II des Spruches beschrieben zu veröffentlichen. Es bestehe ein Interesse der Verbraucher und Mieter als Gesamtheit, aufgeklärt zu werden, dass die von der Beklagten verwendeten Klauseln gesetzwidrig seien.

Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die Veröffentlichung dazu diene, das Publikum über einen bestimmten Gesetzesverstoß aufzuklären, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lasse. Die Beklagte

habe im Großraum Wien im Vergleich zur Gesamtanzahl aller Mietverträge an Wohnungen einen äußerst geringen Anteil. Die betroffenen Mietverträge hätten keineswegs die Öffentlichkeit erreicht und es bestehe daher auch kein Bedarf an der Veröffentlichung. Das Veröffentlichungsbegehren sei zur Gänze abzuweisen.

Das Erstgericht gab (insoweit) dem Veröffentlichungsbegehren statt und führte aus, dass die Klauseln in einer unbestimmten Anzahl von Fällen - fast ausschließlich im Raum Wien - Verwendung gefunden hätten, sodass die begehrte Veröffentlichung in der Regionalausgabe der Zeitung für Wien angemessen sei.

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung und führte aus, dass die Beklagte die missbräuchlichen Klauseln systematisch empfehle und in einer unbestimmten Anzahl von Fällen, überwiegend im Raum Wien, verwende. Somit sei die Veröffentlichung angemessen.

§ 30 Abs 1 KSchG ordnet an, dass unter anderem § 25 Abs 3 bis 7 UWG für die Verbandsklage sinngemäß zu gelten hat. Gemäß § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb einer bestimmten Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Die Urteilsveröffentlichung dient der Sicherung des Unterlassungsanspruches und soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen hindern, also der Aufklärung des Publikums dienen (RIS-Justiz RS0079764). Sie soll im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufdecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufklären (RIS-Justiz RS0079820). Die

Berechtigung des Begehrens hängt davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß besteht (RIS-Justiz RS0079737).

Das Vorbringen in der Revision, dass die Beklagte lediglich einen geringfügigen Anteil an Wohnungen im Wiener Raum betreue, ist mit den erstgerichtlichen Feststellungen nicht zu vereinbaren. Aufgrund der (absolut gesehen) Vielzahl der von ihr im Namen der Vermieter abgeschlossenen Mietverträge im Wiener Raum ist die Urteilsveröffentlichung, wie sie zugesprochen wurde, zur Aufklärung der beteiligten Verkehrskreise geboten und angemessen.

Die Kostenentscheidung gründet sich im erstinstanzlichen Verfahren auf § 43 Abs 2 ZPO. Die Klägerin unterlag nur mit einem geringfügigen Teil ihres Anspruchs.

Im Rechtsmittelverfahren basiert die Kostenentscheidung auf §§ 50, 43 und 41 ZPO. Die Klägerin obsiegte im Berufungsverfahren mit 80 % ihres Anspruches (4 von 5 Punkten) und im Revisionsverfahren zur Gänze. Die Bemessungsgrundlage beträgt bei den Rechtsmittelbeantwortungen jeweils nur EUR 23.999,99, was beim Kostenzuspruch zu berücksichtigen ist.



Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 11. Oktober 2006.

Dr. H u b e r

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Huber', is written over the typed name and the text 'Für die Richtigkeit der Ausfertigung der Leiter der Geschäftsabteilung.'