



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Tarmann-Prentner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W\*\*\*\*\* Privatstiftung, \*\*\*\*\*, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. Ingrid F\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Widl, Rechtsanwalt in Wien, wegen 7.236,22 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 26. November 2008, GZ 38 R 144/08w-18, womit das Urteil des Bezirksgerichts Döbling vom 18. März 2008, GZ 9 C 8/07y-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 559,15 EUR (darin 93,19 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

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

Die Klägerin ist eine Privatstiftung. Sie vermietet ungefähr 100 Wohnungen; die Hausverwaltung wird von einer Tochterfirma der Klägerin, der W\*\*\*\*\* GmbH, geführt.

Die Klägerin kaufte das Haus \*\*\*\*\*, im September 1997. Unmittelbar danach begann sie mit Renovierungsarbeiten in der Wohnung Top Nr 1, welche Anfang 1998 abgeschlossen waren. Danach wurde die Wohnung vermietet.

Im Herbst 1998 besichtigte die Beklagte mit einem Makler mehrfach die Wohnung. Die Wohnung war damals von einem Ehepaar mit einem Hund bewohnt. Bei den Besichtigungen durch die Beklagte stellte sich die Wohnung wie folgt dar: Die Küche war neu, wenn auch leicht gebraucht durch den Vormieter, das Bad neu verflies; Bad und WC waren nicht getrennt. Der Vorraum war verflies. Die Wohnung selbst wies Rundbögen auf, in der ganzen Wohnung gab es nur zwei Türstöcke mit Türen, nämlich zum Bad und zu einem späteren Schlafzimmer. In einem großen Zimmer befand sich eine Styropordecke, darunter war ein Wasserschaden. Die Wohnung bestand aus zwei großen Zimmern, die Zimmerböden waren so wie die Böden in Küche und Bad weiß verflies. In der Wohnung befand sich ein Wandtresor. Die Liegenschaft weist ein äußeres Garagentor auf, dieses war anlässlich der Anmietung durch die Beklagte nur händisch zu bedienen. Es war zwar zu sehen, dass es einmal einen Motor gegeben haben muss, es war aber keiner vorhanden. Diesen ließ die Beklagte erst montieren.

Am 28. 1. 1999/1. 3. 1999, Mietbeginn 1. 5. 1999, schloss die damalige Vermieterin Maria Luise B\*\*\*\*\* mit der Beklagten und Dipl.-Ing. J\*\*\*\*\* einen auf fünf Jahre befristeten Mietvertrag mit Verlängerungsoption ab. Es wurde ein Brutto-Monatsmietzins von 14.476 ATS vereinbart, die Beklagte hinterlegte eine Kautions in der Höhe von 70.000 ATS.

Unter Punkt VI. Erhaltung vereinbarten die Streitparteien wie folgt:

„Von beiden Seiten wird festgestellt, dass der Mietgegenstand in ordnungsgemäßem Zustand übergeben wurde. Bad, Küche sowie WC sind inklusive Verfliesung in sehr gutem Zustand. Der Mieter verpflichtet sich, den

Mietgegenstand auf eigene Kosten zu erhalten und in demselben Zustand, in dem er ihn übernommen hat, zurückzustellen sowie allfällige Beschädigungen unverzüglich zu beheben. Dazu gehören auch Wände, Innen- und Außenfenster, Türen, Schlösser, Böden und alle Elektro-, Gas- und Wasserinstallationen samt allen dazugehörigen Schaltern und Armaturen sowie Heizkörpern und der Therme. Die Funktion von Garagen- und Einfahrtstor (inklusive Motoren) ist vom Mieter auf seine Kosten zu erhalten. Der Mieter verzichtet auf das Recht, nach § 1096 ABGB die Instandhaltung im Inneren des Mietgegenstands vom Vermieter zu fordern. Der Mieter verpflichtet sich, eine Haushaltsversicherung für die gegenständliche Wohnung abzuschließen um so Schäden, welche dem Vermieter aus einer unsachgemäßen Behandlung des Mietgegenstands bzw mangelnder Wartung durch den Mieter und mit ihm zusammenwohnende Mitbewohner entstehen, bezahlen zu können, andernfalls der Mieter selbst für die Kosten der Reparaturen aufkommen muss. Der Mieter verpflichtet sich insbesondere, die Licht-, Gas- und Wasserleitungen sowie die sanitären Anlagen so zu warten und instand zu halten, dass dem Vermieter und anderen Eigentümern des Hauses kein Nachteil erwächst. Außerdem ist der Mieter verpflichtet, den Garten zu pflegen, den Gehsteig sowie die Gehwege und die Garageneinfahrt von Schnee, Eis und Schmutz freizuhalten sowie bei Glatteis ausreichend zu streuen und das Stiegenhaus sauber zu halten. Sollte er diesen Verpflichtungen nicht nachkommen, ist der Vermieter berechtigt, diese Arbeiten auf Kosten des Mieters durchführen zu lassen. Der Vermieter übernimmt keine wie immer geartete Garantie für sämtliche Geräte, Wasserleitungen, Stromleitungen, Stromversorgung, Gasleitungen und Gasversorgung. Der Mieter hat vielmehr auf

eigene Kosten darauf zu achten, dass alles ordnungsgemäß erhalten wird. Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat der Mieter die Wohnung neu auszumalen, zerbrochene Scheiben und Fliesen zu ersetzen etc!"

Die Beklagte hat nach Anmietung der Wohnung im Wohnzimmer und in einem großen Raum Parkettböden legen lassen, das zweite große Zimmer für ihre Söhne geteilt und auf dem Fliesenboden einen Teppichboden verlegt; auch in der Küche wurde ein Sisalteppichboden verlegt. Sämtliche Zargen und Türen wurden montiert, Bad und WC wurden mit einer eigenen Türe zum Vorzimmer abgetrennt; Therme und Gaszähler wurden verbaut. Nachdem die Vormieterin sie wegen der Elektrik gewarnt hatte, hat die Beklagte sie überprüfen und sämtliche Elektroleitungen erneuern lassen, da diese noch aus alten stoffummantelten Leitungen bestanden. Schließlich hat sie alles zur Gänze neu ausgemalt.

Im Punkt IX. des Mietvertrags wurde vereinbart, dass die Beklagte berechtigt ist, die Garage Nr. 1 sowie den dazugehörigen Kellerraum zu verwenden. In der Garage hat die Beklagte in weiterer Folge Fliesen ersetzt und den Boden saniert, der Kellerraum wurde abgeschlagen und verputzt, um die Feuchtigkeit draußen zu halten. Das Haus leidet unter einer aufsteigenden Grundfeuchte.

Unter Punkt VII. des Mietvertrags wurde vereinbart, dass die Beklagte das Recht hat, Parkettböden zu verlegen, wobei die Kosten dieser Parkettböden ihr mit einer Amortisationsdauer von zehn Jahren bei Beendigung des Mietverhältnisses ersetzt werden. Die Beklagte wendete für diesen Parkettboden 38.051,32 ATS auf (2.765,30 EUR).

Anlässlich der Rückgabe der Wohnung hat der Vater der Beklagten die Wohnung gereinigt, die Wände abgekehrt, die Sesselleisten, so erforderlich, erneuert, im Bad

Handtuchhalter und Spiegelkästchen abmontiert. Im Bad gab es danach Bohrlöcher, welche jedoch teilweise schon vom Vormieter waren. Die Anzahl der Bohrlöcher kann nicht festgestellt werden. Der Vater der Beklagten hat in allen Räumen an jenen Stellen, an denen Bilder hingen und Löcher waren, diese verschlossen. In der Küche war ein Sisalboden verlegt, vor einer Kästchenwand befand sich am Boden noch ein Klebeband.

Anlässlich der Wohnungsrückgabe wurde im Übernahmeprotokoll dieses Klebeband festgehalten, ebenso eine kaputte Fliese und eine lockere Sockelfliese. Die Heizkörper im Kinderzimmer waren abgeschlagen. Insgesamt befand sich die Wohnung in einem sauberen, gebrauchten, jedoch nicht neu ausgemalten Zustand, wie sie der Verwendung nach insgesamt acht Jahren entspricht.

Die Klägerin begehrt rückständigen Mietzins für den Zeitraum November 2006 bis inklusive März 2007 in Höhe von je 1.197,90 EUR. Der Klägerin sei außerdem ein Schaden in Höhe von 6.333,72 EUR für diverse Sanierungsarbeiten entstanden. Nach Abzug der hinterlegten Kautionszahlung würden der Klägerin für diese Schäden 1.246,72 EUR zuzüglich zu den offenen Mietzinsen zustehen.

Die Beklagte bestritt und brachte im Wesentlichen vor, die Wohnung sei ordnungsgemäß zurückgestellt worden. Die offenen Mieten seien mit der Kautionszahlung gegenverrechnet worden. Außerdem würden der Beklagten aus der Kautionszahlung weitere 623,17 EUR an Zinsen zustehen, 521,42 EUR an anteiligen Parkettverlegekosten sowie 65,41 EUR für einen Schlüssel und weitere Reparaturarbeiten, die von der Beklagten durchgeführt worden wären. Die Vertragsklausel, wonach die Beklagte bei Rückstellung des Bestandobjekts die Malerei zu erneuern

habe, sei unwirksam.

Das Erstgericht wies ausgehend von dem im vorigen wiedergegebenen Sachverhalt das Klagebegehren ab. Nach ständiger Rechtsprechung müsse der Bestandnehmer nicht für die durch den vertragsgemäßen Gebrauch bewirkte Abnutzung der Bestandsache aufkommen. Grundsätzlich sei daher der Mieter nicht verpflichtet, ein Bestandsobjekt neu ausgemalt zurückzustellen. Aus den Feststellungen ergebe sich, dass die Beklagte den Bestandgegenstand in einem weit besseren Zustand zurückgestellt habe als sie ihn übernommen habe. Die in Punkt VI. des Mietvertrags von der Beklagten übernommene Ausmalverpflichtung sei nicht rechtswirksam vereinbart. Diese Vereinbarung sei unzulässig, weil der Beklagten bei der gebotenen konsumentenfeindlichsten Auslegung jegliche - auch noch so unerhebliche - Gebrauchsspur beseitigen müsse. Die Vereinbarung verstoße daher gegen § 9 Abs 1 KSchG.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil mit der Maßgabe, dass es aussprach, dass die Klagsforderung mit 5.989,50 EUR zu Recht, das Mehrbegehren nicht zu Recht bestehe, die eingewendeten Gegenforderungen zu Recht bestehen. Davon ausgehend wies es das Klagebegehren ab.

Gemäß § 9 Abs 1 KSchG könnten Gewährleistungsrechte des Verbrauchers vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Davon seien alle gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, also auch der Anspruch nach § 1096 ABGB, umfasst. Durch eine positive Festlegung der generellen Erhaltungspflicht des Mieters würden implizit dessen Gewährleistungsrechte ausgeschlossen werden. Damit widerspreche die Klausel, wonach dem Mieter die Beseitigung jeglicher Gebrauchsspuren durch Ausmalen überbunden

werde, dem § 9 Abs 1 KSchG.

Gemäß § 1109 ABGB seien Bestandgegenstände in dem Zustand zurückzustellen, in dem sie übernommen wurden, jedoch mit den Verschlechterungen, die sich aus der gewöhnlichen Abnutzung und infolge von Schäden ergeben, für die der Bestandnehmer nicht hafte. Zu solchen Verschlechterungen, die sich aus der gewöhnlichen Abnutzung ergeben, zähle auch das Altern der Wandfarbe. Eine Ausmalverpflichtung gehe damit über die Verpflichtung aus § 1109 ABGB hinaus. Es werde eine Erhaltungspflicht auf den Mieter überbunden, die im Anwendungsbereich des KSchG unzulässig sei.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Frage der Ausmalverpflichtung bisher keine einheitliche Rechtsprechung bestehe und die vertragliche Überbindung von Erhaltungs- und Instandhaltungspflichten in Form des Ausmalens fallweise zumindest in der Literatur als unzulässig erachtet worden sei.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

**1.1.** Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass die Aufrechnung im vorliegenden Fall zulässig ist. Zwar sieht § 16b Abs 4 MRG idF WRN 2009 vor, dass über die Höhe des Rückforderungsanspruchs nach § 16b Abs 2 MRG im Verfahren nach §§ 37 bis 41 MRG zu entscheiden ist. Diese Bestimmung ist nach der Übergangsregelung des § 49f MRG idF WRN 2009 aber nur anzuwenden, wenn die Sache nach dem 31. 3. 2009 anhängig geworden ist. Alle vorher anhängig gewordenen Verfahren sind im streitigen Verfahren weiterzuführen.

**1.2.** Im Übrigen haben im vorliegenden Fall die



beiden Vorinstanzen die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs für die Gegenforderung übereinstimmend bejaht, sodass dem Obersten Gerichtshof auch aus dieser zusätzlichen Erwägung ein Eingehen auf die Zulässigkeit der Geltendmachung der Gegenforderung verwehrt ist.

**1.3.** Lediglich der Vollständigkeit halber ist jedoch darauf hinzuweisen, dass nach der Entstehungsgeschichte der WRN 2009 der Gesetzgeber mit der Verweisung der Entscheidung über die Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags in das Außerstreitverfahren die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Rückgabe der Kautions im Streitverfahren gerade nicht einschränken wollte. Im ursprünglichen Entwurf war nämlich in § 37 Abs 1 Z 8b MRG von der „Rückforderung der Kautions" die Rede. Im Zuge einer informellen Besprechung hatte der Vorsitzende eines Rechtsmittelsenats des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien darauf hingewiesen, dass es bei einer solchen Formulierung, die uneingeschränkt den gesamten Fragenkreis der Rückforderung (und dort insbesondere auch das Rückzahlungsbegehren) umfasse, dem Mieter nicht mehr möglich wäre, einer Zahlungsklage des Vermieters aus dem Mietverhältnis seinen Kautionsrückforderungsanspruch kompensando entgegenzuhalten (*Stabentheiner*, Die Wohnrechtsnovelle 2009 - Zugleich auch ein kleiner Abriss über die dadurch neu geregelte Kautions im Mietrecht, wobl 2009, 97 [106]). Zur Vermeidung dieses Problems wurde vorgeschlagen, nur die Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags explizit in das mietrechtliche Außerstreitverfahren zu verweisen, was einerseits immer noch die Schaffung eines Exekutionstitels über den Rückforderungsanspruch nach § 37 Abs 4 MRG ermögliche, andererseits aber die Aufrechnungsbefugnis des Mieters in

einem streitigen Verfahren nicht beschneide (*Stabentheiner* aaO 107).

**1.4.** Im Hinblick auf diese Entstehungsgeschichte bedarf es zur Zulässigkeit der Aufrechnung keines Eingehens auf den Vorschlag von *Koller* (Feststellung des rückforderbaren Kautionsbetrags im Außerstreitverfahren - Eine erste Bestandaufnahme, wobl 2009, 115 [124 f]), wonach der Rechtssatz, dass die Aufrechnung unzulässig sei, wenn die Gegenforderung nicht auf den Rechtsweg gehöre (RIS-Justiz RS0033861), auf Fälle der Unzulässigkeit des Rechtswegs im engeren Sinn einzuschränken sei.

**2.** Im Revisionsverfahren wendet sich die Klägerin nur mehr gegen die von den Vorinstanzen angenommene Unwirksamkeit der Ausmalverpflichtung. Zu dieser Frage liegt - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - noch keine abschließende Klärung durch den Obersten Gerichtshof vor.

**3.1.** Die beiden Entscheidungen 7 Ob 78/06f und 1 Ob 241/06g betrafen jeweils Verbandsklagen (vgl dazu auch *Vonkilch*, Erhaltungspflichten im Mietrecht: Wo steht die Judikatur? wobl 2009, 209). Darin sprach der Oberste Gerichtshof aus, dass die vertragliche Auferlegung von Erhaltungs-/Instandhaltungspflichten, die den Mieter nach der Gesetzeslage sonst nicht treffen, eine unzulässige Beschränkung von Gewährleistungsansprüchen (Zinsminderungsrecht nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB) bewirke und damit gegen § 9 Abs 1 KSchG verstoße. In der Entscheidung 7 Ob 78/06f, in der der Oberste Gerichtshof 39 von 40 Klauseln für unwirksam erklärte, wurde auch eine Klausel, wonach der Mietgegenstand bei Beendigung des Mietverhältnisses „aus welchem Grund auch immer im ordnungsgemäßen Zustand, das heißt wie beim Mietbeginn

übernommen, jedenfalls neu ausgemalt, zurückzustellen" sei, als unwirksam angesehen.

Dies begründete der Oberste Gerichtshof im Wesentlichen damit, dass bei der gebotenen konsumentenfeindlichsten Auslegung der Mieter jegliche Gebrauchsspuren, die noch so unerheblich sein mögen, beseitigen müsste. Im Übrigen würde 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 verstoße. Außerdem erfolge im letzten Satz der Klausel, wonach der Vermieter berechtigt sei, die diesbezüglichen Instandsetzungskosten dem scheidenden Mieter in Rechnung zu stellen, keine Einschränkung auf die unbedingt notwendigen Kosten, was gröblich benachteiligend sei.

**3.2.** Demgegenüber sah der Oberste Gerichtshof in der eine einzeln ausgehandelte Vereinbarung betreffenden (*Riss*, Mieterpflicht zum Ausmalen unwirksam? OGH: mal so, mal so ..., *ecolex* 2008, 31) Entscheidung 10 Ob 79/07a in einem Individualverfahren eine Verpflichtung, das Mietobjekt nach Beendigung des Mietvertrags in demselben Zustand (neue Malerei und neue Versiegelung des Bodens) zurückzustellen, für zulässig an. Nach § 1109 Satz 1 ABGB habe der Bestandnehmer die Bestandsache nach Beendigung des Bestandverhältnisses „dem etwa errichteten Inventarium gemäß oder doch in den Zustand, in welchem er sie übernommen hat" zurückzustellen. Nach der Rechtsprechung müsse der Bestandnehmer jedoch nicht für die durch den vertragsgemäßen Gebrauch bewirkte Abnutzung des Bestandgegenstands aufkommen (RIS-Justiz RS0020760 [T1]). Grundsätzlich sei somit der Mieter nicht verpflichtet,

ein Bestandobjekt neu ausgemalt oder neu versiegelt zurückzustellen. § 1109 ABGB stelle allerdings dispositives Recht dar, sodass eine anderslautende Vereinbarung zulässig sei (unter Berufung auf RIS-Justiz RS0020737; *Würth* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> §§ 1109, 1110 Rz 6). Dies gelte im Vollenwendungsbereich des MRG jedenfalls soweit, als nicht Erhaltungsarbeiten im Sinne des § 3 Abs 2 MRG betroffen seien. Darauf, dass die Verpflichtung zum Ausmalen und zur Versiegelung bei Beendigung des Bestandverhältnisses als Mietzinsleistung des Mieters anzusehen sei und sich daher an den gesetzlichen Mietzinsobergrenzen messen lassen müsse (*Böhm* in *Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> IV § 8 MRG Rz 44 ff; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 8 MRG Rz 15) sei nicht einzugehen, weil gar nicht behauptet worden sei, dass durch die Übernahme dieser Verpflichtung Mietzinsobergrenzen überschritten worden seien. Eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 ABGB liege nicht vor.

**4.1.** Im Schrifttum ist die Zulässigkeit einer „Endausmalverpflichtung“ strittig. So halten *Rainer* (Licht am Ende des Ausmaltunnels? *immolex* 2007, 321) und *Prader/Kuprian* (Verwirrung um das Ausmalen im Mietrecht nach den beiden Klauselentscheidungen, *RdW* 2007, 458; ähnlich *Prader*, Verwirrung um Erhaltungsfragen und Aufwandsersatzansprüche nach den beiden Klauselentscheidungen, *immolex* 2007, 271) eine derartige Verpflichtung für zulässig. *Prader/Kuprian* (*RdW* 2007, 461) verneinen den Entgeltcharakter im weiteren Sinn einer vom Mieter zu erbringenden Endrenovierungsverpflichtung. Hingegen tritt *Böhm* (*immolex* 2007, 298 f) für eine Anrechnung des Werts der „Endrenovierungsverpflichtung“ auf den Mietzins ein. Nach *Riss* (*ecolex* 2008, 31) soll eine derartige Vereinbarung am Maßstab des § 27 MRG zu messen

sein.

**4.2.** Demgegenüber hat *Vonkilch* (wobl 2007, 352) in seiner Anmerkung zur Entscheidung 10 Ob 79/07a vorgeschlagen, § 28 MRG mit dem dort vorgegebenen Korrektiv des „erheblich höheren Betrags“ heranzuziehen. Angesichts der gesetzlichen Mindestbefristung bei Wohnungen von drei Jahren und den typischen Kosten einer Endrenovierung werde eine derartige erhebliche Überschreitung des zulässigen Mietzinses nicht allzu oft in Betracht kommen.

Die Zulässigkeit derartiger vertraglicher Regelungen sei nur am Prüfungsmaßstab des § 879 Abs 3 ABGB, nicht hingegen an demjenigen des § 9 KSchG, sowie im Vollenwendungsbereich des MRG auch an demjenigen des § 3 MRG zu messen. Es werde allerdings noch eine nicht zu unterschätzende Herausforderung für die Judikatur darstellen, herauszuarbeiten, unter welchen Voraussetzungen der in einer derartigen Endrenovierungsverpflichtung gelegenen Abweichung vom dispositiven Recht „sachliche Rechtfertigung“ zukommt.

**5.** Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

**5.1.** Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Diese Bestimmung will vor allem den Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners, vor allem bei Verwendung von AGB, bekämpfen (*Krejci* in *Rummel*, ABGB3 § 879 Rz 231).

**5.2.** Durch diese Bestimmung wurde eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen. Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist eine umfassende, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenkontrolle vorzunehmen (EvBl 1983/129 = JBl 1983, 534 [F. Bydlinski] = SZ 56/62; EvBl 1984/110 = RdW 1984, 206 = JBl 1985, 233 = SZ 57/40; RdW 1986, 10 = JBl 1986, 373; *Krejci* in *Rummel*, ABGB3 § 879 Rz 240).

**5.3.** Die wichtigste Fallgruppe sind Verschlechterungen der Rechtsposition des Vertragspartners des Verwenders von AGB durch Abweichungen vom dispositiven Recht. Bei der Inhaltskontrolle von AGB ist nach dem Maßstab der Anordnung des § 879 Abs 1 ABGB eine Orientierung am dispositiven Recht als dem Leitbild eines abgewogenen und gerechten Interessenausgleichs geboten (JBl 1982, 652). Insbesondere kann eine Abweichung vom dispositiven Recht in Vertragsformblättern dann eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung finden lässt (JBl 1983, 534 [F. Bydlinski] = EvBl 1983/129 = SZ 56/62 [dazu *Pfersmann*, ÖJZ 1986, 547]; EvBl 1984/110 = RdW 1984, 206 = JBl 1985, 233 = SZ 57/40; RdW 1986, 10 = JBl 1986, 373; *Krejci*, Handbuch zum KSchG, 166). Die Rechtsprechung formuliert diesen Grundsatz vielfach auch dahin, dass bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners schon dann vorliegt, wenn sie unangemessen ist (RIS-Justiz RS0016914).

**5.4.** Der Begriff der „Hauptleistung“ ist in diesem Zusammenhang nach herrschender Meinung eng zu verstehen

(*Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 238). Damit sind etwa die in § 885 ABGB genannten „Hauptpunkte“ gemeint, also diejenigen Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit überhaupt ein hinreichend bestimmter Vertrag (§ 869 ABGB) zustandekommt (*Krejci aaO*). Es sind damit aber nicht alle Vertragsbestimmungen aus dem Geltungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB ausgenommen, die die Leistung und das Entgelt betreffen. Durch die Formulierung des Relativsatzes „die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegen“ soll vielmehr ausgedrückt werden, dass mit der Ausnahme nur die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen gemeint ist, nicht aber etwa Bestimmungen, welche die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die vertragstypische Leistung generell näher umschreiben (*Krejci aaO*). Die Ansicht, der Ausdruck „Hauptleistung“ sei möglichst eng zu verstehen, entspricht auch der Absicht des historischen Gesetzgebers (ErlRV KSchG 47).

**5.5.** Die „Ausmalverpflichtung“ bei Beendigung des Mietverhältnisses stellt in diesem Sinne jedenfalls keine Hauptleistung dar, sodass die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB im vorliegenden Fall anzuwenden ist. Dies entspricht auch der im Schrifttum namentlich von *Vonkilch* (wobl 2007, 352) vertretenen Auffassung.

**5.6.** Für die Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB macht es keinen Unterschied, ob sich die Regelung in separaten AGB oder in Vertragsformblättern befindet. Auch der äußeren Form nach individuell gestaltete Vereinbarungen können in Wahrheit AGB beinhalten (*Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 233). In allen diesen Fällen liegt typischerweise eine besondere Ungleichgewichtslage

zwischen den Parteien vor, der § 879 Abs 3 ABGB Rechnung tragen will (*Krejci* aaO Rz 235). Gleiches gilt für vergleichbare Konstellationen wie die Verwendung einseitig vorformulierter individueller Vertragstexte, weil der unterlegene Partner sich hier in derselben Situation befindet wie bei Verwendung von AGB durch den strukturell überlegenen Partner (*Krejci* aaO Rz 236; *ders*, KSchG und ABGB, in HdBKSchG 85 [141]).

**6.1.** Dass die im Mietvertrag enthaltene Endausmalverpflichtung dem dispositiven Recht widerspricht, kann keinem Zweifel unterliegen. In Übereinstimmung mit der völlig herrschenden Lehre (*Binder* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1109 Rz 14; *Würth* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1111 Rz 2) und Rechtsprechung (JBl 1958, 334; SZ 43/142 = EvBl 1971/75; ImmZ 1977 = MietSlg 28.155; LG Linz MietSlg 35.204; 5 Ob 2217/96g = SZ 69/243; 10 Ob 79/07a; RIS-Justiz RS0020760) ist darauf zu verweisen, dass der Mieter die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandene Abnutzung des Bestandobjekts nach § 1109 ABGB nicht zu vertreten hat. Dies beruht auf der Überlegung, dass eine derartige Abnutzung zwingende Folge des - bestimmungsgemäßen - Gebrauchs ist, für den der Vermieter ohnedies ein Entgelt erhält.

**6.2.** Aufgrund des Gesamtzusammenhangs der Mieterschutzbestimmungen ist jedenfalls im Vollenwendungsbereich des MRG eine sachliche Rechtfertigung für eine derartige Abweichung vom dispositiven Recht nicht zu erkennen, zumal die gewöhnliche Abnutzung durch den Mietzins abgegolten ist und andererseits die durch das Ausmalen entstandene Werterhöhung ausschließlich dem Vermieter zugute kommt, der dann einen höheren Mietzins lukrieren kann. Entgegen *Vonkilch* (wobl



2007, 352) besteht auch für eine Einschränkung auf Fälle, in denen der Mietzins „erheblich“ überschritten wird (vgl § 28 MRG), keine Grundlage. Auch zeigt der vorliegende Fall, in dem die Renovierungskosten mehrere tausend Euro betragen, deutlich, dass es sich dabei keineswegs um eine zu vernachlässigende Bagatellgröße handeln würde. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte zudem nach den Feststellungen der Vorinstanzen das Bestandobjekt seinerzeit aufwändig renoviert. Die Verpflichtung zur Ausmalung würde daher sogar zu einer Verbesserung im Vergleich zum ursprünglichen Zustand führen.

**6.3.** Die Beklagte hat sich im erstinstanzlichen Verfahren durch die Behauptung, die diesbezügliche Vertragsbestimmung sei „unwirksam“, mit ausreichender Deutlichkeit auf § 879 Abs 3 ABGB berufen. Zur Berufung auf die Nichtigkeit nach dieser Gesetzesbestimmung reicht nach ständiger Rechtsprechung (7 Ob 586/89 = WBl 1990, 55; 6 Ob 507/95 = *ecolex* 1996, 254 = JBl 1996, 657 = ÖBA 1996, 639 = RdW 1996, 406) und Lehre (vgl nur *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, KSchG § 879 ABGB Rz 98) ein entsprechendes Sachvorbringen aus.

7. Die ursprüngliche, noch während aufrechten Bestandverhältnisses erklärte Ankündigung der Beklagten, sie werde das Bestandobjekt ausgemalt zurückstellen (Beilage ./B), ist - wie die Vorinstanzen im Ergebnis zutreffend erkannten - nicht als konstitutives Anerkenntnis anzusehen, würde ein solches doch voraussetzen, dass damals bereits ein ernsthafter Streit oder Zweifel an der Ausmalverpflichtung bestand (vgl auch 1 Ob 27/01d).

8. Damit erweisen sich die Urteile der Vorinstanzen aber im Ergebnis als frei von Rechtsirrtum, sodass der unbegründeten Revision ein Erfolg zu versagen

war.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 18. September 2009

Dr. P i m m e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: