

# I. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

## Sachregister zum ABGB

### A

- Abgaben 1099
- Abnützung 1111
- Afterbestand 1098
- Anzeige, Unglücksfall 1108
- Aufkündigung 1116f
- Auflösung 1112f
  - Aufkündigung 1116f
  - Untergang 1112
  - Veräußerung 1120f
  - Zeitablauf 1113
- Ausbesserungen 1097
  - Geltendmachung 1097
  - gewöhnliche 1096
  - notwendige 1118f

### B

- Bauführung, nützliche 1118
- Beschädigung 1111
- Bestandsache
  - unbrauchbare 1104, 1107, 1117
  - Untergang 1112
- Bestandstück, mangelhaftes 1096
- Bestandvertrag
  - Begriff 1090
  - Erfordernisse 1092f
  - Erneuerung 1114f
  - Gegenstand 1092f
  - Verlängerung 1114f
  - Wirkung 1094
  - Zustandekommen 1094
- Bestandzins
  - Entrichtung 1092, 1100
  - – Befreiung von der 1096
  - Erlassung 1104ff

- in Früchten 1103
- Rückstand 1118
- Vorausbezahlung 1102

### E

- Eintragung, Grundbuch 1095, 1120f
- Entschädigung für Bauführung 1119
- Erhaltung, brauchbarer Zustand 1096

### G

- Gebrauch, beschränkter 1105
- Gefahrenübernahme 1106
- Gesellschaftsvertrag 1103
- Gesundheitsschädlichkeit 1117

### H

- Haftung, Bestandnehmer für Beschädigung 1111

### I

- Immissionen 364
  - Ersatzpflicht 364a

### K

- Kündigung 1116f

### L

- Lasten 1099

### M

- Miteigentum 828ff
- Mietvertrag, Begriff 1091

### N

- nachteiliger Gebrauch 1118

Neuerrichtung, vermietetes Gebäude  
1118

### P

Pachtvertrag, Begriff 1091  
Pfandrecht 1101  
pfandweise Beschreibung 1101  
Pflichten, Bestandgeber 1096

### R

Rechtsnachfolger des Vermieters 1095

### S

Schadenersatz 1120  
Sittenwidrigkeit 879  
Störung des Bestandnehmers 1096  
Substanzveränderung 828

### T

Tod 1116a

### U

Übergabe in brauchbarem Zustand  
1096  
Unglücksfall 1107f  
Unterbestand 1098  
Untergang 1112  
– zufälliger 1106

### V

Veräußerung 1120f  
– zwangsweise gerichtliche 1121  
Vorausbezahlung, Ersichtlichmachung  
im Grundbuch 1102  
Vorteilsanrechnung 1107

### Z

Zins, s Bestandzins  
Zurückbehaltungsrecht 1101  
Zurückstellung der Bestandsache 1109ff  
zwingendes Recht 1096, 1117

# Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB

JGS 1811/946 idF BGBl I 2021/175

[Auszug]

## Von dem Eigentumsrechte

**§ 364.** (1) Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigentumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden. Im Besonderen haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.

(2) Der Eigentümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.

(3) Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs. 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstückes führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.

### Entscheidungen:

**E 1.** Aus diesen Wesensmerkmalen folgt, dass es sich beim Rechtsverhältnis zwischen den Mit- und Wohnungseigentümern um eine spezielle, gesetzlich ausgestaltete Rechtsbeziehung handelt, die eine wirksame WE-Begründung nach den gesetzlichen Modalitäten voraussetzt. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten der WEer sind Ausfluss dieses besonderen rechtlichen Gefüges und setzen dieses notwendigerweise voraus. Aufgrund dieser sondergesetzlich geregelten Rechtsbeziehungen ist etwa auch der nachbarrechtliche Abwehranspruch nach § 364 Abs 2 ABGB zwischen den WEern nach der Rsp besonders ausgestaltet. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass zwi-

schen den WEern eine den nachbarschaftsrechtlichen Immissionsschutz gestaltende besondere Rechtsbeziehung besteht, zumal sie einander versprochen haben, die ausschließliche Nutzung der WE-Objekte auf der Liegenschaft durch den jeweiligen WEer zu dulden (vgl 9 Ob 13/12 w; 5 Ob 173/15 z). **3 Ob 173/21 v** Zak 2021/661.

**E 2.** Unmittelbare Zuleitungen iSd § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB können „unter allen Umständen“ vom Nachbarn abgewehrt werden, wenn dafür kein besonderer Rechtstitel vorliegt. Damit sind auch unwesentliche bzw (allenfalls) ortsübliche Zuleitungen abwehrfähig (*Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 364 ABGB Rz 185). Zutr hat schon das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass aus den Begriffen „Gase“ und „Luft“ in § 364 Abs 2 Satz 1 und Abs 3 ABGB abzuleiten ist, dass eine unmittelbare Zuleitung sehr wohl auch künstlich herbeigeführte Luftströme zum Gegenstand haben kann (§ 510 Abs 3 ZPO). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass Luft ein natürliches Gasgemisch ist, weil etwa auch die Veränderung von Abflussverhältnissen (1 Ob 92/02 i) oder die Zuleitung von Wasser (1 Ob 42/01 k) unzulässig sein können. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen kann keinem Zweifel unterliegen, dass eine intentionale Zuleitung vorliegt. Dies ergibt sich schon aus der Konstruktion der Anlage im grenznahen Bereich, die einen Luftstrom nach unten auf die Liegenschaft der Kläger bläst, der dort deutlich als Luftzug zu spüren ist. **6 Ob 171/21 x**.

**E 3.** Die Rsp geht im Allgemeinen – iS eines beweglichen Systems – davon aus, dass die Beeinträchtigung der Benutzung umso wesentlicher sein muss, je näher die Immission an der Ortsüblichkeit liegt (8 Ob 128/09 w; 6 Ob 60/20 x). Je mehr schließlich die schädlichen Immissionen auf ein Manko in der Sphäre des Störers zurückzuführen sind, umso weniger kann man Abhilfemaßnahmen durch den Betroffenen im Rahmen der Prüfung der Beeinträchtigung auf ihre Wesentlichkeit als zumutbar ansehen (RIS-Justiz RS0132173). Dabei ist ua darauf Bedacht zu nehmen, ob der Störer den beeinträchtigenden Zustand durch „unsachgemäßes Vorgehen“ geschaffen hat (6 Ob 60/20 x; 6 Ob 247/20 x [ErwG 2.6.]).

Bei Lärmemissionen kommt es nicht bloß auf die objektiv messbare Lautstärke an; zu beachten ist vielmehr auch, ob die Störung häufig und lang andauernd erfolgt. Maßgeblich sind weiters die Tageszeit (RIS-Justiz RS0037203), aber auch die „subjektive Lästigkeit“ des Geräuschs: Dabei ist aber wiederum nicht auf das Empfinden des einzelnen Betroffenen abzustellen, die Lästigkeit ist vielmehr am Empfinden eines durchschnittlichen Bewohners des betroffenen Grundstücks zu messen. Es kommt mit anderen Worten darauf an, ob das Geräusch unabhängig von der Lautstärke aufgrund seiner besonderen Eigenart gemeinhin als störend empfunden wird (vgl RIS-Justiz RS0010557; näher *Th. Aigner*, Über die Bedeutung subjektiver Eigenschaften des Nachbarn bei der Immissionsabwehr, RdU 2016/116;

s aber auch 8 Ob 635/92, wonach dann, wenn von einem Durchschnittsmenschen Erhöhungen bis 5 dB[A] kaum wahrgenommen werden, auch unter Berücksichtigung der Besonderheit des Lärms [in concreto: Tennislärm] eine Erhöhung des Geräuschpegels von mehr als 5 dB[A] vorliegen muss, damit die ortsübliche Benützung wesentlich beeinträchtigt wird). Als nicht nur das ortsübliche Maß überschreitende, sondern zugleich auch die ortsübliche Benützung wesentlich beeinträchtigende Immissionen werden demnach etwa solche angesehen, die die empfindliche Störung der Nachtruhe in einer Wohngegend zur Folge haben (vgl 1 Ob 262/97 d; 5 Ob 219/07 b); das ist in der Regel dann der Fall, wenn normal empfindliche Menschen durch das als lästig empfundene Geräusch in ihrem Ruhe- und Schlafbedürfnis wesentlich gestört werden (s RIS-Justiz RS0037171; 6 Ob 247/20 x [ErwG 2.4.]).

Wäre ein Nachbar verpflichtet, die Unwesentlichkeit der Immissionen dadurch zu bewirken, dass er selbst seinerseits (schützende) Maßnahmen gegen die von der Nachbarliegenschaft ausgehenden Immissionen setzen müsste, würde dies darauf hinauslaufen, dass der Störer den Nachbarn zu Verhaltensänderungen zwingen kann (*Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 364 ABGB Rz 238, 219 jeweils mwN). **6 Ob 171/21 x.**

**E 4.** Die in § 364 Abs 2 ABGB gebrauchten Ausdrücke „örtlich“ und „ortsüblich“ sind nicht in dem Sinne zu verstehen, dass es auf die Verhältnisse innerhalb der gesamten politischen Gemeinde ankomme. Maßgebend sind vielmehr die Lage des beeinträchtigten Grundstücks zu dem, von dem die Störung ausgeht, und die Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften (RIS-Justiz RS0010678 [T2]; RS0010653 [T3]). Beim Lokal „S\*\*\*\*\*“ handelt es sich nach den Feststellungen um das einzige Lokal im näheren Umkreis des Hauses der Klägerin, das nach Mitternacht noch geöffnet hat. Solche Lokale sind „erst wieder in der S\*\*\*\*\* Hauptstraße angesiedelt“. Zumal es sich beim Lokal „S\*\*\*\*\*“ auch um keinen Betrieb handelt, der – vergleichbar einer Bahnanlage, einem industriellen Großbetrieb, einem Sportstadion oder einer großen Gondelbahn – den Charakter eines Raumes allein zu prägen im Stande ist (vgl 8 Ob 61/19 g [Pkt 2.2.] mwN RdU 2020/26 [*Kerschner*]), gingen die Vorinstanzen zu Recht von keiner durch Nachtgastronomie geprägten Örtlichkeit aus. **3 Ob 76/21 d.**

**E 5.** Da ein Gastbetrieb den Nutzen aus dem Kundenverkehr zieht, müssen sich der Eigentümer des betreffenden Grundstücks und auch der Mieter (oder Pächter) des darauf betriebenen Lokals den Lärm zurechnen lassen, den die Gäste, wenngleich außerhalb des Lokals, so doch im Rahmen des Zutritts zu diesem oder von dessen Verlassen, verursachen (vgl 3 Ob 2413/96 s RdU 1997/42 [zust *Wagner*]; RIS-Justiz RS0106885; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 364 Rz 6). Dies gilt genauso, wenn die Gäste im Nahebereich des Lokals urinieren oder auf andere Weise eine

Nachbarliegenschaft verschmutzen (vgl 1 Ob 196/00f RdU 2001/59 [zust *Kerschner*]). Geeignete Maßnahmen, die einen Lokalbetreiber in die Lage versetzen, zu verhindern, dass seine Gäste außerhalb des Lokals durch Lärm oder Verunreinigungen Nachbarliegenschaften beeinträchtigen, sodass er als mittelbarer Störer iSd § 364 Abs 2 ABGB verantwortlich ist, sind etwa die Verweigerung des Ausschanks alkoholischer Getränke oder die Androhung bzw Verhängung von Lokalverboten (1 Ob 196/00f). Beim das Lokal nicht selbst betreibenden Liegenschaftseigentümer wird die Möglichkeit zur Verhinderung von mit dem Lokalbetrieb einhergehenden Immissionen der geschilderten Art darin erblickt, dass das Lokal – zB aufgrund einer Verpachtung – mit seiner Zustimmung am Grundstück betrieben wird (7 Ob 327/98h; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 364 Rz 298). **3 Ob 76/21d.**

**E 6.** Ein auf § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB gestützter Unterlassungsanspruch ist nach der Rsp des OGH dann nicht berechtigt, wenn sich eine willkürliche Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse (also eine „Veranstaltung“ iSd zu 1.1. dargestellten Judikatur), durch die es zu einer unmittelbaren Zuleitung auf das Nachbargrundstück kommt, auf dieses nur geringfügig auswirkt und dies kein vernünftiger Mensch als nennenswerten Nachteil ansähe (vgl RIS-Justiz RS0121625; RS0107625 [T6]; grundsätzlich zustimmend auch *Kerschner*, RdU 2007/15, Glosse zu 1 Ob 169/06 v). Unmittelbare Einwirkungen mit nur geringfügigen Auswirkungen auf das betroffene Grundstück können demnach nicht mit Unterlassungsklage (Eigentumsfreiheitsklage) abgewehrt werden (10 Ob 45/14m). **1 Ob 27/21h** RdU 2021/99 (*Kerschner*).

**E 7.** Dass sehr wohl auch in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden, in der die Immission von einem Betrieb der Anlage unter Missachtung einer behördlichen Auflage ausgeht, das nachbarrechtliche Untersagungsrecht nicht schon alleine aufgrund des Verstoßes gegen die öffentlich-rechtliche Anordnung zustehen soll, sondern nur unter den in § 364 Abs 2 ABGB festgelegten Voraussetzungen, hat der OGH bereits in den E 6 Ob 291/99h und 1 Ob 239/14z ausdrücklich festgehalten. Insoweit ist das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Grundsatz, wonach der Verstoß gegen öffentliches Recht nicht schon einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch begründet (vgl 3 Ob 578/87; 2 Ob 13/97v; 7 Ob 192/09z; s auch RIS-Justiz RS0010484; *Winner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 364 Rz 40; *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 364 Rz 18; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 364 Rz 18), nicht für individuell-konkrete Anordnungen wie behördliche Auflagen gelte.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich die angesprochene Indizwirkung öffentlich-rechtlich angeordneter (Betriebs-)Ruhezeiten nur auf die Orts(un)üblichkeit der Störung beziehen kann, nicht aber auch auf das

nach § 364 Abs 2 ABGB hinzutretende Kriterium der Nutzungsbeeinträchtigung des betroffenen Grundstücks. Dabei ist nämlich nicht auf die Lärmemission, sondern auf die Immission abzustellen, also auf die konkreten Auswirkungen des Lärms auf das beeinträchtigte Grundstück; diese sind naturgemäß je nach Lage des Grundes und Entfernung von der Lärmquelle unterschiedlich stark, sodass dem Lärmschutz dienende öffentlich-rechtliche Anordnungen für die Frage der Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung eines einzelnen Grundstücks von vornherein keine Aussagekraft haben können. **6 Ob 247/20x.**

**E 8.** Der Drittbeklagten kann aber die von der Haushälfte des Erst- und Zweitbeklagten ausgehende Zuleitung von Wasser bzw Feuchtigkeit auch nicht allein aufgrund ihrer Eigenschaft als Mitbewohnerin zugerechnet werden. Die nicht von ihr selbst verursachte Störung könnte ihr nach § 364 Abs 2 ABGB und/oder § 523 ABGB nur zugerechnet werden, wenn für sie die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit bestünde, die störenden Handlungen Dritter zu steuern und gegebenenfalls zu verhindern. Die Drittbeklagte ist nicht Eigentümerpartnerin des WE-Objekts. Es liegt offenbar bloß ein familienrechtliches Wohnverhältnis vor, das der Drittbeklagten keinerlei Befugnis verschafft, den WEern ein bestimmtes Verhalten aufzuerlegen oder selbst Verwaltungsmaßnahmen in Bezug auf das WE-Objekt zu setzen. **5 Ob 22/21b** immo aktuell 2021/39 (Höllwerth).

**E 9.** Die Haftung nach § 1318 ABGB besteht zwar auch für gefährlich „verwahrtes“ Wasser (RIS-Justiz RS0111412; RS0029703). Das bedeutet aber nicht, dass grundsätzlich für jeden Wassereintritt eine Haftung gegeben wäre. Die Haftung setzt vielmehr bestimmte Umstände voraus, die auf die mögliche Gefahr eines Wasseraustritts hinweisen, was nach den Gegebenheiten des Einzelfalls zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0029837 [T4]). Es bedarf daher der Feststellung einer Schadensursache, um überhaupt beurteilen zu können, ob aufgrund von Gefahrenmomenten der Schadenseintritt wahrscheinlich war. Kann – wie hier – nicht festgestellt werden, weshalb Wasser von der Haushälfte des Erst- und Zweitbeklagten in die Haushälfte der Kläger gelangt, ist eine Haftung nach § 1318 ABGB schon deshalb zu verneinen, weil eine gefährliche „Verwahrung“ von Wasser gerade nicht nachgewiesen wurde. **5 Ob 22/21b** immo aktuell 2021/39 (Höllwerth).

### Literatur:

*Isci*, Aktuelle Entwicklungen im Nachbarrecht, Zak 2021/365

*Kerschner*, Unterlassungsklage wegen Immissionen eines Nachtllokals Jahre nach Eröffnung, wobl 2021/146

*Palma*, Grillen am Flussufer: mittelbarer Störer und Gemeingebrauch, immolex 2021/165

**§ 364 a.** Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß überschreitenden Weise verursacht, so ist der Grundbesitzer nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, auch wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde.

#### Entscheidungen:

**E 1.** Dass sehr wohl auch in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden, in der die Immission von einem Betrieb der Anlage unter Missachtung einer behördlichen Auflage ausgeht, das nachbarrechtliche Untersagungsrecht nicht schon alleine aufgrund des Verstoßes gegen die öffentlich-rechtliche Anordnung zustehen soll, sondern nur unter den in § 364 Abs 2 ABGB festgelegten Voraussetzungen, hat der OGH bereits in den E 6 Ob 291/99 h und 1 Ob 239/14 z ausdrücklich festgehalten. Insoweit ist das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Grundsatz, wonach der Verstoß gegen öffentliches Recht nicht schon einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch begründet (vgl 3 Ob 578/87; 2 Ob 13/97 v; 7 Ob 192/09 z; s auch RIS-Justiz RS0010484; *Winner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 364 Rz 40; *Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 364 Rz 18; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 364 Rz 18), nicht für individuell-konkrete Anordnungen wie behördliche Auflagen gelte.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich die angesprochene Indizwirkung öffentlich-rechtlich angeordneter (Betriebs-)Ruhezeiten nur auf die Orts(un)üblichkeit der Störung beziehen kann, nicht aber auch auf das nach § 364 Abs 2 ABGB hinzutretende Kriterium der Nutzungsbeeinträchtigung des betroffenen Grundstücks. Dabei ist nämlich nicht auf die Lärmemission, sondern auf die Immission abzustellen, also auf die konkreten Auswirkungen des Lärms auf das beeinträchtigte Grundstück; diese sind naturgemäß je nach Lage des Grundes und Entfernung von der Lärmquelle unterschiedlich stark, sodass dem Lärmschutz dienende öffentlich-rechtliche Anordnungen für die Frage der Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung eines einzelnen Grundstücks von vornherein keine Aussagekraft haben können. **6 Ob 247/20 x.**

**E 2.** Dagegen ist eine Haftung nach §§ 364 b iVm 364 a ABGB für Substanzschäden am Gebäude nach der jüngeren Rsp nur dann ausgeschlossen, wenn die Schäden am Gebäude auch auf Baugebrechen zurückzuführen sind, die schon als solche, also unabhängig von der Einwirkung vom Nachbargrund, wegen der Gefährdung von Personen oder Sachen zu einem Einschreiten der Baubehörde führen müssten (2 Ob 1/19 i [ErwGr 3.4.]). In diesem Fall können Schäden, die (auch) auf einer Einwirkung vom Nach-



bargrund beruhen, nämlich nicht mehr als typische und damit kalkulierbare Folge dieser Einwirkung angesehen werden; die Adäquanz der Schadensverursachung ist zu verneinen (2 Ob 1/19 i [Pkt 3.3.] zu einer Haftung nach § 364 a ABGB). Eine bloße Konsenswidrigkeit des Gebäudes schließt einen Ersatzanspruch somit nicht aus, weil mit solchen Mängeln schon nach allgemeiner Lebenserfahrung zu rechnen ist. Würde man auf die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen regionalen Bauordnungen abstellen, führte dies zum Ergebnis, dass die Ersatzpflicht nach §§ 364 b iVm 364 a ABGB je nach Bundesland unterschiedlich zu beurteilen wäre (2 Ob 1/19 i [Pkt 3.3.] zu einer Haftung nach § 364 a ABGB). **6 Ob 8/21 a** Zak 2021/417 = EvBl-LS 2021/138.

**E 3.** Der Enteignete kann (entgegen der E 7 Ob 39/13 f) Schadenersatz für unter § 364 a ABGB fallende zu duldende Immissionen im Rahmen des außerstreitigen Entschädigungsverfahrens geltend machen. **6 Ob 108/20 f** RdU 2021/77 (*Wagner*) = *Kerschner*, SV 2021, 113 (Rechtsprechungsübersicht).

### Gemeinschaftliche Rechte der Theilhaber

**§ 828.** (1) So lange alle Theilhaber einverstanden sind, stellen sie nur Eine Person vor, und haben das Recht, mit der gemeinschaftlichen Sache nach Belieben zu schalten. Sobald sie uneinig sind, kann kein Theilhaber in der gemeinschaftlichen Sache eine Veränderung vernehmen, wodurch über den Anteil des Andern verfügt würde.

(2) Eine gerichtliche oder vertraglich vereinbarte Benützungsregelung zwischen den Theilhabern einer unbeweglichen Sache wirkt auch für deren Rechtsnachfolger, wenn sie im Grundbuch angemerkt ist.

#### Literatur:

*Kothbauer*, Zu anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen im Wohnungseigentum, *immolex* 2021/39

*Richter*, Keine Störung des Gebrauchs, wenn nicht konkret ein Gebrauchswunsch geäußert wird, *immolex* 2021/29

*Walch*, Wunsch eines Miteigentümers, die gemeinschaftliche Sache zu vermieten, *wobl* 2021/89

### Rechte des Theilhabers auf seinen Anteil.

**§ 829.** Jeder Theilhaber ist vollständiger Eigenthümer seines Antheiles. In so fern er die Rechte seiner Mitgenossen nicht verletzt, kann er denselben, oder die Nutzungen davon willkürlich und unabhängig verpfänden, vermachen, oder sonst veräußern (§. 361).

**§ 830.** Jeder Theilhaber ist befugt, auf Ablegung der Rechnung und auf Vertheilung des Ertrages zu dringen. Er kann in der Regel auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen; doch nicht zur Unzeit, oder zum Nachtheile der Uebrigen. Er muß sich daher einen, den Umständen angemessenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen.

#### Entscheidungen:

**E 1.** Die Begründung von WE gilt als Sonderform der Realteilung (RIS-Justiz RS0106352; RS0013236 [T2]). Die Realteilung geht der Zivilteilung grundsätzlich vor (§ 843 ABGB; RIS-Justiz RS0013236). Die Frage der Möglichkeit und Tunlichkeit einer Realteilung ist immer eine Einzelfallbeurteilung, die nur bei einer groben Überschreitung des Ermessensspielraums eine erhebliche Rechtsfrage begründet (5 Ob 198/19g mwN). Das ist hier nicht der Fall. Die Realteilung ist unmöglich, wenn sie zu einer beträchtlichen Wertminderung der geteilten Sache im Vergleich zur ungeteilten Sache führt (RIS-Justiz RS0110440; RS0013831; RS0013852). In der Rsp wurde eine Verringerung des Verkehrswerts der ungeteilten Liegenschaft um 41% (5 Ob 61/04p) oder 15% (5 Ob 132/11 i mwN) als beträchtlich angesehen, eine Wertminderung von 5,28% (6 Ob 712/87) hingegen als geringfügig. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, eine Wertdifferenz von 11,76% hindere die Realteilung nicht, hält sich im Rahmen des Ermessensspielraums. Anzu merken ist, dass die Begründung von WE an den vorhandenen 40 wohnungseigentumstauglichen Bestandsobjekten keine Umbaumaßnahmen erfordert und insoweit kein Teilungshindernis durch unverhältnismäßig hohe Teilungskosten in Betracht kommt. Bei einer Realteilung (auch) durch Begründung von WE hat jeder Miteigentümer einen Teil von annähernd gleicher Beschaffenheit und gleichem Wert zu erhalten (5 Ob 198/19g mwN). Ein unverhältnismäßig hoher Wertausgleich hindert die Teilung nicht, wenn die von einer Anteilminderung betroffenen Miteigentümer auf eine Ausgleichszahlung verzichten oder mit der Minderung ihrer Anteile einverstanden sind (5 Ob 93/10b; 5 Ob 103/17h; RIS-Justiz RS0126365). **5 Ob 109/21x.**

**E 2.** Die Kläger haben gemeinsam mit der vormaligen Hälfteeigentümerin, der Zweitbeklagten, und den Dritt- bis Sechstbeklagten die nach Treu und Glauben bestehende Verpflichtung der Miteigentümer zur gegenseitigen Rücksichtnahme (vgl RIS-Justiz RS0013246; RS0013283) deshalb verletzt, weil sie den Verkauf von Liegenschaftsanteilen der Zweitbeklagten an die Kläger und die Dritt- bis Sechstbeklagten beschlossen, um der Erstbeklagten bei einer Teilungsklage die Möglichkeit des Einwands der möglichen Realteilung durch Begründung von WE zu nehmen. **5 Ob 26/21s.**

**E 3.** Die Realteilung hat nach stRsp (RIS-Justiz RS0013236) gesetzlichen Vorrang vor der Zivilteilung, die somit nur dann in Betracht kommt, wenn eine Naturalteilung nicht möglich ist. Die Aufhebung der EigG durch Begründung von WE ist dabei als Sonderform der Naturalteilung anzusehen (RIS-Justiz RS0106351). Aufgrund der Vorrangigkeit (auch) der Begründung von WE gegenüber dem Zivilteilungsbegehren, hängt dessen Berechtigung davon ab, ob WE begründet werden kann (RIS-Justiz RS0013236 [T7]). **5 Ob 26/21 s.**

**E 4.** Die Vorinstanzen stützten sich vielmehr auf die höchstgerichtliche Rsp (RIS-Justiz RS0013322), wonach in Einzelfällen ein von krass ungleichen Interessenlagen ausgehendes, in seinen Auswirkungen mit einer eklatanten vermögensrechtlichen Benachteiligung des beklagten Mitteilhabers verbundenes Teilungsbegehren aufgrund des Verstoßes gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben als Teilungshindernis anzuerkennen ist (vgl auch *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 830 Rz 28; *Sprohar/Heimlich* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 830 Rz 57, 111). In diesen Einzelfällen kommt dem Grundsatz, dass als Teilungshindernis nur vorübergehende Umstände in Betracht kommen, die bald wegfallen oder beseitigt werden können (RIS-Justiz RS0013287), während dauernde oder nicht zu beseitigende Nachteile, die durch die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft unter allen Umständen eintreten müssen, dem Teilungsbegehren nicht mit Erfolg entgegengesetzt werden können (RIS-Justiz RS0013336), nur untergeordnete Bedeutung zu. Ungeachtet der Unbedingtheit des Teilungsanspruchs kann im Einzelfall der allgemeine Einwand der treuwidrigen Rechtsausübung, der im Teilungshindernis des Nachteils einen praktischen Anwendungsfall findet, dem Teilungsbegehren daher mit Erfolg entgegengehalten werden (vgl *Sprohar/Heimlich* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 830 ABGB Rz 14). **5 Ob 21/21 s.**

#### Literatur:

*Häublein*, Miteigentum: Verzicht auf Teilungsanspruch durch konkludente Fortsetzungsvereinbarung aufgrund einer einvernehmlichen Sachwidmung, wobl 2021/148

*Knoll*, Dereliktion von Miteigentumsanteilen: Herrenlosigkeit nicht verbücherrungsfähig und Aneignung nicht möglich, wobl 2021/13

*Knoll*, Zur Ausschließungsklage in der Miteigentumsgemeinschaft des ABGB, wobl 2021, 329

**§ 831.** Hat sich ein Theilhaber zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbunden, so kann er zwar vor Verlauf der Zeit nicht austreten; allein diese Verbindlichkeit wird, wie andere Verbindlichkeiten, aufgehoben, und er-

streckt sich nicht auf die Erben, wenn diese nicht selbst dazu eingewilliget haben.

**Entscheidung:**

**E 1.** Die Teilhaber einer Gemeinschaft können verbindlich eine Vereinbarung über die Fortsetzung der Gemeinschaft eingehen (RIS-Justiz RS0013344 [T4]) und damit auf die Geltendmachung des Teilungsanspruchs verzichten (5 Ob 99/20 z). Eine Fortsetzungsvereinbarung iSd § 831 ABGB kann nicht nur ausdrücklich getroffen werden, sondern auch stillschweigend durch schlüssige Handlung iSd § 863 Abs 1 ABGB zustande kommen (5 Ob 99/20 z; RIS-Justiz RS0013344 [T3]; RS0013372 [T1]). Eine solche rechtsgeschäftliche Beschränkung des Teilungsanspruchs braucht also nicht ausdrücklich vereinbart zu sein, sie kann auch in einer einvernehmlichen Sachwidmung liegen (RIS-Justiz RS0013370; vgl auch RS0047405; RS0013349; RS0013358). Die Sachwidmung ist von einer Benützungsvereinbarung zu unterscheiden, die nach der Rsp des OGH nicht als schlüssige Fortsetzungsvereinbarung iSd § 831 ABGB zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0013368). Eine Benützungsvereinbarung bewirkt die Umgestaltung allgemeiner Gebrauchsbefugnisse eines Miteigentümers in Sondernutzungsrechte an bestimmten Sachteilen (RIS-Justiz RS0029352). **5 Ob 87/20 k** Zak 2021/85 = immolex 2021/87 (*Palma*) = ImmoZak 2021/30 (*Lutschounig*).

**§ 832.** Auch die Anordnung eines Dritten, wodurch eine Sache zur Gemeinschaft bestimmt wird, muß zwar von den ersten Theilhabern, nicht auch von ihren Erben befolgt werden. Eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen.

**Rechte der Theilhaber in der gemeinschaftlichen Sache:****a) In Rücksicht des Hauptstammes;**

**§ 833.** Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Theilhabern insgesamt zu. In Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Theilnehmer gezählt werden.

**§ 834.** Bey wichtigen Veränderungen aber, welche zur Erhaltung oder bessern Benützung des Hauptstammes vorgeschlagen werden, können die Ueberstimmten Sicherstellung für künftigen Schaden; oder, wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen.

**Entscheidungen:**

**E 1.** § 835 ABGB ist unabhängig davon, ob es sich um eine Maßnahme der ordentlichen (§ 833 ABGB) oder der außerordentlichen (§ 834 ABGB) Verwaltung handelt, jedenfalls dann anzuwenden, wenn Uneinigkeit in Form einer Stimmengleichheit besteht (RIS-Justiz RS0013393 [T2]; RS0013734); in Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung nur soweit, als dies nötig ist, die sonst bei Stimmengleichheit unlösbare Pattstellung zu beheben (RIS-Justiz RS0013734 [T2]; vgl. RS0013413; *H. Böhm/Palma in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>1,02</sup> § 835 Rz 18 mwN). Bei Uneinigkeit zweier Hälfteigentümer ist daher immer die Entscheidung des Außerstreitrichters notwendig (10 Ob 57/17 f ua). **8 Ob 41/21 v** immolex 2021/157 (*Klein*).

**E 2.** Der Abschluss eines Mietvertrags mit einem Dritten ist eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung (RIS-Justiz RS0013564), sofern er auf ortsübliche Zeit und zu ortsüblichen Bedingungen erfolgt (RIS-Justiz RS0013564 [T9]). Die ordentliche Verwaltung des gemeinschaftlichen Objekts durch die Mehrheit hat aber auch die Interessen der überstimmten Minderheit einzubeziehen (RIS-Justiz RS0013561). Der Abschluss eines Mietvertrags, der gegen die nicht nur den Mehrheitseigentümern, sondern auch dem daher nicht schutzwürdigen Mieter bekannten Interessen des Minderheitseigentümers verstößt, ist daher eine außerordentliche Verwaltungsmaßnahme iS einer wichtigen Veränderung nach § 834 ABGB (RIS-Justiz RS0013589; vgl. auch RS0013584). Dieser – nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmenden (RIS-Justiz RS0013564 [T11]) – Abgrenzung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung sind wirtschaftliche Gesichtspunkte zugrunde zu legen (1 Ob 242/98 i mwN). **5 Ob 218/20 z.**

**E 3.** Wichtige Veränderungen iSd § 834 ABGB können gegen den Willen der Minderheitseigentümer nur nach Einhaltung der Vorschriften des § 835 ABGB vorgenommen werden. Das betrifft auch Verträge mit dritten Personen (RIS-Justiz RS0013692). Wenn eine wichtige Veränderung vorliegt und den Miteigentümern das gebührende Gehör verweigert wurde, liegt kein wirksamer Beschluss der Mehrheit vor. Das führt dazu, dass bis zu einer Genehmigung durch den Außerstreitrichter der Mehrheitsbeschluss nicht durchgeführt werden darf. Diese Unwirksamkeit wirkt auch gegenüber dem Dritten und macht den mit ihm geschlossenen Vertrag ungültig (RIS-Justiz RS0013692 [T7, T8]). **5 Ob 218/20 z.**

**E 4.** Die Einräumung des Rechts zur Untervermietung ist für sich allein noch keine Maßnahme der außergewöhnlichen Verwaltung (1 Ob 242/98 i). Anders als in dem der E 1 Ob 242/98 i zugrundeliegenden Sachverhalt wurde hier zwar ein Untervermietrecht eingeräumt, jedoch nicht die Untervermietung auch gegen unverhältnismäßig hohes Entgelt gestattet. Der Mietvertrag enthält zwar einen Verzicht auf die Kündigungsgründe gem

§ 30 Abs 2 Z 4, 6, 8 und 12 MRG. Dieser Verzicht wurde jedoch auf fünf Jahre befristet. Das Weitergaberecht wurde jeweils nur einmal und lediglich befristet auf die Dauer von zehn Jahren eingeräumt. Auch darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu dem der E 1 Ob 242/98i zugrundeliegenden Sachverhalt. **6 Ob 232/20s** ecolex 2021/277.

**Literatur:**

*Klein*, Richterliche Genehmigung einer außerordentlichen Verwaltungsmaßnahme, immolex 2021/157

**§ 835.** Wollen sie nicht austreten; oder geschähe der Austritt zur Unzeit; so soll das Los, ein Schiedsmann, oder, wofern sie sich darüber nicht einhellig vereinigen, der Richter entscheiden, ob die Veränderung unbedingt oder gegen Sicherstellung Statt finden soll oder nicht. Diese Arten der Entscheidung treten auch bey gleichen Stimmen der Mitglieder ein.

**Entscheidungen:**

**E 1.** § 835 ABGB ist unabhängig davon, ob es sich um eine Maßnahme der ordentlichen (§ 833 ABGB) oder der außerordentlichen (§ 834 ABGB) Verwaltung handelt, jedenfalls dann anzuwenden, wenn Uneinigkeit in Form einer Stimmengleichheit besteht (RIS-Justiz RS0013393 [T2]; RS0013734); in Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung nur soweit, als dies nötig ist, die sonst bei Stimmengleichheit unlösbare Pattstellung zu beheben (RIS-Justiz RS0013734 [T2]; vgl RS0013413; *H. Böhm/Palma* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 835 Rz 18 mwN). Bei Uneinigkeit zweier Hälfteigentümer ist daher immer die Entscheidung des Außerstreitrichters notwendig (10 Ob 57/17f ua). **8 Ob 41/21v** immolex 2021/157 (*Klein*). Siehe E 1 zu § 834 ABGB.

**E 2.** Nach stRsp hat der Außerstreitrichter nach § 835 ABGB eine wichtige Veränderung zu genehmigen, wenn sie offenbar (also eindeutig) vorteilhaft ist. Ob dies der Fall ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls und vom Standpunkt der Gesamtheit aller Miteigentümer zu beurteilen (RIS-Justiz RS0013703; RS0013440). Der Beschluss des Außerstreitrichters ist eine im Wesentlichen von Billigkeitserwägungen getragene Ermessensentscheidung (RIS-Justiz RS0013650 [T2]). **8 Ob 41/21v** immolex 2021/157 (*Klein*).

**Literatur:**

*Fuchs/Walch*, Abberufung des als Verwalter tätigen Miteigentümers durch die Minderheit; Stimmrecht des schlichten Miteigentümers, wobl 2021/108  
*Jenewein*, Wechsel der Parteistellung im Außerstreitverfahren, immolex 2021/30

*Klein*, Richterliche Genehmigung einer außerordentlichen Verwaltungsmaßnahme, immolex 2021/157

*Lindinger*, Bindungswirkung einer gerichtlichen Benützungsregelung, immolex 2021/110

**§ 836.** Ist ein Verwalter der gemeinschaftlichen Sachen zu bestellen; so entscheidet über dessen Auswahl die Mehrheit der Stimmen, und in deren Abgang der Richter.

#### Literatur:

*Fuchs/Walch*, Abberufung des als Verwalter tätigen Miteigentümers durch die Minderheit; Stimmrecht des schlichten Miteigentümers, wobl 2021/108

*Jenewein*, Abberufung eines verwaltenden Miteigentümers, immolex 2021/52

**§ 837.** Der Verwalter des gemeinschaftlichen Gutes wird als ein Machthaber angesehen. Er ist einerseits verbunden, ordentliche Rechnung abzulegen; andererseits aber befugt, alle nützlich gemachte Auslagen in Abrechnung zu bringen. Dieses gilt auch in dem Falle, daß ein Theilgenosse ein gemeinschaftliches Gut ohne Auftrag der übrigen Theilnehmer verwaltet.

**§ 838.** Wird die Verwaltung Mehrern überlassen; so entscheidet auch unter ihnen die Mehrheit der Stimmen.

**§ 838 a.** Streitigkeiten zwischen den Teilhabern über die mit der Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten sind im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden.

#### Entscheidungen:

**E 1.** Allen übrigen Miteigentümern gemeinsam steht gegen den verwaltenden Miteigentümer allerdings ein Abberufungsantrag aus wichtigem Grund zu. Die Abberufung ist als Streitigkeit im Zusammenhang mit der Verwaltung iSd § 838 a ABGB im außerstreitigen Rechtsweg geltend zu machen. Miteigentümer, die nicht als Mitantragsteller auftreten wollen, sind als Mitantragsgegner in das Verfahren einzubeziehen und auf Duldung der geltend gemachten Rechtsgestaltung in Anspruch zu nehmen (RIS-Justiz RS0133288). **5 Ob 189/20k** immo aktuell 2021/23 (*Höllwerth*).

**E 2.** Streitigkeiten zwischen den Teilhabern über die mit der Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten sind auch dann nach § 838 a ABGB im Ver-

fahren außer Streitsachen zu entscheiden, wenn der Auseinandersetzung eine Vereinbarung der Miteigentümer oder eine Benützungsregelung zugrunde liegt (vgl. RIS-Justiz RS0013563 [T15, T17, T20, T23]; RS0132879). **4 Ob 28/21b** immolex 2021/110 (*Lindinger*) = ImmoZak 2021/40 (*Sommer*).

**Literatur:**

*Fuchs/Walch*, Abberufung des als Verwalter tätigen Miteigentümers durch die Minderheit; Stimmrecht des schlichten Miteigentümers, wobl 2021/108  
*Jenewein*, Abberufung eines verwaltenden Miteigentümers, immolex 2021/52  
*Walch*, Wunsch eines Miteigentümers, die gemeinschaftliche Sache zu vermieten, wobl 2021/89

## Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt

### Erfordernisse eines gültigen Vertrages

**§ 879.** (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

1. wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;

1 a. wenn etwas für die Vermittlung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bedungen wird;

2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich löst oder sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen läßt, der der Partei zuerkannt wird;

3. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, die man von einer dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird;

4. wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.

(3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

### Entscheidungen:

**E 1.** Die Klägerin als Mieterin errichtete mit Zustimmung der Beklagten als Vermieterin auf eigene Kosten einen rund 40m<sup>2</sup> großen Zubau zu ihrem



Mietobjekt. Mit der diesen Zubau regelnden nachträglichen Ergänzung zum Mietvertrag vereinbarten die Streitteile (ua) eine der Nutzflächenvergrößerung entsprechende Erhöhung des Hauptmietzinses. Die Klägerin begehrt nunmehr die Rückzahlung des unter Vorbehalt geleisteten erhöhten Mietzinses und die Feststellung, dass die Klausel über die Verpflichtung zur Zahlung eines Hauptmietzinses von monatlich 482,46 EUR ab 1. 4. 2013 unwirksam sei. Sie stützt sich erkennbar auf das Vorliegen von Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB und von gröblicher Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die Vorinstanzen haben das Vorliegen von Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB vertretbar verneint: Der OGH hat im Verfahren über die Anträge der Klägerin nach § 37 Abs 1 Z 8 und 14 MRG iVm §§ 16 und 27 MRG die Beurteilung der Vorinstanzen, wonach die auch im vorliegenden Verfahren strittige, die Erhöhung des Hauptmietzinses regelnde Vereinbarung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehe und auch nicht sittenwidrig und daher nicht nach § 27 Abs 1 Z 5 MRG verboten sei, als nicht korrekturbedürftig angesehen. Er betonte, dass sich die Mieterin zwar zu einer umfassenden Schad- und Klagloshaltung der Vermieterin verpflichtet und auf Ersatzansprüche verzichtet habe, allerdings von keiner Zwangssituation der Mieterin auszugehen sei. **2 Ob 109/21 z** Zak 2021/569.

**E 2.** Unter die Ausnahme des § 879 Abs 3 ABGB fallen daher nur die in § 885 ABGB genannten „Hauptpunkte“, also diejenigen Bestandteile eines Vertrags, die die Parteien vereinbaren müssen, damit überhaupt ein hinreichend bestimmter Vertrag (§ 869 ABGB) zustande kommt. Nicht jede Vertragsbestimmung, die die Leistung oder das Entgelt betrifft, ist damit von der Inhaltskontrolle ausgenommen, sondern lediglich die individuelle ziffernmäßige Umschreibung der Hauptleistungen (RIS-Justiz RS0016908 [T5]). Kontrollfähig bleiben hingegen allgemeine Umschreibungen, welche zB weitere Details der Preisberechnung betreffen (RIS-Justiz RS0016908 [T32]; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 Rz 288 mwN) oder Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln (6 Ob 212/09 h). Nach der Rsp sollen überdies Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, ebenfalls der Inhaltskontrolle unterliegen (RIS-Justiz RS0016908 [T6, T8]). **3 Ob 202/20 g** VbR 2021/31 = Zak 2021/126.

**E 3.** Nach dem dispositivem Recht haftet ein Verbraucher seinem Vertragspartner nicht für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten Dritter gegenüber diesem Vertragspartner. Die in der Klausel vorgesehenen Abweichungen vom dispositiven Recht bedürfen daher – wie aufgezeigt – einer sachlichen Rechtfertigung. Eine solche liegt hier nicht vor. Dabei ist va zu berücksichtigen, dass der Zuschlag pauschal verrechnet wird und die Beklagte davon auch dann profitiert, wenn sie keinen Ausfall erleidet. Dem Zuschlag für einen potentiellen Ausfall steht keine Gegenleistung der Beklagten gegenüber. **3 Ob 202/20 g** VbR 2021/31 = Zak 2021/126.

**E 4.** Das Berufungsgericht hat die Interessen beider Parteien abgewogen. Dabei gelangte es mit nicht zu beanstandender Begründung zum Ergebnis, dass der fünfjährige Kündigungsverzicht den Kläger erheblich in seiner Lebensplanung beschränkt und lediglich der beklagten Vermieterin Planungsicherheit bietet, weshalb es den Kündigungsverzicht als gröblich benachteiligend (iSd § 879 Abs 3 ABGB) und folglich unwirksam einstufte. Das Berufungsgericht hat ebensowenig korrekturbedürftig dargelegt, dass die Interessenabwägung auch in Hinsicht auf die vereinbarte Kündigungsfrist von einem Jahr zum Quartalsende zu Gunsten des Klägers ausfällt und gleichfalls hier eine gröbliche Benachteiligung (iSd § 879 Abs 3 ABGB) und somit Unwirksamkeit der betreffenden Klausel vorliegt. **8 Ob 94/21 p** Zak 2021/667.

**E 5. Klauselentscheidung Mietvertrag!** Die Beklagte wirft folgende drei Themenkreise ausdrücklich als erhebliche Rechtsfrage auf:

Es stelle sich die Frage, ob es im Teilanwendungsbereich des MRG tatsächlich gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB sei, wenn mit einer Klausel vereinbart werde, dass bestimmte Versicherungsprämien Teil der vom Mieter geschuldeten Betriebskosten sind.

Eine weitere erhebliche Rechtsfrage liege darin begründet, ob die Vereinbarung, dass Wohnungen vertragsmäßig zu Wohnzwecken vermietet werden, sowohl iSd § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend als auch iSd § 6 Abs 3 KSchG intransparent sei.

Schließlich sei es eine erhebliche Rechtsfrage, den Bereich der (unzulässigen) geltungserhaltenden Reduktion einer Klausel von der Frage abzugrenzen, ob ein Inhalt von bestimmten AGB rechtlich als „Zusammenziehung“ mehrerer Klauseln zu werten sei, sodass die bloße Rechtswidrigkeit eines Teils dieses Vertragspunkts nicht auch den restlichen Teil dieses Vertragspunkts mit Unzulässigkeit seiner Verwendung gleichsam „infiziert“; dies mit der Konsequenz, dass der fragliche Vertragspunkt bezüglich seiner rechtlichen Beurteilung eben zu „teilen“ sei und dann gegebenenfalls auch nur ein teilweiser Unterlassungsanspruch der Klägerin bestehe. **4 Ob 106/21 y** wobl 2021/119 (*Riss*).

#### Literatur:

*Prader/Walzel von Wiesentreu*, Die wohnungseigentumsrechtliche Widmung im Spannungsfeld öffentlich-rechtlicher Vorgaben und des WEG/BTVG, *immolex* 2021/6

*Riss*, Neue Klauselentscheidung; demonstrative Aufzählung von Betriebskosten intransparent, wobl 2021/119

*Ruckenbauer*, Zur Inhaltskontrolle einer nachträglich vereinbarten Mietzinserhöhung, *immolex* 2021/201

*Staudigl*, Unzulässig lange Bindungsfrist durch Kündungsverzicht des Verbrauchers, *ecolex* 2021/577

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

### Bestandvertrag

**§ 1090.** Der Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt überhaupt Bestandvertrag.

#### Entscheidungen:

**E 1.** Das Prekarium muss unentgeltlich sein. Der Unentgeltlichkeit steht es gleich, wenn ein bloßer Anerkennungszins oder ein so niedriges Entgelt geleistet wird, dass es gegenüber dem Wert der Benützung praktisch nicht ins Gewicht fällt (RIS-Justiz RS0020541). Dies ist bezogen auf die Verhältnisse bei Vertragsabschluss zu beurteilen (RIS-Justiz RS0019053). So wurden etwa 10% des ortsüblichen Entgelts noch als bloßer „Anerkennungsbetrag“ beurteilt (vgl RIS-Justiz RS0020541 [T1, T2]). Für die Frage, ob die Überlassung einer Wohnung ungeachtet eines dem Eigentümer zu zahlenden Geldbetrags noch als unentgeltlich iSd § 981 ABGB zu qualifizieren ist, ist nach neuerer Rsp des OGH darauf abzustellen, ob die vom Nutzungsberechtigten übernommenen Kosten ihrer Natur nach aus dem Gebrauch resultieren (wie etwa für Warmwasser, Heizung, Lift etc) oder ob sie den Liegenschafts(mit)-eigentümer unabhängig von jedem Gebrauch der Liegenschaft aufgrund seiner (Mit-)Eigentümerstellung treffen (wie etwa Grundsteuer, Bankgebühren, Versicherungskosten etc). Nur die Übernahme der Kosten der zweiten Art stellt Entgelt dar (RIS-Justiz RS0019152 [T6]; RS0019169 [T2, T3, T4]; vgl auch RS0020551). Das gilt auch im Fall der Überlassung eines im WE stehenden Objekts zum Gebrauch gegen Tragung sämtlicher Aufwendungen.  
**9 Ob 28/21i.**

**E 2.** Die unbeanstandete Annahme eines Entgelts für die Benutzung von Räumen durch längere Zeit kann nur dann als stillschweigender Abschluss eines Mietvertrags angesehen werden, wenn kein anderer Grund für die Zahlung in Frage kommt (RIS-Justiz RS0082191 [T2]). Die Zurückhaltung der Rsp, im Fall der unbeanstandeten Annahme eines regelmäßig bezahlten Entgelts für die dem anderen eingeräumte Benutzung von Räumen den konkludenten Abschluss eines Mietvertrags anzunehmen, beruht darauf, dass der Vermieter grundsätzlich gezwungen ist, Mietzinsszahlungen auch von Dritten anzunehmen (RIS-Justiz RS0082191). Ist nach den Umständen des Einzelfalls für den Benutzer der Wohnung klar erkennbar, dass ein Vertragswille der Gegenseite in Richtung konkludenter Vertragsabschluss nicht

vorliegt, ist ein solcher selbst bei unbeanstandeter Annahme von Zahlungen zu verneinen (RIS-Justiz RS0082191 [T6]). Grundsätzlich legt § 863 ABGB für die Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf einen rechtsgeschäftlichen Willen einen strengen Maßstab an (RIS-Justiz RS0014146). Gerade die Kenntnis des Vermieters davon, dass jemand mit dem Willen des Mieters in der Wohnung wohnt, ist eher ein Hindernis für die Annahme, die Zinszahlung durch den Mitbewohner erfolge zwecks Begründung eigener Rechte und Pflichten (3 Ob 45/98h). **5 Ob 96/21 k** Zak 2021/568.

**Literatur:**

*Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, wobl 2021, 125

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

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

## **I. Miet- und Pachtvertrag**

**§ 1091.** Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt, ein Mietvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweiten Art zugleich in Bestand gegeben; so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurteilen.

### **Erfordernisse**

**§ 1092.** Miet- und Pachtverträge können über die nämlichen Gegenstände und auf die nämliche Art, als der Kaufvertrag geschlossen werden. Der Miet- und Pachtzins wird, wenn keine andere Übereinkunft getroffen worden ist, wie das Kaufgeld entrichtet.

**Entscheidung:**

**E 1.** Da es sich auch bei dieser Erweiterung des Mietrechtes um die Überlassung des Gebrauchs einer unbestimmten unverbrauchbaren Sache gegen Entgelt handelt, muss es sich – wie allgemein – bei dem dafür vereinbarten Bestandzins um eine bestimmte oder zumindest bestimmbare Leistung handeln. Zur notwendigen Bestimmtheit ist es nicht erforderlich, dass das Entgelt ziffernmäßig festgesetzt wird. Es genügt, wenn im Vertrag alle Elemente enthalten sind, die dessen objektive Bestimmbarkeit ermöglichen (vgl RIS-

Justiz RS0020426). Der Bestandzins, das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, besteht zwar in der Regel in Geld, und zwar entsprechend dem Charakter eines Dauerschuldverhältnisses in wiederkehrenden Leistungen. Das ist aber nicht zwingend. Jede geldwerte Leistung für eine Gebrauchsüberlassung ist Bestandzins (3 Ob 306/04 b). Er kann daher auch in einer einmaligen Leistung, sei es Geldleistung (7 Ob 69/98 t), sei es die Übernahme von Sanierungs- oder Errichtungskosten (6 Ob 51/03 y) bestehen (*Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> §§ 1092 – 1094 Rz 53).

Bei einer einmaligen Leistung muss – im Anwendungsbereich der Mietzinsbildungsvorschriften des MRG – feststehen, für welche Zeit sie die Überlassung der Benutzung abgelten soll, sonst entsteht mangels Bestimmbarkeit kein Bestandvertrag (vgl. RIS-Justiz RS0069577; RS0070126; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I<sup>22</sup> § 1 Rz 14; *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> §§ 1092 – 1094 Rz 59). Allgemein wird die Vereinbarung eines „ortsüblichen“ oder „angemessenen“ Mietzinses als ausreichend angesehen (*Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I<sup>22</sup> § 1 Rz 14). **9 Ob 21/20 h** immolex 2021/116 (*Ruckenbauer*).

**§ 1093.** Der Eigentümer kann sowohl seine beweglichen und unbeweglichen Sachen, als seine Rechte in Bestand geben; er kann aber auch in den Fall kommen, den Gebrauch seiner eigenen Sache, wenn er einem Dritten gebührt, in Bestand zu nehmen.

### Wirkung

**§ 1094.** Sind die vertragschließenden Teile über das Wesentliche des Bestandes, nämlich über die Sache und den Preis, übereingekommen; so ist der Vertrag vollkommen abgeschlossen, und der Gebrauch der Sache für gekauft anzusehen.

**§ 1095.** Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.

### Wechselseitige Rechte:

#### 1. in Hinsicht auf Überlassung, Erhaltung, Benützung;

**§ 1096.** (1) Vermieter und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse

nicht zu stören. Ist das Bestandstück bei der Übergabe derart mangelhaft oder wird es während der Bestandzeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft, daß es zu dem bedungenen Gebrauche nicht taugt, so ist der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maße der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit. Auf diese Befreiung kann bei der Miete unbeweglicher Sachen im voraus nicht verzichtet werden.

(2) Der Pächter hat die gewöhnlichen Ausbesserungen der Wirtschaftsgebäude nur insoweit selbst zu tragen, als sie mit den Materialien des Gutes und den Diensten, die er nach der Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtigt ist, bestritten werden können.

### Entscheidungen:

**E 1.** Nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB wird der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maße der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts von der Entrichtung des Zinses befreit, wenn das Bestandobjekt bei der Übergabe derart mangelhaft ist oder es während der Bestandzeit ohne Schuld des Übernehmers derart mangelhaft wird, dass es zu dem bedungenen Gebrauch nicht taugt. Im Zweifel ist von einer geschuldeten „mittleren Brauchbarkeit“ auszugehen (RIS-Justiz RS0021054; RS0020926). Die Zinsminderung gem § 1096 ABGB setzt entweder einen Mangel des Bestandgegenstands selbst oder ein vom Bestandgeber gesetztes, zumindest aber von ihm zu vertretendes Verhalten voraus, durch das die bedungene Benützung des Bestandgegenstands – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen – beeinträchtigt oder gehindert wird (RIS-Justiz RS0021288). Die Zinsminderung tritt kraft Gesetzes und ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Bestandgebers ein (RIS-Justiz RS0021443; RS0021420). Der Anspruch auf Zinsbefreiung/Zinsminderung besteht ab Beginn der Unbrauchbarkeit bzw Gebrauchsbeeinträchtigung des Bestandobjekts bis zu deren Behebung (RIS-Justiz RS0107866).

Nach § 1096 Abs 1 ABGB tritt eine Zinsminderung nicht nur wegen nach Übergabe auftretender Mängel ein, sondern auch wegen Mängeln bei der Übergabe selbst. Das gilt jedoch dann nicht, wenn dem Mieter die Mängel des Mietgegenstands bei Vertragsabschluss bekannt waren und er den Vertrag dennoch ohne Vorbehalte geschlossen hat. Ist den Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt, dass das Mietobjekt teilweise unbrauchbar ist, und schließt der Mieter den Mietvertrag dennoch ohne Vorbehalte ab, so wird dieser Zustand zum Vertragsinhalt; die Leistung des Vermieters ist damit vertragskonform (8 Ob 28/16z). Die Rsp geht in solchen Fällen davon aus, dass der Mieter durch den vorbehaltlosen Vertragsschluss auf die Minderung verzichtet habe (RIS-Justiz RS0021408 [T3]; RS0020799 [T1]; 3 Ob 47/13b). **4 Ob 18/21g** immolex 2021/160 (Maier-Hülle).

**E 2.** Die Erwirkung der zum bedungenen Gebrauch erforderlichen Bewilligungen kann vertraglich generell dem Bestandnehmer überbunden werden (RIS-Justiz RS0020947), und zwar auch im Vollanwendungsbereich des MRG, soweit sich die Bewilligung nicht auf den Vermieter zwingend treffende Erhaltungsmaßnahmen bezieht. Im Zweifel ist zwar der Bestandgeber für die Erlangung baurechtlichen Bewilligungen, insb Benützungsbewilligungen, verantwortlich, nicht aber für Betriebsanlagengenehmigungen (9 Ob 43/98 h) oder nachträglich vom Bestandnehmer mit Zustimmung des Bestandgebers durchgeführte bauliche Änderungen. In letzterem Fall trifft den Bestandgeber nur die Verpflichtung, entsprechende behördliche Ansuchen des Bestandnehmers, etwa durch Unterfertigung von Baueinreichplänen, zu unterstützen (zB 5 Ob 555/90). **4 Ob 18/21 g** immolex 2021/160 (*Maier-Hülle*).

**E 3.** Schimmelbildung ist ein ernster Schaden des Hauses, der zur Mietzinsminderung berechtigt (3 Ob 286/05 p mwN). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Mieter mit dem Auftreten von Schimmelbildung in Wohnräumen weder bei Beginn des Mietverhältnisses noch im Laufe der Zeit zu rechnen braucht. Schimmelbildung kann, wenngleich je nach Art und Ausmaß, so doch, wenn sie nicht bloß oberflächlich ist, sogar gesundheitliche Nachteile nach sich ziehen. Daher ist grundsätzlich auch davon auszugehen, dass Schimmel der (mittleren) Brauchbarkeit entgegensteht (8 Ob 34/17 h). Wird – wie im vorliegenden Fall – ein Objekt zu Wohnzwecken vermietet, hat der Vermieter dafür einzustehen, dass es in ortsüblicher Weise auch dafür genutzt werden darf und nutzbar ist. Bei der üblicherweise anzunehmenden, durchschnittlichen Brauchbarkeit eines als Wohnung vermieteten Bestandobjekts wird der Mieter daher auch erwarten können, dass mit einem durchschnittlichen Lüften das Auslangen gefunden werden kann. Ist ein darüber hinausgehendes Lüftungsverhalten erforderlich, um Schimmelbildung zu verhindern, wird idR davon auszugehen sein, dass dies an der Beschaffenheit des Bestandobjekts, nicht aber am normalen Wohnverhalten des Bestandnehmers liegt. Kann Schimmelbildung nicht mit einem normalen Lüftungsverhalten verändert werden, ist dies daher dem Vermieter, nicht dem Mieter zuzurechnen (8 Ob 34/17 h). **1 Ob 55/21 a** Zak 2021/347 = immolex 2021/138 (*Lindinger*) = wobl 2021/109 (*Kronthaler*).

**E 4.** Dem Bestandgeber steht grundsätzlich auch gegen den Willen des Bestandnehmers das Recht zu, den Bestandgegenstand zu betreten, soweit dies im Interesse der Erhaltung des Hauses oder zur Ausübung der notwendigen Aufsicht erforderlich ist. Auch andere überwiegende Interessen des Vermieters berechtigen ihn, den Zutritt in einer dem Mieter zumutbaren Weise zu fordern. Der Mieter hat auch dafür zu sorgen, dass zur Vorbereitung und Durchführung notwendiger Arbeiten das Mietobjekt von Handwerkern be-

treten werden kann (RIS-Justiz RS0021120; RS0020936). Es hat eine Interessenabwägung stattzufinden. Die Zumutbarkeit ist umso eher gegeben, je schwerwiegender berechnigte Interessen des Vermieters den Eingriff fordern (Lovrek in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1098 Rz 40 f). **4 Ob 189/20b** EvBl-LS 2021/87 = Zak 2021/381.

**E 5.** Das – von den Vorinstanzen im Rahmen geltender Auslegungsgrundsätze angenommene – Weitergaberecht unterliegt aber nach der Rsp weder in seiner unbeschränkten noch in seiner beschränkten Ausgestaltung der Umstandsklausel (3 Ob 104/15 p). **3 Ob 116/21 m** Zak 2021/666.

### Literatur:

- Etzersdorfer*, Zufliegende Tauben lösen keine Erhaltungspflicht des Vermieters aus, wobl 2021/64
- Etzersdorfer*, Provisorische Maßnahmen als Erhaltungsarbeiten, wobl 2021/65
- Etzersdorfer*, Mietzinsminderung bei Heizungsausfall nur während der kalten Jahreszeit, wobl 2021/150
- Holzer*, Streupflicht des Bestandgebers, immolex 2021/33
- Hoti*, Scharmer, IWD – Die gesetzlichen Erhaltungspflichten des Vermieters – ein Update zur Judikatur der letzten Jahre, wobl 2021, 271
- Kolmasch*, Judikaturübersicht: Erhaltungspflichten des Vermieters im MRG-Vollanwendungsbereich, Zak 2021/589
- Kothbauer*, Zur gewährleistungsrechtlichen Relevanz von Werbeaussagen, immolex 2021/172
- Kronthaler*, Mietzinsminderung aufgrund eines Schimmelbefalls, wobl 2021/109
- Lindinger*, Mietzinsminderung wegen Schimmels in der Wohnung, immolex 2021/138
- Maier-Hülle*, Zinsminderung wegen bei Anmietung schon bekannter Mängel? immolex 2021/160
- Pesek*, Erhaltung nach § 1096 ABGB und Modernisierungspflichten des Bestandgebers, immolex 2021/20
- Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, wobl 2021, 125
- Pesek*, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs (un-)zulässig? wobl 2021, 253
- Pesek*, Rückforderung des überzahlten Mietzins bei einer Mietzinsminderung: § 1431 oder § 1435 ABGB? Zak 2021/147
- Prader*, Zum Auseinanderfallen von Erhaltungspflichten des Vermieters und Mietzinsminderung, immolex 2021/60
- Scharmer*, IWD – Ein Jahr im Ausnahmezustand: Update zu den Auswirkungen der Pandemie auf die Geschäftsraummiete, wobl 2021, 144
- Vonkilch*, Mietzinsminderung bei der Geschäftsraummiete wegen COVID-19 „jenseits“ der Lockdowns, wobl 2021, 321



**§ 1097.** Werden Ausbesserungen nötig, welche dem Bestandgeber obliegen, so ist der Bestandnehmer bei sonstigem Schadenersatz verpflichtet, dem Bestandgeber ohne Verzug Anzeige zu machen. Der Bestandnehmer wird als ein Geschäftsführer ohne Auftrag betrachtet, wenn er auf das Bestandstück einen dem Bestandgeber obliegenden Aufwand (§ 1036) oder einen nützlichen Aufwand (§ 1037) gemacht hat; er muß aber den Ersatz längstens binnen sechs Monaten nach Zurückstellung des Bestandstückes gerichtlich fordern, sonst ist die Klage erloschen.

**§ 1098.** Mieter und Pächter sind berechtigt, die Miet- und Pachtstücke dem Vertrage gemäß durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benützen, oder auch in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann und im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist.

#### **Literatur:**

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

## **2. Lasten**

**§ 1099.** Bei Vermietungen trägt alle Lasten und Abgaben der Vermieter. Bei eigentlichen Pachtungen, wenn sie in Pausch und Bogen geschehen, übernimmt der Pächter, mit Ausschluß der eingetragenen Hypothekarlasten, alle übrige; wird aber die Pachtung nach einem Anschlage geschlossen, so trägt er jene Lasten, welche von dem Ertrage abgezogen worden sind, oder bloß von den Früchten, und nicht von dem Grunde selbst entrichtet werden müssen.

## **3. Zins**

**§ 1100.** Ist nichts anderes vereinbart oder ortsüblich, so ist der Zins, wenn eine Sache auf ein oder mehrere Jahre in Bestand genommen wird, halbjährlich, bei einer kürzeren Bestandzeit hingegen nach Verlauf derselben zu entrichten. Bei der Raummiete ist der Zins monatlich, und zwar jeweils am Fünften des Monats, zu entrichten.

**§ 1101.** (1) Zur Sicherstellung des Bestandzinses hat der Vermieter einer unbeweglichen Sache das Pfandrecht an den eingebrachten, dem Mieter oder seinen mit ihm in gemeinschaftlichem Haushalte lebenden Familienmitgliedern gehörigen Einrichtungsstücken und Fahrnissen, soweit sie nicht der

Pfändung entzogen sind. Das Pfandrecht erlischt, wenn die Gegenstände vor ihrer pfandweisen Beschreibung entfernt werden, es sei denn, daß dies infolge einer gerichtlichen Verfügung geschieht und der Vermieter binnen drei Tagen nach dem Vollzuge sein Recht bei Gericht anmeldet.

(2) Zieht der Mieter aus oder werden Sachen verschleppt, ohne daß der Zins entrichtet oder sichergestellt ist, so kann der Vermieter die Sachen auf eigene Gefahr zurückbehalten, doch muß er binnen drei Tagen um die pfandweise Beschreibung ansuchen oder die Sachen herausgeben.

(3) Dem Verpächter eines Grundstückes steht in gleichem Umfange und mit gleicher Wirkung das Pfandrecht an dem auf dem Pachtgute vorhandenen Vieh und den Wirtschaftsgerätschaften und den darauf noch befindlichen Früchten zu.

**§ 1102.** Der Bestandgeber kann sich zwar die Vorausbezahlung des Bestandszinses bedingen. Hat aber der Bestandnehmer mehr als eine Fristzahlung voraus geleistet, so kann er dieselbe einem später eingetragenen Gläubiger oder neuen Eigentümer nur dann entgegensetzen, wenn sie in dem öffentlichen Buch ersichtlich gemacht ist.

### **Zins in Früchten**

**§ 1103.** Wenn der Eigentümer sein Gut mit der Bedingung überläßt, daß der Übernehmer die Wirtschaft betreiben, und dem Übergeber einen auf die ganze Nutzung sich beziehenden Teil, z. B. ein Drittel oder die Hälfte der Früchte geben soll; so entsteht kein Pacht-, sondern ein Gesellschaftsvertrag, welcher nach den darüber aufgestellten Regeln beurteilt wird.

### **Fälle und Bedingungen einer Erlassung des Zinses**

**§ 1104.** Wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Weterschläge, oder wegen gänzlichen Mißwachses gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung nicht verpflichtet, doch ist auch kein Miet- oder Pachtzins zu entrichten.

#### **Entscheidungen:**

**E 1. 1. COVID-Entscheidung:** Die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum, nach der die COVID-19-Pandemie mit dem deshalb angeordneten Betretungsverbot grundsätzlich einen Anwendungsfall des § 1104 ABGB bilden kann, hat nach Ansicht des erkennenden Senats überzeugende Argumente für sich:

„Außerordentliche Zufälle“ iSd § 1104 ABGB sind elementare Ereignisse, die von Menschen nicht beherrschbar sind, sodass für deren Folgen im Allgemeinen von niemandem Ersatz erwartet werden kann; diese Elementarereignisse treffen stets einen größeren Personenkreis auf eine Weise, die durch eine gesetzliche Regelung über Ersatzansprüche nicht ausgeglichen werden kann (1 Ob 306/02 k; 7 Ob 520/87; *Lovrek in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1108 Rz 8 mwN; *Höllwerth in GeKo Wohnrecht I* § 1104 ABGB Rz 13; *Pesek in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 1104 Rz 5 und 6 mwN; *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1105 Rz 3).

Zu den in § 1104 ABGB (ua) ausdrücklich genannten Elementarereignissen gehört die „Seuche“. Unter einer Seuche versteht man eine Infektionskrankheit, die infolge ihrer großen Verbreitung und der Schwere des Verlaufs eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt. Diese Definition trifft unzweifelhaft auf COVID-19 zu (so schon 7 Ob 214/20 a [Pkt 3.5.]; 7 Ob 88/21 y [Pkt 3.5.1]).

Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 galt aufgrund der (zu Pkt 2. näher bezeichneten) Schließungsverordnung für das fragliche Bestandobjekt im hier maßgeblichen Monat April 2020 ein Betretungsverbot. In diesem Zeitraum konnte daher das Geschäftslokal „gar nicht gebraucht oder benutzt werden“. Dies erfüllt die Kriterien des § 1104 ABGB auch dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – erst unmittelbar aus dieser hoheitlichen Anordnung (Betretungsverbot) folgte, dass das für bestimmte Geschäftszwecke gemietete Objekt nicht entsprechend der vertraglichen Vereinbarung genutzt werden durfte. Dies entspricht nämlich dem von der Rsp schon bisher vertretenen Verständnis zu § 1104 ABGB, nach dem auch aus Elementarereignissen resultierende hoheitliche Eingriffe einschlägig sein können (vgl RIS-Justiz RS0038602; RS0024896 [Beschlagnahme]; 8 Ob 610/90 [Durchführung von Personenkontrollen zur Verhinderung terroristischer Anschläge]). **3 Ob 78/21 y** Zak 2021/668.

**E 2. 2. COVID-Entscheidung (Fixkostenzuschuss):** Für die Frage der Unbenutzbarkeit des Bestandgegenstands kommt es auf die Erfüllung des vertraglichen Geschäftszwecks an. Wenn der Kundenbereich eines gemieteten Geschäftslokals von den Kunden nicht betreten werden darf, so kann der bestimmungsgemäße Geschäftszweck nicht erfüllt werden. Das Gesetz verlangt zwar einen Zusammenhang zwischen Unbenutzbarkeit und „Seuche“ (arg: „wegen“), besagt aber nicht, dass dieser Zusammenhang, wie etwa bei einem Schädlingsbefall, „objektbezogen“ sein muss. Er ist daher auch dann gegeben, wenn die Unbenutzbarkeit auf hoheitliche (gesetzliche oder behördliche) Maßnahmen zurückzuführen ist. Eine Einschränkung dahin, dass die Gebrauchsbeeinträchtigung unmittelbar aus der Pandemie selbst resultieren muss, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen (vgl *Pelinka/Pukel*, Mietzins-

minderung wegen COVID-19 bei Gewerbeimmobilien, *ecolex* 2021, 32 mwN).

Ist der bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts iSd § 1104 ABGB (vgl. *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60). Ist die vertragsgemäße charakteristische Nutzung hingegen nur eingeschränkt, so kommt es gem § 1105 ABGB zu einer Mietzinsminderung im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung nach der relativen Berechnungsmethode (vgl. 8 Ob 78/16b; 3 Ob 109/21g; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 111; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 31 und § 1105 Rz 1).

Für die Beurteilung der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit kommt es auf das konkrete Bestandobjekt und nicht auf das übrige geschäftliche Umfeld an. Der Umstand, dass ein Einkaufszentrum für bestimmte Geschäftszwecke (zB Apotheken, Lebensmittelhandel und Drogerien) auch während eines Lockdowns betreten werden darf, ändert daher nichts an der Unbenutzbarkeit eines Geschäftslokals, das für andere, vom Betretungsverbot erfasste Geschäftszwecke genutzt wird. Auch die weiterhin bestehenden Parkmöglichkeiten, die Versorgung des Einkaufszentrums mit Energie oder die Bewachung und Reinigung der Allgemeinflächen bilden keinen geschäftlichen Nutzen für einen Mieter, dessen Bestandobjekt pandemiebedingt zum bedungenen Gebrauch nicht verwendbar ist. Der Umstand, dass das Mietobjekt in einem Einkaufszentrum liegt, begründet für einen Mieter, dessen Geschäftslokal nicht betreten werden darf, somit grundsätzlich keinen gesonderten Gebrauchswert. Auf einen relevanten Restnutzen aus einer für den Geschäftszweck typischen Lagerung von Waren oder dem Belassen von Einrichtungsgegenständen (s dazu bereits 3 Ob 78/21y; differenzierend *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-HB<sup>1.06</sup> Kap 11; *Brauneis*, Unternehmenspacht und außerordentlicher Zufall unter besonderer Berücksichtigung von Einkaufszentren, RdW 2020/475) beruft sich die Klägerin nicht.

Die Beklagte ist schließlich auch nicht verpflichtet, den von ihr bezogenen Fixkostenzuschuss an die Klägerin herauszugeben. Der sogenannte „Fixkostenzuschuss I“ beruht auf der V des BMF betreffend RL über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG), BGBl II 2020/225, die am 26. 5. 2020 in Kraft getreten ist. Die inhaltlichen Regelungen finden sich in den RL im Anhang zu dieser V, die auch Inhalt des jeweiligen Fördervertrags mit der COFAG sind. Nach Pkt 1.1 der RL („Präambel“) sollen die Zuschüsse zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten (von Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung von COVID-19) und der dadurch verursachten wirtschaftlichen Auswirkun-

gen dienen. Nach Pkt 3.1.6 der RL („Begünstigte Unternehmen“) müssen Unternehmen zumutbare Maßnahmen gesetzt haben, um die durch den Fixkostenzuschuss zu deckenden Fixkosten (s dazu Pkt 4.1 der RL) zu reduzieren („Schadensminderungspflicht mittels Ex-ante-Betrachtung“). Nach Pkt 8.1 der RL (Prüfung der Fixkostenzuschüsse, Rückzahlung von Fixkostenzuschüssen) hat eine nachträgliche Überprüfung der Zuschüsse im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen jedenfalls auf Basis von Stichproben stattzufinden. Nach Pkt 8.3 der RL hat die COFAG Fixkostenzuschüsse insoweit zurückzufordern, als sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass die dem Zuschuss zugrunde liegenden Verhältnisse nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Nach der Zielrichtung der Zuschussgewährung handelte es sich bei den finanziellen Zuwendungen somit um eine Förderung („Beihilfe gemäß Art 107 Abs 2 lit b AEUV“; vgl Pkt 1.2 der RL) der betroffenen Unternehmen, um deren Liquidität sicherzustellen. Ist der betroffene Unternehmensträger Bestandnehmer, so ist dieser das Förderungssubjekt. Die in Rede stehende Verordnung einschließlich der RL statuiert in einem solchen Fall keine Verpflichtung für den Bestandnehmer, die staatlichen Unterstützungen an den Bestandgeber herauszugeben. Es handelt sich damit nicht um eine Zuwendung, die dazu gedacht ist, den gesetzlichen Mietzinsentfall der Geschäftsraumvermieter wettzumachen (in diesem Sinn auch *Flume/Laimer*, *Periculum est locatoris*, *ImmoZak* 2020/14; *Nemetschke/Koloseus*, *Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum*, *immolex* 2021, 202; *Stabentheiner*, *Die mietrechtlichen und mietrechtsrelevanten Teile des 2. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes*, wobl 2020, 121 [134]). Den ggt Ansichten von *Oberhammer* (*Pandemie und Geschäftsraummiete*, *JBl* 2021, 417 und 493 [506]) und von *Hochleitner* (*Die Auswirkungen von COVID-19 auf Geschäftsraummietter und Pächter*, *ÖJZ* 2020/72) kann nicht beigetreten werden. **3 Ob 184/21 m.**

**E 3.** Die Preisminderungs- und Gefahrtragungsregelung des § 1104 ABGB ist, was sich aus der Formulierung des § 1106 ABGB ergibt, dispositiv (*Lovrek* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1108 Rz 10). Die gesetzliche Regelung über den Entfall oder die Minderung des Mietzinses kann somit von den Vertragsparteien abbedungen werden. **3 Ob 184/21 m.**

### Literatur:

- Kraml/Eggenberger*, Die Schadensminderungspflicht beim Fixkostenzuschuss, *immolex* 2021/96  
*Lindenbauer*, Auswirkungen von COVID-19 auf die Geschäftsraummiete: Aktuelle Entwicklungen, wobl 2021, 90  
*Nemetschke/Koloseus*, *Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum*, *immolex* 2021/95  
*Nemetschke/Koloseus*, Zwei Fragen zu § 1105 ABGB, wobl 2021, 397

- Pelinka/Pukel*, Mietzinsminderung wegen COVID-19 bei Gewerbeimmobilien, *ecolex* 2021/18
- Pesek*, Ausgewählte Fragen zu den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins bei Geschäftsraummieten, *wobl* 2021, 125
- Scharmer*, IWD – Ein Jahr im Ausnahmezustand: Update zu den Auswirkungen der Pandemie auf die Geschäftsraummiete, *wobl* 2021, 144
- Staudigl*, Nach Redaktionsschluss: Erste OGH-Rsp zum Mietzinsentfall wegen COVID-19! *ecolex* 2021/722
- Vonkilch*, Mietzinsminderung bei der Geschäftsraummiete wegen COVID-19 „jenseits“ der Lockdowns, *wobl* 2021, 321
- Vonkilch*, Mietzinsbefreiung infolge pandemiebedingter Betretungsverbote (Sonnenstudio), *wobl* 2021/152
- Wieser/Faller/Tischler*, Zinsrisiko der Untervermieterin schlägt auf Hauptmieterin durch, *immolex* 2021/180

**§ 1105.** Behält der Mieter trotz eines solchen Zufalls einen beschränkten Gebrauch des Mietstückes, so wird ihm auch ein verhältnismäßiger Teil des Mietzinses erlassen. Dem Pächter gebührt ein Erlaß an dem Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Der Verpächter ist so viel zu erlassen schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt.

**Entscheidung:**

**E 1.** Ist der bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts iSd § 1104 ABGB (vgl *Lovrek*, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, *ZIK* 2020/60). Ist die vertragsgemäße charakteristische Nutzung hingegen nur eingeschränkt, so kommt es gem § 1105 ABGB zu einer Mietzinsminderung im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung nach der relativen Berechnungsmethode (vgl 8 Ob 78/16b; 3 Ob 109/21g; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 111; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 31 und § 1105 Rz 1). **3 Ob 184/21 m.**

**Literatur:**

- Kraml/Eggenberger*, Die Schadensminderungspflicht beim Fixkostenzuschuss, *immolex* 2021/96
- Lindenbauer*, Auswirkungen von COVID-19 auf die Geschäftsraummiete: Aktuelle Entwicklungen, *wobl* 2021, 90
- Nemetschke/Koloseus*, Umsatzersatz und stellvertretendes Commodum, *immolex* 2021/95