



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Die Beendigung von Bestandverträgen durch
den Untergang der Sache“**

Verfasser

Mag. Robert Panowitz

Angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, im Mai 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:
Betreuer:

A 083 101
101 Rechtswissenschaften
Univ.-Prof. Dr. Gert Iro

Meinen Eltern und Liz

Danksagung

In erster Linie möchte ich meinem Betreuer, Univ.-Prof. Dr. Gert Iro, danken, der sich bereit erklärt hat, die Betreuung dieser Dissertation zu übernehmen. Prof. Dr. Iro hat mir die Methodik des wissenschaftlichen Arbeitens vermittelt und ist bei der Durchsicht des Manuskripts mit seinen wertvollen Anregungen und Hinweisen eine große Hilfe beim Verfassen dieser Arbeit gewesen.

Mein besonderer Dank gilt weiters meinen Eltern, die mir meinen Ausbildungsweg bis hierher erst ermöglichten und ohne deren Unterstützung mein Studium und diese Arbeit niemals möglich gewesen wären.

Wien, im Dezember 2008

Robert Panowitz

Inhaltsverzeichnis

Seite

Danksagung.....	3
Inhaltsverzeichnis	4
Abkürzungsverzeichnis	7
Einleitung	10
Erster Teil: Die Beendigung durch den Untergang der Sache	12
I. Einführung.....	12
II. Inhalt, Bedeutung und Rechtsfolgen des § 1112 ABGB.....	15
III. Auslegungsprobleme - Zielsetzung	18
IV. Formen des Unterganges	22
1. Physischer Objektuntergang.....	22
1.1 Unbewegliche Sachen.....	22
a.) Teilweise Aufhebung des Bestandvertrages.....	23
b.) Wiederherstellungspflicht des Bestandgebers	24
c.) Exkurs: Die Einwirkungsverordnung von Kriegsschäden an Gebäuden auf Miet- und Pachtverhältnisse	29
1.2 Bewegliche Sachen.....	32
2. Rechtlicher Untergang.....	37
2.1 Allgemeines.....	37
2.2 Benutzungsbewilligungsentzug und Demolierungsauftrag	38
2.3 Die Räumungsklage	44
2.4 Die Entscheidung des OGH vom 13.04.1994, 3 Ob 37/94	45
3. Zusammenfassung.....	53
V. Das Zusammenspiel mit anderen Normen	55
1. Das Verhältnis zwischen § 1096 ABGB und § 1112 ABGB.....	55
1.1 Grundsätzliches zu § 1096 ABGB.....	55
1.2 Die Durchsetzung der Pflichten des § 1096 ABGB	58
1.3 Grenze der Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB	60
1.4 Exkurs: Die Pflicht des Bestandgebers zur Erlangung (baubehördlicher) Bewilligungen – Grenzen dieser Pflicht	62

1.5 Das Verhältnis von § 1096 ABGB zu § 1112 ABGB.....	63
a.) Problemstellung	63
b.) Standpunkt der Judikatur	64
c.) Literaturmeinungen	65
d.) Lösungsversuch und eigene Rechtsansicht.....	67
2. Das Verhältnis zwischen § 1104 ABGB und § 1112 ABGB.....	78
2.1 Grundsätzliches zu § 1104 ABGB.....	78
2.2 Anwendungsbereich und Judikatur zu § 1104 ABGB	81
2.3 Die Abgrenzung von § 1104 ABGB zu § 1112 ABGB	86
3. Das Verhältnis zwischen § 7 MRG und § 1112 ABGB	88
3.1 Grundsätzliches zu § 7 MRG	88
3.2 Die dogmatische Einordnung des § 7 MRG und das Verhältnis zu §§ 1104 und 1112 ABGB	92
3.3 Die Durchsetzung der Wiederherstellungspflicht	94
4. Zusammenfassung.....	96
VI. Judikaturüberblick	99
VII. Ansprüche nach der Beendigung durch den Untergang der Sache.....	103
VIII. Exkurs: Der Schadenersatzanspruch des Bestandnehmers gegen den Schädiger	105
IX. Die deutsche Rechtslage im Vergleich.....	110
1. Einführung	110
2. Die deutsche Rechtslage in Theorie und Praxis.....	112
2.1 Zerstörung ist von keiner Partei zu vertreten	112
2.2 Zerstörung ist von beiden Parteien zu vertreten.....	115
2.3 Die Zerstörung ist vom Mieter zu vertreten.....	117
2.4 Die Zerstörung ist vom Vermieter zu vertreten.....	118
2.5 Ausschluss und Grenzen der Leistungspflicht nach § 275 BGB.....	120
a.) Allgemeines.....	120
b.) § 275 BGB Gefahrtragungsnorm - Schwellenproblematik	122
c.) Der Ausschluss der Leistungspflicht nach Abs 2.....	124
d.) Die Opfergrenze	126
e.) Beweislast	128
3. Unterschiede und Gemeinsamkeiten beider Rechtsordnungen.	129
3.1 Auflösung des Vertragsverhältnisses	129
3.2 Wiederherstellungspflicht.....	130
3.3 Rechtlicher Untergang – rechtliche Unmöglichkeit, Rechtsmängel	132
4. Die deutsche und die österreichische Rechtslage im Vergleich .	134

Zweiter Teil: Ähnliche Endigungsgründe	136
X. Enteignung.....	137
XI. Beendigung des Hauptmietverhältnisses.....	140
XII. Konkurs	144
1. Bestandnehmerkonkurs	145
2. Bestandgeberkonkurs	147
XIII. Zusammenlegung landwirtschaftlicher Grundstücke	149
Quellenverzeichnis.....	150
1. Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	150
2. Verzeichnis der Literaturbeiträge aus Fachzeitschriften.....	154
Anhang.....	156
Zusammenfassung.....	156
Curriculum Vitae	158

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	„Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen“
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
dt	deutsch, -e, -en
E	Entscheidungen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Erk	Erkenntnis
EvBI	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ [Jahr/Nummer, Seite]
f	folgender, -e, -es
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
GE	Berliner Grundeigentum (Zeitschrift)
gem	gemäß
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre

hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hRsp	herrschende Rechtsprechung
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
immolex	„immolex“, Neues Miet- und Wohnrecht [Jahr, Seite]
ImmZ	Österreichische Immobilienzeitung
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des (der)
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
JB1	Juristische Blätter [Jahr/Seite]
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
lit	litera
lt	laut
mA	meiner Ansicht
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Miet(Slg)	Mietrechtliche Entscheidungen
MG	Mietengesetz
MRG	Mietrechtsgesetz
MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr	Nummer
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
oä	oder ähnliches
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	„Österreichische Juristenzeitung“ [Jahr, Seite]

österr	österreichisch, -e, -en, -es
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
s	siehe
SMG	(deutsches) Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
SZ	„Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen“ [Band, Nummer]
ua	und andere, unter anderem
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
wobl	„Wohnrechtliche Blätter“ [Jahr, Seite]
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Bestandrechte spielen sowohl im Wirtschafts- und Geschäftsleben als auch im Privatbereich eine große Rolle. Nahezu jedermann ist mit Bestandverträgen als Bestandgeber oder Bestandnehmer konfrontiert, sei er Ver-/Mieter einer Räumlichkeit zu Wohnzwecken oder Ver-/Mieter einer Geschäftsräumlichkeit. Für beide Seiten dieses Vertragsverhältnisses ist die Frage einer allfälligen Beendigungsmöglichkeit bzw. auch einer ipso iure Auflösung des Bestandvertrages zumeist von enormer Bedeutung. Dies nicht zuletzt deshalb, da eine (plötzliche) Endigung des Mietverhältnisses uU existenzbedrohende Folgen nach sich ziehen kann und Unsicherheiten über den Fortbestand des Bestandverhältnisses sowohl Vermieter als auch Mieter in ihren Dispositionsmöglichkeiten stark einschränken.

Gerade im Bestandrecht hat der Gesetzgeber die Endigungsgründe für das Vertragsverhältnis eingehend geregelt. Demnach kann ein Bestandverhältnis, sieht man von einer ohne Druck zustande gekommenen Dissolutionsvereinbarung ab, durch den Untergang des Bestandobjektes (§ 1112 ABGB), den Ablauf der bedungenen Zeit (§§ 1113 ff ABGB), durch gehörige Aufkündigung (§ 1116 ABGB; im Anwendungsbereich des MRG unter Bindung an wichtige Kündigungsgründe), die Veräußerung der Bestandsache (§§ 1120, 1121 ABGB), die durch die III. Teilnovelle eingeführte außerordentliche Kündigung (§ 1116 a ABGB) und durch die Erklärung der sofortigen Vertragsauflösung aus den Gründen des § 1118 ABGB beendet werden.¹

Die vorliegende Arbeit setzt sich vorwiegend mit der Beendigung des Bestandvertrages durch den Untergang der Bestandsache auseinander und soll die zentralen Fragen und Probleme, die sich in diesem Zusammenhang stellen, aufzeigen und untersuchen. Zentraler Ausgangspunkt ist dabei die Norm des § 1112 ABGB, welcher der erste Teil der Arbeit mit den Kap. I - IX gewidmet ist. Besonderes Augenmerk wird auf das Verhältnis des

¹ OGH, 5 Ob 77/99 f vom 23.03.1999.

§ 1112 ABGB mit anderen Normen und die Folgen dieser Wechselwirkungen gelegt. Vor allem das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander ist in der Literatur kaum oder dogmatisch nur unzureichend untersucht. Weiters wird die in der Vergangenheit (und teilweise auch noch in jüngeren Entscheidungen) uneinheitliche Rsp. zu dieser Problematik näher betrachtet.

Die Kap. I-III beschäftigen sich mit Inhalt, Bedeutung, Anwendbarkeit und Auslegungsproblemen des § 1112 ABGB. Das Kap. IV behandelt die verschiedenen Formen des Unterganges, während im Kap. V das Zusammenspiel des § 1112 ABGB mit anderen Normen (§§ 1096, 1104 ABGB, § 7 MRG) untersucht wird. Kap. VI verschafft einen Überblick über die ergangene Judikatur zu § 1112 ABGB. Allfällige Ansprüche der Bestandgeber und/oder Bestandnehmer, die nach Beendigung des Bestandverhältnisses infolge § 1112 ABGB entstehen können, werden im Kap. VII untersucht. Das Kap. VIII setzt sich mit dem (direkten) Schadenersatzanspruch des Bestandnehmers gegen einen Dritten (Schädiger) auseinander. Kap. IX bildet den Abschluss des ersten Teiles und vergleicht die österreichische mit der deutschen Rechtslage, die sich in einigen Punkten deutlich von der österreichischen Rechtslage unterscheidet.

Die Auflösungsgründe eines Bestandverhältnisses sind im Gesetz nicht erschöpfend behandelt, teils sind sie in Sondervorschriften geregelt, teils sind sie ungeregelt. Der zweite Teil der Arbeit untersucht in den Kap. X-XIII einzelne Auflösungstatbestände, für die gesetzliche Regelungen im ABGB und MRG größtenteils fehlen und die der Beendigung durch den Untergang der Bestandsache in gewisser Weise ähnlich sind. Es sind dies die Enteignung, die Beendigung des Hauptmietverhältnisses, die Auswirkungen des Konkurses auf das Bestandverhältnis sowie die Zusammenlegung landwirtschaftlicher Grundstücke.

Erster Teil: Die Beendigung durch den Untergang der Sache - § 1112 ABGB

I. Einführung

Bestandverträge (Mietverträge und Pachtverträge) gehören zu den **Dauerschuldverhältnissen**.² Bedeutender Rechtsgrundsatz aller Dauerschuldverhältnisse ist jener der Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses (außerordentliche Kündigung). Ein Dauerschuldverhältnis kann **aus wichtigen Gründen** jederzeit aufgelöst werden und zwar unabhängig von allfälligen Befristungen, Bedingungen oder Kündigungsverzichten. Die einzelnen Fallkonstellationen sind vielfältig, kommen aber im Wesentlichen einem Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Notsituation gleich.³

Dieser Grundsatz wird bei jenen Vertragsarten durchbrochen, in denen aus sozialpolitischen Überlegungen einem oder beiden Vertragsteilen besonderer Schutz zukommt (Arbeits-, Bestand- und KSchG-Verträge). Dies trifft bei Bestandverträgen sowohl auf den gesetzlichen Bestandschutz im Anwendungsbereich des MRG als auch im Anwendungsbereich des ABGB zu.⁴

Eingangs jeder Fallprüfung im Bestandrecht steht immer die Frage nach dem Wesen des vorliegenden Bestandverhältnisses. So sehen etwa ABGB, MRG, usw. für jede Art von Bestandvertrag andere Regelungen – insbesondere auch im Hinblick auf deren Beendigung – vor.

² Feil, Bestandvertrag, Miete und Pacht³ (1997), 1.

³ Klotz, Beendigung von Mietverträgen, Kündigung, Auflösung und Zeitablauf von Bestandverträgen (2005), 11.

⁴ Klotz, a.a.O., 11 f.

Unter Bestandverhältnissen i.e.S. werden jene Rechtsverhältnisse verstanden, welche die Voraussetzungen des § 1090 ABGB erfüllen. Dazu gehören vor allem Miete und Pacht. Gemäß § 1090 ABGB kommt ein Bestandvertrag dann zustande, wenn jemandem der Gebrauch einer **unverbrauchbaren Sache** (oder deren Teile) **gegen ein bestimmtes Entgelt** auf **bestimmte oder unbestimmte Zeit** überlassen wird.⁵

Bestandverträge i.w.S. sind solche, die zwar nicht die Voraussetzungen des § 1090 ABGB erfüllen, aber zumindest überwiegend **bestandvertragliche Elemente** aufweisen (Leihe, Prekarium, familienrechtliche Wohnverhältnisse).⁶

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich insb. mit der Beendigung durch den Untergang von Bestandverträgen i.e.S. und zeigt Probleme auf, die bei der praktischen Anwendung des § 1112 ABGB auftreten können.

Die Beendigung des Bestandverhältnisses durch den Untergang der Sache unterscheidet sich auch mehrfach von den anderen Auflösungsmöglichkeiten. Sieht man von der Beendigung durch den Ablauf der bedungenen Zeit ab, bedarf es bei sämtlichen anderen im Gesetz angeführten Auflösungsbestimmungen (§§ 1116, 1116a, 1118, 1120 und 1121 ABGB) der Willenserklärung einer Vertragspartei (z.B. Aufhebungserklärung oder Kündigung). Anders als nach § 1112 ABGB ist eine Beendigung des Bestandverhältnisses mitunter auch an die Einhaltung bestimmter Kündigungsstermine und/oder Fristen (z.B. bei § 1116 ABGB) gebunden.

Der Auflösungstatbestand nach § 1112 ABGB ist in der Praxis für beide Vertragsparteien mit einigen Rechtsunsicherheiten verbunden. Schon auf Tatsachenebene können sich schwierig zu beantwortende Fragen ergeben. Allein die Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal der „untergegangenen Sache“ vorliegt, kann Probleme bereiten. Liegt ein

⁵ Klotz, a.a.O., 2.

⁶ Klotz, a.a.O., 6 f.

Tatbestand nach § 1112 ABGB vor, kommen meistens weitere Rechtsfragen hinzu, etwa jene, ob den Bestandgeber eine Wiederherstellungspflicht trifft, was die Auflösung des Vertrages verhindert würde.

Ein Vorteil der ex lege Auflösung nach § 1112 ABGB ist uU jener, dass die Beendigung mit Wirkung **ex nunc** eintritt und an keinerlei Termine und Fristen gebunden ist. Die Vertragsteile sind durch die ex lege Auflösung nicht mehr an die Mietverträge gebunden und können sofort entsprechende Disposition treffen. In der Praxis können die Parteien jedoch mit einigen Unwägbarkeiten bzw. Unsicherheiten hinsichtlich der weiteren Existenz des Bestandvertrages konfrontiert sein. Die Beantwortung der zentralen Frage, ob die Auflösung nun ex lege eingetreten ist oder nicht, ist oftmals nicht leicht zu beantworten.

II. Inhalt, Bedeutung und Rechtsfolgen des § 1112 ABGB

§ 1112 ABGB normiert, dass sich das Bestandverhältnis von selbst auflöst, wenn die in Bestand gegebene Sache zu Grunde geht. Die **ex lege eintretende Auflösung** des Bestandvertrages tritt auch ohne eine darauf gerichtete Parteierklärung, mit Wirkung ex nunc ein.⁷

Was unter „zu Grunde gehen“ zu verstehen ist, definiert das Gesetz nicht näher. Ein Bestandobjekt kann iSd § 1112 ABGB prinzipiell auf zweierlei Arten „zu Grunde gehen“. Unter diesem Begriff fällt sowohl der **physische** als auch der **rechtliche Untergang** einer Bestandsache.

Typische Anwendungsfälle des **physischen Unterganges** liegen etwa vor bei Einsturz oder Zerstörung eines vermieteten Gebäudes, Totalschaden eines gemieteten KFZ oder generell bei Verlust eines vermieteten Objektes. Beim physischen Untergang (siehe Kap. IV.1.) bewirkt prinzipiell nur ein vollständiges Zugrundegehen die Auflösung des Bestandvertrages. Dieser Grundsatz wird von der Rsp.⁸ dahingehend durchbrochen, dass dann, wenn eines von mehreren vermieteten selbständigen Objekten gänzlich untergeht (z.B. Aufzug), auch bloß ein teilweises Erlöschen des Bestandvertrages eintreten kann.⁹

Rechtlicher Untergang (siehe Kap. IV.2.) iSd § 1112 ABGB liegt hingegen nicht nur vor, wenn die Sache an sich aus dem Rechtsverkehr gezogen wurde, sondern auch dann, wenn die für die Vermietbarkeit überhaupt oder für die Vermietung zu einem bestimmten Zweck erforderliche Qualifikation endgültig und unabänderlich verloren geht. Um typische Anwendungsfälle des rechtlichen Unterganges handelt es sich bei den das vermietete Bestandobjekt betreffenden Räumungs- oder

⁷ Würth, in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Bd. 1 (2000), 2462, Rz 1 zu § 1112 ABGB.

⁸ LG Klagenfurt Miet 16.144; 34.241; Miet 46.139.

⁹ Binder, in Schwimann [Hrsg.], Praxiskommentar zum ABGB², Bd. VI (1997), 186, Rz 2 f zu § 1112 ABGB.

Demolierungsbescheiden von Verwaltungsbehörden oder bei dem Entzug der Benutzungsbewilligung.

Die Norm des § 1112 ABGB ist aber hinsichtlich der ex lege eintretenden Auflösung grundsätzlich dahin **einschränkend auszulegen**, dass das Bestandverhältnis nicht erlischt, soweit den Bestandgeber dem Bestandnehmer gegenüber eine **Wiederherstellungspflicht** trifft.¹⁰ Die Wiederherstellungspflicht kann sich aus einer vertraglichen Vereinbarung oder auf Grund besonderer Vorschriften (etwa § 7 MRG) ergeben.

§ 1112 ABGB gilt unbestritten als **dispositive Norm**, weshalb von den darin vorgesehenen Rechtsfolgen vertraglich abgesehen werden kann. Nach der Rsp. umfasst ein etwaiger vertraglich bedingener Ausschluss oder ein Verzicht auf die Geltendmachung jeglicher Auflösungsgründe nicht das ex lege eintretende Erlöschen des Bestandvertrages infolge Unterganges (Miet 26.135).¹¹ Wurden die Rechtsfolgen des § 1112 ABGB nicht abbedungen und geht die Bestandsache zu Grunde, so löst sich aber nach der Rsp. das Bestandverhältnis dann nicht ex lege auf, wenn (in Kenntnis des Unterganges) weiterhin die Vorschreibung und Zahlung des vereinbarten oder ortsüblichen Bestandzinses erfolgt, weil dies als einverständliche Fortsetzung des Bestandverhältnisses zu betrachten ist.¹²

Satz 2 des § 1112 ABGB normiert eine **Schadenersatzpflicht** der Vertragsparteien. Ist der Untergang der Bestandsache durch Verschulden von einem der Vertragspartner herbeigeführt worden, so trifft diesen die Pflicht zum Ersatz des dem anderen verursachten Schadens.

Satz 3 der Norm bestimmt schließlich, dass bei Auflösung infolge eines Unglücksfalles kein Teil dem anderen dafür verantwortlich ist. Was unter

¹⁰ Würth, in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Bd. 1 (2000), 2462, Rz 2 f zu § 1112 ABGB.

¹¹ Binder, in Schwimann [Hrsg.], Praxiskommentar zum ABGB², Bd. VI (1997), 186, Rz 1 zu § 1112 ABGB.

¹² SZ 21/90.

einem solchen Unglücksfall zu verstehen ist, wird vom Gesetz nicht näher definiert.

III. Auslegungsprobleme - Zielsetzung

Die Norm des § 1112 ABGB ist ein Produkt des Gesetzgebers des frühen 19. Jahrhunderts. Die tatsächlichen Gegebenheiten, Voraussetzungen und Überlegungen die zur Erlassung dieser Norm geführt haben, unterlagen im Lauf der Zeit starken Veränderungen. § 1112 ABGB wurde bereits im Jahr 1811 erlassen, trat mit Wirkung vom 01.01.1812 in Kraft und wurde seitdem nie novelliert. Der Umstand, dass § 1112 ABGB sehr „alt“ ist und teilweise mit dem im Vergleich dazu sehr jungen Regelungsgefüge des MRG in wechselseitiger Verbindung steht, wirkt sich erschwerend bei der Auslegung dieser Bestimmung aus.

Zudem ist die Auslegung dieser Norm im Sinne einer historischen Interpretation faktisch sehr erschwert bzw. unmöglich, da der Gesetzgeber vom Jahre 1811 noch keine Gesetzesmaterialien, wie sie heute üblich und gebräuchlich sind (Regierungsvorlagen, Erläuterungen, Ausschussberichte, Kommissionsberichte oder die Stenographischen Protokolle des Nationalrates, etc.), anfertigte. Erst seit dem Jahre 1848, hier aber nur sehr vereinzelt und rudimentär, hat der Gesetzgeber begonnen, die Vorläufer unserer heutigen Gesetzesmaterialien anzufertigen. Ungefähr seit dem Jahre 1867 wurden regelmäßig Materialien zu den Gesetzesentwürfen aufgezeichnet.

Zur Erhellung des Willens des historischen Gesetzgebers bieten sich jedoch der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches an. Ein Überblick über die ältere Literatur des frühen 19. Jahrhunderts, die sich mit gegenständlicher Norm auseinandergesetzt hat, erscheint nicht nur auf Grund des zeitlichen Zusammenhanges mit der Entstehung bzw. dem Inkrafttreten des §1112 ABGB interessant.

Den Beratungsprotokollen ist zu entnehmen, dass eine Sitzung am 1. Dezember im Jahre 1806 zum Urentwurf des § 1112 ABGB stattfand. Bei diesem Protokoll ist allerdings lediglich vermerkt, dass im 2. Satz anstatt

„Genugtuung“ „Ersatz“ gesagt werden müsse und dass damit auch alle einverstanden waren.¹³ Der Urentwurf wurde dann bis auf diese Änderung wortgleich in das ABGB übernommen.¹⁴

Winiwarter hält 1844 fest: „Der Untergang der Sache macht dem Bestandvertrage ein Ende, weil das Objekt fehlt, welches gebraucht oder benützt werden soll. Doch wird hierbei vorausgesetzt, dass die Sache gänzlich zu Grunde gegangen ist; denn ein teilweiser Untergang berechtigt nur zur Aufkündigung vor der bedungenen Zeit (§ 1117 ABGB), löst aber den Vertrag nicht von selbst auf.“¹⁵

Stubenrauch¹⁶ und Scheidlein¹⁷ schreiben, dass es sich aus der Natur der Sache ergebe, dass sich der Bestandvertrag durch den gänzlichen Untergang der Bestandsache von selbst auflöse.

In der Kommentarliteratur aus dem 19. Jahrhundert zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Einfluss bzw. die Auswirkung einer etwaigen Wiederherstellungspflicht auf die Rechtsfolgen des § 1112 ABGB dogmatisch kaum untersucht. Verweise, dass die Norm bei Vorliegen einer Wiederherstellungspflicht einschränkend auszulegen sei und es in diesen Fällen zu keiner Auflösung des Vertrages komme, finden sich in den Werken dieser Autoren nicht. Dies mag darin begründet sein, dass sich der Anwendungsbereich des § 1112 ABGB seit dem 19. Jahrhundert durch die Gesetzgebung nach dem ersten Weltkrieg (insbesondere durch das Inkrafttreten des Mietengesetzes [MG] im Jahr 1922 sowie des Mietrechtsgesetzes [MRG] im Jahr 1982) mehrfach geändert hat. Ein die

¹³ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2 (1889), 308.

¹⁴ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1 (1888), 112.

¹⁵ *Winiwarter*, Das persönliche Sachenrecht nach dem Österreichischen allgemeinen bürgerlichen. Gesetzbuche² (1844), 330.

¹⁶ *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II (1888), 439.

¹⁷ *Scheidlein*, Abhandlung über den Miet- und Pachtvertrag nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche (1819), 164 f.

Beendigung einschränkender Ausnahmetatbestand nach § 7 MRG (§ 10 MG) war zur Zeit der Entstehung dieser Werke in der österreichischen Rechtsordnung nicht normiert.

Nach § 10 MG (nunmehr § 7 MRG) muss der Bestandgeber die ihm auf Grund einer Versicherung zukommende Entschädigung zur Wiederherstellung des Bestandobjektes verwenden. Trifft den Vermieter diese Wiederherstellungspflicht, bleiben die Mietverträge bestehen und es kommt zu keiner ex lege Auflösung. Eine in den Wirkungen ähnlich einschränkende Auslegung der Rechtsfolgen des § 1112 ABGB brachte die Einführung der so genannten „Einwirkungsverordnung für Kriegsschäden“ aus dem Jahr 1943. Nach § 1 der genannten Verordnung¹⁸ endete ein Mietverhältnis an kriegsbeschädigten Gebäuden, wenn die Mieträume in Folge eines Kriegsschadens nicht nur vorübergehend unbenutzbar wurden und ihre Instandsetzung nicht innerhalb eines Jahres nach Eintritt des Schadens in Angriff genommen wurde.¹⁹

Bei der Auslegung des § 1112 ABGB ist (neben § 7 MRG) insb. auch auf das Zusammenspiel und die Abgrenzung mit anderen Normen (§§ 1096, 1104 ABGB) zu achten. Probleme bereitet vor allem das in der Literatur kaum thematisierte Zusammenspiel des § 1096 ABGB mit § 1112 ABGB. Ziel dieser Arbeit ist ua, die Frage zu untersuchen, ob und in wieweit den Vermieter eine Erhaltungspflicht sowohl beim physischen als auch beim rechtlichen Untergang der Bestandsache (noch) trifft oder überhaupt (noch) treffen kann bzw., ob § 1112 ABGB als *lex specialis* anzusehen ist, die die Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB ohnehin (und in jedem Fall) verdrängt.

Da das Zusammenspiel der §§ 1096, 1104 ABGB sowie § 7 MRG mit § 1112 ABGB, als auch das Verhältnis dieser genannten Bestimmungen untereinander unmittelbare Bedeutung für das Fortbestehen bzw. den

¹⁸ Siehe ausführlich zu dieser Verordnung unter Kap. IV. 1.1 c.).

¹⁹ *Klang*, in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², Bd. V (1954), 99 f.

Untergang des Bestandverhältnisses hat, wird der Zusammenhang dieser Normen noch eingehend beleuchtet (siehe dazu Kap. V).

IV. Formen des Unterganges

Das „Zugrundegehen“ iSd § 1112 ABGB kann auf zweierlei Arten eintreten. Man unterscheidet demnach beim Untergang der Sache zwischen dem **physischen Objektuntergang** einerseits und dem **rechtlichen Untergang** andererseits. In beiden Fällen kommt es zur ex lege Auflösung des Bestandvertrages. Die Abgrenzung zwischen physischem und rechtlichem Untergang ist nicht immer leicht zu treffen, wobei die Grenze mitunter fließend verlaufen kann.

1. Physischer Objektuntergang

Auslegungs- und Anwendungsunterschiede beim physischen Objektuntergang ergeben sich mitunter schon aus der Art und Beschaffenheit des Bestandgegenstandes selbst. Ebenso sind hinsichtlich des Zeitpunktes des Eintritts der Rechtsfolgen des § 1112 ABGB unterschiedliche Lösungsansätze und Ergebnisse denkbar, weshalb beim physischen Objektuntergang weiter zwischen **unbeweglichen und beweglichen Sachen** differenziert werden muss.

1.1 Unbewegliche Sachen

Das Bestandobjekt muss physisch untergehen, um die Rechtsfolge der ex lege Auflösung des Bestandverhältnisses herbeizuführen. § 1112 ABGB grenzt diesen Tatbestand nicht klar ab, ein teilweiser Untergang der Sache reicht nach der Rsp. jedenfalls nicht aus (Miet 18.195; 24.157). Das Bestandobjekt muss vielmehr **vollständig Zugrundegehen**, um die **Auflösung des Bestandverhältnisses** zu bewirken.²⁰

²⁰ Würth, a.a.O., 2462, Rz 1 f.

Schwierigkeiten können schon bei der Abgrenzung auftreten, wann **Zerstörung mit der Rechtsfolge des § 1112 ABGB**, und wann (bloße) **Unbrauchbarkeit mit der Rechtsfolge des § 1104 ABGB** gegeben ist. **Prinzipiell gilt:** Liegt die Unbrauchbarkeit nicht in der (völligen) Zerstörung des Bestandgegenstandes, so liegt kein Fall des physischen Unterganges vor. Der Mietvertrag über eine Wohnung erlischt beispielsweise also schon dann, wenn diese zerstört ist, mag auch das Haus, in dem sich die Wohnung befindet, im Übrigen unbeschädigt sein. Dagegen liegt (bloße) Unbrauchbarkeit vor, wenn zwar die Wohnung selbst nicht beschädigt, aber etwa infolge der Zerstörung des Stiegenhauses unzugänglich ist.²¹ Unbenützbarkeit und Zerstörung bzw. Untergang der Bestandsache decken sich inhaltlich nicht.

So liegt nach der Judikatur kein Anwendungsfall des § 1112 ABGB vor, wenn die, den gemieteten Magazinraum vom Haus abtrennende Feuermauer, bestehen bleibt (Miet 23.173), von der vermieteten Kohlenkammer noch einzelne Wände und die Decke vorhanden sind (Miet 18.195).

a.) Teilweise Aufhebung des Bestandvertrages

Die Möglichkeit einer teilweisen Auflösung des Bestandvertrages ist im ABGB nicht explizit geregelt, liefert in der Praxis aber oftmals sachgerechte Ergebnisse. Die Judikatur hat zu diesem Themenkreis gezeigt, dass unter Umständen eine nur teilweise Auflösung des Bestandvertrages sinnvoll und möglich ist, insbesondere dann, wenn es sich um ein **räumlich selbständiges Objekt** handelt, etwa die Zerstörung eines mitgemieteten Aufzuges (Miet 46.139). Hinsichtlich der weiterhin bestehenden Objekte bleibt das Vertragsverhältnis (natürlich wird der Bestandzins entsprechend verringert) aufrecht bestehen.

²¹ *Klang*, a.a.O., 79.

Dabei ist bei einer teilweisen Vertragsaufhebung stets auf den Einzelfall abzustellen und die Beurteilung insb. an Hand des **ursprünglich vereinbarten Verwendungszweckes** vorzunehmen. Gehen einzelne von mehreren Objekten vollständig unter, so kommt es hinsichtlich der noch bestehenden Objekte darauf an, ob diese nach dem Willen der Parteien (für den Verwendungszweck) überhaupt noch in Frage kommen. Ist dies nicht der Fall, so scheidet ein teilweises Aufrechtbleiben des Bestandvertrages bei den noch bestehenden Objekten aus.²²

b.) Wiederherstellungspflicht des Bestandgebers

Nach der allgemeinen Regel des § 1112 ABGB trifft den Bestandgeber im Falle des Unterganges der Bestandsache keine Verpflichtung zur Wiederherstellung. Das Bestandverhältnis lebt auch dann nicht wieder auf, wenn der Bestandgeber die Sache freiwillig wiederherstellt.²³ Die Norm des § 1112 ist aber dahin **einschränkend auszulegen**, dass das Bestandverhältnis nicht erlischt, soweit den Bestandgeber gegenüber dem Bestandnehmer eine **Wiederherstellungspflicht** trifft. Sofern das MRG auf das Bestandverhältnis Anwendung findet, ordnet dies § 29 Abs 1 Z 2 MRG ausdrücklich an. Die Wiederherstellungspflicht kann auf einer vertraglichen Vereinbarung oder auf besonderen Vorschriften (z.B. § 7 MRG) beruhen.²⁴

Hinsichtlich der „besonderen Vorschriften“ führt der OGH bereits in seiner Entscheidung vom 18. September 1928 (OGH, 3 Ob 742/28 = Miet 17.185) aus, dass § 10 MG (nunmehr § 7 MRG) eine Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung des § 1112 ABGB normiert. Das Höchstgericht kam zur Auffassung, dass der Mieter das Recht auf Erwirkung einer Entscheidung der Mietkommission (seit Inkrafttreten des MRG normiert § 6 MRG die Zuständigkeit der Gerichte bzw. die der Gemeinde [§ 39 MRG]) hat, wonach der Bestandgeber eine allfällige Versicherungsleistung auf

²² *Binder*, a.a.O., 186, Rz 3 zu § 1112 ABGB.

²³ SZ 1/45.

²⁴ *Würth*, a.a.O., 2462, Rz 1 f.

Grund der Zerstörung seines Zinshauses zur Wiederherstellung des Bestandgegenstandes zu verwenden hat. Diese Pflicht trifft den Vermieter ohne Unterscheidung, ob das Haus nur teilweise oder gänzlich zerstört wurde.

Die Versicherungssumme die dem Vermieter zugesprochen wurde betrug damals 939 Schilling und 60 Groschen, die Wiederherstellungs-kosten betrugen dagegen ca. 1500 Schilling. Interessant erscheint in diesem Zusammenhang vor allem die Begründung des OGH, in der er ausführte, dass nicht angenommen werden könne, dass das Bestandverhältnis erloschen sei, da der Vermieter die Wiederherstellungskosten **größtenteils** aus der Versicherungssumme decken konnte (rund drei Fünftel) und nur den geringeren Teil selbst tragen musste.

Diese Auffassung ist wohl schon überholt: Die jüngere Rsp. (vgl. OGH vom 15.03.1988, 5 Ob 19/88) zu § 7 MRG verlangt nunmehr für jene Fälle, in denen die Versicherungsleistung nicht zur Gänze für die Wiederherstellung ausreicht, dass eine **Teilwiederherstellung** dann geboten ist, wenn es vom Standpunkt der **Brauchbarkeit vernünftig erscheint**, und die Wiederherstellung **rechtlich und technisch möglich** ist.²⁵

Die Wiederherstellungspflicht kann sich ebenso auf Grund von Treu und Glauben ergeben oder auch auf Grund einer rechtswidrigen Zerstörung durch den Bestandgeber, etwa durch eigenmächtigen Umbau.²⁶ In diesem Zusammenhang hat der OGH (OGH 1 Ob 59/66) ausgesprochen, dass es gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Mieter zuerst veranlasst wird, vorübergehend einen Teil des Mietgegenstandes zu räumen, um dadurch dem Hauseigentümer Gelegenheit zu geben, einen Umbau durchzuführen, der Hauseigentümer sich dann aber auf den Standpunkt stellt, den Mietvertrag im Hinblick auf § 1112 ABGB nicht erfüllen zu müssen.²⁷ Ebenso bringen **eigenmächtige Veränderungen** durch den Vermieter das

²⁵ Prader, Mietrechtsgesetz (2000), 109 f.

²⁶ Würth, a.a.O., 2462, Rz 2.

²⁷ Miet 18.196.

Mietverhältnis **nicht ex lege zum Erlöschen**, wenn die Wiederherstellung des Mietgegenstandes möglich ist. Dies gilt auch dann, wenn inzwischen schon andere bauliche Vorkehrungen getroffen wurden, die sich aber wieder beseitigen lassen.²⁸

Strittig ist, ob die Wiederherstellungspflicht mit der Folge des Fortbestandes des Bestandverhältnisses auch in jenen Fällen besteht, in denen ein **Dritter** für die Zerstörung des Bestandobjekts **vollen Ersatz** zu leisten hat. Würth erscheint dies fraglich.²⁹ Apathy vertritt die Auffassung, dass es zu keiner Auflösung des Bestandverhältnisses nach § 1112 ABGB kommt, soweit der Dritte zur Wiederherstellung in natura verpflichtet ist, da die Ersatzleistung gleichermaßen dem Vermieter wie dem Mieter zugute kommt. Für den Fall, dass sich die Naturalherstellung zwar an sich als tunlich erweist, deren Vornahme durch den Schädiger oder unberechtigten Verwender selbst aber untunlich ist, so biete sich für Apathy als Lösung an, dass der Schädiger an den Vermieter und Eigentümer Geldersatz in Höhe der Wiederherstellungskosten leistet und dass dieser dann das Mietobjekt wiederherstellt.³⁰

Unter Hinweis auf Zeiller³¹, wonach bei einem vom Bestandnehmer verschuldeten Untergang der Bestandsache zwar dessen Benützungsrecht, nicht aber die Verpflichtung zur Mietzinszahlung erlösche, gelangt Apathy zur Auffassung, dass die zunächst recht weit gefasste Bestimmung des § 1112 ABGB nicht isoliert und vor allem nicht so zu verstehen sei, dass jeder Untergang den Bestandvertrag auflöst. Die Wiederherstellungspflicht könne sich neben anderen Grundlagen auch aus der schadenersatzrechtlichen Pflicht zur Naturalrestitution ergeben. Diese Pflicht brauche keineswegs als eine Ausnahme von § 1112 ABGB gesehen werden, wenn man berücksichtige, dass der Vermieter in diesem Fall die Wiederherstellung nicht aus eigenen Mitteln bestreiten muss und sie ihm daher zumutbar ist. Ist ihm

²⁸ Miet 18.197.

²⁹ Würth, a.a.O., 2462, Rz 2.

³⁰ Apathy, Die Publizianische Klage (1981), 98 f.

³¹ Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III/2, 438 f.

diese Pflicht nicht zumutbar, da er dafür eigene Mittel aufwenden müsste, erlösche das Bestandverhältnis nach § 1112 ABGB. In der Regelung des § 10 MG komme im Übrigen der allgemeine Gedanke zum Ausdruck, dass der Schuldner bzw. Vermieter bei Unmöglichkeit der Leistung das stellvertretende commodum herauszugeben hat. Danach wird der Schuldner durch das zufällige Unmöglichwerden der geschuldeten Leistung dann nicht entsprechend § 1447 ABGB von seiner Verpflichtung befreit, wenn ein Vermögenswert an die Stelle der untergegangenen Leistung getreten ist. Der Gläubiger könne vielmehr diesen Vermögenswert anstelle der ursprünglich geschuldeten Leistung begehren. Auf das Bestandsrecht angewandt bedeute dies, dass der Vermieter, dem der Dritte Ersatz in Höhe der Wiederherstellungskosten leistet, diesen Betrag nicht zur freien Verwendung erhält, sondern dass er ihn zur Wiederherstellung des Bestandobjekts zu verwenden habe, was einen Untergang nach § 1112 ABGB ausschließe.³²

Apathy kommt folglich in jenen Fällen, in denen eine Wiederherstellung des Bestandobjekts (oder eines gleichartigen Ersatzzustandes) unmöglich oder untunlich ist, oder dass der vom Dritten (Schädiger) dem Eigentümer zu leistende Betrag zur Wiederherstellung nicht ausreicht, zum Schluss, dass der Mieter sein Bestandsrecht in Folge Unterganges einbüßt.³³

Anhaltspunkte für die Auslegung Apathys sind dem Gesetz jedoch nicht zu entnehmen. Der Gesetzestext normiert in § 29 Abs 1 Z 2 MRG lediglich § 7 MRG als Ausnahmebestimmung zu § 1112 ABGB. Prinzipiell wäre dem Vermieter zwar die Wiederherstellung, sowohl im Falle einer die Wiederherstellungskosten deckenden Versicherungsleistung als auch bei (ausreichender) Ersatzleistung eines Dritten, zumutbar, da er keine Eigenmittel aufwenden muss. Dieser Auslegung ist im Ergebnis dennoch nicht zu folgen. Auch der Verweis auf Zeiller, wonach bei Untergang der Bestandsache durch ein Verschulden des Mieters dessen Zinszahlungspflicht fortbesteht³⁴, vermag nicht zu überzeugen:

³² Apathy, a.a.O., 99 ff.

³³ Apathy, a.a.O., 101.

³⁴ Zeiller, a.a.O., III/2, 438 f.

§ 1112 ABGB unterscheidet hinsichtlich des Fortbestandes nämlich nicht danach, wer den Untergang zu vertreten hat. Die Pflicht zur Zahlung des Mietzinses kann sich auch aus dem Schadenersatzrecht ergeben und ist unabhängig vom Fortbestand des Mietverhältnisses zu beurteilen. Dass der Mieter in diesen Fällen sein Benützungsrecht einbüßt, so auch Apathy³⁵, kann zweifelsfrei nur bedeuten, dass das Bestandverhältnis infolge Unterganges aufgelöst ist. Selbst wenn der **Mieter zum vollständigen Ersatz** des aus seinem Verschulden zerstörten Bestandobjektes verpflichtet ist, kommt es sohin zur **ex lege Auflösung** des Bestandvertrages nach § 1112 ABGB. Dem Vermieter steht vielmehr ein Recht zu, sich gegenüber dem Mieter auf die Auflösung zu berufen. Aber auch wenn ein **Dritter** zur (vollständigen) **Wiederherstellung** des völlig zerstörten Objektes verpflichtet ist, kommt es zur **Auflösung** nach § 1112 ABGB. Gegenteilige Auffassung würde den Anwendungsbereich des § 1112 ABGB auf jene Fälle beschränken (ausgenommen Fälle vertraglicher Vereinbarung und Fälle des § 7 MRG), in denen die Bestandsache zufällig untergeht (und niemand ersatzpflichtig ist) oder der Ersatz des dritten Schädigers nicht ausreicht. Das Schicksal des Bestandvertrages würde uU davon abhängen, ob vom Dritten ausreichender Ersatz erlangt werden kann. Schuldet ein Dritter vollständigen Ersatz bzw. Wiederherstellung, so sind dies idR Fälle, in denen den Zerstörer ein Verschulden trifft. Auf ein Verschulden inter partes kommt es jedoch hinsichtlich der Rechtsfolge der Auflösung des Bestandvertrages nicht an. Die **Auflösung** tritt nach der Konzeption des Gesetzgebers vielmehr **verschuldensunabhängig** ein, während S 2 des § 1112 ABGB für aus Verschulden zugrunde gegangene Mietobjekte andere Rechtsfolgen normiert, nämlich einen wechselseitigen **Schadenersatzanspruch** des Vermieters und des Mieters.

³⁵ Apathy, a.a.O., 100.

c.) Exkurs: Die Regelung des § 1 lit b der Verordnung über die Einwirkung von Kriegsschäden an Gebäuden auf Miet- und Pachtverhältnisse (KSchEinwV.) vom 28.09.1943, RGBI I 546

Mehr von rechtshistorischer als von praktischer Bedeutung ist die Regelung des § 1 lit b der Verordnung über die Einwirkung von Kriegsschäden an Gebäuden auf Miet- und Pachtverhältnisse vom 28.09.1943. Die so genannte „Einwirkungsverordnung“ ist zwar zufolge Art IV Abs 2 lit f MRÄG nicht mehr wirksam. Eine nähere Betrachtung erscheint dennoch interessant, da diese Verordnung unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsfolgen bei Untergang der Bestandsache mit sich brachte.

§ 1 der KSchEinwV enthielt nicht nur eine mit § 1112 ABGB idente Bestimmung (lit a), sondern dehnte auch den Anwendungsbereich des § 1112 ABGB aus. Dies dahingehend, dass es auch bei einer **auf Kriegsschäden beruhenden Unbrauchbarkeit** des Bestandobjektes zum **Erlöschen** des Mietvertrages kommen kann.³⁶ Nach § 1 KSchEinwV. kommt es dann zum ex lege Erlöschen des Bestandverhältnisses, wenn die Mieträume **nicht nur vorübergehend unbenutzbar** geworden sind und ihre **Instandsetzung nicht innerhalb eines Jahres** nach Eintritt des Schadens in Angriff genommen wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Unbrauchbarkeit Folge der Zerstörung des Mietobjektes ist. Nach der KSchEinwV kommt es nämlich auch dann zur Auflösung des Mietvertragvertrages, wenn die (dauernde) Unbrauchbarkeit der Wohnung nicht durch deren physisch vollständige Zerstörung bewirkt wurde.³⁷

Voraussetzung für das Erlöschen des Mietvertrages ist eine zweifache: Es darf sich nicht um eine bloß vorübergehende Unbenützbarkeit handeln und es muss ein Jahr verstrichen sein, ohne dass die Wiederherstellung in Angriff genommen wurde. Dabei ist zu beachten, dass sich die Wiederherstellungsarbeiten nicht auf das einzelne Mietobjekt beziehen müssen, sondern es vielmehr genügt, wenn mit der Behebung der Gesamtschäden des Gebäudes begonnen wurde (z.B. die Reparatur des

³⁶ Miet 24.157 = E. des OGH vom 06.12.1972, 1 Ob 262/72.

³⁷ *Klang*, a.a.O., 80.

Daches oder die Instandsetzung des Stiegenhauses). Selbst wenn nach Beginn der Arbeiten die Instandsetzung für längere Zeit ausgesetzt wurde, weil etwa das erforderliche Material nicht vorhanden war, blieben die Mietverhältnisse weiterhin aufrecht.³⁸

Fraglich ist die Wirkung einer bloß teilweisen Zerstörung oder Unbenützbarkeit einer Wohnung auf den Bestand des Mietvertrags. Der Oberste Gerichtshof hat diesbezüglich ausgesprochen, dass sich die Vorschriften der KSchEinwV nur auf die Beschädigung oder Unbenützbarkeit des ganzen Mietobjektes beziehen, weshalb der Bestandgeber die Auflösung des Mietvertrages wegen Zerstörung oder Unbenützbarkeit einzelner Teile des Mietobjektes nicht in Anspruch nehmen könne.³⁹

Der Vertrag bezüglich des unversehrt gebliebenen Wohnungsteiles bleibt im Allgemeinen bei gleichzeitiger, entsprechender Verringerung des Zinses (§ 1105 ABGB) aufrecht, es sei denn, dass die Wiederinstandsetzung des zerstörten Teiles ohne die Verfügung über den unversehrten Teil nicht möglich ist. Nach Wiederherstellung des beschädigten Teils wird dem ursprünglichen Mieter das Recht auf Fortsetzung der Miete unter der Voraussetzung eingeräumt, dass er zur Zahlung eines den Wiederherstellungskosten entsprechenden Mietzinses bereit ist. Kam eine Vereinbarung darüber nicht zustande, so blieb dem Vermieter das Recht der Verfügung über die wiederhergestellten Räume vorbehalten. Diese Rechtssätze konnten sich nicht auf positive Bestimmungen stützen, versuchten aber eine der damaligen Interessenlage hinsichtlich der Ereignisse des zweiten Weltkrieges angemessene Regelung zu finden, die nicht durch Berufung auf Vorschriften vereitelt werden sollte, welche die Ereignisse des Zweiten Weltkrieges und deren Folgen nicht voraussehen konnten.⁴⁰

³⁸ OGH vom 21.05.1947, 1 Ob 333/47.

³⁹ OGH vom 17.11.1948, 3 Ob 385/45.

⁴⁰ *Klang*, a.a.O., 99.

Nach Wiederherstellung des Mietobjektes sind, was die Verfügung über den Mietgegenstand betrifft, generell drei Fälle zu unterscheiden:

1.) Hat der Vermieter die Objekte ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel wiederhergestellt, so kann er über den Gegenstand frei verfügen. Dies unter der Voraussetzung, dass die Wiederherstellung Aufwendungen erfordert hat, die im Verhältnis zur Anzahl und Beschaffenheit der Räume als bedeutend anzusehen sind (§ 28 WWG).

2.) Ist für die Wiederherstellung Fondshilfe in Anspruch genommen worden, so hat der Vermieter dem Altmietler, das ist derjenige, der das Mietobjekt im Zeitpunkt der Beschädigung innehatte, die Mieträume anzubieten.

3.) Hat der Altmietler nach Inkrafttreten des WWG die von ihm benützten Räume ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel wiederhergestellt, so hat er auf diese Anspruch (§ 29 WWG). Ob der Altmietler auch das Recht zum Wiederaufbau hat, sagt das WWG nicht. Da aber die Anerkennung eines solchen Rechtes in wichtige Interessen des Vermieters eingreifen würde, setzt der Wiederaufbau des Altmietlers die Zustimmung des Vermieters voraus.⁴¹

Die KSchEinwV erweiterte den Anwendungsbereich des § 1112 ABGB und stellte zusammengefasst klar, dass es schon bei bloßen Schäden oder Beschädigungen der Bestandsache unter gewissen Umständen zur Auflösung des Vertrages kommen kann. Für die Auslegung des § 1112 ABGB ergibt sich im Umkehrschluss, dass bei bloßen Beschädigungen jedenfalls nicht von einem zugrunde gegangenen Objekt gesprochen werden kann und es daher nicht zur Auflösung nach § 1112 kommt. Andernfalls hätte es nicht einer, den damaligen Gegebenheiten Rechnung tragenden Verordnung, bedurft.

⁴¹ Klang, a.a.O., 90 f.

1.2 Bewegliche Sachen

Bei den beweglichen Sachen führt der physische Objektuntergang ebenso wie bei den unbeweglichen Sachen zur Auflösung des Bestandverhältnisses. So liegt etwa bei einem Totalschaden eines gemieteten Baggers (EvBl 1981/70) Untergang iSd § 1112 vor. Aber auch der (dauernde) **Verlust einer beweglichen Bestandsache** ist dem Untergang gleichzuhalten und führt zum **Erlöschen** des Bestandvertrages.

Probleme ergeben sich bei der Frage, wann von einem dauernden Verlust gesprochen werden kann, der gem. § 1112 ABGB zur Auflösung des Bestandverhältnisses führt. In der Entscheidung des OGH vom 17. Juni 1919 (Rv I 164/19) hatte sich das Höchstgericht mit der Problematik zu beschäftigen, zu welchem Zeitpunkt es bei einem in Verlust geratenen beweglichen Bestandobjekt zum Erlöschen des Bestandvertrages bzw. der Zinszahlungspflicht kommt. Zunächst der Sachverhalt:

Der Kläger hatte im April 1915 Bohrgeräte zur Gewinnung von Öl gegen Zahlung eines Bestandzinses an den Beklagten geliehen. Die Bohrgeräte wurden mittels Eisenbahn nach Galizien gebracht. Im Mai 1915 langte der Waggon vermutlich dort ein. Seit diesem Zeitpunkte ließ sich der Verbleib der Geräte jedoch nicht mehr feststellen. Diesbezügliche Nachforschungen waren auf Grund des ersten Weltkrieges nicht möglich. Der Beklagte zahlte aber weiterhin den vereinbarten Bestandzins bis 1. August 1915, dann blieben die Zahlungen, trotz wiederholter Mahnungen seitens des Klägers, aus. Erst am 19. Juni 1917 teilte der Beklagte mit, dass er unter Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 1112 und 1104 ABGB keine weiteren Zahlungen leisten werde, aber den gemeinen Wert der in Verlust geratenen Werkzeuge ersetzen werde. Der Kläger brachte zwei Klagen ein. Die erste auf Zahlung des Zinses für den Zeitraum August 1915 bis Juni 1917 samt Zinsen und die zweite auf Zahlung des Wertes der verlorenen Geräte.

Der Klage auf Bezahlung des Bestandzinses wurde vom Erstgericht stattgegeben. Das Erstgericht war der Ansicht, dass der Waggon mit den

Bohrgeräten zweifelsfrei am 31. Mai 1915 eingetroffen sei und dass über das weitere Schicksal der Sachen nichts mehr erhoben werden könne und damit keineswegs erwiesen sei, dass die Sachen zugrunde gegangen seien. Es sei leicht möglich, dass sich die Geräte in irgendeinem Magazin oder sonst wo befänden, ja sogar noch im Gebrauch stehen könnten. Die Voraussetzungen des § 1112 ABGB lägen daher nicht vor und die beklagte Partei habe den Bestandzins bis zum Juni 1917 als demjenigen Tag zu zahlen, an welchem die Klägerin selbst den Bestandvertrag als erloschen betrachtet habe.

Das Berufungsgericht hat das Klagebegehren abgewiesen. Es vertrat die Ansicht, dass das Schicksal der Maschinen den Beteiligten nicht bekannt sei, und ein Gegenstand, von dem man nicht wisse, wo er sich befindet und ob er überhaupt noch existiert, als verloren zu gelten habe. Es sei daher nicht richtig, die Bestimmung des § 1112 ABGB dahin auszulegen, dass sie sich nur auf den physischen Untergang der Sache beziehe, zumal sich der Wortlaut auch auf das Zugrundegehen der Sache im wirtschaftlichen Sinne beziehen könne. Die Pflicht zur Zahlung des Bestandzinses sei daher für die Zeit ab 1. August 1915 unbegründet.

Der Oberste Gerichtshof hat der Revision des Klägers keine Folge gegeben. In der Begründung führte er aus, dass sich aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Pflicht des Bestandgebers, die Bestandsache in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten, widrigenfalls der Bestandnehmer für die Dauer und im Maße der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit ist (§§ 1096 - 1098 ABGB), sowie aus der Bestimmung über die Erlassung des Zinses oder eines Teiles davon im Falle, dass die Bestandsache wegen außerordentlicher Zufälle, Feuer, Krieg, Seuchen, Überschwemmungen, usw. ganz oder teilweise nicht gebraucht werden kann (§§ 1104, 1105 ABGB), ergebe, dass sich Bestandzins und Gebrauch wechselseitig bedingen. Der Bestandzins könne daher dann nicht verlangt werden, wenn der Bestandnehmer, ohne ein in seiner Person eingetretenes Hindernis oder ohne einen in seiner Person eingetretenen Unglücksfall, den beabsichtigten Genuss oder Gebrauch der Bestandsache nicht machen könne. Da der Beklagte seit 31. Mai 1915 nichts mehr vom

Verbleib der Bohrgeräte in Erfahrung bringen konnte, könne er auch nicht dazu verhalten werden, den Bestandzins für die Zeit nach dem 31. Mai 1915 zu bezahlen.

Weiters sprach der OGH aus, dass der Umstand, dass die Beklagte Partei den Kläger erst lange nach dem 31. Mai 1915, nämlich am 22. Juni 1917, vom Verlust der Geräte verständigt habe, nicht dazu führe, dass das Bestandverhältnis bis 22. Juni 1917 weiterlaufe. Vielmehr habe der Bestandvertrag mit dem Verlust der Bestandsache (im Mai 1915) sein natürliches Ende gefunden.

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang, dass der OGH die Einwendung der Revision, dass die beklagte Partei es unterlassen habe, den Verlust sofort anzuzeigen und daher mit ihrem Begehren nicht mehr gehört werden dürfe, abgelehnt hat, da es sich im gegenwärtigen Falle nicht um einen Pachtvertrag handle.⁴²

Meiner Ansicht nach ist dieser Rechtsansicht hinsichtlich des Auflösungszeitpunktes im Ergebnis nicht zu folgen und erscheint teilweise widersprüchlich zur jüngeren Rsp. des OGH. Dagegen spricht schon, dass der Bestandnehmer den Zins bis zum 1. August 1915 gezahlt hat und dieser auch seitens des Bestandgebers (in Unkenntnis des Verlustes) angenommen wurde. Dies spricht dafür, dass der Bestandnehmer im Mai 1915 wohl noch nicht von einem dauernden Verlust der Sache ausgegangen ist und bringt vielmehr seinen Willen am Festhalten bzw. an der Fortsetzung des Vertrages zum Ausdruck. So hat die Zahlung und Annahme des Bestandzinses nach der Rechtsprechung prinzipiell eine Fortsetzung des Bestandverhältnisses zur Folge (SZ 21 / 90, Miet 6.307). Da der Verbleib der Bestandsache im Mai 1915 keineswegs endgültig geklärt war und die Bohrgeräte durchaus noch auftauchen oder gefunden hätte werden können, ist das Bestandverhältnis zu diesem Zeitpunkt noch nicht erloschen gewesen.

⁴² SZ 1/45.

Die spätere Rsp. löst dieses Problem richtig: Ein Bestandverhältnis wird **erst dann als aufgelöst angesehen**, wenn der **Sachverhalt**, der zur Auflösung führen würde, **endgültig geklärt** ist (vgl. OGH vom 13.04.1994, 3 Ob 37/94). Zum Untergang kann es bei beweglichen Sachen demnach erst dann kommen, wenn feststeht, dass die Sache verloren gegangen ist. Hinsichtlich des Auflösungszeitpunktes des Bestandvertrages ist aber auf den Verlustzeitpunkt der Bestandsache abzustellen, auch wenn dieser erst später in einem Prozess geklärt werden kann.

Dass der Mieter ab 1. August 1915 seine Zahlungen einstellte, ist hinsichtlich des Fortbestandes des Vertrages ebenso unbeachtlich. Fraglich bleibt, wie lange der Bestandvertrag dann noch aufrecht ist bzw. für welchen Zeitraum den Mieter die Zinszahlungspflicht trifft. Die Variante, dass der Mieter bei verschollenen Bestandobjekten (selbst wenn dies von ihm verschuldet wurde) an den aufrechten Mietvertrag weiterhin gebunden bleibt und er den Zins quasi „ewig“ zahlen müsste, scheidet von vornherein als wenig sinnvoll aus. Denkbar aber letztlich nicht überzeugend wäre, dass der Mieter nach Anzeige des Verlustes an den Vermieter den Zins noch bis zum nächst möglichen, fiktiven Kündigungstermin entrichten muss. Ebenso erscheint aber das Festsetzen einer gewissen Frist, innerhalb derer das Objekt wieder aufgetaucht sein muss damit es nicht zur ex lege Auflösung nach § 1112 ABGB kommt, mangels Anhaltspunkte im Gesetz willkürlich und dogmatisch nicht begründbar.

Ein Indiz hinsichtlich des Auflösungszeitpunktes stellt die Anzeige des Verlustes an den Vermieter dar. Im Einklang mit der Rechtsprechung zum rechtlichen Untergang, und mangels anderer objektivierbarer Kriterien, ist jener Auffassung der Vorzug zu geben, bei der es zum Zeitpunkt der **Anzeige des Verlustes** an den **Vermieter** zum Untergang kommt: Das Bestandverhältnis wäre nach diesem Gedanken sohin erst im Juni 1917, nachdem der Mieter unter Berufung auf die §§ 1112 und 1104 ABGB den Verlust bekannt gegeben hatte, als aufgelöst zu betrachten. Die Zinszahlungspflicht des Mieters besteht sohin ebenfalls bis zu diesem Zeitpunkt fort. Dafür spricht auch, dass der Mieter zu diesem Zeitpunkt als

prinzipiell alleiniger Benützungs- bzw. Verfügungsberechtigter über die Bohrgeräte und sohin auch als derjenige, der der Bestandsache idR „am nächsten stehen“ wird, offenkundig bereits selbst davon ausgegangen ist, dass die Geräte **endgültig verloren** gegangen sind und er sie auch nicht wiedererlangen kann oder wird und auch keinerlei Mühen zur Auffindung der Bestandobjekte mehr auf sich nehmen wird. Der Sachverhalt ist sohin zu diesem Zeitpunkt als ausreichend „endgültig geklärt“ iSd der Rsp. (3 Ob 37/94) anzusehen, weshalb es zu diesem Zeitpunkt zur Auflösung kommt.

Dies muss jedoch nicht immer der Zeitpunkt der Anzeige an den Vermieter sein, sondern ist Einzelfall bezogen zu beurteilen. Geht ein Bestandobjekt derart verloren, dass es zwar nicht zerstört, aber eine Bergung oder ein Wiederauffinden des Objektes **faktisch unmöglich** ist (z.B. Verlust des Bestandobjektes durch Schiffbruch, etc), wird dies, unabhängig von der Anzeige an den Vermieter, sofort zur ex lege Auflösung des Bestandverhältnisses führen. Diese Auffassung steht auch im Einklang mit der Rsp. zum physischen Untergang von unbeweglichen Sachen: Stürzt etwa ein Mietobjekt ein, treten die Rechtsfolgen des § 1112 ABGB unabhängig davon, ob der Vermieter Kenntnis von der Zerstörung seines Objektes hat, ein.

2. Rechtlicher Untergang

2.1 Allgemeines

Die Rechtsfolgen des § 1112 ABGB treten unstrittig auch im Falle des rechtlichen Unterganges der Bestandsache ein. Ein solcher liegt nicht nur dann vor, wenn die Sache an sich **aus dem Rechtsverkehr gezogen** wurde, sondern schon dann, wenn die für die Vermietbarkeit überhaupt oder für die Vermietung zu einem bestimmten Zweck **erforderliche Qualifikation endgültig und unabänderlich** verloren geht.⁴³ So kann daher eine behördliche Verfügung, etwa ein Abbruchauftrag oder der Entzug der Benutzungsbewilligung, die gleiche Wirkung wie die physische Zerstörung des Bestandgegenstandes entfalten, wenn durch sie der Zweck der Bestandsache, dem sie bisher diente, **dauernd entzogen** wird.⁴⁴

Wie beim physischen Objektuntergang ist **§ 7 MRG** (Wiederherstellungspflicht aufgrund Versicherungsleistung) auch im Anwendungsbereich des rechtlichen Unterganges als *lex specialis* gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des ABGB anzusehen. Liegt ein Anwendungsfall des § 7 MRG vor, schließt dies eine *ex lege* Endigung des Bestandverhältnisses infolge rechtlichen Unterganges nach § 1112 ABGB aus. Der Wortsinn „Wiederherstellung“ bedeutet sowohl die **Reparatur** einer Sache als auch die **Wiedererschaffung** einer Sache, die vorhanden gewesen ist und eine Zeitlang nicht vorhanden war.⁴⁵

In diesem Zusammenhang kann oftmals auch eine **Pflicht** des Bestandgebers bestehen entsprechende **Rechtshandlungen** zu setzen, um einen rechtlichen Untergang zu verhindern (z.B. die Pflicht zum Antrag auf nachträgliche (Bau-)Bewilligung).

⁴³ Würth, a.a.O., 2462, Rz 3.

⁴⁴ Klang, a.a.O., 98.

⁴⁵ SZ 10/284.

Liegt eine **endgültige behördliche Verfügung** vor, mit der die für die Vermietbarkeit überhaupt erforderliche Qualifikation unabänderlich verloren geht, führt dies zur Auflösung des Bestandvertrages infolge rechtlichen Untergangs. Der Vermieter kann in diesem Fall seine, auf titellose Benützung gerichtete, Räumungsklage direkt auf § 1112 ABGB stützen.

2.2 Benutzungsbewilligungsentzug und Demolierungsauftrag

Wird in einem baubehördlichen Bescheid bloß die **Benutzungsbewilligung** entzogen oder die **Räumung** aufgetragen, hat dies im Allgemeinen noch nicht den rechtlichen Untergang der Bestandsache zur Folge. Fehlt in einem Bescheid der **Demolierungsauftrag**, lässt sich daraus schließen, dass die Behörde von der Möglichkeit einer Instandsetzung ausgeht.

Prinzipiell ist das Gericht zwar an den Verwaltungsbescheid nur auf das im Spruch Verfügte, nicht aber auf dessen Begründung gebunden, daraus ergibt sich aber nicht die völlige Unbeachtlichkeit der Bescheidbegründung. Ergibt sich nämlich aus dem Bescheid, dass die Verwaltungsbehörde bei ihrem **Benutzungsbewilligungsentzug** bzw. dem **Räumungsauftrag** von einer **dauernden Unbenützbarkeit** ausging und den Demolierungsauftrag nur aus solchen Gründen nicht erlassen hat, die nicht in einer noch bestehenden Instandsetzungsmöglichkeit oder mangelnden Abbruchreife liegen, mit dem Zustand des Hauses selbst in keinem Zusammenhang stehen, sondern in **Umständen**, die in erster Linie der **Sicherheit der anliegenden Gebäude** dienen, dann führt der verwaltungsbehördliche Auftrag, das Bestandobjekt zu räumen und Sicherungen gegen jeden Wiederbezug zu treffen, zur **Auflösung** nach § 1112 ABGB.⁴⁶ Der OGH war in dieser Entscheidung⁴⁷ der Ansicht, dass

⁴⁶ SZ 43/12.

⁴⁷ OGH vom 20.01.1970, 4 Ob 610/69.

Sicherungsmaßnahmen gegen den Wiederbezug (so insbesondere das Herausreißen der Fußböden und das Auflassen der Versorgungsanschlüsse) keinen Zweifel an der **dauernden Unbenützbarkeit** des Gebäudes offen lassen und dass dies daher zum **rechtlichen Untergang** der Bestandsache führt.

Entspricht das Bestandobjekt (bloß) nicht der Bauordnung und bekommt der Eigentümer bzw. Vermieter einen **baubehördlichen Auftrag** auf Herstellung des konsensmäßigen Zustandes vorgeschrieben, so kann er sich gegenüber dem Mieter selbst dann nicht auf die Auflösung nach § 1112 ABGB berufen, wenn die bauordnungswidrigen Umbauarbeiten vom Mieter durchgeführt oder veranlasst wurden. Der Vermieter ist vielmehr verpflichtet, zuerst bei der Baubehörde um nachträgliche Genehmigung des bauordnungswidrigen Zustandes im Objekt anzusuchen, und erst wenn diese Genehmigung überhaupt nicht oder nur in beschränktem Umfang erteilt würde, bestimmte, der geforderten Sachlage entsprechende Bauaufträge zu erwirken.⁴⁸

Hat der **Vermieter** ein **verwaltungsbehördliches Benützungsverbot** allein dadurch provoziert, dass er es unterlassen hat, um die erforderliche baupolizeiliche Genehmigung anzusuchen, kann er sich umso weniger gegenüber dem Mieter mit Erfolg aufgrund des Benützungsverbotes auf eine Auflösung nach § 1112 ABGB berufen, um sich von den Verpflichtungen des Bestandvertrages zu lösen. Da der Bestandgeber dem Bestandnehmer den bedungenen Gebrauch der Bestandsache verschaffen und sichern muss, ist er auch verpflichtet, alles zu unternehmen, um die Bewilligung der Baubehörde zur Benützung des Bestandobjekts in der vereinbarten Weise zu erreichen (Miet 8671, 9417, 16.111, ua).

Erfolgt zwar ein **Entzug des baubehördlichen Benützungskonsens**, wurde aber dieser Bescheid mit Wirkung **ex tunc behoben**, so gilt er als rechtlich nie in Wirksamkeit getreten. Dies hat zur Folge, dass das Bestandobjekt weder technisch noch im Rechtssinn als untergegangen

⁴⁸ Miet 8607.

anzusehen ist. In einem solchen Fall besteht der Bestandvertrag weiterhin fort, weshalb auch keine neuerlichen Willenseinigungen der Parteien erforderlich sind. Wurde der Bescheid mit dem Benützungsentzug erst nach Schluss der Verhandlung erster Instanz im Verfahren über eine Räumungsklage nach § 1112 ABGB aufgehoben, so kann das dieser Klage stattgebende Urteil nur mittels **Feststellungsklage** oder nach Einleitung der Exekution mittels Klage nach **§ 35 EO (Oppositionsklage)** bekämpft werden.⁴⁹

Hingegen ist der in einem (endgültigen) **Demolierungsauftrag** liegende **dauernde Entzug der Benützungsbewilligung** der gänzlichen Zerstörung der Bestandsache gleichzuhalten.⁵⁰ Die ältere höchstgerichtliche Rechtsprechung hat mehrmals zum Ausdruck gebracht, dass bereits der rechtskräftige Abbruchbescheid der Baubehörde auch ohne formelle Entziehung des Benützungskonsenses den **rechtlichen Untergang** des Bestandobjekts herbeiführt.⁵¹ Die Gerichte erachten sich in diesem Zusammenhang als an diese verwaltungsbehördlichen Bescheide gebunden.⁵² Diese mittlerweile überholte Rechtsprechung hat sohin bereits nach Vorliegen eines rechtskräftigen verwaltungsbehördlichen Räumungs- und Abtragungsauftrages den Bestandvertrag als aufgelöst betrachtet und den Vermieter zur Räumungsklage nach § 1112 ABGB ermächtigt.

Zu einem **Wechsel in der Judikatur** (in Abkehr von der bisherigen, das Baurecht nicht zur Kenntnis nehmenden Rechtsprechung) ist es durch eine Entscheidung des verstärkten Senates⁵³ aus dem Jahr 1994 gekommen (OGH, 3 Ob 37/94 vom 13.04.1994)⁵⁴:

⁴⁹ Miet 23.175.

⁵⁰ Miet 19.139.

⁵¹ SZ 41/83, 47/100; Miet 34.242/31.

⁵² Miet 17.188, 21.206.

⁵³ Siehe ausführlich zu dieser Entscheidung unter Kap. IV.2.4.

⁵⁴ Würth, a.a.O., 2463, Rz 3.

Demnach bewirkt ein **Abbruch bzw. Demolierungsauftrag** einer Verwaltungsbehörde über eine Baulichkeit, die Bestandgegenstand ist oder in der sich der Bestandgegenstand befindet, nur und erst dann den Untergang der Bestandsache und damit die **Auflösung des Bestandvertrages**, wenn feststeht, dass diese **Anordnung endgültig** ist. Nur in einem solchen Fall kann von einem rechtlichen Untergang der Bestandsache ausgegangen werden, der dem tatsächlichen Untergang, der auch erst dann vorliegt, wenn das Bestandobjekt vollständig zugrunde gegangen ist, gleichgehalten wird. Endgültig ist ein Abbruchauftrag erst dann, wenn entweder die Baugebrechen, die zur Erlassung geführt haben, aus **technischen Gründen** nicht behoben werden können oder wenn der Bestandgeber sie nicht behebt und hierzu auch **nicht verpflichtet** ist.

Dieser Rsp. ist zuzustimmen. Besteht eine Wiederherstellungsverpflichtung des Vermieters (§ 1096 ABGB, § 7 MRG), wäre es nicht sachgerecht, den Bestandgeber durch Auflösung des Bestandvertrages von dieser Pflicht zu befreien. Allein die Tatsache, dass ein behördlicher Abbruchauftrag ergangen ist, zwingt dazu nicht, weil dieser Auftrag seine Wirksamkeit verliert, wenn der Bestandgeber den Zustand, der zur Erlassung des Abbruchauftrages geführt hat, beseitigt. Er kann dann wegen Änderung des Sachverhaltes nicht mehr vollstreckt und sogar gem. § 68 Abs 2 AVG von der Behörde aufgehoben werden. Ein Räumungs- oder Abbruchauftrag, von dem nicht feststeht, ob er wirksam bleibt, kann daher nicht mit dem physischen Untergang der Sache iSd § 1112 ABGB gleichgestellt werden. Die Wirkung der Auflösung des Bestandverhältnisses durch eine Anordnung einer Verwaltungsbehörde kann erst dann eintreten, wenn der **Sachverhalt**, aus dem sich die Anordnung bzw. der Auftrag ergibt, **endgültig** ist.

Die Frage hingegen, ob die **Behebung der Baugebrechen unwirtschaftlich** ist, haben die Gerichte selbständig und **ohne Bindung an die Bescheide** der Verwaltungsbehörden zu lösen. Die Lösung dieser Frage fällt in den Bereich der rechtlichen Beurteilung. Dass eine Bindung an die Bescheide einer Verwaltungsbehörde in diesem Punkt nicht bestehen kann, ergibt sich aus der Überlegung, dass die Kriterien für die Unwirtschaftlichkeit

der Behebung eines Baugebrechens, welche die Anordnung des Abbruchs der Baulichkeit rechtfertigen, verschieden von jenen sein können, die für die Verpflichtung zur Behebung der Baugebrechen nach bürgerlichem Recht maßgebend sind.⁵⁵

Hingegen bedürfen Einwendungen vom Räumungsbeklagten, das Bestandsobjekt sei entgegen der Annahme des Demolierungsbescheides in Wahrheit nicht baufällig, trotz Beweisanbot keiner Erörterung seitens des Gerichtes. Eine Prüfung der Tatfrage, ob die von der Baubehörde angenommenen Voraussetzungen für die Erlassung eines Demolierungsbescheides vorliegen, würde eine Überprüfung der Richtigkeit eines rechtskräftigen Bescheides einer Verwaltungsbehörde bedeuten, was den ordentlichen Gerichten im Hinblick auf den **Grundsatz der Trennung der öffentlichen Gewalten** nicht erlaubt ist. Die Existenz des Bescheides zeigt ihre Rechtswirkungen unabhängig davon, auf wessen Initiative und auf Grund welcher Erwägungen sich die Verwaltungsbehörde zur Erlassung des Bescheides veranlasst gesehen hat.⁵⁶ Gerichte können Verwaltungsbescheide nur dahin überprüfen, ob diese etwa **Nichtverwaltungsakte** oder **absolut nichtige Verwaltungsakte** darstellen.⁵⁷ Absolut nichtige Verwaltungsakte sind anzunehmen, wenn die Behörde außerhalb ihres Wirkungsbereichs entschieden hat, nicht aber bei Mangelhaftigkeit des Verfahrens, Unvollständigkeit oder fehlender gesetzlicher Deckung.⁵⁸ Auch ein vom Bestandgeber provozierter und nicht bekämpfter Demolierungsbescheid⁵⁹, ja sogar ein durch listige und strafbare Handlungen erschlichener Demolierungsbescheid ist nicht überprüfbar und bindet das Gericht.⁶⁰

⁵⁵ SZ 67/64.

⁵⁶ Miet 23.174.

⁵⁷ Miet 21.211.

⁵⁸ Miet 20173, 21.212.

⁵⁹ Miet 7.077.

⁶⁰ SZ 31/158.

Wird in einem **Abtragungsbescheid** die **Möglichkeit zur Instandsetzung** offen gelassen, bedeutet dies eine bloße Ermächtigung, nicht aber eine Verpflichtung des Bestandgebers.⁶¹ Ist dem Bestandgeber aber ein **rechtskräftiger Auftrag gem. § 6 MRG** zur Durchführung von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten erteilt worden, so ist er auch **verpflichtet**, von der Eventualermächtigung im Bescheid Gebrauch zu machen.⁶²

Vor Erlassung eines Abbruchauftrages hat die Behörde jedenfalls zu überprüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für einen solchen Auftrag vorliegen. Die Frage, ob zur Behebung eines Baugebrechens ein Instandsetzungsauftrag oder ein Abbruchauftrag zu erlassen ist, erfordert daher zunächst Feststellungen dahingehend, ob die Instandsetzung technisch möglich ist oder nicht. Nach der Rechtsprechung des VwGH kommt ein **Abbruch- bzw. Abtragungsauftrag** schon dann in Betracht, wenn die Instandsetzung der Baulichkeit einer **Substanzveränderung mindestens der Hälfte der vorhandenen Baulichkeit** gleichkommen würde. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn **mindestens die Hälfte der wesentlichen raumbildenden Elemente durch neue Bauteile** ersetzt werden müssten oder durch die Art, die Vielfalt und das Ausmaß der bestehenden Baugebrechen sich das Gebäude, die Gebäudeteile oder die baulichen Anlagen in einem derartig **gefährlichen Bauzustand** befinden, dass die **Sicherheit der Bewohner und Benützer** des Gebäudes bedroht ist und diese auch nicht durch einfache Sicherungsmaßnahmen auf längere Zeit hergestellt und gewährleistet werden kann.⁶³

⁶¹ Miet 21.130.

⁶² Miet 25.145.

⁶³ Erkenntnis des VwGH vom 28.06.2005, 2005/05/0075.

2.3 Die Räumungsklage

Liegt eine endgültige behördliche Verfügung vor, mit der die zur Vermietung des Bestandobjektes erforderliche Qualifikation unabänderlich verloren geht, ist der Vermieter zur Räumungsklage nach § 1112 ABGB berechtigt.

Bei einer auf § 1112 ABGB gestützten Räumungsklage handelt es sich um ein aus dem Eigentumsrecht des Bestandgebers abgeleitetes Begehren auf Entfernung des nunmehr **titellosen Benützers** einer Bestandsache.⁶⁴ Liegt ein Sachverhalt des § 1112 ABGB vor, so ist die Einbringung einer Kündigung verfehlt, weil es in einem solchen Falle zur ex lege Auflösung des Bestandvertrages kommt. Die Grundlage einer (Auf-)Kündigung, nämlich ein existentes, aufrechtes Bestandverhältnis, fehlt vielmehr. Ebenso ist die Auffassung, dass eine Kündigung das „mildere“ Mittel darstellt, verfehlt.⁶⁵

Ist ein Hauseigentümer durch einen rechtskräftigen Auftrag der Verwaltungsbehörde zur **Demolierung** der Bestandsache verhalten, so trifft ihn eine **öffentlich rechtliche Verpflichtung**, welcher er ohne Rücksicht auf etwaige vertragliche Rechte des Bestandnehmers nachzukommen hat.⁶⁶ Auch eine, dem Bestandnehmer oder seiner Familie drohende Obdachlosigkeit vermag den Vollzug der Räumung nicht zu hindern.⁶⁷ Selbst das Bestehen eines lebenslänglichen Benützungsrechtes der Bestandsache steht dem auf § 1112 ABGB gestützten Räumungsanspruch nicht entgegen.⁶⁸

Wird ein Bescheid, der Grundlage für eine Räumung war, abgeändert, so verliert er seine durch die Abänderung betroffenen Rechtswirkungen rückwirkend. Der Mieter kann die **Aufschiebung der Exekution** begehren

⁶⁴ JBl 1966, 148 = OGH vom 28.06.1965, 1 Ob 91/65.

⁶⁵ Miet 16.142.

⁶⁶ Miet 22.156.

⁶⁷ Miet 7.079.

⁶⁸ Miet 19.145.

und **Oppositionsklage** nach § 35 EO erheben, wenn gegen ihn bereits Räumungsexekution aufgrund eines Räumungsurteiles, das sich auf diesen ursprünglichen Bescheid gestützt hat, geführt wird.⁶⁹

Betrifft ein **Räumungsbescheid** nur die vom Bestandnehmer auf der gemieteten Liegenschaft (ohne behördliche Bewilligung) errichteten **Superädifikate**, so bezieht sich die Bescheidwirkung auch nur auf diese und der Mieter kann nicht auf Räumung des gesamten Grundstücks geklagt werden.⁷⁰

2.4 Die Entscheidung des OGH vom 13.04.1994, 3 Ob 37/94

In der Entscheidung 3 Ob 37/94 hatte sich der OGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob (bzw. wann) es infolge eines **baubehördlichen Räumungs- und Abbruchauftrages** zum **rechtlichen Untergang iSd § 1112 ABGB** kommt. Der Bestandgeber war in diesem Fall aufgrund eines (rechtskräftigen) **Urteiles zur Wiederherstellung** des Mietgegenstandes **verpflichtet**. Er musste den früheren Zustand der vermieteten Wohnung durch Wiederanbringung der Decke in ursprünglicher Höhe sowie der Entfernung von aufgestellten Trennwänden wieder herstellen. Der Vermieter begehrte mit Urteil auszusprechen, dass der Anspruch des Bestandnehmers auf Wiederherstellung erloschen sei, da die Räumung und der Abbruch des Bestandobjektes angeordnet und ein Antrag auf Bewilligung der Herstellung des früheren Zustandes von der Baubehörde abgewiesen wurde. Der Bescheid habe den Untergang des Bestandobjekts und damit das **Erlöschen** iSd § 1112 ABGB bewirkt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und vertrat die Ansicht, dass das Bestandverhältnis nicht beendet sei, da den Bestandgeber sogar eine durch Urteil festgestellte Wiederherstellungspflicht treffe. Er sei vielmehr

⁶⁹ Miet 22.159.

⁷⁰ Miet 28.159.

verpflichtet, alles zu unternehmen, um den bedungenen Gebrauch herzustellen.

Das Berufungsgericht gab der vom Vermieter gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge und sprach aus, dass die urteilsmäßig festgestellte Wiederherstellungsverpflichtung aus einer vom Vermieter bewusst vorgenommenen Veränderung des Mietobjektes resultiere. Diese Wiederherstellungsverpflichtung könne nicht dadurch erlöschen, dass der Vermieter das Gebäude bzw. Gebäudeteile oder gar jene Baumaßnahmen, die das Mietobjekt vernichtet hätten, aufgrund eines baubehördlichen Auftrages beseitigen müsse. Es sei Sache eines hierzu privatrechtlich verpflichteten Eigentümers, einen konsensfähigen oder dem Baukonsens entsprechenden Bau herzustellen, wozu auch die Stellung geeigneter Anträge an die Verwaltungsbehörde gehöre. Der Abbruchauftrag ändere daher nichts an der Verpflichtung zur Wiederherstellung des Bestandobjektes.

Der (verstärkte) erkennende Senat hat zusammengefasst über die Revision des Bestandgebers erwogen, dass die von der Verwaltungsbehörde wegen Baugebrechen verfügte Anordnung des Abbruchs der Baulichkeit, die Bestandgegenstand ist oder in der sich der Bestandgegenstand befindet, nur und erst dann die Auflösung des Bestandvertrages bewirke, wenn **feststeht**, dass die **Baugebrechen nicht beseitigt werden können oder vom Bestandgeber nicht beseitigt werden müssen**. Die Wirkung einer baubehördlichen Abbruchanordnung könne das Erlöschen des Bestandvertrages erst zur Folge haben, wenn der Sachverhalt, aus dem er sich ergibt, **endgültig** ist.

Die Kehrtwende in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung liefert nunmehr in jenen Fällen ein sachgerechtes Ergebnis, in denen sich Eigentümer oder Vermieter durch einen provozierten Abbruch- oder Demolierungsauftrag unter Berufung auf die Auflösung nach § 1112 ABGB von den Vertragspflichten lösen möchten und in der Folge den Vollzug zum Abbruch - etwa durch freiwillige Instandsetzung oder Neuaufführung des

Gebäudes - abwenden. Die Entscheidung des verstärkten Senates ist daher vor allem hinsichtlich des verbesserten **Rechtsschutzes von Bestandnehmern** zu begrüßen. **Bestandnehmer** haben nämlich in Verfahren zur Erlassung von Demolierungsbescheiden weder die Stellung einer Partei, noch die eines Beteiligten und daher auch nicht die Befugnis, gegen einen verwaltungsbehördlichen Bescheid Berufung einzulegen. Der Verwaltungsgerichtshof hat die **fehlende Parteistellung** vor allem damit begründet, dass das Interesse des Bestandnehmers an der Erhaltung des Bestandobjekts rein wirtschaftlicher Natur sei, und nicht aus einem von der Verwaltungsbehörde zu berücksichtigenden öffentlichen Recht, sondern nur aus seinen privatrechtlichen Vereinbarungen mit dem Bestandgeber ableitbar sei.⁷¹ Dass Bestandnehmer im Verwaltungsverfahren mangels Parteistellung nichts vorbringen können und dies ebenso wegen der Bindung des Gerichts an den Bescheid im bestandsrechtlichen Verfahren gilt, verstößt nach der Rsp. auch nicht gegen das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 MRK.⁷²

Aus all dem ergäbe sich ein **Rechtsschutzdefizit** für Bestandnehmer, wenn man, was die Beendigung des Bestandverhältnisses betrifft, alleine auf den rechtskräftigen verwaltungsbehördlichen Abbruch- bzw. Demolierungsauftrag abstellen würde. Bestandgeber hätten eher die Möglichkeit, nicht mehr erwünschte privatrechtliche Verpflichtungen aus dem Bestandverhältnis „loszuwerden“, ohne dass Bestandnehmer rechtliche Möglichkeiten haben, sich dagegen zu wehren. Bestandnehmer können Verletzungen von Bestandgeberpflichten zwar im Rahmen eines Schadenersatzprozesses geltend machen, nicht aber zur Bekämpfung des auf § 1112 ABGB gestützten Räumungsbegehrens, was letztlich den Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Mietobjektes bedeutet.⁷³ Zutreffend erscheint daher die Begründung des verstärkten Senates, wonach nur diese Auslegung des § 1112 ABGB (endgültig geklärter Sachverhalt) gewährleistet, dass ein Bestandnehmer im bestandsrechtlichen Verfahren Parteistellung hat.

⁷¹ Miet 7.077, 19.139.

⁷² OGH in EvBl 1983/76, 299 f.

⁷³ Miet 32.195.

In der Sache selbst hat der OGH nicht entschieden, sondern die Entscheidungen der Vorinstanzen mit der Begründung aufgehoben, dass diese zu Unrecht die Meinung vertreten würden, dass der **Auflösung** des zwischen den Parteien geschlossenen Bestandvertrages die dem Bestandgeber auferlegte **Wiederherstellungspflicht entgegenstehe**. Diese Pflicht betreffe nur einen Teil des Bestandobjektes, während mit dem Bescheid, auf den sich der Bestandgeber beruft, der Abbruch des gesamten Gebäudes angeordnet wurde, in dem sich der Bestandgegenstand befindet. Es könne also nur darauf ankommen, ob der Bestandgeber zu der Herstellung oder Instandsetzung des Gebäudes in dem Umfang verpflichtet ist, der dem Abbruchauftrag die Grundlage entziehen würde.

Gerade die letztgenannten Überlegungen des Höchstgerichtes bedürfen einer näheren Erörterung. Man könnte die zitierte Entscheidung nämlich auch so verstehen, dass es in jenen Fällen, in denen den Bestandgeber zwar eine Pflicht zur Wiederherstellung der Bestandsache trifft, der Abbruchbescheid sich jedoch auf eine ganze Liegenschaft (oder mehrere Bestandobjekte) bezieht, stets zur Auflösung des Vertrages kommt. Der Bestandnehmer würde sein Bestandsrecht nach dieser Auffassung selbst bei einer gerichtlich festgestellten Wiederherstellungspflicht hinsichtlich seines Mietobjektes einbüßen, wenn sich diese Pflicht nicht auf sämtliche (anderen) Mietobjekte oder Gebäudeteile erstreckt, die von dem Abbruchauftrag umfasst sind.

Erstreckt sich die Wiederherstellungspflicht des Vermieters nur auf einzelne Bestandobjekte, ist hinsichtlich dieser Objekte von einem Fortbestand des Mietverhältnisses (und einem Teilerlöschen des Bescheides) auszugehen. Die Auflösung des Vertrages betrifft nur jene Objekte, die von der Wiederherstellungspflicht nicht umfasst sind. Trifft den Vermieter daher eine **Wiederherstellungspflicht** (nur) hinsichtlich einzelner Mietobjekte, liegt **kein Anwendungsfall des rechtlichen Unterganges** vor, mit der Folge, dass es nicht zur Auflösung des Bestandsverhältnisses kommt (vorausgesetzt, die Wiederherstellung ist **möglich und wirtschaftlich**).

Vice versa kommt es bei Vorliegen eines **Abbruchauftrages** dann zum **rechtlichen Untergang und zur Auflösung des Bestandvertrages**, wenn der Bestandgeber **zu einer Wiederherstellung nicht verpflichtet** ist, wobei eine nachträgliche freiwillige Behebung der Baugebrechen durch den Bestandgeber den Mietvertrag nicht wieder aufleben lässt.

In der Praxis bedeutet die Entscheidung des verstärkten Senates, dass wenn ein Fall des rechtlichen Unterganges zu beurteilen ist und ein entsprechender Abbruchbescheid der Baubehörde vorliegt, vorab zu klären ist, ob der Sachverhalt, aus dem sich die Anordnung der Baubehörde ergibt, **endgültig** ist und ob eine **gesetzliche Verpflichtung des Vermieters zur Behebung** (im Anwendungsbereich des MRG auf Grund der §§ 3 und 7, im Anwendungsbereich des WGG auf Grund von dessen § 14 a und sonst auf Grund des § 1096 ABGB) **der Baugebrechen** besteht.

Für den Bestandnehmer ist es in der Regel vorweg schwer abzuschätzen, ob und in welchem Umfang gegen den Eigentümer eine derartige Pflicht durchgesetzt werden kann. Die Frage, ob das Bestandverhältnis überhaupt noch aufrecht ist, hat jedoch enorme existenzielle und wirtschaftliche Bedeutung für die Vertragsparteien, wobei Unsicherheiten über den Fortbestand die Dispositionsmöglichkeiten sowohl für den Bestandgeber als auch den Bestandnehmer einschränken.

Die ältere Rechtsprechung zum rechtlichen Untergang hatte diesbezüglich den „Vorteil“, dass der Zeitpunkt der Beendigung des Bestandverhältnisses an das Ende der im rechtskräftigen Abbruchbescheid festgesetzten Frist geknüpft war, was zu einem einheitlichen und vor allem vorhersehbaren Ende des Bestandverhältnisses führte. Beispielsweise bedeutete die Setzung einer Frist zur Räumung des Bestandobjekts eine befristete Aufrechterhaltung der Benützungsbewilligung mit der Wirkung, dass das Bestandverhältnis erst mit Ablauf dieser Frist infolge rechtlichen Unterganges als aufgelöst gilt.⁷⁴ Davon zu unterscheiden ist die im verwaltungsbehördlichen Bescheid festgesetzte Abtragsfrist, bis zu der

⁷⁴ Miet 26.131.

außer der Räumung auch die Demolierung durchgeführt sein muss. Sie soll dem Eigentümer aber bloß die Möglichkeit geben, alles zur Abtragung des Gebäudes Erforderliche innerhalb dieser Frist zu veranlassen.

Zu Recht wird die Anknüpfung an die im Bescheid gesetzten Fristen für die Beendigung des Bestandverhältnisses nunmehr abgelehnt, da die Verwaltungsbehörde bei Festsetzung einer solchen Frist gänzlich andere Aspekte zu Grunde legt, als für die rechtliche Beurteilung über den Fortbestand oder Untergang des Bestandverhältnisses im Zivilrecht geboten sind. Die Verwaltungsbehörde verfolgt mit der Erlassung von solchen Bescheiden öffentlich rechtliche Aufgaben, wie etwa die Verhinderung der Gefährdung von Personen wegen Einsturzgefahr oä. Vor allem was die Dauer der Fristen betrifft, wird die Behörde von Überlegungen wie Grad der Gefährdung von Personen, Risiko für angrenzende Gebäude oder Art und Grad der Baugebrechen ausgehen. Aus der Sicht des Bestandnehmers könnte dies zu eher willkürlichen Ergebnissen führen, was die Frage des Bestehens des Bestandverhältnisses bzw. den Zeitpunkt des Erlöschens betrifft. Ist z.B. bei einem Gebäude wegen Gefährdung von Personen Gefahr in Verzug, wird die Behörde die Frist (falls überhaupt noch eine solche gesetzt wird) sehr kurz bemessen, was ein entsprechend schnelles Erlöschen des Bestandvertrages zur Folge hätte.

Andererseits hat das Abstellen auf den endgültig geklärten Sachverhalt zur Folge, dass ein Mieter zuerst die Erhaltungspflicht gegenüber dem Vermieter geltend machen muss und erst nach Klärung dieser Frage mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob das Bestandverhältnis erloschen ist oder nicht. Erst wenn sich in dem Verfahren zur Klärung der Wiederherstellungspflicht ergibt, dass den Eigentümer keine Pflicht trifft, erlischt das Bestandverhältnis mit dem rechtskräftigen Bescheid.

Für beide Seiten des Vertragsverhältnisses bedeutet dies mitunter ein langes Zuwarten bis zur endgültigen Klärung der Frage, ob das Bestandverhältnis überhaupt noch aufrecht ist oder nicht. Abgesehen von der oft sehr langen Verfahrensdauer tritt in der Praxis noch erschwerend der

Umstand hinzu, dass dem Mieter der Einblick in notwendige Unterlagen - wie etwa Mietzinsreserven - welche für die Frage, ob die Erhaltungs- bzw. Wiederherstellungspflicht des Vermieters aufgrund der Grenze der Unwirtschaftlichkeit überhaupt gegeben ist, oft verweigert wird. Dies führt zu einer Unvorhersehbarkeit des Prozessausganges sowie einem schwer kalkulierbaren Prozesskostenrisiko. Diese Problematik wird gerade in jenen Fällen verschärft auftreten, in denen sich der Bestandgeber (etwa durch einen provozierten Abbruchauftrag) von seinen bestandrechtlichen Pflichten zu lösen versucht.

Für den Bestandnehmer kann es jedoch in der Praxis selbst bei Abstellen auf den endgültig geklärten Sachverhalt (iSd der E des OGH 3 Ob 37/94) schwierig sein, sein Bestandverhältnis zu „retten“. Dies selbst dann, wenn den Bestandgeber eine (gerichtlich festgestellte) Pflicht zur Wiederherstellung oder Instandsetzung trifft und sich diese Pflicht auf alle Liegenschaftsteile bezieht, die mit der bescheidmäßig angeordneten Abtragung bedroht sind. **Weigert** sich nämlich der Vermieter in der Folge, trotz einer bestehenden Verpflichtung hierzu, die **erforderlichen Arbeiten durchzuführen**, so kann der Bestandnehmer zwar notfalls mittels Ersatzvornahme vorgehen. Für den Bestandnehmer wird es allerdings oftmals unmöglich sein, die **Ersatzvornahme** innerhalb der von der Verwaltungsbehörde festgesetzten Frist erfolgreich durchzusetzen. Dies insbesondere dann, wenn die Frist, etwa aufgrund von erheblichen Baugebrechen oder Gefährdung von Personen, sehr kurz bemessen ist. Zu bedenken ist, dass die Pflicht des Bestandgebers zur Behebung von Baugebrechen nach bürgerlichem Recht keinen Einfluss auf die von der Verwaltungsbehörde festgesetzte Frist hat, innerhalb der bestimmte Baugebrechen behoben sein müssen, widrigenfalls die Abtragung angeordnet wird. Insbesondere wird diese Frist durch eine Verpflichtung des Vermieters zur Instandsetzung nicht verlängert. Das Bestandverhältnis geht zwar nach Ablauf der im Bescheid festgesetzten Frist nicht rechtlich nach § 1112 ABGB unter, jedoch kann der Bescheid nach erfolglosem Verstreichen der Frist **vollstreckt** werden und beispielsweise die Abtragung des Bestandobjektes vollzogen werden. Dies hat zur Folge, dass sich durch

den **tatsächlichen Vollzug des Bescheides** das Bestandverhältnis, trotz einer bestehenden Pflicht des Bestandgebers zur Wiederherstellung, durch den **physischen Untergang des Objektes** nach § 1112 ABGB auflöst. Der vermeintlich **rechtliche Untergang führt zum physischen Untergang** mit der Rechtsfolge, dass der Bestandnehmer sein Bestandrecht einbüßt und lediglich Schadenersatzansprüche gegen den Vermieter geltend machen kann.

3. Zusammenfassung

Die **ex lege Beendigung** des Bestandverhältnisses kann sowohl durch den **physischen** als auch durch den **rechtlichen Untergang** der Bestandsache eintreten. Im Falle des Unterganges trifft den Bestandgeber nach der allgemeinen Regel des § 1112 ABGB keine Pflicht zur Wiederherstellung des Bestandobjektes. Eine Wiederherstellungspflicht kann sich jedoch aus vertraglicher Vereinbarung oder auf Grund gesetzlicher Vorschriften (z.B. § 7 MRG) ergeben. Die Norm ist dahingehend einschränkend auszulegen, dass das Vertragsverhältnis nicht erlischt, wenn den Bestandgeber eine Wiederherstellungspflicht trifft. Die Auflösung des Mietverhältnisses tritt auch dann ein, wenn ein Dritter das Bestandobjekt zerstört hat und dafür vollen Ersatz leisten muss.⁷⁵

Beim **physischen Untergang** muss das Bestandobjekt prinzipiell **vollständig** zu Grunde gehen, um die Auflösung zu bewirken. Wird ein räumlich selbständiges Objekt völlig zerstört (z.B. ein mitgemieteter Lift), so ist auch eine bloß **teilweise Aufhebung** des Bestandvertrages möglich⁷⁶, wobei hinsichtlich der noch vorhandenen Objekte darauf abzustellen ist, ob diese für den Bestandnehmer für seinen Vertragszweck überhaupt noch in Frage kommen. Neben der Zerstörung des Objektes führt bei **beweglichen Sachen** auch der **dauernde Verlust** der Bestandsache zur Auflösung. Wann eine Sache als endgültig verloren gegangen gilt, muss einzelfallbezogen beurteilt werden, wobei die Auflösung jedenfalls dann eintritt, wenn das Wiederauffinden **faktisch unmöglich** ist.

Die Rechtsfolgen des § 1112 ABGB treten unstrittig auch im Falle des **rechtlichen Unterganges** ein, der dann vorliegt, wenn die Sache aus dem Rechtsverkehr gezogen wurde oder die für die Vermietbarkeit zu einem bestimmten Zweck erforderliche Qualifikation **endgültig und unabänderlich**

⁷⁵ Anderer Ansicht: *Apathy*, Die Publizianische Klage (1981), 98 f; vlg. auch oben Kap. IV.1.1.b.).

⁷⁶ Miet 46.139.

verloren geht.⁷⁷ Demnach kann auch eine behördliche Anordnung die Auflösung des Bestandvertrages bewirken. Nach nunmehr gefestigter Rsp. bewirkt ein **Abbruch- oder Demolierungsauftrag** jedoch erst dann den Untergang iSd § 1112 ABGB, wenn feststeht, dass die **Anordnung endgültig** ist und die Baugebrechen, die zur Erlassung des Bescheides geführt haben, aus **technischen Gründen** nicht behoben werden können oder wenn sie der Bestandgeber nicht behebt und hierzu **nicht verpflichtet** ist. Trifft den Bestandgeber eine Wiederherstellungspflicht und ist diese möglich und wirtschaftlich, liegt kein Anwendungsfall des rechtlichen Untergangs vor. Dies selbst dann nicht, wenn sich die Wiederherstellungspflicht nicht auf all jene Gebäudeteile erstreckt, die von der behördlich angeordneten Abtragung bedroht sind.⁷⁸ Werden die Baugebrechen (aus welchen Gründen auch immer) nicht innerhalb der von der Behörde festgesetzten Frist behoben, so droht durch den tatsächlichen Vollzug des Bescheides (Abtragung) die Auflösung des Bestandvertrages durch den physischen Untergang.

⁷⁷ Würth, a.a.O., 2462, Rz 3.

⁷⁸ Anderer Ansicht: OGH vom 13.04.1994, 3 Ob 37/94.

V. Das Zusammenspiel mit anderen Normen

Bei der Anwendung und Auslegung des mit 01.01.1812 in Kraft getretenen und seither nie novellierten § 1112 ABGB muss auf das Zusammenspiel mit anderen, teils wesentlich später erlassenen Normen Bedacht genommen werden. Da das Zusammenwirken der §§ 1096, 1104 ABGB sowie § 7 MRG mit § 1112 ABGB, als auch das Verhältnis dieser genannten Bestimmungen untereinander in der Literatur kaum thematisiert ist, jedoch unmittelbare Bedeutung für das Fortbestehen bzw. den Untergang des Bestandverhältnisses hat, wird der Zusammenhang dieser Normen in den nachstehenden Kapiteln eingehend beleuchtet.

1. Das Verhältnis zwischen § 1096 ABGB und § 1112 ABGB

1.1 Grundsätzliches zu § 1096 ABGB

Die in § 1096 ABGB normierten Pflichten des Bestandgebers umfassen die Übergabe des Bestandstücks in brauchbarem Zustand, die Erhaltung der übergebenen Bestandsache in diesem Zustand sowie den Schutz des Bestandnehmers vor Störungen. In der (nunmehr zum Teil überholten) Literatur⁷⁹ und Rsp.⁸⁰ wird der Standpunkt vertreten, dass die Regelungen der Bestandgeberpflichten in § 1096 ABGB nachgiebiges Recht darstellen, die Folgen von Pflichtverletzungen und die sich daraus für den Bestandnehmer ergebenden Rechte hingegen nur beschränkt abdingbar sind. Dieser Grundsatz hat durch die ergangene „Klauselentscheidung“ des OGH (OGH vom 29.11.2006, 7 Ob 78/06 f), wonach § 1096 ABGB als Gewährleistungsbestimmung (besonderer Art) gegenüber Verbrauchern

⁷⁹ Würth, a.a.O., 2422, Rz 1.

⁸⁰ SZ 24/163 =Miet 1817; Miet 28.124; Miet 41.192.

gemäß § 9 Abs 1 KSchG vor Kenntnis des Mangels weder ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, weitere Einschränkungen erfahren. Herrschende Meinung ist nunmehr jene, dass für das **Verbrauchergeschäft** im **Teil- und Nichtanwendungsbereich des MRG** eine vertragliche Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter als Verbraucher aufgrund § 9 KSchG **unzulässig** ist.⁸¹ Im **Vollanwendungsbereich des MRG** ist dies für den ungeregelten Bereich⁸² nach wie vor **strittig**.⁸³

Die **Zinsbefreiung bzw. Zinsminderung** bei mangelhaften unbeweglichen Sachen im letzten Satz des § 1096 ABGB ist jedenfalls **zwingend** gestellt und kann im Voraus **nicht abbedungen** werden. Was den Inhalt und Umfang der Bestandgeberpflichten in § 1096 ABGB betrifft, gilt generell, dass diese vor allem von den Vereinbarungen über den beabsichtigten Gebrauch abhängen⁸⁴, wobei im Zweifel eine mittlere Brauchbarkeit als vereinbart gilt.⁸⁵

Die vertragliche Überwälzung der Instandhaltungspflicht auf den Mieter war nach der Rsp. aber bereits vor der sog. „Klauselentscheidung“ nur soweit zulässig, soweit bei Abschluss des Mietvertrages eine freie Mietzinsvereinbarung getroffen werden durfte.⁸⁶ Da die Übernahme von Instandhaltungspflichten, die nach der gesetzlichen Regelung ja dem Vermieter obliegen, eine geldwerte Gegenleistung des Mieters darstellen, kann eine derartige vertragliche Regelung nur rechtswirksam sein, wenn sie den Zinsbildungsvorschriften nicht zuwiderläuft. Soweit die vereinbarten

⁸¹ *Böhm*, *Miete und Konsumentenschutz*, immolex 2007, 167; *Prader*, *Verwirrung um Erhaltungsarbeiten nach den beiden Klauselentscheidungen*, immolex 2007, 274 (276).

⁸² Der ungeregelte Bereich im Vollanwendungsbereich des MRG liegt zwischen den in § 8 Abs 1 MRG umschriebenen Arbeiten, die der Mieter durchzuführen hat, und den in § 3 MRG normierten Erhaltungspflichten, die dem Vermieter obliegen; darüber hinaus besteht keine gesetzliche Regelung, sodass mangels einer anders getroffenen Vereinbarung weder Mieter noch Vermieter mit Arbeiten, die in diesen ungeregelten Bereich fallen, belastet werden; vgl. auch *Prader*, a.a.O., 274.

⁸³ *Böhm*, a.a.O., 167; *Prader*, a.a.O., 274.

⁸⁴ *Würth*, a.a.O., 2422, Rz 1f.

⁸⁵ Miet 18.160; Miet 42.097.

⁸⁶ Miet 31.185.

Mietzinse die Grenze des zulässigen Mietzinses erreichen, ist die Vereinbarung einer weiteren geldwerten Gegenleistung für die Raumnutzung, daher auch die Übernahme von Erhaltungspflichten, unzulässig.⁸⁷

Wurde der Ausschluss des § 1096 ABGB rechtswirksam vereinbart⁸⁸, ist zu prüfen, ob die Parteien die Instandhaltungspflicht des Vermieters nur für Schäden, die innerhalb der Bestandsräumlichkeiten entstanden sind, oder auch für solche Schäden ausschließen wollten, die zwar außerhalb der Bestandsräumlichkeiten entstanden sind, aber innerhalb derselben Auswirkungen gezeigt haben.⁸⁹ Gemäß § 914 ABGB ist hiezu zunächst die Absicht der Parteien zu erforschen. Lässt sich diese nicht feststellen, so hat eine Vertragsergänzung im Sinne der Übung des redlichen Verkehrs stattzufinden.⁹⁰

Die **Instandhaltungspflicht des Bestandgebers** umfasst prinzipiell **alle Mängel**, welche während der Bestandszeit auftreten und den **vertragsgemäßen Gebrauch hindern oder beeinträchtigen**. Der Bestandgeber muss daher alle Mängel der Bestandsache auf seine Kosten beseitigen, ohne Unterschied, ob sie groß oder klein sind und ob sie durch Zufall, durch die ordnungsmäßige Abnutzung oder durch das Verschulden einer dritten Person hervorgerufen wurden.⁹¹ Nur solche Schäden sind von der Instandhaltungspflicht des Vermieters ausgenommen, welche durch das Verschulden des Bestandnehmers und jener Personen entstanden sind, für welche dieser nach § 1111 ABGB (Afterbestandnehmer) haftet.

Bei der **Pacht** schränkt das Gesetz im zweiten Absatz des § 1096 ABGB die Haftung des Bestandgebers dahin ein, dass der **Pächter die gewöhnlichen Ausbesserungen** selbst zu tragen hat, soweit sie mit den

⁸⁷ Miet 33.155.

⁸⁸ Was jedenfalls dann zulässig ist, wenn kein Verbrauchergeschäft vorliegt.

⁸⁹ Hier ist vor allem an Fälle mit Beschädigungen der Bestandsache infolge höherer Gewalt iSd § 1104 ABGB zu denken (Naturkatastrophen, etc).

⁹⁰ Miet 31.185.

⁹¹ Zur Grenze auch dieser Pflicht siehe Kap. V.1.3 (Unwirtschaftlichkeit).

Materialien des Gutes und den Diensten bestritten werden kann, die er nach der Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtigt ist.

1.2 Die Durchsetzung der Pflichten des § 1096 ABGB

Verletzt der Bestandgeber eine ihm nach § 1096 ABGB obliegende Pflicht, so steht dem Bestandnehmer zunächst das Recht zu, die **Erfüllung des Vertrages** zu verlangen. Der Bestandnehmer ist nicht auf sein Zinsminderungsrecht beschränkt. Er kann daher auf Vornahme der erforderlichen Instandhaltungsarbeiten klagen.⁹² Wird die Klage auf Instandhaltung auf § 3 MRG gestützt, so besteht eine außerstreitige Zuständigkeit gemäß den §§ 37 ff MRG. Im Übrigen ist der **streitige Rechtsweg** zu beschreiten.⁹³ Dabei ist es Sache des Bestandnehmers, die für die Klagszulässigkeit nach § 1096 ABGB sprechenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen.⁹⁴

Wenn dem Bestandnehmer der vereinbarte Gebrauch der Sache durch Mängel, ganz oder teilweise, unmöglich gemacht wird, tritt ein der **Dauer und dem Ausmaß der Behinderung** entsprechender **Nachlass vom Zins** ein. Die **Zinsminderung** tritt **ex lege** ein.⁹⁵ Eine dennoch erfolgte Zahlung des Mietzinses kann wegen Irrtums oder bei Vorbehalt der Zahlung nach § 1431 ABGB zurückgefordert werden.⁹⁶

Neben der Zinsminderung bzw. Zinsbefreiung nach § 1096 ABGB hat der Bestandnehmer auch das Recht, die **Ersatzherstellung** selbst durchzuführen und **Ersatz für seine Aufwendungen** vom Bestandgeber zu verlangen (§ 1097 ABGB).

⁹² Klang, a.a.O., 44.

⁹³ Binder, a.a.O., 117.

⁹⁴ Miet 20.131.

⁹⁵ Klang, a.a.O., 44.

⁹⁶ Würth-Zingher-Kovanyi, Miet- und Wonrecht²¹, Rz 11 zu § 1096 ABGB.

Wird das Bestandsobjekt in einem Zustand übergeben oder gerät es ohne Schuld des Bestandnehmers in einen Zustand, der es zu dem bedungenen Gebrauch untauglich macht, so hat der Bestandnehmer auch das Recht, vor Ablauf der bedungenen Zeit **vom Vertrag** ohne Kündigung **abzustehen** (§ 1117 ABGB). Ist der Gebrauch der Bestandsache aus dem Grunde der **Gesundheitsschädlichkeit** gemieteter **Wohnräume** unmöglich, so steht dem Mieter dieses Recht auch dann zu, wenn er im Vertrag darauf verzichtet hat oder die Beschaffenheit der Räume beim Vertragsabschluss gekannt hat.

Verletzt der Vermieter eine ihn treffende Pflicht nach § 1096 ABGB und erleidet der Mieter dadurch einen Schaden, so kann er vom Vermieter **Schadenersatz** verlangen. Das Recht auf Ersatz des durch Pflichtverletzung dem Bestandnehmer zugefügten Schadens ergibt sich aus den allgemeinen Regeln des Schadenersatzes und setzt daher **Verschulden des Bestandgebers** voraus. Dieses Recht steht dem Mieter neben den anderen Rechtsbehelfen zu. Der Ersatzanspruch ist daher unabhängig davon zu beurteilen, ob der Bestandnehmer an dem Verträge festhält oder von seinem Absterungsrecht Gebrauch macht.⁹⁷

Dabei haftet der Bestandgeber nicht nur für sein eigenes Verschulden, sondern auch für das seiner Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB). Die Haftung besteht daher insbesondere auch für das Verschulden eines Hausbesorgers und jener Gewerbsleute, deren sich der Bestandgeber zur Ausführung von Instandhaltungsarbeiten bedient.⁹⁸

Hinsichtlich der **Beweislastverteilung** ist anzumerken, dass der **Bestandgeber** gemäß § 1298 ABGB zu beweisen hat, dass er entsprechend seiner Verpflichtung **alle ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten** ausgeschöpft hat, um dem Bestandnehmer den bedungenen Gebrauch zu verschaffen.⁹⁹

⁹⁷ JBl 1992, 718 = OGH vom 18.09.1991, 3 Ob 526/91.

⁹⁸ Immolex 1998/180.

⁹⁹ SZ 36/84.

1.3 Grenze der Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB

Aus der Bestimmung des § 1096 ABGB ergibt sich die Pflicht des Bestandgebers zur Erhaltung des Bestandobjekts sowie zur Beseitigung prinzipiell aller Mängel, die den vereinbarten Gebrauch hindern. Der Vermieter ist somit auch zur Behebung von (kostspieligen) Baugebrechen der Bestandsache angehalten.

Die Pflicht zur Erhaltung bzw. zur Behebung von Baugebrechen eines Gebäudes, in dem das Bestandobjekt liegt, findet ihre **Grenze** jedoch - auch im Anwendungsbereich des MRG - an der **Unwirtschaftlichkeit**. Die Frage, ob die Behebung der Baugebrechen unwirtschaftlich ist, haben die Gerichte selbständig und ohne Bindung an allfällige Bescheide von Verwaltungsbehörden zu lösen. Die Lösung dieser Frage fällt in den Bereich der rechtlichen Beurteilung.¹⁰⁰

Der **ordnungsgemäßen Erhaltung** dienen jedenfalls Arbeiten, die geeignet sind, eine **Verschlechterung des Bauzustandes** des Hauses oder seinen **Verfall** hintanzuhalten, gleichgültig, ob sie mehr oder weniger vordringlich oder mehr oder weniger wirtschaftlich sind. Der ordnungsgemäßen Erhaltung dienen aber die durchzuführenden Arbeiten nicht mehr, wenn sie, sei es für sich allein, sei es im Zusammenhang mit noch weiteren durchzuführenden Reparaturen, nicht geeignet sind, den Verfall oder Untergang des Hauses abzuwenden, oder der erforderliche Aufwand zu einer Mietzinserhöhung (§§ 18, 18a MRG) führen würde, der die Objekte unvermietbar machen und ihr Leerstehen damit die Unmöglichkeit zur Folge hätte, die Kosten aus dem Ertrag des Zinses auch in Zukunft hereinzubringen.¹⁰¹

Privilegierte Maßnahmen zur Erhaltung iSd § 3 Abs 3 Z 2 lit. b MRG (Behebung von Baugebrechen, die die Sicherheit von Personen oder Sachen gefährden), die auch keinem Widerspruch der Mehrheit der Hauptmieter

¹⁰⁰ Pichler, Binden Demolierungsbescheide die Gerichte?, JBL 1965, 499 f.

¹⁰¹ Miet 18.321/15.

unterliegen, sind keiner Prüfung der Bedeckung der damit verbundenen Kosten zugänglich. Ob das Haus abbruchreif ist, spielt, solange Mieter Bestandobjekte im Haus tatsächlich noch benutzen, für den Auftrag zur Vornahme solch privilegierter Erhaltungsarbeiten keine Rolle.¹⁰²

Ebenso kann sich der Bestandgeber bei privilegierten Erhaltungsarbeiten iSd § 3 Abs. 3 Z 2 lit. c MRG (Aufrechterhaltung des Betriebes von bestehenden Wasserleitungs-, Lichtleitungs-, Gasleitungs-, Beheizungs-, Kanalisations- und Sanitäreanlagen) nicht auf die Unwirtschaftlichkeit der Erhaltung des Gebäudes berufen.¹⁰³

Die Rsp. hinsichtlich der Grenze der Erhaltungspflicht ist jedoch nicht einheitlich. In anderen Entscheidungen hat der OGH in Bezug auf die Grenze der Erhaltungspflicht auf die **Unerschwinglichkeit** abgestellt. Die in einer rechtlich als Unmöglichkeit zu wertende Unerschwinglichkeit liegt nach der Rsp. aber nur dann vor, wenn der notwendige Aufwand zur Bewirkung der Leistung in keinem Verhältnis zum Wert des Objektes selbst steht, sodass sich diese Leistung schon objektiv als eine **unvernünftige, wirtschaftlich sinnlose** darstellen würde.¹⁰⁴

§ 1096 ABGB gibt dem Mieter aber keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Durchführung notwendiger Erhaltungsarbeiten. Der Mieter kann nur verlangen, dass der Mietgegenstand in brauchbarem Zustand erhalten bleibt, wobei mangels anderer Vereinbarung von einer mittleren Brauchbarkeit auszugehen ist.¹⁰⁵

¹⁰² Miet 41.193.

¹⁰³ Miet 45.128.

¹⁰⁴ Miet 15.076, 26.100.

¹⁰⁵ Miet 20.133.

1.4 Exkurs: Die sich aus § 1096 ABGB ergebende Pflicht des Bestandgebers zur Erlangung fehlender (baubehördlicher) Bewilligungen – Grenzen dieser Pflicht

§ 1096 ABGB verpflichtet den Bestandgeber auch dazu, fehlende Bewilligungen bzw. baubehördliche Genehmigungen bei der Baubehörde zu erreichen, um dem Bestandnehmer die Benützung des Objektes in der vereinbarten Weise zu ermöglichen.

Die Verbindlichkeit des Bestandgebers zum Erreichen der erforderlichen behördlichen Bewilligungen kann nur dadurch aufgehoben werden, dass die Leistung **unmöglich** wird, was bei Unterbleiben der erwarteten, dann jedoch nicht erreichten behördlichen Genehmigung, der Fall sein kann. Die dem Vertragsabschluß nachfolgende Versagung, der nach dem Gesetz erforderlichen baubehördlichen Genehmigung, macht die geschuldete Leistung **rechtlich unmöglich**. Der Vertragserfüllung steht ein rechtliches Hindernis entgegen, dessen künftiges Wegfallen so ungewiss ist, dass eine **dauernde Unmöglichkeit** der Leistung anzunehmen ist. Ist mit **ausreichender Gewissheit** geklärt, dass die baubehördliche Bewilligung nicht erreicht werden kann, kann dies der Gläubiger zum Anlass nehmen, den Untergang des Bestandverhältnisses einzuwenden.

Die **Beweislast**, alle ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft zu haben, **trifft den Vermieter**. Seiner Beweispflicht hat er im Fall der Nichtanrufung der Baubehörde nur dann genüge getan, wenn er eine so klare Rechtslage dartut, dass eine Verweigerung der baubehördlichen Genehmigung mit Gewissheit angenommen werden muss. Die bloße Äußerung eines mit Bauangelegenheiten befassten Verwaltungsbeamten, dass mit der Erteilung der erforderlichen Baubewilligung nicht gerechnet werden könne, ist weder einem abweislichen Bescheid der Baubehörde gleichzuhalten, noch kann sie eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Aussichtslosigkeit eines entsprechenden Ansuchens um

Baubewilligung bilden, zumal ja auch die Rechtsmittelinstanz zu einem anderen Ergebnis kommen könnte.¹⁰⁶

1.5 Das Verhältnis von § 1096 ABGB zu § 1112 ABGB

a.) Problemstellung

Das Verhältnis sowie die Wechsel- und Folgewirkungen zwischen der sich aus § 1096 ABGB ergebenden Erhaltungspflicht und der Auflösung des Bestandvertrages durch Untergang der Bestandsache (§ 1112 ABGB) sind in der Lehre und Literatur kaum und nur unzureichend untersucht. Fraglich erscheint, wie das Verhältnis von § 1096 ABGB zu § 1112 ABGB dogmatisch eingeordnet werden kann. Ist § 1112 ABGB als *lex specialis* gegenüber § 1096 ABGB anzusehen? Dies mit der Folge, dass, wenn ein Anwendungsfall des Unterganges vorliegt, jegliche den Bestandgeber nach § 1096 ABGB treffenden Pflichten auf Grund der *ex lege* Auflösung des Bestandvertrages entfallen. Oder anders hinterfragt, verdrängt der Untergang nach § 1112 ABGB immer sämtliche Erhaltungs- und Wiederherstellungspflichten des Vermieters? Umgekehrt ist auch jene Auslegung des Verhältnisses dieser Normen zueinander denkbar, wonach es bei einer bestehenden, den Vermieter treffenden Erhaltungspflicht nicht zur Beendigung des Bestandverhältnisses nach § 1112 ABGB kommt. Letzterer Standpunkt wird von nunmehr gefestigter Judikatur für den Anwendungsbereich des rechtlichen Unterganges vertreten, wonach § 1112 ABGB die Erhaltungspflicht nicht generell ausschließt, sondern es nur in jenen Fällen zur *ex lege* Auflösung des Bestandverhältnisses kommt, in denen die Grenze der Erhaltungspflicht iSd **Unwirtschaftlichkeit** überschritten wird.

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang weiters wie sich die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten auf den praktischen

¹⁰⁶ Miet 29.154.

Anwendungsbereich des § 1112 ABGB auswirken und welche Sachverhalte dann in der Folge überhaupt noch unter den Anwendungsbereich des § 1112 ABGB zu subsumieren sind.

Abgesehen von der Beziehung dieser beiden Normen zueinander ergeben sich weitere Unklarheiten bei der Frage, ob die Rolle der Erhaltungspflicht im Bereich des rechtlichen Unterganges anders als für den Fall des physischen Unterganges zu beurteilen ist. Schwierigkeiten treten bei der Beurteilung hinzu, wann überhaupt ein Untergang des Bestandobjektes iSd § 1112 ABGB vorliegt. Gerade beim physischen Objektuntergang ist dies nicht immer einfach zu beantworten, da § 1112 ABGB den Tatbestand nicht klar definiert.

b.) Standpunkt der Judikatur

Die Judikatur behandelt den **physischen Untergang** und den **rechtlichen Untergang** der Bestandsache **unterschiedlich**. Betrachtet man die jüngere Judikatur (insbesondere seit der Entscheidung des verstärkten Senates vom 13.04.1994, OGH 3 Ob 37/94¹⁰⁷) zum **rechtlichen Untergang** iSd § 1112 ABGB, so ist hA jene, dass eine (behördliche) Anordnung des Abbruchs einer Baulichkeit, die Bestandgegenstand ist oder in der sich der Bestandgegenstand befindet, nur und erst dann gemäß § 1112 ABGB die Auflösung des Bestandvertrages bewirkt, wenn feststeht, dass die Baugebrechen nicht beseitigt werden können oder vom Bestandgeber mangels Erhaltungspflicht nicht beseitigt werden müssen. Der OGH verweist in seiner Leitentscheidung (3 Ob 37/94) in Bezug auf die Erhaltungspflicht auf die Norm des § 1096 ABGB (und im Anwendungsbereich des MRG auf § 3 MRG). Die Pflicht zur Erhaltung eines Gebäudes, in dem das Bestandobjekt

¹⁰⁷ SZ 67/64; vgl. auch: OGH vom 23.11.1993, 5 Ob 96/93; OGH vom 22.6.1994, 1 Ob 573/94.

liegt, findet jedoch (auch im Anwendungsbereich des MRG) ihre **Grenze** in der **Unwirtschaftlichkeit**.¹⁰⁸

Beim **physischen Untergang** der Bestandsache geht die Judikatur hingegen nicht von einer Wiederherstellungspflicht des Bestandgebers aus. Ist das Bestandobjekt physisch vollständig untergegangen, so ist auch das Bestandverhältnis, weil es am Bestandgegenstande fehlt, erloschen. Die Frage einer allfälligen Erhaltungspflicht nach § 1096 oder der Wirtschaftlichkeit wird in diesem Zusammenhang nicht geprüft.¹⁰⁹ Von der Judikatur wurde als Untergang iSd § 1112 ABGB etwa der Totalschaden eines gemieteten Baggers¹¹⁰; Niederreißen eines Holzschuppens und Ersetzung durch einen nicht vergleichbaren neuen¹¹¹ sowie der Verlust des Bestandobjekts¹¹² gewertet.

c.) Literaturmeinungen

In der Literatur wird durchgehend die Meinung vertreten, dass die dispositive Norm des § 1112 ABGB dahin einschränkend auszulegen ist, dass das **Bestandverhältnis nicht erlischt** soweit den Bestandgeber dem Bestandnehmer gegenüber eine **Wiederherstellungspflicht** trifft. Fraglich bleibt, ob diese Wiederherstellungspflicht bloß jene Fälle betrifft, in denen das Bestandobjekt an sich zwar zerstört ist, aber trotz Untergang (§ 1112 ABGB) eine Wiederherstellungspflicht für den Vermieter besteht (z.B. § 7 MRG) oder ob auch Fälle bzw. Pflichten des § 1096 ABGB mit umfasst sind.

¹⁰⁸ SZ 62/209; Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht hinsichtlich der privilegierten Erhaltungsarbeiten iSd § 3 Abs 3 Z 2 MRG.

¹⁰⁹ Eine Wiederherstellungspflicht kann sich im Anwendungsbereich des MRG dennoch auf Grund von § 7 MRG ergeben, was die ex lege Auflösung des Bestandverhältnisses ausschließt.

¹¹⁰ OGH in EvBl 1981/70, 237 f.

¹¹¹ Miet 34.241.

¹¹² SZ 1/45 (hier: Bohrgerät).

Würth vertritt die Meinung, dass sich die Wiederherstellungspflicht, die zur Folge hat, dass das Bestandverhältnis nicht zur Auflösung gelangt, aufgrund von besonderen Vorschriften (mit Verweis auf § 7 MRG, früher § 10 MG), Vereinbarungen oder aufgrund von Treu und Glauben ergeben kann und die Wiederherstellung auch wirtschaftlich möglich sein muss (mit Verweis auf die Entscheidung des verstärkten Senates, 3 Ob 37/94, in der der OGH hinsichtlich der den Untergang ausschließenden Wiederherstellungspflicht auf § 1096 ABGB verweist).¹¹³

Klang vertritt die Auffassung, dass eine gänzliche Zerstörung die Auflösung des Bestandvertrages bewirkt, wobei eine Verpflichtung des Bestandgebers zur Wiederherstellung gegenüber dem Bestandnehmer im Allgemeinen nicht besteht.¹¹⁴ Klang geht offenbar von einer terminologischen Trennung der Begriffe Instandhaltung und Wiederherstellung aus, wenn er schreibt, dass die Abgrenzung der Instandhaltung von der Wiederherstellung, zu welcher der Bestandgeber nach § 1112 ABGB nicht verpflichtet ist, nicht immer einfach sei, die Grenze aber dort zu ziehen sei, wo Leistungen dem Bestandgeber nicht zuzumuten sind, da sie außer jedem Verhältnis zum Ertrag der Bestandsache stehen.¹¹⁵ Im Ergebnis hebt sich die Differenzierung der beiden Begriffe durch das Abstellen auf die Grenze der Unwirtschaftlichkeit der Erhaltungspflicht wieder auf.

Auch Stabentheiner verweist beim physischen Objektuntergang hinsichtlich der Erhaltungs- bzw. Wiederherstellungspflicht des Vermieters lediglich auf die Norm des § 7 MRG und auf eine sich allenfalls aufgrund von Treu und Glauben ergebende Pflicht. Beim rechtlichen Untergang geht der Autor aber (undifferenziert) von einer Erhaltungspflicht des Vermieters iSd § 1096 ABGB aus, die ihre Grenze in der Unwirtschaftlichkeit findet (mit den selben Überlegungen wie in der Entscheidung des OGH 3 Ob 37 /94).¹¹⁶

¹¹³ Würth, a.a.O., 2462, Rz 2.

¹¹⁴ Klang, a.a.O., 88.

¹¹⁵ Klang, a.a.O., 41.

¹¹⁶ Stabentheiner, Mietrecht (2004), 30 f.

Für den Bereich des **rechtlichen Unterganges** wird im Schrifttum von Pichler die Ansicht vertreten, dass ein von der Baubehörde ergangener Demolierungsbescheid eine Bindungswirkung gegenüber den Gerichten entfaltet und durch einen derartigen Demolierungsbescheid feststeht, dass die Bestandsache dem Verwendungszweck entzogen und das Eigentum des Bestandgebers gemäß der behördlichen Verfügung beschränkt ist, was den Untergang der Bestandsache und daher die Auflösung des Bestandverhältnisses bewirkt.¹¹⁷ Die Prüfung einer allfällig bestehenden Erhaltungs- oder Wiederherstellungspflicht erfolgt nach Ansicht des Autors sohin nicht, da bereits ein rechtskräftig ergangener Abbruch- oder Demolierungsbescheid den Untergang des Bestandverhältnisses herbeiführt. Diese (überholte) Auffassung wurde auch in der älteren Rechtsprechung regelmäßig vertreten¹¹⁸

Hauer ist dieser älteren Rechtsprechung vor allem mit dem Argument entgegengetreten, dass ein Räumungs- oder Abbruchauftrag jederzeit von der Behörde gemäß § 68 Abs. 2 AVG behoben werden kann und deshalb nicht der materiellen Rechtskraft teilhaftig wird.¹¹⁹

d.) Lösungsversuch und eigene Rechtsansicht

Eine Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB setzt prinzipiell den aufrechten Bestand eines Mietverhältnisses voraus. Trifft den Bestandgeber daher eine Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB, so legt dies prima facie nahe, dass schlichtweg kein Anwendungsfall des § 1112 ABGB vorliegt und die Bestandverträge, mangels ex lege eintretender Auflösung, fortbestehen.

¹¹⁷ Pichler, Binden die Demolierungsbescheide die Gerichte?, JBl 1965, 494; Pichler, Neues über die Bindungswirkung der Demolierungsbescheide, JBl 1966, 553.

¹¹⁸ Miet 7077 – 7079, mwN.

¹¹⁹ Hauer, Bewirkt ein baubehördlicher Abtragungsauftrag den Untergang von Bestandobjekten, ÖJZ, 1966, 257 f.

Der Anwendungsbereich des § 1096 ABGB (welcher mit 01.01.1917 mehr als 100 Jahre später als die bis dato nie novellierte Norm des § 1112 ABGB in Kraft getreten ist) hat sich jedoch durch die langjährige Rsp. und den Einfluss der Lehre immer wieder verändert. Die prinzipiell extensive Auslegung des § 1096 ABGB wirkt sich auch entsprechend auf den Anwendungsbereich des § 1112 ABGB aus. Gefestigter Standpunkt in Lehre und Rsp. ist nunmehr jener, dass die Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB ihre Grenzen in der Unwirtschaftlichkeit findet.¹²⁰

Nun gibt es jedoch Fallkonstellationen die bei Anwendung dieser Grundsätze unbillige Ergebnisse liefern. Hier ist vor allem zu bedenken, dass dem Bestandgeber auch ein Recht nach § 1112 ABGB erwachsen kann, nämlich jenes, im Falle der Zerstörung bzw. des Unterganges nicht mehr an die Bestandverträge gebunden zu sein. Bei der Auslegung des § 1096 ABGB und Prüfung der Wirtschaftlichkeit ist es durchaus denkbar, dass auch bei einer (teilweisen oder völligen) Zerstörung des Bestandobjektes eine Erhaltungs- bzw. Wiederherstellungspflicht wirtschaftlich erscheint und es infolge dessen nicht zur Auflösung des Bestandverhältnisses kommt, sondern den Vermieter vielmehr die Pflichten nach § 1096 ABGB treffen.

Die Grenze der Wirtschaftlichkeit hat die Rsp. dort gezogen, wo die in Frage kommenden Arbeiten zu einer Mietzinserhöhung führen würden, welche die Mietgegenstände, unter **Berücksichtigung der Lage und Beschaffenheit des Gebäudes** sowie des **Angebots und der Nachfrage auf dem Markt**, unvermietbar machen.¹²¹ Vor allem bei Bestandobjekten in ausgezeichneter Lage, verbunden mit der Möglichkeit einer freien Mietzinsvereinbarung und dementsprechend hohen Mieteinnahmen (z.B. Bestandobjekte in der Innenstadt, die keiner Mietzinsbeschränkung nach dem MRG unterliegen), ist auch bei physisch völliger Zerstörung des Bestandobjektes eine „Wirtschaftlichkeit“ der Wiederherstellung durchaus möglich.

¹²⁰ SZ 67/64 = 3 Ob 37/94; OGH vom 23.11.1993, 5 Ob 96/93; OGH vom 22.6.1994, 1 Ob 573/94.

¹²¹ SZ 67/64.

Ist zwar prinzipiell „Wirtschaftlichkeit“ der Arbeiten gegeben, so wäre es jedoch verfehlt, § 1096 ABGB stets einen (undifferenzierten) Anwendungsvorrang vor § 1112 ABGB einzuräumen. Bei (völliger) **Zerstörung** des Bestandobjektes kommt es vielmehr stets zur **ex lege Auflösung** des Bestandvertrages (soweit nicht eine Wiederherstellungspflicht nach § 7 MRG greift, dazu siehe Kap. V.3), da hier die Norm des § 1112 ABGB als **lex specialis** anzusehen ist und **Anwendungsvorrang** gegenüber § 1096 ABGB genießt. Gegenteilige Auffassung (Anwendungsvorrang des § 1096 ABGB auch bei völliger Zerstörung, wenn wirtschaftlich) wäre wohl mangels jeglicher Anhaltspunkte vom Gesetz nicht mehr gedeckt. Für den Anwendungsbereich des § 1112 ABGB bliebe bei dieser Auslegung zudem nur mehr wenig Raum.

Der Anwendungsbereich des § 1112 ABGB würde sich auf jene Fälle beschränken, in denen entweder die (teilweise) dispositive Regel des § 1096 ABGB vertraglich abbedungen wurde oder die Wiederherstellung (auch bei völliger Zerstörung) unwirtschaftlich ist. Solch eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 1112 ABGB hat der Gesetzgeber wohl nicht im Auge gehabt. Gesetzliche Anhaltspunkte, die dafür sprechen, fehlen und scheint eine derart restriktive Auslegung des § 1112 ABGB auch nicht geboten, zumal von den Rechtsfolgen des dispositiven § 1112 ABGB ohnedies vertraglich abgegangen werden kann.

Die Rechtsprechung geht bei **physisch (vollständigem) Zugrundegehen der Bestandsache**¹²² (im Gegensatz zur Beurteilung des rechtlichen Unterganges) daher zu Recht stets von der Anwendbarkeit des § 1112 ABGB aus, mit der Rechtsfolge der **ex lege Auflösung des Bestandvertrages**.

Die ältere Rsp. zum **rechtlichen Untergang** vertrat vor der Entscheidung des verstärkten Senates (OGH vom 13.04.1994, 3 Ob 37/94) die Auffassung, dass in einem Demolierungsauftrag automatisch ein dauernder Entzug der Benützungsbewilligung liege, woraus die Annahme der

¹²² Vgl. Miet 34.241; OGH in EvBl 1981/70, 237 f; SZ 1/45.

gänzlichen Zerstörung der Bestandsache folge. Die Frage einer Erhaltungspflicht stellte sich in diesem Zusammenhang gar nicht, da die Bestandverträge bereits mit dem rechtskräftigen Demolierungsbescheid ex lege endeten. Insofern deckte sich vor der Kehrtwendung des zivilen Höchstgerichtes die Rechtsprechung zum physischen Untergang mit der zum rechtlichen Untergang.

Die Kehrtwendung in der Rsp. ist auf Grund des verbesserten Rechtsschutzes von Bestandnehmern zu begrüßen und gewährleistet diese Auslegung nunmehr, dass der Bestandnehmer weit mehr Möglichkeiten hat, seine Rechte wahrzunehmen und seinen Bestandvertrag „in natura“ zu retten. Die frühere Rsp. war aber schon deshalb bedenklich, weil sich der OGH an die Bescheide der Verwaltungsbehörde für gebunden erachtete und der Bestandnehmer daher – mangels einer rechtlichen Bekämpfungsmöglichkeit des Abbruchbescheides – das Erlöschen des Bestandvertrages nach § 1112 ABGB einfach hinnehmen musste. Der Bestandnehmer wurde somit im Wesentlichen auf Geldschadenersatz gegen den Bestandgeber verwiesen, sofern dieser den Untergang zu verschulden hatte.¹²³

Die **unterschiedliche Handhabung** vom **rechtlichen** und vom **physischen Untergang** kann jedoch bei (fast) identen Sachverhalten zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen. Bedenken ergeben sich auch dahingehend, ob dies uU nicht zu vergleichsweise unzumutbaren Belastungen für den Bestandgeber führen kann. Ein kurzes Beispiel soll dies verdeutlichen:

1. Sachverhaltsvariante: Ein Straßenbahnzug entgleist und rammt ein in Bestand gegebenes Objekt, welches physisch vollständig zu Grunde geht.
2. Sachverhaltsvariante: Ein Straßenbahnzug entgleist und rammt ein in Bestand gegebenes Objekt, welches durch den Aufprall derart stark beschädigt wird, dass Einsturzgefahr besteht. Auf Grund der

¹²³ *Binder*, a.a.O., 188.

Einsturzgefahr und der damit verbundenen Gefährdung von Personen erlässt die Baubehörde einen Bescheid, in dem die Demolierung für den Fall aufgetragen wird, dass die Bauschäden nicht binnen bestimmter Frist behoben werden.

Die erste Sachverhaltsvariante ist ein typisches Beispiel für den physischen Untergang der Bestandsache mit den Folgen, dass sich der Bestandvertrag nach § 1112 ABGB auflöst und der Bestandgeber zu einer Wiederherstellung nicht verpflichtet ist (ausgenommen Fälle des § 7 MRG).

Die zweite Sachverhaltsvariante stellt einen Fall des rechtlichen Untergangs dar. ISd jüngeren Rsp. zum rechtlichen Untergang (3 Ob 37/94) wäre, vorausgesetzt die Wiederherstellung ist nicht unwirtschaftlich, der Bestandgeber zur Reparatur bzw. Wiederherstellung des Bestandobjektes nach § 1096 ABGB verpflichtet. Dies hat zur Folge, dass es nicht zur ex lege Auflösung des Bestandvertrages kommt. Muss der Bestandgeber Eigenmittel dafür aufbringen und kann er sich beim Schädiger nicht erfolgreich regressieren, ist fraglich, ob die Pflicht zur Reparatur bzw. Wiederherstellung im Ergebnis sachgerecht ist.

Umgekehrt gehen den Entscheidungen zum rechtlichen Untergang oftmals Sachverhalte voraus, in denen der Vermieter seine Erhaltungspflicht über längere Zeiträume verletzt, was in der Folge zum Erlass von Demolierungsbescheiden der Baubehörde führt. In diesen Fällen (des rechtlichen Unterganges) den Vermieter unter Berufung auf § 1112 ABGB von seinen Erhaltungspflichten nach § 1096 ABGB zu befreien, erscheint jedenfalls unbillig. Dem Bestandgeber wäre damit die Möglichkeit eröffnet, sich durch einen provozierten Demolierungsauftrag, unter Berufung auf die Aufhebung nach § 1112 ABGB, von den Bestandverträgen zu lösen.

Der Gesetzestext und die nur sehr eingeschränkt zur Verfügung stehenden Materialien und Beratungsprotokolle zur Norm des § 1112 ABGB liefern keinerlei Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Handhabung des rechtlichen und des physischen Unterganges der Bestandsache.

Konsequenterweise müsste daher die Wiederherstellungspflicht des Bestandgebers sowohl im Anwendungsbereich des physischen als auch des rechtlichen Unterganges anhand gleicher Kriterien geprüft und in den Grenzen des § 1096 ABGB (Wirtschaftlichkeit) zu beurteilen sein. Diese Auffassung hätte jedoch zur Konsequenz, dass das Schicksal des Bestandverhältnisses auch bei (völliger) Zerstörung letztlich von den Marktverhältnissen sowie der Lage und Beschaffenheit des Bestandgegenstandes abhängig wäre. ME kann der Norm des § 1112 ABGB diese Auffassung aber nicht zu Grunde gelegt werden. Eine **Wirtschaftlichkeitsprüfung** hat daher bei **physisch vollständigem Zugrundegehen nicht stattzufinden**.

Für den Bereich des **rechtlichen Unterganges** wäre es im Ergebnis zwar sachgerecht, wenn die Bestandverträge dann fortbestehen und den Bestandgeber eine Erhaltungspflicht im Anwendungsbereich des rechtlichen Unterganges letztlich immer dann trifft, wenn der Sachverhalt, der zum Untergang geführt hat, vom Bestandgeber verschuldet wurde (etwa durch dauernde Verletzung von Erhaltungspflichten). Hingegen erscheint die mit der Pflicht zur Reparatur bzw. Wiederherstellung verbundene finanzielle Belastung des Bestandgebers in jenen Fällen unbillig, in denen den Vermieter (wie in Sachverhaltsvariante zwei) kein Verschulden trifft und auch keine Ersatzleistung einer Versicherung (§ 7 MRG) oder eines dritten Schädigers zur Verfügung steht. Auf das Verschulden kommt es nach § 1112 ABGB jedoch gerade nicht an.¹²⁴ Die Verschuldensfrage stellt kein Tatbestandsmerkmal zur Auslegung des § 1112 ABGB dar. Daher erscheint letztlich jene Auffassung richtig, wonach den Bestandgeber im Anwendungsbereich des **rechtlichen Unterganges** eine Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB dann trifft und die Auflösung nach § 1112 ABGB nicht zum Tragen kommt, wenn die in Frage stehenden Arbeiten **wirtschaftlich** sind und diese Pflicht **unabhängig** davon eintritt, ob den Bestandgeber ein **Verschulden** an den Schäden der Sache trifft oder ob **ausreichend Ersatzleistungen** vom Schädiger erlangt werden kann.

¹²⁴ Im Gegensatz zum deutschen Recht, indem der Fortbestand des Bestandvertrages vom Verschulden des Vermieters abhängig ist; siehe dazu Kap. IX.

Die **Grenze**, wann ein Fall des rechtlichen Unterganges vorliegt und daher die Prüfung der Wirtschaftlichkeit iSd § 1096 ABGB über die Existenz des Bestandvertrages entscheidet bzw. wann es auf Grund (völliger) Zerstörung zur ex lege Auflösung kommt, ist zudem oftmals nicht leicht zu ziehen. Es stellt sich vor allem die Frage, wie groß das **Ausmaß der Beschädigung** am Bestandsobjekt sein muss, um (unter Ausschluss der Wirtschaftlichkeitsprüfung) die Rechtsfolge der ex lege Auflösung des Bestandvertrages zu bewirken. Ist die Zerstörung so groß, dass die Reparatur eines Bestandsobjektes einer **Neuaufführung** gleichkommt oder das zerstörte Bestandsobjekt durch ein **gänzlich Neues** ersetzt werden muss, so ist die Anwendbarkeit des § 1112 ABGB, mit der Folge der ex lege Auflösung des Bestandvertrages, jedenfalls gegeben.

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Erhaltungsarbeiten wirtschaftlich sind und das Bestandsobjekt nur deshalb zur Gänze neu aufgeführt wird, weil sich die Neuaufführung des Gebäudes kostengünstiger gestaltet als dessen Reparatur.

Die beiden oben angeführten Fallbeispiele zeigen bereits, dass die Beurteilung zweier prinzipiell identer Sachverhalte aufgrund des rechtlichen bzw. des physischen Unterganges zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Am 11.05.1984 hat sich ein, mit den beiden Fallbeispielen vergleichbarer Sachverhalt, ereignet, den der OGH zu beurteilen hatte. So wie in Sachverhaltsvariante zwei hat hier ein Straßenbahnzug ein Bestandsobjekt gerammt, welches dadurch schwere Bauschäden erleidet und in der Folge vom Mieter nicht genutzt werden kann. Ein Demolierungs- oder Abtragungsbescheid wurde von der Baubehörde aber nicht erlassen. Mit Ausnahme der Erlassung des Bescheides ist der Sachverhalt mit jenem des zweiten Fallbeispiels ident. § 1112 ABGB kommt jedoch nicht zur Anwendung, weil kein Fall des rechtlichen Untergangs vorliegt. Da das Bestandsobjekt auch physisch nicht vollständig zu Grunde gegangen ist, liegt auch kein Fall des physischen Untergangs vor.

Die Entscheidung des OGH vom 12.02.1987, 7 Ob520/87:

Die Klägerin war Mieterin eines Geschäftsraumes, der im Eigentum der Beklagten steht. Am 11.05.1984 ereignete sich ein Verkehrsunfall, bei dem ein Straßenbahnzug der Wiener Verkehrsbetriebe gegen ein Haus krachte, wodurch das von der der Klägerin in diesem Haus befindliche und gemietete Lokal derart starke Beschädigungen erlitt, dass es nicht verwendet werden konnte.

Mit Klage begehrte die Klägerin aus dem Titel des Schadenersatzes von den Beklagten ATS 306.594 s.A., weil die Beklagten ihrer Instandsetzungspflicht nicht nachgekommen seien.

Die Beklagten wendeten ein, der Schaden sei nicht ausreichend durch eine Versicherung gedeckt. Im Übrigen fänden die Kosten einer Wiederherstellung des Bestandobjektes in den Mietzinseingängen keine Deckung, Verhandlungen mit den Wiener Stadtwerken wegen Schadenersatzes hätten bisher zu keinem Ergebnis geführt.

Der OGH gab der Revision der Beklagten gegen das klagsstattgebende Urteil des Berufungsgerichtes nicht Folge. Er war der Meinung, dass bei der Frage, ob die Beklagten eine ihnen obliegende Verpflichtung verletzt haben, davon auszugehen sei, dass der Vermieter gemäß § 1096 ABGB grundsätzlich zur Instandhaltung und Instandsetzung des Bestandobjektes verpflichtet ist. Bei Verletzung dieser Verpflichtung hafte der Bestandgeber über die Zinsbefreiung hinaus für jeden, durch die Vernachlässigung seiner in § 1096 ABGB festgesetzten Pflichten, verursachten Schaden.

Der Grundgedanke der bestandsrechtlichen Regelungen einschließlich der Regelungen des MRG sei, dass der Mieter vom Vermieter die Benützung des Bestandobjektes ermöglicht erhält. Diese Verpflichtung des Vermieters solle nur dort eine Einschränkung erfahren, wo sie für den Vermieter mit unzumutbaren Belastungen verbunden wäre. Insbesondere solle der

Vermieter für von ihm nicht verschuldete Beeinträchtigungen des Mieters dann nicht aufkommen müssen, wenn ihm eine Deckung der Kosten hierfür schon nach der Art des sie verursachenden Ereignisses nicht möglich ist. Wo jedoch die Aufbringung der Kosten für die Instandhaltung und Instandsetzung des Bestandobjektes durch den Vermieter, sei es auch durch Schadenersatzansprüche gegen Dritte, an sich denkbar ist, wollte der Gesetzgeber den Vermieter von seiner vertraglichen Verpflichtung nicht entlasten. Dies lasse auch die Bestimmung des § 3 Abs. 1 MRG erkennen, die auf § 1096 ABGB verweist. Das MRG schränke die Verpflichtung des Vermieters lediglich auf bestimmte Beschädigungsfälle und Arten der Beschädigung des Bestandobjekts ein, setze aber die grundsätzliche Verpflichtung des Vermieters nach § 1096 ABGB nicht außer Kraft.

Das Höchstgericht pflichtete dem Berufungsgericht weiters dahin gehend bei, dass Verkehrsunfälle der vorliegenden Art jenen Fällen, die § 1104 ABGB im Auge habe, nicht gleichgesetzt werden können. Bei den in § 1104 ABGB beispielsweise aufgezählten Fällen handle es sich immer um solche, die schon wegen ihrer besonderen Größe und Unabgrenzbarkeit sowie ihrer Unfassbarkeit für den einzelnen durch eine für den Regelfall geltende Bestimmung nicht erfasst werden können. Hier gelte der Gedanke, dass derartige Katastrophenfälle einen größeren Personenkreis auf eine Art treffen, die durch eine gesetzliche Regelung nicht entsprechend ausgeglichen werden können. Dagegen seien Verkehrsunfälle typische Ereignisse, die im modernen Leben immer wieder vorkommen und in der Regel einen billigen und gerechten Ausgleich mit Hilfe des Schadenersatzrechtes ermöglichen. Ist aber grundsätzlich Schadenersatz denkbar (ob im konkreten Fall Schadenersatz erreicht werden kann, sei für die grundsätzliche Lösung der Frage ohne Bedeutung), so bestehe kein Anlass für die Außerkraftsetzung jener Bestimmung (§ 1096 ABGB), die im Allgemeinen einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Bestandgebers und des Bestandnehmers schaffen soll. Das Berufungsgericht habe richtig erkannt, dass der vorliegende Schaden nicht durch ein Ereignis im Sinne des § 1104 ABGB entstanden sei, sodass grundsätzlich die Erhaltungspflicht der Beklagten nach § 1096 ABGB bestehe. Es wäre Sache der Beklagten

gewesen, zu beweisen, dass sie an der bisher nicht erfolgten Wiederherstellung des Bestandsobjekts kein Verschulden treffe. Einen derartigen Beweis hätten sie nicht erbracht.¹²⁵

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung des OGH, dass kein Anlass für die Außerkraftsetzung des § 1096 ABGB bestehe, wenn ein Schadenersatz grundsätzlich denkbar ist (egal ob im konkreten Fall Schadenersatz erreicht werden kann), weil § 1096 ABGB im Allgemeinen einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Bestandgebers und des Bestandnehmers schaffen soll, vermag jedoch nicht zu überzeugen. Sind nämlich die erforderlichen Erhaltungs- bzw. Wiederherstellungsarbeiten wirtschaftlich iSd § 1096 ABGB, so treffen den Vermieter diese Pflichten vielmehr unabhängig davon, ob ein Schadenersatzanspruch (gegen den Schädiger) überhaupt dem Grunde nach denkbar ist oder nicht. Ein Schadenersatzanspruch kann aber eventuell bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit von Bedeutung sein. Ausgenommen von der Erhaltungspflicht des Vermieters sind nur Fälle, in denen die Beschädigung vom Mieter oder von Personen, für die der Mieter haftet, verschuldet wurde.

Wenn man andererseits - dem OGH folgend - bei der Auslegung darauf abgestellt, ob Schadenersatz (gegen den Schädiger) dem Grunde nach denkbar ist, kann dies zu skurrilen Ergebnissen führen. Hat der Bestandgeber zwar dem Grunde nach einen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger, kann er jedoch im konkreten Fall keinen oder nicht ausreichend Schadenersatz erreichen, so wäre er, was die Pflicht zur Aufwendung von Eigenmitteln zur Wiederherstellung betrifft unter Umständen besser gestellt, wenn sein Objekt vom Schädiger (oder aus sonstigen Gründen) zur Gänze zerstört worden wäre.

Derartige Sachverhalte sind daher (im Einklang mit der Rsp. zum rechtlichen Untergang) so zu beurteilen, dass der Vermieter zu **wirtschaftlichen Erhaltungsarbeiten unabhängig davon zu verpflichten ist, ob ausreichend Schadenersatz gegen einen Dritten erlangt werden**

¹²⁵ SZ 60/23.

kann oder ob der Ersatzanspruch überhaupt dem Grunde nach denkbar ist oder nicht.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die unterschiedliche Behandlung des physischen und des rechtlichen Unterganges gerechtfertigt erscheint, da eine Wirtschaftlichkeitsprüfung bei physisch vollständigem Zugrundegehen nicht stattzufinden hat. Dem Bestandgeber ist das Recht einzuräumen, bei physisch vollständiger Zerstörung nicht mehr an die Pflichten des Bestandverhältnisses gebunden zu sein.

2. Das Verhältnis zwischen § 1104 ABGB und § 1112 ABGB

2.1 Grundsätzliches zu § 1104 ABGB

Nach § 1104 ABGB ist der Bestandgeber zur Wiederherstellung des Bestandobjektes nicht verpflichtet, wenn dieses wegen **außerordentlicher Zufälle**, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Wetterschläge oder wegen gänzlichen Misswachses nicht gebraucht oder benutzt werden kann. Wie dies bereits § 1096 Abs 1 S 2 ABGB normiert, ist der Bestandnehmer auch gemäß § 1104 ABGB von der **Entrichtung des Zinses befreit**, wenn der Bestandgegenstand durch außerordentliche Zufälle ganz oder zum Teil **unbrauchbar** geworden ist. Das ist nicht so zu verstehen, dass der Gebrauch während der ganzen Vertragsdauer unmöglich sein muss. Der Anspruch auf Zinserlass ist vielmehr schon dann gegeben, wenn dem Bestandnehmer der Gebrauch der Sache für einen Teil der Zeit entzogen ist. Für diesen Zeitraum gebührt ihm der Erlass des Zinses.¹²⁶

Die §§ 1104 – 1108 ABGB enthalten Regeln über die Gefahrtragung, sie sind **dispositiver Natur**, soweit – im Bereich voller Anwendbarkeit des MRG - § 3 Abs 2 und § 7 MRG nicht entgegenstehen. § 1104 ABGB stellt auf die bloße **Unbenützbarkeit** einer (an sich vorhandenen) Bestandsache zum **bedungenen Gebrauch** ab, während deren vollständige Zerstörung nach § 1112 ABGB die Beendigung des Bestandverhältnisses bewirkt.¹²⁷

Das Recht des Mieters auf **Zinserlass** nach § 1096 ABGB unterscheidet sich von dem Anspruch auf Zinsminderung nach § 1104 ABGB ua dadurch, dass die Zinsminderung nach § 1096 ABGB von Rechts wegen eintritt und keiner Geltendmachung¹²⁸ des Mieters bedarf.

¹²⁶ Klang, a.a.O., 80 f.

¹²⁷ Würth, a.a.O., 2452, Rz 1 f.

¹²⁸ Miet 2.214.

Zudem setzt § 1096 ABGB Mängel der Sache selbst voraus, so dass zumindest jene Störungen im Gebrauch ausgeschlossen sind, welche durch äußere Ereignisse ohne Beschädigung oder Einwirkung auf die Sache (wie etwa eine Überschwemmung, welche den Zugang zur Bestandsache verhindert) bewirkt werden.¹²⁹ § 1104 ABGB regelt hingegen jene Fälle des Zinserlasses, welche durch außerordentliche Zufälle veranlasst sind und nicht mehr in den Bereich der Gewährleistung fallen.¹³⁰

Nach der Rechtsprechung tritt die Zinsminderung nach § 1104 ABGB auf Grund eines außerordentlichen Zufalls nicht von Gesetzes wegen ein, sondern muss vom Bestandnehmer vielmehr **einredeweise** oder **im Klageweg** geltend gemacht werden.¹³¹ Aus dem Umstand, dass ein Mieter von dem ihm nach § 1104 ABGB zustehenden Recht Gebrauch macht und für die Zeit der Gebrauchsverhinderung keinen Zins zahlt, kann aber nicht geschlossen werden, dass er stillschweigend auf seine Mietrechte verzichtet hat.¹³²

Im Einklang mit der ergangenen Rechtsprechung¹³³ beurteilen Iro¹³⁴ und Würth¹³⁵ die **Unbenützbarkeit** der Bestandsache anhand des **bedungenen Gebrauches**. Klang¹³⁶ stellt offenbar darauf ab, ob die Sache infolge außerordentlicher Umstände **gar nicht benutzt** werden kann.

Die Rechtsprechung begründet ihre Auffassung mit der sich aus § 1096 ABGB ergebenden Pflicht des Vermieters, das Bestandstück in gebrauchsfähigem Zustand zu übergeben und dem Mieter den bedungenen

¹²⁹ Klang, a.a.O., 44.

¹³⁰ Klang, a.a.O., 80 f.

¹³¹ Miet 2.214.

¹³² Miet 1.661.

¹³³ OGH in EvBl 1954/1, 13 = Miet 2836.

¹³⁴ Iro, in Koziol, Bydlinski, Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kommentar² (2007), Rz 1 zu § 1104.

¹³⁵ Würth, a.a.O., 2452, Rz 2 zu § 1104.

¹³⁶ Klang, a.a.O., 80.

Gebrauch der Bestandsache zu verschaffen und ihm in diesem auch zu erhalten.¹³⁷

Iro¹³⁸ und Würth¹³⁹ sehen die Bedeutung des § 1104 ABGB nicht so sehr in der Regelung über die Zinsbefreiung, denn hierfür reiche § 1096 Abs 1 S 2 ABGB durchaus aus, sondern in der **Durchbrechung** der **Erhaltungs- bzw. Wiederherstellungspflicht** des Bestandgebers nach § 1096 ABGB in Fällen **außerordentlicher Zufälle**.

Die Auffassung von Klang, bei der Zinsbefreiung nach § 1104 ABGB sei darauf abzustellen, ob die Sache infolge eines außerordentlichen Zufalls gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, ist mE unzutreffend. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muss die Zinsbefreiung bzw. -minderung nach § 1104 ABGB jedenfalls bereits dann zum Tragen kommen, wenn die Bestandsache zum **bedungenen Gebrauch** nicht mehr taugt. Das Recht auf Zinsbefreiung bei außerordentlichen Zufällen zu negieren, weil dem Bestandnehmer aufgrund der Mangelhaftigkeit zwar der bedungene Gebrauch der Bestandsache nicht möglich, eine (anderwertige) Nutzung jedoch nicht ausgeschlossen ist, erscheint nicht sachgerecht. Steht dem Bestandnehmer bei „gewöhnlichen“ Zufällen ein Zinsminderungsrecht zu (§ 1096 ABGB), weil die Sache nicht zum bedungenen Gebrauch genutzt werden kann, so ist ihm dies ebenso im Anwendungsbereich der außerordentlichen Zufälle zu gewähren. Eine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich.

Unterschiede zwischen den Rechtsfolgen der §§ 1104 und 1112 ABGB bestehen vielmehr hinsichtlich des Schicksals des Bestandverhältnisses selbst. Im Anwendungsbereich des § 1112 ABGB tritt die beidseitige (endgültige) „Leistungsfreiheit“ aufgrund des **Erlöschens** des Bestandverhältnisses ein, während das Bestandverhältnis im

¹³⁷ OGH in EvBl 1954/1, 13 = Miet 2836.

¹³⁸ Iro, a.a.O., Rz 1 zu § 1104.

¹³⁹ Würth, a.a.O., 2453, Rz 3 zu § 1104.

Anwendungsbereich des § 1104 ABGB grundsätzlich weiter **fortbesteht**. Der Bestandnehmer ist bei aufrechter Fortbestand des Mietvertrages nur während der Dauer der Unbrauchbarkeit von der Zinszahlungspflicht befreit. Die Zinszahlungspflicht kann sohin auch wieder aufleben (etwa nach dem Ende von Überflutungen oder erfolgreicher Bekämpfung einer Seuche, etc.).

2.2 Anwendungsbereich und Judikatur zu § 1104 ABGB

Die Aufzählung der außerordentlichen Zufälle im Gesetz ist keine Erschöpfende. Es können daher auch Ereignisse, wie Erdbeben, Berg- und Lawinensturz, innere Unruhen und dergleichen, den Anspruch auf Zinserlass begründen. Immer müssen es aber außerordentliche Zufälle, das heißt solche sein, welche **nicht im normalen Lauf der Dinge** vorzukommen pflegen. Beispielsweise würde Misswachs auf einem Ufergrundstück, das zu gewissen Zeiten des Jahres regelmäßig unter Wasser gesetzt wird, nicht zum Anspruch auf Zinserlass führen.¹⁴⁰ Als außerordentlicher Zufall iSd § 1104 ABGB sind prinzipiell nur Katastrophenfälle anzusehen, die einen **größeren Personenkreis** auf eine Art treffen, die durch eine gesetzliche Regelung nicht entsprechend ausgeglichen werden können.¹⁴¹

Abgrenzungen sind oftmals schwierig. So kann etwa ein Wassereinbruch von oben in eine Wohnung bei außergewöhnlich starkem Gewitterregen einerseits als ein Elementarereignis (außerordentlicher Zufall) angesehen werden, andererseits durch einen Mangel des Hauses am Dach entstehen. Nach der Rsp. kann in Bezug auf ein Wohnhaus nur dann von einem Elementarereignis iSd § 1104 ABGB gesprochen werden, wenn **durch die Unwettereinwirkung** das Dach oder überhaupt die Außenhaut des Hauses **beschädigt** wird und dadurch Wasser eindringt.¹⁴²

¹⁴⁰ Klang, a.a.O. 81.

¹⁴¹ OGH vom 12.02.1987, 7 Ob 520/87 = JBl 1987/377.

¹⁴² Miet 41.151.

Ebenso ist nach der Rsp. ein Mieter, der während der Dauer der Beschlagnahme durch eine Besatzungsmacht das Mietobjekt nicht benützen kann, nicht zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet. Dass solch eine Beschlagnahme einem der in § 1104 ABGB angeführten außerordentlichen Zufälle gleichzuhalten ist und nicht ein dem Bestandnehmer allein zugestoßenes Hindernis darstellt, wird damit erklärt, dass die Beschlagnahme in erster Linie das Bestandobjekt selbst und in zweiter Linie in gleicher Weise den Vermieter und den Mieter trifft.¹⁴³ Dasselbe muss für andere (von keinem Vertragsteil verschuldete) **staatliche Eingriffe** im weiteren Sinne, etwa eine Anordnung, das Objekt zu verlassen, gelten.¹⁴⁴

Anders wurde jedoch in dem Fall entschieden, in dem der Bestandnehmer seine Wohnung aufgrund eines Einberufungsbefehls verlassen musste, seine Familie evakuiert und in der Folge die Wohnung durch eine Besatzungsmacht besetzt wurde. Der Mieter kehrte nach seiner Gefangenschaft wieder zurück, konnte die Wohnung wegen der noch anhaltenden Besetzung nicht benützen, begab sich zu seiner Familie nach Tirol und übersiedelte schließlich später nach Deutschland. Das Gericht kam hier zu der Auffassung, dass die Besetzung der Wohnung durch die Besatzungsmacht auf die Abwesenheit des Bestandnehmers und seiner Familie zurückzuführen sei. Daher liege kein Fall objektiver Gebrauchsverhinderung iSd § 1104 ABGB vor, die auch jeden anderen Mieter in gleicher Weise betroffen hätte, sondern es sei darin ein den Mieter **persönlich treffendes Gebraushindernis** iSd § 1107 ABGB zu erblicken. Zudem liege, da der Bestandnehmer seine Einrichtungsgegenstände in der Wohnung verwahrt hat, noch ein beschränkter Gebrauch vor, so dass nicht eine volle Mietzinsbefreiung nach § 1104 ABGB, sondern höchstens ein Zinsnachlass nach § 1105 ABGB in Betracht komme.¹⁴⁵

Bei vorgenannter Entscheidung ist, entgegen dem OGH, auch jene Ansicht vertretbar, wonach der Einberufungsbefehl des Mieters und die

¹⁴³OGH in EvBl 1957/237, 352; Miet 2836, 4988.

¹⁴⁴ Würth, a.a.O., 2453, Rz 4.

¹⁴⁵ OGH in EvBl 1948/202, 111 f.

angeordnete Evakuierung als (von keinem Vertragsteil verschuldete) staatliche Eingriffe im weiteren Sinn angesehen werden, die zur Zinsminderung nach § 1104 ABGB berechtigen. Widersprüchlich sind jedenfalls die Ausführungen des Höchstgerichtes zum Zinsnachlass nach § 1105 ABGB. Die letztgenannte Norm regelt nämlich jene Fälle, in denen dem Mieter trotz eines außerordentlichen Zufalls iSd § 1104 ABGB ein beschränkter Gebrauch des Mietstückes erhalten bleibt. Liegt aber kein außerordentlicher Zufall iSd § 1104 ABGB vor, ist eine Zinsminderung nicht nach § 1105 ABGB, sondern allenfalls nach § 1096 ABGB zu prüfen.

Bei den im § 1104 ABGB **demonstrativ** aufgezählten Fällen handelt es sich immer um solche, die schon wegen ihrer besonderen Größe und Unabgrenzbarkeit sowie ihrer Unfassbarkeit für den einzelnen durch eine für den Regelfall geltende Bestimmung nicht erfasst werden können. **Verkehrsunfälle** zählen nicht dazu, da diese – wie etwa das Entgleisen einer Straßenbahngarnitur - typische Ereignisse darstellen, die im modernen Leben immer wieder vorkommen und in der Regel einen billigen und gerechten Ausgleich mit Hilfe des Schadenersatzes ermöglichen.¹⁴⁶

Das **Vertragsverhältnis** bleibt im Anwendungsbereich des § 1104 ABGB im Allgemeinen **bestehen**. Eine Ausnahme galt für den Anwendungsbereich der so genannten „Einwirkungsverordnung für Kriegsschäden“, wenn also die Unbenutzbarkeit des Bestandobjektes unmittelbar durch Kriegsschäden herbeigeführt wurde.¹⁴⁷ Zwingend war diese Ausnahme nicht, da auf die Beendigung des Mietverhältnisses verzichtet werden konnte. Ein solcher Verzicht wird etwa in der Forderung und Annahme des Mietzinses gesehen.

Der Gebrauch der Bestandsache kann sowohl durch ein Ereignis verhindert werden, das den Zugang zur Bestandsache unmöglich macht (z.B. Überschwemmungen), als auch durch Geschehnisse, die ein objektives

¹⁴⁶ SZ 60/23.

¹⁴⁷ § 1 der Verordnung über die Einwirkung von Kriegsschäden an Gebäuden auf Miet- und Pachtverhältnisse (EinwV) vom 28.09.1943, RGBl I 546; vgl. Kap. IV.1.1.c).

Benutzungshindernis darstellen und mit keinerlei Substanzschädigung verbunden sind (z.B. Seuchen).¹⁴⁸

Die Bestimmung des § 1104 ABGB gelangt auch bei **Vereitelung des bedungenen Gebrauchs durch den Vermieter** zur Anwendung.¹⁴⁹ Eine Zinsbefreiung nach § 1104 ABGB kann sich ebenso aus Gründen ergeben, die in der **Person eines anderen Mieters** gelegen sind. In der Entscheidung des OGH vom 13.12.1990 (8 Ob 715/89) kam das Höchstgericht zur Auffassung, dass ein, bei Abschluss des Mietvertrages nicht vorhandener, nachträglich eingetretener Umstand, etwa der Einzug eines Mitmieters, der erfahrungsgemäß immer wieder Ziel terroristischer Anschläge war, zur Zinsminderung nach § 1104 ABGB berechtigt. Der Mieter kann vom Vermieter zwar nicht verlangen, dass alle im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhandenen Umstände erhalten bleiben, wohl aber, dass er im bedungenen Gebrauch des Bestandgegenstandes nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Ausgeschlossen ist die Zinsbefreiung nur, wenn der Bestandnehmer die Umstände, die seinen Gebrauch hindern, akzeptiert.

In der vorzitierten Entscheidung war der Bestandnehmer Mieter einer Geschäftsräumlichkeit. Er erlitt durch die latente Gefahr von Bombenanschlägen, die eine ständige Anwesenheit von Polizei und die Durchführung von Personenkontrollen zur Folge hatten, starke Umsatzrückgänge, da viele Kunden Orte meiden, an denen die Gefahr von Bombenanschlägen und demgemäß auch verschärfter Sicherheitskontrollen bestehen. Das Höchstgericht führte weiter aus, dass solche Umstände - etwa auch **politische Veränderungen**, die zur Gefahr terroristischer Anschläge führen - durchaus mit den im § 1104 ABGB genannten kriegesischen Ereignissen gleichzusetzen sind. Darauf, ob der Vermieter diese Umstände zu vertreten oder gar verschuldet hat, kommt es bei der Mietzinsminderung nicht an. Der Vermieter ist sogar verpflichtet, das Mietverhältnis mit dem die übrigen Mitmieter indirekt gefährdenden Mieter auf deren Verlangen zu

¹⁴⁸ Klang, a.a.O., 81.

¹⁴⁹ Miet 23.166; anderer Ansicht: Binder, in Schwimann, 166.

beenden. Ein allfälliges Verschulden des Vermieters spielt nur hinsichtlich allfälliger Schadenersatzansprüche eine Rolle.¹⁵⁰

Resultiert die Unbrauchbarkeit des Bestandobjektes aus einem dem Bestandnehmer zugestoßenen Hindernis oder Unglücksfall - etwa die **behördliche Gebrauchsvereitelung** wegen eines die Person des Bestandnehmers treffenden Grundes - ist der Bestandnehmer nach § 1107 ABGB weiterhin zur Entrichtung des Zinses verpflichtet.¹⁵¹ Die Grenze zwischen den außerordentlichen Zufällen iSd § 1104 ABGB und den Anwendungsfällen des § 1107 ABGB, welche nur die Person des Bestandnehmers selbst betreffen, ist manchmal schwer zu ziehen. Als **Richtlinie** gilt, dass der Zinserlass nur solcher Ereignisse wegen verlangt werden kann, die in gleicher Weise, wie für den gegenwärtigen auch für einen anderen Mieter das Mietobjekt unbrauchbar gemacht hätten.¹⁵²

Handelt es sich dagegen bloß darum, dass auf Grund einer (wenn auch allgemeinen) **ungünstigen Wirtschaftslage**, die Erzielung eines angemessenen Ertrages unmöglich geworden ist, so ist der Mieter trotzdem zur Entrichtung des Zinses verpflichtet. Denn die Höhe des Ertrages hat mit der Benutzbarkeit der sonst für den Betrieb brauchbaren Sache nichts zu tun. Anders ist bei der **Pacht von Unternehmungen** zu entscheiden, weil hier die Möglichkeit der Gewinnung von Erträgen zum Inhalt des Vertrages gehört. Hier können **behördliche Betriebsbeschränkungen**, welche die Ertragsfähigkeit des Betriebes beeinträchtigen, Beachtung finden.¹⁵³

Ist ein Anspruch auf Zinsminderung gegeben, dessen Höhe jedoch strittig und hat der Bestandgeber wegen des aufgelaufenen Zinsrückstandes gekündigt, besteht die Möglichkeit zur gerichtlichen Beschlussfassung nach § 33 Abs 2 MRG.¹⁵⁴ Dies mit der Folge, dass die **Kündigung aufzuheben** ist,

¹⁵⁰ SZ 63/220.

¹⁵¹ Binder, a.a.O., 166, Rz 3.

¹⁵² Klang, a.a.O., 81.

¹⁵³ Klang, a.a.O., 82.

¹⁵⁴ Böhm, Schuster, Probleme der Mietrechtsgestaltung, WoBl 1989/30.

wenn der Mieter einen mit Beschluss festgestellten Zinsrückstand vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zahlt und ihn kein grobes Verschulden am Zahlungsrückstand trifft. Er hat dem Vermieter jedoch die Kosten insoweit zu ersetzen, als ihn ohne seine Zahlung eine Kostenersatzpflicht getroffen hätte.

2.3 Die Abgrenzung von § 1104 ABGB zu § 1112 ABGB

Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche dieser beiden Bestimmungen bereitet oftmals Schwierigkeiten. Da der Untergang des Bestandgegenstandes nach § 1112 ABGB die Erlöschung des Vertragsverhältnisses bewirkt, darf der Grund der Unbrauchbarkeit iSd § 1104 ABGB nicht in der (gänzlichen) Zerstörung des Bestandgegenstandes liegen. Die Begriffe **Unbenützbarkeit** und **Zerstörung** decken sich inhaltlich nicht.

Unter Zugrundegehen ist im Gegensatz zur Unbenützbarkeit der **gänzliche Verlust** oder die **völlige Zerstörung** der Bestandsache zu verstehen.¹⁵⁵ Zu beachten ist, dass es sich dabei immer um den **Gegenstand des einzelnen Bestandvertrages** handelt. So erlischt der Mietvertrag über eine Wohnung schon dann, wenn diese zerstört ist, mag auch das Haus, in dem sie sich befindet, im Übrigen unbeschädigt sein. Dagegen liegt Unbrauchbarkeit vor, wenn zwar die Wohnung selbst nicht beschädigt, aber infolge der Zerstörung des Stiegenhauses unzugänglich ist.¹⁵⁶

Von einem dennoch zu Grunde gegangenen Mietobjekt muss dann gesprochen werden, wenn zwar die Wohnung noch „steht“, deren Wiederherstellung wegen Baufälligkeit und Abbruchreife des Gebäudes jedoch nicht mehr in Frage kommt. Hingegen liegt kein Anwendungsbereich des § 1112 ABGB vor, wenn das Gebäude durch einen Brand starke

¹⁵⁵ Iro, in Koziol, Bydlinski, Bollenberger (Hrsg.), ABGB – Kommentar² (2007), Rz 1 zu § 1112 ABGB.

¹⁵⁶ Klang, a.a.O. 79.

Beschädigungen erlitten hat, aber keine Einsturzgefahr besteht, sondern das Gebäude wiederaufgebaut und zugleich umgebaut, keineswegs jedoch abgetragen wird und die gemietete Wohnung vielmehr durch die Einwirkung des Brandes und durch die Folgen der Löscharbeiten beschädigt, aber nicht zerstört wurde.¹⁵⁷

Die Grenze zwischen einem Tatbestand nach § 1104 ABGB und einem Tatbestand nach § 1112 ABGB verläuft mitunter fließend und ist nicht immer leicht zu ziehen. Mit anderen Worten gefragt: Wie groß muss das **Ausmaß der Zerstörung** sein, damit es jedenfalls zur ex lege Auflösung des Bestandvertrages nach § 1112 ABGB kommt? Ist die Zerstörung so groß, dass die **Identität des ursprünglichen Bestandobjektes** nicht oder nur mehr unwesentlich vorhanden ist – etwa einzelne Mauern eines Gebäudes – oder würde eine Reparatur einer **Neuaufführung** der Baulichkeit gleichkommen, ist von einer völligen Zerstörung iSd § 1112 ABGB auszugehen. Liegt das Maß der Beschädigung jedoch unter dieser Schwelle, liegt Unbenützbarkeit iSd § 1104 ABGB vor.

Als **Richtlinie zur Abgrenzung** lässt sich auch die Rsp. des VwGH¹⁵⁸ heranziehen, wonach ein Abtragungsauftrag dann in Betracht kommt, wenn die Instandsetzung der Baulichkeit einer **Substanzveränderung mindestens der Hälfte** der vorhandenen Bausubstanz der Baulichkeit gleichkommt, was jedenfalls dann gegeben ist, wenn **mindestens die Hälfte der wesentlichen raumbildenden Elemente durch neue Bauteile** ersetzt werden müssen

¹⁵⁷ Miet 24.157.

¹⁵⁸ VwGH Erkenntnis vom 28.06.2005, ZI 2005/05/0075.

3. Das Verhältnis zwischen § 7 MRG und § 1112 ABGB

3.1 Grundsätzliches zu § 7 MRG

Wird ein Bestandobjekt durch **Zufall** zur Gänze oder zum Teil **unbrauchbar**, normiert § 7 MRG die Pflicht des Vermieters zur **baurechtlich zulässigen und bautechnisch möglichen Wiederherstellung** des Mietgegenstandes in dem Maße, in dem eine **Leistung** aus einer bestehenden **Versicherung** ausreicht.

§ 7 MRG ist unbestrittener Maßen nur auf **Hauptmietverhältnisse** im **Vollanwendungsbereich des MRG**, daher nicht auf die in § 1 Abs 2, 4 und 5 MRG genannten Mietobjekte, anwendbar. Hingegen kommt die Bestimmung gemäß den §§ 20 Abs 1 Z 1 lit b und Z 2 sowie 20 a WGG im Bereich des Gemeinnützigkeitsrechts stets, also auch bei den in den § 1 Abs 2, 4 und 5 genannten Objekten bzw. Rechtsverhältnissen, zur Anwendung.¹⁵⁹

Das Recht des Mieters, die **Wiederherstellung** vom Vermieter zu verlangen, kann im Voraus nicht, wohl aber im Nachhinein vertraglich abbedungen werden.¹⁶⁰ Möglich ist auch, eine über den Rahmen des § 7 MRG hinausgehende Pflicht zur Wiederherstellung vertraglich zu vereinbaren.

Was unter „unbrauchbar“ werden zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Nach Hausmann ist mit dem Begriff der „**Unbrauchbarkeit**“ ein **endgültiger, irreversibler Zustand** iSd (tatsächlichen oder rechtlichen) Untergangs des Mietgegenstandes gemeint.¹⁶¹ Für diese Sicht spricht, dass

¹⁵⁹ Hausmann, in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Kommentar, Rz 4 zu § 7 MRG.

¹⁶⁰ Krejci, in Korinek/Krejci (Herausgeber), Handbuch zum MRG (1985), 228.

¹⁶¹ Hausmann, a.a.O., Rz 7 zu § 7 MRG.

§ 29 Abs 1 Z 2 MRG, der § 7 MRG verweist, vom Untergang des Mietgegenstandes spricht. Die Judikatur¹⁶² hat dies schon zu § 10 MG, der Vorgängerbestimmung des § 7 MRG, so verstanden.

Sofern trotz des **Unterganges** des Mietgegenstandes eine **Wiederherstellungspflicht** des Vermieters nach § 7 MRG besteht, kommt es **nicht zur ex lege Auflösung** des Bestandverhältnisses nach § 1112 ABGB.¹⁶³ Auch die ältere Rechtsprechung zu § 10 MG schloss bereits im Falle des Wiederaufbaues eines durch Brand zerstörten Gebäudes die Anwendung des § 1112 ABGB aus.¹⁶⁴

Nachdem aber jeder Mietgegenstand prinzipiell bei Aufwendung genügend großer finanzieller Mittel wiederhergestellt werden kann, muss eine Abgrenzung letztlich durch die wirtschaftliche Vernunft, nach der Kontrollfrage „würde sich ein einsichtiger und verantwortungsbewusster Vermieter in der speziellen Situation für eine Wiederherstellung entscheiden oder nicht?“, erfolgen.¹⁶⁵

Ist die Möglichkeit der Wiederherstellung nach § 7 MRG aus rechtlicher und technischer Sicht gegeben, ist die Pflicht des Vermieters hierzu dann und **in dem Maß** zu bejahen, als Deckung durch eine **Versicherungsleistung** gegeben ist. Dabei sind aber (dies ergibt sich schon aus dem nahen Zusammenhang mit Erhaltungsarbeiten) die verrechenbaren **Mietzinsreserven** und die während der **nächsten 10 Jahre** durch eine Erhöhung nach den §§ 18,19 MRG **erzielbaren Mietzinse** (nach Abzug anderer notwendiger Erhaltungsarbeiten) bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob die Versicherungssumme ausreichend ist¹⁶⁶ bzw. die Wiederherstellung wirtschaftlich vernünftig erscheint.

¹⁶² Vgl. Miet 11.231.

¹⁶³ *Swoboda*, Kommentar zum Mietengesetz² (1950), 149 f.

¹⁶⁴ Miet 11.231.

¹⁶⁵ *Hausmann*, a.a.O., Rz 7 zu § 7 MRG; *Krejci*, a.a.O., 229.

¹⁶⁶ *Würth-Zingher-Kovanyi*, Miet und Wohnrecht²¹ (2004), Rz 2 zu § 7 MRG.

Bei **unzureichender finanzieller Deckung** ist eine **Teilwiederherstellung** dann geboten, wenn sie **wirtschaftlich sinnvoll** ist. Umgekehrt formuliert ist eine solche Teilerstellung dann unangebracht, wenn sich kein tauglicher, beschränkter Gebrauch des Mietgegenstandes erreichen lässt.¹⁶⁷ In aller Regel wird wohl Krejci folgend davon auszugehen sein, dass die **funktionell und wirtschaftlich effektivste Lösung** geboten ist, wobei dem Vermieter einerseits hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Varianten ein beträchtlicher Spielraum eröffnet wird, andererseits aber auch eine Anspannung desselben nach dem Grundgedanken der §§ 3 bis 5 MRG und infolge des Umstandes, dass ja auch die Versicherungssumme mit den Zahlungen der Mieter „erkauft“ wurde, geboten erscheint.¹⁶⁸

Der Vermieter ist aber gegenüber dem Mieter zum Abschluss von Versicherungen nicht verpflichtet. Daher kann der Mieter dem Vermieter auch nicht den Vorwurf der Unterversicherung machen.¹⁶⁹ Die Versicherungsprämien für eine angemessene Versicherung darf der Vermieter gemäß § 21 Abs 1 Z 4 MRG unter dem Titel Betriebskosten auf die Mieter überwälzen, sofern und soweit die Versicherungssumme so hoch ist, dass damit das Haus wiederhergestellt werden kann und dadurch - auch im Interesse der Mieter, die wirtschaftlich die Versicherungsprämie leisten – eine Auflösung des Mietvertrages durch den Untergang des Bestandgegenstandes vermieden werden kann. Nur soweit die Versicherungssumme höher wäre, dürfen die Prämien nicht unter dem Titel Betriebskosten auf die Mieter überwält werden.¹⁷⁰

Besteht keine Versicherung (gleichgültig aus welchem Grund), ordnet § 29 Abs 1 Z 2 MRG die Auflösung des Mietvertrages an, wobei der Vermieter im Falle des **Verschuldens** dem Mieter nach allgemeinen Schadeneratzregeln **ersatzpflichtig** wird. Zu ersetzen ist jener Schaden, der

¹⁶⁷ Hausmann, a.a.O. Rz 11 zu § 7 MRG.

¹⁶⁸ Hausmann, a.a.O., Rz 11 zu § 7 MRG; Krejci, a.a.O., 219.

¹⁶⁹ Miet 40.262.

¹⁷⁰ Miet 42.277 (33).

dem Mieter infolge der vorzeitigen Auflösung des Mietvertrages entstanden ist. Da der Vermieter, abgesehen von einer diesbezüglich ausdrücklichen Vereinbarung mit dem Mieter, nicht zum Abschluss von Versicherungsverträgen verpflichtet ist, verletzt er den Mietvertrag auch dann nicht und entfällt konsequenterweise seine Schadenersatzpflicht, wenn er einen bereits bestehenden Versicherungsvertrag (etwa durch Nichtbezahlung der Prämie) nicht einhält und deshalb bei Eintritt des Versicherungsfalles kein Anspruch auf die Versicherungssumme zusteht. Mangels gesetzlicher Regelung und abgesehen von den Fällen der vom Vermieter verschuldeten Unbrauchbarkeit des Mietobjektes, trifft diesen auch keine Pflicht, für die zwischenzeitige Unterbringung des Mieters während der Wiederherstellung zu sorgen.¹⁷¹

Hinsichtlich der wiederhergestellten Mietobjekte bleibt das MRG voll anwendbar, da bei Vorliegen einer **Wiederherstellungspflicht** von der **Kontinuität des Bestandverhältnisses** auszugehen ist und der Geltungsbereich des MRG nicht durch § 1 Abs 4 Z 1 MRG eingeschränkt wird.¹⁷²

¹⁷¹ Hausmann, a.a.O., Rz 10 ff.

¹⁷² Miet 11.231.

3.2 Die dogmatische Einordnung des § 7 MRG und das Verhältnis zu §§ 1104 und 1112 ABGB

Voraussetzung für die Wiederherstellungspflicht des Vermieters ist neben der Deckung der Kosten durch eine Versicherung, dass der Mietgegenstand ganz oder teilweise durch **Zufall** unbrauchbar wird. Der Gesetzestext spricht vom zufälligen Unbrauchbarwerden des Mietgegenstandes, lässt aber „im übrigen“ § 1104 ABGB unberührt. Was als ein solcher Zufall anzusehen ist, verschweigt das Gesetz.

Die dogmatische Einordnung des § 7 MRG ist im Schrifttum umstritten. Auffassungsunterschiede bestehen insbesondere hinsichtlich der Frage, ob diese Norm als Durchbrechung der ex lege Auflösung des Bestandvertrages nach § 1112 ABGB anzusehen ist oder ob es sich dabei um eine Ausnahmeregelung zu § 1104 ABGB handelt.

Würth sieht in der Regelung des § 7 MRG eine Durchbrechung von § 1112 ABGB, weil § 1112 ABGB dahingehend einschränkend auszulegen sei, dass Mietverhältnisse nicht erlöschen, soweit den Bestandgeber dem Bestandnehmer gegenüber eine Wiederherstellungspflicht trifft und diese auf Vereinbarung oder besonderen Vorschriften (wie eben § 7 MRG) beruht.¹⁷³ Krejci wiederum vertritt die Auffassung, dass es sich dabei um eine Ausnahmeregelung zu § 1104 ABGB handelt, der für Fälle gänzlicher Unbrauchbarkeit des Mietgegenstandes infolge „außerordentlicher Zufälle“, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Wetterschläge oder wegen gänzlichen Misswachses weder eine Wiederherstellungspflicht des Vermieters noch Zahlungspflichten des Bestandnehmers kennt.¹⁷⁴

Uneinheitlich ist auch der Standpunkt der Judikatur zu dieser Frage. In seiner Entscheidung vom 15.03.1988 (5 Ob 19/88) vertrat das Höchstgericht die Auffassung, dass § 7 MRG eine **Ausnahmeregelung** zur allgemeinen

¹⁷³ Würth, a.a.O., 2462.

¹⁷⁴ Krejci, a.a.O., 226 f.

Bestimmung des § 1104 ABGB normiere¹⁷⁵, während der OGH in der Entscheidung vom 18.09.1928 (3 Ob 742/28) die Meinung vertrat, dass § 10 MG (§ 7 MRG) eine Spezialnorm gegenüber den Bestimmungen des § 1112 ABGB sei.¹⁷⁶

Zutreffend erscheint jedenfalls die Ansicht von Hausmann, dass § 7 MRG nicht nur „normale“ oder „ordentliche“ Zufälle abdeckt. Dafür spricht schon der Gesetzestext des § 10 MG, der nur den Fall des Brandschadens nannte, welcher aber auch in den außerordentlichen Zufällen des § 1104 ABGB aufgezählt ist. Soweit eine (ausreichende) Versicherungsleistung zur Verfügung steht, ist die Wiederherstellungspflicht auch bei den **außerordentlichen Zufällen iSd § 1104 ABGB** bejahen. Nicht sachgerecht wäre es aber, dem Vermieter im Geltungsbereich des MRG im Falle zufälliger Unbrauchbarkeit des Mietgegenstandes iSd § 1104 ABGB zu einer Wiederherstellungspflicht zu verhalten, bei Zerstörung der Bestandsache (§ 1112 ABGB) dagegen nicht. In Anlehnung an Würth ist **§ 7 MRG sohin auch als Durchbrechung des § 1112 ABGB** anzusehen. Dies zweifellos auch deshalb, da § 29 Abs 1 Z 2 MRG, welcher die Auflösungsgründe von Mietverträgen regelt, ausdrücklich auf § 7 MRG verweist und normiert, dass der Mietvertrag durch den Untergang des Mietgegenstandes aufgelöst wird, wenn und soweit eine Pflicht zur Wiederherstellung (§ 7 MRG) nicht besteht.

Die Ansicht Hausmanns, dass unter Zufall iSd § 7 MRG nicht solche Ereignisse zu verstehen sind, die durch **Verschulden des Vermieters** in Gang gesetzt wurden¹⁷⁷, erscheint zwar auf den ersten Blick richtig und durch das Gesetz gedeckt, liefert jedoch uU widersprüchliche Ergebnisse. Hat der Bestandgeber die Unbrauchbarkeit verschuldet, wird zwar idR die Versicherung leistungsfrei werden. Sofern aber trotz Verschulden des Vermieters eine Versicherungsleistung zusteht, sollte § 7 MRG auch in jenen Fällen Anwendung finden, in denen der Vermieter die Unbrauchbarkeit schuldhaft herbeigeführt hat. Andernfalls wäre ein Bestandnehmer bei

¹⁷⁵ Miet 40.263.

¹⁷⁶ SZ 10/284.

¹⁷⁷ Hausmann, a.a.O., Rz 6 zu § 7 MRG.

schuldhaftem Verhalten des Vermieters hinsichtlich der Möglichkeit, sein Bestandverhältnis in „natura“ aufrecht zu erhalten, schlechter gestellt und müsste sich mit Schadenersatz begnügen.

Hausmann wertet auch jene Ereignisse als Zufall iSd § 7 MRG, in denen das Mietobjekt **durch einen von mehreren Mietern, mit oder ohne Verschulden** desselben, unbrauchbar geworden ist (z.B. der Mieter einer Wohnung zerstört durch Brandstiftung das gesamte, mehrere solche Wohnungen umfassende Haus). Ausgenommen wäre nur der Sonderfall, dass ein Mieter nur sein eigenes Mietobjekt schuldhaft unbrauchbar macht.¹⁷⁸

3.3 Die Durchsetzung der Wiederherstellungspflicht

Ob eine Wiederherstellungspflicht des Vermieters iSd § 7 MRG besteht, wird nach einem **Antrag des Mieters** (oder der Gemeinde) auf Erlassung eines entsprechenden Auftrages iSd des § 6 Abs 1 MRG im **Außerstreitverfahren** entschieden.

Die ältere Rsp. zum Verfahren nach § 10 MG, wonach die Mietkommission zuerst auszusprechen hatte, dass die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des Hauses zu verwenden ist und von dieser in der Folge Maßnahmen zu treffen waren, die geeignet sind, die Erfüllung dieses Auftrages zu sichern (etwa durch entsprechende Aufträge an die Versicherungsanstalt über die Art der Auszahlung der Versicherungssumme), ist nunmehr überholt.¹⁷⁹ Erst bei Nichtbefolgung des Auftrages der Gemeinde bzw. des Gerichts kann iSd § 6 Abs 2 - 4 MRG **Exekution durch Bestellung eines Verwalters** geführt werden. Dabei ist dann die Versicherungssumme der Mietzinsreserve, über die der Verwalter verfügen kann, gleichzusetzen.

¹⁷⁸ Hausmann, a.a.O., Rz 6 zu § 7 MRG.

¹⁷⁹ Miet 4.538.

Wie nach § 6 MRG **belastet** ein Auftrag den **jeweiligen Eigentümer** und ist dieser auch gegen allfällige Einzelrechtsnachfolger als Vermieter vollstreckbar.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Würth-Zingher-Kovanyi, a.a.O., Rz 2 zu § 7 MRG.

4. Zusammenfassung

§ 1096 ABGB - § 1112 ABGB:

Prinzipiell sind von der Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB **alle Mängel** der Bestandsache umfasst, die während der Bestandszeit auftreten und den **vertragsgemäßen Gebrauch hindern** oder **beeinträchtigen**. Die Grenze dieser Pflicht liegt in der **Unwirtschaftlichkeit** der erforderlichen Arbeiten.

Bei **physisch vollständiger Zerstörung** des Bestandobjektes kommt es unabhängig davon, ob eine Wiederherstellung wirtschaftlich ist, **stets** zur **ex lege Auflösung** des Vertrages (Fälle des § 7 MRG ausgenommen). § 1112 ABGB genießt hier Anwendungsvorrang und ist als **lex specialis** gegenüber § 1096 ABGB anzusehen.

Im Bereich des **rechtlichen Unterganges** trifft den Vermieter bei gegebener Wirtschaftlichkeit die **Erhaltungspflicht** nach § 1096 ABGB **unabhängig davon**, ob den Bestandgeber ein **Verschulden** an den Schäden trifft und auch unabhängig davon, ob ausreichend Ersatz von einem Dritten erlangt werden kann oder ob ein Ersatzanspruch dem Grunde nach denkbar ist.

§ 1104 ABGB - § 1112 ABGB:

Nach § 1104 ABGB ist der Bestandgeber nicht zur Wiederherstellung verpflichtet, wenn das Bestandobjekt wegen **außerordentlicher Zufälle** nicht gebraucht oder benutzt werden kann. Der Bestandnehmer ist für den Zeitraum der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit. Nach hM ist bezüglich der **Unbenützbarkeit** des Mietobjektes auf den **bedungenen Gebrauch** abzustellen.

Bei den in § 1104 ABGB **demonstrativ** aufgezählten Fällen handelt es sich prinzipiell immer um solche, die einen größeren Personenkreis auf eine Art treffen, die durch eine gesetzliche Regelung nicht entsprechend ausgeglichen werden kann. Im Gegensatz zu § 1112 ABGB bleibt das Vertragsverhältnis im Anwendungsbereich des § 1104 ABGB weiterhin aufrecht bestehen.

Die Abgrenzung von Anwendungsfällen des § 1104 ABGB und jenen des § 1112 ABGB bereitet oftmals Schwierigkeiten. Die Begriffe **Unbenützbarkeit** und **Zerstörung** decken sich nicht. Als Richtlinie gilt, dass von einer völligen Zerstörung iSd § 1112 ABGB dann auszugehen ist, wenn die Zerstörung so groß ist, dass die **Identität des ursprünglichen Bestandobjektes** nicht oder nur mehr **unwesentlich** vorhanden ist oder eine Reparatur einer **Neuaufführung** einer Baulichkeit gleichkommen würde. Liegt das Maß der Beschädigung unter dieser Schwelle, liegt **Unbenützbarkeit** iSd § 1104 ABGB vor.

§ 7 MRG - § 1112 ABGB:

Wird ein Bestandobjekt durch **Zufall** zur Gänze oder zum Teil unbrauchbar, ist der Vermieter in dem Maße zur baurechtlich zulässigen und bautechnisch möglichen **Wiederherstellung** verpflichtet, indem eine **ausreichende Versicherungsleistung** zur Verfügung steht.

Unter **Unbrauchbarkeit** ist ein **endgültiger irreversibler Zustand** iSd **Unterganges** des Mietobjektes gemeint. § 7 MRG ist nur auf Hauptmietverhältnisse im Vollenwendungsbereich des MRG anwendbar. Eine Wiederherstellungspflicht nach § 7 MRG kann auch bei **außerordentlichen Zufällen** iSd § 1104 ABGB bestehen. Besteht eine Wiederherstellungspflicht nach § 7 MRG, gelangt das Bestandverhältnis auch im Falle des Unterganges nicht zur ex lege Auflösung. Die Anwendbarkeit des § 7 MRG **durchbricht** vielmehr die **Beendigung des Mietverhältnisses** nach § 1112 ABGB.

Bei unzureichender finanzieller Deckung durch die Versicherung ist eine **Teilwiederherstellung** dann geboten, wenn sie **wirtschaftlich sinnvoll** ist, wobei idR die funktionell und wirtschaftlich effektivste Lösung geboten ist.

Ist ausreichende Deckung gegeben, gelangt die Norm des § 7 MRG auch dann zur Anwendung, wenn die Unbrauchbarkeit auf ein **Verschulden** des **Vermieters** zurückzuführen ist.¹⁸¹

¹⁸¹ Anderer Ansicht: Hausmann, vgl. oben unter Kap. V.3.2.

VI. Judikaturüberblick

Das folgende Kapitel liefert einen Überblick über die ergangene Judikatur zu der Norm des § 1112 ABGB. Die nachstehende Darstellung gibt die wichtigsten von der Rsp. entwickelten Grundsätze wieder und zeigt, welche Sachverhalte die Rsp. unter § 1112 ABGB subsumiert bzw. welche Anwendungsfälle nicht mehr von dieser Norm umfasst sind:

Als Untergang iSd § 1112 ABGB wurde gewertet:

- Verlust des Bestandobjekts (SZ 1/45: Bohrgeräte; Miet 17.185).
- Totalschaden des gemieteten Baggers (EvBl 1981 / 70).
- Enteignung des Bestandobjekts (Miet 19.164, 20.199).
- Wesentliche bauliche Veränderungen, die eine Rückführung in den vorigen Zustand ausschließen (Miet 18.197, 32.194).
- Niederreißen eines Holzschuppens und Ersetzung durch einen nicht vergleichbaren neuen (Miet 34.241). Nach Abbruch des Schuppens bleibt das Bestandverhältnis auch nicht an der Grundfläche weiter bestehen, auch wenn der Geschäftszweck (Holzlagerung) weiterhin erreicht werden könnte (Miet. 8.657).
- Entzug der Benützungsbewilligung für das Bestandobjekt durch Räumungs- und Demolierungsbescheid (Miet 7.920). Die Tatsache „wirtschaftlicher Abbruchreife“ genügt. Entscheidend ist somit, dass die Behebung des Baugebrechens mit Rücksicht auf die damit verbunden Kosten wirtschaftlich unzumutbar ist, mag sie auch technisch noch möglich sein.
- Versagung der nachträglichen Baugenehmigung für ein vermietetes Gebäude unter Ausspruch eines sofortigen Vermietungsverbotes (Miet 33.187).¹⁸²
- Grundsätzlich bewirkt nur die vollständige Zerstörung des Bestandgegenstandes die Auflösung des Bestandvertrages. Es ist aber auch ein nur teilweises Erlöschen des Bestandvertrages möglich, wenn ein räumlich selbständiges Objekt vorliegt (Aufzug)

¹⁸² *Binder*, a.a.O., 187.

und die Voraussetzungen des § 1112 ABGB nur für dieses zutreffen (OGH, 1 Ob 573/94 vom 22.06.1994).¹⁸³

- Es trifft zwar zu, dass im Allgemeinen einem baubehördlichen Bescheid, mit dem bloß die Benützungsbewilligung entzogen oder die Räumung aufgetragen wird, nicht die Wirkung eines rechtlichen Unterganges der Bestandsache zukommt. Ergibt sich aber aus dem Bescheid, dass die Verwaltungsbehörde bei ihrem Räumungsauftrag von einer dauernden Unbenützbarkeit ausging und den Demolierungsauftrag nur aus solchen Gründen nicht erlassen hat, die nicht in einer noch bestehenden Instandsetzungsmöglichkeit oder mangelnden Abbruchreife liegen, sondern in Umständen, die in erster Linie der Sicherheit der anliegenden Gebäude dienen, kommt dem verwaltungsbehördlichen Auftrag, das gesamte Haus von Personen und Sachen zu räumen und Sicherungsmaßnahmen gegen jeden Wiederbezug zu treffen, wie insbesondere das Herausreißen der Fußböden und die Auflassung von Versorgungsanschlüssen, die Aufhebungswirkung iSd § 1112 ABGB hinsichtlich der bis dahin bestehenden Bestandverhältnisse zu (4 Ob 610/69 vom 20.01.1970).
- Sind bei einem Bestandsobjekt umfangreiche Sanierungsmaßnahmen, wie etwa eine nachzugründende Fundamentierung und eine Ausrichtung von Gebäudeteilen in eine horizontale Lage notwendig und wären diese Maßnahme nicht ohne Abbruch wesentlicher Teile des Gebäudes möglich und wäre darüber hinaus mit Beschädigungen der Versorgungsleitungen zu rechnen, führt dies zum rechtlichen Untergang nach § 1112 ABGB, da es sich dabei nicht um „erhaltende“ Maßnahmen handelt und die Sanierung praktisch einem Neubau gleichkommt (OGH vom 08.01.2008, 5 Ob 192/07 g).
- Ist ein Bestandsobjekt untergegangen und das Bestandverhältnis infolge § 1112 ABGB aufgelöst, so bewirkt eine theoretisch mögliche, in der Praxis selten vorkommende freiwillige Wiederherstellung nicht das Wiederaufleben des erloschenen Bestandvertrages (1 Ob

¹⁸³ Prader, MRG, Mietrechtsgesetz und ABGB – Mietrecht (2000), 926.

103/68 vom 27.06.1968). Das gleiche gilt auch für untergegangene selbstständige Objekte bzw. Gemeinschaftsanlagen, wenn etwa der Vermieter einen Aufzug ohne Verpflichtung hiezu auf eigene Kosten wiederherstellt. Es besteht daher kein Anspruch der Mieter auf Benützung des Aufzuges aufgrund des seinerzeit abgeschlossenen Mietvertrages, da durch den Untergang des alten Aufzuges der Bestandvertrag, soweit er die Aufzugsberechtigung betrifft, gemäß § 1112 ABGB aufgelöst wurde (OGH vom 07.02.1968, 2 Ob 362/67).

- Den Vermieter trifft im Rahmen eines auf § 1112 ABGB gestützten Räumungsverfahrens auch keine Pflicht, dem Mieter eine Ersatzwohnung zu beschaffen (5 Ob 162/74 vom 18.09.1974).

kein Untergang iSd § 1112 ABGB liegt hingegen vor:

- Bei einem bloß teilweisen Einsturz eines Hauses, das erst nach Jahren einem gänzlichen Abbruch zum Opfer gefallen ist, kann noch nicht eine Auflösung des Bestandvertrages gemäß § 1112 ABGB angenommen werden (OGH vom 16.05.1991, 6 Ob 518/91).
- Ebenso kann nicht von einem Untergang des Mietgegenstandes gesprochen werden, wenn von der vermieteten Kohlenkammer noch der Fußboden, die Decke, die Rückwand und ein Teil einer Seitenwand vorhanden sind und zur vollständigen Wiederherstellung der Kohlenkammer eine Seitenwand, ein Teil der anderen Seitenwand und die Stirnwand neu zu errichten sind (OGH vom 21.12.1966, 6 Ob 391/66).
- Alleine die gesetzliche Verpflichtung des Eigentümers von Obstbäumen, sie unter bestimmten Umständen zu entfernen, bedeutet nicht den rechtlichen Untergang der Sache, da es zur Auflösung eines Bestandvertrages, soweit er solche Bäume betrifft, erst einer Aufforderung der Gemeinde bedarf, die Obstbäume zu entfernen (OGH vom 28.06.1965, 1 Ob 91/65).
- Die Einstellung der Geschäftstätigkeit durch den Pächter führt nicht automatisch zum Untergang des verpachteten Unternehmens, da auch ein stillgelegtes Unternehmen fortbesteht, solange Unternehmenswerte vorhanden sind, die die Wiederaufnahme des

Unternehmens ermöglichen. Solange im Rahmen der den Pächter treffenden Betriebspflicht die Fortsetzung bzw. Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit erzwingbar wäre, kann von einem Zugrundegehen der Bestandsache nicht die Rede sein (OGH vom 23.03.1999, 5 Ob 77/99 f).

VII. Ansprüche nach der Beendigung durch den Untergang der Sache

Nach der Beendigung des Bestandverhältnisses infolge Untergangs nach § 1112 ABGB können noch einzelne Ansprüche zwischen den Vertragsparteien fortbestehen und teilweise auch erst entstehen. Die Beendigung des durch den Bestandvertrag begründeten Rechtsverhältnisses ist daher zu unterscheiden von jener der aus ihm entspringenden Einzelansprüche auf Zahlung des schon fälligen Zinses, Schaden- oder Aufwandersatzes. Diese werden durch die ex lege Auflösung des sie erzeugenden Rechtsverhältnisses nicht berührt. Mit der Auflösung entstehen zum Teil neue Ansprüche, immer der auf Rückstellung, mitunter auch solche auf Schaden- und Aufwandersatz. Die Geltendmachung mancher dieser Ansprüche ist an bestimmte, kurze Fristen gebunden, die aber nicht von der Auflösung des Bestandverhältnisses, sondern von der Rückstellung der Bestandsache an zu rechnen sind (§§ 1097, 1111 ABGB).¹⁸⁴

Der zweite Satz des § 1112 ABGB normiert eine verschuldensabhängige Schadenersatzpflicht der Vertragsparteien. Ist der Untergang der Bestandsache durch Verschulden eines Vertragspartners herbeigeführt worden, so trifft diesen die Pflicht zum Ersatz des dem anderen verursachten Schadens. Diese Schadenersatzverpflichtung entspricht allgemeinen Grundsätzen. Bei der Verletzung einer Vertragspflicht durch einen Teil, trifft diesen die Beweislast, dass ihn am Untergang der Sache kein Verschulden trifft (§ 1298 ABGB).¹⁸⁵

Nach der Rsp. dürfen dem Schadenersatzpflichtigen aber nur solche Unterlassungen angelastet werden, die in die Zeit fallen, in der er Vertragspartner des Mieters war. Ein Vermieter haftet daher auch nicht für ein Verschulden seines Einzelrechtsvorgängers.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Klang*, a.a.O., 95.

¹⁸⁵ *Würth*, a.a.O., 2463, Rz 5 zu § 1112 ABGB.

¹⁸⁶ *Miet* 21.216.

Wurde die Erhaltungspflicht (§ 1096 ABGB) des Bestandgebers nicht rechtswirksam abbedungen, so bewirkt deren Vernachlässigung ein Verschulden des Bestandgebers an dem Untergang. Der Schadenersatz einklagenden Partei obliegt allerdings die Verpflichtung, nicht nur einen konkreten Schaden zu behaupten, sondern auch diesen und den Kausalzusammenhang zwischen der Auflösung des Bestandvertrages und dem Schaden zu beweisen.¹⁸⁷

Die aus § 1112 ABGB abgeleitete **Schadenersatzforderung** kann, mangels einer entsprechenden Anordnung des Gesetzes, innerhalb der gesamten **dreijährigen Verjährungsfrist** des § 1489 ABGB geltend gemacht werden.¹⁸⁸ Die Verjährung dieser Ansprüche beginnt dann, wenn der Schaden an sich und die Person des Schädigers bekannt sind, ohne dass der Schaden in seinem ganzen Umfang bereits ziffernmäßig feststehen muss. Sind das schädigende Ereignis und auch ein Schaden bereits eingetreten und ist die volle Höhe des Schadens noch nicht bekannt, so muss der Geschädigte, um eine spätere Verjährungseinrede auszuschließen, innerhalb der Verjährungsfrist zumindest die Feststellungsklage erheben, in der er mangels konkreter Kenntnis des zukünftigen Schadens auch allgemein auf die Möglichkeit weiterer Ansprüche hinweisen kann. Nach Ablauf der dreijährigen Verjährungszeit können Ansprüche erstmalig nur dann gestellt werden, wenn späterhin unvorhergesehene und unvorhersehbare Folgewirkungen auftraten. Nur dann, wenn die schädigenden Handlungen wiederholt werden, setzt jede derartige Handlung eine neue Verjährungsfrist in Lauf.¹⁸⁹

¹⁸⁷ SZ 43/17.

¹⁸⁸ Miet 32.197.

¹⁸⁹ Miet 23.224.

VIII. Exkurs: Der Schadenersatzanspruch des Bestandnehmers gegen den Schädiger

Wird ein Mieter in seinem vertragsgemäßen Gebrauch des Bestandobjektes durch einen Dritten beeinträchtigt, kann sich der Bestandnehmer zweifellos an den Bestandgeber wenden und von diesem verlangen, die Eingriffe des Dritten abzustellen. Grundlage dieses Anspruches ist § 1096 ABGB, wonach der Bestandgeber verpflichtet ist, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten und den Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauch oder Genuss nicht zu stören. Verglichen mit einem **direkten Klagsanspruch** bedeutet die Notwendigkeit, dass der Bestandnehmer gegen den Bestandgeber und dieser wiederum gegen den Dritten vorgeht, eine komplizierte Rechtsdurchsetzung, doch steht zunächst fest, dass der Bestandnehmer gegen Eingriffe Dritter nicht ungeschützt ist. Weigert sich freilich der Bestandgeber gegen den Dritten vorzugehen, so bedeuten die aus § 1096 ABGB resultierenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nur einen unzureichenden Schutz, da der Bestandnehmer damit den bedungenen Gebrauch nicht erhält. Zeigen sich in diesen Fällen schon die Unzulänglichkeiten des Schutzes des Bestandnehmers nur nach § 1096 ABGB und ohne direktes Klagerecht gegenüber einem unberechtigten Dritten, so treten diese mit aller Deutlichkeit hervor, wenn der Bestandgeber gar keine Möglichkeit hat, gegen den Dritten vorzugehen. Dies trifft beispielsweise in den Fällen der Doppelvermietung, welche entscheidend das Bedürfnis nach unmittelbarem Schutz offenbaren, zu.

Wurde das Bestandverhältnis aber infolge § 1112 ABGB aufgelöst und ist keiner der Vertragsparteien für die Zerstörung des Bestandobjektes verantwortlich, erscheint es fraglich, ob ein **Bestandnehmer** seine **Schadenersatzansprüche** auch **direkt gegen einen dritten Schädiger** geltend machen kann.

Diesbezüglich ist vor auszuschicken, dass in der Literatur insbesondere umstritten ist, ob einem Mieter ein petitorischer Schutz gegenüber einem Dritten zukommt und was die rechtliche Grundlage für einen solchen Schutz darstellt. Überwiegend wird in der Lehre¹⁹⁰ und Rechtsprechung¹⁹¹ eine Analogie zu § 372 ABGB als Grundlage des petitorischen Anspruchs des Mieters befürwortet. Ein wesentliches Argument für einen petitorischen Schutz des Mieters gegen Dritte wird daraus gezogen, dass der Mieter infolge der Mieterschutzbestimmungen sehr weitgehend geschützt wird¹⁹², bisweilen sogar von einem dinglichen¹⁹³, quasi dinglichen¹⁹⁴ oder relativ dinglichen¹⁹⁵ Recht des Mieters gesprochen wird. Ehrenzweig¹⁹⁶ geht davon aus, dass der Mieter als Rechtsbesitzer Besitzschutz genießt und folgert daraus, dass dem Mieter auch eine petitorische Klage gegen Dritte zustehen muss, da ja im Besitzstörungsverfahren Erörterungen über Titel und Redlichkeit ausgeschlossen sind. Klang vertritt die Auffassung, dass die petitorische Klage des Mieters einem praktischen Bedürfnis entsprungen sei und die Anlehnung an die §§ 372 - 374 ABGB diesem Bedürfnis entspräche. Der OGH¹⁹⁷ sieht in den §§ 372 - 374 nicht die Grundklage des petitorischen Anspruchs des Mieters, sondern bloß eine Regelung, die sinngemäß auf das Verhältnis zwischen dem Mieter und dem Störer angewendet wird. Der petitorische Schutz des Bestandnehmers beruhe demnach auf keiner systematischen Begründung, sondern auf rechtspolitischen Überlegungen. Da der Bestandnehmer ein dingliches Recht selbst durch die Übergabe nicht erhält, weil durch den Bestandvertrag kein dingliches Recht übertragen werden soll, zieht Koziol¹⁹⁸ die Notwendigkeit eines unmittelbaren

¹⁹⁰ Ehrenzweig, II/1, 447; Klang, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, JBl 1947, 433; Gschnitzer, Sachenrecht, 130; Jabornegg-Strasser, Nachbarrechtliche Ansprüche, 174 ff.

¹⁹¹ SZ 21/32 = JBl 1947, 443; SZ 22/207 = JBl 1950, 185; EvBl 1950/483; SZ 23/191; MietSlg 6901; 6920; 7789; 7791, ua.

¹⁹² Bydlinski, in Klang, IV/2, 575.

¹⁹³ Gschnitzer, Schuldrecht, II, 65.

¹⁹⁴ OGH vom 28.09.1972, 3 Ob 107/72 = JBl 1973, 317.

¹⁹⁵ Ehrenzweig, II/1, 447.

¹⁹⁶ Ehrenzweig, II/1, 447.

¹⁹⁷ SZ 23/188 = EvBl 1950/483.

¹⁹⁸ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 25.

petitorischen Schutzes des Mieters gegen Dritte in Zweifel. Apathy¹⁹⁹ sieht das Fehlen eines petitorischen Schutzes des Rechtsbesitzers als Lücke im Rechtssystem und geht von einer analogen Anwendung des § 372 aus.²⁰⁰

Gegen eine analoge Anwendung des § 372 ABGB auf den Bestandnehmer wird insbesondere eingewendet, dass der Bestandnehmer weder Ersitzungsbesitzer ist, noch Aussicht habe, jemals Eigentümer zu werden. Bedenkt man, dass die publizianische Klage nicht bloß dem Ersitzungsbesitzer, sondern schlechthin dem rechtmäßigen Erwerber einer Sache zugute kommt, so bleibt von diesem Einwand die Tatsache bestehen, dass der Bestandnehmer nicht Sachbesitzer, sondern nur Rechtsbesitzer ist. Laut Apathy hänge damit zusammen, dass er keinen gültigen Titel iSd § 372 ABGB habe und aus diesem Grund eine unmittelbare Anwendung des § 372 ABGB auf den Bestandnehmer auch nicht in Betracht komme. Für eine analoge Anwendung genüge es aber, wesentliche Ähnlichkeiten aufzuzeigen. Diese Ähnlichkeit bestehe zunächst darin, dass § 372 ABGB bestimmte qualifizierte Sachbesitzer petitorisch schützen will und es nahe liege, wenn in der Rechtsordnung neben dem Sachbesitz der Rechtsbesitz gestellt wurde, dass die Regelungen über den Sachbesitz auch auf den Rechtsbesitz anzuwenden seien, wenn es für den Rechtsbesitz keine speziellen Regelungen gäbe und auch kein Grund für eine Differenzierung zwischen Sachbesitz und Rechtsbesitz ersichtlich sei. Andernfalls würde man ja der besonderen Kategorie des Rechtsbesitzes die Bedeutung entziehen, wenn der Rechtsbesitzer ohnedies wieder wie ein bloßer Inhaber angesehen würde.²⁰¹

Der Gedanke der Rechtsfortwirkung, wonach das unberechtigt in Anspruch genommene oder das verletzte Rechtsgut im Verwendungsanspruch oder im Schadenersatzanspruch fortwirkt hat mit dem Nachweis einer analog § 372 ABGB geschützten „relativen dinglichen“ Berechtigung des Bestandnehmers als Rechtsbesitzer im

¹⁹⁹ Apathy, Die Publizianische Klage, 71 f.

²⁰⁰ Apathy, a.a.O., 75 f.

²⁰¹ Apathy, a.a.O., 75 f.

Schadenersatzrecht zur Folge, dass der **Bestandnehmer unmittelbar** die ihm erwachsenen **Schäden gegenüber dem Schädiger** durchsetzen kann, ohne den Umweg über die umständliche Drittschadensliquidation gehen zu müssen. Greift nämlich ein Dritter schuldhaft in die auch ihm gegenüber bestehenden, analog § 372 ABGB geschützten Rechte des Bestandnehmers ein, so hat er diesem für die verursachten Schäden nach allgemeinen Grundsätzen Ersatz zu leisten. Denn der Mieter ist nicht bloß mittelbar geschädigt, wenn der Schädiger das auch ihm gegenüber bestehende „relativ dingliche“ Recht des Rechtsbesitzers verletzt.²⁰²

Die Judikatur ist zur Frage, ob der Bestandnehmer Schäden direkt vom Schädiger verlangen kann, uneinheitlich. In älteren Entscheidungen, denen nachbarrechtliche Sachverhalte zugrunde liegen, lehnte der OGH eine Ersatzberechtigung des Mieters ab (SZ 14/203, SZ 41/84). Nur der Eigentümer könne solche Ansprüche geltend machen, der Mieter sei bloß mittelbar geschädigt. Die Ablehnung des Schadenersatzanspruchs des Mieters wird damit begründet, dass der Bestandnehmer nur obligatorisch und nicht dinglich berechtigt sei.

Anders wurde für den Fall der Beschädigung eines Fernmeldekabels durch einen Dritten entschieden, das die Post dem klagenden Unternehmer, der Funktelegrafendienste durchführte, zur Verfügung gestellt hat. Der OGH (OGH vom 28.01.1971, 1 Ob 279/70 = JBI 1971, 425) gelangte hier zur Auffassung, dass dem Kläger ein direkter Ersatzanspruch gegen den Schädiger zusteht und verwies in seiner Begründung auf den schadenersatzrechtlichen Schutz des Besitzers nach § 339 ABGB.²⁰³

Steht dem Bestandnehmer aufgrund der (schuldhaften) Zerstörung des Bestandobjektes ein Schadenersatzanspruch gegen einen Dritten zu, bleibt zu berücksichtigen, dass der Mieter, der sein Gebrauchsrecht einbüßt, grundsätzlich zugleich von seiner Verpflichtung zur Bezahlung des Mietzinses befreit wird. Soweit daher der Wert des Gebrauchsrechts der Mietzinszahlung

²⁰² *Apathy*, a.a.O., 80 ff.

²⁰³ *Apathy*, a.a.O., 104 f.

entspricht, erleidet der Mieter beim Verlust des Gebrauchsrechts – von Folgeschäden einmal abgesehen – keinen rechnerischen Schaden. Ein solcher Schaden tritt aber dann ein, wenn der Mieter zu besonders günstigen Konditionen gemietet hat und noch deutlicher in den Fällen unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung. In solchen Fällen ist die Ersatzleistung des Schädigers auf den Eigentümer und den Bestandnehmer im Verhältnis ihrer Anteile (§§ 888 f ABGB), also des Substanzwertes und des Gebrauchswertes, aufzuteilen. Es schmälert daher der Anteil des Rechtsbesitzers in Höhe des Wertes seines Gebrauchsrechts (abzüglich der ersparten Mietzinszahlungen) den Anteil des Eigentümers, dem danach nur noch der restliche Substanzwert zusteht.²⁰⁴

²⁰⁴ *Apathy*, a.a.O., 101.

IX. Die deutsche Rechtslage im Vergleich

1. Einführung

Die deutsche Rechtslage unterscheidet sich, was den Fall des Unterganges der Bestandsache und die daran knüpfenden Rechtsfolgen betrifft, in mehrerer Hinsicht von der österreichischen Rechtslage. Eine Norm wie § 1112 ABGB, die eigens den Anwendungsfall des Unterganges des Bestandobjektes regelt, ist dem deutschen BGB fremd.

Bei völliger Zerstörung der Mietsache nach Vertragsschluss gelten die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts über die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (die §§ 537 ff BGB enthalten Sonderregelungen nur für die Folgen von Sach- und Rechtsmängel).²⁰⁵ Die rechtlichen Folgen bei Untergang der Bestandsache hängen im deutschen Recht teilweise von Umständen ab, die für die Beurteilung nach österreichischem Recht nicht relevant sind. Dies gilt vor allem hinsichtlich des Schicksals des Bestandvertrages und auch hinsichtlich der Frage, ob den Vermieter eine Pflicht zur Wiederherstellung des Objektes trifft. Diesbezüglich kommt in der deutschen Rechtsordnung dem Umstand, welche der Parteien des Bestandverhältnisses die Zerstörung der Bestandsache zu vertreten hat, besondere Bedeutung zu. Schließlich knüpfen an den Fall, dass beide oder keine der Parteien die Zerstörung des Bestandobjektes zu vertreten haben, wiederum spezifisch andere Rechtsfolgen, als dies im österreichischen Recht der Fall ist, an.

Bei der Prüfung einer allenfalls bestehenden Wiederherstellungs- oder Wiederaufbaupflicht des Vermieters und hinsichtlich des Schicksals des Bestandvertrages ist es (ähnlich der österreichischen Rechtslage) vor allem von Relevanz, ob bei der Zerstörung von Teilen der Bestandsache der übrige

²⁰⁵ *Kraemer*, in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete³, 983, Rz 1192; *Ernst*, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch⁴, Bd. IIa, Rz 83 zu § 280.

Teil trennbar und für den Mieter noch wirtschaftlich sinnvoll nutzbar ist, oder die Zerstörung einen untrennbaren Teil der Bestandsache betrifft.

Die nachfolgende Darstellung der deutschen Rechtslage basiert auf der dem BGB innewohnenden Systematik, primär also auf dem Umstand, wer die Zerstörung der Bestandsache zu vertreten hat.

2. Die deutsche Rechtslage in Theorie und Praxis

2.1 Zerstörung ist von keiner Partei zu vertreten

Sofern der **Untergang von keiner Partei zu vertreten** ist, kommt es nach einhelliger Meinung in Lehre und Schrifttum, im Einklang mit der Rsp.,²⁰⁶ zu einer ipso iure **Auflösung des Bestandverhältnisses**. Eine ausdrückliche gesetzliche Normierung dieser Rechtsfolge findet sich im BGB nicht.

Geht die Mietsache **vollständig unter**, liegt ein Fall der (objektiven) **Unmöglichkeit der Leistung** vor.²⁰⁷ Typische Anwendungsfälle sind etwa der Einsturz eines Gebäudes oder die Zerstörung des Objektes infolge einer (Natur-)Katastrophe (Unwetter, Überflutungen, Erdbeben, Erdbeben, Brand, Bombenanschläge, usw.). Als Folge des konditionellen Synallagmas wird der Schuldner (hier der Mieter) von seiner Leistungspflicht nach § 326 Abs 1 BGB befreit, braucht also keinen Mietzins mehr zu bezahlen, während der Vermieter nach § 275 Abs 1 BGB leistungsfrei wird.²⁰⁸

Bei vollständiger Zerstörung der Bestandsache besteht auch **keinerlei Pflicht des Vermieters zur Wiederherstellung** (dies gilt prinzipiell auch dann, wenn der Vermieter die Zerstörung des Bestandobjektes zu vertreten hat. Allerdings hat der Mieter dann Anspruch auf Schadenersatz.²⁰⁹). Der Vermieter muss auch nicht eine allenfalls zur Verfügung stehende Versicherungsleistung zum Wiederaufbau eines Gebäudes bzw. Bestandobjektes verwenden, noch hat der Mieter das Recht, die Herausgabe

²⁰⁶ Weidenkaff, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶², 754, Rz 6 zu § 542; Blank/Börstinghaus, *Miete (Kommentar)*², 187, Rz 5 zu § 536a; Kraemer, a.a.O., 983, Rz 1192; Ernst, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 2043, Rz 1 zu § 326; vgl. BGH WuM 1990,546; BGHZ 116, 334/36.

²⁰⁷ Heinrichs, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶², 341, Rz 1 f und 342, Rz 13 f zu § 275.

²⁰⁸ Heinrichs, a.a.O., 532, Rz 2 zu § 326.

²⁰⁹ Blank/Börstinghaus, a.a.O., 187, Rz 5 zu § 536a.

der Versicherungssumme nach § 281 BGB ganz oder zum Teil zu verlangen, weil es sich insoweit um ein Surrogat für die Substanz und nicht für die Nutzung des Gebäudes handelt (lediglich im Falle, dass dem Mieter ein Ankaufsrecht eingeräumt wurde, und er dieses vor Zerstörung des Objektes ausgeübt hat, hat er einen Anspruch auf die Versicherungsleistung).

Bei der **Zerstörung von Teilen** (z.B. Nebenräumen) des Mietobjektes tritt dann eine teilweise Leistungsfreiheit des Vermieters nach § 275 BGB ein, wenn der übrige Teil davon trennbar ist und vom Mieter noch wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann. Eine Wiederaufbaupflicht des Vermieters kann in diesem Fall nicht aus § 242 BGB abgeleitet werden, wonach der Schuldner (hier der Vermieter) verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dies selbst dann nicht, wenn der zerstörte Teil versichert ist, und der Mieter gemäß dem Mietvertrag die Versicherungsbeiträge zu bezahlen hat, weil darin lediglich ein Teil des Mietzinses zu erblicken ist. Die Teilzerstörung führt aber dazu, dass der Mieter den Mietzins nach § 536 BGB mindern oder aber den Mietvertrag gemäß § 542 BGB fristlos kündigen kann (unter der Voraussetzung, dass der Mieter die Schadensursache nicht selbst zu vertreten hat).

Schwierig ist die Abgrenzung der (vollständigen) Zerstörung der Bestandsache ohne Wiederherstellungspflicht des Vermieters von einer bloß erheblichen Beschädigung.

Bei erheblicher Beschädigung der Mietsache hängt die **Wiederherstellungspflicht** des Vermieters insgesamt davon ab, ob ihm die Kosten dafür unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach § 242 BGB **zumutbar** sind (sog. „Opfergrenze“, wobei in diesem Rahmen nach der Rechtsprechung des BGH [BGH WuM 1977, 5] auch eine bestehende Versicherungsleistung und/oder ein Verschulden des Vermieters an der Teilzerstörung zu berücksichtigen ist/sind). Die **Opfergrenze** ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Reparaturkosten den Zeitwert des Mietobjektes

erheblich übersteigen.²¹⁰ Allerdings lässt sich die Zumutbarkeitsgrenze nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermitteln. Es darf jedenfalls kein krasses Missverhältnis zwischen dem Reparaturaufwand und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem Wert des Mietobjekts und den aus ihm zu ziehenden Einnahmen entstehen. Auf einen Mangel an flüssigen Zahlungsmitteln kann sich der Vermieter aber idR nicht berufen. Für zumutbar wurden beispielsweise erachtet: 30.000 DM für eine Balkonerneuerung ohne Rücksicht auf die Höhe der Mieteingänge (LG Berlin WuM 1991, 178); 40.000 DM für eine, auch der Substanzerhaltung des Gebäudes dienende, Kellersanierung (OLG Osnabrück WuM 1992, 119).²¹¹

Von einer den Vermieter treffenden Wiederherstellungspflicht unberührt bleibt das Recht des Mieters, den **Mietzins** bis zur Wiederherstellung zu **mindern** (unter Umständen auf Null) oder das Mietverhältnis wegen unzumutbarer Verzögerung der Gebrauchsüberlassung nach § 542 BGB zu **kündigen**.

Stellt der Vermieter das Gebäude bzw. die Bestandsache ohne Verpflichtung hierzu freiwillig wieder her, lebt der alte Mietvertrag nicht wieder auf und es besteht in der Regel auch keine Verpflichtung, einen neuen Mietvertrag mit dem ursprünglichen Mieter abzuschließen.²¹²

²¹⁰ *Kraemer*, a.a.O., 983, Rz 1192.

²¹¹ *Kraemer*, a.a.O., 1038, Rz 1286.

²¹² *Kraemer*, a.a.O., 983, Rz 1192.

2.2 Zerstörung ist von beiden Parteien zu vertreten

Haben beide Parteien des Bestandverhältnisses die Zerstörung der Mietsache zu vertreten, ist ein **Ausgleich der beiderseitigen Schäden und Nachteile** nach den Grundsätzen des § 254 BGB zu suchen (BGH WuM 1981, 259). Dies bedeutet, dass der Mieter einen seinem Verursachungsanteil entsprechenden Teil des Substanzschadens zu tragen hat, während der Vermieter nach § 283 BGB schadenersatzpflichtig wird.²¹³

§ 254 BGB beschreibt die Ersatzpflicht des Schädigers, wenn bei der Entstehung (Abs 1 leg cit) oder der Entwicklung des Schadens (Abs 2 leg cit) ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat (= Mitverschulden). Dies beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der die Sorgfalt außer acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor einem Schaden zu bewahren, den Verlust oder die Kürzung seines Schadenersatzanspruches hinnehmen muss. Diese Norm ist damit zugleich eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Wer für den von ihm erlittenen Schaden trotz eigener Mitverantwortung vollen Schadenersatz fordert, verstößt gegen das Verbot *venire contra factum proprium*. Der Geschädigte ist daher für jeden Schaden mitverantwortlich, bei dessen Entstehung er in zurechenbarer Weise mitgewirkt hat. Den Geschädigten trifft dabei immer dann ein Mitverschulden, wenn er die Sorgfalt außer Acht lässt, die jedem ordentlichen und verständigen Menschen obliegt, um sich vor Schaden zu bewahren. Ein schuldhaftes Verhalten, das eine Haftung gegenüber einem anderen begründen kann, ist dabei jedoch nicht erforderlich. Der Geschädigte muss die ihm in eigenen Angelegenheiten obliegende Sorgfalt aber vorsätzlich oder fahrlässig verletzt haben. Voraussetzung ist daher grundsätzlich Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Schädigung.²¹⁴

Gemäß § 254 Abs 2 S 1 BGB kann das Mitverschulden auch darin bestehen, dass der Geschädigte es unterlässt, den Schädiger auf die Gefahr

²¹³ *Kraemer*, a.a.O., 985, Rz 1195.

²¹⁴ *Heinrichs*, a.a.O., 306, Rz 1 ff zu § 254.

eines ungewöhnlichen hohen Schadens oder auf die Möglichkeit der Schadensabwendung (-minderung) aufmerksam zu machen. Die Anwendung von Abs 2 S 1 leg cit setzt – ebenso wie die von Abs 1 leg cit – keinen Verstoß gegen eine besondere Rechtspflicht voraus. Ein Mitverschulden iSd Abs 2 leg cit ist daher dann gegeben, wenn der Geschädigte die Maßnahmen unterlässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Schadenabwendung oder -minderung ergreifen würde. Dabei ist der entscheidende Abgrenzungsmaßstab der Grundsatz von Treu und Glauben. Aufwendungen, die dem Geschädigten zur Erfüllung seiner Obliegenheit iSd Abs 2 leg cit entstehen, sind vom Schädiger als adäquat verursachter Schaden zu ersetzen und zwar auch dann, wenn die Maßnahmen ohne Verschulden des Geschädigten erfolglos geblieben sind.²¹⁵

Trifft den **Mieter** ein **Mitverschulden an der Zerstörung** kommt es (ebenso wie bei einer vom Mieter allein zu vertretenden Zerstörung des Bestandobjektes; vgl. Kap. IX.2.3) **nicht zu einer ipso iure Auflösung** des Bestandverhältnisses. Im Gegensatz zu dem Fall, in dem die Zerstörung von keiner Vertragspartei verschuldet wurde und sohin das konditionelle Synallagma nicht mehr existent ist, lebt hier das Schuldverhältnis noch in gewisser Weise fort, nämlich in der Verpflichtung des Mieters zur Zahlung eines entsprechenden (wenn auch geminderten) Mietzinses.

²¹⁵ *Heinrichs*, a.a.O., 310, Rz 32 zu § 254.

2.3 Die Zerstörung ist vom Mieter zu vertreten

Hat der Mieter die Zerstörung des Mietgegenstandes zu vertreten, kommt es nicht zu einer ipso iure Auflösung des Bestandverhältnisses. Aus § 326 Abs 2 BGB ergibt sich vielmehr, dass der Mieter weiterhin den Mietzins für die vereinbarte Vertragszeit zu leisten hat, während der Vermieter gem. § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei wird.

Dem Mieter steht bei einer von ihm zu vertretenden Zerstörung der Mietsache nicht das Recht zu, den Bestandvertrag nach § 542 BGB zu kündigen, noch kann er eine Wiederherstellung des Objektes vom Vermieter verlangen.²¹⁶

Bei befristeten Verträgen ist der Zeitraum, für den der Mieter den vereinbarten Mietzins zu zahlen hat, fixiert. Probleme ergeben sich hingegen bei unbefristeten Bestandverhältnissen. Da der Mieter bei einer von ihm verschuldeten Zerstörung nicht zu einer Kündigung berechtigt ist, besteht das Mietverhältnis als solches prinzipiell unbeschränkt fort. Der Mieter wird im Falle des Vorliegens eines unbefristeten Mietverhältnisses aber nur für jenen Zeitraum zur Zahlung des vereinbarten Mietzinses verpflichtet sein, für den er ohne Kündigungsmöglichkeit an den Mietvertrag gebunden wäre. Andernfalls wäre er verpflichtet, den Mietzins ohne jegliche Gegenleistung „in alle Ewigkeit“ zu entrichten.

Der Vermieter muss sich jedoch gem. § 326 Abs 2 BGB jene Vorteile anrechnen lassen, die infolge Befreiung von seiner Leistungspflicht gem. § 275 eintreten.²¹⁷ Hinsichtlich dieser Vorteile kommen vor allem jene Kosten in Betracht, die der Vermieter im Rahmen des Bestandverhältnisses auf den Mieter überwälzen kann, wie z.B. Betriebskosten oder laufende öffentliche Abgaben.

²¹⁶ *Kraemer*, a.a.O., 985, Rz 1194.

²¹⁷ *Blank/Börstinghaus*, a.a.O., 187, Rz 5 zu § 536a.

Der Normzweck des § 275 BGB liegt primär in der Begrenzung der Befugnis des Mieters, die Erfüllung in natura zu verlangen. § 275 BGB sagt hingegen nichts über den Bestand bzw. die Beendigung des Mietverhältnisses als solches aus. Da der Mieter im Falle einer von ihm zu vertretenden Zerstörung nicht zu einer Kündigung gem. § 542 BGB berechtigt ist, sondern vielmehr Zahlung des vereinbarten Mietzinses schuldet, geht das Bestandverhältnis nicht ipso iure unter, sondern bestehen vertragliche Pflichten aus dem Bestandverhältnis zwischen Vermieter und Mieter weiterhin fort.

2.4 Die Zerstörung ist vom Vermieter zu vertreten

Ist hingegen die (völlige) Zerstörung des Bestandobjektes vom Vermieter zu vertreten, kann der Mieter gem. § 275 Abs 4 BGB unter gleichzeitigem Wegfall seiner Leistungspflichten Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen.²¹⁸ Selbst wenn nur ein (nicht unbedeutender) Teil einer einheitlichen Mietsache oder etwa eines von mehreren mitvermieteten Bestandobjekten (z.B. Magazine, Neben- oder Lagerräume) vollständig und irreparabel zerstört wurden und die Teilerfüllung für den Mieter ohne Interesse ist, steht dem Mieter ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages zu.

Daneben ist der Mieter gem. § 542 iVm § 543 Abs 2 Z 1 BGB berechtigt, das Mietverhältnis zu kündigen, wobei die Kündigung bei der Zerstörung einer von mehreren mitvermieteten Sachen auch auf die noch Übrigen erstreckt werden kann, wenn die Teilüberlassung für den Mieter nachteilig wäre.²¹⁹

Dieses dem Mieter eingeräumte Kündigungsrecht kann jedoch nur bedeuten, dass es nach deutschem Recht eben nicht zu einer ipso iure

²¹⁸ Blank/Börstinghaus, a.a.O., 187, Rz 5 zu § 536a.

²¹⁹ Kraemer, a.a.O., 984, Rz 1193.

Auflösung des Bestandverhältnisses kommt, den andernfalls wäre eine Kündigung rechtlich gar nicht mehr möglich.

Bei vollständiger Zerstörung des Bestandobjektes oder bei einer vom Vermieter zu vertretenden endgültigen Gebrauchsüberlassungsverhinderung steht dem Mieter der **Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung** für die gesamte noch ausstehende Vertragszeit zu. Dies unabhängig davon, ob der Mieter berechtigterweise nach § 542 BGB kündigt oder gemäß § 326 Abs 5 BGB vom Vertrag zurücktritt, da der Schadenersatzanspruch und das Kündigungsrecht nach § 542 BGB bzw. der Rücktritt nach § 326 BGB nicht alternativ, sondern nebeneinander bestehen. Der Mieter ist daher auch nicht im Sinne einer Schadensminderungspflicht gezwungen, sein Kündigungsrecht auszuüben.

Eine Einschränkung erfährt der Schadenersatzanspruch des Mieters wegen Nichterfüllung dahingehend, dass dieser nur für die Zeit verlangt werden kann, für die der Vermieter ohne Kündigungsmöglichkeit an den Mietvertrag gebunden wäre, was vor allem bei unbefristeten Mietverhältnissen beachtlich ist.

Der Schadenersatzanspruch erfasst insbesondere auch Mehrkosten für die Anmietung von Ersatzräumen, Zeitungsanzeigen, Maklerprovision, Umzugskosten u.ä. Der Mieter muss sich jedoch die aus einer noch möglichen anderweitigen Verwertung der Räume erzielbaren Einkünfte (z.B. als Lagerräume) anrechnen lassen. Macht er hingegen von seinem Kündigungsrecht Gebrauch, so ist er gemäß § 254 Abs 2 BGB nach Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist verpflichtet, sich um eine möglichst rasche Anmietung von Ersatzräumen zu bemühen (Schadensminderungspflicht).²²⁰

²²⁰ Kraemer, a.a.O., 998, Rz 1212 f.

2.5 Ausschluss und Grenzen der Leistungspflicht nach § 275 BGB

a.) Allgemeines

Die Grenzen sowie die Fälle des Ausschlusses der Leistungspflicht des Schuldners (Vermieters) werden in der Bestimmung des § 275 BGB geregelt. Der Normzweck des § 275 BGB liegt primär darin, die Befugnis des Gläubigers (Mieters) auf Erfüllung des Vertrages in natura zu begrenzen. Die Norm besagt hingegen nichts über Bestand oder Beendigung des Schuldverhältnisses als solches.²²¹

Für die Anwendung des § 275 BGB kommt es nicht darauf an, ob das Leistungshindernis vom Schuldner (Vermieter) zu vertreten ist. Auch wenn der Schuldner (Vermieter) das Leistungshindernis selbst herbeigeführt hat, kommt ihm die Vorschrift des § 275 BGB zugute. Bei der Anwendung des Abs 2 leg cit selbst und für die weiteren Folgen ist es aber entscheidend, ob die Umstände, die zum Ausschluss der Leistungspflicht geführt haben, vom Schuldner (Vermieter) zu vertreten sind oder nicht.²²²

Abs 1 leg cit regelt den Fall, dass die Naturalerfüllung niemandem oder zumindest dem Schuldner (Vermieter) nicht möglich ist. Eine vollständige Zerstörung des Bestandobjekts fällt in den Anwendungsbereich des Abs 1 leg cit.

Während für § 275 Abs 2 BGB aF²²³ umstritten war, ob bereits der Verlust der faktischen Disposition des Schuldners über den Leistungsgegenstand sein Unvermögen (und damit die einhergehende Befreiung von der Primärleistung) begründet oder erst die fehlende Wiederbeschaffungsmöglichkeit des Leistungsgegenstandes, genügt es für

²²¹ *Ernst*, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch⁴, Bd. IIa, 695, Rz 1 zu § 275.

²²² *Ernst*, a.a.O., 697, Rz 6 ff zu § 275.

²²³ Geändert durch das SMG 2002.

die Annahme eines Unvermögens iSd Abs 1 leg cit nF nicht, dass der Schuldner zurzeit nicht allein über den Leistungsgegenstand disponieren kann. Es muss vielmehr feststehen, dass er die Disposition über den Leistungsgegenstand auch in Zukunft nicht erlangen kann. Das Leistungshindernis muss für den Schuldner mit anderen Worten unüberwindbar sein. Abs 1 leg cit ist erst dann anzuwenden, wenn feststeht, dass der Schuldner sich keinesfalls in den Zustand der Leistungsfähigkeit versetzen wird können. Dies ist auch deshalb wichtig, da die Befreiung von der Primärleistungspflicht – anders als in den Fällen des Abs 2 - unabhängig davon eintritt, ob die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht. Andernfalls könnte sich der Schuldner sehr leicht von seiner Primärleistungspflicht befreien, indem er z.B. das Leistungsobjekt an einen Dritten veräußert. Solange daher noch die Möglichkeit des Rückerwerbs besteht, kommt Abs 1 leg cit nicht zur Anwendung. Unmöglichkeit mit der Folge der Primärleistungsbefreiung wird erst angenommen, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht mehr auf die Sache einwirken kann.²²⁴

Abs 2 des § 275 BGB erfasst den Fall, in dem die Leistung (z.B. die Wiederherstellung) nur mit einem **Aufwand** erbracht werden kann, der zum **Leistungsinteresse des Gläubigers** (Mieters) in einem groben **Missverhältnis** steht.

Abs 3 leg cit enthält eine dem Abs 2 leg cit weitgehend entsprechende Regelung, speziell für die vom Schuldner **persönlich zu erbringenden Leistungen**. Demnach kann der Schuldner (Vermieter) die persönlich zu erbringende Leistung verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers (Mieters) nicht zugemutet werden kann.

²²⁴ *Ernst*, a.a.O., 707, Rz 52 f zu § 275.

Abs 4 leg cit stellt schließlich klar, dass der Ausschluss der Naturalleistungspflicht nichts darüber sagt, ob die Leistungspflicht nicht noch durch Zahlung von Schadenersatz (anstatt der Naturalleistung) realisiert werden kann. Was den gegenseitigen Vertrag betrifft, normiert Abs 4 leg cit zudem, dass es infolge der Befreiung von der Primärleistungspflicht zur Vertragsaufhebung nach § 326 BGB kommen kann.

b.) § 275 BGB als Gefahrtragungsnorm - Schwellenproblematik

Der Gläubiger (Mieter) hat (was die Primärleistungspflicht betrifft) den Schaden bzw. die Leistungsgefahr hinsichtlich jener Tatbestände zu tragen, die unter § 275 BGB fallen. Hierzu zählen insbesondere der Untergang der Bestandsache oder Schäden, die einen unverhältnismäßigen Behebungsaufwand verursachen. Er verliert in diesen Fällen seinen Anspruch auf Leistungspflicht.

Von allen übrigen Schadensereignissen, bei denen die Aufwandssteigerung unter den Schwellen des § 275 BGB bleibt, trägt der Schuldner (Vermieter) den Schaden bzw. die Leistungsgefahr. Mit anderen Worten trägt der Schuldner (Vermieter) daher auch die Gefahr für durch Zufall entstehende Leistungserschwerungen, solange diese nicht die Schwelle für die Befreiung nach Abs 1 leg cit oder für das Einrederecht nach Abs 2 leg cit (Unverhältnismäßigkeit der Leistung) erreichen. Anders verhält es sich erst, wenn der Aufwand für die Behebung des Zufallschadens iSd § 275 Abs 2 BGB grob unverhältnismäßig ist. Die Leistungsgefahr ist demnach zwischen Schuldner und Gläubiger geteilt.

Die Neufassung des § 275 BGB und die damit einhergehende Teilung der Leistungsgefahr brachte aber auch ein eigentümliches Schwellenproblem mit sich. Steigen nämlich die zur Leistungserbringung erforderlichen Kosten an, so ist dies zunächst der Schaden des Schuldners (Vermieters). Überschreitet die Aufwandssteigerung dagegen das in Abs 2 leg cit bestimmte Maß grober Unverhältnismäßigkeit, wird der Schuldner nicht nur

von der Leistungspflicht in ihrem ursprünglichen Umfang frei, vielmehr spart er sich auch die Mehraufwendungen, zu denen er unterhalb der Schwelle grober Unverhältnismäßigkeit (noch) verpflichtet wäre.

Vorteilhaft kann die Erreichung dieser Schwelle sogar für den Schuldner (Vermieter) sein, der das Leistungshindernis zu vertreten hat und daher im Fall der Primärschuldbefreiung nach § 283 BGB schadenersatzpflichtig wird. Denn der bei Überschreitung der Schwelle geschuldete Schadenersatz statt der Leistung kann im Betrag geringer sein als der Aufwand, welchen der Schuldner erbringen muss, um ein Hindernis zu überwinden, das die Schwelle gerade noch nicht erreicht. Dies zumal während des Fortbestandes der Leistungspflicht auch noch eine Verpflichtung des Schuldners zum Ersatz von Verzugsschäden entstehen kann.

Der Regelung des § 275 BGB ist daher ein gewisses Spannungsverhältnis immanent. Einerseits geht die Vorschrift von dem Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio* aus, der einer Primärleistungspflicht sowohl bei nicht zu vertretenden als auch bei zu vertretenden Hindernissen entgegenstehen soll. Die Schwelle für die Primärschuldbefreiung ist vom Gesetz vergleichsweise hoch angesetzt. Dies bedeutet aber umgekehrt, dass die dem Schuldner (Vermieter) ohne Ausgleich zugemutete Aufwandssteigerung eine durchaus erhebliche sein kann. Andererseits erscheint es durchaus sachgerecht, wenn die durch Zufall eingetretene Leistungsbehinderung eher zu Lasten des Gläubigers als zu Lasten des Schuldners geht, weil letzterer zu aufwändigeren Anstrengungen angehalten wird, als er sie bei Eingehung des (Dauer-) Schuldverhältnisses übernommen hat. Diese Überlegung muss dazu führen, die für die Befreiung des Schuldners (Vermieters), der das Hindernis nicht zu vertreten hat, maßgebliche Schwelle eher niedrig anzusetzen, als in den Fällen, in denen er das Leistungshindernis zu vertreten hat.²²⁵

²²⁵ *Ernst*, a.a.O., 700, Rz 25 ff zu § 275.

c.) Der Ausschluss der Leistungspflicht nach Abs 2

Ebenso wie im österreichischen Recht bereitet im deutschen Recht die Abgrenzung zwischen noch reparierbarer Beschädigung, mit der Pflicht des Vermieters zur Instandsetzung, und nicht mehr reparierbarer Zerstörung, mit dem Entfall der Instand- bzw. Wiederherstellungspflicht, Schwierigkeiten. Bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (SMG) wurde, wenn bei einer Beschädigung der Mietsache die Instandsetzungspflicht einer Neuherstellung fast gleich kommt, die Pflicht des Vermieters zur Instand- bzw. Wiederherstellung nach Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB beurteilt. Mit dem Inkrafttreten des SMG und der damit verbundenen Neufassung des § 275 Abs 2 BGB ist nunmehr, was die Grenzziehung zwischen reparabler Beschädigung und irreparabler Zerstörung betrifft, eine flexiblere, stärker wirtschaftlich ausgerichtete, an das Missverhältnis des Wiederherstellungsaufwandes zum Leistungsinteresse des Mieters anknüpfende Beurteilung möglich und auch geboten.²²⁶

Die Anwendbarkeit des Abs 2 leg cit setzt voraus, dass es sich um eine im Grundsatz **überwindbare Leistungsschwierigkeit** handelt, die Leistung aber einen Aufwand erfordert, der in einem groben **Missverhältnis** zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei Beurteilung dieses groben Missverhältnisses müssen insbesondere nachstehende Punkte beachtet werden:

- der Inhalt des Schuldverhältnisses (Abs 2 S 1)
- die Gebote von Treu und Glauben (Abs 2 S 1)
- der Umstand, ob der Schuldner (Vermieter) das Leistungsinteresse zu vertreten hat oder nicht (Abs 2 S 2)

Obwohl die gleichzeitige Berücksichtigung dieser Umstände wohl nur in einer Abwägung möglich ist, ist doch insbesondere darauf zu achten, dass das Ergebnis der Abwägung ein Urteil über das Verhältnis des Leistungsaufwands und des Leistungsinteresses des Gläubigers (Mieters) ist

²²⁶ Schilling, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch⁴, Bd. III, 1396, Rz 110 zu § 535.

(sog. Kosten-Nutzen-Kalkül). Gesichtspunkte, die weder den Leistungsaufwand noch das Leistungsinteresse betreffen, spielen für Abs 2 S 1 leg cit demnach keine Rolle. So ist auch das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), welches vor der Neufassung des § 275 BGB als einziges Abgrenzungskriterium zwischen reparabler Beschädigung und irreparabler Zerstörung diente, nicht in jeder Hinsicht in die Abwägung einzubeziehen, sondern nur insoweit, als es für den geschuldeten Leistungsaufwand, für das Gläubigerinteresse an der naturalen Erfüllung oder für das im konkreten Fall noch hinzunehmende Verhältnis von Aufwand und Interesse, aufschlussreich ist.

Etwas anders verhält es sich mit dem Umstand, ob das Leistungshindernis vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht. Dieser Umstand ist der nach Abs 2 S 1 leg cit zu stellenden Verhältnismäßigkeitsfrage, dem Kosten-Nutzen-Kalkül, an sich fremd. Die Tatsache, ob das Leistungshindernis vom Schuldner (Vermieter) zu vertreten ist oder nicht, ist aber gleichzeitig der einzige „externe“ Umstand, der Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in die Abwägung von Aufwand und Leistungsinteresse einzubeziehen ist. Andere, nicht auf den Leistungsaufwand oder das Interesse des Gläubigers (Mieters) an dem Erhalt der Leistung in Natur bezogene Umstände, finden keine Berücksichtigung. Mit anderen Worten legitimiert Abs 2 leg cit nicht eine umfassende Abwägung aller für oder gegen die Naturalleistungspflicht sprechenden Umstände, sondern nur die Abwägung der auf das Aufwand/Nutzen-Kalkül bezüglichen Umstände und zusätzlich des Umstandes, ob der Schuldner (Vermieter) das Leistungshindernis zu vertreten hat.²²⁷

Die **Grobe Unverhältnismäßigkeit** iSd Abs 2 S 1 leg cit muss ein „unmöglichkeitsähnliches Ausmaß“ erreicht haben. Die Unverhältnismäßigkeit soll so eklatant sein, dass von einer **faktischen oder praktischen Unmöglichkeit** gesprochen werden kann. Das grobe Missverhältnis iSd Abs 2 leg cit kann jedoch nicht damit begründet werden, dass der Schuldner nicht über hinreichende Mittel verfügt oder durch deren Einsatz mittellos würde, noch kann man umgekehrt das grobe Missverhältnis schon mit der

²²⁷ Ernst, a.a.O., 711, Rz 69 ff zu § 275.

Begründung verneinen, der Schuldner (Vermieter) müsse über hinreichende Mittel verfügen.

Hinsichtlich des Leistungsinteresses des Gläubigers (Mieters) geht es um das Interesse am Erhalt der Leistung in Natura. Zu bewerten ist der Nutzen der Leistung aus der Sicht des konkreten Gläubigers. Dabei ist auf dessen individuelle Situation abzustellen.²²⁸

Anderes gilt für den Fall, dass der Schuldner das eingetretene Hindernis nicht zu vertreten hat (Abs 2 S 2). Soweit zugunsten des Schuldners, der das Hindernis nicht zu vertreten hat, Leistungsbefreiung nach Abs 2 leg cit gegeben ist, ergibt sich ein vollständiges Freiwerden von der Leistungspflicht, da mangels Zuvertretenhaben auch keine Geldersatzpflicht besteht. Die Wirkung des Abs 2 S 2 leg cit ist also ein Abgehen vom Maximalmaßstab des Abs 2 S 1 leg cit „nach unten“ zugunsten desjenigen Schuldners, den hinsichtlich der Diskrepanz von Aufwand und Ertrag kein Verschulden trifft. Dem Schuldner steht das Einrederecht prinzipiell dann zu, wenn ein das Gläubigerinteresse nennenswert übersteigender Mehraufwand erforderlich wäre.²²⁹

d.) Die Opfergrenze

Der **Entfall der Instandsetzungspflicht des Vermieters** tritt dann ein, wenn dem Vermieter die Mangelbeseitigung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht zugemutet werden kann, was bei Erreichen der sog. Opfergrenze der Fall ist. Diese Opfergrenze ist nach den oben dargestellten Grundsätzen überschritten, wenn die Mangelbeseitigung einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Vertragszwecks und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Erfüllungsinteresse des Mieters steht. Bei der geboten Interessenabwägung kommt es vor allem auf

²²⁸ Ernst, a.a.O., 714, Rz 78 ff zu § 275.

²²⁹ Ernst, a.a.O., 718, Rz 101 ff zu § 275.

die Höhe der Miete, die Kosten der Mangelbeseitigung, den Nutzen der Mangelbeseitigung für den Mieter und die Ursache des Mangels an. Ebenso ist zu berücksichtigen, ob der Vermieter den Mangel zu vertreten hat.

Für die Beurteilung der Frage, wann ein Renovierungs- oder Instandsetzungsaufwand jenseits aller Abwägungskriterien aus finanziellen Gründen unzumutbar ist, gibt es allerdings keine feste Obergrenze. Als Richtlinie und Orientierungspunkt gilt, dass der Vermieter jedenfalls dann nicht mehr zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist, wenn der hierzu erforderliche Aufwand nicht innerhalb eines Zeitraumes von ca. zehn Jahren durch eine erzielbare Rendite aus dem Mietobjekt ausgeglichen werden kann.²³⁰

Ob ein grobes Missverhältnisses iSd § 275 Abs 2 BGB vorliegt, bedarf stets einer Abwägung und Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles. Aus dem konkreten Inhalt des Vertrages kann sich nämlich sowohl eine Verschärfung als auch eine Milderung des anzulegenden Maßstabes ergeben.

Der BGH erachtete die Anwendung des § 275 Abs 2 BGB einhergehend mit dem Ausschluss der Leistungspflicht aufgrund eines groben Missverhältnisses zwischen Kosten der Mangelbeseitigung und Erfüllungsinteresse des Mieters als gegeben bei:

- der Beschädigung eines Muldenkippers, für den ein monatlicher Zins von DM 10.380 vereinbart war und dessen Reparaturkosten sich auf ungefähr DM 147.000 belaufen hätten (BGH NJW-RR 91, 204);
- einem teilzerstörten, 200 Jahre alten Haus, dessen umfangreiche Reparaturmaßnahmen einer Neuherstellung gleichgekommen wären (Karlsruh NJW-RR 95, 849).

Dagegen sind die Kosten nach der Rechtsprechung des BGH nicht unverhältnismäßig und liegt sohin auch kein grobes Missverhältnis vor, wenn

²³⁰ Blank/Börstinghaus, a.a.O., 63, Rz 241 f zu § 535.

ein Aufwand von DM 150.000 erforderlich ist, um eine Wertminderung von 80.000 DM zu beseitigen (BGH NJW 96, 3269).²³¹

e.) Beweislast

Im Falle der Unmöglichkeit iSd § 275 Abs 1 BGB trifft den Vermieter die Beweislast, dass die Leistung für ihn oder für jedermann schlechthin unmöglich ist.

Im Falle des Abs 2 *leg cit* trägt der Vermieter die Beweislast für die abwägungsrelevanten Umstände. Er muss also zunächst den Betrag der Aufwendungen beweisen, der zur Erbringung bzw. Wiederherstellung der Bestandsache erforderlich wäre. Ferner obliegt ihm gegebenenfalls der Beweis dafür, dass er die Entstehung des Mangels (Leistungshindernisses) nicht zu vertreten hat und der Maßstab des groben Missverhältnisses daher gemildert ist.

Grundsätzlich muss der Vermieter auch den Umfang des Leistungsinteresses des Mieters darlegen und beweisen. Da es allerdings insoweit um Umstände in der Sphäre des Gläubigers geht, trifft den Vermieter nur die Beweislast für den Marktwert der geschuldeten Leistung oder Reparatur. Soweit der Mieter geltend macht, dass sein Leistungsinteresse den Marktwert übersteigt, ist er für die Umstände, welche sein erhöhtes Interesse begründen, beweispflichtig.²³²

²³¹ *Heinrichs*, a.a.O., 344, Rz 28 zu § 275.

²³² *Ernst*, a.a.O., 730, Rz 162 zu § 275.

3. Unterschiede und Gemeinsamkeiten beider Rechtsordnungen

Wesentliche **Unterschiede** zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtsordnung zeigen sich vor allem bei den Voraussetzungen einer ipso iure Auflösung des Bestandvertrages sowie bei der unterschiedlichen Ausgestaltung einer allfälligen Wiederherstellungspflicht des Vermieters. **Gemeinsam** ist beiden Rechtsordnungen, dass bei Beurteilung der Zumutbarkeit einer Wiederherstellungspflicht letztlich auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abgestellt wird.

Der Begriff des rechtlichen Unterganges ist in der deutschen Rechtsordnung nicht gebräuchlich. Nach deutscher Terminologie liegt hier ein Fall der objektiven Unmöglichkeit vor, wobei weiter zwischen der rechtlichen Unmöglichkeit und Rechtsmängeln differenziert wird. Unterschiede bestehen auch bei behördlichen und öffentlich-rechtlichen Gebrauchsverhinderungen des Bestandobjektes. Während solche nach österreichischem Recht in den Bereich des rechtlichen Untergangs fallen, liegt nach deutscher Terminologie prinzipiell ein Sachmangel vor.

3.1 Auflösung des Vertragsverhältnisses

Ein bedeutender Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen besteht darin, dass es, im Gegensatz zur deutschen Rechtslage, nach österreichischem Recht auf ein **Verschulden an der Zerstörung** hinsichtlich der **ipso iure Beendigung** des Bestandverhältnisses **nicht ankommt**. Während nach österreichischem Recht (Fälle des § 7 MRG und vertraglicher Vereinbarung ausgenommen) eine vollständige Zerstörung des Bestandobjektes stets und unabhängig davon, wer die Zerstörung zu verantworten hat, zur ipso iure Auflösung des Bestandvertrages nach § 1112 ABGB führt, kommt es im deutschen Recht nur dann zu einer Auflösung des Bestandvertrages, ohne dass es einer Kündigung einer

Vertragspartei bedarf, wenn die Zerstörung von keiner Partei zu vertreten ist. Hinsichtlich des Schicksals des Bestandverhältnisses gleicht der österreichischen Rechtslage also nur jene Fallkonstellation im deutschen Recht, in der die Zerstörung von keiner Partei zu vertreten ist. In allen anderen Fällen kommt es nach deutscher Rechtslage nicht zu einer ipso iure Vertragsauflösung. Ist die Zerstörung vom Mieter oder von beiden Parteien zu vertreten, steht dem Mieter auch kein Kündigungsrecht zu. Lediglich dann, wenn der Vermieter die Zerstörung zu vertreten hat, kann der Mieter das Bestandverhältnis nach deutschem Recht aufkündigen oder vom Vertrag zurücktreten.

3.2 Wiederherstellungspflicht

Unterschiede bestehen auch bei Beurteilung der Frage, ob der Vermieter zu einer Wiederherstellung oder Instandsetzung des Objektes verpflichtet ist. Während § 7 MRG die Anwendung des § 1112 ABGB insofern einschränkt, als der Vermieter bei Vorliegen einer ausreichenden Versicherungsleistung verpflichtet ist, diese zur baurechtlich zulässigen und bautechnisch möglichen Wiederherstellung des Mietgegenstandes zu verwenden, fehlt eine vergleichbare Norm im deutschen Recht.

Nach der deutschen Rechtslage besteht auch dann keine Wiederherstellungspflicht des Vermieters, wenn er die Zerstörung zu verantworten hat, wobei er nach der Rechtsprechung des BGH (WuM 1977, 5; 1992, 133) in solchen Fällen auch eine etwaige Versicherungsleistung nicht zum Wiederaufbau des Gebäudes verwenden muss. Ebenso kann der Mieter nicht die Herausgabe der Versicherungsleistung verlangen, weil es sich insoweit um ein Surrogat für die Substanz und nicht für die Nutzung des Gebäudes handelt.²³³

²³³ *Kraemer*, a.a.O., 984, Rz 1192.

Bei bloß teilweiser Zerstörung oder Beschädigung der Bestandsache ergibt sich die Grenze der Erhaltungs- bzw. Instandsetzungspflicht im österreichischen Recht nach § 1096 ABGB bzw. § 3 MRG. Die Grenze dieser Pflicht hat der Oberste Gerichtshof dort gezogen, wo Arbeiten für sich allein oder im Zusammenhalt mit weiteren zur Vermeidung des Verfalls des Hauses noch erforderlichen Reparaturen zu einer Mietzinserhöhung führen würden, welche die Mietgegenstände unter Berücksichtigung der Lage und Beschaffenheit des Gebäudes sowie des Angebots und der Nachfrage auf dem Markt unvermietbar machen.²³⁴

Im deutschen Recht bestimmt sich die Leistungspflicht des Vermieters nach § 275 BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH trifft den Vermieter dann eine Instandsetzungspflicht, wenn ihm die Kosten dafür unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zumutbar sind. Im Rahmen dieser sogenannten „Opfergrenze“ kann auch eine bestehende Versicherungsleistung und/oder ein Verschulden des Vermieters an der Teilzerstörung zu berücksichtigen sein (BGH WuM 1977, 5). Diese Opfergrenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Mangelbeseitigung einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Vertragszwecks und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Erfüllungsinteresse des Mieters steht. Bei der gebotenen Interessenabwägung kommt es vor allem auf die Höhe der Miete, die Kosten der Mangelbeseitigung, den Nutzen der Mangelbeseitigung für den Mieter und die Ursache des Mangels an. Ebenso ist zu berücksichtigen, ob der Vermieter den Mangel zu vertreten hat.

Für die Beurteilung der Frage, wann ein Renovierungs- oder Instandsetzungsaufwand jenseits aller Abwägungskriterien aus finanziellen Gründen unzumutbar ist, gibt es allerdings, ebenso wie im österreichischen Recht, keine feste Obergrenze. Als Richtlinie und Orientierungspunkt gilt ähnlich der Rechtsprechung des OGH (SZ 67/64), dass der Vermieter jedenfalls dann nicht mehr zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist, wenn der hierzu erforderliche Aufwand nicht innerhalb eines Zeitraumes von ca. zehn

²³⁴ SZ 67/64.

Jahren durch eine erzielbare Rendite aus dem Mietobjekt ausgeglichen werden kann.

Gemeinsam ist beiden Rechtsordnungen sohin, dass hinsichtlich der Frage, ob eine Wiederherstellungspflicht zumutbar ist oder nicht, letztlich auf die **Wirtschaftlichkeit der entsprechenden Arbeiten** abgestellt wird. Ein Unterschied besteht jedoch darin, dass nach deutschem Recht ein **Verschulden** an der Teilzerstörung oder Beschädigung des Objektes zu einer **Erhöhung des zumutbaren Aufwandes** führt, während ein allfälliges Verschulden nach österreichischem Recht diesbezüglich ohne Relevanz ist.

3.3 Rechtlicher Untergang – rechtliche Unmöglichkeit, Rechtsmängel

Ein weiterer Unterschied, nicht nur die Rechtsfolgen betreffend, sondern auch in terminologischer Hinsicht besteht in den Fällen des rechtlichen Unterganges einerseits, und der rechtlichen Unmöglichkeit bzw. Rechtsmängel andererseits.

Nach österreichischer Rechtslage treten die Rechtsfolgen des § 1112 ABGB unstrittig auch im Falle des rechtlichen Unterganges der Bestandsache ein. Ein solcher liegt nicht nur dann vor, wenn die Sache an sich aus dem Rechtsverkehr gezogen wurde, sondern schon dann, wenn die für die Vermietbarkeit überhaupt oder für die Vermietung zu einem bestimmten Zweck erforderliche Qualifikation endgültig und unabänderlich verloren geht. Wird in einem baubehördlichen Bescheid bloß die Benützungsbewilligung entzogen oder die Räumung aufgetragen, hat dies im Allgemeinen noch nicht den rechtlichen Untergang der Bestandsache zur Folge. Hingegen ist der in einem (endgültigen) Demolierungsauftrag liegende dauernde Entzug der Benützungsbewilligung der gänzlichen Zerstörung der Bestandsache gleichzuhalten.²³⁵

²³⁵ Miet 19.139.

Dem deutschen Recht ist der Begriff des **rechtlichen Unterganges** fremd. Terminologisch wird in der deutschen Rechtsordnung vor allem zwischen der **rechtlichen Unmöglichkeit** und **Rechtsmängeln** unterschieden.

Rechtliche Unmöglichkeit, mit der Folge des Ausschlusses der Leistungspflicht nach § 275 BGB, liegt dann vor, wenn die Leistung aus **Rechtsgründen** nicht erbracht werden kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Leistung ein dauerndes Rechtshindernis entgegensteht, wie etwa die Enteignung eines Grundstückes (BGH 96, 26).²³⁶

Ein **Rechtsmangel**, der den Mieter zur Zinsminderung (oder bei gänzlicher Untauglichkeit zur Zinsbefreiung) nach § 536 Abs 3 BGB berechtigt, liegt hingegen nach deutscher Terminologie dann vor, wenn der vertragsgemäße Gebrauch der gemieteten Sache nicht durch einen Fehler der Mietsache, sondern durch das **Recht eines Dritten** ganz oder zum Teil entzogen wird. Dritter iSd § 536 Abs 3 BGB ist derjenige, der ein schuldrechtliches oder dingliches Recht an der Mietsache hat, durch dessen Ausübung der Mietgebrauch beeinträchtigt wird. Die bloße Existenz des Dritten und das Bestehen des Rechts begründen allerdings noch keinen Mangel. Es ist vielmehr erforderlich, dass der Dritte von seinem Recht tatsächlich Gebrauch macht und dieser Umstand zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt, wobei der Rechtsinhaber seinen Anspruch nicht gerichtlich geltend machen muss. Es genügt, dass er die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs gegenüber dem Mieter androht. In der Praxis sind hier insbesondere die Fälle der Doppelvermietung, Untervermietung und die Miete vom Nichtberechtigten von Bedeutung.²³⁷

²³⁶ *Heinrichs*, a.a.O., 343, Rz 16 zu § 275.

²³⁷ *Blank/Börstinghaus*, a.a.O., 179, Rz 82 ff zu § 536.

4. Die deutsche und die österreichische Rechtslage im Vergleich

In der österreichischen Rechtsordnung ist ein Bestandnehmer, was die Möglichkeit des „Aufrechterhaltens“ des Bestandvertrages betrifft, in den typischen Fällen **höherer Gewalt** (z.B. Zerstörung des Objektes durch Naturkatastrophen, Brandanschläge etc.) besser gestellt. Während das Bestandverhältnis nach deutscher Rechtslage in diesen Fällen jedenfalls erlischt, kommt es im Vollenwendungsbereich des MRG bei Vorhandensein einer (ausreichenden) Versicherungsleistung nicht zur Auflösung des Vertrages. Der Mieter kann die Wiederherstellung vielmehr nach § 7 MRG vom Vermieter fordern. Eine vorhandene Versicherungsleistung spielt nach deutschem Recht allenfalls bei der Beurteilung eines zumutbaren Aufwandes bzw. bei Abwägung der Bestandnehmer- und Bestandgeberinteressen (BGH WuM²³⁸ 1977, 5) eine Rolle. Eine, dem § 7 MRG entsprechende Regelung, ist dem BGB fremd.

Die Frage, ob eine Reparatur oder Instandsetzung wirtschaftlich und dem Bestandnehmer daher zumutbar ist, wird in beiden Rechtsordnungen etwa gleich behandelt. Nach der Rsp. des OGH²³⁹ und des BGH²⁴⁰ wird als Orientierung ein Zeitrahmen von ca. 10 Jahren herangezogen, innerhalb dessen die Kosten der in Frage stehenden Arbeiten durch Einnahmen aus den Mietverhältnissen ausgeglichen werden können müssen.

Hingegen liefert der Umstand, dass ein Verschulden des Bestandgebers an der Beschädigung/Zerstörung des Objektes nach deutscher Rechtslage den zumutbaren Aufwand des Vermieters erhöht, sachgerechtere Ergebnisse. Führt ein Vermieter schuldhaft die Beschädigung eines Bestandobjektes herbei, ist der Bestandnehmer prinzipiell zu schützen. Höhere Kosten der Instandsetzung sind dem Vermieter bei Verschulden daher eher zumutbar.

²³⁸ Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift).

²³⁹ SZ 67/64.

²⁴⁰ OLG Hamburg NZM 2002, 343.

Nach österreichischer Rechtslage kann sich ein Bestandgeber leichter vom Vertrag mit dem Mieter lösen, da § 1112 ABGB verschuldensunabhängig konzipiert ist und ein Verschulden an der Beschädigung/Zerstörung auch bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung des erforderlichen Aufwandes keine Rolle spielt. Insofern wird ein Bestandgeber, der sich einseitig von seinen Verträgen lösen möchte und die Beschädigung/Zerstörung vorsätzlich herbeiführt, nach österreichischer Rechtslage „bevorzugt“, da sich ein Verschulden nicht auf die Zumutbarkeitsgrenze der erforderlichen Arbeiten auswirkt.

Zweiter Teil: Ähnliche Endigungsgründe

Das Gesetz führt als besondere Auflösungsgründe des Bestandvertrages den Untergang der Bestandsache (§ 1112 ABGB), den Verlauf der bedungenen Zeit (§§ 1113 bis 1115 ABGB), die Aufkündigung (§ 1116 ABGB), das Abstehen vom Vertrag (§ 1117 ABGB), worunter die Auflösung vor Ablauf der bedungenen Zeit ohne vorherige Kündigung verstanden wird, die Veräußerung der Bestandsache (§§ 1120, 1121 ABGB) und die durch die III. Teilnovelle eingeführte außerordentliche Kündigung (§ 1116 a ABGB) an. Die Auflösungsgründe sind im Gesetz jedoch nicht erschöpfend behandelt, teils sind sie in Sondervorschriften geregelt, teils sind sie ungeregt.²⁴¹

Die nachstehenden Kap. beschäftigen sich mit vier Auflösungstatbeständen, die dem Endigungsgrund des § 1112 ABGB ähnlich sind. Es sind dies die Enteignung, die Beendigung des Hauptmietverhältnisses, die Auswirkungen des Konkurses auf das Bestandverhältnis sowie die Zusammenlegung landwirtschaftlicher Grundstücke. Unterschiede bei den jeweiligen Auflösungstatbeständen bestehen sowohl was den Zeitpunkt der Auflösung des Bestandverhältnisses selbst betrifft, als auch hinsichtlich allfälliger Schadenersatzansprüche.

²⁴¹ Klang, a.a.O., 95.

X. Enteignung

Mit **Vollendung der Enteignung** der Bestandsache erlöschen, mangels gegenteiliger Vorschriften, die Rechte Dritter an der enteigneten Sache. Der Enteigner erwirbt lastenfrei Eigentum. Durch die Enteignung erlöschen alle dinglichen Rechte und daher umso mehr auch die schwächeren obligatorischen Bestandrechte, sodass es bezüglich dieser auch keiner Aufkündigung nach § 1120 ABGB gegenüber dem Bestandnehmer bedarf. Der Enteigner leitet sein Eigentum auch nicht von dem des Enteigneten ab, sondern erwirbt sein **Eigentum originär**. Daher bleibt auch für die Anwendung des § 1120 ABGB kein Raum, da diese Gesetzesstelle voraussetzt, dass der Eigentümer das Bestandsstück einem Anderen veräußert.²⁴²

Voraussetzung für die Räumungsklage des Enteigners gegen den früheren Bestandnehmer ist, dass er Eigentümer geworden ist. Dies ist aber nicht schon mit Rechtskraft des Enteignungsbescheides der Fall, sondern erst bei **Zahlung** oder **gerichtlichem Erlag der Entschädigungssumme**. Da der Enteigner keinerlei Pflichten gegenüber dem Bestandnehmer des Enteigneten übernimmt, kann er gegen diesen mit Räumungsklage vorgehen, ohne damit gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zu verstoßen. Die Räumungspflicht des Enteigneten umfasst jedoch nicht auch die Verpflichtung, seine Bestandnehmer zu entfernen. Dies ist vielmehr Sache des zum Eigentümer gewordenen Enteigners.²⁴³

Im Falle der Enteignung des Bestandobjekts steht dem Bestandnehmer, jedenfalls soweit das EisenbEntG wenigstens sinngemäß Anwendung findet, Anspruch auf **Entschädigung** aller ihm durch die Aufhebung des Bestandverhältnisses **zugefügten Nachteile** zu.²⁴⁴ Diese sind gemäß § 5 EisenbEntG bei der Bemessung der

²⁴² SZ 40/110.

²⁴³ Miet 36.124/3.

²⁴⁴ Würth, a.a.O., 2463, Rz 6 zu § 1112 ABGB.

Enteignungsentschädigung zu berücksichtigen.²⁴⁵ Der **Enteignete** hat den Schaden des Bestandnehmers in Enteignungsverfahren **gegen den Enteigner** geltend zu machen, der dort zur Entschädigung des Bestandnehmers verhalten wird. Der Anspruch des Bestandnehmers gegenüber dem Bestandgeber wird daher auch nicht vor dieser Entscheidung fällig.²⁴⁶ Der Bestandnehmer braucht sich aber nicht auf dasjenige zu beschränken, was er nach dem Gesetz oder dem Vertrag auf Grund der vorzeitigen Auflösung des Bestandverhältnisses vom Bestandgeber als Ersatz verlangen kann. Er hat vielmehr Anspruch auf Ersatz aller ihm durch die Aufhebung des Bestandverhältnisses zugefügten Nachteile. Dabei kommt es darauf an, was er außer den angemessenen Übersiedlungskosten noch aufwenden muss, um an Stelle des durch die Enteignung verlorenen Bestandobjekts ein annähernd Gleichwertiges zu erlangen. Der Bestandnehmer muss sich aber mit der in den §§ 8, 9 EisenbEntG vorgesehenen Art der Ersatzleistung, nämlich **Kapitalabfindung**, begnügen.²⁴⁷

Sonderregelungen enthalten die §§ 21 StadterneuerungsG und 18 BodenbeschaffungsG, wonach Mietrechte wie alle übrigen dinglichen und obligatorischen Rechte mit der Enteignung erlöschen. Anders als im Enteignungs(-entschädigungs)verfahren, wo der Enteignete den Schaden des Bestandnehmers gegen den Enteigner geltend zu machen hat, kann der **Mieter** hier **unmittelbar vom Enteigner** einen entsprechenden Ersatz einfordern, und zwar in Form eines Anbots von zwei entsprechenden **Ersatzwohnungen** (zur Wahl) bzw. eines angemessenen **Ersatzlokales** sowie über Verlangen von **Geldersatz**. Nach Abs 6 beider Bestimmungen bleiben die Rechte und Pflichten aus dem „erloschenen“ Bestandverhältnis bis zur Räumung (die aber von der Erfüllung der gesetzlichen Ersatzverpflichtung abhängt), also unter Umständen auf unabsehbare Zeit, aufrecht. In Wahrheit handelt es sich also um ein aufschiebend bedingtes Erlöschen.

²⁴⁵ *Binder*, a.a.O., 190, Rz 11.

²⁴⁶ JBl 1981, 271 = OGH vom 25.03.1980, 5Ob 700/78.

²⁴⁷ SZ 42/95.

Nach § 46 Abs 1 der Wiener BauO hat der rechtskräftige Enteignungsbescheid die Wirkung, dass alle obligatorischen Rechte an der Bestandrechte als vom Enteigneten **zum nächsten Kündigungstermin aufgekündigt oder, bei Fehlen eines solchen, mit sofortiger Wirkung aufgekündigt sind**, und zwar ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen. Dabei handelt es sich jedoch mangels einer Willenserklärung nicht um eine Kündigung, sondern um ein Erlöschen zu dem der Rechtskraft des Enteignungsbescheides, unter angenommener Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist, nachfolgendem nächsten Kündigungstermin.²⁴⁸

²⁴⁸ Würth, a.a.O., 2464, Rz 7 zu § 1112 ABGB.

XI. Beendigung des Hauptmietverhältnisses

In der älteren Rsp.²⁴⁹ wurde immer wieder ausgesprochen, dass eine (aus welchen Gründen immer) eintretende Beendigung der Hauptmiete auch das Untermietverhältnis beende. Dieser Standpunkt wird (noch) von einem Teil der Lehre vertreten.²⁵⁰ Vor allem unter Berufung auf Klang²⁵¹ und Krasnopolski²⁵² gelangte der OGH²⁵³ wiederholt zur Auffassung, dass sich die Abhängigkeit des Untermietvertrages vom Hauptmietvertrag darin zeige, dass die Beendigung der Hauptmietrechte jedenfalls auch die Untermiete beende. Nach älterer Rsp.²⁵⁴ gelangte ein Untermietverhältnis sogar dann zur Auflösung, wenn (bloß) der Untervermieter Eigentümer des Bestandobjektes geworden ist und dadurch die Beendigung des Hauptmietverhältnisses bewirkt wurde.

Die Begründung von Klang²⁵⁵, wonach die Abhängigkeit des Afterbestandverhältnisses vom Hauptmietverhältnis bereits aus der Natur des Rechtsverhältnisses gefolgert werden könne, sich aber aus § 568 ZPO ergebe, vermag nicht zu überzeugen. § 568 ZPO normiert lediglich, dass alle gegen einen Bestandnehmer erwirkten Aufkündigungen, Aufträge, etc. auch gegen den Afterbestandnehmer wirksam und vollstreckbar sind, sofern nicht ein zwischen dem Afterbestandnehmer und dem Bestandgeber bestehendes Rechtsverhältnis entgegensteht. Über das Vertragsverhältnis zwischen Untervermieter und Untermieter selbst besagt diese Norm jedoch

²⁴⁹ Miet 19.121; Miet 23.154; OGH vom 28.10.1969, 4 Ob 592/69 = Miet 21.249; 38.165.

²⁵⁰ *Krasnopolski*, Österreichisches Obligationenrecht (1910), 404; *Klang*, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, ZBl 1926, 324 (352); *Klang*, Untermiete – Was ist das?, wobl 1992, 72 (75 f); vgl. auch *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Echer*, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz² (1988), 119; *Kocevar*, Die Stellung des Untermieters bei Auflösung des Hauptmietvertrages, ImmZ 1956, 131.

²⁵¹ *Klang*, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, ZBl 1926, 324.

²⁵² *Krasnopolski*, Österreichisches Obligationenrecht (1910), 404.

²⁵³ SZ 26/149 = Miet 2.856; Miet 3.715.

²⁵⁴ OGH vom 05.06.1953, 2 Ob 406/53.

²⁵⁵ *Klang*, a.a.O., 324 (352).

nichts. Auch eine einvernehmliche Vertragsaufhebung²⁵⁶ zwischen dem Vermieter und dem Hauptmieter wäre nicht mehr vom Anwendungsbereich des § 568 ZPO erfasst. Warum sich aus der Natur des Unterbestandverhältnisses dessen Abhängigkeit vom Hauptbestandverhältnis ergeben soll, erscheint zumindest fragwürdig, da das Erlöschen des einen nicht ohne weiteres ipso iure das Erlöschen des anderen nach sich ziehen muss.²⁵⁷

Auch die Schlussfolgerung von Krasnopolski²⁵⁸, wonach ein zwischen dem Hauptbestandnehmer und dem Hauptbestandgeber bestehendes Verhältnis durch den Afterbestandvertrag nicht berührt werde und daher die Beendigung des Hauptbestandvertrages die des Afterbestandvertrages bewirke, erscheint nicht verständlich. Durch ein Afterbestandverhältnis wird zwar kein Rechtsverhältnis zwischen Unterbestandnehmer und Hauptbestandgeber begründet, jedoch ergibt sich daraus noch nicht per se eine Abhängigkeit des Unterbestandverhältnisses vom Hauptmietverhältnis.²⁵⁹

Der Grundsatz der Abhängigkeit des Untermietverhältnisses vom Hauptmietverhältnis wurde aber in jüngerer Zeit von der Lehre²⁶⁰ und Rsp.²⁶¹ zu Recht abgelehnt. Zuzustimmen ist der Ansicht Schauers²⁶², wonach sich dieser Grundsatz der Rechtsordnung nicht mit ausreichender Deutlichkeit entnehmen lasse. Vor allem das Argument, dass zur Durchsetzung unmittelbarer Ansprüche des Hauptbestandgebers auf Räumung oder Herausgabe des Bestandobjektes gegen den Unterbestandnehmer nach

²⁵⁶ Vgl. Miet 6.497/46; Miet 32.180.

²⁵⁷ Vgl. *Oberhammer*, Auftragsverfahren, 141 ff.

²⁵⁸ *Krasnopolski*, a.a.O., 404.

²⁵⁹ So auch *Schauer*, Abhängigkeit des Unterbestandverhältnisses vom Hauptbestandvertrag?, wobl 1996, 26.

²⁶⁰ *Schauer*, Abhängigkeit des Unterbestandverhältnisses vom Hauptbestandvertrag, wobl 1996, 25 ff; *Oberhammer*, Das Auftragsverfahren in Bestandstreitigkeiten (1992), 140 ff; *Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986), 177 FN 20.

²⁶¹ SZ 67/72 = OGH vom 26.04.1994, 4 Ob 535/94; Miet 46.138; Miet 46.140.

²⁶² *Schauer*, a.a.O., 27 f.

Beendigung des Hauptbestandverhältnisses ein Rückgriff auf diesen Grundsatz nicht erforderlich sei, weil der Unterbestandnehmer bereits aufgrund des Wegfalls des Hauptbestandverhältnisses keinen Titel mehr habe, der ihm gegenüber dem Hauptbestandgeber eine weitere Benützung ermöglichen würde, überzeugt. In jüngeren Entscheidungen²⁶³ hat der OGH zutreffend ausgesprochen, dass das Verhältnis zwischen Haupt- und Untermieter ein abgesondert vom Hauptmietverhältnis bestehendes Schuldverhältnis bilde. Ob dieses Schuldverhältnis auch zwischen den Vertragsparteien mit dem Ende der Hauptmiete seine Rechtswirksamkeit verliert, ist nach dem Inhalt dieses Schuldverhältnisses zu beurteilen.

Nach Maßgabe dieses Schuldverhältnisses ist daher auch ein **Fortbestand** des Unterbestandverhältnisses nach dem Ende der Hauptmiete möglich. Da neben dem Eigentümer oder Bestandnehmer auch ein Verwahrer und Prekarist des Bestandobjektes und sogar ein Unbefugter, dem jeder Rechtstitel fehlt, einen Mietvertrag abschließen kann, bleibt auch der **titellose Hauptmieter** an den Untermietvertrag **gebunden**.²⁶⁴

Umso weniger kann daher ein Untermietvertrag dadurch hinfällig werden, dass der bisherige Hauptmieter und Untervermieter zum Eigentümer des Hauses oder der Eigentümer des Hauses Rechtsnachfolger des Hauptmieters wird, auch wenn durch Vereinigung der Hauptmietvertrag untergeht. Damit endet zwar der Hauptmietvertrag, nicht aber das Vertragsverhältnis des bisherigen Hauptmieters mit dem Unterbestandnehmer. Dieser hat durch den Untermietvertrag einen Titel für die Benützung der Bestandsache.²⁶⁵

Zu beachten ist, dass sich aus der Beendigung des Hauptmietverhältnisses durch Vereinigung nicht automatisch ein Aufrücken des Untermieters in die Stellung eines Hauptmieters ergibt. Das vom Untermieter mit einem Hauptmieter eingegangene Vertragsverhältnis ist **nicht**

²⁶³ SZ 67/72 = OGH vom 26.04.1994, 4 Ob 535/94; Miet 46.138; Miet 46.140.

²⁶⁴ OGH vom 11.04.1991, 6 Ob 524/91; OGH vom 10.12.1991, 8 Ob 546/91.

²⁶⁵ Miet 46.138; SZ 67/72.

allein dadurch, dass mittlerweile Hauseigentümer und Hauptmieter in einer Person vereinigt sind, zu einer **Hauptmiete** iSd § 2 Abs 1 MRG geworden.²⁶⁶

In jenen Fällen, in denen der bisherige Hauptmieter seine Benützungsrechte endgültig verliert und das Objekt räumen muss, bleibt dem Untermieter aber nur ein **Schadenersatzanspruch** aus der Nichterfüllung des Untermietvertrages.²⁶⁷

²⁶⁶ Miet 46.140 = OGH vom 07.09.1994, 3 Ob 554/94.

²⁶⁷ Würth, a.a.O., 2464, Rz 8 zu § 1112 ABGB.

XII. Konkurs

Die Konkurseröffnung allein beeinflusst ein aufrechtes Bestandverhältnis grundsätzlich nicht. Das Bestandverhältnis bleibt also trotz Konkurseröffnung weiterhin **bestehen**. Unterschiede bei den Beendigungsmöglichkeiten des Bestandvertrages nach Eröffnung des Konkurses ergeben sich aus dem Umstand, ob der Bestandnehmer oder der Bestandgeber Gemeinschuldner ist.

Vor allem im **Bestandgeberkonkurs** ergeben sich weitere **Einschränkungen** der Beendigungsmöglichkeiten, wenn das Bestandverhältnis dem Vollanwendungsbereich des MRG unterliegt. Auch hinsichtlich allfälliger **Mietzinsvorauszahlungen** werden abhängig davon, ob es sich um einen Bestandnehmer- oder Bestandgeberkonkurs handelt, unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft.²⁶⁸

Generell kann im Konkurs nach vertraglich vorgesehenen als auch nach gesetzlichen Bestimmungen eine Vertragsauflösung herbeigeführt werden. Darüber hinaus ist die vorzeitige Aufhebung aus wichtigem Grund möglich, wenn einem Vertragsteil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar geworden ist. Vereinbarungen, wonach das Konkursverfahren selbst als Beendigungsgrund vorgesehen ist und die Auflösung sogar automatisch mit Konkurseröffnung eintritt, sind grundsätzlich zulässig.²⁶⁹

Während bei **unbeweglichen Bestandsachen** die Zulässigkeit von vertraglichen (vorzeitigen) **Beendigungsmöglichkeiten** jedoch erheblich **eingeschränkt** ist und die Konkurseröffnung selbst jedenfalls keinen wichtigen Grund iSd § 30 Abs 1 MRG darstellt, sind derartige Kündigungsgründe regelmäßig in **Leasingverträgen** vorgesehen.²⁷⁰

²⁶⁸ *Rathauscher*, Bestandrechte und Konkurs, 99 f.

²⁶⁹ Miet 30.212.

²⁷⁰ *Rathauscher*, a.a.O., 115 f.

1. Bestandnehmerkonkurs

Ist der Bestandnehmer Gemeinschuldner, so tritt nach hM²⁷¹ die Konkursmasse **ipso iure** in den Bestandvertrag ein. Mit Ausnahme der **besonderen Kündigungsmöglichkeit** durch die Bestimmung des **§ 23 KO** erfährt das Bestandverhältnis keine Änderungen. Bis das Konkursverfahren rechtskräftig aufgehoben ist, werden die Rechte und Pflichten durch den Masseverwalter ausgeübt. Danach wird es in seiner ursprünglichen Form mit dem Bestandnehmer und ehemaligem Gemeinschuldner, ohne das durch § 23 KO eingeräumte Kündigungsrecht, fortgesetzt.²⁷²

Nach der Bestimmung des § 23 KO kann sowohl der **Masseverwalter** als auch der **Bestandgeber**, unbeschadet eines Anspruches auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens, den Vertrag unter Einhaltung der **gesetzlichen oder vertragsmäßigen kürzeren Kündigungsfrist, kündigen**. Wurde dem Bestandgeber der Zins im Voraus entrichtet, so wird die Kündigung des Bestandgebers erst mit dem Ablauf der Zeit wirksam, für den der Zins bezahlt worden ist.

Eines Kündigungsgrundes bedarf eine solche Kündigung nicht. Die Konkurseröffnung selbst ist der Grund für die Anwendbarkeit des § 23 KO und der damit verbundenen vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit. Sie ist zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung einzureihen und kann im Gegensatz zu ersteren früher als vereinbart, und anders als letztere nicht fristlos vorgenommen werden. Sie wird auch als **Kündigung aus**

²⁷¹ *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, Bd. I, 163; *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz³, Bd. I, Anm 3 zu §§ 23, 24 KO; *Rathauscher*, a.a.O., 100; a.A.: *Rintelen*, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts, 168.

²⁷² *Rathauscher*, a.a.O., 100.

besonderem Anlass bezeichnet²⁷³ und kann von beiden Teilen während des gesamten Konkursverfahrens geltend gemacht werden.²⁷⁴

Der sich auf § 23 KO stützende Aufkündigende hat dem anderen Teil dafür **Ersatz** zu leisten, dass er seinen ursprünglichen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt. Er haftet ex contractu und schuldet das **positive Vertragsinteresse**. Der grundsätzlich rechtswidrige Eingriff in bestehende Rechte wird erlaubt. Für daraus entstehende Nachteile hat der Schädiger jedoch verschuldensunabhängig einzustehen.²⁷⁵

²⁷³ Würth, in Rummel, Rz 23 zu § 1116 ABGB; OGH ÖJZ 1988/209.

²⁷⁴ Rathauscher, a.a.O., 118.

²⁷⁵ Rathauscher, a.a.O., 138.

2. Bestandgeberkonkurs

Ist der Bestandgeber im Konkurs, wird das Bestandverhältnis gemäß **§ 24 KO ex lege fortgesetzt**. Die Rechte und Pflichten des Bestandvertrages werden vom **Masseverwalter** ausgeübt. Anders als § 23 KO für den Bestandnehmerkonkurs gewährt § 24 KO für den Bestandgeberkonkurs **keine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit**. Infolge des gesetzlich normierten Vertragseintritts ist das Bestandverhältnis von beiden Seiten, entsprechend den bestehenden vertraglichen Vereinbarungen, fortzusetzen. Sämtliche Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners als Bestandgeber werden ab Konkurseröffnung vom **Masseverwalter** ausgeübt. Er hat für die Gewährung des bedungenen Gebrauchs zu sorgen. Die Beendigung des Bestandverhältnisses ist, mangels besonderer **Lösungsmöglichkeit**, nur unter den im **Vertrag vorgesehenen** bzw. den sonstigen **bürgerlich- und mietrechtlichen Voraussetzungen** möglich.²⁷⁶

Zum Schutz der Gläubiger schränkt die Konkursordnung die Wirkung von Zinsvorauszahlungen im Bestandgeberkonkurs ein. § 24 Abs 1 KO normiert, dass nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Vorauszahlungen des Bestandnehmers dem Masseverwalter gegenüber, unbeschadet des Anspruches auf Ersatz des verursachten Schadens, nur für jene Zeit wirksam sind, bis zu der das Bestandverhältnis im Falle unverzüglicher Kündigung unter Einhaltung der vereinbarten oder in Ermangelung einer solchen, der gesetzlichen Kündigungsfrist dauern würde.²⁷⁷

Eine **Beendigungsmöglichkeit** des Bestandverhältnisses eröffnet sich im Bestandgeberkonkurs jedoch immer dann, wenn es im Konkurs zu einer **Verwertung** des gesamten Vermögens des Gemeinschuldners kommt und das Bestandobjekt verkauft wird. Die Veräußerung kann gemäß § 119 KO sowohl gerichtlich als auch außergerichtlich erfolgen. § 24 Abs 2 KO ordnet an, dass jede Veräußerung die **Wirkung einer notwendigen**

²⁷⁶ *Rathauscher*, a.a.O., 158.

²⁷⁷ *Rathauscher*, a.a.O., 168.

Veräußerung nach sich zieht und verweist damit auf die §§ 1120, 1121 ABGB. Wurde die Bestandsache vor deren Veräußerung bzw. Versteigerung an den Bestandnehmer übergeben, tritt der Erwerber gemäß §§ 1120, 1121 ABGB grundsätzlich in den bestehenden Bestandvertrag ein. Die **Vertragsübernahme** erfolgt **ex lege** und umfasst sämtliche Nebenabreden, sofern sie das Bestandverhältnis selbst regeln. Ist das Bestandverhältnis **nicht verbüchert**, erhält der **Erwerber** die Möglichkeit, das Bestandrecht **aufzukündigen**. Nachdem ihm die Bestandsache übergeben wurde und er an ihr Besitz erlangt hat, kann er den Bestandvertrag, unabhängig von der ursprünglich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Dauer, kündigen, wobei dabei höchstens die **gesetzlichen Fristen und Termine** einzuhalten sind.²⁷⁸

Unterliegt ein Mietverhältnis jedoch dem **Vollanwendungsbereich des MRG**, so steht dem Erwerber des Bestandobjektes **kein besonderes Kündigungsrecht** zu. Dies gilt auch dann, wenn das Bestandrecht nicht verbüchert ist. § 2 Abs 1 Satz 3 MRG normiert nämlich als *lex specialis* gegenüber den Bestimmungen des ABGB, dass **Rechtsnachfolger** im Eigentum an wirksam geschlossene Hauptmietverträge auch dann **gebunden** sind, wenn sie nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen sind, sofern die Bestandsache dem Bestandnehmer bereits übergeben wurde.

²⁷⁸ *Rathauscher, a.a.O., 181 f.*

XIII. Zusammenlegung landwirtschaftlicher Grundstücke

Bei der Zusammenlegung landwirtschaftlicher Grundstücke **erlöschen** die Bestandrechte auf den Bestandgrundstücken, werden aber auf die **Abfindungsgrundstücke** (die der Bestandgeber erhält) **übertragen** (§ 7 FlurVerfG.). Kommt eine Parteieneinigung nicht zustande, stellt die Behörde bescheidmäßig fest, auf welche Abfindungsgrundstücke die Bestandrechte übergehen. Dem **Bestandnehmer** wird jedoch das Recht eingeräumt, innerhalb von 3 Monaten (bei Pacht) bzw. 1 Monat (bei Miete) ab Rechtskraft des Bescheids das Bestandverhältnis **aufzukündigen**.²⁷⁹

²⁷⁹ Würth, a.a.O., 2480, Rz 26 zu § 1116 ABGB.

Quellenverzeichnis

1. Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Albrecht, Handbuch Mietrecht² (1995)

Apathy, Die publizianische Klage (1981)

Bartsch, Österreichisches Bürgerliches Recht (1948)

Bartsch/Pollak, Konkurs- Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz³, Bd. I (1937)

Binder, in Schwimmann [Hrsg.], Praxiskommentar zum ABGB², Bd VI (1997)

Blank/Börstinghaus, Miete (Kommentar)² (2004)

Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986)

Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982)

Bydlinski, in Klang², Bd. IV/2 (1978)

Derbolav, Mietrechtsgesetz (1982)

Dirnbacher, Das Mietrechtsgesetz, MRG 2002 (2002)

Dirnbacher/Rustler/Wolf, Österreichisches Wohnrecht, Entscheidungen Mietrecht (1998)

Dittrich/Tades, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch³⁶ (2003)

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² Bd. II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse (1928)

Ernst, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch⁴, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. IIa (2003)

Feil, Bestandvertrag, Miete und Pacht³ (1997)

Fenyves, in Korinek/Krejci (Hsrg.), Handbuch zum Mietrechtsgesetz (1985)

Gschnitzer, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1963)

Gschnitzer, Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, Sachenrecht (1968)

Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz² (1988)

Hausmann, in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, Kommentar (Loseblatt)

Heinrichs, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶² (2003)

Iro, in Koziol, Bydlinski, Bollenberger [Hrsg.], ABGB Kommentar² (2007)

Jabornegg-Strasser, Nachbarrechtliche Ansprüche als Instrument des Umweltschutzes, Ein Beitrag zur Dogmatik der Negatorienklage (1978)

Klang, in Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², Bd. V (1954)

Klang/Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch², Bd. II (1950)

Klotz, Beendigung von Mietverträgen, Kündigung, Auflösung und Zeitablauf von Bestandverträgen (2005)

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht², Bd. II (1996)

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerliches Rechts¹², Bd. II (2001), Schuldrecht allgemeiner Teil, Schuldrecht besonderer Teil, Erbrecht

Kraemer, in Bub/Treier (Hrsg.), Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete³ (1999)

Krasnopolski, Österreichisches Obligationenrecht (1910)

Krejci, in Korinek/Krejci (Hrsg.), Handbuch zum Mietrechtsgesetz (1985)

Lehmann, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, Bd. I (1916)

Oberhammer, Das Auftragsverfahren in Bestandstreitigkeiten (1992)

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I (1888)

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II (1889)

Ostermayer, Mietrecht² (1997)

Prader, Mietrechtsgesetz (2000)

Rainer (Hrsg), Handbuch des Miet- und Wohnrechts (Loseblatt, 1997)

Rathauscher, Bestandrechte und Konkurs (1999)

Rechberger, Mietrecht (1998)

Reiber, Liehl, Die Kündigung im Mietrecht (2001)

Rintelen, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts, (1915)

Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005)

Scheidlein, Abhandlung über den Miet- und Pachtvertrag nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche (1819)

Schilling, in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch⁴, Bd. III (2004)

Stabentheiner, Mietrecht (2004)

Stampfer, Die Anfänge des Mieterschutzes in Österreich (1995)

Stubenrauch, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II (1888)

Swoboda, Kommentar zum Mietengesetz und den einschlägigen Vorschriften² (1950)

Weidenkaff, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶² (2003)

Winiwarter, Das persönliche Sachenrecht nach dem Österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche² (1844)

Würth, in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Bd. I (2000) und II/5 (2003)

Würth - Zingher, Wohnrecht²⁰ (2002)

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²¹ (2004)

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III/2 (1811-1813)

Zeiller, Das Natürliche Privatrecht (1802)

Zingher, Das Mietengesetz¹⁷ (1976)

2. Verzeichnis der Literaturbeiträge aus Fachzeitschriften

Böhm, Miete und Konsumentenschutz, immolex 2007, 166 - 168

Böhm, Schuster, Probleme der Mietrechtsgestaltung, wobl 1989, 30 - 36

Böhm, Erhaltung des Mietgegenstandes, immolex 2007, 262 - 271

Deutsch, Hohenecker, Schmeisser, Wahle, Zastiera (Bearbeiter), EvBl 1954/1 (13)

Deutsch, Hohenecker, Schmeisser, Wahle, Zastiera (Bearbeiter), EvBl 1948/202, 111 - 112

Friedl, Jensik, Piegler (Bearbeiter), EvBl 1983/76, 299 - 300

Friedl, Jensik, Piegler (Bearbeiter), EvBl 1981/70, 237 - 238

Ganner, Wiederaufbaupflicht bei Zerstörung des Gebäudes im Rahmen eines dinglichen Wohnrechts, wobl 2003, 1

Hammer, Hohenecker, Schmeisser, Wahle, Zastiera, (Bearbeiter), EvBl 1957/237, 352

Hauer, Bewirkt ein baubehördlicher Abtragungsauftrag den Untergang von Bestandobjekten, ÖJZ, 1966, 257 - 258

Hauer, Zur Rechtsstellung des Mieters im baubehördlichen Auftragsverfahren, ÖJZ, 1970, 113 - 118

Lenneis, Immobilienfinanzierungsleasing und Mietrechtsgesetz, AnwBl 1983, 562

Klang, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, JBl 1947, 429 - 435

Klang, Der Rechtsschutz des Mieters gegen Dritte, ZBl 1926, 324 - 355

Kocevar, Die Stellung des Untermieters bei Auflösung des Hauptmietvertrages, ImmZ 1956, 131 - 135

Pichler, Binden Demolierungsbescheide die Gerichte?, Probleme der materiellen Rechtskraft und der Bindungswirkung von Verwaltungsbescheiden, JBI 1965, 494 - 502

Pichler, Neues über die Bindungswirkung der Demolierungsbescheide, JBI 1966, 553 - 557

Prader, Verwirrung um Erhaltungsfragen und Aufwandersatzansprüche nach den beiden Klauselentscheidungen, immolex, 2007, 271 - 276

Schauer, Abhängigkeit des Unterbestandverhältnisses vom Hauptbestandvertrag, wobl, 1996, 25 - 28

Theyer, Zur Wiederaufbaufrage, JBI 1946, 415 - 417

Würth, Untermiete – Was ist das?, wobl 1992, 73 - 76

Anhang

Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit der Beendigung des Bestandvertrages durch den Untergang der Sache auseinander und soll die zentralen Fragen und Probleme, die sich in diesem Zusammenhang stellen, aufzeigen und untersuchen. Zentraler Ausgangspunkt ist dabei die Norm des § 1112 ABGB. Besonderes Augenmerk wird auch auf das Verhältnis des § 1112 ABGB zu anderen Normen (§§ 1096, 1104 ABGB; § 7 MRG) gelegt. Gerade das Zusammenspiel letztgenannter Normen ist in der Literatur kaum oder dogmatisch nur unzureichend untersucht.

Die ex lege Beendigung des Bestandverhältnisses nach § 1112 ABGB kann sowohl durch den physischen als auch durch den rechtlichen Untergang der Bestandsache herbeigeführt werden. Beim physischen Untergang muss das Bestandobjekt prinzipiell vollständig zu Grunde gehen, um die Auflösung zu bewirken. Neben der Zerstörung des Objektes führt bei den beweglichen Bestandsachen auch deren dauernder Verlust zur Auflösung des Vertrages. Wann eine Sache als endgültig verloren anzusehen ist, muss einzelfallbezogen beurteilt werden, wobei eine Auflösung jedenfalls dann eintritt, wenn das Wiederauffinden der Sache faktisch unmöglich ist.

Wird ein räumlich selbständiges Objekt völlig zerstört, so ist auch eine bloß teilweise Aufhebung des Bestandvertrages möglich, wenn die noch vorhandenen Objekte für den Bestandnehmer für seinen Vertragszweck noch geeignet sind.

Rechtlicher Untergang liegt dann vor, wenn die Sache aus dem Rechtsverkehr gezogen wurde oder die für die Vermietbarkeit zu einem bestimmten Zweck erforderliche Qualifikation endgültig und unabänderlich verloren geht. Demnach kann auch eine behördliche Anordnung die Auflösung des Bestandvertrages bewirken, wobei aber nach nunmehr

gefestigter Rsp. ein Abbruch- oder Demolierungsauftrag erst dann den Untergang iSd § 1112 ABGB bewirkt, wenn die Anordnung endgültig ist und die Baugebrechen, die zur Erlassung des Bescheides geführt haben, aus technischen Gründen nicht behoben werden können oder wenn sie der Bestandgeber nicht behebt und hierzu nicht verpflichtet ist. Trifft hingegen den Bestandgeber eine Wiederherstellungspflicht und ist diese möglich und wirtschaftlich, liegt kein Anwendungsfall des rechtlichen Untergangs vor.

Was das Verhältnis von § 1112 ABGB zu § 1096 ABGB betrifft, bleibt im Ergebnis anzumerken, dass bei physisch vollständiger Zerstörung des Bestandobjektes die ex lege Auflösung unabhängig davon eintritt, ob eine Wiederherstellung bzw. Neuaufführung wirtschaftlich ist. § 1112 ABGB genießt hier Anwendungsvorrang und ist als *lex specialis* gegenüber § 1096 ABGB anzusehen.

Die Abgrenzung von Anwendungsfällen des § 1104 ABGB und jenen des § 1112 ABGB bereitet oftmals Schwierigkeiten. Die Begriffe Unbenutzbarkeit und Zerstörung decken sich nicht. Als Richtlinie gilt, dass von einer völligen Zerstörung iSd § 1112 ABGB dann auszugehen ist, wenn die Zerstörung so groß ist, dass die Identität des ursprünglichen Bestandobjektes nicht oder nur mehr unwesentlich vorhanden ist oder eine Reparatur einer Neuaufführung gleichkommen würde. Liegt das Maß der Beschädigung unter dieser Schwelle, liegt Unbenutzbarkeit iSd § 1104 ABGB vor.

Besteht eine Wiederherstellungspflicht nach § 7 MRG, gelangt das Bestandverhältnis auch im Falle des Unterganges nicht zur ex lege Auflösung. Die Anwendbarkeit des § 7 MRG durchbricht vielmehr die Beendigung des Mietverhältnisses nach § 1112 ABGB. Bei unzureichender Deckung durch die Versicherung kommt es dann zu einer Teilwiederherstellung nach § 7 MRG, wenn diese wirtschaftlich sinnvoll ist, wobei idR die funktionell und wirtschaftlich effektivste Lösung geboten ist.

CURRICULUM VITAE

Angaben zur Person

<i>Name</i>	<i>Robert Panowitz</i>
<i>Staatsangehörigkeit</i>	<i>Österreich</i>
<i>Geburtsdatum</i>	<i>17. Dezember 1978</i>
<i>Geburtsort</i>	<i>3300 Amstetten, NÖ</i>

Ausbildung

<i>1989 – 1997</i>	<i>Bundesrealgymnasium Amstetten „unter besonderer Berücksichtigung der Informatik“ (Matura im Juni 1997)</i>
<i>1997 – März 1998</i>	<i>Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien</i>
<i>April 1998 – April 1999</i>	<i>Zivildienst beim Roten Kreuz Amstetten</i>
<i>Oktober 1999 – 2004</i>	<i>Fortsetzung und Beendigung des Studiums der Rechtswissenschaften an der Universität Wien mit dem akademischen Grad Mag. iur. (Sponsion Juni 2004)</i>
<i>Oktober 2004 – Juni 2005</i>	<i>Absolvierung des Wahlfachkorbes „Wohnrecht“ (insb. in den Bereichen ABGB – Mietrecht, MRG, WEG und WGG)</i>
<i>Oktober 2003 – Juni 2005</i>	<i>Ausbildung zum staatlich anerkannten Mediator am Institut für Mediation und Konfliktmanagement unter der Leitung von Dr. Andrea Heger & Dr. Regine Jesina-Koloseus</i>
<i>Juni 2005</i>	<i>Diplomarbeit Mediation zum Thema „Innerbetriebliche Mediation“</i>