



REPUBLIK ÖSTERREICH
Bezirksgericht Liesing

GZ.: 6C 1139/06g - 24

EINGETRAGEN

15. Feb. 2008

Erl.

Im Namen der Republik

Das Bezirksgericht Liesing erkennt durch Mag. Irene Bauer-Moitzi als Richterin in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Mariahilfer Straße 81, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt, 1090 Wien, Universitätsstraße 6/2 gegen die beklagte Partei Gemeinnützige Siedlungs-Genossenschaft A [REDACTED] reg. Gen. mbH, [REDACTED] Wien, [REDACTED] vertreten durch EHRlich-ROGNER & SCHLÖGL Rechtsanwalts-Partnerschaft, 1010 Wien, Seilerstätte 15 wegen € 2.903,27 s.A. nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

**Die beklagte Partei ist schuldig,
der klagenden Partei € 2.903,27
samt 4% Zinsen ab 08.06.2006
sowie die mit € 2.939,29 (darin
€ 926 USt.-freie Barauslagen und
20% USt.) bestimmten Verfahrens-
kosten binnen 14 Tagen zu
bezahlen.**

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin brachte vor, dass ihr Ansprüche des Mieters und Konsumenten [REDACTED] C. [REDACTED] auf Rückerstattung von aufgewendeten Reparaturkosten in Höhe des Klagsbetrages (Gastherme) für die von der Beklagten angemietete Wohnung [REDACTED] Wien, [REDACTED]straße [REDACTED] aus welchem Rechtsgrund auch immer,

zum Inkasso und zur Klagsführung abgetreten worden wären, wobei sie als Verband gemäß § 29 KSchG anzusehen sei. Die Wohnung sei durch den Mieter mit Mietvertrag vom 01.08.2005 zu Wohnzwecken angemietet worden, der Mietvertrag falle in den Vollenwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes und unterliege den Bestimmungen des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes. Die für die rechtliche Beurteilung bedeutsamen Regelungen seien im § 8 und § 11 des Mietvertrages (Zustand des Nutzungsgegenstandes, Erhaltungspflicht des Nutzungsberechtigten; Veränderungen des Nutzungsgegenstandes) enthalten. Bei der Übernahme der Wohnung im Hochsommer (August 2005) sei lediglich ein Kurztest der vorhandenen Kombigastherme durchgeführt worden, diese habe scheinbar funktioniert. Wartungshinweise bzw. Prüfplaketten auf dem Gerät seien nicht vorhanden gewesen. Am 10.11.2005 sei die Therme im Auftrag der Beklagten gewartet und einer Abgasüberprüfung unterzogen worden. Dabei seien keine Mängel festgestellt worden. Dennoch sei die Therme Anfang Dezember beim Versuch der erstmaligen Beheizung sofort völlig ausgefallen. Der Mieter habe daraufhin die Radiatoren entlüftet, jedoch erfolglos. Die Beklagte habe daraufhin erklärt, die Heizung habe bei Übernahme durch den Mieter funktioniert, es sei dessen Verpflichtung, eine allfällige Reparatur auf seine Kosten durchführen zu lassen. Tatsächlich sei die Therme aber bereits im Übergabezeitpunkt schadhaft und für eine Beheizung der Wohnung ungeeignet gewesen. Der vom Mieter beigezogene Installateur habe eine kaputte Pumpe festgestellt sowie das Alter der Therme mit zirka 30 Jahren, also völlig veraltet angegeben, für dieses Gerät seien keine Ersatzteile mehr verfügbar. Eine Reparatur bzw. Erneuerung der Therme habe die Beklagte verweigert. Der Mieter habe daher selbst einen Austausch der Therme zu einem Aufwand in Höhe des Klagsbetrages durchführen lassen. Das Bestandverhältnis sei aufrecht. Rechtlich führte die klagende Partei zusammenfassend aus, dass auf das Mietverhältnis nicht nur die Bestimmungen des WGG, des MRG und des ABGB, sondern auch des KSchG Anwendung fänden. Der Anspruch werde auf § 1096 Abs. 1, Satz 1, gestützt, diese Verpflichtung bleibe von der Bestimmung im § 8 des Mietvertrages unberührt.

Gemäß § 14 ABGB sei der Vermieter nur zur Behebung von ernsten Schäden des Hauses verpflichtet. Dem gegenüber habe sich der Mieter gemäß § 8 Abs. 1 MRG verpflichtet, insbesondere auch Heizungsanlagen so zu warten und,

soweit es sich nicht um die Behebung von ernsten Schäden des Hauses handelt, so instand zu setzen, dass kein Nachteil entstünde. Eine defekte Gastherme gehöre unzweifelhaft nicht zu den ernsten Schäden des Hauses. Die Reparatur und der Austausch falle daher weder in die Erhaltungspflicht des Vermieters gemäß § 3 MRG noch in die Instandhaltungspflicht des Mieters gemäß § 8 Abs. 1 MRG. Es handle sich vielmehr um einen durch das MRG unregelmten Bereich. Für diesen regelungsfrei gelassenen Raum bestehe daher die Erhaltungspflicht gemäß § 1096 ABGB.

§ 8 des Mietvertrages überwälze die Erhaltungspflicht vom Vermieter allerdings auf den Mieter. Bei diesem Mietvertrag handle es sich um ein Vertragsformblatt, das der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs. 3 ABGB unterliege. Eine gröbliche Benachteiligung liege deshalb vor, da ohne sachliche Rechtfertigung eine Erhaltungspflicht des Mieters vereinbart worden wäre. Diese Bestimmung sei daher nichtig, sodass die durch sie verdrängte dispositive Bestimmung des § 1096 ABGB zur Anwendung komme. Der Vermieter habe auch gemäß dieser Gesetzesstelle ihn treffende Verpflichtung, den Mietgegenstand in brauchbarem Zustand an den Mieter zu übergeben und zu erhalten, verletzt. Gemäß § 1097 ABGB habe der Mieter Anspruch auf Aufwendersatz, der sofort fällig sei, da es sich um eine notwendige Aufwendung gehandelt habe. Der Anspruch sei daher schon vor Beendigung des Mietverhältnisses einforderbar. Der in § 11 des Mietvertrages vorgesehene Verzicht des Mieters auf Aufwendersatzanspruch gemäß §§ 1037, 1097 ABGB sei daher ebenfalls rechtsunwirksam, da es hierfür keine sachliche Rechtfertigung gebe, eine gröbliche Benachteiligung des Mieters vorliege. Da es sich bei § 1096 ABGB um eine Sondergewährleistungsnorm handle, sei diese Bestimmung überdies durch § 9 KSchG zwingend gestellt. Gemäß letzterer Bestimmung könnten Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers im Regelfall durch Vereinbarungen nicht beschränkt werden, sodass Punkt 5 des Mietvertrages (Einschränkung der der Vermieterseite treffende Erhaltungspflicht) auch gemäß § 9 KSchG nichtig wäre.

Die Beklagte bestritt und wendete ein, dass die Therme bei Übergabe funktioniert habe. Dieser Nachweis sowie ein Wartungsnachweis und eine Prüfplakette sei im November 2005 seitens der Beklagten nachgebracht worden,

auch damals habe die Therme funktioniert. Es gehe nicht hervor, wie lange (seit wann bis wann) der Mieter tatsächlich ohne Warmwasser und Heizung gewesen wäre. Auch die rechtlichen Ausführungen der klagenden Partei seien unzutreffend, zumal es sich beim verwendeten Mietvertrag nicht um ein Vertragsformularblatt handle. Künftige Mieter, auch Konsumenten, würden üblicherweise die abzuschließenden Verträge im einzelnen durchlesen und sich über Rechte und Pflichten informieren. Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass die Möglichkeit der Überbindung der Erhaltungspflicht davon abhängig sei, ob ein gleichbleibender Vertrag verwendet werde oder ob jeweils individuell ein Vertrag erstellt und abgeschlossen werde. Der Gesetzgeber habe in der Novelle zum MRG 2006 einen Ersatzanspruch des Mieters für den Austausch der schadhaft gewordenen Therme aufgenommen. Der Gesetzgeber gehe daher selbst davon aus, dass eine Überwälzung der Kosten des Austausches der Therme auf den Mieter möglich sei, sodass eine sachliche Rechtfertigung vorliege. Die Überwälzung der Austauschkosten der Heiztherme stehe daher nicht in einem auffallenden Missverhältnis zur Rechtsposition des anderen. Weiters liege kein Gewährleistungsfall vor. Die Therme sei nämlich sowohl bei Mietvertragsabschluss als auch bei Übergabe und auch noch im November 2005 funktionsfähig gewesen. Gemäß MRG treffe den Vermieter nur die Erhaltungspflicht hinsichtlich ernster Schäden des Hauses. Werde vertraglich nichts vereinbart, trete bezüglich Boiler und Heiztherme aufgrund des unregulierten Bereiches eine "Pattstellung" ein. Im vorliegenden Fall sei jedoch über die Erhaltungspflicht eine vertragliche Vereinbarung getroffen worden, die im Hinblick darauf, dass § 1096 ABGB nachgiebiges Recht wäre, auch zulässig sei. Die Überwälzung der Erhaltungskosten auf den Mieter sei daher zulässig. Diese falle auch unter die ersatzfähigen Aufwendungen gemäß § 10 Abs. 3 Zif. 1 MRG unter den dortigen Voraussetzungen.

Dagegen replizierte die Klägerin, dass der Mieter die Wohnung von Anfang Dezember 2005 bis zum Austausch der Therme Ende Mai 2006 nicht ordnungsgemäß beheizen konnte, und auch nicht über Warmwasser verfügte. Der Grund für das Zuwarten mit dem Austausch der Therme sei die Korrespondenz mit der Beklagten sowie die ausstehende Klärung der Möglichkeit einer Reparatur gewesen. Beim abgeschlossenen Nutzungsvertrag sei ein

Standardmietvertragsformular der Beklagten verwendet worden, die vorformulierten Bestimmungen würden von dieser regelmäßig für den Abschluss der Nutzungsverträge verwendet. Es handle sich um ein Vertragsformblatt im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB und sei daher der Inhaltskontrolle jedenfalls zugänglich. Im übrigen habe auch der OGH in seiner Entscheidung 11.10.2007, 7 Ob 78/06 ausgesprochen, dass die Erhaltungspflicht des Vermieters Ausdruck der bestandrechtlichen Gewährleistungspflicht sei. Jeder Versuch, diese Erhaltungspflicht einzuschränken, sei ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 KSchG. Letztere zitierte Entscheidung habe sich auch mit der Zulässigkeit der Überwälzung der Erhaltungspflicht für den Mietgegenstand auf den Mieter im Vollenwendungsbereich des MRG befasst. Es sei daher zusammenfassend jegliche Überwälzung von Erhaltungspflichten auf den Mieter im Vollenwendungsbereich, die über die zwingenden Bestimmungen des § 8 Abs. 1 Zif. 2 MRG hinausgehen würden, unzulässig, weil gemäß § 8 Abs. 1 MRG abschließend und zwingend geregelt sei, inwieweit den Mieter im Vollenwendungsbereich des MRG Erhaltungspflichten treffen würden.

Beweis wurde erhoben durch Einvernahme der Zeugen [REDACTED] C [REDACTED] [REDACTED] D [REDACTED], [REDACTED] Ch [REDACTED], Einsicht in einen Nutzungsvertrag, ein Übergabeprotokoll 01.08.2005, Schreiben 04.01.2006, 05.01.2006, 30.05.2006, eine Abtretungsvereinbarung 09.10.2006 (.1/A bis .1/F), eine Rechnung 24.11.2005, Schreiben 16.01.2007 (.1/1 bis .1/2), Einholung eines Sachverständigengutachtens (Heiztechnik) sowie Einsicht in den übrigen entscheidungswesentlichen Akteninhalt.

Demnach steht fest:

Mit Mietvertrag vom 01.08.2005 mietete [REDACTED] C [REDACTED] ab 01.08.2005 die Wohnung [REDACTED] Wien, [REDACTED]straße [REDACTED] zu Wohnzwecken von der Beklagten an. Aufgrund des Mietgegenstandes fällt der Vertrag in den Vollenwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes und unterliegt den Bestimmungen des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes.

Die §§ 8 und 11 des Nutzungsvertrages lauten wie aus dem Anhang zu diesem Urteil ersichtlich.

Im Zeitpunkt der Übergabe der Wohnung am 1.8.2005 war in dieser eine Kombigastherme vorhanden. Im Zuge der Übernahme wurde ein Kurztest dieser Therme durch einen Vertreter der beklagten Partei insofern durchgeführt, als bei Aufdrehen der Warmwasserhähne heißes Wasser vorhanden war und bei einer Betätigung der Heizthermostate sich alle Radiatoren erwärmten. Wartungsnachweise bzw. eine Prüfplakette fehlten allerdings. Aus diesem Grund kündigte der Vertreter der Beklagten an, in absehbarer Zeit einen Installateur mit der Vergabe der Prüfplakette zu beauftragen (Zeuge [REDACTED] O [REDACTED]). Aus diesem Grund wurde auch im Übergabeprotokoll unter der Rubrik "Heizung/Prüfbrief/Plakette" festgehalten, dass die "Funktion ok" sei, jedoch Wartungshinweise und eine Co-Prüfplakette nicht vorhanden wären (.1/B; Zeuge [REDACTED] C, [REDACTED]).

Da der Mieter [REDACTED] C [REDACTED] in der Folge die Wohnung renovieren ließ, wurde diese nicht gleich bezogen. Eine Wartung sowie die Vergabe der Prüfplakette erfolgte über Auftrag der Beklagten am 10.10.2005 (Rechnung Firma D [REDACTED] GmbH vom 22.11.2005; .1). Diese Wartung hatte lt. Rechnung eine Prüfung der Funktion und Dichtheit umfasst, am 14.11.2005 wurde auch eine Abgasmessung, die keine überhöhten Abgaswerte feststellte, vorgenommen (.2). Nicht feststellbar ist, wie die Funktionsprüfung der Therme durch die Fa. D [REDACTED] erfolgte.

Im Dezember 2005 wollte [REDACTED] C [REDACTED] erstmals die Wohnung beheizen, was aber nicht möglich war, da trotz ordnungsgemäßem Hinaufschalten der Thermostate die Radiatoren nicht ausreichend warm wurden (Zeugen [REDACTED] O [REDACTED], [REDACTED] Ch [REDACTED]). Auch eine vom Mieter veranlasste Entlüftung brachte keinen Erfolg, woraufhin der Beklagte einen Installateur mit der Überprüfung beauftragte. Dieser erteilte die Information, dass die Pumpe defekt wäre. Dies wurde auch von einem in der Folge seitens der Beklagten beauftragten Installateur festgestellt. Beide Professionisten kamen zu dem Ergebnis, dass aufgrund des veralteten Modells ein Austausch der Kombitherme zwingend notwendig wäre (Zeuge [REDACTED] O [REDACTED], Zeuge [REDACTED] Ch [REDACTED]). Da die Beklagte in der Folge den Austausch der Therme verweigerte, der Mieter jedoch die Wohnung beheizen musste, ließ dieser auf eigene Kosten eine neue Therme installieren, wofür er den Klagsbetrag aufwendete (Zeugen [REDACTED] O [REDACTED], [REDACTED] Ch [REDACTED] .1/E).

Mit Abtretungsvereinbarung vom 09.10.2006 hat ██████ O. ██████ seinen Anspruch auf Rückerstattung für diese Reparaturkosten - aus welchem Rechtsgrund auch immer - gegen die beklagte Partei zum Inkasso und der Klagsführung an die klagende Partei abgetreten (. / F).

Im Zeitpunkt der Übergabe war die Therme 33 Jahre alt. Für eine Gastherme wird eine Nutzungsdauer von 15 Jahren zu Grunde gelegt. Die durchschnittliche Lebensdauer beträgt laut Erfahrungswerten zirka 20 Jahre.

Die Kombitherme weist eine Leistung von 15.000 kcal, das entspricht 17,4 kW auf.

Ursache für die fehlende Funktionsfähigkeit der Therme im Dezember 2005 war mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die nicht funktionierende Weiche (Umsteuerventil, Heizung/Warmwasserbereitung). Diese ermöglichte zwar die Warmwasserbereitung, nicht jedoch die Abgabe der vollen Wärmeleistung an das Heizungssystem (Sachverständigengutachten).

Dieser Mangel war mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bereits im Übergabezeitpunkt vorhanden.

Das Gericht ging von nachstehenden Erwägungen aus:

Die getroffenen Feststellungen stützen sich zunächst auf die in den (Zitaten) angeführten Beweismittel, auf die verwiesen wird.

Strittig war ausschließlich, ob der vom Sachverständigen festgestellte Mangel bereits im Übergabezeitpunkt vorhanden war. Fest steht, dass im Übergabezeitpunkt lediglich ein kurzfristiger (2 bis 3 Minuten) Lasttest durchgeführt wurde, der ergab, dass heißes Wasser vorhanden war und auch die Radiatoren erwärmten. Dazu deponierte der Zeuge ██████ Ch. ██████ dass anlässlich dieses Lasttestes die "Radiatoren warm" wurden. Der Zeuge ██████ C. ██████ sagte aus, dass dabei festgestellt worden sei, dass alle "Radiatoren ausreichend heiß" wurden.

Der Zeuge ██████ D█████ bestätigte allgemein lediglich eine "ordnungsgemäße Funktion der Heizung". Schon daraus ergibt sich, dass im Übergabezeitpunkt offenbar lediglich kurz geprüft wurde, ob die Radiatoren erwärmen, ob diese „heiß“ oder „warm“ wurden, von den Beteiligten subjektiv unterschiedlich empfunden wurde. Dazu führte der Sachverständige aus, dass ein Lasttest, wie tatsächlich vorgenommen, schon deshalb nicht aussagekräftig sein könne, da erst bei einer Vorlauftemperatur von über 60 Grad Celsius die volle Wassermenge durch das eigentliche Heizsystem fließe und erst ab diesem Zeitpunkt eine ordnungsgemäße Funktion der Therme feststellbar sei. Dass jedenfalls die nicht funktionierende Weiche (Umsteuerventil) Fehlerursache war, ergibt sich für den Sachverständigen daraus, dass bei einer defekten Umwälzpumpe auch die Warmwasserbereitung nicht funktioniert hätte. Die Feststellung, dass dieser Mangel bereits im Übergabezeitpunkt vorlag, ergibt sich für das Gericht ebenfalls (indirekt) aus den Ausführungen des Sachverständigen. Laut dessen Gutachten wird nämlich zunächst während des Aufheizvorganges ein Teil des Vorlaufwassers über eine Weiche (Umsteuerventil) und Kurzschlussstrecke dem Rücklauf beigemischt, das heißt, es wird zuerst die Temperatur über einen internen Heizungskreislauf auf 60 Grad Celsius erwärmt, was bewirkt, dass zunächst die Radiatoren merkbar erwärmen, dessen ungeachtet jedoch noch keine ordnungsgemäße Vollbeheizung vorliegt, da ein Teilstrom vorläufig über einen Heizkreis geht. Erst danach gibt das Umsteuerventil den Heizkreis frei. Sohin ist aus technischer Sicht erklärbar, dass sowohl am 01.08.2005 als auch bei der nachfolgenden Überprüfung durch die Firma D█████ trotz nicht ausreichend funktionsfähigen Umsteuerventil (aufgrund lediglich kurzfristiger Lasttests) die Radiatoren erwärmt wurden. Dem steht auch der Umstand, dass ein sukzessives Nichtfunktionieren des Umsteuerventils auszuschließen ist, nicht entgegen, da ein nicht funktionierendes Umsteuerventil lediglich die Abgabe der vollen Wärmeleistung an das Heizungssystem verhindert. Der Sachverständige konnte zwar nicht definitiv bestätigen, dass dieser Mangel bereits im Übergabezeitpunkt vorlag, konnte das Vorliegen dieses Mangels jedoch auch nicht ausschließen. Vielmehr hat das Beweisverfahren ergeben, dass eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen schon im Übergabezeitpunkt spricht.

Die übrigen Feststellungen stützen sich auf das unbestritten gebliebene Vorbringen der Parteien und auf die Urkunden.

Rechtlich folgt daraus:

Entgegen der von der beklagten Partei vertretenen Auffassung handelt es sich bei dem von ihr verwendeten Mietvertragsformular sehr wohl um ein Vertragsformularblatt iSd § 864a. AGB und Vertragsformularblätter iSd leg cit zeichnen sich nicht durch ihre Form (etwa durch blaß grauen Druck oder gesonderte Beilegung zum Vertrag, wie von der beklagten Partei suggeriert), sondern vielmehr dadurch aus, dass sie von einer Vertragspartei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen sind (siehe *Rummel*, ABGB, § 864a Rz 1). Es ist auch unerheblich, ob der Verwender der AGB bereit ist, über sie zu verhandeln und sie ggf abzuändern (siehe *Rummel*, ABGB, § 864a Rz 2) oder ob Verbraucher die gegenständlichen Klauseln lesen bzw. sich über Rechte und Pflichten, die sich aus einem Vertragsabschluss ergeben, informieren. Der gegenständliche Mietvertrag ist daher einer Geltungs-, Inhalts- und Transparenzkontrolle zugänglich. Bzgl § 8 der Beilage .A kann eine solche Prüfung aber unter Hinweis auf die zum Vollanwendungsbereich des MRG ergangene Entscheidung 1 Ob 241/06g unterbleiben, da die inkriminierte Klausel gegen zwingendes Recht (§ 9 KSchG) verstößt und somit jedenfalls unwirksam ist:

Gem § 3 Abs 1 Satz 2 MRG bleibt im Erhaltungsverpflichtungsregime des Vermieters "§ 1096 ABGB unberührt". Nach § 1096 Abs 1 zweiter Satz ABGB wird der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maß der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit, wenn das Bestandsstück bei der Übergabe derart mangelhaft ist oder es während der Bestandzeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft wird, dass es zu dem bedungenen Gebrauch nicht taugt. In dieser Regelung ist nach ständiger Rechtsprechung (ua 1 Ob 241/06g) eine dem Wesen des Bestandverhältnisses angepasste Gewährleistungsbestimmung besonderer Art zu sehen; wobei nicht nur der auf die Mangelhaftigkeit bei der Übergabe abstellende Regelungsgehalt der leg cit, sondern auch die auf später auftretende Mängel abstellenden Rechtsfolgen (insofern entgegen allgemeinen Grundsätzen, nach denen nur bei Übergabe bestehende Mängel unter dem Gesichtspunkt der

Gewährleistung zu betrachten sind) als spezifisch bestandrechtliches Gewährleistungsregime gelten (RS0021326 mwN, 1 Ob 241/06g). Gem § 9 Abs 1 KSchG idF des GewRÄG, BGBl I 2001/48, können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers (§§ 922 bis 933 ABGB) vor Kenntnis des Mangels aber nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Der Klammerausdruck war in der alten Fassung nicht enthalten, sodass allgemein die Auffassung vertreten wurde, dass von § 9 KSchG alle gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, die für Verbrauchergeschäfte beachtlich sein können, umfasst werden, also auch der Anspruch nach § 1096 ABGB. Diese Ansicht ist für § 9 KSchGnF aufrecht zu erhalten, da sich kein Hinweis darauf ergibt, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung des Konsumentenschutzes habe vornehmen wollen (7 Ob 78/06f mwN, 1 Ob 241/06g). Das gesamte verbraucherbezogene Gewährleistungsrecht ist daher zwingendes Recht. Wird aber der Mieter generell zur Wartung, Instandhaltung und Erneuerung aller für den Mietgegenstand bestimmten Einrichtungen und Geräte verpflichtet, so kann die Mietzinsminderung des § 1096, die wie oben gezeigt wurde, zwingendes Recht darstellt, nie zur Anwendung gelangen. § 8 des gegenständlichen Mietvertrages dient daher der Abbedingung zwingenden Rechts und ist daher insofern unwirksam. Im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion von AGB ist § 8 der Beilage A jedoch als von der klagenden Partei zu entkräftendes Beweisstück für die Freiheit des Mietobjektes von offenen Mängeln bei Übergabe zu werten.

Verband
klog-
entsch.

Die Argumentation der beklagten Partei, wonach der durch die Novelle des MRG 2006 geschaffene Ersatzanspruch des Mieters für den Austausch der schadhaft gewordenen Therme belege, dass der Gesetzgeber davon ausgehe, dass "eine Überwälzung der Kosten des Austausches der Therme auf den Mieter überwältigt werden" könne (Punkt 4. / Einspruch), vermag nicht zu überzeugen. Die neu eingefügte Bestimmung kann durchaus iSd stRsp interpretiert werden; richtigerweise stellt der Ersatzanspruch nach § 10 MRG vielmehr eine Ergänzung der gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen und Ansprüche dar. Der Mieter könnte sich etwa am Ende des Mietverhältnisses für die Einklagung der Reparaturkosten gem § 10 MRG und gegen deren Geltendmachung nach gewährleistungsrechtlichen Regeln entscheiden, wenn der gewährleistungsrechtliche Anspruch gem § 933 bereits verjährt ist. Außerdem kann der Mieter auf den Ersatzanspruch gem § 10 MRG im Gegensatz zu

gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen im Vorhinein verzichten, was sich in den Vertragsverhandlungen mietzinssenkend auswirken kann. Wäre es hingegen die Absicht des Gesetzgebers bei der Neufassung von § 10 Abs 3 Z1 gewesen, die Systemwidrigkeit der stRsp aufzuzeigen und die Abdingbarkeit des auf später auftretende Mängel abstellenden Regelungsgehalt des § 1096 ABGB klarzustellen, so würden diese Überlegungen auch aus den Materialien (Nr. 1530 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXII. GP, Bericht des Justizausschusses über die Regierungsvorlage, 1183 der Beilagen) mit Deutlichkeit hervorgehen. Im Bericht des Justizausschusses finden sich jedoch keine entsprechenden Anhaltspunkte, sodass die Annahme, der Gesetzgeber habe mit der Novellierung des MRG den Mieterschutz verbessern wollen, naheliegender und überzeugender ist. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der OGH seine Rechtsauffassung auch in der *nach* der Novellierung des MRG ergangenen Entscheidung 1 Ob 241/06g beibehalten hat und daher offenbar der Auffassung ist, dass der Gesetzgeber mit der gegenständlichen Novellierung nicht die Systemwidrigkeit seiner Judikaturlinie klarstellen wollte.

Am Ende des Mietverhältnisses greift jedenfalls die Ersatzpflicht gem § 10 Abs 3 Z 1. Diese am 26.07.2006 erlassene Bestimmung gilt auch für vor diesem Datum geschlossene Dauerschlussverhältnisse (vgl *Koziol/Welser* I, 13. Auflage, S. 39).

Lag der Mangel bei Übergabe vor oder trat er im Laufe des Schuldverhältnisses auf, so ist die beklagte Partei zum Ersatz der Reparaturkosten aus dem Titel der Gewährleistung verpflichtet. Die vereinzelt vertretene Rechtsauffassung, eine Wohnung mit einer 30 Jahre alten Heiztherme könne gar nicht "in gutem und brauchbaren Zustand" übergeben werden, da bei einem solchen Gerät nicht zu erwarten sei, dass es über längere Zeit hindurch seiner Funktion gerecht werde, überzeugt ebenfalls nicht. Eine außergewöhnlich alte Therme führt nur dazu, dass die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts höher ist als bei einer jüngeren Therme; auch bei älteren Geräten ist der Schaden jedoch noch nicht per se *in nucleo* angelegt. Das Gewährleistungsrecht soll jedoch nicht die Wahrscheinlichkeit von Schadenseintrittsfällen reduzieren, sondern nur bei

konkreten Mängeln Abhilfe schaffen. Es ist daher ein konkreter Mangel nachzuweisen.

Gemäß § 924 ABGB wird Gewähr für Mängel geleistet, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteiles vermutet, wenn der Mangel innerhalb von 6 Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Dies trifft für den vorliegenden Fall zu, da die Wohnung am 01.08. übergeben wurde, der gegenständliche Mangel erstmals im Dezember ersichtlich wurde. Der beklagten Partei ist nach den getroffenen Feststellungen auch nicht der Beweis gelungen, dass der Mangel im Übergabezeitpunkt nicht vorlag, vielmehr spricht eine wesentlich höhere Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil. Die beklagte Partei ist daher zum Ersatz der Kosten für den Austausch der Kombitherme verpflichtet.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 41 Abs 1 ZPO, wobei der klagenden Partei jedoch nur die tatsächlich verbrauchten Kostenvorschüsse von € 786,- (Gutachten) zuzusprechen waren; der Restbetrag wurde rücküberwiesen.

Bezirksgericht Liesing
1230 Wien, Haeckelstraße 8
Abt. 6, am 07.02.2008

Mag .Irene Bauer-Moitzl
Richterin
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Zustand des Nutzungsgegenstandes Erhaltungspflicht des Nutzungsberechtigten

Anlage

Der Nutzungsberechtigte hat den Nutzungsgegenstand besichtigt und übernimmt ihn unter Verzicht auf die Rüge von offenen Mängeln, die nicht in einem von beiden Vertragspartnern unterfertigten Übergabeprotokoll festgehalten sind.

Der Nutzungsberechtigte verpflichtet sich, den Nutzungsgegenstand samt Zubehör vertragsgemäß und schonend zu benützen sowie den Nutzungsgegenstand und die für diesen bestimmten Gerätschaften und Einrichtungen (insbesondere die Lichtleitungs-, Gasleitungs-, Wasserleitungs-, Wärmeversorgungs- und sanitären Anlagen) auf seine Kosten so zu warten und Instand zu halten, dass der Genossenschaft und den anderen Nutzungsberechtigten des Hauses kein Nachteil erwächst. Er hat auf seine Kosten notwendig Reparaturen unverzüglich vornehmen und unbrauchbar gewordene oder werdende Gerätschaften erneuern zu lassen.

Kommt der Nutzungsberechtigte seiner Erhaltungs- und Instandsetzungspflicht trotz Fristsetzung nicht nach oder liegt Gefahr im Verzug vor, so kann die Genossenschaft die zur Mängel- oder Schadensbehebung erforderlichen Maßnahmen auf Kosten des Nutzungsberechtigten ohne weitere Verständigung sofort durchführen lassen.

Ernste Schäden des Hauses werden von der Genossenschaft behoben und aus dem Erhaltungs- und Verbesserungsbeitrag finanziert. Der Nutzungsberechtigte hat der Genossenschaft derartige Schäden bei sonstiger Schadenersatzpflicht unverzüglich anzuzeigen.

§ 11

Veränderungen des Nutzungsgegenstandes

Jede beabsichtigte Veränderung des Nutzungsgegenstandes hat der Nutzungsberechtigte der Genossenschaft unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Sie darf nur nach schriftlicher Zustimmung der Genossenschaft vorgenommen werden. Eine solche Zustimmung wird insbesondere nur dann erteilt, wenn sich der Nutzungsberechtigte gleichzeitig verpflichtet, bei Endigung des Nutzungsverhältnisses den früheren Zustand wiederherzustellen. Auf einen Ersatzanspruch des Nutzungsberechtigten gem. §§ 1037 und 1097 ABGB für einen

von ihm getätigten nützlichen Aufwand wird ausdrücklich verzichtet. Ersatzansprüche für getätigte Aufwendungen werden gemäß § 20 Abs. 5 Z 1 - 4 WGG abgegolten.