

Herausgegeben von
Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger
Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Schuhmacher
DDr. Franz W. Urlesberger
Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

Schriftleiter: Wolfgang Schuhmacher

wirtschaftsrechtliche blätter:wbl

Zeitschrift für österreichisches
und europäisches Wirtschaftsrecht

SpringerWienNewYork

Heft 3 März 2012 26. Jahrgang

ISSN 0930-3855 WIBLE2 26 (3) 121-180 (2012)

Wirtschaftsrechtliche Blätter 26, 121-126 (2012)
DOI 10.1007/s00718-012-0170-6
Printed in Austria

wbl

§ 879 Abs 3 ABGB und Erhaltungskosten in Einkaufszentren

von RA Dr. Rudolf Lessiak, Wien

Offen ist, ob der von einem Teil der Judikatur zur Prüfung von Erhaltungsverpflichtungen in Bestandverträgen herangezogene § 879 Abs 3 ABGB auch auf Bestimmungen zur Überbindung von Erhaltungskosten in Bestandverträgen in Einkaufszentren Anwendung finden kann oder ob im Sinne eines anderen Teils der Judikatur diese Prüfung schon am Fehlen der Anwendungsvoraussetzungen der genannten Norm scheitert. Weiters wird die Frage erörtert, ob verhandelte und allenfalls veränderte Bestandvertragsmuster hinsichtlich ihrer unveränderten Klauseln als AGB zu behandeln sind oder nicht.

Deskriptoren: AGB; Bestandvertrag; Einkaufszentren; Erhaltungspflicht.
ABGB: §§ 879, 1096.

- I. Ausgangslage und Fragestellung
- II. Erhaltungspflicht als Hauptleistung?
- III. Vertragsmuster in Einkaufszentren als AGB?
- IV. Zusammenfassung

I. Ausgangslage und Fragestellung

Die Frage, ob die umfassende Überwälzung von Erhaltungspflichten im Bestandvertrag zulässig ist, wurde bisher von der Judikatur¹⁾ primär für Wohnraummieten im Vollanwendungsbereich des MRG und in Verbrauchermietverträgen behandelt. Diese Frage hat auch große praktische Bedeutung für Bestandverträge in Einkaufszentren.

Bestandverträge in Einkaufszentren folgen typisch einem vom Bestandgeber ausgearbeiteten

Vertragsmuster. Weiters ist es in Einkaufszentren Standard²⁾, dass dem Bestandnehmer nicht nur die Erhaltung der Innenräume seines Bestandobjektes, sondern auch die Kosten der Erhaltung³⁾ des Bestandgebäudes einschließlich seiner Außenanlagen überbunden werden.

²⁾ Worauf *Vonkilch* (FN 1) wobl 2011, 93 in FN 3, zutreffend hinweist.

³⁾ Auch dieser Begriff der „Erhaltungskosten“ muss in der Praxis weit verstanden werden. Er umfasst gleichermaßen Kosten, die man dem laufenden Betrieb oder der Instandhaltung oder der Instandsetzung zuordnen könnte. Denn die Frage, ob an einer Gemeinschaftsanlage in einem Einkaufszentrum laufend eine Vielzahl von Kleinstwartungen (Kleinstreparaturen) vorgenommen wird, die man dem laufenden Betrieb zuzuordnen hätte oder ob die Abstände etwas länger, mehrere gleichartige Arbeiten verbunden und auch die Aufwände etwas größer werden, sodass man schon von laufender Instandhaltung sprechen müsste oder ob man solche Arbeiten solange nur im allernötigsten Kleinstumfang erledigt, bis man dann eine aufwändige Reparatur oder gleich eine grundlegende Erneuerung und Modernisierung durchführt, die schon eher der Instandsetzung zuzuordnen wäre, folgt nicht rechtlichen Begriffsbildungen, sondern den praktischen Anforderungen einer effizienten und wirtschaftlichen Betriebsführung des Einkaufszentrums.

¹⁾ Vgl OGH 22.12.2010, 2 Ob 73/10i. Für die umfangreiche Judikatur zu diesem Themenkreis, insbesondere die vorangegangenen drei „Klauselentscheidungen“ und die, in wesentlichen Punkten divergierende, Literatur wird auf die Nachweise in eben dieser OGHE verwiesen sowie weiters auf *Pletzer*, Mietrechtliche „Klauselentscheidung“ – die Vierte, Zak 2011, 106; *Vonkilch*, Mietvertragliche Erhaltungs- und Endrenovierungspflichten nach der 4. „Klausel-Entscheidung“, wobl 2011, 93, bei-
de mwN.

II. Erhaltungspflicht als Hauptleistung?

Die Prüfung nach § 879 Abs 3 erfasst nur eine Vertragsbestimmung, „die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt“.

Dazu hat der OGH⁴⁾ ausgeführt, dass die „Ausmalverpflichtung“ bei Beendigung des Mietverhältnisses keine Hauptleistung und deshalb – unter diesem Gesichtspunkt – § 879 Abs 3 anwendbar sei.

Dem ist nicht entgegenzutreten. Denn im konkreten, dem OGH vorliegenden, Sachverhalt eines auf fünf Jahre mit Verlängerungsoption abgeschlossenen Wohnungsmietvertrages ist diese Verpflichtung dem Bereich vertraglicher Nebenleistungen bei Beendigung des Mietverhältnisses zuzuordnen und nicht den im Dauerschuldverhältnis unmittelbar im Austauschverhältnis der Vertragsparteien stehenden Regelungen über die vom Bestandnehmer laufend zu erfüllenden Erhaltungspflichten.

Nachvollziehbar ist daher, dass der OGH im zitierten Erkenntnis auf die im Frühjahr des selben Jahres ergangene Entscheidung⁵⁾ des 3. Senats des OGH nicht einging, welche die Verpflichtung des Mieters zur laufenden (und vollständigen) Erhaltung des Mietobjektes als Hauptleistungspflicht beurteilt, sohin als „im Synallagma stehende“ Leistungspflicht des Mieters.

In jenem, nur dem Teilanwendungsbereich des MRG (sohin insbesondere nicht den Erhaltungsregelungen der §§ 3 und 8 MRG) und auch nicht dem KSchG unterliegenden, vom OGH beurteilten Mietvertrag war der Mieter verpflichtet worden „das Mietobjekt pfleglich zu behandeln und es auf eigene Kosten in ordentlichem und guten Zustand zu erhalten“. Eine Entschädigung für Investitionen des Mieters war ausgeschlossen.

Nachdem der OGH – unter Zitat der einschlägigen Vorjudikatur – klargestellt hatte, dass „die Pflicht des Bestandgebers zur laufenden Instandhaltung abdingbar und auf den Bestandnehmer überwälzbar ist“ kam er zum hier interessierenden Kern der Qualifikation dieser Erhaltungspflicht. Ausgehend vom Beispiel einer Instandsetzungsvereinbarung, die der OGH als „Mietzinsvereinbarung“ qualifizierte, führte er aus:

„Nicht anders ist eine Vereinbarung zu behandeln, nach welcher der Vermieter zwar die Übergabe in einem bestimmten Zustand schuldet, aber für die Zeit nach Übergabe die Vereinbarung trifft, dass der Mieter diesen Zustand selbst zu erhalten (gegebenenfalls auch zu verbessern – 3 Ob 633/85) hat. Dadurch wird die „Sollbeschaffenheit“ des Bestandobjektes für die Zeit nach Übergabe vertraglich dahin determiniert, dass der Vermieter ab Übergabe nur noch – plakativ gesprochen – den ursprünglichen bedungenen Gebrauch minus Ergreifen von Instandhaltungsarbeiten schuldet (Vonkilch, wobl 2007, 193). Der Vermieter schließt nicht Gewährleistungsansprüche aus; vielmehr

wird dem Mieter eine geldwerte, im Synallagma stehende positive Vertragspflicht auferlegt. ... Eine im Teilanwendungsbereich des MRG geschlossene, nicht dem KSchG unterliegende Vereinbarung, womit dem Mieter in Abänderung der dispositiven Regelung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB Instandhaltungspflichten für die Zeit ab Übergabe des Bestandobjektes auferlegt werden, ist als Mietzinsvereinbarung zu qualifizieren, die jedenfalls bei freier Zinsbildung zulässig ist“.

Dass der 3. Senat des OGH diese für § 879 Abs 3 entscheidende Qualifikationsfrage, ob die Verpflichtung zur laufenden Erhaltung Hauptleistung oder bloß Nebenleistung des Mieters sei, dennoch offen gelassen habe, kann angesichts dieser präzisen Ausführungen des OGH wohl nicht aufrecht erhalten werden. Denn wenn die Instandhaltungsverpflichtung – wie dies in der zitierten OGHE geschieht – als „Mietzinsvereinbarung“ qualifiziert wird, die daher eine „im Synallagma stehende positive Vertragspflicht“ ist, dann ist das gerade die „Hauptleistung“, welche von der Prüfung gemäß § 879 Abs 3 ausgenommen sein sollte⁶⁾.

Dem steht gegenüber die erstzitierte OGHE⁷⁾, in welcher der 2. Senat des OGH aufgrund einer Verbandsklage in einem Verbrauchermietvertrag, der – soweit der Entscheidung zu entnehmen – dem Vollenwendungsbereich des MRG unterlag, die Überbindung der laufenden Erhaltungspflichten auf den Mieter nach Darstellung der diesbezüglich divergenten Literaturmeinungen nach § 879 Abs 3 beurteilte, da „die Überwälzung unbestimmter Erhaltungsarbeiten als Nebenbestimmung und nicht als Hauptleistung zu qualifizieren ist.“

Ob sich im Entscheidungssachverhalt die Nichtigkeit der verfahrensgegenständlichen Klausel nicht besser über § 9 KSchG hätte begründen lassen, indem man nicht über den „sondergewährleistungsrechtlichen“ Zinsminderungsanspruch des § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB, sondern über eine analoge Heranziehung des § 9 KSchG bei Verbraucherverträgen argumentiert⁸⁾, kann für die hier interessierenden Sachverhalte der Bestandverträge in Einkaufszentren⁹⁾ offen bleiben.

Nicht übertragbar sind die hier geschilderten Ausführungen des OGH zur Wohnraummiete in einem Verbrauchervertrag auf Bestandverträge in

⁶⁾ So auch Pletzer, Erhaltungspflichten im Mietrecht – zum aktuellen Stand der Diskussion, bbl 2010, 131, 138, welche diese Position des 3. Senats, dass laufende Erhaltungspflichten des Mieters Hauptleistungen seien, klar erkennt, wenngleich sie diesen Standpunkt wohl nicht teilt und auf deren detaillierte Darstellung der divergierenden Literaturmeinungen hier verwiesen wird.

⁷⁾ 2 Ob 73/10i (FN 1).

⁸⁾ Vgl dazu Leupold, Zur Ausmalpflicht des Mieters, Zak 2010, 103, 104.

⁹⁾ Die typisch keine Verbraucherverträge sind und ebenso typisch nur dem Teilanwendungsbereich des MRG, sohin insbesondere nicht den §§ 3 und 8 MRG unterliegen, sodass sich die Frage des „Graubereichs“ zwischen dem MRG einerseits und § 1096 ABGB andererseits nicht stellt.

⁴⁾ OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a.

⁵⁾ OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a.

Einkaufszentren schon deshalb, weil in den letztgenannten Fällen die umfassende Übertragung der Erhaltungspflichten auf den Bestandnehmer gerade im Kernbereich der wechselseitigen Hauptleistungen liegt. Zentrale Leistungspflicht des Bestandgebers ist die Zurverfügungstellung der Nutzungsmöglichkeit des Bestandobjektes, wozu notwendig und ganz wesentlich auch die Nutzungsmöglichkeit der allgemeinen Teile und allgemeinen Einrichtungen des Bestandgebäudes, des Einkaufszentrums, gehört. Gerade um das Einkaufszentrum insgesamt nutzen zu können, siedelt sich der Bestandnehmer dort an. Zentrale Leistungspflicht des Bestandnehmers ist das vereinbarte Entgelt. Das sind ganz wesentlich die Zahlungen zur Erfüllung der ihm für die gesamte Laufzeit dieses Dauerschuldverhältnisses überbundenen Erhaltungsverpflichtung, die gemeinsam mit dem gesondert ausgewiesenen „Mietzins“ das von ihm geschuldete Entgelt bilden. Diese zentrale Hauptleistung, die „Sollbeschaffenheit des Bestandobjektes für die Zeit nach Übergabe“ (wie dies der 3. Senat in der vorgenannten Entscheidung ausführt), wird „vertraglich determiniert“ durch die als Hauptgegenstand des Leistungsaustausches zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer vereinbarte (umfassende) Erhaltungspflicht des Bestandnehmers.

Nun führt der 2. Senat zwar aus, dass „*inhaltlich bestimmte, von vornherein in Geld bewertbare und einem bestimmten Zeitraum zuordenbare Erhaltungspflichten als Hauptleistung, die Überwälzung unbestimmter Erhaltungsarbeiten, bei denen das „Ob“, „Wann“ oder „Wieviel“ nicht feststehe, aber als Nebenbestimmungen zu qualifizieren*“ seien.

Das geht im Kern bereits auf die Gesetzesmaterialien¹⁰⁾ zurück und wird in diesem Kernbereich insoweit zutreffen, als unbestimmte und auch nicht bestimmbar Leistungspflichten schon deshalb nicht in dem vom Anwendungsbereich des § 879 Abs 3 ausgenommenen „Austauschverhältnis“ der Hauptleistungen stehen können, weil unbestimmbar Leistungspflichten einer wirtschaftlichen Bewertung und daher der privatautonomen Beurteilung ihrer Angemessenheit zur Bildung der subjektiven Äquivalenz nicht zugänglich sind.

Von der vom OGH beschriebenen Unbestimmtheit kann hingegen bei der Verpflichtung zur Übernahme der Erhaltungskosten in Einkaufszentren keine Rede sein.

Denn das „Ob“ und das „Wann“ dieses zu leistenden Entgeltsanteils steht schon dadurch fest, dass diese Beträge – wie typisch in diesen Verträgen geregelt – mit den monatlichen Vorschreibungen zu akontieren sind und nach Vorliegen der Jahresabrechnung endabgerechnet werden.

Auch das „Wieviel“ ergibt sich aus der auf Basis der Abrechnung des Vorjahres zuzüglich absehbarer Kostensteigerungen erfolgenden Festsetzung

der Akontobeträge und letztlich aus der dann vorliegenden Jahresabrechnung.

Dass die exakte Höhe des vom Bestandnehmer zu leistenden Betrages daher nicht im Vorhinein eurogenau bestimmt, sondern eben nur bestimmbar, ist, kann der Qualifikation als Hauptleistung nicht entgegenstehen. Denn dieser Grad der Unbestimmtheit trifft auch auf den unstreitig als Hauptleistung zu qualifizierenden – in Einkaufszentren typischen – umsatzabhängigen Bestandzins zu, welcher der Höhe nach erst nach Vorliegen der Jahresumsatzabrechnung endgültig eurogenau bestimmt ist.

Dass der Begriff der „Hauptleistung“ in § 879 Abs 3 „eng“ auszulegen sei und Klauseln, die „das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen“ ebenfalls der Inhaltskontrolle unterliegen¹¹⁾, wird ganz zutreffend schon aus den Gesetzesmaterialien¹²⁾ abgeleitet, steht aber dem hier vertretenen Standpunkt der Unanwendbarkeit des § 879 Abs 3 nicht entgegen. Denn diese Einschränkungen ändern nichts daran, dass der die subjektive Äquivalenz bei Vertragsabschluss bildende Leistungsaustausch gerade nicht Gegenstand der Prüfung nach § 879 Abs 3 ist.

Das war bereits das Verständnis des Gesetzgebers. Denn das oben zitierte „enge“ Verständnis des Begriffs der „Hauptleistung“ war schon in den Gesetzesmaterialien nachgestellt dem dort einleitend genannten Grundsatz, der lautet¹³⁾:

„3. Der Relativsatz „die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegen“ soll von dieser Art der Inhaltskontrolle die Prüfung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung ausnehmen“.

Das wird in den EB näher ausgeführt und vor allem darauf verwiesen, dass Störungen dieser „Angemessenheit“, sohin Störungen in der Bildung der subjektiven Äquivalenz „*nur durch andere Rechts-einrichtungen abgeholfen werden (kann), die schon bestehen und ein geschlossenes System von Schutzmöglichkeiten ergeben*“, wozu die Gesetzesmaterialien die §§ 879 Abs 2 Z 4 (Wucher), 934 (laesio enormis) sowie 870 ff (Willensmängel) nennen.

Diese Ausnahme der die subjektive Äquivalenz bildenden Hauptleistungen vom Anwendungsbereich des § 879 Abs 3 hat gute Gründe. Denn die Inhaltskontrolle von „Hauptleistungen“ unter dem Aspekt ihrer „gröblichen Benachteiligung“ wäre ein massiver Eingriff in die Privatautonomie, die es außerhalb der gesondert typisierten Schutzbereiche (hier einschlägig MRG und KSchG) den Vertragsparteien auch gestatten muss, ein besonders gutes oder ein besonders schlechtes Geschäft abzuschließen, wenn das Grundprinzip jeder privatautonomen Rechtsordnung nicht gefährdet werden soll, dass die Richtigkeitsgewähr der subjektiven Äquivalenz primär durch das freie Spiel

¹¹⁾ Vgl OGH 11.05.2011, 7 Ob 173/10g; 18.09.2009, 6 Ob 104/09a, jeweils mwN.

¹²⁾ EBRV (FN 10), 47.

¹³⁾ EBRV (FN 10), 47.

¹⁰⁾ EBRV 744 BlgNR 16.GP, 47.

von Angebot und Nachfrage auf dem Markt¹⁴) besser gewahrt wird als durch zwingende zivilrechtliche „Schutznormen“, welche der Privatautonomie deutlich weniger Spielraum als das oben zitierte „System von Schutzmöglichkeiten“ einräumen.

Gerade bei Bestandverträgen in Einkaufszentren ist die Höhe der zu erwartenden Erhaltungskosten zentraler Bestandteil der Verhandlungen mit Bestandinteressenten. Mit der verstärkten Konkurrenz durch immer zahlreicher werdende Einkaufszentren und dem hohen Anteil von Bestandnehmern, die typisch in mehreren Einkaufszentren ihre Filialen betreiben, ist der Vergleich der zu erwartenden Erhaltungskosten zwischen einzelnen, möglichen Standorten inzwischen fester Bestandteil der Vertragsverhandlungen geworden. Dass die Regelung der Verteilung der Erhaltungskosten in einem (bestehenden) Einkaufszentrum bei Abschluss eines neuen Vertrages aus sachlichen Gründen nicht verhandelbar ist (siehe unten III), ändert daran nichts. Denn für die Bildung der subjektiven Äquivalenz des Bestandnehmers ist entscheidend, was er laufend für die Zurverfügungstellung des Bestandobjektes zu bezahlen hat. Gleichgültig, ob diese Kosten nach dem konkreten Erhaltungsaufwand (das ist in der Praxis der Normalfall) oder als jährlich nach dem Ergebnis der Abrechnung des Vorjahres ermittelter Zuschlag zum „Bestandzins“ oder als nicht ausgewiesener Teil des „Bestandzinses“ (aus dem dann der Bestandgeber wirtschaftlich eine Rücklage für solche Kosten bildet) auf ihn zukommen.

Diese zentralen Bewertungsfragen bei Bildung der subjektiven Äquivalenz durch die beiden Vertragsparteien nachträglich – mangels einer Verfristungsbestimmung auch Jahre nach Abschluss des Bestandvertrages – einer „Angemessenheitsprüfung“ durch das Gericht zu unterziehen, bewirkt genau jene Überforderung der Möglichkeiten der Rechtsprechung, die der Gesetzgeber vermeiden wollte, indem er die im Ministerialentwurf¹⁵) nicht vorgesehene Ausnahme der „beiderseitigen Hauptleistungen“ in § 879 Abs 3 bereits in der Regierungsvorlage eingeführt hat.

Die von *Vonkilch*¹⁶) prognostizierte „*durchaus diffizile (und gewiss zahlreiche Jahre in Anspruch nehmende) dogmatische Millimeterarbeit für die Judikatur ... im Detail herauszuarbeiten, wo genau jene Grenze verläuft, die die auch sub titulo § 879 Abs 3 ABGB nicht zu beanstandende Übertragung von Erhaltungspflichten auf Mieter von jener trennt, die bereits als gröblich benachteiligend anzusehen ist*“, wird dann, wenn die Judikatur generell die Überbindung der Erhaltungspflichten auf Bestandnehmer der Prüfung nach § 879 Abs 3 unterwerfen und sich damit auf das Feld des Nachvollzugs und der Beurteilung der bei Vertragsab-

schluss bestehenden subjektiven Äquivalenz unter Angemessenheitsgesichtspunkten begeben sollte, wohl eher zur Sisyphusarbeit.

Dass bei einer Prüfung der „gröblichen Benachteiligung“ einer umfassenden Überwälzung der Erhaltungspflichten auf den Bestandnehmer in Einkaufszentren der Vergleich mit dem dispositiven Recht nur wenig aussagekräftig ist, sei hier nur angemerkt¹⁷). Das vertragstypische Erfordernis, in einem Einkaufszentrum einheitliche Regelungen über die Erhaltungskosten für alle Bestandnehmer vorzusehen, insbesondere wenn der Vertrag in einem bereits bestehenden Einkaufszentrum mit einer Vielzahl von Bestandnehmern mit gleichartigen Erhaltungsvereinbarungen abgeschlossen wurde, wird ebenso zu berücksichtigen sein wie die Auffassung der unmittelbar beteiligten Verkehrskreise, das sind vor allem die übrigen Bestandnehmer, die sich an die von einem einzelnen Bestandnehmer in Prüfung gezogene Verteilungsregelung seit Jahren oder Jahrzehnten halten – um nur zwei Beispiele zu nennen.

Diese in der Judikatur des Einzelfalls kaum zu lösenden Fragen vermeidet die Rechtsauffassung des 3. Senats in seiner vorzitierten Entscheidung¹⁸), welche die Übertragung umfassender Erhaltungspflichten für die Zeit ab Übergabe des Bestandobjektes als Mietzinsvereinbarung qualifiziert, die vertragliche Hauptleistung ist, sodass diese Vertragsregelung, jedenfalls in der hier erörterten Sachverhaltskonstellation der Bestandverträge in Einkaufszentren, den Tatbestand des § 879 Abs 3 nicht erfüllen kann.

III. Vertragsmuster in Einkaufszentren als AGB?

Auch das Vorliegen einer weiteren Anwendungsvoraussetzung des § 879 Abs 3, nämlich dass die inkriminierte Vertragsbestimmung in „Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern“ enthalten ist, ist in der typischen Situation des Abschlusses eines Bestandvertrages in einem Einkaufszentrum zumindest hinterfragenswert.

Die österreichische Judikatur¹⁹) orientiert sich für das Verständnis des Begriffes der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ deutlich an § 305 BGB

¹⁷) So sind die Ausführungen des OGH in 2 Ob 73/10i (FN 1): „Die generelle Überwälzung der Erhaltung des Mietgegenstandes auf den Mieter ist zweifellos als gröblich benachteiligend zu erachten“ vom dort entschiedenen Fall der Wohnraummiete eines Verbrauchers im Vollanwendungsbereich des MRG nicht übertragbar auf das Thema der Erhaltungskosten in einem Einkaufszentrum, das nicht nur „gebrauchsfähig“, sondern gerade im zentralen Interesse der Bestandnehmer auch optimal besucherattraktiv bleiben muss. Dies erfolgt zumindest faktisch im Konsens mit den Bestandnehmern, wenn sich der Bestandgeber nicht bald in einem leeren Zentrum wiederfinden will.

¹⁸) OGH 19.05.2009, 3 Ob 20/09a.

¹⁹) OGH 17.03.2010, 7 Ob 15/10x; OGH 18.09.2009, 6 Ob 104/09a; OGH 23.04.2008, 7 Ob 89/08a; OGH 17.11.2004, 7 Ob 207/04y uva sowie die dort jeweils ausführlich zitierte Literatur.

¹⁴) Worauf die EBRV (FN 10), 47 ausdrücklich abstellen.

¹⁵) Vgl etwa die Gegenüberstellung in *Doralt-Koziol*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf des Konsumentenschutzgesetzes, XXXIX.

¹⁶) *Vonkilch* (FN 1) wobl 2011, 95.

und betont, dass § 879 Abs 3 der typischen Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien Rechnung tragen will, indem der Verwender der AGB die Willensfreiheit seines Vertragspartners „verdünnt“, da er seine Übermacht bei Vertragsabschluss missbraucht, indem er seinen (künftigen) Vertragspartner zwingt, die vorgegebenen AGB so wie vorgegeben zu akzeptieren – oder zu keinem Vertragsabschluss zu kommen.

Hingegen ist die bei Vertragsabschluss in Einkaufszentren typische Übermittlung eines Vertragsentwurfs durch den Bestandgeber an den (künftigen) Vertragspartner nicht Ausdruck einer „wirtschaftlichen Übermacht“ des Bestandgebers. Es ist vielmehr sachlich notwendig, dass der Bestandgeber zunächst einmal vorschlägt, zu welchen, für dieses Einkaufszentrum entsprechend der notwendigen Einheitlichkeit der „Verhaltensregeln“ für eine Vielzahl von Bestandnehmern formulierten, Bedingungen er den Vertrag abschließen kann. Denn das typische Vertragsmuster eines Einkaufszentrums muss der Notwendigkeit Rechnung tragen, dass der einheitliche Betrieb des Einkaufszentrums nach einheitlichen Regeln, daher auch nach vereinheitlichten Verhaltensregeln²⁰⁾ für die Vielzahl der Bestandnehmer abläuft. Es regelt sohin neben dem eigentlichen Leistungsaustausch zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer auch ganz wesentlich das Verhalten der Bestandnehmer untereinander, sohin Umstände, von denen der Bestandnehmer vor Übermittlung des Vertragsentwurfes regelmäßig keine Kenntnis hat und die er daher gar nicht vorschlagen könnte.

Auf Basis dieses Vertragsentwurfes wird dann verhandelt. Dabei wird hier von der – im Einzelfall selbstverständlich zu prüfenden – Sachverhaltsannahme ausgegangen, dass es im Zuge dieser Verhandlungen auch zu Änderungen der dem Bestandnehmer vorgeschlagenen Vertragsbedingungen kommt.

Dass Vertragsbedingungen, mögen sie auch von einer Seite formuliert worden sein, dann, wenn sie ernsthaft zur Disposition gestellt werden, sohin insgesamt verhandelt und auch abgeändert werden, grundsätzlich nicht mehr als AGB gelten, ist – vom Grundsatz her – sowohl in Deutschland als auch in Österreich unstrittig.

²⁰⁾ Das reicht von der Notwendigkeit der einheitlichen Vereinbarung einer Betriebspflicht über die Festlegung allgemein gültiger Öffnungszeiten, die Regelungen für die Benutzung der – meist umfangreichen – Gemeinschaftseinrichtungen etc, erfasst kurz gesagt all jene Bereiche, in denen es neben dem unmittelbaren „Leistungsaustausch“ zwischen den Vertragsparteien um das Verhalten der Bestandnehmer untereinander geht, sodass gegenüber dem Endkunden – dem Besucher des Einkaufszentrums – trotz der Vielfalt der im Einkaufszentrum vorhandenen Geschäfte ein einheitlicher Außenauftritt gewährleistet ist, der dieses Einkaufszentrum von anderen Vertriebsformen (anderen Einkaufszentren, Einkaufsstrassen etc) abhebt und es für den Endkunden attraktiv macht, gerade dieses Einkaufszentrum zu besuchen.

Auslegungsschwierigkeiten gibt es in der Frage, ab welcher „Verhandlungsintensität“ bzw welchem „Verhandlungsumfang“ die ursprünglich als Vorschlag übermittelten Vertragsbedingungen ihren Charakter als AGB verlieren.

Dazu wird – im Wesentlichen gestützt auf die deutsche Judikatur zu § 305 BGB – vertreten, dass die Vertragsbedingungen tatsächlich „im Einzelnen“ ausgehandelt sein müssen, bis hin zur Extremposition, dass auch genau jene Vertragsbedingung, welche der Prüfung nach § 879 Abs 3 unterzogen werden soll, Gegenstand ernsthafter Verhandlungen mit der Möglichkeit (grundlegender) Änderungen dieses Vertragspunktes war²¹⁾.

Diese Ansicht würde im Ergebnis dazu führen, dass der Vertrag in einem Einkaufszentrum selbst dann, wenn er in seiner Gesamtheit in Grundpositionen des Bestandgebers geändert und an die Wünsche des Bestandnehmers angepasst worden war, dennoch hinsichtlich der nicht veränderten „Erhaltungsklausel“ als AGB iSd 879 Abs 3 gilt. Denn es ist evident, dass in einem Einkaufszentrum mit zahlreichen Bestandnehmern – in großen Einkaufszentren mit weit über 100 Bestandverträgen – insbesondere dann, wenn in einem bereits seit Jahren in Betrieb stehenden Einkaufszentrum ein neuer Vertrag abgeschlossen wird, die Qualifikation als AGB auch bei noch so weitgehenden Zugeständnissen des Bestandgebers an den Bestandnehmer nie verhindert werden könnte, da die Bestimmung über die Abrechnung und Verteilung der Erhaltungskosten aus sachlichen Gründen unverändert bleiben muss. Dies schon wegen des Erfordernisses einer einheitlichen Regelung der Erhaltungskosten für eine Vielzahl von Bestandnehmern im selben Einkaufszentrum, wozu gleich lautende Bestimmungen in allen Bestandverträgen notwendig sind.

Der Rekurs auf die deutsche Judikatur übersieht, dass zwar § 305 BGB tatsächlich verlangt, dass die Vertragsklausel „im Einzelnen“ verhandelt worden sei, während § 879 Abs 3 gerade nicht darauf abstellt, ob die in AGB „enthaltene Vertragsbestimmung“ im Einzelnen ausgehandelt wurde, sondern nur darauf abstellt, ob die Vertragsklausel in AGB enthalten ist.

Der Gesetzgeber des § 879 Abs 3 hat sich bewusst für eine typisierte Anknüpfung, nämlich an das Vorliegen von AGB, entschieden, ohne die im Einzelfall vorzunehmende Prüfung zu verlangen, dass die betreffende Vertragsbestimmung auch tatsächlich ausgehandelt worden sei – was Jahre nach Vertragsabschluss auch kaum beweisbar ist.

Das ist aus den Gesetzesmaterialien eindeutig nachvollziehbar. Tatsächlich sah die Regierungsvorlage des § 879 Abs 3 noch vor, „dass die betreffenden Vertragsbestimmungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind“. Dies hat der Gesetzgeber im Justizausschuss geändert, indem er einerseits diesen Passus gestrichen und andererseits ganz generell – also nicht bloß als Beispiel wie in der Re-

²¹⁾ Vonkilch (FN 1) wobl 2011, 75.

gierungsvorlage – darauf abgestellt hat, dass es sich um AGB handeln muss, in denen die zu prüfende Klausel enthalten ist.

Dass damit nur eine „Vereinfachung“, wie das Vorhaben des Justizausschusses immer wieder zitiert wird, beabsichtigt war, kann einem vernünftigen Gesetzgeber zumindest bei objektiver Auslegung nicht unterstellt werden. Vielmehr entspricht dieses Abstellen auf ein formalisiertes Tatbestandselement – AGB sind eben unverhandelt und auch tatsächlich unverhandelbar – statt ein Abstellen auf den Einzelfall der konkreten Verhandlung der betreffenden Klausel dem insgesamt mit Einführung des KSchG verfolgten, typisierenden Zugang, der bekanntlich zwischen „Verbrauchern“ und „Unternehmern“ unterscheidet, gleichgültig, ob der im Lehrbuchbeispiel ständig zitierte Rechtsanwalt bei einem Privatgeschäft dem kleinen Greißler gegenübersteht, sodass von einer besonderen Schutzwürdigkeit des Verbrauchers im konkreten Fall für den rechtsgeschäftlichen Umgang keine Rede sein kann.

Das verkennt *Vonkilch*²²⁾, wenn er ausführt: *„Dass weiters die einvernehmliche Abänderung bloß von einzelnen Vertragspunkten eines Standardvertrages im Rahmen der Vertragsverhandlungen nichts daran ändert, dass die anderen Vertragspunkte des Standardvertrages weiterhin der Prüfung auf ihre gröbliche Benachteiligung hin unterliegen, sollte sich von selbst verstehen.“*

Das Gegenteil ist der Fall.

Die in § 879 Abs 3 vorausgesetzte Verzerrung der privatautonomen Entscheidung, weil der Verwender der AGB eine Ungleichgewichtslage ausnützt, indem er seinen (künftigen) Vertragspartner vor die Wahl stellt, das von ihm formulierte Klauselwerk in seiner Gesamtheit zu akzeptieren oder eben zu keinem Vertragsabschluss zu kommen, liegt nicht vor, wenn das Vertragswerk insgesamt verhandelt und teilweise abgeändert wurde.

Ob ein Vertragswerk insgesamt ausgehandelt worden war, hängt nicht vom Nachweis einer bestimmten Anzahl von Vertragsänderungen, sondern vom Gewicht der verhandelten und allenfalls geänderten Vertragspunkte im Gefüge des Gesamtvertrages ab. Nur diese Sichtweise entspricht auch der wirtschaftlichen Realität. Der (künftige) Bestandnehmer, der die Möglichkeit hat, den Vertrag insgesamt zu verhandeln und für ihn wesentliche Änderungen durchzusetzen, wird letztlich im Wege einer Gesamtabwägung entscheiden, ob er den Vertrag insgesamt akzeptieren kann oder nicht. Dass dabei einzelne Vertragspunkte „unverhandelbar“ sind, folgt nicht aus dem – in § 879 Abs 3 unterstellten – Missbrauch der Vertragsmacht des Verwenders der Vertragsbestimmungen, sondern typisch (jedenfalls im hier gegenständlichen Beispiel der Regelung der Erhaltungskosten) aus sachlichen Vorgaben.

Dass bloß „formale“ Änderungen, die wirtschaftlich für vernünftige Vertragsparteien nicht

wirklich ins Gewicht fallen, die Qualifikation des vorgeschlagenen Vertragsmusters als AGB nicht verhindern können, sollte unstrittig sein.

Allerdings kann auch eine einzelne Änderung – wenn ihr im Gesamtgefüge des verhandelten Vertrages erhebliches Gewicht zukommt – die Qualifikation des Vertrags als AGB verhindern.

Im Grunde ist die hier vertretene Position wieder darauf zurückzuführen, dass die Beschränkungen der Privatautonomie durch § 879 Abs 3 eben nur in jenem Ausmaß erfolgen sollten, das notwendig ist, um der durch Verwendung unverhandelbarer, einseitig vorgegebener AGB bewirkten Gefahr der Verdünnung der Willensfreiheit und damit der Möglichkeit des Missbrauchs durch den Verwender von AGB gegenzusteuern.

Verwiesen wird darauf, dass die Rechtfertigung für die Beschränkung der Privatautonomie durch § 864a einerseits sowie § 879 Abs 3 andererseits auch ganz zentral darin zu sehen ist, dass die Inhalte von AGB häufig – weil sie ohnehin nicht verhandelbar sind – auf die Willensbildung ihres Adressaten keinen Einfluss haben und daher in Wahrheit bei Bildung seines Vertragswillens keine Rolle gespielt haben.

Das ist gerade nicht der Fall, wenn – wie hier im Sachverhalt angenommen – die vorgeschlagenen Vertragsbedingungen in ihrer Gesamtheit verhandelt werden können, wobei die echte Chance besteht, dass es zu Abweichungen zu Gunsten des Bestandnehmers kommt. Dies gilt umso mehr, wenn dies auch tatsächlich zur Änderung einzelner Vertragsbestimmungen, die ihrem Gewicht nach geeignet sind, auf die Willensbildung eines redlichen Vertragspartners Einfluss zu haben, führt.

IV. Zusammenfassung

Die Überbindung umfassender Erhaltungspflichten auf den Bestandnehmer, wie sie typisch bei Bestandverträgen in Einkaufszentren erfolgt, ist im Sinne der zitierten Entscheidung des 3. Senats eine Festlegung der wechselseitigen Hauptleistungen und kann daher der Prüfung nach § 879 Abs 3 nicht unterzogen werden.

Liegt der typische Fall des Abschlusses eines Bestandvertrages in einem Einkaufszentrum vor, in dem die Möglichkeit besteht, dass der Bestandnehmer das vom Bestandgeber vorgeschlagene Vertragsmuster nicht nur verhandelt, sondern auch in wirtschaftlich für seine Willensbildung zum Abschluss des Vertrages relevanten Punkten ändert, dann ist der Vertrag nicht als AGB zu beurteilen, sodass auch eine in ihm enthaltene Vertragsklausel, die nicht verhandelt wurde (oder nicht verhandelbar war) der Prüfung nach § 879 Abs 3 entzogen ist. Dies gilt umso mehr, wenn die inkriminierte Klausel aus sachlichen Gründen – wie dies bei Erhaltungspflichten der Fall ist – deshalb nicht verhandelbar ist, weil für alle Bestandnehmer im Einkaufszentrum ein grundsätzlich gleiches System der Abrechnung und Verteilung der Erhaltungskosten gelten muss.

²²⁾ *Vonkilch* (FN 1) wobl 2011, 95.