

# Der Kampf ums Erhaltungsrecht

## Miszellen aus unterschiedlichen Perspektiven

*Martin Auer, Daniele Mattiangeli, Wolfgang Faber und  
Renate Pletzer, Salzburg*

### Übersicht:

- I. Vorbemerkungen
- II. Historische Entwicklung der Erhaltungspflicht des Vermieters in Kontinentaleuropa  
(*Daniele Mattiangeli*)
  - A. Allgemeine Einführung und historische Entwicklung des Konzeptes der Erhaltungspflicht des Vermieters
  - B. Entwicklung der Erhaltungspflicht des Vermieters im römischen Recht
- III. Die Rechtsnatur der Erhaltungspflicht im Spiegel von Lehre und Rechtsprechung  
(*Renate Pletzer*)
  - A. Die Literatur: Hauptleistungstheorie trifft auf Gewährleistungslehre
  - B. Die Rechtsprechung
- IV. Unionsrechtliche Grundlagen (*Wolfgang Faber*)
  - A. Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-RL für die Anwendbarkeit des § 9 KSchG
  - B. Vorgaben der Klausel-RL für die Anwendbarkeit des § 879 Abs 3 ABGB
- V. Zu Inhalt und Zweck des § 1096 Abs 2 ABGB (*Martin Auer*)
  - A. Ausgangslage
  - B. Stellungnahme

### I. Vorbemerkungen

Unser lieber Freund *Helmut Böhm* ist ein Interessenjurist im besten Sinn. Die sozialen Zwecke und Funktionen einer Rechtsnorm und die auszugleichenden gegensätzlichen Interessen der Beteiligten stehen stets im Mittelpunkt seiner Betrachtung. „Begriffsjuristisches“ Denken und Argumentieren ist seine Sache nicht und lässt er zu Recht nicht gelten.

Mitten im manchmal als „undogmatisch“ diskreditierten Mietrecht entbrannte vor einiger Zeit frei nach *Jhering* ein „Kampf ums (Erhaltungs-)Recht“, genauer um Wesen und Rechtsnatur der Erhaltungspflicht des Bestandgebers. Vor dem Hintergrund der Mitte der 2000er Jahre einsetzenden sog mietrechtlichen Klauseljudikatur bot diese – auf den ersten Blick eher akademische – Diskussion reichlich Zündstoff und wurde unter reger Beteiligung von *Helmut* äußerst ambitioniert und nicht frei von freilich augenzwinkernden Untergriffen geführt. So bezeichnete *Helmut* selbst anlässlich einer hochkarätig besetzten Wohnrechtsveranstaltung die Vertreter der Gegenposition als „Schlitzohren“ – Ausgang unbekannt.

Weniger wohnrechtsaffine LeserInnen<sup>1)</sup> werden sich jetzt vielleicht fragen: „Um was geht’s?“ In Kürze: Der Bestandgeber ist nach § 1096 ABGB verpflichtet, „das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten (...)“. Strittig ist nun, ob diese Erhaltungspflicht des Bestandgebers neben der Gebrauchsüberlassung zu seiner Hauptleistungspflicht zählt oder ob der Anspruch des Bestandnehmers auf Erhaltung des Objekts einen bestandrechtlichen Gewährleistungsrechtsbehelf darstellt. Nun könnte man meinen, dass dies wenig Relevanz hat, ist doch „Gewährleistung“ nach heutiger hA bei der Stück- wie bei der Gattungsschuld die Folge einer Schlecht- bzw (noch allgemeiner) Nichterfüllung des vertraglichen Pflichtenprogramms und der gewährleistungsrechtliche Verbesserungsanspruch anerkanntermaßen nichts anderes als der noch unbefriedigte Erfüllungsanspruch des Gläubigers.<sup>2)</sup> Käme an dieser Stelle nicht die mietrechtliche Klauseljudikatur ins Spiel: Die umfassende Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB ist nämlich – im Gegensatz zu der bei Vollenwendung des MRG Platz greifenden, gegenständlich beschränkten Erhaltungspflicht nach § 3 MRG – prinzipiell<sup>3)</sup> dispositiv. Das machten sich die Vermieter zu Nutze, indem sie in (Formular-)Mietverträgen, welche von Mietern in Zeiten allgemeiner Wohnungsnot häufig alternativlos abgeschlossen werden „müssen“, ihre Erhaltungspflicht einschränkten, abbedangen oder überhaupt gleich auf die Mieter überwälzten. Mitte der 2000er Jahre begann der OGH diesen Praktiken zumindest partiell den Riegel vorzuschieben und Erhaltungsklauseln anhand des einschlägigen Instrumentariums (insb §§ 6 Abs 3 und 9 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB) einer Kontrolle zu unterziehen. Resultat: So mancher Versuch eines Vermieters, sich seiner Erhaltungspflicht nach § 1096 ABGB zu entziehen<sup>4)</sup> bzw den Mieter zur Instandhaltung zu verpflichten, stellte sich wenig überraschend als nicht rechtskonform und die Klausel als nichtig heraus. Mit Wesen und Rechtsnatur der Erhaltungspflicht hat dies nun insofern zu tun, als zwei wichtige Kontrollnormen daran anknüpfen. Nach § 9 Abs 1 Satz 1 KSchG können die *Gewährleistungsrechte* des Verbrauchers nicht im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden und AGB-Klauseln, die *nicht* eine der beiderseitigen *Hauptleistungen* festlegen, sind nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie einen Teil gröblich benachteiligen. Damit rückt die Frage, ob Erhaltung nun Gewährleistung oder Hauptleistung bzw Neben- oder Hauptleistung ist, in den Mittelpunkt des Interesses. Freilich geht es nicht an, die Erhaltung zunächst in die „Schublade Gewährleistung“ oder in die „Schublade Hauptleistung“ zu stecken, um daraus sodann logisch feinziseliert Rechtsfolgen abzuleiten. Dieses begriffsjuristische, im Ansatz bei manchen Mitstreitern aber durchaus zu beobachtende Vorgehen, wäre *Helmut* ein

- 
- 1) Das sog „Binnen-I“ ist ein weiteres Lieblingsthema unseres *Helmut* und findet an dieser Stelle deshalb seinen ihm zustehenden Platz, genauer: die ihm zustehende Plätzin.
  - 2) Grundlegend dazu *F. Bydlinki in Klang IV/2<sup>2</sup> (1978) 151 ff* in Auseinandersetzung mit der älteren L insb von *Pisko*, Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware<sup>2</sup> (1926).
  - 3) Zu Einschränkungen der Disponibilität in gegenständlicher Hinsicht (Inneres des eigentlichen Mietgegenstands) sowie im Hinblick auf Gesundheitsgefährdungen in Anlehnung an § 3 MRG siehe *Pletzer in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), *GeKo Wohnrecht I* (2018) § 1096 ABGB Rz 60.
  - 4) Möglich ist das freilich ohnehin nur, soweit das MRG keine oder nur teilweise Anwendung findet. Im sog Vollenwendungsbereich des MRG ist die eingeschränkte Erhaltungspflicht des Vermieters zugunsten des Mieters zwingend gestellt.

Dorn im Auge und wird hier nicht verfolgt. Ganz iSv *Jhering* ist das Motto der folgenden Überlegungen vielmehr „*Der Zweck ist Schöpfer des gesamten Rechts*“.<sup>5)</sup> Die *ratio* der in Frage stehenden Normen ist also, und das hat *Helmut Böhm* in der Diskussion mehrfach angemahnt, stets mitzudenken.

Eine nochmalige Auseinandersetzung rund um das Thema Erhaltungsrecht kann also viel von dem bieten, was *Helmut* schätzt: mietrechtlichen Bezug, eine Auseinandersetzung mit rechtshistorischen Grundlagen (II.), eine kritische Analyse der einschlägigen Judikatur und dem, was die Lehre daraus ableitet (III.), eine zivilistische Betrachtung unter Berücksichtigung europarechtlicher Bezüge (IV.) bis hin zu Überlegungen zu einem Stiefkind des Erhaltungsrechts, § 1096 Abs 2 ABGB (V.).

*Helmut* ist für jeden/jede von uns vieren „etwas anderes“. Allen ist er ein langjähriger Wegbegleiter, lieber Kollege und guter Freund. Wir widmen ihm die folgenden Überlegungen mit ganz herzlichem Dank für seine stetige Diskussions- und Hilfsbereitschaft, seine Unterstützung und Freundschaft, seinen Humor und dafür, dass er während seiner aktiven Zeit am Fachbereich immer für alle „da“ war. Für seinen verdienten „(Un-)Ruhestand“ wünschen wir ihm das Allerbeste und freuen uns auf viele Treffen am „Inschtitut“, beim Mittagessen oder wo auch immer.

## II. Historische Entwicklung der Erhaltungspflicht des Vermieters in Kontinentaleuropa (*Daniele Mattiangeli*)

### A. Allgemeine Einführung und historische Entwicklung des Konzeptes der Erhaltungspflicht des Vermieters

Schon in der Römerzeit war den Juristen Kontinentaleuropas die Bedeutung der Erhaltungspflicht eines Mietgegenstandes durch den Vermieter bewusst.<sup>6)</sup> Wenn auch das römische Recht keinen spezifischen Ausdruck für die Überlassung einer Sache zur Nutzung auf Zeit gegen Entgelt vorsah, stellten Miete und Pacht eine Erscheinungsform des Vertrages *locatio conductio* dar.<sup>7)</sup> Dieser allgemeine Vertrag regelte nicht nur die Überlassung einer Sache zur Nutzung in Pacht oder Miete, sondern auch die Erstellung eines Arbeitsprodukts (Werkvertrag) oder eine beliebige Arbeitsleistung gegen Geld (Dienstvertrag).<sup>8)</sup> Diese Einheit der drei Rechtsgeschäftstypen stellt sich im römischen Recht so dar, dass ein Vertragspartner das Objekt zur Verfügung stellt (*locatio*) und der andere (aus unterschiedlichen Gründen, zB Verwendung oder Bearbeitung) dieses annimmt (*conductio*).<sup>9)</sup> Der *conductor* (Mieter) ist im römischen klassischen und nachklassischen Recht bloßer *detentor*, während der *locator* (Vermieter), der das Objekt als Eigentümer vermietet, Besitzer bleibt.<sup>10)</sup> Dennoch war den Römern bewusst, dass der Oberbegriff „*locatio conductio*“ in Wirklichkeit drei, in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeu-

5) So das Motto auf der Titelseite von *Jhering*, *Der Zweck im Recht* I (1877).

6) *W. Ernst*, Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZRG RA 105 (1988) 541 (543).

7) Über die *locatio conductio* im Allgemeinen: *Mayer-Maly*, *Locatio conductio – Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (1956) 15 ff; *G. Pugliese*, *Istituzioni di diritto romano* (1991) 567.

8) *M. Kaser*, *Das römische Privatrecht* I<sup>2</sup> (1971) 562.

9) *G. Guarino*, *Diritto privato romano*<sup>12</sup> (2001) 901 ff.

10) *M. Kaser*, *Privatrecht* I<sup>2</sup> 390, 387; *Das römische Privatrecht* II<sup>2</sup> (1975) 182 f.

tung verschiedene Rechtsfiguren und Begriffe fasste.<sup>11)</sup> Die Entstehung dieses Vertrages in der römischen Rechtsgeschichte ist bis heute unklar, wenngleich Theorien über seinen Ursprung im altrömischen Recht aufgestellt wurden.<sup>12)</sup>

Erst mit dem *ius commune* entstehen die terminologischen Unterschiede zwischen *locatio conductio rei* (Miet- und Pachtvertrag), *locatio conductio operis* (Werkvertrag) und *locatio conductio operarum* (Dienstvertrag).<sup>13)</sup> Anders als im vorklassischen und klassischen römischen Recht erkennt das *ius commune* schon ab dem Mittelalter, dass die *locatio conductio* eine weitere Unterteilung braucht, und bezeichnet diese spezielle Art dieses Vertrages, die wir Pacht und Miete nennen, als eigene Kategorie, die *locatio conductio rei*.<sup>14)</sup> Diese Unterscheidung könnte aus der eingeschränkten wirtschaftlichen Lage im Mittelalter und dem Beginn der Neuzeit und aufgrund der Verschlechterung der Stellung des Mieters innerhalb der Gesellschaft resultiert haben.<sup>15)</sup>

Die römischen Juristen der klassischen Zeit hatten hingegen keine terminologischen Unterscheidungen eingeführt, um die verschiedenen Tatbestände der *locatio conductio* voneinander abzugrenzen.<sup>16)</sup> Diese fehlende Differenzierung führte auch dazu, dass sowohl bewegliche Sachen als auch Grundstücke Gegenstand der *locatio conductio* sein konnten.<sup>17)</sup> Auch für Pacht und Miete entwickelten die Römer keinen spezifischen Begriff. Auch später im *ius commune* bleibt diese Kategorie als *locatio conductio rei* eine eigene Unterkategorie des Oberbegriffes *locatio conductio*.<sup>18)</sup> Deshalb gelten im römischen Recht und im *ius commune* die allgemeinen Regelungen und die Fälle, die Pacht oder Miete betrachten, für beide Geschäftstypen.<sup>19)</sup>

Rechtlich betrachtet war die römische *locatio conductio* ein Verpflichtungsgeschäft ohne dingliche Wirkung.<sup>20)</sup> Auch wenn dieser Vertrag sehr allgemein gestaltet war und unterschiedliche Vertragstypen enthielt, so entwickelten die römischen Juristen bereits zur Zeit von Servius<sup>21)</sup> eine für die Zeit sehr moderne Jurisprudenz zu den unterschiedlichen Rechtsproblemen, die aus der *locatio conductio* in ihren verschiedenen Formen entstehen konnten.<sup>22)</sup> Die *locatio conductio* zählte bereits ab dem 2. Jhd vor Christus zu den wichtigsten Verträgen in Rom, vor allem in ihrer Erscheinungsform der Miete und der Pacht, da immer mehr Menschen eine Unterkunft benötigten oder Land bewirtschaften wollten.<sup>23)</sup> Insbeson-

11) T. Rüfner, Miete und Pacht, in *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts II (2009) 1061 unter 2. Im Folgenden zitiert nach der Online-Ausgabe HWB EuP 2009, abrufbar unter [http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Miete\\_und\\_Pacht](http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Miete_und_Pacht) (31.7.2019).

12) H. Kaufmann, Die altrömische Miete (1964) 3 ff.

13) W. Ernst, ZRG RA 105 (1988) 541 (573 ff).

14) K. Genius, Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen (1972) 45 ff, 69 ff, 90 ff; R. Zimmermann, The Law of Obligations (1996) 338 ff.

15) K. Genius, Bestandsschutz 43 ff.

16) M. Kaser, Privatrecht I<sup>2</sup> 562 ff; G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 903 ff.

17) G. Pugliese, Istituzioni 568.

18) M. Kaser, Privatrecht II<sup>2</sup> 183.

19) T. Rüfner, HWB EuP 2009 unter 2.

20) M. Kaser, Privatrecht I<sup>2</sup> 562; F. Schulz, Classical Roman Law<sup>1</sup> (1951) 542.

21) Servius Sulpicius Rufus war ein römischer Jurist der Zeit Ciceros (1. Jhd v Chr). Siehe J. D. Harke, Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen<sup>2</sup> (2008) 9 ff.

22) T. Rüfner, HWB EuP 2009 unter 2.

23) F. Schulz, Classical Roman Law<sup>1</sup> 545; H. Kaufmann, Die altrömische Miete 54 ff.

dere mit der wirtschaftlichen Entwicklung ab dem Ende der Republik und dem Anfang des Prinzipats dürften sich die Miet- und Pachtverträge in Rom verdoppelt haben.<sup>24)</sup> Ab der Zeit Justinians und während der nachklassischen Zeit wie auch im Mittelalter nahm die Bedeutung dieses Vertrages wieder ab, wahrscheinlich auch aufgrund des schlechteren gesellschaftlichen Ansehens der Rechtsfigur des Mieters oder wegen der allgemeinen wirtschaftlichen Verschlechterung.<sup>25)</sup>

In der Jurisprudenz und insbesondere ab der Zeit Ulpians finden sich erste Spuren einer modernen Erhaltungspflicht des Vermieters. Der römische Jurist Ulpian behandelt in seinem Kommentar zum Edikt die allgemeine Pflicht des Vermieters (Verpächters), die Mietsache nicht nur in gebrauchsfähigem Zustand an den Mieter zu übergeben, sondern sie auch während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten.<sup>26)</sup> Wurde diese Pflicht nicht erfüllt, so konnte der Mieter entweder die Miete mindern oder, bei Verschulden des Vermieters, auch Schadenersatz mit der *actio conducti* verlangen.<sup>27)</sup>

Weiter entwickelte sich die römische Jurisprudenz in diesem Sinne nicht. Zu anderen und moderneren Überlegungen über die Besonderheiten der Erhaltungspflicht, wie zB zur Frage, ob die Erhaltungspflicht „Hauptleistungspflicht“ ist (wie nach geltendem österreichischem Recht die Verschaffung und fortlaufende Duldung des vereinbarten Gebrauchs) oder als „Sekundärpflicht“ einzuordnen wäre (wie ein Verbesserungsanspruch im Gewährleistungsrecht, wenn die Sachqualität schlechter wird als geschuldet),<sup>28)</sup> gibt es keine Quellen.

### B. Entwicklung der Erhaltungspflicht des Vermieters im römischen Recht

Die folgenden grundlegenden Texte von Ulpian und Paulus zeigen die juristische Entwicklung des Konzeptes der Erhaltungspflicht des Vermieters und die Wahrnehmung des grundlegenden Konzeptes der Nutzung eines vermieteten Objekts im römischen Recht: Ulpian D 19.2.15 pr–1 und 8, D 19.2.9 pr, D 19.2.19.1–2 sowie Paulus D 19.2.24.4. Diese lauten:<sup>29)</sup>

Ulpian, 32 Ad Edictum (D 19.2.15 pr–1):

*Pr. Ex conducto actio conductori. 1. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.*<sup>30)</sup>

24) K. Genius, Bestandsschutz 40.

25) K. Genius, Bestandsschutz 42 ff.

26) T. Rüfner, HWB EuP 2009 unter 2.

27) G. Pugliese, Istituzioni 569; G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 907.

28) Siehe dazu Pletzer in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 29 ff.

29) Die lateinischen Texte stammen aus der Version der Digesten: T. Mommsen/P. Krueger, Digesta Iustiniani Augusti I<sup>21</sup> (1970).

30) Deutsche Übersetzung nach O. Behrens/R. Knüttel/B. Kupisch/H. H. Seiler, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung III (1999) 563 f. „Die Pächterklage wird dem Pächter erteilt. Sie steht ihm aber gewöhnlich in folgenden Fällen zu: Wenn es ihm verwehrt ist, die gepachtete Sache zu nutzen (weil ihm etwa der Besitz des ganzen Landguts oder auch nur eines Teiles nicht eingeräumt wird oder weil das Landhaus nicht instand gesetzt wird oder auch die Stallungen oder die Pferche, wo seine Herden stehen sollen), oder wenn sonst etwas in dem Pachtvertrag vereinbart worden ist, was nicht gewährt wird, dann kann die Klage aus der Pacht erhoben werden.“

Ulpian, 32 Ad Edictum (D 19.2.15.8):

*Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset vel cum alius alienum vel quasi procurator vel quasi suum, quod interest praestabitur: et ita Proculus in procuratore respondit.*<sup>31)</sup>

Ulpian, 32 Ad Edictum (D 19.2.9 pr):

*Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.*<sup>32)</sup>

Ulpian, 32 Ad Edictum (D 19.2.19.1–2):

*1. Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si salutum pascium locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit. 2. Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur. Et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: sed et praelum vitiatum dominum reficere debere.*<sup>33)</sup>

31) Deutsche Übersetzung nach O. Behrends/R. Knüttel/B. Kupisch/H. H. Seiler, Corpus iuris civilis III 566: „Wenn allerdings der Eigentümer die Nutzung des Grundstücks nicht gestattet – sei es, dass der Eigentümer selbst sein Grundstück verpachtet hat oder ein anderer ein fremdes, indem er entweder als Verwalter oder als Eigentümer auftrat – dann muss (dem Pächter) das Interesse geleistet werden. Und so hat Proculus für den Fall des Verwalters gutachtlich geschrieben.“

32) Deutsche Übersetzung nach O. Behrends/R. Knüttel/B. Kupisch/H. H. Seiler, Corpus iuris civilis III 557: „Wenn mir jemand ein (von ihm) gutgläubig gekauftes Haus oder Landgut vermietet hat und es mir, ohne daß Kenntnis oder vorwerfbare Unkenntnis des Vermieters (hinsichtlich des fehlenden Eigentums) vorliegen, vom Eigentümer durch Vindikation entzogen wird, dann haftet er, wie Pomponius sagt, gleichwohl aus Miete dem Mieter darauf, dass diesem der Gebrauch dessen, was er gemietet hat, gewährt wird. Wenn allerdings der Eigentümer den Mieter zwar nicht im Besitz der Sache duldet, der Vermieter aber bereit ist, eine andere Wohnung zur Verfügung zu stellen, die nicht weniger bequem ist, dann ist es nach Meinung des Pomponius höchst gerecht die Klage gegen den Vermieter abzuweisen.“

33) Deutsche Übersetzung nach O. Behrends/R. Knüttel/B. Kupisch/H. H. Seiler, Corpus iuris civilis III 567: „Hat jemand, ohne es zu wissen, schadhafte Fässer vermietet und ist der Wein ausgelaufen, so haftet er auf das Interesse des Mieters, und auch seine Unkenntnis wird nicht entschuldigt. Und so hat Cassius geschrieben. Anders aber, wenn du eine Bergweide verpachtet hast, auf der giftige Kräuter wachsen. Wenn nämlich in diesem Fall das Vieh eingeht oder an Wert verliert, dann haftest du auf das Interesse, sofern du den Mangel kanntest; wenn nicht kanntest du keinen Pachtzins fordern. Das ist die Ansicht von Servius, Labeo und Sabinus. Wir müssen überlegen, was jemand, der ein Landgut verpachtet, dem Pächter an Inventar nach der Verkehrsanschauung in der Weise gewähren muss, dass er, wenn er es nicht gewährt, mit der Klage aus Pacht haftet. Und aus einem Brief des Neraz an Aristo ergibt sich (für den Fall eines Landguts mit Olivengärten), dass dem Pächter auf jeden Fall der Gebrauch der Ölfässer und einer Ölprelle nebst Kollergang mitsamt den erforderlichen Seilen gewährt werden müsse, wenn (diese Dinge) nicht (vorhanden sind), müsse der Eigentümer das Landgut damit ausstatten. Der Eigentümer müsse aber auch eine schadhafte Ölprelle instand setzen.“

Paulus, 34 Ad Edictum (D 19.2.24.4):

*Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patietur: nec enim semper liberabitur dominus eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturum erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. Quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae concenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest.<sup>34)</sup>*

Bereits im ersten Text von Ulpian (D 19.2.15 pr-1) und insbesondere im Satz *ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat* ist die erste juristische Grundlage der Erhaltungspflicht ersichtlich: Der Mieter (das klassische römische Recht unterscheidet nicht zwischen Pächter oder Mieter)<sup>35)</sup> kann den Vermieter verklagen, wenn es ihm verwehrt ist, die gepachtete Sache auf die im Vertrag vorgesehene Weise zu nutzen. Somit war bereits den Römern bewusst, dass der Vermieter dafür Sorge zu tragen hat, dass das vermietete Objekt auch zu der im Vertrag vorgesehenen Nutzung geeignet ist, und dem Mieter auch die wesentlichen Grundlagen für diese Nutzung zur Verfügung zu stellen hat. Nach dieser klaren Grundlage stellt der folgende Text (D 19.2.15.8: *Dominus frui non patietur, vel cum ipse locasset vel cum aliis alienum*) von Ulpian klar, dass, im Fall einer unmöglichen Nutzung des vermieteten Objekts, weil das Objekt bereits an jemand anderen durch den Eigentümer oder den Verwalter vermietet wurde, dem Mieter das Interesse<sup>36)</sup> (*interest praestabitur*) zurückerstattet werden muss, und zwar bereits seit der Zeit Proculus'. Im darauffolgenden Text von Ulpian (D 19.2.9 pr), einem weiteren Fall der unmöglichen Nutzung des vermieteten Objekts, wird auf gleiche Weise gesagt, dass der Vermieter dem Mieter die Miete schuldet, wenn

34) Deutsche Übersetzung nach O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H. H. Seiler, *Corpus iuris civilis* III 571 f.: „Wird dem Pächter nicht gestattet, das Landgut zu nutzen, kann er zu Recht sofort wegen des ganzen Zeitraumes von fünf Jahren Klage erheben, auch wenn der Eigentümer bereit ist, ihm in den restlichen Jahren die Nutzung zu gewähren. Denn der Eigentümer wird nicht immer schon dadurch befreit, dass er im zweiten oder dritten Jahr die Nutzung des Landguts gewährt. Denn wer nach Vertreibung von dem gerade erst gepachteten Landgut auf ein anderes ausweicht, kann nicht beide bewirtschaften, und er soll daher (hinsichtlich des ersten Grundstücks) auch nicht auf den Pachtzins haften und (vielmehr) das erlangen, was er in den einzelnen Jahren an Gewinn (aus ihm) erzielt haben würde. Zu spät kommt nämlich die Gestattung der Nutzung, wenn sie erst zu einem Zeitpunkt angeboten wird, in welchem der Pächter Nutzungen nicht mehr ziehen kann, weil er inzwischen anderweitig Verpflichtungen eingegangen ist. Wenn der Eigentümer die Nutzung aber nur für wenige Tage verhindert hat, das alsbald bereut und sich für den Pächter noch nichts geändert hat, dann mindert der Verzug von wenigen Tagen die Verpflichtung (zur Pachtzahlung) nicht. In gleicher Weise kann mit der Klage aus Pacht derjenige erfolgreich vorgehen, dem nicht alles, was vereinbart ist, gemäß dem Vertrag gewährt wird, sei es, dass er in der Nutzung von Eigentümer gehindert wird oder von einem anderen, den der Eigentümer seinerseits daran hindern kann.“

35) Mayer-Maly, *Locatio conductio* 22; H. Kaufmann, *Die altrömische Miete* 1–8; K. Genius, *Bestandsschutz* 40.

36) Das Interesse konnten die Kosten eines Deckungsgeschäfts oder ein entgangener Gewinn sein. Siehe H. Honsell, *Römisches Recht*<sup>6</sup> (2006) 147.

dieser, aufgrund einer Vindikationsklage von einem Dritten, ein Landgut nicht auf die im Vertrag vorgesehene Weise nutzen kann (*fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere*), wie schon Pomponius stautierte.<sup>37)</sup>

Der folgende Text von Ulpian (D 19.2.19.1–2) zeigt auf klare Weise, wie auch die herrschende Lehre meint,<sup>38)</sup> die ersten Spuren der Erhaltungspflicht. Zuerst wird hier der Fall schadhafter Fässer, die vermietet wurden, besprochen. Aufgrund ihrer Mängel ist Wein ausgelaufen: *Quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit*. Hier haftet der Vermieter auf das Interesse des Mieters (zusätzlich zur Miete), und auch seine Unkenntnis wird nicht entschuldigt: *Tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata*.<sup>39)</sup> In der nächsten Ausführung wird erklärt, dass der Vermieter, wenn er eine Bergweide verpachtet, auf der giftige Kräuter wachsen und das dort weidende Vieh eingeht oder an Wert verliert, auf das Interesse haftet, sofern er den Mangel kannte; wenn nicht, kann er keinen Pachtzins fordern: *Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: Hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes*. Dieser Teil des Textes zeigt zwei wichtige Prinzipien auf: Erstens, dass der Vermieter, auch in Unkenntnis der giftigen Kräuter, keine Miete verlangen kann (*pensionem non petes*); zweitens, dass im Fall der Kenntnis der Vermieter dem Mieter sogar das Interesse (Schadenersatz in modernem Sinn)<sup>40)</sup> leisten muss (*quod interest praestabitur*). Diese Grundlagen bestehen seit der Zeit von Servius, Labeo und Sabinus.<sup>41)</sup> Der zweite Teil des Textes stellt erste Regelungen einer modernen Erhaltungspflicht des Vermieters<sup>42)</sup> auf (hier ist die Übersetzung *Knütels* mit „Inventar“ sehr passend): Die Juristen Neraz und Aristo überlegen, was jemand, der ein Landgut verpachtet, dem Pächter an Inventar zu gewähren hat, um nicht mit der Klage aus Pacht zu haften. Aus diesen Überlegungen ergibt sich für den Fall eines Landguts mit Olivengärten, dass dem Pächter der Gebrauch der Ölfässer und einer Ölpresse mit Zubehör gewährt werden müsse. Bei Nichtvorhandensein dieser Gegenstände wäre das Landgut vom Vermieter damit auszustatten, bei Schäden sind diese instand zu setzen (*Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductorum praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur. Et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: Sed et praelum vitiatum dominum reficere debere*). In diesen Überlegungen von Neraz und Aristo sieht man die modernen Grundlagen<sup>43)</sup> der Erhaltungspflicht: erstens, dass der Vermieter im Allgemeinen für die Erhaltung der dazugehörenden und zur Nutzung notwendigen Sachen eines vermieteten Objektes haftet: *Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductorum praestare, quaeque si*

37) Pomponius ist ein römischer Jurist des 2. Jhdts n Chr.

38) T. Rüfner, HWB EuP 2009 unter 2.; M. Kaser, Privatrecht I<sup>2</sup> 563 f; G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 908 ff.

39) Für den Text siehe H. Honsell, Römisches Recht<sup>6</sup> 147 f.

40) Siehe H. Honsell, Römisches Recht<sup>6</sup> 147.

41) Wir sprechen hier von der Zeit Ciceros, dh 1. Jhd v Chr.

42) G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 908 ff.

43) Siehe im Allgemeinen Pletzer in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 29 ff.



*non praestet, ex locato tenetur*; zweitens, dass er die notwendige „Ausstattung“ für die vorgesehene Nutzung des vermieteten Objekts zur Verfügung stellen und im Falle einer Beschädigung erhalten muss: *Dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: Sed et praelum vitiatum dominum reficere debere.*

Diese letzten Ausführungen im Text von Ulpian sind für die Rekonstruktion der Erhaltungspflicht im römischen Recht ausschlaggebend:<sup>44)</sup> Der Eigentümer (der Vermieter) hat dem Mieter das Zubehör zur Verfügung zu stellen, das für die Nutzung des vermieteten Objekts notwendig ist, und dieses auch instandzuhalten. Andernfalls kann er keine Miete verlangen oder vom Mieter mittels *actio locati* belangt werden, falls der Mietzins schon bezahlt wäre. Zudem, wie auch der erste Teil von Ulpians Text anführt, schuldet der Vermieter dem Mieter auch das Interesse (*quod interest*), also Schadenersatz in modernem Sinn, falls der Mieter durch die Nutzung des vermieteten Objekts aufgrund von Mängeln Schäden erleidet.

Die letzte für uns interessante Bestimmung findet sich im langen Text von Paulus (D 19.2.24.4).<sup>45)</sup> Dieser spricht zuerst von der möglichen Minderung (*minuet*) der Miete für den Fall, dass die Nutzung des vermieteten Objekts beschränkt wird. Dann wird in Bezug auf die Minderung gesagt, dass der Mieter mit der Klage aus Pacht erfolgreich gegen den Vermieter vorgehen kann, wenn diesem nicht alles vertraglich Vereinbarte gewährt wurde, sei es, dass er in der Nutzung vom Eigentümer behindert wird, oder von einem anderen, den der Eigentümer seinerseits daran hindern kann: *Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest.*

Hier finden wir ebenfalls eine sehr moderne Regelung der Erhaltungspflicht: Ermöglicht der Vermieter dem Mieter nur eine eingeschränkte Nutzung des vermietenden Objekts (zB durch fehlende Objekte, einen kürzeren Zeitraum, etc...), kann die Miete entsprechend reduziert werden.

Dies ist die letzte Regelung der Bestimmungen über die Erhaltungspflicht im römischen Recht, die wir aus den bereits besprochenen Texten so zusammenfassen können:<sup>46)</sup>

- 1) die allgemeine Pflicht des Vermieters (Verpächters), die Mietsache nicht nur in gebrauchsfähigem und (sachlich und rechtlich) mangelfreiem Zustand an den Mieter zu übergeben, sondern sie auch während der Mietzeit instand zu halten;<sup>47)</sup>
- 2) die Möglichkeit des Mieters, entweder die Miete zu mindern oder zurückzuerhalten und bei Verschulden des Vermieters sogar Schadenersatz mit der *actio conducti*<sup>48)</sup> zu verlangen.

So zeigt sich eine sehr praxisorientierte Rechtslage, die aus der Jurisprudenz der Fälle entsteht und auch keine „moderne“ dogmatische Systematisie-

44) T. Rüfner, HWB EuP 2009 unter 2.; H. Honsell, Römisches Recht<sup>6</sup> 146–148; G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 908; R. Versteegen, „Qui fundum locavit, si vendat, curare debet ...“, in Mélanges Felix Wubbe (1993) 484.

45) Siehe dazu auch eine Besprechung des Textes in diesem Sinn in: W. Ernst, ZRG RA 105 (1988) 541 (563 ff). Im Allgemeinen: G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 908.

46) R. Versteegen, Mélanges Felix Wubbe 484.

47) G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 908.

48) G. Guarino, Diritto privato<sup>12</sup> 907.

zung der Kategorie „Erhaltungspflicht“ kennt.<sup>49)</sup> Die Praxis der Römer scheint so von der modernen Theoretisierung der Erhaltungspflicht als „Hauptleistungspflicht“ oder als „Sekundärpflicht“ weit entfernt zu sein. Aus den Quellen lässt sich nicht erkennen, ob diese dogmatische Frage von den römischen Juristen überhaupt in Betracht gezogen wurde.

### III. Die Rechtsnatur der Erhaltungspflicht im Spiegel von Lehre und Rechtsprechung (Renate Pletzer)<sup>50)</sup>

Ob Erhaltung nun Hauptleistung oder Gewährleistung ist, lässt sich der österreichischen Lit und Rsp – immer noch – nicht mit letzter Klarheit entnehmen. Das liegt in erster Linie daran, dass der OGH die Thematik in verschiedenen Zusammenhängen und typischerweise nur indirekt anspricht, was massiven Interpretationsbedarf mit sich bringt. Die Lehre ist in dieser Frage zweigeteilt und wenig überraschend verstehen die juristischen Kampfgenossen, je nachdem, welchem „Lager“ sie zugehören, die höchstgerichtlichen Aussagen unterschiedlich. Eine, wie *Helmut Böhm* im gegebenen Zusammenhang einmal formulierte, zT „vom Wunschdenken geleitete“<sup>51)</sup> Herangehensweise ist jedoch wenig geeignet, Licht ins Dunkel der Judikatur zu bringen. Hier soll noch einmal eine Sichtung des Vorhandenen vorgenommen und der eine oder andere Querbezug hergestellt werden. Die Autorin verhehlt dabei nicht, selber einer „Fraktion“ zuzugehören.

#### A. Die Literatur: Hauptleistungstheorie trifft auf Gewährleistungslehre

Bis Mitte der 2000er Jahre prävalierte in der L die Auffassung, dass sowohl die Zinsminderung als auch der Erhaltungsanspruch besondere, bestandrechtliche Gewährleistungsrechtsbehelfe darstellen<sup>52)</sup> bzw wurde – was auch etwas aussagt – hinsichtlich des Gewährleistungscharakters nicht zwischen Zinsminderung und Erhaltung unterschieden.<sup>53)</sup> Manche Autoren erwähnen im Kontext mit den §§ 8 und 9 KSchG idF vor dem GewRÄG 2001 explizit nur die Zinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB und schweigen sich hinsichtlich der Erhaltung aus;<sup>54)</sup> wie dieses Schweigen zu werten ist, bleibt offen. Dass sich die ältere L der Problematik wohl gar nicht voll bewusst war, zeigen die Ausführungen

49) *R. Versteegen*, *Mélanges Felix Wubbe* 484 (491).

50) *Für Helmut, meinen Lehrer, Förderer, privaten Computerexperten, Berater in allen Lebenslagen und besten Freund mit tausend Dank für alles!*

51) *H. Böhm*, Glosse zu 10 Ob 65/14b, *immolex* 2015/14 (55).

52) *Klang* in *Klang V<sup>2</sup>* (1954) 40 f, 44; *Fischer/Czermak*, Das Konsumentenschutzgesetz und der Liegenschaftsverkehr, NZ 1991, 115 (120); *Würth* in *Rummel<sup>3</sup>* (2000) § 1096 Rz 2; *Wilhelm*, *Hilfe, mein Keller schwimmt! Mietrechtliche Gewährleistung im MRG-Teilbereich*, *ecolex* 2002, 637 mwN; *W. Faber*, Auswirkungen des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes auf Bestandverhältnisse, *immolex* 2001, 246 (249, 251 f) mwN.

53) *Binder* in *Schwimmann<sup>2</sup>* IV (2001) § 1096 Rz 3.

54) *Krejci* in *Rummel<sup>3</sup>* § 8 KSchG Rz 4. *Fenyoes*, KSchG und Gewährleistung, in *Krejci* (Hrsg), *Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz* (1981) 371 (375) hält „jedenfalls“ den „Zinsminderungsanspruch des § 1096 Abs 1 S 2“ in allen unter das KSchG fallenden Bestandverträgen für unabdingbar; zur Erhaltungspflicht äußert sich *Fenyoes* nicht.