



MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Mietzinsminderung – gibt es eine Anzeigepflicht und ist subjektives Empfinden des Mangels hierfür erforderlich?“

verfasst von / submitted by

Mag. Evelyn Rupp

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Legal Studies (MLS)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 362

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Wohn- und Immobilienrecht (MLS)

Betreut von / Supervisor:

Dr. Stephanie Nitsch

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	3
2. § 1096 ABGB	4
2.1. Normtext	4
2.2. Bedingener Gebrauch – Wohnung	6
2.3. Erhaltung des Gebrauchs	7
2.4. Störungen im Gebrauch	9
2.5. Nicht gehörige Erfüllung – Mietzinsminderungsanspruch	10
2.6. Durchsetzung des Mietzinsminderungsanspruchs	13
i. Geltendmachung und das Prinzip der zweiten Chance	13
ii. Prüfung des Mangels	15
iii. Maß der Zinsminderung	16
iv. Dauer	21
v. Fristen der Bestandzinsminderung	21
vi. Rechtliche Möglichkeiten des Bestandnehmers	22
vii. Konkludenter Verzicht auf Mietzinsminderung	24
viii. Ausschluss des Mietzinsminderungsanspruchs	24
2.7. Anzeigepflicht gemäß §1097 ABGB	25
3. Voraussetzungen für Mietzinsminderungsansprüche - OGH 6 Ob 38/11y	26
3.1. Sachverhalt OGH 16.03.2011, 6 Ob 38/11y – Anzeigepflicht bejaht	26
3.2. Rechtliche Beurteilung	27
3.3. Reaktionen innerhalb der Lehre auf die OGH Entscheidung 6 Ob 38/11y	32
4. Auszug aus OGH 15.07.2011, 8 Ob 90/10h – subjektives Empfinden verneint	40

4.1. Sachverhalt	40
4.2. Rechtliche Beurteilung.....	42
4.3. Reaktionen innerhalb der Lehre auf die OGH Entscheidung 8 Ob/90/10h	46
5. Auswirkungen auf nachfolgende OGH Entscheidungen	52
5.1. Aspekt 1 – „Ausmaß der Mietzinsminderung“ - OGH 8 Ob 7/17p.....	52
i. OGH 8 Ob 7/17p – Angemessenheit der Mietzinsminderung bei veralteten Elektroinstallationen	53
ii. Beurteilung der Lehre	55
5.2. Aspekt 2 – „Anzeigepflicht“ – bestätigt durch OGH 10 Ob 4/16k	56
5.3. Aspekt 3 - „objektive Gebrauchsbeeinträchtigung“- bestätigt durch OGH 8 Ob 85/17h.....	57
6. Zusammenfassung und eigene Ansicht.....	60
7. Literaturverzeichnis	64
8. Judikaturverzeichnis	67

1. Einleitung

Ein Mieter hat gem. § 1096 ABGB Anspruch auf Mietzinsminderung, wenn ohne sein Verschulden der vertraglich vereinbarte Gebrauch des Mietobjekts nicht ermöglicht oder zumindest erheblich beeinträchtigt wird. Dabei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruch des Mieters, der ab Beginn der Beeinträchtigung im Ausmaß der Unbrauchbarkeit bzw. der Gebrauchsbeeinträchtigung des Mietobjekts bis zu dessen Behebung besteht.

Im Jahr 2011 gab es zwei kurz aufeinandergefolgte OGH Entscheidungen bei ähnlich gelagerten Fällen zur Frage des Mietzinsminderungsanspruchs, die nicht nur auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen.

Zu Beginn wird der Regelungsinhalt und Regelungszweck des § 1096 ABGB dargelegt, danach sollen die zwei in der Lehre viel diskutierten Entscheidungen erörtert und folgende Fragen zum Abschluss beantwortet werden:

- 1) Stehen die Entscheidung tatsächlich im Widerspruch zueinander?
- 2) Welche Rechtfertigung steht hinter der unterschiedlichen Betrachtung?
- 3) Ist ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip ableitbar?
- 4) Welche Auswirkungen hatten diese Entscheidungen auf die nachfolgende Rechtsprechung des OGH?

2. § 1096 ABGB

2.1. Normtext

§ 1096. (1) Vermieter und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandsstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören. Ist das Bestandsstück bei der Übergabe derart mangelhaft oder wird es während der Bestandszeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft, dass es zu dem bedungenen Gebrauche nicht taugt, so ist der Bestandnehmer für die Dauer und in dem Maße der Unbrauchbarkeit von der Entrichtung des Zinses befreit. Auf diese Befreiung kann bei der Miete unbeweglicher Sachen im voraus nicht verzichtet werden.

(2) Der Pächter hat die gewöhnlichen Ausbesserungen der Wirtschaftsgebäude nur insoweit selbst zu tragen, als sie mit den Materialien des Gutes und den Diensten, die er nach der Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtigt ist, bestritten werden können.¹

§ 1096 Abs 1 definiert hiermit zum einen die drei Hauptleistungspflichten des Bestandgebers.

1. Verschaffung des bedungenen Gebrauchs
2. Erhaltung des bedungenen Gebrauchs
3. Störungsabwehr

Darüber hinaus wird die Mietzinsminderung als wichtigste Sanktion ihrer Verletzung festgelegt.²

Der Anspruch auf Übergabe in brauchbarem Zustand entspricht einem Zielschuldverhältnis, bei nicht gehörigem Übergabeanbot gibt es daher das Wahlrecht des Bestandnehmers zwischen Nichtannahme und Übernahme unter Geltendmachung der Mängel.³

¹ JGS 1811/946 idF RGBl 1916/69.

² Riss in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 1.

³ Würth in Rummel, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 3.

Ein Mieter hat gem. § 1096 ABGB Anspruch auf Mietzinsminderung, wenn das Bestandobjekt/der Mietgegenstand zum bedungenen Gebrauch nicht oder nur eingeschränkt tauglich ist. Grundsätzlich ist der Bestandgeber verpflichtet, das Bestandobjekt dem Bestandnehmer in brauchbarem Zustand zu übergeben, es in diesem Zustand zu erhalten und den Bestandnehmer vor Störungen zu schützen. Der Bestandgeber hat daher dem Bestandnehmer jenen Gebrauch und jene Nutzung zu gewährleisten, die ausdrücklich, nach dem Vertragszweck oder nach der Verkehrssitte bedungen sind, wobei im Zweifel eine mittlere Brauchbarkeit als bedungen gilt.⁴

Dabei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruch des Mieters, der ab Beginn der Beeinträchtigung im Ausmaß der Unbrauchbarkeit bzw. der Gebrauchsbeeinträchtigung des Mietobjekts bis zu dessen Behebung besteht. Der Mietzinsminderungsanspruch des Mieters ist ein Gewährleistungsanspruch eigener Art und besteht wie ein jeder GWL-Anspruch unabhängig davon, ob den Vermieter daran ein Verschulden trifft.⁵

Die Beweislast für die mangelnde Brauchbarkeit trägt der Bestandnehmer.⁶ Die eingeschränkte Brauchbarkeit oder sogar Unbrauchbarkeit des Mietgegenstandes darf hierbei aber nicht vom Mieter selbst verschuldet worden sein. Kann der Bestandgeber die rechtswidrige Verursachung durch den Bestandnehmer beweisen, so muss der Bestandnehmer beweisen, dass ihn daran kein Verschulden trifft, um die Mietzinsminderung zu retten.⁷

Der Mietzinsminderungsanspruch nach § 1096 Abs 1 S 2 gilt sowohl im Voll-, Teilanwendungsbereich und im Vollausnahmebereich des MRG.⁸ Im Voraus kann auf die Zinsminderung bei der Miete einer unbeweglichen Sache nicht verzichtet werden.⁹

⁴ *Lindinger*, Mietzinsminderung 1 Rz 1.

⁵ OGH 15.07.2011, 8 Ob 90/10h.

⁶ *Riss* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 3; 1 Ob 517/92 = MietSlg 44.159; 7 Ob 3/03 x = wobl 2004/86 (*Vonkilch*); 1 Ob 146/05 k (Mobilfunkmasten) = immolex 2005/125.

⁷ *Lindinger*, Mietzinsminderung 17 Rz 29; OGH 2 Ob 505, 506/91; wobl 1992/29 = MietSlg 43.285.

⁸ *Iro* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ §1096 Rz 13.

⁹ *Iro* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ §1096 Rz 11.

2.2. Bedingener Gebrauch – Wohnung

Der anzulegende Maßstab wird in erster Linie durch die ausdrückliche Parteienabrede¹⁰ bzw. durch den Gebrauchszweck, der dem Vertrag zu Grunde liegt, festgelegt. Maßgebend sind grundsätzlich jene Verkehrsauffassung jene Standards, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehen.¹¹ Brauchbarkeit setzt etwa voraus, dass Energieanschlüsse in einer Wohnung gefahrenfrei verwendbar sind,¹² Wohn- und Geschäftsräume frei von Schimmel sind,¹³ die Lärmbelästigung im Bestandobjekt das ortsübliche Maß nicht überschreitet und die ortsübliche Nutzung nicht wesentlich beeinträchtigt¹⁴.

Der Vermieter ist jedoch nicht zur laufenden Anpassung oder Modernisierung des Bestandobjekts verpflichtet (statischer Erhaltungsbegriff)¹⁵. Anders ist dies bei Gesundheitsstandards, entwickeln sich hier die für die Brauchbarkeit ausschlaggebenden Maßstäbe während der Vertragsdauer fort, kann dies allerdings eine Anpassung des Brauchbarkeitsmaßstabs und den damit vertraglich geschuldeten Leistungsumfang nach sich ziehen.¹⁶

Zur Verschaffung des bedungenen Gebrauches gehört auch die Einholung der baubehördlichen Bewilligung. Der Bestangeber hat alles zu unternehmen, um diese zu

¹⁰ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 2; 1 Ob 1477/15 x = immolex 2015/93 (*Prader*).

¹¹ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 2; Riss, Erhaltungspflicht 142 f; *Link*, immolex 2003, 173 (174); 1 Ob 39/08 d = wobl 2010/36 (*Vonkilch*).

¹² Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 2; immolex 2002, 295 (*Lenk*).

¹³ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 2; 9 Ob 58/98 i = MietSlg 50.151; 3 Ob 286/05b (*Arztpraxis*) = wobl 2007/46.

¹⁴ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 2; 10 Ob 38/03 s (*Volksschule in Mietwohnhaus*) = immolex 2004/76; 1 Ob 306/02 k (*Störung eines Restaurantbetriebs durch Großbaustelle*) = wobl 2003/ 199; 4 Ob 53/08 k (*Kindergarten im Innenhof*) = wobl 2008/108; 5 Ob 57/13 p (*Bauarbeiten auf Nachbargrund*) = wobl 2014/29; zur Ortsüblichkeit bauführungsbedingter Immissionen RIS-Justiz RS0033674. Siehe ferner *Undinger*, immolex 2015, 107.

¹⁵ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 10; 1 Ob 39/08 d = immolex 2009/4 (*Edelhauser*) = wobl 2010/36 (*Vonkilch*). Vgl aber *Rummel* in *Rummel3* § 914 Rz 15 aE, der bei Dauerschuldverhältnissen generell an die Verkehrssitte im Urteilszeitpunkt anknüpft, und *Klang* in *Klang V2* 54.

¹⁶ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 10; Riss, RdW 2004, 584 (586); Riss, Erhaltungspflicht 147 ff.

erreichen, etwa auch um einen erforderlichen Umbau vorzunehmen.¹⁷ Weiters hat der Bestandgeber auch für die Benützungsbewilligung zu sorgen.¹⁸

Die Verpflichtung, das Bestandobjekt in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten, umfasst auch die allgemeinen Teile des Hauses, die der Mieter nach Vertrag oder Verkehrssitte zu benützen berechtigt ist, und beinhaltet weiters die Sorge für die gefahrlose Benützung dieser Teile.¹⁹

2.3. Erhaltung des Gebrauchs

Der Begriff der Brauchbarkeit des Bestandobjektes gehört, wie oben ausgeführt, zu den zentralen Pflichten des Bestandgebers. Nach Übergabe des Bestandobjektes ist der Bestandgeber zu dessen Erhaltung in dem der Vereinbarung entsprechenden, also im ursprünglich geschuldeten Zustand verpflichtet. Der Bestandgeber schuldet die Qualität der Bestandsache während der gesamten Vertragszeit. Fehlt sie, so liegt insoweit Schlechterfüllung vor. Erleidet der Bestandnehmer dadurch einen Schaden, kann er nach den Grundsätzen des Schadenersatzrechtes Ersatz verlangen. Hat der Bestandnehmer den Mangel und den dadurch verursachten Schaden nachgewiesen, obliegt es dem Bestandgeber, sich zu entlasten.²⁰ Die Verpflichtung, das Bestandobjekt in brauchbarem Zustand zu übergeben und zu erhalten, umfasst auch die allgemeinen Teile des Hauses, die der Mieter nach Vertrag oder Verkehrssitte zu benützen berechtigt ist, und beinhaltet weiters die Sorge für die gefahrlose Benützung dieser Teile.²¹ Darunter fällt die Stiegenhausbeleuchtung²², ebenso wie die Waschküche.²³

Die Pflicht des Bestandgebers zur laufenden Instandhaltung während des Bestandverhältnisses entspricht dem Wesen des Dauerschuldverhältnisses.²⁴ Diese Pflicht ist somit als primärer Erfüllungsanspruch des Mieters zu qualifizieren und ist

¹⁷ *Lindinger*, Mietzinsminderung 2 Rz 4; LGZ Wien 41 R572/80, MietSlg 32.169.

¹⁸ *Lindinger*, Mietzinsminderung 2 Rz 4; OGH 5 Ob 116/99s, MietSlg 51.242.

¹⁹ RIS-Justiz RS0106104.

²⁰ RIS-Justiz RS0021199.

²¹ RIS-Justiz RS0106104.

²² MietSlg 3704/12.

²³ MietSlg 29.158.

²⁴ *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 5.

auch noch dann durchsetzbar, wenn ein Kündigungsverfahren bereits anhängig ist.²⁵ Sie ist außerhalb des Bereiches voller Anwendbarkeit des MRG abdingbar und somit auf den Bestandnehmer abwälzbar.²⁶ Es gelten aber auch hier die allgemeinen schuldrechtlichen Schranken der Sittenwidrigkeit²⁷, des Wuchers²⁸ und der Verkürzung über die Hälfte²⁹.

Die Judikatur beurteilte zuletzt die Mietvertragsklauseln im Verbrauchergeschäft, die eine Überwälzung der Erhaltungspflicht vorgesehen haben, als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 und somit unwirksam.³⁰

Im Bereich voller Anwendbarkeit des MRG bzw. des WGG ist die Pflicht zur laufenden Instandhaltung in den §§ 3 und 8 Abs1 MRG bzw. § 14a WGG abweichend vom ABGB, aber im Wesentlichen zwingend geregelt.³¹

Zur Durchsetzung der Instandhaltung steht außerhalb des Bereiches voller Anwendbarkeit des MRG der Rechtsweg offen, in jenem gemäß §§ 6 und 37 Abs 1 Z 2 MRG ausschließlich das besondere Außerstreitverfahren nach § 37 MRG. Der Bestandnehmer hat allerdings nach § 1096 keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Durchführung.³² Die Klage auf Erhaltung des Bestandobjektes hat allerdings ein hinreichend bestimmtes Begehren über die durchzuführenden Arbeiten zu enthalten, um eine Vollstreckung zu ermöglichen.³³

²⁵ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 7; *Pesek* in *Schwimman/Kodek* 4 §1096 Rz 31; 1 Ob 781/53 = MietSlg 2818.

²⁶ *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 5.

²⁷ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 8; 6 Ob 652/79 (Ausschluss der Mietzinsminderung) = JBI 1981, 317.

²⁸ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 8; 1 Ob 511/87 (Vertragsabschlusszeitpunkt maßgebend) = MietSlg 39.060/12; 1 Ob 176/12 g = immolex 2013/1 (*Pletzer*); s auch *Krejci* in *Rummel* 3 § 879 Rz 215.

²⁹ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 8; *Gschnitzer* in *Klang* IV/12 558; *Reisehauer* in *Rummel* 3 § 934 Rz 1; 1 Ob 606/91 = JBI 1992, 319; 8 Ob 567/93 = MietSlg 45.065 / 17; 1 Ob 44/98x = MietSlg L/26; 1 Ob 176/12g = immolex 2013/1 (*Pletzer*).

³⁰ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 9; 6 Ob 81/09 v = wobl 2010/68 (krit *Würth*; Riss) = immolex 2010/34 (*Rosifka*; *Prader*; *H. Böhm*); 2 Ob 73/10 i (Klausel 16: Erneuerungspflicht hinsichtlich mitgemieteter Einrichtungsgegenstände, Geräte und Anlagen) = wobl 2011/57 = JBI 2011, 175 (*Mayrhofer*) = immolex 2011/25 (*Prader*; *H. Böhm*). Ebenso *Vonkilch*, wobl 2012, 135 (216 f).

³¹ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²¹ §1096 ABGB Rz 6.

³² *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 6.

³³ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 12; *Klang* in *Klang* V2 43; *Pesek* in *Schwimann/Kodek* 4 § 1096 Rz 29; 5 Ob 40/66 = EvBI 1966/371.

2.4. Störungen im Gebrauch

Die Pflicht zur Unterlassung von Störungen bildet die negative Seite der umfassenden Pflicht zur Gewährung und Erhaltung der Gebrauchsmöglichkeit und unterliegt damit denselben Grundsätzen hinsichtlich Umfang und Beschränkungen wie die Pflicht zur Erhaltung der Bestandsache.³⁴

Die Verpflichtung, den Bestandnehmer im bedungen Gebrauch und Genuss nicht zu stören, umfasst sowohl das Dulden all dessen, was noch als zulässiger Gebrauch durch den Bestandnehmer anzusehen ist, als auch die Unterlassung all dessen, was der Bestandnehmer nicht auf Grund besonderer Vereinbarung, der Verkehrsauffassung oder des Gesetzes zu dulden hat (vgl. zB MietSlg 35.169) als auch aktives Handeln, wie zB die Verschaffung der zum bedungenen Gebrauch erforderlichen behördlichen Genehmigungen und der ihm entsprechenden Nutzungsmöglichkeiten, sowie Schutz gegen Dritte.

Grundsätzlich ist jedoch festzuhalten, dass nicht jegliche Einwirkungen bereits den bedungenen Gebrauch stören. So hat der Bestandnehmer Einwirkungen zu dulden, wenn sie das zumutbare Ausmaß nicht übersteigen. Eine solche Einwirkung darf iSd in § 364 Abs 2 ABGB entwickelten Grundsätze das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß nicht überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Objektes nicht wesentlich beeinträchtigen.³⁵

Nimmt der Bestandnehmer Eingriffe des Bestandgebers (insb. Baumaßnahmen) unwidersprochen hin, kann er seine Unterlassungsansprüche verlieren.³⁶ Der Bestandgeber hat umfassend dafür zu sorgen, dass der bedungene Gebrauch des Bestandnehmers nicht durch Dritte beeinträchtigt wird, dies selbst vor Identifizierung des Täters. Er hat gegen Störungen Dritter entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, nicht nur auf Unterlassung und Beseitigung zu dringen, sondern notfalls den störenden Mieter zu kündigen, selbst wenn dies mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre.³⁷

³⁴ Riss in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at); Rz 6.

³⁵ *Lindinger*, Mietzinsminderung 2011 Rz 18; LGZ Wien 38 R 92/08y, MietSlg 60.137.

³⁶ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht ²¹ §1096 ABGB Rz 7; MietSlg 28.129.

³⁷ *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht ²¹ §1096 ABGB Rz 9; immolex 2001/49=wobl 2001/138=MietSlg 51.138/31; MietSlg 22.123.

Nur soweit eine Beseitigung der Gebrauchsbeeinträchtigung mit hoher Wahrscheinlichkeit aussichtslos erscheint, besteht keine Pflicht zu Abhilfemaßnahmen, die Zinsminderung greift dennoch.³⁸

2.5. Nicht gehörige Erfüllung – Mietzinsminderungsanspruch

Durch Beeinträchtigungen des Gebrauchsrechts kommt es zu einer Störung der beiden Hauptleistungspflichten, der Verschaffung bzw. Erhaltung des bedungenen Gebrauchs einerseits und der Bestandzinszahlung andererseits. Anders als im allgemeinen Gewährleistungsrecht für Zielschuldverhältnisse grundsätzlich vorgesehen ist, scheidet eine Sanierung dieser Äquivalenzstörung im Bestandverhältnis durch Verbesserung der Leistung regelmäßig aus, weil der in der Vergangenheit mangelhaft erbrachte Gebrauch nicht nachgeholt werden kann (Fixschuldcharakter der Gebrauchsüberlassung)³⁹. Somit kommt es nur durch die Reduktion der Gegenleistung, also dem Bestandzins, zur Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz. Die in § 1096 Abs 1 Satz 2 vorgesehene Bestandzinsminderung wird daher mit der hA als Sondergewährleistungsbestimmung des Bestandrechts qualifiziert, die insbesondere der zeitlichen Dimension des Dauerschuldverhältnisses gerecht werden soll.⁴⁰

Bei nicht gehöriger Erfüllung der Pflicht zur Verschaffung und Erhaltung des bedungenen Gebrauchs hat der Bestandnehmer die Wahl ohne Rücksicht auf Verschulden des Bestandgebers entweder auf Zuhaltung des Vertrages (Übergabe, Herstellung des bedungenen Zustandes, Instandsetzung des Bestandobjektes, Unterlassung von Störungen, Maßnahmen gegen Dritte usw) zu verlangen, dabei allenfalls die Maßnahmen selbst zu setzen und vom Bestandgeber Ersatz zu begehren §

³⁸ *Riss in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 14; 6 Ob 293/00 g (Herabwerfen von Zigarettenstummeln) = JBI 2001, 522; 1 Ob 89/02 y (Zunahme von Verkehrslärm) = wobl 2003/ 75. Siehe aber 6 Ob 634/89 = JBI 1991, 46, wo das Eingreifen der Erhaltungspflicht offenbar zugleich davon abhängig gemacht wird, dass hohe Erfolgswahrscheinlichkeit besteht. Nicht eindeutig wohl auch *Pesek in Schwimann/Kodek* 4 § 1096 Rz 83 und Rz 93 und Rz 159.

³⁹ *Riss in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 24; *Riss*, wobl 2002, 345 (349 ff); *Riss*, Erhaltungspflicht 95 ff. Zust *Vonkilch*, Anmerkung zu 6 Ob 38/11 y = wobl 2011/66.

⁴⁰ *Riss in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 24; *Würth*, FS Welser 1217 (1218); 5 Ob 60/04 s = wobl 2005/120.

1097) oder gemäß § 1117 vom Vertrag zurückzutreten oder untätig zu bleiben und sich bis auf weiteres mit der ex lege eintretenden Zinsminderung- bzw –befreiung nach §1096 Abs 1 S 2 zu begnügen.⁴¹ Dies bedeutet, unerheblich ob der Vermieter den vereinbarten Gebrauch nicht oder nicht in vollem Ausmaß gewährt, oder ob die Sache selbst mangelhaft ist, oder der Gebrauch auf andere Weise verhindert oder gestört wird, so etwa auch durch einen anderen Mieter und ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vermieters tritt als Gewährleistungsfolge eigener Art ex lege eine Zinsbefreiung (-minderung) ein.⁴²

Dieser Mietzinsminderungsanspruch kommt sowohl im Voll-, Teilanwendungsbereich und im Vollaussnahmebereich des MRG zur Anwendung.⁴³

Im Bereich der MRG-Vollanwendung ist die Erhaltungspflicht und ihre Durchsetzung in §§ 3 und 6 sowie § 8 Abs 1 MRG abweichend geregelt, allerdings wird § 1096 ausdrücklich aufrecht erhalten (§ 3 Abs 1 letzter Satz MRG).⁴⁴ Nach § 8 Abs 2 MRG hat die Bestandnehmer die vorübergehende Benützung und die Veränderung seines Mietgegenstandes zuzulassen, wenn der Eingriff der Durchführung von Erhaltungs- oder Verbesserungsarbeiten bzw. einer Beseitigung einer erheblichen Gesundheitsgefährdung dient. Jene Arbeiten, die Verbesserungsarbeiten iSd § 8 MRG darstellen, sind zu dulden.⁴⁵ Wenn die Abwägung der mit einer konkreten Maßnahme verbundenen Vorteile und Nachteile unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein Überwiegen der Vorteile ergibt, so liegt eine Verbesserungsarbeit vor, die der Mieter beziehungsweise Nutzungsberechtigte nach § 8 Abs 2 Z 1 MRG zu dulden hat, ohne dass eine weitere Interessenabwägung zu erfolgen hätte. Die Duldungspflicht des Mieters ist nicht davon abhängig, dass der Vermieter die bestmögliche Verbesserung durchführt, sondern dass er überhaupt eine

⁴¹ Würth in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 2; MietSlg 18.162; 22.123; MietSlg 29.160.

⁴² Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 11; wobl 1992/42 = MietSlg 42.100; MietSlg 29160; MietSlg 49.117, immolex 2000/100 = MietSlg 51.128.

⁴³

⁴⁴ Würth in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 13.

⁴⁵ Lindinger, Mietzinsminderung 2011 Rz 19.

Verbesserungsarbeit durchführt. Die Auswahl der Verbesserungsarbeiten bleibt im Rahmen der dargestellten Beurteilungsgesichtspunkte dem Vermieter vorbehalten.⁴⁶

Wie bereits ausgeführt kann der Bestandnehmer im Falle eines Verstoßes gegen den bedingenen Gebrauch aufgrund Nichteinhaltung von Zusagen (Beschreibung etc.) bzw einer Pflichtverletzung des Bestandgebers gegen die ihn treffenden Erhaltungsarbeiten entweder

- auf Zuhaltung des Vertrages dringen oder
- vom Vertrag zurücktreten.⁴⁷

Unabhängig davon stehen dem Bestandnehmer die Mietzinsminderungsansprüche zu. Der ex lege eintretende Mietzinsminderungsanspruch des Bestandnehmers wird wie bereits erwähnt als Gewährleistungsbefehl eigener Art verstanden.

Da die allgemeinen Gewährleistungsvorschriften eben durch Sondernormen ersetzt sind, besteht kein Unterschied zwischen Gewährleistung für Mängel und Ansprüchen auf Vertragszuhaltung.⁴⁸ Aus dem Wesen des Dauerschuldverhältnisses heraus ist eine rechtsfolgenlose Aufspaltung in Gewährleistung und Vertragszuhaltung abzulehnen. Für die Geltendmachung von Mängeln ist es daher bedeutungslos, ob diese im Zeitpunkt der Übergabe bestanden haben oder nicht und ob sie in der Frist des § 933 geltend gemacht wurden.⁴⁹ Offene Mängel müssen hingegen spätestens bei der Übernahme beanstandet werden, da die Unterlassung der Rüge als „Verzicht“ auf Geltendmachung gilt.⁵⁰

Diese Zinsminderung tritt bis zur Erfüllung des Zuhaltungsbegehrens ein, dies bedeutet vom Beginn der Gebrauchsbeeinträchtigung bis zu deren Behebung, auch wenn diese durch den Bestandnehmer erfolgt.⁵¹

Mit dem Eintritt der Zinsbefreiung-/minderung ist die Verpflichtung des Bestandnehmers zur Zinszahlung in dieser Zeit aufgehoben bzw. verringert. Dies

⁴⁶ RIS- RS0069474.

⁴⁷ *Lindinger*, Mietzinsminderung 2011 Rz 28.

⁴⁸ *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 2; *Klang* in *Klang* 40,44; MietSlg 33.161.

⁴⁹ *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 2; MietSlg 26.098; 34.212.

⁵⁰ *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 2; EvBl 1960/255 = MietSlg 7893/15; MietSlg 20.131.

⁵¹ *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 10; EvBl 1972/74 = MietSlg 23.130/20.

bedeutet nicht, dass es zu einer Aufrechnung kommt und somit ein Aufrechnungsverbot bedeutungslos ist.⁵²

Eine trotzdem erfolgte Zahlung kann nur wegen Irrtums oder im Falle bei Zahlung mit Vorbehalt nach § 1431 ABGB rückgefordert oder damit aufgerechnet werden.⁵³

Die eigentliche Mietzinsbefreiung trifft alle Zinsbestandteile, also auch die Betriebskosten etc., als auch verbrauchsabhängige Mietzinsbestandteile.⁵⁴

Im Falle eines außerordentlichen Zufalls (§ 1104 ABGB) kann der Bestandnehmer nur zwischen Rücktritt und Zinsbefreiung wählen, die Leistungspflicht des Bestandgebers entfällt.⁵⁵ Bei Verschulden hat der Bestandgeber überdies Schadenersatz zu leisten.⁵⁶

So schließt hingegen ein Verschulden des Bestandnehmers an der Unbrauchbarkeit die Mietzinsminderung aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung aus. Kann der Bestandgeber die rechtswidrige Verursachung durch den Bestandnehmer beweisen, so muss der Bestandnehmer beweisen, dass ihn daran kein Verschulden trifft, um die Mietzinsminderung zu retten.⁵⁷

2.6. Durchsetzung des Mietzinsminderungsanspruchs

i. Geltendmachung und das Prinzip der zweiten Chance

Die Unnachholbarkeit der Gebrauchsüberlassung rechtfertigt die gesetzlich angeordnete Durchbrechung des allgemeinen, grundsätzlich auch im Bestandrecht geltenden Prinzips der zweiten Chance bzw des Rechts zur Nacherfüllung.⁵⁸

⁵² Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 11; MietSlg 50.146; immolex 2000/100 = MietSlg 51.128.

⁵³ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 11; MietSlg 51.129; wobl 1991/151 = ImmZ 1991, 360 = MietSlg 43.085/5.

⁵⁴ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 11; MietSlg 50.151; immolex 2003/127.

⁵⁵ Würth in Rummel, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 2.

⁵⁶ RIS-Justiz RS0021457.

⁵⁷ Lindinger, Mietzinsminderung 2011 Rz 29; OGH 2 Ob 505, 506/91; wobl 1992/29 = MietSlg 43.285.

⁵⁸ Riss in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 25; Eingehend Riss, Erhaltungspflicht 111 ff mwH. Zust Prader, immolex 2011, 147 (151); Adler wobl 2013, 307 (308 f) und 6 Ob 38/11 y = wobl 2011/66 (Vonkilch) = immolex 2011/48 (Pletzer; Prader).

Da, wie bereits ausgeführt, für die Vergangenheit ein primärer Gewährleistungsbehelf zur Beseitigung der Gebrauchsebeeinträchtigung nicht in Betracht kommt, kann die Äquivalenz eben nur durch eine Reduktion der Gegenleistung erfolgen.

Die Aufforderung zur Mängelbehebung alleine begründet keinen Vorbehalt der Rückforderung, wenn sie nicht zugleich mit dem Mietzinsminderungsanspruch verknüpft wird.⁵⁹

Die Anzeigepflicht des Bestandnehmers gemäß § 1097 ABGB erfüllt somit bloß den Zweck, dem Bestandgeber die Möglichkeit zu geben, zukünftige Gebrauchsbeeinträchtigungen zu vermeiden, nicht aber ihm eine zweite Chance zur Nacherfüllung zu geben.⁶⁰

Aus Beweisgründen empfiehlt es sich, die Mängelanzeige schriftlich gemeinsam mit einer konkreten Darstellung der Beeinträchtigungen an den Bestandgeber zu übermitteln⁶¹ Weiters kann das Mietzinsminderungsrecht im Sinne des Tatbestandes des § 1096 ABGB ohne Rechtsgestaltungserklärung oder Klage geltend gemacht werden.⁶²

Eine Klage auf Feststellung des Ausmaßes der Mietzinsminderung ist nach der Rspr nicht zulässig (7 Ob 242/01s SZ 2202/13 = immolex 2002, 230 *Pfiel* ; krit *Mahrer*, immolex 2006, 134)⁶³

§ 1096 Abs 1 letzter Satz regelt, dass bei der Miete unbeweglicher Sachen, anders als bei der Pacht, auf die Mietzinsminderung im voraus nicht verzichtet werden kann.⁶⁴ Ein solcher Verzicht darf nach der Rsp auch nicht mittelbar durch die Vereinbarung, dass das Bestandobjekt nur in einer bestimmten Weise benutzt werden kann, erfolgen.⁶⁵

Wurde hingegen die Instandhaltungspflicht wirksam auf den Mieter überwält, schließt dies die Zinsminderung regelmäßig aus, weil dann eine auftretende

⁵⁹ *Lindinger*, Mietzinsminderung 2011 Rz 41; LGZ Wien 40 R 191/05 t, MietSlg 57.148.

⁶⁰ *Riss* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 25; AA *Fidler*, wobl 2015, 36 (37).

⁶¹ *Lindinger*, Mietzinsminderung 2011 Rz 42.

⁶² *Lindinger*, Mietzinsminderung 2011 Rz 45.

⁶³ *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ §1096 Rz 9; 7 Ob 242/01s SZ 2202/13 = immolex 2002, 230 *Pfiel* ; krit *Mahrer*, immolex 2006, 134.

⁶⁴ *Riss* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 27; 10 Ob 510/87 = JBl 1988, 522.

⁶⁵ *Riss* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 27; 2 Ob 215/10 x (Verbandsklage; Klausel 18) = wobl 2012/131 (krit *Vonkilch*; *Riss*).

Gebrauchsbeeinträchtigung der Sphäre des Bestandnehmers zuzuordnen ist und somit die Rechtsfolge entfallen lässt (§ 1107 ABGB).⁶⁶

Im Verbrauchergeschäft ist die Bestandszinsminderung jedoch generell zwingendes Recht.⁶⁷

ii. Prüfung des Mangels

Wie im allgemeinen Gewährleistungsrecht, so ist auch im Bestandsrecht von einem subjektiven (konkreten) Mangelbegriff nach § 922 ABGB auszugehen. Die Gebrauchsüberlassung ist dann als mangelhaft zu beurteilen, wenn sie objektiv von der vertraglich geschuldeten Leistung abweicht, also eine objektive, nach dem vertraglichen Verwendungszweck zu beurteilende Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt.⁶⁸

Die Anmietung eines Kellergewölbes mit unverkleideten Wänden zu dem Zweck Installationsgeräte einzulagern und die Brauchbarkeit des Bestandobjektes durch Setzungsrisse an der Decke nicht beeinträchtigt ist, so rechtfertigen diese Risse keinen Mietzinsminderungsanspruch.⁶⁹

Die Beurteilung eines allfälligen Mietzinsminderungsanspruchs sind die geschuldete Brauchbarkeit sowie der Ausstattungsstatus einer Wohnung von Bedeutung, insbesondere ist dabei auf den Zustand zum Zeitpunkt der Anmietung abzustellen. So steht beispielsweise eine bloß mangelhafte Entlüftung einer Brauchbarkeit nicht entgegen, so dass sich aus der Belüftungssituation per se als nicht normiertem Kategorienmerkmal kein Mietzinsminderungsanspruch ableiten lässt.⁷⁰

Eine allenfalls saisonal bedingte Nichtbenutzung eines Bestandobjektes ist unerheblich und die Mietzinsminderung tritt, wie bereits ausgeführt, ex lege bei Unbrauchbarkeit ein.⁷¹

Grundsätzlich hat ein Bestandgeber auch für Rechtsmängel, also auch für privat- und öffentlich-rechtliche Fehler einzustehen.⁷² So ist der Mangel der baubehördlichen

⁶⁶ Riss in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 27; Riss, Entscheidungsanmerkung zu 1 Ob 176/12q = wobl 2013/9; Riss, FS Würth 115 (136 ff); 10 Ob 65/14 b = wobl 2015/93 = immolex 2015/14 (Prader; H. Böhm).

⁶⁷ Riss in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 27; Fenyves, Handbuch KSchG 371 (375); Krejci, Handbuch KSchG 635(636).

⁶⁸ Lindinger, immolex 2016, 107; MietSlg 61.164.

⁶⁹ Lindinger, immolex 2016, 107; OGH 1 Ob 147/15c.

⁷⁰ Lindinger, immolex 2016, 107; OGH 1 Ob 157/14p.

⁷¹ Lindinger, immolex 2016, 107; MietSlg 61.164.

Benutzungsbewilligung des Mietobjektes ein Rechtsmangel, den der Mieter innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend machen kann.⁷³

Eine Mietzinsminderung steht jedoch nur dann zu, wenn dieses Risiko nicht der Bestandnehmer auf sich genommen hat und es durch den Rechtsmangel zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Gebrauches gekommen ist und die Ursache für das Fehlen bzw die Versagung der Genehmigung in die Sphäre des Bestandgebers oder in neutrale Sphäre fällt.⁷⁴

Von der Prüfung, ob gemessen am subjektiven Mangelbegriff eine Schlechterfüllung vorliegt, ist die Frage zu treffen, ob zusätzlich erforderlich ist, dass der Bestandnehmer die Beeinträchtigung auch tatsächlich subjektiv wahrnimmt bzw. spürt. Diese Frage wurde in der nachfolgend zu analysierenden OGH Entscheidung 6 Ob 38/11y behandelt.

So ist diese insbesondere in jenen Fällen von Relevanz, in denen eine Gesundheits- bzw. Lebensgefahr zunächst unerkannt blieb oder beispielsweise auch wenn Lärmbeeinträchtigungen bloß während der Abwesenheit des Bestandnehmers stattfinden.⁷⁵

iii. Maß der Zinsminderung

Für das Maß der Zinsminderung hat *Lindinger* die geltenden allgemeinen Grundsätze folgendermaßen zusammengefasst:⁷⁶

Stichwort	Leitgedanke	Quellenverweis
Zinsbefreiung	Für das Ausmaß der Zinsbefreiung ist der <i>Grad der Unbrauchbarkeit</i> entscheidend, wobei	MietSlg 45.101, 42.097

⁷² *Lindinger*, immolex 2016, 107; 3 Ob 526/91; 5Ob116/99s; 5Ob176/99i.

⁷³ RIS- RS 0018477;

⁷⁴ *Lindinger*, immolex 2016, 107; MietSlg 50.142; 3 Ob 526/93; 7 Ob 184/03i; 6 Ob 40/08p; MietSlg 66.172.

⁷⁵ *Riss* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 26/1; Vonkilch, Anmerkungen zu 6 Ob 38/11 y = wobl 2011/66.

⁷⁶ *Lindinger*, immolex 2006, 70.

	<p>- <i>Parteiwille</i> - <i>Verkehrssitte</i> - <i>Dauer</i></p> <p>der Unbrauchbarkeit zu berücksichtigen sind.</p>	
Unbrauchbarkeit	Parameter ist nicht der Grad der Unbrauchbarkeit alleine, sondern kumulativ ist der Grad der <i>Dauer</i> der Unbrauchbarkeit ebenfalls zu berücksichtigen.	MietSlg 35.174
Dauer	Die Zinsminderung ist dabei nicht lediglich auf jene Tage hochzurechnen, an denen es tatsächlich zu Beeinträchtigungen gekommen ist, weil der Mieter im Vorhinein nicht wissen konnte, ob und wann eine Behebung/Aussetzen des Baulärms stattfindet, sondern über die ganze Dauer der Bautätigkeit/Sanierung/Beeinträchtigung.	
Ausmessung	Die Ausmessung erfolgt nach § 273 ZPO. Eine solche ist grundsätzlich nicht reversibel, nur gravierende, an die Grenzen des Missbrauchs gehende Fehler der	MietSlg 51.928, 50.147

	Anwendung des Ermessens (Ermessensmissbrauch) können an den OGH herangetragen werden.	
relative Berechnungsmethode	Bei Ermittlung des Ausmaßes der Zinsminderung, also der gesetzlichen Gewährleistung für ein Zurückbleiben des tatsächlichen Zustands des Bestandobjekts gegenüber dem bedungenen, ist der Bestandzins, wie er für das Bestandobjekt ohne Mangel angenommen wäre, dem für das mit dem Mangel behafteten Bestandobjekt angemessenen Mietzins gegenüberzustellen.	MietSlg 49.119/15 = immolex 1997/171 (Kletecka); MietSlg 50.147 = immolex 2000/100; MietSlg 51.128; 53.145
objektive Kriterien	Grundsätzlich ist das Maß der Zinsminderung nach dem Grad der Unbrauchbarkeit des Bestandgegenstands nach objektiven Kriterien zu beurteilen.	MietSlg 45.099
subjektive Maßstäbe	Subjektive Maßstäbe und Erwartungen des Mieters können jedoch bei der vorzunehmenden Einzelfallbeurteilung nicht völlig außer Acht gelassen	MietSlg 49.121

	werden.	
--	---------	--

Grundsätzlich kann eine Minderung des Bruttomietzinses (Hauptmietzins samt Nebenkosten) vorgenommen werden.⁷⁷

Die Anwendung der relativen Berechnungsmethode wird jedoch in der Praxis überwiegend durch die Reduktion eines prozentuellen Anschlags je nach dem Grad der Brauchbarkeit berechnet.⁷⁸

Stichwort	Leitgedanke	Reduktion	Kommentar	Quellenverweis
Unbenutzbarkeit von Bad und WC	Gänzliche Unbenutzbarkeit	100 %	eignet sich nicht zu Wohnzwecken, da Überbrückung nur bei tageweisem Ausfall möglich	MietSlg 25.121
Fehlen von Wasserversorgung	gänzlich Fehlen einer Wasserversorgung	50 %		MietSlg 38.151
Elektroanlage	Elektroanlage erlaubt keinen gleichzeitigen Betrieb von zwei Kochplatten	0 %	da noch keine Gefährdung der Substanz oder Beeinträchtigung der Benutzbarkeit	MietSlg 52.262 = immolex 1998/26
Gefährdung;	Elektroanlage ist	§ 273	Der	MietSlg 54.139

⁷⁷ OGH 9Ob58/98i; Wobl 1991/55.

⁷⁸ Lindinger, immolex 2006, 70.

Substanz-, Feuer-, Explosionsgefahr	dann mangelhaft, wenn Gefährdung der Substanz oder Beeinträchtigung der Benutzbarkeit des Bestandobjekts durch Feuer oder Explosionsgefahr gegeben ist.	ZPO	Beeinträchtigung der Benutzbarkeit muss eine Beschädigung oder Gefährdung der Substanz des Hauses drohen.	= immolex 2003/78
-------------------------------------	---	-----	---	-------------------

So regelt § 273 ZPO Folgendes: Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat, der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen. Der Festsetzung des Betrages kann auch die eidliche Vernehmung einer der Parteien über die für die Bestimmung des Betrages maßgebenden Umstände vorausgehen.

Weitere Hilfestellungen ergeben sich in Österreich aus dem Wiener Mietzinsminderungsspiegel, der eine Übersicht über die Rechtsprechung enthält. Nach diesem wird eine Differenzierung zwischen Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten vorgenommen, wobei der Mangel samt kurze Sachverhaltsbeschreibung und Reduktion festgehalten wird.

In welchem Ausmaß der Mietzins gemindert werden kann, hängt jedoch vom jeweiligen Einzelfall ab und bleibt – bei Streitigkeiten – der Entscheidung der Richter vorbehalten.

iv. Dauer

Die Zinsbefreiung- bzw. minderung tritt vom Beginn der Gebrauchsbeeinträchtigung bis zu deren Behebung.⁷⁹

Die Zinsminderung endet mit der Behebung des Mangels, auch bei Selbstvornahme durch den Mieter wegen Untätigkeit des Vermieters trotz Anzeige, wobei jener seinen Aufwandsersatzanspruch – auch aufrechnungsweise- sofort geltend machen kann.⁸⁰

v. Fristen der Bestandzinsminderung

Da die Bestandzinsminderung ex lege eintritt, ist sie selbst an keine Frist gebunden.⁸¹

Allerdings wendet die Rsp auf die Kondiktion der überzahlten Beträge nicht mehr die allgemeine 30-jährige Frist des § 1478 an.⁸²

Bestandzinse, die im Hinblick auf eine Zinsminderung nach § 1096 ABGB ohne Rechtsgrund bezahlt wurden, sind zu Unrecht eingehobene Bestandentgelte. Die Rückforderungsansprüche eines Mieters, die sich aus einer im Nachhinein eingetretenen Zinsminderung ergeben, sind jenen wegen eines schon ursprünglich überhöht vereinbarten Entgelts, wie sie § 27 Abs 3 MRG und § 5 Abs 4 KIGG zu Grunde liegen, wertungsmäßig zumindest gleich zu halten. Wenn nach § 27 Abs 3 MRG sogar gesetzwidrig geleistete Entgelte schon nach drei Jahren nicht mehr rückgefordert werden können, muss dies argumentum a maiori ad minus auch für die Rückforderung von (bloß) infolge einer Äquivalenzstörung vertragswidrigen Leistungen gelten.⁸³

⁷⁹ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 11; wobl 1997/103 = immolex 1997/171 = MietSlg 49.119; MietSlg 49.120.

⁸⁰ Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 1096 Rz 9; § 1097 Rz4; EvBl 1972/74; 1 Ob 27/97 w SZ 70/96; vgl. auch Riss, Erhaltungspflicht 216.

⁸¹ Riss in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 29; Ehrenzweig, System 11/12 442; Klang in Klang V2 44; Faber, immolex 2001, 246 (249); 6 Ob 38/11 y = wobl 2011/66 (Vonkilch) = immolex 2011/48 (Pletzer; Prader); 8 Ob 90/10 h = wobl 2012/32 (Vonkilch) = immolex 2011/88 (Pletzer; Prader).

⁸² Riss in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.02 §1096 (Stand 1.10.2016 rdb.at) Rz 29; 3 Ob 616/78 = JBI 1980, 541; LGZ Wien, 41 R 476/83 = MietSlg 35.175; LGZ Wien, 41 R 631/85 = MietSlg 38.154. Dem haben sich Teile des Schrifttums angeschlossen: so noch Binder in Schwimann2 § 1096 Rz 70; Helmich, Anmerkung zu 7 Ob 3/03 x = ecolex 2003/ 169.

⁸³ RIS –RS0130321;

vi. Rechtliche Möglichkeiten des Bestandnehmers

Liegt daher ein Anspruch auf Mietzinsminderung vor und wurde ordnungsgemäß Anzeige beim Bestandgeber erstattet, so steht dem Mieter nachstehende Möglichkeiten offen:⁸⁴

Vorgehensweise 1: Zahlung unter Vorbehalt

Die Mieterin/der Mieter informiert die Vermieterin/den Vermieter von den Beeinträchtigungen und zahlt den vorgeschriebenen (vollen) Mietzins unter Vorbehalt ihrer/seiner Ansprüche vorerst zur Gänze weiter ein. Dann kann die Mieterin/der Mieter mit der Vermieterin/dem Vermieter (bzw. Hausverwaltung) über das Ausmaß der Mietzinsminderung in Verhandlung treten.

Die Benachrichtigung über Beeinträchtigung und Vorbehalt der Mietzinsminderung sollte in nachweisbarer Form (z.B. eingeschriebener Brief) erfolgen und hat den Sinn, die rückwirkende Geltendmachung der Ansprüche zu ermöglichen, falls es zu keiner Einigung mit der Vermieterin/dem Vermieter kommt.

Wird außergerichtlich keine Einigung erzielt, kann die Mieterin/der Mieter auch nach Ende der Beeinträchtigung die Rückzahlung des zu viel bezahlten Mietzinses einklagen. Statt der gerichtlichen Rückforderung kann die Mieterin/der Mieter für den Fall, dass es zu keiner Einigung mit der Vermieterin/dem Vermieter kommt, später immer noch die vorbehaltliche Mietzinsminderung auch für die Vergangenheit von den laufenden Mietzinsvorschreibungen einbehalten. Auch hier gilt es, die Vermieterin/den Vermieter nachweislich davon zu verständigen, in welchem Ausmaß und für welche Perioden die Mietzinsminderung aus welchem Grund geltend gemacht wird. Setzt die Vermieterin/der Vermieter daraufhin gerichtliche Schritte, muss die Mieterin/der Mieter entsprechend reagieren.

Ein weiterer Vorteil der Vorbehaltsvariante liegt auch darin, dass durch die vorerst ungeminderte Fortzahlung ein "Sicherheitspolster" angespart wird. Dies ist von Bedeutung, wenn später die Mieterin/der Mieter tatsächlich seine Mietzahlungen reduziert und sich in einem folgenden Gerichtsverfahren ergibt, dass die

⁸⁴ Wohnservice Wien Ges.m.b.H., <https://mieterhilfe.at/mietrecht/faqs/mietzinsminderung/>.

Mietzinsminderung etwas zu hoch veranschlagt war. Dies kann durch die früheren Überbezahlungen kompensiert werden, so dass letztlich auch kein echter Mietzinsrückstand vorliegt.

Zu beachten ist allerdings, dass Forderungen aus dem Mietzinsminderungsrecht grundsätzlich nach 3 Jahren verjähren, sofern sie nicht bei einem Gericht geltend gemacht worden sind.

Vorgehensweise 2: Einbehalt eines angemessenen Betrages

Die Mieterin/der Mieter informiert die Vermieterin/den Vermieter von den Beeinträchtigungen und dem (selbst ermittelten) Ausmaß der Mietzinsminderung. Danach wird nur mehr der verminderte Mietzins einbezahlt. Die Benachrichtigung über Beeinträchtigung und Ausmaß der Mietzinsminderung sollte in nachweisbarer Form (z.B. eingeschriebener Brief) an die Vermieterin/den Vermieter erfolgen.

Die Vermieterin/der Vermieter kann mit gerichtlichen Klagen auf den vermeintlichen Mietzinsrückstand reagieren (z.B. Mietzins- und Räumungsklage, Kündigung). In diesem Fall müssen fristgerecht entweder Einwendungen gegen die Aufkündigung oder ein Einspruch gegen eine Mahnklage am Bezirksgericht erhoben werden, oder der Ladung zu einem Verhandlungstermin über eine Räumungsklage gefolgt werden.

In diesen gerichtlichen Verfahren hat die Mieterin/der Mieter die Mietzinsminderung und die erlittenen Beeinträchtigungen einzuwenden und zu beweisen. Dafür sind Aufzeichnungen über Art und Umfang und Dauer der Beeinträchtigungen hilfreich und Beweismittel (z.B. eigene Parteienvernehmung, Zeugen usw.) erforderlich. Damit erfolgt die verbindliche Klärung erst im Gerichtsverfahren, ob und wie viel Mietzinsminderung berechtigt ist.

Stellt sich in einem Kündigungs- oder Räumungsverfahren heraus, dass die Mieterin/der Mieter zu viel Mietzins einbehalten hat, kann der Differenzbetrag noch während des Verfahrens nachbezahlt werden, um den sonst drohenden Wohnungsverlust abzuwenden.

Ein hoher Differenzbetrag kann dazu führen, dass die Mieterin/der Mieter mit den Kosten des Gerichtsverfahrens belastet wird. Nur wenn die Mieterin/der Mieter grob fahrlässig oder mutwillig Beträge einbehalten hat, die zur Beeinträchtigung in keinem

Verhältnis stehen, kann es trotz Nachzahlung darüber hinaus zum Wohnungsverlust kommen. Grobes Verschulden setzt ein besonderes Maß an Sorglosigkeit voraus.

vii. Konkludenter Verzicht auf Mietzinsminderung

Die vorbehaltlose und ohne Irrtum (auch Rechtsirrtum) erfolgte Zahlung des Mietzinses in Kenntnis des bestehenden, die Brauchbarkeit des Bestandobjektes beeinträchtigenden Mangels kann jedoch unter Umständen (nach Maßgabe des § 863 ABGB) als konkludenter Verzicht auf den Mietzinsminderungsanspruch gewertet werden, der auch die Rückforderung nach § 1431 ABGB ausschließt.⁸⁵

Daher ist es ratsam, dem Vermieter gegenüber vorsorglich schriftlich zu erklären, man zahle die Miete derzeit nur unter Vorbehalt.

viii. Ausschluss des Mietzinsminderungsanspruchs

Ausgeschlossen ist eine Zinsbefreiung bzw. -minderung, wenn der Bestandnehmer die Umstände, die seinen Gebrauch hindern, akzeptiert, etwa indem

- er den Beginn des Bestandverhältnisses vorbehaltlos zu einem Zeitpunkt vereinbart, in dem erforderliche Arbeiten nicht abgeschlossen sein können⁸⁶ oder
- er Sanierungsarbeiten in seiner Wohnung zustimmt ohne dazu verpflichtet zu sein⁸⁷ oder
- trotz Kenntnis der Befreiungsgründe vorbehaltlos einen bestimmten Mietzins vereinbart⁸⁸.

Wenn der Bestandnehmer die Gebrauchsbeeinträchtigung iSd §111 zu vertreten hat, ohne seine Schuldlosigkeit zu beweisen oder den Bestandgeber an der Mängelbehebung hindert.⁸⁹ Somit ist nach der Rspr eine Zinsminderung ausgeschlossen, wenn der Bestandnehmer in Kenntnis der Gebrauchsbeeinträchtigung vorbehaltlos den

⁸⁵ OGH 15.02.2006, 3 Ob 286/05p; RIS-Justiz RS 0021408.

⁸⁶ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 13; MietSlg 24.140.

⁸⁷ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 13; wobl 1996/33 = MietSlg 47.098.

⁸⁸ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht 21 §1096 ABGB Rz 13; LGZ Wien MietSlg 28.133.

⁸⁹ Würth in Rummel, Kommentar zum ABGB, Band 2 §1096 ABGB Rz 11.

Bestandvertrag schließt, die Bestandsache übernimmt oder sich zur Behebung des Mangels verpflichtet.⁹⁰

2.7. Anzeigepflicht gemäß §1097 ABGB

In §1097 ABGB ist die Anzeigepflicht folgendermaßen formuliert:

„Werden Ausbesserungen nötig, welche dem Bestandgeber obliegen, so ist der Bestandnehmer bei sonstigem Schadenersatz verpflichtet, dem Bestandgeber ohne Verzug Anzeige zu machen“.

Die Anzeigepflicht entfällt, wenn der Bestandgeber die Notwendigkeit der Reparatur ohnedies kennt.⁹¹

Der OGH sprach, soweit überblickbar, erstmals am 16.3.2011 in der Entscheidung zu 6 Ob 38/11y aus, dass im Fall einer Gebrauchsbeeinträchtigung die Unterlassung der Anzeige zum Verlust des Mietzinsminderungsanspruchs führt. Diese Entscheidung wurde von der Lehre allerdings kontrovers diskutiert.

⁹⁰ Iro in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB4 §1096 Rz 11.

⁹¹ RIS-Justiz RS0020529.

3. Voraussetzungen für Mietzinsminderungsansprüche - OGH 6 Ob 38/11y

In der Entscheidung 6 Ob 38/11y und in der kurz darauf erfolgten Entscheidung 8 Ob 90/10 h hat sich der OGH mit der Anzeigepflicht und dem Aspekt des subjektiven Empfindens im Zusammenhang mit dem Recht auf Mietzinsminderung auseinandergesetzt.

Nachfolgend sollen nun an Hand der Entscheidungen die grundlegenden Voraussetzungen der Mietzinsminderung, wie die Frage der Gebrauchsbeeinträchtigung auch im Zusammenhang mit der Wohnrechtsnovelle 2006 analysiert werden, so wie insbesondere der Aspekt der Anzeigepflicht.

3.1. Sachverhalt OGH 16.03.2011, 6 Ob 38/11y – Anzeigepflicht bejaht

Die klaggegenständliche Wohnung wurde in den Jahren 1987 bis 1991 von der Schwester des Klägers, und danach vom Kläger selbst bis 2008 bewohnt. Bereits zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses wies die elektrische Anlage der Wohnung Mängel auf, die sowohl eine Personengefährdung als auch eine Gefahr für die Bausubstanz (permanente Brandgefahr) darstellten. Der Kläger nahm sowohl bei der Anmietung als auch später an, dass die Elektrik zwar veraltet, aber durchaus funktionstüchtig sei. Die davon ausgehende Gefährlichkeit war dem Kläger nicht bekannt und für ihn auch nicht erkennbar.

An Hand eines Kostenvoranschlags eines Elektroinstallateurs wurde der Kläger im Jahre 2003 darauf aufmerksam, dass die Leitungen überaltert und ohne Schutzleiter sind. Am 5. 6. 2003 brachte der Kläger bei der Schlichtungsstelle den Antrag gemäß § 3 MRG ein. Im Rahmen der Verhandlung vom 26. 2. 2004 wurde die elektrische Anlage von der MA 36 außer Betrieb genommen. Danach wurden die Arbeiten im Auftrag des Klägers selbst durchgeführt.

Der Kläger begehrt die Zahlung von 28.420 EUR sA für den Zeitraum November 1987 bis November 1999, wobei er sich auf Mietzinsminderung gemäß § 1096 ABGB stützt. Das Erstgericht verpflichtete den beklagten Vermieter zur Zurückzahlung von Euro 24.089,31 sA. Auf Grund der Tatsache, dass die Benützung des Bestandsobjektes bis zur Sanierung der elektrischen Anlage nicht ohne Gefahr für Leib und Seele möglich gewesen sein, ergibt sich ein Zinsminderungsanspruch von jedenfalls 70 %. Bis Februar 2003 sei der Mietzins rechtsirrtümlich in Unkenntnis der zinsmindernden Umstände zur Gänze bezahlt worden. Der Grad der Unbrauchbarkeit müsse nach objektiven Kriterien beurteilt werden. Das Berufungsgericht änderte das Urteil im klagsabweisenden Sinn ab und hielt fest, dass die Mietzinsminderung sich in diesem Fall nicht auf eine erlittene Gebrauchsbeeinträchtigung stützen kann. Sondern vielmehr auf ein erst nachträglich vorhandenes Wissen über eine drohende, sich aber nicht verwirklichte Gefahr. Der OGH erachtet die Revision für zulässig, aber nicht berechtigt.⁹²

3.2. Rechtliche Beurteilung

Die Mietzinsminderung nach § 1096 ABGB wird regelmäßig nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beantwortet und stellt daher normalerweise keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO dar.⁹³ Im vorliegenden Fall geht es aber um die allgemeine Frage, ob bzw inwieweit gefährliche Elektroinstallationen auch dann eine Reduktion des Mietzinses rechtfertigen, wenn der Bestandnehmer die Wohnung in Unkenntnis dieses Mangels jahrelang uneingeschränkt benützt hat. Die Revision wurde daher aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund als zulässig, aber als nicht berechtigt angesehen.

Nach § 1096 Abs 1 ABGB steht eine Mietzinsminderung für die Dauer und in dem Maß der Unbrauchbarkeit zu, wenn entweder das Bestandsstück bei der Übergabe oder während der Bestandszeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft wird, dass

⁹² OGH 6 Ob38/11y Zak 2011,135 = immolex 2011,147/48 (Pletzer/Prader) = wobl 2011,138/66 (Vonkilch) = JBl 2011,438 = EvBl 2011,770 (Cerha) = RdW 2011,337 = RZ 2011,173 EÜ141 = Cerha, ÖJZ 2012,46 = MietSlg 63.148 (8) = Schinnagl/Groeschl, Der Mieter 2015,44.

⁹³ OGH 6 Ob 40/08p MietSlg 60.132 = MietSlg 60.694 = MietSlg 60.730.

es zu dem bedungenen Gebrauch nicht taugt.⁹⁴ Hierzu wurde auch auf die Entscheidung 7 Ob 90/10 a verwiesen.⁹⁵

Bei der Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB handelt es sich um einen Gewährleistungsanspruch eigener Art, der unabhängig von den Fristen des § 933 ABGB geltend gemacht werden kann. Der Anspruch ist nicht vom Verschulden des Bestandgebers abhängig und tritt ex lege ab Beginn der Unbrauchbarkeit bzw Gebrauchsbeeinträchtigung ein und besteht bis zu deren Behebung.⁹⁶

Die Bestandsache wird als brauchbar angesehen, wenn sie eine Verwendung zulässt, wie sie gewöhnlich nach dem Vertragszweck erforderlich ist und nach der Verkehrssitte gemacht wird. Die Beurteilung der Brauchbarkeit hängt stets von den Umständen des Einzelfalls ab.⁹⁷

Gebrauchsbeeinträchtigung

Nach *Prader/Pittl* muss der fehlende bedungene Gebrauch auch merklich sein. Der Mieter müsse in seinem Gebrauch beeinträchtigt sein, sei es, dass er übliche Tätigkeiten im Haushalt nur in eingeschränktem Umfang durchführen könne oder sich aber die geschäftliche Tätigkeit (nicht mehr) wie bisher ausüben lassen.⁹⁸

In der E 7 Ob 184/03i hat der OGH entschieden, dass das Fehlen einer erforderlichen gewerberechtlichen Genehmigung noch nicht zu einer Zinsminderung nach § 1096 ABGB führe, da es in einem solchen Fall auch auf den tatsächlich zu erzielenden Vorteil ankommt um den Anspruch auf Zinsminderung beurteilen zu können. Da die Pächterin in diesem Fall das Pachtobjekt ohne Einschränkung benutzen konnte, so wie es im Bestandvertrag vereinbart war, und ihr der Mangel der behördlichen Genehmigung gar nicht bekannt war, komme eine Berücksichtigung diesbezüglich nicht in Frage. An dieser Beurteilung hat auch der erk Sen in einer Folgeentscheidung festgehalten (6 Ob 40/ 08p).

Im vorliegenden Fall wird die mangelnde Berechtigung des Klagebegehrens bereits durch eine weitere Überlegung begründet:

⁹⁴ *Iro* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 1096 Rz 9.

⁹⁵ OGH 7 Ob 90/10a Zak 2010,323 (*Nademleinsky/Kolmasch*) = wobl 2010,288/136 (*Riss*) = ZLB 2010,117 = MietSlg 62.142 = *Lindinger*, immolex 2014,41 = *Schinnagl/Groeschl*, Der Mieter 2015,44.

⁹⁶ RIS - Justiz RS0021326; RS0107866.

⁹⁷ RIS - Justiz RS0021054; RS0021324.

⁹⁸ *Prader/Pittl*, Veraltete Elektroleitungen Auswirkungen auf Mieteransprüche, Zak 2009/22.

Prinzip der zweiten Chance

Zu § 1097 ABGB, wonach der Bestandnehmer dem Vermieter Anzeige erstatten muss, wenn „Ausbesserungen“ notwendig werden, entspricht es ganz herrschender Auffassung, dass der Verstoß gegen diese Verpflichtung nicht nur schadenersatzpflichtig machen kann, sondern auch zum Verlust des Rechts auf Mietzinsminderung führt.⁹⁹

Mit Blick auf zwischenzeitige gesetzliche Änderungen wird weiters begründet, dass dies aus systematischen Gründen nicht nur für „Ausbesserungen“, sondern allgemein für das Recht auf Bestandzinsminderung nach § 1096 ABGB zu gelten hat.

Tragender Grundsatz der Gewährleistungsreform war das Prinzip der „zweiten Chance“¹⁰⁰ und dieses Prinzip gilt grundsätzlich auch im Bestandrecht.¹⁰¹ Nur die Anzeige des Mangels kann sicherstellen, dass dem Vermieter die Möglichkeit gegeben wird, den Mangel zu beheben um dadurch die Mietzinsminderung zu vermeiden. Somit trägt die Anzeigepflicht zu einer erhöhten Wertungskonsistenz zwischen Wohnrecht und allgemeinem Zivilrecht bei.

Damit seien auch keine gewichtigen Nachteile für den Mieter verbunden, so führe die Unterlassung der Anzeige nicht zum Verlust von Gewährleistungsrechten überhaupt, sondern nur zum Verlust der Möglichkeit der Mietzinsminderung. Abgesehen davon, dass nach der Verbrauchsgüterkauf-RL (Art 5 Abs 2) eine Rügepflicht zulässig wäre. Diese ist allerdings im vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Dem Bestandnehmer bleibt es weiter unbenommen, die Anzeige später nachzuholen und ab diesem Zeitpunkt den Mietzins zu mindern, sofern keine Behebung des Mangels erfolgt. Weiters argumentiert der OGH, dass sich normalerweise der Mieter bei auftretenden Mängeln schon im eigenen Interesse rechtzeitig an den Vermieter wenden wird. Als Anzeige des Mangels wird auch das Einleiten eines Mietzinsüberprüfungsverfahrens bei Gericht oder der Schlichtungsstelle unter Bezugnahme auf diesen Mangel gewertet.¹⁰²

⁹⁹ Würth in *Rummel*, ABGB³ § 1097 Rz 1; Iro in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 1097 Rz 1; Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB ON § 1097 Rz 1.

¹⁰⁰ Zöchling-Jud in *Kletečka/Schauer*, ABGB ON § 932 Rz 4.

¹⁰¹ Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB ON § 1117 Rz 5; Würth in *Rummel*, ABGB³ § 1096 Rz 2.

¹⁰² 1183 BlgNR 22. GP 41.

Wohnrechtsnovelle 2006

Eine Bestätigung erfährt diese Auffassung durch die Wohnrechtsnovelle 2006.¹⁰³ Damit novellierte der Gesetzgeber unter anderem § 15a MRG. Die Neufassung dieser Bestimmung beinhaltet, dass der Umstand, dass die Wohnung im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags nicht brauchbar ist, für die Einstufung der Wohnung im Kategoriensystem nur zu berücksichtigen ist, wenn der Mieter die Unbrauchbarkeit oder das Fehlen des zeitgemäßen Standards dem Vermieter anzeigt und dieser den Mangel nicht in angemessener Frist, höchstens aber binnen dreier Monate ab Zugang der Anzeige, behoben hat.

So begründet der OGH weiter, dass nach den Materialien¹⁰⁴ die bisherige Rechtslage, wonach sich der Mieter auf eine Unbrauchbarkeit in Zusammenhang mit der Kategorieneinstufung auch ohne vorhergehende Rüge berufen könne, als unbefriedigend erschien. Diese Rechtslage erweise sich in der Praxis zuweilen als echte „Vermieterfalle“, weil in manchen Fällen Vermieter von einer solchen Unbrauchbarkeit überrascht würden. Die Vermieter somit keine Sanierungsmöglichkeit mehr hätten und sich mit den Folgen einer entsprechend schlechteren Einstufung der Wohnung im Kategoriensystem zufriedengeben müssten. So könne es durch bspw eine gefährliche Elektroinstallation und einem verhältnismäßig hohen Aufwands zur Behebung dieses Mangels zu einer Unbrauchbarkeit der Wohnung und damit zur Herabstufung eines als Kategorie A vermieteten Wohnung zu einem vermieteten Mietgegenstand in die Kategorie D kommen. Um auch in solchen Fällen dem Vermieter die Möglichkeit einer kategorienwahrenden Sanierung zu geben, werde die bisher nur in § 15a Abs 1 Z 4 MRG vorgesehene Sanierungsmöglichkeit nach Anzeige durch den Mieter nun auf alle Fälle der Unbrauchbarkeit ausgedehnt. Eine derart umfassende Möglichkeit zur Mängelbehebung nach Anzeige stehe auch mit den Grundsätzen des neuen Gewährleistungsrechts im Einklang.¹⁰⁵

Vermeidung von Wertungswidersprüchen

Gerade der vorliegende Fall zeige deutlich, dass das vom Gesetzgeber aus Anlass der Wohnrechtsnovelle 2006 erkannte Problem, nicht nur im Bereich der

¹⁰³ 1183 BlgNR 22. GP 40 ff.

¹⁰⁴ 1183 BlgNR 22. GP 40 ff.

¹⁰⁵ 1183 BlgNR 22. GP 41.

Kategorieneinstufung, bestehe, sondern ebenso im Rahmen der Mietzinsminderung nach § 1096 ABGB. Der Kläger bzw seine Schwester haben jahrelang die Wohnung unbeanstandet und uneingeschränkt benützt und könnten nun gestützt auf § 1096 ABGB einen erheblichen Teil des Mietzinses zurückfordern. Somit würde hier die „Vermieterfalle“ zu Tage treten, die der Gesetzgeber mit der Wohnrechtsnovelle 2006 vermeiden wollte. Um einen krassen Wertungswiderspruch zu vermeiden, ist die § 15a Abs 2 MRG zugrunde liegende Wertung auch auf die Mietzinsminderung nach § 1096 ABGB zu erstrecken. Dies bedeutet, dass die Mietzinsminderung nach § 1096 ABGB eine Anzeige iSd § 1097 ABGB voraussetzt.

Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein dem MRG unterliegendes Objekt handelt oder nicht, da man dem Gesetzgeber nicht unterstellen kann, dass er außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG „Vermieterfallen“ weiter bestehen lassen wollte. Dies würde dazu führen, dass der Mieter außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG sogar günstiger gestellt wäre als im Vollenwendungsbereich des MRG.

Die gegenteilige Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs¹⁰⁶, wonach der Mangel einer Miet- oder Pachtsache schon dann zu bejahen sei, wenn der Mangel vorhanden sei und es nicht darauf ankomme, ob dieser Mangel bereits hervorgetreten sei oder gar eine Schädigung verursacht habe, lässt sich in Anbetracht der ausdrücklichen Dokumentation des Willens des Gesetzgebers in den Materialien¹⁰⁷ nicht auf das österreichische Recht übertragen.

Da im vorliegenden Fall im klagsgegenständlichen Zeitraum unstrittig keine Anzeige an den Vermieter erstattet wurde, gibt es daher für diesen Zeitraum für eine Mietzinsminderung keine Begründung.

¹⁰⁶ NJW 1972, 821 = BGHZ 58, 181.

¹⁰⁷ 1183 BlgNR 22. GP 40 ff.

3.3. Reaktionen innerhalb der Lehre auf die OGH Entscheidung 6 Ob 38/11y

Die Frage, ob das objektive Vorliegen eines Mangels auch dann eine Mietzinsminderung begründet, wenn das Bestandobjekt infolge der Unkenntnis des Mieters vom Mangel subjektiv uneingeschränkt benutzt wurde - zu ihrer Klärung war die o Rev immerhin zugelassen worden - lässt das Höchstgericht Sympathie für die Auffassung von *Prader/Pittl*¹⁰⁸ erkennen, wonach die Gebrauchsbeeinträchtigung für den Mieter subjektiv spürbar sein muss.

Ist der Mieter in der Benützung der Bestandsache durch den Mangel keinen fühlbaren Einschränkungen ausgesetzt, insb weil er, in diesem Fall von einem gesundheitsgefährdenden Mangel keine Kenntnis hat, greife keine Zinsminderung Platz. Der OGH beantwortet diese Frage zwar nicht explizit in diesem Sinn, jedoch scheint diese Sichtweise für den OGH einen gewissen Charme zu haben.

Dies zeigt sich zum einen in der expliziten Ablehnung einer Übertragung der Rsp des BGH, die auf die objektive Mangelhaftigkeit abstellt¹⁰⁹, auf das österreichische Recht.

Zum anderen verweist der OGH auf die E 7 Ob 184/03i, welche allerdings den speziellen Fall eines Rechtsmangels (fehlende gewerbebehördliche Genehmigung) zum Gegenstand hatte, wodurch die vertraglich bedungene Benutzung des Bestandobjekts nicht beeinträchtigt wurde.

Hier setzt auch die Kritik an, da sich dieser Fall wesentlich vom gegenständlichen unterscheidet. So trifft es zu, dass ein Rechtsmangel, solange er nicht zu Tage tritt, der dem Vertragszweck entsprechenden faktischen Benutzung der Mietsache nicht unbedingt entgegensteht. Bei gesundheitsgefährdenden Mängeln kann von der Möglichkeit der Nutzung "wie es der Vertragszweck gewöhnlich erfordert" hingegen keine Rede sein, da eine - wenn auch nur objektiv bestehende und bislang unentdeckt

¹⁰⁸ Prader/Pittl, Zak 2009/22, 26.

¹⁰⁹ BGHZ 58, 181.

gebliebene - gefährliche Benutzung niemals dem gewöhnlichen Zweck eines Mietvertrags entspricht.¹¹⁰

Weiters argumentiert *Pletzer*, dass jedenfalls bei gesundheitsgefährdenden Mängeln Mietzinsminderung auch für jenen Zeitraum zusteht, in dem der Mangel dem Mieter nicht bekannt war, und er deshalb den objektiv gefährlichen Mietgegenstand subjektiv „einschränkungslos“ benutzte. Auf den Punkt gebracht, sollte die „tickende Zeitbombe“ auf der der Mieter jahrelang saß, dem Vermieter nicht zum Vorteil gereichen.¹¹¹

Der Gebrauch ist demnach auch bei einem „unmerklichen“ Mangel beeinträchtigt, weil er obwohl unbemerkt objektiv gefahrlos ist. Dadurch ist keine „mittlere Brauchbarkeit“ gegeben, weil diese jedenfalls gefahrlos sein muss.

Dieser Ansicht wird von anderer Seite entgegengehalten, dass auf Grund der Auswirkungen der Zinsminderung es unbillig sei, dem Vermieter keine Verbesserungsmöglichkeit zu zustehen. Umso unbilliger wäre es, wenn der Mieter tatsächlich gar nicht im Gebrauch beeinträchtigt ist. So wird die Meinung vertreten, dass die Frage nach dem Vorliegen einer Gebrauchseinschränkung an Hand subjektiv-konkreten Maßstabs beantwortet werden sollte. Ist der Mieter im Gebrauch durch den Mangel nicht beeinträchtigt, zB weil er ihn nicht kennt, scheint es sachgerechter zu sein, ihm auch keine Minderungsrecht zuzugestehen. Das Tatbestandselement des „bedungenen Gebrauchs“ beinhaltet eben auch die subjektive Komponente „bedungen“ und solange die Parteien davon ausgehen, dass der Gebrauch dem bedungenen entspricht, gebe es keinen Grund für eine abstrakte Objektivierung. Das entspricht eben auch der Rsp zu rechtlichen Mängeln und in beiden Fällen gibt es Mängel, die erst dann zur Zinsminderung berechtigen, wenn sie sich konkret auf den Gebrauch auswirken.¹¹²

Die unterschiedlichen Meinungen der Lehre lassen sich somit insbesondere an dieser Frage festmachen, ob objektiv vorhandene Gebrauchsbeeinträchtigungen vom Mieter subjektiv wahrgenommen bzw empfunden werden müssen, um eine Bestandzinsminderung auszulösen.

¹¹⁰ *Pletzer/Prader*, Keine Mietzinsminderung ohne Mangelanzeige, immolex 2011 /48; *Pletzer*, Zak 2011/158, 87.

¹¹¹ *Pletzer/Prader*, immolex 2011 /48.

¹¹² *Cerha*, Mietzinsminderung nur nach Mangelanzeige an den Vermieter, EvBl 2011/109.

Weitere Argumente dafür, dass dies nicht der Fall sein muss, werden von anderer Seite der Lehre, wie bspw von *Vonkilch*¹¹³ vorgebracht.

Ist man um eine erhöhte Wertungskonsistenz zwischen allgemeinem und speziell bestandvertraglichem Gewährleistungsrecht bemüht, so muss davon ausgegangen werden, dass bereits ein objektives Abweichen der Leistung vom vertraglich Geschuldeten (Gefahrenfreiheit zählt in der Regel zum vertragskonformen Gebrauch des Mietgegenstandes) zu Gewährleistungsansprüchen des Übernehmers führt. Äußerst unklar bzw teleologisch kaum befriedigend zu bewerkstelligen wäre die Darstellung der Voraussetzungen zur Bestandzinsminderung bei einem „subjektiven“ Ansatz. Auf den Punkt gebracht, wäre das Tragische eingetreten und der Mieter oder einer seiner Mitbewohner hätten aufgrund der gefährlichen E-Leitungen gesundheitlichen Schaden genommen – hätte dies dann (rückwirkend bis zum Vertragsabschluss) sehr wohl die Bestandzinsminderung ausgelöst?

Weiters drohe, so die Argumentation von *Vonkilch*, bei einem „subjektiven Ansatz“ nichts Geringeres als die sprichwörtliche Öffnung der Büchse der Pandora. Veranschaulicht am Fall einer großen Wohnanlage, die aufgrund von Bauarbeiten längere Zeit großem Lärm ausgesetzt ist, der geeignet ist, den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnungen durchaus erheblich zu beeinträchtigen. Wie würden sich die erstinstanzlichen Beweisverfahren wohl gestalten, wenn man die Bestandzinsminderung nicht nach objektiven Aspekten für alle Wohnungen gleichermaßen ermittelte, sondern auch verstärkt subjektive Elemente mit berücksichtigte: Höhere Bestandzinsminderungen für Pensionisten und Hausfrauen als für berufstätige Mieter? Ebenfalls anteilig höhere Bestandzinsminderung, wenn ein berufstätiger Mieter einige Tage im Krankenstand ist und sich daher ebenfalls den ganzen Tag in der Wohnung aufhält? Gänzlicher Entfall der Bestandzinsminderung für pensionierte Mieter, die einige Tage verreist sind? Geringere Bestandzinsminderung für Mieter mit reduzierter Hörfähigkeit? Die Liste solcher und ähnlicher Fragen ließe sich daher unbegrenzt verlängern.¹¹⁴

¹¹³ *Vonkilch*, Mietzinsminderung setzt Mangelanzeige des Mieters voraus, wobl 2011, 138 (141).

¹¹⁴ *Vonkilch*, wobl 2011, 138 (141).

Der OGH begründet seine E 6 Ob38/11y, dass für den beantragten Zeitraum kein Recht auf Mietzinsminderung besteht, unter anderen auch damit, dass ein Verstoß nach § 1097 ABGB nicht nur schadenersatzpflichtig machen kann, sondern auch zum Verlust des Rechts auf Mietzinsminderung führt. Tragender Grundsatz der Gewährleistungsreform war das Prinzip der „zweiten Chance“. Nur durch die Anzeige des Mangels wird dem Bestandgeber die Möglichkeit gegeben, den Mangel zu beheben und dadurch die Mietzinsminderung vermieden. Damit trägt die Anzeigepflicht laut Auffassung des 6. Senats zu einer erhöhten Wertungskonsistenz zwischen Wohnrecht und allgemeinem Zivilrecht bei. Ins Gewicht fallende Nachteile für den Mieter seien damit nicht verbunden. Abgesehen davon, dass entsprechend der Verbrauchsgüterkauf-RL (Art 5 Abs 2) eine Rügepflicht zulässig wäre, führt die Unterlassung der Anzeige nicht zum Verlust von Gewährleistungsrechten überhaupt, sondern eben nur zum Verlust der Möglichkeit der Mietzinsminderung. Der Bestandnehmer hat weiterhin die Möglichkeit, die Anzeige nachzuholen und ab diesem Zeitpunkt den Mietzins zu mindern, sofern keine Behebung des Mangels erfolgte. Normalerweise werde sich der Mieter bei auftretenden Mängeln schon im eigenen Interesse rechtzeitig an den Vermieter wenden. Als Anzeige des Mangels wird auch das Einleiten eines Mietzinsüberprüfungsverfahrens bei Gericht oder der Schlichtungsstelle unter Bezugnahme auf diesen Mangel gewertet.¹¹⁵

Dieser Argumentation des Gerichts wurde jedoch von der Lehre entgegengehalten, dass nach hA die schuldhafte Unterlassung der Mängelanzeige nach § 1097 S 1 einen Ersatzanspruch des Vermieters begründet bzw eine solcherart unterlassene Anzeige zum Ausschluss der Zinsminderung führen kann.¹¹⁶

Der OGH übersehe jedoch, dass der Kläger im strittigen Zeitraum den Mangel gerade nicht kannte und auch nicht kennen musste bzw konnte. Würde das Höchstgericht das Gegenteil annehmen, so entfernt es sich von den getroffenen Feststellungen. Hatte der Mieter also unverschuldet keine Kenntnis von Mangel, so können ihm auch nicht dessen Anzeige obliegen und das Recht auf Mietzinsminderung besteht dennoch.¹¹⁷

¹¹⁵ 1183 BlgNR 22. GP 41.

¹¹⁶ Pletzer/Prader, immolex 2011 /48; Würth in Rummel³ §1096 Rz 11; Riss in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1097 Rz 1.

¹¹⁷ Pletzer/Prader, immolex 2011 /48.

Das angesprochene Prinzip der zweiten Chance des allgemeinen Gewährleistungsrechts wurde im vorliegenden Fall ebenfalls als nicht hilfreich gesehen. So wurde diesem Argument entgegengehalten, dass dieses Prinzip im Bestandrecht mit Rücksicht auf den Dauerschuldcharakter von Mietverträgen durch die Sonderbestimmung des § 1096 durchbrochen wird. Weiters besteht auch nach den §§ 922 ff keine Rügepflicht des Unternehmers und selbst nach § 377 UGB sind auch nur solche Mängel zu rügen, die durch Untersuchung festgestellt wurden oder festgestellt hätten werden müssen.¹¹⁸

Die richterliche Begründung des OGH, dass die Zinsminderung eine Anzeige nach § 1097 ABGB „voraussetzt“, wird ebenfalls abgelehnt. So wird argumentiert, dass die Zinsminderung eben eine ex lege eintretende Rechtsfolge bei Mangelhaftigkeit des Objektes darstellt. Die Zinsminderung kann daher durch das Unterlassen der Mangelanzeige bestenfalls terminiert werden.¹¹⁹

Die klare Rechtsprechung hinsichtlich der Anzeigepflicht wurde jedoch auch sehr wohl begrüßt und damit argumentiert, dass es notwendig sei, denjenigen Zeitpunkt zu objektivieren, zu welchem die Brauchbarkeit tatsächlich beeinträchtigt wird. Somit ist es auch sachgerecht, an die Anzeige iSd § 1097 ABGB anzuknüpfen. Damit kann jener Zeitpunkt, zu dem die Beeinträchtigung (subjektiv) beginnt, festgestellt werden. Die Verletzung der Anzeigeverpflichtung des § 1097 ABGB rechtfertigt demnach den Verlust des Zinsminderungsanspruchs.¹²⁰

Die Aussage des Gerichts, dass durch die Annahme einer Anzeigepflicht dem Mieter keine Nachteile erwachsen würden, da er dadurch nicht die Gewährleistungsrechtsbehelfe überhaupt, sondern bloß die Mietzinsminderung verliere, wurde ebenfalls vehement kritisiert.

So wurde bspw von *Pletzer* vorgebracht, dass im Falle eines unbekanntem Mangels, es natürlich für den Mieter nachteilig ist, wenn die Zinsminderung bei Verletzung der Anzeigepflicht ausgeschlossen wird. Da diese im sogenannten „Graubereich“, wenn eben nicht wie im vorliegenden Fall Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 3 MRG

¹¹⁸ *Pletzer/Prader*, immolex 2011 /48.

¹¹⁹ *Pletzer/Prader*, immolex 2011 /48.

¹²⁰ *Cerha*, EvBl 2011/109.

besteht, eben der einzige Rechtsbehelf des Mieters ist. Die Rechtsansicht des OGH stelle somit den Mieter mitunter sehr wohl gänzlich „gewährleistungslos“.¹²¹

Ähnlich argumentiert auch *Vonkilch*. Die vom OGH statuierte Rügeobliegenheit und die damit weiteren Folgen, dass „die Unterlassung der Anzeigepflicht, nicht zum Verlust von Gewährleistungsrechten überhaupt führe, sondern nur zum Verlust der Mietzinsminderung“ führe, kann als mangelnde Würdigung des grundsätzlichen Fixgeschäftscharakters des Bestandvertrages gesehen werden. Konkret bedeutet das für den Mieter, dass für den bereits vergangenen Zeitraum in dem die Gebrauchsbeeinträchtigung nicht gerügt wurde, es keine zweite Chance für den Vermieter geben kann. Somit führt die vom 6. Senat richterlich verfügte Rügeobliegenheit und deren Verletzung durch den Mieter, zum Verlust sämtlicher Gewährleistungsansprüche für diesen vergangenen Zeitraum.¹²²

Dies bedeutet, so *Vonkilch* weiter, dass die die besagte Rügeobliegenheit dogmatisch keineswegs als Übernahme der gewährleistungsrechtlichen Wertung des „Prinzips der zweiten Chance“ begreifen lässt, sondern viel eher als Etablierung einer – dem allgemeinen Gewährleistungsrecht freilich gerade unbekanntem – generellen Rügeobliegenheit des Übernehmers, deren Verletzung, zumindest in bestimmtem Umfang, zu einem definitiven Entfall all seiner Gewährleistungsansprüche führt. Wollte man im gegenständlichen Zusammenhang tatsächlich erhöhte Wertungskonsistenz zwischen allgemeinem und speziell bestandvertraglichem Gewährleistungsrecht erreichen, so könne dies nur, so *Vonkilch* weiter, mit folgendem dogmatischem Zugang gelingen:

Aufgrund des typischen Fixgeschäftscharakters des Bestandvertrages ist für einen bereits verstrichenen Zeitraum, in dem eine Gebrauchsbeeinträchtigung vorlag, Verbesserung iSv § 932 Abs 4 ABGB nicht möglich. Es kommt daher zum sekundären Gewährleistungsbehelf der Preisminderung (= Zinsminderung), mit der bestandvertraglichen Besonderheit, dass diese ex lege eintritt. Im Übrigen auch teleologisch durchaus naheliegend, erscheint doch eine „Wahlmöglichkeit“ des Übernehmers zwischen mehreren Gewährleistungsbehelfen im hier interessierenden

¹²¹ *Pletzer/Prader*, immolex 2011 /48.

¹²² *Vonkilch*, wobl 2011, 138 (141).

Umfang gar nicht sinnvoll denkbar. Dogmatisch völlig unabhängig davon, konstituiert § 1097 Satz 1 ABGB eine vertragliche Nebenpflicht des Bestandnehmers, ihm bekannte oder zumindest erkennbare Gebrauchsbeeinträchtigungen dem Bestandgeber anzuzeigen, wobei die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Pflicht nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln sind. Somit kann es nur auf diesem Weg letztlich dazu kommen, dass ein Mieter, der dem Vermieter einen Mangel nicht anzeigt, seinen aus der Bestandzinsminderung an sich resultierenden Ansprüchen wieder verliert. Eben deswegen, weil der Vermieter gegenläufige Schadenersatzansprüche geltend machen kann bzw sich unter Umständen schon die Geltendmachung der Mietzinsminderung als rechtsmissbräuchlich erweist („dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“).¹²³

Zur Untermauerung seiner Auffassung, dass die Zinsminderung eine Anzeige nach § 1097 voraussetzt, stützt sich der OGH weiters auf die Wohnrechtsnovelle 2006. Damit novellierte der Gesetzgeber unter anderem § 15a MRG. Nach der Neufassung dieser Bestimmung ist - soweit im vorliegenden Fall von Belang - der Umstand, dass die Wohnung im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags nicht brauchbar ist, für die Einstufung der Wohnung im Kategoriensystem nur zu berücksichtigen, wenn der Mieter die Unbrauchbarkeit oder das Fehlen des zeitgemäßen Standards dem Vermieter anzeigt und dieser den Mangel nicht in angemessener Frist, höchstens aber binnen dreier Monate ab Zugang der Anzeige, behoben hat.

Nach den Materialien¹²⁴ erschien die bisherige Rechtslage, wonach sich der Mieter auf eine Unbrauchbarkeit in Zusammenhang mit der Kategorieneinstufung auch ohne vorhergehende Rüge berufen könne, als unbefriedigend. Diese Rechtslage erweise sich in der Praxis zuweilen als echte „Vermieterfalle“, weil in manchen Fällen Vermieter von einer solchen Unbrauchbarkeit überrascht würden, daher keine Sanierungsmöglichkeit mehr vorfänden und sich mit den Folgen einer entsprechend schlechteren Einstufung der Wohnung im Kategoriensystem zufriedengeben müssten.

Das vom Gesetzgeber aus Anlass der Wohnrechtsnovelle 2006 erkannte Problem besteht jedoch nicht nur im Bereich der Kategorieneinstufung, sondern in gleicher

¹²³ Vonkilch, wobl 2011, 138 (141).

¹²⁴ 1183 BlgNR 22. GP 40 ff.

Weise im Rahmen der Mietzinsminderung nach § 1096 ABGB. Gerade der vorliegende Fall zeigt dies deutlich: Der Kläger bzw seine Schwester haben jahrelang die Wohnung unbeanstandet und uneingeschränkt benützt. Könnten sie jetzt gestützt auf § 1096 ABGB einen erheblichen Teil des Mietzinses zurückfordern, so würde sich gerade jene „Vermieterfalle“ realisieren, die der Gesetzgeber der Wohnrechtsnovelle 2006 vermeiden wollte. Zur Vermeidung eines krassen Wertungswiderspruchs ist daher die § 15a Abs 2 MRG zu Grunde liegende Wertung auch auf die Mietzinsminderung nach § 1096 ABGB zu erstrecken.

Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein dem MRG unterliegendes Objekt handelt oder nicht, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass er außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG „Vermieterfallen“ weiter bestehen lassen wollte und damit den Mieter außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG sogar günstiger stellen wollte als in dessen Vollenwendungsbereich.

Diese Argumentation des Höchstgerichtes stößt jedoch ganz besonders auf Unverständnis in der Lehre. So sprechen die Materialien der WRN 2006¹²⁵ sehr wohl davon, dass dem Mieter die Zinsminderung bis zur Mängelbehebung zusteht, auch dann wenn er die ihm nach § 15a obliegende Anzeige verspätet erstattet. Somit hat der Gesetzgeber eigentlich deutlich zum Ausdruck gebracht, dass § 15a Abs 2 auf die Zinsminderung nach § 1097 ABGB keinen Einfluss nimmt.¹²⁶

¹²⁵ RV 1183 BlgNr 22.GP41.

¹²⁶ Pletzer/Prader, immolex 2011 /48; RV 1183 BlgNr 22.GP41; Pletzer, Zak 2011/158, 87.

4. Auszug aus OGH 15.07.2011, 8 Ob 90/10h – subjektives Empfinden verneint

Einige Monate später hat sich der OGH in folgender Entscheidung wieder mit dem Aspekt der Anzeigepflicht und vor allem mit dem Aspekt des subjektiven Empfindens im Zusammenhang mit der Feststellung eines möglichen fehlenden bedungenen Gebrauchs auseinandergesetzt.

4.1. Sachverhalt

Am 30. 9. 1966 mietete der Vater des Beklagten eine Wohnung in einer von der Klägerin errichteten Wohnhausanlage an und im April 1997 teilte der Beklagte den „Eintritt“ in den Mietvertrag seines Vaters für diese Wohnung mit. Die Klägerin stimmte dem Eintritt mit dem Schreiben vom 14. 5. 1997 zu und der Beklagte bezog die 50,33 m² große Wohnung am 21. 5. 1997.

Am 23. 4. 1999 leitete der Beklagte ein Schlichtungsstellenverfahren gegen die Klägerin ein. Dieses endete mit Sachbeschluss vom 1. 12. 2005 in dem festgehalten wurde, dass der vorgeschriebene wertgesicherte Hauptmietzins zulässig und nicht unangemessen hoch sei. Im Schlichtungsstellenverfahren wurde vom Beklagten auch vorgebracht, dass die Elektroinstallationen im Jahr 1997 nicht standardgemäß und gesundheitsschädlich gewesen seien. Deshalb und auch infolge undichter Fenster sei die Wohnung der Kategorie D zuzuordnen und unbrauchbar.(...)

Die Elektroinstallationen in der Wohnung sind seit September 1966 mit Ausnahme von Zuleitungen zum Thermostat der in den 1970er Jahren eingebauten Gasheizung unverändert, sie entsprechen nicht dem aktuellen Stand der Technik.(...)

Die in der Wohnung vorhandene elektrische Anlage muss saniert werden und von der elektrischen Anlage geht seit der Installation der Heizungsanlage aufgrund eines unwirksamen Fehlerschutzes im Wohn- und Schlafzimerbereich Lebensgefahr aus.(...) Es besteht jedoch weder Brand- noch Explosionsgefahr und der Beklagte war durch die veraltete elektrische Anlage in der Benutzung der Wohnung nicht

eingeschränkt. Der Beklagte holte am 10.2.2005 einen Kostenvoranschlag zur Erneuerung der eltrischen Anlage ein, ließ jedoch keine Arbeiten vornehmen.

In der Zeit vom Mai 1997 bis Dezember 2003 hat der Beklagte den gesamten vorgeschriebenen Mietzins bezahlt und ab Oktober 2004 hingegen nur mehr einen reduzierten Mietzins (an Stelle von 249,68 EUR lediglich 165 EUR). Die Klägerin teilte ihm daraufhin mit Schreiben vom 2. 12. 2004 den Mietzinsrückstand mit und forderte den Beklagten zur Zahlung auf, bzw kündigte widrigenfalls die Klage, Aufkündigung oder vorzeitiger Auflösung des Mietvertrags an. Ab Februar 2005 leistete der Beklagte überhaupt keine Zahlungen mehr und befand sich mit einem Gesamtbetrag von 11.899,76 EUR an Hauptmietzins, Betriebskosten und Umsatzsteuer unter Berücksichtigung von an ihn geleisteter Wohnbeihilfe in Rückstand.(...)

Mit ihrer am 14. 3. 2005 eingelangten Klage beehrte die Klägerin die Zahlung des rückständigen Mietzinses und erklärte weiters die vorzeitige Vertragsauflösung gemäß § 1118 ABGB und beehrte die Räumung der Wohnung. Mängel habe er vor der Einleitung dieses Verfahrens niemals gerügt, und es sei Sache des Mieters, Mängel, die seine Sicherheit gefährden, zu beheben. Mangels Erhaltungspflicht der Klägerin bestehe kein Anspruch des Beklagten auf Mietzinsminderung.

Der Beklagte hielt dem entgegen, dass insbesondere in Folge der durch die mangelhafte elektrische Anlage bewirkten Lebensgefahr ein Mietzinsminderungsanspruch von 100% ab Mai 1997 bestehe. Er habe die Mängel zwar nicht gekannt, jedoch auf die Gefährlichkeit der elektrischen Anlage bereits im ersten der beiden gegen die Klägerin geführten außerstreitigen Wohnrechtsverfahren hingewiesen. Im Weg der Aufrechnung hielt der Beklagte dem Klagebegehren einen Anspruch auf 11.226 EUR an zu viel bezahltem Hauptmietzins von Mai 1997 bis Dezember 2003 entgegen. Das Erstgericht sprach aus, dass die Klageforderung zu Recht, hingegen die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe. Es gab dem Zahlungs- und Räumungsbegehren statt. (...)

Das Berufungsgericht gab der vom Beklagten erhobenen Berufung nicht Folge und entschied, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zu lösen sei. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten.

Die Revision ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zur Mietzinsminderung nicht teilt. Sie ist auch im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

4.2. Rechtliche Beurteilung

Der OGH hält folgende Leitsätze in der Beurteilung fest.

Mietzinsminderung

Nach § 1096 Abs 1 ABGB steht eine Mietzinsminderung für die Dauer und in dem Maß der Unbrauchbarkeit zu, wenn entweder das Bestandsstück bei der Übergabe oder während der Bestandszeit ohne Schuld des Bestandnehmers derart mangelhaft wird, dass es zu dem bedungenen Gebrauch nicht taugt.¹²⁷ Die Zinsminderung tritt kraft Gesetzes und ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Bestandgebers ein.¹²⁸

§ 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB ist eine Vorschrift des Gewährleistungsrechts, die unabhängig von den Fristen des § 933 ABGB geltend gemacht werden kann und ex lege ab Beginn der Unbrauchbarkeit bzw Gebrauchsbeeinträchtigung des Bestandobjekts bis zu deren Behebung besteht.¹²⁹

Anwendung der E 6 Ob 38/11 y

Die Klägerin führt in der Revisionsbeantwortung aus, dass entsprechend der kürzlich erfolgten E 6 Ob 38/11y der Anspruch auch Mietzinsminderung eine Anzeige iSd § 1097 ABGB voraussetze. Die Auseinandersetzung damit konnte unterbleiben, da der Beklagte noch vor Einleitung dieses Verfahrens schon im ersten der beiden wohnrechtlichen Außerstreitverfahren gegenüber der Klägerin geltend machte, dass die Elektroinstallationen im Jahr 1997 nicht standardgemäß gewesen seien. Da Mietzinsrückstände erst für einen Zeitraum ab Juli 2004 behauptet werden, kann darin - so man der Rechtsauffassung des 6. Senats folgt - bezogen auf die Klageforderung im konkreten Fall eine ausreichende Anzeige iSd § 1097 ABGB gesehen werden.¹³⁰

¹²⁷ Iro in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 1096 Rz 9.

¹²⁸ 4 Ob 191/10g; *Würth* in Rummel, ABGB³ § 1096 Rz 10; *Binder* in *Schwimann*, ABGB³ § 1096 Rz 97.

¹²⁹ 6 Ob 38/11y; 1 Ob 113/02b = SZ 2002/132; RIS-Justiz RS0021326, RS0107866.

¹³⁰ 6 Ob 38/11y mH auf 1183 BlgNR 22. GP 41.

Der unbemerkte Mangel

Nach allgemeinen Grundsätzen des Gewährleistungsrechts ist zu beurteilen, ob die erbrachte Leistung objektiv von der vertraglich geschuldeten abweicht. Maßstab für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, ist der Zweck des Mietvertrags, das subjektive Empfinden des Bestandnehmers ist hingegen entsprechend dem Ziel des Gewährleistungsrechts, die gestörte Äquivalenz wiederherzustellen, bedeutungslos.¹³¹ Entgegen der Ansicht von *Prader/Pittl* muss daher der fehlende bedungene Gebrauch nicht zwingend auch merkbar sein.¹³²

Dies zeigt sich gerade im vorliegenden Fall deutlich: Auch eine bisher unentdeckt gebliebene, objektiv aber dennoch gefährliche Benutzung der Wohnung kann zweifellos nicht der bedungenen vertraglichen Leistung (dem Zweck des Mietvertrags) entsprechen.¹³³ Die Feststellung, dass der Beklagte in der Nutzung der Wohnung durch die veraltete elektrische Anlage nicht (merkbar) beeinträchtigt war, lässt nicht die vom Berufungsgericht gezogene Schlussfolgerung zu, dass eine Mietzinsminderung schon aus diesem Grund ausscheide. Der Bestandgeber hat hingegen nicht für solche Mängel einzustehen, die objektiv zu keiner Gebrauchsbeeinträchtigung führen. Hingegen sehr wohl für Mängel, die zwar mangels Kenntnis des Bestandnehmers - von diesem subjektiv nicht wahrgenommen wurden, aber an sich gebrauchsbbeeinträchtigend sind (zB dem Mieter unbekannte, gesundheitsgefährdende Bleikonzentration im Trinkwasser).

Die generelle Aussage, eine „gefährliche Elektroanlage“, die für den Mieter mangels Kenntnis vom Mangel „subjektiv nicht gespürt“ wurde, bewirke keine Zinsminderung¹³⁴ ist daher unzutreffend.¹³⁵

Allerdings - wie *Lovrek* (aaO) ausführt – ist die Tatsache der "Gefährlichkeit" alter Elektroanlagen, die nach wie vor häufig in Altbauwohnungen anzutreffen sind, streng zu hinterfragen. Das Ausmaß einer möglichen zuzuerkennenden Zinsminderung hängt

¹³¹ *Lovrek* in *Rummel* 4 § 1096 Rz 31; *Vonkilch*, wobl 2011/66; *Pletzer/Prader*, *immolex* 2011/48, 150f.

¹³² *Prader/Pittl*, *Veraltete Elektroleitungen - Auswirkungen auf Mieteransprüche*, *Zak* 2009/22, 23; *Prader*, *Auswirkungen der Novellierung der Elektrotechnikverordnung 2002 auf Mietverhältnisse*, *Zak* 2010/565, 327.

¹³³ *Pletzer*, *Erhaltungspflicht des Vermieters bei erheblicher Gesundheitsgefährdung*, *Zak* 2011/153, 87.

¹³⁴ *Prader/Pittl*, *Zak* 2009/22, 23; *Prader*, *Zak* 2010/565, 327.

¹³⁵ *Lovrek* in *Rummel* 4 § 1096 Rz 31.

davon ab, inwiefern der Gebrauch, wäre die Mangelhaftigkeit bekannt gewesen, tatsächlich beeinträchtigt gewesen wäre. Liegt daher (so *Lovrek*, aaO) etwa die Gebrauchsbeeinträchtigung nur darin, dass in Nassräumen keine Elektrogeräte (zB Föhn) verwendet werden dürfen bzw - was im vorliegenden Fall eine wesentliche Rolle spielt - bestimmte Stromverbraucher (zB Metalllampen) ungeeignet sind, wirkt sich diese Beeinträchtigung angesichts der Tatsache, dass ein Mieter das Objekt mit einer erkennbar alten Anlage mietete, unter Umständen überhaupt nicht zinsmindernd aus (*Lovrek*, aaO).

Die Gefährlichkeit alter elektrischer Anlagen

Die bisherigen Feststellungen der Vorinstanzen werden zur Beurteilung der Frage, ob überhaupt bzw wenn ja, in welcher Höhe, ein Mietzinsminderungsanspruch des Beklagten besteht, allerdings als nicht ausreichend beurteilt.

Die Tatsache der „Gefährlichkeit“ alter elektrischer Anlagen sei eben streng zu hinterfragen. Die bloße Feststellung des Erstgerichts, dass von der elektrischen Anlage „Lebensgefahr“ ausgeht, genügt in ihrer Allgemeinheit nicht, zumal nicht konkret dargelegt wurde – abgesehen von der in für zwei Räume thematisierten Verwendung von Metalllampen – worin die Gefahr bestehen soll. Für die Beurteilung des Ausmaßes einer allenfalls zustehenden Mietzinsminderung ist zu fragen, inwiefern der Gebrauch der Wohnung beeinträchtigt gewesen wäre, wäre dem Beklagten die Mangelhaftigkeit bekannt gewesen.

So wurde etwa im Fall bleihältigen Trinkwassers ausgesprochen, dass sich das Ausmaß der Mietzinsminderung vermindern kann, wenn die Möglichkeit besteht, das Wasser vor der Entnahme eine Zeit lang laufen zu lassen, wenn dadurch eine Reduktion des Bleigehalts auf ein die Gesundheit nicht gefährdendes Ausmaß sichergestellt werden kann.¹³⁶

Ähnlich kann auch in diesem Fall argumentiert werden, wenn sich die mit einer veralteten elektrischen Anlage verbundene Gebrauchsbeeinträchtigung mit relativ einfachen Maßnahmen ausgleichen lässt. Es werden daher Feststellungen notwendig sein, die es ermöglichen, zu beurteilen, worin genau die durch die

¹³⁶ 9 Ob 34/04x ÖJZ-LSK 2005/63 = ÖJZ-LSK 2005/74 = ÖJZ-LSK 2005/75 = immolex-LS 2005/18 = ecolex 2005,287 = RdW 2005,293 = immolex 2005,148 (*Malesich*) = RZ 2005,149 EÜ49, 50 = EvBl 2005,431 = MietSlg 56.140 = MietSlg 56.757 = Zak 2010,323 (*Nademleinsky/Kolmasch*).

veraltete Anlage bewirkten Beeinträchtigungen der Benutzung der Wohnung liegen, wodurch konkret die bestehende Lebensgefahr verwirklicht wird und ob bzw mit welchen Maßnahmen ihr begegnet werden kann.

Bekannte Mängel

Weiters kommt dem Umstand Bedeutung zu, ob bzw in welchem Umfang dem Beklagten die Mängel der elektrischen Anlage bereits bei Abschluss des Mietvertrages bekannt waren.

Die Mietzinsminderung tritt dann nicht ein, wenn dem Mieter die (objektiven) Mängel des Mietgegenstands bei Vertragsabschluss bekannt waren und er den Vertrag dennoch geschlossen hat.¹³⁷

Der Beklagte brachte im Verfahren vor, dass die Gasetagenheizung "in den 1970er-Jahren" eingebaut wurde und weder Wohn- noch Schlafzimmer geerdet seien. Diese Mängel hätten seit 1966 bestanden. Ob aber der Bekl über diese Informationen schon zum Zeitpunkt der Anmietung verfügte und ob er insb über das Alter der elektrischen Anlage und über die daraus resultierenden Gebrauchsbeeinträchtigungen Kenntnis hatte bzw haben konnte, steht bisher nicht fest. Dazu ist zu beachten, dass der Bekl ausdrücklich vorbrachte, dass ihm der Mietvertrag, den sein Vater 1966 mit der KI abgeschlossen habe, bekannt gewesen sei.

Aus all diesen Gründen wurden das Verfahren und die Feststellungen als ergänzungsbedürftig angesehen. Erst dann kann beurteilt werden, ob dem Beklagten überhaupt - bzw wenn ja, in welchem Umfang - ein Mietzinsminderungsanspruch zusteht.

Wohnrechtsnovelle 2006

Auf das von der Klägerin in der Revisionsbeantwortung erstattete Vorbringen, dass der Beklagte vor Inkrafttreten der WRN 2006 selbst verpflichtet gewesen wäre, allfällige seine Sicherheit gefährdende Mängel zu beheben, weil diese nicht in die Erhaltungspflicht des Vermieters fielen, kommt es hinsichtlich der Beurteilung des Mietzinsminderungsanspruchs nicht an. Das Mietverhältnis fällt in den Vollenwendungsbereich des MRG. § 1096 ABGB blieb bereits durch § 3 Abs 1

¹³⁷ 6 Ob 59/00w SZ 73/180; RIS-Justiz RS0021408; RS0020799; zuletzt 4 Ob 191/ IO g

letzter Satz MRG idF vor der WRN 2006 (BGBl I 2006/124) ausdrücklich unberührt (5 Ob 42/02s). Auch bei fehlender Erhaltungspflicht im Anwendungsbereich des § 3 MRG bleibt die Mietzinsminderung bei Gebrauchsbeeinträchtigung aufrecht.¹³⁸ Dies gilt auch in Fällen, in denen weder den Vermieter noch den Mieter eine Erhaltungspflicht trifft.¹³⁹

4.3. Reaktionen innerhalb der Lehre auf die OGH Entscheidung 8 Ob/90/10h

Nach Ansicht des 8. Senats setzt die Zinsminderung gem § 1096 ABGB eben grundsätzlich keine subjektiv wahrnehmbare Beeinträchtigung des Mieters voraus. Somit führen bislang vom Mieter unerkannt gebliebene Mängel zur Zinsminderung, wenn sie objektiv betrachtet den bedungenen Gebrauch des Mietgegenstandes, wie er sich aus dem Vertragszweck ergibt, beeinträchtigen. Dies gilt insbesondere für objektiv gefährliche, wenn auch vom Mieter nicht als solches erkannte und daher "normal" benützte, Elektronanlagen. Die Entscheidung des 8. Senats wurde naturgemäß von den Kritikern der erst wenige Monate zuvor ergangenen Entscheidung 6 Ob 38/11y begrüßt. So liegt es für *Vonkilch* auf der Hand, dass der 6. Senat Sympathie für einen subjektiven Maßstab bei der Ermittlung des Ausmaßes der Mietzinsminderung hat und für deren Eintritt schon ganz generell eine Rüge des Mieters für erforderlich hält. Der 8. Senat hegt offenkundig Skepsis gegenüber einer solchen Rügeobliegenheit und hat in seiner Entscheidung definitiv für einen objektiven Maßstab zur Ermittlung des Ausmaßes der Mietzinsminderung votiert.¹⁴⁰

Kritisch beurteilte jedoch *Prader* die Entscheidung, der die E 6 Ob 38/11y zur Rügepflicht begrüßt hatte.¹⁴¹

So verwundert seine Argumentation auch nicht, dass § 1096 ABGB normiert, dass das Bestandsobjekt zum bedungenen Gebrauch nicht taugen darf, um in den Genuss einer

¹³⁸ 6 Ob 38/11y; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1096 Rz 21.

¹³⁹ RIS-Justiz RS0124630; RS0124632.

¹⁴⁰ *Vonkilch*, Mietzinsminderung wegen gefährlicher Elektroinstallationen, wobl 2012,76.

¹⁴¹ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/48.

Zinsminderung zu gelangen. Mängel und bedingener Gebrauch sind strikt zu trennen, können daher auch nicht gleichgesetzt werden.¹⁴²

Die Tatsache, dass der Mieter vom Mangel nichts weiß, die Bestandräumlichkeiten also nutzt wie eh und je, widerspricht somit einer Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauchs und verhindert somit auch ein Zinsminderungsrecht. Folgendes Beispiel wird von *Prader* zur Verdeutlichung dieser Argumentation angeführt:

Ein Büromieter nutzt seine Einheit ausschließlich als Büro, obwohl auch eine Verwendung zu Wohnzwecken erlaubt ist. Eine im Gebäude nachträglich situierte Diskothek verursacht ungebührlichen und unzumutbaren Lärm während der Nachtstunden. Würde man nun der Ansicht des OGH folgen, würde dieser Mieter diese Lärmbelästigung als Mietzinsminderungsgrund geltend machen können, da objektiv die Räumlichkeit zu Wohnzwecken nur bedingt tauglich gewesen wäre, nur er hat nichts davon mitbekommen. *Prader* kommt daher zu dem Schluss, dass der Ansicht des LGZ Wien, dass es ohne Kenntnis und sohin ohne wahrgenommene spürbare Beeinträchtigung kein Mietzinsminderungsrecht gilt, zu folgen ist.¹⁴³

Vonkilch hatte, wie hier bereits an anderer Stelle ausgeführt, hingegen in seinem Kommentar zur E 6 Ob/38/11y an Hand eines anderen Beispiels aufgezeigt, welche Konsequenzen zur Rechtssicherheit man seiner Meinung nach beim Ansatz des subjektiven Empfindens zu gewärtigen hätte.

Weiters ist *Vonkilch* auch nicht von dem Versuch *Praders* überzeugt, einen fundamentalen Unterschied zwischen einem „Mangel“ des Bestandobjektes und der „Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauches“ zu konstruieren. Die Unterscheidung sollte in jenen Fällen von Relevanz sein, in denen für den Mieter nicht bekannte Gefährlichkeiten des Mietobjektes schlagend werden und dann zu einem Entfall der Mietzinsminderung führen sollen. Es kann in diesem Zusammenhang, so argumentiert *Vonkilch* weiter, als nachgeordnet angesehen werden, ob es *Riss* (aaO) tatsächlich um mehr gegangen ist als die Klarstellung, dass nicht alles, was man objektiv vielleicht als „Mangel“ einer Sache empfinden kann, zugleich auch im bestandvertraglichen Sinn eine Leistungsstörung im bestandvertraglichen Sinn begründet. Entscheidend für die

¹⁴² *Pletzer/Prader*, Zinsminderung nach § 1096 ABGB auch für unentdeckte Mängel, immolex 2011/88; *Riss* Die Erhaltungspflicht des Vermieters, 125 u 216.

¹⁴³ *Pletzer/Prader*, Zinsminderung nach § 1096 ABGB auch für unentdeckte Mängel, immolex 2011/88.

Betrachtung des gegenständlichen Falles ist allein, dass es auch und gerade eine „Beeinträchtigung des bedungenen Gebrauches“ darstellt, wenn der vertragsgemäße Gebrauch des Mietobjektes nur unter Inkaufnahme von Gefahren für Leib und Leben durch den Mieter möglich ist. Dem diesbezüglichen Befund von *Pletzer*¹⁴⁴, dem sich auch der 8. Senat schon in der vorliegenden E angeschlossen hat, möchte *Vonkilch* nichts hinzuzufügen.¹⁴⁵

Prader hält diesen Überlegungen entgegen, dass eben der Vertragszweck schließlich ausschlaggebend ist und somit auch subjektive und nicht nur objektive Komponenten anzusetzen sind. Er räumt jedoch durchaus ein, dass sich bei vergleichbaren Sachverhalten eine Objektivierung anbietet und angebracht ist, aber nicht dazu führen darf, dass der vertraglich bedungene Gebrauch als maßgebliches Kriterium vernachlässigt wird.¹⁴⁶

Pletzer begrüßt hingegen die Ansicht des 8. Senats, dass die Zinsminderung gem § 1096 ABGB grundsätzlich keine subjektiv wahrnehmbare Beeinträchtigung des Mieters voraussetzt. Auch bislang vom Mieter unerkannt gebliebene Mängel führen zur Zinsminderung, wenn sie objektiv betrachtet den bedungenen Gebrauch des Mietgegenstands, wie er sich aus dem Vertragszweck ergibt, beeinträchtigen. Dies gilt insb für objektiv gefährliche, wenn auch vom Mieter nicht als solches erkannte und daher "normal" benützte, Elektronanlagen.¹⁴⁷

Zugleich wurde jedoch in der Entscheidung dieser Vorstoß etwas relativiert und betont, dass die Gefährlichkeit von in Altbauten häufig anzutreffenden alten Elektroanlagen "streng zu hinterfragen" sei. Dem OGH wird darin zugestimmt, dass das Ausmaß der Zinsminderung davon abhängt, inwieweit der Gebrauch bei Kenntnis des Mangels tatsächlich beeinträchtigt gewesen wäre. Der Maßstab, den der OGH an die zinsminderungsauslösende Gebrauchsbeeinträchtigung anlegt, wurde von *Pletzer* jedoch durchaus kritisch gesehen.

Als akzeptabel erscheint, dass die ausschließliche Verwendbarkeit von bestimmten Stromverbrauchern (Schutzklasse-II-Leuchten) bei Mietverträgen im Altbau mit

¹⁴⁴ *Pletzer*, Erhaltungspflicht des Vermieters bei erheblicher Gesundheitsgefährdung, Zak 2011/153,87.

¹⁴⁵ *Vonkilch*, wobl 2012,76.

¹⁴⁶ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/88.

¹⁴⁷ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/88.

erkennbar alten Elektroanlagen keine zinsmindernde Gebrauchsbeeinträchtigung darstellt. Kritisch hinterfragt wird hingegen, dass dem Mieter auch bei Nichtverwendbarkeit von Elektrogeräten (zB Föhn) in den Nassräumen mangels hinreichend eklatanter Gebrauchsbeeinträchtigung keine Zinsminderung zukommen soll. Ebenso sollte man die damit verbundene Nutzungsbeeinträchtigung nicht mit dem vom OGH angesprochenen Beispiel der Reduktion des Bleigehalts des Wassers durch einen entsprechenden längeren Wasservorlauf vergleichen. Die weitere Argumentation des OGH mit den im Altbau bekanntermaßen häufig anzutreffenden alten Elektroleitungen wird als weitere Verschärfung des Problems gesehen. So könnte gefolgert werden, dass der Altbaumieter aufgrund der bloßen Erkennbarkeit des Alters der Elektroanlage doch deutliche Einschränkungen des Gebrauchs hinnehmen muss, ohne dass es zu einer Zinsminderung kommt.¹⁴⁸

Hierin sieht *Pletzer* jedoch eine zusätzliche Gefahr, nahm doch die Rsp einen Entfall der Zinsminderung bislang nur dann an, "wenn der Bestandnehmer, die Umstände, die seinen Gebrauch behindern, akzeptiert".¹⁴⁹

Dies kann insb bei vorbehaltlosem Vertragsabschluss oder vorbehaltloser Übernahme des Bestandgegenstands durch den Mieter in Kenntnis des Mangels angenommen werden.¹⁵⁰

Fehlt es an einer vertraglichen Vereinbarung zum „bedungenem Gebrauch“ so ist, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, mangels abweichender Vereinbarung eine mittlere Brauchbarkeit zu verstehen. Maßgeblich sind grundsätzlich jene Verkehrsauffassung und jene Standards, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehen.

Darauf aufbauend argumentiert *Pletzer*, dass der gefahrlose Betrieb von elektrischen Geräten im Bad und letztlich auch der Einsatz aller gängigen und dem damaligen Stand der Technik entsprechenden Elektrogeräte inkl Leuchtkörper im Jahre 1997 und sehr wohl auch im Altbau erwartet werden konnte.¹⁵¹

¹⁴⁸ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/88.

¹⁴⁹ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/88; 1 Ob 103/09t MietSlg 61.156; 6 Ob 42/10k immolex -LS 2010/65; RIS-Justiz RS0021408.

¹⁵⁰ *Pletzer*, immolex 2011/78, 243.

¹⁵¹ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/88.

Diese Argumentation, die darauf aufgebaut ist, dass der gewöhnliche Zweck des Mietvertrags keine gefährliche Benutzung einschließt, stieß allerdings auch auf Kritik. So argumentiert *Cerha*, dass der gewöhnliche Zweck (bzw die Geschäftsnatur) bei ausdrücklicher Vereinbarung nicht von Relevanz ist.¹⁵²

Es stimmt, so hält *Vonkilch* entgegen, dass der Bestandzweck nur im Zweifel als Maßstab für die Ermittlung der Sollbeschaffenheit des Bestandobjektes bzw. des bedungenen Gebrauchs dient und somit hinter speziellen vertraglichen Abreden über den bedungenen Gebrauch oder die Sollbeschaffenheit zurücktritt. Es sei jedoch hierbei auch zu berücksichtigen, dass etwaige Formulierungen des Vermieters „bestimmte Eigenschaften des Mietgegenstandes“ oder einen bestimmten Zustand desselben nicht zuzusagen, nicht so verstanden werden können, dass die allgemeinen Eigenschaften bzw. der allgemeine Zustand des Mietobjektes plötzlich nicht mehr die gefahrlose Benutzung umfassen. Weiters sei auch zu bedenken, dass derartige Vertragsbestimmungen gem § 915 Fall 2 ABGB idR zu Lasten des Vermieters auszulegen wären und im gegenständlichen Fall im Verbrauchergeschäft auch kaum mit den §§ 6 Abs 3 und 9 KSchG (völlig unbestimmte, dh intransparente negative Leistungsbeschreibung) zu vereinbaren wäre.¹⁵³

Cerha hingegen argumentiert weiter, dass wenn der Mieter keine Beeinträchtigung des Gebrauchs anzeigt, kann davon ausgegangen werden, dass dieser Gebrauch auch nicht beeinträchtigt ist. Es gehe eben bei § 1096 ABGB nicht nur um abstrakte Sachmängel, sondern darum, wie sich diese Mängel auf den bedungenen Gebrauch auswirken. Bis zu einer Mängelanzeige hält somit der Mieter den Gebrauch ebenso wie der Vermieter für den Bedungenen. Es bestehe somit so lange Konsens über den bedungenen Gebrauch, bis der Mieter von dem Mangel Kenntnis erlangt, diesen anzeigt und damit dann der Konsens als auch der bedungene Gebrauch entfällt.¹⁵⁴

Der Ansicht, dass auf Grund der unterlassenen Anzeige des Mangels, der dem Mieter noch dazu gar nicht bekannt ist, von einem zumindest bis auf weiteres bestehenden Konsens, dass gar keine Beeinträchtigung des Gebrauchs vorliege, widerspricht *Vonkilch* vehement. Er argumentiert, dass ein solcher Konsens dogmatisch nur durch

¹⁵² *Cerha*, Hin und her? – Der OGH und §§1096 f ABGB, ÖJZ 2012/5.

¹⁵³ *Vonkilch*, wobl 2012,76 (80).

¹⁵⁴ *Cerha*, ÖJZ 2012/5.

eine konkludente nachträgliche Abänderung der vertraglichen Sollbeschaffenheit bzw zumindest eines konkludenten Verzichts des Mieters auf die bereits ex lege eingetretene Mietzinsminderung erzielt werden. Die Anforderungen, die von § 863 ABGB an das Vorliegen konkludenter Willenserklärungen gestellt werden, sieht *Vonkilch* in diesem Fall nicht erfüllt. So kann die unterlassene Rüge durchaus andere Gründe haben, als jenen, dass der Mieter keine Beeinträchtigung der Benutzung erkennt. Vor allem könnte der Grund, wie im vorliegenden Fall, sein, dass der Mieter von der Gefährlichkeit gar nichts wusste. Auf den Punkt gebracht, die von beiden Seiten anfänglich nicht erkannte Mangelhaftigkeit der Vertragserfüllung durch den Vermieter, ändert nichts daran, dass das Geleistete nicht dem Geschuldeten entsprochen hat und somit der Gewährleistungsbehelf zum Tragen kommt.¹⁵⁵

In Bezug auf die Anzeigepflicht als Voraussetzung für die Mietzinsminderung lässt der OGH diese Frage unter Hinweis auf eine in einem früheren, vor Entstehen des Mietzinsrückstands abgeführten Außerstreitverfahren erfolgte Mangelrüge offen. Die explizite Erwähnung der krit Lehre, sowie der Beisatz "so man der Rechtsauffassung des 6. Senats folgt", könnte man als eine gewisse Skepsis an der Richtigkeit eben dieser Rechtsauffassung deuten. *Pletzer* gibt auch zu bedenken, dass eine obligatorische Anzeigepflicht "ohne wenn und aber", wie sie der 6. Senat andenkt, nicht zu der Ansicht des 8. Senats passt, wonach Mietzinsminderung auch für objektiv vorliegende, vom Mieter aber (noch) nicht erkannte und damit auch nicht rügbare Mängel zusteht.¹⁵⁶

¹⁵⁵ *Vonkilch*, wobl 2012,76 (80).

¹⁵⁶ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/88.

5. Auswirkungen auf nachfolgende OGH Entscheidungen

An Hand der drei nachfolgend erfolgten OGH Entscheidungen, sollen die eingetretenen Auswirkungen der kontroversiellen Vorentscheidungen aufgezeigt werden.

5.1. Aspekt 1 – „Ausmaß der Mietzinsminderung“ - OGH 8 Ob 7/17p

So erschien es nach der erfolgten Entscheidung des 8. Senats bpsw für *Vonkilch* logisch, dass der grundsätzliche dogmatische Zugang des 8. Senates zur Ermittlung des Ausmaßes einer Mietzinsminderung auch von künftigen Entscheidungen fortgeführt werden würde. Er ließ aber sehr wohl die Herausforderung für künftige Entscheidungen darin erkennen, überzeugende Beurteilungskriterien dafür zu entwickeln, in welchem Umfang der bedungene Gebrauch eines Mietobjektes tatsächlich beeinträchtigt ist, wenn die Mangelhaftigkeit einer Elektroanlage im Mietobjekt dazu führt, dass der Mieter bestimmte Handlungsweisen zu unterlassen hat (bzw – bei Unkenntnis dieser Mangelhaftigkeit – zu unterlassen gehabt hätte), wenn er sich beim vertragskonformen Gebrauch des Mietobjektes nicht Gefahren aussetzen möchte.¹⁵⁷

Trotz der Ablehnung des subjektiven Ansatzes zur Beurteilung der Gebrauchsbeeinträchtigung, lehnt *Vonkilch* ebenso die Möglichkeit ab, dass Mieter jahrelang nichts ahnend von der Gebrauchsbeeinträchtigung, nachträglich „Kassa machen“ und rückwirkend bis zum Vertragsabschluss 70% des Bestandzinses rückfordern könnten (so ja das Ausmaß der in concreto vom ErstG zugesprochenen Bestandzinsminderung). Um dies zu verhindern, gibt es jedoch seiner Meinung nach sehr wohl Möglichkeiten. So sollte nochmals eingehend reflektiert werden, welches Ausmaß an Bestandzinsminderung in derartigen Fällen in der Tat sachgerecht erscheint. Die im Fall der E OGH 6 Ob 38/11y vom ErstG angenommen 70% schienen ihm jedoch als weit überzogen. So erinnerte *Vonkilch* auch an den bereits diskutierten Ansatz bei jeglicher periodischer Leistung von überhöhtem Entgelt, analog die

¹⁵⁷ *Vonkilch*, wobl 2012,76 (81).

bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüche, bereits nach 3 Jahren verjähren zu lassen. Und zumindest bei der Leistung überhöhter Kreditzinsen durch Verbraucher hat der OGH diesem Vorschlag bereits Sympathie gezollt.¹⁵⁸ Im Jahr 2015 hat der OGH diesbezüglich dann auch entschieden, dass für Rückforderungsansprüche, die aus einer Zinsminderung nach § 1096 ABGB resultieren, analog den Bestimmungen des § 27 Abs 3 MRG und des § 5 Abs 4 KIGG die kurze Verjährungsfrist von 3 Jahren gilt.¹⁵⁹

Fraglich erschien auch, wie zukünftig der vom 8.Senat aufgebrachte Umstand, dass der Mieter das Objekt bewusst mit einer erkennbar alten Anlage mietete, berücksichtigt wird.

So wurde von *Pletzer* der vom OGH angelegte Maßstab an die zinsminderungsauslösende Gebrauchsbeeinträchtigung kritisch gesehen. So könne man noch argumentieren, dass die ausschließliche Verwendbarkeit von bestimmten Stromverbrauchern bei Mietverträgen im Altbau mit erkennbarem alter Elektroanlage keine Zinsminderung rechtfertigt, dass aber dem Mieter auch bei Nichtverwendung von Elektrogeräten in Nassräumen (Fön) keine Zinsminderung zukomme, wurde durchaus fragwürdig gesehen.¹⁶⁰

Vonkilch erwartete sich auch eine Klärung, wie sich ein derartiger Zugang mit jener stRsp verträgt, die von einem Entfall der Mietzinsminderung (erst) dann ausgeht, wenn vom Mieter in Kenntnis des „Mangels“ (der dann mit Blick auf den konkreten Bestandvertrag deswegen eben gerade keiner mehr ist, weil die Vertragsauslegung gem § 914 ABGB ergibt, dass insoweit keine Sollbeschaffenheit des Mietobjektes vereinbart wurde) der Mietvertrag vorbehaltlos abgeschlossen und das Mietobjekt vorbehaltlos übernommen hat.¹⁶¹

i. OGH 8 Ob 7/17p – Angemessenheit der Mietzinsminderung bei veralteten Elektroinstallationen

In dieser Entscheidung ging es abermals um die Frage der Mietzinsminderung wegen gefährlicher Elektroinstallationen. Die aus den beiden vorangegangenen Entscheidungen

¹⁵⁸ *Vonkilch*, wobl 2011, 138 (142).

¹⁵⁹ OGH 5 Ob25/15k JBl 2015,712= Zak 2015,375 = *Prader*, immolex 2016,51= *Kothbauer*, immolex 2016,64 = *Pesek*, wobl 2017, 31 = SZ 2015/82.

¹⁶⁰ *Pletzer/Prader*, immolex 2011/88.

¹⁶¹ *Vonkilch*, wobl 2012,76 (81).

6 Ob 38/11y und 8 Ob 90/10h aufgeworfenen Fragen zur Notwendigkeit einer Mangelanzeige sowie zur Zinsminderung für unentdeckte Mängel wurden nicht näher erörtert.

Rechtliche Beurteilung:

Mietzinsminderung

Die Frage der Mietzinsminderung setzt die Tatsachenklärung voraus, ob das vom Beklagten ins Treffen geführte Gefahrenpotential aufgrund des unwirksamen Fehlerschutzes bei Verwendung von elektrischen Betriebsmitteln der Schutzklasse I besteht. Durch die Verwendung von Betriebsmitteln der Schutzklasse II kann dieses Gefahrenpotential leicht ausgeschlossen werden und es bestehe weder Brand- noch Explosionsgefahr, wie vom Beklagten dargestellt wurde. So kam es für den Beklagten auch zu keiner Einschränkung der Nutzung der Wohnung. Das Berufungsgericht hat auch darauf hingewiesen, dass es keine zusätzlichen Isolationsmängel gab, die für einen Kurzschluss oder einen elektrischen Schlag erforderlich wären. Es ist jedoch davon ausgegangen, dass auch die Befürchtung einer Gefährdung eine Einschränkung im bedingenen Wohnzweck bewirke.

Ausmaß der Mietzinsminderung

Im vorliegenden Einzelfalles hat das BerufungsG eine Mietzinsminderung von 15 % als angemessen erklärt. Eine erhebliche Rechtsfrage dazu konnte nicht aufgezeigt werden.

Mietzinsminderung und Zurückbehaltungsrecht

Als unrichtig wurde hingegen die Ansicht des Beklagten, dass ihm neben dem Anspruch auf Mietzinsminderung das Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB zustehe, beurteilt.

Nach der Rsp verdrängt das dem Mieter durch § 1096 ABGB gewährte zwingende Zinsminderungsrecht für seinen Anwendungsbereich das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 1052 ABGB.¹⁶²

Kenntnis der veralteten Elektroleitung

Das ErstG hat ausdrücklich festgestellt, dass der Beklagte bei Anmietung der Wohnung wusste, dass das Wohnhaus um das Jahr 1966 errichtet wurde und dass an der

¹⁶² RIS-Justiz RS 0119040; 1 Ob 198/13v.

Elektroinstallation seit der Errichtung des Hauses nichts verändert wurde. Es wurde ebenso festgestellt, dass auch der Beklagte keine Änderungen vorgenommen hat.

Insgesamt gelingt es dem Beklagten nicht, mit seinen Ausführungen eine erhebliche Rechtsfrage aufzuzeigen. Die ao Rev wurde daher zurückgewiesen.¹⁶³

ii. Beurteilung der Lehre

Der Fokus der Lehre wurde hier auf die Berufungsentscheidung gelegt, im Besonderen auf die Entscheidung, dass auch die (bloße) Befürchtung einer Gefährdung eine Einschränkung im bedungenen Wohnzweck bewirkt. Nach Ansicht von *Scharmer* steht dies jedoch im Widerspruch zur Rsp, wonach die bloß subjektive Besorgnis einer wissenschaftlich nicht erwiesenen Gefährdung eine Zinsminderung keineswegs rechtfertigt.¹⁶⁴

Somit weicht die Berufungsentscheidung auch von der vom OGH zu 8 Ob 90/10h vertretenen Auffassung ab. Zur Erinnerung, so führt die Entscheidung aus, dass auf Tatsachenebene die "Gefährlichkeit" alter Elektroanlagen, die bekanntermaßen in Altbauwohnungen nach wie vor häufig anzutreffen sind, streng zu hinterfragen ist. Das Ausmaß einer dafür allenfalls zuzuerkennenden Zinsminderung hängt davon ab, inwiefern der Gebrauch, wäre die Mangelhaftigkeit bekannt gewesen, tatsächlich beeinträchtigt gewesen wäre. Liegt daher etwa die Gebrauchsbeeinträchtigung nur darin, dass in Nassräumen keine Elektrogeräte (zB Föhn) verwendet werden dürfen bzw - was im vorliegenden Fall eine wesentliche Rolle spielt - bestimmte Stromverbraucher (zB Metalllampen) ungeeignet sind, wirkt sich diese Beeinträchtigung angesichts der Tatsache, dass ein Mieter das Objekt mit einer erkennbar alten Anlage mietete, unter Umständen überhaupt nicht zinsmindernd aus.¹⁶⁵

Insoweit müsste man, so argumentiert *Scharmer*, im vorliegenden Fall zum Ergebnis kommen, dass dem Mieter eine Minderung des Bestandzinses verwehrt sein muss, möglicherweise lässt sich eine geringfügige Zinsminderung aufgrund des Umstandes,

¹⁶³ OGH 8 Ob 7/17p Zak 2017,355 = immolex-LS 2017/58; wobl 2017, 251.

¹⁶⁴ *Scharmer*, Bestandzinsminderung aufgrund veralteter Elektroinstallationen, wobl 2017, 251; 2 Ob 265/04s in RdU 2005, 189/110 (*Kräutler*); 1 Ob 146/05k in immolex 2005, 306/125 (*Prader*) = wobl 2006, 186/84; *Riss*, Blei im Trinkwasser und Mobilfunkmasten auf dem Hausdach – aktuelle Rechtsprechung zur Mietzinsminderung, RdW 2005, 263/295; zur ähnlichen Rechtslage in Deutschland vgl etwa *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht12 § 536 BGB Rz 10.

¹⁶⁵ OGH 8 Ob 90/10h; *Lovrek*, aaO; *Vonkilch*, aaO 142.

dass der Bestandnehmer die Verwendung von Betriebsmitteln der Schutzklasse I vermeiden sollte, argumentieren. Somit scheint die vom BerufungsG zuerkannte Mietzinsminderung iHv 15 % mit der bisherigen Jud nicht in Einklang zu bringen. Aufgrund der Feststellung, dass dem Mieter bei Anmietung der Wohnung bekannt war, dass die elektrische Anlage nicht mehr dem aktuellen Stand entsprach, erscheint hier ein gänzlicher Ausschluss der Zinsminderung sachgerecht.¹⁶⁶

5.2. Aspekt 2 – „Anzeigepflicht“ – bestätigt durch OGH 10 Ob 4/16k

In diesem Fall wurde die Rechtsmeinung der Entscheidung 6 Ob 38/11y, dass das Mietzinsminderungsrecht zwar grundsätzlich ex lege eintritt, jedoch eine Anzeige voraussetzt bestätigt. Es hat sich allerdings der 10. Senat ohne nähere inhaltliche Begründung der Rechtsauffassung des 6. Senats angeschlossen. Die Entscheidung setzte sich weder mit den Argumenten der Lehre, die im Zuge der E 6 Ob 38/11y geäußert wurden, noch mit der impliziten Skepsis des 8. Senats, die Inhalt der E 8 Ob 90/10h war.

Die Bestätigung der Anzeigepflicht wurde wiederum von der Lehre unterschiedlich bewertet. So wurde einerseits festgehalten, dass die Bestätigung der Anzeigepflicht sehr wohl seitens des Vermieters zu begrüßen sei, da sie ihm dadurch die Möglichkeit gibt, seiner Gewährleistungspflicht nachzukommen. So sei auch zu beachten, dass nach der Rsp an das inhaltliche Erfordernis einer „Anzeige“ kein allzu strenger Maßstab gelegt wird, da das einmalige Vorbringen des Mieters in einem Außerstreitverfahren bereits als ausreichend angesehen wurde.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Scharmer, wobl 2017, 251.

¹⁶⁷ Lindinger, Zur Frage der Anzeigepflicht des Mieters bei der Geltendmachung von Mietzinsminderungsansprüchen, immolex 2017/3.

5.3. Aspekt 3 - „objektive Gebrauchsbeeinträchtigung“- bestätigt durch OGH 8 Ob 85/17h

Auch diese Entscheidung des OGH hatte die Frage der Mietzinsminderung wegen gefährlicher Elektroinstallationen zu beantworten. In der Beantwortung dieser Frage hat der OGH auf die vorangegangene Entscheidung 8 Ob 90/10 h ausdrücklich hingewiesen und ist von den zutreffenden Rechtsgrundsätzen ausgegangen (§ 1096 Abs 1 ABGB). Es ist weiters – nach den allgemeinen Grundsätzen des Gewährleistungsrechts – zu fragen, ob die erbrachte Leistung objektiv von der vertraglich geschuldeten Leistung abweicht.

Rechtliche Beurteilung:

Objektive Gebrauchsbeeinträchtigung

Der Bestandgeber hat nicht für jene Mängel einzustehen, die objektiv zu keiner Gebrauchsbeeinträchtigung führen. Anderes gilt aber für Mängel, die zwar – mangels Kenntnis des Bestandnehmers – von diesem subjektiv nicht wahrgenommen werden, aber an sich gebrauchsbeeinträchtigend wären. Daraus folgt, dass der fehlende bedungene Gebrauch nicht zwingend bemerkbar sein muss. Im Fall von Altbauwohnungen mit alten elektrischen Anlagen hängt das Ausmaß einer etwaig zuzuerkennenden Zinsminderung davon ab, inwiefern der Gebrauch tatsächlich beeinträchtigt gewesen wäre, wäre die Mangelhaftigkeit bekannt gewesen. Besteht die Gebrauchsbeeinträchtigung etwa nur darin, dass in Nassräumen keine Elektrogeräte (zB Fön) verwendet werden dürfen, oder dass bestimmte Stromverbraucher ungeeignet sind, wirkt sich eine solche Beeinträchtigung angesichts der Tatsache, dass ein Mieter das Objekt mit einer erkennbar alten Anlage gemietet hat, unter Umständen überhaupt nicht zinsmindernd aus. Diese Argumentation wurde bereits auch in der E 8 Ob 90/10h ausgeführt.

Angelehnt an diese Grundsätze muss die Mangelhaftigkeit, wäre sie bekannt, bei objektiver Betrachtungsweise und vernünftigem Handeln des Mieters zu einer konkreten Gebrauchsbeeinträchtigung führen oder eine objektive reale und unzumutbare Gefahr darstellen.

Objektive Mängel an den allgemeinen Teilen

Das Berufungsgericht hält auf Grund der ermittelten Sachverhaltsgrundlage fest, dass – vor der Sanierung im April 2013 – die Mängel an der elektrischen Anlage die allgemeinen Teile der Liegenschaft (vor allem Sicherungskästen) betrafen. Auf Grund des vorhandenen Fehlerstromschutzschalters in Verbindung mit der Versorgung der Schukosteckdosen mit einem Schutzleiter war das elektrotechnische Sicherheitsrisiko entsprechen gemildert und in der Wohnung des Klägers fehlten nur bei den fest angeschlossenen Leuchten entsprechende Schutzleiter. Dieses Problem war jedoch durch den Anschluss von schutzisolierten Leuchten lösbar.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts in dieser Situation keinen Zinsminderungsanspruch auszusprechen stellt somit für den 8. Senat keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung dar. Eine konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung und eine konkret aktuelle Gefahr für den Kläger somit nicht bestanden.

Die Probleme waren vielmehr auf die Divergenz zu den aktuellen gesetzlichen Vorschriften zurückzuführen.

Es wurde auch die Argumentation des Klägers zurückgewiesen, dass die Anforderungen des Berufungsgerichts an sein Vorbringen von ihm als Mieter eine elektrotechnische Expertise abverlange, die nur elektrotechnischen Sachverständigen zukomme.

So wurde in der Entscheidung festgehalten, dass der Kläger auch als Laie in der Lage sein muss, die konkreten Gebrauchsbeeinträchtigungen darzustellen. Insgesamt vermag der Kläger mit seinen Ausführungen keine erhebliche Rechtsfrage aufzuzeigen. Die außerordentliche Revision war daher zurückzuweisen.¹⁶⁸

Festzuhalten ist, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt wurde. Das LG war unter Hinweis auf die Entscheidung 8 Ob 90/10h von den zutreffenden Rechtsgrundsätzen ausgegangen. So ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Gewährleistungsrechts zu fragen, ob die erbrachte Leistung objektiv von der vertraglich geschuldeten Leistung abweicht. Nicht einzustehen hat der Bestandgeber für solche Mängel, die eben objektiv zu keiner Gebrauchsbeeinträchtigung führen. Explizit festgehalten wurde, dass der fehlende bedungene Gebrauch nicht zwingend bemerkbar sein muss. Ebenso muss die Mangelhaftigkeit bei objektiver Betrachtungsweise und

¹⁶⁸ OGH 8 Ob 85/17h; Zak 2017,355 = immolex-LS 2017/58 = immolex 2017,318 (*Lindinger*) = VbR 2017,216 = wobl 2017/122 (*Scharmer*).

vernünftigem Handeln des Mieters zu einer konkreten Gebrauchsbeeinträchtigung führen oder eine objektive reale und unzumutbare Gefahr darstellen.

Der 8. Senat hat somit die vorangegangene Entscheidung 8 Ob 85/17 h vollinhaltlich bestätigt und ferner ausgeführt, dass Mängel an allgemeinen Teilen nur dann zu einem Anspruch auf Mietzinsminderung führen, wenn auch eine konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung für den Bestandnehmer vorliegt.

6. Zusammenfassung und eigene Ansicht

Die vorliegende Arbeit sollte zum einen den Regelungsinhalt des § 1096 ABGB darlegen und in weiterer Folge die zwei rasch aufeinanderfolgenden OGH Entscheidungen auf ihre Widersprüchlichkeit prüfen.

Ein Mieter hat gem. § 1096 ABGB Anspruch auf Mietzinsminderung, wenn das Bestandobjekt/der Mietgegenstand zum bedungenen Gebrauch nicht oder nur eingeschränkt tauglich ist. Grundsätzlich ist der Bestandgeber verpflichtet, das Bestandobjekt dem Bestandnehmer in brauchbarem Zustand zu übergeben, es in diesem Zustand zu erhalten und den Bestandnehmer vor Störungen zu schützen. Der Bestandgeber hat daher dem Bestandnehmer jenen Gebrauch und jene Nutzung zu gewährleisten, die ausdrücklich, nach dem Vertragszweck oder nach der Verkehrssitte bedungen sind, wobei im Zweifel eine mittlere Brauchbarkeit als bedungen gilt.¹⁶⁹

Dabei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruch des Mieters, der ab Beginn der Beeinträchtigung im Ausmaß der Unbrauchbarkeit bzw. der Gebrauchsbeeinträchtigung des Mietobjekts bis zu dessen Behebung besteht. Der Mietzinsminderungsanspruch des Mieters ist ein Gewährleistungsanspruch eigener Art. Er besteht wie jeder Gewährleistungsanspruch unabhängig davon, ob den Vermieter daran ein Verschulden trifft.¹⁷⁰

Die Entscheidungen 6 Ob 38/11y und E 8 Ob 90/10h hatten zwei sehr ähnlich gelagerte Sachverhalte zum Inhalt. In beiden Fällen betraf der Mangel veraltete Elektroleitungen. Die Frage der Widersprüchlichkeit der beiden Entscheidungen lässt sich meines Erachtens nur zum Teil bejahen.

So hält bspw. *Vonkilch* fest, dass eine formale Judikaturdivergenz zwischen den Senaten 6 und 8 bei genauerer Betrachtung nicht vorliegt. So trat die Tendenz des 6. Senates zu einem subjektiven Maßstab bei der Ermittlung der Mietzinsminderung hinter dem Umstand zurück, dass eine Mietzinsminderung nach Ansicht des 6. Senates dann nicht gebühre, wenn und solange der Mieter den Mangel dem Vermieter nicht angezeigt hat. Der 8. Senat musste sich mit dieser vom 6. Senat angenommenen Rügeobliegenheit

¹⁶⁹ Lindinger, Mietzinsminderung 1 Rz 1.

¹⁷⁰ OGH 8 Ob 90/10h.

nicht definitiv auseinandersetzen, da den erstgerichtlichen Feststellungen eine solche – zumindest implizit erfolgte – Rüge des Mangels entnommen werden konnte.

Es liegt jedoch auf der Hand, dass der 6. Senat Sympathie für einen subjektiven Maßstab bei der Ermittlung des Ausmaßes der Mietzinsminderung hat und für deren Eintritt schon ganz generell eine Rügepflicht für den Mieter als erforderlich hält. Der 8. Senat demgegenüber offensichtlich Skepsis gegenüber einer derartigen Rügeobliegenheit hegt und in seiner Entscheidung definitiv für einen objektiven Maßstab bezüglich der Ermittlung des Ausmaßes der Mietzinsminderung votiert hat.¹⁷¹

Wird doch in der OGH Entscheidung des 8. Senats die Ansicht vertreten, dass die Zinsminderung gem. § 1096 ABGB grundsätzlich keine subjektiv wahrnehmbare Beeinträchtigung des Mieters voraussetzt. Auch bislang vom Mieter unerkannt gebliebene Mängel führen zur Mietzinsminderung, wenn sie objektiv betrachtet den bedungenen Gebrauch des Mietgegenstandes, wie er sich aus dem Vertragszweck ergibt, beeinträchtigen. Dies gilt so wurde weiter festgehalten für objektiv gefährliche, wenn auch vom Mieter nicht als solches erkannte und daher „normal“ benützte Elektroanlagen. Es muss jedoch festgehalten werden, dass dieser Ansatz etwas relativiert wurde, da die Gefährlichkeit von in Altbauten häufig anzutreffenden alten Elektroanlagen „streng zu hinterfragen“ sei und das Ausmaß der Zinsminderung davon abhängt, inwieweit der Gebrauch bei Kenntnis des Mangels tatsächlich beeinträchtigt wäre.

Hingegen wurde in der OGH Entscheidung des 6. Senates wie bereits ausgeführt, festgehalten, dass eine jahrelang unbeanstandete und uneingeschränkt benutzte Wohnung nicht zu einer auf §1096 ABGB gestützten Rückforderung eines erheblichen Teils des Mietzinses führen könne. So würde sich eben gerade jene „Vermieterfalle“ realisieren, die der Gesetzgeber der Wohnrechtsnovelle 2006 vermeiden wollte. Zur Vermeidung eines krassen Wertungswiderspruchs ist daher die § 15a Abs 2 MRG zu Grunde liegende Wertung auch auf die Mietzinsminderung nach § 1096 ABGB zu erstrecken.

¹⁷¹Vonkilch, wobl 2012,76.

Somit besteht meines Erachtens in der Frage, ob das subjektive Empfinden des Mieters eine Voraussetzung für eine Mietzinsminderung darstellt, tatsächlich ein Widerspruch zwischen den beiden Entscheidungen.

Die Frage der obligatorischen Anzeigepflicht „ohne wenn und aber“ ist hingegen vom 8. Senat nicht explizit beantwortet worden, da diese Mängelrüge bereits in einem früheren, vor Entstehen des Mietzinsrückstandes abgeführten Außerstreitverfahrens erfolgte. Ob somit in dieser Frage Einigkeit herrscht lässt sich somit nicht eindeutig beantworten. Es lässt sich diese Frage aber kaum von dem Aspekt trennen, ob für das Vorliegen eines die Zinsminderung rechtfertigenden Mangels ein objektiver oder ein subjektiver Maßstab anzulegen ist.

Der Aspekt der Anzeigepflicht wurde in weiterer Folge vom 10. Senat bestätigt, allerdings ohne weitere Begründung bzw Auseinandersetzung mit den Kritikpunkten der Lehre die im Zusammenhang mit der E 6 Ob 38/11y geäußert wurden.

Das Thema der objektiven Gebrauchsbeeinträchtigung und die Frage, ob eine solche auch subjektiv bemerkt werden muss, um zu einer Mietzinsminderung zu berechtigen, wurde vom 8. Senat in der aktuellen E 8 Ob 85/17h nochmals bestätigt. So ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Gewährleistungsrechts zu fragen, ob die erbrachte Leistung bei objektiver Betrachtungsweise von der vertraglich geschuldeten Leistung abweicht. Nicht einzustehen hat der Bestandgeber für solche Mängel, die eben objektiv zu keiner Gebrauchsbeeinträchtigung führen. Explizit festgehalten wurde, dass der fehlende bedungene Gebrauch nicht zwingend bemerkbar sein muss. Ebenso muss die Mangelhaftigkeit bei objektiver Betrachtungsweise und vernünftigem Handeln des Mieters zu einer konkreten Gebrauchsbeeinträchtigung führen oder eine objektive reale und unzumutbare Gefahr darstellen.¹⁷²

Der 8. Senat hat somit die vorangegangene Entscheidung 8 Ob 90/10h vollinhaltlich bestätigt. Ferner wird ausgeführt, dass Mängel an allgemeinen Teilen (Sicherungskasten) nur dann zu einem Anspruch auf Mietzinsminderung führen, wenn auch eine konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung für den Bestandnehmer vorliegt.

¹⁷² OGH 8 Ob 85/17h.

In einer aktuellen Glosse zur E 8 Ob 85/17h, fasst *Lindinger* die sich aus obigen Entscheidungen des 8. Senats schlüssig ergebenden Prüfschritte im Rahmen einer Verfahrensführung zusammen.

Es sei somit zuerst darauf abzustellen, dass es bei Beurteilung des Mangels auf die Abweichung zwischen der „erbrachten“ objektiven Leistung (Bestandobjekt) von der vertraglich geschuldeten Leistung (Vertragszweck) ankommt. Somit eben nicht wie oft seitens des Mieters behauptet, auf die subjektiv empfundene Abweichung. Ist der Mangel dem Mieter nicht bekannt, weil er ihn nicht wahrgenommen hat, so kommt es ebenso darauf an, ob der Mangel geeignet wäre, den „bedungenen Gebrauch“ zu beeinträchtigen.

Ist einem Mieter das Alter der Anlage, gegenständlich Elektroanlage bekannt, so können sich Mängel uU nicht mietzinsmindernd auswirken. Eine technische Weiterentwicklung bzw. Divergenz der zum Zeitpunkt der Errichtung bzw. Renovierung geltenden Vorschriften zu aktuellen rechtfertigt ebenfalls keinen Mietzinsminderungsanspruch. Im Falle einer realen und unzumutbaren Gefahr, die von der Anlage ausgeht, steht jedoch ein Mietzinsminderungsanspruch zu.¹⁷³

Ebenso hält *Lindinger* fest, dass der Mieter beweisen muss, dass ein Mangel vorliegt und er auch zu konkretisieren hat, inwieweit er als Mieter tatsächlich im bedungenen Gebrauch gehindert, eingeschränkt bzw. gestört wird.¹⁷⁴

Diese Aufzählung der Prüfschritte ist meines Erachtens somit auch eine schlüssige und nachvollziehbare Beurteilung des diskutierten Problems „objektives versus subjektives“ Empfinden des Mangels, der ich mich vollinhaltlich anschließe.

¹⁷³ *Lindinger*, Zur Mietzinsminderung bei Mängeln an der elektrischen Anlage, *immolex* 2017, 318.

¹⁷⁴ *Lindinger*, *immolex* 2017, 318.

7. Literaturverzeichnis

Cerha, Hin und her? – Der OGH und §§ 1096f ABGB, ÖJZ 1/2012

Cerha, Mietzinsminderung nur nach Mängelanzeige an den Vermieter, EvBl 17/2011

Etzersdorfer, Beschlussfassung nach § 33 Abs 2 MRG zur Klarstellung, welchen Betrag der Mieter dem Vermieter schuldet, um eine Aufkündigung abwehren zu können, wobl 2017,89

Kletecka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 1096 (Stand 1.10.2016, rdb.at)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB, 4. Auflage, Wien 2014, Verlag Österreich

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), Kurzkommentar zum ABGB, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO, 3. Auflage, Wien 2010, Springer Wien New York

Lindinger, Mietzinsminderung, Wien 2011, Manzsche Verlags- und Universitäts-Buchhandlung

Lindinger, Parameter der Mietzinsminderung, immolex 3/2006

Lindinger, Bedungener Gebrauch und Wartungspflichten des Bestandnehmers, immolex 4/2016

Lindinger, Zur Frage der Anzeigepflicht des Mieters bei der Geltendmachung von Mietzinsminderungsansprüchen, immolex 1/2017

Lindinger, Zur Mietzinsminderung bei Mängeln an der elektrischen Anlage, immolex 11/2017

Pletzer/Prader, Zinsminderung nach § 1096 ABGB auch für unentdeckte Mängel, immolex Heft 10/2011

Pletzer/Prader, Keine Mietzinsminderung ohne Mangelanzeige, immolex 5/2011

Prader, Rügepflicht als Voraussetzung für Mietzinsminderungsansprüche, immolex 12/2015

Rummel, Kommentar zum ABGB 2.Band, Wien 1984, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Scharmer, Bestandzinsminderung aufgrund veralteter Elektroinstallationen, wobl 2017, 251

Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar - Band 5, 4. Auflage, Wien 2014, LexisNexis

Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 4. Auflage, Wien 2017, LexisNexis

Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB und alle wichtigen Nebengesetze, I. Band, 37.Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Vonkilch, Mietzinsminderung setzt Mangelanzeige des Mieters voraus, wobl 2011, 138

Vonkilch, Mietzinsminderung wegen gefährlicher Elektroinstallationen, wobl 2012, 76

Wolf, Mietzinsminderung – Grundsatzfragen und Detaillösungen, immolex 2/2014

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht, Kommentar zu MRG, WEG, WGG,
Wien 2004, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

8. Judikaturverzeichnis

OGH 29.04.1998, 9Ob58/98i

OGH 23.11.2000, 6 Ob 59/00w

OGH 13.03.2008, 6 Ob 40/08p

OGH 17.11.2004, 9 Ob 34/04x

OGH 15.02.2006, 3 Ob 286/05p

OGH 16.03.2011, 6 Ob 38/11y

OGH 23.03.2011, 4 Ob 191/10g

OGH 15.07.2011, 8 Ob 90/10h

OGH 21.11.2013, 1 Ob 198/13v

OGH 22.02.2016, 10 Ob 4/16k

OGH 22.02.2017, 8 Ob 7/17p

OGH 24.09.2017, 8 Ob 87/17h

RIS-Justiz RS0106104

RIS-Justiz RS0021199

RIS-Justiz RS0106104

RIS-Justiz RS0069474

RIS-Justiz RS0021457

RIS-Justiz RS0130321

RIS-Justiz RS0018477

RIS-Justiz RS0021408

RIS-Justiz RS0021326

RIS-Justiz RS0107866

RIS-Justiz RS0021054

RIS-Justiz RS0021324

RIS-Justiz RS0021408

RIS-Justiz RS0020799

RIS-Justiz RS0119040

Zusammenfassung/Expose

Ein Mieter hat gem. § 1096 ABGB Anspruch auf Mietzinsminderung, wenn ohne sein Verschulden der vertraglich vereinbarte Gebrauch des Mietobjekts nicht ermöglicht oder zumindest erheblich beeinträchtigt wird. Dabei handelt es sich um einen gesetzlichen Anspruch des Mieters, der ab Beginn der Beeinträchtigung im Ausmaß der Unbrauchbarkeit bzw. der Gebrauchsbeeinträchtigung des Mietobjekts bis zu dessen Behebung besteht. Im Jahr 2011 gab es zwei kurz aufeinandergefolgte OGH Entscheidungen bei ähnlich gelagerten Fällen zur Frage des Mietzinsminderungsanspruchs, die nicht nur auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen. In beiden Fällen, E 6 Ob 38/11y und E 8 Ob 90/10h betraf der Mangel veraltete Elektroleitungen.

Zu Beginn der Arbeit wird der Regelungsinhalt und Regelungszweck des § 1096 ABGB dargelegt, danach werden die zwei in der Lehre viel diskutierten Entscheidungen erörtert und folgende Fragen zum Abschluss beantwortet:

- 1) Stehen die Entscheidung tatsächlich im Widerspruch zueinander?
- 2) Welche Rechtfertigung steht hinter der unterschiedlichen Betrachtung?
- 3) Ist ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip ableitbar?
- 4) Welche Auswirkungen hatten diese Entscheidungen auf die nachfolgende Rechtsprechung des OGH?

Die Gegenüberstellung der beiden E zeigt, dass der 6. Senat Sympathie für einen subjektiven Maßstab bei der Ermittlung des Ausmaßes der Mietzinsminderung hat und für deren Eintritt ganz generell eine Rügepflicht für den Mieter als erforderlich hält. Der 8. Senat hegt offensichtlich Skepsis gegenüber einer derartigen Rügeobliegenheit und votiert für einen objektiven Maßstab bezüglich der Ermittlung des Ausmaßes der Mietzinsminderung. Die Frage der obligatorischen Anzeigepflicht „ohne wenn und aber“ ist hingegen vom 8. Senat nicht explizit beantwortet worden. Der Aspekt der Anzeigepflicht wurde in weiterer Folge vom 10. Senat bestätigt, allerdings ohne weitere Begründung. Die E vom 8. Senat wurde in der aktuellen E 8 Ob 85/17h nochmals bestätigt.