

Herausgegeben von:  
Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves  
em. RA Mag. Dr. Till Hausmann †  
Hon.-Prof. Dr. Elisabeth Lovrek,  
Präsidentin des OGH  
Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer  
ao. Univ.-Prof. Dr. Raimund Pittl  
Ass.-Prof. Dr. Renate Pletzer MAS  
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss LL.M.  
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch  
Hon.-Prof. Dr. Helmut Würth

Schriftleitung:  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch  
Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss LL.M.

# wohnrechtliche blätter:wobl

Ständige Mitarbeiter:  
RA Dr. Ingmar Etzersdorfer  
Univ.-Ass. Dr. Philipp Fidler  
Univ.-Prof. Dr. Thomas Klicka  
Dr. Christian Lenneis  
RAA Dr. Reinhard Pesek  
Mag. Michaela Schinnagl

---

## Heft 3 März 2019 32. Jahrgang

ISSN 0933-2766 WOBLEA 32 (3) 77-115 (2019)

---

Wohnrechtliche Blätter 32, 77-89 (2019)  
<https://doi.org/10.33196/wobl201903007701>  
wobl 2019, 77

**wobl**

RAA Dr. Reinhard Pesek, Wien

## Zwingende Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 ABGB bei einer Gesundheitsgefährdung des Mieters?

**Zugleich ein Beitrag zu den Auswirkungen der Elektrotechnikverordnung 2002  
auf Mietverhältnisse außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs**

*Im Schrifttum ist die Auffassung vorherrschend, der Vermieter sei im Rahmen seiner Erhaltungspflicht nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zwingend verpflichtet, die Vorgaben des § 7a Elektrotechnikverordnung 2002 (ETV 2002) umzusetzen. Nach dieser Norm ist sicherzustellen, dass die elektrische Anlage des Mietobjekts den Bestimmungen des Elektrotechnikgesetz 1992 (ETG 1992) entspricht, und es ist zum Schutz der körperlichen Integrität des Mieters ein Fehlerstrom-Schutzschalter („FI-Schalter“) zu installieren. Der folgende Beitrag arbeitet heraus, dass diese Literaturmeinung zu undifferenziert ist, und beleuchtet die damit in engem thematischen Zusammenhang stehende Frage, ob dem Vermieter die Beseitigung einer gesundheitsgefährdenden Gebrauchsbeeinträchtigung stets obliegt. Dabei wird auch auf die in der Rsp mitunter anzutreffende Aussage eingegangen, wonach erhaltungsrechtliche Pflichten des Vermieters von vornherein nicht abdingbar sein sollen, soweit „Fragen der Gesundheitsgefährdung“ betroffen sind.*

**Deskriptoren:** Aufklärungspflicht; außerordentliche Kündigung; Brauchbarkeit; Dispositionsbefugnis; dispositives Recht; elektrische Anlage; Elektrotechnikverordnung (ETV); Erhaltung; Gebrauchsbeeinträchtigung; Gesundheitsgefahr; Gesundheitsschädlichkeit; Gesundheitsstandards; Gewährleistung; Inhaltskontrolle; Mangel; Modernisierungspflicht; Preisminderung; Schadenersatz; subjektiver Mangelbegriff; Vertragsauflösung; Vertragsauslegung; Wandlung; Warnpflicht; wichtiger Grund; Wohnraum; Zinsminderung; zwingendes Recht.

**Normen:** § 879, § 914, § 922, § 928, § 932, § 1090, § 1096, § 1117, § 1293, § 1304 ABGB; § 1, § 4, § 6 ETG 1992; § 7a ETV 2002; § 3, § 6 MRG.

## Übersicht

- A. Einleitung
- B. Die „Brauchbarkeit“ des Mietobjekts
  - I. Zweifelsregel: Das Mietobjekt muss gefahrfrei verwendet werden können
  - II. Maßgeblichkeit einer abweichenden Parteienvereinbarung
  - III. Sofortiges Vertragsauflösungsrecht des Mieters
- C. Die laufende Erhaltung des Mietobjekts
  - I. Umfassende, aber abdingbare und überwälzbare Erhaltungspflicht des Vermieters
  - II. Absolute Schranken der Disponibilität der Erhaltungspflicht des Vermieters?
    - 1. Die Entscheidungen des Höchstgerichts
    - 2. Würdigung
    - 3. Fazit
  - III. Sofortiges Vertragsauflösungsrecht des Mieters
- D. Die Auswirkungen einer nachträglichen Verschärfung von Gesundheitsstandards auf die „Brauchbarkeit“ des Mietobjekts
  - I. Zweifelsregel: Pflicht des Vermieters zur Adaptierung des Mietobjekts
  - II. Maßgeblichkeit einer abweichenden Parteienvereinbarung
  - III. Die Auswirkungen des § 7a ETV 2002 auf Alt-Mietverhältnisse im Besonderen
  - IV. Sofortiges Vertragsauflösungsrecht des Mieters
  - V. Nebenvertragliche Warnpflicht des Vermieters
- E. Zusammenfassung

### A. Einleitung

Nach dem Elektrotechnikgesetz 1992 (ETG 1992)<sup>1</sup> sind elektrische Betriebsmittel und elektrische Anlagen so zu errichten, herzustellen, instandzuhalten und zu betreiben, dass ihre Betriebssicherheit sowie die Sicherheit von Personen und Sachen gewährleistet ist (§ 3 Abs 1 ETG 1992). Gem § 7a Elektrotechnikverordnung 2002 (ETV 2002)<sup>2</sup> ist seit dem 13.7.2010 bei der *Vermietung einer Wohnung*<sup>3</sup> sicherzustellen, dass die elektrische Anlage des Mietobjekts den Bestimmungen des ETG 1992 entspricht. Bei elektrischen Anlagen, die über keinen Zusatzschutz gem den in der Verordnung näher bezeichneten ÖVE/ÖNORMEN verfügen, ist außerdem mindestens ein Fehlerstrom-Schutzschalter (sog FI-Schalter) mit einem Nennfehlerstrom von

<sup>1</sup> Bundesgesetz über Sicherheitsmaßnahmen, Normalisierung und Typisierung auf dem Gebiete der Elektrotechnik (Elektrotechnikgesetz 1992; BGBl 106/1993).

<sup>2</sup> ElektrotechnikV 2002, BGBl II 2002/222 idF 2010/223.

<sup>3</sup> Aus dem Verweis des § 7a ETV 2002 auf § 2 Abs 1 MRG ergibt sich, dass der Bestimmung des § 7a ETV 2002 Hauptmietverträge über Wohnungen im Voll- und Teilanwendungsbereich des MRG unterworfen sind, nicht aber Untermietverträge und Geschäftsraummietverträge (*Kothbauer*, Unbrauchbarkeit wegen mangelhafter elektrischer Anlagen, *immolex* 2018, 308; näher zum Anwendungsbereich *Prader* in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* [Hrsg], *Gesamtkommentar Wohnrecht I* [2018] § 7a ETV 2002 Rz 2 ff). Str ist, ob § 7a ETV 2002 auch die Vermietung von Wohnungen erfasst, die aus dem Anwendungsbereich des MRG zur Gänze ausgenommen sind (vgl § 1 Abs 2 MRG); dafür *Prader*, *Auswirkungen der Novellierung der Elektrotechnikverordnung 2002 auf Mietverhältnisse*, *Zak* 2010, 327; gegenteilig *Pletzer*, *Erhaltungspflicht des Vermieters bei erheblicher Gesundheitsgefährdung*, *Zak* 2011, 83.

nicht mehr als 30 mA unmittelbar vor den in der Wohnung befindlichen Leitungsschutzeinrichtungen zu installieren.<sup>4</sup> Liegt hierüber keine geeignete Dokumentation vor, so kann der Mieter nicht davon ausgehen, dass die elektrische Anlage diesen Anforderungen entspricht (§ 7a aE ETV 2002).<sup>5</sup> Durch den Einbau eines FI-Schalters soll die Gefahr der Schädigung des menschlichen Organismus reduziert werden, falls eine Person in den Stromkreis gerät.<sup>6</sup> Die Regelungen des § 7a ETV 2002 verfolgen insgesamt das Ziel, die *Sicherheit elektrischer Anlagen in Wohnungen zu erhöhen*.<sup>7</sup>

Das Verhältnis der verwaltungsrechtlichen Vorschrift des § 7a ETV 2002 zu den privatrechtlichen Pflichten des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ist Gegenstand literarischer Diskussionen.<sup>8</sup> Das Meinungsspektrum ist breit gefächert: *Lenk* bestreitet jegliche Auswirkungen des § 7a ETV 2002 auf den Pflichtenkatalog des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB.<sup>9</sup> Demgegenüber ist nach *Prader* der Vermieter sowohl bei einer Vermietung nach Inkrafttreten des § 7a ETV 2002 als auch bei einem laufenden Mietverhältnis, das bereits vor diesem Zeitpunkt begründet wurde, aus dem Titel der Erhaltungspflicht zwingend zum Einbau eines FI-Schalters verpflichtet.<sup>10</sup> Diese Norm könne vertraglich nicht zu Lasten des Mieters abgeändert werden.<sup>11</sup> Auch *Kuprian* meint, der Mieter habe einen vertraglich nicht abänderbaren Anspruch auf Einhaltung der Anforderungen des § 7a ETV 2002 durch den Vermieter.<sup>12</sup> Nach *Schäfer* könne der Mieter keiner

<sup>4</sup> Siehe *Schäfer*, *Auswirkungen der Elektrotechnikverordnung 2002/A2 auf Mietverhältnisse*, *Zak* 2011, 89, der betont, dass den Vorgaben des § 7a ETV 2002 nur dann entsprochen wird, wenn einerseits die gesamte elektrische Anlage des Mietobjekts dem ETG 1992 entspricht und andererseits ein Fehlerstrom-Schutzschalter installiert wird.

<sup>5</sup> Zu dieser „Dokumentationspflicht“ siehe etwa *Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 7a ETV 2002 Rz 12 f; *derselbe*, *Mangelhafte Elektrodokumentation – Mängel in der Wohnung und ihre Folgen*, *Zak* 2018, 407.

<sup>6</sup> *Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 7a ETV 2002 Rz 1 mwN.

<sup>7</sup> OGH 5 Ob 66/18v in *Zak* 2018/601 und in diesem Heft der *wobl* 2019/28 (*Pesek*). *Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 7a ETV 2002 Rz 1; *Schäfer*, *Zak* 2011, 89.

<sup>8</sup> Die Auswirkungen des § 7a ETV 2002 auf jene Mietverhältnisse, die dem MRG-Vollanwendungsbereich unterliegen, sind nicht Gegenstand der weiteren Ausführungen (beachte aber FN 100). Zu diesen siehe etwa *Kuprian*, *Der Mietvertrag*<sup>3</sup> (2014) Rz 104a; *Lenk*, *Anmerkungen zu § 7a ETV 2010*, *immolex* 2012, 6 (8); *Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 7a ETV 2002 Rz 10, 14. Allgemein zur Thematik der etwaigen Pflicht des Vermieters zur sicherheitstechnischen Nachrüstung im MRG-Vollanwendungsbereich jüngst *Kothbauer* in *Gartner/Kothbauer/Poschalko* (Hrsg), *Haftung für Gebäudesicherheit* (2018) Rz 94 ff.

<sup>9</sup> *Lenk*, *immolex* 2012, 6, 8, 10.

<sup>10</sup> *Prader* in *GeKo Wohnrecht I* § 7a ETV 2002 Rz 10 f, 14. Vgl *Prader*, *Zak* 2010, 328.

<sup>12</sup> *Kuprian*, *Mietvertrag*<sup>3</sup> Rz 104a. *Kuprian* tätigt diese Aussage zwar in Bezug auf Mietverhältnisse, die vor Inkrafttreten des § 7a ETV 2002 begründet wurden. Da er sich jedoch auch auf jene – unter Punkt C.II.1. behandelte – Rsp beruft, die bei Vereinbarungen über die Erhaltungspflicht von einem vertraglich nicht abänderbaren Erhaltungskernbereich ausgeht, dürfte er auch bei jenen Miet-

vertraglichen Regelung zustimmen, mit der Gefahren für Personen auf ihn übergehen würden, etwa durch Übergabe einer mangelhaften elektrischen Anlage. Damit möchte Schäfer dem Mieter offenbar einen zwingenden Anspruch auf Übergabe einer den Erfordernissen des § 7a ETV 2002 entsprechenden elektrischen Anlage zuerkennen.<sup>13</sup> Im Folgenden wird gezeigt, dass keiner der geschilderten Ansichten in dieser Allgemeinheit gefolgt werden kann.

## B. Die „Brauchbarkeit“ des Mietobjekts

### I. Zweifelsregel: Das Mietobjekt muss gefahrfrei verwendet werden können

Dem Begriff der „Brauchbarkeit“ des Mietobjekts kommt eine *zentrale Bedeutung für das Pflichtenprogramm* des Vermieters zu, weil gem § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB das Mietobjekt in „brauchbarem“ Zustand zu übergeben und mangels anderslautender Vereinbarung während der gesamten Vertragsdauer in diesem Zustand zu erhalten ist.<sup>14</sup> Ein Mietobjekt ist dann brauchbar, wenn es eine Verwendung zulässt, wie sie gewöhnlich nach dem Vertragszweck erforderlich ist und nach der Verkehrsart erfolgt. Im Zweifel ist eine *mittlere (durchschnittliche) Brauchbarkeit* ausreichend.<sup>15</sup> Maßgebend hierfür sind die Verkehrsauffassung und die Standards im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>16</sup> Die mittlere Brauchbarkeit setzt etwa voraus, dass das Mietobjekt *ohne Gesundheitsgefährdung* der Bewohner benutzt werden kann,<sup>17</sup> insb müssen die vorhandenen Energieanschlüsse gefahrfrei verwendbar sein.<sup>18</sup>

Damit lässt sich zunächst festhalten, dass eine *gesundheitsgefährdende elektrische Anlage der vom Vermieter im Zweifel geschuldeten mittleren Brauchbarkeit des Mietobjekts entgegensteht*. Übergibt der Vermieter also ein Mietobjekt mit Elektroinstallationen, von denen eine Gesundheitsgefährdung für den Mieter ausgeht, kann dieser einerseits zur Beseitigung dieses Zustands *Erhaltungsmaßnahmen* nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB begehren und andererseits kommt es für die Dauer dieser Gebrauchs-

verhältnissen, die nach Inkrafttreten des § 7a ETV 2002 begründet werden, von einem zwingenden Erhaltungsanspruch des Mieters ausgehen.

<sup>13</sup> So dürfte Schäfer, Zak 2011, 91, wohl zu verstehen sein, wenn er ausführt: „Der Mieter kann mE nicht einer vertraglichen Regelung zustimmen, bei der Gefahren für andere Personen, Sachen und das Mietobjekt auf ihn übergehen, zB wenn durch eine mangelhaft übergebene oder gewartete elektrische Anlage ein Brand ausgelöst wird“. Für die laufende Erhaltung des Mietobjekts meint Schäfer, eine Übertragung der Erhaltungspflicht der elektrischen Anlage auf den Mieter sei nur in sehr engem Umfang zulässig.

<sup>14</sup> Riss in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 2.

<sup>15</sup> Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 12; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 2.

<sup>16</sup> Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1096 Rz 5; Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 12, 40; Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005) 142 f.

<sup>17</sup> Lovrek in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2017) § 1096 Rz 15; Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 13.

<sup>18</sup> Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 8 mwN.

beeinträchtigung gem § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB zum Eingreifen der *Mietzinsminderung*.<sup>19</sup>

Der Umstand alleine, dass die elektrische Anlage den Vorgaben des § 7a ETV 2002 nicht genügt, führt aber noch nicht zwangsläufig zum Entstehen eines Erhaltungsanspruchs und zu einer Reduktion des Mietzinses. Denn im Allgemeinen ist eine Elektroinstallation, die sich nicht auf dem aktuellen Stand der Technik befindet, nicht per se gesundheitsgefährdend,<sup>20</sup> und sogar eine Nichtentsprechung der einschlägigen Anforderungen des § 7a ETV 2002 *indiziert bloß das Vorliegen einer Gesundheitsgefährdung*. Der Vermieter kann durchaus den Gegenbeweis erbringen, dass von der elektrischen Anlage im konkreten Fall doch keine Gefahr für die Gesundheit des Mieters ausgeht.<sup>21</sup> Wenngleich der Vermieter diesen Beweis vor allem bei einer ungeordneten elektrischen Anlage oder bei Nichtvorhandensein eines FI-Schalters wohl kaum erbringen wird können,<sup>22</sup> ändert dies nichts an der Notwendigkeit, die Elektroinstallationen einer *konkreten Gefährdungsprüfung* zu unterziehen.<sup>23</sup>

### II. Maßgeblichkeit einer abweichenden Parteienvereinbarung

Der Vermieter schuldet nur in Ermangelung einer anderslautenden Vereinbarung ein durchschnittlich brauchbares und somit gefahrfrei nutzbares Mietobjekt. Bekanntlich gilt auch im Bestandrecht der subjektive Mangelbegriff, sodass in erster Linie die Parteienabrede den für die Brauchbarkeit des Mietobjekts anzulegenden Maßstab bestimmt.<sup>24</sup> Primär

<sup>19</sup> Vgl Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 25. Für das Eingreifen der Mietzinsminderung ist es nach hA nicht erforderlich, dass der Mieter die Gebrauchsbeeinträchtigung auch subjektiv verspürt oder wahrnimmt, siehe nur OGH 8 Ob 90/10h in wobl 2012/32 (*Vonkilch*) = immolex 2011/88 (*Pletzer; Prader*); OGH 8 Ob 85/17h in wobl 2017/122 (*Scharmer*) = immolex 2017/99 (*Lindinger*); Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 103; Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 16, 127, 130; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 26/1 mwN; *Vonkilch*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 38/11y, wobl 2011/66; aA *Cerha*, Hin und her? – Der OGH und §§ 1096 f ABGB, ÖJZ 2012, 46; Prader, Zak 2018, 409 f; Prader/Pittl, Veraltete Elektroleitungen – Auswirkungen auf Mieteransprüche, Zak 2009, 23.

<sup>20</sup> Kothbauer in Gartner/Kothbauer/Poschalko, Gebäudesicherheit Rz 97. Vgl auch Kohlmaier, Die Erhaltungspflicht gem § 3 MRG und Elektroanlagen, immolex 2008, 173 (177); Lenk, Haus- und Wohnungselektrik im Lichte der WRN 2006 und der Klauselentscheidungen (Teil I), immolex 2007, 276 (277).

<sup>21</sup> So jüngst OGH 5 Ob 66/18v in Zak 2018/601 und in diesem Heft der wobl 2019/28 (*Pesek*). Zu dieser E siehe Kothbauer, immolex 2018, 308; Prader, Zak 2018, 407 ff. Vgl auch OGH 5 Ob 180/18h.

<sup>22</sup> Vgl zum Vorliegen einer Gesundheitsgefährdung in diesen Fällen etwa H. Böhm, OGH 7 Ob 156/16s: OGH lehnt Haftung des Verkäufers einer lebensgefährlichen Wohnung ab! immolex 2017, 9 (11); Lenk, immolex 2007, 277 f. Beachte auch die Ausführungen in OGH 5 Ob 180/18h.

<sup>23</sup> Vgl auch Kothbauer, immolex 2018, 308.

<sup>24</sup> Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 12; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 2. All-

ist also die *Parteienvereinbarung für den Inhalt der vom Vermieter geschuldeten Leistung maßgeblich*.<sup>25</sup> So kann vereinbart werden, dass der Vermieter eine höhere Qualität als bloß mittlere Brauchbarkeit zur Verfügung zu stellen hat. Umgekehrt kann aber auch ein für den geplanten Verwendungszweck an sich unbrauchbares Mietobjekt in Bestand gegeben werden.<sup>26</sup>

Wenn beiden Parteien bei Vertragsabschluss bekannt ist, dass das Mietobjekt ganz oder teilweise unbrauchbar ist, und der Mieter den Vertrag ohne Vorbehalt abschließt, dann wird infolge des subjektiven Mangelbegriffes dieser *tatsächliche („mangelhafte“) Zustand des Mietobjekts idR Vertragsinhalt*.<sup>27</sup> Stellt der Vermieter dem Mieter das Mietobjekt in ebendiesem Zustand zur Verfügung, entspricht seine Leistung dem vertraglich Geschuldeten und Erhaltungsansprüche des Mieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB sowie die Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB sind ausgeschlossen.<sup>28</sup> Ferner ist dem Mieter entsprechend dem auch im Bestandrecht anwendbaren § 928 ABGB die Geltendmachung *offenkundiger Mängel* verwehrt, also solcher, die er bei der dem Vertragsabschluss vorausgehenden Besichtigung ohne Weiteres erkennen hätte können.<sup>29</sup> Das Gesetz geht davon aus, dass diese Mängel in die Leistungsvereinbarung einbezogen und bei der Mietzinsbildung berücksichtigt wurden.<sup>30</sup>

Freilich wird ein Mieter nur selten über ausreichende elektrotechnische Kenntnisse verfügen, um den Zustand der elektrischen Anlage des Mietobjekts beurteilen zu können. Dem Mieter wird daher eine von den Elektroinstallationen ausgehende Gesundheitsgefahr iAR nicht positiv bekannt sein. Auch wird ein solcher Zustand für ihn regelmäßig keinen iSd § 928 ABGB „offenkundigen“ Mangel darstellen.<sup>31</sup> Möchte der Vermieter ein Mietobjekt

gemein zum subjektiven Mangelbegriff etwa *P. Bydlinski* in KBB, ABGB<sup>5</sup> (2017) § 922 Rz 1; *Reischauer* in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2018) § 923 Rz 38.

<sup>25</sup> Dies betonend *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 15.

<sup>26</sup> *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 17.

<sup>27</sup> Vgl OGH 3 Ob 185/15z in immolex 2015/103 (*Prader*); *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 11, 108.

<sup>28</sup> Vgl OGH 3 Ob 185/15z in immolex 2015/103 (*Prader*); *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 15, 17, 34, 95; *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 11, 108; *Pletzer* in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 12, 23, 25, 38, 125, 130. Freilich ist es denkbar, dass eine Auslegung der *konkreten Vertragserklärungen* zu dem – in praxi wohl nicht allzu häufig vorkommenden – Ergebnis gelangen kann, dass dem Mieter hinsichtlich ursprünglicher Brauchbarkeitsmängel nur die Geltendmachung von Erhaltungsansprüchen, nicht aber auch das Eingreifen der Mietzinsminderung verwehrt sein soll.

<sup>29</sup> *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 11; *Pletzer* in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 23; *Riss*, Erhaltungspflicht 87.

<sup>30</sup> Vgl *Ofner* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2014) § 928 Rz 1; *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 928 Rz 3.

<sup>31</sup> Vgl *H. Böhm*, immolex 2017, 10. Dass der Mieter iAR über keine ausreichenden elektrotechnischen Kenntnisse verfügen wird, um den Zustand der elektrischen Anlage

mit einer nicht betriebssicheren Elektroinstallation in Bestand geben, muss er deshalb die *Gesundheitsgefährdung mit einer solchen Deutlichkeit offenlegen, dass der Mieter die Tragweite seines Entschlusses erkennen und diesen „Mangel“ in die Entscheidung über den Vertragsabschluss miteinbeziehen kann*.<sup>32</sup> Dieses Erfordernis harmoniert mit der den Vermieter treffenden (Aufklärungs-)Pflicht, den Mieter über *Gefahrenquellen zu warnen*, die mit dem Gebrauch des Mietobjekts verbunden sind.<sup>33</sup>

Wenn der Vermieter vor Vertragsabschluss solcherart hinreichend klarstellt, dass von der elektrischen Anlage des Mietobjekts eine Gesundheitsgefährdung ausgeht, und der Mieter in Kenntnis dieses Umstands den Vertrag vorbehaltlos abschließt, dann wird der *gesundheitsgefährdende Zustand des Mietobjekts idR Vertragsinhalt*. Der Mieter kann hinsichtlich des offengelegten „Mangels“ weder Erhaltungsmaßnahmen nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB begehren noch greift eine Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB ein, weil die Leistung des Vermieters nun einmal dem vertraglich Geschuldeten entspricht.<sup>34</sup> Mit anderen Worten: Die Ist-Beschaffenheit der Leistung weicht von deren vertraglicher Soll-Beschaffenheit nicht ab, sodass der Vermieter mit einem gesundheitsgefährdenden Mietobjekt völlig *vertragskonform erfüllt*.<sup>35</sup>

Daran ändert auch der im Verordnungsrang stehende § 7a ETV 2002 nichts. Wollte man aus dieser Norm in der Tat ableiten, dass es privatrechtlich nicht mehr zulässig sein sollte, eine den Bestimmungen des § 7a ETV 2002 widersprechende elektrische Anlage als Inhalt der vom Vermieter nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB geschuldeten Leistung zu vereinbaren,<sup>36</sup> ließe sich eine solche Zwingendstellung des vertraglichen Pflichtenprogramms des Vermieters und damit eine Einschränkung der Privatautonomie mit dem Stufenbau der Rechtsquellen nach dem Kriterium der derogatorischen Kraft nicht in Einklang bringen.<sup>37</sup> Ein Mietvertrag kann daher auch *ohne Einhaltung der technischen Standards des § 7a ETV 2002 abgeschlossen* werden.

beurteilen zu können, kommt auch im letzten Satz des § 7a ETV 2002 zum Ausdruck; vgl dazu *Prader* in GeKo Wohnrecht I § 7a ETV 2002 Rz 12 f.

<sup>32</sup> Vgl zu einer solchen – auch im Verbrauchergeschäft zulässigen (jüngst OGH 4 Ob 179/18d) – Leistungsbeschreibung etwa *Apathy* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2015) § 9 KSchG Rz 3; *Kathrein/Schoditsch* in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 9 KSchG Rz 2. Speziell zum Bestandrecht siehe etwa *Riss*, Erhaltungspflicht 269 ff; *Vonkilch*, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185 (193).

<sup>33</sup> *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 36; aus der Rsp vgl etwa OGH 7 Ob 195/15z in Zak 2016/64.

<sup>34</sup> Vgl die Nachweise in FN 28 und im Speziellen auch *Lenk*, immolex 2007, 279.

<sup>35</sup> Vgl *Vonkilch*, wobl 2007, 193.

<sup>36</sup> So offenbar *Prader* in GeKo Wohnrecht I § 7a ETV 2002 Rz 10 f (vgl *derselbe*, Zak 2010, 328), und *Schäfer*, Zak 2011, 91.

<sup>37</sup> Dazu etwa *Fasching/Schwartz*, Verwaltungsverfahrenrecht im Überblick<sup>5</sup> (2014) 17 f; *Perthold-Stoitzner*, Verfassungsrecht (2015) 7 f.

### III. Sofortiges Vertragsauflösungsrecht des Mieters

Wird dem Mieter in Abweichung des vom Vermieter vertraglich Geschuldeten ein Mietobjekt mit einer gesundheitsgefährdenden elektrischen Anlage übergeben, so steht ihm – neben der Geltendmachung des Erhaltungsanspruchs nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB und der Reduktion des Mietzinses nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB – der Rechtsbehelf der außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen einer *Unbrauchbarkeit des Mietobjekts* iSd § 1117 Satz 1 ABGB zu.<sup>38</sup>

Dieses Vertragsauflösungsrecht kommt auch jenem Mieter zu Gute, der bewusst ein gesundheits-schädliches Wohnobjekt vorbehaltlos angemietet hat. Der Mieter kann dann zwar mangels Schlechterfüllung des Vermieters keinen Anspruch aus dem Titel der Erhaltung iSd § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB auf Beseitigung dieses Zustands geltend machen und es kommt auch nicht zum Eingreifen einer Mietzinsminderung iSd § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB. Allerdings wurde das Vertragsauflösungsrecht des § 1117 ABGB mit der dritten Teilnovelle<sup>39</sup> um einen zweiten Satz ergänzt, der für diese Konstellation ein *privilegiertes Kündigungsrecht* enthält:<sup>40</sup> Nach § 1117 Satz 2 ABGB kann der Mieter die Vertragsauflösung bei einer Gesundheitsschädlichkeit<sup>41</sup> gemieteter Wohnräume auch dann geltend machen, wenn er im Vertrag auf dieses Recht verzichtet oder die Beschaffenheit der Räume bei Vertragsabschluss gekannt hat. Durch dieses *zwingende außerordentliche Kündigungsrecht bei gesundheitsschädlichen Wohnräumen* wird es dem Mieter ermöglicht, das Mietverhältnis selbst dann jederzeit iSd § 1117 Satz 2 ABGB beenden zu können, wenn der Vermieter bei Vertragsabschluss offengelegt hat, dass von den Elektroinstallationen des Mietobjekts eine Gesundheitsgefährdung für den Mieter ausgeht, und dieser in Kenntnis dieses Zustandes den Vertrag vorbehaltlos abgeschlossen hat.<sup>42</sup>

## C. Die laufende Erhaltung des Mietobjekts

### I. Umfassende, aber abdingbare und überwälzbare Erhaltungspflicht des Vermieters

Gem § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB hat der Vermieter das Mietobjekt dem Mieter nicht nur in brauchbarem Zustand zu übergeben, sondern auch während der gesamten Vertragslaufzeit auf eigene Kosten in diesem Zustand zu erhalten. Den Vermieter trifft

nach dieser Bestimmung eine umfassende Erhaltungspflicht.<sup>43</sup> Allerdings ist § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB *dispositives Gesetzesrecht*, sodass die Vertragsparteien durchaus Abweichendes festlegen können.<sup>44</sup> Dies geschieht in der Praxis häufig: Regelmäßig werden Vereinbarungen getroffen, die eine teilweise oder gänzliche Abbedingung der laufenden Erhaltungspflicht oder gar deren Überwälzung auf den Mieter vorsehen.

Mit dem Abschluss einer derartigen vertraglichen Regelung schuldet der Vermieter zwar die Übergabe des Mietobjekts in einem bestimmten (im Zweifel: durchschnittlichen)<sup>45</sup> Zustand, doch muss er für die Zeit nach der Übergabe gewisse zur Aufrechterhaltung des bedungenen Zustands erforderliche Erhaltungsmaßnahmen nicht ergreifen. Durch die Abbedingung oder Überwälzung von Erhaltungspflichten wird also die „*Sollbeschaffenheit*“ des Mietobjekts für die Zeit nach der Übergabe vertraglich dahingehend determiniert, dass der Vermieter ab diesem Zeitpunkt nur noch – plakativ gesprochen – den ursprünglich bedungenen Gebrauch minus Ergreifen von bestimmten Erhaltungsmaßnahmen schuldet.<sup>46</sup>

Es leuchtet ein, dass Vereinbarungen über die Abbedingung oder Überwälzung der Erhaltungspflichten des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB nicht uneingeschränkt zulässig sind. Vielmehr sind nach einhelliger Lehre und stRsp die verschiedenen *Grenzen des allgemeinen Vertragsrechts* zu beachten, insb jene der Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) oder der Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB).<sup>47</sup> Regelungen über die Erhaltung des Mietobjekts, die von den Vorgaben des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zu Lasten des Mieters abweichen und in einem vorformu-

<sup>43</sup> Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 32; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 2.

<sup>44</sup> Statt aller Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 8.

<sup>45</sup> Siehe Punkt B.I.

<sup>46</sup> Treffend Vonkilch, wobl 2007, 193; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 77.

<sup>47</sup> RIS-Justiz RS0021525; jüngst OGH 4 Ob 123/18v; OGH 10 Ob 65/14b in immolex 2015/14 (Prader; H. Böhm) = wobl 2015/93; OGH 1 Ob 176/12g in wobl 2013/9 (Riss) = immolex 2013/1 (Pletzer); OGH 3 Ob 20/09a in immolex 2009/83 (H. Böhm) = wobl 2009/88; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 82 ff; Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 63 ff; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 8. Nach Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 87 ff (mWH) verstößt die Abbedingung oder Überwälzung von Erhaltungspflichten im Verbrauchergeschäft gegen das Gewährleistungsbeschränkungsverbot des § 9 KSchG. Der Vollständigkeit halber sei auf die für den MRG-Teilanwendungsbereich (§ 1 Abs 4 MRG) bestehende systemfremde Sonderregel (so Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 21) hinzuweisen, wonach die an sich abdingbare Erhaltungspflicht des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zwingend gestellt wird, (nur) soweit es sich um die Erhaltung einer Heiztherme, eines Warmwasserboilers oder eines sonstigen Wärmebereitungsgeräts in der Wohnung (vgl § 3 Abs 2 Z 2a MRG) handelt (Art 4 § 1 WRN 2015). Dazu etwa Pesek, Die Erhaltung von Wärmebereitungsgeräten nach der WRN 2015, wobl 2016, 163; Stabenheimer, Tausche Keller gegen Heiztherme – die Wohnrechtsnovelle 2015, ÖJZ 2015, 53; derselbe, Die Wohnrechtsnovelle 2015, wobl 2015, 2.

<sup>38</sup> Vgl Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1117 Rz 3, 12, 14; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1117 Rz 3.

<sup>39</sup> Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, RGBl 1916/69.

<sup>40</sup> Ausführlich dazu Pesek, Zur außerordentlichen Kündigung durch den Bestandnehmer, wobl 2016, 75 (80 ff).

<sup>41</sup> Eine Gesundheitsgefährdung ist ausreichend, um den Tatbestand des § 1117 Satz 2 ABGB zu verwirklichen, siehe Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1117 Rz 12. Im Folgenden werden die Begriffe „Gesundheitsschädlichkeit“ und „Gesundheitsgefährdung“ synonym verwendet.

<sup>42</sup> Vgl Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1117 ABGB Rz 14; Pesek, wobl 2016, 80, 82; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1117 Rz 8.

lierten Mietvertrag getroffen werden, sind außerdem der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB zu unterziehen, wonach eine nicht die Hauptleistung festlegende Vertragsbestimmung nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände einen Vertragsteil gröblich benachteiligt.<sup>48</sup>

## II. Absolute Schranken der Disponibilität der Erhaltungspflicht des Vermieters?

Nach Prader sollen jene Erhaltungsmaßnahmen des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB, die der Verhinderung einer Gesundheitsgefährdung des Mieters dienen, von vornherein nicht abdingbar sein, weshalb der Vermieter bei der Inbestandgabe einer Wohnung kraft § 7a ETV 2002 stets zum Einbau eines FI-Schalters verpflichtet sei.<sup>49</sup> In diese Richtung dürfte auch Kuprian zu verstehen sein, nach dem erhaltungsrechtliche Maßnahmen hinsichtlich gesundheitsgefährdender Mängel einen vertraglich nicht abänderbaren Erhaltungskernbereich betreffen.<sup>50</sup>

Beide Autoren berufen sich für ihre Ansichten auf das Höchstgericht, das tatsächlich bereits ausgesprochen hat, dass von einer Abbedingung der Erhaltungspflichten des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB „Fragen der Gesundheitsgefährdung“ nicht betroffen sein dürfen.<sup>51</sup> Im Lichte der *dispositiven Ausgestaltung* dieser Norm ist es keineswegs selbsterklärend, dass es einen zwingenden Bereich der Erhaltungspflichten geben soll, der von vornherein keiner Parteienvereinbarung zugänglich wäre. Es erscheint daher angezeigt, die einschlägige Judikatur des OGH näher zu analysieren.

### 1. Die Entscheidungen des Höchstgerichts

Die – soweit ersichtlich – letzte E, in der von einer solchen partiell zwingenden Natur der Erhaltungspflichten des Vermieters ausgegangen wurde, ist 4 Ob 176/14g.<sup>52</sup> In dem verfahrensgegenständlichen Mietvertrag wurde vereinbart, dass „den Mieter die Instandhaltungspflicht gem § 1096 ABGB trifft“. Das Höchstgericht musste die Zulässigkeit dieser Vereinbarung beurteilen und führte zunächst im Einklang mit seiner bisherigen Rsp aus,<sup>53</sup> dass die Verpflichtung des Vermieters zur Erhaltung des Mietobjekts nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB innerhalb der Grenzen der Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB) und der Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB) grundsätzlich

abdingbar sei. Bemerkenswert ist jedoch die unmittelbar daran anschließende Einschränkung, nach der von der Abbedingung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB „nicht dessen Kernbereich oder Fragen der Gesundheitsgefährdung“ betroffen sein dürfen.

Vergegenwärtigt man sich, dass die Regelung der Erhaltungspflicht in § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB dispositives Gesetzesrecht ist, überrascht es, wenn der OGH in 4 Ob 176/14g pauschal meint, dass von der Abbedingung dieser Bestimmung nicht deren Kernbereich oder Fragen der Gesundheitsgefährdung betroffen sein dürfen. Denn dispositive Normen zeichnen sich ja gerade dadurch aus, dass sie der Parteienvereinbarung weichen. Eine vertragliche Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben ist *prinzipiell gestattet*, solange die Vereinbarung nicht gegen die Eckpfeiler des allgemeinen Vertragsrechts verstößt (vgl §§ 879, 934 ABGB). Im Gegensatz dazu erweckt die zitierte Passage in der E 4 Ob 176/14g den Eindruck, dass Abweichungen von § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB bereits *von vornherein unzulässig* sind, sofern sie den Kernbereich dieser Bestimmung oder Fragen der Gesundheitsgefährdung betreffen. Der vierte Senat sieht in diesen beiden Fallgruppen offenbar *absolute Schranken der Dispositionsbefugnis*, die inhaltliche Grenzen der Abdingbarkeit statuieren und nicht überschritten werden dürfen.<sup>54</sup> Woraus der vierte Senat diese Einschränkung folgert, wird freilich nicht gesagt und lässt sich auch nicht aus der E erschließen, weil deren Ergebnis – keine Instandhaltungspflicht des Mieters betreffend das Dach des Hauses – nicht mit der Überschreitung der vermeintlichen Dispositionsbefugnis, sondern mit einer (hier nicht näher interessierenden) Auslegung der vertraglichen Vereinbarung begründet wurde.<sup>55</sup> Man sollte aber meinen, dass die in der E 4 Ob 176/14g angegebenen Quellen eine Antwort auf diese Frage geben können.

Zum Nachweis dafür, dass von der Abbedingung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB nicht dessen Kernbereich oder Fragen der Gesundheitsgefährdung betroffen sein dürfen, führt das Höchstgericht in der E 4 Ob 176/14g zwei Rechtssätze und ein Judikat an. Sieht man sich zunächst die zitierten Rechtssätze an,<sup>56</sup> zeigt sich, dass sie die Äußerungen des vierten Senats *nicht belegen* können, weil sie nur festhalten, dass die Regelung der erhaltungsrechtlichen Vermieterpflichten nachgiebiges Recht ist. Anhaltspunkte für die behauptete Einschränkung der Dispositivität des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB sucht man bei diesen Quellen vergebens. Schon einschlägiger als die beiden Rechtssätze ist die vom vierten Senat ebenfalls herangezogene E 7 Ob 218/00k.<sup>57</sup> Darin wurde in der Tat ausgesprochen, dass „die Verpflichtung des Vermieters zur Erhaltung des Bestandobjektes nach § 1096 ABGB jedenfalls dann, wenn nicht dessen Kernbereich oder Fragen der Gesundheitsgefährdung betroffen sind, abdingbar ist.“

<sup>48</sup> OGH 2 Ob 73/10i in JBl 2011, 175 (Mayrhofer) = immolex 2011/25 (Prader; H. Böhm); Lovrek in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1096 Rz 83; Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 67 ff; Vonkilch, Zur Kontrollfähigkeit von Vereinbarungen über mietrechtliche Hauptleistungspflichten, insb Erhaltungspflichten, gem § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2012, 215; krit Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 9.

<sup>49</sup> Vgl Prader in GeKo Wohnrecht I § 7a ETV 2002 Rz 10 f.

<sup>50</sup> Kuprian, Mietvertrag<sup>3</sup> Rz 104a.

<sup>51</sup> Auf diese – sogleich darzulegende – Rsp beziehen sich auch Kothbauer, Erhaltung und Wartung im Mietrecht (2015) 49 f, und Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 60. Vgl auch Prader, Zak 2018, 407 FN 5.

<sup>52</sup> OGH 4 Ob 176/14g in wobl 2015/92.

<sup>53</sup> Siehe die Nachweise in FN 47.

<sup>54</sup> Vgl dazu allgemein Möslein, Dispositives Recht (2011) 186 ff.

<sup>55</sup> H. Böhm, Anmerkung zu OGH 10 Ob 65/14b, immolex 2015/14.

<sup>56</sup> RIS-Justiz RS0021525; RS0020841.

<sup>57</sup> OGH 7 Ob 218/00k in immolex 2002/23.

Die nun aufkeimende Hoffnung, in der E 7 Ob 218/00k vielleicht auf jene Gedanken des Höchstgerichts zu stoßen, die dem vermeintlich teilweisen zwingenden Charakter des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zugrunde liegen, wird jedoch enttäuscht. Denn das in 7 Ob 218/00k verfahrensgegenständliche Mietverhältnis unterlag dem Vollenwendungsbereich des MRG, sodass hinsichtlich der Erhaltungspflicht des Vermieters die Bestimmung des § 3 MRG maßgeblich war, nicht aber jene des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB. Das war dem siebten Senat durchaus bewusst, der sogar ausdrücklich festgehalten hat, dass das MRG „unstrittig“ anwendbar sei.<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, weshalb in der E 7 Ob 218/00k in Bezug auf den *gar nicht anwendbaren § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB* angemerkt wurde, dass dieser nur insoweit abdingbar sein soll, als nicht dessen Kernbereich oder Fragen der Gesundheitsgefährdung betroffen sind.

Vielleicht bringt es daher Licht in das Dunkel, die Recherche nach dem Ursprung dieser Bemerkung weiter fortzusetzen. Die E 7 Ob 218/00k verweist an der relevanten Passage auf weitere Quellen, und zwar auf *Würth*,<sup>59</sup> *Binder*,<sup>60</sup> drei Judikate<sup>61</sup> sowie zwei Rechtssätze.<sup>62</sup> Diese Belegstellen haben eine Gemeinsamkeit: Sie halten – soweit für unser Thema von Interesse – alle bloß den Grundsatz fest, dass die erhaltungsrechtliche Bestimmung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB dispositives Gesetzesrecht ist, das einer anderslautenden Parteienvereinbarung weicht. Die in der E 7 Ob 218/00k postulierte Einschränkung der Dispositivität des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB kann hingegen *keiner der angeführten Belegstelle entnommen* werden. Die Spurensuche muss daher an dieser Stelle ihr Ende nehmen.

## 2. Würdigung

Die Judikaturanalyse hat zu Tage gefördert, dass die zuletzt in der E 4 Ob 176/14g getätigte Aussage über die vermeintlich absoluten Dispositionsgrenzen des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB auf die E 7 Ob 218/00k zurückgeht. In beiden E begründet jedoch weder der OGH, woraus er eine solche Einschränkung der Abdingbarkeit ableitet, noch erschließt sich dies aus den jeweils angeführten Belegstellen. Ganz im Gegenteil: Diese liefern für einen zwingenden Bereich der Erhaltungspflichten *keine Anhaltspunkte*. Da die postulierte Einschränkung der Dispositivität des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB in beiden

Judikaten auch *nicht entscheidungserheblich* war, bleibt außerdem unklar, was sich der OGH unter den Fallgruppen „Kernbereich der Erhaltungspflichten“ und „Fragen der Gesundheitsgefährdung“ überhaupt vorgestellt hat. Es muss deshalb stark bezweifelt werden, dass der OGH in diesen beiden – soweit ersichtlich – vereinzelt gebliebenen E tatsächlich den Standpunkt einnehmen wollte, dass es einen Bereich der Erhaltungspflichten gäbe, der von vornherein keiner Parteienvereinbarung zugänglich wäre.

In der Sache selbst wäre es aus methodischer Sicht fragwürdig, wollte man § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB einen partiell zwingenden Charakter zuerkennen. Gegen ein solches Verständnis spricht nicht nur, dass dem *Gesetzeswortlaut keine derartige Einschränkung zu entnehmen* ist, sondern auch, dass der historische Gesetzgeber mit der dritten Teilnovelle (bloß) *zwei zwingende Bestimmungen zum Zweck des Mieterschutzes in das ABGB-Bestandsrecht eingeführt* hat.<sup>63</sup> Dies geschah einerseits mit der Zwingendstellung der Mietzinsminderung bei der Miete unbeweglicher Sachen in § 1096 Abs 1 Satz 3 ABGB.<sup>64</sup> Andererseits wurde mit dem vorhin erwähnten<sup>65</sup> § 1117 Satz 2 ABGB das Auflösungsrecht des Mieters bei gesundheitsschädlichen Wohnräumen zwingend gestellt. Man geriete daher in einen Konflikt mit dem Ansinnen des historischen Gesetzgebers, wollte man auch die mit der dritten Teilnovelle *unangetastet gebliebenen Erhaltungspflichten* des Vermieters – wenn auch bloß teilweise – der Parteiendisposition entziehen.

Eine ex ante Unzulässigkeit der Abbedingung jener Erhaltungspflichten, die eine Relevanz für die Gesundheit des Mieters haben könnten, ließe sich auch nicht mit einer etwaigen „Ausstrahlungswirkung“ des § 1117 Satz 2 ABGB argumentieren. Denn die Bedeutung dieser Bestimmung liegt historisch gesehen nur in der *Erleichterung der Kündigung* für den Mieter einer gesundheitsgefährdenden Wohnung. Von der Gewährung weitergehender Schutzinstrumente des Mieters hat der Gesetzgeber bewusst Abstand genommen.<sup>66</sup> Noch weniger als aus der Vertragsauflösungsregelung des § 1117 Satz 2 ABGB lassen sich zwingende Erhaltungsansprüche des Mieters aus der – im Stufenbau der Rechtsordnung unter der Gesetzesbestimmung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB stehenden – Verordnungsbestimmung des § 7a ETV 2002 ableiten.

## 3. Fazit

Resümierend lässt sich festhalten, dass es – entgegen dem Eindruck, den vereinzelte Judikate des OGH vermitteln – *keinen Bereich der Erhaltungspflichten des Vermieters gibt, der ex ante nicht*

<sup>58</sup> Vgl. OGH 7 Ob 218/00k in immolex 2002/23: „Das hier unstrittig anzuwendende MRG enthält in seinem § 3 Abs 2 Z 2 [...]“.

<sup>59</sup> *Würth* in Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (2000) § 1096 Rz 1.

<sup>60</sup> Die E zitiert *Binder* in Schwimann (Hrsg), ABGB<sup>2</sup> (1997) § 1096 Rz 2. Das ist offenbar ein Fehlzitat, weil die Rz 2 die Frage der (Un-)Zulässigkeit der Abbedingung oder Überwälzung der Erhaltungspflicht gar nicht behandelt. Gemeint ist wohl die Rz 57.

<sup>61</sup> OGH 6 Ob 183/67 in MietSlg 19.104; OGH 1 Ob 185/74 in MietSlg 26.100; OGH 1 Ob 647/80 in SZ 53/116.

<sup>62</sup> RIS-Justiz RS0021525; RS0020841. Auf diese Rechtsätze beruft sich auch die Entscheidung OGH 4 Ob 176/14g in wobl 2015/92.

<sup>63</sup> *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1090 Rz 15. Vgl. 78. BlgHH XXI. Sess 309: „Reform im Interesse der Mieter“. Dazu *Stampfer*, Die Anfänge des Mieterschutzes in Österreich (1995) 18 ff.

<sup>64</sup> Dazu aus der damaligen Zeit *Kinsbruner*, Das Bestandsrecht der Novelle, JBl 1916, 337.

<sup>65</sup> Siehe Punkt B.III.

<sup>66</sup> Vgl. *Pesek*, wobl 2016, 76 ff, 80.

abbedungen oder auf den Mieter überwältzt werden dürfte. Umfang und Ausgestaltung der Erhaltungspflicht des Vermieters unterliegen zur Gänze der Parteiendisposition.<sup>67</sup> Es ist daher prinzipiell zulässig, auch solche Erhaltungspflichten des Vermieters abzubedingen oder auf den Mieter zu überwälzen, die *abstrakt das Entstehen einer Gesundheitsgefährdung des Mieters verhindern sollen oder mit denen eine konkret aufgetretene Gesundheitsgefährdung des Mieters beseitigt werden soll*. So kann dem Mieter durchaus die Pflicht zur Erhaltung der elektrischen Anlage<sup>68</sup> oder des Daches<sup>69</sup> des Mietobjekts überbunden werden. Die Grenzen für die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen sind nicht in § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zu suchen, sondern ergeben sich aus dem allgemeinen Vertragsrecht, insb aus §§ 879, 934 ABGB. Eine Prüfung nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln hat gegenüber einer pauschalen Unzulässigkeit der Abbedingung oder Überbindung gesundheitlich relevanter Erhaltungsmaßnahmen den Vorteil, in jedem *Einzelfall abwägen zu können, ob die konkrete Vereinbarung verhältnismäßig, angemessen und ausgewogen ist*.<sup>70</sup> Wird etwa als Ausgleich für das Abbedingen oder Überwälzen bestimmter Erhaltungspflichten ein besonders niedrigerer Mietzins vereinbart, kann darin bei einem vorformulierten Mietvertrag die von der Rsp geforderte sachliche Rechtfertigung für das Abgehen von den dispositiven Vorgaben des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB liegen, wodurch die Erhaltungsregelung als wirksam angesehen werden könnte.<sup>71</sup>

### III. Sofortiges Vertragsauflösungsrecht des Mieters

Hat der Vermieter die Erhaltungspflicht zulässig abbedungen oder auf den Mieter wirksam überwälzt und tritt während des Mietverhältnisses ein gesundheitsgefährdender Mangel auf, kann der Mieter das Mietverhältnis jedenfalls mittels *außerordentlicher Kündigung gem § 1117 ABGB* beenden. Im Einzelnen ist zu unterscheiden:

1. Obliegt die Beseitigung des aufgetretenen gesundheitsgefährdenden Mangels weder dem Vermieter noch dem Mieter, weil die Erhaltungspflicht insofern bloß *abbedungen* wurde, kann der Mieter

eine außerordentliche Kündigung nach § 1117 Satz 1 ABGB aussprechen. Denn in einem derartigen Fall wurde das Mietobjekt iSd § 1117 Satz 1 ABGB ohne Schuld des Mieters nachträglich unbrauchbar.<sup>72</sup> Bis zur Auflösung des Vertrages greift die Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB ein, weil auch jene Mängel eine Reduktion des Zinses auslösen, hinsichtlich derer die Erhaltungspflicht des Vermieters abbedungen wurde.<sup>73</sup>

2. Tritt im Laufe des Mietverhältnisses ein gesundheitsgefährdender Mangel auf, dessen Beseitigung hingegen dem Mieter obliegt, weil diesbezüglich die Erhaltungspflicht wirksam auf ihn *überwälzt* wurde, steht dem Mieter dennoch die Möglichkeit einer Vertragsbeendigung offen. Das Auflösungsrecht in dieser Konstellation ergibt sich aus der zwingenden Mieterschutzbestimmung des § 1117 Satz 2 ABGB. Diesem liegt die Wertung des Gesetzgebers zugrunde, der Gesundheit des Mieters Vorrang vor vertraglichen Bindungen einzuräumen; das Interesse des Vermieters am Fortbestand des Vertrages tritt in den Hintergrund.<sup>74</sup> Es kommt in § 1117 Satz 2 ABGB also zu einer Lockerung der vertraglichen Bindung zugunsten des höherwertig eingestuftes Rechtsgutes der Gesundheit des Mieters.<sup>75</sup> Da der entscheidende Gesichtspunkt, an den der Gesetzgeber die Kündigungsprivilegierung des § 1117 Satz 2 ABGB knüpft, die *Gefährdung der Gesundheit des Mieters* ist, muss dieser das Mietverhältnis auch dann auflösen können, wenn er die Gesundheitsschädlichkeit – etwa durch Unterlassen der gebotenen Erhaltungsmaßnahmen – selbst herbeigeführt oder den trotz ordnungsgemäß durchgeführter Erhaltungsmaßnahmen aufgetretenen gesundheitsgefährdenden Mangel pflichtwidrig nicht beseitigt hat.<sup>76</sup>

Die Kündigungsprivilegierung des § 1117 Satz 2 ABGB führt damit im Ergebnis zu einem *Wahlrecht* des zur Erhaltung verpflichteten Mieters: Der Mieter, dem infolge der wirksamen Überwälzung der Erhaltungspflicht die *Beseitigung des gesundheitsgefährdenden Mangels obliegt*, kann diesen entweder vertragsgemäß selbst beseitigen (lassen) oder das Mietverhältnis nach § 1117 Satz 2 ABGB auflösen. Möchte er von seinem Lösungsrecht keinen Gebrauch machen und am Vertrag festhalten, ist die Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB ausgeschlossen, weil der aufgetretene Mangel in

<sup>67</sup> Treffend Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 8.

<sup>68</sup> Siehe bereits OGH 10 Ob 65/14b in immolex 2015/14 (Prader; H. Böhm): Wirksame Überbindung der Erhaltungspflicht ua hinsichtlich der Licht- und Gasleitungen des Mietobjekts.

<sup>69</sup> Siehe bereits OGH 1 Ob 176/12g in wobl 2013/9 (Riss) = immolex 2013/1 (Pletzer): Wirksame Überbindung der Erhaltungspflicht hinsichtlich des Daches und der Dachkonstruktion.

<sup>70</sup> Vgl Möslein, Dispositives Recht 208 f.

<sup>71</sup> Zum Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung für das Abweichen von dispositiven Gesetzesbestimmungen siehe etwa OGH 2 Ob 73/10i in JBl 2011, 175 (Mayrhofer) = immolex 2011/25 (Prader; H. Böhm); OGH 7 Ob 93/12w in ecolex 2013/92 (Oberhammer) = ecolex 2013/238 (Wilhelm). Zu weiteren Beispielen möglicher sachlicher Rechtfertigungen für die Übernahme von Erhaltungspflichten durch den Mieter siehe etwa Pletzer in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 83 ff.

<sup>72</sup> Vgl Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1117 Rz 3; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1117 Rz 9.

<sup>73</sup> Riss, Anmerkung zu OGH 1 Ob 176/12g, wobl 2013/9; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 105.

<sup>74</sup> So zur vergleichbaren deutschen Rechtslage Harsch, Zur Kündigung des Mieters wegen Gesundheitsgefährdung (§ 544 BGB), WuM 1989, 162 (163); Schumacher, Zur Privilegierung des Mieters bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Gesundheitsgefährdung, WM 2004, 311 (311, 313).

<sup>75</sup> Pesek, wobl 2016, 86.

<sup>76</sup> Dass das Vertragsauflösungsrecht auch bei einer solchen Gesundheitsschädlichkeit des Mietobjekts zusteht, die der Mieter *selbst herbeigeführt* hat, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt, siehe Pesek, wobl 2016, 85 ff; zust Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1117 Rz 8.

seine Behebungspflicht fällt.<sup>77</sup> Macht er demgegenüber von der Vertragsauflösungsbefugnis Gebrauch, wird er dem Vermieter aber Schadenersatzpflichtig.

Anknüpfungspunkt für diesen *Schadenersatzanspruch des Vermieters* ist nicht die Geltendmachung des Auflösungsrechts, sondern die (schuldhaft) Verletzung der vertraglich wirksam übernommenen Pflicht zur Beseitigung des gesundheitsschädlichen Mangels, welche dann das Auflösungsrecht erst entstehen ließ. Der Schadenersatzanspruch des Vermieters umfasst die *Kosten der Mangelbehebung* und einen etwaigen *Mietzinsentgang*, sofern die Auflösung nach § 1117 ABGB früher wirksam wird, als nach den konkret anwendbaren gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen und -terminen.<sup>78</sup> Ist dies der Fall, kann der Vermieter einen Differenzanspruch geltend machen, der sich daraus ergibt, dass er in dem Zeitraum zwischen der Vertragsauflösung nach § 1117 ABGB und jenem Zeitpunkt, zu dem nach an sich maßgebender Kündigungsfrist und maßgebendem Kündigungstermin der Vertrag frühestens beendet hätte werden können, das Mietobjekt nicht oder nur zu einem niedrigeren Mietzins in Bestand geben konnte; wird das Mietobjekt nicht wieder in Bestand gegeben, sondern vom Vermieter selbst benützt, so ist der sich daraus ergebende Gebrauchsvorteil anzurechnen. Bei einem befristeten Vertrag ohne vereinbarte Kündigungsmöglichkeit des Mieters umfasst dieser Differenzanspruch daher die gesamte Restlaufzeit des Vertrages.<sup>79</sup> Darüber hinaus umfasst der Schadenersatzanspruch des Vermieters *sonstige Nebenkosten*, für die der Mieter bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung hätte aufkommen müssen, wie etwa die Kosten für die Mindestbeheizung der Wohnung in der kalten Jahreszeit.<sup>80</sup> Den Vermieter trifft jedoch – dem allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsatz entsprechend – die Obliegenheit, den Schaden möglichst gering zu halten („Schadenminderungspflicht“),<sup>81</sup> sodass er sich um eine kostengünstige Mangelbesei-

tigung<sup>82</sup> und eine baldige Wiedervermietung bemühen muss.<sup>83</sup>

## D. Die Auswirkungen einer nachträglichen Verschärfung von Gesundheitsstandards auf die „Brauchbarkeit“ des Mietobjekts

### I. Zweifelsregel: Pflicht des Vermieters zur Adaptierung des Mietobjekts

Es wurde schon ausgeführt, dass sich der Brauchbarkeitsmaßstab und damit der Umfang der Erhaltungspflicht des Vermieters bei Fehlen einer diesbezüglichen Vereinbarung nach der Verkehrssitte richtet. Dabei ist für den Inhalt der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit des Mietobjekts grundsätzlich nur die Verkehrsauffassung im *Zeitpunkt des Vertragsabschlusses* maßgebend.<sup>84</sup> Zukünftige Änderungen der Verkehrssitte oder auch der Rechtslage fließen im Allgemeinen nicht in die vertragliche Erhaltungspflicht ein. Insofern liegt § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB ein *statischer Erhaltungsbegriff* zugrunde, sodass der Vermieter nicht zur laufenden Anpassung oder Modernisierung des Mietobjekts verpflichtet ist.<sup>85</sup> Er muss eben nur „erhalten“ und nicht „verbessern“.<sup>86</sup> Entwickeln sich die für die Brauchbarkeit ausschlaggebenden Maßstäbe während der Vertragsdauer fort, zieht dies nach hA allerdings dann eine Anpassung des Brauchbarkeitsmaßstabs und damit des vertraglich geschuldeten Leistungsumfangs (Modernisierungspflicht) nach sich, wenn es sich um Gesundheitsstandards handelt. Eine *nachträgliche Verschärfung von Gesundheitsstandards bewirkt nach hA eine Pflicht des Vermieters zur Adaptierung des Mietobjekts*.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> Vgl. *Harrer/Wagner* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2016) § 1304 Rz 15; *Reischauer* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 921 Rz 48.

<sup>83</sup> Vgl. *Oberhammer* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 64; *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1111 Rz 16.

<sup>84</sup> Siehe Punkt B.I.

<sup>85</sup> *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 34; *Pletzer* in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 40. Auch eine vereinbarte Wertsicherung des Mietzins führt zu keiner Modernisierungspflicht des Vermieters, siehe *Pesek*, Keine Modernisierungspflicht des Vermieters aufgrund einer Wertsicherungsvereinbarung, *immolex* 2016, 278; zustimmend *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 34; ebenso nunmehr *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 10. Im Gegensatz dazu liegt der erhaltungsrechtlichen Bestimmung des § 3 MRG im Vollenwendungsbereich dieses Gesetzes ein *dynamischer Erhaltungsbegriff* zugrunde, siehe etwa *Riss*, Dynamischer Erhaltungsbegriff und Verbesserungspflicht des Vermieters im MRG, wobl 2007, 237.

<sup>86</sup> Vgl. *Vonkilch*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 3/03x, wobl 2004/86, nach dem die Verbesserung bzw zeitgemäße Adaptierung der Mietsache ein „Mehr“ gegenüber ihrer bloßen Erhaltung darstellt; *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 37 f.

<sup>87</sup> *Pletzer* in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 40; *Riss*, Erhaltungspflicht 148 ff; *derselbe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 10; vgl auch *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 35; einschränkend *Pesek* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 37.

<sup>77</sup> *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1096 Rz 103; *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 27. Zu betonen ist, dass sich der Ausschluss der Mietzinsminderung bei einer wirksamen Überwälzung der Erhaltungspflicht auf den Mieter schon aus der bestandrechtlichen Sphärentheorie (§ 1107 ABGB) und nicht erst aus einem Verschulden des Mieters an der Gebrauchsbeeinträchtigung ergibt, siehe die präzisen Ausführungen bei *Riss*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 176/12g, wobl 2013/9.

<sup>78</sup> Vgl. bereits *Pesek*, wobl 2016, 88.

<sup>79</sup> Siehe die auf die gegenständliche Konstellation mE sinngemäß übertragbaren Grundsätze der Berechnung jenes Schadenersatzanspruches, den der Vermieter in der Insolvenz des Mieters infolge der Ausübung des besonderen Kündigungsrechts des § 23 IO durch den Insolvenzverwalter geltend machen kann, bei *Oberhammer* in Konecny/Schubert (Hrsg), Insolvenzgesetze (Stand 1.6.2002, rdb.at) § 23 KO Rz 64, und *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> (2018) Rz 259.

<sup>80</sup> Näher dazu *Pesek*, wobl 2016, 88.

<sup>81</sup> Dazu etwa *Karner* in KBB, ABGB<sup>5</sup> § 1304 Rz 9; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) Rz 12/85 ff.

## II. Maßgeblichkeit einer abweichenden Parteienvereinbarung

Ein Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf Verbesserung des Mietobjekts ist jedoch von vornherein ausgeschlossen, wenn die Erhaltungspflicht wirksam *abbedungen* oder *auf den Mieter überwältigt* wurde.<sup>88</sup> Ferner kommt eine Modernisierungspflicht des Vermieters nicht in Betracht, wenn die Parteien die *Rechtsfolgen einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse einer privatautonomen Regelung zugeführt haben*,<sup>89</sup> wie etwa durch die Vereinbarung, nach der eine neue, geänderte Verkehrsauffassung oder Rechtslage auf den Inhalt des Mietvertrags keinen Einfluss haben soll.<sup>90</sup> Denn die von der hA befürwortete Pflicht des Vermieters zur Adaptierung des Mietobjekts bei einer nachträglichen Änderung von Gesundheitsstandards folgt nicht aus gesetzlichen Vorgaben, zumal die Formulierung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB selbst keinen Hinweis darauf gibt, ob und wie geänderte Verhältnisse auf den Maßstab der Brauchbarkeit des Mietobjekts wirken.<sup>91</sup> Vielmehr wird die Modernisierungspflicht des Vermieters aus einer *ergänzenden Vertragsauslegung* (§ 914 ABGB) gewonnen,<sup>92</sup> für die aber keine Notwendigkeit mehr besteht, sobald die Parteien selbst eine Regelung über die Auswirkungen einer nachträglichen Verschärfung von Gesundheitsstandards getroffen haben.<sup>93</sup>

## III. Die Auswirkungen des § 7a ETV 2002 auf Alt-Mietverhältnisse im Besonderen

Wendet man sich nun den Auswirkungen des Inkrafttretens des § 7a ETV 2002 auf zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Mietverhältnisse im Speziellen zu, so besteht entgegen *Prader*<sup>94</sup> und *Kuprian*<sup>95</sup> keine Pflicht des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zur Adaptierung einer „alten“ elektrischen Anlage.<sup>96</sup> Es fehlt nämlich schon an der

Grundvoraussetzung für das Eingreifen der von der hA befürworteten Modernisierungspflicht des Vermieters, und zwar am Vorliegen einer „nachträglichen Verschärfung“ eines gesundheitlichen Standards.

Bekanntlich gewährt die Bestimmung des § 4 Abs 1 ETG 1992 bereits bestehenden elektrischen Anlagen im Falle nachträglicher Änderungen der elektrotechnischen Anforderungen einen sog *Bestandschutz*, an dem auch § 7a ETV 2002 festhält:<sup>97</sup> Auf bestehende elektrische Anlagen, die nach den zur Zeit ihrer Errichtung verbindlichen elektrotechnischen Normen errichtet wurden, finden neue verbindlich erklärte elektrotechnische Normen keine Anwendung. Für diese elektrischen Anlagen sind die zur Zeit ihrer Errichtung in Geltung gestandenen verbindlichen elektrotechnischen Normen weiterhin anzuwenden, sofern die Anlage zwischenzeitlich nicht wesentlich geändert oder erweitert (vgl § 1 Abs 3 und 4 ETG 1992) wurde (§ 6 ETG 1992).<sup>98</sup> Nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen besteht also grundsätzlich *keine Verpflichtung, eine an sich funktionsfähige und im Einklang mit den seinerzeitigen elektrotechnischen Vorschriften errichtete Elektroanlage zu adaptieren*. Da die weitere Verwendung „alter“ elektrischer Anlagen aufgrund des in § 4 Abs 1 ETG 1992 verankerten Bestandschutzes gerade nicht untersagt, sondern *zulässig* ist, kann das Inkrafttreten des § 7a ETV 2002 – anders als etwa eine Änderung der zulässigen Konzentration des Bleigehalts in Trinkwasser<sup>99</sup> – nicht als ein Anwendungsfall einer „nachträglichen Verschärfung“ eines Gesundheitsstandards angesehen werden, der einen Eingriff in den Vertragsinhalt erfordern würde.<sup>100</sup>

Sollte man den hier vertretenen Rechtsstandpunkt nicht teilen und der Auffassung sein, dass aus dem Inkrafttreten des § 7a ETV 2002 sehr wohl ein Anspruch des Mieters auf Modernisierung der elektrischen Anlage resultiert, käme diese Modernisierungspflicht des Vermieters entsprechend den vorstehenden Ausführungen allerdings in jenen (vielen) Fällen nicht zu tragen, in denen die *Erhaltungspflicht* des Vermieters *abbedungen* oder auf den Mie-

<sup>88</sup> Vgl *Vonkilch*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 3/03x, wobl 2004/86; *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 10.

<sup>89</sup> *Riss*, Erhaltungspflicht 141, 151.

<sup>90</sup> Folgende – aus der Praxis stammende (*Reichholz/Rosifka*, Gesetzwidrige Vertragsbestimmungen in Wohnungsmietverträgen [2004] 162) – Klausel legt etwa fest, dass in keinem Fall ein höherer Standard als bei der Überlassung des Mietobjekts geschuldet ist (*Riss*, Erhaltungspflicht 141 FN 392): „Schäden am Mietobjekt, deren Beseitigung zum Aufgabenbereich des Vermieters gehört, werden von diesem nur in jenem Ausmaß behoben, das notwendig ist, den Zustand, wie er im Zeitpunkt der Überlassung zum Gebrauche war, herzustellen.“

<sup>91</sup> *Riss*, Erhaltungspflicht 143.

<sup>92</sup> Vgl *Riss*, Erhaltungspflicht 135, 141 ff, insbes 151; siehe auch *derselbe*, Gibt es eine Modernisierungspflicht des Vermieters? RdW 2004, 584.

<sup>93</sup> Vgl *Heiss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 75 f. Ausführlich zur Voraussetzung der „Vertragslücke“ für die ergänzende Vertragsauslegung *Vonkilch* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang<sup>3</sup> (2011) § 914 ABGB Rz 103 ff.

<sup>94</sup> *Prader* in GeKo Wohnrecht I § 7a ETV 2002 Rz 14.

<sup>95</sup> *Kuprian*, Mietvertrag<sup>3</sup> Rz 104a.

<sup>96</sup> So im Ergebnis auch *Lenk*, immolex 2012, 8.

<sup>97</sup> *Schäfer*, Zak 2011, 89. Zum Bestandschutz des § 4 ETG 1992 siehe etwa *Kohlmaier*, immolex 2008, 175 f; *Lenk*, immolex 2012, 7.

<sup>98</sup> Werden wesentliche Änderungen oder Erweiterungen an bestehenden elektrischen Anlagen ausgeführt, so sind dabei nach § 6 Abs 1 ETG 1992 jene verbindlichen elektrotechnischen Normen und verbindlichen elektrotechnischen Referenzdokumente einzuhalten, die im *Zeitpunkt des Ausführungsbeginns* solcher Arbeiten in Kraft stehen.

<sup>99</sup> Vgl *Riss*, Erhaltungspflicht 132, 139 f.

<sup>100</sup> Im Vollenwendungsbereich des MRG hat die fehlende öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Vermieters zur Nachrüstung einer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 7a ETV 2002 bereits bestehenden elektrischen Anlage zur Folge, dass der Erhaltungstatbestand des § 3 Abs 2 Z 4 MRG nicht erfüllt sein kann; aA *Kuprian*, Mietvertrag<sup>3</sup> Rz 104a. Eine Erhaltungspflicht des Vermieters kann sich hinsichtlich des Inneren des Mietobjekts daher nur aus dem Tatbestand des § 3 Abs 2 Z 2 MRG ergeben, sofern von der „alten“ elektrischen Anlage eine erhebliche Gesundheitsgefährdung für den Mieter ausgeht.

ter *überwältigt* wurde oder die Parteien eine abweichende *vertragliche Regelung* über die Auswirkungen einer nachträglichen Verschärfung von Gesundheitsstandards getroffen haben.<sup>101</sup>

#### IV. Sofortiges Vertragsauflösungsrecht des Mieters

Auch wenn der Vermieter infolge des Inkrafttretens des § 7a ETV 2002 richtigerweise nicht zur Adaptierung der elektrischen Anlage verpflichtet ist, kann der Mieter das Mietverhältnis mittels *außerordentlicher Kündigung nach § 1117 Satz 1 ABGB* auflösen, sofern nach *heutigen Maßstäben eine Gesundheitsgefährdung* vorliegt.<sup>102</sup> Die Beurteilung der (Un-)Brauchbarkeit des Mietobjekts für die Geltendmachung des Vertragsauflösungsrechts bei gesundheitsgefährdenden Mängeln richtet sich nämlich nicht nach den ursprünglich bei Vertragsabschluss üblichen Umständen, sondern nach der aktuell bestehenden Situation.<sup>103</sup>

Hingegen ist dem Mieter trotz Vorliegens einer nunmehr bestehenden Gesundheitsgefährdung eine *Mietzinsminderung iSd § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB verwehrt*, weil diese Rechtsfolge ausgeschlossen ist, wenn der Vermieter vertraglich oder gesetzlich nicht geschuldete Modernisierungsmaßnahmen unterlässt.<sup>104</sup> Auf den ersten Blick könnte zwar vertreten werden, dass die Mietzinsminderung iSd § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB umso mehr eingreifen müsste, wenn dem Mieter sogar das Vertragsauflösungsrecht nach § 1117 ABGB zusteht. Dieses Verständnis könnte mit einer Überlegung begründet werden, die sich im allgemeinen Gewährleistungsrecht für Zielschuldverhältnisse (§§ 922 ff ABGB) findet: Wenn der Gewährleistungsberechtigte infolge eines nicht geringfügigen Mangels den Vertrag mit dem Gewährleistungsbehelf der Wandlung nach § 932 Abs 4 Satz 1 aE ABGB (entspricht funktionell der außerordentlichen Kündigung nach § 1117 ABGB)<sup>105</sup> auflösen kann, dann kann er grundsätzlich auch am Vertrag festhalten und statt der Wandlung den Gewährleistungsbehelf der Preisminderung nach § 932 Abs 4 Satz 1 ABGB (entspricht funktionell der Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB)<sup>106</sup> geltend machen.<sup>107</sup> Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass

das im Gewährleistungsrecht für Zielschuldverhältnisse bestehende *Wahlrecht zwischen Preisminderung und Wandlung* schon deshalb *nicht auf das bestandrechtliche Dauerschuldverhältnis übertragen* werden kann, weil die Vertragstreue beim bestandrechtlichen Dauerschuldverhältnis generell abgeschwächt ist. Dies kommt in § 1116 ABGB zum Ausdruck, der beiden Vertragsparteien das Recht zur ordentlichen, also grundlosen<sup>108</sup> Kündigung einräumt. Durch diese von Gesetzes wegen bestehende grundlose Vertragsbeendigungsmöglichkeit wiegt eine außerordentliche Kündigung nach § 1117 ABGB beim bestandrechtlichen Dauerschuldverhältnis weniger schwer als eine Wandlung nach § 932 Abs 4 ABGB bei einem Zielschuldverhältnis. Mit Blick auf diese prinzipiell leichtere Auflösbarkeit des bestandrechtlichen Dauerschuldverhältnisses ist daher das Eingreifen der Mietzinsminderung gegenüber der Geltendmachung der Vertragsauflösung kein „gelinderes Mittel“, mit dem sich der Mieter alternativ zur Beendigung des Mietverhältnisses begnügen könnte. Vielmehr bleibt er auf die Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts des § 1117 ABGB beschränkt. Bei einer nachträglichen Verschärfung von Gesundheitsstandards kommt es somit zu einem *Auseinanderklaffen von Mietzinsminderung gem § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB und dem Recht auf Vertragsauflösung gem § 1117 ABGB*, wenn den Vermieter keine Pflicht zur Adaptierung des Mietobjekts trifft.<sup>109</sup>

#### V. Nebenvertragliche Warnpflicht des Vermieters

Nicht außer Acht gelassen werden darf, dass den Vermieter nebenvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten treffen. Diese erfordern es, den Mieter nicht nur zu Beginn, sondern auch während des laufenden Mietverhältnisses über Gefahrenquellen zu warnen, die mit dem Mietobjekt, der Beschaffenheit des Mietobjekts oder dessen Gebrauch verbunden sind.<sup>110</sup> Eine solche *nebenvertragliche Warnpflicht* wird auch dann anzunehmen sein, wenn der Vermieter während der Vertragslaufzeit – etwa durch den Hinweis eines Professionisten – Kenntnis davon erlangt, dass von dem Mietobjekt, insb dessen elektrischer Anlage eine Gesundheitsgefährdung für den Mieter ausgeht. Für die infolge der schuldhaften Vernachlässigung dieser Verpflichtung verursachten Schäden an der Person oder dem Eigentum des Mieters hat der Vermieter nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen einzustehen.<sup>111</sup>

<sup>101</sup> Vgl Punkt D.II.

<sup>102</sup> Wie bereits erwähnt, führt der alleinige Umstand, dass die elektrische Anlage des Mietobjekts den Anforderungen des § 7a ETV 2002 nicht genügt, noch nicht zwangsläufig dazu, dass diese als gesundheitsgefährdend einzustufen ist. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob mit dem Betrieb der elektrischen Anlage eine Gesundheitsgefährdung für den Mieter verbunden ist, siehe Punkt B.I.

<sup>103</sup> Vgl *Höllwerth* in *GeKo Wohnrecht I* § 1117 ABGB Rz 11, 14; *Riss*, *Erhaltungspflicht* 148 ff; *Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1096 Rz 37.

<sup>104</sup> Treffend *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1096 Rz 98.

<sup>105</sup> *Iro/Rassi* in *KBB*, *ABGB*<sup>5</sup> § 1117 Rz 1.

<sup>106</sup> *Riss*, *Erhaltungspflicht* 206 ff.

<sup>107</sup> Zu diesem Wahlrecht des Gewährleistungsberechtigten samt etwaigen Einschränkungen siehe nur *P. Bydlinski* in *KBB*, *ABGB*<sup>5</sup> § 932 Rz 20; *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, *ABGB*<sup>4</sup> § 932 Rz 79 ff.

<sup>108</sup> *Iro/Rassi* in *KBB*, *ABGB*<sup>5</sup> § 1116 Rz 1.

<sup>109</sup> Zu weiteren Fällen des Auseinanderklaffens von Mietzinsminderung und außerordentlicher Kündigung siehe *Vonkölch*, *Anmerkung zu OGH 5 Ob 257/05p*, *wobl* 2007/127; *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1096 Rz 134; *Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1117 Rz 26.

<sup>110</sup> *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1096 Rz 130; *Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1096 Rz 34; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 36.

<sup>111</sup> *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1096 Rz 130.

## E. Zusammenfassung

1. Der Vermieter schuldet mangels anderslautender Parteienvereinbarung ein Mietobjekt „mittlerer Brauchbarkeit“. *Mittlere Brauchbarkeit* setzt voraus, dass das Mietobjekt ohne Gesundheitsgefährdung des Mieters benutzt werden kann. Entspricht die elektrotechnische Anlage des Mietobjekts nicht den Vorgaben des § 7a ETV 2002, wird das Vorliegen einer Gesundheitsgefährdung vermutet. Aufgrund des subjektiven, also am Maßstab des konkreten Vertrags zu bestimmenden Mangelbegriffs können die Parteien jedoch auch ein gesundheitsgefährdendes Mietobjekt als Inhalt der vom Vermieter geschuldeten Leistung festlegen. Wird der gesundheitsgefährdende Zustand des Mietobjekts Vertragsinhalt, kann der Mieter hinsichtlich des offengelegten gesundheitsgefährdenden „Mangels“ weder Erhaltungsmaßnahmen nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB begehren noch greift eine Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB ein. Für den Mieter einer Wohnung ist allerdings eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses nach § 1117 Satz 2 ABGB möglich. § 7a ETV 2002 verschafft dem Mieter keinen zwingenden Anspruch auf Übergabe eines Mietobjekts mit einer elektrischen Anlage, die den elektrotechnischen Anforderungen dieser Bestimmung entspricht.

2. Entgegen dem Eindruck, den vereinzelt gebliebene Judikate des OGH vermitteln, gibt es keinen Bereich der *Erhaltungspflichten* des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB, der ex ante nicht *abbedungen* oder auf den Mieter *überwälzt* werden dürfte. Umfang und Ausgestaltung der Erhaltungspflicht des Vermieters unterliegen zur Gänze der Parteiendisposition. Zwingende Erhaltungsansprüche des Mieters lassen sich auch nicht aus § 7a ETV 2002 ableiten. Es ist daher prinzipiell zulässig, auch solche Erhaltungspflichten des Vermieters abzubedingen oder auf den Mieter zu überwälzen, die abstrakt das Entstehen einer Gesundheitsgefährdung des Mieters verhindern sollen oder mit denen eine konkret aufgetretene Gesundheitsgefährdung des Mieters beseitigt werden soll. So kann dem Mieter durchaus die Pflicht zur Erhaltung der elektrischen Anlage des Mietobjekts überbunden werden. Die Grenzen für die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen sind nicht in § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zu suchen, sondern ergeben sich aus dem allgemeinen Vertragsrecht, insb aus den §§ 879, 934 ABGB. Hat der Vermieter die Erhaltungspflicht zulässig abbedungen oder auf den Mieter wirksam überwälzt und tritt während des Mietverhältnisses ein gesundheitsgefährdender Mangel auf, kann der Wohnraummie-

ter das Mietverhältnis jedenfalls mittels außerordentlicher Kündigung gem § 1117 ABGB beenden. Macht ein Mieter, dem infolge der wirksamen Überwälzung der Erhaltungspflicht die Beseitigung des gesundheitsgefährdenden Mangels obliegt, von der Vertragsauflösungsbefugnis Gebrauch, wird er dem Vermieter aber Schadenersatzpflichtig. Der Schadenersatzanspruch des Vermieters umfasst ua die Kosten der Mangelbeseitigung und einen etwaigen Mietzinsentgang, sofern die Auflösung nach § 1117 ABGB früher wirksam wird, als nach den konkret anwendbaren gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen und -terminen. Der Vermieter muss sich als Ausfluss der Schadenminderungsobliegenheit um eine kostengünstige Mangelbeseitigung und eine baldige Wiedervermietung bemühen.

3. Nach hA bewirkt eine *nachträgliche Verschärfung von Gesundheitsstandards* eine Pflicht des Vermieters zur Adaptierung (Modernisierung) des Mietobjekts. Ein Modernisierungsanspruch des Mieters ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Erhaltungspflicht des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB zulässig abbedungen oder auf den Mieter wirksam überwälzt wurde. Darüber hinaus kommt eine Modernisierungspflicht des Vermieters von vornherein nicht in Betracht, wenn die Parteien die Rechtsfolgen einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse einer privatautonomen Regelung zugeführt haben. Das Inkrafttreten des § 7a ETV 2002 ist aufgrund des in § 4 Abs 1 ETG 1992 verankerten Bestandsschutzes für bereits bestehende elektrische Anlagen kein Anwendungsfall einer „nachträglichen Verschärfung“ eines gesundheitlichen Standards und bewirkt daher keine Pflicht des Vermieters zur Nachrüstung einer „alten“ elektrischen Anlage. Generell kann sich aus Verschärfungen im Bereich der elektrotechnischen Vorschriften keine Modernisierungspflicht des Vermieters ergeben. Der Mieter ist jedoch zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses nach § 1117 ABGB berechtigt, wenn das Mietobjekt nach heutigen Maßstäben als gesundheitsgefährdend anzusehen ist. Eine Mietzinsminderung iSd § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB greift bei Nichtbestehen eines Modernisierungsanspruchs aber nicht ein. Den Vermieter trifft eine nebenvertragliche Warnpflicht, wenn er während der Vertragslaufzeit Kenntnis davon erlangt, dass von dem Mietobjekt eine Gesundheitsgefährdung für den Mieter ausgeht.

**Korrespondenz:** RAA Dr. Reinhard Pesek, Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 1/1/3, 1030 Wien; E-Mail: reinhard.pesek@mslegal.at.

Gesundheitsgefährdendes Wohnobjekt							
Gesundheitsgefährdender Mangel bei Übergabe des Mietobjekts vorhanden		Auftreten eines gesundheitsgefährdenden Mangels während der Vertragslaufzeit				Nachträgliche Verschärfung von Gesundheitsstandards	
	Vermieter schuldet „mittlere Brauchbarkeit“	Gesundheitsgefährdender „Mangel“ wurde Vertragsinhalt	Erhaltungspflicht abbedungen	Erhaltungspflicht auf Mieter überwälzt	Erhaltungspflicht weder abbedungen noch auf Mieter überwälzt	Erhaltungspflicht weder abbedungen noch auf Mieter überwälzt oder Modernisierungspflicht vertraglich ausgeschlossen	Erhaltungspflicht weder abbedungen noch auf Mieter überwälzt und Modernisierungspflicht vertraglich nicht ausgeschlossen
Eingreifen der Erhaltungspflicht des Vermieters nach § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB	✓	x	x	x	✓	x	✓
Eintritt der Mietzinsminderung nach § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB	✓	x	✓	x	✓	x	✓
Vertragsaufhebungsrecht nach § 1117 ABGB	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

*Tabellarische Darstellung des Zusammenspiels von Erhaltungspflicht, Mietzinsminderung und außerordentlicher Kündigung bei einem gesundheitsgefährdenden Wohnobjekt, das dem Teilanwendungsbereich des MRG unterliegt (© R. Pesek).*