

trachtungsweise [...] keinerlei Erhaltungspflicht“ für die Vermieterin mehr bestünde. Daraus, dass die Vermieterin „jahrzehntelang“ den vereinbarten Mietzins erhielt, lässt sich ein die Sittenwidrigkeit begründender „Summierungs- und Verstärkereffekt“ der für den Mieter „nachteiligen Klausel“ nicht ableiten, ist doch für die Beurteilung einer Vertragsbestimmung als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich (vgl RSO016913, RSO017936). Auch der Hinweis auf jüngere Beiträge im Schrifttum zum Thema der Überwälzung der Erhaltungspflicht (*Pesek*, Ist die Überwälzung von Betriebskosten und Wartungspflichten auf den Mieter außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs (un-)zulässig? wobl 2021, 253; *Vonkilch*, (Un-)Zulässigkeit von Kostenüberwälzungen auf den Mieter, wobl 2021, 268) zeigt keinen Korrekturbedarf auf, finden sich doch darin grundsätzliche Argumente für die Zulässigkeit von Überwälzungsvereinbarungen über Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten auf den Mieter (siehe etwa *Pesek*, wobl 2021, 264ff).

**Anmerkung:**

Zu beurteilen war eine Vereinbarung in einem Vertragsformblatt, die abweichend von der dispositiven Bestimmung des § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB die gewährleistungsrechtliche Erhaltungs-/Verbesserungspflicht des Bestandgebers nicht nur abbedingt, sondern in einem erheblichen Ausmaß (betreffend die für das Bestandobjekt bestimmten Einrichtungen und Geräte im Inneren, ausgenommen nur alle Beschädigungen und Funktionsstörungen, die als „ernste Schäden des Hauses“ zu qualifizieren sind) auf den Bestandnehmer überwälzt. Die Verneinung einer gröblichen Benachteiligung durch das BerG und den OGH ist mE verfehlt.

Nach 5 Ob 161/20t (wobl 2021/153 [*Schinnagl*]) umfasst die Instandhaltungspflicht des Mieters nicht die Erneuerung eines irreparabel defekt gewordenen Geräts. *Pesek*, auf den der OGH hier verweist, hat sich im zit Beitrag (wobl 2021, 253) gerade nicht mit der den Bestandgeber gem § 1096 ABGB treffenden Erhaltungspflicht im Teilanwendungsbereich des MRG und ihrer möglichen Überwälzung auf den Bestandnehmer auseinandergesetzt. Er hat lediglich bejaht, dass eine Vertragsklausel, die im Rahmen der verdünnten Willensfreiheit einem Bestandnehmer auch im Teilanwendungsbereich des MRG die Wartungs- und Instandhaltungspflichten des § 8 Abs 3 MRG auferlegt, nicht unter § 879 Abs 3 ABGB fällt (aA

*Prader WWW - Wartung von Wärmebereitungsgeräten nach der WRN 2015, wobl 2015, 95 [100]).*

Auch ohne Kenntnis des exakten Wortlauts bedeutet die zu beurteilende Klausel ohne Zweifel eine Gewährleistungsbeschränkung, die auch einen unternehmerischen Mieter selbstverständlich stets tendenziell benachteiligt; um an § 879 Abs 3 zu scheitern, muss sie jedoch *gröblich* benachteiligend sein.

Die Klausel sieht eine weitreichende Überwälzung des Risikos der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrags durch den Vermieter auf den Mieter vor. Letzterem steht, wenn die vereinbarte bzw durchschnittliche Brauchbarkeit der mitvermieteten Heizungsanlage nicht mehr gegeben ist, weder ein Verbesserungsanspruch noch die ebenfalls der Äquivalenzsicherung dienende (vgl 5 Ob 17/09z immolex 2009/80 ua) Zinsminderung gem § 1096 Abs 1 Satz 2 ABGB zu, solange es sich nicht gleichzeitig um einen „ernsten Schaden des Hauses“ handelt (was insb dann der Fall wäre, wenn die Bausubstanz des Hauses angegriffen erschiene: vgl 5 Ob 50/07z MietSig LIX/22). Die Klausel überwälzt damit die Erhaltungspflicht selbst für den Fall, dass der Mietgegenstand durch den Mangel zum vereinbarten Gebrauch (fast) gänzlich unbrauchbar wird, was bei einer funktionsuntüchtigen Heizungsanlage jedenfalls im Winter auch bei einem vereinbarten Gebrauch als Geschäftslokal und Büro anzunehmen ist, oder wenn ein Mangel vorliegt, der „nur“ die persönliche Sicherheit des Mieters (und seiner Kunden) gefährdet (5 Ob 233/04g ecolex 2005/162). Beide Mängel - „bloße“ (und sei es auch völlige) Unbrauchbarkeit zum vereinbarten Zweck bzw „bloße“ Gesundheitsgefährdung - gelten ja nicht als „ernste Schäden des Hauses“. Vor diesem Hintergrund ist die ggstld Klausel mE ganz klar gröblich benachteiligend, zumal keinerlei Anhaltspunkte für eine sachliche Rechtfertigung zu erkennen sind.

In 7 Ob 93/12w (ecolex 2013/92 [*P. Oberhammer*] = ecolex 2013/238 [*Wilhelm*]) hat der OGH im Übrigen keineswegs ausgesprochen, dass nur eine generelle Überwälzung sämtlicher Erhaltungsarbeiten rechtswidrig iSd § 879 Abs 3 ABGB wäre. Vielmehr hielt er im Zurückverweisungsbeschluss ausdrücklich fest, dass auch eine „Einschränkung der (auf den Mieter erfolgten Überwälzung der) Erhaltungspflicht“ gröblich benachteiligend bzw sittenwidrig („kein Äquivalent“) sein könne.

*Mag. Walter Rosifka ist Wohnrechtsexperte der Arbeiterkammer Wien.*

## Begriff „gute Infrastruktur“ erfüllt Formalerfordernis des § 16 Abs 4 MRG

immolex 2022/92

**§ 16 MRG**

OGH 7. 10. 2021, 5 Ob 100/21y

Lagezuschlag; Bekanntgabeobliegenheit

**Der weite Begriff „Infrastruktur“ umfasst im gegebenen Zusammenhang und nach allgemeinem Verständnis nicht nur die Verkehrsanbindung (öffentlicher Verkehr und Individualverkehr) und die Versorgung mit Geschäften des täglichen Bedarfs, sondern auch Bildungs- und Fürsorgeeinrichtungen, Gesundheitsversorgung, kulturelles Angebot, Sport- und Freizeitanlagen, Parks, Grünflächen und Gewässer. Mit dem - in der Praxis häufig verwendeten - Hinweis auf die gute Infrastruktur**

**verweist der Mietvertrag auf alle diese den Wohnwert des Hauses beeinflussenden Lagefaktoren.**

**Sachverhalt:**

*Der Ast war Mieter, die AG Vermieterin der Wohnung Top 16 im Haus Schönburgstraße \*\*\*, 1040 Wien.*

*Der Mietvertrag enthält folgende Klausel: „Der Hauptmietzins gem § 16 Abs 2 MRG errechnet sich aus dem Richtwert inkl Zuschläge und Abstriche. Bei einem Lagezuschlag gem § 16 Abs 2 Z 4, Abs 3 und 4 MRG schriftlicher Hinweis: Als maßgebende Umstände wurden die überdurchschnittliche Lage (außerhalb eines Gründerzeitviertels) berücksichtigt, sowie weiters die gute Infrastruktur, die Lage, die Wohnumgebung des Hauses etc.“*

Der ASt beehrte die Überprüfung der Zulässigkeit des vereinbarten Hauptmietzinses.

Das ErstG stellte die Höhe des gesetzlich zulässigen Hauptmietzinses zu den relevanten Stichtagen, die Tatsache und Höhe der Überschreitung dieses gesetzlich zulässigen Zinsausmaßes durch die jeweilige Hauptmietzinsvereinbarung und deren Unwirksamkeit im Ausmaß der Überschreitung fest. Von ausschlaggebender Bedeutung für das vom ErstG gefundene Ergebnis ist der Umstand, dass nach dessen Auffassung bei der Ermittlung des höchstzulässigen Richtwertmietzinses ein Lagezuschlag nach § 16 Abs 2 Z 3 MRG zu berücksichtigen sei.

Das RekG gab dem Rek des ASt Folge und stellte den gesetzlich zulässigen Hauptmietzins ohne Berücksichtigung eines Lagezuschlags fest. Die den Lagezuschlag begründenden Umstände seien im Mietvertrag iSd § 16 Abs 4 MRG nicht ausreichend bekannt gegeben worden. Das RekG ließ den oRevRek zu, weil es insofern von der bisher großzügigen Rsp abgewichen sei, als es pauschale und in der Praxis regelmäßig verwendete Hinweise wie „(gute) Infrastruktur“ als nicht ausreichend konkrete Bekanntgabe und Begründung der Überdurchschnittlichkeit der Lage angesehen habe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der RevRek der AG.

Der RevRek ist zulässig, weil dem RekG bei der Beurteilung der Anforderungen an die Bekanntgabe der für den Lagezuschlag maßgebenden Umstände nach § 16 Abs 4 MRG eine aufzugreifende Fehlbeurteilung unterlaufen ist. Er ist auch berechtigt.

#### Aus der Begründung:

Gem § 16 Abs 4 MRG ist ein Lagezuschlag nur dann zulässig, wenn die Liegenschaft, auf der sich die Wohnung befindet, eine Lage aufweist, die besser ist als die durchschnittliche Lage (§ 2 Abs 3 RichtWG), und wenn die für den Lagezuschlag maßgebenden Umstände dem Mieter in Schriftform bis spätestens bei Zustandekommen des Mietvertrags ausdrücklich bekanntgegeben worden sind.

Dies ist eine zwingende Schutzbestimmung zugunsten des Mieters mit dem Zweck, den Mieter durch die verbale Umschreibung mit ausreichender Klarheit darüber zu informieren, warum die Wohnung iSd § 16 Abs 4 HS 1 MRG eine überdurchschnittliche Lage aufweist, und ihm damit die Überprüfung der Berechtigung dieses Zuschlags zu ermöglichen (5 Ob 128/20i; RIS-Justiz RSO111820 [T 1, T 2]; RSO111201 [T 1]). Werden die für den Lagezuschlag maßgeblichen Umstände ausreichend deutlich angegeben, genügt die Berufung des Vermieters auf den Lagezuschlag im Mietzinsüberprüfungsverfahren, um ihn zu ermitteln und zu berücksichtigen (RSO114796).

Der Fachsenat sprach bereits mehrfach aus, dass an die Bekanntgabeobliegenheit nach § 16 Abs 4 MRG kein allzu strenger Maßstab anzulegen ist, sodass die schlagwortartige Umschreibung der die Lage beeinflussenden Faktoren genügt. Es reicht aus, wenn im Mietvertrag schlagwortartig entsprechende, den Wohnwert des Hauses beeinflussende Kriterien angeführt werden (5 Ob 128/20i; RSO111820 [T 3], RSO111201 [T 2], RSO111202).

Ausgehend davon beurteilte der Fachsenat die Hinweise „zentrale Verkehrslage einer Wohnung in Wien 1, Wollzeile“ (5 Ob 180/00g), „verkehrsgünstige Lage und den Blick ins Grüne“ (5 Ob 216/00a), „ruhige zentrumsnahe Lage in Innsbruck“ (5 Ob 241/00b), „Lage des Hauses im Cottage-Viertel, Nähe zum Prater und die günstige Verkehrsanbindung“ (5 Ob 99/15t), „gute Wohnlage, sehr gute Infrastruktur sowie Einkaufsmöglichkeiten und öffentliche Verkehrsmittel in unmittelbarer Nähe“ (5 Ob 71/16a), „besondere Infrastruktur, exzellente Einkaufsmöglichkeiten für den täglichen Gebrauch und die zentrale Erreichbarkeit durch öffentliche Verkehrsmittel“ (5 Ob 128/20i) sowie jüngst „die gute Lage (Nähe zum 7. Bezirk/zur Innenstadt), gute Verkehrsanbindung sowie Infra-

struktur“ (5 Ob 115/21d) als ausreichend. Nicht ausreichend war hingegen der bloße Hinweis „außerhalb eines Gründerzeitviertels“ (5 Ob 199/98w), weil damit kein für den Lagezuschlag maßgebender Umstand bekanntgegeben wird (RSO111202). Gleiches galt für den Hinweis auf die „überdurchschnittliche Lage“ samt prozentuell ausgewiesener Höhe des konkreten Lagezuschlags (5 Ob 18/17h).

Die Beurteilung des RekG, die hier in den jeweiligen Mietvertragsklauseln enthaltenen Hinweise erfüllten die Anforderungen an die Bekanntgabe nach § 16 Abs 4 MRG nicht, hält sich nicht an diesen von der Rsp vorgegebenen Rahmen. Die Hinweise auf die „überdurchschnittliche Lage (außerhalb eines Gründerzeitviertels)“ und „die Lage, die Wohnumgebung des Hauses“ sind zwar für sich allein tatsächlich nicht ausreichend, weil damit kein für die Berechtigung eines Lagezuschlags maßgebender Umstand bekanntgegeben wird. In den jeweiligen Mietvertragsklauseln ist aber zusätzlich die „gute Infrastruktur“ genannt.

Der weite Begriff „Infrastruktur“ umfasst im gegebenen Zusammenhang und nach allgemeinem Verständnis nicht nur die Verkehrsanbindung (öffentlicher Verkehr und Individualverkehr) und die Versorgung mit Geschäften des täglichen Bedarfs, sondern auch Bildungs- und Fürsorgeeinrichtungen, Gesundheitsversorgung, kulturelles Angebot, Sport- und Freizeitanlagen, Parks, Grünflächen und Gewässer (vgl <https://de.wikipedia.org/wiki/Infrastruktur>). Mit dem - in der Praxis häufig verwendeten - Hinweis auf die gute Infrastruktur verweist der Mietvertrag auf alle diese den Wohnwert des Hauses beeinflussenden Lagefaktoren. Die Verwendung eines Sammelbegriffs dafür schadet nach der dargestellten Rsp nicht. Dem durchschnittlichen Mieter muss vielmehr mangels Einschränkung klar sein, dass der Vermieter die Berechtigung des Lagezuschlags aus all jenen Kriterien ableiten möchte, die nach allgemeinem Verständnis von diesem Überbegriff umfasst sind. Zu 5 Ob 128/20i hat der Fachsenat daher die dort vom RekG vertretene Auffassung, der Hinweis auf die besondere Infrastruktur umfasse neben den gesondert genannten Einkaufsmöglichkeiten und öffentlichen Verkehrsmitteln auch kulturelle Einrichtungen, Bildungsstätten, Lokale und die Möglichkeit zur Gesundheitsversorgung im unmittelbaren Nahebereich der Liegenschaft, nicht beanstandet.

Entgegen der Auffassung des RekG ist hier daher das Formalerfordernis der Bekanntgabe der für den Lagezuschlag maßgebenden Umstände nach § 16 Abs 4 MRG erfüllt.

#### Anmerkung:

Der OGH hält an seiner großzügigen Rsp fest, wonach an die Bekanntgabe nach § 16 Abs 4 MRG kein allzu strenger Maßstab anzulegen ist. Obwohl der Sichtweise des RekuG, dass dem bloßen Begriff „Infrastruktur“ kein konkreter Informationswert zugeordnet werden kann, einiges abzugewinnen ist (was - abgesehen von einem besonderen Lageimage - ist sonst lagezuschlagsbegründend, wenn nicht die Infrastruktur?), ist der Entscheidung doch insofern beizupflichten, als sie weiterhin Rechtssicherheit schafft und die konsequente Fortsetzung der bisherigen Judikatur bildet (insb von 5 Ob 128/20i mit einer Lagebeschreibung mit ähnlich niedrigem Informationswert, auch hier wurde der Infrastruktur-Begriff bereits umfassend verstanden). Konsequenterweise ist der vorangegangenen Rsp (RIS-Justiz RSO131812) ist es auch, für die Schönburgstraße (1040 Wien) als Referenzgebiet die innerstädtischen Gebiete mit der dafür typischen geschlossenen mehrgeschossigen Verbauung heranzuziehen. Auch die überdurchschnittliche Lage (die anhand der genannten Entfernungen einigermaßen eingegrenzt werden kann) ist mE nicht zu beanstanden. Der Sichtweise des ASt, die Durchschnittlichkeit einer Lage müsse innerhalb einer Bandbreite beurteilt werden, ist einerseits (mit dem OGH) entgegenzuhalten, dass die Lage in einer Gesamtschau zu beurteilen ist; und andererseits,

dass das idR vom Sachverständigen gelieferte „Kontrollinstrument“ (vgl 5 Ob 158/18y) hinsichtlich der Methodik der Lagebeurteilung (abgesehen von der vorgegebenen Berechnungsmethode nach § 16 Abs 3 MRG, den programmatischen Anweisungen in § 16 Abs 2, 4 MRG und § 2 RichtWG und dem von der Judikatur vorgegebenen Rahmen, s insb 5 Ob 74/17v und folgende Entscheidungen) keinen Vorgaben unterliegt und insofern das von ihm gewählte System (oftmals Kategorien mit Schulnoten) ausschlag-

gebend ist. Wenn dieses daher ursprünglich keine Bandbreite vorsieht, ist mE der verwendeten Methode auch nachträglich keine zu unterstellen. Für die gutachterliche Praxis ist außerdem die Nennung des vom Sachverständigen ermittelten Grundkostenanteils interessant.

Mag. **Valentin Plank**, LL.M., ist in der Limberg-Gruppe vor allem im Bereich Liegenschaftsrecht und Immobilienbewertung tätig.

## Unbrauchbarkeit eines Geschäftslokals während des Lockdowns trotz eines möglichen Take-away-Angebots?

immolex 2022/93

**§§ 1104, 1105 ABGB; § 7 Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung**

OGH 25. 1. 2022, 8 Ob 131/21d

Coronapandemie; Lockdown; Take-away-Angebot; Unbrauchbarkeit des Mietobjekts

**Betretungsverbote während des Lockdowns wegen der COVID-19-Pandemie führen grundsätzlich zur Unbrauchbarkeit eines Geschäftslokals. Ein Gastgewerbebetrieb kann auch ohne Zustimmung des Vermieters ein Take-away-Service anbieten. Bestand diese Möglichkeit und war dies auch während des Lockdowns zulässig, dann war das Bestandobjekt für den Mieter nicht völlig unbrauchbar, auch wenn er nie ein Take away angeboten hat. Von einer völligen Unbrauchbarkeit ist allerdings dann auszugehen, wenn der Mieter behauptet und beweist, dass ein solches Angebot für ihn unzumutbar – bspw unwirtschaftlich – gewesen wäre.**

### Aus der Begründung:

Der OGH hat mittlerweile in der E 3 Ob 78/21v – im Einklang mit dem dort zitierten überwiegenden Literaturstimmen – ausgesprochen, dass die COVID-19-Pandemie als „Seuche“ iSd § 1104 ABGB zu werten ist und aufgrund dieser Pandemie durch Gesetz oder Verordnung angeordnete Betretungsverbote für Geschäftsräume in Bestandobjekten zu deren Unbenutzbarkeit führen (RS0133812).

Dies ergibt sich daraus, dass schon nach der bisherigen Rsp als „außerordentliche Zufälle“ iSd § 1104 ABGB elementare Ereignisse zu verstehen sind, die von Menschen nicht beherrschbar sind, so dass für deren Folgen im Allgemeinen von niemandem Ersatz erwartet werden kann. Diese Elementarereignisse treffen stets einen größeren Personenkreis auf eine Weise, die durch eine gesetzliche Regelung über Ersatzansprüche nicht ausgeglichen werden kann (3 Ob 184/21m unter Verweis auf 7 Ob 520/87; 1 Ob 306/02k [immolex 2003/152]; Lovrek in Rummel/Lukas<sup>4</sup> §§ 1104–1108 ABGB Rz 8 mwN). Diese Kriterien treffen – wie jüngst in der E 3 Ob 184/21m bekräftigt wurde – auch auf die COVID-19-Pandemie zu, was die RevWerberin inhaltlich gar nicht in Zweifel zieht. Vielmehr beruft sie sich darauf, dass das Bestandobjekt zumindest teilweise brauchbar gewesen wäre, weil die Bekl während des „2. Lockdowns“ ein Abhol- und/oder Zustellservice hätte betreiben können, sodass ihr nur eine teilweise Mietzinsminderung zustehe.

Die Frage, ob (teilweise) Unbenutzbarkeit des Bestandgegenstands vorliegt, ist nach dem Vertragszweck zu beurteilen. Die in §§ 1104, 1105 und 1107 angesprochene Unbrauchbarkeit entspricht daher der (teilweisen) Unbrauchbarkeit iSd § 1096 ABGB (Lovrek, aaO Rz 2).

Nach stRsp muss die Bestandsache eine Verwendung zulassen, wie sie gewöhnlich nach dem Vertragszweck erforderlich ist und nach der Verkehrssitte erfolgt. Mangels anderer Vereinbarungen ist eine mittlere (durchschnittliche) Brauchbarkeit geschuldet (RS0021054, RS0020926). Für die Beurteilung ist daher in erster Linie die (ausdrückliche) Parteienvereinbarung bzw der dem Vertrag zugrunde gelegte Geschäftszweck maßgeblich (RS0021044; 3 Ob 185/15z [immolex 2015/103 (Prader)]; vgl Lovrek in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1096 ABGB Rz 15; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 1096 Rz 2).

Demnach ist der OGH in der E 3 Ob 184/21m zu folgender Schlussfolgerung gelangt:

Ist der bedungene Gebrauch des Bestandobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts iSd § 1104 ABGB (vgl Lovrek, COVID-19: Auswirkungen auf Bestandverträge, ZIK 2020/60, 3.2). Ist die vertragsgemäße charakteristische Nutzung hingegen nur eingeschränkt, so kommt es gem § 1105 ABGB zu einer Mietzinsminderung im Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung nach der relativen Berechnungsmethode (Lovrek in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1096 ABGB Rz 111; Riss, aaO § 1096 ABGB Rz 31 und § 1105 ABGB Rz 1).

Im Anlassfall ist davon auszugehen, dass die Bekl weder vor dem 3. 11. 2020 noch danach ein Abhol- bzw Zustellservice angeboten hat. Dazu wäre sie entgegen ihrer Meinung sehr wohl auch ohne Zustimmung der Kl berechtigt gewesen:

Unter die Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe fällt auch die Lieferung und damit der Verkauf von angerichteten kalten Platten, kalten oder warmen Buffets sowie sonstigen warmen Speisen und Menüs ohne Nebenleistungen (vgl VwGH 10. 9. 1991, ZI 91/04/0060). § 111 Abs 4 Z 4 lit a GewO berechtigt den Gastwirt insb dazu, alles, was er den Gästen im Betrieb verabreicht, zB auch Torten und Mehlspeisen (auch im Ganzen), über die Gasse zu verkaufen (Gruber/Pallege-Barfuß, Gewerbeordnung<sup>7</sup> § 111 Anm 70). Nach dem Verständnis der beteiligten Verkehrskreise deckt der Geschäftszweck „Gastwirtschaft“ sämtliche Tätigkeiten, zu denen ein Gastgewerbebetreiber nach der GewO berechtigt ist, also auch das Anbieten eines Take away und die Lieferung von Speisen und Getränken.

Es bleibt hier daher zu klären, ob bereits die abstrakte Benutzungsmöglichkeit zu einer zumindest teilweisen Brauchbarkeit des Bestandobjekts und damit zu einer bloß anteiligen Mietzinsminderung führt.

Diese Frage wird – anders als der weitgehend unstrittige Fall, wenn der Mieter etwa durch Einrichtung eines Lieferservices tat-