

**DR. CLAUD HILDEBRAND**  
**RECHTSANWALT**

6020 Innsbruck Brixnerstr. 4/II  
Telefon: 0512/57 56 26  
Fax: 0512/57 56 27  
E-Mail: c.hildebrand@chello.at

# QUARTERLY

## **Vierteljährliche Informationsschrift**

Neuheiten und Wissenswertes für jedermann aus dem rechtlichen Bereich

**III/2016**

### **Schwerpunkte in dieser Ausgabe:**

- Grillen
- Unterhaltsberechtigte Studenten
- Interessantes zur Vermietung
- Gewährleistungsrecht
- Nachbarrecht
- u.v.m.

**HERAUSGEBER:** Dr. Claus HILDEBRAND  
JURISTISCHE MITARBEIT: DI Daniela MOSER, Tanja ANGERER

## INHALT:

1.	Grillen im Garten	S. 1
2.	Grillen in der Wohnanlage	S. 4
3.	Zum Thema Mietzinsminderung	S. 6
4.	Mängel an gebrauchten Sachen	S. 8
5.	Vermietung von Immobilien ohne vorherige Besichtigung	S. 10
6.	Vermietung: Elektroanlagen überprüfen lassen!	S. 12
7.	Klauselentscheidung AGB	S. 13
8.	Interessantes zum Kindesunterhalt für Studierende	S. 13
9.	Rauchen in der Wohnanlage	S. 15
10.	Die Bauwerkhaftung trifft auch Vermieter	S. 16

## **GEMÜTLICHER AUSKLANG: DIE RICHTSKANTINE**

	Aktuelle Witze von und über Juristen	S. 18
--	--------------------------------------	-------

# **1. GRILLEN IM GARTEN**

**Im eigenen Garten können Sie - möchte man meinen - prinzipiell tun und lassen, was Sie möchten, so lange Sie eine geeignete Grillvorrichtung verwenden. Offene Feuerstellen am Boden sind zum Beispiel aber verboten, obwohl sie in Geschäften zum Kauf angeboten werden.**

**Komplizierter wird die Rechtslage wenn es darum geht, einen fixen Grillkamin oder eine Gartenküche im Garten zu errichten und zu betreiben. In diesen Fällen müssen Sie sich mit der Tiroler Bauordnung auseinandersetzen. Die Errichtung von fixen Grillkaminen, Grillgeräten oder Gartenküchen kann nämlich unter Umständen ein anzeige- oder gar bewilligungspflichtiges Bauvorhaben sein.**

Ganz allgemein umfasst die Tiroler Bauordnung alle baulichen Anlagen, wobei diese gem. § 2 Abs 1 TBO näher definiert sind als *“mit dem Erdboden verbundene Anlagen, zu deren fachgerechten Herstellung bautechnische Kenntnisse erforderlich sind.“* Dazu würden grundsätzlich auch fix montierte Grillkamine oder Grillgeräte zählen, insbesondere wenn sie auf einer festen Fundamentplatte stehen.

In der Tiroler Bauordnung gibt es hinsichtlich der Errichtung von sogenannten “Grillkaminen“, zu denen auch die fix (im Sinne von angeschraubt) montierten Grillgeräte gehören, aber eine Ausnahmeregelung. Der Tiroler Bauordnung unterliegen grundsätzlich nicht mehr der Gartengestaltung dienende bauliche Anlagen wie Zierbrunnen, Teiche, Steingärten, Grillkamine und dergleichen.

Dabei ist aber zu beachten, dass diese Ausnahmeregelung der Tiroler Bauordnung laut Spruchpraxis der Höchstgerichte allerdings wirklich nur dann zum Tragen kommt, wenn der Grillkamin alleinstehend errichtet ist und tatsächlich *ausschließlich* der Gartengestaltung dient. Das gleiche wie für Grillkamine gilt sinngemäß auch für fix montierte sonstige Grillgeräte und fix montierte Gartenküchen mit solchen Grillkaminen oder Grillgeräten.

In den Abstandsflächen von 4 Metern errichtete bauliche Anlagen dürfen laut Tiroler Bauordnung grundsätzlich keine Öffnungen ins Freie, wie auch Kamine, haben. Selbst ein Grillkamin, der an der Außenseite eines sich in den Abstandsflächen befindlichen Gebäudes montiert wird und die Dachhaut (das Vordach) durchdringt, ist laut höchstgerichtlicher Judikatur zur Tiroler Bauordnung in den Abstandsflächen von 4 m nicht erlaubt. Als freistehender Grillkamin oder als Teil einer

freistehenden Gartenküche könnte er aber freilich mit einem Abstand von weniger als 4 m zum Nachbargrund montiert werden.

In allen Fällen sind aber selbstverständlich (immer) die brandschutzrechtlichen Vorschriften und auch die Empfehlungen des Herstellers einzuhalten.

Hat also die Garage des Nachbarn z.B. einen Vollwärmeschutz (aus Styropor), so muss davon laut den technischen Brandschutzbestimmungen ein gewisser Abstand eingehalten werden. Hier ist man also auch bei fix montierten, freistehenden Geräten nicht völlig frei, was die Aufstellung des Grillgerätes an den Grundstücksgrenzen betrifft.

Sofern ein Grillkamin an eine bauliche Anlage - und sei es nur ein Schuppen oder ein Gartenhäuschen - angebaut wird, fällt er also in den Anwendungsbereich der Tiroler Bauordnung, da er aus der Sicht der Höchstgerichte nicht nur der Gartengestaltung dient. Gleiches gilt bei der Kombination eines fix montierten Grillgerätes mit einer Überdachung, weil die Errichtung einer Überdachung ein bewilligungspflichtiges Bauvorhaben darstellt.

Im Fall eines im Bereich eines Zubaus befindlichen Grillkamins wurde erst unlängst vom Landesverwaltungsgericht für Tirol erkannt, dass dieser bewilligungspflichtig gewesen wäre. Der mit der Dachhaut des Zubaus eine Einheit bildende, offene Grillkamin wurde direkt an der Außenwand des Zubaus innerhalb der Abstandsflächen von 4 m zum Nachbarn errichtet. Er durchdrang die Überdachung. Dass er nicht bloß der Gartengestaltung dient, war somit offensichtlich. Der Grillkamin (ein Schwarzbau) musste abgerissen werden, der Zubau selbst aber nicht, weil er eben ohne Kamin innerhalb der Abstandsflächen der Tiroler Bauordnung entsprach.

Der Ausnahmetatbestand der TBO, wonach Grillkamine nicht in den Anwendungsbereich der Tiroler Bauordnung fallen, gilt außerdem nur, wenn *“baurechtliche Interessen nicht wesentlich betroffen sein können“*. Sind also zum Beispiel Fragen des Brandschutzes zu klären, wie beispielsweise wenn ein fix montierter Grillkamin nahe einem Bestandsgebäude eines Nachbarn montiert wird, so liegt eine Ausnahme vom Geltungsbereich der TBO laut Judikatur nicht vor. In einem solchen Fall sollte eine Baubewilligung beantragt oder zumindest eine Bauanzeige erstattet werden.

Führt dann die Behörde aber kein weiteres Verfahren durch, so kann es dennoch zivilrechtliche Haftungsfolgen haben, wenn das Gebäude eines Nachbarn durch einen solchen Grill in Brand gerät.

Wer nämlich selbst eine Gefahrenquelle schafft oder bestehen lässt, wo eine Gefahrenlage voraussehbar ist, hat die notwendigen und ihm zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer nach Tunlichkeit abzuwenden. Sollte es zu einem Schaden kommen, hat der aufgrund dieses sogenannten "Ingerenzprinzips" Verkehrssicherungspflichtige zu beweisen, dass er die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat, andernfalls er für den entstandenen Schaden haftet.

Es ist daher in jedem Fall anzuraten, zu brennbaren Gebäuden und Gebäudeteilen (insbesondere der Nachbarn), die bis an die Grundstücksgrenze gebaut sind, ausreichend Abstand zu halten.

**Unser TIPP:** Nicht fix montierte Grillkamine, Grillgeräte oder Gartenküchen können Sie in Ihrem Garten grundsätzlich aufstellen, wo Sie wollen. Wer eine solche (beherrschbare) Gefahrenquelle schafft, muss aber auf jeden Fall die Herstellervorschriften und die in Tirol ganz allgemein und in manchen Orten speziellen Vorschriften betreffend das Aufstellen und den Betrieb von Grillgeräten beachten. Das Errichten von fix montierten Grillkaminen, Grillgeräten oder Gartenküchen (insbesondere in den Mindestabstandsflächen von 4 m) kann aber bewilligungs- oder zumindest anzeigepflichtig sein.

Auch aus versicherungsrechtlichen Gründen muss das geprüft werden, bevor das Gerät oder gar eine Gartenküche montiert und in Betrieb genommen wird.

An (auch der Außenseite von) Gebäuden und auch bloß unter Vordächern von Gebäuden fix montierte Grillgeräte oder Gartenküchen sollten Sie immer auch Ihrer Versicherung melden, damit dieses Risiko ausdrücklich in Deckung genommen werden kann, falls sich dies nicht schon aus der Polizze ergibt.

Wer ein Grillgerät betreibt, sei es fix montiert oder frei aufgestellt, schafft eine Gefahrenquelle und muss diese im Auge behalten, da er ansonsten für davon ausgehende Schäden haftet, mag das Aufstellen des Gerätes selbst keiner Bewilligungspflicht unterliegen.

Ein geeignetes Löschmittel (Löschdecke oder für das Grillsystem geeigneteres Löschgerät) sollte sich immer in Griffweite befinden. Nicht fix montierte Geräte lassen sich bei Bränden rasch aus der Gefahrenzone schieben, sind also nicht bloß aus juristischen Gründen "einfacher handhabbar".

## **2. GRILLEN IN DER WOHNANLAGE**

**Mit den Temperaturen steigt auch die Freude am Kochen und Grillen im Freien. Aber wie ist das in einer Wohnanlage: Darf man am Balkon oder auf der Terrasse einer Wohnanlage kochen oder gar grillen?**

In der Bevölkerung ist die Rechtsansicht verbreitet, dass es in Wohnanlagen beim Grillen auf die Art des Grills ankomme, also beispielsweise die Benützung eines Elektro- oder eventuell sogar eines Gasgrills erlaubt wäre, die Verwendung eines Holzkohlegrills aber nicht. Wir wollen uns daher dieses Thema des Grillens in einer Wohnanlage einmal genauer ansehen.

Laut z.B. Wohnungseigentumsgesetz und Judikatur dazu ist das Grillen auf der Terrasse bzw. dem Balkon einer Wohnanlage prinzipiell gar nicht verboten. Es wird auch nicht nach der Art des Grills unterschieden.

Das Grillen kann aber durch eine Vereinbarung der Mehrheit der Mit- und Wohnungseigentümer geregelt werden. Im Rahmen der Hausordnung, (bei schlichtem Miteigentum) in Benützungsvereinbarungen sowie auch in Mietverträgen (freilich nur dem eigenen Mieter gegenüber) kann das Grillen geregelt und dadurch (z.B. hinsichtlich der Grillplätze, der Arten von Grillgeräten oder Grillzeiten) beschränkt werden.

Es wird aber auch eine Mehrheit der (Mit- und Wohnungs-)Eigentümer einer Wohnanlage den anderen Eigentümern das Grillen nicht gänzlich untersagen können. Sollten derartige Beschlüsse von der Eigentümergemeinschaft gefasst werden, so könnte von den überstimmten (Mit- und Wohnungs-)Eigentümern das Gericht angerufen werden. Werden darin aber bloß Grillplätze, Grillarten (Strom, Gas oder Holzkohle) und Grillzeiten festgelegt, hat man sich daran zu halten.

In manchen Orten gibt es auch polizeiliche Verordnungen, die für das gesamte Ortsgebiet gelten und festlegen, zu welchen Uhrzeiten gegrillt werden darf. Daran sind selbstverständlich alle gebunden, genauso wie an die Einhaltung von Ruhezeiten (22:00 Uhr bis 6:00 Uhr früh) in Bezug z.B. auf Lärmentwicklung während des Grillens im Freien.

Wenn es also grundsätzlich durch Hausordnung oder Mietvertrag nicht verboten ist, auf der Terrasse oder am Balkon zu grillen, so darf trotzdem lt. Judikatur das "Maß der Ortsüblichkeit" nicht überschritten und dürfen andere Bewohner auch nicht unzumutbar mit Immissionen (wie Rauch, Geruch, Lärm) beeinträchtigt werden. Ob eine Immission von einem Holzkohle-, einem Gas- oder einem Elektrogrill verursacht wurde, ist dabei unerheblich.

Ein (feuerpolizeiliches) Problem kann freilich das Grillen mit Gas- oder Holzkohlegrillgeräten auf Balkonen und Terrassen von Wohnanlagen darstellen, die z.B. einen Vollwärmeschutz (z.B. aus Styropor) haben. Ein solcher Vollwärmeschutz oder auch ein z.B. Holzgeländer kann leicht in Brand geraten. Neben den Herstellervorschriften sind also immer auch die technischen Bauvorschriften zu beachten.

Was Gasflaschen anbelangt ist außerdem darauf zu achten, dass diese beispielsweise lt. Gesetz im Keller und am Dachboden nicht gelagert werden dürfen und weitere Sicherheitsvorschriften einzuhalten sind.

Auch die Grillfrequenz ist manchmal Thema bei Gericht. Ganz allgemein kann wöchentliches, fachgerechtes Grillen als "ortsüblich" betrachtet werden. Tägliches Grillen oder Grillen in Häusern, in denen bisher nie gegrillt wurde, ist es allerdings zum Beispiel nicht. Sollten von Grillern ortsunübliche Emissionen ausgehen, die also Nachbarn wesentlich beeinträchtigen, könnten sie eine Unterlassungsklage erheben.

**Unser TIPP:** Grillen in der Wohnanlage ist insbesondere aus zwischenmenschlichen Gründen, aber auch aus Gründen des Brandschutzes und auch aus versicherungsrechtlichen Aspekten heraus betrachtet ein heikles Thema.

Mit einem bloßen Elektrogerät oder - bei entsprechend großen Balkonen oder Terrassen - auch eventuell mit einem Gasgerät müsste es sich aber (auch rechtlich) in einer Wohnanlage um ein beherrschbares Risiko handeln.

Grillgeräte, die mit festen Brennstoffen, wie z.B. Holz oder Holzkohle betrieben werden, sollten auf Balkonen oder Terrassen von Wohnanlagen aber aus anderen Gründen grundsätzlich nicht verwendet werden.

Bei solchen Grillgeräten ist nicht nur die Geruchbelästigung wesentlich größer als bei strom- und gasbetriebenen Geräten, sondern es kommt als zusätzliche Gefahrenquelle auch die Gefahr einer Stickoxid-Vergiftung dazu. Durch offene Fenster und Balkontüren können nämlich die Abgase solcher Grillgeräte in die eigene Wohnung oder in die Wohnung von Nachbarn eindringen. Diese Gase sind geruchlos und können für schlafende Personen daher z.B. tödlich sein.

Sollten also zum Beispiel Nachbarn in Ihrer Wohnanlage mit derartigen Brennstoffen grillen, könnten bzw. sollten Sie unverzüglich behördliche Hilfe in Anspruch nehmen.

### **3. ZUM THEMA MIETZINSMINDERUNG**

**Ist ein Mietobjekt mangelhaft oder kann es aus Gründen, die nicht in der Sphäre des Mieters liegen, nicht vereinbarungsgemäß genützt werden, so hat der Mieter ein Recht auf (vorübergehende) Herabsetzung des Mietzinses (= Mietzinsminderung).**

**Bei Berechtigung zur Mietzinsminderung ist lt. Judikatur jeweils auf Grad und Dauer der Unbrauchbarkeit des Bestandobjekts abzustellen, und das Ausmaß der Mietzinsminderung entsprechend der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln. Auch der Parteiwille und die Verkehrssitte (zumindest mittlere Brauchbarkeit) sind dabei zu berücksichtigen.**

Wenn eine Mietsache nicht vereinbarungsgemäß genützt werden kann und die Gründe dafür nicht dem Bestandnehmer zuzurechnen sind, kommt es laut Gesetz zu einer Zinsminderung – das heißt zu einer teilweisen oder gänzlichen Befreiung des Mieters von der Entrichtung des Zinses.

Sollte bereits vor der Besichtigung des Bestandobjektes oder in Unkenntnis des Mangels die Übergabe der Bestandsache *“in ordnungsgemäßem Zustand“* vom Bestandnehmer bestätigt worden sein, ändert das nichts an seinem Zinsminderungsanspruch. Nur in Fällen, in denen dem Bestandnehmer Mängel bei Vertragsschluss ausdrücklich bekannt sind, besteht kein Anspruch auf diesbezügliche Zinsminderung.

Zu beachten ist laut OGH, dass die Zinsminderung in jenem Verhältnis vorgenommen wird, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zum Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde. Die Wertrelation zwischen mangelfreier und mangelhafter Sache bleibt also erhalten.

Bestimmt wird diese Wertrelation über Vergleich der jeweiligen Marktwerte der Sache mit und ohne Mangel. Der Grad der möglichen Mietzinsminderung wird dabei oft unterschätzt. Es kann zum Beispiel ein Baugerüst an der Hausfassade des Mietobjektes eine Mietzinsminderung von bis zu 15% und Schimmel sogar bis zu 100% laut Judikatur zur Folge haben. Im selben Verhältnis, wie der Marktwert der Sache ohne Mangel zum Marktwert der Sache mit Mangel steht, wird der Mietzins gekürzt. Ziel dieser Preis- bzw. Vertragsanpassung ist die Wiederherstellung der sogenannten *“subjektiven Äquivalenz“* von Leistung und Gegenleistung. Die Wertrelation zwischen der Leistung des einen Vertragsteils und der des anderen Vertragsteiles soll durch diese Preisanpassung wiederhergestellt werden.



Eine solche Mietzinsminderung kann bis zu drei Jahre rückwirkend gefordert werden und stellt auch ein sehr wirksames Instrument dazu dar, den Vermieter zur Behebung von Mängeln am Bestandobjekt zu bewegen.

Von der eigenmächtigen Zurückbehaltung von Zahlungen rate ich jedoch ab. Empfehlenswert ist die Bezahlung des monatlichen Mietzinses mit dem Vermerk *“mit Vorbehalt“*, wobei dieser Vorbehalt dem Vermieter auch zugegangen sein muss, was bei Vermerken bloß am Zahlschein nicht immer der Fall ist.

Ein eigenmächtiger Einbehalt von Teilen des Mietzinses wird hingegen als Zahlungsverzug gewertet, der den Vermieter zur vorzeitigen Auflösung des Mietverhältnisses berechtigen kann, auch wenn dieser Zahlungsverzug nur fahrlässig (z.B. in der irrigen Annahme des Mieters, er könnte eigenmächtig Teile der Miete zurückhalten) erfolgt.

**Unser TIPP:** Sollten Sie aufgrund einer (teilweisen) Unbrauchbarkeit bzw. eines Mangels einer in Bestand genommenen Sache Anspruch auf Mietzinsminderung vermuten, dann zahlen Sie bis zur Klärung, ob und wie viel Zinsminderung Ihnen konkret zusteht, nicht vorbehaltslos den vollen Bestandzins weiter.

Ohne Vorbehalt bezahlte Beträge können Sie nämlich nur dann zurückfordern, wenn Sie über Ihre Verpflichtung zur Bezahlung im Irrtum waren. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung könnte die vorbehaltslose Bezahlung als schlüssiger Verzicht auf Ihren Rückforderungsanspruch auf den zu viel bezahlten Bestandzins gewertet werden, wenn kein Irrtum/Rechtsirrtum vorlag. Schlimmstenfalls könnte sich daraus sogar ein Verzicht auf zukünftige Mietzinsminderungen ableiten lassen.

Bezüglich des tatsächlich zu viel bezahlten Bestandzinses haben Sie andernfalls das Recht, diese Beträge (drei Jahre rückwirkend) zurückzuverlangen, und zwar durch Rückforderung oder (manchmal auch) Aufrechnung. Dieses Recht auf Aufrechnung ist allerdings nicht so zu verstehen, dass eine Mehrzahlung automatisch zu einer Teilvorauszahlung des Bestandzinses späterer Zinsperioden führt.

## **4. MÄNGEL AN GEBRAUCHTEN SACHEN**

Bei uns ist landläufig die Fehlmeinung verbreitet, dass es beim Kauf von gebrauchten Sachen keine Gewährleistungsansprüche gibt. Tatsächlich unterscheidet das Gesetz jedoch grundsätzlich nicht, ob neue oder gebrauchte Sachen gekauft werden. Wir wollen uns daher in dieser sowie in weiteren Ausgaben unseres Quarterly mit Mängeln an gebrauchten Sachen beschäftigen.

**Tenor des Obersten Gerichtshofes: “Auch bei gebrauchten Sachen besteht die Vermutung, dass innerhalb von sechs Monaten ab Übergabe hervorkommende Mängel bereits im Übergabezeitpunkt bestanden haben.“**

*Anlassfall: Ein Landwirt kaufte nach einer kurzen Probefahrt beim Händler einen gebrauchten Traktor. In den rückseitig des Kaufvertrages aufgedruckten AGB (allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen) befand sich unter anderem die Bestimmung, dass “Gebrauchsmaschinen im Zustand wie besichtigt bzw. Probe gefahren ohne jegliche Haftung für Mängel oder Fehler“ geliefert werden.*

*Auf Anraten des Händlers schloss der Landwirt gleichzeitig eine “Goldgarantie“-Versicherung für die Dauer von 12 Monaten ab. Der dafür vorausgesetzte Gebrauchstraktor-Test wurde vom Händler durchgeführt, wobei keine Auffälligkeiten festgestellt wurden.*

*Bereits 2 Monate nach Kauf wurden bei einer Überprüfung des Traktors Mängel an beiden Achsen und an der Hydraulikpumpe festgestellt, wobei 70% der Reparaturkosten die Versicherung übernahm. Weitere 3 Wochen später zeigten sich beim erstmaligen Betrieb unter der Last eines schweren Anhängers Probleme mit dem Getriebe. Der Landwirt stellte den Traktor in die Garage und beauftragte seinen Rechtsvertreter damit, dem Händler die Abholung und Reparatur seines Traktors aufzuerlegen. Der Händler sprach von einem “Goldgarantie“-Versicherungsfall und wies den Landwirt an, den Traktor ehestmöglich in die Werkstätte zu bringen.*

*Der Landwirt war nicht damit einverstanden, wieder einen hohen Selbstbehalt zahlen zu müssen und beantragte deshalb beim Gericht eine Beweissicherung hinsichtlich des Zustandes des Traktors. Die daraufhin durchgeführte Befundaufnahme ergab einige schwere, aber behebbare Mängel und dass weder die Betriebssicherheit noch die Verkehrssicherheit gegeben waren.*

*Auf die Aufforderung des Händlers hin, den Traktor zur Begutachtung in die nächste Werkstätte zu bringen, fuhr der Landwirt den Traktor dort hin. Vorher hatte er ihn noch einige Stunden lang im Standbetrieb zum Holzspalten verwendet, was das beschädigte Getriebe aber nicht beanspruchte. Dadurch, dass der Bauer mit dem Traktor selbst zur Werkstatt fuhr, wurde das Getriebe aber noch weiter beschädigt, die Werkstatt diagnostizierte einen Totalschaden des Getriebes.*

*Die "Goldgarantie"-Versicherung lehnte die Übernahme der anteiligen Reparaturkosten ab, weil zwischen der Beweissicherung und der Überstellung weitere Betriebsstunden entstanden waren und der Landwirt dadurch seine Schadensminderungspflicht verletzt hätte. Ein Urteil des OGH sprach dem Landwirt dennoch die vollen Reparaturkosten zu.*

Obwohl mit der Unterzeichnung des Vertrages ein Gewährleistungsverzicht vereinbart wurde, können Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden, wenn eine Zusage bestimmter Eigenschaften nicht erfüllt wird oder eine normalerweise vorausgesetzte Eigenschaft der Sache fehlt. Unter diesen Umständen ist ein Verzicht auf die Gewährleistung unwirksam.

Beim Kauf eines Gebrauchtwagens, insbesondere von einem gewerblichen Kraftfahrzeughändler mit Werkstättenbetrieb, gilt nach der Rechtsprechung die Fahrbereitschaft – und damit die Verkehrs- und Betriebssicherheit – als schlüssig zugesichert. Die Klausel *"wie besichtigt und Probe gefahren"* betrifft nur Mängel, die bei der Probefahrt erkennbar sind. Laut Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes haftet der Verkäufer deshalb ungeachtet eines Verzichtes des Käufers auf Gewährleistungsansprüche, wenn bestimmte Eigenschaften der Sache, auf die sich der Käufer verlassen durfte, zugesagt wurden oder als konkludent vereinbart anzusehen sind, wie eben z.B. die Fahrbereitschaft des Fahrzeuges.

Laut oben zitierter Rechtsprechung wird vermutet, dass ein Mangel bereits im Zeitpunkt der Übergabe bestanden hat, wenn der Mangel innerhalb von 6 Monaten nach Übergabe hervorkommt. Diese Annahme gilt nicht nur im Verbrauchergeschäft, sondern wurde die gesetzliche Vermutung in das allgemeine Gewährleistungsrecht aufgenommen. Auch bei gebrauchten Sachen ist ein genereller Ausschluss der Vermutung nicht vorgesehen, wenn es sich nicht gerade um Schäden durch besonders intensive Benützung oder normale, altersbedingte Abnutzungsschäden handelt.

**Unser Hinweis:**

Ein umfassender Gewährleistungsausschluss im Zuge eines Verbrauchergeschäftes ist unzulässig, da das Konsumentenschutzgesetz den Verzicht auf Gewährleistungsansprüche nicht zulässt. Ein Landwirt, der einen Traktor für seinen Betrieb kauft, gilt laut Gesetz allerdings als Unternehmer und könnte einen Gewährleistungsausschluss gültig vereinbaren.

## **5. VERMIETUNG VON IMMOBILIEN OHNE VORHERIGE BESICHTIGUNG**

Seit Inkrafttreten des Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetzes, kurz FAGG, am 13.06.2014 gelten im Fernabsatz gegenüber Verbrauchern (wohlgemerkt: nicht gegenüber Unternehmern) ganz spezielle, vorvertragliche Informationspflichten. Auch bei der Vermietung kann sich unter Umständen die Frage stellen, ob die Bestimmungen des FAGG zur Anwendung gelangen.

**Anlassfall:** Zwei Abiturientinnen aus dem Norden Deutschlands wollen ab Herbst in Innsbruck studieren. Da sie im Sommer auf Reisen sind und schon zuvor alles geregelt haben wollen, suchen sie bereits im Vorfeld nach einer passenden Wohnung. Kurzfristige Besichtigungen sind ihnen aufgrund der weiten Entfernung nicht möglich. Sie vertrauen darauf, dass die Wohnung so aussieht, wie auf den übermittelten Fotos und Beschreibungen, sagen fix zu, diese zu mieten, und wollen am Tag ihrer ersten Anreise und Besichtigung auch gleich den Mietvertrag unterzeichnen, um dann nach Ablauf des Sommers die Schlüssel entgegenzunehmen und einzuziehen.

Die Vermieterin ist Kleinunternehmerin. Der Vertragsabschluss findet am Tag der ersten Besichtigung statt. Es stellt sich also die Frage, ob das FAGG zur Anwendung gelangt und die Mieterinnen über ihr 14-tägiges Rücktritts- bzw. Widerrufsrecht aufzuklären sind, welches im Fernabsatz jedem Verbraucher zusteht.

Das FAGG ist nur anzuwenden auf Waren und Dienstleistungen. Die Vermietung von Wohnraum stellt für sich allein keine Dienstleistung dar, weshalb sie auch nicht vom FAGG umfasst ist. Anderes gilt allerdings, wenn der Abschluss des Mietvertrages durch einen Immobilienmakler vermittelt wurde. Ein Vermittlungsvertrag zählt nämlich sehr wohl als Dienstleistung.

### Vermietung ohne Makler:

Dezidiert ausgeschlossen vom Anwendungsbereich des FAGG wird in § 1 Abs 2 Z 7 FAGG u.a. die *“Vermietung von Wohnraum“*. Der Abschluss eines Mietvertrages über eine Wohnung ist daher vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen.

In § 1 Abs 2 Z 6 FAGG wird aber darüber hinaus auch ganz allgemein die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf Verträge u.a. über *“die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an unbeweglichen Sachen“* ausgeschlossen. Davon sollten auch andere Immobilien als Wohnräume umschlossen sein, so beispielsweise Geschäftsräume, Garagen oder Hobbyräume bzw. Immobilien ganz allgemein.

Wer - ohne einen Makler zwischenzuschalten - eine Immobilie vermietet, hat also keine Regelungen des FAGG zu beachten.

### Vermietung durch Makler vermittelt:

Bei Auswärtsgeschäften treffen also Immobilienmakler umfangreiche vorvertragliche Informationspflichten gem. § 4 FAGG. Vom Makler ist dabei der Nachweis zu erbringen, dass dem Verbraucher noch vor Vertragserklärung (beispielsweise eines Mietanbots oder Kaufanbots) diese Informationen auf Papier erteilt wurden.

Bei Fernabsatzgeschäften dürfen die vorvertraglichen Informationspflichten dem jeweiligen Fernkommunikationsmittel angepasst erfüllt werden – beispielsweise durch Erteilung der Kerninformationen und anschließenden Verweis auf eine Homepage.

In jedem Fall muss ein Muster-Widerrufsformular an den Verbraucher übermittelt werden.

Sofern ein Verbraucher korrekt über sein Rücktrittsrecht informiert wurde, beträgt die Rücktrittsfrist 14 Tage ab Vertragsschluss. Wurde ein Verbraucher nicht ausreichend über das Widerrufsrecht informiert, so beginnt die Rücktrittsfrist auch nicht zu laufen. Längstenfalls kann das Rücktrittsrecht dann sogar bis zu 1 Jahr und 14 Tagen betragen!

---

## **6. VERMIETUNG: ELEKTROANLAGEN ÜBERPRÜFEN LASSEN!**

Eine Novelle zur Elektrotechnik-Verordnung (= ETVO) aus dem Jahr 2010 verpflichtet Vermieter bei der Neuvermietung von Wohnungen zur Vorlage eines aktuellen Prüfprotokolls eines Elektrikers, das den Mietern Sicherheit garantiert. Gültig ist diese Novelle bereits seit 13. Juli 2010 für alle (gewerblichen und privaten) Vermieter von Wohnungen in Mehrfamilienhäusern ab 3 Wohneinheiten, und zwar sowohl im Voll-, als auch im Teilanwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes.

Elektroanlagen, die nicht dem heutigen Sicherheitsstandard entsprechen, muss der Vermieter reparieren lassen. Auch müssen sich im Sicherungskasten ausreichend großzügig dimensionierte FI-Schalter (= Fehlerstromschutzschalter) befinden, die im Falle des Gebrechens der Elektroanlage den betreffenden Stromkreis sofort unterbrechen, um die Gefährdung von Menschen zu verhindern.

Vor allem veraltete (vor 1992 errichtete) Anlagen entsprechen den aktuellen Anforderungen an die Sicherheit oftmals nicht. In früheren Zeiten wurden Elektroanlagen oftmals für einen viel geringeren Verbrauch ausgelegt und wenn heutzutage an solche Anlagen eine Vielzahl an Elektrogeräten, wie z.B. Klimaanlage, mehrere Computer etc. angeschlossen wird, steigt die Gefahr eines Gebrechens der alten, schwachen Leitungen.

Wird einem Mieter kein Prüfprotokoll ausgehändigt, so kann dieser übrigens vorübergehend den Mietzins vermindern aufgrund von "latenter Gefahr"!

**Mein TIPP:** Es treffen Sie Haftungsansprüche, sollte es aufgrund von Sicherheitsmängeln in Ihrer vermieteten Wohnung zu der Verletzung von Personen kommen.

Als Vermieter profitieren Sie von der Überprüfung der elektronischen Anlagen Ihrer Wohnung ebenfalls – fehlerhafte Elektroleitungen sind nämlich die häufigste Brandursache in Österreich!

Auch in der eigenen Wohnung ist die fachmännische Überprüfung der Elektroanlagen empfehlenswert, wenn sich Verdachtsmomente hinsichtlich der Sicherheit ergeben oder die Wohnung älter als 20 Jahre ist.

## **7. KLAUSELENTSCHEIDUNG AGB**

Folgende häufig in AGBs vorkommende Klausel wurde vom OGH in einer jüngst ergangenen Entscheidung für ungültig erklärt:

*“Etwaige automatisierte elektronische Antwortschreiben an die Fa. XY (z.B. Abwesenheitsnotiz) können nicht berücksichtigt werden und stehen einer gültigen Zustellung nicht entgegen.“*

Verfänglich an dieser Klausel ist, dass bereits mit dem Tag der Zustellung der Fristlauf für Einsprüche beginnt. Im Falle der elektronischen Zustellung einer Rechnung ist das problematisch. Wer also für mehrere Wochen krankheits- oder urlaubsbedingt seine E-Mails nicht abrufen, oder dessen Mailbox aufgrund zu geringer Speichergröße oder technischer Probleme ein E-Mail erst gar nicht anzeigt, dem würde aus solch einer Klausel ein erheblicher Nachteil erwachsen, wenn die Einspruchsfrist gegen eine zu hohe Rechnung dann, wenn er diese öffnet, bereits abgelaufen ist.

**Unser TIPP:** Wenn Sie als Konsument den Auftrag auf elektronische Zustellung der Monatsrechnung von vornherein nicht erteilen oder einen bereits erteilten solchen Auftrag widerrufen, kann es Ihnen erst gar nicht passieren, dass aus solch einer (sowieso ungültigen) Klausel ein Rechtsstreit erwächst.

## **8. INTERESSANTES ZUM KINDESUNTERHALT FÜR STUDIERENDE**

**Judikaturänderung:** Der Studienerfolg eines jungen Erwachsenen ist sowohl maßgebliches Kriterium für die Gewährung der Familienbeihilfe als auch betreffend mögliche Unterhaltsansprüche gegenüber einem Elternteil. Dass das studierende Kind die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe erfüllt, stellt laut OGH zwar ein Indiz für die Zielstrebigkeit seines Studiums dar, heißt aber nicht automatisch, dass der Studienerfolg auch für die Unterhaltsberechtigung ausreicht bzw. schließt eine gegenteilige Beurteilung im Unterhaltsverfahren nicht aus.

Üblicherweise ist vom Unterhaltspflichtigen bis zum Eintritt der Selbsterhaltungsfähigkeit seines Kindes Unterhalt zu bezahlen. Ein Studium kann die Dauer der Selbsterhaltungsfähigkeit hinausschieben, wenn es ernsthaft und zielstrebig betrieben wird.

Im Unterhaltsrecht bildet die durchschnittliche Studiendauer den Maßstab für das Leistungserfordernis der StudentInnen. So lange die durchschnittliche Studiendauer in einem Fach nicht überschritten wird, ist üblicherweise die Unterhaltspflicht zu bejahen. Diese durchschnittliche Studiendauer ist dabei nicht zu verwechseln mit der Mindeststudiendauer; sie liegt üblicherweise ein paar Semester über der Mindeststudiendauer.

Insgesamt gilt es in einem Studium 300 ECTS-Punkte zu erreichen. Würde bei Unterhaltsentscheidungen an die geringen Anforderungen für die Familienbeihilfe angeknüpft (Voraussetzung: mind. 16 ECTS pro Jahr), würde sich so eine geradezu absurde Zulässigkeitsverlängerung der Studiendauer ergeben auf rechnerische nahezu 19 Jahre.

Zwischen Studien, die in Studienabschnitte gegliedert sind und nicht weiter untergliederten Bachelor- und/oder Masterstudien wird in der Rechtsprechung nicht starr unterschieden. Es kommt auf die Prognose an, ob das studierende Kind sein Studium bzw. den jeweiligen Studienabschnitt in der durchschnittlichen Zeit beenden werde. Eine laufende Überprüfung der Zielstrebigkeit ist dabei keineswegs ausgeschlossen. Für jene Zeitperioden, in denen ein Studium nicht ernsthaft betrieben wird, besteht kein Unterhaltsanspruch.

Während der ersten ein bis zwei Semester lässt die Rechtsprechung allerdings eine gewisse Milde walten, schließlich leiden viele Studienneulinge an Anpassungs- und Umstellungsschwierigkeiten zu Beginn ihres Universitätsstudiums.

**Anlassfall:** Eine Lehramtsstudentin der Fächer Mathematik und Geschichte hat binnen drei Semestern Prüfungen und Kurse im Ausmaß von insgesamt 58 ECTS-Punkten positiv absolviert. Ihr unterhaltspflichtiger Vater beantragte eine Überprüfung des zielstrebigem Studiums seiner Tochter und im Anschluss daran die Unterhaltsbefreiung. Das Gericht gab ihm Recht.

Obwohl dieser Studienerfolg der Tochter ausreichte, um die Familienbeihilfe zu beziehen, kann er nicht als *„zielstrebig“* angesehen werden. Als Maßstab dafür dient dem OGH die jeweils *durchschnittliche* Studiendauer in einem Studienfach. Die Leistung der Lehramtsstudentin hat nur ca. 60% der für den Abschluss eines Studiums innerhalb der durchschnittlichen Studiendauer erforderlichen Leistung entsprochen. Von *„Anfangsschwierigkeiten“* könne im vierten Semester auch nicht mehr die Rede sein. Ein zielstrebiges Studium sei deshalb nicht zu erkennen gewesen laut OGH.



## **9. RAUCHEN IN DER WOHNANLAGE**

**Familie Muster bewohnt eine schöne Mietwohnung im Dachgeschoß eines Mehrparteienhauses. Seit in der Wohnung darunter neue Mieter eingezogen sind, die am Balkon rauchen, zieht der ganze Rauch in ihre Wohnung und setzt sich unter den Dachbalken fest. Die Wohnung der Nichtraucherfamilie stinkt wie eine Raucherwohnung. Was kann Familie Muster in diesem Fall tun?**

Grundsätzlich gibt es zwei Wege, auf welchen gegen die störende Immission (Tabakrauch) vorgegangen werden kann:

Die durch den Rauch gestörten Anwohner/Eigentümer/Mieter selbst haben gegenüber dem qualmenden Störenfried einen Anspruch auf Unterlassung einer Immission gemäß § 364 ABGB. Dabei wird immer auf die Frage der Ortsüblichkeit und Zumutbarkeit einer Beeinträchtigung abgestellt. Insgesamt ist es diesbezüglich so, dass man gegen einen neu zugezogenen Raucher bessere Karten in der Hand hat als gegen einen alteingesessenen, kettenrauchenden Nachbarn. Gegen von Anfang an vorhandene Immissionen (welche die Grenze der Gesundheitsgefährdung nicht überschreiten) kann man sich kaum wehren. Sollte allerdings der Nachweis gelingen, dass durch den Tabakrauch von nebenan die eigene Gesundheit beeinträchtigt wird, zählt das Argument der "Ortsüblichkeit" nicht mehr.

Außerdem können Mieter von ihrem Vermieter eine Mietzinsminderung begehren. Richtwert hierfür sind zwischen 5-10% der Bruttomiete. Dies ändert aber natürlich nichts an der Gesundheitsbeeinträchtigung durch Passivrauch.

Die Vermieter des betreffenden Störers haben einen Unterlassungsanspruch gegenüber ihrem rauchenden Mieter, sofern das Rauchverhalten einen "erheblich nachteiligen Gebrauch der Wohnung" darstellt. Wenn wegen dieser Rauchbelästigung andere Mieter des Hauses vorzeitig ihre Verträge kündigen und ausziehen, ist dieser "erheblich nachteilige Gebrauch" laut jüngst ergangenen Urteil aus Wien auf jeden Fall bestätigt. Diesen Unterlassungsanspruch können sie an andere Mieter aus Nachbarwohnungen schriftlich abtreten, damit diese vor Gericht ziehen können.

Anfang des Jahres 2015 hat ein vor dem Wiener Bezirksgericht entschiedener Rechtsstreit hohe Wellen geschlagen. Es wurde einem Mieter erstmalig komplett verboten, auf seiner Loggia oder bei geöffnetem Fenster seine Zigarren zu rauchen. Diese Entscheidung erster Instanz ist jedoch

noch nicht rechtskräftig und wurde nur darauf gegründet, dass der Raucher seine Mietwohnung nachteilig gebrauchte.

Wenn man die aktuelle Rechtsprechung zu diesem Thema in Deutschland beobachtet, zeichnet sich der Trend ab, dass ein Interessenausgleich angestrebt wird. So wird es Rauchern zu bestimmten Zeiten erlaubt, ihren Rauch aus der Wohnung ins Freie zu lüften oder am Balkon zu rauchen, und zu anderen Zeiten verboten, damit die nicht rauchenden Nachbarn lüften können.

Sämtliche bisher zu diesem Thema gefällten Entscheidungen stellen Einzelfallentscheidungen dar. Das heißt, dass kein Gericht an die Entscheidung eines anderen Gerichtes gebunden ist, sondern in jedem Fall je nach räumlicher Situation abweichend entschieden werden kann.

Insgesamt wäre die beste Lösung, wenn Nachbarn untereinander außergerichtlich einen Kompromiss schließen und aufeinander Rücksicht nehmen würden, und vor allem Raucher Verständnis dafür haben, dass ihre "individuelle Freiheit" dort endet, wo sie andere gefährdet. Bei Zigarettenrauch geht es schließlich nicht nur um eine geruchliche Belästigung (wie z.B. bei Küchengerüchen), sondern um eine gesundheitliche.

---

## **10. DIE BAUWERKHAFTUNG TRIFFT AUCH VERMIETER**

**Vermieter sollten sich den Zugang zum vermieteten Objekt regelmäßig genau ansehen. Diesen während der gesamten Bestandzeit im sicheren Zustand zu erhalten, stellt nämlich lt. Oberstem Gerichtshof eine mietvertragliche Nebenleistungspflicht dar, und zwar selbst dann, wenn dieser Zugang nicht ausschließlich über eine im Eigentum des Vermieters stehende Fläche führt!**

Anlassfall war der Sturz eines Mieters im Zugangsbereich zur in einer Wohnanlage gemieteten Wohnung. Dieser Hauszugang war auf der Seite zum ca. 1,15 m tiefer gelegenen Garagenbereich hin nur durch eine 22 cm hohe Stützmauer begrenzt, aber nicht weiter (z.B. durch ein Geländer oder ein Gitter) gegen Abstürze gesichert. Zudem war dieser Zugangsbereich nicht ausreichend beleuchtet. Der OGH erkannte hierbei ein "*mangelhaftes Werk*" und einen Fall sogenannter "*vertraglicher Bauwerkhaftung*" des Vermieters. Die Wohnanlage bestand seit 1972, entsprach der Baubewilligung, die an dieser Stelle keine Absturzsicherung vorschrieb, und gab es seit 1972 auch noch nie einen Unfall dieser Art an dieser Stelle.

Wer jedoch laut Oberstem Gerichtshof aufgrund Eigenerkenntnis um den Bestand einer Gefahrenquelle weiß oder wissen müsste, aber ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen zu deren Beseitigung unterlässt, hat aufgrund der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten dem Geschädigten zu haften.

Die Beklagten (die Eigentümergemeinschaft und die Vermieterin) hätten die von dem mangelhaft beschaffenen Hauszugang ausgehende Gefahr erkennen und vorhersehen müssen, dass jemand bei Dunkelheit stolpern und in den (1,15 m) tiefer gelegenen Garagenbereich stürzen könnte.

Neben der Hausgemeinschaft habe die Erstbeklagte als auch Vermieterin zusätzlich aus dem Titel des Schadenersatzes aus Vertrag zu haften.

Die Vermieterin hat also ihre Verkehrssicherungspflicht nicht erfüllt und steht dem abgestürzten Mieter deshalb Schadenersatz aus Vertrag zu. Für die deliktischen Schadenersatzansprüche haftet (wie bisher zusätzlich dazu) die Eigentümergemeinschaft der Wohnanlage.

**Unser TIPP:** Sofern irgendwo eine Gefahr erkennbar ist und vorhergesehen werden kann, dass ein Unfall passieren könnte, trifft den Eigentümer als Vermieter eine zusätzliche Sorgfaltspflicht. Er hat bzw. hätte dafür zu sorgen, dass die betreffende Gefahr gebannt wird.

Im vorliegenden Fall hätte die Vermieterin als Mit- und Wohnungseigentümerin in der Hausversammlung die Montage einer Lampe oder/und eines Geländers an dieser Stelle zumindest beantragen müssen.

Sollte der entsprechende Antrag dann abgelehnt werden, so müsste bzw. könnte sie im Falle der Inanspruchnahme aus dem Titel des Schadenersatzes aus Vertrag hinsichtlich der weitergehenden Haftung gegenüber der Eigentümergemeinschaft eventuell Regress nehmen. Das wäre in einem solchen Fall – wenn man ihn zu Ende denkt - nur gerecht, ist aber freilich noch nicht ausjudiziert.

## **G**EMÜTLICHER AUSKLANG: DIE RICHTERSKANTINE

### **Aktuelle Witze – auch von und über Juristen – und deren Lösung**

#### Grund zur Freude:

Richter: “Die nächste Person, die diese Verhandlung unterbricht, wird nach Hause geschickt!”

Gefangener unterbricht ihn sofort: “Juhuuu!”

#### Beweisführung:

Staatsanwalt: “Sie behaupten also, mit Ihrem Auto nicht die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten zu haben. Können Sie das beweisen?”

Angeklagter: “Das kann ich sehr wohl beweisen: Ich befand mich gerade auf dem Weg zu meiner Schwiegermutter.“

#### Anwalt in Seenot:

Eine Jacht gerät auf hoher See in Seenot und sinkt. Als das angeforderte Rettungsschiff auftaucht, ist von den Passagieren nur mehr der Anwalt am Leben – die restlichen Passagiere wurden von Haien gefressen. “Wie haben Sie überlebt?” wird der Anwalt von seinen Rettern gefragt, “was ist Ihr Geheimnis?” Der Anwalt: “Reine Solidarität und Diplomatie im Verhandeln mit Raubfischen! Man muss sich halt in gewissen Situationen arrangieren.“

#### Missverständnis:

Richter zum Angeklagten: “Wo waren Sie zwischen 5 und 6?”

Angeklagter: “Im Kindergarten, danach in der Volksschule!”

#### Jugendsünde:

“Schämen Sie sich eigentlich nicht, in Ihrem Alter noch einen Fernseher zu stehlen?” – “Aber nein! In meiner Jugend gab es doch noch keine Fernseher, Herr Richter!”