

# TE OGH 1997/11/25 50b428/97w

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.11.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Schwarz, Dr.Floßmann, Dr.Baumann und Dr.Hradil als weitere Richter in der Mietrechtssache der Antragstellerin T\*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Hermann Graus, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, wider die Antragsgegnerin Helene M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Johannes Patzak, Rechtsanwalt in 1010 Wien, wegen §§ 46a Abs 3, 37 Abs 1 Z 8 MRG, infolge Revisionsrekurses der Antragsgegnerin gegen den Sachbeschuß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 23.Mai 1997, GZ 39 R 91/97i-33, womit der Sachbeschuß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 18.November 1996, GZ 39 Msch 34/95g-29, bestätigt wurde, folgendenDer Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Schwarz, Dr.Floßmann, Dr.Baumann und Dr.Hradil als weitere Richter in der Mietrechtssache der Antragstellerin T\*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Hermann Graus, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, wider die Antragsgegnerin Helene M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Johannes Patzak, Rechtsanwalt in 1010 Wien, wegen Paragraphen 46 a, Absatz 3,, 37 Absatz eins, Ziffer 8, MRG, infolge Revisionsrekurses der Antragsgegnerin gegen den Sachbeschuß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 23.Mai 1997, GZ 39 R 91/97i-33, womit der Sachbeschuß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 18.November 1996, GZ 39 Msch 34/95g-29, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die Antragstellerin ist seit 1.1.1971 Hauptmieterin eines Geschäftslokals im Haus \*\*\*\*\* in 1010 Wien, das der Antragsgegnerin gehört. Dieses Geschäftslokal wird für den Betrieb eines Restaurants/Cafe-Restaurants benutzt. Der vereinbarungsgemäß zu zahlende Hauptmietzins beträgt S 59.232,12 monatlich.

Die Antragsgegnerin hat die Verpachtung dieses Geschäftslokals zum Anlaß genommen, von der Antragstellerin gemäß § 46a Abs 3 MRG ab Februar 1995 einen höheren Mietzins zu verlangen, und zwar auf der Basis eines als angemessen erachteten Betrages von S 137.354,60 in einer ersten Stufe S 64.440,29. Die grundsätzliche Berechtigung der Antragsgegnerin zur Mietzinsanhebung ist unbestritten; die Antragstellerin meint jedoch, schon jetzt den angemessenen Hauptmietzins oder sogar mehr als diesen zu zahlen, und hat deshalb zunächst bei der zuständigen Schlichtungsstelle, dann bei dem von der Antragsgegnerin gemäß § 40 Abs 2 MRG angerufenen Erstgericht die Überprüfung des Hauptmietzinses verlangt.Die Antragsgegnerin hat die Verpachtung dieses Geschäftslokals zum

Anlaß genommen, von der Antragstellerin gemäß Paragraph 46 a, Absatz 3, MRG ab Februar 1995 einen höheren Mietzins zu verlangen, und zwar auf der Basis eines als angemessen erachteten Betrages von S 137.354,60 in einer ersten Stufe S 64.440,29. Die grundsätzliche Berechtigung der Antragsgegnerin zur Mietzinsanhebung ist unbestritten; die Antragstellerin meint jedoch, schon jetzt den angemessenen Hauptmietzins oder sogar mehr als diesen zu zahlen, und hat deshalb zunächst bei der zuständigen Schlichtungsstelle, dann bei dem von der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 40, Absatz 2, MRG angerufenen Erstgericht die Überprüfung des Hauptmietzinses verlangt.

Strittig ist vor allem (ohne daß es hier auf die Details des beiderseitigen Vorbringens ankäme), ob und inwieweit die Art der im verfahrensgegenständlichen Geschäftslokal ausgeübten Geschäftstätigkeit die Höhe des zulässigen Hauptmietzinses beeinflußt.

Das Erstgericht sprach aus, daß die Anhebung des Hauptmietzinses für den Monat Februar 1995 überhaupt und für die Zeit von März bis Dezember 1995 insoweit unzulässig sei, als der von der Antragsgegnerin begehrte Betrag monatlich S 59.500,- übersteigt. Weiters stellte das Erstgericht fest, daß der angemessene Hauptmietzins für das verfahrensgegenständliche Geschäftslokal zum Jänner 1995 - desgleichen zum März 1994 und März 1995 - monatlich S 64.000,- beträgt. Es ging dabei von folgendem Sachverhalt aus:

Das Bestandobjekt besteht aus voneinander abgetrennten Teilen im Erdgeschoßen mit Eingang zur Dorotheergasse (Größe 223,89 m<sup>2</sup>) bzw zur A\*\*\*\*\*gasse (121,05 m<sup>2</sup>) und aus fünf Kellerräumen mit einer Größe von inkl. Stiegenabgang 213,65 m<sup>2</sup>, exkl. Stiegenabgang 195,83 m<sup>2</sup>.

Das Geschäftslokal war bei Anmietung 1971 in völlig abgenutztem Zustand. Es waren weder Be- noch Entlüftungsanlage noch eine wirksame Heizung oder eine Warmwasserbereitung vorhanden. Die Antragstellerin tätigte im Jahr 1971 in großem Umfang Investitionen; unter anderem wurden sämtliche Installationen im Bereich Gas-, Wasserzu- und -ableitungen, Heizkesselanlagen, Warmwasserbereitung und Be- und Entlüftung erneuert bzw neu eingebaut. Im Lauf der Zeit wurden diese Einrichtungen teilweise von der Antragstellerin schon wieder erneuert.

Die Antragstellerin hat im Objekt zwei Restaurationsunternehmen betrieben (mit gesonderten Eingängen zur D\*\*\*\*\*- bzw A\*\*\*\*\*gasse). Schon seit Jahren, also schon vor März 1994, hat die Antragsgegnerin die Restaurationsbetriebe verpachtet.

Mit Schreiben an die Antragstellerin vom 26. oder 20.1.1995 bezifferte die Antragsgegnerin, vertreten durch den Antragsgegnervertreter, unter Hinweis auf § 46a Abs 3 MRG unter der Annahme einer Nutzfläche von 311,42 m<sup>2</sup> (Gast- und Nebenräume) sowie 182,78 m<sup>2</sup> (Lagerräumlichkeiten im Keller) den den ihrer Meinung nach angemessenen Hauptmietzins mit S 137.354,60. Die Differenz zum derzeit bestehenden Hauptmietzins von S 59.232,12 betrage demnach S 78.122,48. Die Antragsgegnerin werde 1/15 dieser Differenz, also S 5.208,17, der Antragstellerin ab dem nächsten Zinstermin zzgl. zum bisherigen Hauptmietzins vorschreiben, sodaß der monatliche Hauptmietzins für 1995 ab der nächsten Zinsperiode S 64.440,29 betrage. Mit Schreiben an die Antragstellerin vom 26. oder 20.1.1995 bezifferte die Antragsgegnerin, vertreten durch den Antragsgegnervertreter, unter Hinweis auf Paragraph 46 a, Absatz 3, MRG unter der Annahme einer Nutzfläche von 311,42 m<sup>2</sup> (Gast- und Nebenräume) sowie 182,78 m<sup>2</sup> (Lagerräumlichkeiten im Keller) den den ihrer Meinung nach angemessenen Hauptmietzins mit S 137.354,60. Die Differenz zum derzeit bestehenden Hauptmietzins von S 59.232,12 betrage demnach S 78.122,48. Die Antragsgegnerin werde 1/15 dieser Differenz, also S 5.208,17, der Antragstellerin ab dem nächsten Zinstermin zzgl. zum bisherigen Hauptmietzins vorschreiben, sodaß der monatliche Hauptmietzins für 1995 ab der nächsten Zinsperiode S 64.440,29 betrage.

Das Bestandobjekt befindet sich in sehr guter Lage. Durch Aufteilung der Geschäftslokalfläche im Erdgeschoß auf zwei Restaurationsbetriebe ist die Größe der "beiden" Geschäftslokale gut. Auch die Konfiguration der Geschäftslokale ist gut; lediglich die Lagerfläche im Keller ist erheblich zu groß (ca 60 m<sup>2</sup> würden genügen) und nur über einen langen Stiegenabgang mit ca 25 Stufen relativ schwer erreichbar. Die Relation zwischen Gast- und Nebenräumen ist bei beiden Lokalen sehr gut. Die Erdgeschoßflächen sind für einen Gastronomiebetrieb bestens geeignet.

Ausgehend von einem schlechten Ausstattungs- und Erhaltungszustand des Geschäftslokals betrug der angemessene Hauptmietzins unter Berücksichtigung der oben genannten Faktoren (nach dem Gutachten eines Immobilien-sachverständigen) im Zeitraum März 1994 bis März 1995 durchgehend S 92.100,-.

Der für die im Objekt betriebenen Gastgewerbeunternehmen leistbare Nettohauptmietzins betrug im selben Zeitraum (nach dem Subgutachen eines Sachverständigen für alle Bereiche der Gastronomie) durchgehend S 64.000,-.

Rechtlich führte das Erstgericht dazu aus, daß das der Antragstellerin offenbar Ende Jänner 1995 zugekommene Anhebungsschreiben eine Anhebung erst ab März 1995 und nicht schon ab Februar 1995 rechtfertige. Bei dieser auf § 46a Abs 3 MRG gestützten Anhebung auf den nach § 16 Abs 1 MRG angemessenen Mietzins in Fünfzehntelschritten sei die Art der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit zu berücksichtigen, was nur zu einer Herabsetzung des Hauptmietzinses führen könne. Was die Interpretation des Begriffes der "Art der Geschäftstätigkeit" anlange, so habe der Gesetzgeber damit nicht schlechthin den Unternehmer schützen, sondern bloß normieren wollen, daß es eine Grenze gebe, bis zu welcher der Hauptmietzins angehoben werden dürfe. Die Berücksichtigung der Art der Geschäftstätigkeit sei auch an keine bestimmte Unternehmensart geknüpft. Im Ausschußbericht werde nur grundsätzlich ausgesagt, daß die genannte Beschränkung soziale Härten vermeiden solle. Die Sicherung der Nahversorgung und die ertragsarmen Branchen seien in diesem Zusammenhang nur beispielsweise erwähnt. Es sei daher bei jeder Branche auf die mit der ausgeübten Geschäftstätigkeit verbundenen Ertragsmöglichkeiten Rücksicht zu nehmen. Ein "Branchenschutz" könne nur dann erreicht werden, wenn der zu zahlende Mietzins den leistbaren Mietzins nicht übersteige. Dies bedeute, daß im vorliegenden Fall in Fünfzehntelschritten auf einen Mietzins von S 64.000,- angehoben werden dürfe. Die Differenz zum bisher bezahlten Hauptmietzins von S 59.232,12 betrage S 4.767,88, wovon 1/15 (S 317,86) auf den bisher bezahlten Hauptmietzins aufgeschlagen werden dürfe. Das ergebe einen monatlichen Hauptmietzins von S 59.550,-, den die Antragstellerin ab März 1995 für das ganze Jahr 1995 zu bezahlen habe. Rechtlich führte das Erstgericht dazu aus, daß das der Antragstellerin offenbar Ende Jänner 1995 zugekommene Anhebungsschreiben eine Anhebung erst ab März 1995 und nicht schon ab Februar 1995 rechtfertige. Bei dieser auf Paragraph 46 a, Absatz 3, MRG gestützten Anhebung auf den nach Paragraph 16, Absatz eins, MRG angemessenen Mietzins in Fünfzehntelschritten sei die Art der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit zu berücksichtigen, was nur zu einer Herabsetzung des Hauptmietzinses führen könne. Was die Interpretation des Begriffes der "Art der Geschäftstätigkeit" anlange, so habe der Gesetzgeber damit nicht schlechthin den Unternehmer schützen, sondern bloß normieren wollen, daß es eine Grenze gebe, bis zu welcher der Hauptmietzins angehoben werden dürfe. Die Berücksichtigung der Art der Geschäftstätigkeit sei auch an keine bestimmte Unternehmensart geknüpft. Im Ausschußbericht werde nur grundsätzlich ausgesagt, daß die genannte Beschränkung soziale Härten vermeiden solle. Die Sicherung der Nahversorgung und die ertragsarmen Branchen seien in diesem Zusammenhang nur beispielsweise erwähnt. Es sei daher bei jeder Branche auf die mit der ausgeübten Geschäftstätigkeit verbundenen Ertragsmöglichkeiten Rücksicht zu nehmen. Ein "Branchenschutz" könne nur dann erreicht werden, wenn der zu zahlende Mietzins den leistbaren Mietzins nicht übersteige. Dies bedeute, daß im vorliegenden Fall in Fünfzehntelschritten auf einen Mietzins von S 64.000,- angehoben werden dürfe. Die Differenz zum bisher bezahlten Hauptmietzins von S 59.232,12 betrage S 4.767,88, wovon 1/15 (S 317,86) auf den bisher bezahlten Hauptmietzins aufgeschlagen werden dürfe. Das ergebe einen monatlichen Hauptmietzins von S 59.550,-, den die Antragstellerin ab März 1995 für das ganze Jahr 1995 zu bezahlen habe.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung mit folgender Maßgabe:

"1.) Festgestellt wird, daß der angemessene Hauptmietzins für das Bestandobjekt top 6-9, Augustiner-straße 12, 1010 Wien zum Zeitpunkt 26.1.1995 S 64.000,- betragen hat.

2.) Die Antragsgegnerin ist berechtigt, ab 1.3.1995 für das obgenannte Bestandobjekt einen monatlichen Hauptmietzins in Höhe von

S 59.550,- zu begehren.

3.) Die Antragsgegnerin hat durch Vorschreibung eines Hauptmietzinses in Höhe von S 64.440,29 ab 1.2.1995 das gesetzlich zulässige Zinsausmaß um S 4.890,29 monatlich überschritten.

4.) ..... (Kostenentscheidung)."

In rechtlicher Hinsicht meinte das Rekursgericht, daß in allen Fällen der Fünfzehntelanhebung - wenngleich auch nur in § 46a Abs 2 MRG ausdrücklich normiert - bei der Höhe des angemessenen Mietzinses die "Art der bisherigen Geschäftstätigkeit" zu berücksichtigen sei, solange das Unternehmen ohne Änderung der Geschäftstätigkeit weitergeführt wird (Würth/Zingher WohnR 94, Anm 6 zu § 46a MRG mit Hinweis auf den AB zu Art II Z 12 und Z 38). Die einzige Übereinstimmung in der Literatur zu dieser neuen Regelung bestehe darin, daß die Berücksichtigung der "Art

der Geschäftstätigkeit" nur zu einer Reduzierung, nicht aber zu einer Erhöhung des für das Objekt an sich nach § 16 Abs 1 MRG angemessenen Mietzinses führen könne (vgl Reich-Rohrwig, Mietzinserhöhung 1994, 169; Ostheim, Unternehmensveräußerung und Mietzinserhöhung im 3.WÄG, WoBl 1993, 200 ff; Doralt, RdW 1994, 98 f; Würth/Zingher WohnR 94, Anm 5 zu § 12aLN rechtlicher Hinsicht meinte das Rekursgericht, daß in allen Fällen der Fünfzehntelanhebung - wenngleich auch nur in Paragraph 46 a, Absatz 2, MRG ausdrücklich normiert - bei der Höhe des angemessenen Mietzinses die "Art der bisherigen Geschäftstätigkeit" zu berücksichtigen sei, solange das Unternehmen ohne Änderung der Geschäftstätigkeit weitergeführt wird (Würth/Zingher WohnR 94, Anmerkung 6 zu Paragraph 46 a, MRG mit Hinweis auf den AB zu Art römisch II Ziffer 12 und Ziffer 38.). Die einzige Übereinstimmung in der Literatur zu dieser neuen Regelung bestehe darin, daß die Berücksichtigung der "Art der Geschäftstätigkeit" nur zu einer Reduzierung, nicht aber zu einer Erhöhung des für das Objekt an sich nach Paragraph 16, Absatz eins, MRG angemessenen Mietzinses führen könne vergleiche Reich-Rohrwig, Mietzinserhöhung 1994, 169; Ostheim, Unternehmensveräußerung und Mietzinserhöhung im 3.WÄG, WoBl 1993, 200 ff; Doralt, RdW 1994, 98 f; Würth/Zingher WohnR 94, Anmerkung 5 zu Paragraph 12 a,

MRG).

Nach den Erläuterungen zur entsprechenden Bestimmung des § 40 des Ministerialentwurfes zu einem Bundeswohngesetz (BWRG-Entw, JMZ 7123/6-17/93) hätten vor allem Unternehmer geschützt werden sollen, die die Nahversorgung gewährleisten, weshalb das Gesetz bei der Prüfung des angemessenen Mietzinses darauf abstelle, "welche Ausgaben in der jeweiligen Branche für ein entsprechendes Geschäftslokal üblich sind" (Erl z BWRG-Entw 93). Nach den Erläuterungen zur entsprechenden Bestimmung des Paragraph 40, des Ministerialentwurfes zu einem Bundeswohngesetz (BWRG-Entw, JMZ 7123/6-17/93) hätten vor allem Unternehmer geschützt werden sollen, die die Nahversorgung gewährleisten, weshalb das Gesetz bei der Prüfung des angemessenen Mietzinses darauf abstelle, "welche Ausgaben in der jeweiligen Branche für ein entsprechendes Geschäftslokal üblich sind" (Erl z BWRG-Entw 93).

Weder aus dem Gesetz noch aus dem Bericht des Bautenausschusses lasse sich ableiten, daß die Berücksichtigung der Art der Geschäftstätigkeit nur bei bestimmten Branchen (Nahversorgung, ertragsarme Branchen) und/oder bei Hochpreislagen zu erfolgen hätte. Ein Gastgewerbeunternehmen im Zentrum der Stadt könne wohl nicht als "Nahversorger" behandelt werden; als solche könnten vielmehr nur Gastgewerbebetriebe in den Randbezirken bezeichnet werden, wo zu moderaten Preisen der Bevölkerung auch ohne weite Anfahrtswege eine Konsumationsmöglichkeit zur Verfügung gestellt werden soll. Dennoch habe auch im Zentrum der Städte, also in teuren Geschäftslagen, eine Berücksichtigung der Art der Geschäftstätigkeit (Ertragsfähigkeit) in der Form zu erfolgen, daß die Überlebensfähigkeit der Gastgewerbebetriebe unabhängig von einer Funktion als Nahversorgungsbetrieb garantiert wird.

Zu Recht habe sich daher das Erstgericht bei seiner Entscheidung an dem Subgutachten des Sachverständigen D\*\*\*\*\* zur Ertragsfähigkeit des gegenständlichen Unternehmens orientiert. Da der Gesetzgeber es unterlassen habe, die "Berücksichtigung nach der Art der Geschäftstätigkeit" zu definieren, erscheine es unter Heranziehung der bisher aufgezeigten Überlegungen zweckmäßig, die "Art der Geschäftstätigkeit" als ein weiteres Kriterium neben den in § 16 Abs 1 MRG zur Überprüfung der Angemessenheitsgrenze genannten zu betrachten. Die Angemessenheit könne daher nur im Einzelfall unter Heranziehung der in § 16 Abs 1 Z 1 MRG genannten gesetzlichen Komponenten, nämlich Größe, Art, Beschaffenheit, Lage, Ausstattungs- und Erhaltungszustand geprüft werden. Dazu seien nach kritischer Ermittlung des für gleichwertige Objekte nach Art, Größe und Lage üblichen Mietzinses Zu- und Abschläge entsprechend den anderen Wertfaktoren vorzunehmen. Die sich hiefür empfehlende Vergleichswertmethode setze freilich voraus, daß entweder ein Markt besteht, der brauchbare Vergleiche bietet, oder daß doch zumindest einige vergleichsfähige Vermietungsfälle unter annähernd gleichen Verhältnissen im näheren Umkreis herangezogen werden können. Da aber eine völlige Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der Beschaffenheit der zu vergleichenden Vermietungsfälle in der Regel nicht gegeben sei, könne der Sachverständige ohne zusätzliche abstrakte Bewertungskriterien, die auf die Besonderheit des zur Beurteilung stehenden Falles Bedacht nehmen und deren Berücksichtigung ihm aufgrund seiner Erfahrung und Sachkunde erst möglich ist, nicht auskommen (vgl MietSlg 43.191/10; 43.192/17). Zu Recht habe sich daher das Erstgericht bei seiner Entscheidung an dem Subgutachten des Sachverständigen D\*\*\*\*\* zur Ertragsfähigkeit des gegenständlichen Unternehmens orientiert. Da der Gesetzgeber es unterlassen habe, die "Berücksichtigung nach der Art der Geschäftstätigkeit" zu definieren, erscheine es unter Heranziehung der bisher aufgezeigten Überlegungen zweckmäßig, die "Art der Geschäftstätigkeit" als ein weiteres Kriterium neben den in Paragraph 16, Absatz eins, MRG

zur Überprüfung der Angemessenheitsgrenze genannten zu betrachten. Die Angemessenheit könne daher nur im Einzelfall unter Heranziehung der in Paragraph 16, Absatz eins, Ziffer eins, MRG genannten gesetzlichen Komponenten, nämlich Größe, Art, Beschaffenheit, Lage, Ausstattungs- und Erhaltungszustand geprüft werden. Dazu seien nach kritischer Ermittlung des für gleichwertige Objekte nach Art, Größe und Lage üblichen Mietzinses Zu- und Abschläge entsprechend den anderen Wertfaktoren vorzunehmen. Die sich hiefür empfehlende Vergleichswertmethode setze freilich voraus, daß entweder ein Markt besteht, der brauchbare Vergleiche bietet, oder daß doch zumindest einige vergleichsfähige Vermietungsfälle unter annähernd gleichen Verhältnissen im näheren Umkreis herangezogen werden können. Da aber eine völlige Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der Beschaffenheit der zu vergleichenden Vermietungsfälle in der Regel nicht gegeben sei, könne der Sachverständige ohne zusätzliche abstrakte Bewertungskriterien, die auf die Besonderheit des zur Beurteilung stehenden Falles Bedacht nehmen und deren Berücksichtigung ihm aufgrund seiner Erfahrung und Sachkunde erst möglich ist, nicht auskommen vergleiche MietSlg 43.191/10; 43.192/17).

Auch dieses weitere, nur mietzinsmindernd wirkende Kriterium der "Art der Geschäftstätigkeit" habe daher unter Heranziehung der übrigen in § 16 Abs 1 MRG genannten Kriterien anhand der Vergleichswertmethode durch den Sachverständigen geprüft zu werden. Betrachte man die "Art der Geschäftstätigkeit" als ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der Angemessenheit des Mietzinses, so werde in vielen Fällen - so auch im vorliegenden - dem Kriterium der Lage des Geschäftslokals keine so große, einen Zuschlag rechtfertigende Bedeutung mehr zukommen, wie in jenen Fällen, in denen die Art der Geschäftstätigkeit keine Rolle spielt. Dies könne je nach Geschäftslage oder Branche dazu führen, daß kein oder nur ein geringer Abschlag bei der Ermittlung der Angemessenheitsgrenze zu machen sei. Diese Interpretation erscheine mit den Intentionen des Gesetzgebers im Einklang zu stehen. Dem Begriff der "Angemessenheit" werde dadurch entsprochen, daß die konkrete wirtschaftliche Situation eines Unternehmens, unabhängig von der Tüchtigkeit oder Untüchtigkeit des Unternehmers, aber unter Einbeziehung der anderen vom Gesetzgeber aufgestellten Kriterien berücksichtigt wird. Auch dieses weitere, nur mietzinsmindernd wirkende Kriterium der "Art der Geschäftstätigkeit" habe daher unter Heranziehung der übrigen in Paragraph 16, Absatz eins, MRG genannten Kriterien anhand der Vergleichswertmethode durch den Sachverständigen geprüft zu werden. Betrachte man die "Art der Geschäftstätigkeit" als ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der Angemessenheit des Mietzinses, so werde in vielen Fällen - so auch im vorliegenden - dem Kriterium der Lage des Geschäftslokals keine so große, einen Zuschlag rechtfertigende Bedeutung mehr zukommen, wie in jenen Fällen, in denen die Art der Geschäftstätigkeit keine Rolle spielt. Dies könne je nach Geschäftslage oder Branche dazu führen, daß kein oder nur ein geringer Abschlag bei der Ermittlung der Angemessenheitsgrenze zu machen sei. Diese Interpretation erscheine mit den Intentionen des Gesetzgebers im Einklang zu stehen. Dem Begriff der "Angemessenheit" werde dadurch entsprochen, daß die konkrete wirtschaftliche Situation eines Unternehmens, unabhängig von der Tüchtigkeit oder Untüchtigkeit des Unternehmers, aber unter Einbeziehung der anderen vom Gesetzgeber aufgestellten Kriterien berücksichtigt wird.

Im vorliegenden Fall sei durch die Heranziehung des Sachverständigen D\*\*\*\*\*, der die Ertragsfähigkeit des Unternehmens prüfte, dem Kriterium der "Art der Geschäftsführung" Rechnung getragen und dieses als Mietzinsminderung zur Erhaltung der Überlebensfähigkeit des Unternehmens berücksichtigt worden.

Diese Entscheidung enthält den Ausspruch, daß der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Begründet wurde dies damit, daß eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, inwiefern die "Art der Geschäftstätigkeit" im Einzelfall bei der Berechnung des angemessenen Hauptmietzinses zu berücksichtigen ist, insbesondere ob dabei auf die Ertragslage einer bestimmten Branche abzustellen und die "Art der Geschäftstätigkeit" als ein weiteres Kriterium zu den bereits in § 16 Abs 1 MRG genannten aufzufassen ist. Diese Entscheidung enthält den Ausspruch, daß der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Begründet wurde dies damit, daß eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehle, inwiefern die "Art der Geschäftstätigkeit" im Einzelfall bei der Berechnung des angemessenen Hauptmietzinses zu berücksichtigen ist, insbesondere ob dabei auf die Ertragslage einer bestimmten Branche abzustellen und die "Art der Geschäftstätigkeit" als ein weiteres Kriterium zu den bereits in Paragraph 16, Absatz eins, MRG genannten aufzufassen ist.

Im jetzt vorliegenden Revisionsrekurs macht die Antragsgegnerin im wesentlichen geltend, daß die "Art der Geschäftstätigkeit" gesetzlich zu wenig determiniert sei, um sie als Kriterium für die Bemessung des zulässigen Hauptmietzinses anwenden zu können. Selbst wenn man dieser Vorschrift einen Sinn unterstellt, sei die Methode abzulehnen, den an sich angemessenen Mietzins in einer Art Branchenabschlagsverfahren zu reduzieren. Es gehe nicht

an, die Höhe des zulässigen Mietzinses an der Ertragsfähigkeit des "gegenständlichen Unternehmens" zu orientieren, wie das das Rekursgericht getan habe. Maßgeblich könnte nur der Unternehmensertrag eines Musterbetriebes sein. Lage, Größe, Ausstattung etc des Mietgegenstandes hätten bereits im bisher angemessenen Mietzins Niederschlag gefunden und dürften daher im neuen Kriterium der "Art der Geschäftstätigkeit" nicht ein zweites Mal berücksichtigt werden. Schließlich habe das Rekursgericht unbeachtet gelassen, daß die Antragstellerin den gesamten Mietzins auf ihre Pächterin überwälzt. Unter diesen Umständen könne ein Hauptmieter, der sein unternehmerisches Risiko auf einen Dritten überwälzt, wohl nicht "nach Art der Geschäftsführung" schutzwürdig sein.

Der Revisionsrekursantrag geht dahin, den angefochtenen Sachbeschuß iS eine Abweisung des Sachantrages der Antragstellerin abzuändern.

Die Antragstellerin hat sich am Revisionsrekurs- verfahren nicht beteiligt.

Der Revisionsrekurs erweist sich im Hinblick auf die zu den angesprochenen Rechtsfragen bereits vorhandene Judikatur als unzulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Wie bereits erwähnt, hat das Rekursgericht die Anrufung des Obersten Gerichtshofes mit der Begründung für zulässig erklärt, daß eine höchstgerichtlich Judikatur zur Bemessung des zulässigen Hauptmietzinses nach der "Art der Geschäftstätigkeit", insbesondere zur Bedeutung der Ertragslage einer bestimmten Branche fehle. Diese Rechtsfragen waren aber schon Gegenstand von Entscheidungen des erkennenden Senates (5 Ob 109/97h = ImmZ 1997, 363 = ecolex 1997, 655 mit Anm von Hausmann; vgl auch 5 Ob 148/97v und 5 Ob 288/97g). Demnach soll ein Mietzins festgesetzt werden, der soziale Härten vermeidet und die Ertragsmöglichkeiten der im Mietobjekt ausgeübten Geschäftstätigkeit berücksichtigt. Dabei geht es nicht um die finanzielle Situation des konkreten Mieters bzw Geschäftsinhabers und um dessen persönliche Schutzwürdig- keit (etwa alter, Behinderung usgl), sondern um branchenspezifische Kriterien, weil bei der "Art" der Geschäftstätigkeit anzusetzen ist. Der Schutz gilt vor allem Kleinkaufleuten und Kleingewerbetreibenden, deren Ge- schäftszweig die Versorgung der Bevölkerung mit Sachgütern und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs ist, doch kann auch im konkreten Fall die Überforderung der üblichen Ertragsmöglichkeiten vergleichbarer Geschäfte durch die Einhebung des nach § 16 Abs 1 MRG ("vollen") angemessenen Mietzinses und damit die Schutzwürdigkeit iSd § 46a Abs 2 letzter Satz MRG dargetan werden. Liegt ein solcher Fall vor, dann tritt zu den in § 16 Abs 1 MRG enthaltenen Bemessungskriterien (Größe, Art, Beschaffenheit, Lage, Ausstattungs- und Erhaltungszustand des Mietobjekts) als weiteres hinzu, daß als Möglichkeit eines Abschlags vom zulässigen Mietzins auch die Art der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit zu Buche schlägt. Die Richtigkeit des Ergebnisses einer solchen Mietzinsbemessung hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalls ab, sodaß der Oberste Gerichtshof gemäß § 528 Abs 1 ZPO iVm § 37 Abs 3 Z 16 MRG nur bei groben Beurteilungsfehlern korrigierend eingreifen kann. Wie bereits erwähnt, hat das Rekursgericht die Anrufung des Obersten Gerichtshofes mit der Begründung für zulässig erklärt, daß eine höchstgerichtlich Judikatur zur Bemessung des zulässigen Hauptmietzinses nach der "Art der Geschäftstätigkeit", insbesondere zur Bedeutung der Ertragslage einer bestimmten Branche fehle. Diese Rechtsfragen waren aber schon Gegenstand von Entscheidungen des erkennenden Senates (5 Ob 109/97h = ImmZ 1997, 363 = ecolex 1997, 655 mit Anmerkung von Hausmann; vergleiche auch 5 Ob 148/97v und 5 Ob 288/97g). Demnach soll ein Mietzins festgesetzt werden, der soziale Härten vermeidet und die Ertragsmöglichkeiten der im Mietobjekt ausgeübten Geschäftstätigkeit berücksichtigt. Dabei geht es nicht um die finanzielle Situation des konkreten Mieters bzw Geschäftsinhabers und um dessen persönliche Schutzwürdig- keit (etwa alter, Behinderung usgl), sondern um branchenspezifische Kriterien, weil bei der "Art" der Geschäftstätigkeit anzusetzen ist. Der Schutz gilt vor allem Kleinkaufleuten und Kleingewerbetreibenden, deren Ge- schäftszweig die Versorgung der Bevölkerung mit Sachgütern und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs ist, doch kann auch im konkreten Fall die Überforderung der üblichen Ertragsmöglichkeiten vergleichbarer Geschäfte durch die Einhebung des nach Paragraph 16, Absatz eins, MRG ("vollen") angemessenen Mietzinses und damit die Schutzwürdigkeit iSd Paragraph 46 a, Absatz 2, letzter Satz MRG dargetan werden. Liegt ein solcher Fall vor, dann tritt zu den in Paragraph 16, Absatz eins, MRG enthaltenen Bemessungskriterien (Größe, Art, Beschaffenheit, Lage, Ausstattungs- und Erhaltungszustand des Mietobjekts) als weiteres hinzu, daß als Möglichkeit eines Abschlags vom zulässigen Mietzins auch die Art der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit zu Buche schlägt. Die Richtigkeit des Ergebnisses einer solchen Mietzinsbemessung hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalls ab, sodaß der Oberste Gerichtshof gemäß Paragraph 528, Absatz eins, ZPO in Verbindung mit Paragraph 37, Absatz 3, Ziffer 16, MRG nur bei groben Beurteilungsfehlern korrigierend

eingreifen kann.

Hier weichen die rechtlichen Ausführungen des Rekursgerichtes zwar in Einzelheiten von den Grundsätzen der zitierten Judikatur ab; die das Ergebnis tragenden Argumente und das Ergebnis selbst sind jedoch mit keinem gravierenden Beurteilungsfehler behaftet. Auch der Revisionsrekurs der Antragsgegnerin wirft keine Rechtsfragen auf, die nicht schon durch die vorhandene Judikatur gelöst wären oder sich an Hand einer ohnehin klaren Rechtslage beantworten ließen.

Die Ertragsschwäche der speziellen Branche, zu der das im verfahrensgegenständlichen Geschäftslokal betriebene Restaurant gehört, ist durch die von den Tatsacheninstanzen gewonnenen Verfahrensergebnisse ausreichend (und für den Obersten Gerichtshof unüberprüfbar) dargetan.

Wenn die Antragsgegnerin rügt, es sei unzutreffender Weise auf die Ertragslage des konkreten Unternehmens (also letztlich auf die Tüchtigkeit des Unternehmensinhabers) statt auf die Ertragslage der betreffenden Branche abgestellt worden, so mag dieser Eindruck durch einzelne Formulierungen in den Sachbeschlüssen der Vorinstanzen entstanden sein, er trifft jedoch nicht zu. Es wurde, wie sich aus den Rechtsausführungen der Vorinstanzen ergibt (siehe insbesondere Seite 8 der rekursgerichtlichen Entscheidungen), abstrakt (unter Ausklammerung der unternehmerischen Fähigkeiten des derzeitigen Restaurantinhabers) geprüft, welchen Ertrag ein Restaurant von der im verfahrens- gegenständlichen Mietobjekt betriebenen Art abwerfen kann. Daß bei dieser Prüfung auch die Lage, die Beschaffenheit, der Ausstattungs- und Erhaltungszustand etc des konkreten Geschäftslokals eine Rolle gespielt haben, versteht sich durch das Gebot, den nach § 16 Abs 1 MRG angemessenen Hauptmietzins unter Berücksichtigung der Art der im Geschäftslokal ausgeübten Geschäftstätigkeit zu ermitteln, von selbst. Wenn die Antragsgegnerin rügt, es sei unzutreffender Weise auf die Ertragslage des konkreten Unternehmens (also letztlich auf die Tüchtigkeit des Unternehmensinhabers) statt auf die Ertragslage der betreffenden Branche abgestellt worden, so mag dieser Eindruck durch einzelne Formulierungen in den Sachbeschlüssen der Vorinstanzen entstanden sein, er trifft jedoch nicht zu. Es wurde, wie sich aus den Rechtsausführungen der Vorinstanzen ergibt (siehe insbesondere Seite 8 der rekursgerichtlichen Entscheidungen), abstrakt (unter Ausklammerung der unternehmerischen Fähigkeiten des derzeitigen Restaurantinhabers) geprüft, welchen Ertrag ein Restaurant von der im verfahrens- gegenständlichen Mietobjekt betriebenen Art abwerfen kann. Daß bei dieser Prüfung auch die Lage, die Beschaffenheit, der Ausstattungs- und Erhaltungszustand etc des konkreten Geschäftslokals eine Rolle gespielt haben, versteht sich durch das Gebot, den nach Paragraph 16, Absatz eins, MRG angemessenen Hauptmietzins unter Berücksichtigung der Art der im Geschäftslokal ausgeübten Geschäftstätigkeit zu ermitteln, von selbst.

Der Umstand der Verpachtung des Unternehmens steht der Berücksichtigung der Art der im Geschäftslokal ausgeübten Geschäftstätigkeit bei der Mietzinsbemessung nicht entgegen, weil gerade die Unternehmensverpachtung gemäß § 46a Abs 3 MRG Anlaß für die Mietzinsanhebung auf den solcherart ermittelten Betrag geben kann. Die Mietzinsanhebung hat diesfalls auf die in § 46a Abs 2 angeführte Weise, also unter Berücksichtigung der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit zu erfolgen. Der Umstand der Verpachtung des Unternehmens steht der Berücksichtigung der Art der im Geschäftslokal ausgeübten Geschäftstätigkeit bei der Mietzinsbemessung nicht entgegen, weil gerade die Unternehmensverpachtung gemäß Paragraph 46 a, Absatz 3, MRG Anlaß für die Mietzinsanhebung auf den solcherart ermittelten Betrag geben kann. Die Mietzinsanhebung hat diesfalls auf die in Paragraph 46 a, Absatz 2, angeführte Weise, also unter Berücksichtigung der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit zu erfolgen.

Was schließlich die vermeintliche Unverständlichkeit der Mietzinsregelung des § 46a Abs 2 letzter Satz betrifft, wurde dazu in der Entscheidung 5 Ob 109/97h bereits ausführlich Stellung genommen. Dort wurde auch die Verfassungskonformität dieser Regelung bejaht. Was schließlich die vermeintliche Unverständlichkeit der Mietzinsregelung des Paragraph 46 a, Absatz 2, letzter Satz betrifft, wurde dazu in der Entscheidung 5 Ob 109/97h bereits ausführlich Stellung genommen. Dort wurde auch die Verfassungskonformität dieser Regelung bejaht.

Zu erwähnen bleibt, daß die Vorinstanzen an sich den nach § 16 Abs 1 MRG iVm § 46a Abs 2 letzter Satz und Abs 3 MRG angemessenen Hauptmietzins bei Beginn des Pachtverhältnisses hätten ermitteln und der Fünfzehntelanhebung zugrundelegen müssen (5 Ob 10/97z = WoBl 1997, 190/64; 5 Ob 63/97v; 5 Ob 132/97s; 5 Ob 148/97v; 5 Ob 288/97g). Der Fehler wurde jedoch von niemandem gerügt und dürfte auch - falls er überhaupt eine Rolle gespielt hat - keine so wesentlichen Auswirkungen gehabt haben, daß deshalb die sachliche Behandlung des Rechtsmittels mit der

Konsequenz einer aufwendigen Verfahrensergänzung in erster Instanz gerechtfertigt wäre. Zu erwähnen bleibt, daß die Vorinstanzen an sich den nach Paragraph 16, Absatz eins, MRG in Verbindung mit Paragraph 46 a, Absatz 2, letzter Satz und Absatz 3, MRG angemessenen Hauptmietzins bei Beginn des Pachtverhältnisses hätten ermitteln und der Fünfzehntelanhebung zugrundelegen müssen (5 Ob 10/97z = WoBl 1997, 190/64; 5 Ob 63/97v; 5 Ob 132/97s; 5 Ob 148/97v; 5 Ob 288/97g). Der Fehler wurde jedoch von niemandem gerügt und dürfte auch - falls er überhaupt eine Rolle gespielt hat - keine so wesentlichen Auswirkungen gehabt haben, daß deshalb die sachliche Behandlung des Rechtsmittels mit der Konsequenz einer aufwendigen Verfahrensergänzung in erster Instanz gerechtfertigt wäre.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

**Anmerkung**

E48758 05A04287

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1997:0050OB00428.97W.1125.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19971125\_OGH0002\_0050OB00428\_97W0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)