

# TE OGH 2018/2/21 3Ob13/18k

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.02.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr.

Hoch als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Roch und Dr. Rassi und die Hofrätiinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. T\*\*\*\*\* vertreten durch Huber Swoboda Oswald Aixberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei Dkfm. K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Ott & Mag. Christoph Klein, Rechtsanwälte in Wien, wegen Aufkündigung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 18. Oktober 2017, GZ 40 R 31/17f-61, womit das Urteil des Bezirksgerichts Hietzing vom 14. November 2016, GZ 9 C 321/11z-57, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger ist Alleineigentümer einer 1.144 m<sup>2</sup> großen Liegenschaft in Wien mit einer um das Jahr 1900 errichteten freistehenden Cottage-Villa. Das Gebäude besteht aus dem Souterrain (= Kellergeschoß, in dem sich ua eine Garage befindet), dem Hochparterre, dem (ersten) Obergeschoß und einem unausgebauten Dachgeschoß.

Der Beklagte ist aufgrund eines Mietvertrags vom 9. März 1976 Hauptmieter der gesamten Liegenschaft. Als Mietzins wurde damals ein Betrag von 17.500 ATS monatlich (wertgesichert) zuzüglich USt und Betriebskosten vereinbart. Davon entfallen nach der Vereinbarung im Mietvertrag 3.500 ATS zuzüglich USt und 25 % der vom Beklagten zu tragenden Betriebskosten auf das – für Wohnzwecke angemietete – Obergeschoß und 14.000 ATS zuzüglich USt und 75 % der vom Beklagten zu tragenden Betriebskosten auf das restliche – für Büro- und Geschäftszwecke angemietete – Gebäude samt der mitgemieteten Gartenparzelle.

Im Mietvertrag wurde dem Beklagten die gänzliche oder teilweise Unter Vermietung oder -verpachtung des Bestandobjekts mit Ausnahme der Garage „grundsätzlich“ gestattet. Es kann nicht festgestellt werden, dass die seinerzeitige Vermieterin dem Beklagten im Zuge des Mietvertragsabschlusses oder danach die Unter Vermietung zu

beliebigen Bedingungen gestattet hätte. Ebenso kann nicht festgestellt werden, dass dem Kläger oder einem seiner Rechtsvorgänger die Höhe der vom Beklagten lukrierten Untermietzinse vor dem Jahr 2010 bekannt gewesen wäre oder dass der Kläger oder seine Rechtsvorgänger gegenüber dem Beklagten auf die Geltendmachung des Kündigungsgrundes der teilweisen Unter Vermietung zu einem unverhältnismäßig hohen Untermietzins verzichtet hätten.

Der Beklagte übernahm im Mietvertrag die Verpflichtung, das Innere des Hauses auf eigene Kosten zu renovieren und instandzuhalten, sowie den Garten in ordentlichem, sauberem und gepflegtem Zustand zu erhalten. Weiters verpflichtete er sich zur Gehsteigreinigung und zur Schneeräumung. Er führte nach Anmietung umfangreiche Sanierungsarbeiten am Haus durch. So sanierte er sukzessive die desolaten Wohnungen im ersten Stock, das Hochparterre und das Souterrain. Für die Sanierung von Souterrain und Hochparterre wendete er in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts insgesamt rund 700.000 ATS auf. In den Jahren 2008 und 2009 tätigte er weitere Investitionen im Hochparterre und im Souterrain.

Ab Anfang der 80er-Jahre betrieb der Beklagte, der das erste Obergeschoß als Wohnung nutzte und nutzt, im Hochparterre und im Souterrain ein Bürozentrum: Er gab Unternehmern Büroräume kombiniert mit bestimmten Serviceleistungen (Benutzung des Kopiergeräts und des Telex-Anschlusses, der Nebenräumlichkeiten, des Besprechungszimmers, sowie Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Sekretärin für Schreibarbeiten oder die Entgegennahme von Telefonaten) in Unterbestand. Im Hochparterre standen dafür sieben Räume zur Verfügung. Im Souterrain entstanden durch Komplettsanierung und Vergrößerung der ehemaligen Hausbesorgerwohnung zwei getrennt begehbar Büroräume, die er ebenfalls untervermietete. Neben der Unter Vermietung von Büroräumen (mit oder ohne Zusatzleistungen) stellte der Beklagte Unternehmern auch Firmendomizile ohne räumliche Unterbringung zur Verfügung; Grundleistung solcher Verträge war ein handels- und gewerberechtlicher Firmensitz, dazu kamen verschiedene Leistungspakete wie Postannahme, Postversand, Telex-Service oder Fax-Service.

Seit seiner Pensionierung im Jahr 2003 bot der Beklagte, der das erste Obergeschoß des Hauses bewohnt, in seinem Bürozentrum keine Büroleistungen und nur mehr vereinzelt Firmendomizile an.

Mit (Unter-)Mietvertrag vom 31. August 2009 gab der Beklagte einer GmbH das sich über das gesamte Hochparterre (mit einer Nutzfläche von rund 220 m<sup>2</sup>) erstreckende Büro Top 2 in Unterbestand. Die vom Beklagten im Hochparterre getätigten Investitionen hatten bei Beginn des Untermietverhältnisses, soweit sie für die Untermieterin von objektivem Nutzen waren, einen Zeitwert von 34.223 EUR brutto. Unter Berücksichtigung der gewichteten Restnutzungsdauer dieser Investitionen betrug der Untermieterin pro Monat zugute kommende Zeitwert 197,21 EUR (inklusive Gewinnzuschlag von 8 %).

Mit (Unter-)Mietvertrag vom 11. Oktober 2010 gab der Beklagte das im Souterrain gelegene Büro Top 1 (bestehend aus den beiden von ihm geschaffenen Büroräumen mit einer Gesamtfläche von rund 60 m<sup>2</sup>) einer anderen GmbH in Unterbestand. Der Zeitwert der vom Beklagten in diesem Objekt getätigten und für die Untermieterin objektiv nützlichen Investitionen betrug bei Beginn des Untermietverhältnisses rund 8.688 EUR brutto. Unter Berücksichtigung der gewichteten Restnutzungsdauer dieser Investitionen kam der Untermieterin pro Monat ein Zeitwert von 49,71 EUR (inklusive 8 % Gewinnzuschlag) zugute.

Bei Zustellung der Aufkündigung im Juni 2011 waren diese beiden Untermietverhältnisse aufrecht. Der Beklagte lukrierte in diesem Monat Untermietzinse inklusive (pauschalen) Betriebskosten und USt in Höhe von 4.265,28 EUR für das Büro Top 2 und von 888 EUR für das Büro Top 1. Aufgrund von zwei damals (mit anderen Personen) bestehenden Verträgen über die Zurverfügungstellung je eines (bloßen) Firmendomizils (Büroadresse mit Postumleitung) bezog der Beklagte weiters Entgelte von insgesamt 430 EUR netto monatlich.

Der vom Beklagten im Juni 2011 für das Hochparterre und das Souterrain inklusive Garage und Garten zu zahlende Hauptmietzins betrug aufgrund der vertraglich vereinbarten Wertsicherung 2.619,44 EUR netto.

Die dem Beklagten für das Jahr 2011 vorgeschriebenen Betriebskosten betrugen insgesamt 7.085,42 EUR netto. Für die Wintersaison 2011/12 bezahlte er Schneeräumungskosten von 451,58 EUR netto. Es kann nicht festgestellt werden, dass er im Jahr 2011 Ausgaben für die Stiegenhausreinigung und die Gartenpflege getätigt hätte; er führte diese Arbeiten teilweise selbst durch und teilweise ließ er sie von einer Bekannten vornehmen.

Das Souterrain hat eine Nutzfläche von ca 200 m<sup>2</sup>. Dort befinden sich neben dem Büro Top 1 die 23,52 m<sup>2</sup> große

Garage und sonstige Räumlichkeiten, nämlich ein 13,40 m<sup>2</sup> großer Heizraum mit Heizkessel, der das Hochparterre beheizt, ein Gang, eine ehemalige Waschküche, ein ehemaliger Öllagerraum und sonstige Lagerräume. Auch diese Räumlichkeiten wären objektiv zu Geschäftszwecken (als Lager bzw Magazin) nutzbar.

Der Kläger kündigte dem Beklagten das Mietverhältnis aus dem Grund des § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG auf. Die vom Beklagten lukrierten Untermietzinse übersteige den von ihm anteilig geleisteten Hauptmietzins um mehr als 100 %.

Der Beklagte wendete ein, die seinerzeitige Vermieterin habe ihm die Verwertung der Liegenschaft zu einem beliebigen Mietzins gestattet. Bei richtiger Gewichtung des Hauptmietzinses sei der Untermietzins gerade noch kostendeckend und keineswegs unverhältnismäßig.

Das Erstgericht hob die Aufkündigung auf und wies das Räumungsbegehren ab. Die Zustimmung des Vermieters zur Unter Vermietung gebe dem Mieter nach ständiger Rechtsprechung noch nicht das Recht, daraus einen unverhältnismäßig hohen Vorteil zu ziehen. Eine weitergehende Abmachung sei weder ausdrücklich noch schlüssig getroffen worden. Die objektive Eignung der im Souterrain gelegenen Räume zu geschäftlichen Zwecken reiche aus, um die gesamte Souterrainfläche als Nutzfläche zu qualifizieren. Es wäre jedoch unbillig, den vom Beklagten gezahlten Hauptmietzins gleichmäßig auf die gesamte Nutzfläche des Hochparterres und des Souterrains aufzuteilen, die so unterschiedliche Räume wie Lagerräume im Keller und gut ausgestattete Büroräume im Hochparterre umfasse. Der vom Beklagten bezahlte Hauptmietzins sei vielmehr entsprechend den Wertigkeiten der unterschiedlichen Flächen zu gewichten. Entsprechend dem vom Kläger vorgelegten Privatgutachten eines Immobiliensachverständigen sei für die Garage ein monatlicher Mietzins von 80 EUR netto anzusetzen und für die Kellerräume im Souterrain mit Ausnahme der Garage und des Büros Top 1 ein Mietzins von 1,50 EUR pro m<sup>2</sup> (174,72 EUR netto monatlich). Entgegen dem Privatgutachten sei für den mitgemieteten Garten im Ausmaß von 844 m<sup>2</sup> allerdings nicht ein Betrag von 590,80 EUR zu berücksichtigen, sondern – in Heranziehung der Beiratsempfehlungen zum Richtwertmietzins, die bei ausschließlicher Gartenbenützung einen Zuschlag von bis zu 10 % vorsehen – nur ein (im Hauptmietzins von 2.619,44 EUR netto enthaltener) „Zuschlag“ von 240 EUR netto. Auf die Büros Top 1 und 2 entfalle also der restliche Hauptmietzins von 2.549,66 EUR brutto. Dazu kämen entsprechend dem Mietvertrag 75 % der (anteiligen) Betriebskosten für das Jahr 2011 (355,11 EUR brutto). Zuzüglich der Schneeräumungskosten (aliquot 19,78 EUR brutto monatlich), der vom Beklagten aufgewendeten Kosten für Hausreinigung und Gartenpflege, deren (aliquote) Höhe gemäß § 273 ZPO auf 50 EUR monatlich geschätzt werde, und des den Untermietern objektiv zugute kommenden Zeitwerts der Investitionen des Beklagten einschließlich eines Gewinnzuschlags von 8 % jährlich errechne sich eine vom Beklagten als Hauptmieter im Juni 2011 erbrachte vermögenswerte Leistung von 3.221,47 EUR (= 11,42 EUR pro m<sup>2</sup>). Stelle man diesem Betrag die vom Beklagten lukrierten Untermietzinse und die Entgelte für die Firmendomizile in Höhe von insgesamt 5.670,16 EUR gegenüber, ergebe sich ein Untermietzins von 20,11 EUR brutto pro m<sup>2</sup> und damit eine Überschreitung des (aliquoten) Hauptmietzinses um 76 %. Eine solche Überschreitung sei nach der Rechtsprechung gerade noch zu tolerieren.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Da der Beklagte das Objekt nur teilweise untervermietet habe, habe das Erstgericht zu Recht eine Gewichtung des Hauptmietzinses vorgenommen. Dabei sei allerdings nicht auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung abzustellen, sondern auf jene bei Abschluss des Hauptmietvertrags. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung sei im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung zu fragen, welchen Hauptmietzinsanteil vernünftige und redliche Parteien des Hauptmietvertrags hypothetisch den Bestandflächen nach den damaligen Verhältnissen zugeordnet hätten. Eine gleichmäßige Verteilung des Hauptmietzinses pro m<sup>2</sup> wäre nicht sachgerecht, weil im Hochparterre bei Anmietung zu Wohnzwecken taugliche und verwendete Räumlichkeiten vorhanden gewesen seien, während sich im Souterrain in erster Linie eher untergeordnete Räumlichkeiten befunden hätten. Es sei daher davon auszugehen, dass auch 1976 das Verhältnis der jeweiligen Räumlichkeiten in einer Bandbreite von 1 : 2 bis 1 : 3 anzusetzen gewesen wäre. Die vom Kläger angestrebte Ansetzung des Werts des mitgemieteten Gartens mit 590,80 EUR komme schon deshalb nicht in Betracht, weil das vom Kläger eingeholte Privatgutachten auf den – nicht relevanten – Stichtag 20. November 2012 abstelle. Da der Garten nicht zu Wohn-, sondern zu Geschäftszwecken angemietet worden sei, sei der vom Erstgericht angenommene „Zuschlag“ von 10 % nicht zu beanstanden. Der auf die untervermieteten Büros entfallende Hauptmietzins des Klägers betrage deshalb 2.190,81 EUR (bei einem Verhältnis 1 : 2) bzw 2.357,50 EUR (1 : 3). Das Erstgericht habe zu Recht die erst 2012 abgerechneten Betriebskosten für das Jahr 2011 herangezogen, weil der Kläger von der Möglichkeit einer

Akonto-Vorauszahlung der Betriebskosten iSd § 21 Abs 3 MRG keinen Gebrauch gemacht habe. Maßgeblich seien daher die im Jahr der Kündigung angefallenen Betriebskosten, und zwar unabhängig davon, wann sie dem Beklagten verrechnet und von ihm tatsächlich beglichen worden seien. Dass die Betriebskosten für 2011 wegen einmalig außergewöhnlich erhöhter Wasserkosten (aufgrund eines Wasserschadens) deutlich höher gewesen seien als üblich, sei ohne Bedeutung. Teile man die Betriebskosten im Verhältnis 1 : 2 bzw 1 : 3 zwischen Souterrain und Hochparterre auf, ergebe sich ein Betrag von 407,41 EUR bzw 438,41 EUR pro Monat. Die Kosten der Schneeräumung seien trotz fehlender Feststellungen zum Auflaufen solcher Kosten (auch) im Winter 2010/11 zu berücksichtigen, weil solche Kosten evidentermaßen jährlich anfielen. Der vom Erstgericht ermittelte Gewinnzuschlag von 8 % sei nicht zu beanstanden. Die vom Beklagten erzielten Erträge aus der Zurverfügungstellung von Firmendomizilen, mit denen keine räumliche Unterbringung verbunden sei, seien kein kündigungsrelevantes Entgelt. Stelle man den auf die untervermieteten Objekte aliquot entfallenden Hauptmietzins und die übrigen Leistungen des Beklagten (Betriebskosten, Kosten der Schneeräumung und der Gartenbetreuung sowie Investitionen samt Gewinnzuschlag) den von ihm lukrierten Untermietzinsen gegenüber, ergebe sich – in der Bandbreite der angenommenen Gewichtung der Flächen im Hochparterre und im Souterrain – eine Überschreitung der Hauptmietzinse um 66 % bis 77 %, die gerade noch im von der Rechtsprechung tolerierten Rahmen liege.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage fehle, ob bei der Gegenüberstellung von Haupt- und Untermietzins im Fall mehrerer Teiluntervermietungen, allenfalls jede Weitergabe gesondert zu beurteilen sei, was hier zur Folge hätte, dass der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG zu bejahen wäre, weil bei isolierter Betrachtung der Unter Vermietung des Büros Top 1 der dafür erzielte Untermietzins die aliquoten Leistungen des Beklagten als Hauptmieter um (je nach Gewichtung der Flächen im Verhältnis 1 : 2 oder 1 : 3) 123 % bzw 183 % übersteige.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision des Klägers ist zulässig und im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantragsberechtigt.

1.1. Der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG liegt vor, wenn

der Mieter den Mietgegenstand, wenngleich auch nur teilweise, durch Überlassung an einen Dritten gegen eine im Vergleich zu dem von ihm zu entrichtenden Mietzins und etwaigen eigenen Leistungen an den Dritten unverhältnismäßig hohe Gegenleistung verwertet. Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, dass der Hauptmieter unter Ausnützung des Mieterschutzes einen ihm nicht zustehenden Gewinn erzielt; der Hauptmieter soll keinen unbilligen Vorteil ziehen (RIS-Justiz

RS0070606).

1.2. Für die Beurteilung, ob eine unverhältnismäßig hohe Gegenleistung iSd §30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG vorliegt, ist der Untermietzins den auf die untervermieteten Räume entfallenden Leistungen des Hauptmieters an den Hauseigentümer gegenüberzustellen. Maßgebend hiefür ist der Zeitpunkt der Aufkündigung (RIS-Justiz

RS0070593).

1.3. Im Hinblick darauf haben die Vorinstanzen völlig zu Recht die Summe der vom Beklagten bezogenen Untermietzinse seinen eigenen Leistungen als Hauptmieter gegenübergestellt. Der vom Kläger erstmals in der Revision vertretenen gegenteiligen Auffassung, es seien die von den beiden Untermietern lukrierten Untermietzinse jeweils isoliert dem aliquoten Hauptmietzins gegenüberzustellen, woraus sich hinsichtlich des Büros Top 1 eine Überschreitung des anteiligen Hauptmietzinses um mehr als 100 % ergebe, kann nicht gefolgt werden. Sein Argument, der Kündigungsgrund wäre im vorliegenden Fall jedenfalls erfüllt, wenn der Beklagte nur das Büro Top 1 in Unterbestand gegeben hätte, sodass es dem Hauptmieter nicht zum Vorteil gereichen könne, dass er überdies das Büro Top 2 untervermietet habe, überzeugt schon deshalb nicht, weil nicht auf hypothetische Umstände, sondern auf die konkrete Sachlage im Zeitpunkt der Aufkündigung – hier also die Überlassung der Büros Top 1 und Top 2 um den festgestellten (Gesamt-)Betrag – abzustellen ist. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Beklagte den Untermietzins für die beiden Objekte von einem oder von zwei Untermietern lukriert.

1.4. Gegenteiliges ergibt sich entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht aus der Entscheidung 9 Ob 13/11v: Wie sich aus der detaillierteren Wiedergabe des ihr zugrunde liegenden Sachverhalts in der Entscheidung 10 Ob 2/16s ergibt, hatte der dortige Beklagte eine unbebaute Liegenschaft in Bestand genommen, darauf vereinbarungsgemäß eine Halle

als Superädifikat errichtet und in der Folge einerseits diese Halle vermietet und andererseits im Rahmen davon getrennter Bestandverträge die unbebaut gebliebenen Flächen anderen Personen jeweils zum Abstellen von Fahrzeugen in Unterbestand gegeben, wobei bereits der aus diesen Untermietverträgen (insgesamt!) erzielte Erlös den Hauptmietzins um mehr als 100 % überstieg. Es kann also keine Rede davon sein, dass nach dieser Entscheidung jeder einzelne Untermietvertrag gesondert zu beurteilen wäre.

2.1. Da der Beklagte das Bestandobjekt nur teilweise untervermietet hat, ist der auf die Büros Top 1 und 2 entfallende Teil des Hauptmietzinses zu ermitteln. Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass aus dem für das Hochparterre, das Souterrain und den Garten pauschal vereinbarten Hauptmietzins kein einheitlicher Betrag pro m<sup>2</sup> zu ermitteln, sondern der Hauptmietzins entsprechend der unterschiedlichen Beschaffenheit der Teilflächen zu gewichten ist. In diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht richtig erkannt, dass die Vorgangsweise des Erstgerichts, aus dem Gesamtmietszins für die zu Geschäftszwecken vermieteten Flächen – im Wesentlichen auf Basis eines vom Kläger eingeholten Privatgutachtens (Beilage ./T) – Beträge für die nicht untervermieteten Teile herauszurechnen und den Restbetrag auf die Untermietobjekte nach deren Fläche umzulegen, schon deshalb verfehlt ist, weil der Privatgutachter den angemessenen Mietzins zu einem hier nicht relevanten Stichtag ermittelt hat.

2.2. Dem Berufungsgericht ist dahin zuzustimmen, dass die von der Revisionswerberin angestrebte Ermittlung eines einheitlichen Hauptmietzinses pro m<sup>2</sup> hier angesichts des bei Abschluss des Hauptmietvertrags deutlich unterschiedlichen Zustands der einzelnen Flächen nicht sachgerecht wäre. Der Kläger argumentiert zwar, die Parteien des Hauptmietvertrags hätten einen einheitlichen Mietzins für das „Paket 1“ – das Hochparterre, das Souterrain samt Garage und den Garten – und das „Paket 2“ – das zu Wohnzwecken vermietete erste Obergeschoß – vereinbart, sodass der jeweilige Mietzins pro m<sup>2</sup> zu ermitteln wäre, geht allerdings in teilweisem Widerspruch dazu davon aus, dass für den mitgemieteten Garten ein Pauschalbetrag (von 590,80 EUR netto) anzusetzen wäre.

2.3. Die Vorgangsweise des Berufungsgerichts, im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung den Hauptmietzins für Souterrain und Hochparterre in einer Bandbreite von 1 : 2 bis 1 : 3 zwischen dem Souterrain und dem Hochparterre zu gewichten und (wie schon das Erstgericht) für den mitgemieteten Garten einen „Zuschlag“ von 10 % aus dem Gesamtmietszins herauszurechnen, ist nicht zu beanstanden.

### 3.1.

Beim Vergleich von Leistung und Gegenleistung sind der Entgeltzahlung des Untermieters die Summe des Hauptmietzinses (Hauptmietzinsanteils) zuzüglich Betriebskosten, Umsatzsteuer und Erhaltungsbeitrag und sämtlicher vom Hauptmieter gegenüber dem Untermieter erbrachten vermögenswerten Leistungen gegenüberzustellen (RIS-Justiz

RS0068242 [T2]).

3.2.1. Der Auffassung des Berufungsgerichts, die vom Beklagten zu tragenden Betriebskosten, von denen laut Mietvertrag 75 % auf das Hochparterre und das Souterrain entfallen, seien ebenfalls in einer Bandbreite von 1 : 2 bis 1 : 3 zwischen dem Souterrain und dem Hochparterre aufzuteilen, kann nicht gefolgt werden. Anders als beim Hauptmietzins ist nämlich nicht anzunehmen, dass redliche Parteien in der Situation der Vertragspartner bei Abschluss des Mietvertrags im Jahr 1976 auch die auf den zu Geschäftszwecken vermieteten Teil des Hauses entfallenden Betriebskosten nicht entsprechend der Fläche, sondern gewichtet nach dem damaligen Erhaltungszustand auf Souterrain und Hochparterre umgelegt hätten.

3.2.2. Mit welchem Betrag die vom Beklagten geleisteten Betriebskosten (aliquot) veranzuschlagen sind, kann derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden:

3.2.3. Das Erstgericht hat zwar festgestellt, dass der Beklagte „im Jahr 2011“ Betriebskosten von 7.085,42 EUR netto bezahlt habe. Das Berufungsgericht hat allerdings – im Einklang mit der Aktenlage – klargestellt, dass es sich dabei um die Betriebskosten für das Jahr 2011 handelte, die dem Beklagten laut Beilage ./74 erst im September 2012, also lange nach der Aufkündigung, vorgeschrieben wurden.

3.2.4. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es aber nicht auf die für das Jahr 2011 vorgeschriebenen Betriebskosten an, sondern darauf, welche Betriebskosten der Beklagte im Juni 2011 (anteilig) bezahlt hat. Die Argumentation des Berufungsgerichts, der Kläger habe von der Möglichkeit einer Akonto-Vorauszahlung (Pauschalierung) der Betriebskosten gemäß § 21 Abs 3 MRG keinen Gebrauch gemacht, weshalb auf die im Jahr der

Kündigung angefallenen Betriebskosten abzustellen sei, und zwar unabhängig davon, wann sie dem Beklagten verrechnet und von ihm bezahlt worden seien, ist nicht zu folgen: Macht der Vermieter von der Möglichkeit der Jahrespauschalverrechnung der Betriebskosten nach § 21 Abs 3 MRG nicht Gebrauch, hat der Mieter nämlich gemäß § 21 Abs 4 MRG den auf seinen Mietgegenstand entfallenden Anteil an den Betriebskosten an den Vermieter am Ersten eines jeden Kalendermonats zu entrichten, wenn ihm dessen Höhe zumindest drei Tage vorher unter Vorlage der Rechnungsbelege nachgewiesen wird.

3.2.5. Wenn der Vermieter dem Mieter die Betriebskosten gemäß § 21 Abs 4 MRG vorschreibt, wäre es nicht sachgerecht, bei der Ermittlung der Höhe der Mietzinszahlung des Beklagten im Zeitpunkt der Aufkündigung nur darauf abzustellen, ob er in diesem Monat Betriebskosten zu zahlen hatte; vielmehr erscheint es geboten, für den Monat der Zustellung der Aufkündigung ein Zwölftel der in den letzten zwölf Monaten von der Aufkündigung insgesamt vorgeschriebenen Betriebskosten (hier also Juni 2010 bis Mai 2011) anzusetzen. Dies gilt umso mehr, wenn dem Mieter, wie es nach dem Vorbringen des Klägers der Fall ist, die Betriebskosten stets nur einmal pro Jahr vorgeschrieben werden.

3.2.6. Der Kläger verweist zur Höhe der dem Beklagten im Jahr 2011 vorgeschriebenen Betriebskosten nur auf die undatierte Betriebskostenabrechnung 2010, Beilage ./H. Aus dieser Urkunde ergibt sich allerdings nicht, ob bzw wann diese Betriebskosten dem Beklagten tatsächlich vorgeschrieben wurden. Dem als „Betriebskosten-abrechnung 2011“ bezeichneten Schreiben Beilage ./74 ist wiederum zu entnehmen, dass der Beklagte den Nettobetrag der Betriebskosten 2011 (7.085,42 EUR) bei Verfassung dieses Schreibens bereits beglichen hatte, nicht aber auch, wann das der Fall war. Es ist deshalb nicht von vornherein auszuschließen, dass ihm diese Betriebskosten bereits im Jahr 2011 (teilweise) vorgeschrieben wurden.

3.2.7. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht mit den Parteien deshalb zu erörtern haben, in welcher Höhe dem Beklagten im Jahr 2011 Betriebskosten vorgeschrieben wurden.

3.3.1. Neben den anteiligen Betriebskosten sind dem (gewichteten, aliquoten) Hauptmietzins, wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben, jene Beträge hinzuzurechnen, die sich aus der Ermittlung des Gebrauchswerts der dem Untermieter zugute kommenden Investitionen des Hauptmieters sowie aus dem Zeitraum ergeben, auf den dieser Gebrauchswert aufzuteilen ist (RIS-Justiz RS0070671).

3.3.2. Der Hauptmieter soll zwar durch die (teilweise) Untervermietung keinen unbilligen Vorteil ziehen, ein angemessener Gewinn (Verzinsung seines eingesetzten Kapitals) für die erbrachten Sachleistungen steht ihm jedoch zu (RIS-Justiz

RS0070606 [T1]).

Ist die durchschnittliche Dauer eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Untermietverhältnisses länger als die voraussichtliche Nutzungsdauer der dem Untermieter zugutekommenden Investitionen des Hauptmieters, dann ist der Gebrauchswert im Zeitpunkt der Untervermietung unter Berücksichtigung einer nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen vorzunehmenden Verzinsung des darin ausgedrückten Kapitals auf die der durchschnittlichen Vertragsdauer entsprechende Anzahl der Mietzinsperioden umzulegen. Wenn aber die durchschnittliche Vertragsdauer kürzer als die Nutzungsdauer oder dieser gleich ist, wird durch letztere die Anzahl der Mietzinsperioden bestimmt, auf die der Gebrauchswert (zuzüglich Verzinsung) umzulegen ist (RIS-Justiz

RS0070452).

### 3.3.3. In der Entscheidung

6 Ob 536/91 wurde unter Berücksichtigung des Kapitalmarkts und der dort damals gängigen Soll- und Habenzinsen eine Verzinsung von 12 % jährlich als durchaus realistisch angesehen. Ob der vom Erstgericht – insofern abweichend von dem von ihm eingeholten Sachverständigengutachten ON 32 – angesichts der aktuellen Kapitalmarktlage (vgl dazu auch Lovrek in Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I [2018] § 30 MRG Rz 92 [FN 339]) berücksichtigte Gewinnzuschlag von 8 % angemessen ist, wird im fortgesetzten Verfahren zu klären sein.

3.4. Der Kläger wendet sich gegen die Berücksichtigung der Kosten der nach dem Mietvertrag vom Beklagten zu erbringenden Schneeräumung nur insofern, als er das Fehlen von Feststellungen zur Höhe der diesbezüglichen Aufwendungen des Beklagten im Winter 2010/11 bemängelt. Richtig ist, dass es auf die Höhe der Schneeräumungskosten im Winter 2011/12 nicht ankommt. Dem Berufungsgericht ist zwar grundsätzlich dahin

zuzustimmen, dass solche Kosten wohl jeden Winter auflaufen werden; allerdings steht damit noch nicht zwingend fest, dass auch deren Höhe jedes Jahr gleich ist. Das Erstgericht wird daher auch diese Frage im fortgesetzten Verfahren mit dem Beklagten zu erörtern haben.

4. Der nach den dargelegten Grundsätzen zu ermittelnden (aliquoten) Gesamtleistung des Beklagten als Hauptmieter sind die von ihm erzielten Erlöse für die teilweise Unter Vermietung gegenüberzustellen. Dies betrifft, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, nur die von ihm lukrierten Untermietzinse, nicht aber auch die Entgelte aus der Zurverfügungstellung von Firmendomizilen ohne räumliche Unterbringung, weil es sich dabei schon begrifflich um keine „Überlassung des Mietgegenstands“ iSd § 30 Abs 2 Z 4 MRG handelt.

5. Das Erstgericht wird das Beweisverfahren also im aufgezeigten Sinn zu ergänzen und anschließend neuerlich zu entscheiden haben.

6. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

**Textnummer**

E120807

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0030OB00013.18K.0221.000

**Im RIS seit**

07.03.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

10.12.2019

**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)