

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

15.12.2009

**Geschäftszahl**

5Ob204/09z

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Höllwerth als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen/Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Lovrek, Dr. Veith und Dr. Tarmann-Prentner als weitere Richter in der außerstreitigen Mietrechtssache der Antragstellerin F\*\*\*\*\* KEG, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Brand Lang Wiederkehr Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Antragsgegner 1. Esref E\*\*\*\*\*, vertreten durch die Prof. Dr. Strigl Dr. Horak Mag. Stolz Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, 2. Radisa N\*\*\*\*\*, wegen § 37 Abs 1 Z 10 MRG, über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Erstantragsgegners gegen den Sachbeschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 17. Juni 2009, GZ 39 R 156/09v-27, mit dem infolge Rekurses der Antragstellerin der Sachbeschluss des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 2. Jänner 2009, GZ 9 Msch 23/06a-19, abgeändert wurde, den

Sachbeschluss

gefasst:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs des Erstantragsgegners wird Folge gegeben.

Der angefochtene Sachbeschluss wird dahin abgeändert, dass der erstinstanzliche Sachbeschluss wiederhergestellt wird.

Die Antragstellerin ist schuldig, dem Erstantragsgegner die mit 311,88 EUR bestimmten Kosten des Rekursverfahrens (darin 51,98 EUR an Umsatzsteuer) sowie die mit 371,52 EUR bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin 61,92 EUR an Umsatzsteuer) jeweils binnen 14 Tagen zu ersetzen.

**Text****Begründung:**

Die Antragstellerin ist Eigentümerin des Hauses S\*\*\*\*\*straße \*\*\*\*\* in \*\*\*\*\*, welches sie von der Voreigentümerin S\*\*\*\*\* GmbH und zwei weiteren Miteigentümern erworben hatte. In diesem Haus befinden sich 25 vermietbare Bestandsobjekte. Die Gesamtnutzfläche beträgt 963 m<sup>2</sup>. Sämtliche Wohnungen haben die Ausstattungskategorie „D“. Im Kaufvertrag vom 27. 11. 2003 sind sämtliche Bestandsobjekte als vermietbar bezeichnet. Der Kaufpreis betrug 25.000 EUR. Bestandteil des Kaufvertrags war eine Zinsliste, deren Richtigkeit die Käuferin zugestanden hat. Die Übergabe des Hauses an die Käuferin erfolgte per 1. 12. 2003.

Am 25. 4. 2004 brachte die Antragstellerin beim Handelsgericht Wien zu AZ 26 Cg 103/04a eine Klage auf Herausgabe der Hauptmietzinsabrechnung für den Zeitraum von 10 Jahren vor dem 1. 12. 2003 gegen die Voreigentümer ein, mit welcher sie Erfolg hatte. Ob die Antragstellerin aus dem erlangten Titel Exekution geführt hat, steht nicht fest.

Am 8. 9. 2005 beantragte die Antragstellerin bei der Zentralen Schlichtungsstelle des Magistrats der Stadt Wien die Bewilligung einer Erhöhung der Hauptmietzinse gemäß §§ 18, 18a, 18b, 18c und 19 MRG. Für Erhaltungs- und Verbesserungsmaßnahmen sei ein Förderungsverfahren nach § 34 Abs 1 Z 5 WWFSG 1989 eingeleitet und das Vorhaben sei bisher positiv beurteilt worden. Dem Antrag legte die Antragstellerin eine detaillierte Aufstellung der zu erwartenden Sanierungskosten und eine fiktive Berechnung der Hauptmietzinsreserve für den Zeitraum 1995 bis 31. 12. 2003 vor. Die fortgesetzte Berechnung der Hauptmietzinsreserve für 2004 und 2005 basierte auf tatsächlichen Einnahmen.

Die fiktive Hauptmietzinsabrechnung steht im Widerspruch zu den in der Zinsliste (laut Annex zum Kaufvertrag) angeführten real erzielten Einnahmen. Im Zeitraum 1995 bis 2003 waren die meisten Wohnungen vermietet; welche damals leer standen, steht nicht fest. Nur für das Jahr 2003 steht fest, dass 15 Wohnungen vermietet und 10 Wohnungen leer gestanden waren. Danach zogen mehr und mehr Mieter aus und die leerstehenden Wohnungen wurden nicht mehr weiter vermietet. Bei Verfahrenseinleitung waren nur die beiden Antragsgegner als Mieter im Haus verblieben.

Die zu veranschlagenden Kosten für Erhaltungsarbeiten gemäß § 3 MRG und Verbesserungsarbeiten gemäß § 4 MRG betragen insgesamt 738.338,48 EUR. Die Kosten für Bauverwaltung und Geldbeschaffung betragen zusammen 66.454,66 EUR und jene für Planung, Baubetreuung und Baukoordination 106.346,93 EUR.

Der Wohnfonds Wien stellte jährliche Annuitätenzuschüsse von 44.247 EUR nach dem WWFSG in Aussicht. Das Land Wien gewährt ein Förderungsdarlehen über einen Betrag von 210.700 EUR mit einer 1%igen dekursiven Verzinsung sowie Annuitätenzuschüsse zum aufzunehmenden Darlehen im Ausmaß von 7 vH bei einer Förderungsdauer von 15 Jahren.

Die Durchführung der Erhaltungsarbeiten begann im Jahr 2006. Zum 11. 9. 2008 waren noch nicht alle Sanierungsarbeiten abgeschlossen.

Die **Schlichtungsstelle** legte der Errechnung des Deckungsfehlbetrags ein fiktives Hauptmietzinsaktivum per 31. 12. 2005 von 99.706,88 EUR zugrunde und errechnete einen Deckungsfehlbetrag von 600.733,19 EUR (ohne Berücksichtigung der Verzinsung und des Pauschalbetrags für laufende Ausgaben).

Gegen diese Entscheidung riefen die Antragsgegner das Gericht mit der Begründung an, die fiktive Hauptmietzinsabrechnung gehe zu ihren Lasten.

Das **Erstgericht** wies - ausgehend von den oben wiedergegebenen Feststellungen - den Antrag, eine Grundsatzentscheidung zu fällen und die vorläufige Erhöhung der Hauptmietzinse für die Liegenschaft im beantragten Ausmaß nach freier Überzeugung festzusetzen, zur Gänze ab. Es war rechtlich der Ansicht, § 19 Abs 1 MRG verpflichtete den Antragsteller im Verfahren nach den §§ 18, 19 MRG, bestimmte Unterlagen vorzulegen, so auch eine Hauptmietzinsabrechnung über die der Antragstellung vorangegangenen vollen 10 Kalenderjahre (Z 2). Lege der Antragsteller nur eine mangelhaft nachvollziehbare Hauptmietzinsabrechnung vor, gehe dies infolge der ihn treffenden Beweislast insofern zu seinen Lasten, als nur nachgewiesene oder unbestritten gebliebene Ausgaben berücksichtigt werden könnten. Selbst die gänzliche Unterlassung der Vorlage einer Hauptmietzinsabrechnung ziehe noch nicht die Antragsabweisung nach sich, sondern habe diesfalls das Gericht die jeweils vereinbarten bzw zulässigen Mietzinse als Einnahmen zugrunde zu legen, sofern nicht behauptet und nachgewiesen werde, dass die Zinseinnahmen tatsächlich höher gewesen seien. Als Ausgaben seien in einem solchen Fall nur die vom Antragsteller behaupteten und nachgewiesenen oder unstrittig gebliebenen Positionen zu berücksichtigen.

Vorliegend habe aber die Antragstellerin für die Zeit vor 2003 nur eine fiktive Hauptmietzinsabrechnung gelegt, die im Zusammenhalt mit der Zinsliste unschlüssig geblieben sei. Auch die von der Antragstellerin reklamierte fiktive Investitionsprämie im Sinn des § 20 Abs 1 lit b MRG könne nicht berücksichtigt werden. Trotz der Amtswegigkeit des Verfahrens nach den §§ 18 ff MRG sei es nicht Sache des Gerichts, nach freiem Ermessen gemäß § 273 ZPO Beweismängel oder Beweisschwierigkeiten auf Seiten des Antragstellers zu sanieren. Eine solche Vorgangsweise zu Lasten der zwei noch verbliebenen Mieter sei wegen der Behauptungs- und Nachweispflicht der Antragstellerin abzulehnen.

Soweit die Antragstellerin eine vorläufige Erhöhung unter Vorbehalt der Abrechnung gemäß § 18 Abs 4 MRG beantragt habe, müsse diese auch dann erforderlich sein, wenn die von den Mietern gegen die Hauptmietzinsabrechnung erhobenen Einwendungen berechtigt wären. Treffe dies zu und würde sonst die Durchführung der Erhaltungsarbeiten verzögert, könne das Gericht die Überprüfung der Einwendungen der Hauptmieter gegen die Hauptmietzinsabrechnung einer Entscheidung nach § 19 Abs 3 MRG vorbehalten und zunächst das Ergebnis der Hauptmietzinsabrechnung nach freier Überzeugung (§ 273 ZPO) festsetzen. Im vorliegenden Fall sei aber nicht einmal eine solche kursorische Berücksichtigung des Ergebnisses der Hauptmietzinsabrechnung der letzten 10 Jahre möglich, weil die Hauptmietzinseingänge von der Antragstellerin überhaupt nur fiktiv angegeben worden seien. Im Ergebnis sei daher das gesamte Begehren nach den §§ 18 ff MRG abzuweisen.

Das **Rekursgericht** gab dem dagegen erhobenen Rekurs der Antragstellerin Folge, fällte eine Grundsatzentscheidung und erklärte für den Zeitraum vom 1. 1. 2007 bis 31. 12. 2008 die vorläufige Einhebung bestimmter monatlich erhöhter Hauptmietzinse für zulässig. Rechtlich war das Rekursgericht der Ansicht, dass zwar der die Einhebung eines erhöhten Hauptmietzinses beantragende Vermieter zufolge § 19 Abs 1 Z 2 MRG seinem Antrag eine Hauptmietzinsabrechnung über die letzten 10 Kalenderjahre beizulegen habe und bei Fehlen dieser zwingend vorgeschriebenen Beilage der Antrag abzuweisen sei (RIS-Justiz RS0070037). Im Verfahren zur vorläufigen Erhöhung der Mietzinse seien aber weder Fragen der Hauptmietzinsabrechnung noch der Kategorieeinstufung oder Nutzflächenstreitigkeiten zu lösen. Für eine Entscheidung nach § 18a Abs 1 und 2 MRG seien insoweit provisorische Entscheidungsgrundlagen ausreichend. Es müsse nur die Beurteilung möglich sein, dass die Grundvoraussetzungen der Zulässigkeit einer Mietzinserhöhung vorlägen. Dazu reiche, dass sich

überhaupt ein Deckungsfehlbetrag ergebe, das Deckungserfordernis also während des Verteilungszeitraums nicht durch die zu erwartenden Hauptmietzinseinnahmen gedeckt werden könne.

Vorliegend rechtfertigt der Umstand, dass die exakte Höhe des Hauptmietzinsaktivums nicht feststehe, die Antragsabweisung nicht. Es sei nämlich auch eine inhaltlich unrichtige Hauptmietzinsabrechnung eine Hauptmietzinsabrechnung. Dies gelte ebenso für eine nur auf fiktiven Einnahmen beruhende Hauptmietzinsabrechnung. Konkret lasse die Hauptmietzinsabrechnung der Antragstellerin Feststellungen über die tatsächlichen Einnahmen der Jahre 2004 und 2005 zu. Für die Jahre 1995 bis 2003 reiche die hypothetische Annahme, dass alle 25 Wohnungen stets vermietet gewesen seien und dafür jeweils der der Kategorie D entsprechende Hauptmietzins eingenommen worden sei. Ausgaben seien in diesem Zeitraum nicht zu berücksichtigen. Damit lasse sich ein Hauptmietzinsaktivum per 31. 12. 2005 von 67.492,91 EUR zugrundelegen. Nach anderer Berechnung der Schlichtungsstelle gemäß § 20 Abs 1 Z 1 lit d MRG wäre ein weiterer Betrag von 32.213,97 EUR auf der Einnahmenseite zu berücksichtigen. Selbst unter Zugrundelegung dieses zu Lasten der Antragstellerin (fiktiv) errechneten Hauptmietzinsaktivums per 31. 12. 2005 ergäbe sich immer noch ein Deckungsfehlbetrag von 600.733,19 EUR. Stelle man auf die Mietzinsliste und das Verhältnis zur Mietzinsabrechnung 2003 ab, ergebe sich unter Berücksichtigung des Förderungsdarlehens ein Gesamterfordernis von 598.455,08 EUR. Lege man im Verteilungszeitraum laufende Einnahmen für - von der Antragstellerin zu schaffen beabsichtigte - Kategorie-A-Wohnungen nach dem Richtwertmietzins zugrunde, sei mit Einnahmen von 546.599 EUR zu rechnen. Nicht einmal in diesem Fall wäre das Gesamterfordernis, das sich noch um Zinsen und Pauschalbeträge erhöhe, gedeckt. Die Voraussetzungen für eine Grundsatzentscheidung und eine Entscheidung über die vorläufige Erhöhung der Hauptmietzinse lägen daher vor, wobei sich letztlich ein Betrag von 1.733,40 EUR monatlich errechne, der im Verhältnis der Nutzflächen gemäß § 18 Abs 3 MRG aufzuteilen sei. Auf den Erstantragsgegner entfalle demnach eine Erhöhung von 1,80 EUR/m<sup>2</sup> zuzüglich des für die Ausstattungskategorie D zu entrichtenden Mietzinses von 0,73 EUR/m<sup>2</sup>, was insgesamt für den Erhöhungszeitraum einen Betrag von 2,53 EUR/m<sup>2</sup> ergebe. Diese Erhöhung sei dem Erstantragsgegner auch rückwirkend per 1. 1. 2007 zumutbar.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 10.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs im Hinblick auf vorliegende höchstgerichtliche Judikatur nicht zulässig sei.

Gegen den Sachbeschluss des Rekursgerichts richtet sich der außerordentliche **Revisionsrekurs** des Erstantragsgegners mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Sachbeschlusses im Sinn der Wiederherstellung des erstinstanzlichen Sachbeschlusses.

Die Antragstellerin hat von der ihr eingeräumten Möglichkeit, eine **Revisionsrekursbeantwortung** zu erstatten, Gebrauch gemacht, und darin beantragt, den Revisionsrekurs zurückzuweisen, in eventu diesem nicht Folge zu geben.

## Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Erstantragsgegners ist zulässig, weil zur Frage der Zugrundelegung fiktiver Mietzinseinnahmen in einer Hauptmietzinsreserve, wenn auch nur als Voraussetzung für eine Entscheidung nach § 18a Abs 1 und 2 MRG (bzw für eine Entscheidung nach § 18 Abs 4 MRG), noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliegt; der Revisionsrekurs ist auch berechtigt.

Schon aus der programmatischen, in § 18 Abs 1 MRG enthaltenen Voraussetzung jeglichen rechtsgestaltenden Eingriffs des Außerstreitrichters in den Mietvertrag, wie er durch Mietzinserhöhungen stattfindet, geht eindeutig hervor, dass ein Missverhältnis zwischen den Kosten heranstehender Erhaltungsarbeiten einerseits und Mietzinseingängen sowohl der letzten 10 Jahre als auch während des Verteilungszeitraums bestehen, also ein Deckungsfehlbetrag feststehen muss. Dieser Grundsatz gilt auch, wie § 18a MRG zu entnehmen ist, für eine Grundsatzentscheidung und die Entscheidung über eine vorläufige Erhöhung nach § 18a Abs 2 MRG. Auch dafür ist unabdingbare Voraussetzung, dass überhaupt ein Deckungsfehlbetrag zugrundegelegt werden kann (vgl RIS-Justiz RS0070476 [T3]).

Die Grundsatzentscheidung nach § 18a Abs 1 MRG besteht darin, die einzelnen Arbeiten nach Art und Umfang und den Verteilungszeitraum innerhalb eines Verfahrens nach den §§ 18, 19 MRG festzustellen, wobei die Richtigkeit der Hauptmietzinsabrechnung nur insoweit geprüft werden muss, als dies zur Beurteilung der Frage nötig ist, ob überhaupt eine Erhöhung zulässig ist (vgl 5 Ob 96/90 = wobl 1991/105, 172). Für die Bewilligung der vorläufigen Einhebung eines erhöhten Hauptmietzinses nach § 18a Abs 2 MRG müssen die provisorischen Entscheidungsgrundlagen überdies dazu ausreichen, Beginn und Ausmaß einer vorläufigen Erhöhung, die ja das voraussichtliche Ausmaß der endgültigen Erhöhung nicht übersteigen soll (vgl 5 Ob 112/91 = wobl 1992/112, 155 [Call]), festzulegen.

Ganz zutreffend stellt der Erstantragsgegner in seinem Revisionsrekurs den Charakter der Erhöhungsentscheidung dar. Trotz der provisorischen Entscheidungsgrundlagen muss demnach dem Grunde nach feststehen, dass ein Missverhältnis von zu erwartenden Kosten und stattgefundenen sowie künftigen Mietzinseinnahmen den Eingriff in den Mietvertrag rechtfertigt. Für sämtliche dazu - wenn auch nur auf provisorischer Basis - festzustellenden Tatsachengrundlagen besteht die Behauptungs- und Beweislast des

Antragstellers (Vermieters), der die Mietzinsanhebung anstrebt. Die Unterlassung der Vorlage einer Hauptmietzinsabrechnung trotz wiederholten Auftrags geht daher zu Lasten des Antragstellers (so schon die zweitinstanzliche Rechtsprechung vgl LGZ Wien MietSlg 27.299/19; LGZ Wien MietSlg 45.306). Dem trägt § 19 Abs 1 MRG Rechnung, in dem die zwingenden, dem Antrag beizufügenden Unterlagen genannt sind. Zu diesen gehört auch die Hauptmietzinsabrechnung der letzten 10 Kalenderjahre. Bringt der Antragsteller eine solche nicht bei, bleibt sein Antrag unschlüssig, was zur Abweisung des Sachantrags führen muss (vgl RIS-Justiz RS0070037). Ein Vorbringen, dass eine Hauptmietzinsabrechnung nicht gelegt werden kann, macht die Ermittlung der Negativvoraussetzungen für die Zulässigkeit einer Hauptmietzinserhöhung unmöglich (vgl 5 Ob 165/08p) und geht zu Lasten des Antragstellers.

Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts stellt es keine Frage der materiellen Richtigkeit einer Hauptmietzinsabrechnung dar, die wegen des Provisorialcharakters des § 18a Abs 1 und 2 MRG nicht zu prüfen wäre, wenn ein die Erhöhung anstrebender Vermieter eine vorwiegend aus fiktiven Mietzinseinnahmen gegründete „Hauptmietzinsabrechnung“ vorlegt. Vielmehr ist zu untersuchen, ob Derartiges überhaupt eine dem § 20 MRG entsprechende und von § 19 Abs 1 Z 2 MRG geforderte Hauptmietzinsabrechnung darstellt. Das ist zu verneinen, weil einer Hauptmietzinsabrechnung nach § 20 Abs 1 Z 1 lit a MRG die **entrichteten** Beträge zu Grunde zu legen sind. Anderes gilt nur für Leerstehungen oder vom Vermieter benützte Objekte, für die nach bestimmten gesetzlichen Grundlagen (§ 20 Abs 1 Z 1 lit b bis d MRG) fiktive Beträge zu errechnen sind (vgl Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht<sup>21</sup>, § 20 MRG Rz 4 f). Hingegen sind die entrichteten Hauptmietzinse immer effektiv zu verrechnen (Würth/Zingher/Kovanyi aaO Rz 2).

Wenn also der Vermieter, der eine Mietzinserhöhung anstrebt, nicht in der Lage ist, eine wenn auch fehlerhafte so doch nach den Grundsätzen des § 20 MRG erstellte Hauptmietzinsabrechnung mit effektiven Mietzinseingängen der letzten 10 Kalenderjahre vorzulegen, dann kann er die für eine Mietzinserhöhung unabdingbare Voraussetzung eines Deckungsfehlbetrags nicht erweisen, ja nicht einmal schlüssig behaupten. Eine - nicht bloß fiktive - Abrechnung ist also notwendiges Erfordernis für einen erfolgreichen Antrag und deren Fehlen muss, wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat, zur Antragsabweisung führen.

Auch für die Bestimmung des § 18 Abs 4 MRG, die ohnedies seit Inkrafttreten des § 18a MRG obsolet ist (vgl Würth/Zingher/Kovanyi aaO, § 18 MRG Rz 20), wäre eine Hauptmietzinsabrechnung mit effektiven Mietzinseingängen unabdingbar, weil nur gegen eine solche konkrete Einwendungen von Mietern denkbar sind. Zumindest in ihrer Vorläufigkeit müssten solche Grundlagen vom Antragsteller nachgewiesen werden.

Aus den dargestellten Gründen ist in Stattgebung des Revisionsrekurses der Sachbeschluss des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 37 Abs 3 Z 17 MRG.