

Scheidpunkt zu früheren Mietzinsbestimmungen – immer auch die **früher in Geltung gestandenen Mietzinsregulative** zu beachten, wie vor allem das frühere Categoriesystem.

## II. Anwendungsbereich und Grundstruktur des § 16

### A. Anwendungsbereich

Wie das gesamte Mietzinsrecht gilt auch § 16 nur im **Vollanwendungsbereich** des MRG (s dazu bei § 1); in den Teilanwendungsbereichen des MRG sind die Regelungen des § 16 also nicht zu beachten.<sup>35</sup> Gleiches gilt – selbstverständlich – auch für Mietverhältnisse, die dem alleinigen Regime des ABGB-Bestandrechts unterliegen. Daran zeigt sich, dass § 16 von vornherein nur für ein beschränktes Segment der dem MRG unterliegenden Mietverhältnisse zum Tragen kommt.

§ 16 gilt nur für **Hauptmietverhältnisse**; die korrespondierende Bestimmung für Untermietverhältnisse ist § 26, der die Höhe des Untermietzins regelt. Eine weitere Anwendungsabgrenzung ist für jene Miet- oder sonstigen Nutzungsverträge vorzunehmen, die dem WGG unterliegen; für diese Rechtsverhältnisse wird das zulässige Entgelt nicht durch § 16 MRG, sondern durch die §§ 13, 14, 14d WGG bestimmt.

### B. Grundstruktur und Aufbau der Bestimmung

In dem sehr umfänglichen § 16 sind grundsätzlich sämtliche Komponenten der Hauptmietzinsbeschränkung zusammengefasst, nämlich die **drei** heute in Geltung stehenden **Begrenzungssysteme**, der **Befristungsabschlag**, die Regelungen über die **Wirkungsweise der Zinsbeschränkung** und über die Rahmenbedingungen für eine Zinsanhebung aufgrund einer **Wertsicherungsvereinbarung** sowie schließlich die **Ausnahmebestimmungen** für Sanierungsvereinbarungen. Damit bildet § 16 für das heute geltende Recht zur gesetzlichen Regulierung des Hauptmietzins einen im Wesentlichen abgeschlossenen<sup>36</sup> Regelungsblock. Die Bestimmung hat folgenden Aufbau:

- Abs 1: angemessener Mietzins und dessen Abgrenzung zum Richtwertsystem
- Abs 2–4: Richtwertsystem (der Richtwert selbst wird nicht an dieser Stelle, sondern im RichtWG<sup>37</sup> geregelt), wobei die Abs 3 und 4 nur dem Lagezuschlag gewidmet sind
- Abs 5 und 6: Kategorie D-Zins, wobei Abs 6 eine Valorisierungsregelung enthält, die für praktisch sämtliche im MRG genannten Geldbeträge<sup>38</sup> anzuwenden ist
- Abs 7: Befristungsabschlag
- Abs 8: Rechtsfolge einer Überschreitung der Mietzinsgrenze und Fristen zur Geltendmachung dieser Rechtsfolge
- Abs 9: Rechtsfolge einer Überschreitung der Mietzinsgrenze aufgrund Anwendung einer Wertsicherungsvereinbarung; Rahmenbedingungen für eine Zinserhöhung aufgrund einer Wertsicherungsvereinbarung
- Abs 10 und 11: Sanierungsvereinbarungen
- Abs 12: exkludierender Verweis auf Förderungsrecht.

<sup>35</sup> Siehe nur die sehr geringfügige Ausnahme in § 45 Abs 3 Satz 2.

<sup>36</sup> Die Abgeschlossenheit wird nur durch förderungsrechtliche Bestimmungen (auf die in Abs 12 verwiesen wird) und durch die verschiedenen Zinsanhebungsmöglichkeiten (§ 12a, §§ 18ff, § 45, § 46 Abs 2, § 46a) durchbrochen. Vgl aber auch das intertemporal zu beachtende Mietzinsrecht aus früheren Zeiten.

<sup>37</sup> BGBl 1993/800, Art IX.

<sup>38</sup> Ausnahmen: die Höchstgrenze von € 15.000,- für die Verwaltungsstrafe nach § 27 Abs 5, die Revisionszulässigkeitsgrenze in § 37 Abs 3 Z 16 und die Kostenersatzbeträge in § 37 Abs 3 Z 17.

### III. Der angemessene Hauptmietzins (Angemessenheitsschranke, Abs 1)

#### A. Geltungsbereich der Angemessenheitsschranke (Abgrenzung zum Richtwertsystem)

##### 1. Allgemeines

- 22** Die **Behauptungs- und Beweislast** dafür, dass ein angemessener Hauptmietzins nach § 16 Abs 1 vereinbart werden darf, und damit die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass einer der Tatbestände des Abs 1 verwirklicht ist, trifft den Vermieter.<sup>39</sup> Während der Tatbestand der Z 1 auf (bedeutend überwiegende) Geschäftsraummiete abstellt, gilt Z 4 nur für Wohnungen einer bestimmten Größe und Ausstattungskategorie. Der Tatbestand der Z 2 privilegiert Mietverträge, wenn das Gebäude oder der Mietgegenstand aufgrund einer nach dem 8. 5. 1945 erteilten Baubewilligung neu errichtet wurde. Z 3 betrifft Mietgegenstände in Gebäuden, an deren Erhaltung ein öffentliches Interesse besteht, sofern der Vermieter nach dem 8. 5. 1945 erhebliche Eigenmittel zur Erhaltung aufgewendet hat. Z 5 knüpft an den Mangel eines besonderen Schutzbedürfnisses des Mieters an, der in einem unbefristeten Mietverhältnis freiwillig eine Zinsvereinbarung in Schriftform trifft. Die Tatbestände der Z 2, 3 und 5 gelten für Wohnungen und für Geschäftsräume, wobei im Hinblick auf die generelle Zulässigkeit der Vereinbarung eines angemessenen Hauptmietzinses für Geschäftsräume nach Z 1 die praktische Bedeutung dieser Tatbestände auf Wohnraummieten konzentriert ist.
- 23** Unterliegt ein **einheitliches Mietverhältnis** (vgl § 1093 Rz 13f) nur **zum Teil** zwingenden **Mietzinsbildungsvorschriften**, so sind die Zinsbildungsvorschriften insgesamt nicht anzuwenden,<sup>40</sup> außer es läge eine Umgehung vor (etwa bei einem krassen Missverhältnis zwischen den Gebrauchswerten oder zwischen den bei getrennter Vermietung erzielbaren Mietzinsen).<sup>41</sup> Die Auffassung,<sup>42</sup> dass eine „geteilte Betrachtung“ angebracht sei, lässt außer Acht, dass eine „Teilbarkeit“ bei einem einheitlich vereinbarten Mietzins praktisch nicht denkbar ist, weil bei Ermittlung des höchstzulässigen Mietzinses für den Teil, der den Zinsbildungsvorschriften unterliegt, die Differenz zum vereinbarten Mietzins eben auf jenen Teil der Bestandsache entfällt, der frei vermietbar ist. Die Zinsbildungsvorschriften sind daher entweder zur Gänze unanwendbar oder – bei Umgehung – zur Gänze anwendbar.<sup>43</sup> Lediglich für die Beurteilung, ob Umgehungsabsicht wegen eines krassen Missverhältnisses zwischen dem vereinbarten und den bei getrennter Vermietung erzielbaren Mietzinsen vorliegt, muss der fiktive Gesamtzins<sup>44</sup> ermittelt werden.

##### 2. Geschäftsraummiete (Z 1)

- 24** Seit dem Inkrafttreten des MRG regelt § 16 Abs 1 Z 1 unverändert, dass die Vereinbarung eines angemessenen Hauptmietzinses zulässig ist, wenn der Mietgegenstand nicht zu Wohnzwecken dient. Nach Z 1 Halbsatz 2 darf nur der für Wohnungen zulässige Hauptmietzins angerechnet werden, wenn der Mietgegenstand teils als Wohnung, teils als Geschäftsräumlichkeit verwendet wird, es sei denn, dass die Verwendung zu Geschäftszwecken die Verwendung zu Wohnzwecken bedeutend überwiegt (zu der in Z 1 auch angeordneten Rügeoblie-

39 5 Ob 19/84 JBl 1985, 363 (zu Z 1); 5 Ob 13/90 MietSlg 42.245 (zu Z 1); 5 Ob 119/98f immolex 1999/132 (zu Z 3).

40 5 Ob 192/00x immolex 2001/80; 5 Ob 100/09f MietSlg 61.257; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MRG Rz 8.

41 5 Ob 100/09f MietSlg 61.257.

42 Kletečka, immolex 2001, 124.

43 Ausdrücklich 10 Ob 52/08g immolex 2008/112 (Prader); H. Böhm in Schwimann<sup>2</sup> § 1 MRG Rz 37.

44 5 Ob 96/85 MietSlg 38.251/27 mit Berechnungsbeispielen.

genheit des Geschäftsraummieters s Rz 51 ff). Ob ein **Hauptmietvertrag über eine Wohnung oder über Geschäftsräume** vorliegt, ist jedoch entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht danach zu beurteilen, wie der Bestandgegenstand nach Abschluss des Mietvertrags verwendet wird, sondern nur danach, zu welchem Zweck er nach der **Parteienabsicht** in Bestand genommen wurde oder welcher Zweck von den Parteien später einvernehmlich zum Vertragszweck gemacht worden ist,<sup>45</sup> wobei eine Widmungsänderung auch schlüssig erfolgen kann.<sup>46</sup> Nicht maßgeblich ist, ob der Mietgegenstand zur Befriedigung des eigenen Wohnbedürfnisses des Hauptmieters oder eintrittsberechtigter Personen oder zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses anderer Personen in Bestand genommen wurde.<sup>47</sup> Daher sind die Mietzinsbildungsvorschriften für Wohnungen auch dann anzuwenden, wenn die gewerbliche Weitervermietung der Wohnung eine geschäftliche Betätigung des Hauptmieters darstellt.<sup>48</sup> Ebenso ohne Bedeutung ist, zu welchem Zweck (Wohn- oder Geschäftszweck) der Mietgegenstand nach der Bauordnung verwendet werden darf.<sup>49</sup> Die geschäftliche Tätigkeit selbst muss nicht unmittelbar im Objekt ausgeübt werden. Es genügt, wenn das Objekt geschäftlichen Zwecken dient.<sup>50</sup>

Bei **Vermietung zu Wohn- und Geschäftszwecken** ist Z 1 nur anwendbar, wenn der Geschäftszweck nach der Parteienabsicht, die sich auch aus der Verkehrsauffassung<sup>51</sup> ergeben kann, bedeutend überwiegt.<sup>52</sup> Bei gemischten Mietgegenständen trifft den Vermieter die Behauptungs- und Beweislast für das **bedeutende Überwiegen des Geschäftszwecks**.<sup>53</sup> Der Geschäftszweck überwiegt dann nicht eindeutig, wenn das Objekt zur Befriedigung des regelmäßigen Wohnbedürfnisses des Mieters (oder von Angehörigen) dienen soll und der Wohnzweck nicht bloß „Zubehör“ der Geschäftsräume ist.<sup>54</sup> Ein stark unterschiedliches Flächenverhältnis kann Indizwirkung für den „Zubehörcharakter“ des Wohnzwecks haben.<sup>55</sup> Ist das gemischt genutzte Objekt die einzige Wohnung des Mieters, so soll sich nach einigen Entscheidungen die Frage nach dem Überwiegen von Wohn- oder Geschäftszweck nicht stellen, weil die Wohnverwendung dann unabhängig von den räumlichen Verhältnissen im Vordergrund stehe.<sup>56</sup> Allerdings muss die – von der Rsp nicht einheitlich gelöste (§ 30 Rz 98) – Frage, ob § 16 Abs 1 Z 1 analog auch außerhalb der Zinsbildungsvorschriften zur Beurteilung der Qualifikation eines Mietgegenstandes als Wohn- oder Geschäftsraum heranzuziehen ist, von der Frage der Anwendung des § 16 Abs 1 Z 1 unterschieden werden: Nach Wortlaut und Zweck des § 16 Abs 1 Z 1 ist uE bei einem eindeutigen Überwiegen des vereinbarten Geschäftszwecks (etwa nach den Flächenverhältnissen und der wirtschaftlichen Bedeutung) die Regelung auch dann anwendbar, wenn der Mieter sonst über keine andere Wohnmöglichkeit

25

45 2 Ob 104/99d immolex 1999/146; 5 Ob 42/01i MietSlg 53.317; 5 Ob 6/12m immolex 2012/68 (*Neugebauer-Herl*); 2 Ob 80/13y; unpräzise daher der Leitsatz in RIS-Justiz RS0106084.

46 6 Ob 633/92 wobl 1993/114 (30-jährige unbeanstandete Verwendung zu Wohnzwecken); 2 Ob 104/99d immolex 1999/146.

47 5 Ob 19/84 MietSlg 36.301; 7 Ob 342/97p MietSlg 50.322.

48 5 Ob 6/12m immolex 2012/68 (*Neugebauer-Herl*) (Vermietung einer Wohnung zur gewerblichen Untervermietung zu Wohnzwecken).

49 5 Ob 102/85 MietSlg XXXVII/51; 5 Ob 8/06x MietSlg 58.205.

50 5 Ob 120/10y (Verwendung als Personal-WC).

51 5 Ob 154/00h immolex 2001/20.

52 5 Ob 60/87 MietSlg XXXIX/56; 5 Ob 14/92 wobl 1992/92; 5 Ob 37/15z.

53 5 Ob 19/84 JBl 1985, 363; 5 Ob 13/90 MietSlg 42.245.

54 1 Ob 637/95 immolex 1997/23 („Zubehörcharakter“ des Wohnzwecks aufgrund der exorbitanten Höherbewertung – 9:1 – des auf den Geschäftsraum entfallenden Mietzinses bejaht).

55 1 Ob 535/86 MietSlg 38.469 (Mietvertrag über Gasthaus samt Wohnräumen als „Nebensache“); 5 Ob 151/86 MietSlg 38.324 (Betriebsstätte der Bauunternehmung samt Dienstwohnung).

56 1 Ob 177/00m immolex 2001/143; 7 Ob 5/09z immolex 2010/13.

verfügt (zB Vermietung eines als Künstleratelier ausgestatteten Objekts mit der Abrede, dass der Künstler auch im Atelier wohnen kann).

- 26** Bei **Berufen** – wie denen des Realitätenvermittlers, Rechtsanwalts oder Arztes – die **üblicherweise in einer Wohnung ausgeübt** werden, sind die zur Berufsausübung erforderlichen Räume als Wohnraum und nicht als Geschäftsraum anzusehen, weil in solchen Fällen das Wohnbedürfnis und der Berufszweck einander die Waage halten.<sup>57</sup> Allerdings ist auch hier zu beachten, dass dieser Grundsatz jedenfalls für die Beurteilung, welche Zinsbildungsvorschriften anzuwenden sind, nur eine Zweifelsregel darstellt. Wird daher zB vereinbart, dass der Mieter seine Anwaltskanzlei in einem flächenmäßig weit überwiegenden Teil des Objekts betreiben und im restlichen Teil wohnen soll, so rechtfertigt diese Konstellation eher die Beurteilung, dass der vereinbarte Geschäftszweck bedeutend überwiegt.
- 27** Überwiegt der Geschäftszweck eindeutig, so kann **für das Gesamtobjekt ein angemessener Hauptmietzins** vereinbart werden. Bei der Angemessenheitsbeurteilung ist nach einer Entscheidung<sup>58</sup> für den vereinbarungsgemäß zu Wohnzwecken vermieteten Teil der angemessene Hauptmietzins für Wohnungen heranzuziehen. Das mag für den entschiedenen Anlassfall zutreffen, dem ein einheitlicher Mietvertrag über zwei (räumlich getrennte) Mietgegenstände mit gesondert vereinbarten Hauptmietzinsen zugrunde lag. Im Regelfall wird aber kaum feststellbar sein, welcher konkrete Teil des Gesamtobjekts nach der Vereinbarung für Wohnzwecke genutzt werden soll. Sachgerechter ist daher die Beurteilung nach den Kriterien für den angemessenen Hauptmietzins eines Geschäftsraums unter Berücksichtigung der vereinbarten Wohnraumnutzung im Rahmen der heranzuziehenden Vergleichsobjekte (vgl Rz 42, 45f).

### 3. Neuerrichtung (Z 2)

- 28** § 16 Abs 1 Z 2, der inhaltlich im Wesentlichen<sup>59</sup> noch der Stammfassung des MRG entspricht, enthält **zwei Tatbestände**: Zum einen kann ein angemessener Hauptmietzins vereinbart werden, wenn das **Gebäude**, in dem sich der Mietgegenstand befindet, aufgrund einer nach dem 8. 5. 1945 erteilten Baubewilligung **neu errichtet** wurde. Der zweite Tatbestand zielt nur auf die **Neuschaffung eines Mietgegenstandes** nach dem 8. 5. 1945 durch Umbau, Einbau oder Zubau als Erweiterung eines schon bestehenden Gebäudes ab. Unter diesen Tatbestand fällt insb der Dachbodenausbau aufgrund einer nach dem Stichtag, aber vor 1. 1. 2002 erteilten Baubewilligung. Bei einem Dachbodenaus(auf)bau aufgrund einer seit dem 1. 1. 2002 erteilten Baubewilligung oder einem Zubau aufgrund einer nach 30. 9. 2006 erteilten Baubewilligung gelten die Teilausnahmebestimmungen des § 1 Abs 4 Z 2 bzw 2a (vgl die Kommentierung bei § 1). Wurde das Gebäude oder der Mietgegenstand ohne Baubewilligung neu errichtet, so ist auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Inangriffnahme des Bauvorhabens abzustellen.<sup>60</sup> Die **Rechtskraft der erteilten Baubewilligung** ist (nur) dann nicht maßgeblich, wenn das Objekt schon vor ihrer Erteilung errichtet wurde.<sup>61</sup> Eine Neuschaffung durch den Mieter nach Übergabe des Mietgegenstandes erfüllt den Tatbestand nicht.<sup>62</sup> Insofern unterscheiden sich § 1 Abs 4 Z 1, der eine Teilausnahme vom MRG anordnet, und § 16 Abs 1 Z 2 Fall 1 – mit Aus-

57 7 Ob 238/73 MietSlg XXVI/3 (Architekt); 6 Ob 684/90 wobl 1992/13 (Würth) (Arzt); 1 Ob 413/97k wobl 1999/79 (Steuerberater); 7 Ob 5/09z immolex 2010/13 (PR-Agentur).

58 5 Ob 6/86 MietSlg XXXVIII/7 (analoge Anwendung von § 16 Abs 1 Z 1).

59 Siehe dazu detailliert T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MRG Rz 32.

60 5 Ob 141/08h MietSlg 60.269.

61 T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 1 MRG Rz 87 zur Ausnahme nach § 1 Abs 4 Z 1; zur Benützungsbewilligung vgl 9 Ob 175/00a mwN.

62 LGZ Wien 41 R 607/83 MietSlg 35.313.

nahme des maßgeblichen Datums der Baubewilligung – nicht.<sup>63</sup> Gegen diese Ungleichbehandlung hatte der OGH keine verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>64</sup> Für die beiden Tatbestände von § 16 Abs 1 Z 2 ist kennzeichnend, dass es – anders als in § 1 Abs 4 Z 1 – nicht auf die (Nicht-)Gewährung öffentlicher Mittel ankommt,<sup>65</sup> wobei jedoch einschlägige förderungsrechtliche Regelungen zu beachten sind. Zur Auslegung des Begriffs der „Neuerrichtung“ des Gebäudes kann daher die zu § 1 Abs 4 Z 1 ergangene Rsp herangezogen werden (s bei § 1).

Der Begriff der **Neuschaffung eines Mietgegenstandes** ist nach der Rsp streng auszulegen. **29** Die bauliche Umgestaltung schon vorhandenen Raums für Wohn- oder Geschäftszwecke reicht nicht. Eine Neuschaffung von Mietgegenständen liegt daher nur dann vor, wenn durch bauliche Maßnahmen Mietgegenstände gewonnen werden, die bisher überhaupt nicht zur Verfügung standen oder zur Verwendung als Wohnräume oder Geschäftsräume nicht geeignet waren. Dieses Erfordernis ist sehr restriktiv – iS von „völlig unbenützbar“ oder „für den bestimmungsgemäßen Gebrauch unbrauchbar“ – zu verstehen.<sup>66</sup> Die bloße Umgestaltung vorhandener, wenn auch schlecht ausgestatteter Wohn- oder Geschäftsräume in gut ausgestattete,<sup>67</sup> die Zusammenlegung mehrerer Wohn- und Geschäftszwecken dienender Räume zu einem einheitlichen Bestandobjekt<sup>68</sup> oder die Teilung von Wohnungen<sup>69</sup> stellen auch bei hohem Adaptierungsaufwand keine Neuschaffung dar.

**Neuschaffung verneint:** Umbau einer Wohnung unter Einbeziehung eines den Zugang zum unausgebauten Dachboden darstellenden Vorraums;<sup>70</sup> hoher Renovierungsaufwand (€ 100.000,-) bei einer trotz schlechten Ausstattungszustands bis 1997 vermieteten Wohnung aufgrund einer im Jahr 2000 erteilten Baubewilligung;<sup>71</sup> Gliederung eines bisher als Großraumbüro verwendeten Objekts durch das Aufstellen von Zwischenwänden in Wohnungen unter gleichzeitiger Erneuerung der Versorgungsleitungen;<sup>72</sup> Umbau von Geschäftsräumlichkeiten in Wohnungen;<sup>73</sup> Einbeziehung eines Gangteils.<sup>74</sup> **30**

**Neuschaffung bejaht:** Wiederherstellung von Mietgegenständen, die durch Kriegseinwirkungen (Ausbrennen des Gebäudes) zwar nicht völlig zerstört, aber objektiv unbenützbar geworden sind (Fehlen des Dachs, sämtlicher Fenster und Türen und teilweise der Decken), und zwar unabhängig davon, ob der vor der Zerstörung bestehende Zustand wiederhergestellt wird oder nicht;<sup>75</sup> Neuherstellung eines unbenutzbaren Stiegenhauses, das dem Zugang zum unbeschädigten Mietgegenstand diene;<sup>76</sup> Umgestaltung eines vorher nicht für Wohnzwecke ausgestatteten Fabriksgebäudes;<sup>77</sup> Einbeziehung geringfügiger „alter“ Gebäudeteile (etwa von **31**

63 Vgl 7 Ob 343/97k immolex 1998/144; 9 Ob 175/00a.

64 5 Ob 214/04p.

65 Würth/Zingher/Kovanyi I<sup>23</sup> § 16 MRG Rz 14.

66 5 Ob 54/91 wobl 1992/93 (Würth); 5 Ob 38/09p wobl 2010/28; 5 Ob 81/14v; 5 Ob 174/15x immolex 2016/24 (Pfiel) uva.

67 2 Ob 505/81 MietSlg 33.262; 5 Ob 88/84 MietSlg 37.305; 5 Ob 38/09p wobl 2010/28.

68 1 Ob 800/81 MietSlg 34.379.

69 LGZ Wien 41 R 1268/85 MietSlg 38.327.

70 5 Ob 152/10d wobl 2011/154.

71 5 Ob 38/09p wobl 2010/28.

72 5 Ob 141/08h MietSlg 60.269.

73 5 Ob 175/13s wobl 2014/49.

74 LGZ Wien 41 R 26/85 MietSlg 37.306.

75 2 Ob 618/90 wobl 1992/10.

76 5 Ob 54/91 wobl 1992/93 (zust Würth).

77 7 Ob 343/97k immolex 1998/144; 5 Ob 174/15x immolex 2016/24 (Pfiel).



Fundamenten, denkmalgeschützten Fassadenteilen), denen unter dem Aspekt der Vermietbarkeit keine selbständige Bedeutung zukommt.<sup>78</sup>

#### 4. Denkmalschutz (Z 3)

- 32** Die Anwendung der Z 3 setzt nach der seit 1. 3. 1994 geltenden Fassung voraus, dass der Mietgegenstand (Wohn- oder Geschäftsraum) in einem Gebäude gelegen ist, an dessen Erhaltung **aus Gründen des Denkmalschutzes öffentliches Interesse** besteht, sofern der Vermieter unbeschadet der Gewährung öffentlicher Mittel auch selbst zu dessen Erhaltung nach dem 8. 5. 1945 erhebliche Eigenmittel aufgewendet hat. Für seit dem Inkrafttreten des 3. WÄG geschlossene Verträge ist zu beachten, dass Gründe der „Stadt- und Ortsbildpflege“ dem Denkmalschutz nicht mehr gleichgestellt sind.<sup>79</sup> Insoweit ist daher auch die Rsp<sup>80</sup> zu den „Gründen der Stadt- und Ortsbildpflege oder den gleich wichtigen Gründen“ überholt.
- 33** Die **Unterschutzstellung** erfolgt idR durch **Bescheid** und ist gem § 3 Abs 3 DMSG<sup>81</sup> im Grundbuch ersichtlich zu machen. Wenn ein derartiger Bescheid nicht vorliegt, kann sich der Vermieter im Hinblick auf den Wortlaut von § 3 Abs 1 DMSG („... öffentliches Interesse an ihrer Erhaltung erst dann gegeben, wenn sein Vorhandensein durch Bescheid festgestellt worden ist. ...“) auf § 16 Abs 1 Z 3 nicht erfolgreich berufen.<sup>82</sup> Das ergibt sich uE im Übrigen schon daraus, dass die Begünstigung des Vermieters durch Z 3 ihre sachliche Rechtfertigung auch daraus bezieht, dass der Vermieter (erst) durch die bescheidmäßige Unterschutzstellung an die Beschränkungen des DMSG gebunden ist.<sup>83</sup> Jedoch besteht bei Gebäuden, die sich im Allein- oder überwiegenden Eigentum des Bundes, eines Landes oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Anstalten, Fonds oder gesetzlich anerkannter Kirchen oder Religionsgemeinschaften befinden, gem § 2 Abs 1 DMSG ein öffentliches Interesse an der Erhaltung, solange nicht bescheidmäßig das Gegenteil festgestellt wird. Das öffentliche Interesse an der Erhaltung aus Gründen des Denkmalschutzes ist in diesem Fall somit ex lege und für das Gericht bindend zu vermuten.<sup>84</sup>
- 34** Erhebliche **Eigenmittel**, die der Vermieter zur Erhaltung des Hauses nach dem 8. 5. 1945 in erheblichem Ausmaß bis zum Abschluss der Mietzinsvereinbarung<sup>85</sup> aufgewendet haben muss, sind aus der vermögensrechtlichen Sphäre des Vermieters stammende Mittel, die diesem dem Mieter gegenüber als nicht nach § 3 Abs 3 Satz 1 oder § 20 verrechnungspflichtig frei zur Verfügung stehen.<sup>86</sup> Um die Qualität der aufgewendeten Mittel als Eigenmittel in diesem Sinn beurteilen zu können, muss über den jeweils maßgeblichen Verrechnungszeitraum für Mietzinsreserven eine vollständige Abrechnung iSd § 20 Abs 1 gelegt werden.<sup>87</sup> Maßgeblich ist stets die Sachlage zum Zeitpunkt der Aufwendung. Künftige Mietzinseinnahmen sind daher nicht zu berücksichtigen.<sup>88</sup> Die Kosten dürfen aber auch nicht nachträglich als

<sup>78</sup> 4 Ob 2273/96k immolex 1997/38.

<sup>79</sup> Würth/Zingher/Kovanyi I<sup>23</sup> § 16 MRG Rz 16; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MRG Rz 33.

<sup>80</sup> Vgl zB 5 Ob 26/84 MietSlg 36.304; 5 Ob 129/86 MietSlg XXXVIII/28; 5 Ob 86/87 MietSlg XL/5.

<sup>81</sup> Denkmalschutzgesetz, BGBl 1923/523.

<sup>82</sup> AA T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MRG Rz 33.

<sup>83</sup> In 5 Ob 148/01b wobl 2002/16 (Thunhart) wurden mit dieser Begründung die verfassungsrechtlichen Bedenken des Mieters gegen Z 3 nicht geteilt.

<sup>84</sup> 5 Ob 148/01b wobl 2002/16 (Thunhart).

<sup>85</sup> 5 Ob 1047/93 wobl 1995/76 (bloße Investitionsabsicht reicht nicht).

<sup>86</sup> 5 Ob 50/84 MietSlg XXXVI/33; 5 Ob 280/05w immolex 2007/16; 5 Ob 123/08m immolex 2009/28; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MG Rz 34.

<sup>87</sup> 5 Ob 1022/92 wobl 1992/134 (Würth); 5 Ob 280/05w immolex 2007/16.

<sup>88</sup> 5 Ob 187/00m wobl 2001/118; 5 Ob 148/01b wobl 2002/16 (Thunhart).

Mietzinspassivum verrechnet werden.<sup>89</sup> Im Wege einer Erhöhung der Hauptmietzinse finanzierte oder vorfinanzierte Erhaltungsarbeiten fallen nicht darunter.<sup>90</sup> Aus dem eigenen Vermögen des Vermieters müssen die Eigenmittel nicht stammen; dass die Eigenmittel durch Darlehen oder auch unentgeltliche Zuwendungen Dritter finanziert wurden, schadet daher nicht.<sup>91</sup>

**Erheblich** sind die Mittel dann, wenn sie im Verhältnis zur Größe des Hauses und zur Gesamthöhe der Erhaltungskosten ins Gewicht fallen;<sup>92</sup> dabei ist auch auf das Verhältnis der Eigenmittel zu Mietzinseinnahmen und öffentlichen Zuschüssen zu achten.<sup>93</sup> Die erheblichen Eigenmittel müssen in die Erhaltung<sup>94</sup> des Gebäudes geflossen sein. Es kommt nicht darauf an, ob und in welchem Ausmaß auch die Wohnung des Mieters von den Renovierungsarbeiten profitierte.<sup>95</sup> Betriebswirtschaftliche Rentabilitätsberechnungen,<sup>96</sup> die finanzielle Leistungsfähigkeit des Vermieters, der Einheitswert, der Verkehrswert, der Einfluss des Erhaltungsaufwandes auf diese Werte und die Frage, inwieweit der Erhaltungsaufwand den durchschnittlichen Erhaltungsaufwand bei anderen Gebäuden übersteigt, sind nicht zu berücksichtigen.<sup>97</sup> **35**

#### 5. Wohnungen der Kategorie A oder B mit Nutzfläche über 130 m<sup>2</sup> (Z 4)

Die Zulässigkeit der Vereinbarung eines angemessenen Hauptmietzinses für eine Wohnung nach Z 4 setzt seit 1. 3. 1994<sup>98</sup> (3. WÄG) eine Wohnungsgröße von **mehr als 130 m<sup>2</sup>**, die **Ausstattungskategorie „A“ oder „B“** (zu den Ausstattungskategorien und der Rügeobliegenheit des Mieters s bei § 15a) sowie die **Einhaltung einer 6-monatigen Vermietungsfrist** nach Räumung durch den früheren Mieter oder Inhaber voraus; diese Frist verlängert sich bei Durchführung von Verbesserungsarbeiten um ein Jahr. **36**

Da nach dem Gesetzeswortlaut die **Vermietung an einen nicht zum Mietrechtseintritt Berechtigten** erfolgen muss, ist eine Vermietung an einen Eintrittsberechtigten grundsätzlich nicht privilegiert. Allerdings kann im Hinblick auf den Zweck der Regelung auch eine Vermietung an den bisherigen Mieter den Tatbestand erfüllen, etwa bei Neuvermietung nach Ablauf einer wirksam vereinbarten Befristung.<sup>99</sup> **37**

**Innehabung**, ab deren Ende die Vermietungsfrist berechnet wird, ist ein tatsächlicher Zustand, der nach Maßgabe der Verkehrsauffassung Herrschaft über das Mietobjekt iS eines bestimmungsgemäßen Gebrauchs vermittelt, ohne dass es auf ein Recht zum Gebrauch ankäme.<sup>100</sup> Die Durchführung von Renovierungsarbeiten<sup>101</sup> – die die Frist ohnedies um ein Jahr verlängert – oder eine tageweise an einen Filmproduzenten erteilte Drehgenehmigung<sup>102</sup> sind keine „Innehabung“. Inhaber kann auch der Eigentümer gewesen sein. Unter dem Ausdruck **Räumung** ist daher nicht nur die Rückstellung an den Eigentümer oder sonst Berechtigten zu verstehen, sondern auch die Freimachung einer Wohnung oder einer Geschäftsräumlichkeit **38**

89 5 Ob 129/86 MietSlg XXXVIII/28; 5 Ob 148/01 b wobl 2002/16 (Thunhart).

90 5 Ob 74/89 wobl 1990/5.

91 5 Ob 119/98 f wobl 2000/77; 5 Ob 280/05 w immolex 2007/16.

92 5 Ob 148/01 b wobl 2002/16 (Thunhart); 5 Ob 280/05 w immolex 2007/16 uva.

93 5 Ob 187/00 m wobl 2001/118.

94 „Erhaltung“ ist iSd §§ 3, 6 und 18 auszulegen: 5 Ob 74/89 wobl 1990/5.

95 5 Ob 187/00 m wobl 2001/118.

96 5 Ob 123/08 m immolex 2009/28.

97 5 Ob 108/85 MietSlg XXXVIII/6.

98 Zur Rechtslage bis zum 3. WÄG s T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MRG Rz 38 f.

99 5 Ob 145/97 b wobl 1998/40; ebenso T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MRG Rz 41; aA 5 Ob 2150/96 d wobl 1998/39.

100 7 Ob 636/86 MietSlg XXXVIII/44; s auch 5 Ob 176/03 y.

101 5 Ob 176/03 y immolex 2004/46 mwN.

102 5 Ob 24/98 k wobl 1998/224.

von Gegenständen des Hauseigentümers zum Zweck der Vermietung,<sup>103</sup> sofern die Nutzung durch den Eigentümer (die Vermietung an einen Miteigentümer) nicht zum Schein oder zur Verschleierung der Leerstehung erfolgte.<sup>104</sup>

## 6. Unbefristetes Mietverhältnis und Mietzinsvereinbarung nach einem Jahr (Z 5)

- 39** Im Unterschied zur Rechtslage bis zum 3. WÄG, die für die Zulässigkeit der nachträglichen Vereinbarung eines angemessenen Hauptmietzinses (lediglich) eine Mietdauer von mehr als sechs Monaten und eine auch formlose Vereinbarung forderte,<sup>105</sup> setzt Z 5 idF des 3. WÄG für ab 1. 3. 1994 geschlossene, ausschließlich **schriftlich** wirksame Vereinbarungen eines angemessenen Hauptmietzinses voraus, dass bereits ein **unbefristetes Mietverhältnis** vorliegt und **seit Übergabe** des Mietgegenstandes **mehr als ein Jahr** verstrichen ist. Das bedeutet nach dem Gesetzeswortlaut, dass nur die Übergabe,<sup>106</sup> nicht aber ein vor Übergabe erfolgter Abschluss des ursprünglichen Vertrags maßgeblich ist. Das nunmehr geltende Schriftformgebot und das ausdrücklich geforderte Bestehen eines unbefristeten Mietverhältnisses nimmt der Regelung viel an Konfliktpotential: Bis zum 3. WÄG war häufig strittig, ob eine konkludente Zinsvereinbarung geschlossen wurde bzw ob sich der Mieter eines befristeten Mietverhältnisses in einer „Drucksituation“ befand, die nach der Rsp<sup>107</sup> die Zulässigkeit einer nachträglichen Zinsvereinbarung ausschloss. Besteht allerdings bereits objektiv ein unbefristetes Mietverhältnis (vgl § 29 Abs 3 lit a oder lit b, letzter Satz), so steht die mangelnde Kenntnis des Mieters von diesem Umstand der Zulässigkeit der nachträglichen Zinsvereinbarung nicht entgegen. In diesem Fall könnte der Mieter nur – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – einen Willensmangel (Irrtumsanfechtung) geltend machen. Ist hingegen die Zinsvereinbarung als **Umgehungsgeschäft** zu qualifizieren, so ist Z 5 nicht anwendbar.<sup>108</sup>
- 40** Eine nicht schriftlich geschlossene Mietzinsvereinbarung ist unwirksam; der Mangel der Schriftlichkeit wird auch durch ungenützten Ablauf der Anfechtungsfrist des Abs 8 Satz 2 nicht saniert. Mangels Wirksamkeit der Erhöhungsvereinbarung gilt vielmehr die ursprüngliche Mietzinsvereinbarung weiter.<sup>109</sup> Ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille **Schriftlichkeit** bestimmen, kommt nach § 886 ABGB durch Unterschrift der Parteien zustande. Entsprechend dieser Grundregel liegt Schriftlichkeit nur dann vor, wenn der Text der Erklärung auch mit der eigenhändigen Unterschrift des Erklärenden versehen ist. Das Formerfordernis der Schriftlichkeit dient in erster Linie dem Übereilungsschutz des Mieters, aber auch der Beweissicherung. Dafür ist die **Unterschrift beider Vertragsteile** auf der Vertragsurkunde – oder die Unterfertigung der Vertragsurkunde nur durch eine Partei mit schriftlicher Zustimmungserklärung der anderen – notwendig. Eine bloß konkludente Zustimmung des anderen Vertragspartners zu einer nur von einer Partei unterfertigten Mietzinserhöhungsvereinbarung genügt ebenso wenig<sup>110</sup> wie eine in Form einer einfachen E-Mail – ohne qualifizierte elektronische Signatur gem Art 3 Z 12 eIDAS-VO (EU) Nr 910/2014<sup>111</sup> – abgegebene Erklärung.<sup>112</sup>

103 5 Ob 20/88 wobl 1989/44.

104 Vgl 5 Ob 176/03y immolex 2004/46.

105 § 16 Abs 1 Z 7 MRG idF vor dem 3. WÄG; vgl dazu Würth/Zingher/Kovanyi I<sup>23</sup> § 16 MRG Rz 20.

106 Unpräzise daher 7 Ob 181/08f immolex 2009/42 (Cerha).

107 5 Ob 17/98f wobl 1999/34 (Dirnbacher) ua.

108 5 Ob 1051/91 wobl 1991/158; 5 Ob 239/98b wobl 1999/30 (T. Hausmann) (Mietzinserhöhung unter Einräumung eines Weitergaberechts).

109 5 Ob 166/10p immolex 2012/54 (Prader).

110 7 Ob 181/08f immolex 2009/42 (Cerha).

111 Vgl § 4 Abs 1 SVG, BGBl I 2016/50, Art 1, sowie zur Rechtslage vor dem 1. 7. 2016: § 2 Z 3a, § 4 Abs 1 SigG.

112 5 Ob 133/10k immolex 2011/62 (Cerha); Kothbauer, immolex 2011, 96.



## B. Höhe des angemessenen Hauptmietzinses

### 1. Kriterien und grundlegende Problematik

Das Gesetz nennt für die Ermittlung der konkreten Mietzinsschranke nach dem Angemessenheitssystem nur die dafür wesentlichen Kriterien, nämlich die Größe, die Art, die Beschaffenheit, die Lage sowie den Ausstattungs- und Erhaltungszustand des Mietobjekts, all dies zeitlich bezogen auf den Abschluss des Mietvertrags (Prinzip der Urkategorie, s Rz 6); es gibt dem Rechtsanwender aber keine konkreteren methodischen Anleitungen für diese Ermittlung. Unter der **Größe** des Mietgegenstandes ist vor allem dessen Nutzfläche zu verstehen, doch kann ergänzend auch die Raumhöhe eine Rolle spielen. Unter dem Gesichtspunkt der „**Art**“ ist etwa zu berücksichtigen, ob es sich beim Mietobjekt nach dem Vertragszweck um eine Wohnung oder einen Geschäftsraum handelt (vgl zur Abgrenzung Rz 24ff oben). Doch deckt dieses Kriterium auch weitere Unterscheidungen ab: So wird etwa ein Geschäftslokal für den Einzelhandel anders zu beurteilen sein als ein Büro, ein Lager oder eine Garage; und auch innerhalb der zu Wohnzwecken dienenden Mietgegenstände lassen sich mannigfaltige Unterscheidungen treffen. „**Beschaffenheit**“ bezeichnet wohl die nähere Ausgestaltung und Konfiguration des Objekts. Das Kriterium der „**Lage**“ bezieht sich sowohl auf die Lage der Mietsache innerhalb des Gebäudes (Stockwerkslage, Ausrichtung) als auch auf die geo- und topographische Lage des Gebäudes selbst (Gemeinde, Bezirk, Wohngegend, Geschäftsstraße und ähnliches). Und schließlich können auch noch die **Ausstattung** (zB Einrichtung, Ausgestaltung von Böden, Decken, Fenstern und Türen, Verfügbarkeit von Nebenräumlichkeiten) sowie der **Erhaltungszustand** bei Vertragsabschluss von Bedeutung sein.

41

Der angemessene Mietzins ist **nicht** einfach mit dem „**durchschnittlichen Marktpreis**“ **gleichzusetzen**,<sup>113</sup> zumal der Gesetzgeber bewusst nicht mit dem Begriff des „ortsüblichen Mietzinses“ operiert hat,<sup>114</sup> sondern mit der Schaffung des angemessenen Mietzinses erkennbar die Vorstellung einer Mietzinsdämpfung gegenüber dem Marktniveau verband. Der Mietzins sollte nach den „betriebswirtschaftlichen Gegebenheiten“ des Hauses „objektiv und angemessen“ kalkuliert werden.<sup>115</sup>

42

Eine bestimmte Methode, wie nach den im Gesetz genannten Kriterien der angemessene Mietzins als Höchstschränke zu ermitteln ist, gibt § 16 allerdings nicht vor. In der gerichtlichen Praxis wird für die Beurteilung der Angemessenheit in aller Regel die sog **Vergleichswertmethode** herangezogen,<sup>116</sup> wie sie zB auch in der Liegenschaftsbewertung bekannt ist.<sup>117</sup> Dabei werden zunächst Mietverträge über solche Objekte gesucht, die dem zu beurteilenden Mietgegenstand nach den maßgeblichen Kriterien vergleichbar sind, und werden sodann die für diese Vergleichsobjekte vereinbarten Mietzinse als Vergleichsmaßstab für den auf seine Angemessenheit zu prüfenden Mietzins zugrunde gelegt, wobei relevante Unterschiede zu den Vergleichsobjekten durch Zu- und Abschläge berücksichtigt werden (und allenfalls auch eine zeitliche Rückrechnung der Vergleichszinse auf den in concreto maßgeblichen Zeitpunkt vorgenommen wird). In den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des MRG stützte sich die Rsp dabei nur auf solche Vergleichsobjekte, die ihrerseits den mietzinsrechtlichen Schranken des § 16 Abs 1 unterworfen waren. Da derartige Vergleichsobjekte und -zinse aber nicht im-

113 In diese Richtung allerdings T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch<sup>3</sup> § 16 MRG Rz 18.

114 ErläutRV 425 BlgNR 15. GP 28.

115 Siehe neuerlich ErläutRV 425 BlgNR 15. GP 28; vgl dazu auch Rosifka, wobl 2012, 296.

116 5 Ob 19/86 MietSlg XXXIX/5; 5 Ob 102/88 wobl 1989/59; 5 Ob 398/97h MietSlg 50.324; 5 Ob 294/98 s immolex 1999/72; 8 Ob 62/06k MietSlg 58.257; 5 Ob 286/07f MietSlg 60.265 ua.

117 Vgl § 4 LBG.

mer zur Verfügung standen, ging die Jud schließlich dazu über, auch solche Mietgegenstände in die Angemessenheitsermittlung einzubeziehen, die ihrerseits nicht unter die Angemessenheitsschranke fallen, sondern bei denen der Mietzins „frei“ vereinbart werden kann.<sup>118</sup> Dadurch **nähert sich der angemessene Hauptmietzins faktisch dem ortsüblichen Mietzins an**, wodurch der ursprüngliche Zinsdämpfungsgedanke weitestgehend verloren ging. Demgemäß wurde im Weiteren auch immer wieder judiziert, dass zunächst einmal der marktkonforme bzw ortsübliche Mietzins zu ermitteln sei und Angemessenheitsüberlegungen erst in Gestalt der Zu- und Abschläge anzustellen seien.<sup>119</sup>

## 2. Dennoch bestehende Vorteile für den Mieter

- 43** Trotz dieser nunmehrigen Orientierung am ortsüblichen Mietzins ist das Angemessenheitssystem für den Mieter immer noch erheblich vorteilhafter, als wenn der Mietvertrag nicht dem Vollenwendungsbereich des MRG und damit keiner Mietzinsschranke unterläge. Zum einen gibt § 16 Abs 1 iVm § 37 Abs 1 Z 8 dem Mieter die Möglichkeit, die gesetzliche **Zulässigkeit des vereinbarten Mietzinses** in einem Schlichtungsstellenverfahren<sup>120</sup> bzw einem gerichtlichen Außerstreitverfahren **prüfen zu lassen**. Der Mieter kann diese Überprüfung mit einem verhältnismäßig niedrigen Kostenaufwand und Kostenrisiko in Anspruch nehmen;<sup>121</sup> er braucht auch keinen diffizilen Verfahrensantrag zu stellen, sondern es reicht bereits das Begehren auf Prüfung des vereinbarten Hauptmietzinses ohne Bezifferung des seiner Ansicht nach zulässigen Betrags aus. In der Praxis führt diese rein verfahrensrechtliche Erleichterung doch zu einer erheblichen Besserstellung des Mieters. Hinzu kommt zum anderen aber noch ein entscheidender materiell-rechtlicher Aspekt: Auch wenn der angemessene und der ortsübliche Mietzins aufgrund der oben in Rz 42 geschilderten Judikaturentwicklung letztlich gleiche Höhe haben sollten, kann sich der Mieter außerhalb des MRG-Vollenwendungsbereichs gegen eine seiner Ansicht nach überzogene Mietzinshöhe nur mit allgemein-zivilrechtlichen Mitteln, wie etwa laesio enormis, Wucher, Sittenwidrigkeit oder Irrtum zur Wehr setzen, was im Regelfall nur bei einem exorbitanten Übersteigen des ortsüblichen oder Marktniveaus erfolgreich sein wird. Im Rahmen der gerichtlichen Prüfung der Angemessenheit können hingegen schon **verhältnismäßig geringfügige Überschreitungen der gesetzlichen Zinsschranke releviert** werden.

Und schließlich kommen dem Mieter bei Geltung der – zwar gegenüber dem Marktniveau kaum zinsmindernden – Angemessenheitsschranke immerhin auch die übrigen Regelungen des Mietzinsrechts zugute, wie etwa die **Beschränkung der überwälzbaren Betriebskosten** oder die Bestimmung des § 27 über verbotene Vereinbarungen, wie etwa über Ablösen.

## 3. Die Höhe des angemessenen Mietzinses im Spiegel der Rechtsprechung

- 44** Das Gesetz definiert die Höhe des angemessenen Hauptmietzinses nicht und gibt auch keine Berechnungsmethode vor,<sup>122</sup> nennt aber die zur Ermittlung der Angemessenheit heranzuziehenden **wertbestimmenden Faktoren**<sup>123</sup> (s dazu im Einzelnen Rz 41). Diese Faktoren stehen ohne unterschiedliche Wertung nebeneinander. Im konkreten Einzelfall sind die einzelnen Kriterien zu gewichten.<sup>124</sup> Eine grundsätzliche „Kategoriebildung“ innerhalb von Geschäfts-

118 5 Ob 110/90 MietSlg XLIII/10; 5 Ob 71/91 MietSlg XLIII/17.

119 Vgl etwa 5 Ob 294/98s immolex 1999/72; 5 Ob 8/06x wobl 2006/133; s auch Rz 45.

120 In jenen Gemeinden, wo es eine Schlichtungsstelle gibt.

121 Näheres dazu in der Kommentierung zu § 37.

122 5 Ob 398/97h wobl 1998/193; 5 Ob 137/08w uva.

123 5 Ob 70/85 MietSlg XXXVII/34; 5 Ob 102/88 wobl 1989/59; 5 Ob 129/09w wobl 2010/13 uva.

124 5 Ob 10/98a immolex 1999/28; 5 Ob 1/15f wobl 2015/68 uva.