



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hoch als Vorsitzenden sowie die Vizepräsidentin Dr. Lovrek, die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch und die Hofrätin Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Schaffer Sternad Rechtsanwälte OG in Wien, wider die beklagte Partei U\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Waltraud Künstl, Rechtsanwältin in Wien, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 16. November 2016, GZ 38 R 164/16y-30, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 29. März 2016, GZ 56 C 186/14i-26, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

„Die gerichtliche Aufkündigung vom 18. September 2014, AZ 56 C 186/14i des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien, wird aufgehoben.

Das Begehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei die Wohnung in Wien 1, Graben 30, 5. Stock/Nummer 9, binnen 14 Tagen geräumt zu übergeben, wird abgewiesen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 2.989,58 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin enthalten 498,26 EUR an USt), die mit 2.000,31 EUR bestimmten Kosten der beiden Berufungsverfahren (darin enthalten 274 EUR an Pauschalgebühr und 287,71 EUR an USt) und die

mit 828 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 204 EUR an Pauschalgebühr und 104 EUR an USt) zu ersetzen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Nach dem zwischen den Streitteilen bestehenden Mietvertrag vom 29. Dezember 1970 über eine Wohnung in der Wiener Innenstadt ist dem Beklagten die Untervermietung zu bestimmten Bedingungen gestattet.

Der Beklagte hatte mit J\*\*\*\*\* (in Hinkunft: Untermieter) einen Untermietvertrag über die gegenständliche Wohnung für die Zeit vom 15. November 2012 bis 31. Mai 2014 abgeschlossen. Bei Ablauf dieses Untermietvertrags zog der Untermieter aus der Wohnung aus und übersiedelte seine Sachen, nämlich zwei Sofas, ein TV-Gerät und diverse Kartons durch eine Spedition an seinen Wohnsitz in Luzern.

Als der Untermieter nach dieser Übersiedlung wieder vermehrt geschäftlich in Wien zu tun hatte, weil er eine zeitlich befristete Arbeitstätigkeit in Wien ausübte, fragte er beim Beklagten an, ob er die gegenständliche Wohnung neuerlich anmieten könnte. Der Beklagte war damit einverstanden und die beiden schlossen am 30. September 2014 einen Untermietvertrag für die Dauer von zwölf Monaten vom 1. Oktober 2014 bis 30. September 2015.

Der Untermieter, der auch über einen Wohnsitz in Luzern verfügt, reiste mit einem Koffer an, in dem sich seine Kleidung befand. Er nahm die Wohnung erneut in Besitz, indem er am 30. September 2014 den für ihn hinterlegten Schlüssel aus einem naheliegenden Geschäft abholte. Er übernachtete bis zum 10. Oktober 2014 jeweils in der Wohnung, ging zur Arbeit und kehrte in die gegenständliche

Wohnung zurück, um dort zu schlafen. Ein Übernachten in der Wohnung, die über ein Wohnzimmer, ein Schlafzimmer, ein Arbeitszimmer und ein Gästezimmer, also vier Zimmer sowie ein Bad, eine Toilette und eine Küche verfügt, war möglich, weil sie einschließlich eines Betts teilmöbliert war. Er beabsichtigte, nach seiner Rückkehr – von einer Dienst-/Geschäftsreise – nach Wien, die für den 23. Oktober 2014 geplant war, in die Wohnung unter Mitnahme seiner Möbel einzuziehen.

Zwischen 1. und 9. Oktober 2014 befand sich an der Decke des Wohnzimmers der Wohnung ein abgetrockneter Wasserfleck, der bewirkte, dass sich die am Plafond angebrachte Tapete nach unten wölbte und immer wieder Verputz an dieser Stelle von der Decke fiel. Dafür trug der Beklagte keine Verantwortung.

Am 22. oder 23. Oktober 2014 sperrte der Energieversorger aus unstrittig vom Beklagten zu vertretenden Gründen die Gaszufuhr zur Wohnung bis zum 9. Jänner 2015 ab. Der Untermieter bemerkte das Fehlen der Gasversorgung am 23. Oktober 2014 bei seiner Rückkehr in die Wohnung. Ab diesem Zeitpunkt bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung (am 15. Dezember 2015) bewohnte er die gegenständliche Wohnung aufgrund der Mängel nicht.

Die Aufkündigung wurde an den Beklagten am 2. Oktober 2014 zugestellt.

Die **Klägerin** stützte ihre Aufkündigung vom 17. September 2014 ua auf den im Revisionsverfahren noch allein strittigen Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 6 MRG und brachte vor, der Beklagte verwende die vermietete Wohnung nicht regelmäßig zur Befriedigung seines dringenden Wohnbedürfnisses oder jenes einer eintrittsberechtigten Person. Mit dem Untermietvertrag vom

30. September 2014 habe der Beklagte die Wohnung offenbar neuerlich nur zum Schein an den ehemaligen Untermieter untervermietet. Tatsächlich stehe das Bestandobjekt leer. Die Nichtversorgung der Wohnung mit Heizung und Warmwasser habe der Beklagte selbst verursacht.

Der **Beklagte** bestritt und wendete ein, das Bestandobjekt sei in den vergangenen Jahren untervermietet gewesen, und zwar bis 31. Mai 2014. Am 30. September 2014 sei ein weiterer Untermietvertrag abgeschlossen worden, sodass die regelmäßige Verwendung des Bestandobjekts vorliege. Die Benützbarkeit des Objekts sei durch ernste Schäden des Hauses gravierend beeinträchtigt. Die Gaszufuhr sei von 23. Oktober 2014 bis 9. Jänner 2015 abgedreht gewesen. Der Nässeschaden habe sich in der Zwischenzeit vergrößert, sodass schon Putz von der Decke falle. Der Untermieter sei aus geschäftlichen Gründen viel in Wien.

Das **Erstgericht** erklärte die Aufkündigung – auch im zweiten Rechtsgang – für rechtswirksam und verpflichtete den Beklagten, die Wohnung geräumt von eigenen Fahrnissen zu übergeben. Der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 6 MRG liege vor, weil die aufgekündigte Wohnung im Zeitpunkt der Zustellung der gerichtlichen Aufkündigung am 2. Oktober 2014 weder vom Beklagten noch von dessen Untermieter zur Befriedigung dringender Wohnbedürfnisse regelmäßig verwendet worden sei; infolge einer vom Beklagten zu vertretenden Unbrauchbarkeit der Wohnung sei es bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung auch zu keiner Nutzung zu Wohnzwecken gekommen.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung des Beklagten nicht Folge und ließ die ordentliche Revision mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zu.

Es verwarf die Mängel- und Beweisrügen und teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts, der Untermieter habe die Wohnung vom 1. bis 10. Oktober 2014 nur als Absteige benützt. Der Berufung sei nicht zu entnehmen, inwiefern der Untermieter beabsichtigt habe, in der aufgekündigten Wohnung (haus-)wirtschaftliche Tätigkeiten zu verrichten oder familiäre Belange zu pflegen. Ein familiärer und wirtschaftlicher Lebensmittelpunkt könne nicht schon dann angenommen werden, wenn nur die Absicht bestehe, zu einem späteren Zeitpunkt einzuziehen, wozu es jedoch aus Gründen, die der beklagte Hauptmieter bzw der Untermieter zu vertreten habe, nie komme. Die Nichtbenützung durch den Untermieter sei dem Hauptmieter zuzurechnen und daher sowohl ein Wohnbedarf als auch ein schutzwürdiges Interesse des Beklagten an der Aufrechterhaltung des Hauptmietvertrags zu verneinen.

Dagegen richtet sich die **außerordentliche Revision** des **Beklagten** mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn der Klageabweisung; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Er macht im Wesentlichen geltend, das Berufungsgericht sei von der ständigen Rechtsprechung zur regelmäßigen Verwendung abgegangen. Da die Zustellung der Aufkündigung am 2. Oktober 2014 erfolgte, hätte nach ständiger Rechtsprechung auf den Zeitraum bis lediglich einschließlich 2. Oktober 2014 abgestellt werden müssen. Nach den Feststellungen habe eine regelmäßige Verwendung iSd § 30 Abs 2 Z 6 MRG zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung vorgelegen.

Die Klägerin macht in der ihr freigestellten **Revisionsbeantwortung** die Unzulässigkeit der Revision geltend und tritt ihr auch inhaltlich entgegen.

Die Revision ist aus folgenden Gründen **zulässig** und **berechtigt**:

**1.1.** Der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 6 MRG („wenn ... die vermietete Wohnung nicht zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen (§ 14 Abs 3) regelmäßig verwendet wird, es sei denn, dass der Mieter zu Kur- oder Unterrichtszwecken oder aus beruflichen Gründen abwesend ist“) setzt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre – in gewisser Abweichung zum Gesetzestext – das Fehlen einer regelmäßigen Verwendung zu Wohnzwecken (durch wen immer – SZ 23/214) und den Mangel eines dringenden Wohnbedürfnisses des Mieters oder eintrittsberechtigter Personen voraus. Wenn daher eine regelmäßige Verwendung zu Wohnzwecken erfolgt, ist der dringende Wohnbedarf des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen gar nicht mehr zu prüfen (RIS-Justiz RS0070217). Beweispflichtig für das Fehlen einer regelmäßigen Verwendung ist der Vermieter (RIS-Justiz RS0079253). Eine regelmäßige Verwendung der Wohnung ist anzunehmen, wenn der Mieter die aufgekündigte Wohnung wenigstens während eines beachtlichen Zeitraums im Jahr (bzw einige Tage in der Woche) als wirtschaftlichen und familiären Mittelpunkt (RIS-Justiz RS0079240; RS0068679) oder Mittelpunkt seiner Lebensgestaltung ausnützt (RIS-Justiz RS0079241), und zwar zumindest zum Teil (RIS-Justiz RS0079252) oder in mancher Beziehung (RIS-Justiz RS0068874). Die Beurteilung der Frage, ob von einer regelmäßigen Verwendung zu Wohnzwecken gesprochen werden kann, ist von den Umständen des konkreten Einzelfalls abhängig (RIS-Justiz RS0079241 [T13]). Da es auf die Benützung zu Wohnzwecken ankommt, liegt der Kündigungsgrund im Fall bloßer Benützung der Wohnung aus Bequemlichkeit oder als Absteigequartier vor (RIS-Justiz RS0103931 [T1 und T2]).

**1.2.** Einzelfallbezogen differenziert die Rechtsprechung auch nach den Bedürfnissen des konkreten Mieters. So legt sie etwa bei einer/m Alleinstehenden (RIS-Justiz RS0068874 [T7]; RS0079241; 3 Ob 565/95; 1 Ob 157/11m) keinen allzu strengen Maßstab an. Die regelmäßige Verwendung zu Wohnzwecken wird auch bejaht, wenn die berufsbedingte Benützung der aufgekündigten Wohnung über die Benützung als gelegentliches Absteigequartier hinausgeht und nicht nur aus reiner Bequemlichkeit, sondern deshalb erfolgt, weil die Rückkehr zur auswärts gelegenen Familienwohnung unzumutbar und daher nicht entscheidend ist, ob andere Wohnmöglichkeiten bestehen (9 Ob 1531/95 = RIS-Justiz RS0079241 [T5]). Selbst eine durchgängige Benützung der gemieteten Wohnung bloß zum Schlafen, allerdings in jeder Nacht, steht einer auf § 30 Abs 2 Z 6 MRG gestützten Kündigung entgegen, selbst wenn der (geschiedene) Mieter sich untertags auswärts, vor allem in der Wohnung seines Sohnes aufhält (3 Ob 153/14t). Durch diese Entscheidungen ist dokumentiert, dass dem in den Leitsätzen immer wieder verwendeten Kriterium des Mittelpunkts des Familienlebens unter bestimmten Voraussetzungen eine untergeordnete Bedeutung zukommen kann.

**1.3.** Obwohl in § 30 Abs 2 Z 6 MRG nur vom Wohnbedürfnis „des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen“ die Rede ist, entspricht es – wie bereits ausgeführt – herrschender Auffassung, dass – gerade in Fällen einer zulässigen Untervermietung – die regelmäßige Verwendung zu Wohnzwecken auch durch andere Personen, insbesondere durch einen Untermieter, erfolgen kann (1 Ob 278/03v = RIS-Justiz RS0070217 [T9]; *Würth* in *Rummel*<sup>3</sup> § 30 MRG Rz 31; *Würth/Zingher/Kovanyi* Miet- und Wohnrecht<sup>23</sup> § 30 MRG Rz 41). Der Kündigungsgrund des



§ 30 Abs 2 Z 6 MRG liegt nicht vor, wenn die aufgekündigte Wohnung zwar leersteht, dem Mieter aber vertraglich ein Weitergabe- oder ein Untervermietrecht eingeräumt wurde und er auch innerhalb nicht unangemessen langer Frist konkrete und ernstliche Schritte zur Weitergabe der Mietrechte/Untervermietung unternommen hat (6 Ob 156/11a; 6 Ob 509/85 = MietSlg 38.463; *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup> Österreichisches Wohnrecht § 30 MRG Rz 50). Kann der Untermieter „für den Hauptmieter“ verwenden, dann muss dies aber einer regelmäßigen Verwendung für Wohnzwecke entsprechen.

**1.4.** Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein Kündigungsgrund vorliegt, ist immer nur derjenige des Zugangs der Aufkündigung an den Mieter (RIS-Justiz RS0070282; RS0069693; RS0070232; *Würth/Zingher/Kovanyi* Miet- und Wohnrecht<sup>23</sup> § 30 MRG Rz 39). War der Kündigungsgrund zu diesem Zeitpunkt noch nicht oder nicht mehr verwirklicht, ist die Kündigung abzuweisen (RIS-Justiz RS0070282 [T4 und T8]; *T. Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*<sup>3</sup>, Österreichisches Wohnrecht § 30 MRG Rz 8).

**2.1.** Für die Beurteilung der regelmäßigen Verwendung im dargestellten Sinn ist daher hier auf den 2. Oktober 2014 abzustellen. Damals war

- bereits ein Untermietvertrag für ein Jahr geschlossen,

- die teilmöblierte, bewohnbare Wohnung an den Untermieter übergeben,

- der sie schon seit 30. September 2014 zumindestens zum Nächtigen während seines beruflichen Aufenthalts in Wien – neben seinem zweifellos von Wien aus nicht täglich erreichbaren Wohnsitz in Luzern – nutzte und

- die Absicht hatte, etwa das halbe Monat in Wien zu verbringen und noch im Oktober „richtig“ einzuziehen.

**2.2.** Bei diesen Umständen kann keine Rede von einem bloßen Absteigequartier des Untermieters oder einer Nutzung aus bloßer Bequemlichkeit sein, nur weil die ohnehin geplante Übersiedlung der restlichen Sachen noch nicht erfolgt ist, was erkennbar die Ansicht des Berufungsgerichts ist; denn der Untermieter war ja während seiner durchgehenden Berufstätigkeit in Wien auf eine dort vorhandene Wohnmöglichkeit angewiesen.

**2.3.** Es liegt somit eine Situation vor, die dem der Entscheidung 9 Ob 1531/95 (= RIS-Justiz RS0079241 [T5]) zugrundeliegenden Sachverhalt völlig vergleichbar ist: Die Benützung der aufgekündigten Wohnung erfolgt während des berufsbedingt notwendigen Aufenthalts in Wien und ist erforderlich, weil die tägliche Rückkehr/Anreise zum/vom im Ausland gelegenen Wohnsitz nicht nur unzumutbar, sondern offenbar sogar unmöglich ist. Bei der Einzelfallbetrachtung müssen auch die damals bestehenden Absichten des Untermieters berücksichtigt werden, der erwartete, etwa die Hälfte eines Monats in Wien zu verbringen und das bereits umgesetzt hatte. Auch hier erweist sich daher das Bestehen einer weiteren Wohnmöglichkeit als unbeachtlich, weil dem Untermieter eine tägliche Nutzung seines Wohnsitzes in der Schweiz – wegen der großen Entfernung – unmöglich ist. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Schweizer Wohnsitz des Untermieters sein (familiärer) Lebensmittelpunkt blieb oder dieser nach Wien verlegt wurde/werden sollte. Demgemäß ist in der vorliegenden Konstellation auch irrelevant, ob der Untermieter hauswirtschaftliche Tätigkeiten in der Wiener Untermietwohnung selbst vornahm/vornehmen ließ oder diese in Luzern (für ihn) verrichtet wurden.

2.4. Da somit für den 2. Oktober 2014 von einer regelmäßigen Verwendung der gekündigten Wohnung zu Wohnzwecken auszugehen ist, war der geltend gemachte Kündigungsgrund bei Zustellung der Aufkündigung nicht verwirklicht.

3. Daher erübrigt sich eine Prüfung des schutzwürdigen Interesses des Beklagten an der Aufrechterhaltung des Mietvertrags und eine Auseinandersetzung damit, was ab 3. Oktober 2014 geschah bzw nicht geschah.

4. Die Kostenentscheidung(en) gründet/n sich auf § 41 (iVm § 50) ZPO.

Von der Klägerin wurden keine Einwendungen gegen das gegnerische Kostenverzeichnis in erster Instanz (ON 25) erhoben. Nach § 16 Abs 1 Z 1 lit b und c GGG beträgt die Bemessungsgrundlage für die Pauschalgebühren nur 750 EUR, weshalb die Kostenverzeichnisse in den Berufungen und in der Revision entsprechend zu korrigieren waren.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 4. Juli 2017

Dr. H o c h

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: