



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Kalivoda als Vorsitzende sowie die Hofrätinnen und Hofräte Hon.-Prof. Dr. Höllwerth, Dr. E. Solé, Mag. Malesich und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G* B*, vertreten durch Dr. Franz Terp, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. L* B*, vertreten durch Dr. Günter Harrich, Rechtsanwalt in Wien, und 2. D* B*, wegen Aufkündigung, über die Revision der erstbeklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 14. Juni 2017, GZ 38 R 107/17t-64, womit das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 20. Februar 2017, GZ 56 C 19/14f-60, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die erstbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.725,84 EUR (darin 287,64 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Klägerin ist Wohnungseigentümerin und Vermieterin und die Beklagten sind aufgrund des Mietvertrags vom 19. Dezember 2007 Mieter einer in der Wiener Innenstadt gelegenen, mehr als 200 Quadratmeter großen Wohnung (bestehend aus fünf Zimmern, Einbauküche mit Geräten und kleinem Abstellraum, einem WC mit Waschtisch, zwei Vorzimmern, Gangteil, einem Bad mit WC, einem zweiten Bad mit WC und Waschmaschinenanschluss sowie einem kleinen Abstellraum mit Zugangsteil zum zweiten Bad). Der

Bruttohauptmietzins betrug im Jahr 2013 monatlich 2.378,62 EUR und im Jahr 2014 2.391,28 EUR. Die Beklagten zahlen für die Wohnung jährlich circa 4.800 EUR an Energiekosten (400 EUR/Monat bzw 13,15 EUR/Tag).

Ein 56,81 m² großer Teil der Wohnung – bestehend aus einem 33,18 m² Zimmer, einer der Küchen und einem Bad – kann über einen Pawlatschengang separat betreten werden; dieser Teil ist seit 2008 um einen monatlichen (auch Strom, Heizung und Warmwasser beinhaltenden) Pauschalmietzins von 1.000 EUR untervermietet. Der untervermietete Wohnungsteil hat einen eigenen Internetanschluss, wofür die Erstbeklagte ca 38 EUR monatlich bezahlt, dem Untermieter aber nichts zusätzlich verrechnet; weiters stellt die Erstbeklagte dem Untermieter einen Antennenanschluss zur Verfügung, für welchen sie selbst gemeinsam mit ihrem Internetanschluss und ihrem eigenen Fernsehanschluss insgesamt monatlich 78 EUR zahlt. Die Erstbeklagte lässt den untervermieteten Wohnungsteil einmal pro Woche putzen, die Putzfrau bügelte auch die Hemden des Untermieters, wofür dieser den Beklagten nichts zu zahlen hatte. Die Putzfrau war mit diesen Tätigkeiten etwa vier Stunden pro Woche beschäftigt, die Erstbeklagte zahlt der Putzfrau 15 EUR/Stunde.

Zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung und auch schon davor inserierte die Erstbeklagte auf der englischsprachigen Internetplattform „F*“, in der unter anderem Ferienwohnungen beworben werden, die Wohnung als „atemberaubendes sensationelles Appartement“ („Breathtaking Showstopper Apartment“) im 1. Wiener Bezirk. Sie beschrieb diese als Apartment/Wohnung mit zwei Schlafzimmern und zwei Bädern für maximal elf Personen um – je nach Jahreszeit – 229 EUR bis 249 EUR pro Nacht,

1.540 EUR pro Woche oder 6.600 EUR pro Monat, zusätzlich 15 EUR pro Person und Nacht für mehr als einen Gast und zuzüglich Reinigungsentgelt pro Aufenthalt von 150 EUR.

War der Untermieter nicht anwesend, dann vermieteten die Beklagten gelegentlich auch diesen kleineren Teil der Wohnung gemeinsam mit dem Rest für kurze Ferienaufenthalte. Im nicht untervermieteten, nicht separierbaren Teil der Wohnung gibt es insgesamt acht Schlafmöglichkeiten.

„Im Dezember 2013 vermieteten die Beklagten die Wohnung jedenfalls bei drei verschiedenen Gelegenheiten, bei einer davon für zwei Nächte um 640 EUR inklusive Endreinigung, bei einer anderen Gelegenheit an elf Personen; die Dauer der anderen Aufenthalte im Dezember 2013 konnte nicht festgestellt werden. Im November 2013 war die Wohnung jedenfalls für drei Nächte um 915 EUR vermietet. Im Oktober 2013 war die Wohnung zu einer Gelegenheit vermietet und im September 2013 zu drei Gelegenheiten, bei einer davon an sechs Personen.“

Im Übrigen stehen die Dauer der jeweiligen Aufenthalte und die Anzahl der Personen nicht fest. Konkrete Feststellungen zu anderen Vermietungen, insbesondere zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung, konnten nicht getroffen werden.

Die Erstbeklagte hat auch andere Wohnungen in Wien gemietet und vermietet diese ebenfalls weiter.

Die Erstbeklagte ist vier- bis fünfmal pro Jahr für einige Tage und zwei- bis dreimal für mehrere Wochen verreist, die restliche Zeit hält sie sich in Wien auf. Der Zweitbeklagte hielt sich im Jahr 2014 nicht in Wien auf.

Die Erstbeklagte verwendet die aufgekündigte Wohnung zur Aufbewahrung persönlicher Gegenstände. Sie

bewohnt den Teil der Wohnung, der nicht abtrennbar ist, wenn die Wohnung nicht an Touristen vermietet und sie nicht auf Reisen ist. Sie hat Fotos ihrer Familie in den Zimmern platziert, sie isst in der Wohnung und empfängt Besucher. „Welchen Tätigkeiten die Erstbeklagte in der Wohnung sonst nachgeht, ob sie darin einen Haushalt führt, ob bzw wie sie dort ihre Freizeit zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung verbrachte, kann nicht festgestellt werden.“

Die **Klägerin** kündigte die Wohnung zum 31. März 2014 aus den Kündigungsgründen des § 30 Abs 2 Z 4 erster und zweiter Fall und Z 6 MRG auf. Die Beklagten hätten die Wohnung ganz oder teilweise weitergegeben und würden sie nicht zur Befriedigung ihrer eigenen Wohnbedürfnisse oder der eintrittsberechtigter Personen verwenden. Sie hätten sie gegen unverhältnismäßig hohe Gegenleistung Dritten überlassen. Die Einrichtung der Wohnung sei alt, abgenützt und wertlos. Die Beklagten hätten die Wohnung auf einer Plattform angeboten und – was sich aus der Zahl der Kommentare auf der Plattform ergebe – mindestens 71-mal tageweise an Touristen und Dritte vermietet.

Die **Beklagten** bestritten und brachten vor, dass die Erstbeklagte, nicht jedoch der Zweitbeklagte den Hauptwohnsitz in der Wohnung habe. Sie hätten um 83.300 EUR Einrichtungsgegenstände für die Wohnung angeschafft. Die Beklagten würden für die Zeit ihrer mehrwöchigen Reisen die Wohnung auf der Plattform anbieten und so sei es zu drei oder vier Überlassungen gegen „kleines Entgelt“ gekommen. Die vielen Bewertungen auf der Plattform seien von Familienmitgliedern und Bekannten abgegeben worden. Eine von der Klägerin vorgelegte Annonce beziehe sich auf eine Ferienwohnung der Erstbeklagten.

Das **Erstgericht** erachtete im zweiten Rechtsgang die Aufkündigung für rechtswirksam und gab dem Räumungsbegehren statt. Die Beklagten seien dafür beweispflichtig, trotz wiederholter Weitergabe eines Mietgegenstands ein rechtliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses zu haben. Diesen Beweis hätten die Beklagten nicht erbracht. Die teilweise Untervermietung sei zwar nicht gegen übermäßiges Entgelt erfolgt, allerdings fielen den Beklagten auch insoweit die Negativfeststellungen hinsichtlich weiterer Untervermietungen zur Last.

Das – nur von der Erstbeklagten angerufene – **Berufungsgericht** bestätigte diese Entscheidung. Die Klägerin habe eine wiederholte Überlassung der Wohnung an Touristen nachgewiesen. Damit sei es „indiziert“, von den beklagten Mietern den Nachweis zu verlangen, trotz wiederholter Weitergaben ein rechtliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietvertrags zu haben.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision zu. Die kurzfristige Weitergabe zu touristischen Zwecken stelle ein „aktuelles, weit über den Einzelfall hinausreichendes Phänomen bei der Wohnungsnutzung“ dar, sodass der Frage der Beweislast in diesem Zusammenhang erhebliche Bedeutung zukomme.

Die ordentliche **Revision der Erstbeklagten** beantragt die Aufhebung der Kündigung und die Abweisung des Klagebegehrens; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

I. Ist ein Objekt an mehrere Personen als Mitmieter in Bestand gegeben, so ist ein solches Mietverhältnis oder Gesamtmietverhältnis ein einheitliches, ungeteiltes Mietverhältnis (RIS-Justiz RS0101118 [insb T2, T3, T7, T8]). Mehrere Mitmieter bilden eine Rechtsgemeinschaft nach § 825 ABGB und im Kündigungsprozess eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinn des § 14 ZPO (RIS-Justiz RS0013160; RS0013416 [T6, T19]). Die Wirkung des zu fällenden Urteils erstreckt sich kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses auf sämtliche Streitgenossen (RIS-Justiz RS0013160 [T10]). Sind einzelne Streitgenossen untätig, so erstreckt sich nach § 14 Satz 2 ZPO die Wirkung der Prozesshandlungen der tätigen Streitgenossen auch auf sie. Die Revision der Erstbeklagten entfaltet daher auch für den Zweitbeklagten, der sich nicht am Rechtsmittelverfahren beteiligt hat, Wirkung.

II. Angebliche, vom Berufungsgericht verneinte Mängel des Verfahrens erster Instanz können nicht nach § 503 Z 2 ZPO geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963).

III. Die Revision führt ins Treffen, die Vorinstanzen seien von der ständigen Rechtsprechung abgewichen, wonach das Fehlen der Verwendung des Mietgegenstands zu Wohnzwecken vom Vermieter zu beweisen sei.

Dazu wurde erwogen:

1. Der Vermieter kann nach § 30 Abs 2 Z 4 MRG kündigen, wenn der Mieter den Mietgegenstand mit oder ohne Beistellung von Einrichtungsgegenständen ganz weitergegeben hat und ihn offenbar in naher Zeit nicht für sich oder eintrittsberechtigte Personen dringend benötigt (erster Fall) oder, wengleich 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 (zweiter Fall). Die teilweise Weitergabe einer Wohnung kommt einer gänzlichen Weitergabe dann gleich, wenn die nicht weitergegebenen Teile der Wohnung nicht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen regelmäßig verwendet werden.

Weiters ist es ein wichtiger Kündigungsgrund, wenn die vermietete Wohnung nicht zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des Mieters oder der eintrittsberechtigten Personen regelmäßig verwendet wird, es sei denn, dass der Mieter zu Kur- oder Unterrichtszwecken oder aus beruflichen Gründen abwesend ist (§ 30 Abs 2 Z 6 MRG).

2. Auf den Fall der Weitergabe einer Wohnung ist nur § 30 Abs 2 Z 4 MRG als die hierfür getroffene speziellere Regelung anzuwenden, und nicht § 30 Abs 2 Z 6 MRG, der als Abhilfe gegen das Horten mehrerer Wohnungen durch den Mieter gedacht ist (RIS-Justiz RS0070500).

3.1. Der Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 4 erster Fall MRG setzt die gänzliche Weitergabe und das Fehlen eines dringenden Bedarfs des Mieters oder eintrittsberechtigter Personen (§ 14 Abs 3 MRG) voraus. Weitergabe ist jede entgeltliche oder unentgeltliche Gebrauchsüberlassung (RIS-Justiz RS0070718), auch und gerade eine Untervermietung (RIS-Justiz RS0070650).

§ 30 Abs 2 Z 4 Satz 2 MRG setzt die teilweise Weitergabe einer Wohnung bei nicht regelmäßiger Verwendung der nicht weitergegebenen Teile der Wohnung voraus (RIS-Justiz RS0070205).

Der Ausdruck „regelmäßig verwendet“ ist

gleichbedeutend mit demselben Ausdruck im § 30 Abs 2 Z 6 MRG (RIS-Justiz RS0008797). Eine regelmäßige Verwendung der Wohnung ist nach ständiger Rechtsprechung dann anzunehmen (3 Ob 12/17m mwN), 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). Ob eine regelmäßige Verwendung zu Wohnzwecken vorliegt, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab (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]).

3.2. Gemäß § 33 Abs 1 vierter Satz MRG hat dann, wenn gegen die Kündigung Einwendungen erhoben werden, der Vermieter nachzuweisen, dass der behauptete Kündigungsgrund gegeben ist.

Beweispflichtig für das Fehlen einer regelmäßigen Verwendung ist der Vermieter (RIS-Justiz RS0079253; RS0079350 [T8]). Nur wenn ihm der Beweis der fehlenden Benützung zu Wohnzwecken gelingt, ist das vom Mieter behauptete und von diesem zu beweisende dringende Wohnbedürfnis an der Wohnung zu prüfen (RIS-Justiz RS0079350 [T6]).

Die hier zur regelmäßigen Verwendung getroffenen Negativfeststellungen gehen daher zu Lasten des Vermieters.

3.3. Für die vom Berufungsgericht angenommene

Verschiebung der Beweislast besteht kein Anlass. Die dazu herangezogenen Beispiele betreffen Fälle, in denen der Vermieter nach § 33 Abs 1 MRG den Grundtatbestand eines Kündigungsgrundes unter Beweis stellt, der Mieter jedoch den Beweis von – der Berechtigung der Aufkündigung entgegenstehenden – Einschränkungen und Ausnahmen zu erbringen hat (vgl. *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ [2015] § 33 MRG Rz 26 mwH). Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen hat (RIS-Justiz RS0037797). Eine Beweislastverschiebung ist nach ständiger Rechtsprechung auf Ausnahmefälle beschränkt, in denen die „Nähe zum Beweis“ – im Einzelfall – den Ausschlag für die Zuteilung der Beweislast gibt, etwa dann, wenn Tatfragen „tief in die Sphäre einer Partei hineinführen“ (RIS-Justiz RS0037797 [insb T25, T47]). „Beweisnähe“ an sich ist aber allein kein Grund für eine Umkehr der Beweislast. Auch ein Beweisnotstand führt nicht schon grundsätzlich zur Beweislastumkehr (vgl. RIS-Justiz RS0037797).

Hier hat die Klägerin den Beweis für das Fehlen einer regelmäßigen Verwendung durch die Erstbeklagte nicht erbringen können. Warum der Beweis in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nur unter größten, eine Beweislastumkehr im Einzelfall nahelegenden Schwierigkeiten gelingen könnte, ist nicht ersichtlich.

3.4. Zusammengefasst ist daher die Aufkündigung nach § 30 Abs 2 Z 4 erster Fall MRG nicht berechtigt.

4. Es liegt allerdings der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG (Überlassung gegen unverhältnismäßig hohe Gegenleistung) vor:

4.1. Durch diesen Kündigungsgrund soll

verhindert werden, dass der Hauptmieter unter Ausnützung des Mieterschutzes einen ihm nicht zustehenden Gewinn erzielt; er soll keinen unbilligen Vorteil ziehen (RIS-Justiz RS0070606) und der Vermieter soll vor „übermäßigem Gewinnstreben“ des Hauptmieters bei der Verwertung des Bestandobjekts geschützt werden (9 Ob 83/17x mwN).

4.2. Im vorliegenden Fall sind auch tageweise Untervermietungen zu beurteilen. § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG stellt schon nach seinem Wortlaut nicht auf bestimmte Zeiträume ab, sondern allgemein darauf, ob ein Hauptmietgegenstand gegen eine gegenüber Hauptmietzins und eigenen Leistungen übermäßig hohe Gegenleistung „verwertet“ wird. Der Gesetzeswortlaut lässt daher eine Auslegung dahin zu, dass als Verwertung auch die kurzzeitige Untervermietung erfasst wird.

Diesem Ergebnis stehen die zu RIS-Justiz RS0068218 indizierten (noch zum MG ergangenen) Entscheidungen nicht entgegen, wonach von einer „Verwertung“ nicht gesprochen werden kann, wenn der Mieter sich zwar einen unverhältnismäßig hohen Untermietzins ausbedungen hat, das Untermietverhältnis aber nur vorübergehend und für kurze Zeit beabsichtigt war und tatsächlich auch nur kurze Zeit gedauert hat. Diese Einzelfälle stellen nämlich auf einmalige Weitergaben ab, welche die dem Begriff des Verwertens als notwendiges Tatbestandsmerkmal innewohnende längere Dauer der Entgegennahme der unverhältnismäßig hohen Gegenleistung nicht erfüllen. Das Gesetz will bloß verhindern, dass eine Wohnung – durch „verwerfliches, weil von hemmungslosem Bereicherungswillen geleitetes Verhalten“ (5 Ob 616, 617/78 = ImmZ 1979, 119 [121]) – zu einer Erwerbsquelle des Hauptmieters wird, was bei einer von Anfang an nur auf kurze

Zeit beabsichtigten Vermietung nicht zutrifft (vgl 6 Ob 149/71 = MietSlg 23.391).

Eine solche einmalige und kurzfristige Untervermietung liegt jedoch hier gerade nicht vor, weil die Beklagten die Wohnung sehr wohl zu einer Erwerbsquelle machen: Sie haben die Wohnung zum Teil ständig untervermietet und im Übrigen auf einer an internationales Publikum gerichteten Internet-Buchungsplattform zur jederzeitigen Untervermietung zu beliebiger Dauer – tages-, wochen- oder monatsweise – ständig angeboten. Bei mehreren Gelegenheiten sind den Beklagten solche Vermietungen auch gelungen. Nach den den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen bewohnt die Erstbeklagte den größeren Teil der Wohnung, der nicht abtrennbar und ständig untervermietet ist, wenn dieser nicht an Touristen vermietet und sie nicht auf einer ihrer Reisen ist. Dazu wurde gelegentlich auch noch zusätzlich der abtrennbare, an sich schon ständig untervermietete Teil der Wohnung für kurze Ferientaufenthalte vermietet, wenn der „ständige“ Untermieter nicht anwesend war. Insgesamt ist es damit auch nicht beim bloßen Versuch einer Verwertung (vgl RIS-Justiz RS0068690) geblieben.

4.3. Die „Verwertung“ iSd § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG kann somit nicht allein im Vermieten, sondern auch darin bestehen, dass die Wohnung in einem einschlägigen Medium zur Weitergabe angeboten und bereitgehalten wird und es aufgrund dessen auch tatsächlich zu Vermietungen kommt. Aus diesem Begriff des „Verwertens“ folgt auch, dass es nicht darauf ankommt, dass die Wohnung gerade im Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung tatsächlich gänzlich vermietet ist, sondern es ist darauf abzustellen, ob im maßgeblichen Zeitpunkt insgesamt eine „Verwertung“ im dargestellten Sinn stattfindet.

4.4. Nach ständiger Rechtsprechung ist bei einer Überschreitung des Hauptmietzinses durch den Untermietzins um 100 % oder mehr der Kündigungstatbestand jedenfalls erfüllt, bei einer deutlich unter 80 % liegenden Überschreitung wird regelmäßig keine Übermäßigkeit angenommen, und im Bereich dazwischen entscheiden regelmäßig die Umstände des Einzelfalls (Kasuistik bei RIS-Justiz RS0068141).

4.5. Beim Vergleich von Leistung und Gegenleistung sind der Entgeltzahlung des Untermieters die Summe des Hauptmietzinses (Hauptmietzinsanteils) und sämtlicher vom Hauptmieter gegenüber dem Untermieter erbrachten vermögenswerten Leistungen gegenüberzustellen (RIS-Justiz RS0068242). Für die Beurteilung, ob eine unverhältnismäßig hohe Gegenleistung vorliegt, ist der Untermietzins den auf die untervermieteten Räume entfallenden Leistungen des Hauptmieters an den Hauseigentümer gegenüberzustellen; maßgebend ist der Zeitpunkt der Aufkündigung (RIS-Justiz RS0070593).

4.6. Im Fall der Untervermietung eines Teils des gemieteten Objekts stellt die Rechtsprechung bei Überprüfung der Angemessenheit des für die Überlassung von Teilen des Bestandobjekts begehrten Entgelts nicht auf das gesamte Objekt als Bezugsgröße ab, sondern veranschlagt Investitionen und sonstige Leistungen des Untervermieters bezogen auf den Umfang des Unterbestandrechts (8 Ob 28/03f; vgl 2 Ob 105/12y, 1 Ob 27/15z; *Lovrek* in *H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht § 30 MRG [2017] Rz 92 [„aliquot“]).

4.7. Zu den vom Hauptmieter dem Untermieter erbrachten Leistungen zählt auch das Entgelt für mitvermietete Einrichtungsgegenstände (RIS-Justiz

RS0070593 [T3]). Die Berechnung des angemessenen Entgelts dafür hat nach der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegebenen restlichen Nutzungsdauer zuzüglich eines (nach § 273 ZPO auszumessenden) angemessenen Gewinns zu erfolgen; der so errechnete Betrag kann monatlich während der gesamten Vertragsdauer und nicht nur während des Zeitraums der Restnutzungsdauer verlangt werden (RIS-Justiz RS0117864; 5 Ob 1061/92 = MietSlg 44.396; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ [2015] § 25 MRG Rz 2 und § 30 MRG Rz 36; *Schinnagl* in *H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht § 25 MRG [2017] Rz 7).

4.8. Für den Vergleich der Leistungen in zeitlicher Hinsicht ist die Bezugnahme auf Mietzinsperioden ersichtlich dem Umstand geschuldet, dass in der bisherigen Praxis regelmäßig länger dauernde Untermietverhältnisse vorlagen. Da hier auch tageweise Untervermietungen zu beurteilen sind, ist eine Hochrechnung der dabei erlösten Einnahmen auf fiktive Monatsbeträge und der Vergleich mit monatlich anfallenden Hauptmietzinsen nicht sachgerecht. Ob eine Verwertung gegen übermäßiges Entgelt stattfindet, ist in einem solchen Fall vielmehr danach zu beurteilen, ob die Vermietung in den tatsächlich angebotenen Perioden gegen ein Entgelt erfolgt, das im Vergleich zu dem auf dieselbe Periode heruntergerechneten und dieser entsprechenden Hauptmietzins übermäßig hoch ist. Der Vergleich der Entgeltzahlung des Untermieters mit dem Hauptmietzins und den vom Hauptmieter gegenüber dem Untermieter erbrachten vermögenswerten Leistungen hat daher nach der kürzesten Dauer zu erfolgen, zu der der Hauptmieter die Wohnung (oder einen Teil davon) verwertet (zur Untervermietung ständig anbietet).

4.9. Liegt bei einer tageweise angebotenen (und vollzogenen) Vermietung der täglich erzielte Untermietzins um mehr als 100 % über dem auf einen Tageswert umgerechneten Hauptmietzins, so erfolgt nach den oben dargestellten Grundsätzen die Vermietung gegen unverhältnismäßig hohe Gegenleistung auch dann, wenn gemessen am – in Monatsperioden vereinbarten – Hauptmietzins der in Summe in einem Monat erzielte Untermietzins die Unverhältnismäßigkeitsschwelle rechnerisch nicht überschreiten würde.

4.10. Zusammengefasst gilt daher:

Eine „Verwertung“ iSd § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG liegt auch darin, dass eine Wohnung bis zum Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung – etwa über eine Internet-Buchungsplattform – ständig zur jederzeitigen tage-, wochen- oder monatsweisen Untervermietung angeboten und bei gegebener Nachfrage auch tatsächlich vermietet wird; dies gilt auch dann, wenn die Untervermietung tatsächlich nicht ständig gelingt oder gerade im Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung nicht erfolgt. Der zur Beurteilung des Vorliegens einer „unverhältnismäßig hohen Gegenleistung“ anzustellende Vergleich vermögenswerter Leistungen hat in einem solchen Fall nach der kürzesten Dauer zu erfolgen, zu der der Hauptmieter die Wohnung verwertet (zur Untervermietung ständig anbietet).

5. Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass der von den Beklagten verlangte und auch vereinnahmte Untermietzins pro Tag mit dem von ihnen gezahlten Hauptmietzins sowie dem – jeweils auf den Tag bezogenen – Wert der von ihnen erbrachten Leistungen und Einrichtungsgegenstände zu vergleichen ist:

5.1. Zu den Einrichtungsgegenständen haben die

Beklagten einen – ungeprüft gebliebenen – (Anschaffungs-)Wert von 83.300 EUR behauptet. Legt man in einer bloß überschlagsmäßigen Betrachtung diesen Wert zu Gunsten der Beklagten zugrunde und rechnet einen großzügigen Gewinnanteil von 15 % hinzu (vgl 6 Ob 577/85; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ [2015] § 25 MRG Rz 2; *Schinnagl* in *H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht § 25 MRG [2017] Rz 7), ergibt sich bei einer näherungsweise anzunehmenden Nutzungsdauer von 15 Jahren auf den Tag bezogen ($83.300 \times 1,15 : 15 : 365$) ein Betrag von rund 18 EUR. Addiert man diesen Betrag und den zuletzt bezahlten Hauptmietzins von 78,62 EUR pro Tag ($2.391,28 \times 12 : 365$) sowie alle festgestellten Leistungen und Ausgaben (Energie, Internet, TV-Anteil, Antenne, Putzfrau/Bügeln), so ergibt sich ein von den Beklagten aufgewendeter Betrag von rund 122 EUR pro Tag. Wiederum zu Gunsten der Beklagten ist bei dieser überschlagsmäßigen Abschätzung angenommen, dass den von ihnen nach den Feststellungen vereinnahmten 150 EUR an Reinigungspauschale pro Vermietung auch Kosten in entsprechender Höhe gegenüberstehen.

5.2. Nach den Feststellungen haben die Beklagten die Wohnung tatsächlich bei mehreren Gelegenheiten tageweise vermietet, sodass in Ansehung der Einnahmen daraus und im Hinblick auf die von ihnen verlangten Sätze für tageweise Untervermietung (229 EUR bis 249 EUR) von einem Mittelwert von 239 EUR auszugehen ist. Berücksichtigt man weiters die aus dem ständig untervermieteten Teil der Wohnung erzielten 32,88 EUR, so ergibt sich ein Untermietertrag von rund 272 EUR pro Tag. Es steht fest, dass die Wohnung ein Mal an sechs Personen und ein anderes Mal sogar an elf Personen vermietet war, woraus die

Beklagten daher weitere 75 EUR bis 150 EUR lukriert haben (feststellungsgemäß 15 EUR pro Person und Nacht für mehr als einen Gast).

5.3. Die sich daraus in überschlagsmäßiger Abschätzung insgesamt pro Tag ergebenden rund 350 EUR bis zu 425 EUR an von den Beklagten erzielten Untermieteinnahmen übersteigen die Hauptmiete und die von ihnen erbrachten Leistungen von rund 122 EUR um ca 190 % bis zu 250 %, somit jedenfalls und auch unter Zugrundelegung von den Beklagten günstigen Annahmen von deutlich mehr als 100 %. Dies ist nach den oben dargestellten Grundsätzen jedenfalls als übermäßig hohe Gegenleistung anzusehen, sodass hier eine exakte Ermittlung der Möbelmiete nicht erforderlich war.

Zusammengefasst ist daher der Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4 zweiter Fall MRG verwirklicht. Die Aufrechterhaltung der Aufkündigung durch die Vorinstanzen ist im Ergebnis zu Recht erfolgt.

IV. Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 50, 41 ZPO. Zwar bilden die Beklagten eine einheitliche Streitpartei, jedoch hat nur die Erstbeklagte eine Revision erhoben, während sich der Zweitbeklagte am Revisionsverfahren nicht beteiligt hat. Für die Kosten, welche durch die von der Erstbeklagten vorgenommenen besonderen Prozesshandlungen erwachsen sind, hat der Zweitbeklagte nach § 46 Abs 2 Satz 2 ZPO nicht zu haften (*M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*³ § 46 ZPO Rz 7; *Obermaier, Kostenhandbuch*³ Rz 1.369). Der Klägerin gebührt kein Streitgenossenzuschlag, weil ihr im Revisionsverfahren nur eine Partei gegenüberstand.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. August 2018
Dr. K a l i v o d a
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: