

# TE OGH 1991/5/29 3Ob552/91

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.05.1991

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr.Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hule, Dr.Warta, Dr.Klinger und Dr.Angst als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Hofrat Anton S\*\*\*\*\*,

2.) Anton S\*\*\*\*\* und 3.) Doris S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Max Urbanek, Rechtsanwalt in St.Pölten, wider die beklagte Partei Stefan P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Helmut Winkler und andere, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien als Berufungsgerichtes vom 4.Juli 1990, GZ 48 R 351/90-41, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Bezirksgerichtes Hernals vom 8. Jänner 1990, GZ 6 C 3396/87a-34, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Der Erstkläger ist gemeinsam mit seinen beiden Kindern, dem Zweitkläger und der Drittklägerin, Miteigentümer eines Wohnhauses, in dem sich eine große Anzahl von Substandardwohnungen befindet. Er lernte den Beklagten, einen konzessionierten Immobilienverwalter, im Jahr 1978 kennen, als er die Erhöhung der Hauptmietzinse nach dem damals noch geltenden § 7 MG begehrten wollte, und erteilte ihm Vollmacht für die Durchführung des entsprechenden Verfahrens. Die übrigen das Haus betreffenden Angelegenheiten wurden weiterhin vom Erstkläger besorgt.

Da der Erstkläger fürchtete, nicht alle Wohnungen des Hauses zu den erhöhten Mietzinsen vermieten zu können, vereinbarte er mit dem Beklagten, daß dieser Hauptmieter aller in der Folge frei werdenden Wohnungen werden sollte. Dem Beklagten wurden sodann in den Jahren 1979 bis 1983 neun Wohnungen gegen Bezahlung des nach § 7 MG erhöhten Hauptmietzinses zuzüglich der Betriebskosten und der Umsatzsteuer überlassen; ein schriftlicher Vertrag wurde hierüber nicht errichtet. Es wurde ihm jeweils das Recht zur gänzlichen Unter Vermietung der Wohnungen eingeräumt, ohne ihm für den Untermietzins Beschränkungen aufzuerlegen. Der Beklagte gab die ihm überlassenen Wohnungen nach und nach in Untermiete, wobei er dem Erstkläger die Mietzinse auch für jene Zeiträume bezahlte, in

denen die Wohnungen leer standen. Die dem Erstkläger zustehenden Mietzinse wurden jeweils am Jahresende abgerechnet. Die Differenz zwischen den vereinnahmten Untermietzinsen und den dem Erstkläger zustehenden Mietzinsen behielt der Beklagte. Mit einem Schreiben vom 10.6.1986 kündigte der Erstkläger dem Beklagten die ihm erteilte Vollmacht und forderte in der Folge die Untermieter auf, die Zinszahlungen an ihn und nicht an den Beklagten zu leisten. Vom Beklagten nimmt er keinen Zins mehr entgegen.

Die Kläger begehrten die Feststellung, daß der Beklagte "jedenfalls seit Juli 1987" nicht Hauptmieter bestimmter näher bezeichneter Wohnungen sei und es auch "seit dem Widerruf seit Juli 1986" nicht gewesen sei. Dem Beklagten sei die Nutzung der Wohnungen nur mit der Stellung eines "Quasifruchtneßers" überlassen worden, um seinen Honoraranspruch abzugelten. Nach der Tilgung dieses Anspruchs habe der Erstkläger sowohl persönlich als auch mit dem Schreiben vom 10.6.1986 das Benützungsrecht des Beklagten widerrufen. Da dem Beklagten keine Rechte mehr an den Gegenstand der Klage bildenden Wohnungen zuständen, werde der Bestandzins von den Bestandnehmern seit Juli 1987 ausschließlich an sie (Kläger) bezahlt, weil sie mit ihrer (der Kläger) Zustimmung die Bestandobjekte als Hauptmieter innehätten. Der Beklagte fordere trotzdem die Bezahlung des Zinses zu seinen Händen und habe die Klage auf Zahlung und Räumung eingebbracht. Die Bestandnehmer hätten von ihnen (Klägern) verlangt, gerichtlich feststellen zu lassen, daß der Beklagte kein "Untervermieter" sei. Die Kläger hätten sohin ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß er nicht Hauptmieter der Wohnungen ist und auch nicht war.

Der Beklagte wendete ein, daß ihm die den Gegenstand der Klage bildenden Wohnungen in Hauptmiete gegeben worden seien. Die Kläger hätten kein Recht, sein Benützungsrecht zu widerrufen. Wenn die Wohnungen auch nicht unmittelbar dazu gemietet worden seien, um ein eigenes dringendes Wohnbedürfnis oder jenes von nahen Angehörigen zu befriedigen, habe doch die Absicht bestanden, sie zusammenzulegen und umzubauen, um sie seinen beiden Söhnen zur Verfügung stellen zu können oder darin sein Büro einzurichten.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr ab. Es war rechtlich der Meinung, daß nicht bloß ein "Scheinmietvertrag" und daher nicht das von den Klägern als "Quasifruchtgenußrecht" bezeichnete Rechtsverhältnis vorliege. Dem Beklagten sei vielmehr uneingeschränkt die Stellung eines Hauptmieters eingeräumt worden, woran nichts ändere, daß die Differenz zwischen den von ihm eingenommenen Untermietzinsen und den an die Kläger zu bezahlenden Beträgen teilweise zur Deckung seines Honoraranspruchs herangezogen wurde.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger nicht Folge und sprach aus, daß die Revision nicht zulässig sei. Zwischen den Streitteilen sei ein Hauptmietvertrag geschlossen worden, weil der Vertragszweck darin gelegen gewesen sei, dem Beklagten zu ermöglichen, einen über den gesetzlichen Hauptmietzins hinausgehenden Untermietzins zu vereinbaren. Dies wäre aber nicht möglich gewesen, wenn der Beklagte nur die Stellung eines gleichsam Fruchtgenußberechtigten gehabt hätte, weil dann die von ihm geschlossenen Bestandverträge als Hauptmietverträge zu qualifizieren gewesen wären und er einen höheren als den gesetzlichen Mietzins nicht hätte erzielen können. Da es den Klägern nicht gelungen sei, den Scheincharakter der mit dem Beklagten geschlossenen Hauptmietverträge zu beweisen, komme die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes MietSlg 28.110 und

31.160 nicht zum Tragen, in der bei der Abgrenzung zwischen Mietvertrag und fruchtgenußähnlichem Innominatevertrag darauf abgestellt worden sei, ob im Vordergrund des Vertragszwecks die Benützung der Wohnungen durch den Berechtigten oder die gewinnbringende Verwertung steht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision der Kläger ist entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichtes, an den der Oberste Gerichtshof gemäß § 508a Abs 1 ZPO nicht gebunden ist, zulässig, weil die Frage, ob ein (gültiger) Hauptmietvertrag auch dann vorliegt, wenn eine Wohnung nicht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses eines Vertragsteils oder seiner Angehörigen, sondern nur zur gewinnbringenden Vermietung überlassen wurde, in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, vor allem zur Rechtslage nach dem MRG, noch nicht einheitlich und eindeutig gelöst wurde.

Der vom Beklagten in der Revisionsbeantwortung vertretenen Auffassung, diese Frage sei hier nicht zu lösen, weil das Klagebegehr schon mangels eines Feststellungsinteresses abzuweisen sei, kann nicht gefolgt werden. Das Feststellungsinteresse fehlt nicht deshalb, weil die Kläger das Vertragsverhältnis allenfalls gemäß § 1118 ABGB auflösen könnten, zumal das Vertragsverhältnis nach ihrem Rechtsstandpunkt schon früher aufgelöst wurde. Das Feststellungsbegehr kann auch nicht gleichwertig durch ein Räumungsbegehr ersetzt werden. Abgesehen davon, daß der Beklagte die den Gegenstand der Klage bildenden Wohnungen nicht benutzt und daher nicht körperlich

übergeben kann und sie nach dem Rechtsstandpunkt der Kläger von jenen Personen, an die er sie vermietete, auf Grund eines Hauptmietvertrages benutzt werden, was der Räumung entgegenstünde, gehen die Wirkungen des begehrten Feststellungsurteils über jene eines Räumungsurteils hinaus, weil damit zwischen den Parteien auch verbindlich klargestellt wird, wer in der Vergangenheit Vertragspartner der "Untermieter" war. Im übrigen hat der Beklagte im Verfahren erster Instanz vorgebracht, auch selbst ein rechtliches Interesse an der Klärung seiner Rechtsbeziehungen zu den Klägern zu haben. Da der Beklagte weiterhin die von den Klägern bestrittenen Rechte in Anspruch nimmt und sie ihren Rechtsstandpunkt nicht durch ein gleichwertiges Leistungsbegehren durchsetzen können, ist ihr Feststellungsinteresse zu bejahen, und der Erfolg der Klage hängt somit von der Lösung der angeführten Frage des materiellen Rechts ab.

Die Revision ist auch berechtigt.

Die Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit und Aktenwidrigkeit erblicken die Kläger darin, daß das Berufungsgericht in ihren Berufungsausführungen, sie hätten die Verträge mit dem Beklagten gemäß § 33 Abs 1 MRG (gemeint wohl: § 1118 ABGB) aufgelöst, eine Neuerung erblickte. Damit wird aber eine Nichtigkeit und eine Aktenwidrigkeit nicht geltend gemacht. In Betracht käme nur eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens. Ob sie vorliegt, kann jedoch aus Gründen, die im folgenden dargelegt werden, dahingestellt bleiben.

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichtes steht hier für den Anwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes nicht die Frage eines Scheingeschäfts im Vordergrund, weil die Streitteile nicht ein anderes Rechtsgeschäft als jenes gewollt haben, das sie abschlossen (vgl MietSlg 40.244). Entscheidend ist vielmehr, ob die von den Streitteilen übereinstimmend gewollten Rechtsgeschäfte Mietverträge im Sinn der §§ 1090 und 1091 ABGB und damit auch des § 1 MG oder § 1 MRG waren, oder ob diese Rechtsgeschäfte einem anderen Vertragstyp zu unterstellen sind. Schon das Berufungsgericht wies zutreffend darauf hin, daß es dabei nicht auf die Bezeichnung durch die Parteien, sondern auf die von den Parteien beabsichtigten Wirkungen des Vertrages ankommt (MietSlg 37/46 ua).

Unter diesem Gesichtspunkt hat der Oberste Gerichtshof in mehreren, in MietSlg 28.110 zusammengefaßten Entscheidungen ausgesprochen, daß jemand, der sich verpflichtete, im Dachboden eines Hauses auf seine Kosten Wohnungen zu schaffen, und dem durch eine Vereinbarung für fünf Jahre das Recht der Verfügung über diese Wohnungen eingeräumt wurde, um durch die Vermietung seine Kosten hereinzubringen, nicht als Mieter, sondern wie ein Fruchtnießer zu behandeln sei. Ein ähnlicher Fall lag der ebenfalls schon vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung MietSlg 31.160 zugrunde, in der ausgesprochen wurde, daß das Recht desjenigen, dem die Verwertung von ihm zu errichtender Geschäftsräume überlassen wurde, den typischen Befugnissen eines Fruchtnießers wesentlich ähnlicher sei als jenen eines Mieters. Der diesen Entscheidungen zugrundeliegende Sachverhalt unterschied sich allerdings von dem hier zu beurteilenden nicht zuletzt dadurch, daß der zur Verwertung der Bestandobjekte Berechtigte keinen Zins zu zahlen hatte. Das Entgelt für die Einräumung der Verwertungsrechte bestand vielmehr darin, daß die Kosten der Errichtung der Bestandobjekte zu tragen waren.

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde aber auch der "Mieter" eines ganzen Hauses oder selbständiger Teile davon wie ein Fruchtnießer behandelt, wenn der Vertragszweck darauf gerichtet war, es dem "Mieter" zu ermöglichen, die Wohnungen des Hauses durch Weitergabe gewinnbringend zu verwerten (SZ 19/131; EvBl 1980/36 = MietSlg 31.160; vgl auch MietSlg 18.235 - dort allerdings Gleichsetzung mit einem Pächter). Alle diese Entscheidungen ergingen zur Rechtslage nach dem Mietengesetz. Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung SZ 61/13 = MietSlg 40.225/4 ausführlich begründet, daß die Rechtsprechung zum "Generalmieter" im Bereich des Mietrechtsgesetzes nicht mehr aufrecht erhalten werden kann.

Im § 2 Abs 3 MRG wird nunmehr bestimmt, daß der Mieter, mit dem ein Untermietvertrag geschlossen worden ist, begehren kann, als Hauptmieter des Mietgegenstandes mit den sich aus dem MRG ergebenden Rechten und Pflichten anerkannt zu werden, wenn bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln besteht, daß ein Hauptmietvertrag nur zur Untervermietung durch den Hauptmieter und zur Umgehung der einem Hauptmieter nach diesem Bundesgesetz zustehenden Rechte geschlossen worden ist. Der Gesetzgeber geht also davon aus, daß ein Hauptmietvertrag gültig auch nur zur Untervermietung geschlossen werden kann, und versagt einem solchen Vertrag nur dann die Wirksamkeit, wenn er zur Umgehung der einem Hauptmieter nach dem MRG zustehenden Rechte dient. Die Möglichkeit, einen Mietvertrag nur zum Zweck der Untervermietung abzuschließen, läßt sich überdies auch aus § 1098 ABGB (vgl Würth in Rummel2 Rz 13) ableiten, weil dort als Rechte des Bestandnehmers nicht nur das Recht zum

Gebrauch und zur Benützung des Bestandgegenstandes, sondern ausdrücklich auch das Recht angeführt wird, den Bestandgegenstand in Afterbestand zu geben. Da dies alternativ und nicht kumulativ geschieht (arg "oder"), kann das Recht zur Untervermietung oder Unterverpachtung auch allein Gegenstand eines Bestandvertrages sein. Dem steht nicht entgegen, daß an anderen Stellen des Gesetzes (vgl §§ 1090f, 1093 und 1096) bloß vom Gebrauch der Sache die Rede ist, weil diese Bestimmungen in dem erörterten Zusammenhang durch § 1098 ABGB ergänzt werden.

Der erkennende Senat ist daher entgegen der von den Klägern vertretenen Meinung zu der seit dem Inkrafttreten des MRG geltenden Rechtslage der Auffassung, daß auch ein Vertrag, in dem eine Wohnung oder ein Geschäftsraum einem anderen nur zu dem Zweck überlassen wird, das Bestandobjekt unterzuvermieten, im Zweifel ein Mietvertrag ist. Dem entspricht die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum § 2 Abs 3 MRG, weil die Überlassung eines ganzen Hauses als Hauptmiete angesehen (SZ 61/13 = MietSlg 40.225/4) und gegebenenfalls stets vom Zustandekommen eines Hauptmietvertrages ausgegangen wurde, ohne hiezu, soweit dies überblickt werden kann, allerdings ausdrücklich Stellung zu nehmen (vgl etwa SZ 60/8 = MietSlg 39.228/3).

Handelt es sich um Hauptmietverträge, so ist hierauf gemäß§ 1 Abs 1 MRG (bei den vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossenen Verträgen iVm § 43 Abs 1) dieses Gesetz anzuwenden und sie können daher nur aus den im § 29 MRG angeführten Gründen aufgelöst werden. Darunter fällt aber die im Schreiben vom 10.6.1986 abgegebene Erklärung, die vor allem in einer Aufkündigung der Vollmacht besteht, nicht, weshalb nicht erörtert werden muß, ob sie unabhängig von den Bestimmungen des MRG geeignet gewesen wäre, die Auflösung der mit den Beklagten geschlossenen Mietverträge herbeizuführen.

Wird ein Mieter, mit dem ein Untermietvertrag geschlossen wurde, gemäß§ 2 Abs 3 MRG ex tunc (vgl JBl 1987, 321 mwN) als Hauptmieter anerkannt, so bedeutet dies, daß der von seinem Vermieter zur Umgehung geschlossene Hauptmietvertrag ungültig ist (SZ 60/8 = MietSlg 39.228/3; vgl auch WoBl 1989, 136 = MietSlg 40.243). Die Begründung hiefür liegt nicht nur in der naheliegenden Absicht der Parteien des Umgehungsgeschäfts, auf dessen Erfüllung nach deren Unmöglichkeit nicht mehr zu bestehen, sondern vor allem im Zweck der Verbotsnorm, der vereitelt werden könnte, wenn es dem "Hauptmieter" gestattet wäre, etwa nach dem Ende des als Hauptmietvertrag anerkannten Untermietvertrages neuerlich einen Untermietvertrag abzuschließen. Dies bedeutet, daß das Umgehungsgeschäft nichtig ist (Krejci in Rummel, ABGB2, Rz 37 zu § 879).

Dem Berufungsgericht ist zwar darin beizupflichten, daß das Recht, die Anerkennung als Hauptmieter zu begehrn, nur dem "Untermieter" zusteht. Nach Ansicht des erkennenden Senates ist dieser aber nicht, wie anscheinend das Berufungsgericht meint, auf das Verfahren in Außerstreitsachen gemäß § 37 Abs 1 Z 1 MRG beschränkt. Er kann sein Begehrn auch an den Vermieter des Umgehungsgeschäfts als seinen wahren Vertragspartner richten, und dieser ist berechtigt, ihn auch außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens als Hauptmieter anzuerkennen, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs 3 MRG vorliegen. Es wäre nicht sachgerecht, auch bei übereinstimmender Auffassung der angeführten Personen die Entscheidung im Verfahren außer Streitsachen zu verlangen. Die Wirksamkeit der Anerkennung ist allerdings im Fall der Bestreitung durch den "Hauptmieter" in einem zwischen den Parteien des Umgehungsgeschäfts zu führenden Rechtsstreit als Vorfrage (vgl Würth in Rummel, ABGB II, Rz 9 zu § 2 MRG) zu klären.

Aus dem Vorbringen der Kläger läßt sich die Behauptung entnehmen, daß die "Untermieter" des Beklagten die Anerkennung als Hauptmieter begehrten und daß die Kläger diesem Begehrn Rechnung trugen. Trifft dies zu und war die Anerkennung gemäß § 2 Abs 3 MRG gerechtfertigt, so ist auch das Klagebegehrn berechtigt, soweit diese Bestimmung anzuwenden ist, weil dann die zwischen den Streitteilen geschlossenen Verträge nichtig sind und der Beklagte daher aus diesem Grund nicht Hauptmieter der strittigen Wohnungen ist.

Die Anerkennung gemäß § 2 Abs 3 MRG setzt voraus, daß der Hauptmietvertrag nur zur Untervermietung durch den Hauptmieter und zur Umgehung der einem Hauptmieter nach dem MRG zustehenden Rechte geschlossen worden ist, wobei beide Voraussetzungen erfüllt sein müssen, es aber genügt, daß eine der Parteien des Hauptmietvertrages diesen in Umgehungsabsicht geschlossen hat (JBl 1987, 321; MietSlg 40.238). Letzteres ergibt sich aus der Erwägung, daß Umgehungsgeschäfte an sich auch bei Fehlen der Umgehungsabsicht ungültig sind (Krejci in Rummel, ABGB2, Rz 40 zu § 879 ABGB) und hier nur deshalb etwas anderes gilt, weil das Gesetz ausdrücklich auf die Umgehungsabsicht

("zur Umgehung") abstellt. Es wäre aber nicht gerechtfertigt, das Vorliegen der Umgehungsabsicht bei beiden Vertragsparteien zu fordern, weil dann die Durchsetzung des Rechtes des "Untermieters", als Hauptmieter anerkannt zu werden, in einer vom Gesetzgeber sicherlich nicht gewollten Weise erschwert werden könnte.

Nach den bisher vorliegenden Tatsachenfeststellungen sind hier beide Voraussetzungen des § 2 Abs 3 MRG erfüllt. Da der Beklagte die den Gegenstand der Klage bildenden Wohnungen auch nicht teilweise zur Befriedigung des eigenen Wohnbedürfnisses oder des Wohnbedürfnisses naher Angehöriger oder etwa von Dienstnehmern verwendete, obwohl seit dem Abschluß der Mietverträge schon längere Zeit verging, ist anzunehmen, daß die Hauptmietverträge nur zur Untervermietung abgeschlossen wurden (vgl JBI 1987, 321). Bei Überlegung aller bisher festgestellten Umstände besteht auch kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln, daß zumindest der Beklagte die Mietverträge mit den Klägern nur deshalb abschloß, um von den Personen, an die er die Wohnungen weitergab, einen Mietzins verlangen zu können, der den nach § 7 MG erhöhten Hauptmietzins zuzüglich Betriebskosten und Umsatzsteuer übersteigt. Es ist daher die Umgehungsabsicht zumindest auf Seiten des Beklagten erwiesen. Da dies ausreicht, muß nicht geprüft werden, welche Bedeutung die Feststellung des Erstgerichtes hat, daß der Erstkläger die Verträge mit dem Beklagten aus der Besorgnis abschloß, die Wohnungen nicht zu dem gemäß § 7 MG erhöhten Hauptmietzins vermieten zu können.

Von Bedeutung ist aber der Zeitpunkt, in dem die Untermietverträge über die den Gegenstand der Klage bildenden Wohnungen abgeschlossen wurden. Der Oberste Gerichtshof hat schon mehrfach ausgesprochen (JBI 1987, 788 = WoBI 1988/64; MietSlg 39.236, 40.244), daß eine Rückwirkung des MRG auf Sachverhalte, die sich abschließend vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verwirklicht haben, im Zweifel nicht anzunehmen, und daher § 2 Abs 3 MRG nicht anzuwenden ist, wenn Haupt- und Untermietvertrag vor dem Inkrafttreten des MRG abgeschlossen wurden. Der erkennende Senat hält an dieser Rechtsansicht trotz der Kritik von Call (in WoBI 1988, 111) und Fenyves (in WoBI 1988, 56) fest. Wie Würth (in WoBI 1988, 111) zutreffend bemerkt, soll § 43 Abs 1 MRG offensichtlich dem Charakter der Mietverhältnisse als Dauerschuldverhältnisse Rechnung tragen. Dies erfordert aber nur, daß Ereignisse im Zuge des Dauerschuldverhältnisses nach dem Inkrafttreten des MRG nach diesem Gesetz zu beurteilen sind, wenn das Dauerschuldverhältnis schon vor dem Inkrafttreten des MRG begonnen hat. Es kann mangels eindeutiger Anhaltspunkte aber nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Anwendung des MRG auch auf Ereignisse anordnen wollte, die schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes liegen. Der von Fenyves (aaO) ins Treffen geführte Schutzzweck der Norm bietet hiefür einen solchen Anhaltspunkt nicht.

Der erkennende Senat hat ferner in der Entscheidung 3 Ob 2/90 (= WoBI 1990, 73 mit im wesentlichen zustimmender Besprechung von Hanel) unter Ablehnung der Entscheidung 5 Ob 98/88 (= WoBI 1989,

136) die Meinung vertreten, daß im Sinn der Ausführungen von Würth (in WoBI 1988, 111) § 2 Abs 3 MRG auch dann anzuwenden ist, wenn zwar der Hauptmietvertrag vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossen wurde, durch die Vereinbarung eines Untermietverhältnisses erst nach diesem Zeitpunkt aber ein wesentliches Tatbestandsmerkmal für die Anwendung des § 2 Abs 3 MRG erst zur Zeit der Geltung dieser Bestimmung gesetzt und also der Tatbestand erst mit dem Abschluß des zweiten Mietvertrages vollendet wurde. Er hält auch diese Rechtsansicht aufrecht. Im Hinblick auf die Kritik von Hanel (in WoBI 1990, 75) sei noch bemerkt, daß sich der erkennende Senat ebenso wie schon Hanel selbst (in WoBI 1989, 137) dem aus mehreren Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (JBI 1987, 788 = WoBI 1988, 110; WoBI 1989,

136) hervorgehenden Argument, ein vor dem Inkrafttreten des MRG zustande gekommener Hauptmietvertrag könne nicht zur Umgehung der einem Hauptmieter "nach diesem Bundesgesetz" zustehenden Rechte geschlossen worden sein, nicht anzuschließen vermag. Die Wörter "nach diesem Bundesgesetz" im § 2 Abs 3 MRG müssen dem Sinn nach berichtigend dahin verstanden werden, daß die Hauptmietverträge zur Umgehung der zur Zeit des Abschlusses geltenden, inhaltlich jener des MRG entsprechenden mietrechtlichen Vorschriften abgeschlossen worden sein müssen.

Aus dem Gesagten folgt für den hier zu entscheidenden Fall:

Bei jenen Wohnungen, bei denen sowohl die Haupt- als auch die Untermietverträge vor dem 1.1.1982, also dem Tag des Inkrafttretens des MRG (§ 58 Abs 1) geschlossen wurden, ist das Klagebegehren berechtigt, weil der Beklagte nicht Hauptmieter wurde. Nach Ansicht des erkennenden Senates ist es nämlich der in den schon zitierten Entscheidungen SZ 19/131 und EvBI 1980/36 = MietSlg 31.160 zugrundeliegenden Miete eines ganzen Hauses gleichzuhalten, wenn vereinbart wird, jemandem alle freiwerdenden Wohnungen zum Zweck der gewinnbringenden Weitergabe zu

überlassen, auch wenn dies in der Folge nicht bei allen Wohnungen des Hauses geschieht, weil einzelne nicht frei werden. In diesen Fällen erlangte der Beklagte daher von vornherein nicht die Rechte eines Mieters. Bei allen jenen Wohnungen, bei denen zumindest der Untermietvertrag nach dem Inkrafttreten des MRG geschlossen wurde, kommt es hingegen darauf an, ob die "Untermieter" gemäß § 2 Abs 3 MRG die Anerkennung als Hauptmieter begehr und bei den Hauseigentümern erreicht haben. Da der Sachverhalt in diesen Fällen, wie schon erwähnt, jenem vergleichbar ist, welcher der Entscheidung WoBl 1990, 73 zugrunde lag, sieht sich der Oberste Gerichtshof entgegen der Anregung von Hanel (in WoBl 1990, 75) nicht veranlaßt, dazu Stellung zu nehmen, ob die in dieser Entscheidung vertretene Rechtsansicht auch für die Miete einzelner Wohnungen gilt.

Das Erstgericht wird im fortzusetzenden Verfahren daher festzustellen haben, zu welchem Zeitpunkt die Untermietverträge über die den Gegenstand der Klage bildenden Wohnungen geschlossen wurden. Für jene Wohnungen, auf die nach dem Gesagten § 2 Abs 3 MRG anzuwenden ist, wird zu klären sein, ob die Untermieter die Anerkennung als Hauptmieter begehr haben und der Kläger diesem Begehr entsprachen. Erst dann wird gesagt werden können, ob der Beklagte auf Grund des § 2 Abs 3 MRG nicht Hauptmieter einzelner oder aller der den Gegenstand der Klage bildenden Wohnungen ist bzw ab den im Klagebegehren genannten Zeitpunkten nicht mehr war.

Da die Urteile der Vorinstanzen schon aus den dargelegten Gründen aufgehoben werden müssen und die Kläger im fortgesetzten Verfahren Gelegenheit haben, ihr Vorbringen in erster Instanz zu ergänzen, bedarf es keiner Stellungnahme dazu, ob das Berufungsgericht auf ihr Berufungsvorbringen, sie hätten gegebenenfalls die Hauptmietverträge gemäß § 1118 ABGB aufgelöst, zu Unrecht wegen des Neuerungsverbotes nicht Bedacht genommen hat. Die verfahrensrechtliche Stellung der Kläger wird durch die bekämpfte Rechtsansicht des Berufungsgerichtes im Ergebnis nicht nachteilig beeinflußt, weshalb sie hiedurch nicht beschwert sind und ihnen in diesem Umfang ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt (vgl EvBl 1984/84 ua).

Der Ausspruch über die Kosten der Rechtsmittelverfahren beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E26498

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:0030OB00552.91.0529.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19910529\_OGH0002\_0030OB00552\_9100000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)