

# TE OGH 1985/10/1 50b66/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.10.1985

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Jensik, Dr. Warta, Dr. Zehetner und Dr. Klinger als Richter in der Mietrechtssache der antragstellenden Parteien 1.) Dr. Johannes A, Geschäftsführer,

2.) Martina A, Angestellte, beide Wien 1.,

Nibelungengasse 1-3/6, beide vertreten durch Dr. Karl Zingher, Rechtsanwalt in Wien, wider die Antragsgegner 1.) Dr. Maria B, Wien 1., Nibelungengasse 1, 2.) Verlassenschaft nach Dr. Felicitas A, zuletzt Wien 13., Maxingstraße 42, 3.) Dr. Otto A, Rechtsanwalt in Wien, 4.) Dr. Gustav A, 200 East 64 Street Apt. 20 A, New York 10021, USA, 5.) Elisabeth C, 59 Warwick Square, Großbritannien SW 1, London, 6.) Louise D, Aflenz 8, 6175 Kematen, 7.) Felicitas de E, Mount Raleigh, Großbritannien, Bidefort/Devon, 8.) Christiane F,

Badgasse 14, 2405 Deutsch Altenburg, 9.) Elisabeth G, Wien 4., Prinz Eugen-Straße 44, 10.) Marie Therese H, Schloß Petronell, 2404 Petronell, sämtliche Miteigentümer der Liegenschaft Wien 1., Nibelungengasse 1-3, 11.) Dipl. Ing. Christiane B, Wien 23., Erlaaerstraße 54, Fruchtgenüßberechtigte hinsichtlich der Anteile des Dr. Oskar B an der vorgenannten Liegenschaft, sämtliche vertreten durch Dr. Oskar Weiss-Tessbach, Rechtsanwalt in Wien, als verwaltenden Miteigentümer, dieser vertreten durch Dr. Paul Appiano, Rechtsanwalt in Wien, wegen § 37 Abs. 1 Z 8 MRG infolge Revisionsrekurses der Antragsgegner gegen den Beschuß des Landesgerichtes für ZRS Wien als Rekursgerichtes vom 11. April 1985, GZ 41 R 325/85-18, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 27. Oktober 1984, GZ 48 Msch 33/83-14, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens sind weitere Kosten des Verfahrens erster Instanz.

## **Text**

Begründung:

Der Erstantragsteller, die Erst- bis Zehntantragsgegner und der die Hausverwaltung führende Antragsgegnervertreter Dr. Oskar B sind die Miteigentümer des Hauses Wien 1.,

Nibelungengasse 1-3. Die Zweitstantragstellerin ist die Gattin des Erstantragstellers. Die Elftantragsgegnerin ist die Fruchtnießerin der Miteigentumsanteile des Antragsgegnervertreters. Die Antragsteller und die Antragsgegner sind miteinander verwandt bzw. verschwägert.

Mit dem 7.4.1983 bei der Schlichtungsstelle eingelangten Antrag begehrten die Antragsteller die Feststellung, daß die Antragsgegner durch die Vorschreibung eines monatlichen Hauptmietzinses von S 7.500 ab Oktober 1982 das gesetzlich zulässige Zinsausmaß insoweit überschritten hätten, als dieser Betrag den nach § 16 Abs.2 lit.d (richtig: Z 4) - allenfalls lit.c (richtig: Z 3) - MRG oder nach § 16 Abs.1 Z 2 (richtig: § 2 Abs.1 lit.a) MG gesetzlich zulässigen Hauptmietzins übersteige. Sie brachten vor, sie hätten mit Mietvertrag vom 12.3.1982 die Wohnung top.Nr.6 im Hause Wien 1., Nibelungengasse 1-3, bestehend aus 4 Zimmern, 2 Kabinetten und Nebenräumen im Ausmaß von rund 250 m<sup>2</sup>, gegen einen monatlichen Hauptmietzins von S 7.500 gemietet. Die Wohnung habe sich in einem vollkommen devastierte Zustand befunden und sei erst von ihnen in einen brauchbaren Zustand versetzt worden. Es sei insbesondere weder eine brauchbare Badegelegenheit noch ein brauchbares WC (wohl aber eine Wasserentnahmestelle) vorhanden gewesen. Eine Mietzinsbildung nach § 16 Abs.1 Z 4 MRG sei mangels Vorliegens der Ausstattungskategorie A und Einhaltung der Sechsmonatsfrist nach Freiwerden der Wohnung nicht zulässig. Obwohl die Ausstattungskategorie D gegeben gewesen sei, hätten sie sich vergleichsweise zur Einstufung der Wohnung in die Kategorie C bereiterklärt. Dieses Anbot sei jedoch von den Antragsgegnern abgelehnt worden. Sollte der Standpunkt der Antragsgegner zutreffen, daß der Mietvertrag in mündlicher Form schon am 19.11.1981 zustandegekommen sei, dann wäre eine freie Mietzinsvereinbarung nach § 16 Abs.1 Z 2 MG mangels Einhaltung der Sechsmonatsfrist nach Freiwerden der Wohnung unzulässig und nur ein Mietzins im Ausmaß des § 2 Abs.1 lit.a MG zulässig.

Die Antragsgegner beantragten die Abweisung des Antrages. Sie wendeten ein, daß der Mietvertrag schon am 19.11.1981 mündlich abgeschlossen worden sei. Infolge Wahrung der Sechs- bzw. Zwölfmonatsfrist des § 16 MG - der Mietgegenstand habe der V\*\*\*-Alpine AG als Werksküche gedient und sei von dieser erst Mitte 1981 geräumt worden - sei daher eine freie Zinsvereinbarung zulässig gewesen. In dem von den Antragsgegnern gemäß § 40 Abs.2 MRG beim Erstgericht anhängig gemachten Verfahren wendeten diese weiter ein, daß die Mietzinsvereinbarung, sollte der Mietvertrag erst am 12.3.1982 zustandegekommen sein, nach § 16 Abs.1 Z 3 MRG zulässig wäre. Andernfalls würde den Antragstellern die Legitimation zu der im übrigen sittenwidrigen Antragstellung fehlen, weil infolge Wegfalles der Geschäftsgrundlage (Leistung eines Mietzinses von S 30,- je m<sup>2</sup> zur Erhaltung des gegenständlichen Hauses als Familienbesitz) kein gültiger Mietvertrag vorläge.

Das Erstgericht wies den Antrag zurück. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Die Mieterin der rund 400 m<sup>2</sup> Nutzfläche aufweisenden Bestandobjekte top.Nr.6 und 8 im 1. Stock des Hauses Wien 1., Nibelungengasse 1-3, die V\*\*\*-Alpine AG, welche das Bestandobjekt als Werksküche benützte, beendete dieses Mietverhältnis im Jahre 1981 und räumte das Bestandobjekt am 31.5.1981.

Das gegenständliche Haus steht nicht unter Denkmalschutz, liegt aber in der Schutzone des 1. Bezirkes. Seine Fassadengestaltung gehört zu dem Ensemble um den Schillerplatz.

Im Jahre 1981 trat der Erstantragsteller an den die Liegenschaft verwaltenden Miteigentümer Dr. Oskar B mit dem Bemerkern heran, er würde sich dafür interessieren, in der Nibelungengasse ein Objekt zu mieten. Obzwar Dr. B Bedenken gegen die Umgestaltung der im 1. Stock gelegenen bisherigen Geschäftsräumlichkeiten in Wohnobjekte hatte, erklärte er dem Erstantragsteller, daß er sich, sollte dieser S 30,- pro m<sup>2</sup> an Mietzins für das erst in eine Wohnung umzugestaltende Objekt zu zahlen bereit sei, auch bei den übrigen Miteigentümern für eine Vermietung an den Erstantragsteller aussprechen würde. Schon im September 1981 trug sich der Erstantragsteller mit dem Gedanken der Anmietung von etwas mehr als der Hälfte der ursprünglich rund 400 m<sup>2</sup> großen Räumlichkeiten. Für seine Wohnung wollte er die von der Makartgasse aus gesehen links (Ecke Nibelungengasse-Makartgasse) gelegenen, etwas über 230 m<sup>2</sup> aufweisenden Räume mit der topographischen Bezeichnung 6 mieten. Bereits im September 1981 ließ er den Plan Beilage 4 in mehreren Varianten erstellen. Im Bereich der Makartgasse sollte genau in der Mitte des Hauses die Trennung zwischen den Objekten top.Nr.6 und top.Nr.8 erfolgen. Top.Nr.6 hätte etwas mehr als 230 m<sup>2</sup>, top.Nr.8 etwas weniger als 175 m<sup>2</sup> aufgewiesen.

Es kam dann im Oktober 1981 zu Besprechungen zwischen dem Erstantragsteller und dem in der Kanzlei Dr. B die Hausverwaltungsgedanken führenden Dr. I. Dr. Oskar

B ist der gemeinsame Verwalter der Liegenschaft. Seine Bevollmächtigung erstreckt sich auf Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung des Miteigentums. Zu außerordentlichen Maßnahmen der Verwaltung hat er jedoch die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer einzuholen. Dies war auch dem Erstantragsteller bekannt, weil er selbst in der Vergangenheit an sogenannten Familienbesprechungen (Miteigentümerbesprechungen) hinsichtlich der Verwaltung

der 'Familienhäuser', d.h. verschiedener Liegenschaften, die im Miteigentum der Familie stehen, teilnahm. So wurde unter anderem auch die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer eingeholt, als eine Wohnung an die Erstantragsgegnerin und eine weitere Wohnung an die Zehntantragsgegnerin vermietet wurde. Für letztgenannte Anmietung wurde ein Gutachten eines Sachverständigen eingeholt, der den Mietwert der Wohnung mit S 30,- je m 2 bezifferte. Da im gegenständlichen Fall die ehemalige Werksküche erst sehr kostenintensiv in eine Wohnung umzugestalten war und sich der Erstantragsteller zur Übernahme der Kosten bereit erklärte, orientierte man sich wieder an diesen S 30,- je m 2. Im Rahmen der Familie ist zwischen den Miteigentümern vereinbart, daß, sollte hinsichtlich einer Maßnahme der Verwaltung um ihre Zustimmung unter Fristsetzung ersucht werden, die Nichtäußerung innerhalb dieser Frist als Zustimmung gilt. Dr. I sandte an die Miteigentümer des Hauses auf Grund der bis dahin erfolgten Kontakte mit dem Erstantragsteller das Rundschreiben vom 23.10.1981, Beilag 3. Es lautet u.a. '...Die Kosten der Abteilung und der Instandsetzung der Wohnung, welche Dr. A gerne mieten möchte, betragen nach Kostenschätzungen mehr als 1 Mio. S. Diese Kosten würden von Herrn Dr. A aus eigenem aufgebracht werden. Im Hinblick auf diese beträchtlichen Aufwendungen will Dr. A einen Mietzins vereinbaren, der höchstens dem entspricht, den andere Familienmitglieder im Haus zahlen (also rund S 30/m 2 )...'. Die Siebtantragsgegnerin und der Drittantragsgegner stimmten dem Vorschlag schriftlich zu. Die Fünftantragsgegnerin sandte aus Paris am 1.11.1981 folgendes Schreiben an Dr. I: 'Bezugnehmend auf Ihren Brief vom 23.10.1981 teile ich Ihnen hiemit mit, daß ich damit einverstanden bin, daß das Bestandobjekt Nr.6 und 8, Nibelungengasse 1-3, an meinen Bruder Dr. Johannes A zu einem Mietzins von mindestens

S 30/m 2 (ich zahle 31,77/m 2 ) zuzüglich Betriebs- und Nebenkosten vermietet wird.' Die Fünftantragsgegnerin hatte nämlich am 26.7.1970 eine Wohnung im gegenständlichen Haus ebenfalls mit Zustimmung sämtlicher Miteigentümer gemietet. Ihr Nettohauptmietzins betrug im Mai 1984 bereits S 33,88/m 2 . Nachdem eine Ablehnung seitens der übrigen Miteigentümer nicht eingetroffen war, arbeitete Dr. I einen Mietvertragsentwurf aus. Der Erstantragsteller wollte einige Abänderungen. Am 19.11.1981 kam es zu einer Besprechung in der Kanzlei des Dr. I, in deren Verlauf die näheren Bedingungen des Mietvertragsabschlusses besprochen wurden. Der Quadratmeterpreis von S 30,- stand damals bereits fest. Die Ergebnisse dieser Besprechung hielt der Erstantragsteller in einem Schreiben vom 21.12.1981 an Dr. I fest. Danach wurde am 19.11.1981 folgendes mündlich vereinbart:

- 1.) Der Mietvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen, wobei Dr. Johannes A und Martina A Hauptmieter werden.
- 2.) Der Hauptmietzins beträgt S 30/m 2 . Die genaue Größe der Wohnungsfläche wird der Hausverwaltung im Jänner 1982 bekanntgegeben, wobei ein Architektenplan über die Umbauten vorgelegt wird.
- 3.) Der Mietvertrag wird am 1.2.1982 unterzeichnet. Die erste Miete wird nach sechs Monaten, das ist am 1.8.1982, fällig.
- 4.) Der Mietvertrag tritt erst mit Bewilligung der Baubehörde in Kraft.
- 5.) Wegen der hohen Investitionskosten, die vom Hauptmieter getragen werden, erfolgt die Indexabrechnung mit Ausgang 1.1.1985 (10 % Indexklausel).
- 6.) Bei vorübergehendem Auslandsaufenthalt ist der Hauptmieter berechtigt, die Wohnung unterzuvermieten.'

Am 22.12.1981 antwortete Dr. I mit Schreiben Beilage E unter Vorlage eines neuen Mietvertragsentwurfes und unter Hinweis darauf, daß er im Mietvertragsentwurf lediglich einen Quadratmetermietzins ausgeworfen habe. 'Sobald Dir die genaue Größe an Hand des Planes bekannt ist, bitte ich, mir diese Daten durchzugeben. Wenn Du mit dem Text einverstanden bist, bitte ich Dich um eine kurze Mitteilung. Ich werde den Vertragsentwurf sodann den übrigen Miteigentümern mit der Bitte um Rückäußerung zur Kenntnis bringen'. Dieser Vertragsentwurf wies noch keine Einigung über das einzuräumende Weitergaberecht auf.

Tatsächlich wurde der zweite Vertragsentwurf den Miteigentümern nicht zur Kenntnis gebracht, sondern geschah dies erst mit dem fertigen Vertragstext vom Februar 1982.

Noch am 13.1.1982 unterzeichnete Dr. I einen Einreichplan, der die ursprüngliche Größe des Bestandobjektes (rund 230 m 2 ) aufwies. Auf Grund von Auflagen der Baubehörde im Jänner 1982 war für den Erstantragsteller die Notwendigkeit gegeben, die Küche, die er ursprünglich zum Lichthof plante, zur Makartgasse zu verlegen, weshalb er sich entschloß, die Raumeinteilung etwas zu verändern und die Wohnungstrennwand um ein Fensterloch weiter Richtung top.Nr.8 zu verschieben.

Am 12.3.1982 wurde ihm und seiner Frau, der Zweitantragstellerin, ein völlig neuer Vertragsentwurf, der auf die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes Rücksicht nimmt, das am 1.1.1982 in Kraft getreten war, vorgelegt. Die Wohnung wird in diesem Vertragsentwurf, Beilage F, mit 250 m<sup>2</sup> Nutzfläche angegeben. In Wahrheit betrug die Nutzfläche laut Beilage C 249,75 m<sup>2</sup>. Obwohl beiden Vertragsparteien bekannt war, daß die Wohnung erst mit großem Kostenaufwand bewohnbar gemacht werden muß - die Wohnung wies im Zeitpunkt der Mietvertragsunterfertigung keine funktionierende Zentralheizung, kein Badezimmer, keine Küche und auch nicht die noch zu errichtenden Zwischenwände auf - , wurde im Mietvertrag bereits jener Ausstattungszustand genannt, der erst auf Kosten des Erstantragstellers von diesem hergestellt werden sollte. Ein Wasserklosett befand sich im Bereich des gemieteten Mietobjektes. Daß es nicht funktionsfähig war, teilten die Antragsteller den Antragsgegnern, bzw. dem verwaltenden Miteigentümer nicht mit. Der Antragsteller wollte ja ohnehin alles entsprechend seinen Bedürfnissen umgestalten. Die Wohnung wies auch keine Trennwand zum Nachbarobjekt auf, weil der Vormieter die Objekte gemeinsam gemietet hatte. Die Trennwand wurde gleichfalls auf Kosten der Antragsteller nachträglich errichtet. In der Mietvertragsurkunde Beilage F ist der Beginn des Mietverhältnisses mit 1.4.1982 festgehalten. Der monatliche Mietzins wurde in Höhe von S 7.500 zuzüglich Betriebskosten und zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart. Vereinbarungsgemäß wurde der Mietzins erstmals im Oktober 1982 vorgeschrieben. Die Antragsteller bezahlten ab Oktober 1982 jedoch nur einen Bruchteil des vorgeschriebenen Zinses, der in dieser reduzierten Höhe von dem die Liegenschaft verwaltenden Miteigentümer nicht angenommen wurde.

Diesen Sachverhalt unterzog das Erstgericht nachstehender rechtlicher Beurteilung:

Zunächst sei davon auszugehen, daß erst mit der Unterzeichnung der Mietvertragsurkunde Beilage F eine Vereinbarung, in welcher die Größe des zu mietenden Objektes festgestanden sei, vorgelegen sei. Da vorher die Größe des Bestandobjektes unbestimmt, weil nicht bestimmbar, sondern von der Willkür der Antragsteller abhängig gewesen sei, sei vor der Unterzeichnung der Beilage F ein Mietvertragsabschluß zu verneinen.

Sodann sei zu prüfen, ob auf Grund des damaligen Ausstattungszustandes des Objektes ein angemessener Mietzins habe vereinbart werden können. Dies sei nicht der Fall. Entgegen den Ausführungen im Mietvertrag Beilage F sei am 12.3.1982 ein zu Wohnzwecken brauchbares Objekt noch nicht vorhanden gewesen. Ausschlaggebend sei hiebei nicht, daß etwa die Toilette verstopft gewesen sei, was mangels Anzeige durch die Antragsteller unbeachtlich sei (§ 16 Abs.2 Z 4 MRG). Allein das Fehlen einer Trennwand zum Nachbarobjekt hindere die Brauchbarkeit einer Wohnung. Somit sei der Einwand der Antragsgegner in Richtung des § 16 Abs.1 Z 3 MRG zu untersuchen. Möge auch das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Gebäudes aus Gründen der Stadtbildpflege vorliegen, so reiche allein das Vorbringen der Antragsgegner, von den Mietzinseinnahmen der Jahre 1969 bis 1981 in Höhe von S 6.328.430,01 in diesen Jahren vom Gericht nicht näher geprüfte Erhaltungsaufwendungen in Höhe von S 3.853.915,48 getätigten zu haben (die Antragsteller hätten darauf verwiesen, daß die tatsächlichen Einnahmen weit höher gewesen sein müßten) aus, um feststellen zu können, daß die Antragsgegner die Aufwendung erheblicher Eigenmittel weder in tatsächlicher Hinsicht behaupten noch beweisen hätten können. Solange nämlich die aufgewendeten Kosten den verrechnungspflichtigen Teil der Mietzinseinnahmen nicht erheblich überstiegen, sei die in Rede stehende Voraussetzung nicht erfüllt (Würth-Zingher, MRG 2 Anm.14 zu § 16).

Da unzweifelhaft sei, daß sämtliche Mieterschutzbestimmungen und Möglichkeiten nach dem Mietrechtsgesetz, die einem Mieter eingeräumt seien, auch einem Miteigentümer, der Mieterstellung genieße, zugute käme, hätte der Mietvertrag im gegenständlichen Fall dann, wenn sämtliche Miteigentümer zugestimmt hätten (die Zustimmung des Erstantragstellers liege schon in der Tatsache der Unterfertigung des Mietvertrages), lediglich mit einem Mietzins von S 5,5/m<sup>2</sup> (Kategorie D: § 16 Abs.2 Z 4 MRG) zustandekommen können. Der darüber hinaus vereinbarte Mietzins sei rechtsunwirksam (§ 16 Abs.5 MRG). Es liege somit Teilnichtigkeit der Mietzinsvereinbarung vor.

Die Vermietung einer Wohnung an einen Miteigentümer der Liegenschaft sei eine Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung (MGA ABGB 31 E.Nr.21 zu § 833). Auch die Vermietung an einen Miteigentümer als Mitmieter sei eine solche Verwaltungsmaßnahme, weil es nicht zulässig sei, diesen einheitlichen Akt über ein und dasselbe Bestandobjekt hinsichtlich der (Mit-)Vermietung an den Miteigentümer als Maßnahme der außerordentlichen, hinsichtlich der Vermietung an den Außenstehenden aber als Akt der ordentlichen Verwaltung zu qualifizieren. Die Vermietung der gegenständlichen Wohnung an die beiden Antragsteller habe daher der Zustimmung sämtlicher Miteigentümer sowie der Zustimmung der fruchtgenußberechtigten Elftantragsgegnerin bedurft. Die Zustimmung des Erstantragstellers sowie des die Liegenschaft verwaltenden Miteigentümers Dr. B ergebe sich aus der Tatsache der

Unterfertigung des Mietvertrages und aus den festgestellten Vorbesprechungen. Auch die Frage der Zustimmung der Elftantragsgegnerin sei kein Problem, weil ihre Willenserklärung, den Vertrag abschließen zu wollen, durch jene ihres Gatten als gewillkürten Vertreters ersetzt werde. Da die Hausverwaltervollmacht die erforderliche Zustimmung der Miteigentümer aber nicht ersetze, komme der Erklärung der Fünftantragsgegnerin entscheidende Bedeutung zu. Die Zustimmung der Fünftantragsgegnerin liege nämlich nicht vor. Die Zustimmungsfiktion, welche Dr. Oskar B als in der Familie vereinbart dargelegt habe, wonach Miteigentümer einer Aufforderung zur Äußerung, sofern sie befristet gestellt werde, dann zustimmten, wenn sie sich nicht rechtzeitig äußerten, sei hier nicht anzuwenden, weil sich die Fünftantragsgegnerin rechtzeitig geäußert habe. In dem der Antwort zugrundeliegenden Rundschreiben sei festgehalten worden, daß der Erstantragsteller bereit wäre, einen Mietzins von höchstens S 30/m 2 zu bezahlen. Aus dem Antwortschreiben der Fünftantragsgegnerin ('....einverstanden, daß das Bestandobjekt....zu einem Mietzins von mindestens S 30/m 2 ....vermietet wird') sei zu erkennen, daß das Einverständnis durch die Höhe des zu vereinbarenden Mietzinses von S 30/m 2 bedingt sei. Es handle sich um eine aufschiebende Bedingung. Bei einer Anmietung zu einem niedrigeren Mietzins als S 30/m 2 wäre die Bedingung nicht eingetreten und damit das Einverständnis der Fünftantragsgegnerin nicht vorhanden. Im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses im März 1982 sei das Einverständnis der Fünftantragsgegnerin schon deshalb nicht vorgelegen, weil zwischenzeitig durch Inkrafttreten des Mietrechtsgesetzes die aufschiebende Bedingung (der Mietvertrag sei ja noch nicht abgeschlossen, die Bedingung daher noch nicht eingetreten gewesen) entsprechend dem damaligen Ausstattungszustand dem Gesetz widersprochen und eine rechtswidrige aufschiebende Bedingung die Ungültigkeit der bedingten Handlung - hier der Zustimmungserklärung - zur Folge habe (Koziol-Welser 6 I 126). Mangels Zustimmung der Fünftantragsgegnerin sei nicht eine Teilnichtigkeit des angestrebten Mietvertrages eingetreten, es liege vielmehr überhaupt ein Rechtsgeschäft der Miteigentumsgemeinschaft nicht vor. Weder der Erstantragsteller noch die Zweitstantragstellerin seien Mieter des gegenständlichen Objektes. Ob das unterzeichnete Vertragswerk zumindest für den Erstantragsteller als Benützungsregelung zwischen Miteigentümern Rechtswirkungen zeitige, sei im gegenständlichen Verfahren nicht zu prüfen. Liege aber ein Mietvertrag nicht vor, so seien die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes und damit auch die Verfahrensvorschriften des § 37 MRG nicht anzuwenden. Der an die Schlichtungsstelle gerichtete Antrag sei daher mangels Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges zurückzuweisen gewesen.

Das Rekursgericht hob den erstgerichtlichen Beschuß auf, trug dem Erstgericht die neue Entscheidung unter Abstandnahme von dem gebrauchten Zurückweisungsgrund auf, sprach aus, daß der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes S 15.000, nicht jedoch S 300.000,- übersteigt, und erklärte den Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof für zulässig. Es führte aus:

Der Abschluß eines Bestandvertrages mit einem Miteigentümer gehöre nicht zur ordentlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache im Sinne des § 833 ABGB, sondern stelle eine wichtige Veränderung im Sinne des § 834 ABGB dar, die gemäß § 835 ABGB der Einstimmigkeit der Miteigentümer oder der Genehmigung des Gerichtes bedürfe (vgl. Gamerith in Rummel, ABGB, Rdz 5 zu § 834, Rdz 9 zu § 835; MietSlg. 27.083, 32.069; SZ 41/30).

Das Erstgericht habe neben den unbestrittenenmaßen vorliegenden Zustimmungserklärungen sämtlicher übriger Miteigentümer nur die Zustimmung der Fünftantragsgegnerin nicht als gegeben angesehen, weil ihre Zustimmung dadurch aufschiebend bedingt gewesen sei, daß der Mietvertrag zu einem Mietzins von S 30/m 2 abgeschlossen werde. Diese aufschiebende Bedingung hätte aber infolge des Inkrafttretens des Mietrechtsgesetzes den gesetzlichen Vorschriften widersprochen. Eine rechtswidrige aufschiebende Bedingung habe aber die Ungültigkeit der bedingten Handlung, hier der Zustimmungserklärung, zur Folge. Es läge daher überhaupt kein Mietvertrag vor. Dem sei entgegenzuhalten, daß nicht der Mietvertrag mit den Antragstellern unter einer aufschiebenden Bedingung zutandegekommen sei, sondern nur die Zustimmungserklärung der Fünftantragsgegnerin davon abhängig gemacht worden sei, daß eine Willenseinigung über einen Mietzins von S 30/m 2 zustandekomme. Eine solche sei jedoch vorhanden gewesen und damit die Bedingung der Zustimmungserklärung erfüllt worden. Daß gemäß § 16 MRG der vereinbarte Mietzins nicht zulässig gewesen sei, bedeute nicht die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages. Bei Teilnichtigkeit wegen Gesetzwidrigkeit habe primär der Normzweck über die Restgültigkeit zu entscheiden (vgl. JBl. 1981, 48). Insbesondere bei einem Verstoß gegen Normen, die dem Schutz eines Vertragsteiles dienten, dürfe sich der andere Vertragsteil in der Regel nicht darauf berufen, er hätte ohne die verbotenen Teile nicht abgeschlossen, weil sonst zumeist der Schutzzweck der Norm vereitelt würde (vgl. Rummel in Rummel, ABGB, Rdz 5 zu § 878). Da die Parteien unzweifelhaft die Form eines Mietvertrages gewählt und beabsichtigt hätten, gehe der Schutzzweck der

zwingenden Normen des Mietrechtsgesetzes den nach dem Parteiwillen in ihrer Bedeutung zurückgestellten Normen über die gemeinschaftlichen Rechte der Miteigentümer vor. Daher sei der Mietvertrag wirksam zustande gekommen und nur hinsichtlich der Mietzinsvereinbarung von einem vom Willen der Antragsteller bestimmten Anfechtungsrecht abhängig. Ein Bestandvertrag komme als Konsensualvertrag mit der Einigung über Bestandsache und Bestandzins zustande (vgl. Würth in Rummel, ABGB, Rdz 3 zu §§ 1092 bis 1094). Nach den Feststellungen sei im Jahre 1981 zwar eine Einigung über den Bestandzins erzielt worden, jedoch objektiv die genaue Größe des Bestandobjektes noch nicht bestimmt, aber auch nicht bestimmbar gewesen, weil die genaue Lage der Wohnungstrennwand zum Nachbarobjekt vom Willen der Antragsteller abhängig gewesen sei. Erst am 12.3.1982 sei die genaue Größe der Wohnung neben einem auch noch eingeräumten Weitergaberecht schriftlich festgelegt worden, wobei bereits auf die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes Bedacht genommen worden sei. Damit habe das Erstgericht zu Recht das Zustandekommen des Mietvertrages zu einem Zeitpunkt nach dem 31.12.1981 angenommen.

Zu diesem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sei aber bereits eine Wohnung im Sinne des Mietrechtsgesetzes vorgelegen. Die Tatsache, daß eine Abgrenzungsmauer zum Nachbarobjekt fehle, bewirke nicht, daß der Charakter einer Wohnung dem vermieteten Objekt nicht zukomme. Hauptbedeutung komme dem Umstand zu, daß zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein zu Wohnzwecken gewidmetes, genau abgegrenztes Objekt vorgelegen sei, wenn es auch nach dem Willen der Vertragspartner auf Kosten des Mieters erst in einen zu diesem Zweck technisch und rechtlich geeigneten Zustand versetzt werden sollte (vgl. MietSlg.34.370/7). Die Herstellung des technisch und rechtlich geeigneten Zustandes beziehe sich nur auf die Herstellung einer Wohnung als solcher, jedoch nicht auf die Ausstattungsmerkmale. Eine Wohnung im Sinne des Mietrechtsgesetzes sei zwar vorgelegen, jedoch habe sie sich infolge des Fehlens der Wohnungstrennwand, die erst auf Kosten der Antragsteller hergestellt worden sei, nicht in einem brauchbaren Zustand befunden. Die Wohnung sei nicht zum sofortigen Bewohnen geeignet gewesen und habe gröbere, die Benützung hindernde Mängel aufgewiesen (vgl. Würth in Rummel, ABGB, Rdz 19 zu § 16 MRG). Daher liege eine Wohnung der Ausstattungskategorie D vor. Trotz Vorliegens aller Feststellungen für eine Sachentscheidung könne das Rekursgericht eine solche aber nicht fällen, weil das Erstgericht eine solche nicht getroffen, sondern aus formellen Gründen den Antrag zurückgewiesen habe. Der Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof sei schon im Hinblick auf die Frage für zulässig zu erklären gewesen, ob bei Fehlen einer Abgrenzungsmauer des Mietobjektes von einer Wohnung im Sinne des Mietrechtsgesetzes gesprochen werden könne. Gegen die abändernde Entscheidung des Rekursgerichtes richtet sich der Revisionsrekurs der Antragsgegner mit dem Antrag, die erstgerichtliche Entscheidung wiederherzustellen, in eventu, die ansonsten für das weitere Verfahren bindende Rechtsansicht des Rekursgerichtes durch die zutreffende Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofes zu ersetzen.

Die Antragsteller beantragen, in der Sache selbst zu entscheiden, daß auf die gegenständliche Wohnung die Ausstattungskategorie D anzuwenden sei, in envetu, dem Rekursgericht oder dem Erstgericht die neue Entscheidung unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund aufzutragen.

Der Revisionsrekurs ist im Ergebnis nicht berechtigt. Ein Mietvertrag kommt als Konsensualvertrag - Abschlußwille vorausgesetzt - mit der Einigung darüber zustande, daß ein bestimmter (bestimmbarer) Mietgegenstand gegen einen bestimmten (bestimmbar) Mietzins auf eine bestimmte (bestimmbar) Zeit zum Gebrauch überlassen werden soll, wobei die Gebrauchsaüberlassung jedoch auch mit unbestimmten Endtermin erfolgen kann (vgl. Würth in Rummel, ABGB, Rdz 3 zu §§ 1092 bis 1094; Klang in Klang 2 V 6 und 11).

Die Vorinstanzen verneinten ein Zustandekommen des gegenständlichen Mietvertrages (in mündlicher Form) schon am 19.11.1981 vor allem deshalb, weil in diesem Zeitpunkt die genaue Größe der zu vermietenden Wohnung noch nicht einmal bestimmbar vereinbart gewesen sei. Dieser Rechtsansicht vermag der Oberste Gerichtshof nicht beizutreten. § 1056 ABGB ist als Grundlage einer allgemeinen Regelung der Leistungsbestimmung durch einen Vertragspartner oder einen Dritten anzusehen (Ehrenzweig 2 II/1, 12 f; Gschnitzer, Schuldrecht-Allgemeiner Teil 30; Mayer-Maly in Klang 2 IV/2, 266 f; siehe auch Koziol-Welser 6 I 170 f). Die von Call (Zur Bestimmtheit der 'wesentlichen Stücke des Vertrages', insbesondere beim Vorvertrag zum Kauf, Festgabe für Herdlitzka 68 f) und Aicher (in Rummel, ABGB, Rdz 11 zu § 1056) für den Fall der Leistungsbestimmung bei einer Speziessache gegen diese Auffassung geäußerten Bedenken werden vom Obersten Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht geteilt. Nach dem festgestellten Sachverhalt war die Bestimmung der genauen Größe des Mietgegenstandes nicht der schrankenlosen Willkür der Antragsteller überlassen. Die gegenständliche Wohnung sollte eine Größe von etwa 230 m<sup>2</sup> aufweisen, die verbleibende Fläche des ersten Stockwerkes, rund 170 m<sup>2</sup>, sollte abgesondert benützbar bleiben (Rundschreiben des

Dr. I an die Miteigentümer des Hauses vom 23.10.1981, Beilage 3). Die endgültige Festlegung der Trennwand zwischen den ehemaligen Mietgegenständen top.Nr.6 und 8 sollte nach den am 19.11.1981 mündlich vereinbarten Bedingungen offensichtlich von dem der Hausverwaltung noch im Jänner 1982 zu übergebenden Architektenplan über die Umbauten und von dessen Bewilligung durch die Baubehörde abhängen; dies ist dann nach den Feststellungen auch tatsächlich der Fall gewesen. Das den Antragstellern am 19.11.1981 in bezug auf die Wohnungsgröße eingeräumte (und von ihnen in der Folge auch ausgeübte) Gestaltungs-(Options)Recht war demnach hinlänglich determiniert, um von der für das Zustandekommen eines Mietvertrages erforderlichen Einigung über den Mietgegenstand ausgehen zu können.

Daß am 19.11.1981 eine Einigung über einen bestimmten (bestimmmbaren) Mietzins erzielt worden ist, wurde von den Vorinstanzen mit Recht nicht in Zweifel gezogen. Daß im vorgenannten Zeitpunkt auch eine Einigung über den Beginn des Mietverhältnisses mit dem 1.2.1982, dem Tag der vorgesehenen Unterzeichnung des (schriftlichen) Mietvertrages (während die erste Miete nach 6 Monaten fällig werden sollte), erzielt worden ist, ergibt sich aus dem schriftlichen Mietvertrag vom 12.3.1982, in dem der Beginn des Mietverhältnisses mit 1.4.1982 festgehalten wurde, und der Vereinbarung, daß der Mietzins erstmals für Oktober 1982 (also 6 Monate nach Beginn des Mietverhältnisses) zu zahlen ist. Auch der konkludente Abschlußwille der Mietvertragspartner ist nach dem von den Vorinstanzen erhobenen Sachverhaltsbild zu bejahen. Für dessen Vorhandensein spricht insbesondere der Umstand, daß die Antragsteller schon im Jänner 1982 die Baubehörde unter Vorlage des vom Vertreter der Antragsgegner unterzeichneten Einreichplanes mit ihrem umfangreichen Umbauvorhaben befaßten. Damit ist die Vermutung des § 884 ABGB für widerlegt zu erachten (vgl. Rummel aaO, Rdz 2 zu § 884; MietSlg.31.098). Daß am 19.11.1981 von dem Weitergaberecht der Antragsteller, das ihnen im schriftlichen Mietvertrag vom 12.3.1982 eingeräumt wurde, noch keine Rede war, ändert am Zustandekommen des Mietvertrages bereits zum erstgenannten Zeitpunkt nichts. Es wurde weder vorgebracht noch festgestellt, daß es sich dabei um einen noch offen gebliebenen Punkt gehandelt hätte, über den eine der Vertragsparteien während der Vertragsverhandlungen Einigung zu wünschen erklärt hätte (vgl. Rummel in Rummel, ABGB, Rdz 5 zu § 861 mit weiteren Nachweisen). Dr. I sagte im Gegenteil aus (AS 20), daß der Erstantragsteller erst nach dem 19.11.1981 mit dem Wunsch nach einem Weitergaberecht an ihn herangetreten sei.

Der Umstand, daß der am 19.11.1981 mündlich zustandegekommene Mietvertrag 'erst mit Bewilligung der Baubehörde in Kraft treten sollte', d.h. daß der Mietvertrag am 19.11.1981 durch die Bewilligung der Baubehörde aufschiebend bedingt zustandegekommen ist, sowie der Umstand, daß das Mietverhältnis erst am 1.2.1982 beginnen sollte, ändert nichts daran, daß die Zulässigkeit der Mietzinsvereinbarung nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses am 19.11.1981 zu beurteilen ist. Dafür ist es auch ohne Bedeutung, daß bei der schriftlichen Niederlegung des Mietvertrages am 12.3.1982 auf das inzwischen in Kraft getretene Mietrechtsgesetz Bedacht genommen wurde, Vertragsbeginn und Beginn der Mietzinszahlungspflicht um je zwei Monate verschoben wurden und den Antragstellern überdies ein Weitergaberecht eingeräumt wurde. Der gegenständliche Mietvertrag fiel im Zeitpunkt seines Abschlusses in den Anwendungsbereich der Zinsbestimmungen des Mietengesetzes und fällt seit dem 1.1.1982 in den Geltungsbereich der Zinsbestimmungen des Mietrechtsgesetzes. Dem steht nicht entgegen, daß das Mietobjekt nach dem Willen der Vertragspartner von den Antragstellern erst durch Errichtung einer Trennwand abgesondert benützbar gemacht werden sollte (MietSlg.34.370/7; vgl. dazu Eckharter-Hauswirth-Meinhart-Rollwagen, Die Nutzfläche im Wohnrecht 45). Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs.2 Z 1 MG liegt schon deswegen nicht vor, weil er die Schaffung neuer, früher nicht vorhandener Räume voraussetzt, während die Teilung oder Adaptierung vorhandener Wohn- oder Geschäftsräume nicht genügt (Zingher, MG 18, 17 f; vgl. auch Würth in Rummel, ABGB, Rdz 10 zu § 16 MRG). Bereits die Vorinstanzen haben zutreffend darauf hingewiesen, daß die Mieterschutzbestimmungen auch für Mieter gelten, die zugleich Miteigentümer des Mietgegenstandes sind (vgl. MietSlg.28.474). Daraus folgt, daß die Vereinbarung eines Hauptmietzinses von S 30/m<sup>2</sup> bzw. S 7.500 monatlich nach der Rechtslage am 19.11.1981 gemäß § 16 Abs.1 MG zufolge Einhaltung der darin bestimmten Frist zulässig war. Die teilweise Unzulässigkeit dieser Vereinbarung ergibt sich schon deshalb auch nicht aus § 16 Abs.3 MG, weil der Mietgegenstand mit Wasserentnahme und WC innerhalb des Wohnungsverbandes ausgestattet war und es dabei - zum Unterschied von der Regelung des § 16 Abs.2 Z 4 MRG - auf die Brauchbarkeit dieser Einrichtungen nicht ankommt (Ob 63/84 u.a.). Bei dieser Sach- und Rechtslage kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Wirksamkeit des gegenständlichen Mietvertrages auch nicht der vom Erstgericht angenommene Mangel der Einwilligung der Fünftantragsgegnerin entgegensteht. Es ist daher nicht mehr erforderlich, die Frage zu untersuchen, ob die Zustimmung der Fünftantragsgegnerin auch bei Zugrundelegung eines Mietvertragsabschlusses nach dem 1.1.1982 anzunehmen wäre. Liegt aber ein gültiger, den Zinsbestimmungen

des Mietengesetzes bzw. des Mietrechtsgesetzes zu unterstellender Mietvertrag vor, so ist über den Antrag der Antragsteller sachlich zu entscheiden. Da das Erstgericht noch keine Sachentscheidung gefällt hat, hat das Rekursgericht demnach zu Recht den erstgerichtlichen Zurückweisungsbeschluß aufgehoben und dem Erstgericht eine neue Entscheidung unter Abstandnahme von dem gebrauchten Zurückweisungsgrund aufgetragen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus demselben Grund war dem Obersten Gerichtshof die Prüfung der materiellen Berechtigung des gegenständlichen Antrages und die Fällung einer Sachentscheidung versagt, weshalb dem Revisionsrekurs im Ergebnis ein Erfolg nicht beschieden sein konnte. Der Vorbehalt der Entscheidung über den Ersatz der Barauslagen des Revisionsrekursverfahrens beruht auf § 37 Abs.3 Z 19 MRG, § 52 ZPO.

### **Anmerkung**

E06664

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0050OB00066.85.1001.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19851001\_OGH0002\_0050OB00066\_8500000\_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)