

5. Haupt- und Untermiete

5.1. Die Anwendbarkeit des MRG auf Untermietverträge

Die Frage, ob ihrem Bestandverhältnis ein Haupt- oder Untermietvertrag zugrunde liegt, ist für die Vertragspartner von großer Bedeutung, weil das MRG im Wesentlichen die Rechte der Hauptmieter regelt.

Für Untermieter gilt aus dem MRG

- der Kündigungsschutz (eingeschränkt durch den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 12 MRG);
- die Beschränkung des vereinbarten Untermietzinses (§ 26 MRG);
- die Unwirksamkeit bestimmter Vereinbarungen (§ 27 MRG) auch im Verhältnis zwischen Vor- und Nachuntermieter²²²;
- die Vererblichkeit des Untermietrechts (§ 1116a ABGB), die aber den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 5 MRG nicht ausschließt (§ 14 Abs 3 MRG gilt nicht), sodass der Tod des Wohnraumuntermieters stets einen Kündigungsgrund bildet²²³;
- die gesetzliche Beschränkung von Untermietverboten (§ 11 MRG).

Abgesehen von diesen zwingenden Normen des MRG gelten für Untermietverträge die nahezu ausschließlich dispositiven Normen des ABGB.

5.2. Die gesetzliche Abgrenzung der Hauptmiete von der Untermiete (§ 2 Abs 1 und 2 MRG)

Gemäß § 2 Abs 1 MRG liegt Hauptmiete vor, wenn der Mietvertrag

- mit dem Eigentümer der Liegenschaft,
- mit dem dinglichen oder obligatorischen Fruchtniesser der Liegenschaft,
- mit dem Mieter oder Pächter eines ganzen Hauses,
- mit einem Wohnungseigentümer,
- mit einem Wohnungseigentumsbewerber (was aber einen Hauptmietvertrag mit dem Liegenschaftseigentümer begründet),

geschlossen wird.

222 MietSlg 47.307, 45.333, 45.328.

223 MietSlg 38.453.

5.2. Die gesetzliche Abgrenzung Hauptmiete – Untermiete (§ 2 Abs 1 und 2 MRG)

Folgte man der **Definition der Untermiete** in § 2 Abs 2 MRG („Untermiete liegt vor, wenn der Mietvertrag mit einer Person geschlossen wird, die in Abs. 1 nicht genannt ist“), würden Mietverträge mit Miteigentümern (die zum Abschluss in einer Benützungsregelung legitimiert wurden), mit dinglich Bauberechtigten, mit Superädifiziarern, mit außerbücherlichen Liegenschaftserwerbern (denen vom Veräußerer Besitz und Verwaltung übertragen wurden) oder mit Leasingnehmern eines ganzen Hauses als Untermietverhältnisse zu qualifizieren sein. Tatsächlich handelt es sich dabei aber um Hauptmietverträge.

5.2.1. Mietverträge mit Miteigentümern

Ein Hauptmietverhältnis mit allen Miteigentümern der Liegenschaft²²⁴ kommt zustande, wenn der **Mietvertrag mit der (Anteils-)Mehrheit** der Miteigentümer oder dem Minderheitseigentümer, dem durch eine **Benützungsregelung** der physische Besitz und das Verfügungsrecht am Mietgegenstand eingeräumt wurde,²²⁵ oder dem Wohnungseigentumsbewerber, der bereits schlichter Miteigentümer der Liegenschaft ist,²²⁶ abgeschlossen wird.

Vermietet also ein Miteigentümer, dem aufgrund einer Benützungsregelung das Verfügungsrecht zukommt, begründet er ein Hauptmietverhältnis mit allen Liegenschaftsmiteigentümern, das er daher auch nur „im Namen“ aller Miteigentümer als Inhaber einer „Verwaltungsvollmacht“ kündigen kann;²²⁷ vermietet er aber als Hauptmieter (stehen ihm am Bestandsobjekt also selbst Mietrechte zu), begründet er (als alleiniger Vertragspartner des Untermieters) ein Untermietverhältnis.²²⁸ Schließt der **Minderheitseigentümer**, der weder durch eine Benützungsregelung noch durch einen eigenen Mietvertrag dazu legitimiert ist, einen Mietvertrag mit einem Dritten ab, begründet er keinen Untermietvertrag, sondern einen – inter partes – gültigen Hauptmietvertrag, den die übrigen Miteigentümer nicht gegen sich gelten lassen müssen. Der den Vertrag schließende Miteigentümer ist aber verpflichtet, dem Mieter die Rechtsstellung eines Hauptmieters gegenüber allen Miteigentümern zu verschaffen.²²⁹

5.2.2. Mietverträge mit dem Wohnungseigentümer und dem Wohnungseigentumsbewerber

Der **Wohnungseigentümer** begründet gemäß § 2 Abs 1 MRG ein Hauptmietverhältnis nicht als Repräsentant der übrigen Miteigentümer, sondern im Rahmen seines eigenen Nutzungs- und Verfügungsrechts. Im Fall der nach Wohnungs-

224 wobl 2006/27; EWf I/120/33.

225 wobl 2003/13, 1997/96.

226 EvBl 1988/57.

227 MietSlg 56.238; wobl 2003/13

228 MietSlg 8.608.

229 MietSlg 54.123.

eigentumsbegründung erfolgten Vermietung steht demgemäß der Mieter zu den übrigen Mit- und Wohnungseigentümern in keiner vertraglichen Beziehung.²³⁰

Gemäß § 4 Abs 1 WEG geht mit der Begründung von Wohnungseigentum an einem vermieteten wohnungseigentumstauglichen Objekt die Vermieterstellung auf den Wohnungseigentümer über. Schließt der **Wohnungseigentumsbewerber**, der nicht zugleich schlichter Miteigentümer der Liegenschaft ist, über das ihm zugesagte Objekt einen Mietvertrag, wird der Mieter kraft Gesetzes (§ 2 Abs 1 Satz 3 MRG) Vertragspartner aller Liegenschaftseigentümer; andernfalls wäre der Mieter bei Verlust des Anwartschaftsrechts des Wohnungseigentumsbewerbers einem Rechtsverlust ausgesetzt.²³¹ Durch Wohnungseigentumsbegründung am Mietgegenstand geht die Rechtsstellung des Vermieters auf den Wohnungseigentümer über.²³² Nach Ansicht des OGH haften dem Mieter vor Wohnungseigentumsbegründung für Rückforderungsansprüche aus zu viel bezahlten Mietzinsen²³³ nach seiner Wahl alle Miteigentümer oder der Wohnungseigentumsbewerber (der gar nicht Vermieter ist), weil ihm alle Miteigentümer „das ausschließliche Nutzungsrecht am zugesagten Objekt einschließlich der hierzu erforderlichen Verwaltungsvollmacht abgetreten“ hätten. *Würth* schlägt zur Lösung dieses Problems eine geringfügige Änderung des § 2 Abs 1 MRG analog zum Mietverhältnis mit dem Mieter oder Pächter eines ganzen Hauses vor.²³⁴

5.2.3. Mietverträge mit dinglichen oder obligatorischen Fruchtnießern

Das Recht, Bestandverträge zu schließen, steht dem – dinglichen oder obligatorischen – Fruchtnießer und nicht dem Eigentümer der mit dem Fruchtgenuss belasteten Liegenschaft zu. Der von einem Fruchtnießer geschlossene Mietvertrag begründet ein **Hauptmietverhältnis**,²³⁵ das der Eigentümer nach dem Ende des Fruchtgenusses nur nach Maßgabe des gesetzlichen Kündigungsschutzes auflösen kann.²³⁶

So wie der Fruchtnießer in die vor Fruchtgenussbegründung vom Eigentümer geschlossenen Bestandverträge gemäß § 1120 ABGB oder gemäß § 2 Abs 1 Satz 4 MRG ex lege eintritt, tritt der Eigentümer mit dem **Erlöschen des Fruchtgenusses** in die vom Fruchtnießer abgeschlossenen Bestandverträge ein.²³⁷ Ein vom bloß **Wohnungsberechtigten** geschlossener Mietvertrag endet hingegen mit dem Erlöschen des Wohnungsrechts.²³⁸

230 immolex 2003/167.

231 wobl 2006/27.

232 immolex 2004/25.

233 MietSlg 56.410.

234 wobl 2006/27 (*Würth*).

235 RIS-Justiz RS 0011877; wobl 1998/213.

236 SZ 57/155.

237 5 Ob 142/17v; MietSlg 49.162; wobl 1991/60.

238 wobl 1991/60.

5.2. Die gesetzliche Abgrenzung Hauptmiete – Untermiete (§ 2 Abs 1 und 2 MRG)

Da der Gesetzgeber beim Fruchtnießer (anders als beim Eigentümer, Mieter und Pächter) in § 2 Abs 1 MRG den Zusatz „der Liegenschaft“ oder „des ganzen Hauses“ unterließ, vertritt der OGH die Ansicht, nur der Fruchtnießer der ganzen Liegenschaft, nicht aber **der an einer Wohnung Fruchtgenussberechtigte** könne einen Hauptmietvertrag schließen. Der Fruchtnießer einer Wohnung (außer es handelt sich um eine Eigentumswohnung) vergibt demnach keine Haupt-, sondern Untermietrechte.²³⁹

5.2.4. Mietverträge mit dem Mieter oder Pächter eines ganzen Hauses

Dass der Mieter oder Pächter eines „ganzen“ Hauses jedenfalls Hauptmietverhältnisse begründet, will die herrschende Meinung²⁴⁰ dahin teleologisch reduzieren, dass nur die **gewinnbringende Verwertung** durch Weitergabe von gesondert vermietbaren Bestandobjekten in einem ganzen Haus (typischerweise **in einem „Zinshaus“**) davon erfasst wird, nicht aber Mietverträge des Mieters eines Einfamilienhauses, der einige Räume vermietet (Untermiete). Aus § 2 Abs 1 letzter Satz MRG ergibt sich eine Angleichung des Mieters und Pächters eines ganzen Hauses an den Fruchtnießer der Liegenschaft: Soweit das Mietverhältnis zwischen dem Mieter oder Pächter eines ganzen Hauses und dessen Vermieter aufgelöst wird, tritt der Vermieter in den Hauptmietvertrag zwischen dem Mieter oder Pächter des ganzen Hauses und dessen Mieter ein.

5.2.5. Mietverträge mit Bauberechtigten im Sinne des Baurechtsgesetzes (BauRG)

Das Baurecht ist das dingliche, veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu haben (§ 1 Abs 1 BauRG). Es entsteht durch die bücherliche Eintragung als Last des Grundstückes (§ 5 Abs 1 BauRG) und kann gemäß § 3 Abs 1 BauRG auf nicht weniger als 10 und nicht mehr als 100 Jahre bestellt werden. Das Baurecht gilt gemäß § 6 Abs 1 BauRG als **unbewegliche Sache**, das aufgrund des Baurechts erworbene oder hergestellte **Bauwerk als Zubehör**. Dem Bauberechtigten stehen am Bauwerk die Rechte des Eigentümers und am Grundstück, soweit im Baurechtsvertrag nichts anderes bestimmt ist, die Rechte eines Nutznießers zu (§ 6 Abs 2 BauRG). Schließt der Bauberechtigte als Vermieter über das Bauwerk einen Mietvertrag, begründet er – als Eigentümer des Bauwerks, also mit einem besseren Recht als der Mieter oder Pächter eines Hauses – wohl einen **Hauptmietvertrag**.²⁴¹ Vermietet aber der Bauberechtigte das Baurecht selbst – gemäß § 1093 ABGB können auch Rechte in Bestand gege-

239 5 Ob 9/09y; MietSlg 59.226; wobl 1997/4.

240 10 Ob 44/11k; *Wirth/Zingher/Kovanyi* ²³ § 2 MRG Rz 4.

241 *Derbolav*, Bestandrecht im Zusammenhang mit Bauwerken im Sinne des Baurechtsgesetzes in *Kletecka/Rechberger/Zitta*, Bauten auf fremdem Grund², 113 ff (115).

ben werden –, und schließt daraufhin der Mieter des Baurechts als Vermieter Mietverträge über Räume im Bauwerke ab, müssen auch diese Mietverträge analog der von Mietern oder Pächtern eines ganzen Hauses abgeschlossenen Verträge als Hauptmietverträge anzusehen sein.

Gemäß § 6a BauRG können Bauberechtigte einander Wohnungseigentum (**Baurechtswohnungseigentum**) einräumen, auf das das Wohnungseigentumsgesetz sinngemäß anzuwenden ist, sodass der Baurechtswohnungseigentümer gemäß § 2 Abs 1 MRG bei Vermietung seines Objektes ein Hauptmietverhältnis begründet.

5.2.6. Mietverträge mit Eigentümern von Superädifikaten

Während die ältere Rechtsprechung²⁴² die Vermietung eines auf fremdem Grund errichteten Überbaus als „einheitliche Untermiete an Grundstück und Überbau“ beurteilte, stellte der OGH mittlerweile klar, dass der Superädifiziar keine Untermietrechte, sondern **Hauptmietrechte** vermittelt.²⁴³

5.2.7. Mietverträge mit dem Leasingnehmer eines ganzen Hauses

Ausgehend davon, dass die in Österreich gebräuchlichen Immobilienleasingverträge dem MRG unterliegen und es sachlich nicht zu rechtfertigen ist, den Leasingnehmer einer ganzen Liegenschaft anders zu behandeln als den Mieter oder Pächter eines ganzen Hauses oder den obligatorisch berechtigten Fruchtnießer der Liegenschaft, begründet auch der vermietende Immobilienleasingnehmer **Haupt-, und nicht Untermietverträge**.²⁴⁴

5.3. Anwendbarkeit des § 2 Abs 1 und Abs 2 MRG auch im Teilanwendungsbereich des MRG

Die Einleitungshalbsätze des § 1 Abs 4 und Abs 5 MRG erwecken den Eindruck, § 2 MRG gelte im Teilanwendungsbereich nicht, weil er in der Aufzählung der anzuwendenden Bestimmungen fehlt.

Die Rechtsprechung hat jedoch

- die **Abgrenzung zwischen Haupt- und Untermieter** in § 2 Abs 1 und Abs 2 MRG²⁴⁵ und
- die Regelung über den **Eintritt des Liegenschaftserwerbers** in den Mietvertrag und über die **Bindung an Nebenabreden** in § 2 Abs 1 MRG²⁴⁶

242 MietSlg 7.835.

243 MietSlg 54.226.

244 MietSlg. 55.242; vgl *Iro*, Vermietung durch den Leasingnehmer, Haupt- oder Untermiete?, RdW 1996, 397.

245 MietSlg 42.185, 39.220/45.

246 MietSlg 42.187.

auch im Teilanwendungsbereich für anwendbar erklärt, weil diese Bestimmungen „zum allgemeinen Teil“ des MRG und nach richtiger Systematik vor den Ausnahmekatalog des § 1 Abs 4 und Abs 5 MRG gehören.²⁴⁷

Auch in den Fällen des § 1 Abs 4 und Abs 5 MRG tritt demnach der Einzelrechtsnachfolger in alle Bestimmungen des Mietvertrages ein, außer in **Nebenabreden ungewöhnlichen Inhalts**, die er weder kannte noch kennen musste²⁴⁸ (etwa in einen vereinbarten Verzicht auf alle Kündigungsgründe des § 30 MRG²⁴⁹ oder in eine dem Mieter eingeräumte Option, den Vertrag auf lange Zeit einseitig zu verlängern²⁵⁰). Insoweit ist seine Bindung im Vergleich zu jener gemäß § 1120 ABGB verringert. Was aber die Vertragsdauer, den Kündigungsverzicht und abweichende Kündigungsfristen- und -termine angeht, ist die Bindung des Liegenschaftserwerbers gegenüber § 1120 ABGB erweitert.²⁵¹

5.4. Die Vollstreckbarkeitserweiterung des § 568 ZPO

§ 568 ZPO erweitert die Vollstreckbarkeit von Exekutionstiteln, die die Auflösung von Bestandverhältnissen über Objekte im Sinn des § 560 Abs 1 ZPO betreffen, auf alle Personen – insbesondere Untermieter –, die ihr **Benützungsrecht allein vom räumungspflichtigen Bestandnehmer (egal aus welchem Rechtsgrund) ableiten**. Nach dem Wegfall des Hauptbestandverhältnisses kann sich daher der Untermieter gegenüber dem Hauptbestandgeber (meist dem Liegenschaftseigentümer) nicht mehr auf einen Rechtsgrund zur Innehabung des Bestandobjektes berufen.²⁵² Er ist nach Beendigung des Hauptbestandverhältnisses als titelloser Benützer dem Eigentümer nicht nur zur Räumung, sondern auch zur Zahlung eines bereicherungsrechtlichen Benützungsentgelts verpflichtet.²⁵³ Die **Räumungsverpflichtung des Untermiters** bedeutet aber nicht das Erlöschen des Untermietvertrages; vielmehr hat die Beendigung des Hauptmietverhältnisses auf den Bestand des Untermietverhältnisses keinen Einfluss, weil es sich dabei um zwei selbständige, voneinander unabhängige Mietverhältnisse handelt.²⁵⁴ Verursacht der Hauptmieter schuldhaft die Räumung des Untermiters, indem er etwa den Hauptmietvertrag „freiwillig“ auflöst, ist er dem Untermieter zum **Schadenersatz** verpflichtet.²⁵⁵ Bei **Vereinigung von Hauptvermieter und Hauptmieter** (etwa durch Vererbung) bleibt der Inhalt der Rechte und Pflichten aus dem Untermietvertrag unverändert.²⁵⁶ Insbesondere

247 MietSlg 55.240.

248 MietSlg 57.257.

249 5 Ob 102/09z.

250 7 Ob 208/14k.

251 5 Ob 488/97v; MietSlg 46.130.

252 7 Ob 28/14i; wobl 2006/101; immolex 2000/101; MietSlg 46.140.

253 immolex 2007/116; MietSlg 57.033.

254 7 Ob 28/14i; immolex 2000/101.

255 7 Ob 28/14i.

256 wobl 1996/12.

wird durch die Vereinigung von Hauseigentümer und Hauptmieter der Untermietvertrag nicht zu einer Hauptmiete im Sinne des § 2 Abs 1 MRG.²⁵⁷

5.5. Der Aufstieg des Scheinuntermieters zum Hauptmieter (§ 2 Abs 3 MRG)

5.5.1. Die Scheinuntermiete

Wenn der Hauptvermieter und der Hauptmieter den Hauptmietvertrag mit dem spätestens bei Abschluss des Untermietvertrages gefassten **bedingten Vorsatz**²⁵⁸ schließen oder aufrecht erhalten, das Bestandobjekt unterzuvermieten, um **dem Untermieter die Rechte eines Hauptmieters** (niedrige Mietzinsobergrenzen, faktisch wirksamerer Räumungsschutz [§ 568 ZPO]) **vorzuenthalten**, hat der nominelle Untermieter das Recht, vom Außerstreitrichter seine **Anerkennung als Hauptmieter** zu begehren und dadurch ex tunc²⁵⁹ Vertragspartner des Hauptvermieters zu werden. Die Mietzinszahlungen des Untermieters gelten als dem Hauptvermieter zugegangen, der nominelle Hauptmieter verliert seine Vertragsposition gegenüber den beiden anderen.²⁶⁰ Die dreijährige Präklusionsfrist des § 16 Abs 8 MRG beginnt „nicht zwangsläufig“²⁶¹ mit dem Abschluss der (Unter-) Mietzinsvereinbarung. Ob eine nach langer Zeit beantragte Anerkennung als Hauptmieter Verjährungsfolgen hat, ließ der OGH offen. Liegen konkrete Indizien für den Umgehungsvorsatz vor, haben die beiden Vermieter dessen Fehlen zu beweisen.²⁶²

Indizien für Umgehungshandlungen sind:

- Der Hauptmieter gibt mehr als eine Wohnung in einem Haus in Unterbestand.
- Der Hauptmieter vermietet die befristet gemietete Wohnung (oder nach einem entgeltlichen Verzicht des Hauptvermieters auf die Kündigungsgründe des § 30 Abs 2 Z 4 MRG) zur Gänze weiter.²⁶³
- Zwischen dem Hauptvermieter und dem Hauptmieter besteht ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis.²⁶⁴

Ein Sonderfall ist die „**Sanierungshauptmiete**“: Der Hauptmieter, der mit eigenem Kapital den Wohnungsstandard anhebt, darf ohne Umgehungsfahr seine Investitionskosten durch die Einnahmen aus der Untervermietung amortisieren. Fließen aber über dem zulässigen Hauptmietzins liegende Untermietzinstteile

257 MietSlg 46.140.

258 RIS-Justiz RS 0069731; MietSlg 55.250, 52.255.

259 MietSlg 55.250, 52.258.

260 MietSlg 55.250, 52.260.

261 MietSlg 56.303.

262 wobl 2004/1.

263 MietSlg 50.267.

264 MietSlg 52.257.

wirtschaftlich (etwa über gesellschaftsrechtliche Konstruktionen) an den Hauptvermieter, ist ein Anwendungsfall des § 2 Abs 3 MRG (ein Umgehungsversuch durch Vortäuschen einer Sanierungshauptmiete) indiziert.²⁶⁵

5.5.2. Die Durchsetzung des Rechts auf Anerkennung als Hauptmieter

§ 37 Abs 1 Z 1 MRG räumt dem „Scheinuntermieter“ einen im Außerstreitverfahren durchsetzbaren **Feststellungsanspruch**²⁶⁶ **auf Anerkennung als Hauptmieter** ein.²⁶⁷ Der formelle Untervermieter ist dem Verfahren beizuziehen, solange der Vertrag zwischen ihm und dem Hauptvermieter noch aufrecht ist, weil er im Fall der Antragsstattgebung seine Rechte verliert.²⁶⁸ Hauptvermieter und formeller Untervermieter sind aufgrund der oben dargestellten rückwirkend eintretenden Rechtsfolgen („erweiterte Rechtskraftwirkung“) im Verfahren als einheitliche Streitpartei zu behandeln.²⁶⁹ Damit der Hauptvermieter nicht einen gegen den formellen Untervermieter erwirkten Exekutionstitel gemäß § 568 ZPO gegen den „Scheinuntermieter“ vollstrecken kann, gewährt § 34a MRG dem „Scheinuntermieter“ einen besonderen **Räumungsschutz**. Der formelle Untervermieter ist zwar gemäß § 2 Abs 2 MRG verpflichtet, den Untermieter von der Auflösung des Benützungsrechtes des Untervermieters unverzüglich zu verständigen; verletzt er aber diese Verpflichtung, kann es zum Vollzug der Räumungsexekution gegen den Untermieter kommen, ehe er einen Antrag auf Anerkennung als Hauptmieter stellen kann. Macht der Untermieter glaubhaft, dass die Räumungsexekution zur Umgehung seines Anspruches nach § 2 Abs 3 MRG vollzogen werden soll, ist daher mit der Räumungsexekution schon vor einem Antrag nach § 2 Abs 3 MRG innezuhalten. Nach Antragstellung kann die Räumungsexekution aufgeschoben werden, nach rechtskräftiger Anerkennung als Hauptmieter ist die Räumungsexekution unter Aufhebung aller bis dahin vollzogenen Exekutionsakte einzustellen. Der Aufschiebungswerber nach § 34a Abs 2 MRG hat gemäß §§ 74, 78 EO, § 41 ZPO einen Kostenersatzanspruch gegen den im Zwischenstreit über die Aufschiebung unterlegenen betreibenden Gläubiger.²⁷⁰

265 RIS-Justiz RS 0111421; immolex 2005/120, MietSlg 52.254.

266 MietSlg 35.294, 34.312/39.

267 MietSlg 41.375, 38.272.

268 MietSlg 42.373, 38.533/37.

269 MietSlg 52.439.

270 MietSlg 49.404.