

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

20.03.1997

**Geschäftszahl**

2Ob542/95

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Graf, Dr.Schinko, Dr.Tittel und Dr.Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Ing.Max W\*\*\*\*\*, und 2. Dr.Karin D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Dipl.Ing.Christoph Aigner und Dr.Thomas Feichtinger, Rechtsanwälte in Salzburg, wider die beklagte Partei Liselotte A\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Wolfgang Paumgartner, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Zinsen und Räumung, infolge Revisionsrekurses der klagenden Parteien gegen den Beschluß des Landesgerichtes Salzburg als Rekursgerichtes vom 20. April 1995, GZ 54 R 511/95-18, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Salzburg vom 7.Februar 1995, GZ 22 C 250/94b-15, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

**Beschluß**

gefaßt:

**Spruch**

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Die Kläger haben die Kosen des Revisionsrekurses selbst zu tragen.

**Text****Begründung:**

Die Beklagte ist Mieterin eines Geschäftslokales in einem Haus der Kläger.

Mit ihrer Klage beehrten die Kläger die Zahlung rückständiger Mietzinse, von denen noch Zinsen offen sind, sowie die Räumung des Geschäftslokales.

Mit der Begründung, sie habe am 2.11.1994 bei der Schlichtungsstelle des Magistrates Salzburg einen Antrag auf Mietzinsherabsetzung und Rückforderung zuviel gezahlter Mietzinse eingebracht, beehrte die Beklagte die Unterbrechung des Zivilprozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Antrag. Darin hatte die Beklagte vorgebracht, daß bei der Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten nach § 2 MG ab dem 1.1.1969 nur der Friedenskronenzins auf Basis 1.8.1914 herangezogen werden könne und dieser erstarrt sei. Zusätzlich berufe sie sich auf die jeweils geltenden Bestimmungen des Mietengesetzes. Das Bestandverhältnis habe am 1.9.1978 begonnen.

Die klagenden Parteien beantragten die Abweisung des Unterbrechungsantrages. Der Antrag sei offensichtlich unbegründet und mutwillig. Das Mietobjekt sei jedenfalls innerhalb von sechs Monaten nach dem Freiwerden an die Beklagte vermietet worden. Diese habe auch durch mehr als 15 Jahre den frei vereinbarten Mietzins ohne Einwand bezahlt. Bei Mietverträgen über Geschäftsräumlichkeiten, die vor Inkrafttreten des MRG abgeschlossen worden seien, komme nach ständiger Judikatur eine Angemessenheitsprüfung nicht in Betracht, weshalb kein tauglicher Antrag im Sinn des § 37 MRG vorliege.

Das Erstgericht wies den Unterbrechungsantrag im wesentlichen mit der Begründung ab, daß kein tauglicher Antrag im Sinne des § 37 MRG vorliege, weil bei nicht vom § 44 Abs 2 MRG erfaßten Altverträgen die Zulässigkeit der Vereinbarung über die Mietzinshöhe nach altem Recht zu beurteilen sei.

Das Rekursgericht gab mit dem angefochtenen Beschluß dem Rekurs der Beklagten Folge und unterbrach den Rechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den von der Beklagten bei der Schlichtungsstelle Salzburg eingebrachten Antrag vom 2.11.1994. Es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteigt und der Revisionsrekurs zulässig sei.

Nach übereinstimmendem Vorbringen liege eine vor dem Inkrafttreten des MRG geschlossene Vereinbarung vor. Aus § 43 Abs 1 und 2 MRG ergebe sich, daß hinsichtlich der Rechtsfolgen von nunmehr allenfalls unzulässigen Mietzinsvereinbarungen die Weitergeltung des alten Rechts fingiert werde. Allerdings könne aus dieser Bestimmung nicht abgeleitet werden, daß in einem solchen Fall auch die vorher in Geltung gestandenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen weiterhin gelten sollten. Es ergebe sich aus § 43 MRG selbst, daß die Verfahrensbestimmungen des § 37 MRG auch auf die Fälle der Überprüfung des vereinbarten Hauptmietzins aus Mietverträgen Anwendung fänden, die vor dem 1.1.1982 abgeschlossen worden seien, selbst wenn die materiellrechtlichen Bestimmungen des MG anzuwenden seien. Aus diesen Überlegungen sei der Antrag der Beklagten als solcher im Sinn des § 37 MRG und nicht im vorhinein als aussichtslos zu werten. Präjudizialität bestehe trotz Zahlung in der Hauptsache, weil ja auch noch die Zinsen streitgegenständlich seien. Der Revisionsrekurs sei zulässig, weil vom Obersten Gerichtshof noch nicht entschieden worden sei, ob ein bei der Schlichtungsstelle eingebrachter Antrag auf Feststellung des angemessenen Mietzins nach MG einen tauglichen Antrag im Sinne des § 37 MRG darstelle, welcher die Unterbrechung des Verfahrens nach § 41 MRG nach sich ziehe.

Diese Entscheidung bekämpfen die Kläger mit ihrem rechtzeitigen Revisionsrekurs, mit dem sie im wesentlichen vorbringen, daß nach einhelliger Judikatur des Obersten Gerichtshofes - anders als bei Wohnungen - bei Mietverträgen über Geschäftsräumlichkeiten, die vor Inkrafttreten des Mietrechtsgesetzes abgeschlossen worden seien, eine Angemessenheitsprüfung ausgeschlossen sei. Demnach komme ein Außerstreitverfahren nach § 37 MRG von vorneherein nicht in Betracht. Das gleiche müsse gelten, wenn nicht nur die Unangemessenheit, sondern sogar die Unzulässigkeit einer Mietzinsvereinbarung behauptet werde. Nach § 44 MRG sei nur die Ermäßigung des vereinbarten Hauptmietzins im Fall einer Wohnungsmiete, nicht aber im Falle einer Geschäftsraummiets vorgesehen. Es liege daher kein tauglicher Antrag und somit kein Unterbrechungsgrund vor. Weiters ergebe sich die Unzulässigkeit daraus, daß die Beklagte durch nicht weniger als 16 Jahre hindurch den verlangten Mietzins bezahlt und auch die durch Wertsicherungsbegehren sich ergebenden Erhöhungen zustimmend zur Kenntnis genommen und bezahlt habe. Darin liege zumindest bei einem Kaufmann eine schlüssige Vereinbarung.

## Rechtliche Beurteilung

Der am 11.5.1995 zur Post gegebene Revisionsrekurs ist unzulässig.

Das Außerstreitverfahren, das vor der Endentscheidung der Schlichtungsstelle beim Erstgericht anhängig gemacht wurde, endete mit (abweisendem) Sachbeschluß des Erstgerichtes vom 26.6.1995, der den Parteien am 7. bzw. 10.7.1995 zugestellt und nicht angefochten wurde. Demnach war die Frist, für welche die Unterbrechung des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgte, zur Zeit der Entscheidung dritter Instanz bereits abgelaufen. Ab Rechtskraft des Sachbeschlusses des Erstgerichtes konnte gemäß § 190 Abs 3 ZPO das Verfahren in der Hauptsache auf Antrag oder von Amts wegen wieder aufgenommen werden.

Damit ist mittlerweile das Rechtsschutzinteresse der Kläger, da nach einhelliger Rechtsprechung auch im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung noch vorliegen muß (Kodek in Rechberger, ZPO Rz 9 vor § 461 mit Nachweisen) weggefallen, weshalb das Rechtsmittel zurückzuweisen ist (Nachweise aaO).

Für die demnach gemäß § 50 Abs 2 ZPO zu treffende Kostenentscheidung ist nun der nachträgliche Wegfall des Rechtsschutzinteresses nicht zu berücksichtigen, vielmehr der Erfolg des Rechtsmittels hypothetisch nachzuvollziehen (JUS Z. 1993/1276 ua). Diese Prüfung ergibt, wie zu zeigen sein wird, daß das Rechtsmittel erfolglos geblieben wäre, weshalb den Klägern auch keine Kosten für ihren Revisionsrekurs zuerkannt werden können. Für die Kosten der unteren Instanzen kommt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (AnwBl 1993, 623 [Pfersmann] = ecolex 1992, 771 = JBl 1993, 255, zuletzt 10 ObS 273/94 und 3 Ob 2362/96s) eine Entscheidung nach § 50 Abs 2 ZPO ohnehin nicht in Betracht.

Entgegen der Auffassung der Revisionsrekurswerber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Verfahrensbestimmung des § 37 Abs 1 Z 8 MRG anzuwenden ist, wenn eine vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossene Vereinbarung über die Höhe des Mietzinses gemäß § 43 Abs 2 MRG nach den bisher geltenden Vorschriften überprüft werden soll, wie sich aus dem Zitat des § 43 MRG in der genannten Verfahrensbestimmung ergibt. Überhaupt ist nach dem Obersten Gerichtshof (MietSlg 35.420; SZ 57/2 = MietSlg 36.503; 36.492/40;

36.496) der Begriff "Angemessenheit" im § 37 Abs 1 Z 8 MRG als "Zulässigkeit", insbesondere auch als Zulässigkeit nach aufgehobenen und nur gemäß § 43 MRG fortwirkenden früheren Vorschriften zu verstehen (Würth/Zingher, MSA Miet- und Wohnrecht 19 § 37 MRG Rz 20).

Daß § 44 Abs 2 MRG lediglich auf Wohnungen und daher auf die hier zu beurteilende Geschäftsraummiete nicht Anwendung finden kann, ergibt sich ohne möglichen Zweifel aus dem Gesetz. Soweit die im Revisionsrekurs zitierten Entscheidungen überhaupt solche des Höchstgerichtes sind, decken sie die Rechtsauffassung der Rechtsmittelwerber in keiner Weise, weil Angemessenheit im Sinne des § 37 Abs 1 Z 8 MRG eben nicht nur Angemessenheit im Sinne des § 16 MRG, sondern Zulässigkeit nach allen in Frage kommenden Mietzinsbildungsvorschriften bedeutet (wie Würth/Zingher, MRG2 Anm 16 zu § 37 dargelegt haben, geht der Ausdruck "Angemessenheit" auf Vorentwürfe und die Erläuterungen zur RV zurück). Gerade aus der im Revisionsrekurs zitierten Entscheidung SZ 56/110 = ImmZ 1984, 47 = MietSlg 35.311/19 = MietSlg 35.335, ergibt sich eindeutig, daß bei vor Inkrafttreten des MRG geschlossenen Mietverträgen die Zulässigkeit der Vereinbarung über die Mietzinshöhe mit Zinshöhe nach dem früheren Recht zu beurteilen ist. Unter diesen Voraussetzungen hat daher das Rekursgericht zutreffend den schon bei der Schlichtungsstelle anhängigen Antrag der Beklagten nicht als offenbar aussichtslos beurteilt. Die Präjudizialität wird von den Rechtsmittelwerbern ohnehin nicht bestritten. Darüber hinaus ergibt sich aus ihrem Vorbringen im Revisionsrekurs selbst, daß eine freie Mietzinsvereinbarung nach § 16 MG nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, von denen nach der Aktenlage keineswegs von vornherein gesagt werden kann, daß sie zweifellos vorgelegen wären. Wie sich aus dem Vorbringen der Parteien in erster Instanz ergibt, ist es strittig, ob eine fristgerechte Weitervermietung im Sinne des § 16 Abs 1 Z 3 MG erfolgte bzw unter welchen Umständen die jahrelangen Mietzinszahlungen erfolgten.