

# TE OGH 2003/12/9 5Ob267/03f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.12.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Mietrechtssache der Antragstellerin Evelyn Z\*\*\*\*\*, vertreten durch die Mieter-Interessens-Gemeinschaft Österreichs, 1100 Wien, Antonsplatz 22, gegen den Antragsgegner Janosch K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Mittermayer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Rückzahlung einer verbotenen Ablöse, über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Antragsgegners gegen den Sachbeschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 29. April 2003, GZ 41 R 45/03a-70, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs des Antragsgegners wird gemäß § 37 Abs 3 Z 16 bis Z 18 MRG iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO). Der außerordentliche Revisionsrekurs des Antragsgegners wird gemäß Paragraph 37, Absatz 3, Ziffer 16, bis Ziffer 18, MRG in Verbindung mit Paragraph 526, Absatz 2, Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen (Paragraph 528 a, in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

1.) Es entspricht der Judikatur, dass der Empfänger der Ablöse die Zulässigkeit der Zahlung zu beweisen hat, dass also eine Ausnahme vom allgemeinen Ablöseverbot des § 27 Abs 1 MRG vorliegt. Dementsprechend hat er auch zu beweisen, eine dem erhaltenen Betrag gleichwertige Gegenleistung erbracht zu haben (vgl 6 Ob 683/86 = MietSlg 38/48 = JBl 1988, 110; 8 Ob 645/92; 8 Ob 645/92 = EWR 1/27/12; Ostermayr, Verbotene Ablösen im Mietrecht, RZ 277). Die zum allgemeinen Bereicherungsrecht entwickelten Beweislastregeln (vgl etwa 7 Ob 18/95 mwN) sind hier nicht anwendbar, weil der Rückforderungsanspruch nach § 27 Abs 3 MRG ein Bereicherungsanspruch eigener Art ist (6 Ob 539/89 = SZ 62/52; 5 Ob 200/99v = immolex 2000, 71/46; s im Übrigen RIS-JustizRS0033661). 1.) Es entspricht der Judikatur, dass der Empfänger der Ablöse die Zulässigkeit der Zahlung zu beweisen hat, dass also eine Ausnahme vom allgemeinen Ablöseverbot des Paragraph 27, Absatz eins, MRG vorliegt. Dementsprechend hat er auch zu beweisen, eine dem erhaltenen Betrag gleichwertige Gegenleistung erbracht zu haben vergleiche 6 Ob 683/86 = MietSlg 38/48 = JBl 1988, 110; 8 Ob 645/92; 8 Ob 645/92 = EWR 1/27/12; Ostermayr, Verbotene Ablösen im Mietrecht, RZ 277). Die zum allgemeinen Bereicherungsrecht entwickelten Beweislastregeln vergleiche etwa 7 Ob

18/95 mwN) sind hier nicht anwendbar, weil der Rückforderungsanspruch nach Paragraph 27, Absatz 3, MRG ein Bereicherungsanspruch eigener Art ist (6 Ob 539/89 = SZ 62/52; 5 Ob 200/99v = immolex 2000, 71/46; s im Übrigen RIS-Justiz RS0033661).

2.) Besteht für die Wertermittlung durch einen Sachverständigen keine gesetzlich vorgeschriebene Methode, so unterliegt das von den Tatsacheninstanzen gebilligte Ergebnis eines Gutachtens keiner Nachprüfung durch den Obersten Gerichtshof, weil es um eine Tatfrage geht (5 Ob 398/97h = WoBI 1998, 301/193; 5 Ob 323/98f = WoBI 1999, 128/58 ua; s im Übrigen RIS-Justiz RS0070470). Welche Wertermittlungsmethode die gerechteste und zielführendste ist, hängt diesfalls von den Umständen des Einzelfalls ab (5 Ob 55/01a mwN). Bewertungsergebnis und Aufgabenadäquanz der von Sachverständigen gewählten Methode sind vom Gericht frei zu würdigen (5 Ob 294/98s = immolex 1999, 103/72 mwN). Da es für die Ermittlung des objektiven Restnutzungswertes von Mieter-Investitionen (etwa eines Bodenbelags) keine gesetzlich vorgeschriebene Methode gibt (vgl 6 Ob 602/89 = WoBI 1990, 98/57), stellt sich im konkreten Fall keine iSd § 528 Abs 1 ZPO reversible Rechtsfrage.2.) Besteht für die Wertermittlung durch einen Sachverständigen keine gesetzlich vorgeschriebene Methode, so unterliegt das von den Tatsacheninstanzen gebilligte Ergebnis eines Gutachtens keiner Nachprüfung durch den Obersten Gerichtshof, weil es um eine Tatfrage geht (5 Ob 398/97h = WoBI 1998, 301/193; 5 Ob 323/98f = WoBI 1999, 128/58 ua; s im Übrigen RIS-Justiz RS0070470). Welche Wertermittlungsmethode die gerechteste und zielführendste ist, hängt diesfalls von den Umständen des Einzelfalls ab (5 Ob 55/01a mwN). Bewertungsergebnis und Aufgabenadäquanz der von Sachverständigen gewählten Methode sind vom Gericht frei zu würdigen (5 Ob 294/98s = immolex 1999, 103/72 mwN). Da es für die Ermittlung des objektiven Restnutzungswertes von Mieter-Investitionen (etwa eines Bodenbelags) keine gesetzlich vorgeschriebene Methode gibt vergleiche 6 Ob 602/89 = WoBI 1990, 98/57), stellt sich im konkreten Fall keine iSd Paragraph 528, Absatz eins, ZPO reversible Rechtsfrage.

3.) Die Berücksichtigung einer Nichtigkeit von Amts wegen durch das Rechtsmittelgericht setzt voraus, dass es aus Anlass eines formell zulässigen Rechtsmittels in die Lage kommt, in die Überprüfung der Sache einzutreten (1 Ob 662/23 = SZ 5/241; 6 Ob 823/83 = SZ 57/13; 6 Ob 666/94 = MietSlg 47.661; vgl 7 Ob 287/00g = SZ 73/206). Im gegenständlichen Fall war durch die erstinstanzliche Abweisung des Mehrbegehrens lediglich die Antragstellerin beschwert, die dagegen kein Rechtsmittel erhoben hat. Zu Recht hat daher das Erstgericht die Verletzung der Rechtskraft - das Mehrbegehren der Antragstellerin war bereits im ersten Rechtsgang rechtskräftig abgewiesen worden - nicht aufgegriffen. Im Übrigen wäre die Wiederholung der rechtskräftigen Teilabweisung im Spruch des erstgerichtlichen Urteils, ohne auf die von niemandem in Zweifel gezogene Rechtskraft hinzuweisen, als offenkundiges Versehen korrigierbar.3.) Die Berücksichtigung einer Nichtigkeit von Amts wegen durch das Rechtsmittelgericht setzt voraus, dass es aus Anlass eines formell zulässigen Rechtsmittels in die Lage kommt, in die Überprüfung der Sache einzutreten (1 Ob 662/23 = SZ 5/241; 6 Ob 823/83 = SZ 57/13; 6 Ob 666/94 = MietSlg 47.661; vergleiche 7 Ob 287/00g = SZ 73/206). Im gegenständlichen Fall war durch die erstinstanzliche Abweisung des Mehrbegehrens lediglich die Antragstellerin beschwert, die dagegen kein Rechtsmittel erhoben hat. Zu Recht hat daher das Erstgericht die Verletzung der Rechtskraft - das Mehrbegehren der Antragstellerin war bereits im ersten Rechtsgang rechtskräftig abgewiesen worden - nicht aufgegriffen. Im Übrigen wäre die Wiederholung der rechtskräftigen Teilabweisung im Spruch des erstgerichtlichen Urteils, ohne auf die von niemandem in Zweifel gezogene Rechtskraft hinzuweisen, als offenkundiges Versehen korrigierbar.

4.) Der Hinweis, dass die Ablöse dem Immobilienmakler gezahlt und nur zum Teil an den Antragsgegner weitergeleitet wurde, zeigt keinen Fehler in der rechtlichen Beurteilung des Rekursgerichtes auf. Nach den maßgeblichen, mit keiner Aktenwidrigkeit behafteten Feststellungen (ON 63, 5 = AS 365) beruhte diese Vorgangsweise (dass der Immobilienmakler ATS 23.000,-- bis ATS 25.000,-- einbehielt, ATS 50.000,-- an den Hausverwalter weiter leitete und nur den Rest an den Antragsteller ausfolgte) auf einer zwischen dem Antragsgegner und dem Immobilienmakler getroffenen Vereinbarung. Die Rechtsprechung sieht bei unzulässigen Ablösen die Passivlegitimation desjenigen als gegeben an, dem sie nach der Vereinbarung rechtlich zukommen sollten, wobei es bedeutungslos ist, wem sie tatsächlich zugeflossen oder in der Folge zugekommen sind (5 Ob 143/00s = WoBI 2001/152 mwN ua). Dass dies im gegenständlichen Fall der Antragsgegner war, kann nicht zweifelhaft sein. Der Immobilienmakler war sein Vertreter (vgl 5 Ob 65/94 = WoBI 1994, 217/59 ua); was dieser mit dem erhaltenen Betrag machte, war mit dem Antragsgegner abgestimmt und ist daher als Verfügung des Antragsgegners über die erhaltene Ablöse zu werten.4.) Der Hinweis, dass die Ablöse dem Immobilienmakler gezahlt und nur zum Teil an den Antragsgegner weitergeleitet wurde, zeigt keinen

Fehler in der rechtlichen Beurteilung des Rekursgerichtes auf. Nach den maßgeblichen, mit keiner Aktenwidrigkeit behafteten Feststellungen (ON 63, 5 = AS 365) beruhte diese Vorgangsweise (dass der Immobilienmakler ATS 23.000,-- bis ATS 25.000,-- einbehielt, ATS 50.000,-- an den Hausverwalter weiter leitete und nur den Rest an den Antragsteller ausfolgte) auf einer zwischen dem Antragsgegner und dem Immobilienmakler getroffenen Vereinbarung. Die Rechtsprechung sieht bei unzulässigen Ablösen die Passivlegitimation desjenigen als gegeben an, dem sie nach der Vereinbarung rechtlich zukommen sollten, wobei es bedeutungslos ist, wem sie tatsächlich zugeflossen oder in der Folge zugekommen sind (5 Ob 143/00s = WoBI 2001/152 mwN ua). Dass dies im gegenständlichen Fall der Antragsgegner war, kann nicht zweifelhaft sein. Der Immobilienmakler war sein Vertreter vergleiche 5 Ob 65/94 = WoBI 1994, 217/59 ua); was dieser mit dem erhaltenen Betrag machte, war mit dem Antragsgegner abgestimmt und ist daher als Verfügung des Antragsgegners über die erhaltene Ablöse zu werten.

**Textnummer**

E71996

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:00500B00267.03F.1209.000

**Im RIS seit**

08.01.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

01.10.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

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