

# TE OGH 1989/6/20 50b559/89

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.06.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Jensik, Dr. Zehetner, Dr. Klinger und Dr. Schwarz als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Elsa P\*\*\*, Angestellte, Wien 9., Kinderspitalgasse 10/14, vertreten durch Dr. Elisabeth Rösch, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Verlassenschaft nach Max W\*\*\*, zuletzt wohnhaft gewesen in Wien 19., Lannerstraße 24/26, vertreten durch Dr. Theodor Strohal, Rechtsanwalt in Wien, wegen 61.989,18 S samt Anhang, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien als Berufungsgerichtes vom 10. Jänner 1989, GZ 48 R 503/88-13, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 14. April 1988, GZ 46 C 419/86-9, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der außerordentlichen Revision wird teilweise Folge gegeben. Die Entscheidung hat in Abänderung der Urteile der Vorinstanzen wie folgt zu lauten:

1.) Die Klageforderung besteht mit 61.989,18 S samt Anhang zu Recht.

2.)

Die Gegenforderung besteht mit 48.062 S zu Recht.

3.)

Die beklagte Partei ist daher schuldig, der klagenden Partei den Betrag von 13.927,18 S samt 4 % Zinsen aus 9.243,13 S vom 10. Juli 1986 bis 7. April 1987, aus 12.371,83 S vom 8. April 1987 bis 17. September 1987 und aus 13.927,18 S seit 18. September 1987 binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

4.) Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 17.787,81 S bestimmten Verfahrenskosten aller drei Instanzen (darin enthalten 1.152,81 S an Umsatzsteuer und 6.960 S an Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist aufgrund Eintritts in den von ihrem Vater David S\*\*\* am 28. Februar 1957 geschlossenen Mietvertrag (Beilage A) Hauptmieterin der Wohnung top.Nr. 14 in dem der beklagten Partei gehörenden Haus Wien 9., Kinderspitalgasse 10. Am 22. November 1982 wurde Lucie S\*\*\*, der Mutter und unmittelbaren Rechtsvorgängerin der Klägerin, ab 1. Jänner 1983 unter Zugrundelegung einer Nutzfläche von 146 m<sup>2</sup>, der Wohnungskategorie B und eines

bisher bezahlten monatlichen Hauptmietzinses von 404,45 S ein Erhaltungsbeitrag gemäß § 45 MRG von 1.201,55 S vorgeschrieben (Beilage 8), der von der Klägerin in der Folge auch bezahlt wurde. In dem von der Klägerin unter dem Namen ihrer bereits am 2. August 1980 verstorbenen Mutter Lucie S\*\*\* bei der Schlichtungsstelle am 22. Februar 1983 zu Schli 2/83 anhängig gemachten Verfahren zwecks Überprüfung der Höhe des begehrten Erhaltungsbeitrages - die Klägerin behauptete, die Wohnung weise bloß eine Nutzfläche von 112 m<sup>2</sup> auf - trat Ruhens des Verfahrens ein.

Am 25. Mai 1984 wurde Lucie S\*\*\* unter Berufung auf die in § 3 Z 3 des Mietvertrages vom 28. Februar 1957 enthaltene Zinsanpassungsklausel und auf die Entscheidung 2 Ob 513/84 (MietSlg. 36.132) ab 1. Juni 1984 ein monatlicher Hauptmietzins von 2.049,60 S (= 18,30 S x 112 m<sup>2</sup>) vorgeschrieben (Beilage 1). Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Streitteile im gegenständlichen Prozeß wurde diese Vorschreibung in der Folge (mit Brief vom 17. Juli 1984) unter Annahme einer Nutzfläche von 146 m<sup>2</sup> abgeändert (AS 3 und 9). In dem von der Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Lucie S\*\*\* am 11. April 1985 zu 44 Msch 33/85 des Erstgerichtes gemäß § 40 Abs. 2 MRG anhängig gemachten Verfahren wurde festgestellt, daß das gesetzlich zulässige Zinsausmaß durch Vorschreibung eines 404,45 S monatlich übersteigenden Hauptmietzinses überschritten wurde. Der Oberste Gerichtshof führte in der die Sachbeschlüsse der Vorinstanzen bestätigenden Entscheidung vom 8. April 1986, 5 Ob 48/86, aus, daß die in § 3 Z 3 des Mietvertrages vom 28. Februar 1957 enthaltene Zinsanpassungsklausel mangels der erforderlichen Bestimmbarkeit des neu zu vereinbarenden Hauptmietzinses und im Hinblick auf § 16 a MRG rechtsunwirksam ist.

Mit der am 24. Juli 1986 beim Erstgericht eingelangten und in den Tagsatzungen zur mündlichen Streitverhandlung vom 7. April 1987 (AS 25) und 17. September 1987 (AS 39) ausgedehnten Klage begehrte die Klägerin unter Hinweis auf das zu 44 Msch 33/85 des Erstgerichtes durchgeföhrte Verfahren von der beklagten Partei die Rückzahlung des bis einschließlich September 1987 zuviel bezahlten Hauptmietzinses von 61.989,18 S samt 4 % Zinsen aus 39.281,88 S vom 10. Juli 1986 bis 7. April 1987, aus 54.426,08 S vom 8. April 1987 bis 17. September 1987 und aus 61.989,18 S seit 18. September 1987. Die beklagte Partei beantragte Klageabweisung und wendete insbesondere aufrechnungsweise die Erhaltungsbeiträge ein, welche ihr die Klägerin für den Zeitraum schulde, auf den sich ihr Rückzahlungsbegehren beziehe. Da das Hauptmietzinserhöhungsbegehren wegen Rechtsunwirksamkeit der Zinsanpassungsklausel unberechtigt gewesen sei, sei der Anspruch auf die Erhaltungsbeiträge unberührt geblieben. Auf die Einhebung dieser Erhaltungsbeiträge sei weder ausdrücklich noch schlüssig verzichtet worden.

Das Erstgericht gab der Klage statt. Für die Zinstermine seit 1. April 1984 (richtig wohl: 1. Juni 1984) sei ein Erhaltungsbeitrag nicht mehr gefordert worden. Die nachträgliche Geltendmachung eines Erhaltungsbeitrages sei im Gesetz nicht vorgesehen. Das Berufungsgericht bestätigte das von der beklagten Partei zur Gänze angefochtene Ersturteil mit der Maßgabe, daß es zu lauten habe: 1.) Die Klageforderung besteht mit 61.989,18 S samt Anhang zu Recht. 2.) Die eingewendete Gegenforderung besteht bis zur Höhe des Klagebetrages nicht zu Recht. 3.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei den Betrag von 61.989,18 S samt Anhang zu zahlen. Das Berufungsgericht führte im wesentlichen aus:

Wenn die beklagte Partei zunächst die Feststellung des Erstgerichtes bekämpfe, wonach ein Erhaltungsbeitrag für den Zeitraum nach dem 1. April 1984 nicht mehr vorgeschrieben worden sei, so handle es sich dabei in Wahrheit um die Bekämpfung der vom Erstgericht gezogenen rechtlichen Schlußfolgerungen, welche im Rahmen der Rechtsrüge zu behandeln sein werden. Was die weiteren Ausführungen zu diesem Berufungspunkt anlange, so müsse diesen entgegengehalten werden, daß das Erstgericht seinen Feststellungen und seiner rechtlichen Beurteilung sehr wohl zugrundegelegt hat, daß der Klägerin mit Schreiben vom 22. November 1982 in der vom Gesetz vorgesehenen Weise Erhaltungsbeitrag ab 1. Jänner 1983 vorgeschrieben wurde und sich die Klägerin an diese Vorschreibung als Eintrittsberechtigte gebunden fühlte.

Aufgrund der Feststellungen des Erstgerichtes sei davon auszugehen, daß das gesetzliche zulässige Zinsausmaß gegenüber der Klägerin durch Anhebung des Hauptmietzinses ab 1. April 1984 (richtig wohl: 1. Juni 1984) überschritten worden sei. Das Schreiben der Hausverwaltung betreffend die Ankündigung der Mietzinserhöhung enthalte ausdrücklich nur Angaben über die Erhöhung des Hauptmietzinses. Tatsächlich sei ab 1. Jänner 1984 (richtig wohl: 1. Juni 1984) von der Klägerin ein Erhaltungsbeitrag weder gefordert noch eingehoben worden. Dies bedeute, daß die Verpflichtung der Klägerin zur Bezahlung eines höheren Hauptmietzinses mit dem zuvor vorgeschriebenen Erhaltungsbeitrag in keinen rechtlichen Zusammenhang zu setzen sei, sondern auf einem völlig anderen Rechtsgrund beruhe. Die Klägerin habe die höheren Hauptmietzinse nicht aufgrund der sich aus dem Mietrechtsgesetz unter bestimmten Voraussetzungen ergebenden Verpflichtung zur Bezahlung von Erhaltungsbeiträgen, sondern aufgrund

einer vom Vermieter gesondert vorgenommenen Mietzinsanhebung geschuldet. Daß die Anhebung des Mietzinses ein Äquivalent zum Erhaltungsbeitrag darstellen sollte, sei von der Vermieterseite bei erstmaliger Vorschreibung des erhöhten Hauptmietzinses nicht behauptet worden. Durch die im Verfahren 44 Msch 33/85 des Erstgerichtes rechtskräftig festgestellte Unzulässigkeit der Mietzinserhöhung hätten sich die Zahlungen der Klägerin, deren festgestellte Höhe unbestritten blieb, als ohne Rechtsgrund geleistet erwiesen. Sie könnten demnach gemäß § 1435 ABGB zurückfordert werden. Ein Ausspruch über die Verpflichtung des Hauseigentümers zur Rückzahlung dieser Beträge gemäß § 37 Abs. 4 MRG sei im Verfahren 44 Msch 33/85 des Erstgerichtes nur deshalb unterblieben, weil sich aus dem Verfahren nicht ergeben hatte, inwieweit die vorgeschriebenen Beträge von der Klägerin tatsächlich geleistet worden waren.

Wenn nun die beklagte Partei erstmals in diesem Verfahren die rechtskräftig als unzulässige Mietzinsüberschreitungen festgestellten Vorschreibungen nachträglich als Erhaltungsbeiträge zu qualifizieren versuche, so gingen ihre diesbezüglichen Ausführungen an der Rechtsnatur des Erhaltungsbeitrages vorbei. Durch die Leistung des Kategoriemietzinses anstelle des Erhaltungsbeitrages sei eine Änderung des Rechtsgrundes nach Ansicht der beklagten Partei schon deshalb nicht eingetreten, weil es sich in beiden Fällen um Mietzinse handle. Dem sei entgegenzuhalten, daß der Erhaltungsbeitrag kein Mietzins sei, zumal es sonst nicht erforderlich gewesen wäre, in § 45 Abs. 9 MRG die "Geltung" der "sonstigen Bestimmungen über Mietzinse" anzugeordnen (vgl. Würth-Zingher, MRG2, Anm. 1 zu § 45). Der Erhaltungsbeitrag sei weiters in einer gesonderten Abrechnung durch den Vermieter auszuweisen.

Unzutreffend sei auch die Rechtsansicht der beklagten Partei, daß der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung<sup>5</sup> Ob 48/86 die Anhebung des Mietzinses vom Niveau des Erhaltungsbeitrages auf jenes des Kategoriemietzinses B für rechtsunwirksam erklärt habe. Durch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes sei vielmehr - so wie in den beiden Vorinstanzen - schlechthin die Unzulässigkeit der Vorschreibung eines Kategorie-B-Mietzinses im Rahmen des gegenständlichen Mietvertrages zum Ausdruck gebracht worden. Aus allen diesen Erwägungen könne daher der beklagten Partei in ihrer Ansicht, wonach durch Vorschreibung des Kategoriemietzinses anstelle des Erhaltungsbeitrages keine Änderung im Rechtsgrund eingetreten sei, nicht gefolgt werden.

Wenn die beklagte Partei weiters an Hand des Rechtsinstruments der Novation zu erläutern versuche, warum ihr Recht zur Einhebung eines Erhaltungsbeitrages nach wie vor aufrecht bestehe, so müsse dem erwidert werden, daß der Neuerungsvertrag im Sinn des § 1376 ABGB in der einvernehmlichen Umänderung des ursprünglichen Schuldverhältnisses durch Änderung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes einer Forderung bestehe. Im vorliegenden Fall könne aber der einseitig von der Vermieterseite vorgenommenen Hauptmietzinsanhebung nicht unterstellt werden, sie wäre vom Willen (animus novandi) der Klägerin getragen und beinhaltet zumindest schlüssig ein Einvernehmen über den neuen Rechtsgrund der Zahlungen. Es müsse vielmehr die Absicht der Parteien, durch die Konstituierung einer neuen Verbindlichkeit die alte zu tilgen, eindeutig erkennbar sein (vgl. Ertl in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 1376).

Zu Recht habe daher das Erstgericht die Gegenforderung der beklagten Partei als nicht zu Recht bestehend erachtet. Mangels Aufnahme eines diesbezüglichen Ausspruches in den Urteilsspruch sei - zumal inhaltlich eine Entscheidung des Erstgerichtes vorliege - das Urteil mit der Maßgabe zu bestätigen gewesen, daß der Ausspruch über die Gegenforderung in den Urteilsspruch aufgenommen wurde.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die außerordentliche Revision der beklagten Partei mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im Sinne der Klageabweisung abzuändern.

Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der außerordentlichen Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision ist im Sinne des § 502 Abs. 4 Z 1 ZPO zulässig - ein Auftrag an das Berufungsgericht, sein Urteil durch den gemäß § 500 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Ausspruch zu ergänzen, war entbehrlich, weil bei Fehlen dieses Ausspruches sogleich das hilfsweise jedenfalls zustehende Rechtsmittel der außerordentlichen Revision ergriffen werden kann (Petrash in ÖJZ 1983, 201; 6 Ob 810/83, 5 Ob 534/89) - und auch teilweise berechtigt. Die Berechtigung der Klageforderung ist im Revisionsverfahren sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach nicht mehr strittig. Die Revisionswerberin räumt vielmehr ausdrücklich ein, daß die von ihr zu Unrecht vorgeschriebenen und von der Klägerin grundlos geleisteten Hauptmietzinse rückforderbar sind.

Was die Berechtigung der aufrechnungsweise eingewendeten Gegenforderung betrifft, so ist dem Berufungsgericht zwar darin beizustimmen, daß der Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beitrag kein Mietzins ist (vgl. Würth-Zingher, MRG2, Anm. 1 zu § 45; Würth in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 45 MRG; Würth-Zingher, Miet- und Wohnrecht, Rz 1 zu § 45 MRG), durch die Vorschreibung des Kategoriemietzinses anstelle des zusätzlich zum bisher entrichteten Hauptmietzins begehrten Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beitrages also eine (teilweise) Änderung des Rechtsgrundes eingetreten ist. Die Vorgangsweise der Revisionswerberin kann aber - wie sie zutreffend geltend macht - nicht als bedingungsloser Verzicht auf die Einhebung des Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beitrages gewertet werden. Sie ist vielmehr bei Überlegung aller Umstände sowie bei Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 863 ABGB) so zu deuten, daß - auch vom Empfängerhorizont der Klägerin aus erkennbar - im Falle der Rechtsunwirksamkeit des auf die Zinsanpassungsklausel gestützten einseitigen Hauptmietzinserhöhungsbegehrens weiterhin neben dem bisher entrichteten Hauptmietzins der (einseitig forderbare) Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beitrag geschuldet sein sollte (insoweit kann im Sinne des Standpunktes der Revisionswerberin die Rechtslage im Falle einer Novation zum Vergleich herangezogen werden, wonach die alte Schuld nur erlischt, wenn die neue gültig entstanden ist - Koziol-Weser 8 I 271 -). Dies folgt insbesondere daraus, daß der Vermieter einerseits, wenn er berechtigterweise den Kategoriemietzins verlangt, keinen Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beitrag begehren kann, und daß er andererseits, wenn er von einem Hauptmieter den Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beitrag einhebt, in der darüber zu legenden gesonderten Abrechnung nicht nur die Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beiträge für die Mietzinsgegenstände, von deren Hauptmietern er die Entrichtung der Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beiträge gefordert hat, sondern auch für die Mietgegenstände auszuweisen hat, von deren Hauptmietern er die Entrichtung der Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beiträge nicht gefordert hat oder die er selbst benutzt (§ 45 Abs. 3 MRG; vgl. Würth-Zingher, MRG2, Anm. 16 zu § 45; Würth-Zingher, Miet- und Wohnrecht, Rz 19 zu § 45 MRG).

Hat die Klägerin demnach während des in Betracht kommenden Zeitraumes zwar nicht den Kategoriemietzins, soweit er den bisher entrichteten Hauptmietzins von 404,45 S überstieg, wohl aber neben diesem den Erhaltungsbeitrag geschuldet, dann stehen dem Klageanpruch auf Rückforderung des zuviel bezahlten Hauptmietzinses die jeweils für denselben Zeitraum geschuldeten Erhaltungs- (und Verbesserungs-)Beiträge als Gegenforderung aufrechenbar gegenüber. Die Gegenforderung für den Zeitraum 1. Juni 1984 bis 30. September 1987 beträgt  $40 \times 1201,55 \text{ S} = 48.062 \text{ S}$ .

Es war daher der außerordentlichen Revision teilweise Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs. 1, § 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E18073

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0050OB00559.89.0620.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890620\_OGH0002\_0050OB00559\_8900000\_000

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