

TE OGH 1989/2/21 50b12/89

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.02.1989

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.Zehetner, Dr.Klinger und Dr.Schwarz als Richter in der Mietrechtssache der Antragstellerin "L*** C***" RestaurationsbetriebsgesmbH, Kärntnerstraße 24, 1010 Wien, vertreten durch Dr.Johannes Patzak, Rechtsanwalt in Wien, wider den Antragsgegner KommRat Willi G***, Westbahnstraße 26, 1070 Wien, vertreten durch Dr.Harry Neubauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen § 37 Abs. 1 Z 8, § 43 Abs. 2 MRG infolge Revisionsrekurses beider Parteien gegen den Sachbeschuß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 25.Oktober 1988, GZ 48 R 579/88-13, womit der Sachbeschuß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 10. August 1988, GZ 48 Msch 51/86-9, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

- 1.) Der Revisionsrekurs des Antragsgegners wird zurückgewiesen. Der Antrag der Antragstellerin auf Zuspruch von Kosten für die Revisionsrekursbeantwortung wird abgewiesen.
- 2.) Dem Revisionsrekurs der Antragstellerin wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Der Antragsgegner ist seit dem Jahr 1956 Hauptmieter verschiedener Geschäftsräumlichkeiten im Hause Wien 1., Kärntnerstraße 24. Seit 29.April 1959 besitzt der Antragsgegner die Konzession für das Gast- und Schankgewerbe in der Betriebsform eines Cafehauses mit Barbetrieb mit den Berechtigungen nach § 16 GewO am Standort Kärntnerstraße 24. Im Konzessionsdekret sind die vermieteten Betriebsräumlichkeiten mit Küche, Ausschankraum im Keller, Küche, Ausschankraum im Gassenlokal, Ausschankraum im Zwischengeschoß und einer Küche, Ausschankraum, Lagerraum und Büro im ersten Stock angeführt. Im Juli 1974 wurde dem Antragsgegner mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien die Erlaubnis erteilt, den öffentlichen Gemeindegrund und den darüber befindlichen Luftraum vor dem Gastcafehausbetrieb im Hause Wien 1., Kärntnerstraße 24, in dem im Bescheid näher bestimmten Ausmaß zur Aufstellung von Tischen und Stühlen zu benutzen. Die jährliche Gebrauchsabgabe, die zunächst mit 272 S festgesetzt worden war, wurde mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, MA 35, vom 22.März 1983 mit 2.408 S jährlich festgesetzt. Etwa im Juli 1974 schloß der Antragsgegner mit Cheng Taung-Hai einen Bestandvertrag über Geschäftsräumlichkeiten zum Betrieb eines Chinarestaurants. Das Bestandobjekt wurde leer übergeben; eine Gewerbeconzession wurde dem Bestandnehmer vom Antragsgegner nicht zur Verfügung gestellt. Cheng mußte daher um eine eigene Konzession ansuchen. Im Jahr 1976 mietete der Antragsgegner die neben dem damaligen Chinarestaurant gelegene Hausbesorgerwohnung dazu. Ab September 1976 mietete die inzwischen gegründete

Antragstellerin vom Antragsgegner die Räumlichkeiten, in denen bis zu diesem Zeitpunkt Cheng Taung-Hai das Chinarestaurant unter der Etablissementbezeichnung "L*** C***" geführt hatte sowie die Hausbesorgerwohnung, die dem Restaurantbetrieb eingegliedert wurde. In diesem Zusammenhang wurde der bisherige Untermietzins infolge der Zumietung der Hausbesorgerwohnung neu vereinbart. Auch die Antragstellerin mußte um eine eigene Gewerbekonzession ansuchen. Das Hauptmietobjekt des Antragsgegners umfaßt ohne "Galerie bzw. Terrasse" 371,11 m², das Untermietobjekt der Antragstellerin insgesamt 174,61 m². Ab 1. September 1976 wurde der Untermietzins von der Antragstellerin in Höhe von 26.900 S zuzüglich Umsatzsteuer bezahlt. Die Vereinbarung des Untermietzinses in dieser Höhe wurde nachträglich am 12. November 1976 in der mit Bestandvertrag überschriebenen Untermietvertragsurkunde festgehalten. Unter Punkt I des abgeschlossenen Bestandvertrages ist festgehalten:

Willi G*** gibt in Bestand die in

.... befindlichen Räumlichkeiten:

- a) die im ersten Stock dieser Baulichkeit gelegenen, aus dem diesem Vertrag unter Beilage ./A angeschlossen und einen integrierenden Bestandteil desselben bildenden Plan durch Schraffierung ersichtlich gemachten Räumlichkeiten;
- b) einer der vorgenannten Baulichkeiten auf Straßenniveau vorgelagerten, aus dem diesem Vertrag unter Beilage ./B angeschlossenen, einen integrierenden Bestandteil desselben bildenden Plan durch Schraffierung ersichtlich gemachten Freiluftschanke (Vorgarten)
- c) eine vom Geschäftseingang der genannten Baulichkeit rechts gelegene, in der Gehsteigfront beginnend und über Eck in den Flur des Geschäftseingangs führende, etwa 2 m hoch ausgeführte Auslage;
- d) den aus diesem Vertrag unter Beilage ./C angeschlossenen, einen integrierenden Bestandteil desselben bildenden Plan ersichtlichen zwei Kellerabteilen ...

In Punkt VI des Vertrages ist festgehalten:

Der Bestandschilling beträgt monatlich S 26.900,-- zuzüglich der auf diesem Bestandschilling entfallenden Umsatzsteuer, wobei in diesem Punkt VI eine Wertsicherungsvereinbarung basierend auf dem Verbraucherpreisindex 1966 mit der Ausgangsbasis des für August 1976 verlautbarten Index folgt.

Punkt VII des Vertrages hält fest:

"Weiters trägt die Bestandnehmerin alle für das gegenständliche Bestandobjekt von der Hausverwaltung vorgeschriebenen allgemeinen Haus- und Betriebskosten, sowie die Kosten für Strom, Gas, Telefon und Portalsteuer etc. sowie die auf die Betriebskosten entfallende Ust".

Nun folgt in Punkt VII eine Vereinbarung über die Heizungskosten:

Punkt IX des Mietvertrages hält fest:

"Die Bestandnehmerin nimmt zustimmend zur Kenntnis, daß sie die in Punkt I b näher beschriebene Freiluftschanke (Vorgarten) lediglich im Zeitraum 1.4. bis 15.10. eines jeden Jahres benutzen kann. Dieser Umstand ist bei der Bemessung des Bestandschillings bereits berücksichtigt. Die Bestandnehmerin hat kein Recht, eine Herabsetzung des Bestandschillings deshalb zu begehren, weil die Benutzung der Freiluftschanke aus vom Bestandgeber nicht zu vertretenden Gründen nicht während des gesamten, oben näher beschriebenen Zeitraumes je Kalenderjahr möglich oder zulässig ist. Lediglich in dem Fall, als die Bestandnehmerin die vertragsgegenständliche Freiluftschanke (Vorgarten) ein ganzes Jahr lang nicht benutzen kann und die Bestandnehmerin daran weder ein Verschulden trifft, noch sie eine der Nichtbenutzung allenfalls zugrundeliegende behördliche Verfügung initiiert oder unbekämpft gelassen hat, vermindert sich der vereinbarte monatliche Bestandschilling um den Betrag von S 5.000,-- ebenfalls wertgesichert wie in Punkt IV, beginnend an dem der dauernden Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit folgenden Monatsersten, und zwar für die Dauer der dauernden Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit". Mit dem am 29.Juli 1986 bei der Schlichtungsstelle des Magistratischen Bezirksamtes für den 1. und 8. Bezirk erhobenen Antrag begehrte die "L*** C***" RestaurationsbetriebsgesmbH die Feststellung, daß der ihr als Untermieter vom Antragsgegner für die Zinsterminf vom Oktober 1983 bis einschließlich Juli 1986 vorgeschriebene und bezahlte Mietzins das zulässige Zinsausmaß von 10.000 S überschritten habe; gleichzeitig beantragte sie, den Antragsgegner schuldig zu erkennen, ihr die Überschreitungsbeträge samt 4 % Zinsen zurückzuzahlen. Die Antragstellerin entrichte für die von ihr untergemieteten Räumlichkeiten im ersten Stock des Hauses (Speiseraum, Extrazimmer, Küche, Gang

sowie WC-Anlage) einen wertgesicherten Untermietzins von (zur Zeit der Antragstellung) 38.393,06 S. Der Antragsgegner bezahle als Hauptmietzins einen erheblich geringeren Betrag. Weitere, über die Gebrauchsüberlassung dieser Räumlichkeiten hinausgehende Leistungen erbringe der Antragsgegner ihr gegenüber nicht. Der von ihr bezahlte Untermietzins übersteige daher den Hauptmietzins unverhältnismäßig. Die angemessene Gegenleistung würde monatlich höchstens 10.000 S zuzüglich anteiliger Betriebskosten sowie Umsatzsteuer betragen. In dem von der Antragstellerin bei Gericht gemäß § 40 Abs. 2 MRG am 11. November 1986 anhängig gemachten Verfahren brachte der Antragsteller noch vor, die Bewertung der "Freiluftschanke" habe bei einem Vergleich von Hauptmietzins und Untermietzins außer Betracht zu bleiben, weil die Antragstellerin das Gebrauchsrecht direkt von der Behörde ableite und der Hauseigentümer gar keine Verfügungsmacht über die Freiluftschanke habe, daher dafür auch kein Entgelt verlangen könne.

Der Antragsgegner brachte dazu vor, daß er an den Hauseigentümer sehr wohl ein Entgelt für das Zurverfügungstellen der Freiluftschanke bezahle, und zwar bis 1. Oktober 1985 5.000 S monatlich, seither 5.572 S.

Das Erstgericht stellte mit Sachbeschuß für den Zeitraum Oktober 1983 bis Juli 1986 Überschreitungen des monatlich zulässigen auf das Bestandobjekt der Antragstellerin entfallenden Untermietzinses fest und verpflichtete den Antragsgegner gemäß § 37 Abs. 4 MRG zur Rückzahlung eines Betrages von 961.030,14 S sA. Das Mehrbegehren der Antragstellerin, weitere Überschreitungen zu den Zinsterminen Oktober 1983 bis einschließlich Jänner 1985 sowie zu den Zinsterminen März 1985 bis einschließlich Juli 1986 festzustellen, wies es ab.

Das Erstgericht traf über den bereits wiedergegebenen Sachverhalt hinaus im einzelnen noch Feststellungen über die von der Antragstellerin dem Antragsgegner von Oktober 1983 bis Juli 1987 an Untermietzins bezahlten Beträge sowie über die vom Antragsgegner der Hauseigentümerin (Grazer Wechselseitige Versicherung) für das gesamte Hauptmietobjekt für Hauptmietzins, Umsatzsteuer und Betriebskosten von Oktober 1983 bis Juli 1986 geleisteten Zahlungen. Schließlich stellte es noch fest, daß die Antragstellerin 51,8 % des Hauptmietobjektes des Antragsgegners untergemietet hat, die Nutzfläche des Untermietobjektes in Relation zur Gesamtnutzfläche des Hauptmietobjektes gleichwertig ist und die Antragstellerin die vom Magistrat festgesetzte Gebrauchsabgabe von 2.408 S jährlich bezahlt.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, daß die Antragstellerin vom Antragsgegner Geschäftsräumlichkeiten untergemietet habe; Pachtverträge hinsichtlich eines lebenden Unternehmens lägen nicht vor. Gemäß § 43 Abs. 2 MRG habe die Überprüfung des Untermietzinses der Antragstellerin für die in Frage stehenden Monate nach der Vorschrift des § 14 Abs. 1 MG zu erfolgen. Demnach sei für einen im wesentlichen ohne Beistellung von Einrichtungsgegenständen in Untermiete gegebenen Mietgegenstand nur ein Untermietzins zulässig, der den vom Hauptmieter zu entrichtenden gesetzlich zulässigen Mietzins nicht übersteige. Beziehe sich der Untermietvertrag nur auf einen Teil des Hauptmietobjektes, so sei auf Grund der Nutzfläche eine aliquote Vergleichsregelung anzustellen. So sei auch im vorliegenden Fall vorzugehen, da der von der Antragstellerin gemietete Teil des gesamten Hauptmietobjektes des Antragsgegners dem übrigen, der Antragstellerin nicht vermieteten Teil gleichwertig sei. Die Vergleichsrechnung ergebe, daß die Antragstellerin 51,8 % von dem gesamten, dem Antragsgegner vorgeschriebenen Hauptmietzins (incl. Betriebskosten und Umsatzsteuer) zu bezahlen habe. Ausgehend von den Zahlungen, die der Antragsgegner als Hauptmieter für die verfahrensgegenständlichen Monate zu leisten gehabt habe, errechnete das Erstgericht monatlich jeweils 51,8 % dieser Zahlungen und sprach aus, daß diese Beträge den gesetzlich zulässigen von der Antragstellerin zu entrichtenden Untermietzins darstellten. Lediglich für Februar 1985 stellte das Erstgericht als gesetzlich zulässigen Untermietzins der Antragstellerin einen Betrag von 10.000 S fest, da es sich diesbezüglich an den Umfang des Antrages der Antragstellerin für gebunden erachtete, die diese eine Überschreitung nur insoweit bekämpft hatte, als Vorschreibungen über 10.000 S monatlich erfolgt seien. Bei Gegenüberstellung der Vorschreibungen an die Antragstellerin, die unbestrittenmaßen auch bezahlt worden seien, habe sich monatlich jeweils der aus dem Spruch des Erstgerichtes ersichtliche Überschreitungsbetrag ergeben. Auf Grund der getroffenen Feststellungen über die Daten der Zahlungen seitens der Antragstellerin, die als solche der Höhe nach unbestritten waren, schuf das Erstgericht einen Rückforderungstitel nach § 37 Abs. 4 MRG. Lediglich für Oktober 1983 unterließ das Erstgericht die Schaffung eines Rückforderungstitels für Zinsen, da diesbezüglich kein Zahlungsdatum habe festgestellt werden können. Hinsichtlich der der Antragstellerin vom Antragsgegner zur Verfügung gestellten Freiluftschanke erachtete das Erstgericht ein Entgelt nach § 14 Abs. 2 MG nicht für zulässig. Zwar bestehe ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem unvermieteten Bestandobjekt der Antragstellerin und der Freiluftschanke, auch sei erwiesen, daß die Überlassung der Freiluftschanke von den Vertragsparteien im Bestandvertrag als Teil des

Mietgegenstandes angesehen worden sei, doch lasse sich ein bestimmtes Entgelt dafür den vertraglichen Vereinbarungen nicht entnehmen. Auch habe ein ortsüblicher Bestandzins für die Zurverfügungstellung der Freiluftschanke nicht festgestellt werden können. Abgesehen von diesen Erwägungen ging das Erstgericht davon aus, daß der Antragsgegner überhaupt nicht berechtigt gewesen sei, die Freiluftschanke der Antragstellerin zur Verfügung zu stellen. Es handle sich nämlich dabei um öffentlichen Gemeindegrund und den darüber befindlichen Luftraum vor dem Gastcafehausbetrieb in Wien 1., Kärntnerstraße 24, wofür dem Antragsgegner eine Gebrauchserlaubnis erteilt worden sei. Eine solche Gebrauchserlaubnis sei gemäß § 3 Abs. 2 Gebrauchsabgabegesetz 1966 auf den Erlaubnisträger selbst beschränkt. Sie stelle damit eine persönliche Sonderwidmung für den jeweiligen Gebrauchserlaubnisträger dar, was bedeute, daß die Überlassung der Gebrauchserlaubnis durch den Gebrauchserlaubnisträger an eine andere Person den Bestimmungen des Gebrauchsabgabegesetzes 1966 widerspreche, und somit gegen ein gesetzliches Gebot verstöße. Die Antragstellerin benütze daher die Freiluftschanke titellos, weil ohne eigene Gebrauchserlaubnis; die Benützung könne sie jedenfalls nicht vom Antragsgegner ableiten. Diesem stünde daher auch kein angemessenes Entgelt für die Überlassung der Freiluftschanke an die Antragstellerin zu. Bei der Berechnung des zulässigen Unterbestandzinses habe somit ein Entgelt für die Zurverfügungstellung der Freiluftschanke außer Betracht zu bleiben.

Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs des Antragsgegners Folge und änderte den erstgerichtlichen Sachbeschuß dahin ab, daß es zu lauten hat:

"Der Antragsgegner hat der Antragstellerin gegenüber durch Vorschreibung eines Mietzinses für das Bestandobjekt der Antragstellerin in Kärntnerstraße 24, 1010 Wien das gesetzlich zulässige Zinsausmaß wie folgt überschritten:

Durch Vorschreibung von S 39.479,97 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 21.384,31 zu den Zinsterminen Oktober 1983 bis Dezember 1983 um jeweils S 18.095,66.

Durch Vorschreibung eines Betrages von S 40.175,39 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 20.908,11 zum Zinstermin Jänner 1984 um S 19.267,28.

Durch Vorschreibung eines Betrages von S 40.175,39 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 20.341,94 zu den Zinsterminen Februar 1984 bis Jänner 1985 um jeweils S 19.833,45. Durch Vorschreibung eines Betrages von S 40.175,39 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 16.603,18 zum Zinstermin Februar 1985 um S 23.572,20.

Durch Vorschreibung eines Betrages von S 42.232,37 anstelle von S 20.243,52 zu den Zinsterminen März 1985 bis September 1985 um jeweils S 21.988,85.

Durch Vorschreibung eines Betrages von S 42.232,37 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 21.496,08 zum Zinstermin Oktober 1985 um S 20.735,29.

Durch Vorschreibung eines Betrages von S 42.232,37 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 21.905,62 zu den Zinsterminen November 1985 und Dezember 1985 um jeweils S 20.326,75. Durch Vorschreibung eines Betrages von S 42.232,37 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 22.815,07 zum Zinstermin Jänner 1986 um S 19.417,30.

Durch Vorschreibung eines Betrages von S 42.232,37 (inklusive Umsatzsteuer) anstelle von S 22.133,54 zu den Zinsterminen Februar 1986 bis Juli 1986 um jeweils S 20.098,83.

Der Antragsgegner ist schuldig, der Antragstellerin den Betrag von S 690.448,89 samt 4 % Zinsen aus S 18.095,66 seit 3.11.1983, aus S 18.095,66 seit 5.12.1983, aus S 19.267,28 seit 2.1.1984, aus

S 19.833,45 seit 6.2.1984, aus S 19.833,45 seit 6.3.1984, aus

S 19.833,45 seit 3.4.1984, aus S 19.833,45 seit 17.4.1984, aus

S 19.833,45 seit 4.5.1984, aus S 19.833,45 seit 4.6.1984, aus

S 19.833,45 seit 3.7.1984, aus S 19.833,45 seit 6.8.1984, aus

S 19.833,45 seit 4.9.1984, aus S 19.833,45 seit 2.10.1984, aus

S 19.833,45 seit 6.11.1984, aus S 19.833,45 seit 4.12.1984, aus

S 19.833,45 seit 4.1.1985, aus S 23.572,20 seit 5.2.1985, aus

S 21.988,85 seit 4.3.1985, aus S 21.988,85 seit 5.4.1985, aus

S 21.988,85 seit 3.5.1985, aus S 21.988,85 seit 5.6.1985, aus

S 21.988,85 seit 4.7.1985, aus S 21.988,85 seit 1.8.1985, aus

S 21.988,85 seit 4.9.1985, aus S 20.735,29 seit 4.10.1985, aus S 20.326,75 seit 5.11.1985, aus S 20.326,75 seit 6.2.1985, aus

S 19.417,30 seit 3.1.1986, aus S 20.198,83 seit 5.2.1986, aus

S 20.098,83 seit 5.3.1986, aus S 20.098,83 seit 4.4.1986, aus S 20.098,83 seit 30.4.1986, aus S 20.098,83 seit 2.7.1986
binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen."

Zu der im Rekursverfahren allein strittig gebliebenen Frage, ob die der Antragstellerin zur Verfügung gestellte Freiluftschankefläche bei Ermittlung des angemessenen Untermietzinses entgegen der Ansicht des Erstgerichtes nicht doch zu berücksichtigen sei, nahm das Rekursgericht wie folgt Stellung:

Nach den erstgerichtlichen Feststellungen sei von den Parteien für die Zurverfügungstellung der Freiluftschankefläche kein Entgelt von 5.000 S wertgesichert vereinbart worden. Nach Punkt I des Bestandvertrages sei vielmehr davon auszugehen, daß der Antragsgegner der Antragstellerin die Freiluftschankefläche (Vorgarten) überlassen habe, daß ein Gesamtbestandschilling von 26.900 S wertgesichert nach Punkt VI des Vertrages vereinbart worden sei und daß die näheren Umstände der Benützbarkeit der Freiluftschankefläche zu bestimmten Zeiträumen des Jahres bei Bemessung des Bestandschillings bereits berücksichtigt worden seien. Darüber hinaus sei vereinbart, daß in dem Fall, daß die Antragstellerin, ohne daß (richtig wohl:) sie daran ein Verschulden treffe, die Freiluftschankefläche durch ein Jahr hindurch nicht benützen könne, sich der vereinbarte monatliche Bestandschilling um den Betrag von 5.000 S, wertgesichert vermindere. Da sich durch ein Sachverständigengutachten kein ortsübliches Entgelt im Sinn des § 14 Abs. 2 MG für die Freiluftschankefläche ermitteln habe lassen, andererseits auch nicht davon habe ausgegangen werden können, daß die Überlassung der Freiluftschankefläche unentgeltlich habe erfolgen sollen, sei in Anwendung des § 273 ZPO das dafür als angemessen anzusehende Entgelt mit dem Betrag festzusetzen gewesen, den die Parteien in ihrer vertraglichen Vereinbarung als angemessene Mietzinsminderung für den Fall vorgesehen hätten, daß die Freiluftschankefläche eines Tages nicht mehr zur Verfügung stehen sollte. Zu Unrecht sei das Erstgericht davon ausgegangen, daß der Antragsgegner für die Überlassung der Freiluftschankefläche deshalb kein Entgelt im Sinn des § 14 Abs. 2 MG begehren könne, weil der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag über diese Freiluftschankefläche gegen ein gesetzliches Verbot verstöße. Das Wiener Gebrauchsabgabegesetz 1966 regle das für den Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr diene, eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken sei, wenn der Gebrauch über die widmungsmäßigen Zwecke dieser Fläche hinausgehen sollte. § 3 Abs. 2 des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes regle nun, daß die Wirksamkeit der Gebrauchserlaubnis (wenn es sich nicht um den Eigentümer der Baulichkeit handle) auf den Erlaubnisträger beschränkt sei, also auf denjenigen, dem die Gebrauchserlaubnis erteilt worden sei. Dies sei im vorliegenden Fall in dem in Frage stehenden Zeitraum jedenfalls der Antragsgegner. Auf eine eigene ihr erteilte Gebrauchserlaubnis vermöge sich die Antragstellerin trotz ihrer bisherigen Versuche eine solche zu erwirken, nicht zu berufen. Es sei auch unbestritten, daß die Antragstellerin in dem in Frage stehenden Zeitraum Oktober 1983 bis Juli 1986 von der Benützung der Freiluftschankefläche nicht ausgeschlossen gewesen sei. Nach § 878 ABGB könne nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden, "was geradezu unmöglich sei". Die heute herrschende Meinung verstehe unter dem Begriff des "geradezu Unmöglichen" das rechtlich Unmögliche und das faktisch Absurde. Nur soweit geradezu Unmögliches bedungen worden sei, sei das Geschäft absolut nichtig, sodaß es nicht einmal einer Anfechtung bedüfe. Der Anwendungsbereich des § 878 ABGB sei in den Fällen von anfänglich rechtlicher Unmöglichkeit auf die Fälle zu beschränken, die dem tatsächlich absurden Leistungsversprechen vergleichbar seien. Es seien also nur solche Versprechen nichtig, deren Erfüllung der Rechtsordnung evidentermaßen unbekannt sei, nicht hingegen bloß verbotene Leistungen und nicht solche, bei denen ein durchschnittlicher Gläubiger noch mit der Erfüllbarkeit habe rechnen können. Selbst in den Fällen, in denen das Verpflichtungsgeschäft selbst genehmigungsfrei, das Verfügungsgeschäft aber genehmigungspflichtig wäre, sei bei Versagung der Genehmigung nachträgliche Unmöglichkeit anzunehmen, sofern die Genehmigungsunfähigkeit des Geschäfts nicht von vornherein objektiv festgestanden sei (vgl. Rummel in Rummel Rz 2 zu § 878 ABGB; MietSlg. 31.090, 34.045). § 879 ABGB erweckt nun den Anschein, daß jedes Geschäft, das zu einer Norm des positiven Rechts im Widerspruch stehe, nichtig sei. Dies sei jedoch nicht der Fall. Wenn ein Gesetz nicht ausdrücklich anordne, daß ihm widersprechende Geschäfte nichtig sein sollten, sei vielmehr jeweils zu fragen, ob der Verbotszweck die Ungültigkeit

verlange oder ob sich die verletzte Norm mit der Verhängung anderer Rechtsfolgen, zB einer Bestrafung der Beteiligten, begnügen (vgl. Koziol-Welser7, 131). In der Regel seien Rechtsgeschäfte gültig, wenn das Verbot nicht den Inhalt des Geschäftes, sondern nur Art, Ort und Zeit des Abschlusses betreffe oder wenn es sich nur an einen der beiden Vertragspartner richte (vgl. aaO, MietSlg. 31.090). Fehle also dem Gesetz eine ausdrückliche Nichtigkeitsanordnung, könne sie nur dem Normzweck entnommen werden. Sei überhaupt keine Nichtigkeit angeordnet, liege überhaupt kein Verbotsgesetz im Sinn des § 879 Abs. 1 ABGB vor (vgl. Krejci in Rummel, Rz 28 zu § 879 ABGB). Betrachte man unter diesem Aspekt die Bestimmung des § 3 Abs. 2 des Wiener Gebrauchsabgabegesetzes 1966, ließe sich dieser allenfalls entnehmen, daß ein Gebrauchserlaubnisträger nicht berechtigt wäre, diese Gebrauchserlaubnis durch einen Dritten ausüben zu lassen. Eine Nichtigkeitsanordnung bezüglich eines solchen Geschäftes, wie es zwischen den Verfahrensparteien abgeschlossen worden sei, fehle dem Gebrauchsabgabengesetz. Selbst wenn man dieser gesetzlichen Bestimmung einen Verbotszweck entnehmen wolle, richte sich dieser zweifellos nur gegen den Antragsgegner als Gebrauchserlaubnisträger, nicht jedoch gegen die Antragstellerin. Daß ein allfälliger Verbotszweck die Ungültigkeit des hier zu beurteilenden Geschäftes verlangte, ergibt sich ebenfalls nicht aus § 3 Abs. 2 des Wiener Gebrauchsabgabengesetzes. Es scheine auch nicht unzweifelhaft, daß die Behörde, die die Gebrauchserlaubnis dem Antragsgegner erteilt habe, hier der Wiener Magistrat, mit geeigneten Mitteln sich gegen eine widerrechtliche Ausnützung der Gebrauchserlaubnis zu behelfen imstande sei. Abgesehen davon, daß schon nach diesen Erwägungen weder ein konkretes gesetzliches Verbot des gegenständlichen Rechtsgeschäftes erkennbar sei, noch eine Nichtigkeitsanordnung dem Normzweck entnommen werden könnte, würde auch eine Rückabwicklung eines nach § 879 ABGB nichtigen Geschäftes nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen. Die Rückabwicklung eines Dauerschuldverhältnisses erfolge nämlich stets *ex nunc*, keineswegs *ex tunc*, weshalb jedenfalls für den in Frage stehenden Zeitraum in dem die Antragstellerin die Freiluftschanke in Benützung gehabt habe, dafür ein Benützungsentgelt zu zahlen wäre. Im übrigen ziele das Begehr der Antragstellerin gar nicht auf eine Auflösung des Vertrages hin, sondern schwebe ihr eine dem Antragsgegner gegenüber entgeltlose Benützung der Freiluftschanke vor. Ausgehend von den erstgerichtlichen Feststellungen über die Wertsicherungsvereinbarungen hinsichtlich des Betrages von 5.000 S und von der auf Grund amtlicher Kundmachungen gerichtsbekannten Entwicklung des Verbraucherpreisindex 1966 errechnete das Rekursgericht die Höhe des nach § 14 Abs. 2 MRG zulässigen Entgelts für die Überlassung der Freiluftschanke einschließlich 8 % bzw. 10 % Umsatzsteuer für die Zeit von Oktober 1983 bis Dezember 1983 mit monatlich 7.408,67 S, für den Zeitraum Jänner 1984 bis Oktober 1985 mit 7.935,84 S und für den Zeitraum November 1985 bis Juli 1986 mit 8.344,38 S. Diese Beträge rechnete das Rekursgericht den vom Erstgericht unbekämpft festgestellten Beträgen des zulässigen Untermietzinses hinzu und gelangte damit zu dem zulässig monatlichen Betrag des Untermietentgelts. Für Februar 1985 ging es jedoch von dem rechnerisch richtigen Betrag von 8.667,34 S an zulässigem Untermietzins aus, weil bei Hinzurechnung des Entgelts für die Freiluftschanke der gesamtzulässige Betrag mit 16.603,18 S ohnedies über dem im verfahrenseinleitenden Antrag genannten Betrag von 10.000 S liege.

Gegen diesen Sachbeschuß des Gerichtes zweiter Instanz richten sich die Revisionsrekurse beider Teile.

Der Antragsgegner erklärt, den rekursgerichtlichen Sachbeschuß insoweit anzufechten, "als er verschiedene Überschreitungen des gesetzlichen Zinsausmaßes feststelle und ihn zur Bezahlung eines Betrages von 690.448,69 S samt Zinsen verurteile", und zwar mit dem Antrag, den angefochtenen Sachbeschuß im Sinne der Abweisung des Antrages der Antragstellerin abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Antragstellerin hingegen bekämpft den rekursgerichtlichen Sachbeschuß in seinem den erstgerichtlichen Beschuß abändernden Umfang und stellt den Antrag, den rekursgerichtlichen Beschuß im Sinne der Wiederherstellung des erstrichterlichen Sachbeschlusses abzuändern; hilfsweise stellt auch diese Revisionsrekurswerberin einen Aufhebungsantrag.

Beide Parteien beantragten in ihren Revisionsrekursbeantwortungen, dem Revisionsrekurs der Gegenseite keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Antragsgegners ist unzulässig; jener der Antragstellerin zulässig, aber nicht berechtigt.

Vor Eingehen in die Rechtsmittelausführungen beider Teile ist festzuhalten, daß im Verfahren zweiter Instanz - wie das Rekursgericht auch zutreffend hervorhob - nur mehr die Frage strittig blieb, ob die von der Antragstellerin tatsächlich

benutzte "Freiluftschanckfläche" bei der Ermittlung des angemessenen Untermietzinses zu berücksichtigen ist oder außer Betracht zu bleiben hat; im übrigen wurde der erstinstanzliche Sachbeschuß nicht bekämpft.

Das Rekursgericht hat dem vom Antragsgegner allein erhobenen, dem Rechtsmittelantrag nach gegen den gesamten erstinstanzlichen Beschuß gerichteten, jedoch nur in Ansehung der Frage der Berücksichtigung der Freiluftschanckfläche ausgeführten Rekurs Folge gegeben und den Ausspruch des Erstgerichtes über die im einzelnen festgestellten Überschreitungen des zulässigen Zinsausmaßes im Betrag von insgesamt 961.030,14 S dahin abgeändert, daß es im Sinne des letztlich gestellten Rekursbegehrens die mit den einzelnen Vorschreibungen erfolgten Überschreitungen des gesetzlichen Zinsausmaßes herabsetzte und den vom Antragsgegner der Antragstellerin zurückzuzahlenden Betrag mit bloß 690.448,69 S sA, somit um 270.581,25 S sA niedriger festsetzte. Der gegen diese Entscheidung erhobene Revisionsrekurs des Antragsgegners richtet sich somit gegen den den erstgerichtlichen Sachbeschuß bestätigenden Teil des Sachbeschlusses des Rekursgerichtes. Insoweit aber ein erstgerichtlicher Sachbeschuß vom Rekursgericht bestätigt worden ist - im Regelungsbereich des § 37 Abs. 3 Z 18 MRG ist das Judikat 56 neu nicht anzuwenden (MietSlg. 36.515, 37.531, 38.561) - ist dagegen gemäß § 37 Abs. 3 Z 18 MRG ein Revisionsrekurs nur dann zulässig, wenn ihn das Rekursgericht für zulässig erklärt hat, ein Ausspruch, der weder vom Rekursgericht nachgeholt, noch vom Obersten Gerichtshof überprüft werden kann, oder wenn der erstgerichtliche Sachbeschuß von einer vom Rekursgericht in einer ohne Rechtskraftvorbehalt erfolgten Aufhebung überbundenen Rechtsansicht ausgegangen ist (MietSlg. 36.514, 37.531, 38.561, 5 Ob 43/87 ua). Da das Rekursgericht in Ansehung des bestätigenden Teiles den Rekurs an den Obersten Gerichtshof nicht zugelassen hat und der Sachbeschuß des Erstgerichtes auch nicht auf einer im Sinne des zweiten Falles überbundenen Rechtsansicht beruht, ist der rechtsgerichtliche Beschuß in seinem bestätigenden Teil nicht mehr bekämpfbar.

Damit erweist sich der Revisionsrekurs des Antragsgegners als unzulässig, weshalb er zurückgewiesen werden mußte.

Die Antragstellerin führt ihre gegen die Berücksichtigung der

"Freiluftschanckfläche" bei der Ermittlung des angemessenen

Untermietzinses gerichtete Rechtsrüge im wesentlichen dahin aus, daß zu den "sonstigen Leistungen", die zu dem zu entrichtenden Mietzins nach § 14 MG hinzuzurechnen seien, Scheinleistungen nicht gehörten und die "Rechtseinräumung einer Freiluftschanckfläche" - wie das Erstgericht richtig erkannt habe - keine Leistung sei. Die vom Rekursgericht im Zusammenhang mit der Übertretung eines gesetzlichen Verbotes gebrachten Argumente gingen am Kern der Sache vorbei; "nicht die Unzulässigkeit der Rechtseinräumung an der Freiluftschanckfläche durch die Antragstellerin sei von Belang, es gehe vielmehr um die von der Antragstellerin hiebei erbrachte Leistung". Sei diese gleich null, weil die Antragstellerin das Entgelt für die Benützung dieses öffentlichen Grundes selbst entrichte, dann könne der Antragsgegner mangels Leistungsaustausches hiefür auch keine Gegenleistung in Anschlag bringen. Schuldner der Leistung (Benützung der Freiluftschanckfläche) sei nicht der Antragsgegner, sondern die öffentliche Hand, und zwar gleichgültig, ob die Genehmigung der Antragstellerin selbst oder dem Antragsgegner erteilt worden sei; es gehe ja nicht an, die Säumigkeit oder eine verfehlte Rechtsansicht von Behörden in Ansehung dieser Gebrauchserlaubnis als rechtsgestaltend auf die Entgeltlichkeit des Geschäfts inter partes gelten zu lassen. Dem ist folgendes zu entgegnen:

Die Vorinstanzen sind im Sinne des § 43 Abs. 2 MRG mit Recht von der Anwendbarkeit des § 14 MG ausgegangen (vgl. Würth in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 43 MRG; 5 Ob 54/87). Nach Abs. 1 dieser Bestimmung ist für einen im wesentlichen ohne Beistellung von Einrichtungsgegenständen in Untermiete gegebenen Bestandgegenstand nur ein Mietzins zulässig, der den dafür vom Hauptmieter zu entrichtenden, gesetzlich zulässigen Mietzins nicht übersteigt. Darüber hinaus darf für eine in größerem Umfang vorgenommene Beistellung von Einrichtungsgegenständen oder für den Fall, daß sich der Hauptmieter zu anderen Leistungen verpflichtet, gemäß § 2 leg. cit. ein angemessenes Entgelt vereinbart werden. Bei Beurteilung der Angemessenheit des vereinbarten Entgelts und damit auch der hier strittig gebliebenen Frage ist davon auszugehen, daß der Antragsgegner nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Bestandvertrag ua die vor dem Haus Kärntnerstraße 24 auf Straßenniveau gelegene im einzelnen auch näher beschriebene "Freiluftschanckfläche (Vorgarten) in Bestand gegeben hat" (Punkt I lit. b) des Bestandvertrages). Da bei Beurteilung der Höhe des zulässigen Mietzinses nach § 14 MG nicht auf sachenrechtliche Begriffe abzustellen ist, vielmehr wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgeblich sind, wurden von der Rechtsprechung auch vom Untervermieter vorgenommene besondere Investitionen im Bestandgegenstand als "sonstige Leistungen" anerkannt, wenn sie dem

Untermieter zugute kamen (vgl. MietSlg. 16.393; 5 Ob 159/86), und deren Nutzwert im Rahmen der Festsetzung des angemessenen Mietzinses auch berücksichtigt. Von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus stellt sich Punkt I lit. b des Bestandvertrages als Einräumung einer Chance für den Untermieter, die dem Vermieter zustehende Gebrauchserlaubnis auszunützen, dar. Eine solche Chance lässt sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sehr wohl in Geld bewerten, wie sich ja schon aus der von den Parteien in Punkt IX des Mietvertrages getroffenen Vereinbarung ergibt, und ist damit als eine vom Hauptmieter gegenüber dem Untermieter erbrachte vermögenswerte Leistung im Sinne des § 14 MG anzusehen. Da eine vom Grundeigentümer verschiedene Person eine solche Chance nur im Zusammenhang mit einem Recht zur Benützung einer Liegenschaft, von der aus jeweils der Gebrauch erfolgt oder erfolgen soll, erhalten kann (vgl. § 2 Abs. 5 Wiener Gebrauchsabgabegesetz 1966), hat das Rekursgericht mit Recht diese vom Antragsgegner der Antragstellerin eingeräumte Chance bei der Ermittlung des angemessenen Untermietzinses berücksichtigt. Aus der bereits erwähnten Vereinbarung nach Punkt IX des Bestandvertrags haben die Parteien die Unmöglichkeit der Ausübung der mit einer solchen Gebrauchserlaubnis verbundenen Rechte selbst mit 5.000 S monatlich bewertet. Wenn das Rekursgericht sich bei der Berechnung des angemessenen Untermietzinses im Rahmen der von den Parteien selbst vorgenommenen Bewertung gehalten hat (§ 273 ZPO), so kann darin kein Ermessensmißbrauch und damit auch kein Rechtsirrtum erblickt werden. Daß der Bestandvertrag (Punkt IX) bedachte Fall der "Unbenützbarkeit der vertragsgegenständlichen Freiluftschankfläche (Vorgarten) während eines ganzen Jahres" hier eingetreten wäre, wurde nicht behauptet und ist den Verfahrensergebnissen auch nicht zu entnehmen. Die von den Parteien diesem Fall einvernehmlich beigemessene Nutzwertminderung kommt bei der Bestimmung des angemessenen Untermietzinses somit nicht zum Tragen. Welche Rechtsform der Ausnützung der der Antragstellerin in Punkt I lit. b des Bestandvertrages eingeräumten Chance tatsächlich zugrundelag, ist unter den gegebenen Umständen rechtlich unerheblich, weil die dem Antragsgegner erteilte Gebrauchserlaubnis erst durch deren Widerruf erlischt (§ 4 Abs. 1 letzter Satz Wiener Gebrauchsabgabegesetz 1966) und ein solcher Widerruf nicht behauptet wurde und auch dem Akteninhalt nicht zu entnehmen ist. Damit erweist sich aber der Revisionsrekurs der Antragstellerin als nicht berechtigt, weshalb ihm kein Erfolg beschieden sein konnte.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 37 Abs. 3 Z 19 MRG wonach jede Partei die Kosten rechtsfreundlicher Vertretung grundsätzlich selbst zu tragen hat. Daß diese Kosten mutwillig verursacht worden wären, kann bei der gegebenen Sach- und Rechtslage - entgegen der auch nicht näher ausgeführten Ansicht der Antragstellerin - nicht gesagt werden. Im übrigen wurden Kosten mit Recht nicht verzeichnet, weil im Verfahren nach dem MRG neben den Pauschalgebühren nach TP 12 GGG auch dann keine weiteren Gebühren zu entrichten sind, wenn ein Rechtsmittel erhoben wird (Anm. 3 zu TP 12 GGG).

Anmerkung

E16614

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1989:0050OB00012.89.0221.000

Dokumentnummer

JJT_19890221_OGH0002_0050OB00012_8900000_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