

# TE OGH 1985/10/9 1Ob610/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.10.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Gamerith, Dr. Schobel, Dr. Hofmann und Dr. Riedler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Johann A, Kaufmann, Innsbruck, Dreiheiligenstraße 21, 2.) Sebastian A, Kaufmann, ebendort,

3.) Ernst A, Kaufmann, Wien 7., Kirchengasse 46, 4.) Anton A, Kaufmann, Hall, Scherndorf 4, 5.) Maria B, Kaufmann, Innsbruck, Dreiheiligenstraße 21, sämtliche vertreten durch Dr. Ludwig Hoffmann, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagten Parteien

1.) Gerhard C, Kaufmann, 2.) Erika D, Hausfrau, beide Innsbruck, Leopoldstraße 37, beide vertreten durch Dr. Karl

G. Aschaber, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Räumung, infolge Revisionsrekurses der klagenden Parteien gegen den Beschluß des Landesgerichtes Innsbruck als Rekursgerichtes vom 26. April 1985, GZ 3 a R 57/85-20, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Innsbruck vom 16. November 1984, GZ 17 C 128/85-14, teilweise abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird, soweit die Feststellung eines höheren Mietzinsrückstandes als S 36.543,35 angestrebt wird, zurückgewiesen. Im übrigen wird dem Revisionsrekurs teilweise Folge gegeben. Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß der von den Beklagten geschuldete Betrag mit S 27.201,15 festgestellt wird. Die Kosten des Revisionsrekurses sind weitere Prozeßkosten.

## Text

Begründung:

Die Beklagten sind seit 1.9.1972 Mieter einer im ersten Stock des den Klägern gehörenden Hauses Innsbruck, Leopoldstraße 37, gelegenen Wohnung. Ab 1.9.1975 war vertragsgemäß ein monatlicher, mit Basis September 1972 wertgesicherter Mietzins von S 1.500,- zu bezahlen. Die Beklagten zahlten ungeachtet höherer Vorschriften ab 1.1.1978 einen monatlichen Hauptmietzins von S 1.681,- und ab 1.11.1982 einen solchen von S 1.308,30. Mit rechtskräftigem Beschluß des Landesgerichtes Innsbruck vom 15.11.1983, 1 R 768/83, mit dem der Beschluß des Erstgerichtes vom 22.6.1983, MSch 24/83-6, teilweise abgeändert wurde, wurde ausgesprochen, daß der von den Beklagten für die Wohnung zu entrichtende Hauptmietzins mit Wirkung 1.11.1982 auf S 561,-, wertgesichert gemäß § 16 Abs.4 MRG, ermäßigt wird. Die Kläger wurden schuldig erkannt, den Beklagten an Überzahlungen für die Monate November 1982 bis April 1983 den Betrag von S 4.483,80 samt Anhang zu bezahlen. In der zu 11 C 96/84 des

Erstgerichtes eingebrachten Klage begehren die Kläger von den Beklagten die Zahlung eines rückständigen Mietzinses von S 24.492,39 samt Anhang für die Zeit vom Februar 1981 bis einschließlich Oktober 1982. Dieses Verfahren ist noch nicht beendet.

In der am 6.12.1979 eingebrachten Räumungsklage brachten die Kläger vor, die Beklagten seien trotz der eingeschriebenen Mahnung und Fristsetzung mit der Bezahlung eines wertbeständigen Mietzinses von ca. S 10.000 im Rückstand. Sie erklärten deshalb das Mietverhältnis mit sofortiger Wirkung für aufgelöst. Die Beklagten wendeten ein, eine Zinsminderung in der Höhe der behaupteten ca. S 10.000 sei wegen Lärmbeeinträchtigung gerechtfertigt. Wegen der Blockierung der Zugänge zum Haus durch LKWs und übermäßige Lärmentwicklung durch Be- und Entladung könne der Mietzins über den Betrag von S 10.000 hinaus gemindert werden. Im Antrag der Kläger vom 15.9.1983 wurde erstmals der Mietzinsrückstand ab 1.1.1978 detailliert aufgeschlüsselt und ausgeführt, daß bis einschließlich Juni 1983 ein Rückstand von S 67.431,84 aufgelaufen sei. Da die Beklagten mit Mietzinsen erheblich im Rückstand seien, seien die Voraussetzungen des § 1118 ABGB vorgelegen, wonach die Kläger das Bestandverhältnis mit sofortiger Wirkung lösten.

Die Beklagten wendeten darauf unter anderem ein, sie hätten auf Grund der Ergebnisse des Verfahrens MSch 24/83 des Erstgerichtes einen Rückforderungsanspruch an zuviel bezahlten Mietzinsen von S 5.978,34 samt Anhang, den sie gegen einen allfälligen Mietzinsrückstand aufrechneten. Auf Grund der seinerzeit bestandenen und teilweise noch immer existenten Beeinträchtigungen der Brauchbarkeit des Mietobjektes sei ein Rückstand nicht gegeben. Allfällige Rückstände vor Februar 1981 seien auch verjährt. Das Erstgericht sprach aus, daß die Höhe der Mietzinsrückstände für die Zeit vom 1.1.1978 bis 31.10.1982 S 36.543,35 betrage. Beeinträchtigungen des Bestandrechtes durch Lärm, Vibrationen, Geruch, Zufahrt von LKWs usw. hätten, da sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß nicht überschritten, nicht festgestellt werden können. Im Jahre 1978 hätten die Beklagten monatlich S 499,10, vom 1.1.1979 bis 30.11.1979 monatlich S 576,50, vom 1.12.1979 bis 30.4.1980 monatlich S 661,85, vom 1.5.1980 bis 30.11.1980 monatlich S 740,45, vom 1.12.1980 bis 31.3.1981 monatlich S 817,70, vom 1.4.1981 bis 31.12.1981 monatlich S 906,65, vom 1.1.1982 bis 31.8.1982 monatlich 1.011,80 und vom 1.9.1982 bis 31.10.1982 monatlich S 1.086,86 zu wenig an Mietzinsen bezahlt. Dies ergebe einen Gesamtbetrag von S 42.521,75 abzüglich S 4.483,80 auf Grund des Beschlusses des Landesgerichtes Innsbruck vom 15.11.1983, 1 R 768/83 und der Überzahlungen für die Monate Mai und Juni 1983 von S 1.494,60. Daraus errechne sich ein gesamter Mietzinsrückstand von S 36.543,35. Der Verjährungseinwand sei nicht berechtigt. Da die auf den Kündigungsgrund aushaftender Mietzinszahlungen gestützte Räumungsklage auch ein den aushaftenden Mietzinsrückstand beinhaltendes Feststellungsbegehren enthalte, könne von einer Verjährung der vor Februar 1981 entstandenen Rückstände nicht gesprochen werden. 'Eine Überprüfung dieser Voraussetzungen erübrige sich aber, da derartige Räumungsklagen die Feststellung der zum Zeitpunkt der Klageeinbringung bzw. des danach in Gang gesetzten Verfahrens aushaftenden Mietzinsrückstände bewirken.'

Diesen Beschluß bekämpften beide Parteien mit Rekurs. Die Kläger strebten die Feststellung an, daß der Mietzinsrückstand mit S 53.766,53 bestimmt werde, die Beklagten, daß ein Mietzinsrückstand nicht bestehe.

Mit dem angefochtenen Beschluß gab das Rekursgericht dem Rekurs der Kläger nicht, dem der Beklagten aber teilweise Folge. Es stellte den aushaftenden Mietzinsrückstand mit S 16.048,95 fest. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erklärte es für zulässig. Eine Bekämpfung der Beweiswürdigung und Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes sei nicht zulässig, so daß sich die Beklagten nicht darauf berufen könnten, infolge erheblicher Beeinträchtigungen der Benützung des Mietobjektes sei eine Zinsreduktion gerechtfertigt. Zutreffend bekämpften sie aber die Rechtsansicht des Erstgerichtes, die Verjährung der Mietzinsforderungen sei durch die Räumungsklage unterbrochen worden. Eine auf Mietzinsrückstände gestützte Räumungsklage nach § 1118 ABGB sei nicht mit einer Feststellungsklage gleichzusetzen. Die Räumungsklage stütze sich lediglich dem Rechtsgrunde nach auf einen Mietzinsrückstand, ohne daß damit dieser auch gerichtlich geltend gemacht werde. Erst mit der am 19.1.1984 zu 11 C 96/84 des Erstgerichtes eingebrachten Klage auf Bezahlung rückständiger Mietzinse von S 24.492,39 seien diese ab Februar 1981 gerichtlich geltend gemacht worden. Erst diese Klage habe somit ab dem Zeitpunkt des Einlangens die Verjährung unterbrochen. Mietzinsrückstände bestünden daher erst ab 1. Februar 1981 in der Höhe von S 20.063,25 zu Recht. Zu den vom Erstgericht ermittelten Rückständen kämen aber noch die auf Grund des Mietvertrages auf die Beklagten zu überwälzende Umsatzsteuer in der Höhe von S 1.605,06. Beim Rückforderungsanspruch sei gleichfalls die Umsatzsteuer in Abzug zu bringen, so daß die Überzahlung nur S 5.619,36 betrage.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Revisionsrekurs der Kläger mit dem Antrag, den Mietzinsrückstand mit S

53.766,33 zu bestimmen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Soweit die Rekurswerber die Bestimmung eines höheren Mietzinsrückstandes als S 36.543,35 anstreben, ist ihr Rechtsmittel unzulässig. Sowohl auf einen gemäß § 33 Abs.2 letzter Satz MRG als auch auf einen gemäß § 21 Abs.2 letzter Satz MG, welche Vorschrift hier gemäß § 48 Abs.1 MRG noch anzuwenden ist, ergangenen Beschluß sind die Rechtsmittelvorschriften der Zivilprozeßordnung anzuwenden (3 Ob 624/83; für das Mietengesetz: MietSlg.26.332, 20.517, 19.396 ua). Nach § 528 Abs.1 Z 1 ZPO idF der Zivilverfahrens-Novelle 1983 sind Rekurse gegen Entscheidungen des Gerichtes zweiter Instanz, soweit dadurch der angefochtene erstrichterliche Beschluß bestätigt worden ist, unzulässig. Die Anfechtbarkeit teilweise bestätigender Entscheidungen wurde damit abweichend von den Rechtssätzen des Jud.56 neu dahin geregelt, daß ein Revisionsrekurs gegen den bestätigenden Teil einer zweitinstanzlichen Rekursentscheidung immer unzulässig ist (ÖBl.1985, 23; JBl.1984, 679 uva; Petrasch, Das neue Revisions-(Rekurs-)Recht, ÖJZ 1983, 175, 203). Den Klägern ist es daher verwehrt, den Beschluß des Rekursgerichtes, soweit ihrem Rekurs keine Folge gegeben wurde, zu bekämpfen.

Im übrigen ist der Revisionsrekurs teilweise berechtigt. Nach § 1118 ABGB kann der Bestandgeber unter anderem dann die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer nach geschehener Einmahlung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termines den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat. Die Aufhebung des Vertrages erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit ihrem Zugang an den Bestandnehmer wirksam wird (MietSlg.35.264; EvBl.1968/121; MietSlg.19.155; JBl.1956, 208; Würth in Rummel, ABGB, Rdz 6 zu § 1118; Klang 2 V 118). Wäre eine von den Klägern behauptete, aber nicht festgestellte außergerichtliche Mahnung nicht erfolgt, hätte die Zustellung der Klage die Mahnung ersetzt (MietSlg.34.264, 23.190; JBl.1966, 203; Würth aaO Rdz 17). Da die Auflösung mit dem Zugang der Auflösungserklärung an den Bestandnehmer wirksam wird, ist für ein rechtsgestaltendes Urteil kein Raum. Die auf die rechtswirksame Auflösungserklärung gestützte Räumungsklage ist daher eine Leistungsklage (EvBl.1983/76; SZ 32/148 ua; Würth aaO Rdz 6). Ob die Auflösungserklärung berechtigt war, hier also, ob im Sinn des § 1118 ABGB ein qualifizierter Mietzinsrückstand bestanden hat, ist nach dem Zeitpunkt des Zuganges der Auflösungserklärung zu beurteilen (MietSlg.35.220, 23.184; RZ 1934, 219; Würth aaO Rdz 6; Fasching aaO). Eine Änderung der Verhältnisse ist zugunsten des Bestandnehmers, der an dem Zahlungsrückstand kein grobes Verschulden hatte, nur im Falle des § 33 Abs.2 und 3 MRG bzw. des § 21 Abs.2 und 3 MG bei Entrichtung des geschuldeten Betrages und zu seinem Nachteil dann zu berücksichtigen, wenn während des Räumungsstreites fällig werdende Bestandzinse nicht bezahlt wurden, der Bestandgeber sein Räumungsbegehren auch auf diese Zinsfälligkeiten stützte und das Verfahren fortführte (MietSlg.34.264, 30.223, 22.454, 18.219; JBl.1966, 203; Würth aaO Rdz 19). Die gemäß § 33 Abs.2 MRG bzw. § 21 Abs.2 MietG durchzuführende Entscheidung über die Höhe des geschuldeten Betrages soll dem Mieter, den an dem Zahlungsrückstand kein grobes Verschulden traf, die Möglichkeit bieten, durch Entrichtung dieses geschuldeten Betrages die Fortsetzung des Mietvertrages zu erreichen. Der Mieter wird in diesem Fall so gestellt, als hätte er innerhalb der ihm nach § 1118 zweiter Fall ABGB zu gewährenden angemessenen Nachfrist den Zahlungsverzug beendet. Dann kann aber die Entscheidung über die Höhe des geschuldeten Betrages nur bedeuten, daß über jenen Betrag zu entscheiden ist, der der wirksamen Auflösungserklärung zugrunde gelegt wurde, und, sollte das Auflösungsbegehren auch auf spätere Fälligkeiten gestützt worden sein, ob diese zum Zeitpunkt des Zuganges der Erklärung geschuldet wurden. Es kommt daher immer darauf an, ob und welcher Mietzinsrückstand zum Zeitpunkt der Auflösungserklärung bzw. des Vorbringens, auch nach der Auflösungserklärung wäre der Mieter mit den Mietzinszahlungen säumig geworden, bestanden hatte. Der Oberste Gerichtshof hat daher schon in einem den Kündigungsgrund nach § 19 Abs.2 Z 1 MG betreffenden Fall ausgesprochen, daß auf eine erst nach Einbringung der Kündigung eingetretene Verjährung von Mietzinsforderungen nicht Bedacht zu nehmen ist (MietSlg.23.462). Da als Vorfrage im Räumungsverfahren zu prüfen ist, ob zum Zeitpunkt der Rechtsgestaltung diese berechtigt war, kann der einmal wirksam aufgelöste Bestandvertrag nicht wieder dadurch aufleben, daß der Mietzinsrückstand wegen Verjährung nicht mehr eingeklagt werden durfte. Daß den Klägern, würden sie eine Klage auf Zahlung des rückständigen Mietzinses erheben, für alle mehr als drei Jahre fälligen Mietzinse (§ 1486 Z 4 ABGB) Verjährung eingewendet werden könnte, hat mit der Frage, auf Grund welchen Mietzinsrückstandes die Auflösungserklärung berechtigt war, nichts zu tun.

Die Beklagten waren daher nur berechtigt, den Klägern entgegenzuhalten, daß in der Auflösungserklärung angeführte

Mietzinse bereits in diesem Zeitpunkt verjährt waren, nicht aber, daß wegen Unterlassung der Einklagung des Rückstandes in der Zwischenzeit ordnungsgemäß eingemahnte und für die rechtsgestaltende Auflösung herangezogenen Mietzinse verjährt sind. Da andererseits die Beklagten durch die Zahlung der eingemahnten Mietzinse innerhalb angemessener Frist die besonderen Verzugsfolgen des § 1118 ABGB hätten abwenden können, kann die Feststellung, was geschuldeter Betrag sei, nicht einen höheren als den in der Mahnung geltend gemachten Betrag ergeben. Daraus folgt, daß als Mietzinsrückstand bis zur Klagshebung nur der eingemahnte Betrag von S 10.000 festgestellt werden kann. Auf die später fällig gewordenen Mietzinse stützten die Kläger ihr Räumungsbegehren erst mit Schriftsatz vom 15.9.1983. Soweit in dieser Erklärung auf Mietzinszahlungen zwischen Klagseinbringung und der Zinsfälligkeit für Oktober 1980 Bedacht genommen wurde, handelt es sich um bereits verjährte Zinsdifferenzen. Als geschuldeter Betrag konnten daher nur die Beträge für die Zinsfälligkeiten vom 1.10.1980 bis 31.10.1982 abzüglich der Überzahlungen für den Zeitraum November 1982 bis Juni 1983 festgestellt werden.

Die Kläger haben weder in den Mahnungen noch in diesem Verfahren in erster Instanz vorgebracht, sie wären berechtigt, den Beklagten auch die vom Mietzins zu entrichtende Umsatzsteuer anzurechnen, diese wäre auch bei der Berechnung der Rückzahlungen zu berücksichtigen. Ein derartiges Vorbringen erstatteten sie erstmals im Rekurs gegen den Beschluß des Erstgerichtes als unzulässige Neuerung. Auf diese hätte das Rekursgericht nicht Bedacht nehmen dürfen.

Der geschuldete Betrag ergibt sich daher aus der Zinsdifferenz von S 10.000, der in der Auflösungserklärung geltend gemacht wurde, und aus der Zinsdifferenz von S 23.179,55 für die Zeit vom 1.10.1980 bis 31.10.1982 abzüglich des Rückforderungsanspruches der Beklagten von S 5.978,40, d.s. insgesamt S 27.201,15. In dieser Höhe ist in Abänderung der Beschlüsse der Vorinstanzen der geschuldete Betrag festzustellen. Daß die Kläger den Beklagten den Betrag von S 4.483,80 auf Grund des Beschlusses des Landesgerichtes Innsbruck vom 15.11.1983, 1 R 768/83, bereits bezahlt hätten, ist eine im Revisionsrekursverfahren unzulässige Neuerung.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs.1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E06622

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0010OB00610.85.1009.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19851009\_OGH0002\_0010OB00610\_8500000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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