

# TE OGH 2008/12/17 30b219/08i

JUSLINE Entscheidung

Ⓞ Veröffentlicht am 17.12.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Sailer und Dr. Jensik sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Andreas H\*\*\*\*\*, vertreten durch MMag. Johannes Pfeifer, Rechtsanwalt in Liezen, wider die beklagte Partei mj Philipp K\*\*\*\*\* vertreten durch seine Mutter Ingrid K\*\*\*\*\*, diese vertreten durch Schmid & Horn Rechtsanwälte GmbH in Graz, wegen 1.553,49 EUR sA und Räumung, infolge von Rekursen beider Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichts Leoben als Berufungsgericht vom 19. Mai 2008, GZ 1 R 342/07x-43, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichts Schladming vom 13. Juli 2007, GZ 2 C 159/06w-36, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Beide Rekurse werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger ist aufgrund Übergabsvertrags vom 25. Juni 1980 grundbücherlicher Alleineigentümer einer Liegenschaft mit einem darauf errichteten Haus in H\*\*\*\*\*. Am 30. September 1976 vermieteten seine Eltern dem unehelichen Vater des minderjährigen Beklagten eine in diesem Haus gelegene Parterrewohnung, bestehend aus einem Zimmer mit Schlafkoje und WC sowie einen Pkw-Abstellplatz. Der Hauptmietvertrag enthält ua folgende Bestimmungen:

„2.) Der Mietvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, jedenfalls aber auf Lebenszeit des Mieters, welcher am 24. Dez. 1946 geboren ist.

3.) Als Mietzins wird auf Lebenszeit des Mieters jener Betrag vereinbart, welchen die Vermieter aus einem Ölkauf vom 22. 1. 1976 in Höhe von S 7.000 und aus dem Schuldschein vom 24. bzw 27. 10. 1975, verbüchert unter TZ \*\*\*\*\*, dem Mieter schulden. Allfällige Rechtsnachfolger des Mieters werden einen monatlichen Mietzins von 350.-- zuzüglich 15 % Betriebskostenanteil, fällig je am 1. eines jeden Monats im Vorhinein zu bezahlen haben.

4.) Die Vermieter verzichten für sich und ihre Rechtsnachfolger auf jegliche Kündigung dieses Vertrags aus welchen Gründen immer, mit Ausnahme des Falles des § 19 Abs. 2, Z 1 MG.

Dieser Kündigungsgrund wird überdies als einziger Auflösungsgrund unter Ausschluss der übrigen Auflösungsgründe des § 1118 ABGB vereinbart.

...

6.) Die Kinder des Vermieters ... stimmen diesem Mietvertrag in Kenntnis seiner Bedingungen zu und fertigen diesen zum Zeichen ihres Einverständnisses mit. Im Übrigen gehen alle Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf die beiderseitigen Rechtsnachfolger über.

..."

Nach dem Tod des Vaters des Beklagten am 5. August 2000 nahm der Kläger den Standpunkt ein, das Bestandverhältnis bestehe nicht mehr. Der hier Beklagte brachte zu AZ 2 C 716/04d des Bezirksgerichts Schladming (im Folgenden nur Vorverfahren) eine auf Feststellung des aufrechten Fortbestehens des Bestandverhältnisses gerichtete Klage ein, der mit Urteil vom 30. Dezember 2005 stattgegeben und festgestellt wurde, dass aufgrund des Hauptmietvertrags vom 30. September 1976 und zu dessen Bedingungen die (dort) klagende Partei Mieter und die (dort) beklagte Partei Vermieter der Wohnung seien. Aufgrund der Ergebnisse des Vorverfahrens muss der Kläger dem Beklagten Prozesskosten von 3.664,57 EUR ersetzen. Die Exekutionskosten von 1.490 EUR zahlte der Kläger dem Beklagten.

Mit seiner am 31. März 2006 beim Erstgericht eingelangten Miezins- und Räumungsklage beehrte der Kläger die Aufhebung des Mietvertrags gemäß § 1116a ABGB; weiters stützte er sein Klagebegehren auf die Nichtzahlung der Mietzinse bzw Betriebskosten (im Folgenden auch nur kurz BK). Nach Klagsausdehnungen beehrte er neben der Räumung des Objekts zuletzt 4.071,27 EUR und zwar

- 2.335,72 EUR an rückständigen BK für die Jahre 2000 bis 2005 abzüglich des für Dezember 2005 erlegten Betrags von 3,82 EUR;

- 839,37 EUR an noch nicht verjährten rückständigen Mietzinsen von März 2003 bis November 2005 und

- 900 EUR an angemessenem Benützungsentgelt für die Monate März bis November 2006 (AS 143).

Da das Bestandobjekt eine Ferienwohnung sei, unterliege das Mietverhältnis nicht dem MRG. Der Beklagte sei trotz nach Fälligkeit erfolgter Mahnung mit der Bezahlung der Mietzinse und BK mindestens acht Tage im Verzug gewesen. Entgegen dem Standpunkt des Beklagten seien im Mietvertrag nämlich nicht nur BK-Zahlungen von 15 % des monatlichen Mietzinses - also 15 % von 350 ATS = 52,50 ATS (= 3,815 EUR) - pro Monat vereinbart worden, sondern ein BK-Anteil von 15 % der auf das gesamte Haus entfallenden BK jährlich im Nachhinein. Schon der verstorbene Vater des Beklagten habe etwa 25 Jahre lang (freiwillig) einen BK-Anteil von 15 % jährlich im Nachhinein bezahlt. Durch die jahrelange Übung der Parteien des Mietvertrags sei es zu einer Auslegung des im Mietvertrag verwendeten BK-Begriffs gekommen, sodass eine klare Regelung darüber bestehe, welche Positionen als BK an den Mieter weiterverrechenbar seien. Da der Beklagte statt des vereinbarten 15%igen Anteils der auf das gesamte Haus entfallenden BK nur 3,82 EUR monatlich an BK geleistet bzw hinterlegt habe, sei das Räumungsbegehren jedenfalls berechtigt (AS 145). Die Entgegennahme der Mietzins- und BK-Zahlungen sei in der Annahme verweigert worden, es bestehe kein aufrechtes Mietverhältnis mehr. Der Beklagte habe die von ihm daraufhin gerichtlich hinterlegten Beträge nicht gewidmet. Bis 10. März 2006 sei ein Erlagsbetrag von 2.109,96 EUR angewachsen. Dieser Betrag sei mit Beschluss des Bezirksgerichts Schladming vom 10. März 2006 dem Beklagten wieder ausgefolgt worden und habe zur (teilweisen) Abdeckung der Prozesskostenschuld des Klägers gegenüber dem Beklagten von 3.699,97 EUR infolge dessen Obsiegens im Vorverfahren gedient (Klage AS 2 f). In seinen Schriftsätzen vom 19. Oktober (AS 102 f) und vom 10. November 2006 (AS 143) nahm der Kläger dann den - von seinem Klagevorbringen abweichenden - Standpunkt ein, mangels Widmung des hinterlegten Betrags sei er berechtigt, diesen auf seine jeweils ältesten Forderungen zu widmen. Von den hinterlegten 2.109,96 EUR widme er demnach 1.029,44 EUR für Mietzinse und BK für das Jahr 2000 und 807,14 EUR für Mietzinse und BK für 2001; den Restbetrag von 283,38 EUR widme er als Teilzahlung für den Jahresmietzins 2002. Auch die BK für das Jahr 2002 seien noch nicht verjährt, weil die BK-Abrechnung vereinbarungsgemäß jährlich im Nachhinein erfolgt sei und er für das Jahr 2002 die BK-Abrechnung mit der Klage erstellt habe. Mit Schreiben vom 12. Jänner 2006 habe er letztendlich gegenüber dem Beklagten die Kündigung des Bestandverhältnisses zum 28. Februar 2006 ausgesprochen. Infolge Weiterbenützung der Wohnung auch noch nach dem 28. Februar 2006 bestehe Anspruch auf Benützungsentgelt in angemessener Höhe. Infolge der Lage der

Wohnung nur wenige Meter von der Talstation eines beliebten Schilifts entfernt, wäre am Markt nicht nur ein monatlicher Mietzins in der 1976 (nicht wertgesichert) vereinbarten Höhe zu erzielen, sondern ein solcher von monatlich zumindest 100 EUR. Außerdem habe der Beklagte erheblich nachteiligen Gebrauch vom Bestandgegenstand gemacht, weil er während seiner oft wochenlangen Abwesenheit elektrische Geräte weiterlaufen habe lassen, wodurch Kurzschluss- und Brandgefahr bestanden habe. Aus Sicherheitsgründen sei es daher erforderlich gewesen, die Stromzufuhr zu unterbrechen. Ein Mietzinsminderungs- und Schadenersatzanspruch des Beklagten bestehe deshalb nicht. Auch eine Ersatzpflicht für die Kosten der Erlagsanträge sei nicht gegeben. Durch eine behauptete Gegenforderung könne ein Räumungsbegehren nach § 1118 ABGB nur dann abgewehrt werden, wenn der Mieter die behauptete Bestandzinsschuld unbedingt und außergerichtlich vor Klageführung anerkannt habe. Der Beklagte habe jedoch weder die behauptete Bestandzinsschuld anerkannt noch vor Klageeinbringung eine Aufrechnungserklärung abgegeben.

Der Beklagte wendete im Wesentlichen ein, auf ein Kündigungsrecht nach § 1116a ABGB sei im Mietvertrag verzichtet worden. Sollte kein Verzicht vorliegen, sei das Kündigungsrecht nach § 1116a ABGB verfristet, weil zwischen der Kenntnisnahme des Klägers vom Eintritt der Verlassenschaft in die Mietrechte und der tatsächlichen Aufkündigung etwa fünf Jahre vergangen seien. Die im Mietvertrag enthaltene Regelung betreffend die BK sei so zu verstehen, dass als BK-Anteil 15 % des Hauptmietzinses von 350 ATS vereinbart worden sei. Dieses Verständnis resultiere daraus, dass die BK laut Mietvertrag im Vorhinein zu leisten gewesen seien und eine Vorausleistung von nicht bekannten BK unmöglich sei. Die eingeklagten BK seien mangels Erstellung von BK-Abrechnungen durch den Kläger nicht fällig. Die handschriftliche BK-Aufstellung Beilage A, welche nicht einmal eine Unterschrift trage, sei nicht leserlich und nicht nachvollziehbar. Die geltend gemachten BK seien zudem zum Teil verjährt. Die vom Kläger weiterverrechneten Kosten für Sturmschaden-, Rechtsschutz-, Haftpflicht-, Haushalts-, und Elektronikversicherung stellten auch bei weitester Interpretation keine BK dar. Ebenso nicht die von der Gemeinde offenbar bei gewerblicher Vermietung von Zimmern vorgeschriebenen zusätzlichen Beträge für Müllentsorgung. Da der Kläger die an ihn überwiesenen Mietzinse und BK nicht angenommen habe, seien diese gerichtlich hinterlegt worden. Mit Ausnahme von 1.462,50 EUR seien alle übrigen Erläge in Mietzinse und BK (seinem Standpunkt nach jeweils 52,50 ATS monatlich bzw 3,815 EUR) aufgeschlüsselt und gewidmet worden. Aufgrund der rechtswidrigen und schuldhaften Weigerung des Klägers, die Mietzinszahlungen anzunehmen, würden die Kosten der Erlagsanträge von 487,10 EUR einem allenfalls zu Recht bestehenden Klagebegehren kompensando entgegen gehalten; ebenso die unbeglichen gebliebene restliche Prozesskostenschuld des Klägers aus dem Vorverfahren von 1.594,41 EUR. Der Kläger habe versucht, den Aufenthalt im Bestandsobjekt zu verleiden, indem er den Strom abgeschaltet habe. Die Behauptung, die Stromzufuhr sei nur deshalb unterbrochen worden, weil auch in Abwesenheit des Mieters Licht gebrannt und elektrische Geräte gelaufen seien, sei eine reine Schutzbehauptung. Infolge der Stromunterbrechung sei das Bestandsobjekt de facto unbenutzbar gewesen, weshalb für die Monate Dezember 2005 bis Oktober 2006 ein Mietzinsminderungsanspruch von 50 % der Monatsmiete geltend gemacht werde. Dieser Mietzinsminderungsanspruch werde einem allenfalls zu Recht bestehenden Klagsanspruch kompensando entgegengehalten. Infolge der Stromunterbrechungen seien Aufwendungen für einen Elektriker, für die Anschaffung von Batterien, Gaslampen etc sowie Kosten für auswärtiges Essen und Übernachtungen in einem Hotel von 723 EUR entstanden.

Das Erstgericht verpflichtete den Beklagten zur Zahlung von 1.553,49 EUR sA sowie zur Räumung der Wohnung und wies das Mehrbegehren von 2.517,78 EUR unangefochten ab. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es noch folgende weitere Feststellungen:

Der Mietvertrag wurde 1976 auch von dem damals noch minderjährigen Kläger und seiner Schwester unterzeichnet. In der Folge schloss dieser am 25. Juni 1980 mit seinen Eltern einen Übergabevertrag über die Liegenschaft und das Haus, in dem das Bestandsobjekt liegt und erhielt den Mietvertrag ausgehändigt. Der Vater des Beklagten benutzte die Wohnung ausschließlich als Ferienwohnung, ebenso späterhin der Beklagte und dessen Mutter. Zumindest seit 1989 hatte der Vater des Beklagten jährlich einen Teil der Gesamt-BK des Hauses ersetzt, und zwar die Kosten für Strom, Wasser, Heizöl, Kanal, Wärmepumpe, Rauchfangkehrer und Müllabfuhr, nicht jedoch für Versicherungsprämien. Die BK-Abrechnung erfolgte im beiderseitigen Einvernehmen stets jährlich im Nachhinein. Die Höhe der Beträge errechnete der Vater des Beklagten an Hand der ihm vom Kläger vorgelegten Strom- und Heizölrechnungen; die Kosten für Kanal, Wasser und Rauchfangkehrer wurden pauschal abgerechnet. Die der Wasseraufbereitung dienende Wärmepumpe verfügte über einen Zähler, der abgelesen wurde. Beide Parteien führten ein so genanntes

„Betriebskostenbücher!“, in dem die jeweiligen BK-Zahlungen aufgelistet und bestätigt wurden. Infolge des Einverständnisses beider Teile wurde diese Art der Abrechnung zwischen ihnen üblich. Im Jahr 1989 leistete der Vater des Beklagten an BK 5.492,00 ATS, 1990 6.704,00 ATS, 1991 6.716,60 ATS, 1992 5.176,55 ATS, 1993 6.172,65 ATS, 1994 5.227,10 ATS, 1995 4.320,50 ATS, 1996 8.161,75 ATS, 1997 8.784,10 ATS und 1998 8.103,23 ATS. Die letzte BK-Abrechnung zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten erfolgte 1999. Nach dem Tod des Vaters des Beklagten (5. August 2000) erklärte der Kläger am 13. September 2000 gegenüber dessen Witwe den Mietvertrag für aufgelöst und ersuchte um alsbaldige Räumung der Ferienwohnung. Die Witwe sagte zunächst zu, nach dem Ende des Verlassenschaftsverfahrens die Wohnung zu räumen, wies aber in einem späteren Schreiben darauf hin, keine Schritte unternehmen zu können, solange das Verlassenschaftsverfahren nicht rechtskräftig beendet sei. Nachdem mit Beschluss vom 6. September 2000 ein Verlassenschaftskurator (Wirkungskreis: Unterfertigung von Mietverträgen) bestellt worden war, erklärte dieser den Eintritt der Verlassenschaft in das Bestandverhältnis. Mit Antwortschreiben vom 2. März 2001 teilte der Kläger dem Verlassenschaftskurator mit, er gehe davon aus, dass das Mietverhältnis nicht mehr existiere. Eine Aufkündigung des Bestandverhältnisses gegenüber dem Nachlass oder dem Beklagten nahm der Kläger dennoch nicht vor. Er übermittelte auch keine BK-Abrechnungen. Erstmals im Zuge des Vorverfahrens legte der Kläger (dort als Beklagter) eine handschriftliche, von ihm selbst verfasste Aufstellung der BK für die Jahre 2000 bis 2004 vor. Diese Abrechnung legte er auch im vorliegenden Verfahren mit der Klage vor (Beilage A).

Namens der Verlassenschaft wurde vorerst kein Bestandzins entrichtet oder gerichtlich hinterlegt, weil der Kläger trotz Aufforderung keine Bankverbindung bekannt gegeben und die Erben den Verlassenschaftskurator ersucht hatten, derzeit „die Sache auf sich beruhen zu lassen“. Die Mutter des Beklagten überwies jedoch in dessen Namen an den Kläger im Jahr 2001 2.000 EUR an Mietzins inklusive BK-Anteil und im Jahr 2002 3.000 EUR. Mangels vom Kläger erstellter BK-Abrechnungen orientierte sich die Höhe der BK-Zahlungen an den vom unehelichen Vater des Beklagten bis zu dessen Tod entrichteten BK-Anteilen. Der Kläger nahm diese Zahlungen jedoch nicht an, sondern retournierte sie.

In der Folge kam es zum Abschluss eines - am 23. Dezember 2003 verlassenschaftsgerichtlich genehmigten - Erbteilungsübereinkommens, in welchem der Beklagte die Hauptmietrechte an der Wohnung „mit Last und Vorteil in sein Eigentum“ übernahm. Mit Einantwortungsurkunde vom selben Tag wurde der Nachlass dem Beklagten mit zwei Drittel und der erblasserischen Witwe zu einem Drittel eingewantwortet. Mit Schreiben vom 16. Februar 2004 erklärte die Witwe dem Kläger gegenüber, dass sie nun „mit der Sache nichts mehr zu tun habe“ und er sich in Belangen der Ferienwohnung an den Beklagten bzw dessen Mutter oder deren Rechtsvertreter wenden solle.

Am 26. Dezember 2003 entrichtete der Beklagte nunmehr als Mieter für - seiner Meinung nach - offene Mietzinse 1.462,50 EUR, ohne diese Zahlung zu widmen. Der Kläger nahm den Betrag neuerlich nicht an, sondern ließ ihn durch seinen Rechtsvertreter unter Hinweis darauf retournieren, dass das Mietobjekt zu räumen sei. Daraufhin erlegte der Beklagte 1.462,50 EUR beim Erstgericht. Mit Schriftsatz vom 2. März 2004 erlegte er weiters die Mietzinse für Jänner 2000 bis Februar 2004 sowie den seiner Meinung nach monatlich zustehenden BK-Anteil; ebenso Mietzinse und den seiner Meinung nach zustehenden BK-Anteil für März 2004 bis November 2005. Diese Erläge waren jeweils für die einzelnen Monate gewidmet und in Mietzinse und BK aufgeschlüsselt. Die Hinterlegung der Mietzinse für Dezember 2005 bis Mai 2006 erfolgte unter Vorbehalt der Geltendmachung von Mietzins-Minderungsansprüchen.

Mit Antrag vom 8. März 2006 beehrten die Streitparteien einvernehmlich, den bei Gericht erlegten Betrag zur Gänze samt den bisher anerlaufenen Zinsen an den Erleger (den Beklagten) zu Händen seines Vertreters rückauszufolgen, woraufhin 2.105,90 EUR rückausgefolgt wurden. Seit März 2006 nimmt der Beklagte Erläge von monatlich 29,95 EUR vor (jeweils unter Vorbehalt der Geltendmachung von Mietzins-Minderungsansprüchen). Dieser Vorbehalt bezieht sich darauf, dass sich der Kläger ab Dezember 2005 wiederholt geweigert hatte, den Strom nach der Ankunft des Beklagten bzw dessen Mutter wieder einzuschalten. Aus diesem Grund verblieb die Wohnung - auch im Winter - ohne Stromversorgung. Infolgedessen entstanden dem Beklagten Aufwendungen für einen Elektriker, der erfolglos beauftragt worden war, die Stromzufuhr wiederherzustellen, weiters für Kerzen, Batterien, Brennstoffe für einen Spirituskocher und eine Gaslampe sowie Kosten für auswärtiges Essen und Übernachtungen. Wenn während der Abwesenheit des Beklagten das Licht brennen gelassen wurde und Kühlgeräte weiterliefen, resultierte daraus keine Brand- oder Explosionsgefahr.

Mit Schreiben vom 12. Jänner 2006 sprach der Kläger letztlich gegenüber dem durch seine Mutter vertretenen

Beklagten die außergerichtliche Kündigung des Bestandverhältnisses aus. Unter einem stellte er in diesem Schreiben dem Beklagten die BK für das Jahr 2005 in Rechnung, indem er die Höhe der auf das gesamte Haus entfallenden BK mit 4.641,44 EUR bekanntgab und den Beklagten aufforderte, davon 15 %, also 696,22 EUR zu refundieren. Mit dem am 10. November 2006 beim Erstgericht eingelangten Schriftsatz legte der Kläger dann noch eine übersichtliche Aufstellung der BK (Beilage K) vor und führte dazu aus, dass die handschriftliche Abrechnung Beilage A offensichtlich einige Rechenfehler aufweise und nunmehr die korrigierten BK für die Jahre 2000 bis 2005 bekannt gegeben würden.

Würde das Bestandobjekt über das Jahr hinweg als Ferienwohnung für zwei Personen vermietet, wäre ein Monatsmietzins von 100 EUR erzielbar.

Der Kläger bezahlte an Bewirtschaftungskosten für das gesamte Haus folgende Beträge: Im Jahr 2001 3.346,09 EUR, 2002 3.079,73 EUR, 2003 4.199,88 EUR, 2004 4.100,27 EUR, 2005 4.564,33 EUR und 2006 3.936,53 EUR.

Rechtlich ging das Erstgericht zusammengefasst davon aus, dass das MRG keine Anwendung finde. Aus dem Wortsinn des Mietvertragstextes und der langjährigen Übung ergebe sich, dass sich der Beklagte (als Rechtsnachfolger seines Vaters) mit 15 % der auf das gesamte Haus entfallenden BK zu beteiligen habe. Zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten sei eine konkludente Vereinbarung dahin zustande gekommen, dass unter „Betriebskosten“ die Grundsteuer, Müll- und Kanalbenützungsgebühr, die Gebühren für Wasser, Rauchfangkehrer sowie die Kosten für Strom und Heizöl zu verstehen seien, nicht jedoch die Prämien für Versicherung(en). Diese konkludente Vereinbarung sei auf den Beklagten übergegangen. Aufgrund der langjährigen Übung und des Einverständnisses beider Mietvertragsparteien sei - abweichend vom schriftlichen Mietvertrag - weiters konkludent vereinbart worden, die BK-Abrechnung stets jährlich im Nachhinein zu erstellen. Auch diese Vereinbarung sei auf den Beklagten übergegangen. Der Kläger hätte daher nach dem Tod des Vaters des Beklagten die BK-Abrechnung spätestens binnen eines Jahres nach Ablauf des vergangenen Verrechnungsjahres zu erstellen gehabt. Aus den Feststellungen ergebe sich, in welchen Kalenderjahren der Kläger die jeweiligen BK für das gesamte Haus bezahlt habe. Daraus folge, dass diese BK ihm gegenüber in dem entsprechenden Kalenderjahr fällig geworden seien. In Anlehnung an das MRG hätte er nach Ablauf dieses Jahres eine BK-Abrechnung erstellen und die BK vom Beklagten einfordern können. Spätestens nach Ablauf dieses Jahres wäre es ihm auch objektiv möglich gewesen, eine entsprechende BK-Abrechnung zu legen. Der Kläger habe jedoch bis 2005 verabsäumt, BK-Abrechnungen zu erstellen und BK einzufordern. Aus diesem Grund sei bei Klageeinbringung im März 2006 die dreijährige Verjährungsfrist für die BK der Jahre 2000 und 2001 bereits abgelaufen gewesen. Die vom Kläger vorgenommene Anrechnung auf die älteste Schuld zeitige keine Wirkungen, weil feststehe, dass bereits der Beklagte die von ihm hinterlegten Beträge gewidmet habe. Für die Jahre 2002 und 2004 stelle die im Vorverfahren vorgelegte BK-Abrechnung Beilage A eine - mehr oder weniger - ordnungsgemäße Abrechnung dar. Ebenso das Schreiben vom 12. Jänner 2006 für die BK des Jahres 2005. Der Beklagte sei demnach verpflichtet, 15 % der auf das gesamte Haus entfallenden BK seit 1. Jänner 2002 unter Außerachtlassung der Versicherungsprämien unter Anrechnung der von ihm für BK gerichtlich hinterlegten 3.815 EUR monatlich zu bezahlen, dies seien 1.865,49 EUR. Dennoch habe der Beklagte trotz Aufforderung im Jänner 2006 den Mietzins samt BK trotz Nachfristsetzung nicht beglichen. Er sei daher mit der Zahlung mehr als acht Tage qualifiziert im Rückstand, was die Auflösung des Mietverhältnisses nach § 19 MG bzw § 1118 ABGB bewirke.

Auch die Auflösung nach § 1116a ABGB sei berechtigt. Eine ausdrückliche Vereinbarung, mit der das Kündigungsrecht nach dieser Gesetzesstelle abbedungen worden wäre, liege nicht vor. Im Verhalten des Klägers nach dem Tod des Vaters des Beklagten sei kein Verzicht auf das Kündigungsrecht nach § 1116a ABGB zu erblicken. Der Kündigungsgrund des erheblich nachteiligen Gebrauchs sei infolge dessen ausdrücklichen vertraglichen Ausschlusses nicht heranziehbar; zudem sei keine Brand- und Explosionsgefahr durch das Brennenlassen des Lichts und das Weiterlaufenlassen der Kühlgeräte festgestellt. Mittels nachträglicher Aufrechnung könne die Wirksamkeit einer auf Zinsrückstand gestützten Aufhebungserklärung nach § 19 MG bzw § 1118 ABGB nicht rückwirkend beseitigt werden. Eine unbedingte außergerichtliche Aufrechnungserklärung habe der Beklagte weder behauptet noch nachgewiesen. Er habe erst anlässlich des Verfahrens die Aufrechnung mit allenfalls offenen - von ihm weiterhin bestrittenen - BK-Forderungen des Klägers erklärt. Auf diese Weise gelinge es nicht, die Auflösung des Mietvertrags nach § 19 MG bzw § 1118 ABGB zu entkräften. Mangels Anwendbarkeit des MRG gelte die einmonatige Kündigungsfrist des § 560 Abs 1 Z 2 lit d ZPO, sodass - infolge Zugangs der Aufkündigung noch im Jänner 2006 - das Mietverhältnis mit 28. Februar 2006 geendet habe. Ab 1. März 2006 habe der Beklagte das Bestandobjekt demnach titellos benutzt, wofür er ein angemessenes Entgelt von 100 EUR monatlich zu leisten habe.

Infolge der ungerechtfertigten Stromabschaltungen sei auch nach dem 28. Februar 2006 eine Mietzinsminderung bzw. Reduktion des Benützungsentgelts von jeweils 50 % gerechtfertigt. Wenngleich die Aufrechnung nicht die Rechtswirksamkeit des Räumungsbegehrens zu beseitigen vermöge, sei sie für das Zahlungsbegehren relevant: Der Kläger habe durch die Stromunterbrechungen rechtswidrig und schuldhaft dem Beklagten Schaden zugefügt. Die vom Beklagten zu tragenden notwendig gewordenen Aufwendungen seien daher unter Berücksichtigung einer Eigensparnis von 50 % zu ersetzen. Die nach dem 28. Februar 2006 vorgenommenen Stromabschaltungen seien hingegen nicht mehr rechtswidrig, weswegen daraus resultierende Forderungen nicht rechtswirksam aufrechenbar seien. Eine aufrechnungsweise Geltendmachung der Kosten des Erlagsverfahrens scheitere daran, dass der Kläger einen an sich vertretbaren Rechtsstandpunkt eingenommen habe, weil er davon ausgegangen sei, das Bestandsverhältnis bestehe nicht mehr. Neben den rückständigen BK von 1.865,49 EUR schulde der Beklagte ein angemessenes Benützungsentgelt unter Berücksichtigung der Mietzins- bzw. Benützungsentgeltminderung, der für den jeweiligen Zeitraum gerichtlich erlegten Mietzinse und BK-Anteile sowie der Schadenersatzforderung des Beklagten. Insgesamt schulde der Beklagte dem Kläger somit 1.553,49 EUR, die zuzusprechen und demnach auch dem Räumungsbegehren stattzugeben gewesen sei.

Das Berufungsgericht hob über Berufung des Beklagten das Ersturteil in seinem klagestattgebenden Teil (Zahlungsbegehren von 1.553,49 EUR und Räumungsbegehren) auf und sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Nach der zweitinstanzlichen Rechtsansicht seien auf den Mietvertrag weder die Bestimmungen des MG noch jene des MRG anzuwenden, sodass sich die Zulässigkeit der Auflösungserklärung als auch das Zurechtbestehen der geltend gemachten BK-Forderung allein nach den Bestimmungen des ABGB richte. Aus der im Mietvertrag enthaltenen Formulierung, wonach der Vermieter für sich und seine Rechtsnachfolger auf jegliche Kündigung des Vertrags aus welchen Gründen (mit Ausnahme des § 19 Abs 2 Z 1 MG bzw. des § 1118 zweiter Fall ABGB) verzichte, ergebe sich, dass auch der Kündigungsgrund nach § 1116a ABGB abbedungen worden sei. Andernfalls würde sich jener Vertragspunkt erübrigen, nach dem die Rechtsnachfolger in alle Rechte und Pflichten des Vertrags eintreten. Hingegen sei der Rechtsansicht des Erstgerichts zu folgen, der Mietvertrag sei seinem Wortlaut nach so auszulegen, dass der Beklagte 15 % der auf das gesamte Haus entfallenden BK zu leisten habe. Da das MRG unanwendbar sei, unterliege die Vereinbarung und Verrechnung der BK der freien Parteiendisposition. Zuzufolge der langjährigen Übung zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten sei von einer konkludenten Vereinbarung darüber auszugehen, welche Bewirtschaftungskosten anteilmäßig zu ersetzen seien; abweichend vom Mietvertrag sei weiters eine konkludente Vereinbarung darüber zustande gekommen, dass die BK-Abrechnung jeweils im Nachhinein zu Beginn des Folgejahres zu erstellen sei. Diese Vereinbarungen seien gemäß Punkt 6.) letzter Satz des Mietvertrags auf den Beklagten als Rechtsnachfolger übergegangen. Die Fälligestellung der BK gegenüber dem Mieter erfordere jeweils eine ordnungsgemäße Rechnungslegung. Die einzelnen BK-Bestandteile müssten leserlich aufgegliedert sein und über die Jahre hinweg zumindest eine Überprüfbarkeit im Hinblick auf Kontinuität und Plausibilität ermöglichen. Eine Fälligestellung der BK für die Jahre 2000 bis 2004 könne frühestens mit der Vorlage der Beilage A im Vorverfahren am 31. August 2005 erfolgt sein. Inwieweit diese Aufstellung den aufgezeigten Erfordernissen entspreche, könne aber auf Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen noch nicht beurteilt werden, weil trotz Bestreitung des Beklagten in dieser Richtung keine Feststellungen getroffen worden seien. Zwar habe der Kläger in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 29. November 2006 im vorliegenden Verfahren die BK-Abrechnung für die Jahre 2003 und 2004 mit der Beilage K leserlich und nachvollziehbar dargestellt. Da am 29. November 2006 aber die letzte Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung erster Instanz stattgefunden habe, sei eine Mahnung bzw. die Gewährung einer Nachfrist nicht mehr in Frage gekommen, weshalb eine Auflösung des Mietverhältnisses aufgrund der BK-Rückstände für die Jahre 2003 und 2004 nicht zulässig sei.

Da der Verjährungsbeginn mit der objektiven Möglichkeit ordnungsgemäßer Vorschreibung eintrete, liege ein rechtlicher Feststellungsmangel ferner darin, dass Konstatierungen dazu fehlten, ob und gegebenenfalls inwieweit es dem Kläger bereits zu Beginn des Jahres 2003 möglich gewesen wäre, die BK-Abrechnung für das Jahr 2002 vorzunehmen. Für das Jahr 2005 sei eine Fälligestellung der BK mit dem Schreiben vom 12. Jänner 2006 erfolgt; unter Berücksichtigung der vom Beklagten hinterlegten BK-Anteile für das Jahr 2005 bestehe ein BK-Rückstand von 550,86 EUR; als Mahnung dieses Rückstands könne die vorliegende Klage angesehen werden. Dennoch sei weder das Leistungs- noch das Räumungsbegehren spruchreif: Es sei nämlich auf das Klagevorbringen Bedacht zu nehmen,

wonach der gerichtlich hinterlegte Betrag von 2.105,90 EUR infolge eines einvernehmlichen Ausfolgungsantrags an den Beklagten rückausgefóhrt worden sei. Weiters sei das Vorbringen des Klágers zu berücksichtigen, von den - seinem Standpunkt nach - mit 3.699,97 EUR (für die Jahre 2000 bis 2005) aushaftenden BK sei die restliche Prozesskostenforderung in Abzug zu bringen. Er habe somit eine außergerichtliche Aufrechnung der BK-Schuld mit dem Differenzbetrag zwischen der unstrittigen Prozesskostenforderung des Beklagten gegen ihn und dem beim Erstgericht hinterlegten Betrag vorgenommen. Da aufgrund der bisherigen Feststellungen aber nur von einem tatsächlich fällig gestellten und eingemahnten BK-Rückstand von 550,86 EUR aus dem Jahr 2005 auszugehen sei, sei dieser Rückstand möglicherweise durch die klágerische Aufrechnungserklärung erloschen. In diesem Zusammenhang werde das Erstgericht die Streitparteien noch zu einem entsprechenden Vorbringen zum Ausfolgungsantrag und der dahinter stehenden Vereinbarung anzuleiten haben. Ein weiterer Feststellungsmangel liege darin, dass das Erstgericht keine Feststellungen zum Inhalt des Kündigungsschreibens vom 12. Jänner 2006 getroffen habe. Dieses Schreiben könne allenfalls die notwendige Mahnung darstellen, sofern tatsächlich eine Fälligstellung der BK für die Jahre 2002 bis 2004 mit der Vorlage der Aufstellung Beilage A im Vorverfahren erfolgt sei.

Vor Behebung der aufgezeigten Feststellungsmängel sei auf die geltend gemachten Gegenforderungen nicht einzugehen, weil bei Verneinung eines BK-Rückstands über Gegenforderungen nicht abzusprechen sein werde.

### **Rechtliche Beurteilung**

1.) Die Rekurse beider Parteien sind nicht absolut unzulässig:

Nach herrschender Ansicht besteht gemäß § 502 Abs 5 Z 2 ZPO ua dann ein privilegierter - weil streitwertunabhängiger - Zugang zum Obersten Gerichtshof, wenn ein Anspruch auf Zahlung rückständigen Mietzinses bzw BK zusammen mit einem Räumungsbegehren im gleichen Verfahren geltend gemacht wurde (AB zur WGN 1989 BGBl 343, 991 BlgNR 17. GP, 11; stRsp, zuletzt 4 Ob 52/08p; RIS-Justiz RS0042922; Zechner in Fasching/Konecny 2 § 502 ZPO Rz 195 mwN). Diese Frage hängt mit der Auflösung des Bestandvertrags meist so eng zusammen (im vorliegenden Fall ist der eine Ausspruch für den anderen präjudiziell), dass ein getrenntes Schicksal der Anfechtbarkeit unbefriedigend wäre.

§ 502 Abs 1 ZPO und der auf diese Bestimmung verweisende § 519 Abs 2 ZPO binden aber die Rechtsmittelzulässigkeit an das Vorliegen erheblicher Rechtsfragen. Die Anfechtung der berufsgerichtlichen Entscheidung ist daher nur zulässig, wenn entweder das Berufungsgericht eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO aufzeigt oder das Rechtsmittel die unrichtige Lösung einer in diesem Sinn erheblichen Rechtsfrage geltend macht (Zechner aaO § 519 ZPO Rz 106 mwN).

2.) Rechtsfragen erheblicher Bedeutung werden indes in beiden Rechtsmitteln, die hier gemeinsam behandelt werden, nicht aufgezeigt.

Zur Anwendbarkeit des MRG:

Zu BK hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, dass auf nach Inkrafttreten des MRG verwirklichte Sachverhalte auch dessen Bestimmungen anzuwenden sind (8 Ob 125/04x ua). Nach § 1 Abs 2 Z 4 MRG fallen Wohnungen oder Wohnräume, die vom Mieter bloß als Zweitwohnung zu Zwecken der Erholung oder Freizeitgestaltung - auch ohne zeitliche Begrenzung - gemietet werden, nicht unter das MRG. Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 4 MRG setzt - ungeachtet der durch das 3. WÁG erfolgten Aufnahme der Voraussetzung der Zweitwohnung und deren Legaldefinition - voraus, dass die Vermietung ausdrücklich oder auch konkludent zum Zweck der Erholung oder Freizeitgestaltung erfolgt. Dabei kommt es nicht auf die tatsächliche Verwendung der Wohnung, sondern auf den Vertragszweck an (stRsp, 5 Ob 28/83 = SZ 56/132 = MietSlg 35/24 uva, zuletzt 2 Ob 221/05x; RIS-Justiz RS0069666). Wenngleich sich aus den vorliegenden Feststellungen zum Inhalt des Mietvertrags keine ausdrückliche Vereinbarung ergibt, die Wohnung habe bloß der Erholung oder Freizeitgestaltung zu dienen, sind die Vorinstanzen dennoch davon ausgegangen, dass der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 Z 4 MRG erfüllt sei. Diese Rechtsansicht wird von beiden Rekurswerbern in ihren Rechtsmitteln auch nicht in Frage gestellt, sodass der Umfang der Überprüfung auf die geltend gemachten Umstände zu beschränken ist. Will man also zu Grunde legen, die Vermietung erfolgte (zumindest konkludent) zur Erholung bzw zur Freizeitgestaltung, erweisen sich das MRG - und damit auch sein die BK und öffentlichen Abgaben regelnde § 21 - als unanwendbar. Denn diese Norm gilt nur für Hauptmietverhältnisse im Vollenwendungsbereich des MRG, nicht aber für die in § 1 Abs 2, 4 und 5 MRG genannten Mietgegenstände bzw Rechtsverhältnisse (Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Österr. Wohnrecht § 21 MRG Rz 4; Palten, Betriebskosten im Mietrecht Rz 4).

Liegt aber kein kündigungsgeschütztes Bestandverhältnis vor, gilt uneingeschränkte Vertragsfreiheit (Binder in Schwimann<sup>3</sup> § 1118 ABGB Rz 22).

Zu Punkt 4.) des Mietvertrags:

a) Da § 1118 ABGB der Parteiendisposition unterliegt, ist die Vereinbarung laut Punkt 4.) des Mietvertrags zulässig, auf jeden Kündigungsgrund mit Ausnahme dem des § 19 Abs 2 Z 1 MG zu verzichten und diesen Kündigungsgrund als einzigen Auflösungsgrund unter Ausschluss der übrigen Auflösungsgründe des § 1118 ABGB zu vereinbaren.

b) Zum Kündigungsrecht gemäß § 1116a ABGB:

Gemäß § 1116a ABGB kann der Bestandvertrag im Fall des Todes einer der vertragsschließenden Parteien ohne Rücksicht auf die vereinbarte Dauer sowohl von den Erben des Mieters wie auch vom Vermieter unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gelöst werden. Auch ein unter Kündigungsverzicht abgeschlossener Mietvertrag wird durch § 1116a ABGB erfasst. Dem Vertragspartner steht es frei, die Anwendung des § 1116a ABGB entweder ganz auszuschließen oder inhaltlich abzuändern. Ein Verzicht auf das gesetzliche Kündigungsrecht des § 1116a ABGB muss unzweideutig erklärt sein (stRsp, 7 Ob 425/55 = SZ 28/217 = EvBl 1955/410 uva, etwa 10 Ob 42/00z; RIS-Justiz RS0021092; Würth in Rummel<sup>3</sup> § 1116a ABGB Rz 5 mwN). Das Berufungsgericht hat aus Punkt 4.) des Mietvertrags („die Vermieter verzichten für sich und ihre Rechtsnachfolger auf jegliche Kündigung dieses Vertrags ...“) abgeleitet, der Vater des Beklagten habe unter Bedachtnahme auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche und bei Überlegung aller Umstände den zweifelsfreien Schluss ziehen können, der Vermieter habe damit auch auf das Kündigungsrecht nach § 1116a ABGB verzichtet, zumal auch der Kläger - der Rechtsnachfolger des damaligen Vermieters - damals den Mietvertrag fertigte. Wenngleich bei der Annahme stillschweigenden Verzichts im Allgemeinen besondere Vorsicht geboten ist (Bollenberger in KBB<sup>2</sup> § 863 ABGB Rz 7 mwN), zeigt der Kläger mit dem (alleinigen) Argument, es wäre (dennoch) ein ausdrücklicher Ausschluss des gesetzlichen Kündigungsrechts nach § 1116a ABGB zu fordern, kein unvertretbares Auslegungsergebnis durch die zweite Instanz auf.

c) Das Berufungsgericht ging davon aus, der Kläger habe - entsprechend Punkt 4.) des Mietvertrags - mit der vorliegenden Leistungs- und Räumungsklage die sofortige Aufhebung des Mietvertrags nach § 1118 zweiter Fall ABGB aufgrund der Nichtzahlung der Mietzinse und BK begehrt, weil der Klageerzählung die Behauptung des Mietzins- bzw BK-Rückstands zu entnehmen sei; die Aufhebung des Vertrags habe der Kläger ausdrücklich verlangt. Dem setzt der Beklagte entgegen, der Kläger habe sich in seiner Klage nicht explizit auf das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 1118 zweiter Fall ABGB berufen, weswegen mangels qualifizierter Mahnung eine verfehlte Kündigung vorliege. Nach ständiger Rechtsprechung wird aber eine Kennzeichnung des Streitgegenstands durch die Angabe des Rechtsgrunds des Klagebegehrens nicht verlangt. Es reicht vielmehr aus, dass im Sinn der sogenannten Substantiierungstheorie der Kläger den Klagegrund durch die Schilderung des Sachverhalts kurz und vollständig angegeben hat (Rechberger/Klicka in Rechberger<sup>3</sup> § 226 ZPO Rz 8). Diesen Anforderungen genügt das Klagevorbringen jedenfalls.

Dass auch rückständige BK die Auflösung des Bestandvertrags nach § 1118 ABGB rechtfertigen (stRsp, zuletzt 4 Ob 52/08p mwN; RIS-Justiz RS0021034; Iro in KBB<sup>2</sup> §§ 1118-1119 Rz 3 f), wird von beiden Rechtsmittelwerbern nicht in Zweifel gezogen.

d) Eine Verfristung des Auflösungsanspruchs ist nicht eingetreten, weil der Auflösungsgrund des qualifizierten Zahlungsverzugs mit jedem Zinstermin erneuert wird (1 Ob 157/98i = MietSlg 50/34; RIS-Justiz RS0110433).

Zur Überwälzbarkeit von Bewirtschaftungskosten:

Gemäß § 1099 erster Satz ABGB hat bei Vermietungen der Vermieter „alle Lasten und Abgaben“ zu tragen. Bei zinsgeregelten Mietverhältnissen ist regelmäßig durch zwingendes Recht das Gegenteil - nämlich die Überwälzbarkeit von Bewirtschaftungskosten - vom Vermieter auf den Mieter vorgesehen. § 1099 ABGB stellt nachgiebiges Recht dar, sodass die Parteien im Mietvertrag die Überwälzung derartiger Kosten vereinbaren können (RIS-Justiz RS0018019; Palten aaO Rz 1). Außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG bestimmt sich die Verpflichtung des Mieters zur Tragung der Betriebskosten nach der mit dem Vermieter getroffenen Vereinbarung. Regelt diese Überwälzvereinbarung die vom Mieter zu tragenden Kosten nicht ausdrücklich, sind regelmäßig die im MRG aufgezählten Betriebskosten gemeint (2 Ob 60/08z; RIS-Justiz RS0123383). Letzteres kann aber nicht gelten, wenn die



Parteien konkludent die Frage, welche BK zu ersetzen sind, geregelt haben. Von der konkreten - auch konkludenten - Vereinbarung ist dabei auch abhängig, welche BK zu ersetzen sind, zu welchem Zeitpunkt die Abrechnung vorzunehmen ist und welche (Mindest-)Formerfordernisse an die BK-Abrechnung zu stellen sind.

Die Beantwortung der vom Berufungsgericht in der Begründung seines Zulassungsausspruchs aufgeworfenen Frage „der Voraussetzungen von BK-Abrechnungen außerhalb des Anwendungsbereichs des ABGB“ (erkennbar gemeint: „MRG“) entzieht sich infolge ihrer Einzelfallbezogenheit aufgrund konkreter Vereinbarung einer generalisierenden Betrachtungsweise und damit einer Beurteilung als Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO.

Zur Auslegung der Formulierung „zuzüglich 15%iger Betriebskostenanteil“:

Wie ein Vertrag auszulegen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und ist aufgrund dieser Einzelfallbezogenheit nur dann revisibel, wenn dem Berufungsgericht eine gravierende Fehlbeurteilung unterliefe (stRsp, 1 Ob 3/05f uva; RIS-Justiz RS0042936, RS0042776, RS0044298; Zechner aaO § 502 ZPO Rz 86 mwN). Eine solche Fehlbeurteilung liegt hier nicht vor, weil die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Punkts 3.) des Mietvertrags, der Beklagte habe sich jährlich mit 15 % an den im gesamten Haus anfallenden BK zu beteiligen, mit dem Wortsinn der Vereinbarung in seiner gewöhnlichen Bedeutung in Einklang steht. Dass auch der Wille der den Mietvertrag abschließenden Parteien auf dieses Verständnis gerichtet war, lässt sich aus der zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten bei der BK-Abrechnung gehandhabten langjährigen Übung ausreichend deutlich erschließen. Letztlich entspricht es auch der Übung des redlichen Verkehrs, in einem Mietvertrag die vom Mieter zu tragenden BK-Anteile der Höhe nach nicht an den Mietzins, sondern an die auf das gesamte Haus entfallenden BK zu koppeln.

Dem Argument, es bestehe keine Rechtsgrundlage dafür, dass eine zwischen dem (mittlerweile verstorbenen) Vater des Beklagten und dem Kläger zustande gekommene schlüssige Vereinbarung - wenngleich eine solche bestritten werde - den Beklagten binden sollte, ist die in Punkt 6.) letzter Satz des Mietvertrags entgegenzuhalten, nach dem alle Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf die beiderseitigen Rechtsnachfolger übergehen. Außerdem ergibt sich schon aus § 1116a erster Satz ABGB, dass der Beklagte als Erbe nach seinem Vater in den bestehenden (auch konkludent zustande gekommenen) Bestandvertrag eingetreten ist; allein ihm sind aufgrund des festgestellten Erbteilungsübereinkommens mit der Witwe des Vaters des Beklagten die Bestandrechte zugefallen (Binder aaO § 1116a ABGB Rz 6, 16).

Zu der Art der zu ersetzenden Betriebskosten:

Eine Fehlbeurteilung ist auch nicht in der Ansicht der Vorinstanzen zu erblicken, es läge eine konkludente Vereinbarung der (ursprünglichen) Mietvertragsparteien vor, wonach unter „Betriebskosten“ die Grundsteuer, die Gebühren für Wasser, Kanal und Müll sowie Kehrkosten, Strom und Heizölkosten mit Ausnahme der Versicherungsprämien zu verstehen seien. Dieses Auslegungsergebnis hält sich im Rahmen der Rechtsprechung, wonach dann, wenn in einer Vereinbarung die Überwälzung von BK bedungen wird, bei der Auslegung dieses Begriffs von dessen gewöhnlicher Bedeutung auszugehen sei und keine Erklärungssitte in der Richtung besteht, der Begriff „Betriebskosten“ sei ohne weiteres iSd § 21 MRG auszulegen (5 Ob 631/79 = MietSlg 31.106; Hausmann aaO § 21 MRG Rz 5). Weiters sind die Vorinstanzen nicht von der ständigen Rechtsprechung abgewichen, dass die§ 1099 ABGB abdingbaren Vereinbarungen stets streng auszulegen seien (RIS-Justiz RS0018019) und § 1099 ABGB auch als Regel zur Auslegung von Vereinbarungen zur Überwälzung der BK heranzuziehen ist (Würth aaO § 1099 ABGB Rz 1).

Zu den Anforderungen an eine ordnungsgemäße BK-Abrechnung:

Die formellen und inhaltlichen Anforderungen, die an eine BK-Abrechnung zu stellen sind, ergeben sich grundsätzlich aus dem Zweck der Abrechnung, der Natur des Geschäfts, den Umständen des konkreten Einzelfalls und aus der Verkehrsüblichkeit, somit in concreto dem beklagten Mieter eine ausreichende und nachvollziehbare Grundlage für die Beurteilung zu liefern, welche Aufwendungen der Vermieter tatsächlich für die BK tätigte. Dies erfordert eine übersichtliche, entsprechend aufgegliederte Verzeichnung der im abgerechneten Kalenderjahr dem Vermieter gegenüber fällig gewordenen BK.

Auch wenn die BK-Abrechnung mangels Anwendbarkeit des MG/MRG nicht den Anforderungen des § 21 Abs 3 und 4 MRG entsprechen muss, ergibt sich aus der zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten über lange Zeit hindurch gehandhabten Vorgangsweise, dass die Abrechnung ein leserliches, übersichtliches und entsprechend aufgegliedertes Verzeichnis der im Verrechnungsjahr dem klagenden Vermieter gegenüber fällig gewordenen

Bewirtschaftungskosten zu enthalten hat (vgl 5 Ob 83/89 = MietSlg 41/31 uva; RIS-JustizRS0070610). Nur wenn die Abrechnung diesen Erfordernissen entspricht, liegt eine die Fälligkeit gegenüber dem Mieter auslösende BK-Abrechnung vor (RIS-Justiz RS0019529). Entscheidungswesentlich ist demnach, ob im konkreten Fall die dem Beklagten zugemittelten Abrechnungen diesen Anforderungen entsprechen. Das Berufungsgericht ging davon aus, für diese Beurteilung mangle es an ausreichenden Feststellungen; insbesondere seien ergänzende Feststellungen zum Inhalt, zur Lesbarkeit und Nachvollziehbarkeit der handschriftlichen Abrechnung Beilage A nötig. Erachtet das Berufungsgericht - ausgehend wie hier von einer richtigen Rechtsansicht - die Tatsachengrundlage noch nicht ausreichend geklärt, kann der Oberste Gerichtshof dieser Ansicht nicht entgegenreten, weil er auch im Rekursverfahren nach einem Aufhebungsbeschluss nicht Tatsacheninstanz ist (stRsp, zuletzt 8 ObA 28/08p; RIS-Justiz RS0042179; Zechner aaO § 519 Rz 107). Dies trifft auch auf die vom Berufungsgericht für nötig erachteten, noch zu ergänzenden Feststellungen zum Inhalt des Schreibens vom 21. Jänner 2006 im Hinblick auf die Frage der Fälligkeit (gegebenenfalls der Einmahlung) der BK für das Jahr 2005 zu.

Im Hinblick darauf, dass mangelnde Fälligkeit den Verjährungsbeginn hindert (Dehn in KBB<sup>2</sup> § 1478 ABGB Rz 2 mwN), ist entscheidungswesentlich, zu welchem (genauen) Zeitpunkt die BK fällig wurden bzw die BK-Abrechnung vereinbarungsgemäß jeweils zu erstellen war. Obwohl in Punkt 3.) des Mietvertrags ausdrücklich vereinbart ist, dass allfällige Rechtsnachfolger des Mieters den BK-Anteil „fällig je am ersten eines jeden Monats im Vorhinein zu bezahlen haben“, gingen die Vorinstanzen vom Zustandekommen einer vom schriftlichen Vertrag abweichenden konkludenten Willenseinigung der Vertragsparteien auf eine einmal jährlich im Nachhinein zu erstellende Abrechnung für das vergangene Verrechnungsjahr aus. Nach ständiger Rechtsprechung stellt die Beurteilung der Konkludenz von Willenserklärungen oder eines bestehenden Verhaltens im Einzelfall regelmäßig keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung dar (RIS-Justiz RS0043253 [T1, T2 und T8]). Dies trifft auch auf die Frage zu, ob eine konkludente Vertragsänderung vorliegt. Dem setzt der Beklagte in seinem Rekurs nur entgegen, mangels Indizien für eine entsprechende Vereinbarung hätte der Kläger die von ihm bezahlten Bewirtschaftungskosten unmittelbar nach Vorschreibung weiterzurechnen gehabt. Dieses Verständnis steht aber mit dem Wortlaut der im Mietvertrag enthaltenen Regelung in Widerspruch. Auch das weitere Argument, das Berufungsgericht habe bei Annahme einer konkludenten Vertragsänderung gegen den Grundsatz verstoßen, § 1099 ABGB abbedingende Vereinbarungen seien generell streng auszulegen, ist nicht stichhältig, ist doch die jahresweise Verrechnung der BK im Nachhinein für den Beklagten wirtschaftlich günstiger, als die Bezahlung von (pauschalen) Teilbeträgen zum ersten eines jeden Monats im Vorhinein (wie im Mietvertrag vorgesehen). Eine bei der Vertragsauslegung unterlaufene erhebliche Fehlbeurteilung wird somit auch in diesem Zusammenhang nicht aufgezeigt.

Zum Beginn der Verjährungsfrist:

a) Ein Bestandrecht geht erst mit der rechtskräftigen Einantwortung auf die Erben über, zuvor ist der ruhende Nachlass Vertragspartei (Binder aaO § 1116a ABGB Rz 14 mwN). Für den Kläger bestand somit die objektive Möglichkeit, vom ruhenden Nachlass bzw dem Verlassenschaftskurator die rückständigen Mietzinse und BK einzufordern. Hat dies der Kläger im Vertrauen auf die von der erblasserischen Witwe abgegebene Räumungszusage unterlassen und die BK-Vorschreibungen an den ruhenden Nachlass selbst dann nicht gelegt, als der Verlassenschaftskurator namens der Verlassenschaft erklärt hatte, in die Mietrechte einzutreten, stellt dies ein subjektives, in der Person des Berechtigten liegendes - und daher unbeachtliches - Hindernis dar, das den Beginn der Verjährung grundsätzlich nicht hinauszuschieben vermag. Die vorerst gegebene Unkenntnis des Klägers von der Person des späteren Erben hat daher keinen Einfluss auf den Beginn der Verjährung (nunmehr stRsp, zuletzt 6 Ob 146/00i = immolex 2001, 199 = wobl 2002, 17 [Palten]; RIS-Justiz RS0034368).

b) Der Beginn der Verjährungsfrist ist grundsätzlich an die objektive Möglichkeit der Rechtsausübung geknüpft. Die Verjährungsfrist beginnt daher erst zu laufen, sobald der Geltendmachung des Anspruchs kein rechtliches Hindernis entgegensteht (2 Ob 40/97i = MietSlg 51.205; RIS-Justiz RS0034382; M. Bydlinski in Rummel<sup>3</sup>, § 1478 ABGB Rz 2; Mader/Janisch in Schwimann<sup>3</sup> § 1486 ABGB Rz 13; Dehn in KBB<sup>2</sup> § 1486 ABGB Rz 8 je mwN). Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte, kann der Vermieter seine Ansprüche auf Zahlung der BK dem zahlungspflichtigen Mieter gegenüber daher erst geltend machen, sobald er selbst zur Bezahlung der Kosten aufgefordert wurde, weil zuvor keine offene BK-Forderung besteht, die auf den Mieter überwältzt werden könnte. Dieser Grundsatz findet im Anwendungsbereich des MRG seinen Niederschlag darin, dass die BK-Abrechnung bei Pauschalverrechnung (§ 21 Abs 3 MRG) alle im Kalenderjahr dem Vermieter gegenüber fällig gewordenen Bewirtschaftungskosten zu erfassen hat,

somit jene Bewirtschaftungskosten, deren Weiterverrechnung gegenüber dem Mieter objektiv möglich ist (Dehn aaO mwN). Im vorliegenden Fall ist auf die - mangels Anwendbarkeit des § 21 MRG - getroffene Parteienvereinbarung zurückzugreifen, wonach die BK jährlich im Nachhinein für das vergangene Verrechnungsjahr zu verrechnen sind.

c) Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang: Unerheblich sind die vom Berufungsgericht geforderten ergänzenden Feststellungen dazu, inwieweit es dem Kläger 2003 (objektiv) möglich gewesen wäre, die BK-Abrechnung für das Jahr 2002 vorzunehmen: Das Erstgericht hat bereits detaillierte Feststellungen zu den auf das gesamte Haus entfallenden Bewirtschaftungskosten getroffen, die der Vermieter in den Jahren 2000 bis 2005 beglichen hat (S 27-29 des Ersturteils). Aus diesen Feststellungen lässt sich ableiten, dass diese Kosten dem Vermieter gegenüber in dem jeweiligen Jahr zur Zahlung fällig wurden, sodass sich weitere Feststellungen in dieser Richtung erübrigen. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, einzelne Kostenpositionen des Verrechnungsjahres 2002 seien gegenüber dem Vermieter doch erst in einem späteren Abrechnungszeitraum fällig geworden (was im Verfahren erster Instanz nicht behauptet wurde), wäre die Abrechnung gegenüber dem Mieter nicht präkludiert, sondern könnten solche Kosten an den Mieter auch noch mit der folgenden Abrechnung weiterverrechnet werden (MietSlg 56.323 = immolex 2005, 88; Hausmann aaO § 21 MRG Rz 45).

Zum Beginn der Verjährungsfrist wird im fortzusetzenden Verfahren ferner zu berücksichtigen sein, dass sich aufgrund der bisherigen Feststellungen der genaue Zeitpunkt, zu dem die BK-Abrechnung gegenüber dem Mieter vereinbarungsgemäß zu erfolgen hat, noch nicht exakt bestimmen lässt. So hat das Erstgericht aus der Feststellung, die Abrechnung sei im Einvernehmen „stets jährlich im Nachhinein erfolgt“, abgeleitet, die Abrechnung sei gegenüber der Verlassenschaft bzw dem Beklagten bis spätestens 31. Dezember des dem Verrechnungsjahr folgenden Jahres vorzunehmen. Das Berufungsgericht legte hingegen seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde, der Vater des Beklagten und der Kläger hätten die Abrechnung jeweils im Nachhinein am Beginn des Jahres erstellt, welcher Fälligkeitszeitpunkt auch gegenüber dem Beklagten gelte. Es werden daher zweckmäßigerweise noch ergänzende Feststellungen zu treffen sein, aus denen präzise der (konkludent) vereinbarte Zeitpunkt der Abrechnung abzuleiten ist bzw jener Zeitraum des dem Verrechnungsjahr folgenden Jahres, in dem die Abrechnung vereinbarungsgemäß vorzunehmen war.

Zur Einmahnung der BK:

Grundsätzlich muss die Mahnung geeignet sein, dem Mieter den Ernst der Lage vor Augen zu führen.

Geht man nun davon aus, dass - zumindest - ein Teil der rückständigen BK bereits fällig gestellt sein sollte, bedarf es noch einer Mahnung, um die Verzugsfolgen nach § 1118 ABGB herbeizuführen (vgl RIS-Justiz RS0021320). Die Mahnung kann auch durch Einbringung einer Mietzinsklage (stRsp, zuletzt 4 Ob 118/07t; RIS-Justiz RS0021216) oder durch Geltendmachung des Räumungsanspruchs (stRsp, zuletzt

**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)