

# TE OGH 2008/1/22 40R316/07b

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.01.2008

## Kopf

Das Landesgericht für ZRS Wien als Rekursgericht fasst durch die Richter des Landesgerichtes Dr. Garai als Vorsitzenden sowie Dr. Kodek und Mag. Rossmeisel in der außerstreitigen Rechtssache nach dem MRG der Antragstellerin Anne K\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* Hamburg, vertreten durch Dr. Ladislav Margula, Rechtsanwalt in Wien, wider die Antragsgegner

1. Johann M\*\*\*\*\* St. Pölten, vertreten durch Dr.Karl Prisching, Rechtsanwalt in St. Pölten, 2. Susanne K\*\*\*\*\* St. Pölten, wegen EUR 10.900,92 s.A. (§ 37 Abs 1 Z 14 iVm § 27 MRG), infolge Rekurses der Antragstellerin gegen den Sachbeschluss des Bezirksgerichtes Favoriten vom 24.9.2007, 9 Msch 24/06i-11, den Beschluss :1. Johann M\*\*\*\*\* St. Pölten, vertreten durch Dr.Karl Prisching, Rechtsanwalt in St. Pölten, 2. Susanne K\*\*\*\*\* St. Pölten, wegen EUR 10.900,92 s.A. (Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 14, in Verbindung mit Paragraph 27, MRG), infolge Rekurses der Antragstellerin gegen den Sachbeschluss des Bezirksgerichtes Favoriten vom 24.9.2007, 9 Msch 24/06i-11, den Beschluss :

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben, der angefochtene Sachbeschluss aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen, wobei die Kosten des Rekursverfahrens wie weitere Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu behandeln sind.

Die von der Antragstellerin persönlich verfasste "Ergänzung" des Rekurses vom 25.10.2007 wird zurückgewiesen.

Der Revisionsrekurs ist nicht zulässig (§ 64 Abs 1 AußStrG)Der Revisionsrekurs ist nicht zulässig (Paragraph 64, Absatz eins, AußStrG).

Begründung:

## Text

Mit dem angefochtenen Sachbeschluss wies das Erstgericht den Sachantrag der Antragstellerin auf Rückzahlung einer von ihr geleisteten verbotenen Ablöse von S 150.000,- (EUR 10.900,92) ab. Dazu traf es die auf den Seiten 3 bis 7 der Beschlussausfertigung wiedergegebenen Feststellungen. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass gemäß § 27 Abs 1 Z 1 MRG Vereinbarungen ungültig und verboten seien, wonach der neue Mieter dafür, dass der frühere Mieter den Mietgegenstand aufgabe oder sonst ohne gleichwertige Gegenleistung dem Vermieter, dem früheren Mieter oder einem anderen etwas zu leisten habe. Der Vormieter dürfe sich jedoch ohne Rücksicht auf die Beschränkungen des § 10 MRG den bei Übergabe noch vorhandenen Wert sowohl von Investitionen als auch von Einrichtungs- und Ausstattungsgegenständen ersetzen lassen. Wenn feststehe, dass einer Partei eine Geldleistung zustehe, die Erhebung der Höhe des Betrags jedoch nicht möglich sei oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, könne das Gericht gemäß § 34 AußStrG die Höhe des Betrags auf Antrag oder von Amts wegen nach freier Überzeugung festsetzen. Auf Grund einer derartigen Schätzung ergebe sich, dass die vereinbarte Gegenleistung für die von der

Antragstellerin geleistete Ablösezahlung den Betrag von S 150.000,- bei weitem überschritten habe, sodass ihr kein Rückforderungsanspruch zustehe. Gegen diesen Sachbeschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerin aus den Rekursgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit einem Abänderungsantrag in Richtung Stattgebung des Sachantrags; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Mit dem angefochtenen Sachbeschluss wies das Erstgericht den Sachantrag der Antragstellerin auf Rückzahlung einer von ihr geleisteten verbotenen Ablöse von S 150.000,- (EUR 10.900,92) ab. Dazu traf es die auf den Seiten 3 bis 7 der Beschlussausfertigung wiedergegebenen Feststellungen. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass gemäß Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, MRG Vereinbarungen ungültig und verboten seien, wonach der neue Mieter dafür, dass der frühere Mieter den Mietgegenstand aufgebe oder sonst ohne gleichwertige Gegenleistung dem Vermieter, dem früheren Mieter oder einem anderen etwas zu leisten habe. Der Vormieter dürfe sich jedoch ohne Rücksicht auf die Beschränkungen des Paragraph 10, MRG den bei Übergabe noch vorhandenen Wert sowohl von Investitionen als auch von Einrichtungs- und Ausstattungsgegenständen ersetzen lassen. Wenn feststehe, dass einer Partei eine Geldleistung zusteht, die Erhebung der Höhe des Betrags jedoch nicht möglich sei oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, könne das Gericht gemäß Paragraph 34, AußStrG die Höhe des Betrags auf Antrag oder von Amts wegen nach freier Überzeugung festsetzen. Auf Grund einer derartigen Schätzung ergebe sich, dass die vereinbarte Gegenleistung für die von der Antragstellerin geleistete Ablösezahlung den Betrag von S 150.000,- bei weitem überschritten habe, sodass ihr kein Rückforderungsanspruch zustehe. Gegen diesen Sachbeschluss richtet sich der Rekurs der Antragstellerin aus den Rekursgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit einem Abänderungsantrag in Richtung Stattgebung des Sachantrags; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Erstantragsgegner beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben. Die Zweitantragsgegnerin hat keine Rekursbeantwortung erstattet.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigt. In ihm macht die Antragstellerin geltend, dass das Erstgericht zu Unrecht nicht mit den Parteien erörtert habe, dass es plane, die Zeitwerte der einzelnen abgelösten Einrichtungsgegenstände und Investitionen gemäß § 34 AußStrG festzusetzen, und dass im Übrigen auch die Voraussetzungen für eine Betragsfestsetzung nach Ermessen nicht vorlägen. Der Rekurs ist im Sinne des Aufhebungsantrags berechtigt. In ihm macht die Antragstellerin geltend, dass das Erstgericht zu Unrecht nicht mit den Parteien erörtert habe, dass es plane, die Zeitwerte der einzelnen abgelösten Einrichtungsgegenstände und Investitionen gemäß Paragraph 34, AußStrG festzusetzen, und dass im Übrigen auch die Voraussetzungen für eine Betragsfestsetzung nach Ermessen nicht vorlägen.

§ 34 AußStrG bestimmt: Wenn feststeht, dass einer Partei eine Geldleistung zusteht, die Erhebung der Höhe des Betrags aber nicht möglich ist oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen auch unter Abstandnahme von der Aufnahme angebotener Beweise die Höhe des Betrags nach freier Überzeugung festsetzen. Paragraph 34, AußStrG bestimmt: Wenn feststeht, dass einer Partei eine Geldleistung zusteht, die Erhebung der Höhe des Betrags aber nicht möglich ist oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden wäre, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen auch unter Abstandnahme von der Aufnahme angebotener Beweise die Höhe des Betrags nach freier Überzeugung festsetzen.

Voraussetzung ist also, dass die zulässige Höhe der Ablöse, mit anderen Worten der Wert der erbrachten Gegenleistung, entweder gar nicht oder aber nur mit wirklich unverhältnismäßigen Schwierigkeiten (unter Berücksichtigung des Streitwerts von EUR 10.900,92!) ermittelt werden kann. Das ist hier nicht der Fall, liegen doch Beweisergebnisse, darunter eine Inventarliste und auch Fotos der überlassenen Einrichtung, vor. Eine Festsetzung der Höhe der zulässigen Investitionsabgeltung nach Ermessen des Gerichts ist daher durch § 34 AußStrG nicht gedeckt. Voraussetzung ist also, dass die zulässige Höhe der Ablöse, mit anderen Worten der Wert der erbrachten Gegenleistung, entweder gar nicht oder aber nur mit wirklich unverhältnismäßigen Schwierigkeiten (unter Berücksichtigung des Streitwerts von EUR 10.900,92!) ermittelt werden kann. Das ist hier nicht der Fall, liegen doch Beweisergebnisse, darunter eine Inventarliste und auch Fotos der überlassenen Einrichtung, vor. Eine Festsetzung der Höhe der zulässigen Investitionsabgeltung nach Ermessen des Gerichts ist daher durch Paragraph 34, AußStrG nicht gedeckt.

Die für die Ablösezahlung erbrachte gleichwertige Gegenleistung hat der Ablöseempfänger (also die Antragsgegner) zu behaupten und zu beweisen, widrigenfalls die festgestelltermaßen bezahlte Ablöse von S 150.000,- zurückzuzahlen ist.

Der Umstand, dass im Verfahren erster Instanz keine der Parteien ein Sachverständigengutachten beantragte, ändert nichts an der Beweislast oder der Unzulässigkeit des Vorgehens nach § 34 AußStrG. Entgegen der Ansicht des Rekurses ist aber der Sachverständigenbeweis nicht von Amts wegen aufzunehmen. Auch im Bereich des vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahrens außer Streitsachen im Allgemeinen und dem wohnrechtlichen Außerstreitverfahren im Besonderen sind subjektive Behauptungslastregeln und Beweislastregeln jedenfalls dann heranzuziehen, wenn - anders als in Regelungsstreitigkeiten wie etwa Benützungsregelung, Feststellung oder abweichende Festsetzung des Verteilungsschlüssels - über vermögensrechtliche kontradiktoriale Ansprüche zu entscheiden ist (siehe für viele 2 Ob 580/91, 5 Ob 117/04y; RIS Justiz RS0006261). Die Mitwirkungspflicht der Parteien zur Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen, beschränkt - ordnungsgemäß Anleitung vorausgesetzt - die dem Untersuchungsgrundsatz innenwohnende richterliche Erhebungspflicht. Gerade in den Fällen der vom Gesetzgeber einst aus Kostenersatzerwägungen vom Streitverfahren in das Außerstreitverfahren verwiesenen reinen Zahlungsbegehren ist es nicht Sache des Gerichtes von Amts wegen zunächst für den Antragsteller nach anspruchsgrundlegenden Umständen zu forschen um sodann für den Antragsgegner auch noch die anspruchsvernichtenden Umstände aufzuspüren. Der Umstand, dass im Verfahren erster Instanz keine der Parteien ein Sachverständigengutachten beantragte, ändert nichts an der Beweislast oder der Unzulässigkeit des Vorgehens nach Paragraph 34, AußStrG. Entgegen der Ansicht des Rekurses ist aber der Sachverständigenbeweis nicht von Amts wegen aufzunehmen. Auch im Bereich des vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahrens außer Streitsachen im Allgemeinen und dem wohnrechtlichen Außerstreitverfahren im Besonderen sind subjektive Behauptungslastregeln und Beweislastregeln jedenfalls dann heranzuziehen, wenn - anders als in Regelungsstreitigkeiten wie etwa Benützungsregelung, Feststellung oder abweichende Festsetzung des Verteilungsschlüssels - über vermögensrechtliche kontradiktoriale Ansprüche zu entscheiden ist (siehe für viele 2 Ob 580/91, 5 Ob 117/04y; RIS Justiz RS0006261). Die Mitwirkungspflicht der Parteien zur Aufklärung des Sachverhaltes beizutragen, beschränkt - ordnungsgemäß Anleitung vorausgesetzt - die dem Untersuchungsgrundsatz innenwohnende richterliche Erhebungspflicht. Gerade in den Fällen der vom Gesetzgeber einst aus Kostenersatzerwägungen vom Streitverfahren in das Außerstreitverfahren verwiesenen reinen Zahlungsbegehren ist es nicht Sache des Gerichtes von Amts wegen zunächst für den Antragsteller nach anspruchsgrundlegenden Umständen zu forschen um sodann für den Antragsgegner auch noch die anspruchsvernichtenden Umstände aufzuspüren.

Insbesondere die Frage der Beweislast wird noch mit den Parteien zu erörtern sein. Mangels Anwendbarkeit des § 34 AußStrG ist die Höhe der Gegenleistung im Tatsachenbereich festzustellen. Wird die Zuziehung eines Sachverständigen nicht beantragt oder ein Sachverständigenkostenvorschuss nicht erlegt und auch kein weiteres Beweismittel zur Höhe der Gegenleistung zur Verfügung gestellt, wird bei Nichtfeststellbarkeit der Höhe der Gegenleistung dem Sachantrag statzugeben sein. Insbesondere die Frage der Beweislast wird noch mit den Parteien zu erörtern sein. Mangels Anwendbarkeit des Paragraph 34, AußStrG ist die Höhe der Gegenleistung im Tatsachenbereich festzustellen. Wird die Zuziehung eines Sachverständigen nicht beantragt oder ein Sachverständigenkostenvorschuss nicht erlegt und auch kein weiteres Beweismittel zur Höhe der Gegenleistung zur Verfügung gestellt, wird bei Nichtfeststellbarkeit der Höhe der Gegenleistung dem Sachantrag statzugeben sein.

Nur der Vollständigkeit halber ist auszuführen, dass die von der Rekurswerberin auch ins Treffen geführte Höhe des mit dem Vermieter vereinbarten Mietzinses für die Frage der Rückforderbarkeit der Ablöse ohne Belang ist.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 37 Abs 3 Z 17 MRG. Es entspricht der Billigkeit, die endgültige Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens vom Ausgang der Hauptsache abhängig zu machen. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 37, Absatz 3, Ziffer 17, MRG. Es entspricht der Billigkeit, die endgültige Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens vom Ausgang der Hauptsache abhängig zu machen.

Die von der Antragstellerin persönlich vorgenommene "Ergänzung" des von ihrem Rechtsvertreter verfassten Rekurses war infolge Einmaligkeit des Rechtsmittels zurückzuweisen.

#### **Anmerkung**

EWZ00132 40R316.07b

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LG00003:2008:04000R00316.07B.0122.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20080122\_LG00003\_04000R00316\_07B0000\_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](http://www.jusline.at)