

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Resch, Dr. Schobel, Dr. Riedler und Dr. Schlosser als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Matthias B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Mardetschläger und Dr. Peter Mardetschläger, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei V\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Otto Kern, Rechtsanwalt in Wien, wegen 190.200 S sA, infolge Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Oktober 1982, GZ 13 R 191/81-32, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 9. Juni 1981, GZ 6 Cg 302/80-25, unter Rechtskraftvorbehalt aufgehoben wurde, folgenden

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Rekurskosten sind weitere Verfahrenskosten.

### **B e g r ü n d u n g :**

Der Kläger ist blind. Mit Schreiben vom 18. 3. 1970 nahm er das Anbot der beklagten Partei zum Erwerb einer Eigentumswohnung in \*\*\*\*\* an. Ein Notariatsakt wurde nicht errichtet. Die Wohnung wurde dem Kläger (der alleiniger Bewerber war) im Dezember 1971 zur Benützung überlassen und in der Folge von ihm und seiner Gattin benützt. Am 22. 5. 1973 verließ der Kläger die Eigentumswohnung, in welcher seine Gattin zurückblieb. Die Ehe des Klägers ist seit 8. 8. 1979 rechtskräftig aus seinem Alleinverschulden geschieden.

Mit der vorliegenden Klage beehrte der Kläger von der beklagten Partei die Rückzahlung von 190.200 S sA mit der Begründung, der Vertrag zwischen den Streitparteien verstoße gegen die Bestimmungen des § 1 NotZwangsG. Die beklagte Partei sei daher verpflichtet, dem Kläger die bereits bezahlten Beträge und zwar 66.200 S für den Grundanteil, 94.000 S als Baukostenanteil, 10.000 S für die Schallisolierung, 13.000 S für Elektroinstallationen und Verbesserungen und 7.000 S für ein Schwedentafelparkett im Wohnzimmer zurückzuzahlen.

Durch den Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 8. Mai 1980, ON 15, im ersten Rechtsgang wurde klargestellt, dass der zwischen den Streitparteien abgeschlossene Vertrag über den Erwerb der Eigentumswohnung durch den Kläger zur Gänze nichtig ist, weshalb eine beiderseitige Rückabwicklung stattzufinden hat.

Die beklagte Partei beantragte, das Klagebegehren abzuweisen.

Sie wendete zur Höhe der Klagsforderung zuletzt ein (ON 18), der Kläger habe, wenn überhaupt, nur auf die

Hälfte der geltend gemachten Forderungen Anspruch, da seinerzeit beide Ehegatten in gleicher Weise zur Deckung der Kosten und Auslagen beigetragen hätten. Der Anspruch betrage daher nur 95.100 S. Der Kläger habe ab August 1973 keine Zahlungen mehr geleistet, wenngleich er bis zur Scheidung verpflichtet gewesen sei, die Hälfte der anfallenden Kosten wie bisher zu tragen. Die Gattin des Klägers habe in der Zeit vom 1. 8. 1973 bis zum Tage der Scheidung für Kreditrückzahlungen, Betriebskosten und Verwaltungskosten insgesamt 232.894,60 S bezahlt und daher dem Kläger gegenüber den Anspruch auf Rückersatz des halben Betrags von 116.447,30 S gehabt. Diesen Anspruch habe sie an die beklagte Partei zediert. Außerdem habe die Gattin des Klägers eine Baukostennachzahlung von 48.775 S an die beklagte Partei geleistet, wovon der Kläger gleichfalls die Hälfte zu zahlen gehabt hätte. Auch diesen Anspruch in der Höhe von 24.387,50 S habe die Gattin des Klägers an die beklagte Partei zediert. Die beklagte Partei wende diese Forderungen aufrechnungsweise gegen die Klagsforderung ein. Überdies werde ein Betrag von 50.000 S für die Abnutzung der Wohnung durch siebenjährigen Gebrauch eingewendet. Die beklagte Partei habe nach dem Auszug des Klägers aus der Wohnung seiner Gattin unter der Bedingung, dass diese für den Kläger die Baukostendifferenz nachzahle und alle ihr aus den Aufwendungen für die Wohnung gegenüber dem Kläger zustehenden Ansprüche an die beklagte Partei zediere, den Erwerb der Wohnung ermöglicht. Der Kläger hätte im Hinblick auf die Scheidung der Ehe aus seinem Verschulden die Verpflichtung gehabt, seiner geschiedenen Gattin ein Obdach zu verschaffen. Nur weil die beklagte Partei die Wohnung an die Gattin des Klägers

veräußert habe, sei ein Außerstreitverfahren (gemäß den §§ 81 ff EheG) entfallen.

Der Kläger bestritt, dass seine Gattin zu den Kosten des Grundanteils und den Baukosten beigetragen habe. Er behauptete, irgendwelche Zahlungen seiner geschiedenen Gattin seien aus rechtlichen Gründen nicht zu berücksichtigen, weil solche in einem Verfahren wegen Vermögensaufteilung hätten geltend gemacht werden müssen, die geschiedene Gattin des Klägers aber auf eine Vermögensregelung verzichtet habe. Sie habe allfällige Forderungen daher auch nicht wirksam zedieren können.

Das Erstgericht gab mit einem eingliedrigem Urteil dem Klagebegehren zur Gänze statt. Es stellte folgenden wesentlichen Sachverhalt fest:

Für die gegenständliche Wohnung wurden noch vor dem 22. 5. 1973 nachstehende Zahlungen geleistet:

Grundanteil	66.200 S
Baukostenanteil	94.000 S
Schallisolierung der Ober- decke	10.000 S
Elektroinstallationen und Verbesserungen	13.000 S
Schwedentafelparkett im Wohnzimmer	<u>7.000 S</u>
	190.000 S.

Zum Zeitpunkt der Anschaffung der Wohnung waren sowohl der Kläger als auch seine damalige Gattin Elisabeth B\*\*\*\*\* berufstätig. Der Kläger verdiente rund 8.000 S netto monatlich, seine Gattin rund 5.000 S monatlich. Die Haushaltsführung oblag der Gattin des Klägers. Der

Kläger war für eine im Jahre 1955 geborene eheliche Tochter sorgepflichtig. Zwischen dem Kläger und seiner damaligen Gattin bestand eine Vereinbarung, dass das Gehalt der Gattin für die Haushaltsführung verwendet würde, während jenes des Klägers auf ein Gehaltskonto überwiesen und für größere Anschaffungen verwendet wurde. Das Ehepaar B\*\*\*\*\* hatte bereits vor Erwerb der klagsgegenständlichen Wohnung eine Eigentumswohnung besessen, die anlässlich der Anschaffung dieser Wohnung verkauft worden war. Hiefür war ein Erlös von rund 100.000 S erzielt worden, der im Wesentlichen für die Einrichtung der klagsgegenständlichen Wohnung verwendet wurde. Von dem Baukostenbeitrag waren 50 % im Juli 1970 zur Zahlung fällig, die teilweise damit finanziert wurden, dass der Kläger einen Gehaltsvorschuss in der Höhe von 30.000 S nahm, bezüglich dessen er heute noch Rückzahlungen leistet und weiters ein privater Kredit aus der Wohnbauförderung in der Höhe von 32.000 S beschafft wurde, den der Kläger mit September 1980 zur Auszahlung brachte. Zur Finanzierung des Grundanteils wurde die Ansparsumme eines Bausparvertrags in der Höhe von rund 45.000 S herangezogen, der auf den Kläger und seine damalige Gattin Elisabeth B\*\*\*\*\* lautete. Zur Finanzierung der zweiten Rate des Baukostenzuschusses nahm der Kläger einen privaten Kredit von 10.000 S auf, den ihm ein Kollege zur Verfügung stellte. Die dritte Rate wurde aus einem vom Kläger geschlossenen Prämiensparvertrag finanziert, der kurz vorher fällig geworden war. Mit August 1973 stellte der Kläger alle Zahlungen für die Wohnung ein. Von August 1973 bis zum Zeitpunkt der Scheidung der Ehe des Klägers mit Elisabeth B\*\*\*\*\* leistete Elisabeth B\*\*\*\*\* für die gegenständliche Wohnung sämtliche Zahlungen für Kreditrückzahlung, Betriebskosten und Verwaltungskosten im

Beträge von insgesamt 232.894,60 S an die beklagte Partei aus eigenen Mitteln. Der Kläger bezahlte lediglich im Jahre 1975 einen Betrag von 7.000 S aufgrund einer ihm von der beklagten Partei zugegangenen Vorschreibung, in welcher es hieß „Nachzahlung an Betriebskosten und offenen Forderungen“ ohne nähere Prüfung, um welche Forderungen es sich tatsächlich handle, an die beklagte Partei.

Bereits im Jahre 1976 hatte die beklagte Partei vom Kläger zu 3 C 568/76 des Bezirksgerichts Favoriten eine Baukostennachzahlung in der Höhe von 26.453 S im Klagswege eingefordert. Im diesbezüglichen Verfahren hatte der Kläger Nichtigkeit des Vertrags infolge seiner Sinnesbehinderung eingewendet. Zahlungen leistete der Kläger aufgrund dieser Forderung nicht.

Zwischen Elisabeth B\*\*\*\*\* und der beklagten Partei kam es bezüglich dieser Nachforderung zu mehreren Gesprächen, deren Inhalt letzten Endes war, dass die beklagte Partei Elisabeth B\*\*\*\*\* gegenüber die Versicherung abgab, man sei nicht interessiert, ihr die Wohnung wegzunehmen, sofern sie sich bereit erkläre, den vollen Betrag, der inzwischen auf 48.775 S angestiegen war, an Baukostennachzahlungen zu übernehmen. Bereits im Zuge dieser Besprechungen wurde zwischen Elisabeth B\*\*\*\*\* und der beklagten Partei besprochen, dass erstere alle jene Forderungen, die sie gegen den Kläger aus dem Erwerb der Wohnung haben könnte, an die beklagte Partei abtrete, da zum damaligen Zeitpunkt bereits klar war, dass der Kläger gegen die beklagte Partei Ansprüche aus den von ihm erbrachten Aufwendungen für die Wohnung stellen könnte. Tatsächlich bezahlte Elisabeth B\*\*\*\*\* die Baukostennachzahlung im Betrage von 48.775 S an die beklagte Partei. Die klagsgegenständliche Wohnung wurde mit Beschluss des

Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 12. 5. 1980 auf Elisabeth B\*\*\*\*\* grundbücherlich übertragen. Im Zuge der Besprechungen zwischen Elisabeth B\*\*\*\*\* und der beklagten Partei zederte Elisabeth B\*\*\*\*\* zu einem nicht mehr genau feststellbaren Zeitpunkt ihre sämtlichen Forderungen, die sie gegen den Kläger hatte, an die beklagte Partei. Dies war jedenfalls noch vor der Scheidung der Ehe des Klägers mit Elisabeth B\*\*\*\*\*. Nach der Scheidung der Ehe kam es weder zum Abschluss eines Vergleichs noch zu einer Antragstellung nach den §§ 81 ff EheG.

Rechtlich vertrat das Erstgericht die Auffassung, aufgrund der bindenden Entscheidung des Obersten Gerichtshofs im ersten Rechtsgang sei davon auszugehen, dass der zwischen den Streitteilen über den Erwerb der Wohnung abgeschlossene Vertrag nichtig sei. Der Kläger sei zur Rückforderung der geleisteten Zahlungen berechtigt. Ob im Innenverhältnis die frühere Gattin des Klägers etwas vom Kläger zu fordern berechtigt sei, berühre das Verhältnis zwischen den Streitteilen nicht. Die behauptete Zession sei gemäß § 76 EheG nicht wirksam zustande gekommen, weil der Anspruch auf Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens weder durch Vertrag oder Vergleich anerkannt, noch gerichtlich geltend gemacht worden sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei Folge, hob das erstgerichtliche Urteil unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es vertrat die Auffassung, die Zession der Ansprüche der Gattin des Klägers an die beklagte Partei sei unwirksam. Soweit es sich bei den zedierten Ansprüchen um Betriebs- und Verwaltungskosten handle, beruhten diese auf dem Unterhaltsanspruch der Gattin des Klägers gegen

letzteren. Ein solcher Unterhaltsanspruch sei jedoch höchstpersönlich und könne nicht zediert werden. Sofern es sich um Forderungen aufgrund von Darlehensrückzahlungen und Baukostennachzahlungen für die Eigentumswohnung während der aufrechten ehelichen Gemeinschaft handle, fielen diese als eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse unter den Aufteilungsanspruch nach den §§ 81 ff EheG und seien gemäß § 96 EheG nur insoweit einer Zession fähig, als sie durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht worden seien. Dies sei hier nicht der Fall gewesen. Darlehensrückzahlungen und Baukostennachzahlungen nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft fielen aber, wenn für sie eine Unterhaltsverpflichtung des Klägers gegen seine Gattin gegeben gewesen sei, unter das Zessionsverbot des § 1393 ABGB. Seien diese Leistungen aber von der Gattin des Klägers als eigene Leistung für die von ihr übernommene Wohnung erbracht worden, stellten sie keine Forderung gegen den Kläger dar und könnten daher schon aus diesem Grunde nicht wirksam zediert worden sein. Es erübrige sich daher ein Eingehen auf die Mängelrüge der beklagten Partei, soweit sich diese auf die geltend gemachte Zession beziehe.

Begründet sei die Berufung jedoch, soweit als Feststellungsmangel gerügt werde, dass keine Feststellungen über die Abnutzung der Eigentumswohnung getroffen worden seien. Im Rahmen der Rückabwicklung des nichtigen Geschäfts müsse auch der Kläger alles zurückstellen, was er aus dem nichtigen Vertrag erhalten habe. Der Kläger sei jedoch bisher nur seiner Verpflichtung zur Zurückstellung der Wohnung und der mit ihr verbundenen Anwartschaft auf das Wohnungseigentum, nicht aber zur Herausgabe der Nutzung nachgekommen. Es sei daher festzustellen, wie lange diese



Nutzung gedauert habe, wobei es weder auf den Zeitpunkt der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft, noch auf den der Ehescheidung, sondern darauf ankomme, wann die beklagte Partei über die zurückgestellte Wohnung wieder tatsächlich und rechtlich habe verfügen können. Dies sei spätestens dann der Fall gewesen, als die geschiedene Gattin des Klägers in dessen Rechte eingetreten sei, weil es hiezu der Mitwirkung des Klägers bedurft habe. Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs sei davon auszugehen, dass derjenige, der eine fremde Sache ohne Rechtsgrund zu seinem Vorteil benützt habe, dafür ein Benützungsentgelt leisten müsse. Dieses Entgelt entspreche bei Wohnungen grundsätzlich dem für Räume gleicher Größe, Lage und Ausstattung zu zahlenden Mietzins. Da es sich jedoch um eine Eigentumswohnung handle und das für deren Nutzung begehrte und bezahlte Entgelt nicht einem Mietzins gleichgestellt werden könne, sei es durch Beiziehung eines Sachverständigen zu ermitteln. Darüber hinaus stehe jedoch der beklagten Partei ein Entgelt für die Abnutzung der Wohnung nicht zu, weil sie sich nicht auf eine übermäßige, sondern lediglich auf die mit dem Bewohnen gewöhnliche verbundene Abnutzung gestützt habe. Schließlich seien noch Feststellungen darüber erforderlich, ob es sich bei den Beträgen von 30.000 S für die Schallisolierung, Elektroinstallationen und Parkettböden um Aufwendungen zum Vorteil der beklagten Partei gehandelt habe.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der beklagten Partei mit den Anträgen, den Beschluss aufzuheben und das Klagebegehren abzuweisen, oder ihn dahin abzuändern, dass die Zedierbarkeit der Forderung der Gattin des Klägers festgestellt und das Erstgericht angewiesen

werde, die Höhe der Kompensandoforderung festzustellen und dann neuerlich durch Urteil zu entscheiden.

Der Rekurs ist nicht gerechtfertigt.

Die beklagte Partei wendet sich in ihrem Rekurs ausschließlich gegen die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, eine Zession der allfälligen Ansprüche der geschiedenen Gattin des Klägers diesem gegenüber an die beklagte Partei sei unwirksam.

Dagegen bestehen jedoch keine Bedenken.

Die beklagte Partei meint, die Gattin des Klägers habe für diesen Zahlungen geleistet, welche der Kläger hätte leisten müssen und damit einen Ersatzanspruch nach § 1042 ABGB gegen den Kläger erworben, den sie der beklagten Partei zediert habe. Sie übersieht jedoch, dass nach § 1042 ABGB nur jener Aufwand zu ersetzen ist, den ein anderer nach dem Gesetz hätte machen müssen. Nur soweit die Pflicht des anderen reichte, kann daher Ersatz gefordert werden (*Gschnitzer*, Lehrbuch Schuldrecht besonderer Teil 109; *Stanzl* im *Klang-Komm*<sup>2</sup>, IV/1, 927; *Rummel* in *Rummel* ABGB I Rdz 9 zu § 1042; 8 Ob 175/77, auszugsweise veröffentlicht in ZVR 1979/138; S 146 und EFSlg 29.430 und 29.434). Der Schuldner verliert daher gegen den Regressanspruch des Drittzahlers auch nicht seine Einwendungen gegen die alte Schuld, was sich sowohl analog aus den §§ 1394, 1396 ABGB, als auch aus der Bereicherungsnatur des § 1042 ABGB ergibt (*Rummel* aaO Rdz 1 zu § 1042; ähnlich zu § 1422 ABGB; SZ 31/16 ua). Die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung der letztlich von seiner geschiedenen Gattin beglichenen Forderungen der beklagten Partei gründete sich jedoch ausschließlich auf den zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vertrag über den Erwerb der Eigentumswohnung durch den Kläger. Dieser

Vertrag war aber, wie der Oberste Gerichtshof im ersten Rechtsgang ausgeführt hat, zur Gänze nichtig. Damit sind alle direkten Ansprüche aus diesem Vertrag weggefallen und den Streitparteien stehen nur Rückabwicklungsansprüche gegeneinander zu. Die Gattin des Klägers hat daher auch keinen Aufwand gemacht, den der Kläger nach dem Gesetz selbst hätte machen müssen, sodass sie keinen Anspruch gemäß § 1042 ABGB gegenüber dem Kläger erworben hat und somit keinen derartigen Anspruch an die beklagte Partei zedieren konnte. Ob der Gattin des Klägers gegen die beklagte Partei ein Rückforderungsanspruch zustehen könnte (vgl dazu SZ 25/243), braucht im Rahmen dieses Verfahrens nicht geprüft zu werden.

Selbst wenn man aber unterstellen wollte, die Zahlungen der Gattin des Klägers an die beklagte Partei stellten auch eine Vorwegbefriedigung der Forderungen der beklagten Partei gegenüber dem Kläger aus der Rückabwicklung des nichtigen Vertrags dar, wäre für die beklagte Partei nichts gewonnen. Denn in einem solchen Fall wäre der aus der Rückabwicklung bestehende Anspruch der beklagten Partei gegenüber dem Kläger bereits getilgt, sodass die beklagte Partei nur den zedierten Anspruch und nicht auch darüber hinaus dieselben Ansprüche im Rahmen der Rückabwicklung noch einmal geltend machen könnte.

Hinsichtlich dieser Rückabwicklungsansprüche ging das Berufungsgericht mit Recht davon aus, dass der Kläger verpflichtet ist, der beklagten Partei ein Benützungsentgelt für die Wohnung zu bezahlen. Dabei wird es in zeitlicher Hinsicht darauf ankommen, wie lange eine Wohnungsbenützung dem Kläger zuzurechnen war. Eine solche Zurechnung wäre jedenfalls von dem Zeitpunkt an auszuschließen in dem der Kläger der beklagten Partei

vorbehaltlos die Rückstellung der Wohnung angeboten und die beklagte Partei dies ausgeschlagen hätte, oder er eine vollständige Rückabwicklung entsprechend dem Ergebnis dieses Verfahrens angeboten und die beklagte Partei dies abgelehnt hätte, oder die beklagte Partei im Hinblick auf die Einwendungen des Klägers im Verfahren 3 C 568/76 des Bezirksgerichts Favoriten tatsächlich über die Wohnungsbenützung verfügt hat.

Was die Höhe des Benützungsentgelts anlangt, so werden im Rahmen seiner Berechnung auch die Verwaltungs- und Betriebskosten zu berücksichtigen sein. Denn auch diese Kosten treffen den Wohnungseigentümer und in der weiteren Folge den jeweiligen Benutzer der Wohnung.

Hinsichtlich des Betrags von 30.000 S hat das Berufungsgericht schließlich mit Recht Feststellungen darüber für erforderlich gehalten, ob diese Investitionen zum Vorteil der beklagten Partei erfolgt sind. Diesbezüglich wird im Rekurs nichts gegen die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts vorgebracht. Gleiches gilt für die Ansicht des Berufungsgerichts, der beklagten Partei stehe über das Benützungsentgelt hinaus keine Gegenforderung aus der Abnutzung der Wohnung zu, weil sie sich nicht auf eine übermäßige, sondern lediglich auf die mit dem Bewohnen gewöhnlich verbundene Abnutzung gestützt habe. Es wurde auch nicht vorgebracht, dass der Wiederverkaufswert der Wohnung hiedurch ein geringerer geworden wäre.

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

Der Ausspruch über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 20. Oktober 1983  
Dr. S a m s e g g e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: