

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in der außerstreitigen Wohnrechtssache der Antragsteller 1. B*****gmbH, *****, 2. Petar V*****, beide vertreten durch Mag. Roswitha Wallner, Mietervereinigung Österreichs, Reichsratsstraße 15, 1010 Wien, gegen die Antragsgegner 1. I***** GmbH, *****, 2. A*****gmbH, *****, 3. Eigentümergeinschaft des Hauses *****, Erst- und Drittantragsgegner vertreten durch Dr. Gernot Nachtnebel, Rechtsanwalt in Wien, unter Beiziehung der übrigen Mieter der Liegenschaft wegen §§ 21, 37 Abs 1 Z 12 MRG, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Erst- und Drittantragsgegner gegen den Sachbeschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 11. September 2007, GZ 40 R 323/06f-26, womit der Sachbeschluss des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 4. Oktober 2006, GZ 30 Msch 22/05g-18, teilweise abgeändert wurde, den

Beschluss und Teilsachbeschluss

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Sachbeschluss wird dahin bestätigt, dass er einschließlich seines rechtskräftigen Teils als Teilsachbeschluss lautet:

„1. Festgestellt wird, dass die Position von 15.169,38 EUR unter dem Titel BR. Böhm-Babic 01/99 - 06/03 im Ausmaß von 3.713,73 EUR keine Betriebskosten iSd § 21 MRG darstellt.

2. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten bleibt der Endentscheidung vorbehalten.“

3. Hinsichtlich der restlichen Betriebskostenposition von 6.723,69 EUR werden die Sachbeschlüsse der Vorinstanzen aufgehoben. Dem Erstgericht wird in diesem Umfang die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

B e g r ü n d u n g :

Die Erstantragsgegnerin ist Miteigentümerin einer Liegenschaft in Wien; mit ihren Anteilen ist unter anderem Wohnungseigentum an der Wohnung Top 15 verbunden. Die Zweitantragsgegnerin ist Wohnungseigentümerin des Geschäftslokals Top 4/5. Wohnungseigentum wurde 2001 begründet.

Die Erstantragstellerin ist seit 1994 Hauptmieterin der Objekte Top 4, 4a und 5. Der Hauptmietvertrag des Zweitantragsstellers für das Objekt Top 15 wurde vor der Anmerkung der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts (1999) geschlossen.

Von Jänner 1999 bis einschließlich Juni 2003 bezahlten die Vermieter kein Hausbesorgerentgelt. Sie vertraten die Auffassung, das Hausbesorgerdienstverhältnis sei beendet. Der Hausbesorger beehrte in dem am 29. 1. 2001 beim Arbeits- und Sozialgericht Wien eingeleiteten Verfahren die Bezahlung seines Hausbesorgerentgelts von Jänner 1999 bis einschließlich März 2002 von der (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft. In diesem Verfahren wurde die (Wohnungs-)Eigentümergeinschaft rechtskräftig (Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 7. 5. 2003) zur Zahlung eines Kapitalbetrags von 14.804,47 EUR samt Zinsen (insgesamt 18.518,20 EUR) verpflichtet. Die Eigentümergeinschaft bezahlte 2003 aus dem Titel Hausbesorgerentgelte 15.169,38 EUR an den Hausbesorger und nahm diese Position in die mit 31. 12. 2003 datierte Betriebskostenabrechnung 2003 (Blg./4) auf.

Diese Position schlüsselt sich wie folgt auf:
Forderung aufgrund des rechtskräftigen
Urteils inklusive Zinsen für

Jänner 1999 bis März 2002 18.518,20 EUR

Lohnforderung April 2002

bis Juni 2003 6.723,69 EUR

abzüglich Benutzungsentgelt für

Hausbesorgerwohnung 10.072,51 EUR

= 15.169,38 EUR.

In dem 2004 bei der Schlichtungsstelle eingeleiteten Verfahren bemängelten die Antragsteller zuletzt nur die Betriebskostenposition von 15.169,38 EUR und brachten - soweit noch relevant - vor, die Präklusivfrist des § 21 Abs 3 Z 4 MRG stehe einer Überwälzung der Forderungen des Hausbesorgers von Jänner 1999 bis Dezember 2002 auf die Mieter entgegen.

Die Antragsgegner erhoben folgende Einwendungen:

1. die fehlende Passivlegitimation der Eigentümergemeinschaft, die nicht Vermieter sei;
2. die strittige Betriebskostenforderung von 15.169,38 EUR sei erst aufgrund der letztinstanzlichen Entscheidung 2003 fällig geworden.

Das Erstgericht wies den Antrag ab, weil seiner Auffassung nach die Präklusivfrist erst mit der Zahlung im Jahr 2003 in Gang gesetzt worden sei.

Das von den Antragstellern angerufene Rekursgericht änderte diesen Sachbeschluss dahin ab, dass es die Unzulässigkeit der Aufnahme von 10.437,42 EUR als Betriebskosten in die Betriebskostenabrechnung feststellte. Die Fälligkeit sei nicht alleinige Voraussetzung für die Aufnahme in eine Betriebskostenabrechnung. Notwendig sei auch die (hier erst 2003 vorgenommene) Bezahlung. Die verspätete Zahlung der berechtigten Lohnforderungen und damit die aufgelaufenen Zinsen habe sich die

Eigentümergeinschaft aber selbst zuzurechnen, weshalb lediglich der Kapitalbetrag von 14.804,47 EUR abzüglich des Benützungsentgelts für die Hausbesorgerwohnung von 10.072,41 EUR = 4.731,96 EUR eine berechnete Betriebskostenposition darstellten. Die Passivlegitimation der Eigentümergeinschaft ergebe sich aus § 4 Abs 3 WEG.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 10.000 EUR übersteigt und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Die Erst- und Drittantragsgegner beantragen in ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs die Abänderung des angefochtenen Sachbeschlusses im Sinn einer Wiederherstellung der erstgerichtlichen Entscheidung, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Antragsteller beantragten in ihrer Revisionsrekursbeantwortung, das gegnerische Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihm nicht Folge zu geben.

Der Revisionsrekurs ist entgegen dem nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichts zulässig, weil keine gesicherte höchstgerichtliche Rechtsprechung besteht, ob die Überwälzung von Zinsen aus strittigen, erst im Prozessweg geklärten Betriebskostenpositionen zulässig ist. Der Revisionsrekurs ist auch zum Teil berechtigt.

Zur Präklusivfrist des § 21 Abs 3 MRG:

Macht der Vermieter - wie hier unstrittig ist - von der Möglichkeit der Jahrespauschalverrechnung Gebrauch, beginnt die einjährige Präklusivfrist zur Geltendmachung der Betriebskosten und öffentlichen Abgaben mit Ablauf des Kalenderjahres zu laufen, in dem sie gegenüber dem

Vermieter fällig geworden sind (§ 21 Abs 3 Satz 4 MRG). Entscheidend für die Verpflichtung des Vermieters, Betriebskosten in die Abrechnung für ein bestimmtes Jahr aufzunehmen und damit für den Beginn der Präklusivfrist, ist grundsätzlich die Fälligkeit der vom Vermieter zu erfüllenden Forderung, nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung (RIS-Justiz RS0112095; 5 Ob 419/97x = immolex 1998/100 [Pfiel] = MietSlg 49.313 = wobl 1998/93 [Arnold]; 5 Ob 131/99x = wobl 2000/53; 5 Ob 166/06g = immolex 2007/18 = ZAK 2006/396; E. Hausmann in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 21 MRG Rz 46; *Würth/Zingher/Kovanyi* Miet- und Wohnrecht21 § 21 MRG Rz 18). Dem Zeitpunkt der Zahlung billigt die höchstgerichtliche Judikatur - allerdings nur bei der Jahrespauschalverrechnung (dazu kritisch E. Hausmann aaO) - insofern Bedeutung zu, als der Vermieter innerhalb der einjährigen Präklusivfrist ab Ablauf des Jahres der Fälligkeit den Nachweis erbringen muss, die verrechneten Kosten auch tatsächlich aufgewendet zu haben (RIS-Justiz RS0112097; 5 Ob 149/05f = immolex 2006/86 = MietSlg 57.329 = wobl 2007, 285/111; 5 Ob 166/06g = immolex 2007/18 = ZAK 2006, 396; 5 Ob 131/99x). Begründet wird diese Forderung im Wesentlichen mit dem Einleitungssatz des § 21 Abs 1 MRG, der zu Betriebskosten die „vom Vermieter aufgewendeten Kosten“ erklärt.

Hier waren Entgeltforderungen des Hausbesorgers für einen Zeitraum von Jänner 1999 bis einschließlich Juni 2003 zu beurteilen, die erst 2003 nach rechtskräftiger Beendigung eines Verfahrens zwischen dem Dienstgeber und dem Hausbesorger als Dienstnehmer bezahlt wurden. Der in diesem Verfahren zugesprochene Kapitalbetrag von 14.804,47 EUR betraf Lohnforderungen

für Jänner 1999 bis März 2002 (nicht wie von den Vorinstanzen aufgrund eines offensichtlichen Schreibfehlers angenommen März 2003, wie sich aus dem angeschlossenen arbeits- und sozialgerichtlichen Akt iVm dem festgestellten Datum des Urteils erster Instanz eindeutig ergibt). Diesen Betrag hat das Rekursgericht als berechnete Betriebskostenposition gewertet, was die Antragsteller nicht bekämpft haben. Bei dieser Forderung stellt sich das Problem der Präklusion daher nicht. Zu beurteilen sind die - vom Rekursgericht nicht berücksichtigte - restliche Lohnforderung für April 2002 bis einschließlich Juni 2003 von 6.723,69 EUR und die aus dem Kapitalbetrag aufgelaufenen Zinsen von 3.713,73 EUR.

Aufgrund des arbeits- und sozialrechtlichen Verfahrens steht fest, dass das Hausbesorgerverhältnis am 1. 7. 2000 noch aufrecht war, weshalb sowohl die Bestimmungen des Hausbesorgergesetzes als auch § 23 MRG idF vor der WRN 2000, BGBl I 36/2000 (§ 49c Abs 5 MRG), weiterhin anzuwenden sind.

Nach § 7 Abs 1 Hausbesorgergesetz (iVm § 1154 Abs 2 ABGB) war das Hausbesorgerentgelt gegenüber den Vermietern als Dienstgeber monatlich im Nachhinein fällig. Eine abweichende Fälligkeitsregelung im Dienstvertrag wurde nicht behauptet, sie steht auch nicht fest. Aufgrund der gesetzlichen Fälligkeitsregelung war keine Fälligkeit der Lohnforderung durch den Dienstnehmer erforderlich (vgl. *Bollenberger* in KBB² § 904 ABGB Rz 1). Die Lohnforderungen für den Zeitraum Dezember 2002 bis einschließlich Juni 2003 waren daher den Vermietern gegenüber jedenfalls erst im Jahr 2003 fällig. Sie wurden in der Betriebskostenabrechnung für die Periode 2003 verrechnet und auch in diesem Jahr bezahlt, weshalb die einjährige

Präklusivfrist zur Geltendmachung und zum Nachweis der Zahlung eindeutig gewahrt ist.

Was die restliche Lohnforderung ab April 2002 bis einschließlich November 2002 und die urteilsmäßig zugesprochenen Zinsen betrifft, so stand die Leistungsverpflichtung des Vermieters erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahrens seit 2003 fest.

Die im Urteil ausgesprochene Verpflichtung, den Kapitalbetrag samt Zinsen binnen einer Leistungsfrist von 14 Tagen zu bezahlen, ist unter dem Aspekt einer rein prozessualen Leistungsfrist (§ 409 ZPO) zu sehen, die keinen Einfluss auf die materiellrechtlich nach § 904 ABGB zu beurteilende Fälligkeit der eingeklagten Forderung und damit der gesetzlichen Zinsen hatte. Insofern ist der zu 5 Ob 37/04h = immolex 2005/34 entschiedene Fall nicht vergleichbar: Dort wurde über die eingeklagten Forderungen des Hausbesorgers ein gerichtlicher Vergleich geschlossen, der als konstitutiv wirkender Neuerungsvertrag die ursprüngliche Fälligkeit der Forderungen aus dem Arbeitsvertrag änderte und diese erst binnen der festgesetzten Leistungsfrist nach Rechtswirksamkeit des Vergleichs eintreten ließ.

Der bereits zitierten Entscheidung 5 Ob 419/97x lag eine nachträgliche Bescheidfestsetzung der Abgabenbehörde über die nach den Bestimmungen des FLAG zu einem früheren Zeitpunkt fällig gewordenen Beiträge des Dienstgebers (Hausbesorgerdienstvertrag) zum Familienlastenausgleichsfonds zugrunde, nachdem der dortige Dienstgeber seiner Pflicht zur Selbstbemessung und rechtzeitigen Abführung der Abgaben nicht nachgekommen war. Die im Bescheid vorgenommene Abgabenfestsetzung

begründete nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs keine von den gesetzlichen Fälligkeitvorschriften abweichende Fälligkeit, weshalb sich die einjährige Präklusivfrist des § 21 Abs 3 Satz 4 MRG an der gesetzlichen Fälligkeit zu orientieren habe.

Ob sich im konkreten Fall die erst 2003 rechtskräftig feststehende Zahlungsverpflichtung des Vermieters auf die genannte Präklusivfrist (bezüglich des Hausbesorgerentgelts für April 2002 bis November 2002) auswirkt, muss derzeit aber nicht abschließend beurteilt werden:

Die im Akt erliegende, strittige Betriebskostenabrechnung ist nämlich mit **31. 12. 2003** datiert. Sind die Vermieter ihrer Verpflichtung zur Legung einer ordnungsgemäßen Abrechnung (§ 21 Abs 3 Satz 2 MRG) bis zu diesem Termin nachgekommen, wären die 2002 fällig gewordenen Entgeltforderungen nicht präkludiert, weil eine Korrektur und Ergänzung der zum 30. 6. 2003 zu legenden Abrechnung für das Vorjahr innerhalb einer weiteren sechsmonatigen „Nachfrist“ zulässig ist (E. Hausmann aaO, Rz 45 mwN). Die Einhaltung der Präklusivfrist des § 21 Abs 3 Satz 4 MRG ist amtswegig zu prüfen (E. Hausmann aaO, Rz 54). Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren nach Erörterung mit den Parteien Feststellungen zu treffen haben, ob die strittige Abrechnung gegenüber den Antragstellern zum 31. 12. 2003 gelegt wurde.

Unzulässig ist hingegen jedenfalls die Überwälzung, soweit es die Zinsen betrifft. § 21 Abs 1 MRG enthält eine taxative (*Würth/Zingher/Kovanyi* aaO Rz 2; E. Hausmann aaO Rz 6; RIS-Justiz RS0069690) Aufzählung der Betriebskosten.

Darunter fiel nach Z 8 leg cit idF vor der WRN 2000 der in § 23 idF vor der WRN 2000 definierte Beitrag für Hausbesorgerarbeiten. Nach § 23 Abs 1 Z 1 MRG in der anzuwendenden Fassung bestand der Beitrag für Hausbesorgerarbeiten aus dem den Hausbesorger gebührenden Entgelten und Ersätzen zuzüglich der Kosten der für die Reinigungsarbeiten erforderlichen Gerätschaften und Materialien sowie der Kosten für das Ausmalen der Hausbesorgerwohnung. Von Zinsen, die aufgrund der verspäteten Bezahlung fälliger Entgelte aufgelaufen sind, ist hier keine Rede.

Darüber hinaus spricht der für den Beginn der Präklusivfrist des § 21 Abs 3 Satz 4 MRG maßgebliche Fälligkeitszeitpunkt dafür, dass die Überwälzung dieser Zinsen an den Mieter präkludiert ist. Das Risiko der Zahlung von Betriebskostenforderungen Dritter erst nach rechtskräftigem Abschluss des gerichtlichen Verfahrens, das sich in der Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen verwirklicht, soll keinesfalls zu Lasten des Mieters gehen. Der Sinn dieser Präklusivfrist liegt gerade darin, den Mieter nicht nach Jahren mit Betriebskostenforderungen zu „überraschen“ (vgl *E. Hausmann* aaO Rz 53).

2. **Zur Passivlegitimation der Eigentümergeinschaft:**

Bei den hier gegebenen Altmietverträgen ist § 4 Abs 3 WEG 2002 anzuwenden. Der Hauptmieter des Wohnungseigentumsobjekts kann mietrechtliche Ansprüche, die sich auf die allgemeinen Teile der Liegenschaft oder auf die Liegenschaft als Gesamtheit beziehen, ungeachtet der Rechtsstellung des Wohnungseigentümers als Vermieter auch gegen die

Eigentümergeinschaft geltend machen. Die „auf die Liegenschaft als Gesamtheit“ bezogenen Ansprüche erfassen Ansprüche des Mieters im Zusammenhang mit der Abrechnung iSd §§ 20 Abs 3, 21 Abs 3 MRG (*Würth/Zingher/Kovanyi* aaO § 4 WEG Rz 8; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 4 WEG Rz 17; *E. Hausmann* aaO Rz 59).

Entgegen der Auffassung der Revisionsrekurswerber ist die Passivlegitimation der Eigentümergeinschaft daher zu bejahen.

Das Argument der Revisionsrekurswerber zur beantragten Feststellung der Überschreitung des gesetzlich zulässigen Hauptmietzinses ist nicht zielführend. Das Rekursgericht hat nur festgestellt, dass eine Betriebskostenposition in einem bestimmten Ausmaß keine Betriebskosten darstellt. Es hat aber nicht festgestellt, dass das gesetzlich zulässige Zinsausmaß durch die Vorschreibung dieser Betriebskosten überschritten wurde; ebenso wenig wurde die Verpflichtung zur Bezahlung des unzulässig vorgeschriebenen Betrags ausgesprochen. Dass dies nicht geschah, haben die Antragsteller nicht bekämpft. Die Frage, ob die Eigentümergeinschaft auch hinsichtlich der Feststellung der Überschreitung des zulässigen Mietzinses durch Vorschreibung (wohl anteiliger) Betriebskosten passiv legitimiert wäre, stellt sich somit gar nicht.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 37 Abs 3 Z 19 MRG aF, der aufgrund der Einleitung des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle im Jahr 2004 noch anzuwenden ist. In sinngemäßer Anwendung des § 52 ZPO war auszusprechen, dass die verzeichneten Kosten (nur Barauslagen) der Endentscheidung vorzubehalten sind.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 15. April 2008
Dr. F l o ß m a n n
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: