

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Joachim Tschüscher, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei C\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Heinrich Luchner und andere Rechtsanwälte in Mayrhofen, wegen Rechnungslegung (Streitwert 6.000 EUR), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 6. Mai 2010, GZ 4 R 155/10p-20, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Zell am Ziller vom 24. Februar 2010, GZ 2 C 567/08x-16, als nichtig aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

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

gefasst:

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und dem Berufungsgericht eine neuerliche Entscheidung unter

Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund aufgetragen.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Beklagte ist Alleineigentümerin einer Liegenschaft in M\*\*\*\*\*, auf welcher ein Wohn- und Geschäftshaus errichtet ist. Die Klägerin war aufgrund eines im Jahr 2002 abgeschlossenen Bestandvertrags Mieterin verschiedener Räumlichkeiten, in denen sie ein Restaurant betrieb. Dieses Mietverhältnis dauerte bis 30. 11. 2007.

Aufgrund Punkt V. des Bestandvertrags war die Klägerin verpflichtet, alle auf das Mietobjekt anteilig entfallenden Betriebs- sowie Heizkosten und öffentlichen Abgaben zu tragen. Dabei war vereinbart, dass „das Mietobjekt an die zentrale Ölheizungsanlage für das Gesamtgebäude angeschlossen [*ist*]. Die Mieterin übernimmt als pauschale Heizkosten für das Mietobjekt den Kaufpreis für 6.300 Liter Heizöl jährlich. Die Vermieterin wird diese Anschaffungskosten, wie sie ihr selbst entstanden sind, an die Mieterin weiterverrechnen“.

Die Beklagte übernahm den Einkauf des Heizöls für das gesamte Haus und stellte der Klägerin den Ölverbrauch von 6.300 Litern Heizöl in Rechnung. Die Klägerin bezahlte - bis auf die (anteilige) Heizölrechnung für das Jahr 2007 - im Zeitraum 1. 12. 2002 bis 31. 12. 2006 immer 6.300 Liter Heizöl an die Beklagte, forderte jedoch die Beklagte mehrmals ergebnislos auf, eine verbrauchsabhängige Heizkostenabrechnung für das Mietobjekt vorzulegen.

Die **Klägerin** begehrt die Verpflichtung der Beklagten, eine ordnungsgemäße Abrechnung über die Heizkosten des Geschäftshauses und jene der von ihr gemieteten Räumlichkeiten für den Zeitraum 1. 12. 2002 bis 30. 11. 2007 vorzulegen und das sich aus der Abrechnung ergebende Guthaben an die Klägerin zu bezahlen, dessen Höhe nach Vorlage der Abrechnung beziffert werde. Bei den vereinbarten Zahlungen habe es sich lediglich um Akontozahlungen gehandelt, über welche jährlich abzurechnen gewesen wäre. Darüber hinaus habe die Beklagte der Klägerin und zwei anderen Bestandnehmern nicht nur insgesamt mehr Heizöl verrechnet, als sie überhaupt eingekauft habe, sondern mit dem Überschuss an tatsächlich eingekauftem Heizöl eigene Flächen beheizt; daraus resultierten Bereicherungsansprüche der Klägerin.

Die **Beklagte** wendete demgegenüber ein, zwischen den Parteien sei ausdrücklich eine Pauschalabrechnung der Heizkosten vereinbart worden, weshalb der Klägerin weder ein Anspruch auf Rechnungslegung noch Rückforderungsansprüche zustünden. Im Übrigen seien die Ansprüche zum Teil verjährt.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Zwischen den Parteien sei eine Pauschalabrechnung vereinbart worden, eine Abrechnungspflicht der Beklagten jedoch nicht. Bereicherungsansprüche der Klägerin kämen im Hinblick auf das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis nicht in Betracht.

Das **Berufungsgericht** hob aus Anlass der Berufung das erstgerichtliche Urteil als nichtig auf und wies den als Klage gewerteten verfahrenseinleitenden Schriftsatz der Klägerin vom 29. 4. 2008 zurück; den Entscheidungsgegenstand bewertete es zwischen 5.000 EUR

und 30.000 EUR. In der Sache selbst vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, auf das Wohn- und Geschäftshaus der Beklagten sei gemäß dessen § 3 das Heizkostenabrechnungsgesetz anzuwenden. Nach § 25 Abs 1 Z 8 HeizKG sei jedoch unter anderem über Anträge auf Legung der Abrechnung (§§ 17 bis 20, § 22 Abs 1 und 3) im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden und nicht - wie von der Klägerin angestrebt - im streitigen Rechtsweg.

Der **Rekurs** der Klägerin ist gemäß § 519 Abs 1 Z 1 ZPO - unabhängig vom Wert des Entscheidungsgegenstands und dem Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage im Sinn von § 502 Abs 1, § 528 Abs 1 ZPO - zulässig; er ist auch berechtigt.

1. Die klagende Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde am 4. 7. 2008 infolge beendeter Liquidation im Firmenbuch gelöscht (siehe FN \*\*\*\*\* des Landesgerichts Innsbruck). Da sie jedoch im vorliegenden Verfahren einen vermögenswerten Anspruch geltend macht und daher nicht als vermögenslos angesehen werden kann, ist sie auch noch nicht vollbeendet und daher - weiterhin - parteifähig (vgl RIS-Justiz RS0050186), was die zweite Instanz in ihrer Rekursentscheidung vom 19. 6. 2009, ON 11, zutreffend erkannt hat.

Der Klagevertreter beruft sich auf eine für die Klägerin von deren vormaliger Geschäftsführerin und späterer Liquidatorin erteilte Prozessvollmacht. Da das vorliegende Verfahren vor Löschung der Klägerin im Firmenbuch eingeleitet worden ist und deshalb § 35 ZPO zur Anwendung kommt (vgl dazu *Fucik in Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> [2006] § 35 Rz 1 und die dort angeführten Nachweise), besteht die erteilte Vollmacht jedenfalls fort (7 Ob 23/01k; *Zib in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>2</sup> [2002] § 35 Rz 40).

2. Nach § 42 Abs 3 JN, der nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs insbesondere auch auf die Zulässigkeit des streitigen beziehungsweise außerstreitigen Verfahrens angewendet wird (8 Ob 262/00p wobl 2002/64; ebenso *Mayr* in *Rechberger*, ZPO<sup>2</sup> [2006] § 42 JN Rz 11; vgl auch *Ballon* in *Fasching*, ZPO<sup>2</sup> [2000] § 42 JN Rz 20), kann die Unzulässigkeit des Verfahrens nicht mehr wahrgenommen werden, wenn dem eine bindende Entscheidung des Gerichts entgegen steht. Trotz gegenteiliger Lehrmeinungen (*Fasching*, *Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> [1990] Rz 735; *Ballon*, *Die Zulässigkeit des Rechtswegs* [1980] 153; *ders* in *Fasching/Konecny*, ZPO<sup>2</sup> [2000] § 42 JN Rz 19, 24, § 44 JN Rz 10; *Mayr* aaO Rz 11) hat der Oberste Gerichtshof zwar bis in die jüngste Zeit (vgl RIS-Justiz RS0114196; zuletzt 5 Ob 3/10t; 5 Ob 28/10v) an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach die Bindungswirkung gemäß § 42 Abs 3 JN eine ausdrückliche Bejahung der maßgebenden Verfahrensvoraussetzung im Spruch eines Beschlusses nicht voraussetzt. Allerdings reicht eine bloß implizite Bejahung der Rechtswegzulässigkeit, etwa durch meritorische Behandlung eines Begehrens, für eine bindende Bejahung nicht aus (1 Ob 50/99f SZ 72/76 = EvBl 1999/179; 2 Ob 353/99x; 1 Ob 146/00b SZ 73/123 = ecolex 2001/39 [*Jud*]; 5 Ob 209/07g).

Die Klägerin hat ihren Anspruch ursprünglich im Verfahren außer Streitsachen geltend gemacht, dann aber über entsprechenden Einwand der Beklagten ihr Begehren in eine Klage umgewandelt. Darüber hat das Erstgericht - ohne jegliche Beschlussfassung oder Erörterung der Zulässigkeit des Rechtswegs - verhandelt und letztlich mit Urteil entschieden. Die zweite Instanz hat mit der bereits erwähnten Entscheidung ON 11 zwar dem Erstgericht die Fortsetzung

des Verfahrens unter Abstandnahme vom ursprünglich gebrauchten Zurückweisungsgrund (mangelnde Parteifähigkeit der Klägerin) aufgetragen; zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs findet sich jedoch auch in dieser Entscheidung keinerlei Stellungnahme, auch wenn die zweite Instanz ganz offensichtlich von einer „klagsweise“ und im Weg einer Stufenklage nach Art XLII EGZPO geltend gemachten Rückforderung geleisteter Zahlungen ausgegangen ist (vgl S 5 der Rekursentscheidung ON 11). Damit liegt eine bindende Entscheidung gemäß § 42 Abs 3 JN nicht vor.

**3.** Das Berufungsgericht deutete das Begehren der Klägerin als Antrag auf Legung von Heizkostenabrechnungen nach den §§ 17 bis 20, § 22 Abs 1 und 3 HeizKG und ging deshalb von einem im Verfahren außer Streitsachen geltend zu machenden Antrag aus (§ 25 Abs 1 Z 8 HeizKG). Es hat damit jedoch das Klagebegehren missinterpretiert:

**3.1.** Die Klägerin hat von Anfang an vorgebracht, dass es sich bei den vertraglich festgelegten Mengen an von ihr zu bezahlendem Heizöl lediglich um Akontozahlungen gehandelt habe, die jährlich abzurechnen seien; derartige Abrechnungen habe die Beklagte trotz Urgenz der Klägerin nicht vorgelegt. Darüber hinaus stützte die Klägerin ihr Begehren ausdrücklich auf den Titel der Bereicherung; die Beklagte habe der Klägerin und zwei anderen Bestandnehmern nicht nur insgesamt mehr Heizöl verrechnet, als sie überhaupt eingekauft habe, sondern mit dem Überschuss an tatsächlich eingekauftem Heizöl eigene Flächen beheizt.

**3.2.** Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist bei Beurteilung der Frage, ob eine Rechtssache im streitigen oder außerstreitigen Verfahren zu behandeln ist, ausschließlich der Inhalt des Begehrens und des Vorbringens der antragstellenden Partei maßgebend; die

Einwendungen des Antragsgegners sowie amtliches Wissen bleiben außer Betracht (RIS-Justiz RS0013639; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> [2006] § 40a JN Rz 2 mit weiteren Nachweisen aus der Literatur). Auch Fragen der Sachlegitimation oder der Schlüssigkeit eines Rechtsschutzbegehrens haben mit der zulässigen Verfahrensart oder überhaupt der Zulässigkeit des Rechtsschutzantrags nichts zu tun (5 Ob 241/08i).

Rückforderungsansprüche aus vertraglich vereinbarten Akontozahlungen sind aber grundsätzlich ebenso im streitigen Verfahren geltend zu machen wie Bereicherungsansprüche. Die Klägerin gründet ihr Begehren primär auf vertragliche Ansprüche, auf die Bestimmungen des Heizkostenabrechnungsgesetzes hat sie sich hingegen im gesamten Verfahren erster Instanz nie gestützt und lehnt in ihrem Rekurs dessen Anwendbarkeit sogar ausdrücklich ab.

**3.3.** Mit dem Vorbringen der Klägerin in Einklang steht auch ihr (über diesbezüglichen Einwand der Beklagten gemäß § 40a JN umgestelltes) Begehren auf Bezahlung des sich aus der Abrechnung ergebenden Guthabens nach Vorlage der Abrechnungen. Die Klägerin begehrt also Rückersatz zu viel geleisteter Akontozahlungen. Ihr Begehren auf „ordnungsgemäße Abrechnung über die Heizkosten ... für [den Zeitraum von] 1. 12. 2002 bis 30. 11. 2007“ wiederum ist als Rechnungslegungsbegehren im Sinn des Art XLII Abs 1 erster Fall EGZPO zu verstehen (vgl dazu ausführlich *Konecny* in *Fasching/Konecny*, ZPO<sup>2</sup> [2002] Art XLII EGZPO Rz 26 ff), nicht jedoch als Antrag nach § 25 Abs 1 Z 8 oder 8a HeizKG iVm § 25 Abs 2 HeizKG, § 37 Abs 4 MRG (zur echten Konkurrenz von Rückforderungsklage und Ausspruch nach § 37 Abs 4 MRG

vgl im Übrigen *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht<sup>22</sup> [2009] § 37 MRG Rz 8, 76).

3.4. Damit hat das Berufungsgericht aber zu Unrecht Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs für das klägerische Begehren angenommen, weshalb die angefochtene Entscheidung zu beseitigen war. Da sich das Berufungsgericht bislang mit den in der Berufung der Klägerin vorgetragene Argumenten nicht auseinander gesetzt, insbesondere auch die erhobene Mängelrüge inhaltlich nicht behandelt hat, ist dem Obersten Gerichtshof eine Entscheidung in der Sache selbst - etwa durch Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils - verwehrt. Das Berufungsgericht wird nunmehr die Berufung inhaltlich zu erledigen haben.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 22. September 2010  
Dr. P i m m e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: