

Herausgegeben von
RA Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold
Univ.-Prof. Dr. Gottfried Call
Dr. Wolfgang Dirnbacher
Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves
Dr. Norbert Hanel
RA Mag. Dr. Till Hausmann
Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer
Dir. Theodor Österreicher
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer
Dr. Maria Wittmann-Tiwald
Hon.-Prof. Dr. Helmut Würth
Schriftleitung:
Dr. Martina Mohr
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer

wohnrechtliche blätter:wobl

Springer-Verlag Wien New York

April 2003
16. Jahrgang, Heft 4

ISSN 0933-2766 WOBLEA 16 (4) 97-128 (2003)

Rechtsanwalt Dr. *Nikolaus Arnold*, Wien

Die Privatstiftung im Anwendungsbereich des § 12a MRG

Eine Privatstiftung kann in verschiedensten Fallkonstellationen an Rechtsvorgängen beteiligt sein, bei denen sich die Frage stellt, ob sie den Vermieter zur Mietzinsanhebung nach § 12a MRG berechtigen. Dieser Artikel stellt einerseits die in der Rechtsprechung bereits behandelten Fallvarianten dar und untersucht andererseits solche, die noch nicht Gegenstand höchstgerichtlicher Entscheidungen waren.

Deskriptoren: Privatstiftung; Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstands; Unternehmensveräußerung; Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten. § 12a; PSG: § 7, § 14, § 15, § 33, § 34 MRG.

I. Vorbemerkung

Die Privatstiftung ist eine juristische Person. Als solche kann sie Träger von Rechten und Pflichten, sohin auch Unternehmensträger, Bestandnehmer oder Gesellschafter einer Mietergesellschaft sein.

Nachstehend seien für den Anwendungsbereich des MRG die Fälle

1. der Unternehmensveräußerung (siehe II.),
2. der Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten
 - a. durch Übertragung von Gesellschaftsanteilen (an einer Mietergesellschaft) auf eine Privatstiftung (siehe III.2),
 - b. in einer Privatstiftung (siehe III.3) bzw
 - c. in einem Stifter der Privatstiftung oder in sonstigen Personen, die ihrerseits Einfluss auf die Privatstiftung nehmen können (siehe III.4), und
3. des Widerrufs der Privatstiftung (siehe IV.) näher untersucht.

II. Unternehmensveräußerung (§ 12a Abs 1 MRG)

Veräußert der Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit das von ihm im Mietgegenstand

betriebene Unternehmen zur Fortführung in diesen Räumen, so tritt der Erwerber des Unternehmens an Stelle des bisherigen Hauptmieters in das Hauptmietverhältnis ein (§ 12a Abs 1 1. Satz MRG). Ist der bisherige Hauptmietzins niedriger als der angemessene Hauptmietzins nach § 16 Abs 1 MRG, so darf der Vermieter bis spätestens sechs Monate nach Anzeige der Unternehmensveräußerung die Anhebung des Hauptmietzins bis zu dem nach § 16 Abs 1 MRG zulässigen Betrag, jedoch unter Berücksichtigung der Art der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit, verlangen (§ 12a Abs 2 1. Satz MRG).

Die Anwendbarkeit des § 12a Abs 1 (und 2) MRG setzt sohin das Vorliegen eines Unternehmens, dessen bisheriger Betrieb in Geschäftsräumlichkeiten fortgesetzt werden soll, und die Veräußerung desselben voraus. Unter einem Unternehmen iSd § 12a Abs 1 MRG ist eine selbstständig organisierte Erwerbsgelegenheit zu verstehen, die neben den Betriebsmitteln unter anderem auch den Standort, der wieder den Kundentock beeinflusst, also den so genannten Goodwill umfasst. Gewinnerzielungsabsicht ist nicht

erforderlich¹⁾. Als Unternehmensveräußerung ist die Übertragung eines Unternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge anzusehen²⁾, nicht jedoch die Gesamtrechtsnachfolge³⁾. Auch der Wechsel in der Gesellschafterstellung einer Mietergesellschaft stellt keine Unternehmensveräußerung iSd § 12a Abs 1 MRG dar⁴⁾.

Ein Anwendungsfall des § 12a Abs 1 MRG kann sowohl bei Erwerb eines Unternehmens durch die Privatstiftung im Wege der Einzelrechtsnachfolge als auch bei Veräußerung des Unternehmens durch diese vorliegen. Nach § 1 Abs 2 Z 1 PSG sind der Privatstiftung gewerbsmäßige Tätigkeiten, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgehen, nicht gestattet. Die Begriffe „Unternehmen“ iSd § 12a Abs 1 MRG und der gewerbsmäßigen Tätigkeit⁵⁾ iSd § 1 Abs 2 Z 1 PSG sind nicht vollkommen deckungsgleich. Nicht jedes Betreiben eines Unternehmens im mietrechtlichen Sinn muss daher notwendigerweise auch eine unzulässige gewerbsmäßige Tätigkeit nach der stiftungsrechtlichen Terminologie nach sich ziehen. Auch könnte die Privatstiftung im Rahmen einer bloßen Nebentätigkeit⁶⁾ ein Unternehmen betreiben. Verstößt die Privatstiftung gegen § 1 Abs 2 PSG, hat dies außerdem keine zivilrechtliche Nichtigkeit⁷⁾ des von ihr geschlossenen Geschäftes (zB des Unternehmenserwerbes) zur Folge⁸⁾. Selbst bei einem nach PSG unzulässigen (mit gewerbsmäßiger Tätigkeit verbundenem) Unternehmenserwerb durch die Privatstiftung kann daher der Tatbestand des § 12a Abs 1 MRG erfüllt werden.

Im Bereich des § 12a Abs 1 MRG finden auf die Privatstiftung daher gleichermaßen die für alle anderen Rechtsträger (natürliche und juristische Per-

sonen sowie sonstige Rechtsträger mit Teilrechtsfähigkeit) geltenden Grundsätze Anwendung.

III. Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten (§ 12a Abs 3 MRG)

1. Allgemeines

Ist eine juristische Person oder eine Personengesellschaft des Handelsrechts Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit und ändern sich in ihr die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten entscheidend, wie etwa durch Veräußerung der Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft, so ist der Vermieter gleichfalls berechtigt, den Mietzins nach Maßgabe des § 12a Abs 2 MRG anzuheben (§ 12a Abs 3 MRG). Zweck der Regelung des § 12a Abs 3 MRG ist es, zu verhindern, dass durch gesellschaftsrechtliche Vorgänge mehrheitlich andere Personen als der bisherige Mieter von einem günstigen Mietzins zum Nachteil des Vermieters (wohl gemeint: indirekt) profitieren⁹⁾. Da § 12a Abs 3 MRG die Umgehung des § 12a Abs 1 MRG verhindern soll, kommt er nur dann zur Anwendung, wenn der Hauptmieter im Mietgegenstand ein veräußerbares Unternehmen betreibt¹⁰⁾.

2. Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch die Privatstiftung

Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an die Privatstiftung ist die Übertragung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf einen neuen Rechtsträger, nämlich auf die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Privatstiftung¹¹⁾. Durch die Errichtung und die Eintragung¹²⁾ einer Privatstiftung in das Firmenbuch entsteht ein sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich völlig selbstständiges Rechtsobjekt, wodurch diesfalls (bei Vorliegen der sonstigen Tatbestandselemente) die Voraussetzungen des § 12a Abs 3 MRG – rechtlicher und wirtschaftlicher Machtwechsel in der Mietergesellschaft – verwirklicht sind¹³⁾. Jede auch sonst einen Anhebungstatbestand des § 12a Abs 3 MRG darstellende Übertragung von Gesellschaftsanteilen – etwa die Übertragung von Mehrheitsge-

¹⁾ So bereits zu § 12 Abs 3 MRG idF BGBl 1981/520 Zingher, ÖJZ 1982, 113 [114]; Prader, MRG, § 12a MRG E 113.

²⁾ OGH verst Sen 7. 4. 2000, 5 Ob 267/98w, wobl 2000/92, RdW 2000/308, ecollex 2000/203 uvam.

³⁾ OGH 11. 1. 2000, 5 Ob 23/99i, wobl 2000/95, RdW 2000/306, immolex 2000/79.

⁴⁾ Prader, MRG, § 12a MRG E 65 f, 70 f; gegebenenfalls aber einen Anwendungsfall des § 12a Abs 3 MRG.

⁵⁾ Nach hA hat sich der Gesetzgeber beim Begriff der gewerbsmäßigen Tätigkeit im PSG der handelsrechtlichen Terminologie bedient (vgl *Csoklich* in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch, 21; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 1 Rz 50; *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 1 Rz 16). Hienach versteht man unter Gewerbe jede selbstständige, auf Dauer angelegte und berufsmäßig organisierte, auf Gewinn, zumindest aber auf unternehmenserhaltenden Erwerb durch Erzielung von Leistungsentgelten gerichtete, nicht freiberufliche Tätigkeit, die wirtschaftlich werthafte Leistungen auf dem Markt anbietet (*Krejci*, Handelsrecht², 19).

⁶⁾ ZB Veräußerung von Ansichtskarten durch eine der Wahrung des Andenkens an einen Künstler dienende Privatstiftung.

⁷⁾ *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 1 Rz 21.

⁸⁾ Das Gericht hat die Privatstiftung allerdings aufzulösen, wenn sie innerhalb angemessener Frist einer rechtskräftigen Unterlassungsanordnung nicht nachgekommen ist (weiterführend *N. Arnold*, PSG-Kommentar, § 35 Rz 18).

⁹⁾ OGH 30. 5. 2000, 5 Ob 239/99d, immolex 2000/176, RdW 2000/648, wobl 2001/66.

¹⁰⁾ OGH 21. 11. 2000, 5 Ob 200/00y, immolex 2001/86, wobl 2002/15; 16. 5. 2001, 6 Ob 79/01p, immolex 2001/147, wobl 2001/199.

¹¹⁾ OGH 12. 6. 2001, 5 Ob 307/00h, ecollex 2001/347, immolex 2001/175, RdW 2001/746, wobl 2001/198.

¹²⁾ § 7 PSG; bereits mit Errichtung der Stiftungsurkunde entsteht die sog Vorstiftung; weiterführend *N. Arnold*, PSG-Kommentar § 7 Rz 3, 5ff und 17ff.

¹³⁾ OGH 27. 9. 2001, 5 Ob 228/01t, ecollex 2002/103, immolex 2002/47, RdW 2002/77, wobl 2002/36. Die Übertragung von Anteilen an einer Gesellschaft kann auch auf deren konzernverbundene Rechtsträger Einfluss haben (OGH 27. 1. 1998, 5 Ob 7/98k, ecollex 1998, 326, immolex 1998/148, RdW 1998, 266, 461, wobl 1998/112; 25. 4. 2001, 3 Ob 114/00m, immolex 2002/2, RdW 2001/667, wobl 2001/196).

senschaftsanteilen der Hauptgesellschafterin¹⁴⁾ an die Privatstiftung – verwirklicht daher den Anhebungstatbestand.

Zu prüfen ist, ob der Vorbehalt des Widerrufs der Privatstiftung geeignet ist, dem bisherigen Gesellschafter (und nunmehr widerrufsberechtigten Stifter) die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten zu erhalten und insoweit eine Mietzinsanhebung zu vermeiden. Den Widerruf der Privatstiftung iSd § 34 PSG können sich ausschließlich natürliche Personen, die Stifter der Privatstiftung sein müssen, vorbehalten¹⁵⁾. Geht dem Stiftungsvorstand ein zulässiger Widerruf des Stifters zu, so hat er einen Auflösungsbeschluss zu fassen (§ 35 Abs 2 Z 1 PSG), die Privatstiftung tritt in das Stadium der Abwicklung (§ 36 PSG) und ist nach Beendigung derselben zu löschen (§ 37 PSG). Sonstige Rechtsfolgen und Einflussmöglichkeiten sind mit einem Widerrufsvorbehalt nicht verbunden. Insoweit hindert auch die Aufnahme eines entsprechenden Vorbehalts des Stifters ebenso wenig wie eine sonstige Möglichkeit der Rückabwicklung die Anwendbarkeit des § 12a Abs 3 MRG¹⁶⁾. Bei der Privatstiftung ist hier keine andere Beurteilung geboten, als bei Kapitalgesellschaften, bei denen die grundsätzliche Möglichkeit einer Liquidation (wobei im Gegensatz zur Privatstiftung diesbezüglich nicht einmal ein Vorbehalt aufgenommen werden muss) der Erfüllung des Tatbestandes des § 12a Abs 3 MRG gleichfalls nicht entgegen steht. Ein tatsächlicher Rückfall des Unternehmens (Bestandgegenstandes) an den Stifter führt nicht (weder *ex nunc* noch *ex tunc*) zur Rückgängigmachung des Anhebungstatbestandes (zu den Rechtsfolgen siehe IV).

Infolge grundsätzlich (allenfalls mit Ausnahme geringfügiger Teilbereiche) gegebener Weisungsfreiheit des Stiftungsvorstands und des Umstandes, dass die Mitglieder dieses Organs nur aus wichtigem Grund abberufen werden dürfen¹⁷⁾, ist davon auszugehen, dass bei Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Organisationsstrukturen keine Gestaltungen denkbar sind, die auf Grund eines die Willensbildung des Stiftungsvorstands ausschließenden Einflusses einen „Durchgriff“¹⁸⁾ durch die Privatstiftung und hier eine abweichende Beurteilung (dh den Erhalt der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten iSd § 12a Abs 3 MRG zu

Gunsten des bisherigen Gesellschafter) gebieten. Unabhängig davon zu prüfen wäre im Einzelfall allerdings, ob der bisherige Gesellschafter sich auch der Einflussmöglichkeiten auf die Mietergesellschaft begeben hat. Dies wäre beispielsweise dann nicht der Fall, wenn die Privatstiftung ausschließlich im Rahmen einer fremdnützigen Treuhandschaft (für ihn) tätig wird¹⁹⁾. Bei einer fremdnützigen Treuhandschaft verbleiben die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten jedenfalls beim Treugeber, dh gegebenenfalls beim bisherigen Gesellschafter.

3. Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit in einer Privatstiftung

Die Privatstiftung fällt als juristische Person grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 12a Abs 3 MRG. Zweifellos kann sie auch Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit sein oder direkter oder indirekter Gesellschafter einer Gesellschaft, die Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit ist²⁰⁾. Fraglich ist allerdings, ob sich in einer Privatstiftung die „rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten entscheidend“ ändern können. An einer Privatstiftung gibt es keine Anteile oder anteilsähnliche Rechte. Da die im Gesetzestext genannte „Veräußerung der Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft“ lediglich eine beispielhafte Nennung darstellt²¹⁾, kann daraus noch nicht geschlossen werden, dass § 12a Abs 3 MRG auf eine Privatstiftung keine Anwendung finden könnte. Außerdem sind Änderungen der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten von Innen solchen von Außen gleichwertig²²⁾.

Eine Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten muss gesellschaftsrechtlich²³⁾ begründet sein²⁴⁾. Die Rsp²⁵⁾ sieht eine derartige Änderung dann als gegeben an, wenn es dem Machträger auf Grund seiner gesellschaftsrechtlichen Position

¹⁹⁾ Vgl OGH 9. 4. 2002, 5 Ob 271/01s, ecollex 2002/218, RdW 2002/546.

²⁰⁾ Diesfalls hätte – sofern man die Anwendbarkeit des § 12a Abs 3 MRG auf Privatstiftungen bejaht – eine Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in der Stiftung auch Auswirkungen auf mit ihr verbundene Konzerngesellschaften (vgl OGH 27. 1. 1998, 5 Ob 7/98k, ecollex 1998, 326, immolex 1998/148, RdW 1998, 266, 461, wobl 1998/112; 25. 4. 2001, 3 Ob 114/00m, immolex 2002/2, RdW 2001/667, wobl 2001/196).

²¹⁾ Vgl OGH 30. 5. 2000, 5 Ob 239/99d, immolex 2000/176, RdW 2000/648, wobl 2001/66; 12. 3. 2002, 5 Ob 35/02m, ecollex 2002/285, RdW 2002/494.

²²⁾ OGH 27. 1. 1998, 5 Ob 7/98k, ecollex 1998, 326, immolex 1998/148, RdW 1998, 266, 461, wobl 1998/112.

²³⁾ Die Absicht einer Differenzierung zwischen „Gesellschaftsrecht“ und „Stiftungsrecht“ ist der Judikatur nicht zu unterstellen.

²⁴⁾ OGH 30. 5. 2000, 5 Ob 239/99d, immolex 2000/176, RdW 2000/648, wobl 2001/66; 12. 6. 2001, 5 Ob 307/00h, ecollex 2001/347, immolex 2001/175, RdW 2001/746, wobl 2001/198.

²⁵⁾ OGH 22. 12. 1998, 5 Ob 288/98h, MietSlg 50.300, immolex 1999/71, RdW 1999, 342, wobl 1999/146.

¹⁴⁾ OGH 12. 6. 2001, 5 Ob 307/00h, ecollex 2001/347, immolex 2001/175, RdW 2001/746, wobl 2001/198.

¹⁵⁾ Weiterführend N. Arnold, PSG-Kommentar, § 34 Rz 12 f.

¹⁶⁾ OGH 27. 9. 2001, 5 Ob 228/01t, ecollex 2002/103, immolex 2002/47, RdW 2002/77, wobl 2002/36; aA offenbar Vonkilch, immolex 2001, 330 f [331]; aA – sofern keine Stiftermehrheit vorliegt – Reich-Rohrwig, Mietzinsanhebung bei Geschäftsraum-Hauptmiete, ecollex spezial 1994, 74.

¹⁷⁾ Zur Weisungsfreiheit siehe N. Arnold, PSG-Kommentar, § 14 Rz 29 ff, zu den Gründen einer Abberufung des Stiftungsvorstands § 15 Rz 120 ff.

¹⁸⁾ Vgl sinngemäß zum abgabenrechtlichen Bereich StfR 2001, Rz 18 und 19, Satz 1 bis 3; N. Arnold, ecollex 2002, 646 [464 f].

möglich ist, die Geschicke der Gesellschaft faktisch zu bestimmen, weil deren rechtliche Strukturen keine Handhabe bieten, ihn daran zu hindern. Folgt man dem Höchstgericht in dieser Allgemeinheit, dürfte selbst ein Wechsel in der Mehrheitsbeteiligung einer Kapitalgesellschaft nicht zu einer Mietzinsanhebung führen. Auch einem Mehrheitsgesellschafter ist es in seiner gesellschaftsrechtlichen Position bei Beachtung des Trennungsprinzips und der Sphärentrennung nicht möglich, die Geschicke der Gesellschaft faktisch zu bestimmen. Präziser ist hier *Schauer*²⁶⁾, der bei seiner Definition darauf abstellt, ob dem Betroffenen eine gesellschaftsrechtlich gesicherte Stellung zukommt, die es ihm ermöglicht, auf die Geschicke faktischen Einfluss zu nehmen. Besondere Bedeutung kommt beim faktischen Einfluss der Befugnis zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans zu²⁷⁾. Aus der beispielhaften Nennung der „Veräußerung der Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft“²⁸⁾ in § 12a Abs 3 MRG kann man ableiten, dass die Bedeutung der Befugnis zur Abberufung der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans gegenüber der zur Bestellung zurücktritt, da die Mitglieder des Vorstands einer AG (vom Aufsichtsrat) – ähnlich wie die Mitglieder des Stiftungsvorstands – nur aus wichtigem Grund abberufen werden können (§ 75 Abs 4 AktG).

Auf die Privatstiftung übertragen bedeutet dies, dass eine Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten dann gegeben ist, wenn einer anderen Person (oder anderen Personen) als bisher aus ihrer stiftungsrechtlichen Position (dh insbesondere auf Grund der Stiftungsurkunde) das Recht zukommt, die Mitglieder des Stiftungsvorstands zu bestellen. Die Befugnis, an der Bestellung von Mitgliedern eines anderen Gremiums oder Organs der Privatstiftung (zB Beirat) entscheidend mitzuwirken, ist dann mit einer unmittelbaren Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands gleichwertig, wenn dieses andere Gremium/Organ seinerseits die Auswahl der Stiftungsvorstandsmitglieder vornimmt (die Wertung kann hier keine andere als bei der AG sein). Ist die Tätigkeit des Stiftungsvorstands allerdings durch die Stiftungserklärung weitgehend determiniert, kann mE nicht davon ausgegangen werden, dass über die Bestellungsbefugnis auf die Geschicke der Privatstiftung faktisch Einfluss genommen werden kann. Eine entscheidende Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten kann diesfalls nicht eintreten.

Eine Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten ist mE aber auch dann anzunehmen, wenn (vergleichbar mit der Verschiebung der Stimmrechte bei einer Kapitalgesellschaft und der damit

verbundenen Möglichkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages) die Befugnis zur (allumfassenden oder zumindest weit gehenden) Änderung der Stiftungserklärung einem anderen Stifter eingeräumt wird. Einem Stifter, dem ein solches Recht zukommt, steht es innerhalb bestimmter Grenzen frei, die Struktur der Privatstiftung und damit auch die Bestellungsmodalitäten zu ändern, Begünstigte auszutauschen, eine Vermögensauskehr (mit der Einschränkung der Ausschüttungssperre des § 17 Abs 2. Satz PSG) zu verfügen und Änderungen vorzunehmen, die den Möglichkeiten, die einem Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft offen stehen, wertungsidenter sind.

Auf einen bloßen Wechsel der Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsvorstands kann es hingegen nicht ankommen, da § 12a Abs 3 MRG nicht auf den Einfluss eines Organs, sondern auf eine veräußerungsähnliche Verschiebung der Einflussmöglichkeiten abstellt²⁹⁾. Auch die Bestellung der Organmitglieder durch das Gericht kann zu keiner entscheidenden Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten führen, da die subsidiäre gerichtliche Zuständigkeit in § 27 PSG gesetzlich verankert ist und auch ohne jedwede Verschiebung von Einflussmöglichkeiten stets Anwendung finden kann. Der Vorbehalt des Widerrufs der Privatstiftung und die Änderung der diesbezüglichen Entscheidungsbefugnis vermögen es für sich nicht, eine Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten darstellt, da ein Widerrufsvorbehalt keinerlei Einfluss auf die Geschäftsführung der Privatstiftung gibt. Auch der bloße Austausch von Begünstigten und/oder Letztbegünstigten stellt jedenfalls keine entscheidende Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten dar³⁰⁾, da diesen (aus der Stellung als Begünstigte/Letztbegünstigte) keine Einflussmöglichkeiten zukommen³¹⁾.

Bei Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften des Handelsrechts geht mit der Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten üblicherweise auch eine solche der wirtschaftlichen einher. Bei der Privatstiftung ist hingegen eine genauere Differenzierung geboten. Die Befugnis zur Bestellung des Stiftungsvorstands führt zu keiner wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit im Sinne der Judikatur, da damit keineswegs verbunden ist, dass das günstige Mietrecht einer anderen Person als

²⁶⁾ GesRZ 1994, 12 [16].

²⁷⁾ OGH 22. 12. 1998, 5 Ob 288/98h, MietSlg 50.300, immolex 1999/71, RdW 1999, 342, wobl 1999/146.

²⁸⁾ Auch bei der AG auf die Verschiebung der Stimmrechte abstellend OGH 25. 4. 2001, 3 Ob 114/00m, immolex 2002/2, RdW 2001/667, wobl 2001/196.

²⁹⁾ Vgl zum Wechsel der Organmitgliedschaft insoweit auch AB 1268 BlgNR XVIII. GP, zu Art II Z 12 und Z 38 (§§ 12a und 46a): „Zu § 12a Abs. 3 stellt der Ausschuss fest, dass ein bloßer Organwechsel – etwa die Bestellung eines neuen Vorstands, Aufsichtsrates oder Geschäftsführers oder neuer Vereinsorgane – für sich alleine noch keine entscheidende Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten iS des § 12a Abs. 3 darstellt.“; vgl auch zum Tod des Geschäftsführers *Prader*, MRG, E 209 zu § 12a MRG; aA *Reich-Rohrwig*, Mietzinsserhöhung bei Geschäftsraum-Hauptmiete, *ecolex spezial* 1994, 75.

³⁰⁾ N. Arnold, PSG-Kommentar, Einl Rz 20.

³¹⁾ So auch *Reich-Rohrwig*, Mietzinsserhöhung bei Geschäftsraum-Hauptmiete, *ecolex spezial* 1994, 75.

bisher (indirekt) zugute kommt³²⁾. Verschiebt sich allerdings eine Befugnis zur (allumfassenden oder zumindest weit gehenden) Änderung der Stiftungserklärung, so ist damit auch eine Änderung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten gegeben, dies jedenfalls dann, wenn dem Betreffenden eine Änderung der Begünstigtenregelung und/oder eine Vermögensauskehr offen stehen. Auch der Austausch der Begünstigten kann eine Änderung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten darstellen. Bei der Privatstiftung ist daher ein zeitliches und anknüpfungstechnisches Auseinanderfallen der Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten denkbar.

Auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen ist eine Gleichstellung der Privatstiftung mit anderen Rechtsträgern im Anwendungsbereich des § 12a Abs 3 MRG erforderlich. Andernfalls käme es zu einer sachlich nicht rechtfertigbaren Privilegierung einer Rechtsform, bei der in einem mit der AG vergleichbaren Ausmaß auf die faktischen Geschicke Einfluss genommen werden kann und die (durch die Mietzinsersparnis höheren) Erträge stiftungsfremden Personen (den Begünstigten, die insoweit mit Gesellschaftern vergleichbar sind) zufließen³³⁾. Diese Wertung ergibt sich auch aus der Absicht des Gesetzgebers, dass die Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten einer Unternehmensveräußerung gleichgestellt³⁴⁾ und der günstige Mietzins nicht Dritten zu Gute kommen soll³⁵⁾.

4. Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in einem Stifter der Privatstiftung oder in sonstigen Personen, die ihrerseits Einfluss auf die Privatstiftung nehmen können

Stifter einer Privatstiftung können ein oder mehrere in- oder ausländische, zumindest teilrechtsfähige Rechtsträger öffentlichen oder privaten Rechts sein³⁶⁾. Als Stifter kommen daher beispielsweise auch Kapitalgesellschaften oder (in der Praxis häufiger anzutreffen) ausländische Anstalten in Betracht. Innerhalb dieser Stifter können sich zweifellos die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten auch iSd § 12a Abs 3 MRG ändern³⁷⁾. Eine Änderung der Einflussmöglichkeiten innerhalb eines Stifters hat auf die Privatstif-

tung und deren Beteiligungsgesellschaften keinen Einfluss, da mit der Stifterstellung nach Entstehen der Privatstiftung mit Eintragung ins Firmenbuch grundsätzlich kein Einfluss verbunden ist³⁸⁾.

Hat sich der Stifter allerdings Einflussmöglichkeiten vorbehalten, so insbesondere auf Änderung der Stiftungserklärung und/oder Bestellung der Mitglieder des Stiftungsvorstands, ist auch eine Änderung innerhalb dieses Stifters der Privatstiftung zuzurechnen und gegebenenfalls als eine solche iSd § 12a Abs 3 MRG anzusehen. Der schlichte Umstand, dass eine Privatstiftung zwischengeschaltet wird und es innerhalb des Stifters und nicht innerhalb der Privatstiftung zu derartigen Änderungen kommt, vermag es nicht, eine Anwendbarkeit des § 12a Abs 3 MRG auszuschließen. Selbiges hat zu gelten, wenn nicht dem Stifter, sondern einer anderen Person (im Rahmen des gesetzlich Möglichen) ein entsprechender Einfluss auf die Privatstiftung zukommt und sich in ihr die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten entscheidend ändern. Bei derartigen Fallkonstellationen ist mE aber zu prüfen, ob es auch zu einer Änderung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in Bezug auf die Privatstiftung kommt.

IV. Widerruf der Privatstiftung

Ein (berechtigter) Widerruf der Privatstiftung führt zur Auflösung derselben und schließlich zur Abwicklung. Das verbleibende Vermögen muss im Zuge der Abwicklung nicht notwendigerweise versilbert werden³⁹⁾. Die Übertragung des Vermögens der Privatstiftung an Letztbegünstigte erfolgt im Wege der Einzelrechtsnachfolge⁴⁰⁾. Betreibt die Privatstiftung als Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit in diesen ein Unternehmen und veräußert der Abwickler dieses Unternehmen zur Fortführung in den Bestandräumlichkeiten, liegt unmittelbar ein Anwendungsfall des § 12a Abs 1 MRG vor. Kommt es zu einer derartigen Vermögensübertragung an die Letztbegünstigten, ist dieser Fall auf Grund der Einzelrechtsnachfolge ebenso unter § 12a Abs 1 MRG zu subsumieren. Dies gilt auch dann, wenn der Stifter Letztbegünstigter ist.

Hält die Privatstiftung (direkt oder indirekt) Anteile an einer Mietergesellschaft, können sich im Zuge der Abwicklung der Privatstiftung bzw der Vermögensübertragung an die Letztbegünstigten bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen Anwendungsfälle des § 12a Abs 3 MRG ergeben.

Korrespondenz: RA Dr. Nikolaus Arnold, c/o ARNOLD Rechtsanwalts-Partnerschaft, Wipplingerstraße 10/10, 1010 Wien; E-Mail: office@arnoldrae.at; Web: www.arnoldrae.at

³²⁾ OGH 17. 12. 1996, 4 Ob 2357/96p, ecolex 1998, 220, wobl 1999/28; 9. 4. 2002, 5 Ob 271/01s, ecolex 2002/218, RdW 2002/546.

³³⁾ Eine Anwendbarkeit des § 12a Abs 3 MRG auf Privatstiftungen generell zulassend *Reich-Rohrwig*, Mietzinserrhöhung bei Geschäftsraum-Hauptmiete, ecolex spezial 1994, 75; ablehnend *Schauer*, GesRZ 1994, 12 [24].

³⁴⁾ AB 1268 BlgNR XVIII. GP, zu Art II Z 12 und Z 38 (§§ 12a und 46a).

³⁵⁾ OGH 30. 5. 2000, 5 Ob 239/99d, immolex 2000/176, RdW 2000/648, wobl 2001/66.

³⁶⁾ N. Arnold, PSG-Kommentar, § 13 Rz 16.

³⁷⁾ Bei der Anstalt kann sich eine Differenzierung daraus ergeben, ob diese kapitalgesellschafts- oder stiftungsähnlich ausgestaltet ist.

³⁸⁾ Vgl OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 60/01v, RdW 2001/502, wbl 2002/94; 16.5.2001, 6 Ob 85/01w, ecolex 2001/348, RdW 2001/561, wbl 2002/325 uvam.

³⁹⁾ ErlRV zum § 36 Abs 2; *Müller in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), Handbuch, 290; *Riel in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), PSG, § 36 Rz 11.

⁴⁰⁾ N. Arnold, PSG-Kommentar, § 36 Rz 13.

Mag. Nadja Horvath, Mietervereinigung Wien

Replik zur Anmerkung von Vonkilch zu OGH 5 Ob 7/02v, wobl 2003, 47/25 (Geltendmachung einer Mietzinsvereinbarung und intertemporales Recht)

Es mutet schon seltsam an, wenn ein Vertreter der Dogmatik eine dogmatisch völlig richtige Entscheidung des OGH gerade deshalb kritisiert. In § 49c Abs 8 MRG wird angeordnet, dass § 44 idF vor der MRG-Novelle 2000 für anhängige Verfahren weiterhin Anwendung findet. Nach § 44 MRG wurde mit Rechtswirksamkeit zum 1. 9. 1999 geregelt, dass § 16 Abs 8 MRG für Altmietverträge (abgeschlossen vor dem 1. 3. 1994) nicht zur Anwendung kommen soll.

Im Lichte des § 49c Abs 8 musste daher § 16 Abs 8 MRG für den hier von Vonkilch angesprochenen Fall als nicht existent betrachtet werden. Damit gab es für den gestellten Mietzinsüberprüfungsantrag keinerlei Präklusivfrist zu beachten; eine andere Sichtweise wäre dogmatisch gar nicht begründbar gewesen – im Gegenteil: Im hier anhängig gewesenen Verfahren lebte die eigentliche Funktion des § 27 Abs 3 wieder auf (der im Hinblick auf die derzeitige OGH-Judikatur im Bereich des § 16 Abs 8 nunmehr „totes“ Recht ist); damit hatte der Zwischenfeststellungsantrag aber jedenfalls eine über den Anlassfall hinausgehende Präjudizialitätswirkung gehabt. Die nachfolgenden Mietzinsperioden waren nach § 27 Abs 3 MRG zu beurteilen und demnach nicht präkludiert – damit war der gestellte Zwischenfeststellungsantrag auch aus diesem Grund rechtlich zulässig und musste auch inhaltlich erledigt werden.

Festzuhalten ist zudem, dass der Antrag im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des OGH völlig richtig gestellt war und dass es sich um kein Begehren auf eine Periodenentscheidung gehandelt hat; im Zeitraum 2000 bis sogar noch 2002 entsprach es aber durchaus der gerichtlichen Praxis, dass der relevante Spruch im alten gewohnten Format als „Periodenspruch“ abgefasst wurde, ungeachtet wie der Antrag eigentlich gelautet hat. Damit wird aber auch klar, dass der Hinweis *Vonkilchs*, man möge doch mit den Antragstellern kein Mitleid haben, diese mögen im Wege des Schadenersatz ihre Rechte einfordern, mehr als zynisch ist.

Zudem stimmt es schon etwas nachdenklich, wenn hier für Vertreter der Lehre der maßgebende Blickwinkel einer gesetzlichen Regelung – nämlich der telos der Bestimmung – völlig in den Hintergrund zu treten scheint. Es war und ist völlig unbestritten, dass der Gesetzgeber bei der Implementierung von § 16 Abs 8 MRG die rechtzeitige Antragstellung für Mietzinsüberprüfungsanträge im Auge hatte und damit wurde auch bislang der Zweck der Regelung gerechtfertigt.

- Im Ausschussbericht zum WÄG 1994 wird zu § 16 Abs 8 MRG ausgeführt, dass „die neu vorgesehene Präklusivfrist von 3 Jahren der Tatsache Rechnung trägt, dass die Angemessenheit des Hauptmietzinses nach den Umständen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen ist und eine Überprüfung zu einem viel späteren Zeitpunkt erhebliche Beweisprobleme verursachen würde“. Es war somit einzig und allein beabsichtigt, Beweisprobleme hintan zu halten, die durch das Verstreichen großer Zeiträume zwangsläufig auftreten.
- Kein Ziel der Bestimmung war es, der bislang *formfreien Antragstellung* im MRG-Verfahren nunmehr ein Formgebot aufzuzwingen. De facto existiert dieses nun erstmals, da nur ein bestimmter Mietzinsüberprüfungsantrag – nämlich ein Antrag auf umfassende Feststellung – jenes Ergebnis erreicht, auf welches jeder Antragsteller im Grund abzielt – nämlich eine dauerhafte Reduktion des Mietzinses auf das gesetzlich zulässige Ausmaß.
- Kein Ziel war es, den Rechtszugang für die Bürger zu beschneiden. Mit jeder formalen Hürde wird dieser aber erschwert und teurer, da dann kostspielige Fachleute hinzugezogen werden müssen.
- Und sicherlich kann es kein Ziel gewesen sein, *eine einmal ungesetzlich festgestellte* Mietzinsüberschreitungen nachträglich durch Fristablauf sanieren zu können. Der Gesetzgeber wollte diese Frist all jenen setzen, die innerhalb der 3 Jahre untätig geblieben sind. Saniert sollten lediglich jene (unbefristeten) Vereinbarungen sein, die vor Ablauf der 3 Jahre *nie* einer behördlichen/gerichtlichen Überprüfung unterzogen wurden.

Die Diskrepanz zwischen dem Rechtsverständnis von Nichtjuristen und rechtlich versierten Spezialisten könnte nicht größer sein, als bei der Einschätzung der Auswirkungen eines Mietzinsüberprüfungsverfahrens.

Wird der Antrag eingebracht, so ist auf Grund der heutigen Mietzinsbildungsvorschriften jedenfalls mit einem Sachverständigengutachten zu rechnen. In der Begründung des Spruchs der Entscheidung wird sodann regelmäßig umfangreich dargestellt, wie der Richter oder die Richterin zu der festgestellten Mietzinsüberschreitung gekommen ist. Weil der Antragsteller jedoch die Feststellung für die Periode zB Mai bis Oktober begehrt hat, soll dieses aufwändige Verfahren für die Zukunft nach dem derzeitigen Willen der Rechtspre-

chung und der Lehre aber keinerlei Bedeutung haben. Es ist schwer, einem Laien zu erklären, welchen Sinn dieser Formalismus ergeben soll – außer Vermietern die Möglichkeit zu eröffnen, überhöht vereinbarte Mietzinse nicht zurückzahlen zu müssen. Denn gerade dann, wenn bereits einmal ein Verfahren anhängig war, kann man sich nicht mehr auf die Beweisproblematik zurückziehen, will man dem Nichtjuristen den Zweck von § 16 Abs 8 MRG darlegen.

Noch schwieriger wird es, wenn der Mieter eines unbefristeten Vertrages fragt, warum ein Mieter mit einer 10-Jahresbefristung noch nach mehr als 10 Jahren einen Antrag stellen kann, warum dort die Beweisschwierigkeiten kleiner sein sollen als bei ihm. Hier bietet sich im Grund keinerlei nachvollziehbare Erklärung an. Bedenkt man, dass seit der MRG – Novelle 2000 die Befristungen nach oben hin geöffnet wurde, wird dieses Ungleichgewicht noch deutlicher.

Es ist zudem dem Gesetzestext von § 16 Abs 8 MRG – entgegen den Behauptungen des OGH und der Lehre – nicht zu entnehmen, dass hier eine *bestimmte Art* der Feststellung begehrt werden muss, um das Ziel der jeweiligen Antragsteller – nämlich die zukünftige Herabsetzung des Mietzinses auf sein gesetzliches Ausmaß – zu erreichen. Wörtlich heißt es im Gesetzestext lediglich: „Die Unwirksamkeit (der Mietzinsvereinbarung, Anm.d.V.) ist binnen drei Jahren gerichtlich (bei der Gemeinde, § 39) *geltend zu machen*.“

„Geltendmachen“ ist kein terminus technicus. Dieser Begriff kann genauso gut dahingehend interpretiert werden, dass ein Mietzinsüberprüfungsverfahren einzuleiten ist, welcher Art auch immer, damit die Frist *gewahrt* wird; und so wurde es auch einhellig von den Gerichten und der Lehre bis Ende 1999 verstanden. Es gab von März 1994 bis Mai 2000 keine einzige Kritik oder gar ein Infragestellen seitens der Gerichte, dass die gewählten Antragsformulierungen eine Schwäche haben, nämlich dass sie keine bindende Wirkung für die Zukunft haben werden – und hier hätte jede/r Richter/in auf Grund der Manuduktionspflicht in dem Moment auf diesen Mangel hinweisen müssen, in dem er oder sie von der eigentlichen Absicht der Antragstellers erfahren hat – nämlich die dauerhafte Herabsetzung der Miete auf das gesetzlich zulässige Ausmaß.

Dass hier zudem eine Hemmungswirkung Bedeutung haben soll, hat bis zu 5 Ob 170/99g (wobl 2000, 150/79) keiner der Bestimmungen § 16 Abs 8 unterstellt. Betrachtet man die dogmatische Diskussion dazu, fällt auf, dass bei der Beurteilung von § 16 Abs 8 die Frage der Hemmung eigentlich auch gar keinen Sinn ergibt. Die Hemmung der Verjährung (Präklusion) schiebt den Beginn und regelmäßig die Fortsetzung der begonnenen Verjährung hinaus. Sie spielt also dann eine Rolle, wenn eine Frist ablaufen kann. Die einzige Frist im Rahmen des § 16 Abs 8 ablaufen kann ist, jene der Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit der Vereinbarung. Durch die Antragstellung bei Gericht wird aber eine laufende Verjährung (Präklusion)

unterbrochen, und sie beginnt nach dem Wegfall des Unterbrechungsgrundes völlig neu zu laufen. Unterbrechungsgründe sind Anerkenntnis durch den Verpflichteten und *Geltendmachung durch Klage (hier Antrag)*. Wenn also mit der Einbringung eines Mietzinsüberprüfungsantrages der Ablauf der Präklusivfrist unterbrochen wird (analoge Anwendung von § 1494 ff ABGB), dann ist derzeitige Judikatur des OGH, der von einer notwendigen Hemmung durch eine umfassende Feststellung spricht, noch weniger nachvollziehbar, denn jeder Mietzinsüberprüfungsantrag stellt die Geltung der Mietzinsvereinbarung letztlich in Frage.

In Anbetracht der Formfreiheit des Außerstreitverfahrens und der Tatsache, dass hier auch unvertretene Laien in der Lage sein sollen, ihre Ansprüche durchzusetzen, sowie des telos der Regelung war das ursprüngliche Verständnis von § 16 Abs 8 MRG, dass die Frist durch den Mietzinsüberprüfungsantrag an sich (in welcher Ausprägung auch immer) gewahrt wurde, mehr als nahe liegend. Der Gesetzgeber hat § 16 Abs 8 *in Wirklichkeit als Warnsignal* und Schutzmechanismus für den Vermieter konzipiert – „Achtung: Drei Jahre lang musst du die mietzinsbestimmenden Unterlagen jedenfalls aufheben“ – und nicht als Instrument der Rechtsbeschneidung für Mieter.

Dass der OGH mit seiner Interpretation von § 16 Abs 8 MRG von einer langjährig geübten Verfahrenspraxis, die – wie schon oben angedeutet – auch im Rechtsbewusstsein der Richterschaft stark verankert war, derart plötzlich abgewichen ist, dass sämtliche Rechtsanwender davon überrascht wurden, zeigt sich auch darin, dass trotz richtiger Antragstellung noch lange mit der alten Spruchpraxis gearbeitet wurde. Zudem ist der OGH bis heute die Erklärung dafür schuldig geblieben, warum der Spruch selbst eine bindende Wirkung für die Zukunft benötigt. Warum ist die Frist des § 16 Abs 8 nicht auch durch eine Periodenüberprüfung gewahrt? Die Unwirksamkeit der Vereinbarung wurde schließlich auch in diesem Verfahren bereits „geltendgemacht“ – anders wäre eine Feststellung von Überschreitungen wohl auch nicht möglich – die Präklusivfrist wurde in diesem Sinne auch eingehalten.

Warum soll es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, „eine umfassende Feststellung“ – was auch immer darunter zu verstehen sei, zu erzwingen? – Der OGH vermeint in 5 Ob 170/99g (wobl 2000, 150/79), es gebe sonst im Folgeverfahren Beweisprobleme. Doch dieses Argument kann im Lichte der Judikatur, zur Präklusion von anspruchserzeugenden oder anspruchvernichtenden Tatsachen in einem neuen Verfahren, wenn diese schon im Vorverfahren hätten vorgebracht werden können (zuletzt 5 Ob 240/00f = wobl 2001, 258/158, 5 Ob 42/00p = wobl 2001, 27/15), nicht überzeugen, und es entsprach auch gar nicht der Praxis, dass es bei Folgeverfahren Beweisprobleme über die zulässige Mietzinshöhe gegeben hätte. Im Gegenteil: Nach Abschluss eines Verfahrens auf Periodenüberprüfung wurde von den betroffenen Parteien dem Spruch über Mietzinsperioden sehr wohl eine

bindende Wirkung für die Zukunft zuerkannt und regelmäßig der Mietzins auch dementsprechend herabgesetzt. Nur in jenen Fällen, wo aus reiner Schikane die gerichtliche Entscheidung vom Vermieter ignoriert wurde, war ein Folgeverfahren notwendig und kam es auf Grund der Wirkung von § 27 Abs 3 MRG zu raschen und endgültigen Entscheidungen.

Der OGH geht nun aber von der Annahme aus, dass § 27 Abs 3 für § 16 Abs 8 nicht analog herangezogen werden kann, eine konkrete Begründung blieb er auch hier bislang schuldig. Warum – wenn schon die Hemmung und nicht die Unterbrechung hier maßgebend ist – eine *lex specialis* zur Hemmung der Verjährung für den Bereich des MRG nicht auch analog für eine mietrechtliche Präklusionsfrist (§ 16 Abs 8) herangezogen werden kann, wurde nicht überzeugend dargestellt. In 5 Ob 170/99g (wobl 2000, 150/79) wurde damit argumentiert, es seien zwar die Verjährungsregeln analog auch auf die Präklusion anzuwenden, aber nur jene nach § 1494 ff ABGB – warum wird nicht näher erläutert. Es wird vielmehr damit argumentiert, der Gesetzgeber hätte hier im vollen Bewusstsein einen diesbezüglichen Verweis auf § 27 Abs 3 MRG unterlassen – wie die Gesetzwerdung von Mietrechtsnormen verfolgt, kann diese Vermutung mit Gewissheit verneinen.

In 5 Ob 85/01p (wobl 2002, 227/60) wiederholte der OGH sogar in Form von Textbausteinen lediglich erneut die Entscheidung 5 Ob 170/99g, ohne erklärend seinen Standpunkt nachvollziehbar zu machen.

Zudem steht die Begründung dieser Entscheidung (5 Ob 170/99g = wobl 2000, 150/79) mit jenen Rechtsgrundsätzen im Widerspruch, die einerseits festhalten, dass an die Bestimmtheit des Begehrens keine hohen Anforderungen zu stellen sind und dieses sogar noch dann gelten lassen, wenn der Anspruch gerade noch erkennbar ist (zuletzt 5 Ob 158/99t = wobl 2001, 157/99), andererseits mit jenen, die festhalten, dass es zur Präklusion von anspruchserzeugenden oder anspruchsvernichtenden Tatsachen in einem neuen Verfahren kommt, wenn diese schon im Vorverfahren hätten vorgebracht werden können (zuletzt 5 Ob 240/00f = wobl 2001, 258/158, 5 Ob 42/00p = wobl 2001, 27/15). Abgesehen davon war es bis zum 1. 3. 1994 im Außerstreitverfahren nicht möglich, die Überprüfung einer Mietzinsvereinbarung selbst in Frage zu stellen, sondern hier war immer nur die Frage der gesetzlichen Zulässigkeit zu klären.

Nun liegen mittlerweile auch Entscheidungen von anderen Senaten vor (9 Ob 136/01t = wobl 2003, 18/5 [Vonkilch] sowie 8 Ob 181/01b = wobl 2003 . . . [in diesem Heft]), die die Rechtslage noch verwirrender erscheinen lassen, als diese jetzt schon ist. In 8 Ob 181/01b wird ausgeführt, dass ein Feststellungsantrag nach § 37 Abs 1 Z 8 MRG keine Unterbrechung oder Hemmung analog zu § 27 Abs 3 MRG bewirkt, in 9 Ob 136/01t wird festgestellt, dass – obwohl hier bereits ein rechtzeitiger und umfassender Mietzinsüberprüfungsantrag gestellt wurde – auf Grund von § 16 Abs 8

der neuerliche Mietzinsantrag präkludiert sei. In der letztgenannten Entscheidung wird anscheinend somit sogar der Feststellung des gesetzlichen Zinses zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses keine Wirkung für die Zukunft zugesprochen; auch hier wird davon ausgegangen, dass Folgeanträge präkludiert seien – warum, ist nicht nachvollziehbar. In beiden Entscheidungen wird eine Hemmung der Frist nach § 16 Abs 8 MRG nicht zugelassen – dies steht aber sogar im Widerspruch zu 5 Ob 170/99g (wobl 2000, 150/79) bzw zu jener Judikatur, die eine generelle analoge Anwendung der §§ 1494 – 1497 ABGB auf die Präklusion vorsieht.

Rechtsprechung und Lehre geben damit § 16 Abs 8 MRG eine Bedeutung, die dem durchschnittlichen Rechtsunterworfenen unverständlich und sicher auch nicht im Sinne des Gesetzgebers ist. Zudem hat der OGH hier mit 5 Ob 170/99g (wobl 2000, 150/79) Folgewirkungen ausgelöst, die das Vertrauen des Bürgers in den Rechtsstaat auf äußerste untergraben – muss doch in Hinkunft, wegen einer angeblich unzureichenden Antragstellung in der Folge ein offensichtlich gesetzwidriger Mietzins gezahlt werden. Dabei sollte doch im Hinblick auf das Vertrauen in die Rechtsprechung eine Sanierung nur dort stattfinden, wo die Vereinbarung in keiner Form je behördlich/gerichtlich überprüft wurde.

Hier wird in Wirklichkeit gegen das Vertrauensschutzprinzip, den Gleichheitsgrundsatz sowie das Legalitätsprinzip verstoßen und letztlich auch in die Eigentumsrechte (Art 5 StGG) der jeweiligen Antragsteller eingegriffen. Aus dem Gleichheitsgrundsatz leitet der VfGH den *Vertrauensgrundsatz* ab. Dieser besagt, dass die Bürger Vertrauen in die Rechtsordnung derart haben können, dass sie vor einer überraschenden Rechtsänderung verfassungsrechtlich geschützt sind. Er umfasst den Schutz vor rückwirkenden Gesetzen, den Schutz von rechtlichen Anwartschaften und sogar einen Schutz von begründeten Erwartungshaltungen und damit in Zusammenhang stehenden Dispositionen. Daneben greift er auch in die Vollziehung ein, da er den Bürger vor Willkürentscheidungen schützen soll. Im VfGH-Erkenntnis zu 12.420/1990 wird von Normen zumindest ein *Mindestmaß* an Verständlichkeit gefordert. Eine Norm, die nur mit subtilen Sachkenntnissen sowie außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben verstanden werden kann, ist demnach verfassungswidrig, da hier das Prinzip der *Rechtsstaatlichkeit* verletzt wird.

Ich kann mich des Eindrucks nicht erwehren, dass bei der derzeit gehandhabten Auslegung des § 16 Abs 8 MRG nur mit umfassenden und überdurchschnittlich dogmatischem Wissen der Sinngehalt dieser Norm erfasst werden kann und daher der im Außerstreitverfahren tätige werdende Laien, aber auch der Rechtsanwender, vor der Antragstellung einen Grundkurs in Dogmatik absolvieren muss, will er die Folgen seines Handelns richtig einschätzen können. Nicht einmal die in der Praxis täglich mit der Materie vertrauten

Fachleute waren sich lange Zeit sicher, wie nun der Antrag zu lauten hat, dass die gewünschte umfassende Feststellung davon erfasst war. In Wirklichkeit waren jene am besten vor Formulierungsfehlern geschützt, die den Antrag möglichst unpräzise und ungenau formulierten. Noch unsicherer war bzw ist die Lage bei der Formulierung des notwendigen Spruchs durch die Gerichte.

Durch die derzeitige Auslegung des § 16 Abs 8 MRG werden nun bereits eindeutig festgestellte Überschreitungen des gesetzlich zulässigen Zinsmaßes entgegen der Absicht des Gesetzgebers saniert und wird damit in das Vermögen der Antragsteller in einer unsachlichen Weise eingegriffen. So wird vom Vermieter nach einer Periodenfeststellung und Ablauf der 3 Jahre im Grunde mE rechtsmissbräuchlich der als unzulässig festgestellte aber vereinbarte Mietzins gefordert. Da-

mit wird Art 5 StGG durch reine Gesetzesauslegung verletzt und in einer bedenklichen Form der Wille des Gesetzgebers umgangen.

Ich gebe mich nicht der Illusion hin, dass es hier seitens der Lehre oder des OGH zu einem Richtungswechsel kommen wird, stelle mir aber doch die Frage, warum mit allen Mitteln nun sogar schon in Form von unsachlichen Kommentaren („... mag durchaus Mitleid erregen...“; „... zu warnen, das – psychologisch durchaus verständlich – Mitleid mit dem Mieter, der anfangs bloß untaugliche Mietzinsüberprüfungsanträge gestellt hat, zum Maßstab der Entscheidung zu machen“) versucht wird, einen gesetzwidrigen Mietzins zu sanieren, selbst wenn ein Verfahren auf Mietzinsüberprüfung eine Überschreitung festgestellt hat.

Cui bono? – dem Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit wurde hier sicher kein Dienst getan.

Univ.-Ass. Dr. *Andreas Vonkilch*, Wien

Stellungnahme zum Korrespondenzbeitrag von Horvath

Angesichts des Korrespondenzbeitrages von *Horvath* zu meiner Glossierung von wobl 2003, 47/26 erscheint es zunächst erforderlich festzuhalten, dass das in der Glosse thematisierte Mitleid mit Mietern, die auf Grund Fristablaufes ihrer an sich bestehenden Überprüfungsrechte verlustig gehen, keineswegs zynisch gemeint war. Von der Warte der Einzelfallgerechtigkeit aus betrachtet ist es ja in der Tat bedauerlich, wenn Rechtsgenossen wegen des Eintritts von Verjährung oder Präklusion Rechtsverluste hinnehmen müssen. Das gilt für einen Mieter, der innerhalb der Präklusivfrist keine umfassende Bekämpfung der Mietzinsvereinbarung vorgenommen hat, nicht anders als für den Schadenersatzgläubiger, der bezüglich vorhersehbarer Folgeschäden während der Verjährungsfrist nicht die Haftung des Schädigers auch für diese iS des § 1497 ABGB geltend gemacht hat, sondern bloß die Liquidation des Primärschadens betrieben hat. Schadenfreude – oder welche Empfindungen immer *Horvath* der erwähnten Glosse entnimmt – sind meiner Ansicht nach da wie dort völlig fehl am Platz.

Allerdings stellt sich bei dogmatischer Betrachtung des Problems die ganz grundsätzliche Frage, ob gerade im starren und strikten Fristenrecht der Einzelfallgerechtigkeit der Vorrang bei der Lösung gesetzlich nicht zweifelsfrei geregelter Fragen zugebilligt werden kann oder aber nicht vielmehr einzig ein auf Systemkonformität bedachter rigor iuris geeignet ist, weit reichende Erosionen eines ganzen Rechtsbereiches zu vermeiden. Wie sollte man dem oben erwähnten Schadenersatzgläubiger noch plausibel erklären können, dass bezüglich der nicht ordnungsgemäß geltend gemachten Folgeschäden seine Ersatzansprüche ver-

jährt sind, wenn es einem Mieter gestattet wird, nach Ablauf der Präklusivfrist die Unwirksamkeit der Mietzinsvereinbarung geltend zu machen, obwohl er während dieser Frist bloß einzelne Mietzinsvorschriften, nie aber die diesen zu Grunde liegende Vereinbarung als solche in einer der Rechtskraft fähigen Art und Weise bekämpft hat?

Dem Obersten Gerichtshof ist mE zugute zu halten, dass er in der ganz überwiegenden Zahl der einschlägigen Entscheidungen diese Problemstellung durchaus erkannt und einer dogmatisch zutreffenden Lösung zuzuführen versucht hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es unverständlich, wenn *Horvath* mir unterstellt, ich hätte die Entscheidung wobl 2003, 47/26 gerade deshalb kritisiert, weil sie dogmatisch völlig richtig sei. Die genannte Entscheidung war vielmehr in Wahrheit eine jener wenigen zum angesprochenen Themenkomplex, in denen mE für eine andere dogmatische Lösung des Auslegungsproblems mindestens ebenso gute Argumente gesprochen hätten, wie für die vom Höchstgericht vertretene. Es entbehrt in diesem Zusammenhang auch nicht einer gewissen Ironie, dass sich die von mir im konkreten Fall präferierte, den Wortlaut von § 49c Abs 8 MRG korrigierende Auslegung gerade auf den telos der Norm gestützt hat – jenen telos, der nach *Horvaths* Auffassung bei den von mir dogmatisch eingenommenen Positionen in den Hintergrund zu treten scheint.

Dass all die angesprochenen Probleme im Rahmen eines – im Detail zugegebenermaßen etwas diffizilen, an der Schnittstelle von materiellem Recht und Verfahrensrecht angesiedelten – dogmatischen Diskurses zu lösen sind, mag man, wie dies *Horvath* mit ihrem Hinweis auf den vor Antrag-

stellung zu absolvierenden „Grundkurs in Dogmatik“ offenbar zum Ausdruck zu bringen versucht, bedauern; zu ändern ist es nicht. Womit, wenn nicht mit rechtlich nachvollziehbaren Argumenten (und nichts anderes bedeutet nach dem herkömmlichen Verständnis „Dogmatik“) soll man sich an die Lösung von im Gesetz nicht zweifelsfrei geregelten Problemen heranmachen? Ein „methodisches Freistilringen“ bei der Rechtsgewinnung im Mietrecht (etwa iS einer jedenfalls vorzunehmenden interpretatio in favorem conductoris) sollte jedenfalls nicht ernsthaft als denkbare Alternative in Erwägung gezogen werden.

Was schließlich *Horvaths* Vorwurf betrifft, der Oberste Gerichtshof hätte mit seiner Entscheidungspraxis gegen verfassungsrechtliche Prinzipien, vor allem das Vertrauensschutz- und das Rechtsstaatsprinzip, verstoßen, so ist das Höchstgericht gerade beim angesprochenen Themenkomplex der denkbar ungeeignetste Adressat für einen derartigen Vorwurf. Wenn man diesen Vorwurf schon erheben will, so ist er viel eher an den Gesetzgeber zu richten, dem im Rahmen der WRN 1999 nichts Besseres eingefallen ist, als mit der Erlassung von § 44 MRG unter anderem eine dogmatisch völlig zutreffende Rechtsprechung des Höchstgerichts, noch dazu mit „echter“ Rückwirkung (!), zu korrigieren.

Dass auch der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im Ergebnis eine Art „Rückwirkung“ zukommen kann, wenn sie im Rahmen ihres Auslegungsprimates strittige Rechtsfragen erstmals verbindlich ausjudiziert, wie dies das Höchstgericht am 13.7.1999 in seiner E zu 5 Ob 170/99 (wobl 2000, 150/79) getan hat, soll freilich nicht geleugnet werden. Doch ist damit eine der schwierigsten und streitigsten methodischen Fragen angesprochen, die unter anderem das Verständnis der richterlichen Gesetzesbindung tangiert und gewiss nicht mit dem pauschalen Vorwurf der Verfassungswidrigkeit von einschlägiger höchstrichterlicher Entscheidungstätigkeit erschöpfend beantwortet werden kann (zu diesem Problem für das österreichische Recht erstmals umfassend *Vonkilch*, Das Intertemporale Privatrecht [1999] 311ff, wo übrigens – und hierin liegt angesichts von *Horvaths* Korrespondenz eine weitere Ironie – in Abweichung von der hA erstmals versucht wurde, behutsam und unter bestimmten Voraus-

setzungen dem Vertrauensschutzbedürfnis der Rechtsunterworfenen auch gegenüber Akten der Rechtsprechung Rechnung zu tragen [ablehnend dazu aber *va F. Bydlinski*, Gegen die „Zeitzändertheorien“ bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht, JBl 2001, 2 ff]).

Abschließend sei anlässlich *Horvaths* Korrespondenz noch darauf hingewiesen, dass ich mir selbstverständlich ohne nähere Sachverhaltskenntnis keineswegs anmaße, über das Bestehen von Schadenersatzansprüchen auf Grund unzweckmäßiger Rechtsvertretung im konkreten Fall zu urteilen und dies auch durch den Hinweis auf „*allfällige* Schadenersatzansprüche“ in der Glosse zu wobl 2003, 47/26 zum Ausdruck zu bringen versucht habe. Sollte dies nicht in der hinreichenden Deutlichkeit gelungen sein, sei dieser Umstand an dieser Stelle nochmals mit Nachdruck betont. Dass freilich der erwähnte Hinweis als solcher keineswegs völlig abwegig war, erhellt schon daraus, dass einerseits *Würth* bereits 1985 auf die vom MRG im Unterschied zum MG neu geschaffene und auf Grund der Rechtskraftwirkung auch zweckmäßige Möglichkeit einer umfassenden Feststellung des zulässigen Mietzinses hingewiesen hat (vgl *Würth*, Verfahrensrechtliche Probleme des MRG [§§ 33–35, 37–42 MRG], in: Korinek/Krejci [Hrsg], Handbuch zum Mietrechtsgesetz [1985], 491ff [507]), andererseits nach allgemeinen Grundsätzen der Sachverständigenhaftung bei rechtsberatenden Berufen von mehreren denkbaren Rechtsbehelfen immer der zur Wahrung der Klienteninteressen sicherste zu wählen ist (idS zB *ecolex* 1991, 782). Und jedenfalls seit dem Ergehen von 5 Ob 177/99 am 13. 7. 1999 konnte wohl kein Zweifel mehr bestehen, welche Entscheidung erwirkt werden muss, um den für den Mieter sichersten Weg der Rechtsverfolgung zu beschreiten. Dass dies für den von *Horvath* erwähnten Fall, dass trotz umfassender Antragstellung die Sprüche der gerichtlichen Entscheidungen zu „eng“ gefasst wurden, auch inkludiert hätte, derartige Entscheidungen wegen nicht vollständiger Erledigung der Sachanträge im Rechtsmittelweg zu bekämpfen, um den Eintritt der Präklusion zu verhindern (zum Problem jüngst zutr 5 Ob 232/02g), sollte sich von selbst verstehen.

MRG

50.

Treuänderwechsel und Mietzinsanhebung

§ 12a Abs 3 MRG:

Eine Erhöhung des Mietzinses ist gerechtfertigt, wenn sich in der Mieter-Gesellschaft die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten ändern. Eine bloß rechtliche Änderung, mit der eine wirtschaftliche nicht einher geht, führt nicht zur Mietzinsanhebung. Ist der abgeschlossene Treuhandvertrag nicht ausschließlich fremdnützig, sondern gemischt auch eigennützig, dann kann auch bei einer Kapitalgesellschaft ein Machtwechsel vorliegen.

OGH 9. 4. 2002, 5 Ob 271/01s (LG Krems an der Donau 1 R 44/01b; BG Krems an der Donau 3 R 72/98p)

Franz E erwarb im Jahr 1989 die Geschäftsanteile an der AG von Alfred E (Stammeinlage S 499.000,-) und setzte Alfred E zum Geschäftsführer ein. Mittels Treuhandvertrag vom 6. 6. 1989 hatte sich Alfred E gegenüber dem Treugeber Franz E verpflichtet, den Geschäftsanteil an der AG treuhänderisch auf Rechnung des Treugebers innezuhaben und zu verwalten. Eine Stammeinlage von S 1.000,- wurde von Sabine E gehalten. Der Mietvertrag zwischen der AG und dem Rechtsvorgänger des ASt wurde im Jahr 1989 geschlossen. Nach Ankauf des Hauses durch den ASt wurde der Mietzins von S 1.500,- auf S 2.200,- angehoben. Am 25. 9. 1997 schloss Franz E nach Beendigung des Treuhandverhältnisses mit Alfred E einen neuen Treuhandvertrag mit Marianne A ab, die nun die Alleingesellschafterin der AG ist und sich verpflichtet hat, die Geschäftsanteile auf Rechnung von Franz E innezuhaben und zu verwalten. Sowohl im Treuhandvertrag mit Alfred E als auch in dem mit Marianne A wurde geregelt, dass sämtliche mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte, insbesondere Vermögens- und Verwaltungsrechte, ausschließlich über Weisung des Treugebers auszuüben seien. Bei der Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder bei der Mitwirkung an Beschlüssen sei jeweils vorher beim Treugeber um Erteilung der Weisung für diese Handlungen einzukommen und bei Unterbleiben einer Weisung wie in eigenen Angelegenheiten zu handeln. Die Erträgnisse des Vertragsgegenstandes seien nach Maßgabe des Vertragspunktes III unverzüglich und unaufgefordert an den Treugeber herauszugeben. Über das Treuhandverhältnis sei gegenüber jedermann strengstes Stillschweigen zu beobachten. Der ASt beantragt die Erhöhung des Hauptmietzinses nach § 12a MRG. Sollte ein Treuhandvertrag überhaupt bestehen, so sei er nur zur Umgehung des dem Vermieter zustehenden Mietzinsanhebungsrechtes abgeschlossen worden.

Die AG bestreitet das Begehren mit der Begründung, dass das Unternehmen nach wie vor auf Rechnung von Franz E, der die wirtschaftliche Verfügungsmöglichkeit über die AG habe, geführt werde und der Gesellschafter (sowohl Alfred E als auch Marianne A) nur Treuhänder sei. Die Voraussetzungen für eine Mietzinsanhebung seien daher nicht gegeben.

Das ErstG wies den Antrag ab, da in der Person des Treugebers kein Wechsel eingetreten sei.

Das RekursG gab dem Rekurs des ASt Folge und hob den erstinstanzlichen Beschluss zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung auf.

Dagegen richtet sich der Rekurs des AG mit dem Antrag, die erstinstanzliche Entscheidung wieder herzustellen.

Der Rekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Die Rekurswerberin vertritt die Ansicht, dass die Treuhandvereinbarung die wirtschaftliche Einflussmöglichkeit nicht geändert habe.

§ 12a Abs 3 erster Satz MRG gibt dem Vermieter das Recht zur Anhebung des Mietzinses, wenn sich „in“ der Mieter-Gesellschaft die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten ändern. Das bedeutet nicht, dass zB nur der Austausch von Gesellschaftern den Anhebungstatbestand erfüllen kann, vielmehr wollte der Gesetzgeber den „Machtwechsel“ in der Gesellschaft erfassen (5 Ob 7/98k = wobl 1998, 166/112; RIS-Justiz RS0069558). Die Adjektiva „rechtlich“ und „wirtschaftlich“ bilden ein unzertrennliches Begriffspaar; die entscheidende Änderung muss also kumulativ die rechtlichen und die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten betreffen. Eine bloß rechtliche Änderung, mit der eine wirtschaftliche nicht einhergeht, führt nicht zur Mietzinsanhebung (1 Ob 226/98m = wobl 1999, 88/43 [Schauer]; RIS-Justiz RS0069560). Der Gesetzgeber stellt also darauf ab, ob sich die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten auf den Mieter (juristische Person oder Personengesellschaft) entscheidend geändert haben, sodass der bisher unangemessen niedrige Mietzins wenigstens mehrheitlich zu Gunsten anderer Personen verwertet werden würde (RIS-Justiz RS0107077). Im vorliegenden Fall trat rechtlich ein Gesellschafterwechsel zu 100% ein. Marianne A wurde Alleingesellschafterin. Da aber nach den oben dargelegten Grundsätzen die Änderung der rechtlichen Einflussmöglichkeiten allein noch nicht zur Anhebung des Hauptmietzinses nach § 12a Abs 3 MRG berechtigen, ist zu prüfen, ob sich auch die wirtschaftliche Einflussmöglichkeit geändert hat. Begehrt wird eine Mietzinserrhöhung ab 1. 10. 1997, sohin ab dem Zeitpunkt, in dem statt Alfred E Marianne A Gesellschafterin der AG wurde. Sowohl Alfred E als auch Marianne A sind Treuhänder für Franz E. Beide Treuhänder hielten die Geschäftsanteile entsprechend dem Treuhandvertrag nicht auf eigene Rechnung, sondern auf Rechnung von Franz E. Dies gilt aber nur nach Maßgabe des Vertragspunktes III. Zu prüfen ist daher der gesamte Inhalt der Treuhandvereinbarung in die Richtung, ob sich durch die Anteilsübertragung von Franz E an Marianne A an den wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit von Franz E etwas geändert hat. Bei einer fremdnützigen Treuhand, bei der der Treuhänder ausschließlich die Interessen des Treugebers wahrzunehmen hat (vgl Strasser in Rummel³ I § 1002 ABGB, Rz 42b mwN), tritt, jedenfalls bei einer Kapitalgesellschaft wie hier, bei der Anteilsübertragung vom Treugeber auf den Treuhänder und umgekehrt keine Änderung der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeit ein (vgl auch Reich-Rohrwig, Mietzinserrhöhung bei Geschäftsraum-Hauptmiete [1994] 76 und 101; Schauer, Zum gegenwärtigen Diskussionsstand über die entscheidende Änderung der „rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten (§ 12a Abs 3 MRG)“, in RdW 1994, 168; Ostheim „Unternehmensveräußerung und Mietzinserrhöhung im 3. WÄG, wobl 1993, 200; Grünwald Unternehmensveräußerung und „entscheidende Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten“, JBl 1995, 273). Ist der abgeschlossene Treuhandvertrag aber nicht ausschließlich fremdnützig, sondern gemischt auch eigennützig, dh auch im Interesse des Treuhänders, dann kann auch bei einer Kapitalgesellschaft ein Machtwechsel vorliegen. Es ist daher bei einem

Wechsel des Treuhänders eines GmbH-Gesellschafters zu prüfen, ob nicht ein Umgehungsgeschäft iSd § 12a Abs 3 letzter Satz MRG vorliegt.

Zu Recht hält das RekursG den vorgelegten Treuhandvertrag als erörterungsbedürftig und die Ergänzung der Feststellungen durch das ErstG für notwendig. Aus dem Treuhandvertrag zwischen Franz E und Marianne A geht nämlich hervor, dass der Treugeber von der Treuhänderin einen fixen monatlichen Betrag von S 4.000,- erhält, während der Treuhänderin die Tageslosung unter Berücksichtigung der laufenden Ausgaben, Steuern und Abgaben zustehen sollen. Weiters wurde ein zehnjähriger Kündigungsverzicht des Treugebers vereinbart. Die genannten Vertragspunkte könnten indizieren, dass sich auch die wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten geändert haben bzw, dass die gewählte Vertragskonstruktion die Umgehung des Anhebungsrechtes des Vermieters bewirken soll. Das ErstG wird daher dazu Feststellungen zu treffen haben, nach den Vorstellungen welcher Personen sich der Geschäftsbetrieb im Einzelnen vereinbarungsgemäß auf welche Dauer gestalten sollte und gestaltete, welchen Einfluss also der Treugeber und welchen Einfluss die Treuhänderin darauf vereinbarungsgemäß nehmen sollten und welchen sie tatsächlich genommen haben. Weiters wird festzustellen sein, welche Vorstellungen die Parteien von der Ertragslage des Unternehmens hatten und in welchem Ausmaß daher dem Treugeber mit den vereinbarten S 4.000,- ein Anteil daran zustand. Erst nach Verbreiterung der Tatsachengrundlage wird beurteilt werden können, ob dem Ast nach § 12a MRG ein Mietzinsanhebungsrecht zusteht, behandelndfalls in welcher Höhe und in welcher Dauer.

* * *

1. Während die „Privatstiftungs-E“ (wobl 2001, 322/198 und wobl 2002, 171/36 [krit Vonkilch]) noch den Eindruck erwecken konnten, als zeichne sich eine Abkehr des Höchstgerichts von der „Machtwechseltheorie“ bei der Auslegung von § 12a Abs 3 MRG ab (immerhin verwarf in der letztgenannten E der erkennende Senat ua die Ansicht Schauers, dass aus der Warte der „Machtwechseltheorie“ die bloße Übertragung von Gesellschaftsanteilen an einen Treuhänder mit Sicherheit keinen Anwendungsfall von § 12a Abs 3 MRG darstellt), steht die vorliegende E, die sich, soweit ersichtlich, als erste des Höchstgerichts (vgl zuvor bloß LGZ Wien in MietSlg 49.472) ausführlich mit der Rolle von Treuhändern bei der Erfüllung des Tatbestandes von § 12a Abs 3 MRG beschäftigt, in weiten Teilen ihrer Begründung fest auf dem Boden dieser Theorie. Insofern erscheint die Hoffnung berechtigt, dass die „Privatstiftungs-E“ ein „erratischer Block“ in der jüngeren Rsp des Höchstgerichts zu § 12a Abs 3 MRG bleiben bzw – besser noch – in Hinkunft auch bei der Einbringung von Gesellschaftsanteilen in eine Privatstiftung die tragenden Gesichtspunkte der „Machtwechseltheorie“ konsequenter umgesetzt werden, als dies bislang der Fall war.

2. Im Detail wird in der vorliegenden E zutreffend darauf hingewiesen, dass sich kumulativ die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in der (bzw auf die) Mietergesellschaft ändern müssen, um das Mietzinsanhebungsrecht des Vermieters auszulösen, sodass etwa die unstrittige Änderung der Person desjenigen, dem die maßgeblichen (gesellschafts-)rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft zukommen, dann nicht ausreicht, wenn die „wirtschaftlichen“ (dh die faktischen bzw nicht unmittelbar gesellschaftsrechtlich be-

gründeten Einflussmöglichkeiten) ident bleiben. Und genau dies ist auf Grund der obligatorischen Bindung des Treuhänders im Innenverhältnis idR dann der Fall, wenn trotz Treuhänderwechsels der „hinter ihm stehende“ Treugeber ident bleibt.

3. Nicht recht verständlich – jedenfalls unter Zugrundelegung der „Machtwechseltheorie“ – erscheint dann allerdings in weiterer Folge, warum das Höchstgericht nicht sogleich zur Unanwendbarkeit von § 12a Abs 3 MRG gelangte, sondern weitere Erhebungen für notwendig hielt. Denn nach den Feststellungen des ErstG waren beide Treuhandverträge so gestaltet, dass der Treugeber in der Mietergesellschaft „das Heft fest in der Hand hielt“.

Immerhin waren sämtliche mit den Geschäftsanteilen verbundenen Rechte, insbesondere Vermögens- und Verwaltungsrechte, ausschließlich über Weisung des Treugebers auszuüben, und bei der Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung oder bei der Mitwirkung an Beschlüssen war jeweils vorher beim Treugeber um Erteilung der Weisung für diese Handlungen einzukommen und (nur) bei Unterbleiben einer Weisung war wie in eigenen Angelegenheiten zu handeln. Dementsprechend kam es dann aber trotz Wechsels der Treuhänder und des damit verbundenen Wechsels der unmittelbaren rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die Mietergesellschaft zu keinem Zeitpunkt zu einem Wechsel auch der wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten auf diese.

Dass die Treuhänder nicht „um Gottes Lohn“ arbeiten, ja ihnen uU sogar der Ertrag des Unternehmens der Mietergesellschaft überwiegend zukommen sollte, muss unter Zugrundelegung der „Machtwechseltheorie“ demgegenüber unbeachtlich bleiben: So lange die rechtlichen und/oder wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten (nicht etwa: die wirtschaftlichen Ertragsbeteiligungen) auf die Mietergesellschaft ident bleiben, ist es nämlich – jedenfalls wenn man nicht der von der Rsp bislang ganz überwiegend abgelehnten (Übersicht etwa bei Vonkilch in Hausmann/Vonkilch, Österreichisches Wohnrecht, § 12a Rz 42ff) Ansicht Reich-Rohrwigs zur Auslegung von § 12a Abs 3 Gefolgschaft leistet – irrelevant, wem letztlich der Ertrag des von der Mietergesellschaft betriebenen Unternehmens (und damit in gewissem Umfang das „billige Mietrecht“) zukommt. Anderenfalls müsste man wohl konsequenterweise auch die Bedeutung von idR stimmrechtslosen Vorzugsaktien bei der Prüfung des Tatbestandes von § 12a Abs 3 MRG anders gewichten, als dies bislang der hL entspricht und auch die E wobl 2001, 317/196 (zust Schauer), die bei Vorliegen von Streubesitz auf das Halten maßgeblicher Anteilspakete abstellt, wäre neu zu überdenken.

4. In der Sache selbst verwundert es indes nicht, dass das Höchstgericht im konkreten Fall mit dem Vermieter Mitleid hatte, der bei gleich bleibend niedrigem Mietzins Treuhänder kommen und gehen sah, die zwar nach der Vertragsgestaltung rechtlich unter der „Oberhoheit“ des Treugebers standen, für einen bestimmten Zeitraum aber am wirtschaftlichen Erfolg des im Mietgegenstand betriebenen Unternehmens (und damit am „billigen Mietrecht“) partizipieren konnten.

Den rechtsdogmatisch zutreffenden Weg, um diesem Unbehagen Rechnung tragen zu können, eröffnet mE jedoch nicht § 12a Abs 3 MRG (samt seiner Umgehungsregelung), sondern eine Analogie zu § 12a Abs 5 MRG: Es sollte für den Vermieter keinen Unterschied machen dürfen, ob der unmittelbare Geschäftsraummieter sein Unternehmen verpachtet oder der Mehrheits- bzw Alleingesellschafter der unternehmenstragenden Mietergesellschaft die Gesellschaftsanteile befristet einem Dritten überträgt und diesem damit zugleich innerhalb gewisser Kontroll- und Einflussnahmemöglichkeiten ermöglicht,

gleich einem Pächter für einen bestimmten Zeitraum das im Mietgegenstand betriebene Unternehmen ganz oder mehrheitlich auf eigene Rechnung zu führen.

Berücksichtigt man den vorletzten Satz der E, scheint es durchaus nahe liegend, dass auch dem Höchstgericht eine rechtliche Beurteilung des gegenständlichen Sachverhalts vorschwebt, die der hier vorgeschlagenen Analogie zu § 12a Abs 5 MRG nahe kommt. Denn immerhin zieht es ua eine Mietzinsanhebung auf bestimmte Dauer in Erwägung und eine solche kennt das MRG unstrittig nur im Fall des § 12a Abs 5 MRG.

Univ.-Ass. Dr. Andreas Vonkilch

51.

Präklusion des Mietzinsüberprüfungsbegehrens

§ 16 Abs 8 MRG:

Die Präklusionsregelung des § 16 Abs 8 MRG gilt für alle Mietzinsbestandteile des § 15 MRG und wird analog auch auf das Entgelt für mitgemietete Einrichtungsgegenstände angewendet.

OGH 12. 3. 2002, 5 Ob 52/02m (LG ZRS Graz 3 R 229/01w) – Zurückweisung des ao Revisionsrekurses

Anm: Der OGH verweist in seiner Begründung auf die Entscheidung wobl 2001, 51/33 (Vonkilch).

52.

Ablösbarkeit von WE-Anwartschaftsrechten

§ 27 MRG:

Eine (analoge) Anwendung des § 27 MRG scheidet aus, wenn dem Vertragspartner der Erwerb von Eigentumsanwartschaftsrechten an einer Miet- oder Genossenschaftswohnung nur insofern ermöglicht wird, als die Einräumung von Wohnungseigentum lediglich in Aussicht gestellt wurde. § 27 MRG ist hingegen anwendbar, wenn die Einräumung von Wohnungseigentum bereits vertraglich zugesagt worden ist.

Bei Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 27 Abs 1 Z 1 MRG auf Leistungen anlässlich einer Übertragung genossenschaftlicher Nutzungsrechte an einer Wohnung und dabei vereinbarter Ablösen für eine günstigere Erwerbsmöglichkeit ist zu prüfen, ob die rechtliche Möglichkeit vermittelt wurde, ein seitens der Genossenschaft nach Ablauf einer bestimmten Frist verbindlich zu machendes Angebot mit dem Ergebnis anzunehmen, Wohnungseigentum an der benützten Wohnung preislich insofern günstiger zu erwerben, als bestimmte Zahlungen kaufpreismindernd zu berücksichtigen sind. Dabei kommt es nicht schlechthin auf die Summe der vom Vermieter bezahlten Annuitäten an, sondern auf den objektiven Wert des Rechts, günstiger Wohnungseigentum zu erwerben.

OGH 27. 8. 2002, 5 Ob 178/02s (LG Wiener Neustadt 17 R 20/02s) – Zurückweisung des ao Revisionsrekurses

53.

Gefährliche elektrische Anlagen – Bemängelungspflicht?

§ 37 Abs 1 Z 8 MRG:

Unterzieht der Vermieter die elektrische Anlage trotz offenkundiger schwerwiegender Mängel keiner Überprüfung, so besteht, wie nach der bisherigen Judikatur,

keine Rügepflicht eines Mieters bei Abschluss eines neuen Mietvertrages.

OGH 21. 9. 2002, 5 Ob 219/02w (LG Wien 41 R 3/02v, BG Döbling 4 Msch 125/01k)

Das RekursG hat in seinem Ausspruch, an den der OGH nicht gebunden ist, den Revisionsrekurs gem § 528 Abs 2 ZPO iVm § 37 Abs 3 Z 18 MRG für zulässig erklärt, weil eine gesicherte Rechtsprechung zur Bemängelungspflicht eines Mieters im Fall der Unbrauchbarkeit der Wohnung (mit nur erheblichem Kostenaufwand zu beseitigende Gefährlichkeit elektrischer Anlagen) fehle. Dies vor allem im Hinblick auf die Entscheidungen 5 Ob 120/00h = wobl 2001, 5 Ob 44/02k.

Die Voraussetzungen des § 528 Abs 2 ZPO liegen jedoch nicht vor.

Das ist wie folgt kurz zu begründen:

In 5 Ob 120/00h (= wobl 2001, 59/40 [Würth]) hat der OGH bei einem gänzlich anders gelagerten Sachverhalt, nämlich bei Beurteilung einer Bemängelungspflicht eines in ein Mietrecht eintretenden nahen Angehörigen eine Bemängelungspflicht des Mieters bejaht, weil die Unbrauchbarkeit der Elektroinstallationen im Lauf des Mietverhältnisses eingetreten war und daher dem Vermieter die Möglichkeit gegeben werden musste, durch Sanierung der Mängel auf seine Kosten die Mietzinsanhebungsmöglichkeit nach § 46 Abs 2 MRG zu wahren.

In 5 Ob 44/02k (= wobl 2002, 266/80 [Prader]) hat der erkennende Senat eine Bemängelungspflicht des Mieters hinsichtlich der Unbrauchbarkeit des Objekts (auch dort wegen der Gefährlichkeit elektrischer Leitungen) bejaht, doch war dies eindeutig auf den Einzelfall abgestellt. Es hätte dort gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wenn ein Mieter, dem während der Zeit der Sanierungsarbeiten Mietzinsfreiheit zugesagt und gewährt worden war, den Vermieter nicht auf den maßgeblichen Umstand der Gefährlichkeit elektrischer Leitungen hingewiesen hätte. Als Voraussetzung für die Vermeidung einer endgültigen Einordnung des Objekts in die Ausstattungskategorie D wurde allerdings klargestellt, dass der Vermieter diesfalls dem Mieter die Kosten der Herstellung einer gefahrlos benutzbaren Anlage zu ersetzen hat. In dieser Entscheidung führte der erkennende Senat aus, dass bedenkenswert wäre, in Anlehnung an Würth zu wobl 2001, 59/40 bei nicht ins Auge fallenden Mängeln der Stromleitungsanlage, die deren Gefährlichkeit bedingen, doch eine Bemängelungspflicht des Mieters zu statuieren. Abschließend musste dazu aber nicht Stellung genommen werden.

Zu einem dem gegenständlichen Fall zu vergleichenden Sachverhalt hat der erkennende Senat erst kürzlich (5 Ob 304/01v vom 9. 4. 2002 = wobl 2002, 358/131 [Hausmann]) klargestellt, dass, wie bereits in 5 Ob 120/00h (= wobl 2001, 59/40 [Würth]) ausgeführt, die Rügeobliegenheit eines Mieters bei Abschluss eines neuen Mietvertrages grundsätzlich nicht nach den gleichen Grundsätzen wie im Fall eines Mietrechtseintritts zu beurteilen ist. Fälle, in denen der Vermieter die elektrische Anlage trotz offenkundiger schwerwiegender Mängel überhaupt nicht einer Überprüfung unterziehe und sozusagen riskiere, dass sie sich allenfalls in einem unbrauchbaren und gefährlichen Zustand befinde, der nur mit größerem Aufwand beseitigt werden könne und eine allfällige Rüge des einen höheren Mietzins zahlenden Mieters abwarde, rechtfertigten kein Abgehen von der bisherigen Judikatur. In einem solchen Fall bestehe keine Bemängelungspflicht des Mieters, es sei von der Unbrauchbarkeit der Wohnung auszugehen.

Eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 528 Abs 2 ZPO iVm § 37 Abs 3 Z 18 MRG liegt daher nicht vor. Das hatte zur Zurückweisung des Rechtsmittels zu führen.

54.

Umfang eines Verzichts auf Mietzinserhöhung – EVB neu

§ 45 MRG idF nach dem 3. WÄG, §§ 914 f ABGB:

Der befristete Verzicht des Vermieters auf jedwede Mietzinserhöhung mit Ausnahme einer solchen gemäß § 7 und 8 MG umfasst auch den Verzicht auf den EVB „neu“.

OGH 13. 3. 2002, 4 Ob 283/01y (LGZ Wien 38 R 141/01v; BG Josefstadt 3 C 564/00x)

Der Kl schloss am 15. 6. 1965 mit den seinerzeitigen Miteigentümern der Bestandliegenschaft einen Mietvertrag über eine Wohnung. In Punkt IV. des Vertrags wurde ein Mietzins vereinbart, der sich aus dem Hauptmietzins von 330 S pm samt einem gem § 16 Abs 2 Mietengesetz (folgend: MG) vereinbarten Zuschlag von 330 S pm und einem näher bezeichneten Anteil an den Betriebskosten und öffentlichen Abgaben zusammensetzte. Weiters wurde festgehalten:

„Eine Erhöhung des Mietzinses auf Grund gesetzlicher, behördlicher oder gerichtlicher Bestimmungen oder Verfügungen – ausgenommen ein den Vermietern gemäß § 7 MG wegen notwendiger Erhaltungsarbeiten allenfalls erwachsendes Recht zur Erhöhung des Mietzinses – wird erst ab 30. 6. 1975 auf das gegenständliche Mietverhältnis anwendbar; Mietzinsforderungen, die auf derartige Erhöhungen zurückgehen, können von den Vermietern erst für die Zeit nach dem 30. 6. 1975 geltend gemacht werden, sodass sich der Mietzins, wenn überhaupt, erst nach dem 30. 6. 1975 erhöht, ohne dass Nachzahlungen für die Zeiträume vor diesem Zeitpunkt zu entrichten sind.

Sollte jedoch eine gesetzliche Bestimmung schon vor dem 30. 6. 1975 vorsehen, dass Hauseigentümer derartige Mietzinserhöhungsbeträge an einen staatlichen oder sonstigen öffentlichen, jedenfalls nicht von den Hauseigentümern verwalteten Fonds oder eine sonstige öffentliche Stelle abführen müssen (wobei Zuweisungen von solchen Erhöhungsbeträgen an eine Mietzinsreserve oder sonstige steuerlich oder mietengesetzlich für Hauserhaltungszwecke oder dergleichen besonders gewidmete, aber in der Verfügungsgewalt der Hauseigentümer verbleibende Zweckmittel ausgenommen bleiben) und sollte jedoch eine solche gesetzliche Bestimmung eine derartige Abführungspflicht auch dann für Hauseigentümer vorsehen, wenn sie sich wie zum Beispiel im gegenständlichen Mietvertrag, gegenüber dem Mieter vertraglich verpflichtet haben, auf eine Mietzinserhöhung befristet zu verzichten, so hat der Mieter jenen Betrag zusätzlich zum oben vereinbarten Mietzins zu bezahlen, den die Hauseigentümer ansonsten aus eigenen Mitteln in den staatlichen Fonds oder der öffentlichen Stelle abführen müssten.

Bei jeder Art von Mietzinserhöhungen, aus welchen Gründen immer, wird vom Friedenskronenzins, das sind monatlich Kr 330 = S 330,- ausgegangen; gesetzlich zulässigerweise erfolgende Mietzinserhöhungsbeträge sind erst dann und erst ab jenem Betrag auf den vertraglichen Mietzins (Hauptmietzins + Zuschlag S 330,-) anwendbar, wenn diese Erhöhungsbeträge den Zuschlag von S 330,- übersteigen.“

Mit schriftlichem Nachtrag vom 6. 3. 1973 vereinbarten die Parteien in Ergänzung bzw Abänderung des Mietvertrags vom 15. 6. 1965 ua:

„Der in (Punkt) IV. des Mietvertrages mehrfach erwähnte Termin 30. Juni 1975, bis zu welchem Mietzinserhöhungen auf das gegenständliche Mietverhältnis nicht anzuwenden sind, wird um 25 Jahre, das ist bis 30. Juni 2000 verlängert.“

In Punkt 7. der Nachtragsvereinbarung wurde festgehalten, dass C F Hausverwalterin des Hauses ist und erklärt, von den Miteigentümern (*gemeint wohl: Miteigentümern, Anm*) Dr. F F, Dipl.-Ing. H F und G S zu der diesem Nachtrag entsprechenden Vereinbarung ausdrücklich ermächtigt und bevollmächtigt zu sein, sowie dass der Vermieter Dr. H H sich derzeit in Moskau befinde.

Die Unterfertigung dieser Nachtragsvereinbarung erfolgte auf Vermieterseite durch C F namens der F-H'schen Verwaltung, G S und Dr. F F.

Mit Kaufvertrag vom 26. 9. 1973 erwarb die Bekl die Bestandliegenschaft. Beginnend mit 1. 8. 1995 schrieb die Bekl dem Kl zusätzlich zum Hauptmietzins die Zahlung des „neuen Erhaltungs- und Verbesserungsbeitrags“ (folgend: EVB neu) gem § 45 MRG idF des 3. WÄG in der Höhe von 2.321,- S zuzüglich 10 % USt, insgesamt sohin 2.553,10 S monatlich vor. Der Kl zahlte vom 1. 8. 1995 bis 30. 6. 2000 spätestens am 9. jedes Monats diesen EVB neu unter dem Vorbehalt der Einstellung der Zahlungen und der Rückforderungen.

Der Kl begehrt die Verurteilung der Bekl zur Zahlung des von ihm an EVB neu entrichteten Betrags samt Zinsen. Die befristete Mietzinserhöhungsverzichtsvereinbarung betreffe die „Hauptabrede – Mietzins“. Die Bekl sei daran als Einzelrechtsnachfolger der seinerzeitigen Vermieter (nunmehr gem § 2 Abs 1 Satz 3 MRG) unabhängig davon gebunden, ob sie davon Kenntnis gehabt habe oder haben hätte müssen (überdies brachte der Kl mit entsprechendem Beweisanbot vor, dass ein namentlich genanntes Mitglied des Vorstands der Bekl alle Mietverträge studiert und demnach auch gekannt habe). Die Wohnung sei bei Abschluss des Mietvertrags in unbrauchbarem Zustand gewesen; der Kl habe hohe Ablösen gezahlt und aufwendige Investitionen vorgenommen. Da der EVB neu wirtschaftlich und rechtlich einer allgemeinen Erhöhung des Altmietzinses gleichkomme, erfasse der Verzicht auf jede Erhöhung des Mietzinses auch diesen EVB neu. Dieser teile, ohne formell ein Teil des Hauptmietzinses zu werden, vollständig dessen Schicksal. Er müsse nicht der Erhaltung und Verbesserung des Hauses zugute kommen und sei bloß eine Mietzinserhöhung unter einem „falschen (anderen)“ Namen. Die Vorschreibung und Einforderung des EVB neu sei vertragswidrig und damit ohne Rechtsgrund erfolgt. Das – schon wegen des stets erklärten Rückforderungsvorbehalts – keineswegs gegen Treu und Glauben verstößende Zahlungsbegehren werde auf jeden erdenklichen Rechtsgrund, insbesondere auf die §§ 1431 ff ABGB gestützt. Es sei auch keineswegs verjährt, weil die allgemeine Verjährungsfrist des § 1479 ABGB gelte.

Die Bekl beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Beim Abschluss des Nachtrags zum Mietvertrag sei nicht auf die Möglichkeit der Mietzinsanhebung verzichtet worden. Die „Hausverwaltung“ wäre hierzu, da es sich um eine Maßnahme der außerordentlichen Verwaltung gehandelt habe, gar nicht berechtigt gewesen. Die Rechtswirksamkeit dieser Nachtragsvereinbarung werde daher bestritten. Durch die in Punkt IV. des Mietvertrags vereinbarte Ausnahme einer Mietzinserhöhung gem § 7 MG hätten die Parteien des Mietvertrags die Möglichkeit, eine Mietzinsanhebung für Erhaltungsarbeiten zu verlangen, bestehen lassen wollen. Der erst nach Abschluss des Mietvertrags „eingeführte“ EVB neu habe die Funktion, die Finanzierung von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten sicherzustellen, die sonst im Wege des § 18 MRG bzw vorher im Wege des § 7 MG finanziert hätten werden können. Der Verzicht beziehe sich daher nicht auf den EVB neu, wozu noch komme, dass auf zur Zeit des Vertragsabschlusses noch gar nicht existente Ansprüche auch nicht im Vorhinein wirksam verzichtet werden könne. Auch liege eine Ne-

benabrede ungewöhnlichen Inhalts vor, an die die Beklagte nicht gebunden sei, weil sie diese weder gekannt habe noch hätte kennen müssen. Die Rückforderung des vom Kl seit 1995 – wenn auch unter Vorbehalt – geleisteten EVB neu verstoße gegen Treu und Glauben, weil vom Kl als Rechtsanwalt erwartet werden könne, die ihm vermeintlich zustehenden Rechte unverzüglich und nicht erst nach Jahren geltend zu machen. Auch sei die Rückforderung einer wissentlich gezahlten Nichtschuld nicht möglich. Die länger als drei Jahre zurückliegenden Forderungen seien überdies verjährt.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab. Verzichtserklärungen seien nicht ausdehnend, sondern eng auszulegen. Der OGH habe in der Entscheidung 6 Ob 736/88 (= MietSlg 41/10) ausgesprochen, die ausdrückliche Ausnahme von Mietzinserhöhungen nach den §§ 7 und 8 MG habe nach ergänzender Vertragsauslegung auch für Erhaltungs- und Verbesserungsbeiträge (EVB alt) zu gelten, weil diese Bestimmungen Fälle einer Hauptmietzinserhöhung erfassten, die zur ordnungsgemäßen Erhaltung des Hauses oder in gewissen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen auch dessen zur Verbesserung erforderlich seien; solche seien nicht nur gem §§ 6, 18 und 19 MRG vorgesehen; ihnen diene vielmehr auch die für Altverträge geltende Bestimmung des § 45 MRG, weil die EVB (alt) nur zur Deckung der Kosten von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten verwendet werden dürften; der klar erkennbare Zweck der vereinbarten Ausnahme vom Mietzinserhöhungsverzicht liege darin, dass er nicht zum Tragen kommen solle, wenn auch künftige gesetzliche Erhöhungen ausschließlich der Erhaltung und Verbesserung des Hauses zugute kämen. (. . .)

Das BerufungsG bestätigte das Urteil des ErstG und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Schon die einfache Vertragsauslegung nach dem Wortsinne des Punktes IV. des Mietvertrags vom 5. 6. 1965 lasse die Absicht der vertragsschließenden Parteien erkennen, den vereinbarten Mietzins für den Zeitraum vom Vertragsbeginn zunächst bis 30. 6. 1975, späterhin bis 30. 6. 2000, auch für den Fall der geänderten Gesetzeslage mit Ausnahme der die Hauseigentümer treffenden, auf den Mieter im gewissen Umfang überwälzbaren Abföhrpflichten an staatliche bzw öffentliche Stellen festzusetzen. Ausdrücklich sei die gesetzlich zulässige Mietzinserhöhung nach § 7 MG vom vereinbarten Verzicht ausgenommen worden. Dies seien nach der damaligen Rechtslage jene Fälle gewesen, in denen die Mietzinserhöhung zur ordnungsgemäßen Erhaltung des Hauses oder in gewissen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen auch zu dessen Verbesserung erforderlich waren. Daraus sei ersichtlich, dass die Parteien die für die Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten gedachten Mietzinserhöhungen vom Verzicht ausnehmen wollten. Das durch § 45 MRG (ab 1. 1. 1982) neu geschaffene Institut der Erhaltungsbeiträge (seit 1. 1. 1986 idF der Novelle BGBl 1985/559 „Erhaltungs- und Verbesserungsbeiträge“), die der Deckung der Kosten von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten dienen, komme wirtschaftlich einer allgemeinen Erhöhung der Hauptmietzinse von Altmietverträgen gleich. Ob eine derartige „Mietzinserhöhung“ vom Erhöhungsverzicht ausgenommen sei, könne dem erklärten Vertragswillen der Parteien nicht entnommen werden. Es sei daher die objektive „ergänzende“ Vertragsauslegung geboten und unter Berücksichtigung der übrigen Vertragsbestimmungen und des von den Parteien verfolgten Zwecks zu fragen, welche Lösung redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten. Zum EVB alt habe der OGH bereits ausgesprochen (MietSlg 41/10), dass eine Ausnahme von Mietzinserhöhungen nach den §§ 7 und 8 MG von einem allgemeinen Mietzinserhöhungsverzicht nach ergänzender Vertragsauslegung auch

für den EVB gelte. Wenn nun auch für die den EVB neu betreffende Verpflichtungserklärung des Vermieters keine Verwendungsfrist genannt und der (vorher) die Rückzahlung nicht verbrauchter EVB betreffende Absatz weggefallen sei, bestehe nach wie vor die Verpflichtung des Vermieters, die eingehobenen EVB zur Finanzierung von Arbeiten, deren Kosten durch die anrechenbare Mietzinsreserve nicht gedeckt seien, zu verwenden. Der erkennbare Zweck der vereinbarten Ausnahme vom Mietzinserhöhungsverzicht liege darin, dass er nicht zum Tragen kommen solle, wenn auch (künftige) gesetzliche Erhöhungen der Erhaltung und Verbesserung des Hauses zugute kommen sollten. Diese Voraussetzung treffe auch auf den EVB neu zu. Im Übrigen habe der OGH in der Entscheidung wobl 1997, 142/37 (*Haybäck, Würth*) ausgesprochen, die durch Vorschreibung des EVB neu gegebene Möglichkeit der Mietzinsanhebung greife zwar in bestehende Mietverträge ein, die Beseitigung des Rückforderungstatbestands nach § 45 Abs 7 MRG alter Fassung bedeute jedoch nicht, dass Rückforderungsansprüche des Mieters wegen Vertragsverletzung oder Wegfalls des Rechtsgrunds ihre Klagbarkeit verlören. Ein auf die Vereinbarung vom 15. 6. 1965 (mit Nachtrag vom 6. 3. 1973) gegründeter Anspruch des Kl auf Rückforderung des gezahlten EVB neu sei daher nicht gegeben.

Die gegen die zweitinstanzliche Entscheidung gerichtete Revision des Kl ist zulässig und auch berechtigt:

Dem vom Kl unter Hinweis auf die Rechtsmeinungen namhafter Mietrechtsexperten vorgetragenen Argument, der mit dem 3. WÄG (BGBl 1993/800) „geänderte“ Erhaltungs- und Verbesserungsbeitrag gem § 45 MRG sei in Wirklichkeit eine versteckte Mietzinserhöhungsmöglichkeit für Altverträge, ist zu folgen: Der mit dem 3. WÄG erneuerte EVB erfuh durch den gesetzlichen Entfall der befristeten Rückforderbarkeit (bei Nichtverwendung zum gesetzlichen Zweck) und der weiteren Verrechnungspflichtigkeit gegenüber dem vorher geltenden EVB eine derart weit gehende Loslösung von seinem (ohne gesetzliche Sanktionen) verbliebenen Zweckgehalt, dass er – wie dies unter anderem die „Legisten“ *Tades* und *Stabenheiner* (in ÖJZ 1994, Heft 1A, 1* ff insbesondere 19), aber auch *Würth/Zingher* (Miet- und Wohnrecht²⁰ § 45 Rz 1 und 11) bezeichnen – als eine „faktische“ oder „dissimulierte“ Anhebung der Mietzinse für Altverträge angesehen werden kann, mit dem alten EVB nur mehr „Namen und gewisse Förmlichkeiten“ gemeinsam hat und sich faktisch vom Mietzins nicht mehr unterscheidet. Dazu kommt auch, dass für den EVB neu gem § 45 Abs 4 MRG die sonstigen Bestimmungen über die Mietzinse gelten (Gleichstellung). Zwar muss der Vermieter immer noch die in § 45 Abs 1 letzter Satz MRG vorgesehene Voraussetzung einhalten und bei der erstmaligen Vorschreibung des EVB die in § 45 Abs 2 MRG verbliebenen Verpflichtungserklärungen abgeben. Dies kann aber mit einer für den dringenden Zweck der Erhaltung und Verbesserung des Hauses vorgesehene gewesen gerichtlich zu bewirkenden Maßnahme iSd § 7 MG (später § 18 MRG) oder auch mit dem in Bezug auf die Durchführung von notwendigen Arbeiten und deren Verrechnung mit Sanktionen versehenen EVB alt iSd § 45 MRG idF vor dem 3. WÄG nicht gleichgesetzt werden.

Nach diesen Darlegungen ist der im vorliegenden Verfahren von der Vermieterseite erklärte Mietzinserhöhungsverzicht (bis 30. 6. 2000) im Zusammenhang mit dem von der Bekl ab 1. 8. 1995 vom Kl verlangten und von diesem nur unter Vorbehalt der Rückforderung (oder Einstellung der Zahlungen) geleisteten EVB doch anders zu beurteilen, als dies die Vorinstanzen taten. Da der EVB neu den Parteien des Mietvertrags vom 15. 6. 1965

und der Nachtragsvereinbarung vom 6. 3. 1973 nicht bekannt war, ist zu fragen, ob sie als redliche und vernünftige Vertragspartner für den Fall der Kenntnis und Einbeziehung dieser künftigen Gesetzesänderung (EVB neu) vereinbart hätten, dass auch dieser EVB vom Verzicht auf jede Erhöhung des vereinbarten Mietzinses ausgenommen werde oder nicht. Beurteilt man im Sinne der obigen Ausführungen den EVB neu praktisch als Erhöhung des Mietzinses, so muss man zum Ergebnis kommen, dass redliche Parteien auch diesen EVB neu als vom Verzicht auf jedwede Mietzinserhöhung umfasst und nicht der Ausnahme (vom Erhöhungsverzicht) „Mietzinserhöhung nach § 7 MG“ zugeordnet hätten.

Im Verfahren sind keine Umstände hervorgekommen, dass der Mietvertrag vom 15. 6. 1965 oder auch die Nachtragsvereinbarung vom 6. 3. 1973 nicht von den zum Vertragsabschluss berechtigten Personen abgeschlossen worden wären, wie dies die Bekl behauptet hat; vielmehr kann aus den genannten Verträgen deutlich entnommen werden, dass diese von den dazu berechtigten oder bevollmächtigten (Hausverwaltung) Personen auf Vermieterseite geschlossen wurden.

Ob der im Zusammenhang mit der Fixierung des Mietzinses stehende, im gleichen Vertragspunkt geregelte befristete Verzicht der Vermieter auf jedwede Mietzinserhöhung mit Ausnahme einer solchen gem § 7 MG ein Hauptpunkt des Mietvertrags oder nur eine Nebenabrede ist (siehe die zu dieser Frage bei *Würth/Zingher* aaO § 2 Rz 10 f ersichtlichen Hinweise auf Lehre und Rsp), muss hier nicht entschieden werden, weil diese Vertragsbestimmung selbst als Nebenabrede im Hinblick darauf, dass die Zahlungen und Aufwendungen des Kl für Ablöse und Investitionen unbestritten sind, keinen ungewöhnlichen Inhalt aufweist. Die Bekl ist daher als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Vertragspartner des Kl an diese Vertragsbestimmungen gebunden, auch wenn es zutreffen sollte, dass sie – entgegen der mangels Durchführung der vom Kl beantragten Beweise unbewiesen gebliebenen Behauptung des Kl – von diesen Vertragsbestimmungen keine Kenntnis hatte oder haben hätte müssen.

Da der Kl den EVB neu stets nur unter Vorbehalt der Rückforderung der von ihm als materiell-rechtlich ungerechtfertigt angesehenen Beträge zahlte, diese Schuld aber nach dem Vorgesagten tatsächlich wegen des gegen sie wirkenden Mietzinserhöhungsverzichts nicht zu Recht bestand, kann er sie von der in diesem Umfang bereicherten Bekl rechtens zurückfordern (SZ 44/75; SZ 52/98; MietSlg 39.189 ua), zumal seine zutreffend auf § 1431 ABGB gegründeten Ansprüche keineswegs verjährt sind. Die Einwendung, dass sie den vom Kl eingehobenen EVB neu im Sinn ihrer gem § 45 Abs 2 MRG gegebenen Verpflichtungserklärung für die Erhaltung und/oder Verbesserung des Hauses verwendet habe, hat die Bekl im Verfahren nicht erhoben.

Aus diesen Erwägungen ist der Revision Folge zu geben.

WEG

55.

Auflösung und gleichzeitige Wiederbegründung von Wohnungseigentum

§ 2 Abs 2 Z 1, § 3, § 12 Abs 2 Z 3, § 21 Abs 1 WEG 1975; § 87 Abs 1, § 94 Abs 1 Z 3 GBG:

Die Verbücherung einer das Wohnungseigentum auflösenden Vereinbarung aller (Mit- und) Wohnungseigentümer (Löschung auf Grund eines Verzichts der Wohnungs-

eigentümer) führt zu schlichtem Miteigentum an der Liegenschaft.

Die Wiederbegründung von Wohnungseigentum an der betreffenden Liegenschaft ist auch dann ein Fall des Neuerwerbs von Wohnungseigentum, wenn Auflösung und Wiederbegründung gleichzeitig verbüchert werden sollen. Daher genügt die Vorlage eines Gutachtens über die Nutzwertberechnung, eine gerichtliche Festsetzung der Nutzwerte ist nicht erforderlich.

Gegen die Verbindung der Auflösungsvereinbarung mit der Neu- bzw Wiederbegründung von Wohnungseigentum mit geänderten Nutzwerten bestehen keine Bedenken iSd § 94 Abs 1 Z 3 GBG.

Die mit einem Beglaubigungsvermerk des Notars versehene Ausfertigung eines Notariatsaktes (samt beigegebenen Beilagen) in Form einer Fotokopie hat die Qualität eines Originals iSd § 87 Abs 1 GBG.

OGH 9. 4. 2002, 5 Ob 62/02g (LG Salzburg 22 R 389/01m; BG Hallein TZ 3610/01); EvBl 2002/150, immolex 2002, 301/109.

Die AST sind Miteigentümer der Liegenschaft EZ X, an der WE begründet ist. Josef und Maria S. haben je 190/558-Anteile, mit denen Ehegatten-WE an W 1 verbunden ist; Dr. Eveline S. ist Miteigentümerin zu 178/558-Anteilen, verbunden mit WE an W 2.

Die AST begehren auf Grund des Notariatsaktes vom 14. 12. 2000, der die Aufhebung des (bestehenden) WE-Vertrages, einen Pflichtteilsverzichtsvertrag sowie einen Schenkungs- und (neuen) WE-Vertrag umfasst, und weiterer (hier nicht besonders zu erwähnender Urkunden) . . . *ua die Eintragung der Löschung des (bestehenden) WE und (neuerliche) Einverleibung von WE mit geänderten Nutzwerten.* Zu erwähnen ist lediglich, dass dem Notariatsakt ein Nutzwertgutachten des staatlich befugten und beeideten Ziviltechnikers Architekt Dipl.-Ing. H. samt Nutzflächenaufstellung und behörllich genehmigten Bauplänen beigegeben ist, auf das im (neuen) WE-Vertrag mehrfach (als „integrierender Bestandteil“ der Vereinbarung) Bezug genommen wurde.

Das ErstG bewilligte lediglich die Berichtigung des Geburtsdatums der Maria S., wies jedoch das Mehrbegehren ab. (. .)

Das RekursG bestätigte diese Entscheidung aus folgenden Erwägungen: (. .)

Mit der Problematik der Löschung und gleichzeitigen Neubegründung von WE habe sich bislang – soweit überblickbar – nur das LG Feldkirch in seiner RekursE vom 16. 11. 1998 auseinander gesetzt (RPfISlg 2000/2650). Es sei dabei zur Auffassung gelangt, dass als Eintragungsgrundlage nur noch eine rechtskräftige E des Gerichtes (Schlichtungsstelle) über die Festsetzung der Nutzwerte in Betracht komme, wenn bereits einmal WE an einer Liegenschaft begründet worden ist und sich in der Folge der Nutzwert iSd § 3 Abs 2 WEG 1975 ändert. Dieser Auffassung sei beizupflichten, auch wenn auf den ersten Blick die von den Antragstellern gewählte Konstruktion als ökonomisch und kostensparend erscheinen mag. Damit könnte jedoch die im Gesetz vorgesehene gerichtliche Nutzwertfestsetzung nach § 3 abs 2 WEG 1975 außer Kraft gesetzt werden, was mit der Intention des Gesetzgebers, eine gerichtliche Überprüfung der Nutzwerte bei deren Änderung, auf welche Art auch immer, vorzunehmen, nicht vereinbar sei. Eine Umgehung der Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Antrages auf Neufestsetzung der Nutzwerte wäre damit auch in jenen Fällen möglich, in denen kein wichtiger Grund vorliegt oder das Gesetz dafür ausdrücklich bestimmte Schwellenwerte festlegt.

Im Besonderen sei bei der gewählten Konstruktion zu berücksichtigen, dass von einem ernstlichen Verzicht auf das WE dann nicht gesprochen werden könne, wenn diese zwar vereinbarungsgemäß aufgehoben, zugleich

aber mit einer bloßen Verschiebung der Anteile neu begründet werden soll. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall auch grundlegend von dem durch das Höchstgericht zu 5 Ob 276/61 (MietSlg 9175/48 – offenbar gemeint Nr 49) behandelten, dem der Abschluss gesonderter Verträge und ein Wechsel in der Person der Wohnungseigentümer zugrundelag. Das GrundbuchG sei nicht nur berechtigt zu prüfen, ob die für die Urkunde geltenden Formvorschriften eingehalten wurden und der begehrten Eintragung kein Hindernis im Grundbuch entgegensteht; es sei vielmehr seine Aufgabe, auch zu prüfen, ob der Urkundeninhalt derart ist, dass er nicht nur in formeller Beziehung unbedenklich erscheint, sondern auch bezüglich der materiell-rechtlichen Fragen irgendwelche Zweifel nicht aufkommen lässt (vgl *Dietrich/Angst/Auer*, Grundbuchsrecht⁴, E 6 zu § 94 GBG). Gerade bei einem Verzicht der Wohnungseigentümer bestünden Bedenken, wenn dieser letztlich nur zur Verschiebung von Anteilen führen soll.

Das im Notariatsakt eingebundene Nutzwertgutachten entspreche darüber hinaus nicht der Bestimmung des § 87 Abs 1 GBG. Danach seien die Urkunden, auf Grund deren eine Einhaltung [*richtig wohl; Eintragung*] erfolgen soll, im Original beizulegen. Dies gelte auch für das im § 12 Abs 2 Z 2 WEG 1975 genannte Gutachten, mag auch bei öffentlichen Urkunden dem Erfordernis der Vorlage des Originalen in der Regel durch Vorlage einer Ausfertigung der Urschrift entsprochen werden. Ausfertigungen eines Nutzwertgutachtens müssten die Unterschrift und das Amtssiegel des staatlich befugten und beeedeten Zivilttechnikers oder gerichtlichen Sachverständigen tragen (so auch LGZ Wien RPfISlgG 2000/2693). Im vorliegenden Fall handle es sich jedoch nur um eine Kopie dieses Nutzwertgutachtens, das in die Ausfertigung eines Notariatsaktes eingebunden wurde.

(. . .)

Mit dem jetzt vorliegenden Revisionsrekurs streben die ASt die Stattgebung ihres gesamten Eintragungsbegehrens an. Er ist aus dem vom RekursG angeführten Grund zulässig und erweist sich aus den im Rechtsmittel vorgebrachten Argumenten auch als berechtigt.

Schon das RekursG hat darauf hingewiesen, dass das an einer Liegenschaft begründete WE gemäß § 21 WEG 1975 durch die Einverleibung der Löschung auf Grund eines Verzichtes des Wohnungseigentümers beendet wird und dass die Verbücherung einer das WE auflösenden Vereinbarung aller Mit- und Wohnungseigentümer (die wegen der notwendigen Zustimmung aller Miteigentümer letztlich immer zu fordern ist: vgl *R. Oberhofer in Schwimann*², Rz 11 zu § 21 WEG) den Zustand schlichten Miteigentums herbeiführt. Folglich ist die „Wiederbegründung“ von WE an der betreffenden Liegenschaft ein Fall des Neuerwerbs von WE iSd § 2 Abs 2 WEG 1975, für den – abgesehen von sonstigen Voraussetzungen – die Vorlage eines Gutachtens über die Nutzwertberechnung genügt, wie es in § 12 Abs 2 Z 3 WEG 1975 vorgesehen ist.

Warum die Verbindung der Auflösungsvereinbarung mit der Neu- bzw Wiederbegründung von WE Bedenken erwecken sollte, die gem § 94 Abs 1 Z 3 GBG einer Verbücherung entgegenstehen, ist nicht einzusehen. Gerade dieser Weg bietet sich an, wenn WE aufgelöst und anschließend in modifizierter Form neu begründet werden soll (vgl *R. Oberhofer aaO*, Rz 14). Darin liegt kein verpöntes Motiv, so dass sich auch kein Verdacht auf ein nach § 879 ABGB ungültiges Umgehungsgeschäft aufdrängt, zu dessen Verhinderung die Bestimmung des § 12 Abs 2 Z 3 WEG 1975 teleologisch reduziert werden sollte. Im Übrigen sind schon die Voraussetzungen einer Auflösung und Neubegründung von WE – einvernehmliches Vorgehen aller Miteigentümer und dazu gegebenen-

falls noch die Zustimmung der Buchberechtigten – schwer genug, um Bedenken zu zerstreuen, dass alles nur geschähe, um die gerichtliche Kompetenz für die Überprüfung einer Neufestsetzung von Nutzwerten auszuschalten. Der Gesetzgeber hat sich mit der „Privatisierung“ der Nutzwertberechnung durch Art II Z 3 BTVG selbst dazu bekannt, dass ihm nur die Kontrolle von Nutzwertänderungen in den Fällen des § 3 Abs 2 WEG 1975, also auf Grund eines Antrags bei fortdauerndem WE, ein Anliegen ist, Das von den Vorinstanzen aus der Verbindung von Auflösungs- und Neugründungsvereinbarung abgeleitete Eintragungshindernis liegt daher nicht vor.

Auch die vom RekursG im Hinblick auf § 87 Abs 1 GBG gegen die Eignung des Nutzwertgutachtens als Eintragungsgrundlage vorgebrachten Bedenken bestehen nicht zu Recht. Die Ausfertigung eines Notariatsaktes hat nämlich, wenn sie – wie hier – mit dem Beglaubigungsvermerk des Notars versehen ist, die Qualität eines Originals iSd § 87 Abs 1 GBG. Das bezieht sich auch auf beigegebene Beilagen, die einen integrierenden Bestandteil des Notariatsaktes bilden, und wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass als Ausfertigung eine mit dem Beglaubigungsvermerk versehene Fotokopie des Notariatsaktes verwendet wurde, dessen Urschrift (so auch der gegenständliche Beglaubigungsvermerk) bei den Akten des Notars liegt (vgl NZ 1993, 43/255 [*Hofmeister 46*] = *EuBl* 1993/47)

(. . .)

* *
* *
* *

Ganz unbegründet ist die Abweisung des Eintragungsbegehrens durch die Unterinstanzen nicht. Natürlich handelt sich im vorliegenden Fall im Endeffekt um eine Umparifizierung iS des § 3 Abs 2 Z 2 WEG 1975 (nunmehr § 9 Abs 2 Z 4 WEG 2002) und nicht um eine eigentliche Neubegründung von Wohnungseigentum iSd § 2 Abs 2 Z 1 WEG 1975 (§ 3 Abs 1 Z 1 WEG 2002), hat doch im Ergebnis lediglich eine Nutzwertänderung durch Vergrößerung der einen Eigentumswohnung (von 178/558- auf 404/702-Anteile) zu Lasten der anderen im Ehegattenwohnungseigentum stehenden Wohnung (von je 190/558- auf je 149/702-Anteile) stattgefunden. Im übrigen blieb alles – insb Anzahl der WE-Objekte und Wohnungseigentümer – beim alten.

Andererseits ist unbestritten, dass durch die Einverleibung der Löschung von Wohnungseigentum schlichtes Miteigentum entsteht und dass bei Umwandlung einer schlichten Miteigentumsgemeinschaft in eine WE-Gemeinschaft Wohnungseigentum iSd § 2 Abs 2 Z 1 WEG 1975 „neu eingeräumt“ (§ 3 Abs 1 Z 1 WEG 2002: „neu begründet“) wird. Insofern ist dem OGH formaljuristisch Recht zu geben. Dennoch bleibt ein schaler Beigeschmack, wenn man bedenkt, dass sich bei einer Verbindung von Auflösung und Wiederbegründung von Wohnungseigentum wie im vorliegenden Fall das Ent- bzw Bestehen einer schlichten Miteigentumsgemeinschaft gewissermaßen auf einen ‚juristischen Augenblick‘ beschränkt und damit so gut wie fiktiv ist. Es hängt hier aber gerade vom Bestehen der schlichten Miteigentumsgemeinschaft ab, ob zur Verbücherung die Vorlage eines privaten Nutzwertgutachtens ausreichend ist oder nicht.

Dennoch ist der Entscheidung mE letztendlich zuzustimmen, weil der OGH die Bedenken des Rekursgerichtes bzgl einer – nicht konkretisierten – Umgehungsgefahr überzeugend verneint hat. Die Vorgangsweise der Wohnungseigentümer stellt allenfalls einen Umweg dar, aber kein nach § 879 ABGB ungültiges Umgehungsgeschäft.

Gänzlich nachvollziehbar ist es ohnehin nicht, dass im einen Fall (Erstberechnung der Nutzwerte) die Vorlage

eines privaten Nutzwertgutachtens ausreichend, im anderen Fall (Änderung der Nutzwerte) aber – trotz Einigkeit aller – die Festsetzung durch Schlichtungsstelle oder Außerstreitrichter zwingend vorgeschrieben ist (vgl. jüngst wobl 2003, 57/32). Auch der privat tätig werdende Gutachter darf nicht Einzelinteressen berücksichtigen, sondern hat objektiv auf Grund der Sachlage zu entscheiden. Und schließlich bedient sich auch das Gericht meist eines Sachverständigen, dessen Nutzwertgutachten in aller Regel unverändert übernommen wird.

Solange alle (Mit- und) Wohnungseigentümer einvernehmlich vorgehen, erscheint die Einschaltung des Gerichts (bzw. der Schlichtungsstelle) auch in den in § 3 Abs 2 WEG 1975 und nunmehr in § 9 Abs 2 WEG 2002 demonstrativ aufgezählten Fällen – zumindest de lege ferenda – entbehrlich. Die Möglichkeit, das Gericht anzurufen, könnte in Weiterentwicklung der – mit Inkrafttreten des BTVG begonnen – „Privatisierung“ der Nutzwertbestimmung als Individualrecht der Wohnungseigentümer verstanden werden, das bei Uneinigkeit jeden einzelnen unter den Voraussetzungen des § 9 Abs 2 WEG 2002 (früher § 3 Abs 2 WEG 1975) berechtigt, eine Neufestsetzung der Nutzwerte im Außerstreitverfahren durchzusetzen.

Ass.-Prof. Dr. Reinhold Oberhofer

56.

Dereliktion von Wohnungseigentum?

§ 13 Abs 3 (§ 16 Abs 3 WEG 2002), § 13 c Abs 1 und 2 (§§ 2 Abs 5, 18 Abs 1 und 3 WEG 2002), § 19 Abs 1 (§ 32 Abs 1 WEG 2002), § 21 Abs 1 WEG 1975 (§ 35 Abs 1 WEG 2002); §§ 361, 362, 386, 387, 829 ABGB:

Ein Wohnungseigentümer hat als Mitglied im Personenverband Wohnungseigentümergeinschaft nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten, an deren Einhaltung die übrigen Wohnungseigentümer interessiert sind. Er kann sich dieser Pflichten nicht durch einseitigen Austritt aus der Gemeinschaft unter Preisgabe des Wohnungseigentumsobjekts entledigen. Die Dereliktion von Wohnungseigentum ist daher unzulässig und nicht verbücherungsfähig.

OGH 27. 8. 2002, 5 Ob 197/02k (LGZ Wien 46 R 193/02a; BG Floridsdorf TZ 3504/00); ecolex 2002, 879/331.

Aus der Begründung des OGH:

Nach der jüngeren Rsp des OGH können auch Liegenschaften derelinquiert werden, was im Grundbuch einzutragen ist (5 Ob 126/98 k = NZ 1999, 165 und 253/443 [Hoyer 161] = wobl 2000, 123/63; vgl. auch 4 Ob 37/97p = NZ 1997, 245 = ecolex 1997, 496; 5 Ob 13/00y). Die Dereliktion von WE, wie sie hier beabsichtigt wird, ist aber aus folgenden Gründen unzulässig:

Ein Wohnungseigentümer ist Mitglied im Personenverband Wohnungseigentümergeinschaft (vgl. Löcker, Die Wohnungseigentümergeinschaft 80) gem § 13c Abs 1 WEG 1975 (Eigentümergeinschaft gemäß § 2 Abs 5, § 18 Abs 1 WEG 2002). Ein Ausscheiden nicht durch Anteilsübertragung an einen Rechtsnachfolger (vgl. Löcker, aaO 88 f), sondern durch einseitigen Austritt aus der Gemeinschaft unter Preisgabe des WE-Objekts ist dem Gesetz fremd. Es kennt nur den Verzicht auf das WE – nicht auf das Miteigentum – gem § 21 Abs 1 WEG 1975 (§ 35 Abs 1 WEG 2002) und die Ausschließung eines Wohnungseigentümers (§ 22 WEG 1975, § 36 WEG 2002); auch in letzterem Fall kommt es zu keinem, einer Herrenlosigkeit auch nur ähnlichen Stadium: Der Ausgeschlossene bleibt ungeachtet des rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteils bis zur freiwilligen Veräußerung (Übereignung) oder bis zum Zuschlag im Zwangsverstei-

gerungsverfahren vollberechtigter Mit- und Wohnungseigentümer (Würth in Rummel², § 22 WEG Rz 3; 3 Ob 26/00w = MietSlg 52.598 = wobl 2001, 331/204 = immolex 2001, 141/93).

Ein Wohnungseigentümer hat nicht nur Rechte sondern auch Pflichten (vgl. Löcker, aaO 87), insb zur Beitragszahlung (§ 19 Abs 1 WEG 1975, § 32 Abs 1 WEG 2002) und zur Instandhaltung seines Objekts und der dafür bestimmten Einrichtungen (§ 13 Abs 3 WEG 1975, § 16 Abs 3 WEG 2002), an deren Einhaltung die übrigen Wohnungseigentümer interessiert sind und deren er sich nicht einfach durch Preisgabe des Objekts entledigen können soll.

Im Außenverhältnis trifft ihn schließlich die Ausfallhaftung gemäß § 13c Abs 2 WEG 1975 (§ 18 Abs 3 WEG 2002).

All dies spricht insgesamt gegen die – schon vom ErstG zutreffend verneinte – Zulässigkeit der Dereliktion von WE. (. . .)

Dem Revisionsrekurs war somit ein Erfolg zu versagen.

* * *

Der vorliegenden Entscheidung ist mE sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen. Sie steht auch nicht im Widerspruch zur nunmehr stRsp (zu den vom OGH eingangs zitierten E vgl. noch LGZ Graz NZ 1994, 192/299 [Hoyer, 195] = exolex 1994, 753), wonach grundsätzlich auch eingetragene Liegenschaften durch entsprechende Willenserklärung des Eigentümers derelinquiert werden können und die Preisgabe des Eigentums durch Eintragung der Herrenlosigkeit (nicht durch Löschung der Einlage) im Grundbuch bewirkt wird (krit. zur Frage der Verbücherung Hoyer, Verbücherung der Dereliktion einer Liegenschaft, NZ 1999, 161 ff).

Zwei Aspekte zur stRsp scheinen erwähnenswert: In allen E handelte es sich um unbebaute Liegenschaften (in NZ 1999, 165 = NZ 1999, 235/443 war das auf der Liegenschaft befindliche Haus verfallen, nur noch Mauerreste waren vorhanden), und in allen Fällen erfolgte die Dereliktion durch einen Verlassenschaftskurator, was einer Dereliktion durch den Alleineigentümer gleichkommt. Eine Differenzierung in Alleineigentum, schlichtes/ideelles Miteigentum und WE erscheint jedoch zweckmäßig.

Damit drängt sich die Frage auf, ob die Dereliktion eines schlichten Miteigentumsanteils nicht genauso unzulässig ist wie die Dereliktion von WE. Schließlich ist auch der Wohnungseigentümer zugleich schlichter Miteigentümer der Liegenschaft, und die vom OGH gegen die Derelinquierbarkeit vorgebrachten Argumente gelten – wenn auch nicht in identer Form – für ideelle Miteigentümer ebenso. Auch letztere haben nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Sie sind aus dem schuldrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis ganz allgemein zur Rücksichtnahme auf die Mitgemeinschafter und gem § 839 ABGB ausdrücklich zur anteiligen Lastentragung verpflichtet. Auch ein schlichter Miteigentümer sollte sich dieser Pflichten nicht einseitig durch Preisgabe seines Miteigentumsanteils entledigen können.

Gem § 362 ABGB kann der „vollständige Eigentümer“ sich seiner Sache „unbedingt . . . begeben, das ist, sie verlassen“. Zwar ist jeder schlichte Miteigentümer „vollständiger Eigentümer seines Anteiles“, es hat aber wohl seinen Grund, dass § 829 ABGB für Miteigentümer das in § 362 ABGB für Alleineigentümer enthaltene Recht zur Dereliktion nicht anführt (aM allerdings Zeiler, Comm, Anm 2 zu § 829, der vom Recht zur Dereliktion auch der Miteigentümer ausgeht; vgl. auch Spielbüchler in Rummel³, Rz 4 zu § 387).

Vielleicht machte es Sinn, die Zulässigkeit der Dereliktion ideeller Miteigentumsanteile im Einzelfall davon abhängig zu machen, ob berechnete Interessen der Mitgemeinschafter dadurch verletzt würden.

Ass.-Prof. Dr. Reinhold Oberhofer

57.

Abgrenzung der ordentlichen Verwaltung von der außerordentlichen; elastischer Erhaltungsbegriff im Miet- und WE-Recht

§ 13b Abs 4, § 14 Abs 1 (§ 28 Abs 1 WEG 2002), § 14 Abs 3 WEG 1975 (§ 29 WEG 2002); § 3 MRG:

Die überstimmte Minderheit von Wohnungseigentümern hat nur Beschlüsse über Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen WE-Liegenschaft – abgesehen von einer Anfechtbarkeit wegen formaler Mängel und wegen Verstoßes gegen Gesetzesrecht – zu dulden. Betreffen Beschlüsse hingegen Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung, sind sie wegen Verstoßes gegen die Kriterien nach § 14 Abs 3 WEG 1975 (§ 29 Abs 2 und 3 WEG 2002) bekämpfbar.

Für die Unterscheidung, ob eine Maßnahme zur ordentlichen oder zur außerordentlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen WE-Liegenschaft gehört (hier: Trennung bisher gemeinsamer Versorgungs- und Entsorgungsleitungen zweier WE-Anlagen), ist maßgeblich, dass (bauliche) Veränderungen an allgemeinen Teilen der Liegenschaft vorgenommen werden sollen, die vornehmlich nicht einem Erhaltungszweck dienen, weil die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustands faktisch und rechtlich möglich ist.

Andererseits bedeutet „Erhaltung“ als Maßnahme der ordentlichen Verwaltung nicht, dass sie überhaupt keine Veränderungen umfassen dürfe, weil § 29 Abs 1 WEG 2002 ausdrücklich von „Veränderungen [spricht], die über die in § 28 genannten Angelegenheiten hinausgehen“; vgl entsprechend schon § 14 Abs 3 WEG 1975.

Nach stRsp ist aus dem elastischen, dh sich dem jeweiligen zeitlichen und örtlichen Komfortvorstellungen anpassenden Erhaltungsbegriff des WE- und Mietrechts der Grundsatz abzuleiten, dass die Erhaltung im jeweils ortsüblichen Standard zu erfolgen hat, und zwar nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten, was zu einer völligen Erneuerung oder Neuerrichtung einer Gemeinschaftsanlage ebenso führen kann wie zur erstmaligen Herstellung eines mängelfreien Zustands. Die Neuerrichtung einer Anlage sprengt – wie im vorliegenden Fall – dann den Rahmen ordnungsgemäßer Erhaltung und somit einer Maßnahme der ordentlichen Verwaltung, wenn über den Erhaltungszweck hinausgehende bauliche Änderungen vorzunehmen wären und den Mit- und Wohnungseigentümern hierdurch zusätzliche Kosten erwachsen.

OGH 20. 11. 2002, 5 Ob 159/02x (LGZ Wien 40 R 95/02w; BG Hietzing 9 Msch 57/00m)

Die Parteien des Verfahrens sind Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft X in A.

Ursprünglich sollte auf dieser und der Nachbarliegenschaft Y eine gemeinsame WE-Anlage errichtet werden, weswegen aus Ersparnisgründen gemeinsame Versorgungsleitungen für die Liegenschaft Y und X errichtet wurden. Der Kanal, die Wasserleitung, die Gasleitung und die Telekabelinstallationen für die Liegenschaft X verlaufen über die Liegenschaft Y. Stromleitung und die Telefonleitung führen über die Liegenschaft X auf die Liegenschaft Y. Trotz rechtlicher Trennung der beiden Liegenschaften wurde verabsäumt, eine rechtliche

Absicherung der gemeinsamen Versorgungsleitungen durch Servitutsregelungen vorzunehmen.

Die WE-Organisatorin und Errichterin der Wohnhäuser, D GmbH, erhob im Jahr 1989 eine Klage gegen die damaligen Miteigentümer der Liegenschaft Y auf insgesamt S 1,820.567,60 als offenen Restbetrag aus der Schlussrechnung für die Errichtung der Wohnhausanlage Y. Die Mit- und Wohnungseigentümer wendeten Gewährleistungsansprüche ua wegen der Gemeinsamkeit der Versorgungseinrichtungen mit der Nachbarliegenschaft ein. Das Verfahren 15 Cg 4/93t des HG Wien endete mit einem Vergleich, in dem sich die D GmbH gegenüber den Miteigentümern des Hauses Y verpflichtete, auf eigene Kosten die Leitungen zu trennen und einen Geldbetrag von S 900.000,- an einen Treuhänder zu erlegen. Die Durchführung dieser Arbeiten scheiterte aber am Widerspruch ua der 2.-AST, deren Garten (WE-Zubehör) durch Arbeiten für längere Zeit in Anspruch genommen worden wäre, möglicherweise auch Bäume gefällt hätten werden müssen, vor allem aber sollte auch dauernd unmittelbar vor ihrer Terrasse ein Wasserschacht mit einer Abdeckung von 1,5 x 1,5 m errichtet werden, der auch dauernd zugänglich sein musste.

Zwischen den Eigentümern der benachbarten Liegenschaften kam es nun zu Gesprächen über die Möglichkeit einer Servitutseinräumung, die die Aufrechterhaltung des Zustandes vorsah und eine rechtliche Absicherung darstellte. Die D GmbH verpflichtete sich, die Kosten der Vertragserrichtung zu übernehmen und S 900.000,- an einen Treuhänder zu bezahlen. Diese Zahlung erfolgte auch auf das Treuhandkonto der 2.-AST, allerdings unter der Bedingung, dass alle Eigentümer beider Liegenschaften dem Servitutsvertrag zustimmten und die Baugesellschaft aus der Verpflichtung zur Trennung entlassen werde. Nachdem alle Eigentümer des Hauses Y dem Servitutsvertrag zugestimmt hatten, legten sich 2 Wohnungseigentümer des Hauses X quer und verlangten, dass ein Teil der von den Eigentümern Y erwirkten Zahlung von S 900.000,- auch dem Haus X zukommen sollte. Dies wurde von den Liegenschaftsnachbarn abgelehnt. Daneben bestand noch Uneinigkeit über EDV-Leitungen, die aber nicht die D GmbH verlegt hatte, sondern ein Wohnungseigentümer des Hauses Y auf seine Kosten, und zwar offenkundig auf der Liegenschaft X.

Die beiden Wohnungseigentümer des Hauses X, die sich dem Servitutsvertrag als einzige widersetzen, erhoben nun eine Klage wegen Gewährleistung und Schadenersatz gegen die D GmbH, mit der sie in 2 Instanzen abgewiesen wurden.

Die D GmbH befindet sich seither in Liquidation.

Diese beiden Wohnungseigentümer entwarfen nun einen Umlaufbeschluss, nämlich den verfahrensgenständlichen und übermittelten ihn allen Wohnungseigentümern zur Zustimmung. Alle außer den AST stimmten zu.

Der Umlaufbeschluss vom 2. 11. 2000 lautete wie folgt: „Die D GmbH wird beauftragt, ihrer Zusage entsprechend auf ihre Kosten und unter Schad- und Klagloshaltung der Miteigentümer der Liegenschaften X und Y die Arbeiten zur Trennung der Kanalanlage der beiden Liegenschaften sowie der übrigen bisher gemeinsamen Versorgungsleitungen durchzuführen sowie die zur Verbindung der Liegenschaften X, Y und E-gasse über das Grundstück führende EDV-Leitung zu entfernen.“

Danach wurden Verhandlungen mit der D GmbH über die Modalitäten der Trennung aufgenommen, Probleme mit dem EDV-Kabel wurden dabei nicht gelöst. Schließlich forderte die D GmbH die 2.-AST auf, die insgesamt S 996.000,- die bei ihr treuhändig erlagen, rückzuüberweisen, da es zu einer einheitlichen Vorgangsweise nicht komme.

Die Wohnungseigentümer des Hauses Y stimmen nicht zu, dass der erliegende Geldbetrag für die Leitungstrennung verwendet wird oder die Wohnungseigentümer X einen Teil davon erhalten. Sie hätten den Betrag gerichtlich ersiegt. Die D GmbH verlangt nun einen einheitlichen Beschluss aller Wohnungseigentümer beider Liegenschaften über die Vorgangsweise und weigert sich endgültig, das nicht von ihr verlegte EDV-Kabel zu entfernen.

Mit dem verfahrenseinleitenden Antrag begehren die ASt, den bezeichneten Umlaufbeschluss vom 2. 11. 2000 Wohnungseigentümergeinschaft des Hauses X als rechtsunwirksam aufzuheben. Die im Beschluss enthaltenen Arbeiten seien nicht erforderlich, die Leitungen seien behördlich genehmigt und funktionierten seit 12 Jahren ohne Beanstandung. Im dicht verbauten Gebiet sei eine derartige Leitungsführung üblich. Gewährleistungsansprüche gegen die D GmbH bestünden nicht mehr. Es liege lediglich ein Rechtsmangel vor, der durch Abschluss eines Servitutsvertrages mit den Eigentümern der Nachbarliegenschaft zu beheben sei. Alle Eigentümer beider Liegenschaften mit Ausnahme der 9.- und 15.-AG seien mit dem Abschluss eines Servitutsvertrags einverstanden. Die Kosten der Leitungstrennung seien durch die Rücklage nicht gedeckt. Sie würden auch nicht allein von der beschließenden Mehrheit getragen. Der erliegende Geldbetrag von S 900.000,- sei für die Wohnungseigentümer der Liegenschaft Y bezahlt worden, damit diese auf die Trennung der Leitungen verzichteten und einem Servitutsvertrag zustimmten. Der treuhändige Erlag komme nicht den Eigentümern des Hauses X zu und könne von diesen nicht für die Leitungstrennung verwendet werden. Insofern sei bei Versendung des Umlaufbeschlusses eine unrichtige Information erteilt worden.

Weiters müsse die 2.-ASt die aus Anlass der Leitungstrennung notwendigen Arbeiten nicht dulden, weil es dadurch zu einer erheblichen dauernden Beeinträchtigung ihrer Gartenbenützung komme.

Auch liege eine Zustimmung des Baumeisters D, die den Inhalt des Beschlusses decke, nicht vor.

1.-, 9.- und 15.-AG bestritten das Begehren und beantragten dessen Abweisung. Inhaltlich handle es sich um die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Errichter der Wohnhausanlage, die D GmbH auf Errichtung getrennter Versorgungsleitungen, sohin auf erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustandes allgemeiner Teile der Liegenschaft. Dieser Gewährleistungsanspruch sei von der D GmbH grundsätzlich auch nicht bestritten, und schon vor längerer Zeit sei zu diesem Zweck ein Betrag von S 900.000,- bei der 2.-ASt treuhändig erlegt. Den Miteigentümern würden daher keine Kosten entstehen. Bis zur Fassung des angefochtenen Beschlusses hätten sich die Miteigentümer auch noch nicht auf einen bestimmten Gewährleistungsbehelf geeinigt. Es handle sich daher beim Inhalt des Beschlusses um einen der ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft, der inhaltlich nicht überprüft werden könne.

Der 4.-AG schloss sich dem Vorbringen der 9.- und 15.-AG an, es drohe überdies ein Kappen der Versorgungsleitung durch einen Miteigentümer der Nachbarliegenschaft. Die übrigen AG beteiligten sich nicht am Verfahren.

Das ErstG gab dem Aufhebungsbegehren der ASt statt. (. . .)

Das gegen diesen Sachbeschluss angerufene Gericht 2. Instanz änderte den Sachbeschluss dahin ab, dass es den verfahrenseinleitenden Antrag auf Aufhebung des Mehrheitsbeschlusses abwies.

(. . .)

Der ao Revisionsrekurs der ASt ist zulässig, weil die Frage, ob Maßnahmen wie die im gegenständlichen Fall beschlossene Trennung von Versorgungsleitungen zur ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft gehören, eine er-

hebliche Rechtsfrage darstellt. Der Revisionsrekurs ist auch berechtigt.

Nur Beschlüsse über Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung der Liegenschaft (§ 14 Abs 1 WEG 1975, nun § 28 WEG 2002) muss die überstimmte Minderheit der Wohnungseigentümer, abgesehen von einer Anfechtbarkeit wegen formaler Mängel und Verstoßes gegen Gesetzesrecht, dulden. Hat hingegen ein Beschluss der Mehrheit Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung (§ 14 Abs 3 WEG 1975, nun § 29 WEG 2002) zum Gegenstand, so kann ein solcher Beschluss von der überstimmten Minderheit wegen Verstoßes gegen die im § 29 Abs 2 und 3 WEG 2002 festgelegten Kriterien bekämpft und die Aufhebung des Mehrheitsbeschlusses beantragt werden.

Weil im vorliegenden Fall keineswegs feststeht, dass die Kosten der beabsichtigten Maßnahme zur Trennung der mit der Nachbarliegenschaft gemeinsamen Versorgungsleitungen aus der Rücklage gedeckt werden können oder die überstimmten ASt keine Kosten treffen würden und schon wegen der Beeinträchtigung der 1.-ASt keineswegs eindeutig eine Vorteilhaftigkeit für sämtliche Wohnungseigentümer bejaht werden kann, ist der rechtliche Weiterbestand des verfahrensgegenständlichen Mehrheitsbeschlusses von einer Qualifizierung der beschlossenen Maßnahme als solche der ordentlichen oder außerordentlichen Verwaltung entscheidend.

Für diese Unterscheidung ist im vorliegenden Fall maßgeblich, dass Veränderungen an allgemeinen Teilen der Liegenschaft vorgenommen werden sollen, die vornehmlich nicht einem Erhaltungszweck dienen, weil die mit der Nachbarliegenschaft gemeinsamen Versorgungsleitungen seit über 10 Jahren klaglos funktionieren und auch kein Umstand gegen einen rechtlich möglichen Weiterbestand der Versorgungssituation spricht.

Nun bedeutet „Erhaltung“ nicht, dass nicht auch Veränderungen umfasst sein dürften, weil § 29 Abs 1 ausdrücklich von „Veränderungen, die über die in § 28 genannten Angelegenheiten hinausgehen“ spricht. So können auch Erneuerungsarbeiten, sofern zweckmäßig und wirtschaftlich geboten, doch zur Erhaltung gehören, selbst wenn es dadurch zu einer völligen Erneuerung oder Neuerrichtung kommt (LGZ Wien MietSlg 38.633; 38634). Auch die erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustandes kann demnach uU ordentliche Verwaltung sein (vgl auch wobl 2002, 91/30 [Call] = MietSlg 53/15 = EWr II/13a/23ff ua).

Aus § 3 MRG, auf den § 28 Abs 1 Z 1 WEG 2002 verweist, ist der Grundsatz zu gewinnen, dass die Erhaltung im jeweils ortsüblichen Standard, und zwar nach Maßgabe der rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten, zu erfolgen hat. Damit ist nicht nur, wie die Rsp wiederholt ausgesprochen hat, ein elastischer, sich den jeweiligen zeitlichen und örtlichen Komfortvorstellungen anpassender Erhaltungsbegriff (vgl zuletzt wobl 2002, 91/30 [Call]), normiert, sondern auch gefordert, dass die Maßnahme rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten und Möglichkeiten zu entsprechen haben. Nun steht im vorliegenden Fall fest, dass weder technische Gegebenheiten eine Erneuerung erfordern, weil die Anlage problemlos funktioniert, noch der rechtliche Zustand unhaltbar wäre, weil die Eigentümer der Nachbarliegenschaft einer Servituteinräumung zustimmen. Unter dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt erscheint die Maßnahme überdies keineswegs zweckmäßig und geboten, steht doch eine andere Sanierungsmöglichkeit, die jedenfalls wesentlich kostengünstiger bewirkt werden kann, zur Verfügung. Es ergibt sich daher zusammenfassend, dass die beabsichtigte Änderung an allgemeinen Teilen der Liegenschaft über die ordentliche Erhaltung hinausgeht, weil Zweckmäßigkeits- und Wirtschaftlichkeitsgründe gegen

die beabsichtigte Trennung der mit der Nachbarliegenschaft gemeinsamen, jedoch problemlos funktionsfähigen Versorgungsleitungen sprechen (vgl dazu die von *Löcker* in Hausmann/Vonkilch, Rz 49 f zu § 29 [richtig: § 28] WEG 2002 aufgeführten Beispielsfälle und Rsp).

Selbst die erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustands kann die ordnungsgemäße Erhaltung sprengen, wenn über den Erhaltungszweck hinausgehende bauliche Änderungen umfasst sind und den Miteigentümern zusätzliche Kosten entstehen können (vgl wobl 2002/60 [Hausmann] mwN [richtig: wobl 2000, 117/60 (Hausmann) = MietSlg 51.549 = EWR II/26/39 ff = EvBl 2000/30]; Hausmann/Vonkilch, Rz 111 zu § 28 WEG 2002).

Der verfahrensgegenständliche Mehrheitsbeschluss war daher über Anfechtung der ASt aufzuheben. In diesem Sinn war die erstinstanzliche Entscheidung wiederherzustellen.

* * *

Wenn auch der vorliegende Sachverhalt reichlich komplex ist und ua die Problematik des wohnungseigentumsrechtlichen Liegenschaftsbegriffs durchschimmert, bemüht sich die grundsätzlich zustimmenswerte E (einige weitere Belegstellen aus Rsp und Lehre zum Erhaltungsbegriff wären durchaus hilfreich gewesen; auf die Dimensionen der vom OGH nur obiter erwähnten Beschlussanfechtbarkeit wegen „Gesetzwidrigkeit“ nach § 24 Abs 6 WEG 2002 kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden) mE mit Erfolg, Maßnahmen ordentlicher Verwaltung von denen der außerordentlichen möglichst sauber zu trennen.

Nicht zuletzt deshalb wird die Begründung der Entschließung des Nationalrats vom 20. 3. 2002 – den Antrag hatte dieser am selben Tag wie das WEG 2002 in der 97. NR-Sitzung der 21. GP 376/UEA, beschlossen – Lügen gestraft. Die Begründung des Entschließungsantrags lautete: „In der nicht rechtskundigen Bevölkerung ist das Wissen um den Fragenkreis der Erhaltung im Wohnrecht und insbesondere um die Frage der Erhaltungspflicht gering. Dies erklärt sich auch daraus, dass in den gesetzlichen Regelungen darüber – zur Vermeidung einer weit verzweigten Kasuistik – nur abstrakte, ausfüllungsbedürftige Begriffe verwendet werden können, die ihre Konkretisierung im Einzelfall erst durch die Rechtsprechung erfahren. Gesetzgeberische Schritte eignen sich daher nicht dazu, dieses Wissensdefizit zu beheben, doch kann der allgemeine Informationsstand über diesen Bereich durch eine möglichst verständlich gehaltene Publikation verbessert werden. Um eine solche Publikation soll der für die Vollziehung des Miet- und Wohnungseigentumsrechts zuständige Bundesminister für Justiz er sucht werden.“ Nichts ist gegen Informationsbroschüren des Fachministers einzuwenden (nebenbei: gibt es diese Broschüre schon?); alles aber dagegen, dass durch derartige Informationsschriften ganze gesetzliche Bestimmungen mit der Begründung, sie seien mittels genereller Norm nicht (mehr) regelbar, ersetzt werden, da gesetzgeberische Schritte nicht geeignet wären. Österreich darf mE nicht vom Gesetzes- zum „Broschüren“-staat abgleiten. Wehret den Anfängen!

Univ.-Prof. Dr. Gottfried Call

58.

Fälligkeit der monatlichen Akontozahlungen durch die Wohnungseigentümer

§ 16 Abs 1 (§ 31 Abs 1 WEG 2002), § 17 Abs 1 Z 2 (§ 20 Abs 2 WEG 2002), § 17 Abs 2 Einleitungssatz (§ 20 Abs 1

Satz 1 WEG 2002), § 19 Abs 1 WEG 1975 (§ 32 Abs 1 WEG 2002); § 54 WEG 2002; § 5 ABGB:

Der WE-Verwalter ist gesetzlich verpflichtet, die monatlichen Akontozahlungen durch die Wohnungseigentümer zur Deckung der gemeinschaftlichen Liegenschaftsaufwendungen iSd § 19 Abs 1 WEG 1975 (hier: der Verwaltungskosten) in angemessener Höhe festzusetzen.

Nach stRsp hat jeder Wohnungseigentümer die vorgeschriebenen Akontozahlungen unabhängig davon zu leisten, ob der WE-Verwalter seine Abrechnungspflicht erfüllt hat oder ob Streit darüber besteht, dass er die Abrechnung ordnungsgemäß vollständig und richtig gelegt hat. Nur so kann nämlich die erforderliche Liquidität der Wohnungseigentümergeinschaft aufrecht erhalten werden. Auch eine Aufrechnung durch den einzelnen Wohnungseigentümer mit eigenen Ansprüchen würde diese Liquidität empfindlich einschränken. Dasselbe gilt für den unter Berufung auf den WE-Verwaltungsvertrag gemachten Einwand vertragswidriger Vorschreibung von Bewirtschaftungskosten.

Unzweifelhaft gehört das Verwalterhonorar zu den Bewirtschaftungskosten der WE-Liegenschaft.

Seit dem 3. WÄG (1. 1. 1994) ist die Aufgliederung in Betriebs- und Erhaltungs- (oder Verbesserungs-)kosten nicht mehr erforderlich, da die Zweckbindung der Rücklage als Sondervermögen der Wohnungseigentümergeinschaft zur Finanzierung der Kosten für Erhaltung und Verbesserung entfallen ist. Seitdem ist die Rücklage für alle Arten der gemeinschaftlichen Liegenschaftsaufwendungen verwendbar, daher auch, um Finanzierungslücken bei der Abdeckung von Bewirtschaftungskosten zu überbrücken.

Im WEG 2002 ist für diese Rechtssätze eine Rückwirkungsanordnung nicht geboten, so dass gem § 5 ABGB das WEG 1975 auf Sachverhalte weiterhin anzuwenden ist, die vor dem 1. 7. 2002 verwirklicht worden sind.

OGH 5. 11. 2002, 5 Ob 171/02m (LG Wiener Neustadt 18 R 290/01b; BG Baden 8 C 1752/96s); ebenso OHG 3. 12. 2002, 5 Ob 273/02m – Zurückweisung des ao Revisionsrekurses (LG Wiener Neustadt 18 R 186/02k)

Die Bekl ist Wohnungseigentümerin des Geschäftslokals top Nr 1 der WE-Anlage X. Die Hausverwaltung schrieb die monatlichen Akontozahlungen für den Zeitraum 1. 1. 1994 bis 30. 12. 1994 gegliedert in Instandhaltungsrücklagen und Betriebskosten zuzügl USt vor. Ab 1995 übersandte die Hausverwaltung den Wohnungseigentümern lediglich ausgefüllte Erlagscheine mit einem bestimmten Betrag, der die monatlich vorgeschriebenen Akontobeträge ungegliedert aufwies. Die Bekl zahlte ab Oktober 1995 lediglich S 3.076,35, jenen Betrag, der ihrer Meinung nach auf Grund der Entscheidung im Verfahren 8 C 1328/94k des BG Baden zustehe.

Auf die Vorschreibung September 1995 hatten S 3.076,35 aus. Von Oktober bis Dezember 1995 wurden dreimal S 4.784,78, sohin insgesamt S 14.354,34 vorgeschrieben und am 13. 12. 1995 S 9.229,05 bezahlt. Von Jänner bis Dezember 1996 wurden monatlich S 4.784,78 vorgeschrieben, das sind S 57.417,36. Die Bekl bezahlte am 19. 2. 1996 S 6.152,70 und am 10. 10. 1996 S 24.610,80. Laut Klage bestand ein Guthaben in der Höhe von S 10.656,-, das darauf angerechnet wurde. Von Jänner bis Juni 1997 wurden S 4.644,79, sohin S 27.868,74 vorgeschrieben.

Die Kl [= die Wohnungseigentümergeinschaft] begehrt – soweit dies für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung ist –, den Zuspruch der vorgeschriebenen monatlichen Akontobeträge, wobei im Verfahren selbst eine Aufschlüsselung der vorgeschriebenen Beträge in Betriebskosten und Instandhaltungsrücklage pro Monat für den Zeitraum bis inklusive Dezember 1996 erfolgte.

Die Bekl bestritt das Klagebegehren – soweit dies für das Revisionsverfahren von Bedeutung ist – im Wesentli-

chen mit der Begründung, dass die Vorschreibungen nicht detailliert seien. Mangels ordnungsgemäßer Abrechnung sei der Klagsbetrag nicht fällig. Das in den Abrechnungen enthaltene Verwaltungshonorar sei überhöht, weil bei seiner Berechnung nicht von den zwischen den Eigentümern und der Hausverwaltung am 17. 12. 1994 abgeschlossenen Verwaltungsvertrag ausgegangen werde.

Das ErstG wies das Klagebegehren zur Gänze ab, es kam zu dem Ergebnis, dass die durch Umlaufbeschluss rückwirkend vorgenommene Erhöhung des Verwaltungshonorars nicht wirksam sei. (. . .)

Das BerufungsG gab der Berufung der Kl teilweise Folge und änderte das angefochtene Urteil ab, sodass es der Kl EUR 1.758,65 samt 4% Zinsen seit 1. 7. 1997 unter Abweisung des Mehrbegehrens zusprach.

Die Revisionen sind zulässig, der Revision der Kl kommt auch Berechtigung zu, die Revision der Bekl ist nicht berechtigt.

Die Bekl bekämpft in ihrer Revision die Rechtsmeinung des BerufungsG, dass der einzelne Wohnungseigentümer zur Bezahlung eines vertragswidrig überhöhten Verwalterhonorars verpflichtet sei, wenn dieses in den monatlichen Akontozahlungen vorgeschrieben werde. Dies entspreche nicht den Zielsetzungen des Gesetzgebers, da der Grund für die Vorschreibung von monatlichen Akontozahlungen darin liege, die Finanzierung der gesamten WE-Anlage zu gewährleisten und im Interesse aller Wohnungseigentümer Liquiditätsengpässe bei der Bestreitung der Liegenschaftsaufwendungen zu vermeiden. Die Verweigerung der Bezahlung eines höheren Verwaltungshonorars führe nicht zu Liquiditätsproblemen. Die Vorschreibung eines überhöhten Verwaltungshonorars sei auch keine zulässigerweise erstellte Vorschreibung.

Die Kl stützte sich in ihrer Revision darauf, dass es auf die Aufschlüsselung von zulässigerweise vorgeschriebenen Akontozahlungen nicht ankomme. Im Übrigen habe sie für das Jahr 1996 eine Aufschlüsselung vorgenommen. Ein Minus im Jahr 1997 zu begehren, sei sicherlich zulässig.

Auf Grund des engen sachlichen Zusammenhangs sind beide Rechtsmittel gemeinsam zu behandeln.

Das WEG 2002, BGBl I 2000/70, trat am 1. 7. 2002 in Kraft (§ 54 WEG 2002). Grundsätzlich wirken Gesetze nicht zurück (§ 5 ABGB), sodass mangels einer besonderen Rückwirkungsanordnung durch den Gesetzgeber – wie hier – (der besondere Charakter der Norm verlangt auch keine Rückwirkung) auf den rechtserheblichen Sachverhalt jene materiellen Rechtsnormen anzuwenden sind, die zum Zeitpunkt der Verwirklichung gegolten haben (RIS-Justiz RS0107268, RS0101471).

Die Festsetzung der monatlichen Akontozahlungen in angemessener Höhe ist eine den Verwalter nach § 17 Abs 2 Einleitungssatz und (Abs 1) Z 2 WEG 1975 treffende Pflicht, deren Verletzung die Mehrheit der Miteigentümer berechtigt, dem Verwalter eine entsprechende bindende Weisung zu erteilen oder das Vollmachtsverhältnis aufzulösen (5 Ob 11/93 = *MietSlg* 45.551 = *EWvR* II/17/13f; wobl 1992, 41/36 [Call] = *MietSlg* 42.449 = *ImmZ* 1990, 458; 5 Ob 12/93 = *MietSlg* 45.553 = *EWvR* II/17/15ff = *SZ* 66/3 [Pfersmann, *ÖJZ* 1995, 735]; 5 Ob 111/97b = wobl 1999, 135/62 [Call] = *MietSlg* 50.229, 50.605/8 = *EWvR* II/17/58ff = *immolex* 1998/158). Solange dies noch nicht geschehen ist – derartige wurde hier gar nicht behauptet – sind die vom Verwalter vorgeschriebenen Akontozahlungen für den Miteigentümer bindend (5 Ob 11/93, 5 Ob 12/93). Es entspricht gesicherter höchstgerichtlicher Rsp, dass die Verpflichtung eines Wohnungseigentümers, die ihm zur Abdeckung von Liegenschaftsaufwendungen vorgeschriebenen Akontozahlungen zu leisten, unabhän-

gig davon besteht, ob der Verwalter seiner Rechnungslegungspflicht nachgekommen ist, und fällige Akontozahlungen sogar dann noch eingehoben werden können, wenn die Aufwendungen, für die sie vorgeschrieben wurden, bereits abgerechnet sind und Streit darüber besteht, ob die Abrechnung ordnungsgemäß vollständig oder richtig ist (5 Ob 103/00h = *MietSlg* 52.592 = *EWvR* II/19/75ff; RIS-Justiz RS0083521; RS0112884 ua). Werden nämlich vom Verwalter im Rahmen der ordentlichen Verwaltung zulässige Vorschreibungen erstellt, stellen die darauf geleisteten Akontozahlungen der einzelnen Miteigentümer die wichtigsten Mittel zur Abdeckung der Forderungen dar, die sich aus den in § 17 Abs 1 Z 2 WEG genannten Verwaltungshandlungen ergeben. Es würde zu einer empfindlichen Einschränkung der für die Abdeckung laufender Verbindlichkeiten notwendigen Liquidität der Wohnungseigentümergeinschaft führen, wenn die Fälligkeit vorgeschriebener Akontozahlungen von einer oft erst nach Abführung eines Rechtsstreits möglichen Klärung der Abrechnung von Vorperioden eintreten würde oder eine Aufrechnung der Wohnungseigentümer mit eigenen Ansprüchen dagegen zugelassen würde (5 Ob 103/00h; 5 Ob 111/97b; 5 Ob 328/99t = wobl 2000, 155/84 [Call] = *MietSlg* 51.559 = *EWvR* II/13c/88ff = *immolex* 2000/53; 5 Ob 308/01g = wobl 2002, 238/68 [Call] = *EWvR* II/22/16ff).

Dasselbe muss gelten, wenn ein Miteigentümer gegen die Höhe der Vorschreibungen einwendet, das zu Grunde liegende Verwalterhonorar sei unrichtig berechnet worden. Auch der Einwand vertragswidriger Vorschreibungen von Bewirtschaftungskosten hindert die Fälligkeit der Akontoforderung nicht, weil auch solche Fragen der Richtigkeit und Vertragsgemäßheit idR erst nach Abführung eines Rechtsstreits geklärt werden können, was auch hier zu einer empfindlichen Einschränkung der für die Abdeckung der laufenden Verbindlichkeiten notwendigen Liquidität der Wohnungseigentümergeinschaft führen würde (5 Ob 103/00h).

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass das Verwalterhonorar auch zu den Bewirtschaftungskosten gehört und bei der Festsetzung der Akontoforderungen zu berücksichtigen ist (vgl 5 Ob 64/02a = *Rechtssatz in diesem Heft der wobl* 2003 Nr ■; 5 Ob 12/93). Dies bedeutet, dass der Einwand der Bekl, den vorgeschriebenen Akontoforderungen läge auch vertragswidrig begehrtes Verwalterhonorar zugrunde, im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden kann, wie das RekursG in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat.

Zu der Frage, ob die Vorschreibung einer Akontoforderung dadurch unzulässig oder unschlüssig sei, wenn sie nicht einerseits in Betriebskosten und andererseits in Instandhaltungskosten aufgliedert sei, ist folgendes auszuführen: Nach der Rechtslage nach dem Inkrafttreten des 3. WÄG ist die Rücklage als gebundenes Sondervermögen der Wohnungseigentümergeinschaft konzipiert und nicht mehr wie zuvor als gebundenes Sondervermögen aller Mit- und Wohnungseigentümer. Die Rücklage ist nun für alle Arten von Liegenschaftsaufwendungen, auch für die Überbrückung von Finanzierungslücken bei der Abdeckung von Bewirtschaftungskosten verwendbar (5 Ob 367/97z = *MietSlg* 49.524 = *EWvR* II/16/4ff = *ecolex* 1998, 128 = *immolex* 1998/29; 5 Ob 244/98p = wobl 2000, 86/38 [Call] = *MietSlg* 51.556 = *EWvR* II/16/11ff = *immolex* 1999/170; 5 Ob 308/01g).

Da nun die ausdrückliche Zweckwidmung der Rücklage für die Kosten von Erhaltungs- und Verbesserungsarbeiten weggefallen ist, hätte die von der Kl (*richtig wohl: Bekl*) und dem BerufungsG geforderte Aufschlüsselung in Betriebskosten und Instandhaltungsarbeiten, keinen Sinn. Die fehlende Aufschlüsselung macht daher die Vorschreibung nicht unzulässig. Dies bedeutet, dass die Bekl

auch zur Bezahlung der vorgeschriebenen Akontoforderungen für Jänner bis Juni 1997 in der Höhe von je S 4.644,79, das sind S 27.868,74 = EUR 2.025,30 verpflichtet ist.

(. . .)

* *
*

Die Rechtsanwendung des WEG 2002 rückt unaufhaltsam näher, ohne dass der OGH die zum WEG 1975 passenden Bestimmungen des neuen Gesetzes lediglich in Klammern hinzufügt, was, um die Kontinuität zu wahren, idR ja sehr sinnvoll ist; vgl schon wobl 2003, 86/42 (Call). Man darf gespannt sein, wann das Höchstgericht zum ersten Mal ausschließlich zum WEG 2002, also ohne erforderlichen Rückgriff auf das WEG 1975, judizieren wird. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass das WEG 1975 noch lange nicht zum „alten Eisen geworfen“ werden wird; es bleibt vielmehr absehbar noch viele Jahre im WE-Recht aktuell. Kraft seiner vielfachen Rechtsähnlichkeit oder gar Gleichheit mit dem WEG 2002 kann dieser Befund den Rechtsanwender aber durchaus zuversichtlich stimmen.

Der vorliegenden E ist rundum zu folgen; sie spiegelt in allen Rechtssätzen stRsp wider. Um Wiederholungen zu vermeiden, verweise ich zunächst auf meine – vom OGH zumindest indirekt, dh mit den Aktenzahlen der E zitierten – fünf Glossen, beginnend mit der ausführlicheren zur E 28. 8. 1990, wobl 1992, 41/36.

Was manchem Wohnungseigentümer vielleicht überraschend und ziemlich unbequem erscheinen mag (nämlich laufend Bewirtschaftungskosten durch anteilig vorgeschriebene Akontierungen abdecken zu müssen, bevor der „juristische Schlussstrich“ mit dem WE-Verwalter oder den übrigen Wohnungseigentümern gezogen ist), findet seine Rechtfertigung in der strikt gebotenen Solidarität mit der Wohnungseigentümergeinschaft, damit sie nämlich auf diese Weise ständig in der Lage ist, den laufenden Liegenschaftsaufwand bestreiten zu können. Diese Auswirkung des Gemeinschaftsverhältnisses bestätigt ein weiteres Mal die lapidare Erkenntnis, wonach WE eben nicht gleich bedeutend mit Alleineigentum gesehen werden darf.

Für den WE-Verwalter wiederum bringt diese Rechtsansicht freilich ganz und gar kein „sanftes Ruhekitzchen“! Wenn auch zuzugeben ist, dass sich dadurch das Zug um Zug-Prinzip als unmittelbare und effiziente Sanktion verletzter WE-Verwalterpflicht auf eine andere Ebene verlagert, treffen die Rechtsfolgen einer (groben) Pflichtverletzung den WE-Verwalter unübersehbar nach dem Grundsatz: „aufgeschoben ist nicht aufgehoben“. Von einer Mehrheitsweisung über die Kündigung durch die Mehrheit der Wohnungseigentümer oder die Herabsetzung des Verwalterhonorars gem § 20 Abs 8 WEG 2002 im streitigen Rechtsweg bis zur sofortigen Abberufung des WE-Verwalters durch den Außerstreitrichter wegen grober Pflichtverletzung auf Antrag eines Wohnungseigentümers reicht das Instrumentarium. Wem das grundsätzlich zu schwach ist, verneint letztlich die Lebenskraft unseres Rechtsstaates.

Das vorliegende Judikat bringt schließlich eine wichtige Erkenntnis für das rechtspolitische Projekt der Schaffung eines rechtsformübergreifenden Gebäudebewirtschaftungsrechts; vgl dazu neuerlich jüngst das Regierungsprogramm der Österreichischen Bundesregierung für die XXII. Gesetzgebungsperiode, 5. Kapitel (Justiz), 11. „Schaffung einheitlicher kostentransparenter Hausbewirtschaftungsregeln“. In scharfem Gegensatz zum Mietrecht des MRG und WGG (sowie im Bestandrecht des ABGB, falls die MRG-Bestimmungen als lex contrac-

tus im Mietvertrag vereinbart sind) besitzen im WE-Recht unter dem Titel Bewirtschaftungskosten seit dem 3. WÄG sämtliche gemeinschaftlichen Liegenschaftsaufwendungen den gleichen Stellenwert: Betriebs- einschließlich der Verwaltungs- über die Erhaltungs-, die Verbesserungs- bis zu den Refinanzierungskosten werden anteilig (mit allenfalls verschiedenen Verteilungsschlüsseln) unter den Wohnungseigentümern aufgeteilt. Diese wohnungseigentumsrechtlichen Rahmenbedingungen bewirken eine – einschließlich der Rücklage nach § 16 WEG 1975 (§ 31 WEG 2002) – einheitliche Abrechnung sämtlicher Bestandteile der Bewirtschaftungskosten. Im MRG und WGG hingegen gilt zu Gunsten des einzelnen Mieters-Nutzungsberechtigten relativ zwingend Anderes, was einer Vereinheitlichung des Gebäudebewirtschaftungsrechts mE deutliche Schranken auferlegt.

Univ.-Prof. Dr. Gottfried Call

59.

Hausverwaltungskosten/Verwalterhonorar als Aufwendungen für die WE-Anlage

§ 19 WEG 1975 (§ 32 WEG 2002):

Da auch die Hausverwaltungskosten einschließlich des Verwalterhonorars Aufwendungen für die gemeinschaftliche WE-Liegenschaft iSd § 19 WEG 1975 sind, fallen sie als solche grundsätzlich unter den gesetzlichen Aufteilungsschlüssel des Abs 1 leg cit.

OGH 27. 8. 2002, 5 Ob 64/02a (LGZ Graz 3 R 90/01d; BGZ Graz 5 Msch 5/00f)

* *
*

Der OGH beruft sich für diesen zweifellos zutreffenden Rechtssatz auf Spruzina in Schwimann IV², Rz 9 zu § 19 WEG, und Löcker; Die Wohnungseigentümergeinschaft, 330.

ABGB

60.

Dingliches oder obligatorisches Wohngebrauchsrecht

§ 521 ABGB:

Ob im Einzelfall ein gegen jeden wirkendes dingliches Recht oder ein obligatorisches Gebrauchsrecht eingeräumt wurde, richtet sich nach der Auslegung des Erwerbstitels.

Ein bloß auf die Benutzung einer Wohnung gerichtetes obligatorisches Recht kann einer nicht verbücherten Dienstbarkeit nicht gleichgesetzt werden. Es ist daher nicht schon dann gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger des Verpflichteten wirksam, wenn er von diesem Recht wusste; er tritt vielmehr in ein obligatorisches Schuldverhältnis im Wege der Vertragsübernahme ein.

OGH 29. 8. 2002, 6 Ob 162/02w (LG Klagenfurt 2 R 42/02g; BG Feldkirchen/Kärnten 2 C 1341/01z)

Der Kl ist Hälfteeigentümer einer Liegenschaft mit einem darauf befindlichen Wohnhaus. Er begehrt Räumung einer im ersten Stock des Gebäudes gelegenen Wohnung, einer Garage und eines Abstellraumes. Der frühere Eigentümer habe ihm mit Übergabevertrag vom 17. 7. 1998 das Hälfteeigentum übertragen; gleichzeitig sei eine Nutzungsvereinbarung getroffen worden, wonach dem Kl das alleinige Nutzungsrecht an der Liegenschaft mit Ausnahme des nordwestseitig gelegenen älte-

ren Gebäudeteiles und einer weiteren Garage zustehe. Der Bekl benutze eine Wohnung in den dem Kl überlassenen Gebäudeteilen titellos. Weder der Kl – noch sein Vater – der zweite Hälfteeigentümer – hätten dem Bekl ein Wohnrecht eingeräumt.

Der Bekl beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete ein, der Vater habe ihm die Übertragung des Eigentums zugesichert. Auf Grund dieses Versprechens habe er die Räumlichkeiten vor ca 10 Jahren adaptiert und bewohne sie seither. Es stehe ihm daher ein zumindest lebenslanges Wohnrecht zu. Der Vater habe dem Bekl angeboten, den oberen Stock und die dazugehörenden Nebenräume auszubauen, und versprochen, das erforderliche Eigentum an der Teilliegenschaft zur ausschließlichen Nutzung des Obergeschosses zu übertragen. Der Bekl habe die näher angeführten Bauarbeiten vorgenommen und sei als Bauführer, durch Vereinigung, Verarbeitung und Vermischung Eigentümer geworden.

Das ErstG verpflichtete den Bekl zur Räumung. Es stellte fest, dass der Vater der Streitparteien als Alleineigentümer der Liegenschaft dem Bekl 1991 gestattet habe, eine Wohnung für sich im leer stehenden Zubau des Hauses auszubauen. Dabei hätten unter anderem der Kl, die Eltern der Streitparteien und ein weiterer Bruder geholfen. Der Vater habe dem Bekl angeboten, er werde ihm die Wohnung notariell übergeben, wenn er seiner Schwester zwischen S 70.000,- und S 100.000,- bezahlen werde. Der Bekl habe dem nicht zugestimmt und die begehrte Zahlung auch nicht geleistet. Der Vater der Streitparteien habe daraufhin die gesamte Liegenschaft einem weiteren Bruder übergeben wollen, dieser habe aber abgelehnt. Mit Notariatsakt vom 17. 7. 1998 habe der Vater dann dem Kl eine Miteigentumshälfte an der Liegenschaft übergeben. Er habe mit ihm eine Benutzungsvereinbarung getroffen, wonach dem Vater das alleinige Nutzungsrecht am nordwestseitigen alten Teil des Gebäudes sowie an der diesem Teil unmittelbar angrenzenden Garage und dem Kl das alleinige Nutzungsrecht am gesamten übrigen südostseitigen neuen Teil des Gebäudes zustehe. Der Kl habe gewusst, dass der Bekl im Obergeschoss des Neubaus wohne, er habe der Übernahme des Hälfteeigentums der Liegenschaft sowie der Bezahlung von S 150.000,- nur deshalb zugestimmt, weil ihm durch die Benutzungsvereinbarung der komplette Zubau zur Verfügung gestellt worden sei und der Bekl im Zuge von Streitigkeiten auch mitgeteilt habe, er werde aus der Wohnung ausziehen, wenn er etwas anderes bekomme. Eine ausdrückliche Übernahme eines allfälligen Rechts des Bekl sei nicht erfolgt. (. . .)

Das BerufungsG bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil einer Entscheidung des OGH entnommen werden könne, dass der Einzelrechtsnachfolger ein offenkundiges obligatorisches Gebrauchsrecht zu übernehmen habe.

Entgegen dem – den OGH nicht bindenden – Ausspruch des BerufungsG ist die Revision des Bekl nicht zulässig.

Welche Art das Wohnrecht im Einzelfall ist und ob dem Bekl ein gegen jeden wirkendes dingliches Recht oder ein obligatorisches Gebrauchsrecht eingeräumt wurde, richtet sich nach der Auslegung des Erwerbstitels (wobl 1996, 238/80 [Schauer]; wobl 1998, 311/205). Dieser Beurteilung kommt im Allgemeinen keine über den konkreten Anlassfall hinausgehende Bedeutung zu. Das BerufungsG hat das dem Bekl eingeräumte Wohnrecht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände als ein dem Rechtsvorgänger des Kl gegenüber begründetes obligatorisches Wohnungsgebrauchsrecht beurteilt, dessen Verbücherung als Servitut nie in Frage gestanden sei (vgl zu einem ähnlich gelagerten Sachverhalt 7 Ob 207/97k).

Die Revision stellt nicht in Abrede, dass der Kl das mit seinem Rechtsvorgänger vereinbarte Wohnrecht des Bekl nicht übernommen hat, meint jedoch, die Kenntnis des Kl reichte für die Wirksamkeit des Wohnrechts auch ihm gegenüber aus.

Die in diesem Zusammenhang zitierte Rsp, wonach der Einzelrechtsnachfolger auch eine vertragliche (nicht verbücherte) Dienstbarkeit gegen sich gelten lassen müsse, wenn er von ihr bei Erwerb Kenntnis gehabt hätte oder hätte haben müssen – die Dienstbarkeit somit für ihn offenkundig sei – bezieht sich auf Fälle, in denen dem Berechtigten (nach der Vereinbarung) ein gegen jedermann wirkendes (dingliches) Recht eingeräumt werden sollte.

Dass ein bloß auf die Benutzung einer Wohnung gerichtetes obligatorisches Recht einer nicht verbücherten Dienstbarkeit keineswegs gleichgesetzt werden kann, hat der OGH bereits ausgesprochen (MietSlg 48.027). Nach hA geht ein ohne dingliche Wirkung begründetes, auf die Benutzung einer Wohnung gerichtetes obligatorisches Wohnrecht auf den Einzelrechtsnachfolger des Verpflichteten nur dann über, wenn er es ausdrücklich oder schlüssig übernommen hat (MietSlg 39.038; MietSlg 42.025; MietSlg 48.027; MietSlg 51.035). Es ist daher nicht schon dann gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger des Verpflichteten wirksam, wenn er von diesem Recht wusste; er tritt vielmehr in ein obligatorisches Schuldverhältnis im Wege der Vertragsübernahme ein (MietSlg 42.025; MietSlg 41.035; RIS-Justiz RS0011871). Die in der Entscheidung MietSlg 43.042 zur Frage der Offenkundigkeit zitierten Entscheidungen betrafen ebenso wie die Entscheidungen 1 Ob 128/98z und 4 Ob 285/00s vertragliche nicht verbücherte Dienstbarkeiten; sie sind daher für das hier zu beurteilende (bloß) obligatorisch eingeräumte Wohnrecht nicht einschlägig.

Das BerufungsG hat eine Vertragsübernahme angesichts der anlässlich des Übergabsvertrags getroffenen Benutzungsregelung verneint. Seine Auffassung ist nicht zu beanstanden, zumal die damals getroffene Benutzungsregelung auch die vom Bekl bewohnten Räumlichkeiten betraf, sodass ganz offensichtlich sowohl der Wille des Übergebers, seine Verpflichtung zu überbinden, als auch jener des Kl, diese zu übernehmen, fehlten.

Der OGH hat bereits erkannt, dass dem obligatorisch Wohnberechtigten kein Zurückbehaltungsrecht zusteht, das ihn nur gegen Abgeltung seiner Investitionen Zug um Zug zur Räumung verpflichten könnte (7 Ob 207/97k).

Nach stRsp schließt das Vorliegen einer Vereinbarung über die Bauführung zwischen Grundeigentümer und Bauführer die Anwendung der subsidiären Vorschriften des § 418 ABGB aus (RIS-Justiz RS0011052). Ein Eigentumserwerb durch Bauführung iSd § 418 ABGB scheidet hier schon deshalb aus, weil die Bauführung weder ein Bauwerk mit selbstständiger Bedeutung betraf (*Klicka* in Schwimann ABGB² § 418 Rz 2 mwN) noch ohne Wissen und Willen des Eigentümers erfolgte.

Mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage wird die Revision des Bekl zurückgewiesen.

61.

Feststellungsantrag des Vermieters und Verjährung des Mietzinsanspruchs

§ 1497 ABGB, § 27 Abs 3, § 37 Abs 1 Z 8 MRG:

Die Verjährung des Mietzinsanspruchs wird durch einen Feststellungsantrag des Vermieters gemäß § 37 Abs 1 Z 8 MRG nicht unterbrochen oder gehemmt. § 27 Abs 3 MRG ist nicht analog anwendbar.

OGH 16. 8. 2001, 8 Ob 181/01b (LG Innsbruck 1 R 203/01h).

Der OGH hat bereits mehrfach (2 Ob 22/00z mwN) entschieden, dass sich die in § 27 Abs 3 MRG angeordnete Hemmung der Verjährung nur auf Rückforderungsansprüche des Mieters nach den §§ 15–26 MRG bezieht. Nach dieser Sonderbestimmung zu Gunsten des Mieters ist die Verjährung dieser Rückforderungsansprüche solange gehemmt, als bei Gericht ein außerstreitiges Verfahren über die Höhe des Mietzinses anhängig ist; diese Hemmungsbestimmung beruht aber allein auf dem Gedanken des Mieterschutzes und betrifft somit nur die Verjährung von Rückforderungsansprüchen des Mieters. Es liegt weder eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes noch eine unsachliche Differenzierung darin, dass zu Gunsten des Vermieters keine vergleichbare Hemmungsregelung für Mietzinsansprüche existiert. Dies gilt auch dann, wenn das außerstreitige Feststellungsverfahren vom Vermieter eingeleitet worden ist.

Fehlt es an einer Hemmungsbestimmung zu Gunsten des Vermieters, kann die Einbringung eines außerstreitigen Feststellungsantrages durch den Vermieter nach § 37 Abs 1 Z 8 MRG (hier iVm § 12a MRG) zu keiner Unterbrechung der Verjährung führen. Hierin liegt „kein Belangen“ des Mieters iSd § 1497 ABGB, welches Voraussetzung für die Unterbrechung der Verjährung wäre.

Die vom Revisionswerber zitierten Fälle zB aus dem Verwaltungsrecht, in denen der OGH ausgesprochen hat, dass zur Unterbrechung der Verjährung nicht unbedingt ein gerichtliches Belangen in Form der Einbringung einer Klage erforderlich ist, sind nicht einschlägig, weil in diesen Fällen ein Leistungsbegehren gestellt wurde und das Gesetz dem Gefährdeten oder Verletzten einen Rechtsanspruch auf Erlassung einer entsprechenden Verfügung einräumt (zB 1 Ob 25/95, § 138 WRG).

Im vorliegenden Fall steht dem Vermieter aber nur ein Weg offen, um einen erhöhten Mietzins zugesprochen zu erhalten; er muss den Mieter auf Leistung klagen; daher kann – mangels Sonderbestimmung wie für den Rückforderungsanspruch des Mieters – nur die rechtzeitige Klagseinbringung zur Unterbrechung der Verjährung führen.

Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht

62.

????????????????????????????????

§ 10a Abs 1 lit a WGG, § 33 Abs 2 WGG (§ 8 AVG):

Im Verfahren betreffend Genehmigung des Erwerbs von Anteilen in einer gemeinnützigen Bauvereinigung (in der Rechtsform einer GmbH) vor der zuständigen Landesregierung hat die gemeinnützige Bauvereinigung „schon im Hinblick auf die Wahrung der Gemeinnützigkeit“ Parteistellung und einen Rechtsanspruch auf Ausübung der gesetzmäßigen Aufsicht durch die Landesregierung.

VwGH 20. 2. 2002, 2001/05/0147

Gem § 10a Abs 1 lit a WGG bedarf der Erwerb von Anteilen an einer gemeinnützigen Bauvereinigung in der Rechtsform einer GmbH iSd § 1 Abs 1 leg cit. – von der Beschwerdefall nicht in Betracht kommenden Ausnahme nach Abs 2 abgesehen – bei sonstiger Rechtswirksamkeit dieser Vereinbarung der Zustimmung der zuständigen LReg.

Zur Parteistellung im Verfahren nach § 10a WGG ist im Hinblick auf das Vorbringen der mitbeteiligten Partei auszuführen:

Gemäß § 8 AVG sind Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen und auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, Beteiligte und, insoweit sie an

der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien. Bei Klärung der Frage, ob jemand dem in einem Verfahren Parteistellung zusteht, kommt es darauf an, ob die Rechtsordnung dem Einzelnen eine Berechtigung gewährt; dies ist durch Auslegung der betreffenden Rechtsvorschriften festzustellen (vgl hierzu VwGH 15. 6. 1999, 98/05/0166).

Die Gültigkeit des Erwerbs von Anteilen einer gemeinnützigen Bauvereinigung in der Rechtsform einer GmbH hängt von der Genehmigung einer Behörde ab (vgl *Antonli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 542). Das WGG enthält jedoch keine näheren Anordnungen über das Verfahren zur Erlangung dieser Zustimmung, insbesondere fehlt eine Regelung über die Einleitung des Verfahrens und die zu einer Antragstellung berechtigten Personen. Die mitbeteiligte Partei als Erwerberin von Anteilen an der Bf als einer gemeinnützigen Bauvereinigung hat ein Interesse an der behördlichen Zustimmung zu diesem Erwerb, weil hiervon dessen Rechtswirksamkeit abhängt. Sie ist daher zur Stellung eines darauf gerichteten Antrages legitimiert und es kommt ihr in einem hierüber abzuführenden Verfahren Parteistellung gem § 8 AVG zu (vgl hierzu die bei *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I², E 35–37 und 41 zu § 8 AVG zitierte VwGH Judikatur sowie insbesondere die umfangreichen Darlegungen im VwGH Erk vom 19. 12. 1989, 87/08/0259 = Sig. 13092/A).

Wohl hat der VwGH ausgesprochen, dass der Rechtsanspruch oder das rechtliche Interesse im Sinne des § 8 AVG nur aus der Wirksamkeit erschlossen werden könne, den die den Einzelfall regelnde materiell-rechtliche Norm auf den interessierten Personenkreis entfaltet, es sei denn, dass der Gesetzgeber die Parteistellung autoritativ bestimmt und damit die Prüfung des Falles auf die Grundsätze des § 8 AVG für das Verwaltungsverfahren entbehrlich gemacht hat (*Walter/Thienel* aaO, E 42). Eine abschließende Anordnung kann dem Gesetzgeber bezüglich des § 33 Abs 2 WGG nicht unterstellt werden; es ist vielmehr davon auszugehen, dass anlässlich der Einfügung des § 10a WGG (Näheres siehe unten) eine Bedachtnahme auf die Partner des zu genehmigenden Rechtsgeschäftes im § 33 Abs 2 WGG schlichtweg übersehen wurde.

Die Parteistellung der Bf ergibt sich ausdrücklich aus § 33 Abs 2 WGG. Die der Bauvereinigung eingeräumte Parteistellung entspricht – entgegen den Ausführungen der mitbeteiligten Partei – aber nicht der Stellung einer Formalpartei, der keine subjektiv-öffentlichen Rechte zugewiesen wären und die daher nur das Recht der Teilnahme am Verwaltungsverfahren hätte (siehe sinngemäß *Korinek* ua, Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, Kommentar und Handbuch, 6. Lieferung, Seite 111, Anm 2 zu § 33). Zur Parteistellung der Bauvereinigung im Verfahren nach § 10a WGG ist zunächst zu beachten, dass dieser Paragraph mit der Novelle BGBl 1993/800 eingefügt wurde, um allfällige Umgehungsmöglichkeiten bei Veräußerung von Anteilen (Stammanteilen, Aktien) an gemeinnützigen Kapitalgesellschaften zu verhindern. Die im Gesetz erwähnten Erwerbsvorgänge sollen daher ebenfalls einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterworfen werden (siehe Bericht des Bautenausschusses 1268 BlgNR XVIII. GP zu Art I Z 14). Auch § 10a WGG ist somit ein Instrument der verwaltungsbehördlichen Aufsicht. Die verwaltungsbehördliche Aufsicht durch die Landesregierung dient der Gestaltung von subjektiv-öffentlichen Rechten der gemeinnützigen Bauvereinigung sowie zur Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit ihrer Tätigkeit (vgl hierzu *Funk*, WGG 1979, Grundzüge der Reform des Rechts der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft in *Korinek-Krejci*, Handbuch des Bau- und Wohnrechts III-Syst-1, Seite 20). Die Gesellschaft hat

ein rechtliches Interesse an ihrer Anerkennung als gemeinnützig; siehe dazu insbesondere § 31 WGG. Diese Anerkennung kann nach § 35 Abs 2 WGG ua dann entzogen werden, wenn der (von der Generalversammlung zu beschließende) Gesellschaftsvertrag den Vorschriften des Gesetzes nicht entspricht. Daraus ergibt sich das legitime Interesse der Gesellschaft, dass nur jener Neuwwerb von Geschäftsanteilen zugelassen wird, der den gesetzlichen Bestimmungen entspricht. Insbesondere wird es gerade die Gesellschaft sein, die eine Verletzung der Bestimmung des § 6 Abs 3 WGG aufzeigen wird.

Daraus folgt, dass die Bf – schon im Hinblick auf die Wahrung ihrer Gemeinnützigkeit – einen Rechtsanspruch auf Ausübung der gesetzmäßigen Aufsicht durch die bel Beh im hier zu beurteilenden Verfahren hatte und ihr daher Parteistellung gemäß § 8 AVG in Ansehung aller für die Erledigung des Verfahrensgegenstands maßgeblichen Fragen zustand. Daraus ergibt sich auch ihre auf Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG gestützte Beschwerdeberechtigung, weil die Möglichkeit einer Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts im Sinne obiger Ausführungen nicht von vorneherein auszuschließen ist (vgl VwGH 4. 9. 2001, 2000/05/0045).

Der VwGH hat bereits mehrfach die umfassende Prüfungspflicht der Aufsichtsbehörde in Verfahren nach dem WGG bejaht (vgl 23. 2. 1988, 87/05/0189, und 4. 4. 1991, 90/05/0245). Dies hat auch für Verfahren über zustimmungspflichtige Vereinbarungen gemäß § 10a WGG zu gelten. Eine Einschränkung der Prüfungspflicht der Aufsichtsbehörde auf die Angemessenheit des Kaufpreises – wie dies die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift dem Gesetzgeber zu unterstellen versucht – trägt weder der Gesetzeswortlaut noch lässt sich dies aus dem bereits erwähnten Bericht des Bauausschusses oder aus dem Sinn und Zweck der Regelung ableiten. Schon durch die Formulierung „ist jedenfalls zu versagen“ wird deutlich gemacht, dass es darüber hinaus andere Versagungsgründe geben muss, die, nach rechtsstaatlichen Erfordernissen, zumindest in diesem Gesetz Deckung finden müssen. Wenn nun gerade der Anteilserwerb nach § 19a Abs 1 lit a Gegenstand einer Regelung im § 6 Abs 3 WGG ist, muss die Missachtung dieser Regelung gleichfalls zu einer Untersagung führen.

Da die bel Beh dies verkannte, belastete sie den angef Besch mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit. . .

Da die bel Beh die Bf, obwohl sie Partei des Verfahrens gemäß § 10a WGG ist, dem der Beschwerde zu Grunde liegenden Verfahren nicht beigezogen hat, belastete sie den angef Besch auch mit einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil sie der Bf das Recht auf Gehör gemäß § 45 Abs 3 AVG nicht gewährt hat und davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen des § 58 Abs 2 AVG vorliegen und der Bescheid daher nicht zu begründen ist. Diese von der Bf geltend gemachten Mängel sind im Beschwerdefall auch relevant, weil offenkundig nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften die belangte Behörde zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre. Die aufgezeigte Rechtswidrigkeit des Inhaltes geht jedoch der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor.

* * *

1. Wird im Anwendungsbereich der BAO ungeachtet eines ordnungsgemäßen, rechtzeitigen und gesetzeskonformen Antrags auf Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung diese unter Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen der BAO nicht durchgeführt, so erachtet der VwGH den unbestreitbar gegebenen Gesetzes-

verstoß nur dann als zur Bescheidaufhebung führende Verletzung von Verfahrensvorschriften, wenn die entsprechende Relevanz gegeben ist (vgl Ritz BAO-Kommentar² Tz 3 zu § 284 BAO mwN). Vermeint der VwGH, dass das Ergebnis der Berufungsentscheidung auch mit Abhaltung der ordnungsgemäß beantragten Berufungsverhandlung kein anderes gewesen wäre, so wird dem Verfahrensmangel die Relevanz abgesprochen (wobei man dieser Judikatur natürlich angesichts der Bedeutung des rechtlichen Gehörs im Vollen gesetzlich eingeräumten Umfang durchaus kritisch gegenüberstehen kann).

2. Im vorliegenden Fall entzieht sich der VwGH der Kritik, dass er ohne nähere Prüfung die Relevanz der von ihm aufgezeigten Verletzung von Verfahrensvorschriften bejaht, nur dadurch, dass er zugleich eine Rechtswidrigkeit des Inhalts als gegeben sieht. Dazu der Sachverhalt (der wohl für sich spricht):

- Die Bf beruft sich auf § 39 Abs 6a WGG und strebt (über Betreiben der Republik Österreich) danach, die Gemeinnützigkeit (sanktionslos) zu verlassen.
- Ihretwegen wurde § 39 Abs 6a WGG (unter rückwirkender Einführung eines in der Vergangenheit gelegenen Stichtags) novelliert (wobei diese novellierte Bestimmung zwischenzeitlich – siehe VfGH 5. 12. 2002, G 296/02, wobl 2003, 94/48 [Arnold] – bereits als verfassungswidrig aufgehoben wurde, wozu der VfGH sogar ausgesprochen hat, dass diese Bestimmung nicht mehr anzuwenden ist).
- Der Aufsichtsrat der Bf hatte iSd § 6 Abs 3 WGG der Abtretung der Geschäftsanteile zweier Gebietskörperschaften an eine gemeinnützige Bauvereinigung zugestimmt, um den Tatbestand des § 39 Abs 6a WGG nicht zu verwirklichen und so der Bf die Gemeinnützigkeit zu erhalten.
- Zu dieser Aufsichtsratssitzung war ein Ministerialrat des BMF erschienen, der ohne Mitglied des Aufsichtsrates zu sein, in der Aufsichtsratssitzung gegen die Genehmigung stimmte und unter Verletzung des § 30j Abs 6 GmbHG auch die Stimme für zwei nicht erschienene Aufsichtsratsmitglieder abgab. Ein Generalversammlungsbeschluss, der diesen Ministerialrat rückwirkend (!?) zum Mitglied des Aufsichtsrates bestellte, wurde für nichtig erklärt.
- Während diesbezüglich schwebenden Verfahrens (bei allerdings völlig klarer Rechtslage) behauptete die Bf in ihrer Beschwerde gegen den Bescheid der Wiener Landesregierung, mit der die Übertragung nach § 10a Abs 1 lit a WGG genehmigt wurde, unzutreffenderweise, der Aufsichtsrat hätte der Abtretung nicht zugestimmt.
- Diese falsche Behauptung nimmt der VwGH – trotz entsprechenden Vorbringens der mitbeteiligten Partei – ungeprüft zum Anlass, den angefochtenen Bescheid über Beschwerde einer gemeinnützigen Bauvereinigung aufzuheben, deren klar erkennbares Ziel es ist, die Gemeinnützigkeit ohne Ausgleichszahlung (§ 36 WGG) unter Ausnutzung des § 39 Abs 6a WGG abzustreifen. Dies mit der – hier wohl kaum passenden – Begründung, die Bf habe „ein rechtliches Interesse an ihrer [gemeint: fortdauernden] Anerkennung als gemeinnützig“ sie werde es sein, „die eine Verletzung der Bestimmung des § 6 Abs 3 WGG aufzeigen“ werde und ihr stünde „schon im Hinblick auf die Wahrung [?] ihrer Gemeinnützigkeit“ ein Rechtsanspruch auf Ausübung der gesetzmäßigen Aufsicht durch die Landesregierung zu.

Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold*)

*) am Verfahren (als Vertreter der mitbeteiligten Partei) beteiligt.

Verfahrensrecht

63.

Nachträgliche Beziehung der Minderheitseigentümer auf Vermieterseite

§ 39 Abs 1 MRG:

Zwar ist die Ausdehnung des Antrages im außerstreitigen Mietrechtsverfahren auf weitere Miteigentümer im gerichtlichen Verfahren unzulässig, wenn der Antrag an die Schlichtungsstelle nur gegen einen Teil der Miteigentümer gerichtet wurde. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Antrag vor der Schlichtungsstelle gegen die Person gerichtet ist, die im Mietvertrag als Hauseigentümer und Vermieter aufscheint, oder gegen deren Rechtsnachfolger. In diesem Fall sind (weitere) Minderheitseigentümer auch erst im gerichtlichen Verfahren von Amts wegen beizuziehen.

OGH 27. 8. 2002, 5 Ob 143/02v (LGZ Wien 40 R 51/01y, BG Floridsdorf 6 Msch 9/97k)

Das ErstG ging vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 46a Abs 4 MRG aus und stellte mit Sachbeschluss fest, dass die AG als Vermieter eines bestimmten Geschäftslokales durch monatliche Hauptmietzinsvorschriften für die Zinsperioden 10/95 bis 12/98 und 6/00 das gesetzlich zulässige Ausmaß des Hauptmietzinses um bestimmte Beträge überschritten haben.

Das RekursG hob in Punkt I seiner Entscheidung (Beschluss) aus Anlass der Rekurse aller Parteien den erstgerichtlichen Sachbeschluss ersatzlos als nichtig auf und wies den Sachantrag festzustellen, dass für die Zinsperioden 10/95 bis 12/97 der gesetzlich zulässige Mietzins um bestimmte Beträge überschritten wurde, zurück. In Punkt II seiner Entscheidung (Sachbeschluss) erkannte das RekursG in der Sache selbst dahin, dass der Sachantrag festzustellen, dass die gesetzlichen Möglichkeiten für die Anhebung des Hauptmietzinses nicht gegeben sind, abgewiesen wird; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 130.000,- übersteige und dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Zu Punkt 1 seiner Entscheidung führte das RekursG Folgendes aus:

Die ASt habe vor der Schlichtungsstelle die Feststellung beantragt, dass die gesetzlichen Möglichkeiten für die Anhebung des Hauptmietzinses nicht gegeben seien, und in eventu, den angemessenen branchenspezifischen Hauptmietzins mit maximal S 21.900,- netto festzustellen. Eine Überprüfung des monatlich vorgeschriebenen Hauptmietzinses auf seine Gesetzmäßigkeit sei vor der Schlichtungsstelle nicht beantragt worden und könne daher auf Grund der im § 39 Abs 1 MRG zwingend angeordneten Vorschaltung der Schlichtungsstelle nicht zum Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens gemacht werden. Die Anrufung der Gemeinde (Schlichtungsstelle) sei eine zwingende Prozessvoraussetzung für das gerichtliche Verfahren und es könne auch ein bei der Schlichtungsstelle bereits gestellter Antrag bei Gericht nicht mehr geändert oder – zB durch Ausdehnung auf weitere Zinsperioden – erweitert werden. Die Entscheidung des ErstG über den erst vor Gericht gestellten Antrag auf Überprüfung des monatlich vorgeschriebenen Hauptmietzinses auf seine Gesetzmäßigkeit für die Zinsperioden 10/95 bis 12/97 und auch noch über die – gar nicht beantragten – Zinsperioden 1 bis 12/98 und 6/00 sei daher, weil über etwas entschieden worden sei, was nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle gewesen sei, nichtig. (. . .)

Punkt II seiner Entscheidung begründete das RekursG im Wesentlichen folgendermaßen:

Die ASt wende sich inhaltlich gegen die Rechtsansicht des ErstG, eine Anhebung des Hauptmietzinses nach § 46a Abs 4 MRG sei zulässig, und beantrage – auch – eine Abänderung auf die Feststellung, dass keine gesetzliche Möglichkeit für die Anhebung des Hauptmietzinses bestehe. Damit werde erkennbar auch die unterlassene Entscheidung des ErstG über den von der ASt bei der Schlichtungsstelle gestellten Hauptantrag bekämpft. Vom RekursG sei daher in der Sache selbst zu erkennen (§ 496 Abs 3 ZPO).

Ein Antrag auf Überprüfung des Hauptmietzinses nach § 37 Abs 1 Z 8 MRG sei gegen alle Vermieter zu richten. Bei einer Mehrheit von Miteigentümern seien in der Regel sämtliche Miteigentümer Vermieter und stellten im Verfahren eine notwendige Streitgenossenschaft dar. Werde der Antrag an die Schlichtungsstelle bloß gegen einen Teil der Miteigentümer gerichtet, so könne er nicht erst im Verfahren vor Gericht auf die anderen Miteigentümer ausgedehnt werden. Einer solchen Änderung stehe nämlich § 39 Abs 1 MRG entgegen. Wie die ASt selbst vorgebracht habe, seien (bis 1999) der Erst-AG und der Zweit-AG bloß Miteigentümer der Liegenschaft gewesen. Nach dem von der ASt ihrem Antrag an die Schlichtungsstelle angeschlossenen Grundbuchs-auszug gebe es noch vier weitere Minderheitseigentümer, deren WE bereits 1953 – also vor Abschluss des Mietvertrages (1959) – einverleibt worden sei. Damit seien jedenfalls sämtliche im Grundbuch eingetragenen Miteigentümer Vermieter und nicht bloß der Erst-AG und Zweit-AG als Mehrheitseigentümer oder die Dritt-AG als deren Einzelrechtsnachfolgerin im Miteigentum.

Das Hauptbegehren der ASt sei schon mangels Inanspruchnahme sämtlicher Miteigentümer nicht berechtigt und abzuweisen. (. . .)

1. Zum (Revisions-)Rekurs der ASt gegen Punkt I der Rekursentscheidung:

Das Rechtsmittel ist analog § 519 Abs 1 Z 1 ZPO jedenfalls zulässig; es ist aber nicht berechtigt.

Der Sachantrag, über den das ErstG entschieden hat, war nicht Gegenstand des Schlichtungsstellen-Verfahrens, was die Nichtigkeit des erstgerichtlichen Sachbeschlusses nach sich zieht (RIS-Justiz RS0070401). Eine bloße Präzisierung des vor der Schlichtungsstelle gestellten Antrages liegt nicht vor. Über diesen hat das ErstG gar nicht abgesprochen, sondern erst das RekursG iSd § 496 Abs 1 Z 1, Abs 3 ZPO. Im Übrigen wird auf die insoweit zutreffenden Ausführungen des RekursG verwiesen.

Dem Rechtsmittel der ASt war daher insoweit ein Erfolg zu versagen.

2. Zum (außerordentlichen) Revisionsrekurs gegen Punkt II der Rekursentscheidung:

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil die Rechtslage einer Klarstellung bedarf; er ist im Sinne des hilfswise gestellten Aufhebungsantrages auch berechtigt.

Die ASt hat nicht von einem Wohnungseigentümer gemietet (weshalb ihre diesbezüglichen Rechtsmittelausführungen ins Leere gehen), sondern vom schlichten Mehrheitseigentümer (dessen Rechtsnachfolger die AG sind). War diesem das Bestandsobjekt durch Benützungsregelung zur ausschließlichen Nutzung überlassen, wie die Rechtsmittelwerberin geltend macht, so war er auch zum (1959 erfolgten) Abschluss eines Bestandsvertrages (als Verwaltungsbevollmächtigter) berechtigt; dies ändert aber nichts daran, dass alle Miteigentümer als Bestandgeber anzusehen sind (RIS-Justiz RS0042537, RS0107643), dh hier auch die seit 1953 im Grundbuch eingetragenen Minderheitseigentümer (Wohnungseigentümer) bzw deren Rechtsnachfolger. Ein Antrag gem § 37 Abs 1 Z 8 MRG kann aber nur gegen alle Miteigen-

tümer des Hauses als Vermieter gestellt werden (RIS-Justiz RS0083777 T4).

Zwar wurde schon ausgesprochen, dass die Ausdehnung des Antrages auf weitere Miteigentümer im gerichtlichen Verfahren unzulässig ist, wenn der Antrag an die Schlichtungsstelle bloß gegen einen Teil der Miteigentümer gerichtet wurde (5 Ob 49/95 = MietSlg 48.428 = wobl 1996, 154/54; 5 Ob 137/97a = MietSlg 49.420 = wobl 1998, 25/9; vgl aber auch 5 Ob 14/86 = MietSlg 38.538; 5 Ob 1055/95 = MietSlg 47.281; 5 Ob 2119/96w = MietSlg 48.400). Dies gilt aber jedenfalls dann nicht, wenn der Antrag vor der Schlichtungsstelle gegen die Person gerichtet ist, die im Mietvertrag als Hauseigentümer und Vermieter aufscheint (bzw gegen deren Rechtsnachfolger). Der Antrag ist dann dahin zu verstehen, dass er nur namentlich gegen den Mehrheitseigentümer (bzw dessen Rechtsnachfolger), inhaltlich aber gegen die „Vermieterseite“ („Hausinhabung“, die tatsächlichen Vermieter) gerichtet ist, was die amtswegige Beziehung der Minderheitseigentümer auch erst im gerichtlichen Verfahren ermöglicht und erfordert (vgl 5 Ob 1055/95 = MietSlg 47.281; 5 Ob 296/99m = MietSlg 52.443 = wobl 2001, 152/93).

Es ist daher im vorliegenden Fall nicht – unter Vernichtung des bisherigen Verfahrensaufwandes seit 1996 – mit (Bestätigung der) Abweisung des Sachantrages vorzugehen, sondern mit Aufhebung des rekursgerichtlichen Sachbeschlusses und Rückverweisung der Rechtssache an das ErstG. Dieses wird im fortgesetzten Verfahren unter Einbeziehung aller Miteigentümer und Verwertung des bisherigen Verfahrensaufwandes über die vor der Schlichtungsstelle gestellten Anträge (Haupt- bzw Eventualantrag) abzusprechen haben.

Insolvenzrecht

64.

Kündigung des Bestandvertrags durch den Masseverwalter

§ 23 KO:

Der Masseverwalter hat bei Kündigung eines Bestandvertrags über eine unbewegliche Sache nur die gesetzlichen Kündigungsfristen, nicht aber auch die im Gesetz vorgesehenen Kündigungstermine einzuhalten.

OGH 11. 7. 2002, 6 Ob 65/02f (LGZ Wien 39 R 265/01m; BG Donaustadt 6 C 265/01x).

Die spätere Gemeinschuldnerin (als Mieterin) hatte mit der Bekl (als Vermieterin) einen Mietvertrag über Büro- und Geschäftsräumlichkeiten abgeschlossen. Das Mietverhältnis begann am 1. 10. 1997 und war auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Punkt II des Mietvertrages berechtigt jeden der Vertragsteile zur Aufkündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jeweils zum Ende eines Kalenderjahres.

Nach Konkurseröffnung über das Vermögen der Mieterin (1. 2. 2001) kündigte der Masseverwalter das Bestandverhältnis unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist des § 560 Abs 1 Z 2 lit e ZPO zum 16. 6. 2001 gemäß § 23 Abs 1 KO auf. Er vertrat die Auffassung, die im Mietvertrag vereinbarte Kündigungsfrist von 12 Monaten sei ebenso wenig einzuhalten wie der gesetzliche Kündigungstermin. Das ErstG hob die Aufkündigung als rechtsunwirksam auf und wies das Räumungsbegehren ab. Nach § 23 Abs 1 KO könne der Masseverwalter den Bestandvertrag unter Einhaltung der gesetzlichen oder der vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist aufkündigen, eine Auflösung sei jedoch nur zum gesetz-

lichen oder früheren vertraglichen Kündigungstermin möglich.

Das BerufungsG bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Die außerordentliche Revision des Kl ist zulässig, weil der hier entscheidenden Rechtsfrage, ob der Masseverwalter bei Aufkündigung eines Bestandvertrags über eine unbewegliche Sache nach § 23 KO die gesetzlichen Kündigungstermine des § 560 ZPO (oder die kürzeren vertraglichen) einzuhalten hat, erhebliche praktische Bedeutung zukommt und gegen die diese Frage bejahende Entscheidung des OGH SZ 62/83 überzeugende Argumente in der Lehre vorgebracht wurden. Die Revision ist auch berechtigt.

Nach § 23 Abs 1 KO kann der Masseverwalter den Bestandvertrag über eine vom Gemeinschuldner in Bestandgenommene Sache unter Einhaltung der gesetzlichen oder der vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist kündigen. Eine Aussage darüber, ob dabei die gesetzlich (oder vertraglich) vorgegebenen Kündigungstermine einzuhalten sind, trifft das Gesetz nicht. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung (5 Ob 549/89 = SZ 62/83) die Auffassung vertreten, aus der Tatsache, dass § 23 Abs 1 KO den Masseverwalter nur hinsichtlich der einzuhaltenden Kündigungsfrist begünstige, eine ausdrückliche Aussage über Kündigungstermine jedoch unterlasse, obgleich die Kündigung schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Konkursordnung nur zu bestimmten Terminen hätte erfolgen können, sei abzuleiten, dass der Masseverwalter das Mietverhältnis zum frühest möglichen Zeitpunkt solle beenden können. Dies könne je nach Vorkommen der aus den gesetzlichen Vorschriften oder der aus der Vereinbarung abgeleitete (frühere) Endzeitpunkt sein. Die Rechtsprechung zu § 25 Abs 1 KO, wonach der Masseverwalter bei Aufkündigung eines Arbeitsverhältnisses nur die gesetzlichen oder zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen, nicht aber die in verschiedenen Bestimmungen enthaltenen Kündigungstermine einhalten müsse, könne auf die Auslegung des § 23 Abs 1 KO nicht ohne weiteres übertragen werden, weil schon bei Inkrafttreten der Konkursordnung im Zusammenhang mit der Aufkündigung von Bestandverträgen – anders als bei der Aufkündigung eines Arbeitsverhältnisses – Kündigungstermine einzuhalten gewesen seien. Der Masseverwalter könne daher Bestandverhältnisse zwar zum frühest möglichen Zeitpunkt beenden, müsse jedoch die gesetzlichen (oder vertraglich kürzeren) Kündigungstermine einhalten.

Eine gesicherte Rechtsprechung zu dieser Frage ist – entgegen der Auffassung der Bekl – schon deshalb nicht zu erkennen, weil die Folgeentscheidung 8 Ob 310/97i (ecolex 1998, 397) die Aufkündigung eines Bestandvertrages über eine bewegliche Sache zu beurteilen hatte. Die Frage der Einhaltung gesetzlicher Kündigungstermine bei der Aufkündigung von Bestandverträgen über unbewegliche Sachen stellte sich daher dort nicht und wurde auch nicht neuerlich geprüft. Der in SZ 62/83 vertretenen Auffassung tritt *Rathauscher* (Kündigung nach § 23 KO: Einhaltung von Kündigungsterminen? ZIK 1997, 77; und: Bestandrechte und Konkurs [1999], 122 ff) mit beachtlichen Argumenten entgegen: § 23 KO ordne ebenso wie § 25 hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse positiv an, dass die gesetzlichen beziehungsweise die vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen beachtlich seien. Da beide Bestimmungen im Kern gleich lauten, sei nicht einzusehen, weshalb die Rechtsprechung § 25 KO offenbar als positive, § 23 KO als negative Formulierung verstehe und so zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen gelange. Dieser Auslegung sei entgegenzuhalten, dass beiden Bestimmungen Dauerschuldverhältnisse zu

Gründe lägen, die außerhalb eines Insolvenzverfahrens unter Einhaltung von Frist und Termin ordentlich gekündigt werden müssten und beide Bestimmungen im Rahmen des Konkursverfahrens denselben Zweck, nämlich die vorzeitige Auflösung des Vertrages verfolgten, um Kostenbelastungen der Konkursmasse zu vermeiden. § 23 KO müsse daher aus teleologischen Gesichtspunkten wie § 25 KO ausgelegt werden, zumal auch die Kündigung von Arbeitsverhältnissen der Einhaltung von Fristen und Terminen bedürfe. Für die Unbeachtlichkeit von Kündigungsterminen spreche auch die weitere Überlegung, wonach die Masse häufig an der (weiteren) Vertragserfüllung nicht interessiert sei und durch die gesetzlichen Regelungen in die Lage versetzt werden sollte, Vertragsverhältnisse, deren Weiterführung nicht erforderlich oder für die Masse ungünstig seien, vorzeitig zu beenden, weil nur so die außerordentliche Beendigungsmöglichkeit des § 23 KO in möglichst masseschonender Weise ausgeübt werden könne. Im Übrigen schaffe § 23 KO ein besonderes Kündigungsrecht, dessen Ähnlichkeit zur außerordentlichen Kündigung einer Heranziehung der von der Rechtsprechung für die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung entwickelten Elemente entgegenstehe. Die Besonderheit dieses Kündigungsrechts erfordere es, dass die Einhaltung von Fristen und Terminen geregelt werden müsse, zumal außerordentliche Vertragsbeendigungen grundsätzlich frist- und terminlos erfolgten. Dass der Gesetzgeber der Konkursordnung von 1914 die zwingende Einhaltung von Kündigungsterminen nicht vor Augen gehabt habe, ergebe sich auch aus § 23 Abs 2 KO; danach trete die Auflösung des Bestandverhältnisses in diesem Fall losgelöst von allfälligen Kündigungsterminen ein; maßgeblich sei nur der Zeitraum, für den der nunmehrige Gemeinschuldner die Gegenleistung schon erbracht habe.

Mit Ausnahme der zitierten Autorin hat sich die Lehre bisher noch nicht eingehend mit der hier entscheidenden Frage befasst, ob bei Aufkündigung eines Bestandvertrags über eine unbewegliche Sache nach § 23 KO die gesetzlichen Kündigungstermine des § 560 ZPO einzuhalten sind. *Gamerith* (in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO § 23 Rz 12), *Rechberger/Turner* (Insolvenzrecht Rz 97), *Binder* (in *Schwimann ABGB*² § 1116 Rz 17) und *Würth* (in *Rummel ABGB I*³ § 1116 Rz 24) referieren die Entscheidung SZ 62/93 (*Gamerith* nimmt auch auf die Auffassung *Rathauscher* Bezug), ohne jedoch eine eigene Stellungnahme abzugeben. Auch *Riel* (Anm zu 8 Ob 310/97i, *ecolex* 1998, 397) stimmt der Entscheidung nicht ausdrücklich zu. *Petschek/Reimer/Schiemer* (Österreichisches Insolvenzrecht 276) führen im Zusammenhang mit der davor erörterten Fortsetzung des Bestandverhältnisses mit der Konkursmasse aus, beide Vertragspartner hätten nach § 23 KO während der gesamten Konkursdauer das Recht auf Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder der vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist „innerhalb der offen stehenden Termine“. Eine nähere Befassung mit der Frage, ob gesetzliche Kündigungstermine einzuhalten sind und ob als „Termin“ auch jener Tag in Frage kommt, auf den das Ende der Kündigungsfrist fällt (vgl dazu *Rathauscher*, ZIK 1997, 78 ff), findet nicht statt. Auch der von der Bekl für ihren Standpunkt ins Treffen geführte *Lehmann* (Kommentar zur Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung 164) erwähnt Kündigungstermine nur insofern, als er meint, das Kündigungsrecht werde durch Nichtausübung zum ersten, nach der Konkurseröffnung eintretenden Kündigungstermin nicht konsumiert. Eine eindeutige Aussage zur hier entscheidungswesentlichen Frage ist auch dieser Belegstelle nicht zu entnehmen, zumal unmittelbar vor der Erwähnung des Kündigungstermins darauf hingewiesen wird, dass „die gesetzliche Kündigungsfrist im

Interesse der Konkursgläubiger der längste Zeitraum ist, währenddessen der Bestandvertrag selbst gegen den Willen des Masseverwalters fort dauern muss“.

Der Senat sieht sich veranlasst, angesichts der dargestellten Argumentation von der in SZ 62/83 vertretenen Auffassung abzugehen: § 23 KO findet sich in einem systematischen Zusammenhang mit jenen Regelungen (§ 21 ff KO, die eine vorzeitige Auflösung noch nicht erfüllter, zweiseitig verbindlicher Verträge und von Dauerschuldverhältnissen nach Konkurseröffnung ermöglichen. Aus diesen Bestimmungen ist die Tendenz abzuleiten, die vorzeitige Auflösung des Vertragsverhältnisses im Interesse der Masse und damit auch in jenem der Gläubiger zu erleichtern. Der Masseverwalter soll in die Lage versetzt werden, Vertragsverhältnisse, deren Fortbestehen nicht erforderlich oder für die Konkursmasse sogar ungünstig ist, vorzeitig zu beenden, um dem Erfordernis des Masseerhalts Rechnung tragen zu können (*Rathauscher* aaO 79; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO I⁴ § 23 Rz 1). Während § 21 KO den Rücktritt von beiderseits verbindlichen Verträgen ermöglicht, deren Beendigung nicht an Fristen und Termine gebunden ist, regeln die §§ 23 bis 25 KO die Beendigung von Vertragsverhältnissen, die außerhalb des Konkurses nur unter Einhaltung von Fristen und Terminen aufgekündigt werden können. In diesen Fällen nimmt der Gesetzgeber nur auf die dabei einzuhaltende Kündigungsfrist ausdrücklich Bezug, trifft jedoch keine Aussage zu allfälligen anzuwendenden Kündigungsterminen.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Masseverwalter bei der nach § 25 KO vorgesehenen Kündigung nur die gesetzliche oder zulässigerweise vereinbarte kürzere Kündigungsfrist einzuhalten hat, nicht aber die in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Kündigungstermine (SZ 53/34; SZ 57/145; ZIK 1997, 62; weitere Nachweise bei *Mohr*, KO⁴ § 25 E 12 und 12a; RIS-Justiz RS0028779). Diese Auslegung (siehe dazu im Einzelnen SZ 57/145) kann auch auf die Auslegung des § 23 Abs 1 KO betreffend die Aufkündigung von Bestandverhältnissen an unbewegliche Sachen übertragen werden. Beide Bestimmungen lauten im hier wesentlichen Kern gleich. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb § 25 KO jene Voraussetzungen (positiv) regeln sollte, die für eine vorzeitige Auflösung erforderlich sind (Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist), während § 23 KO demgegenüber nur eine Begünstigung des Masseverwalters enthalten sollte, indem jene Voraussetzungen angeführt werden (vertragliche Fristen), deren Einhaltung nicht erforderlich ist. §§ 23 und 25 KO weisen neben der im Kern gleichen Formulierung des Kündigungsrechts noch weitere Ähnlichkeiten auf. In beiden Fällen wirkt sich die Konkurseröffnung nicht unmittelbar auf das Bestand- bzw Arbeitsverhältnis aus, dieses wird durch die Konkurseröffnung zunächst nicht berührt, bleibt aufrecht und wird mit der durch den Masseverwalter vertretenen Konkursmasse fortgesetzt; sein Weiterbestand während des Konkurses führt zum Entstehen von Masseforderungen nach § 46 Abs 1 Z 3 und 4 KO (*Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, KO I⁴ § 23 Rz 10; *Würth* in *Rummel* Rz 24; *immolex* 2000/48). Die möglichst rasche Beendigung durch Kündigung trägt nicht nur dem Umstand Rechnung, dass die Masse häufig an der Erfüllung dieser Verträge nicht interessiert ist, sie dient auch dem Erhalt der Masse und damit dem Interesse der Konkursgläubiger (*Gamerith* aaO Rz 1; ZIK 1997, 184) und steht mit den Aufgaben des Masseverwalters, unnötige Masseforderungen zu vermeiden (*Riel*, Die Mietwohnung des Gemeinschuldners, wobl 1995, 40; *Gamerith* aaO Rz 1) in Einklang. Die §§ 23 und 25 KO verfolgen daher gleichermaßen den Zweck, dem Masseverwalter eine möglichst rasche Auflösung des trotz Konkurseröffnung aufrecht

gebliebenen, kündbaren Vertragsverhältnisses zu ermöglichen, um eine weitere Belastung der Masse durch seinen Weiterbestand im Interesse der Konkursgläubiger zu vermeiden. Diesem von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Zweck des § 23 KO würde es aber zuwider laufen, wollte man über die gesetzlichen Kündigungsfristen hinaus eine Kündigung nur unter der weiteren Voraussetzung der Einhaltung gesetzlicher Kündigungstermine zulassen. Dadurch würde der Bestandgeber mehr geschützt werden, als ein vom Konkurs des Arbeitgebers betroffener Dienstnehmer. Er könnte – über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus – bis zum gesetzlichen Kündigungstermin Masseforderungen geltend machen, während dem Arbeitnehmer Masseforderungen nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zustehen.

Eine unterschiedliche Auslegung der in Bezug auf die Erfordernisse der Aufkündigung gleich lautenden §§ 23 und 25 KO wäre auch angesichts ihrer inhaltlichen Übereinstimmung und im Anbetracht der für beide Fälle vorgesehene Einhaltung von Kündigungsterminen bei Auflösung des Vertragsverhältnisses außerhalb eines Konkurses nicht gerechtfertigt. Dass zur Zeit der Erlassung der Konkursordnung für die Kündigung von Bestandverhältnissen (anders als für die Kündigung von Dienstverträgen) gesetzliche Kündigungstermine vorgesehen waren, kann daran nichts ändern. Die Auslegung dieser seit langem geltenden Bestimmungen hat sich auch an der gegenwärtig geltenden Rechtsordnung zu orientieren (*Bydlinski* in Rummel, ABGB³ § 6 Rz 26). Danach erfordert auch die ordentliche Aufkündigung von Arbeitsverhältnissen die Einhaltung von Frist und Termin. Die Rechtsprechung müsste daher – würde sie § 25 KO ebenso verstehen wie § 23 KO im Sinne SZ 62/83 – die Einhaltung von Kündigungsterminen (anders als bisher) auch im Zusammenhang mit der Auflösung nach § 25 KO verlangen, weil ihre Einhaltung in § 25 nicht explizit ausgenommen wird. Dies ist aber nicht der Fall. Dass auch der Gesetzgeber § 25 KO immer als positive Anordnung der Voraussetzungen für eine vorzeitige Kündigung verstand (und nach wie vor versteht) und die Einhaltung von Kündigungsterminen eben nicht vorsehen will, ergibt sich schon daraus, dass er trotz zahlreicher Novellierungen des § 25 KO seit Inkrafttreten der Konkursordnung eine Änderung dieser Bestimmung in diesem Sinn nicht vorsah (vgl. *Rathauscher*, aaO 79).

Der Rechtssatz, wonach der Masseverwalter bei Aufkündigung eines Arbeitsverhältnisses (§ 25 KO nur die gesetzlichen oder zulässigerweise vereinbarten kürzeren Kündigungsfristen, nicht aber die in verschiedenen Bestimmungen vorgesehenen Kündigungstermine einhalten müsse, kann daher auf die Auslegung des § 23 Abs 1 KO betreffend die Aufkündigung von Bestandverhältnissen übertragen werden.

Für die Unbeachtlichkeit der Kündigungstermine spricht auch der Umstand, dass die §§ 23 und 25 KO ein außerordentliches Kündigungsrecht schaffen, ein Umstand, der einer Heranziehung der für die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung erforderlichen Voraussetzungen (Frist und Termin) ohne ausdrückliche Anordnung entgegensteht (*Rathauscher*, aaO 80).

Der Masseverwalter hat daher auch bei Aufkündigung eines Bestandverhältnisses über eine unbewegliche Sache nach § 23 KO nur die gesetzlichen Kündigungsfristen, nicht aber auch die im Gesetz vorgesehenen Kündigungstermine einzuhalten.

* * *

Dass der Verfasser die vorliegende E begrüßt, wird wenig überraschen (vgl. „gleichzeitig“ mit dem OGH Oberhammer in *Konecny/Schubert*, § 23 KO Rz 47). Die frühe-

re Auffassung war nicht nur – wie der OGH im Anschluss an *Rathauscher*, ZIK 1997, 77; dies, *Bestandrechte und Konkurs* (1999) 122 ff hervorhebt – dogmatisch inkonsequent (insbesondere mit Blick auf das herrschende Verständnis von 25 KO), sondern auch recht unpraktisch: Das in § 23 KO gewährte besondere Masseverwalter-Kündigungsrecht dient vornehmlich der Entlastung der Konkursmasse von fortlaufenden Bestandzinsforderungen (diese sind ja im Zeitraum nach Konkurseröffnung als Massforderungen zu qualifizieren und daher voll aus der Masse zu berichtigen!). Nach der früheren Jud (vgl. insbesondere SZ 62/83 = *EvBl* 1989/160 = *wobl* 1989/65 = *RdW* 1989, 270 = *wbl* 1989, 254 = *MietSlg* 41.616) war der Masseverwalter bei der Kündigung nach § 23 KO an die gesetzlichen (oder vertraglich näheren) Kündigungstermine gebunden. Damit wurde (nach dem Zufallsprinzip von Fall zu Fall unterschiedlich) der Zweck der vorzeitigen Kündigung nach § 23 KO zum Teil empfindlich beeinträchtigt. Dazu nur ein Beispiel: Wurde der Konkurs über das Vermögen eines Unternehmers zB am 2.1. eröffnet, so war dem Masseverwalter die Aufkündigung zum Termin 31. 3. nicht mehr möglich; nächster Kündigungstermin war daher der 30. 6. (§ 560 Abs 1 Z 2 lit e ZPO). Konsequenz daraus war gerade bei Konkursen von Handelsunternehmen mit gemieteten Geschäftsräumen nicht selten, dass erhebliche Teile der Masse für die Bezahlung der laufenden Bestandzins aufgewendet werden mussten (obwohl vielleicht an eine Fortführung des Unternehmens gar nicht zu denken war). Bedenkt man zudem, dass der Bestandgeber außerdem mit Blick auf seine offenen Bestandzinsforderungen für die Zeit vor Konkurseröffnung durch das gesetzliche Bestandgeberpfandrecht nach § 1101 ABGB gesichert ist, ergab sich ein Ergebnis, welches das Insolvenzrisiko des Bestandnehmers recht ungleichmäßig zwischen Bestandgeber und anderen Gläubigern (insbesondere ungesicherten Lieferanten) verteilte. Nicht zuletzt konnte die damit manchmal einhergehende längere Bindung der Masse an den Bestandvertrag den durch das IRAG 1997 geschaffenen zeitlichen Rahmen für die Entscheidung über das Unternehmensschicksal im Konkurs empfindlich stören.

Die nun erfolgte Judikaturwende resultiert freilich nicht aus einem Fall, in welchem die Masse unter der Anwendung der gesetzlichen Termine arg gelitten hätte – die Kündigung erfolgte ja zum 16. 6., brachte der Masse also nur (aber auch immerhin) einen „Vorteil“ von zwei Wochen. Dem „Sportsgeist“ des Masseverwalters, der diese Sache dennoch über zwei verlorene Instanzen und eine Nichtzulassung der Revision hinweg (freilich höchstwahrscheinlich mit einer zweiten Kündigung zum 30. 6. als „Auffangnetz“) erfolgreich durchgeföhrt hat, ist zu danken.

Aus der E ergibt sich das praktische Folgeproblem, wie nun – mangels Verbindlichkeit der Kündigungstermine – bei der gerichtlichen Aufkündigung die gem § 562 Abs 1 erforderliche „Angabe des Zeitpunktes, in welchem der Bestandvertrag endigen soll“ erfolgen soll; die Kündigungsfrist beginnt ja erst mit der Zustellung der Aufkündigung an den Gegner zu laufen; wann dieser Zugang erfolgen wird, ist ja für den Masseverwalter nicht sicher bestimmbar. Die Praxis wird sich hier helfen, indem sie mit Blick auf eine vielleicht nicht ganz reibungslose Zustellung zur Kündigungsfrist einen gewissen „Sicherheitsabstand“ addiert und so den Termin errechnet. Zulässig wäre mE aber auch eine Kündigung, die bloß angibt, das Bestandverhältnis ende zB drei Monate ab Zugang der Kündigung (vgl. *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, § 23 KO Rz 48).

Bei Lektüre des § 560 Abs 1 Z 2 lit a und b ZPO stellt sich dem Verfasser zuletzt die Frage, ob die neue Auffassung auch für die dort angesprochenen land- und forst-

wirtschaftlichen Pachtverträge gelten soll, oder ob diesen Kündigungsterminen nicht doch (dem Verfasser zugegebenermaßen unbekannt) Besonderheiten dieser Wirt-

schaftsformen zu Grunde liegen (à la „wer sät, der mäh“), die man vielleicht nicht ignorieren sollte.

Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer

Aktuelle Rechtsvorschriften

Verordnung der Oö. Landesregierung, mit der die Oö. Dienst- und Naturalwohnungs-
Verordnung geändert wird (wirksam seit 1. Februar 2003)

OÖLGBI 2003/2

Neuerscheinungen

Zukunftsperspektiven zum Wohnrecht, Reformansätze für MRG, WGG, WEG und Immobiliensteuerrecht. Herausgegeben von *Brittite Gutknecht* und *Wolfgang Amann*. Mit Beiträgen von *Brigitte Gutknecht* (Wohnrechtliche Impulse), *Martin Schauer* (Die Eigentümergemeinschaft und das Gesellschaftsrecht), *Andreas Vonkilch* (Reformbedarf beim Anwendungsbereich des MRG), *Christoph Kothbauer* (Der Richtwertmietzins – Bewertung und Ausblick), *Karl Wiesflecker* (Auswirkungen der Richtwertmietzinsbildung auf den Immobilienmarkt), *Reinhold Schürer-Waldheim* (Harmonisierung von Steuerrecht und Wohnrecht), *Wolfgang Amann* (Wirtschaftliche Rahmenbedingungen zukünftiger Reformvorhaben) und *Walter Rosifka* (Optionen einer terminologischen und inhaltlichen Harmonisierung des Wohnrechts). Manz Verlag, Wien 2003. 136 Seiten. Brosch. € 28,80.

Bauträger & Projektentwickler. Immobilien erfolgreich entwickeln, sanieren und verwerten. Praxishandbuch. Von *Winfried Kallinger*, *Herbert Gartner* und *Walter Stingl*. 2. Auflage. Manz Verlag, Wien 2003. 296 Seiten. Brosch. € 42,-.

Grundbuchsrecht. Kommentierte Textausgabe zum Grundbuchgesetz für die Praxis. Mit einschlägigen Gesetzen und Vorschriften sowie Vertrags-, Grundbuchs- und sonstigen Mustern. Von *Karl-Heinz Marent* und *Gerhard Preisl*. 3. Auflage, Stand: 1. 1. 2003. Linde Verlag, Wien 2003. 984 Seiten. Geb. € 169,-.

Der untreue Treuhänder. Die Verteilung des Veruntreuungsrisikos beim Liegenschafts Kauf. (ecolex spezial). Von *Christian Rabl*. Manz Verlag, Wien 2002. 116 Seiten. Brosch. € 24,80 (Sonderpreis für ecolex-Abonnenten € 19,80).

Handbuch Immobilien & Steuern. Das Praxishandbuch vom Miet- und Wohnrecht zum Steuerrecht samt Immobilienveranlagung. Von *Walter Stingl* und *Gerhard Nidetzky*. Loseblatt-Ausgabe inklusive 7. Aktualisierungslieferung 2002. Manz Verlag, Wien 2002. 896 Seiten. € 158,-. CD-ROM in Box € 158,-. Kombipaket: Loseblatt-Ausgabe + CD-ROM in Box € 223,-.

Österreichisches Wohnrecht. Kommentar. MRG und WEG. Herausgegeben von *Till Hausmann* und *Andreas Vonkilch*. Loseblattsammlung. 1. Ergänzungslieferung (= 3. Lieferung; Stand November 2002) erschienen. Springer-Verlag, Wien New York 2003 (siehe wobl 2002, 316). € 8,10.

Aktuelles Immobilienhandbuch. Herausgeber: *Bundesinnung der Immobilien- und Vermögenstreuhänder*. Loseblattsammlung. Aktualisierungs- und Ergänzungslieferung Dezember 2002 erschienen. WEKA-Verlag, Wien 2002 (siehe zuletzt wobl 2002, 344).

Wohnungseigentumsgesetz und Nebengesetze. Kommentar auf Basis der aktuellen Judikatur. Von *Ulrike Christine Walter*. Loseblattsammlung. Aktualisierungs- und Ergänzungslieferung Dezember 2002 erschienen. WEKA-Verlag, Wien 2002 (siehe zuletzt wobl 2002, 344).

Verleger: Springer-Verlag KG, Sachsenplatz 4–6, A-1201 Wien. – Herausgeber: Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer, Institut für
Zivilrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. –
Hersteller: Druckerei Ferdinand Berger & Söhne Gesellschaft m.b.H., A-3580 Horn. – Verlagsort: Wien. –
Herstellungsort: Horn.

Printed in Austria
Pb.b./Erscheinungsort Wien/Verlagspostamt 1201 Wien