

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der außerstreitigen Rechtssache der Antragstellerin Christine P*****, vertreten durch Dr. Alfons Adam und Mag. Gernot Steier, Rechtsanwälte in Neulengbach, wider den Antragsgegner Peter P*****, vertreten durch Dr. Ferdinand J. Lanker, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen Benützungsbewilligung, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landesgerichtes Klagenfurt als Rekursgericht vom 21. November 2003, GZ 4 R 322/03z-29, womit der Beschluss des Bezirksgerichtes Wolfsberg vom 24. September 2003, GZ 7 Nc 10/01s-25, bestätigt wurde, folgenden

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die im Umfang des Punkts 2. der erstgerichtlichen Entscheidung

bestätigt werden, werden im Umfang des Punkts 1. dieses Beschlusses aufgehoben.

Dem Erstgericht wird insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

B e g r ü n d u n g :

Die Parteien waren von 1969 bis 1999 miteinander verheiratet.

Mit Kaufvertrag vom 27. März 1985 erwarben sie je zur Hälfte die den Gegenstand des Verfahrens bildende Liegenschaft, bestehend aus dem damals 3.740 m² großen Grundstück 308/9, samt der sich darauf befindlichen alten Ziegeleiherhalle, um dort einerseits einen Kfz-Betrieb und andererseits ein Farbengeschäft zu errichten. Mit in Notariatsaktsform abgeschlossenen Mietverträgen vom 10. Dezember 1985 vermieteten die Antragsteller als Grundstücksgemeinschaft, bestehend in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR), einen Teil der Liegenschaft an den Antragsgegner und einen anderen an die Antragstellerin. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war mit dem Aus- und Umbau der Betriebsgebäude noch nicht begonnen worden. Damals herrschte zwischen den Ehegatten ein gutes Einvernehmen. An einem anderen Standort führte bereits die Antragstellerin einen Lack-Farben-Betrieb und der Antragsgegner einen Kfz-Karosseriewerkstättenbetrieb. Auf der neu angeschafften Liegenschaft sollte ein neues Betriebsgelände gegründet werden und jeder seinen Betrieb selbständig führen. Ausgehend von dieser Situation schlug der damalige Steuerberater der Streitparteien vor, zur vertraglichen Absicherung die angeführten Mietverträge abzuschließen. Die

Gespräche zur Vorbereitung der Vertragserrichtung mit dem Steuerberater und dem Notar führte hauptsächlich die Antragstellerin. Wille der Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Vertragserrichtung war es, eine zivilrechtliche Regelung zwischen ihnen dahin herbeizuführen, dass die Nutzungsverhältnisse auch vertraglich geregelt würden. Es sollte gesichert sein, dass bei Meinungsverschiedenheiten nicht einer den anderen aus der Betriebsliegenschaft hinausdrängen könne. Darüber hinaus waren noch steuerliche Gründe für den Vertragsabschluss maßgebend.

In der Folge baute der Antragsgegner als Einzelunternehmer die Ziegeleiherhalle zum Kfz-Betrieb um und aus, während die Antragstellerin als Einzelunternehmerin das Farbengeschäft errichtete. Die Gebäude waren im November 1986 fertig. Dann führten sie ihre Betriebe auf der Liegenschaft. Die Nutzung erfolgte im Wesentlichen wie in den Mietverträgen planlich dargestellt. Der Dachboden wurde ursprünglich von beiden gemeinsam genutzt, ebenso die dem Farbengeschäft zugeordnete freie Fläche. Bei der Nutzung herrschte Einvernehmen, die Mietzinse wurden wie vereinbart gezahlt.

Mit Kaufvertrag vom 26. August 1987 erwarben die Parteien einen östlich an die ursprüngliche Liegenschaft anschließenden, 272 m² Grundstücksstreifen. Dieser wurde "aus den Geldern" der GesbR finanziert. Über die Nutzung des Streifens trafen die Streitparteien keine Vereinbarung; von Anfang an nützte ihn der Antragsteller.

Mit Notariatsakt vom 27. Oktober 1988 wurde mit dem Antragsgegner als Kommanditisten eine GmbH & Co KG gegründet. Als "Bareinlage" leistete er eine Sacheinlage, indem er das von ihm betriebene Unternehmen in die KG einbrachte. Die Vertriebsliegenschaft verblieb in seinem

Sonderbetriebsvermögen. Die Antragstellerin war bei der Errichtung des Gesellschaftsvertrags zugegen und unterzeichnete ihn. In der Folge betrieb die KG den Kfz-Betrieb. Die Benützungsverhältnisse blieben unverändert. Über die Mietverträge gab es keine Besprechung. 1996 wurde der Firmenwortlaut der KG geändert, als Komplementär trat eine andere GmbH ein. Ab 1996 kam es zu Problemen zwischen den Streitteilen, in der Folge wurde auch ihre Ehe geschieden. Es kam auch über die Bezahlung der Mietzinse zu Differenzen.

Seit der Firmenänderung wird der Kfz-Betrieb unverändert durch die KG und das Farbengeschäft durch die Antragstellerin als Einzelunternehmerin betrieben. Es gab weder Gespräche noch Vereinbarungen der Streitteile darüber, dass die KG nunmehr einen entsprechenden Teil der Liegenschaft nutzt. Sie zahlt derzeit die vereinbarten Mietzinse. Verglichen mit dem Vertrag nutzt die Antragstellerin überdies hinausgehend einen Teil des Dachbodens. Die dem Farbengeschäft zugeordneten Freiflächen des Betriebsareals mit dem öffentlichen Einfahrtsbereich zum Grundstück werden von der Antragstellerin und der KG genutzt.

Die Antragstellerin beehrte die Benützungsregelung betreffend die im gemeinsamen Eigentum mit dem Antragsgegner stehenden Liegenschaft entsprechend einer in einem Lageplan vorgenommenen grafischen Darstellung. Sie brachte dazu im Wesentlichen vor:

Die zwischen ihnen als Grundstücksgemeinschaft in der Rechtsform einer GesbR einerseits und ihnen persönlich andererseits abgeschlossenen Mietverträge vom 10. Dezember 1985 seien Scheinverträge und lediglich zu steuerlichen Zwecken abgeschlossen worden.

Eine zivilrechtliche Bindung sei nicht beabsichtigt gewesen. Die Liegenschaft sei überhaupt nicht zum Abschluss eines Mietvertrags geeignet gewesen. Immer hätten sie beabsichtigt, die beiden Betriebe auf der Liegenschaft als Familienbetriebe zu führen. Der Antragsgegner habe die ihm mit Schreiben vom 26. April 2001 vorgeschlagene einvernehmliche Auflösung der GesbR und der Mietverträge vorgeschlagen. Es bestehe kein gültiges Miet- oder Untermietverhältnis mit der KG. Im Übrigen erkläre sie, die Grundstücksgemeinschaft mit sofortiger Wirkung, in eventu zum nächsten Termin, aufzukündigen. Sie begehre die Gesellschaftsauflösung mit sofortiger Wirkung.

In der Folge brachte die Antragstellerin ergänzend vor, betreffend den später dazu gekauften Grundstücksstreifen sei im Antrag enthalten, dass dieser ohnedies dem Antragsgegner zuzuweisen wäre. Dieser Vorschlag werde beibehalten und es werde ausdrücklich ein Benützungsentgelt für diesen Grundstreifen bzw eine Ausgleichszahlung für diesen Grundstreifen nicht begehrt. Letztlich stellte die Antragstellerin für den Fall, dass die Benützung nicht wie beantragt geregelt werde und die derzeitigen Benützungsverhältnisse in etwa erhalten blieben, den Antrag, ein Benützungsentgelt von 3.500 EUR festzulegen.

Der Antragsgegner beantragte in erster Linie die Zurückweisung des Antrags wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs. Es bestünden über die Liegenschaft rechtswirksame Vereinbarungen. Die Mietverträge seien keineswegs Formalakte. Im Übrigen sei die Frage eines Scheinvertrags nicht im außerstreitigen Rechtsweg zu prüfen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags seien die Pläne für den Bau der Gebäude bereits vorhanden gewesen,

ebenso seien die Baugenehmigungen vorgelegen. Das Einzelunternehmen des Antragsgegners sei in eine KG, die in der Folge umgewandelt worden sei, eingebracht worden. Daher sei nunmehr diese KG Mieterin und auch als solche von der Antragstellerin akzeptiert worden.

Außerdem sei die Rechtsausübung der Antragstellerin schikanös.

Das Erstgericht wies den im Spruch seiner Entscheidung näher bezeichneten nachträglich erworbenen Grundstreifen im Ausmaß von 272 m² dem Antragsgegner zur alleinigen Benützung zu, den darüber hinausgehenden Antrag wies es dagegen ab.

Der Erstrichter traf im Wesentlichen die eingangs wiedergegebenen Feststellungen. Zum Inhalt der Mietverträge verwies er auf die einen integrierenden Bestandteil seiner Feststellungen bildenden Kopien der Notariatsakte samt Plänen. Weiters traf er eingehende Feststellungen über das Ausmaß der derzeitigen Benützung der Liegenschaft durch die Antragstellerin und die KG.

In rechtlicher Hinsicht verneinte der Erstrichter das Vorliegen von Scheinverträgen und gelangte zur Beurteilung, auf Grund der Mietverträge fehle es in deren Umfang an der rechtlichen Verfügbarkeit der Liegenschaft, weshalb eine Benützungsregelung insoweit nicht möglich sei. Das Bestehen eines Bestand- oder sonstigen Benützungsrechts führe zur Abweisung des Antrags auf Benützungsregelung. Der mit Kaufvertrag vom 26. August 1987 erworbene Grundstücksstreifen sei aber nicht Gegenstand der früheren Mietverträge gewesen. Auch nachher seien über diesen keine Vereinbarungen getroffen worden. Darüber sei demnach iSd ausdrücklichen Antrags der Antragstellerin zu entscheiden.

Die Frage des Eintritts der KG in den Mietvertrag mit der GesbR ließ das Erstgericht dahingestellt.

Mit dem angefochtenen Beschluss gab das Rekursgericht dem Rekurs der Antragstellerin nicht Folge. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Das Rekursgericht übernahm die von der Antragstellerin bekämpften Feststellungen als unbedenklich und legte den gesamten vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde.

In rechtlicher Hinsicht führte die zweite Instanz aus, die Zuweisung des nachträglich erworbenen Grundstücksstreifens zur alleinigen Nutzung an den Antragsgegner entspreche ohnehin dem Antrag und der Intention der Antragstellerin, die ein Entgelt für diese alleinige Nutzung nicht begehrt habe. Die Entscheidung widerspreche insofern weder dem Begehren noch werde das Gebot der Billigkeit verletzt. Auch die konkreten Verhältnisse würden nicht aus den Augen verloren. Selbst bei Zubilligung einer Beschwer an die Antragstellerin könne ihr Rekurs insoweit keinen Erfolg haben.

Die Antragstellerin habe nicht behauptet, das Gesellschaftsverhältnis (der GesbR) sei bereits gekündigt worden. Es könne offen bleiben, ob das Benützungsregelungsbegehren als Kündigung der GesbR aufzufassen sei, weil eine solche Kündigung nicht automatisch die Beseitigung der Mietverhältnisse zur Folge hätte. Diese Rechtsverhältnisse gehörten dem Rechtsbestand an und könnten nur im Einvernehmen oder im Streitweg aufgelöst werden. Die Mietverträge könnten auch bei entsprechender inhaltlicher Prüfung nicht als Scheingeschäfte

qualifiziert werden. Die in den Mietverträgen getroffenen Vereinbarungen seien in der Folge im Wesentlichen auch eingehalten und in Vollzug gesetzt worden. Die Vertragsinhalte seien auch nicht unbestimmt. Bestandverhältnisse könnten auch an erst zu errichtenden Gebäuden begründet werden. Dass in der Praxis die tatsächlichen Nutzungsverhältnisse in gewissen Punkten von den Mietverträgen abweichen, könne am Vorliegen einer bindenden Vereinbarung, die eine Benützungsregelung unzulässig mache, nichts ändern.

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Antragstellerin ist zulässig und teilweise berechtigt.

Im Hinblick darauf, dass es sich bei der Regelung der Benützung einer im gemeinsamen Eigentum stehenden Liegenschaft um civil rights iSd EMRK handelt, gilt im vorliegenden Verfahren der aus Art 6 Abs 1 EMRK herleitbare Grundsatz der Waffengleichheit. Diesem gemäß hob der Oberste Gerichtshof in einem Verfahren betreffend die Bestellung eines Heiratsguts den Aufhebungsbeschluss eines Rekursgerichts als nichtig auf (6 Ob 281/01v = JBl 2003, 57 = ecollex 2002/342 = JAB 2002, 111 [*Frauenberger-Pfeiler*] = RPflA 2002/8825). Wie der Oberste Gerichtshof jedoch in dieser Entscheidung in Übereinstimmung mit der bisherigen Rsp zu Recht ausführte, ist das Rechtsmittelverfahren im Außerstreitverfahren, soweit nicht Sonderbestimmungen gelten, grundsätzlich einseitig (gegenteilig ohne nähere Begründung 2 Ob 63/03h). Die Notwendigkeit der Anhörung der Rechtsmittelgegnerin im Rechtsmittelverfahren kann daher im vorliegenden Fall allenfalls auf verfassungsrechtliche Grundsätze (die EMRK)

gestützt werden, nicht aber auf einfaches Gesetz. Der Grundsatz der Waffengleichheit fordert aber die Einbeziehung des Gegners nicht, wenn ohnehin das Rechtsmittel zurückgewiesen (6 Ob 121/00p) oder diesem nicht Folge gegeben wird (zutreffend G. Kodek, Zur Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens, ÖJZ 2004, 534 [540]). Dann ist aber der mangelnden Einbeziehung des Rechtsmittelgegners in das außerstreitige Rechtsmittelverfahren, die dieser selbst nicht geltend gemacht hat, das Gewicht eines amtswegig wahrzunehmenden Nichtigkeit iSd § 15 Z 1 AußStrG nicht zuzumessen. Daraus folgt, dass auch im vorliegenden Fall, in dem der Rekurs der Antragstellerin erfolglos blieb, das Verfahren zweiter Instanz nicht an einer von Amts wegen wahrzunehmenden Nichtigkeit leidet. Die dargelegten Erwägungen erforderten aber die Freistellung der Revisionsrekursbeantwortung.

Vor Behandlung des Rechtsmittels der Antragstellerin ist noch festzuhalten, dass die Antragstellerin in ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs nicht mehr darauf zurückkommt, dass über ihren Antrag auf Aufhebung der GesbR mit dem Antragsgegner nicht (ausdrücklich) entschieden wurde, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

In der Sache vermag die Antragstellerin nicht darzulegen, weshalb aus den vom Rekursgericht übernommenen Feststellungen des Erstgerichts abzuleiten wäre, dass in Ansehung der Mietverträge ein Vertragswille der Parteien nicht vorläge bzw. diese nicht ausreichend bestimmt wären. In diesem Zusammenhang geht die Antragstellerin wiederholt nicht vom festgestellten Sachverhalt aus. Es ist auch nicht erkennbar, dass sekundäre Feststellungsmängel vorlägen. Wie sich aus den

erstinstanzlichen Feststellungen ergibt, wurde der Gegenstand der beiden Mietverträge durch Beilage eines Lageplans determiniert. Nach den Erwägungen in der Beweiswürdigung entsprachen die Vereinbarungen dem Parteiwillen; dass bloß steuerliche Zwecke vorgelegen seien, verneinte der Erstrichter ausdrücklich. Auch zum Inhalt der Bestandverträge liegen die dargelegten Feststellungen vor.

Soweit sich die Antragstellerin auch noch im Revisionsrekurs darauf beruft, sie habe schon mit ihrem verfahrenseinleitenden Antrag die Auflösung der GesbR mit sofortiger Wirkung erklärt, übersieht sie, dass sich nach stRsp die GesbR mit ihrer Auflösung in eine schlichte Rechtsgemeinschaft verwandelt, die solange besteht, bis sie durch Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens beendet wird (Nachweise bei *Grillberger* in *Rummel* 3 § 1215 ABGB Rz 2). § 1215 ABGB verweist ja ausdrücklich auf die Bestimmungen über die Teilung einer gemeinschaftlichen Sache. Weiters lässt auch die Auflösung der GesbR die Haftung und Forderungsberechtigung der Gesellschafter für vorher entstandene Forderungen unberührt (Nachweise bei *Grillberger*, aaO §§ 1202, 1203 ABGB Rz 10). Das muss auch für die vorliegenden Mietverträge gelten, die somit zunächst aufrecht bleiben.

Die behaupteten Verfahrensmängeln zweiter Instanz - soweit nicht ohnehin bloß unzulässigerweise die Feststellungen des Erstgerichts bekämpft werden - liegen nicht vor, wovon sich der Oberste Gerichtshof überzeugt hat (§ 16 Abs 4 AußStrG iVm § 510 Abs 3 ZPO).

Dass ausgehend von den getroffenen Feststellungen ihr Antrag grundsätzlich abzuweisen war, bestreitet die Antragstellerin zu Recht nicht mehr.

Zu Recht wendet sie sich dagegen, dass bei gleichzeitiger Abweisung des übrigen Benützungsregelungsbegehrens allein ein relativ kleiner Grundstreifen dem Antragsgegner zur alleinigen Benützung (ohne Ausgleichsleistung) zugewiesen wurde.

Insoweit kann auch nicht ihre Beschwer verneint werden, obgleich sie in der Tagsatzung vom 4. Juni 2003 (ON 22) ausdrücklich klargestellt hat, dass die Zuweisung dieses Grundstücksstreifens an den Antragsgegner in ihrem Antrag schon von Anfang an enthalten gewesen sei und sie diesbezüglich ausdrücklich ein Benützungsentgelt bzw eine Ausgleichszahlung nicht begehre. Abgesehen davon, dass es durchaus zweifelhaft ist, ob diese Klarstellung so zu verstehen war, dass unbeschadet des Ausgangs des übrigen Verfahrens jedenfalls diese allein zu Gunsten des Antragsgegners ausfallende Benützungsregelung begehrt werden sollte, verweist sie in ihrem Rechtsmittel zu Recht darauf, dass sie in der Tagsatzung vom 19. September 2003 (ON 24), zuletzt für den Fall, dass ihrem Antrag nicht Folge gegeben werde und - was bei Abweisung des Antrags der Fall ist - die derzeitigen Benützungsverhältnisse beibehalten blieben, beantragte ein Benützungsentgelt (offenbar durch den Antragsgegner zu leistendes) als Ausgleich festzulegen. Damit weicht aber die, wie dargelegt - überhaupt kein Benützungsentgelt festlegende Teilstattgebung auch formell vom zuletzt modifizierten Antrag ab. Dadurch ist aber die Antragstellerin durch die von ihr bekämpfte Entscheidung formell beschwert.

In der Sache ist zu erwägen, dass es grundsätzlich dem Sinn und Zweck einer Benützungsregelung in der Miteigentümergeinschaft nach §§ 834, 835 ABGB entspricht, eine Benützungsregelung der gesamten

Liegenschaft herbeizuführen. Andererseits versteht man unter Benützungsbefugnis die Zuweisung der gemeinschaftlichen Sache oder ihrer körperlich begrenzten Teile zur ausschließlichen oder gemeinsamen, auf Dauer oder zumindest auf längere Zeit gedachten Benützung an die Teilhaber und die allfällige Festlegung einer Entgeltleistung für eine ihren Anteil übersteigende Benützung (*Jensik*, Miteigentum-Wohnungseigentum 18; stRsp, SZ 54/163 = JBl 1982, 599 = MietSlg 33/22; RIS-Justiz RS0013635). Daraus geht schon hervor, dass es auch möglich sein muss - etwa bei Einigkeit über die Benützung eines Teils der Liegenschaft - eine gerichtliche Benützungsbefugnis über einen anderen bzw den übrigen Teil herbeizuführen. Eine derartige Absicht kann aber, wie dargelegt der Antragstellerin im vorliegenden Fall nicht unterstellt werden, auch wenn die abgegebene Klarstellung zunächst in diese Richtung deuten hätte können. Geht man - schon mangels entsprechenden Vorbringens dazu - davon aus, dass der fragliche Grundstreifen in die mietvertragliche Regelung niemals einbezogen wurde, geht es nicht an, die Zuweisung des Streifens an den Antragsgegner allein mit dem entsprechenden Antrag der Antragstellerin selbst zu begründen. Zwar handelt es sich bei der Benützungsbefugnis um eine von Billigkeitserwägungen getragene Ermessensentscheidung, deren maßgebende Gesichtspunkt im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sind (*Gamerith* in Rummel3 § 835 ABGB Rz 7 mN), die isolierte Zuweisung eines Liegenschaftsteils ohne Festsetzung eines Benützungsentgelts an einen Miteigentümer kann allerdings mit dem Grundsatz der Billigkeit keinesfalls in Einklang gebracht werden. Vielmehr ist es erforderlich, das für die Benützung dieses Streifens angemessene Entgelt zu ermitteln und - sollte der

Antrag im noch nicht erledigten Umfang aufrechterhalten werden - nach neuerlicher Erörterung der jeweiligen Parteienstandpunkte den Streifen einem der Miteigentümer gegen Leistung eines Benützungsentgelts im Ausmaß der Hälfte des angemessenen erneut zuzuweisen.

Die erforderlichen Beweisaufnahmen lassen es angezeigt erscheinen, im angegebenen Umfang die Entscheidungen beider Vorinstanzen aufzuheben und dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens aufzutragen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 26. August 2004
Dr. S c h i e m e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: