

# TE OGH 2008/4/10 2Ob183/07m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.04.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Danzl, Dr. Veith, Dr. Grohmann und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Kleingartenverein S\*\*\*\*\*, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Franz W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Helmut Buchgraber, Rechtsanwalt in Wien, wegen 1.979,85 EUR sA und Zwischenantrag auf Feststellung (Streitinteresse 10.000 EUR), über den Rekurs und infolge der Revision der beklagten Partei gegen den Beschluss bzw das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 20. Februar 2007, GZ 40 R 336/06t-19, womit das Urteil des Bezirksgerichts Donaustadt vom 24. September 2006, GZ 5 C 155/06w-15, 1.) aus Anlass der Berufung der beklagten Partei im Ausspruch über den Zwischenantrag auf Feststellung aufgehoben und dieser Antrag zurückgewiesen, sowie 2.) in der Hauptsache abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben. Dem Berufungsgericht wird aufgetragen, über die Berufung der beklagten Partei, soweit diese gegen die erstinstanzliche Abweisung des Zwischenantrags auf Feststellung gerichtet ist, unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund zu entscheiden.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

2. Hinsichtlich der „ordentlichen in eventu außerordentlichen Revision“ der beklagten Partei werden die Akten (nach Erledigung des Auftrags gemäß Punkt 1.) dem Erstgericht zurückgestellt.

## Text

Begründung:

Der klagende Kleingartenverein, dem auch der Beklagte als Mitglied angehört, ist Generalpächter einer Kleingartenanlage in Wien. Der Beklagte ist aufgrund des Unterpachtvertrags vom 24. 10. 1983 Unterpächter einer Kleingartenparzelle, auf der ein Gebäude mit einer Grundfläche von 39,94 m<sup>2</sup> und ein Nebengebäude mit einer Grundfläche von 21,94 m<sup>2</sup> errichtet ist. Punkt 2 des Unterpachtvertrags lautet:

„Der Unterpachtzins für diese Gartenparzelle beträgt derzeit [.....] im Jahr; er ändert sich im selben Verhältnis, in dem sich der Pachtzins des Hauptpachtvertrags ändert.“

Im Jahr 1998 vereinbarte die klagende Partei mit den Verpächtern die Erhöhung des Generalpachtzinses sowie die

Entrichtung eines Bebauungszuschlags für alle Parzellen mit einer 35 m<sup>2</sup> Grundfläche überschreitenden Bebauung sowie eines weiteren Zuschlags für ganzjähriges Wohnen. Im Hinblick auf diese Vereinbarung wurden auch die den Unterpächtern vorgeschriebenen Unterpachtzinse anteilig erhöht, wobei der Bebauungszuschlag und der Zuschlag für ganzjähriges Wohnen nur an die „betroffenen“ Unterpächter weiterverrechnet wurde.

Ein auf § 11 Abs 4 KIGG gestützter Antrag des Beklagten auf Überprüfung der Angemessenheit des ihm für das Jahr 2000 vorgeschriebenen Unterpachtzinses wurde mit Sachbeschluss des Bezirksgerichts Donaustadt vom 30. 6. 2003, 61 Msch 10007/02a, abgewiesen. Sein Rekurs an das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien blieb ebenso erfolglos wie der ordentliche Revisionsrekurs, dem der Oberste Gerichtshof mit Sachbeschluss vom 28. 9. 2004, 5 Ob 75/04x, nicht Folge gab. Ein auf Paragraph 11, Absatz 4, KIGG gestützter Antrag des Beklagten auf Überprüfung der Angemessenheit des ihm für das Jahr 2000 vorgeschriebenen Unterpachtzinses wurde mit Sachbeschluss des Bezirksgerichts Donaustadt vom 30. 6. 2003, 61 Msch 10007/02a, abgewiesen. Sein Rekurs an das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien blieb ebenso erfolglos wie der ordentliche Revisionsrekurs, dem der Oberste Gerichtshof mit Sachbeschluss vom 28. 9. 2004, 5 Ob 75/04x, nicht Folge gab.

Für das Jahr 2006 schrieb die klagende Partei dem Beklagten einen Unterpachtzins von 3.217,74 EUR vor, wovon der Beklagte nach Abzug eines Teils der Pachtgebühr und des anteiligen Bebauungszuschlags nur 1.237,89 EUR bezahlte.

Die klagende Partei begehrte mit ihrer am 7. 2. 2006 beim Erstgericht eingebrachten Klage die Zahlung des restlichen Unterpachtzinses für das Jahr 2006 in Höhe von 1.979,85 EUR sA, wobei sie sich auf das erwähnte Msch-Verfahren, einen der Erhöhung des Generalpachtzinses zustimmenden Beschluss der Generalversammlung und die Änderungsklausel im Unterpachtvertrag des Beklagten berief.

Der Beklagte bestritt die „Zulässigkeit und Vertragsgemäßheit der einseitigen Erhöhung des Unterpachtzinses“. Der geschuldete Unterpachtzins ergebe sich primär aus der Auslegung des Unterpachtvertrags. Die darin enthaltene Änderungsklausel sei dahin zu verstehen, dass nur unvermeidliche Erhöhungen des Generalpachtzinses, etwa infolge der Wertsicherungsvereinbarung im Generalpachtvertrag, auf die Unterpächter überwält werden dürften. Hingegen sei die Überwälzung von Erhöhungen, auf die sich der Generalpächter im Nachhinein vertraglich eingelassen habe, durch die besagte Klausel nicht gedeckt. Dies gelte nur nicht für solche Erhöhungen, die zur Abwendung ganz erheblicher Nachteile für die Unterpächter, wie etwa des Verlusts der Parzelle wegen drohender Kündigung des Generalpachtvertrags, vereinbart worden seien. Daran sei ein strenger Maßstab anzulegen. Unbedeutende Zugeständnisse der Verpächter als „Gegenleistung“ rechtfertigten eine Überwälzung nicht. Die Aufteilung des Bebauungszuschlags nur auf die „betroffenen“ Unterpächter sei ebenfalls „gesetz- und vertragswidrig“; sie widerspreche § 11 Abs 2 KIGG, wonach für die Berechnung des Unterpachtzinses ausschließlich das Flächenverhältnis maßgeblich sei. Der Beklagte bestritt die „Zulässigkeit und Vertragsgemäßheit der einseitigen Erhöhung des Unterpachtzinses“. Der geschuldete Unterpachtzins ergebe sich primär aus der Auslegung des Unterpachtvertrags. Die darin enthaltene Änderungsklausel sei dahin zu verstehen, dass nur unvermeidliche Erhöhungen des Generalpachtzinses, etwa infolge der Wertsicherungsvereinbarung im Generalpachtvertrag, auf die Unterpächter überwält werden dürften. Hingegen sei die Überwälzung von Erhöhungen, auf die sich der Generalpächter im Nachhinein vertraglich eingelassen habe, durch die besagte Klausel nicht gedeckt. Dies gelte nur nicht für solche Erhöhungen, die zur Abwendung ganz erheblicher Nachteile für die Unterpächter, wie etwa des Verlusts der Parzelle wegen drohender Kündigung des Generalpachtvertrags, vereinbart worden seien. Daran sei ein strenger Maßstab anzulegen. Unbedeutende Zugeständnisse der Verpächter als „Gegenleistung“ rechtfertigten eine Überwälzung nicht. Die Aufteilung des Bebauungszuschlags nur auf die „betroffenen“ Unterpächter sei ebenfalls „gesetz- und vertragswidrig“; sie widerspreche Paragraph 11, Absatz 2, KIGG, wonach für die Berechnung des Unterpachtzinses ausschließlich das Flächenverhältnis maßgeblich sei.

Im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens stellte der Beklagte einen mit 10.000 EUR bewerteten Zwischenantrag auf Feststellung des Wortlauts, „es möge festgestellt werden, dass die klagende Partei nicht berechtigt sei, bei Vorschreibung des Unterpachtzinses an den Beklagten die Erhöhung des Generalpachtvertrags durch den Nachtrag zum 1. 1. 1999 zu berücksichtigen, in eventu festzustellen, dass die klagende Partei vom Beklagten nur einen solchen Unterpachtzins zu verlangen berechtigt sei, der dem flächenmäßigen Anteil des Kleingartens des Beklagten zur Gesamtfläche der in Unterpacht gegebenen Kleingärten entspreche“.

Die klagende Partei bestreitet die Berechtigung des Zwischenantrags. Über die Angemessenheit des Unterpachtzinses liege bereits eine rechtskräftige Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vor.

Das Erstgericht wies den Zwischenfeststellungsantrag des Beklagten im Umfang des Haupt- und Eventualbegehrens ab und gab dem Klagebegehren statt.

Das Berufungsgericht hob aus Anlass der Berufung des Beklagten das angefochtene Urteil mit Beschluss im Umfang der Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag auf und wies den Antrag (Haupt- und Eventualbegehren) zurück. Im Übrigen änderte es die erstinstanzliche Entscheidung dahin ab, dass es den Zuspruch auf 1.809,34 EUR sA verminderte und das Mehrbegehren von 170,51 EUR sA abwies. Es sprach ferner aus, dass die Revision jedenfalls unzulässig sei.

Zum Zwischenfeststellungsantrag führte das Berufungsgericht aus, Streitigkeiten über die Angemessenheit des vereinbarten Unterpachtzinses seien gemäß § 11 Abs 4 KIGG auf Antrag eines Vertragspartners im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden. „Angemessenheit“ sei in diesem Zusammenhang als „Zulässigkeit“ zu verstehen. Die Regelung verweise alle Anträge ins außerstreitige Verfahren, in denen es um die Feststellung gehe, ob der vereinbarte oder begehrte Unterpachtzins den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Welcher Unterpachtzins vereinbarungsgemäß zu bezahlen sei, sei dagegen im streitigen Rechtsweg zu entscheiden, könne jedoch allenfalls als Vorfrage auch vom Außerstreitrichter zu prüfen sein. Entscheidend sei dabei nach § 40a JN ausschließlich das Begehren und das Vorbringen der den Rechtsschutzantrag stellenden Partei. Zum Zwischenfeststellungsantrag führte das Berufungsgericht aus, Streitigkeiten über die Angemessenheit des vereinbarten Unterpachtzinses seien gemäß Paragraph 11, Absatz 4, KIGG auf Antrag eines Vertragspartners im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden. „Angemessenheit“ sei in diesem Zusammenhang als „Zulässigkeit“ zu verstehen. Die Regelung verweise alle Anträge ins außerstreitige Verfahren, in denen es um die Feststellung gehe, ob der vereinbarte oder begehrte Unterpachtzins den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Welcher Unterpachtzins vereinbarungsgemäß zu bezahlen sei, sei dagegen im streitigen Rechtsweg zu entscheiden, könne jedoch allenfalls als Vorfrage auch vom Außerstreitrichter zu prüfen sein. Entscheidend sei dabei nach Paragraph 40 a, JN ausschließlich das Begehren und das Vorbringen der den Rechtsschutzantrag stellenden Partei.

Nach § 236 Abs 2 ZPO sei ein Zwischenantrag auf Feststellung dann unzulässig, wenn über den Gegenstand eines solchen Antrags nur in einem besonderen, für Angelegenheiten dieser Art ausschließlich vorgeschriebenen Verfahren verhandelt werden kann. Daher seien im streitigen Verfahren Zwischenfeststellungsanträge über Angelegenheiten unzulässig, die ins Außerstreitverfahren verwiesen sind. Das Hauptbegehren des Zwischenantrags des Beklagten zielen nach seiner Formulierung auf die Feststellung der Unzulässigkeit des von der klagenden Partei geltend gemachten Unterpachtzinses, nicht aber auf seine Vertragswidrigkeit ab. Die Frage, was die Parteien vereinbart hätten und wie diese Vereinbarung auszulegen sei, sei dagegen nur Vorfrage. Auch beim Eventualbegehren stehe die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Vorschreibung des Unterpachtzinses im Vordergrund. Nach Paragraph 236, Absatz 2, ZPO sei ein Zwischenantrag auf Feststellung dann unzulässig, wenn über den Gegenstand eines solchen Antrags nur in einem besonderen, für Angelegenheiten dieser Art ausschließlich vorgeschriebenen Verfahren verhandelt werden kann. Daher seien im streitigen Verfahren Zwischenfeststellungsanträge über Angelegenheiten unzulässig, die ins Außerstreitverfahren verwiesen sind. Das Hauptbegehren des Zwischenantrags des Beklagten zielen nach seiner Formulierung auf die Feststellung der Unzulässigkeit des von der klagenden Partei geltend gemachten Unterpachtzinses, nicht aber auf seine Vertragswidrigkeit ab. Die Frage, was die Parteien vereinbart hätten und wie diese Vereinbarung auszulegen sei, sei dagegen nur Vorfrage. Auch beim Eventualbegehren stehe die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Vorschreibung des Unterpachtzinses im Vordergrund.

Haupt- und Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags seien daher ausschließlich im außerstreitigen Verfahren zu behandeln; die Geltendmachung im streitigen Verfahren sei unzulässig. Das diesbezügliche Verfahren sei nichtig und der Zwischenfeststellungsantrag sei zurückzuweisen. Infolge der Unzulässigkeit des Zwischenfeststellungsantrags seien die Streitwerte des Antrags und des Klagebegehrens nicht zusammenzurechnen. Im Umfang der Entscheidung über das Klagebegehren sei die Revision daher gemäß § 502 Abs 2 ZPO jedenfalls unzulässig. Haupt- und Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags seien daher ausschließlich im außerstreitigen Verfahren zu behandeln; die Geltendmachung im streitigen Verfahren sei unzulässig. Das diesbezügliche Verfahren sei nichtig und der Zwischenfeststellungsantrag sei zurückzuweisen. Infolge der Unzulässigkeit des Zwischenfeststellungsantrags seien die Streitwerte des Antrags und des Klagebegehrens nicht

zusammenzurechnen. Im Umfang der Entscheidung über das Klagebegehren sei die Revision daher gemäß Paragraph 502, Absatz 2, ZPO jedenfalls unzulässig.

Der Beklagte bekämpft die zweitinstanzliche Entscheidung, soweit sie den Zwischenfeststellungsantrag zum Gegenstand hat, mit Rekurs und in ihrem bestätigenden Teil mit „ordentlicher in eventu außerordentlicher“ Revision, wobei seine Rechtsmittelanträge auf die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der Stattgebung des Zwischenfeststellungsantrags bzw der gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens gerichtet sind. Hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt.

Eine Rechtsmittelbeantwortung wurde nicht erstattet.

Mit Beschluss vom 3. 5. 2007 wies das Berufungsgericht den mit den Rechtsmitteln verbundenen Antrag des Beklagten, den unterbliebenen Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands nachzuholen und den Ausspruch über die absolute Unzulässigkeit der Revision entsprechend zu korrigieren, ab. Es fügte dem Vorlagebericht des Erstgerichts das Bemerkten bei, dass seiner Ansicht nach sowohl der Rekurs als auch die Revision jedenfalls unzulässig sei.

Entgegen dieser Rechtsansicht ist der Rekurs zulässig und auch berechtigt; hingegen kann die Zulässigkeit der Revision noch nicht beurteilt werden.

### **Rechtliche Beurteilung**

#### **1. Zum Rekurs:**

##### **a) Zur Zulässigkeit:**

Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil in seinem Ausspruch über den Zwischenfeststellungsantrag des Beklagten aus Anlass der Berufung aufgehoben und den Antrag zurückgewiesen. Ein solcher Beschluss ist mit Rekurs jedenfalls anfechtbar, weil nach ständiger Rechtsprechung § 519 Abs 1 Z 1 ZPO sinngemäß anzuwenden ist (SZ 29/2; 6 Ob 547/91; 1 Ob 6/03v mwN; RIS-Justiz RS0039705). Die Rekursfrist beträgt vier Wochen (§ 521 Abs 1 iVm § 521a Abs 1 Z 3 ZPO); das Rechtsmittelverfahren ist zweiseitig (§ 521a Abs 1 Z 3 ZPO), wobei im vorliegenden Fall die - ungenützt verstrichene - vierwöchige Frist zur Erstattung der Rekursbeantwortung mit der Zustellung der Gleichschrift des Rechtsmittelschriftsatzes am 19. 6. 2007 in Lauf gesetzt worden ist. Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil in seinem Ausspruch über den Zwischenfeststellungsantrag des Beklagten aus Anlass der Berufung aufgehoben und den Antrag zurückgewiesen. Ein solcher Beschluss ist mit Rekurs jedenfalls anfechtbar, weil nach ständiger Rechtsprechung Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO sinngemäß anzuwenden ist (SZ 29/2; 6 Ob 547/91; 1 Ob 6/03v mwN; RIS-Justiz RS0039705). Die Rekursfrist beträgt vier Wochen (Paragraph 521, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 521 a, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO); das Rechtsmittelverfahren ist zweiseitig (Paragraph 521 a, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO), wobei im vorliegenden Fall die - ungenützt verstrichene - vierwöchige Frist zur Erstattung der Rekursbeantwortung mit der Zustellung der Gleichschrift des Rechtsmittelschriftsatzes am 19. 6. 2007 in Lauf gesetzt worden ist.

Es trifft wohl zu, dass nach rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens über das Klagebegehren ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag wegen dessen fehlender Präjudizialität für die Hauptsache nicht mehr zulässig ist (1 Ob 611/94; 3 Ob 169/05g; RIS-Justiz RS0039590 [T1 und 4]). Im hier zu beurteilenden Rechtsstreit ist aus folgenden Gründen aber noch ungeklärt, ob das Urteil über das Klagebegehren tatsächlich bereits in Rechtskraft erwachsen ist:

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sind die Streitwerte der Klage und eines vom Kläger oder Beklagten gestellten Zwischenantrags auf Feststellung zusammenzurechnen (RIS-Justiz RS0039661). Die Zusammenrechnung setzt aber einen zulässigen Zwischenfeststellungsantrag voraus; wurde der Antrag als unzulässig zurückgewiesen, findet keine Zusammenrechnung statt (5 Ob 539/91; 8 Ob 1657/91; 7 Ob 569/94; RIS-Justiz RS0039661 [T2]; im Ergebnis gegenteilig ohne Begründung nur 4 Ob 529/91). Von dieser Rechtslage ausgehend hat das Berufungsgericht folgerichtig einen Bewertungsausspruch gemäß § 500 Abs 2 Z 1 ZPO unterlassen und die Zulässigkeit der Revision nur nach dem Klagebegehren beurteilt, entspricht es doch seiner Rechtsansicht, dass der Zwischenfeststellungsantrag unzulässig ist (vgl 6 Ob 547/91). Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sind die Streitwerte der Klage und eines vom Kläger oder Beklagten gestellten Zwischenantrags auf Feststellung zusammenzurechnen (RIS-Justiz RS0039661). Die Zusammenrechnung setzt aber einen zulässigen Zwischenfeststellungsantrag voraus; wurde der Antrag als unzulässig zurückgewiesen, findet keine

Zusammenrechnung statt (5 Ob 539/91; 8 Ob 1657/91; 7 Ob 569/94; RIS-Justiz RS0039661 [T2]; im Ergebnis gegenteilig ohne Begründung nur 4 Ob 529/91). Von dieser Rechtslage ausgehend hat das Berufungsgericht folgerichtig einen Bewertungsausspruch gemäß Paragraph 500, Absatz 2, Ziffer eins, ZPO unterlassen und die Zulässigkeit der Revision nur nach dem Klagebegehren beurteilt, entspricht es doch seiner Rechtsansicht, dass der Zwischenfeststellungsantrag unzulässig ist (vergleiche 6 Ob 547/91).

Würde sich diese Rechtsansicht allerdings als unrichtig erweisen, sodass auch über den gegen die erstinstanzliche Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags gerichteten Teil der Berufung meritorisch entschieden werden muss, wäre der Bewertungsausspruch samt einem den gesamten Entscheidungsgegenstand erfassenden Ausspruch über die Zulässigkeit der (ordentlichen) Revision nachzuholen. Die Anfechtbarkeit, damit aber auch die Rechtskraft des in der Hauptsache ergangenen Urteils hängt demnach vom rechtlichen Schicksal des den Zwischenfeststellungsantrag zurückweisenden Beschlusses ab. Dieser muss daher im Rechtsmittelweg überprüfbar sein (so im Ergebnis bereits 6 Ob 547/91).

b) Zur Berechtigung:

Der Beklagte macht geltend, er habe ausdrücklich die Vertragswidrigkeit des vorgeschriebenen Unterpachtzinses, nicht aber dessen Gesetzeswidrigkeit oder Unangemessenheit behauptet. Auch hinsichtlich des Bebauungszuschlags habe er sich primär darauf berufen, dass die Überwälzung auf die Unterpächter der getroffenen Vereinbarung widerspreche und nur hilfsweise die Gesetzeswidrigkeit der Aufteilung bloß auf die „betroffenen“ Unterpächter eingewandt. Das Berufungsgericht habe die aus diesem Vorbringen eindeutig erkennbare Zielrichtung des Zwischenfeststellungsantrags verkannt.

Hiezu wurde erwogen:

Die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung setzt nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung voraus, dass das strittige Recht oder Rechtsverhältnis für die Entscheidung in der Hauptsache präjudiziell ist und dass die Wirkung der begehrten Feststellung über den konkreten Rechtsstreit hinausreicht (1 Ob 130/02b; 1 Ob 43/05p; 1 Ob 8/07v; 10 Ob 6/07s; RIS-Justiz RS0039600). Neben diesen - vom Erstgericht zutreffend bejahten - besonderen Erfordernissen müssen für einen Zwischenantrag auf Feststellung aber auch die allgemeinen Prozessvoraussetzungen gegeben sein (4 Ob 529/91; Rechberger/Klicka in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> § 236 Rz 6; Deixler-Hübner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III § 236 Rz 11 ff). Ein im streitigen Verfahren gestellter Zwischenantrag ist daher etwa dann unzulässig, wenn die Überprüfung des präjudiziellen Rechts oder Rechtsverhältnisses in das außerstreitige Verfahren gehört (MietSlg 5317; Deixler-Hübner aaO § 236 Rz 13). Die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung setzt nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung voraus, dass das strittige Recht oder Rechtsverhältnis für die Entscheidung in der Hauptsache präjudiziell ist und dass die Wirkung der begehrten Feststellung über den konkreten Rechtsstreit hinausreicht (1 Ob 130/02b; 1 Ob 43/05p; 1 Ob 8/07v; 10 Ob 6/07s; RIS-Justiz RS0039600). Neben diesen - vom Erstgericht zutreffend bejahten - besonderen Erfordernissen müssen für einen Zwischenantrag auf Feststellung aber auch die allgemeinen Prozessvoraussetzungen gegeben sein (4 Ob 529/91; Rechberger/Klicka in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> Paragraph 236, Rz 6; Deixler-Hübner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> römisch III Paragraph 236, Rz 11 ff). Ein im streitigen Verfahren gestellter Zwischenantrag ist daher etwa dann unzulässig, wenn die Überprüfung des präjudiziellen Rechts oder Rechtsverhältnisses in das außerstreitige Verfahren gehört (MietSlg 5317; Deixler-Hübner aaO Paragraph 236, Rz 13).

Die Zulässigkeit des außerstreitigen Verfahrens ist für wohnrechtliche Angelegenheiten gegeben, wenn das Gesetz die betreffende Angelegenheit ausdrücklich oder wenigstens unzweifelhaft schlüssig in das außerstreitige Verfahren verweist (5 Ob 220/07z mwN; vgl. RIS-Justiz RS0005948, RS0012214 [T1]). Dieser Grundsatz gilt ebenso für Angelegenheiten nach dem Kleingartengesetz. Ob über einen konkreten Rechtsschutzantrag im streitigen oder außerstreitigen Verfahren zu entscheiden ist, ist nach dem Wortlaut des Entscheidungsbegehrens und den zu seiner Begründung vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen zu beurteilen. Ohne Einfluss ist es dagegen, was der Gegner einwendet und ob der behauptete Anspruch berechtigt ist (5 Ob 157/92; 5 Ob 170/01p; 5 Ob 220/07z; RIS-Justiz RS0005861, RS0005896 [T17 und 19], RS0013639 [T12, 15, 17 und 19]; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht<sup>21</sup> § 37 MRG Rz 4). Die Zulässigkeit des außerstreitigen Verfahrens ist für wohnrechtliche Angelegenheiten gegeben, wenn das Gesetz die betreffende Angelegenheit ausdrücklich oder wenigstens unzweifelhaft schlüssig in das außerstreitige Verfahren verweist (5 Ob 220/07z mwN; vergleiche RIS-Justiz RS0005948, RS0012214 [T1]). Dieser

Grundsatz gilt ebenso für Angelegenheiten nach dem Kleingartengesetz. Ob über einen konkreten Rechtsschutzantrag im streitigen oder außerstreitigen Verfahren zu entscheiden ist, ist nach dem Wortlaut des Entscheidungsbegehrens und den zu seiner Begründung vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen zu beurteilen. Ohne Einfluss ist es dagegen, was der Gegner einwendet und ob der behauptete Anspruch berechtigt ist (5 Ob 157/92; 5 Ob 170/01p; 5 Ob 220/07z; RIS-Justiz RS0005861, RS0005896 [T17 und 19], RS0013639 [T12, 15, 17 und 19]; Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht<sup>21</sup> Paragraph 37, MRG Rz 4).

§ 11 Abs 4 KIGG verweist Ansprüche des Unterpächters auf Überprüfung der Angemessenheit des vereinbarten Unterpachtzinses (erster Fall) sowie auf Neufestsetzung eines geänderten Unterpachtzinses (zweiter Fall) in das außerstreitige Verfahren. Das Berufungsgericht hat das Zwischenfeststellungsbegehren des Beklagten als solches im Sinne des § 11 Abs 4 erster Fall KIGG qualifiziert und sich dabei auf die in der Vorentscheidung 5 Ob 75/04x vertretene Rechtsansicht gestützt, wonach die hiebei zu prüfende „Angemessenheit“ wie im Verfahren nach § 37 Abs 1 Z 8 MRG in berichtigender Auslegung stets als „Zulässigkeit“ verstanden werden müsse. Damit ist aber die gesetzliche Zulässigkeit, das heißt die Übereinstimmung des vereinbarten oder begehrten Unterpachtzinses mit den zwingenden Zinsbildungsvorschriften des Kleingartengesetzes gemeint. Die Frage, welcher Unterpachtzins vereinbarungsgemäß zu zahlen ist, bleibt hingegen der Entscheidung im streitigen Verfahren vorbehalten, sofern sie nicht im außerstreitigen Verfahren als Vorfrage gelöst werden muss (vgl 5 Ob 2/92; 5 Ob 157/92; 5 Ob 75/04x; RIS-Justiz RS0069523). Paragraph 11, Absatz 4, KIGG verweist Ansprüche des Unterpächters auf Überprüfung der Angemessenheit des vereinbarten Unterpachtzinses (erster Fall) sowie auf Neufestsetzung eines geänderten Unterpachtzinses (zweiter Fall) in das außerstreitige Verfahren. Das Berufungsgericht hat das Zwischenfeststellungsbegehren des Beklagten als solches im Sinne des Paragraph 11, Absatz 4, erster Fall KIGG qualifiziert und sich dabei auf die in der Vorentscheidung 5 Ob 75/04x vertretene Rechtsansicht gestützt, wonach die hiebei zu prüfende „Angemessenheit“ wie im Verfahren nach Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 8, MRG in berichtigender Auslegung stets als „Zulässigkeit“ verstanden werden müsse. Damit ist aber die gesetzliche Zulässigkeit, das heißt die Übereinstimmung des vereinbarten oder begehrten Unterpachtzinses mit den zwingenden Zinsbildungsvorschriften des Kleingartengesetzes gemeint. Die Frage, welcher Unterpachtzins vereinbarungsgemäß zu zahlen ist, bleibt hingegen der Entscheidung im streitigen Verfahren vorbehalten, sofern sie nicht im außerstreitigen Verfahren als Vorfrage gelöst werden muss (vergleiche 5 Ob 2/92; 5 Ob 157/92; 5 Ob 75/04x; RIS-Justiz RS0069523).

Der Beklagte nahm bei der Formulierung des Hauptbegehrens seines Zwischenfeststellungsantrags auf die vertragliche Regelung des Unterpachtzinses zwar keinen Bezug. Seine - auch das Zwischenfeststellungsbegehren tragenden - Einwendungen gegen das Zahlungsbegehren der klagenden Partei lassen aber keinen Zweifel daran, dass es ihm dabei ausschließlich um die Klärung des strittigen Regelungsinhalts der im Unterpachtvertrag enthaltenen Änderungsklausel ging. Er strebt somit im Ergebnis die Feststellung an, dass die klagende Partei aufgrund der vertraglichen Regelung des Unterpachtvertrags zur Überwälzung der aus dem Nachtrag zum Generalpachtvertrag resultierenden Erhöhungsbeträge auf ihn nicht berechtigt sei. Fragen der gesetzlichen Zulässigkeit des vorgeschriebenen Unterpachtzinses stehen bei der Erledigung dieses Begehrens nicht zur Beurteilung an. Es geht vielmehr um die Auslegung der im Unterpachtvertrag enthaltenen Änderungsklausel, die - bei richtigem Verständnis des Antragsbegehrens - nicht als Vorfrage in einem auf den außerstreitigen Rechtsweg verwiesenen Verfahren nach § 11 Abs 4 erster Fall KIGG, sondern im streitigen Rechtsweg zu klären ist. Der Beklagte nahm bei der Formulierung des Hauptbegehrens seines Zwischenfeststellungsantrags auf die vertragliche Regelung des Unterpachtzinses zwar keinen Bezug. Seine - auch das Zwischenfeststellungsbegehren tragenden - Einwendungen gegen das Zahlungsbegehren der klagenden Partei lassen aber keinen Zweifel daran, dass es ihm dabei ausschließlich um die Klärung des strittigen Regelungsinhalts der im Unterpachtvertrag enthaltenen Änderungsklausel ging. Er strebt somit im Ergebnis die Feststellung an, dass die klagende Partei aufgrund der vertraglichen Regelung des Unterpachtvertrags zur Überwälzung der aus dem Nachtrag zum Generalpachtvertrag resultierenden Erhöhungsbeträge auf ihn nicht berechtigt sei. Fragen der gesetzlichen Zulässigkeit des vorgeschriebenen Unterpachtzinses stehen bei der Erledigung dieses Begehrens nicht zur Beurteilung an. Es geht vielmehr um die Auslegung der im Unterpachtvertrag enthaltenen Änderungsklausel, die - bei richtigem Verständnis des Antragsbegehrens - nicht als Vorfrage in einem auf den außerstreitigen Rechtsweg verwiesenen Verfahren nach Paragraph 11, Absatz 4, erster Fall KIGG, sondern im streitigen Rechtsweg zu klären ist.

Da somit hinsichtlich des Hauptbegehrens des vom Beklagten gestellten Zwischenantrags auf Feststellung der streitige

Rechtsweg zulässig ist (und auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 236 ZPO vorliegen), erweist sich der Zurückweisungsbeschluss des Berufungsgerichts als unrichtig. Dieses wird im fortzusetzenden Berufungsverfahren die Berufung des Beklagten auch im erörterten Umfang meritorisch zu behandeln haben. Sollte danach dem Hauptbegehren des Zwischenfeststellungsantrags stattzugeben sein, läge es am Berufungsgericht, dem Spruch eine dem Inhalt und Sinn des Begehrens entsprechende deutlichere Fassung zu geben (RIS-Justiz RS0038852). Bleibt es aber bei der abweisenden Entscheidung des Erstgerichts, ist schon an dieser Stelle anzumerken, dass der erkennende Senat die Rechtsansicht des Berufungsgerichts zur Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs für das Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags des Beklagten aus den in der zweitinstanzlichen Entscheidung dargelegten Gründen teilt. Da somit hinsichtlich des Hauptbegehrens des vom Beklagten gestellten Zwischenantrags auf Feststellung der streitigen Rechtsweg zulässig ist (und auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 236, ZPO vorliegen), erweist sich der Zurückweisungsbeschluss des Berufungsgerichts als unrichtig. Dieses wird im fortzusetzenden Berufungsverfahren die Berufung des Beklagten auch im erörterten Umfang meritorisch zu behandeln haben. Sollte danach dem Hauptbegehren des Zwischenfeststellungsantrags stattzugeben sein, läge es am Berufungsgericht, dem Spruch eine dem Inhalt und Sinn des Begehrens entsprechende deutlichere Fassung zu geben (RIS-Justiz RS0038852). Bleibt es aber bei der abweisenden Entscheidung des Erstgerichts, ist schon an dieser Stelle anzumerken, dass der erkennende Senat die Rechtsansicht des Berufungsgerichts zur Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs für das Eventualbegehren des Zwischenfeststellungsantrags des Beklagten aus den in der zweitinstanzlichen Entscheidung dargelegten Gründen teilt.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, ZPO.

## 2. Zur Revision:

Die Aktenvorlage erweist sich hinsichtlich der Revision des Beklagten im gegenwärtigen Verfahrensstadium als verfehlt.

Wie in Punkt 1 a) bereits dargelegt wurde, hängt die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels von dem nach der meritorischen Entscheidung über den noch unerledigten Teil der Berufung nachzuholenden Bewertungsausspruch (§ 500 Abs 2 Z 1 ZPO) und dem daran anknüpfenden (neuen) Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision ab und kann derzeit nicht beurteilt werden. Wie in Punkt 1 a) bereits dargelegt wurde, hängt die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels von dem nach der meritorischen Entscheidung über den noch unerledigten Teil der Berufung nachzuholenden Bewertungsausspruch (Paragraph 500, Absatz 2, Ziffer eins, ZPO) und dem daran anknüpfenden (neuen) Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision ab und kann derzeit nicht beurteilt werden.

Sollte der Entscheidungsgegenstand nach dem - bindenden - Bewertungsausspruch 4.000 EUR unterschreiten, wäre die Revision nach § 502 Abs 2 ZPO jedenfalls unzulässig. Bei einem zwar 4.000 EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteigenden Entscheidungsgegenstand käme es darauf an, ob das Berufungsgericht die ordentliche Revision für zulässig erklärt. Bejahendenfalls wären die Akten dem Obersten Gerichtshof zur Erledigung der Revision vorzulegen. Bei Verneinung der Zulässigkeit wäre auch ein außerordentliches Rechtsmittel nicht zulässig; in diesem Fall stünde dem Beklagten ein Antrag auf Abänderung des Zulässigkeitsausspruchs gemäß § 508 Abs 1 ZPO an das Berufungsgericht offen, wobei den Vorinstanzen die Beurteilung obläge, ob das Rechtsmittel des Beklagten insoweit verbesserungsbedürftig ist. Sollte der zweitinstanzliche Entscheidungsgegenstand mit einem über 20.000 EUR liegenden Betrag bewertet werden, wären die Akten jedenfalls dem Obersten Gerichtshof zur Entscheidung über die Revision vorzulegen. Sollte der Entscheidungsgegenstand nach dem - bindenden - Bewertungsausspruch 4.000 EUR unterschreiten, wäre die Revision nach Paragraph 502, Absatz 2, ZPO jedenfalls unzulässig. Bei einem zwar 4.000 EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteigenden Entscheidungsgegenstand käme es darauf an, ob das Berufungsgericht die ordentliche Revision für zulässig erklärt. Bejahendenfalls wären die Akten dem Obersten Gerichtshof zur Erledigung der Revision vorzulegen. Bei Verneinung der Zulässigkeit wäre auch ein außerordentliches Rechtsmittel nicht zulässig; in diesem Fall stünde dem Beklagten ein Antrag auf Abänderung des Zulässigkeitsausspruchs gemäß Paragraph 508, Absatz eins, ZPO an das Berufungsgericht offen, wobei den Vorinstanzen die Beurteilung obläge, ob das Rechtsmittel des Beklagten insoweit verbesserungsbedürftig ist. Sollte der zweitinstanzliche Entscheidungsgegenstand mit einem über 20.000 EUR liegenden Betrag bewertet werden, wären die Akten jedenfalls dem Obersten Gerichtshof zur Entscheidung über die Revision vorzulegen.

**Textnummer**

E87230

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:0020OB00183.07M.0410.000

**Im RIS seit**

10.05.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

03.03.2016

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)