

# TE OGH 2001/3/27 1Ob23/01s

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.03.2001

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei Dr. Gottfried I\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Insam, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei B\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Christian Kuhn und Dr. Wolfgang Vanis, Rechtsanwälte in Wien, wegen Duldung von Eingriffen in ein Bestandverhältnis (Streitwert S 300.000,--), hier: Erlassung einer einstweiligen Verfügung, infolge Revisionsrekurses der klagenden und gefährdeten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Rekursgericht vom 14. November 2000, GZ 3 R 257/00m-84, womit infolge von Rekursen beider Parteien die einstweilige Verfügung des Bezirksgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 20. September 2000, GZ 5 C 20/00k-68, teilweise aufgehoben wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

1. Der Antrag der klagenden und gefährdeten Partei "auf Erledigung dieses Rechtsmittels durch den 5. Zivilsenat", hilfsweise auf Herbeiführung einer Entscheidung des Personalsenats des Obersten Gerichtshofs, wird zurückgewiesen.

2. Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen, die in der teilweisen Abweisung des Sicherungsbegehrens (Punkt 5. des erstinstanzlichen Beschlusses) und der sich darauf beziehenden Zurückweisung des Rekurses (Punkt 1. des angefochtenen Beschlusses) als unangefochten unberührt bleiben, werden im übrigen Umfang dahin abgeändert, dass sie insgesamt zu lauten haben:

"Der Antrag der klagenden und gefährdeten Partei auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, zur Sicherung des Anspruchs auf Durchführung von Bauarbeiten zur Herstellung der in den Beilagen ./A 38 und ./A 39 angeschlossenen Plänen farbig eingezeichneten Bodenplatte bzw Umfassung-(Außen-)Wänden, Stützsäulen und Zwischengeschoss- und Abschlussdecken auf den Grundstücken Nr. 742/1, Nr. 743, Nr. 744/1 und Nr. 744/2 je KG \*\*\*\*\* zur Errichtung einer Tiefgarage entsprechend der rechtskräftigen Baubewilligung des Magistrats der Stadt \*\*\*\*\* Beilage ./A 40 werde der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei 1. aufgetragen, die Durchführung der vorgenannten baulichen Maßnahmen, wie sie insbesondere den genannten Plänen bzw dem genannten Bescheid zu entnehmen sind, zu dulden und alles zu unterlassen, was der Durchführung einer Bauführung durch die gefährdete Partei (und die von ihr beauftragte Bauunternehmung bzw die Professionisten aller für die Bauführung notwendigen Sparten) entgegensteht, und 2. verboten, vom Endbeschluss des Bezirksgerichts \*\*\*\*\* und von dessen Exekutionsbewilligung vom \*\*\*\*\* (Kostenvorauszahlung), in der Art und Weise Gebrauch zu machen, dass in den gegen die gefährdete Partei und gegen

die U\*\*\*\*\* AG anhängigen Exekutionsverfahren, und zwar beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* beim Bezirksgericht Hietzing zu \*\*\*\*\* ab sofort keine zur Anspruchsdurchsetzung dienende Anträge (insbesondere Strafanträge) gestellt werden dürfen, wobei die einstweilige Verfügung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreits 5 C 20/00k des Bezirksgerichts für ZRS Graz bewilligt werde, wird

abgewiesen.

Die klagende und gefährdete Partei ist schuldig, der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei die mit S 25.646,40 (darin S 4.274,40 USt) bestimmten Kosten des Provisorialverfahrens erster und zweiter Instanz binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen."

Die klagende und gefährdete Partei ist schuldig, der beklagten Partei und Gegnerin der gefährdeten Partei die mit S 8.370,-- (darin S 1.395,-- USt) bestimmten Kosten des Revisionsrechtsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## **Text**

Begründung:

Zu 1.:

Gemäß Art 87 B-VG sind die Geschäfte unter die Richter eines Gerichts für die in der Gerichtsverfassung bestimmte Zeit im Voraus zu verteilen. Die einem Richter (einem Senat) nach dieser Geschäftsverteilung zufallende Sache darf ihm nur durch Verfügung des durch die Gerichtsverfassung hiezu berufenen Senats und nur im Falle seiner Verhinderung oder dann abgenommen werden, wenn er wegen des Umfangs seiner Aufgaben an deren Erledigung innerhalb angemessener Frist gehindert ist. Den Parteien steht das prozessuale Recht zum Antrag, dass ein anderer als der nach der festen Geschäftsverteilung eines Gerichtshofs berufene Senat über ihr Rechtsmittel entscheide, nicht zu, sollen sie doch den ihnen genehmen Richter(-senat) nicht wählen können. Derartiges zu verhindern ist einer der Zwecke des Prinzips der im Voraus zu beschließenden festen Geschäftsverteilung (1 Ob 326/99v). Die Zuteilung dieses Aktes an den 1. Senat, der nach der geltenden Geschäftsverteilungsübersicht des Obersten Gerichtshofs unter anderem auch zur Entscheidung allgemeiner Sachen nach dem Verteilungsschlüssel Zivilsachen berufen ist, erfolgte auf Grund der im Punkt VIII A der geltenden Geschäftsverteilung festgelegten Zuteilungskriterien. Entgegen der vom Kläger vertretenen Ansicht ist der von ihm behauptete "untrennbare materielle Zusammenhang" der Rechtssachen nicht geeignet, den festen Verteilungsschlüssel zu durchbrechen, weil keiner der in Punkt VIII A b Z 2 taxativ aufgezählten Fälle der Zuordnung außerhalb der zeitlichen Reihenfolge vorliegt. Insbesondere kann nicht von gleichartigen Akten im Sinn des § 11 Z 1 und 2 ZPO gesprochen werden, weil kein Fall der Streitgenossenschaft vorliegt und zudem das im Folgenden noch näher zu beschreibende, im 5. Senat als Fachsenat anhängig gewesene Verfahren auf anderer Rechtsgrundlage (§§ 8, 37 Abs 1 Z 5 MRG) und für andere Grundstücke abgeführt wurde. Aus bloßen Zweckmäßigkeitsüberlegungen kann die feste Geschäftsverteilung nicht durchbrochen werden, weshalb auch keine Rechtsgrundlage dafür besteht, den Personalsenat von Amts wegen mit der Zuständigkeitsfrage zu befassen, weil dies nur für Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen einzelnen Senaten vorgesehen ist (Pkt VIII C Z 11 der Geschäftsverteilung).

Zu 2.:

Der Kläger ist Eigentümer einer Liegenschaft, zu deren Gutsbestand unter anderem die Grundstücke 739/1, 741/1, 741/3, 742/1 und 742/2 gehören. Die Beklagte ist Hauptmieterin eines Geschäftslokals in einem der auf der Liegenschaft errichteten, auf dem Grundstück 741/1 situierten Häuser.

Eine Immobilienverwaltungs- und Vermittlungsgesellschaft mbH ist Alleineigentümerin einer an die beschriebenen Grundstücke des Klägers angrenzenden Liegenschaft mit den Grundstücken 743, 744/1 und 744/2. In der Natur bilden die Grundstücke beider Liegenschaftseigentümer eine Einheit. Sie stellen eine von Häusern umgebene Hoffläche dar, auf der bzw unterhalb deren der Kläger die hier strittige Errichtung einer Tiefgarage beabsichtigt, wobei der größere Teil der von dem Projekt betroffenen Fläche im Eigentum der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungs-GmbH steht.

Mit dem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Bestandvertrag vom 7. 8. 1976 vermietete die Rechtsvorgängerin des Klägers der Beklagten nicht nur die bereits genannten Geschäftsräumlichkeiten, sondern auch die Hoffläche des Hauses, die zum damaligen Zeitpunkt die Grundstücke 742/2 und 739/1 umfasste. Der Beklagte wurde das Recht zur Benützung dieser Grundstücksflächen zum Be- und Entladen sowie gemeinsam mit den übrigen Bestandnehmern als Parkfläche eingeräumt, wobei ihr mindestens die Hälfte aller PKW-Abstellplätze auf den damals mitangemieteten

Flächen zur Verfügung gestellt wurde.

Mit dem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrag vom 11. 4. 1978 vermietete die Rechtsvorgängerin der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungsgesellschaft mbH dem Kläger das Grundstück Nr. 743 und verzichtete bis zum 30. 6. 1997 auf das Recht der Aufkündigung des Vertrags. Mit Schreiben vom 30. 5. 1989 wurde dieser Kündigungsverzicht bis 30. 6. 2002 verlängert.

Am 3. 9. 1979 schlossen die Streitteile eine Vereinbarung über die gemeinsame Durchführung von Bauarbeiten zur Beseitigung der zwischen den Grundstücken 743 einerseits und 739/1 sowie 742/2 andererseits bestehenden Trennmauer, Errichtung eines ebenerdigen Zubaus als Vorhalle für das Verkaufslokal der Beklagten sowie Herstellung eines kostenpflichtigen Parkplatzes auf der gesamten Hoffläche samt Beleuchtung. Die Verwaltung des Parkplatzes sollte gemäß dieser Vereinbarung dem Kläger obliegen, während die Beklagte für die Einhebung der Parkgebühren sowie die Erhaltung des Parkplatzes und seiner Einrichtungen Sorge zu tragen habe. Die Nutzung des Parkplatzes sollte gemeinsam erfolgen und ein nach Abzug der Spesen für die Instandhaltung und Überwachung des Parkplatzes allenfalls verbleibender Ertrag zwischen den Parteien je zur Hälfte geteilt werden. Der Hälftenanteil des Klägers sollte so lange nicht an diesen ausbezahlt werden, bis die Hälfte der von der Beklagten getragenen Kosten der Bauführung abgegolten war. Die Aufkündigung der Vereinbarung durch einen der beiden Partner sollte nur gleichzeitig mit der Aufkündigung des Bestandverhältnisses an den von der Beklagten angemieteten Geschäftsräumlichkeiten zulässig und überdies vom Weiterbestand der Vereinbarung mit der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungs-GmbH abhängig sein.

Mit Vereinbarung vom 27. 6. 1988 räumte der Kläger unter Bezugnahme auf den im Jahr 1979 geschlossenen Vertrag der Beklagten das Nutzungsrecht zum Abstellen von PKW ihrer Kunden auch auf dem Grundstück Nr. 743 zu Be- und Entladezwecken sowie als Parkplatz je zur Hälfte gemeinsam mit dem Kläger ein. Es wurde festgehalten, dass der Ausbau des Parkplatzes vereinbarungsgemäß abgeschlossen und die vom Kläger zu refundierende Hälfte der Baukosten durch Verrechnung mit den zurückgehaltenen Einnahmen aus den Parkplatzbenützungsgebühren abgegolten sei und dass nunmehr die Gebühren nach Abzug der Verwaltungs- und Instandhaltungskosten je zur Hälfte unter den bisherigen Modalitäten zwischen den Parteien aufgeteilt würden. Die Vereinbarung wurde "vorläufig für die Zeit bis 30. 6. 1997" geschlossen, weil an diesem Tag das Bestandverhältnis zwischen dem Kläger und der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungs-GmbH am Grundstück Nr. 743 Ende. Die Parteien kamen jedoch überein, sich um dessen Verlängerung bis wenigstens 31. 12. 2011 zu bemühen und zu diesem Zweck gemeinsam vorzugehen. Sollte die Verlängerung des Bestandverhältnisses an diesem Grundstück aus welchen Gründen immer nicht möglich sein, würden die Parteien rechtzeitig Verhandlungen aufnehmen, um auf den verbleibenden Hofflächen der Grundstücke Nr. 739/1 und 742/2 eine Hoch- und Tiefgarage zu errichten, um die Anzahl der Parkplätze zu erhöhen. Ausdrücklich wurde abermals vereinbart, dass eine Vertragsbeendigung in welcher Form immer in Abhängigkeit von dem zwischen der Rechtsvorgängerin der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungs-GmbH geschlossenen Mietvertrag aus dem Jahr 1978 nur dann möglich sei, wenn auch der gleichzeitig geschlossene Bestandvertrag über die von der Beklagten benützten Geschäftsräumlichkeiten aufgelöst werde.

In der Folge wurde die Parkfläche vereinbarungsgemäß, so insbesondere auch von Kunden der Beklagten benützt. Dabei wurden in die Parkfläche mit Zustimmung der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungs-GmbH auch deren Grundstücke 744/1 und 744/2 sowie das im Eigentum des Klägers stehende Grundstück 742/1 einbezogen.

Etwa ab dem Jahre 1995 begann der Kläger mit der Planung zur Errichtung einer Tiefgarage auf der als Parkplatz verwendeten Grundfläche. Nach erfolgloser Korrespondenz mit der Beklagten, die die Zustimmung zum Bau einer Tiefgarage wegen der damit verbundenen Einschränkung der Parkmöglichkeiten für ihre Kunden ablehnte, begann der Kläger nach Einholung der behördlichen Bewilligungen durch einen Generalunternehmer am 2. 3. 1998 mit den Bauarbeiten für die Herstellung einer Tiefgarage, indem die Parkfläche gesperrt, die Parkplatzeinrichtungen demontiert, die Asphaltdecke des Parkplatzes entfernt und die Baugrube ausgehoben wurde. Ab diesem Zeitpunkt war es daher Kunden und Mitarbeitern der Beklagten nicht mehr möglich, die Parkfläche zu benützen. Der auf den Parkplatz führende Zugang zum Geschäftslokal der Beklagten musste am 3. 3. 1998 geschlossen werden.

Am 5. 3. 1998 brachte die Beklagte gegen den Kläger und dessen Generalunternehmerin eine Besitzstörungsklage ein. Nach Erlassung einstweiliger Vorkehrungen, mit denen dem Kläger die weitere Bautätigkeit verboten wurde, sprach das Erstgericht mit seinem mittlerweile in Rechtskraft erwachsenen Endbeschluss vom 30. 4. 1998 aus, dass der dort

Beklagte (hier Kläger) und die Generalunternehmerin durch die von ihnen begonnenen Bauarbeiten zur Errichtung der Tiefgarage - Sperre des Parkplatzes, Aufstellung eines Baggers, Entfernung der Asphaltdecke und Aushebung einer Baugrube - die dort klagende Partei (hier Beklagte) im ruhigen Besitz der Hoffläche der Liegenschaft sowie im ruhigen Besitz des Geschäftslokals gestört habe; die (dort) Beklagten seien daher zur ungeteilten Hand schuldig, binnen einer Frist von drei Monaten die Baugrube wieder auf Straßenniveau aufzufüllen und den Parkplatz samt Einfahrt wieder herzustellen und sich in Hinkunft jeder derartigen oder ähnlichen Störungen des ruhigen Besitzes der hier Beklagten an der genannten Hoffläche und am Geschäftslokal zu enthalten. Sowohl auf Grundlage der einstweiligen Vorkehrung als auch des Endbeschlusses wurden gegen den Kläger Unterlassungsexekutionen nach § 355 EO bewilligt.

Neben einer Vielzahl von zwischen den Parteien anhängigen Verfahren (verwiesen sei ohne Anspruch auf Vollständigkeit auf die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs 3 Ob 243/98a; 3 Ob 321/98x; 4 Ob 251/98k; 3 Ob 19/99m; 5 Ob 47/99v; 3 Ob 184/00f; 2 Ob 10/01m) stellte der Kläger auch den Antrag im außerstreitigen Verfahren gemäß § 37 Abs 1 Z 5 MRG, die Beklagte zur Duldung von Veränderungen des Bestandobjekts nach § 8 Abs 2 MRG zu verhalten. In diesem Verfahren erging die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 5 Ob 222/99d, mit der die Sachbeschlüsse der Vorinstanzen im Sinne einer Verpflichtung der Beklagten abgeändert wurden, die Errichtung einer Tiefgarage auf den Grundstücken 743, 744/1 und 744/2 sowie auf den Grundstücken 739/1, 741/1, 741/3, 742/1 und 742/2 entsprechend der rechtskräftigen Baubewilligung vom 8. 8. 1997 insoweit zu dulden, als damit eine Benützung und Veränderung ihres auf den Grundstücken 739/1, 741/1, 741/3 und 742/2 situierten Mietgegenstands (Geschäftslokal mit Kfz-Abstellflächen) verbunden ist. Das Mehrbegehren, die Antragsgegnerin (hier Beklagte) habe für die Errichtung der Tiefgarage gemäß § 8 Abs 2 MRG auch die Benützung und Veränderung der ihr sonst vom Antragsteller für Parkzwecke überlassenen Grundflächen zu dulden, wurde abgewiesen. Die rechtliche Beurteilung dieser Entscheidung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Im Verfahren nach § 37 Abs 1 Z 5 MRG seien nur die sich aus § 8 Abs 2 MRG ergebenden Voraussetzungen des geltend gemachten Duldungsanspruchs zu prüfen. Ob die hier Beklagte vertraglich verpflichtet sei, die Errichtung einer Tiefgarage auf der von ihr benützten Parkfläche zu dulden, könne nur im streitigen Verfahren entschieden werden. Festzuhalten sei auch, dass es sich bei der projektierten unterirdischen Garage schon deshalb um keine Gemeinschaftsanlage im Sinn des § 3 Abs 1 Z 3 MRG handle, weil die projektierte Garage zur Gänze an ein Betreiberunternehmen vermietet werden solle oder sogar schon vermietet sei. Wesensmerkmal einer Gemeinschaftsanlage sei aber, dass die Benützung allen Mietern offen stehe und nur von der Beteiligung an den Betriebskosten abhängig gemacht werde. Ein allfälliger Duldungsanspruch der hier Beklagten könne sich daher nur aus § 8 Abs 2 Z 2 MRG (Durchführung von Veränderungen [Verbesserungen] in einem anderen Mietgegenstand) ergeben. Diese Duldungspflicht könne auch darin bestehen, einen neuen Mietgegenstand zu schaffen, wie dies bereits in Ansehung von Dachboden ausbauten judiziert worden sei. Zumindest für die im Mietvertrag vom 7. 8. 1976 als Parkfläche gewidmeten Grundstücke sei das Vorliegen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verneinen und davon auszugehen, dass sie mit den Geschäftsräumlichkeiten mitgemietet worden seien und daher gemäß § 1 Abs 1 MRG in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen. Auf die übrigen jetzt von der hier Beklagten ebenfalls benützten Parkflächen (die im Fremdeigentum stehenden Grundstücke 743 und 744/1 sowie das dem Kläger gehörende Grundstück 742/1) sei § 8 Abs 2 Z 2 MRG schon deshalb nicht anwendbar, weil sich diese Bestimmung nur gegen den Hauptmieter richte. An den vom Kläger selbst zu Parkzwecken angemieteten Grundstücke sei die Beklagte jedoch - wenn man statt des Vorliegens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Mietverhältnis zwischen den Streitteilen annehme - nur Untermieterin. Auch beim "mitbenützten" Grundstück 742/1 sei nicht von einer Mitvermietung im Sinn des § 1 Abs 1 MRG auszugehen, weil die Ausdehnung der Benützungsrechte der hier Beklagten auf das fragliche Grundstück im Zusammenhang mit einer Erweiterung der Parkfläche auf Grundstücke der Nachbarliegenschaft erfolgt und somit diesem Rechtsverhältnis (Untervermietung) zuzuordnen sei. Damit könne sich die Duldungspflicht gemäß § 8 Abs 2 Z 2 MRG nur auf die Grundstücke 739/1, 741/1, 741/3 und 742/2 beziehen und hätten weitergehende Duldungsansprüche aus vertraglichen Beziehungen der Streitteile in diesem Verfahren als Anspruchsgrundlage außer Betracht zu bleiben. Die von den Vorinstanzen eingehend dargelegte Zumutbarkeit der zur Durchführung des Tiefgaragenprojekts notwendigen bzw zweckmäßigen Eingriffe in das Mietrecht der hier Beklagten stelle diese in ihrem Revisionsrekurs nicht mehr in Frage. Es sei daher nur darauf zu verweisen, dass ihr mit den Eingriffen in ihr Mietrecht zusammenhängende Vermögenseinbußen ohnehin angemessen abzugelten seien.

Mit seiner am 1. 2. 2000 beim Erstgericht eingebrachten Klage begehrte unter anderem der Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen, die Errichtung einer Tiefgarage entsprechend der rechtskräftigen Baubewilligung vom 8. 8. 1997 durch ihn auch insoweit zu dulden, als damit eine Benützung und Veränderung ihres auf den Grundstücken Nr 742/1,

Nr 743, Nr 744/1 und 744/2 situierten Mietgegenstands (Kfz-Abstellflächen) verbunden sei. Der Beklagten stünden an diesen Grundstücken keine Gesellschaftsrechte, sondern Untermietrechte zu. Das erwähnte außerstreitige Verfahren entfalte Bindungswirkung auch für dieses Verfahren, sodass auch hier den Interessen des Klägers an der Verwirklichung seines Bauprojekts gegenüber jenen der Beklagten Vorrang zukomme. Stehe fest, dass der Hauptmieter Eingriffe in seine Rechte dulden müsse, die unter Umständen mit einem Untergang der Bestandsache verbunden seien, so müsse dies umso mehr für den Untermieter gelten. Die wirtschaftlichen Interessen des Untervermieters hätten Vorrang vor jenen des Untermieters. Da die wirtschaftlichen Interessen des Vermieters schutzwürdig seien, wäre auch der Kündigungsgrund des § 30 Abs 1 Z 12 MRG gegeben, demgegenüber die Duldung des Baus der Tiefgarage die weniger beschwerliche Maßnahme darstelle. Die Beklagte sei sowohl auf Grund des Vertrags als auch des Gesetzes verpflichtet, nützliche Bauführungen des Untervermieters zuzulassen. Sie habe zudem die notwendige Zustimmung zum Tiefgaragenbau zumindest konkludent erteilt. Die Wiederauffüllung der Baugrube sei einerseits deswegen, weil die zuständige Baubehörde einen derartigen Antrag abgewiesen habe, und andererseits deshalb, weil die Eigentümerin, die Immobilienverwaltungs- und Vermittlungsgesellschaft mbH einem derartigen Vorgang nicht zustimme, unzulässig. Die neue Parkplatzoberfläche werde oberirdisch wieder alle Funktionen des alten Parkplatzes aufweisen, wobei sich Änderungen lediglich aus den Anpassungen an neue technische Vorschriften ergaben. In der Vereinbarung vom 27. 6. 1988 sei festgehalten, dass die Beklagte für die Benützung des Parkplatzes die jeweils ortsüblichen Gebühren zahlen werde; Entsprechendes werde auch nach Errichtung der Tiefgarage - sofern das Vertragsverhältnis auch noch nach deren Fertigstellung weiterbestehen sollte - gelten. Zudem sei auf Grund Absperrung der Baustellenzufahrt durch den Kläger durch mehr als 30 Tage der Rechtsbesitz der Beklagten an den Grundstücken untergegangen, sodass es ihr an jeder rechtlichen und tatsächlichen Grundlage fehle, die Errichtung der strittigen Tiefgarage zu verhindern.

Die Parteien hätten, da die Kosten der Errichtung des vormaligen Parkplatzes zur Gänze abgegolten seien, keinerlei Ansprüche gegeneinander und für die Beklagte bestehe jederzeit die Möglichkeit, zu den ortsüblichen Preisen in der zu errichtenden Tiefgarage Plätze zu mieten. Der Untergang des Bestandobjekts "Parkplatz" bewirke deshalb in der wirtschaftlichen Sphäre der Beklagten keine ihr nachteilige Veränderung, die bei einer allfälligen Interessenabwägung zu berücksichtigen sei. Der Tiefgaragenbau sei zudem schon so weit fortgeschritten, dass eine Wiederauffüllung der Baugrube unmöglich sei. Eine Entfernung des Baukörpers sei durch keinen wie immer gearteten Titel der Beklagten gedeckt.

Die Beklagte wendete dagegen ein, sie habe auf Grund der Vereinbarungen vom 3. 9. 1979 und 27. 6. 1988 einen einheitlichen Parkplatz errichtet und dabei auch die unbebauten Teile der Grundstücke Nr 744/1 und Nr 744/2 genutzt. Die Rechtsstellung des Untermieters sei nicht von geringerer Qualität als jene des Hauptmieters. Der Untermieter sei jedoch bei Beeinträchtigungen des Mietgegenstands durch Bauführungen des Vermieters besser gestellt, weil er nach den Normen des ABGB eine bloß nützliche Bauführung nicht zu dulden habe. Auch eine Interessenabwägung schlage zu Gunsten der Beklagten aus, weil diese den vom Kläger eigenmächtig demolierten Parkplatz zur Hälfte finanziert habe und sie durch die Parkplatzsperre einen monatlichen Gewinnentgang von ca S 473.000 erleide. Die Beklagte sei dem Tiefgaragenprojekt nicht grundsätzlich ablehnend gegenübergestanden, doch habe sie zur Bedingung gemacht, dass die künftige Benützung von Stellplätzen geregelt werde. Der Kläger habe jedoch alle neu geschaffenen Stellplätze an einen Garagenbetreiber vermietet, was - wäre sie wirksam - einer entschädigungslosen Enteignung der Beklagten gleichkomme. Der Konflikt zwischen den Parteien sei dadurch entstanden, dass der Kläger zum Abschluss einer Vereinbarung mit der Beklagten nicht bereit gewesen sei, sondern den Standpunkt eingenommen habe, er bedürfe deren Zustimmung zur Demolierung des Parkplatzes nicht. Dieses Vorgehen, der entschädigungslose Entzug von Teilen des Bestandobjekts, sei der Beklagten nicht zuzumuten, zumal die vom Kläger verfolgte Bauführung keine notwendige, sondern lediglich eine nützliche Maßnahme zur Ertragsmaximierung zu Gunsten des Vermieters sei. Gegenstand der Vereinbarung vom 3. 9. 1979 sei zweifelsohne auch der unbebaute Teil des Grundstücks Nr 742/1 gewesen, obwohl es auf Grund anderslautender Angaben in Katasterplan nicht ausdrücklich in die Vereinbarung aufgenommen worden sei. Die Beklagte habe niemals ihre Zustimmung zur Demolierung des Kundenparkplatzes und zur Errichtung einer Tiefgarage erteilt. Auch habe die Beklagte dem Kläger vor Beginn der Bauarbeiten ausdrücklich mitgeteilt, dass vor Erreichung eines Konsenses mit der Verwirklichung des Tiefgaragenprojekts nicht begonnen werden dürfe. Das Verhalten des Klägers ziele darauf ab, der Beklagten das Bestandobjekt zur Gänze und endgültig zu entziehen. Die Anmietung von Stellplätzen beim Garagenbetreiber bedeutete eine erhebliche Schlechterstellung der

Beklagten. Sie hätte keinen Einfluss darauf, dass die oberirdischen Stellplätze nur für ihre Kunden zur Verfügung stünden, und im Übrigen sei in den Plänen die erforderliche Errichtung einer "Remise" für Einkaufswagen der Beklagten nicht vorgesehen.

Nach rechtskräftiger Abweisung eines im Wesentlichen gleichlautenden Sicherungsantrags begehrte der Kläger mit Schriftsatz vom 6. 9. 2000 (ON 55) die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem aus dem Spruch ersichtlichen Inhalt. Im Zuge eines Beweissicherungsverfahrens sei die akute Gefahr des Einsturzes der an die offene Baugrube angrenzenden Gebäude hervorgekommen. Auf Grund des Sachbeschlusses des Obersten Gerichtshofs stehe seine Berechtigung, auf den dort genannten Grundstücken eine Tiefgarage zu bauen, ebenso fest wie der Umstand, dass an den hier strittigen Grundstücken der Beklagten nur Untermietrechte zustehen. Den Interessen des Klägers sei auch bei den hier strittigen Grundstücken gegenüber den Interessen der Beklagten der Vorzug zu geben. Es drohe ein unwiederbringlicher Schade, weil die Baugrube zwei Winter lang offen gestanden und damit allen Witterungseinflüssen ausgesetzt gewesen sei. Das Abrutschen der angrenzenden Häuser sei nunmehr jederzeit möglich. Eine Sicherung der Baugrube könne nur dadurch erfolgen, dass Bodenplatten und Umfassungsmauern sowie eine Zwischendecke und eine Abschlussdecke eingebaut würden. Nur eine solche bauliche Konstruktion sei in der Lage, den enormen Druck, den die bestehenden mehrstöckigen Häuser rund um die Baugrube ausübten, abzufangen und den jederzeit möglichen Einsturz der Objekte zu verhindern. Es fehle derzeit an jedem Versicherungsschutz für alle denkbaren Schadensereignisse, weil dessen vertragliche Einräumung vom zügigen Weiterbau der Tiefgarage abhängig gemacht werde. Es liege ein außergerichtliches Anerkenntnis der Beklagten vor, dass zur Sicherung der Baugrube Arbeiten durchgeführt werden könnten und sie habe zumindest konkluident die Einwilligung zur Errichtung des die Baugrube ausfüllenden Baukörpers der Tiefgarage erteilt.

Die Beklagte wendete ein, der Kläger habe weder seinen Anspruch noch die behauptete Gefährdung bescheinigt. Durch den Sachbeschluss 5 Ob 222/99d sei jeder auf das Gesetz gestützte Duldungsanspruch rechtskräftig erledigt, sodass nun nur mehr eine vertragliche Duldungspflicht der Beklagten zu prüfen sei. Derartiges habe der Kläger weder behauptet noch bescheinigt. Auch bestehe keine Gefährdung, weil die Beklagte sich notwendigen Sicherungsarbeiten nicht entgegenstelle, und liege derzeit Gefahr im Verzug nicht vor, weil die Baustelle gehörig abgesichert sei. Bestünde die vom Kläger behauptete Einsturzgefahr, so wäre die Baubehörde bereits längst eingeschritten.

Das Erstgericht, das mit noch nicht rechtskräftigem Urteil (ON 56) das Klagebegehren abgewiesen hatte, gab dem Sicherungsbegehren insoweit Folge, als es der Beklagten auftrug, die Durchführung von Bauarbeiten zur Herstellung der in den Beilagen ./A 38 und ./A 39 angeschlossenen Pläne farbig eingezeichneten Bodenplatte bzw Umfassungs-(Außen-)Wänden, Stützsäulen, Zwischengeschoss- und Abschlussdecken auf den Grundstücken Nr 742/1, Nr 743, Nr 744/1 und Nr 744/2 zur Errichtung einer Tiefgarage entsprechend der rechtskräftigen Baubewilligung vom 8. 8. 1997 zu dulden und alles zu unterlassen, was der Durchführung einer Bauführung durch den Kläger, die von ihm beauftragte Bauunternehmung bzw die Professionisten aller für die Bauführung notwendigen Sparten entgegen stehe (Punkt 1.). Es trug dem Kläger gemäß § 390 Abs 1 und 2 EO den Erlag einer Sicherheitsleistung von 17 Mio S auf (Punkt 2) und ordnete an, dass vor dem Nachweis der bewirkten Sicherheitsleistung mit dem Vollzug der einstweiligen Verfügung nicht begonnen werde (Punkt 3). Das Erstgericht sprach weiters aus, dass die einstweilige Verfügung bis zur rechtskräftigen Erledigung dieses Rechtsstreites zu gelten habe (Punkt 4), und wies das weitere Begehren, der Beklagten zu verbieten, von dem im Besitzstörungsverfahren ergangenen Endbeschluss und von der daraufhin ergangenen Exekutionsbewilligung keinen Gebrauch zu machen und in den einzeln genannten Exekutionsverfahren keine zur Anspruchsdurchsetzung dienenden Anträge zu stellen, ab (Punkt 5.).

Das Erstgericht nahm außer dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt als bescheinigt an, dass auf dem Grundstück 742/1 die Außenmauern der bereits errichteten Teile der Tiefgarage gegenüber den Kellermauern der angrenzenden Gebäude nur zum Teil mit Beton hinterfüllt seien. Dadurch könnten sich die schon aufgetretenen Risse verstärken, ohne dass jedoch die Gefahr eines Einsturzes von Gebäuden und für die körperliche Unversehrtheit oder das Leben bestehe. Auch beim Grundstück Nr 744/1 sei keine unmittelbare Gefährdung durch einen allfälligen Einsturz gegeben. Dagegen sei auf dem Grundstück Nr 743 der Bereich zwischen der neuen Tiefgaragenmauer und dem angrenzenden Gebäude-Unterbau nicht hinterfüllt. Im Bereich des im Westen angrenzenden Gebäudeteils des Kinoobjekts sei das Fundament nicht exakt gegen den Absturz gesichert. Auch im Süden des Grundstückes, wo die Bodenplatte sowie ein Teil der Außenmauer errichtet seien, könnten die dahinter befindlichen Fundamente und Ziegelmauern abbrechen. Im Bereich des Zugangs zum Hochhaus einerseits und des Notausgangs für Kinobesucher andererseits fänden sich

schwere Abbrüche der Oberflächenkanäle, befestigter Platten von Kanalschächten und Fundamenten einer Stützmauer sowie des nicht mehr befestigten Bauzauns. Auf diesem Grundstück bestehe Gefahr für Leib und Leben. Der derzeitige Sicherungszustand der Baugrube sei nicht ausreichend; der Fertigbau der Tiefgarage oder die Wiederauffüllung der Baugrube würden die umliegenden Gebäude zureichend sichern, wobei der Fortbau der Garage die wirtschaftlich günstigste Sicherungsmaßnahme sei. Auch könne im Hinblick auf Elementarereignisse wie Erdbeben, sintflutartige Regenfälle oder stark wechselnde Temperaturen, nicht ausgeschlossen werden, dass die bereits getroffenen Sicherungsmaßnahmen nicht ausreichend seien.

Rechtlich meinte das Erstgericht, die Gefahr von Unfällen, von denen Personen betroffen sein können, begründe jedenfalls die Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens im Sinn des § 381 Z 2 EO. Anspruch und Gefahr seien somit bescheinigt, sodass zu prüfen sei, ob dem Antragsteller - der durch vorzeitigen rechtswidrigen Baubeginn die Gefahrenlage selbst geschaffen habe - nunmehr im Wege einer einstweiligen Verfügung eine Weiterführung des Bauvorhabens gestattet werden solle. Die offene Baugrube stelle für die Anrainer ebenso wie für die Beklagte einen großen Nachteil dar. Dieser werde für die Beklagte durch die Bewilligung der einstweiligen Verfügung insofern vergrößert, als sich die Kosten der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands erhöhten. Diesem Nachteil könne durch Ertrag einer Sicherheitsleistung begegnet werden. Dem Kläger gereichte die Zuschüttung der Baugrube im hohen Ausmaß zum wirtschaftlichen Nachteil, sofern der geltend gemachte Anspruch letztlich als berechtigt erkannt werden sollte. In Anbetracht des Sachbeschlusses 5 Ob 222/99d sowie des noch nicht rechtskräftigen Urteils, dem zufolge der Wiederherstellungsanspruch der Beklagten erloschen sei, sei dem Kläger, zumal Gefahr bei Katastrophen drohe, zuzubilligen, die Baugrube durch Fortführung des Tiefgaragenbaus zu sichern. Sollte sich der Anspruch des Klägers nicht als berechtigt erweisen, so habe er den hieraus entstehenden Schaden, nämlich die Kosten des Abreißens der errichteten Tiefgarage, zu tragen. Die Höhe der Sicherheitsleistung orientiere sich an den geschätzten Kosten der Wiederherstellung des früheren Zustands. Der weitere Antrag des Klägers, von dem im Besitzstörungsverfahren ergangenen Endbeschluss nicht Gebrauch zu machen, sei abzuweisen, weil auf Grund desselben schon die Exekution bewilligt worden sei.

Das Rekursgericht wies mit Punkt I. den gegen Punkt 5. des erstinstanzlichen Beschlusses erhobenen Rekurs zurück und sprach insoweit aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands S 260.000 übersteige und dass der ordentliche Revisionsrechts nicht zulässig sei. Mit Punkt II. gab es dem Rekurs der Beklagten Folge, hob die angefochtene einstweilige Verfügung in ihren Punkten 1. bis 4. auf und verwies die Rechtssache insoweit zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Der Kläger wurde mit seinem Rekurs gegen Punkt 2. des erstinstanzlichen Beschlusses auf diese Entscheidung verwiesen. Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insoweit S 52.000 übersteige und dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Das Prozesshindernis der rechtskräftig entschiedenen Streitsache liege nicht vor, weil die Rechtskraft des den ersten Sicherungsantrag mangels ausreichender Bescheinigung abweisenden Beschlusses nachträglichen Sachverhaltsänderungen nicht standhalte. Punkt 5. des erstinstanzlichen Beschlusses, mit dem der Antrag, der Beklagten zu verbieten, vom Endbeschluss Gebrauch zu machen, abgewiesen wurde, berühre - weil nur mehr die Generalunternehmerin betreffend - die Rechtsstellung des Klägers nicht, weshalb der Rekurs mangels Beschwer zurückzuweisen sei. Darüber hinaus sei die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben, weil dem Beschluss nicht entnommen werden könne, aus welchen Gründen das Erstgericht den vom Kläger behaupteten Anspruch als - allenfalls nur mangelhaft - bescheinigt erkannt habe. Da die begehrte einstweilige Verfügung auf eine nahezu vollständige vorläufige Befriedigung des Klägers hinauslaufe, sei eine strengere Anspruchsprüfung als sonst vorzunehmen. Entgegen der Meinung des Klägers ergebe sich aus dem Sachbeschluss 5 Ob 222/99d nicht, dass über jeden auf das Gesetz gestützten Duldungsanspruch des Klägers abgesprochen worden sei. Im Außerstreitverfahren könne nur über Pflichten aus einem Hauptmietverhältnis, das den Bestimmungen des MRG unterliege, entschieden werden. Demgegenüber seien Duldungspflichten auf Grund eines Untermietverhältnisses im streitigen Verfahren durchzusetzen. Die Anspruchsprüfung im Provisorialverfahren werde somit nicht dadurch obsolet, dass sich der Kläger nicht auf einen vertraglichen, sondern nur auf einen ihm gegenüber der Beklagten zustehenden gesetzlichen Anspruch stütze. Dieser sich auf das Bestandrecht des ABGB stützende Anspruch auf Duldung von Baumaßnahmen bleibe hinter der Regelung des § 8 Abs 2 MRG weit zurück, sodass wesentliche Beeinträchtigungen des Mietrechts nicht zu dulden seien.

Der Revisionsrechts des Klägers ist berechtigt.

## Rechtliche Beurteilung

Wie sich aus der Rechtsmittelerklärung und dem Rechtsmittelantrag klar ergibt, flicht der Kläger den Beschluss des Rekursgerichts lediglich in dessen aufhebenden Teil (Punkt II.) an. Im Verfahren infolge von Rekursen gegen Aufhebungsbeschlüsse gilt - wie bei Aufhebungsbeschlüssen nach § 519 Abs 1 Z 2 und Abs 2 ZPO - nicht das Verbot der reformatio in peius (SZ 45/44; SZ 52/141 ua; Kodek in Rechberger ZPO2 § 527 Rz 4), sodass die qualitative Prüfungsbefugnis des Obersten Gerichtshofs durch die Rechtsmittelanträge nicht eingeschränkt ist.

Bei den im Eigentum des Klägers stehenden, vom hier strittigen Projekt betroffenen Grundstücken ist im Grundbuch die Einleitung der Zwangsverwaltung zur Hereinbringung einer vollstreckbaren Forderung von S 12,968.640 sA zu Gunsten der Beklagten gemäß § 98 EO angemerkt. Zum Zwangsverwalter wurde ein Rechtsanwalt bestellt, der am 21. 12. 2000 in sein Amt eingeführt wurde. Von der Zwangsverwaltung betroffen ist im hier zu entscheidenden Verfahren das Grundstück 742/1, das - wie bereits erwähnt - im Eigentum des Klägers steht.

Der Zwangsverwalter einer Liegenschaft ist im Rahmen der ihm übertragenen Verwaltung berechtigt und verpflichtet, die Verwaltungsrechte des Verpflichteten auszuüben, und dieser ist bei Wahrnehmung seiner Rechte aus dem Besitz insoweit behindert, als diese mit dem Recht des Verwalters kollidieren (EvBl 1957/243). Der Oberste Gerichtshof hat im Zusammenhang mit der Zwangsverwaltung bereits ausgesprochen, dass dem Verpflichteten jede nicht ausdrücklich gestattete Benützung der Liegenschaft durch die Einleitung der Zwangsverwaltung genommen sei (GH 1934, 26). Dem Verpflichteten sei das Recht zum Gebrauch der eigenen Sache entzogen; es werde vom Zwangsverwalter auf Grund des Gesetzes an Stelle des Verpflichteten im Interesse der Gläubiger ausgeübt. Selbst die unentbehrlichen Wohnräume müssten dem Verpflichteten erst überlassen werden, sodass von einer Fortdauer des Gebrauchsrechts des Verpflichteten an diesen Räumen keine Rede sein könne (SZ 46/123; JBl 1988, 463; NZ 2000, 206). Dem Zwangsverwalter komme nicht nur die Einziehung von Einkünften und Erträgnissen zu, sondern er schalte den Verpflichteten in allen Fragen, die mit der Verwaltung zusammenhängen, gleichviel, ob sie ordentliche oder außerordentliche Verwaltungsmaßnahmen betreffen, aus (SZ 34/158). Jüngst wurde in diesem Zusammenhang ausgesprochen, dass zu den Verwaltungsagenden auch die Neuvermietung von Bestandobjekten und die Aufkündigung von Bestandverträgen gehöre (5 Ob 303/98i). Der Zwangsverwalter ist sowohl zu Klagen als auch zur Antragstellung im Verfahren außer Streitsachen berechtigt, um Hindernisse in der Ausübung von Dienstbarkeiten und sonstigen Rechten zu beseitigen (3 Ob 35/93; Angst in Angst, KommzEO Rz 4 zu § 109). Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass auch der Streit um die Zulässigkeit der Errichtung einer Tiefgarage auf den in Bestand gegebenen Grundstücken des Verpflichteten in die Ingerenz des Zwangsverwalters fällt, wird doch dadurch die Erzielung von der Verteilung unterworfenen Erträgnissen unmittelbar berührt (vgl Angst aaO Rz 7 zu § 109). Die erst kürzlich ergangene Entscheidung 2 Ob 10/01m steht dazu nicht im Widerspruch, war doch dort Verfahrensgegenstand die Frage des Erlöschens des ruhigen Besitzes der Beklagten unter anderem auch am Grundstück Nr 742/1 und hat der dort erkennende Senat ausdrücklich darauf verwiesen, dass sich der Prozess nicht auf die Verwaltung oder die Einkünfte der Liegenschaft beziehe. Der Zwangsverwalter einer Liegenschaft ist im Rahmen der ihm übertragenen Verwaltung berechtigt und verpflichtet, die Verwaltungsrechte des Verpflichteten auszuüben, und dieser ist bei Wahrnehmung seiner Rechte aus dem Besitz insoweit behindert, als diese mit dem Recht des Verwalters kollidieren (EvBl 1957/243). Der Oberste Gerichtshof hat im Zusammenhang mit der Zwangsverwaltung bereits ausgesprochen, dass dem Verpflichteten jede nicht ausdrücklich gestattete Benützung der Liegenschaft durch die Einleitung der Zwangsverwaltung genommen sei (GH 1934, 26). Dem Verpflichteten sei das Recht zum Gebrauch der eigenen Sache entzogen; es werde vom Zwangsverwalter auf Grund des Gesetzes an Stelle des Verpflichteten im Interesse der Gläubiger ausgeübt. Selbst die unentbehrlichen Wohnräume müssten dem Verpflichteten erst überlassen werden, sodass von einer Fortdauer des Gebrauchsrechts des Verpflichteten an diesen Räumen keine Rede sein könne (SZ 46/123; JBl 1988, 463; NZ 2000, 206). Dem Zwangsverwalter komme nicht nur die Einziehung von Einkünften und Erträgnissen zu, sondern er schalte den Verpflichteten in allen Fragen, die mit der Verwaltung zusammenhängen, gleichviel, ob sie ordentliche oder außerordentliche Verwaltungsmaßnahmen betreffen, aus (SZ 34/158). Jüngst wurde in diesem Zusammenhang ausgesprochen, dass zu den Verwaltungsagenden auch die Neuvermietung von Bestandobjekten und die Aufkündigung von Bestandverträgen gehöre (5 Ob 303/98i). Der Zwangsverwalter ist sowohl zu Klagen als auch zur Antragstellung im Verfahren außer Streitsachen berechtigt, um Hindernisse in der Ausübung von Dienstbarkeiten und sonstigen Rechten zu beseitigen (3 Ob 35/93; Angst in Angst, KommzEO Rz 4 zu § 109). Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass auch der Streit um die Zulässigkeit der Errichtung einer Tiefgarage auf den in

Bestand gegebenen Grundstücken des Verpflichteten in die Ingerenz des Zwangsverwalters fällt, wird doch dadurch die Erzielung von der Verteilung unterworfenen Erträgnissen unmittelbar berührt vergleiche Angst aaO Rz 7 zu § 109). Die erst kürzlich ergangene Entscheidung 2 Ob 10/01m steht dazu nicht im Widerspruch, war doch dort Verfahrensgegenstand die Frage des Erlöschens des ruhigen Besitzes der Beklagten unter anderem auch am Grundstück Nr 742/1 und hat der dort erkennende Senat ausdrücklich darauf verwiesen, dass sich der Prozess nicht auf die Verwaltung oder die Einkünfte der Liegenschaft beziehe.

Ähnlich wie der Masseverwalter ist auch der Zwangsverwalter ein auf Grund des Gesetzes bestellter Vertreter einer Sondermasse (hier der Zwangsverwaltungsmasse), dessen Vertretungsmacht im Gesetz genau umschrieben ist. Soweit der Zwangsverwalter zur Führung von Prozessen berechtigt ist, ist er Partei kraft Amtes. Der Zwangsverwalter ist somit der amtliche (gesetzliche) Stellvertreter des Verpflichteten (SZ 21/150; EvBI 1969/64; SZ 64/183; Fasching LB2 Rz 341). Der erkennende Senat vermag die von Angst aaO Rz 11 zu § 109 vertretenen Rechtsansicht, auf die sich die Beklagte in ihrer Revisionsrechtsbeantwortung bezieht, für die vor Einführung des Zwangsverwalters vom Verpflichteten anhängig gemachten Prozesse könne wegen des vergleichbaren Regelungszwecks die analoge Anwendung des § 7 KO (Unterbrechung des Verfahrens) in Betracht gezogen werden, nicht zu teilen. Für eine derartige Vorgangsweise bilden die Bestimmungen der §§ 97 ff EO keine Handhabe. Der Zweck des § 7 KO wird neben der Gewährleistung der gesetzmäßigen Vertretung der Konkursmasse in Passivprozessen vor allem darin erblickt, dass die strittige Forderung zur Vermeidung unnötigen Prozessaufwands vorerst dem Prüfungsverfahren im Konkurs unterzogen wird, weshalb vor Abschluss der Prüfungsverhandlung der Rechtsweg unzulässig ist (Schubert in Konecny/Schubert KO Rz 38 zu § 7 mwH). Bei der Zwangsverwaltung ist ein Sonderverfahren zur Prüfung des erhobenen Anspruchs nicht vorgesehen, sodass ein wesentlicher Zweck der Verfahrensunterbrechung entfällt. Im Aktivprozess gewährt § 7 KO dem Masseverwalter die Möglichkeit, sich vorerst über anhängige Verfahren und deren Grundlagen zu informieren. Da der Geschäftskreis des Zwangsverwalters im Regelfall wesentlich eingeschränkter ist als der des Masseverwalters, bedarf es auch zur effektiven Führung der Zwangsverwaltung der Verfolgung dieses Zwecks des § 7 KO nicht. Wie der Oberste Gerichtshof bereits in SZ 28/140 aussprach, wird der Verpflichtete weder durch die Bewilligung der Zwangsverwaltung noch durch die Einführung des Zwangsverwalters geschäfts- oder prozessunfähig. Er kann auch Verfügungen über den Gegenstand der Zwangsverwaltung selbst treffen, die - im Hinblick auf den Schutzzweck des Verfügungsverbots - nicht ungültig, sondern allenfalls nur gegenüber den Gläubigern der Zwangsverwaltung unwirksam sein können (SZ 56/67; 9 ObA 85/91). Weitergehende Folgen der Übergabe an den Zwangsverwalter können den Bestimmungen der Exekutionsordnung nicht entnommen werden (siehe die §§ 103, 104 EO, nach denen sich die "Wirkungen der Einleitung" im Wesentlichen darin erschöpfen, dass weitere Gläubiger der Zwangsverwaltung nur mehr beitreten können), zumal es dort an der durch § 2 KO (Konkurseditkt) gewährleisteten, gegenüber § 98 EO umfassenderen Publizität fehlt. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf § 110 EO, nach dem gutgläubige Dritte trotz der Verwalterbestellung an den Verpflichteten gültig leisten können.

Von anhängigen Verfahren ist der Zwangsverwalter zu verständigen; es steht ihm frei, in diese anstelle des Verpflichteten einzutreten (SZ 28/140). Ist - wie hier - der Zwangsverwalter erst nach Erhebung des Revisionsreklams in sein Amt eingeführt worden, und ist ihm der Verfahrensstand - wie sich aus seinem Schriftsatz vom 16. 1. 2001 ergibt - bekannt, so bedarf es mangels entsprechender Antragstellung keiner weiteren Veranlassung.

Der Sachbeschluss 5 Ob 222/99d erging auf der Grundlage der Bestimmungen des § 37 Abs 1 Z 5 und des § 8 MRG. Rechtsgrundlage des hier abgeführten Verfahrens sind die bestandrechtlichen Bestimmungen des ABGB, insbesondere jene der §§ 1096, 1098 und 1118 ABGB. Die im Außerstreitverfahren festgestellte Verpflichtung der Beklagten, auf bestimmten Grundstücken des Klägers die Errichtung einer Tiefgarage zu dulden, hat daher für das auf anderer rechtlicher Basis abgeführte streitige Verfahren nicht die Qualität einer bindenden Vorfragenentscheidung. Vielmehr kommt dem Sachbeschluss im Sinne der Tatbestandswirkung nur insofern Bedeutung zu, als er gegenüber dem im Besitzstörungsverfahren erwirkten Rechtsschutz wie eine petitorische Entscheidung ein Teilrecht des "Störers" feststellte, ohne dass es zum Verlust des gesamten Besitzschutzes des "Gestörten" gekommen wäre. Zu dessen Beseitigung bedurfte es vielmehr auch des Obsiegens im hier zu entscheidenden Verfahren (3 Ob 184/00f).

Auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 251/98k über die Zulässigkeit des Rechtswegs für ein Unterlassungsbegehr der hier Beklagten (dort Klägerin) in Ansehung der auch hier strittigen Grundstücke ist keine bindende Vorfragenentscheidung über das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis, wurde doch dort entsprechend dem Entscheidungsgegenstand nur das Vorbringen der (dort) klagenden Partei wiedergegeben, dass für

die im Eigentum der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungs-GmbH stehenden Grundstücke ein Vertrag besonderer Art vorliege, der nach dem Tatsachenvorbringen als Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerb gemäß § 1175 ABGB qualifiziert werden könne. Im hier abzuführenden Verfahren haben die Parteien demgegenüber außer Streit gestellt, dass in den Jahren 1979 bis 1988 zwischen ihnen kein Gesellschaftsverhältnis begründet worden sei (S 8 des Protokolls ON 27 = AS 239 in Bd I), was nur so verstanden werden kann, dass insbesondere bei Abschluss der Vereinbarungen vom 3. 9. 1979 und vom 27. 6. 1988 über die gemeinsame Errichtung, Ausstattung und Nutzung des Parkplatzes ein darauf abzielender Wille der Parteien nicht vorhanden war. Der hier zu beurteilende Sachverhalt ist daher in dieser Hinsicht mit dem dem Sachbeschluss zu 5 Ob 222/99d zu Grunde liegenden Sachverhalt identisch, so dass es bei dem auch dort erzielten rechtlichen Ergebnis zu bleiben hat, dass die Beklagte für die Grundstücke Nr 743, Nr 744/1 und Nr 744/2 als Unternehmerin des Klägers zu betrachten und die Mitbenützung des Grundstückes 742/1 zu Parkzwecken diesem Rechtsverhältnis zuzuordnen ist. Auch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 251/98k über die Zulässigkeit des Rechtswegs für ein Unterlassungsbegehren der hier Beklagten (dort Klägerin) in Ansehung der auch hier strittigen Grundstücke ist keine bindende Vorfragenentscheidung über das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis, wurde doch dort entsprechend dem Entscheidungsgegenstand nur das Vorbringen der (dort) klagenden Partei wiedergegeben, dass für die im Eigentum der Immobilienverwaltungs- und Vermittlungs-GmbH stehenden Grundstücke ein Vertrag besonderer Art vorliege, der nach dem Tatsachenvorbringen als Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerb gemäß § 1175 ABGB qualifiziert werden könne. Im hier abzuführenden Verfahren haben die Parteien demgegenüber außer Streit gestellt, dass in den Jahren 1979 bis 1988 zwischen ihnen kein Gesellschaftsverhältnis begründet worden sei (S 8 des Protokolls ON 27 = AS 239 in Bd römisch eins), was nur so verstanden werden kann, dass insbesondere bei Abschluss der Vereinbarungen vom 3. 9. 1979 und vom 27. 6. 1988 über die gemeinsame Errichtung, Ausstattung und Nutzung des Parkplatzes ein darauf abzielender Wille der Parteien nicht vorhanden war. Der hier zu beurteilende Sachverhalt ist daher in dieser Hinsicht mit dem dem Sachbeschluss zu 5 Ob 222/99d zu Grunde liegenden Sachverhalt identisch, so dass es bei dem auch dort erzielten rechtlichen Ergebnis zu bleiben hat, dass die Beklagte für die Grundstücke Nr 743, Nr 744/1 und Nr 744/2 als Unternehmerin des Klägers zu betrachten und die Mitbenützung des Grundstückes 742/1 zu Parkzwecken diesem Rechtsverhältnis zuzuordnen ist.

Schließlich kann keine Rede davon sein, dass der (ruhige) Besitz der Beklagten infolge der weiteren mehr als 30 Tage hindurch geduldeten Störungshandlungen des Klägers untergegangen sei. Insoweit reicht es aus, auf die die Abweisung eines entsprechenden Feststellungsbegehrens des Klägers gegen die Beklagte bestätigende, hier bindende Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 2 Ob 10/01m zu verweisen.

Der Unterbestandvertrag verpflichtet den Unterbestandgeber, dem Unterbestandnehmer die Benützung des Bestandobjekts zu ermöglichen. Dem Unternehmer stehen nach bürgerlichem Recht die gleichen Rechte gegenüber seinem Vertragspartner, dem Hauptbestandnehmer, zu wie diesem gegen dessen Vermieter. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass für das Rechtsverhältnis zwischen Unterbestandnehmer und Unterbestandgeber dieselben Regeln gelten wie für das (Haupt-)Bestandverhältnis (Klang in Klang2 V 58; Würth in Rummel2 Rz 17 zu § 1098; RdW 1993, 73; WoBl 1996, 208 ua). Entgegen der vom Revisionsrekurswerber vertretenen Ansicht bedeutet dies aber nicht, dass die rechtliche Beurteilung des Sachbeschlusses zu 5 Ob 222/99d ohne weiteres auch für die hier strittigen Grundstücke zu gelten habe. Der dargestellte Rechtssatz über die Gleichbehandlung von Haupt- und Unterbestandverhältnis gilt nämlich nur insoweit, als nicht besondere gesetzliche Regelungen Anderes anordnen: Im Anwendungsbereich des § 8 Abs 2 und 3 MRG geht die Duldungspflicht des Mieters über die aus dem Bestandrecht des ABGB, das grundsätzlich keinen Kündigungsschutz kennt, abgeleiteten Grenzen hinaus, um die Modernisierung des Häuserbestands zu erleichtern (WoBl 1989, 91; WoBl 1991, 61; SZ 70/3; 5 Ob 302/98t). Gemäß § 1118 zweiter Satz ABGB ist der Mieter nicht schuldig, eine nützlichere Bauführung zu seinem Nachteil zuzulassen, wohl aber notwendige Ausbesserungen. Daraus hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 1096 ABGB abgeleitet, dass sich der Mieter solche Eingriffe in seine Bestandrechte durch den Vermieter dann gefallen lassen muss, wenn ihm aus der Bauführung kein wesentlicher Nachteil erwächst, wobei auch eine billige Interessenabwägung in Betracht kommen kann (SZ 46/20; MietSlg 22.178; SZ 57/183 ua). In der vom Revisionsrekurswerber zitierten Entscheidung 2 Ob 515/91 hat der Oberste Gerichtshof in einem den Umbau von Hauseingang und Vestibül eines Miethauses in ein Geschäftslokal betreffenden Fall ausgesprochen, dass der Bestandgegenstand des Klägers dadurch nicht betroffen werde und daher § 8 Abs 2 MRG nicht zur Anwendung gelange. Es sei unstrittig, dass der Bestandnehmer zumutbare Maßnahmen des Bestandgebers zu dulden habe, wenn dadurch das Bestandrecht nicht wesentlich beeinträchtigt werde, und dass die Zumutbarkeit

beabsichtigter Maßnahmen des Bestandgebers das Ergebnis der Abwägung der Interessen aller Beteiligter sei. Es entspreche Lehre und Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass der Mieter unter diesen Voraussetzungen auch nützliche Bauführungen des Vermieters zu dulden habe. Eine spürbare Steigerung der Mietzinseinnahmen des Eigentümers eines alten Zinshauses stelle ein im Rahmen der Interessenabwägung nach §§ 1098, 1118 letzter Satz ABGB zu berücksichtigendes wichtiges Interesse dar. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Änderung des Zugangs zum Bestandobjekt des Klägers keineswegs notwendig sei, um das Haus oder dessen Bewohner vor Nachteilen zu bewahren.

Es trifft zwar zu, dass Lehre und Rechtsprechung entgegen dem bereits zitierten Wortlaut des § 1118 zweiter Satz ABGB auch die bloß nützliche Bauführung als zulässig beurteilen, wenn daraus dem Mieter keine wesentlichen Nachteile erwachsen (Würth in Rummel, ABGB3 Rz 8 zu § 1098 sowie Rz 26 zu § 1118), doch stellte sich die Frage der Zumutbarkeit des Eingriffs in der zuletzt erörterten Entscheidung deshalb in einem für den Vermieter günstigeren Licht dar, weil die Baumaßnahmen in allgemeinen Teilen des Hauses stattfanden und das Bestandobjekt des Mieters davon nicht unmittelbar betroffen war. Demgegenüber wurde bereits im Sachbeschluss zu 5 Ob 222/99d ausführlich dargestellt, dass die hier strittige Parkfläche keine Gemeinschaftsanlage im Sinn des § 3 Abs 2 Z 3 MRG sei. Dem ist beizupflichten, beziehen sich doch die bereits mehrfach zitierten (Unter-)Bestandverträge gerade auch auf die hier strittigen Grundstücke und bestreitet der Kläger im Verfahren gar nicht, insoweit mit der Beklagten in einem Unterbestandverhältnis zu stehen, sondern baut gerade darauf seine Argumentation auf. Der hier zu beurteilende Eingriff betrifft das Bestandverhältnis unmittelbar und zur Gänze. Im Ergebnis geht es daher um die Frage, ob der Bestandnehmer die gänzliche Zerstörung des - hier strittigen - Bestandobjekts, auf das er zur reibungslosen Abwicklung seines Geschäftsbetriebs unzweifelhaft angewiesen ist (dass das Vorhandensein von Parkplätzen für Supermärkte in Stadtzentren von erheblicher Bedeutung ist, kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden und ergibt sich nicht zuletzt auch aus der eingangs dargestellten Junktimierung der Bestandverträge), längere Zeit hindurch dulden muss, wenn auf der Vermieterseite nicht erkennbar existenznotwendige, sondern bloß wirtschaftliche Nützlichkeitsüberlegungen für das geplante Projekt sprechen. Diese Frage ist aber schon angesichts der Ausführungen in der zitierten Entscheidung 2 Ob 515/91 zur Interessenabwägung zu verneinen.

Der Oberste Gerichtshof hat zu 4 Ob 2313/96t ausgesprochen, die Vergabe von Parkplätzen an bestimmte Personen auf einer allen Mietern eines Hauses zur gemeinsamen Nutzung mitvermieteten Parkfläche beeinträchtige deren Mitbenutzungsrechte wesentlich und greife unzulässigerweise in die vertraglichen Regelungen ein. Zu dem vermehrt den Vermieterinteressen entgegenkommenden § 8 MRG wurde klargestellt, dass dem Mieter ein Eingriff in dessen Rechtsposition nur dann zumutbar sei, wenn die Verä

**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)