

# TE OGH 1985/11/12 5Ob317/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.11.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof.Dr.Griehsler, Dr.Vogel, Dr.Jensik und Dr.Zehetner als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr.Peter A, Rechtsanwalt, Wels, Eisenhowerstraße 40, als Masseverwalter im Konkurs (S 20/85 des Kreisgerichtes Wels) über das Vermögen der Christiane B, Hausfrau, Sattledt 62, wider die beklagte Partei Dr.Maximilian C, Rechtsanwalt, Wels, Dr.Koss-Straße 1, als Masseverwalter im Konkurs (S 31/84 des Kreisgerichtes Wels) über das Vermögen der D E F G Gesellschaft mbH & Co, Wels, Salzburgerstraße 149, wegen 114.400,- S samt Anhang infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Kreisgerichtes Steyr als Rekursgerichtes vom 24.Juli 1985, GZ.R 107/85-16, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Steyr vom 13.März 1985, 2 C 139/85-1 a, abgeändert wurde, folgenden Beschluß gefaßt:

## Spruch

Es wird dem Revisionsrekurs Folge gegeben und in Abänderung des angefochtenen Beschlusses der erstgerichtliche Beschluß (Bewilligung der pfandweisen Beschreibung) wiederhergestellt.

Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Rekursbeantwortung sowie ihres Revisionsrekurses vorläufig, die beklagte Partei hat die Kosten ihres Rekurses und ihrer Revisionsrekursbeantwortung endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Über das Vermögen der D E F G GmbH & Co, Wels, Salzburgerstraße 149, wurde am 27.2.1984 zu Sa 4/84

des Kreisgerichtes Wels der Ausgleich und am 14.5.1984 zu S 31/84 des Kreisgerichtes Wels der Anschlußkonkurs eröffnet. Der Beklagte, Rechtsanwalt Dr.Maximilian C, wurde zum Masseverwalter bestellt. Mit der am 7.3.1985 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte Christiane B die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines Betrages von 114.400 S samt 4 % Zinsen seit 7.3.1985. Sie brachte vor, sie sei zu je einem Viertel Miteigentümerin der Liegenschaften EZ 388 und 393 je KG Hinterberg. Mit Bestandvertrag vom 2.4.1982 habe die gemeinschuldnerische Gesellschaft diese Liegenschaften von den Miteigentümerinnen Karin H, Berta I, Lieselotte J und ihr (Christiane B) gemietet. Obwohl das Unternehmen der gemeinschuldnerischen Gesellschaft fortgeführt worden sei, sei spätestens seit 1.3.1984 kein Bestandzins mehr entrichtet worden. Punkt III des Bestandvertrages vom 2.4.1982

laute: 'Als Bestandzins wird ein Betrag von monatlich 32.000 S zuzüglich Mehrwertsteuer in der jeweiligen Höhe vereinbart. Der Bestandzins entfällt entsprechend den Liegenschaftsanteilen anteilig auf die Bestandgeberinnen wie folgt: Karin H S 8.000 zuzüglich Mehrwertsteuer, Berta I S 8.000 zuzüglich Mehrwertsteuer, Lieselotte J S 8.000 zuzüglich Mehrwertsteuer, Christiane B S 8.000 zuzüglich Mehrwertsteuer.' Darüber hinaus habe die Bestandnehmerin alle Betriebskosten mit Ausnahme der Grundsteuer zu zahlen. Sie (Christiane B) sei daher berechtigt, den auf sie entfallenden Anteil zu fordern. Ihre Masseforderung errechne sich wie folgt:

März 1984 bis März 1985: 13 x S 8.000,-- S 104.000,--

zuzüglich 10 % Umsatzsteuer S 10.400,--

S 114.400,--.

Im Klageschriftsatz beantragte Christiane B ferner unter Hinweis darauf, daß im Rahmen der Verwertung des Vermögens der gemeinschuldnerischen Gesellschaft täglich Verkäufe von Gegenständen des Anlage- und Umlaufvermögens stattfänden, ihr zur Sicherung ihrer Bestandzinsforderung gegen den Beklagten die pfandweise Beschreibung aller vom gemeinschuldnerischen Unternehmen auf die genannten Liegenschaften eingebrachten Fahrnisse zu bewilligen. Das Erstgericht bewilligte die beantragte pfandweise Beschreibung am 13.3.1985 (ON 1 a). Diese wurde am 18.3.1985

vorgenommen.

Gegen die Bewilligung der pfandweisen Beschreibung erhob der Beklagte Rekurs. Zugleich stellte er den Antrag, gegen Erlag einer Sicherheitsleistung von 114.400 S 'die Aufschiebung der Exekution und die Aufhebung des bereits vollzogenen Exekutionsaktes der pfandweisen Beschreibung' zu bewilligen.

Mit Beschluß vom 22.3.1985 (ON 4) hob das Erstgericht die bewilligte pfandweise Beschreibung gegen Erlag einer Sicherheitsleistung von 125.000 S auf. Es führte aus: Aus § 1101 Abs 2 ABGB ergebe sich, daß der im Zinsrückstand befindliche Bestandnehmer die Geltendmachung des gesetzlichen Pfandrechtes des Bestandgebers (die pfandweise Beschreibung) durch eine entsprechende Sicherheitsleistung - etwa durch Gerichtserlag gemäß § 1425 ABGB - abwenden und das gesetzliche Pfandrecht derart zum Erlöschen bringen könne. Sei die pfandweise Beschreibung bereits vor Erlag der Sicherheitsleistung vorgenommen worden, dann sei sie mit Gerichtsbeschluß aufzuheben.

Am 26.3.1985 wurde über das Vermögen der Christiane B zu S 20/85 des Kreisgerichtes Wels der Konkurs eröffnet und der Kläger, Rechtsanwalt Dr. Peter A, zum Masseverwalter bestellt. Am 28.3.1985 erlegte der Beklagte die Sicherheitsleistung von 125.000 S.

Am 17.4.1985 nahm der Kläger das Verfahren über die gegenständliche Mietzinsklage gemäß § 7 Abs 2 KO auf.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Beklagten gegen die Bewilligung der pfandweisen Beschreibung Folge, wies den darauf gerichteten Antrag ab, sprach aus, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes, über den es entschieden hat, 15.000 S übersteigt, und erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof für zulässig. Es führte im wesentlichen aus:

Die Zulässigkeit des Rechtsweges sei gegeben, weil die gegenständliche Bestandzinsforderung eine Massenforderung sei. Die Beschwer des Beklagten sei zu bejahen, weil das Rechtsmittelrecht gegen eine einstweilige Verfügung - als eine solche sei die Bewilligung der pfandweisen Beschreibung zu sehen - durch die Aufhebung dieser einstweiligen Verfügung wegen Erlages einer Sicherheitsleistung nicht verlorengehe (JBI 1985,246). Dem in der Sache erhobenen Einwand des Beklagten, Christiane B bzw. nunmehr dem Kläger fehle die Aktivlegitimation, sei aus folgenden Erwägungen beizupflichten: Gemäß § 890 ABGB sei der Schuldner einer unteilbaren Sache im Falle einer Mehrheit von Gläubigern nicht verpflichtet, die Sache einem einzelnen Mitgläubiger ohne Sicherstellung herauszugeben. Der Schuldner könne auf die Übereinkunft aller Mitgläubiger dringen oder die gerichtliche Verwahrung der Sache verlangen. Das Moment der Unteilbarkeit werde durch die Norm des § 848 Satz 2 ABGB gebildet (SZ 36/100;

JBI 1977,317). Nach dieser Gesetzesstelle könne derjenige, welcher an eine Gemeinschaft schuldig sei, die Zahlung nicht an einzelne Teilnehmer entrichten. Solche Schulden müßten an die ganze Gemeinschaft oder an jenen, der sie ordentlich vorstelle, abgetragen werden. Im Falle einer Mehrheit von Miteigentümern einer in Bestand gegebenen Liegenschaft sei der vom Bestandnehmer zu entrichtende Mietzins grundsätzlich eine unteilbare Sache im dargestellten Sinne (Kocevar, Gläubiger- und Schuldnermehrheit bei Bestandverhältnissen, ÖJZ 1956, 284 ff; MietSlg 35.098 mWN). Allerdings mögen, wenn auch selten, auch auf dem Gebiet des Bestandrechtes teilbare Leistungen vorkommen, sei dies infolge der Natur der Sache oder infolge des Parteiwillens (Kocevar aaO). Vorliegendenfalls könnte die nach der Natur der Sache im Sinne des § 848 Satz 2 ABGB unteilbare Bestandzinsforderung allenfalls nach dem Parteiwillen teilbar sein.

Ob eine derartige Teilbarkeit auf Grund Parteiwillens vorliege, sei

nach den Angaben in der Klage zu beurteilen (vgl. RZ 1936,122; JBI

1954,440). Die Formulierung des Punktes III des Bestandvertrages

'.....der Bestandzins entfällt entsprechend den

Liegenschaftsanteilen anteilig auf die Bestandgeberinnen wie

folgt.....' lasse aber nicht in eindeutiger Weise den Willen der

Parteien erkennen, daß der Bestandnehmer den Bestandzins zu entsprechenden Anteilen unmittelbar an die einzelnen Miteigentümer zu entrichten hätte. Eine ausdrückliche Prozeßbehauptung in dieser Richtung sei in der Klage nicht aufgestellt worden. Der Kläger erscheine daher zur Geltendmachung des konkreten Klagebegehrens und im übrigen auch zum Antrag auf pfandweise Beschreibung nicht legitimiert. Erzeuge die Hauptverpflichtung eine Korrealschuld, so sei auch die Nebenverpflichtung korreal (SZ 26/185). Aber auch dann, wenn man die Ansicht vertreten wollte, der Kläger sei zur klageweisen Geltendmachung des auf ihn entfallenden Bestandzinsteiles legitimiert, wäre damit für ihn nichts gewonnen. Das Bestandgeberpfandrecht im Sinne des § 1101 ABGB bestehe nämlich für die ganze Bestandzinsforderung an den ganzen eingebrachten Fahrnissen; das so umschriebene Pfandrecht und nicht ein Pfandrecht für einen Teil der Bestandzinsforderung solle durch eine pfandweise Beschreibung perpetuiert werden. Wenngleich das Bestandgeberpfandrecht eine Nebensache der Bestandzinsforderung, die nach Parteiwillen teilbar sein könnte, sei, folge daraus noch nicht die Teilbarkeit der Ansprüche aus dem Bestandgeberpfandrecht. Bestandgeber im Sinne des Gesetzes sei ja nicht der Kläger allein, sondern in Wahrheit die Gemeinschaft. Für die Gemeinschaft werde aber die pfandweise Beschreibung gar nicht begehrt (vgl. etwa zur Ausübung von Gestaltungsrechten - entsprechend sei eine pfandweise Beschreibung zu beurteilen - Gschnitzer in Klang 2 IV/1,281 f.). Sei im Wortlaut des Punktes III des Bestandvertrages nach dem Parteiwillen die Vereinbarung der Teilbarkeit der Bestandzinsforderung zu erblicken, dann sei die Frage zu prüfen, ob der Antrag auf pfandweise Beschreibung von nur einem Teilhaber für seine Teilforderung berechtigtermaßen gestellt werden könne. Diese konkrete Frage sei, soweit ersichtlich, im Schrifttum und in der Rechtsprechung in dieser Form noch nicht behandelt worden, bringe aber die Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechtes mit sich, der zur Wahrung der Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukomme.

Gegen den Beschluß des Rekursgerichtes richtet sich der Revisionsrekurs des Klägers mit dem Antrag, den erstgerichtlichen Beschluß auf Bewilligung der pfandweisen Beschreibung wiederherzustellen.

Der Beklagte beantragt, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig und auch berechtigt. Vorweg ist festzuhalten, daß auf die pfandweise Beschreibung - hinsichtlich des Verfahrens, nicht hinsichtlich der materiellrechtlichen Voraussetzungen: siehe MGA der EO 11, 1663 - gemäß den Art.XIII Z 6 und K EGEO grundsätzlich die Vorschriften der Exekutionsordnung über die einstweiligen Verfügungen Anwendung finden (Heller-Berger-Stix 1884; MietSlg 36.163 uva) und eine pfandweise Beschreibung auch nach Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen des Bestandnehmers möglich ist (MietSlg 36.161 ua).

Zur Bewilligung der pfandweisen Beschreibung genügen bei Vorliegen einer Zinsklage - die, wenn sie sich wie hier auf einen als Masseforderung zu qualifizierenden Zinsrückstand stützt, auch während eines über das Vermögen des Bestandnehmers anhängigen Konkursverfahrens erhoben werden kann - darin mit Beweisanboten versehene schlüssige Behauptungen eines Zinsrückstandes ohne Gefahrenbescheinigung (Würth in Rummel, ABGB, Rdz 7 zu § 1101 mwN). Es ist dem Rekursgericht zwar zuzugeben, daß der Bestandzins den Bestandgebern, wenn sich die Bestandsache im Miteigentum der Bestandgeber befindet und die Parteien des Bestandvertrages nichts anderes vereinbart haben, nur gemeinschaftlich im Sinne einer Gesamthandforderung nach §§ 848 Satz 2, 890 ABGB zusteht (MietSlg 27.114; Rummel, ABGB, Gamerith, Rdz 7 zu § 890, Würth, Rdz 2 zu § 1100; ebenso für den deutschen Rechtsbereich: Heinrichs in Palandt, BGB 44, Anm.1 lit c zu § 420, Anm.1 lit a zu § 432;

Thomas aaO, Anm.2 lit b zu § 743; Selb im Münchener Kommentar zum BGB, Rdz 7 zu § 420, Karsten Schmidt aaO, Rdz 37 zu § 741 und Rdz 5 zu § 743; Soergel-Siebert, BGB 10, Rdz 4 zu § 420;

Soergel-Siebert, BGB 11, Rdz 2 und 3 zu § 743; Ulrich Huber in Staudinger, BGB 12, Rdz 5 und 7 zu § 743; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 13 I 565 f; BGH in NJW 1958, 1723; vgl. auch die Rechtsprechung zu den in Geld bestehenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen von Miteigentümern: SZ 54/27 und 99 ua, zuletzt etwa 5 Ob 1,2/85). Der Oberste Gerichtshof ist jedoch im Gegensatz zum Rekursgericht der Ansicht, daß in der

gegenständlichen Zinsklage durch den Hinweis auf Punkt III des Bestandvertrages, wonach der Bestandzins entsprechend den Liegenschaftsanteilen anteilig zu je 8.000 S auf die vier Bestandgeberinnen entfällt, und die daraus gezogene Schlußfolgerung, Christiane B sei daher berechtigt, den auf sie entfallenden Anteil zu fordern, hinreichend schlüssig eine von der Regel abweichende Vereinbarung der Partner des Bestandvertrages behauptet worden ist. (Erst in der Rekursbeantwortung brachte der Kläger ergänzend vor, daß der Bestandzins nach Punkt IV des Bestandvertrages jeweils am Monatsersten im Vorhinein mit einem Respiro von 10 Tagen anteilig von der Bestandnehmerin an die Bestandgeberinnen wie folgt zu überweisen sei: Karin H: L M, Berta I:

N O, Lieselotte J: P IN Q, Christiane B: R Wels.) An der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen abweichenden Vereinbarung ist entgegen der Meinung des Beklagten nicht zu zweifeln (so schon Kocevar, ÖJZ 1956,285 und 287;

vgl. auch Gamerith in Rummel, ABGB, Rdz 5 zu § 888 mwN; SZ 50/151;

ebenso für den deutschen Rechtsbereich Heinrichs aaO Rdz 1 lit a zu § 432, Karsten Schmidt aaO Rdz 37 zu § 741; BGH in NJW 1958,1723). Die beantragte pfandweise Beschreibung kann demnach nicht deswegen abgelehnt werden, weil Christiane B bzw. nunmehr dem Kläger die Befugnis zur Geltendmachung des anteiligen Zinsrückstandes fehle. Ist aber Christiane B bzw. nunmehr der Kläger nach dem Bestandvertrag zur Geltendmachung des anteiligen Zinsrückstandes legitimiert, so kann ihr bzw. ihm auch nicht die Befugnis abgesprochen werden, unabhängig vom Verhalten der übrigen Bestandgeber durch die Erwirkung der pfandweisen Beschreibung das bereits mit der Einbringung der Sachen in den Bestandgegenstand auch zur Sicherstellung ihres bzw. seines Zinsforderungsanteils entstandene gesetzliche Pfandrecht des § 1101 ABGB gegen das Erlöschen zu schützen, um in der Folge Befriedigung aus der Pfandsache zu erlangen (vgl. dazu Wolfgang Wiegand in Staudinger, BGB 12, Rz 29 zu § 1204, wonach die Art der Forderung dafür maßgeblich ist, wer das Pfandrecht geltend machen kann). Schon aus diesen Erwägungen kann im vorliegenden Fall das Begehren um pfandweise Beschreibung nicht als Ausfluß eines nur einheitlich für alle Berechtigten ausübbaaren Gestaltungsrechtes beurteilt werden. Da das gesetzliche Pfandrecht des § 1101 ABGB zur Sicherstellung nicht nur der bei Erhebung der Zinsklage bereits fälligen Zinse, sondern auch der in diesem Zeitpunkt noch nicht fälligen Zinse für die restliche Bestandzeit bzw. - bei Bestandverträgen auf unbestimmte Zeit - für die Zeit, die das Bestandverhältnis bei ordnungsgemäßer Kündigung zum nächstmöglichen Termin fort dauern würde, besteht (vgl. Würth in Rummel, ABGB, Rdz 3 zu § 1101 und Heller-Berger-Stix 1887 je mwN) und hier nach der Aktenlage Anhaltspunkte dafür fehlen, daß nach Klageeinbringung keine weiteren Zinse mehr fällig geworden wären, kann auch nicht gesagt werden, daß wegen der vom Beklagten im gegenständlichen Verfahren erbrachten Sicherheitsleistung von 125.000 S ein gesetzliches Pfandrecht der Christiane B bzw. des Klägers und damit auch ein Anspruch auf pfandweise Beschreibung nicht mehr besteht (vgl. Klang in Klang 2 V 71 unter Punkt VI/1; Ehrenzweig 2 I/2, 417, FN 28).

Es war daher dem Revisionsrekurs Folge zu geben und der erstgerichtliche, die pfandweise Beschreibung bewilligende Beschluß wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich des Klägers auf § 393 Abs 1 EO (Heller-Berger-Stix 1884), hinsichtlich des Beklagten auf §§ 78, 402 EO, 40, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E06952

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0050OB00317.85.1112.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19851112\_OGH0002\_0050OB00317\_8500000\_000

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