

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache des Antragstellers Helmut S\*\*\*\*\*, vertreten durch Huainigg Dellacher & Partner Rechtsanwälte OEG in Klagenfurt, gegen den Antragsgegner Mag. Dr. Hermann S\*\*\*\*\*, wegen 10.182,86 EUR sA, infolge Revisionsrekurses des Antragstellers gegen den Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt als Rekursgericht vom 6. Februar 2009, GZ 1 R24/09p-5, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Klagenfurt vom 7. Jänner 2009, GZ 26 Nc 2/08w-2, bestätigt wurde, den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Der Akt wird dem Erstgericht mit dem Auftrag zurückgestellt, die Zustellung einer Gleichschrift des Revisionsrekurses samt Gleichschrift des verfahrenseinleitenden Antrags und der Entscheidungen erster und zweiter Instanz an den Antragsgegner zu veranlassen; der Revisionsrekurs des Antragstellers ist dem Obersten

Gerichtshof erst nach Einlangen einer Revisionsrekursbeantwortung oder nach fruchtlosem Verstreichen der Beantwortungsfrist neuerlich vorzulegen.

### **B e g r ü n d u n g :**

Antragsteller und Antragsgegner sind je zur Hälfte Miteigentümer einer Liegenschaft, auf der sich ein vom Antragsteller bewohntes Haus befindet. Der Antragsteller begehrt, den Antragsgegner zur Zahlung von 10.182,86 EUR sA zu verpflichten. Der Anspruch betreffe die gemeinschaftlichen Lasten der Liegenschaft im Verhältnis der Anteile der beiden Parteien als Miteigentümer und beruhe auf § 839 ABGB. Der Antragsteller trage seit 1984 sämtliche Kosten der Liegenschaft allein. Infolge des bestehenden Hälfteigentums seien die Miteigentümer aber je zur Hälfte verpflichtet, die mit der Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Liegenschaft unmittelbar zusammenhängenden Lasten (Grundabgaben, Kanal, Objektversicherungen, notwendige Reparaturen am Miteigentum uä) zu tragen; die verbrauchsbezogenen Abgaben und Betriebskosten träfen hingegen den auf der Liegenschaft wohnenden Antragsteller allein. Der Antragsteller habe seit 2000 - näher aufgeschlüsselte - Hälftebeträge der Zahlungen für die Liegenschaft in Höhe des beehrten Betrags gezahlt, die nach den Verhältnissen der Anteile vom Antragsgegner zu übernehmen gewesen wären.

Das Erstgericht sprach ohne weiteres Verfahren aus, dass über den Antrag gemäß § 40a JN im streitigen Verfahren zu verhandeln und zu entscheiden sei. § 838a ABGB verweise Streitigkeiten zwischen den Teilhabern einer Miteigentumsgemeinschaft über die Verwaltung und

Benützung der gemeinschaftlichen Sache in das Außerstreitverfahren, soweit davon die mit der Verwaltung und Benützung unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten der Teilhaber betroffen seien. Solches treffe auf die hier geltend gemachten Ansprüche nicht zu. § 838a ABGB sei dahin auszulegen, dass im Außerstreitverfahren nur die grundlegenden Rechtsverhältnisse zwischen den Miteigentümern geklärt werden könnten, also etwa die Feststellung, der Antragsgegner sei verpflichtet, die Hälfte der Aufwendungen für die Liegenschaft zu zahlen. Die sich aus einer derartigen Verpflichtung ergebenden Zahlungsbegehren seien hingegen weiterhin im streitigen Verfahren geltend zu machen. Darüber hinaus sei nach dem Vorbringen des Antragstellers auch von einem Schadenersatz-, Bereicherungs- oder Verwendungsanspruch als Rechtsgrundlage des geltend gemachten Begehrens auszugehen, weshalb auch aus diesem Grund der außerstreitige Rechtsweg unzulässig sei.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Frage zulässig sei, in welcher Verfahrensart der Anspruch eines Miteigentümers gegen einen anderen Miteigentümer auf anteilige Zahlung der vom Antragsteller vorläufig allein getragenen Lasten für die gemeinsame Liegenschaft geltend zu machen sei. Der Antragsgegner sei am Rekursverfahren nicht zu beteiligen, weil der angefochtene Beschluss a limine gefasst worden sei. Der Antragsteller begehre keine Verteilung von Nutzen und Aufwand einer gemeinsamen Sache iSd § 839 ABGB. Er stütze seinen Anspruch nicht nur auf das Miteigentumsverhältnis, sondern mache darüber hinaus mit der Behauptung, für den Antragsteller (gemeint: -gegner)

liegenschaftsbezogene Lasten gezahlt zu haben, eine weitere Rechtsgrundlage geltend, nämlich einen Verwendungsanspruch nach § 1042 ABGB. Über ein solches Begehren sei im streitigen Verfahren zu entscheiden.

Der Oberste Gerichtshof kann über das vorgelegte Rechtsmittel noch nicht entscheiden.

1. Die Zulässigkeit des Revisionsrekurses bestimmt sich nach der vom Verfahrenseinleitenden gewählten Verfahrensart (RIS-Justiz RS0046238; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 40a JN Rz 6 mwN; *Simotta*, Das Vergreifen in der Verfahrensart und seine Folgen {§ 40a JN}, FS Fasching [1988], 463 ff, 479), das ist hier das Außerstreitverfahren. Eines Bewertungsausspruchs durch das Rekursgericht bedurfte es nicht, weil die Voraussetzungen für einen solchen nach § 59 Abs 2 AußStrG nicht vorliegen.

2.1. Nach § 68 Abs 1 AußStrG ist das Revisionsrekursverfahren zweiseitig, wenn mit dem angefochtenen Beschluss „über die Sache entschieden“ wurde. Die gleiche Wendung findet sich in § 45 AußStrG zur Zulässigkeit des Rekurses, in § 48 Abs 1 AußStrG zur Rekursbeantwortung und in § 50 Abs 1 Z 4 AußStrG zur Rekursentscheidung durch das Erstgericht. Insofern wird in den Gesetzesmaterialien erläutert, dass „diese Formulierung ... etwas weiter als Entscheidung 'in der Sache'“ sei, weil sie nicht nur stattgebende und abweisende, sondern auch zurückweisende Entscheidungen über einen Rechtsschutzantrag erfasse. Eine „Zweiseitigkeit als allgemeine Regel und damit auch für alle Zwischenstreite anzuordnen wäre überschießend, weil nicht in jedem Zwischenstreit auch die Rechtsposition der anderen Verfahrenspartei berührt“ werde (*Fucik/Kloiber*, AußStrG -

Kurzkommentar ErläutRV zu § 48, siehe auch deren Kommentierung bei § 45 Rz 2).

2.2. Die Frage, in welcher Verfahrensart über einen Rechtsschutzantrag zu entscheiden ist, betrifft einen Zwischenstreit, der jedenfalls auch die Rechtsposition jener Verfahrenspartei berührt, die dem Rechtsmittelwerber gegenübersteht. Damit liegt eine Entscheidung „über die Sache“ im Sinne des Außerstreitgesetzes vor (vgl 1Ob19/06k).

2.3. Dass der Antragsgegner hier - anders als im Fall der Entscheidung 1 Ob 19/06k - am bisherigen Verfahren noch nicht beteiligt war, ändert an den aufgezeigten Grundsätzen nichts: Im Schrifttum wird zwar im Sinne einer teleologischen Reduktion des § 48 Abs 1 AußStrG die Auffassung vertreten, die Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens greife allgemein nur dann ein, wenn schon das vorangegangene Verfahren zweiseitig gewesen sei, dh dann nicht, wenn ein Antrag sofort zurück- oder abzuweisen und gemäß § 8 AußStrG dem Antragsgegner gar nicht zuzustellen gewesen sei (*Klicka* in *Rechberger*, AußStrG § 48 Rz 1). Diese Voraussetzung liegt im Anlassfall jedoch nicht vor, weil eine Entscheidung nach § 40a JN über einen im außerstreitigen Verfahren eingebrachten Rechtsschutzantrag dem Fall einer sofortigen Zurück- oder Abweisung des verfahrenseinleitenden Antrags nicht gleichgehalten werden kann.

3.1. Im Übrigen entfaltet der Beschluss, mit dem festgestellt wird, dass statt des außerstreitigen richtigerweise das streitige Verfahren anzuwenden ist, bindende Wirkung unabhängig davon, in welchem Verfahrensstadium er gefällt wurde (*Simotta* aaO 488 mwN). Gegen einen im Außerstreitverfahren erlassenen Beschluss über die

anzuwendende Verfahrensart kann sich wegen dessen bindender Wirkung der Gegner unabhängig davon, wann der Beschluss ergangen ist, stets zur Wehr setzen (*Simotta* aaO 489). Der Antragsgegner hätte deshalb dem Verfahren bereits von Anfang an beigezogen werden müssen. Mit der nunmehr angeordneten Zustellung des Revisionsrekurses, des verfahrenseinleitenden Antrags und der im Verfahren ergangenen Beschlüsse wird sein rechtliches Gehör nunmehr gewahrt.

3.2. Anderes gilt nach der Rechtsprechung dann, wenn der im Außerstreitverfahren gestellte Antrag a limine zurückgewiesen wurde, weil der Antrag auf den Rechtsweg gehört (RIS-Justiz RS0006900) oder wenn das Ausgangsverfahren ein Zivilprozess (oder ein Verfahren nach § 37 Abs 1 Z 14 MRG) war (siehe 1 Ob 108/06y; 5 Ob 132/01z in RIS-Justiz RS0039183); in diesen - hier nicht vorliegenden - Fällen entfaltet der Zurückweisungsbeschluss keine bindende Wirkung.

4. Das anhängige Revisionsrekursverfahren ist somit zweiseitig, weshalb dem Erstgericht der aus dem Spruch dieser Entscheidung folgende Auftrag zu erteilen ist.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 21. April 2009  
Dr. S c h e n k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: