

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. Arch. M\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Harald Heinrich, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei O\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ernst Fiedler, Dr. Bernd Illichmann und Dr. Hartmut Ramsauer, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen Feststellung (Streitwert 7.000 EUR), über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Salzburg als Berufungsgericht vom 26. August 2010, GZ 53 R 194/10a-20, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Salzburg vom 3. Mai 2010, GZ 13 C 484/09y-16, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

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

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten ihres erfolglosen Rekurses selbst zu tragen.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Streitteile sind je zur Hälfte Eigentümer einer Liegenschaft. Das Eigentum erwarben sie aufgrund einer Einantwortungsurkunde im Verlassenschaftsverfahren. Zwischen den Streitteilen wurde ein Erbübereinkommen geschlossen.

Das Erstgericht stellte mit Wirkung zwischen den Streitteilen als jeweilige Hälfteeigentümer der betreffenden Liegenschaft fest, dass der klagenden Partei und ihren Rechtsnachfolgern das Recht zustehe, die östliche Hälfte der bestehenden Doppelgarage auf der Liegenschaft zu benützen. Nach der Absicht der Streitteile sei eine obligatorische Dienstbarkeit vereinbart worden. Das Nutzungsrecht der östlichen Hälfte der Garage solle nach dem Willen der Streitteile auch den Rechtsnachfolgern des Klägers zukommen.

Das Berufungsgericht hob das Urteil als nichtig auf, erklärte das vorangegangene Verfahren ab Zustellung der Klage für nichtig und trug dem Erstgericht die Einleitung des gesetzlichen Verfahrens über die in einen verfahrenseinleitenden Antrag im Außerstreitverfahren umzudeutende Klage auf. Es handle sich um die Auslegung einer zwischen den Miteigentümern getroffenen Vereinbarung, sodass nach § 838a ABGB der Anspruch im Verfahren außer Streitsachen geltend zu machen sei.

Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

1. Beschlüsse des Berufungsgerichts, womit das Urteil als nichtig aufgehoben und die Rechtssache zur Entscheidung ins außerstreitige Verfahren überwiesen wird, sind auch ohne Ausspruch des Berufungsgerichts, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, nach § 519

Abs 1 Z 1 ZPO anfechtbar (RIS-Justiz RS0041890, RS0043890). Der vorliegende Rekurs ist daher zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

2. Im Zweifel gehören alle in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden Sachen auf den Prozessweg (RIS-Justiz RS0012214). Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs sind ausschließlich die Klagsbehauptungen maßgeblich (7 Ob 204/07m; RIS-Justiz RS0013639, RS0005896). § 40a JN ist auch dann anzuwenden, wenn sich die Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs - wie im vorliegenden Fall - erst im Rechtsmittelverfahren herausstellt (RIS-Justiz RS0046245).

3.1. Nach § 838a ABGB sind Streitigkeiten zwischen den Teilhabern über die mit der Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten in das Verfahren außer Streitsachen verwiesen. Nach den Gesetzesmaterialien (471 BlgNR 22. GP 33) fallen in das Außerstreitverfahren die mit der Verwaltung und Benützung unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten der Teilhaber, somit die richterlichen Aufgaben nach den §§ 833 bis 838 ABGB, die Streitigkeiten aus einer Benützungsregelung, die Rechnungslegung und Verteilung des Erlöses (§ 830 Abs 1 ABGB), die Verteilung des Nutzens und Aufwands (§ 839 ABGB), Auseinandersetzung über Bestellung, Wechsel und Enthebung des Verwalters (§ 836 ABGB) und Ansprüche der Teilhaber untereinander aus von ihnen beschlossenen Handlungen des Verwalters (vgl OLG Wien 13 R 269/06h). Demgegenüber sind nach den Gesetzesmaterialien Ansprüche, die nicht nur auf das Miteigentumsverhältnis, sondern darüber hinaus auch noch auf weitere Rechtsgrundlagen gestützt werden (Besitzstörung, Schadenersatz, Bereicherung oder ein auf das Nachbarrecht gestützter Unterlassungsanspruch

zwischen Miteigentümern) weiterhin im streitigen Verfahren geltend zu machen. Dem hat sich der Oberste Gerichtshof für auf § 523 ABGB gestützte Ansprüche zur Abwehr von Eigentumseingriffen zwischen Miteigentümern angeschlossen (5 Ob 275/08i).

**3.2.** Streitigkeiten zwischen den Miteigentümern über die mit der Verwaltung und Benützung der gemeinsamen Sache unmittelbar zusammenhängenden Rechte und Pflichten sind auch dann im Außerstreitverfahren zu entscheiden, wenn der Auseinandersetzung eine Vereinbarung der Miteigentümer zugrundeliegt (4 Ob 76/07s). Dies entspricht der erklärten Absicht des Gesetzgebers (471 BlgNR 22. GP 33). Die Gesetzesmaterialien verweisen darauf, dass bei Miteigentumsangelegenheiten die Frage, ob ein Anspruch im streitigen oder außerstreitigen Verfahren durchzusetzen ist, bisher relativ unklar war. Demnach waren Streitigkeiten über die Benützung des Miteigentums dann im Verfahren Außerstreitsachen zu entscheiden, wenn sich die Miteigentümer nicht bereits auf eine rechtswirksam abgeschlossene Vereinbarung stützten, sondern eine echte Rechtsgestaltung durch den Richter anstrebten. Dies führte allerdings dazu, dass in der Praxis vielfach keine eindeutige Abgrenzung zwischen Streit- und Außerstreitverfahren möglich war. Durch die Einführung des § 838a ABGB sollte eine eindeutige Zuständigkeits- und Rechtswegsstreitigkeiten nicht provozierende Regel geschaffen werden (471 BlgNR 22. GP 33).

**3.3.** Im Hinblick auf diese deutlichen Aussagen des historischen Gesetzgebers kann dem Umstand, dass der Kläger auch die Feststellung des Benützungsrechts nicht nur für sich selbst, sondern auch für seine Rechtsnachfolger begehrt, keine entscheidende Bedeutung zukommen. Nach

§ 828 Abs 2 ABGB wirkt eine vertraglich eingeführte Benützungsvereinbarung auch für die Rechtsnachfolger, wenn sie im Grundbuch angemerkt ist, wobei die Anmerkung aber nicht zur Verdinglichung führt (5 Ob 89/08m). Auch ohne Anmerkung sind Gesamtrechtsnachfolger an die Benützungsvereinbarung gebunden, sofern die Benützungsvereinbarung dies nicht von vornherein ausschloss, etwa weil sie an die den vertragschließenden Personen höchstpersönlich geknüpft war (*Sailer in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*<sup>3</sup> § 828 Rz 11). Die Regelung des § 828 Abs 2 ABGB wurde mit dem Wohnungseigentumsbegleitgesetz 2002 eingeführt. Daraus ergibt sich aber, dass zum Zeitpunkt der Erlassung des § 838a ABGB, der mit 1. 1. 2005 in Kraft getreten ist, die Geltung einer Benützungsvereinbarung auch für Rechtsnachfolger den Regelfall dargestellt haben dürfte. Würde man bloß aufgrund des Umstands, dass der Kläger die Feststellung des Benützungsrechts auch für seine Rechtsnachfolger begehrt, die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs bejahen, würde dies lediglich die etwas modifizierte Fortsetzung der früheren Abgrenzung zwischen Streit- und Außerstreitverfahren je nachdem, ob ein Vertrag vorliegt oder nicht, bedeuten. Einer derartigen Differenzierung hat der Gesetzgeber mit Einführung des § 838a ABGB aber eine eindeutige Absage erteilt.

4. Zusammenfassend erweist sich die Rechtsansicht des Berufungsgerichts daher als frei von Rechtsirrtum, sodass dem unbegründeten Rekurs ein Erfolg zu versagen war.

5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Weil die beklagte Partei keine Rekursbeantwortung erstattet hat, war auszusprechen, dass der Kläger die Kosten seines erfolglosen Rekurses selbst zu tragen hat.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 17. Dezember 2010  
Dr. P i m m e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: