

das ISlG in seiner ursprünglichen Fassung – mit der Einschränkung auf den hanefitischen „Ritus“ – gelten hätte können.

Sollten meine Fragen schon Ansätze einer Antwort in sich schließen, wäre der Zweck vorstehender Überlegungen erreicht.

Rechtsanwältin Dr. Katharina Rueprecht, Wien

Die Rückforderung verbotener Ablösezahlungen

Zum Inhalt: Zahlungen auf Grund von Ablösevereinbarungen, die nach § 27 Abs 1 MRG verboten und nichtig sind, können gem § 27 Abs 3 MRG zurückgefordert werden. Die Autorin untersucht aus der Sicht anwaltlicher Praxis im folgenden Beitrag eine Reihe von Zweifelsfragen dieses Rückforderungsanspruchs, insb Anwendungsbereich, Sachlegitimation und Haftung mehrerer Ablöseempfänger, aber auch Zuständigkeits- und Kostenfragen, wobei nicht nur die gängige Rechtsprechung dargestellt, sondern auch manch neuer Lösungsvorschlag geboten wird. Einer dieser Lösungsvorschläge, nämlich Streitigkeiten über verbotene Ablösen jedenfalls als Bestandsachen zu behandeln, hat sich mittlerweile durchgesetzt; mit der WGN 1989 BGBl 343 wurde – auf von der Verfasserin veranlaßten Abänderungsantrag des Abg Smolle im JA – in § 49 Abs 2 Z 5 JN die Wendung „schließlich Streitigkeiten zwischen wem immer über verbotene Ablösen (§ 27 MRG)“ eingefügt, die auf Verfahren über nach dem 31.7. 1989 bei Gericht eingebrachte Klagen anzuwenden ist.

Inhaltsübersicht

- I. Wesen der Ablösezahlung und -rückforderung
- II. Anwendungsbereich
- III. Aktivlegitimation
- IV. Passivlegitimation und Stellvertretung
- V. Schadenersatzrechtliche Haftung der bei der Ablösevereinbarung zusammenwirkenden Personen?
- VI. Zahlungen für die Erlangung eines Weitergaberechts
- VII. Ablöserückforderung des Nachmieters an den Vormieter
- VIII. Verjährung
- IX. Zuständigkeit
- X. Gerichtsstand der Streitgenossenschaft?
- XI. Anteilsmäßige Haftung und Kostenfolgen

I. Wesen der Ablösezahlung und -rückforderung

Der Anspruch auf Rückerstattung der verbotenen Ablöse stützt sich darauf, daß die Vereinbarung darüber gem § 27 MRG ungültig und verboten ist. Der rechtliche Grund, die Ablöse zu behalten, fällt mit Geltendmachung der Ungültigkeit weg, der Geber kann sie vom Empfänger zurückfordern¹⁾. Nichtig ist jedoch nur die verbotene Vereinbarung, der Mietvertrag bleibt aufrecht²⁾. Ob den Vertragsparteien

bewußt war, daß es sich um eine gesetzwidrige Vereinbarung handelt, ist unerheblich³⁾. Es handelt sich um einen Anspruch wegen rechtsgrundloser Leistung und somit um einen Kondiktionsanspruch⁴⁾. Auf die Frage, ob der Anspruch zusätzlich auf Schadenersatz gestützt werden kann, und auf die Frage einer möglichen Solidarhaftung wird weiter unten eingegangen. Daß auf den Rückforderungsanspruch im voraus nicht verzichtet werden kann, ergibt sich aus dem zwingenden Charakter der Norm, ist jedoch in der Praxis aus Beweisgründen bedeutungslos, weil ein Verzicht auf eine Rückforderung mangels jeglicher schriftlicher Vereinbarung kaum hervorkommt⁵⁾.

II. Anwendungsbereich

Umfaßt sind nur jene Mietgegenstände, die einer Mietzinsregulierung („Kategoriezins“ oder „angemessener Zins“ gem § 16 MRG) unterliegen. Nicht unter das Ablöseverbot fallen daher zB Wohnungen in nicht geförderten Neubauten, Wohnungen in Häusern mit nicht mehr als zwei Wohnungen, vermietete Neubaueigentumswohnungen, Zweitwohnungen und Wohnungen, für die von der begünstigten Rückzahlung Gebrauch gemacht wurde (§ 1 Abs 4, § 53 MRG⁶⁾).

Mietzinsvorauszahlungen fallen zwar grundsätzlich nicht unter das Verbot des § 27 MRG, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Zahlung einem bestimmten Zeitraum zuzuordnen ist und daß der zulässige Mietzins nicht überschritten wird⁷⁾. Unzulässig ist es daher, wenn zwar der laufende zulässige Mietzins nicht ausgeschöpft wird, die Zahlung jedoch einem bestimmten Zeitraum als Mietzinsvorauszahlung nicht zugeordnet wurde⁸⁾, somit kein Zeitpunkt vereinbart ist, in welchem die Mietzinsvorauszahlung „aufgebraucht“ und der „reguläre“ Mietzins zu zahlen ist.

Beträge, die bei Schließung des Mietvertrages vom Mieter für den Verzicht des Vermieters auf den Kündigungsgrund des § 30 Abs 2 Z 4 und 6 MRG gezahlt werden, fallen auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des § 27 Abs 2 lit b MRG ebenfalls nicht unter das Ablöseverbot. Eine Ausdehnung dieser zuletzt genannten Bestimmung auf andere Fälle des Kündigungsverzichtes im Weg der Analogie ist ausgeschlos-

¹⁾ MietSlg 20.360; 25.256; 29.299; 33.308; 35.528.

²⁾ MietSlg 38.419 ff.

³⁾ MietSlg 32.320; 33.313.

⁴⁾ MietSlg 37.388; Würth in Rummal, ABCB, Rz 4 zu § 27 MRG.

⁵⁾ MietSlg 37.383; 37.384.

⁶⁾ MietSlg 38.404; anders MietSlg 33.306.

¹⁾ Ohmeyer, Die „Ablöse“ bei Mietverträgen, JBl 1931, 2.

²⁾ MietSlg 20.354.

sen⁹⁾. Der Verzicht muß beide Kündigungsgründe, nämlich Z 4 und 6 kumulativ enthalten, sodaß zB die Einräumung des Rechtes der gänzlichen Untervermietung und des befristeten Weitergaberechtes nicht ausreicht¹⁰⁾.

Zulässig ist ferner die Überwälzung des Aufwändersatzes, den der Vermieter dem scheidenden Vormieter gem § 10 MRG geleistet hat. Nicht hingegen kann sich der Vermieter seine eigenen Investitionen ersetzen lassen, weil diese ja bereits durch den Mietzins abgegolten werden¹¹⁾.

III. Aktivlegitimation

Zur Rückforderung berechtigt ist – auch dann, wenn die Mittel für die Ablösezahlung von einem Dritten zur Verfügung gestellt wurden – immer der Mieter als Vertragspartner¹²⁾. Lediglich bei Ablösen aus Anlaß eines Mieterwechsels bestimmt im Verhältnis Vermieter, Altm Mieter und Neumieter die wirtschaftliche Belastung die Aktivlegitimation. Es soll dadurch verhindert werden, daß der alte Mieter einen Betrag vom Vermieter zurückverlangen kann, den er bei der Festsetzung des vom neuen Mieter zu zahlenden Betrages bereits einkalkuliert hat und der daher in seinem Vermögen nur eine Durchgangspost bildet¹³⁾.

IV. Passivlegitimation und Stellvertretung

Da es sich bei der Rückforderung einer verbotenen Ablöse um die Geltendmachung eines Kondiktionsanspruches handelt, kann nur derjenige zur Rückzahlung der Ablöse verpflichtet sein, dem der Ablösebetrag zugekommen ist. Stellvertretung ist grundsätzlich auch bei einem verbotenen oder nichtigen Geschäft möglich, sodaß der Anspruch gegen den Hauseigentümer zu richten ist, sofern der Hausverwalter grundsätzlich zur Entgegennahme von Ablösen bevollmächtigt war. Dies gilt auch dann, wenn der Hausverwalter die Ablöse nicht zur Gänze an den Hauseigentümer abgeführt hat, weil die Ablöse dann dem Hauseigentümer als rechtlich zugekommen gilt¹⁴⁾. Daß es darauf ankommen soll, ob der Hausverwalter von vornherein die Absicht hatte, dem Hauseigentümer die Ablöse zukommen zu lassen¹⁵⁾, erscheint eher unpraktikabel, weil die Absicht des Vermieters erfahrungsgemäß für den Mieter nicht erkennbar ist. Auch wird sich für den Mieter kaum feststellen lassen, ob sich der Hauseigentümer „nachträglich den Vorteil zuwendet“. Die Stufenklage (Art 42 EGZPO) hilft hier nicht, weil keine Rechnungslegungspflicht besteht.

Die Klage gegen beide als solidarisch haftende Streitgenossen zu richten, wird zwar häufig gemacht, ist jedoch nur dann ratsam, wenn nicht von einem der Beklagten die Unzuständigkeit des Gerichtes eingewendet werden könnte, da mangels Solidarhaftung und mangels „Rechtsgemeinschaft“ der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nicht Platz greift und somit ein gemeinsamer Gerichtsstand meist nicht vorliegt, worauf noch weiter unten eingegangen wird.

V. Schadenersatzrechtliche Haftung der bei der Ablösevereinbarung zusammenwirkenden Personen?

Wenn auch nach der ständigen Judikatur die Ablösevereinbarung (nur) einen Kondiktionsanspruch begründet, so zeichnet sich insofern eine gewisse Veränderung in der Rechtsprechung ab, als nunmehr der Immobilienmakler aus dem Titel des Schadenersatzes haften soll, wenn er seinen Auftraggeber (den neuen Mieter) in Verletzung seiner kaufmännischen Sorgfaltspflichten nicht vor unzulässigen Forderungen schützt¹⁶⁾. Allerdings wird eine derartige Haftung nur dann zum Tragen kommen, wenn die Ablösezahlung ganz offensichtlich unzulässig war, etwa weil überhaupt keine Gegenleistung verschafft wurde, denn es wird dem Makler nicht zuzumuten sein, den Wert der übernommenen Investitions- und Einrichtungsgegenstände genau zu beurteilen.

Eine ebensolche Schadenersatzpflicht des Hausverwalters wurde von der Judikatur bisher nicht ausgesprochen, obwohl der Hausverwalter sicher auch zur kaufmännischen Sorgfalt verpflichtet ist, jedoch zunächst einmal gegenüber seinem Vertragspartner, nämlich dem Hauseigentümer. Gegenüber dem Mieter wohl nur dann, wenn man annimmt, der Hausverwaltervertrag entfalte Schutzwirkungen zugunsten Dritter (wobei anzunehmen ist, daß auch der reine Vermögensschaden umfaßt ist¹⁷⁾) oder bei Haftung als falsus procurator¹⁸⁾. Eine deliktische Haftung wäre denkbar, wenn § 27 MRG als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB angesehen wird¹⁹⁾.

Auch bezüglich des ablösefordernden Vermieters wurde bisher eine Schadenersatzpflicht nicht angenommen. Der OGH erkennt in ständiger Rechtsprechung auf das (ausschließliche) Vorliegen eines Kondiktionsanspruches, was zur Folge hat, daß auch eine Solidarhaftung gem § 1302 ABGB nicht in Frage kommt und auch bei der Ablösevereinbarung zusammenwirkende Personen – etwa Miteigentümer – nicht solidarisch verpflichtet sind, sondern jeder nur für den Teil haftet, der ihm zugekommen ist, im Zweifel nach seinen Miteigentumsanteilen²⁰⁾.

Die stets gleichlautende Begründung, wonach es sich um einen im Gesetz besonders geregelten Kondiktionsanspruch und nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt, vermag nicht zu überzeugen, weil eine Konkurrenz dieser beiden Ansprüche doch wohl grundsätzlich möglich ist, zumal sie völlig verschiedene Ausgangspunkte haben und nicht einzusehen ist, warum sie einander ausschließen sollten²¹⁾. Wenn ein Vermieter im Zug der Schließung des Mietvertrages – trotz Vorliegen einer Verbotsnorm – vorsätzlich eine verbotene Ablöse fordert und in der Folge noch verheimlicht, wem diese zugekommen ist, wodurch es möglicherweise zu einer verfehlten Prozeßführung kommt, so wird er für den Schaden wohl einzustehen haben, wobei man den Anspruch auf Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung (aus dem Miet-

⁹⁾ MietSlg 36.378; 37.391.

¹⁰⁾ MietSlg 37.391; 38.413.

¹¹⁾ MietSlg 37.383.

¹²⁾ MietSlg 30.348.

¹³⁾ MietSlg 30.348; 31.337; 33.310; 38.417.

¹⁴⁾ MietSlg 38.419 ff.

¹⁵⁾ MietSlg 36.376.

¹⁶⁾ MietSlg 38.411.

¹⁷⁾ Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 34 zu § 1295.

¹⁸⁾ MietSlg 33.312.

¹⁹⁾ Iro, Rückforderung verbotener Ablösen vom Wohnungvermittler, RdW 1988, 2.

²⁰⁾ MietSlg 37.393; s auch Honsell in Schwimann, Rz 14 zu § 1437; Rummel in Rummel, ABGB, Rz 14 zu § 1437.

²¹⁾ Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 25 zu § 1295; Kozl, Österreichisches Haftpflichtrecht¹ § 349.

vertrag), auf eine deliktische Haftung, auf culpa in contrahendo oder auf sittenwidrige Schadenszufügung gem § 1295 Abs 2 ABGB stützen könnte²³⁾.

VI. Zahlungen für die Einräumung eines Weitergaberechts

Entgegen der früheren Judikatur²³⁾ ist die Zahlung einer Ablöse für die Einräumung eines Weitergaberechts unzulässig²⁴⁾. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt dann vor, wenn anlässlich einer Unternehmensveräußerung dem Vermieter etwas gezahlt wird²⁵⁾. Zahlt der scheidende Mieter dem Vermieter etwas für die Einräumung des Weitergaberechts und rechnet der scheidende Mieter diesen Betrag in die vom Nachmieter vereinnahmte Ablöse ein, so ist nunmehr der neue Mieter zur Rückforderung dieses Betrages aktiv, der Vermieter passiv legitimiert²⁶⁾.

VII. Ablöserückforderung des Nachmieters an den Vormieter

Vereinbarungen über den Wertersatz von Investitionen und Einrichtungsgegenständen zwischen Vor- und Nachmieter sind in ihrer Wirksamkeit durch § 10 MRG nicht beschränkt²⁷⁾. Der Vormieter kann sich somit vom Nachmieter auch den Wert von Tapeten, Teppichböden, Malerarbeiten und insb Einrichtungsgegenständen abgelten lassen. Der Vormieter darf vom Nachmieter – entgegen der früher dazu ergangenen Rechtsprechung, wonach dies nur für den Rechtsnachfolger, somit den in die Mietrechte Eintretenden galt²⁸⁾ – auch den Wert von Investitionen ersetzt verlangen, die der Vormieter nicht selbst vorgenommen hat. Ebenso ist es rechtlich ohne Bedeutung, ob der Vormieter die Investitionen von seinem Vormann unentgeltlich übernommen oder dafür Ablöse gezahlt hat²⁹⁾. Die Kosten der Beschaffung einer entsprechenden Ersatzwohnung kann der Vormieter ohne Vereinbarung vom Nachmieter ebensowenig fordern wie die in § 27 Abs 1 Z 1 MRG angesprochenen Übersiedlungskosten²⁷⁾. In einer jüngst ergangenen Entscheidung²⁷⁾ spricht der OGH aus, daß der Vormieter sich den Wert ersetzen lassen darf, welchen die Investitionen im Zeitpunkt der Überlassung des Mietgegenstandes hatten, und daß er sich hinsichtlich der Einrichtungsgegenstände den Wiederbeschaffungswert ersetzen lassen darf. Es wird in dieser Entscheidung zwar nicht erklärt, was der Wiederbeschaffungswert sein soll, es ist aber der Formulierung zu entnehmen, daß es nicht der Wert im Zeitpunkt der Überlassung ist, sondern etwas anderes, möglicherweise der Neuwert. Diese Differenzierung ist unverständlich und gründet sich offensichtlich auf ein Mißverständnis, weil in der Terminologie der Sachverständigen der Begriff Wiederbeschaffungswert

iS von Neuwert gebraucht wird, von Würth²⁹⁾ jedoch iS von Zeitwert (berechnet auf Basis des Neuwertes zum Zeitpunkt der Übergabe, indem, ausgehend von einer bestimmten Lebensdauer, der Wert der Restlebensdauer errechnet wird). Daß die Investitionen nach dem Zeitwert und die Einrichtungsgegenstände nach dem Wiederbeschaffungswert (iS von Neuwert) zu ersetzen sind, ist auch schon deshalb nicht einsichtig, weil dies in Widerspruch zur bisherigen Rsp steht, wonach stets der gegenwärtige Wert sowohl von Investitionen als auch von Einrichtungsgegenständen zu ersetzen ist³⁰⁾, und in der nunmehr davon abweichenden Entscheidung in keiner Weise begründet wird, warum dies jetzt nicht mehr gelten sollte.

Die genaue Aufzählung der übernommenen Investitionen und Einrichtungsgegenstände ist nicht notwendig, sofern eine Gegenleistung vorhanden ist³¹⁾. Bei der Übernahme einer Arztpraxis wurde sogar ausgesprochen, daß eine Aufspaltung zwischen Mietrecht und Sonstigem nicht stattzufinden hat, da die Mietrechte einen Teil des Unternehmens bilden und daher im Kaufpreis ihren Niederschlag finden können³²⁾.

VIII. Verjährung

Der Rückforderungsanspruch verjährt in 3 Jahren³³⁾. Zwar gilt nach wie vor für die irrtümliche Zahlung einer Ablöse die 30jährige Verjährungsfrist³⁴⁾, jedoch kommt dieser in der Praxis wenig Bedeutung zu, weil von den wohnungsuchenden Mietern nicht bewiesen werden kann, daß sie nicht wußten, es handle sich um eine unzulässige Zahlung. Vielmehr wird von den Wohnungsuchenden meist richtig erkannt, daß die Zahlung wohl unzulässig ist, jedoch ohne eine derartige Zahlung eine Wohnung nicht zu bekommen ist³⁵⁾.

IX. Zuständigkeit

Gem § 49 Abs 2 Z 5 JN gehören vor die Bezirksgerichte alle Streitigkeiten aus Bestandverträgen, einschließlich der Streitigkeiten über die Eingehung, das Bestehen und die Auflösung solcher Verträge sowie die Nachwirkungen daraus. Gem § 83 Abs 1 JN gehören diese Streitigkeiten vor das Gericht, in dessen Sprengel die Sache liegt. Nach ständiger Judikatur gilt diese Zuständigkeit jedoch „nur für die Parteien aus dem Bestandvertrag“, somit für Bestandnehmer und Bestandgeber³⁵⁾. Einzusehen ist das nicht. Die Formulierung in § 49 Abs 2 Z 5: „Das Eingehen, das Bestehen und die Auflösung solcher Verträge, die Nachwirkungen hieraus ...“ zeigt die Absicht des Gesetzgebers, alle aus Bestandverträgen resultierenden Streitigkeiten in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte zu verweisen. Der Sinn und Zweck der betreffenden Zuständigkeitsnormen sind ja wohl einerseits, daß der Prozeß wegen der häufig notwendigen Lokalaugenscheine möglichst nahe bei der Bestandsache stattfinden soll,

²³⁾ Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 16 zu S 1294.

²⁴⁾ MietSlg 33.307.

²⁵⁾ MietSlg 38.404; Irv. Sind Zahlungen des Altmieters für die Zustimmung des Vermieters zum Mieterwechsel („Weitergaberecht“) rückforderbar? RdW 1986, 66f; Würth in Rummel, ABGB, Rz 4 zu § 27 MRG.

²⁶⁾ MietSlg 37.385; ImmZ 1985, 355.

²⁷⁾ MietSlg 31.337; 33.310; 37.387.

²⁸⁾ JBI 1988, 583.

²⁹⁾ ImmZ 1985, 424.

²⁹⁾ Würth in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 27 MRG.

³⁰⁾ MietSlg 16.275; 23.311/22; 25.255; 28.274; 37.267.

³¹⁾ WoBI 1988, 46.

³²⁾ WoBI 1988, 47.

³³⁾ Honseil in Schwinn, Rz 13 vor § 1431ff; Würth in Rummel, ABGB, Rz 8 zu § 27 MRG; JAB 5.

³⁴⁾ MietSlg 37.392.

³⁵⁾ MietSlg 17.750; 30.663; 32.614; 33.591; 33.594; 33.595; 33.598.

und andererseits die Mietsachen am Bezirksgericht zu konzentrieren, wo es hierfür besonders erfahrene „Bestandrichter“ gibt. Es ist nach Wortlaut und Zweck des „Bestandgerichtsstands“ überhaupt nicht einzusehen, warum ein Ablösestreit mit dem Vermieter nicht vor dem Bezirksgericht stattfinden soll, sondern bei einem von der betreffenden Bestandsache weit entfernten Landes- oder Kreisgericht und vor einem Richter, der mit dem MRG kaum zu tun hat und dem diese Rechtsmaterie fremd ist. Die Rsp sollte daher die Beschränkung der Bestandsachen auf die Parteien des Bestandvertrags aufgeben.

X. Gerichtsstand der Streitgenossenschaft?

Gem § 93 Abs 1 JN können mehrere Personen, welche ihren allgemeinen Gerichtsstand vor verschiedenen Gerichten haben, vor jedem inländischen Gericht als Streitgenossen geklagt werden, bei welchem einer der Streitgenossen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, es sei denn, daß das Gericht auch durch Vereinbarung der Parteien nicht zuständig gemacht werden kann. Der Wortlaut des Gesetzes läßt die Annahme zu, daß diese Bestimmung – unabhängig davon, ob Ablöseprozesse als Bestandsache anzusehen sind – die Klage gegen sämtliche mögliche Ablöseempfänger bei einem Gericht zuläßt. Diese Bestimmung ist jedoch nur auf Streitgenossen iSd § 11 Z 1 ZPO³⁶⁾ anzuwenden, somit nur auf sog materielle Streitgenossen. Die materielle Streitgenossenschaft iSd § 11 Z 1 ZPO setzt aber voraus, daß die mehreren Personen in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder aus demselben tatsächlichen Grund oder solidarisch verpflichtet sind. Rechtsgemeinschaft an der empfangenen Ablösesumme liegt wohl nicht vor, und daß mehrere Ablöseempfänger aus demselben tatsächlichen Grund verpflichtet sind, ist auch eher zu verneinen³⁷⁾. Zwar könnte man aus dem Umstand, daß mit der ZVN 1983 die Bestimmung des § 11 Z 1 ZPO dahingehend geändert wurde, daß nunmehr nur noch derselbe tatsächliche Grund erforderlich ist und nicht wie früher derselbe tatsächliche und rechtliche Grund, den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber die Klagehäufung erleichtern wollte. Den Mat³⁸⁾ ist jedoch zu entnehmen, daß mit der Neuformulierung „nur Unklarheiten beseitigt und keine inhaltlichen Veränderungen vorgenommen werden sollten“. Bleibt somit nur noch: „Solidarisch verpflichtet“. Da ein Schadenersatzanspruch und somit eine solidarische Pflicht von der Judikatur in aller Regel verneint wird, kann auch das alternativ geforderte Tatbe-

standsmerkmal einen gemeinsamen Gerichtsstand – außer er ist prorogiert, oder die Gegenseite läßt sich darauf ein (§ 104 Abs 3 JN) – nicht begründen.

Zu der Frage, ob zusammenwirkende Ablöseempfänger Streitgenossen iSd (mit der ZVN neugefaßten) § 11 ZPO sind, sind keine veröffentlichten Entscheidungen aufzufinden. Dies ist möglicherweise dadurch zu erklären, daß in dem Fall, daß eine Partei die Unzuständigkeit einwendet, somit das Vorliegen eines Gerichtsstandes der Streitgenossenschaft bestritten, wohl zumeist von der Möglichkeit der Überweisung nach § 261 Abs 6 ZPO Gebrauch gemacht und die Verbindung dieses Überweisungsantrages (anders als nach § 230a ZPO) mit einem Rekurs als nicht zulässig angesehen wird³⁹⁾.

XI. Anteilsmäßige Haftung und Kostenfolgen

Nach ständiger Judikatur handelt es sich bei der Rückforderung einer verbotenen Ablöse um einen Kondiktionsanspruch⁴⁰⁾, sodaß von jedem nur der Betrag gefordert werden kann, der ihm zugekommen ist. Miteigentümer haften im Zweifel nur im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile⁴¹⁾. Der Umstand, daß nach bisher ständiger Judikatur eine Solidarhaftung verneint wird, bringt für den Kläger das Risiko, trotz Obsiegen in der Hauptsache einen großen Teil der Kosten tragen zu müssen, weil ihm ja zumeist nicht bekannt ist, wem wieviel zugekommen ist, und er daher im Fall der drohenden Verjährung „sicherheitshalber“ alle in Frage kommenden (jeweils auf den Gesamtbetrag) klagen muß, aber jedenfalls nur anteilmäßig durchdringen kann, er somit – entsprechend dem Anteil, mit dem er gegen jeden einzelnen unterliegt – kostenpflichtig wird. In der neueren Judikatur⁴²⁾ wird dieses „unbillige“ Kostenergebnis so gelöst, daß die Kosten ebenfalls zur Gänze, bzw auch nur anteilig zugesprochen werden. Dieses Ergebnis wird damit begründet, daß der Umstand, daß an Stelle der Solidarhaftung der beklagten Parteien eine anteilmäßige Haftung, entsprechend ihren Miteigentumsanteilen, ausgesprochen wurde, iSd § 43 Abs 2 ZPO nur als Unterliegen mit einem geringfügigen Teil des Anspruchs, dessen Geltendmachung überdies keine besonderen Kosten veranlaßt hat, anzusehen und bei der Kostenentscheidung außer acht zu lassen ist⁴³⁾.

³⁶⁾ Schallich, Überblick über die Zivilverfahrensreform 1983, ÖJZ 1983, 259; Rechberger-Simotta, Zivilprozeß (Erkenntnisverfahren), Rz 437; RZ 1985/39; EvBl 1985/16.

³⁷⁾ MietSlg 21.382; 37.393; 38.422; MGA ZPO¹¹ Anm 17 zu § 43 ZPO.

⁴¹⁾ LGZ Wien 3. 9. 1987, 41 R. 233/87; 234/87.

⁴²⁾ MietSlg 19.261.

³⁶⁾ Stokanzl, Zivilprozeßgesetz⁴ (1989) 95.

³⁷⁾ Fasching, Zivilprozeßrecht, Rz 371.

³⁸⁾ AB 1337 BlgNR 15. GP 7f.