

immolex

NEUES MIET- UND
WOHNRECHT
November 2003

11

2 8 9 - 3 2 0

Wohnungseigentum

Das außerstreitige Wohnrechtsverfahren (Mayr)

Liegenschaftsrecht

Marktgerechter Kapitalisierungszinssatz:
Diskriminierungszuschlag erforderlich? (Lenneis)

Steuern und Abgaben

Eigenverbrauch von Gebäuden (Stingl)

Mietrecht

Zuschläge zum Richtwertmietzins

Wohnungseigentum

Räumungsanspruch eines WEers gegen
Bestandnehmer anderer WE-Objekte?

Herausgeber:
Herbert Rainer

Leitende
Redakteure:
Franz Pfiel
Helmut Böhm
Ernst Gall
Walter Stingl

Ständige
Mitarbeiter:
Johannes
Stabentheiner
Wolfgang Zankl
Heinz M. Jäger
Andreas Kletečka
Fritz Iby
Peter Kovanyi

Das außerstreitige Wohnrechtsverfahren – Entwicklung und gegenwärtige Lage



Von ao. Univ.-Prof. Dr. Peter G. MAYR

FÜR DEN EILIGEN LESER:

Durch ein „wohnrechtliches Außerstreitbegleitgesetz“ sollen die zahlreichen Verfahrensregeln, die sich gegenwärtig in den verschiedenen Wohnrechtsgesetzen befinden, unter weitgehender Wahrung der inhaltlichen Kontinuität an das geplante neue Außerstreitgesetz angepasst werden. Dies bietet einen willkommenen Anlass für eine kurze Darstellung der historischen Entwicklung der einschlägigen Bestimmungen und für eine grundsätzliche Charakteristik der derzeitigen verfahrensrechtlichen Situation im Bereich des Wohnrechts.

I. EINLEITUNG

Mit Datum vom 28. 5. 2003 hat das BMJ den Entwurf eines „Wohnrechtlichen Außerstreitbegleitgesetzes“ zur Begutachtung versendet.¹ Mit diesem

Entwurf sollten die Verfahrensbestimmungen in diversen wohnrechtlichen Gesetzen an das (geplante) neue Außerstreitgesetz angepasst werden. Zwischenzeitlich sind zwar der Entwurf eines BG über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen² samt einem Entwurf für ein Außerstreit-Begleitgesetz³ (endlich) als Regierungsvorlagen der parlamentarischen Behandlung zugeleitet worden, die Anpassung der einschlägigen wohnrechtlichen Gesetze ist jedoch (vorerst) ausdrücklich von diesem umfangreichen Gesetzgebungswerk ausgeklammert worden, um nicht zu einer „Überfrachtung dieses Vorhabens“ zu führen. Nach Aussage der Erläuterungen zur einschlägigen Regierungsvorlage müsse die Änderung und Anpassung des § 37 MRG einem eigenen legislativen Vorhaben vorbehalten bleiben, „um die erforderliche grundlegende Erörterung der damit zusammenhängenden spezifischen Problemstellungen zu gewährleisten“.⁴ Diese Situation bietet somit einen willkommenen Anlass, einen Rückblick auf die Entstehung, Weiterentwicklung und aktuelle Lage der einschlägigen Verfahrensbestimmungen zu werfen.

II. ENTWICKLUNG

Bereits die 1. MieterschutzVO aus dem Jahre 1917⁵ sah in ihrem § 10 vor, dass das Mietamt (oder das Bezirksgericht)

„im Verfahren außer Streitsachen“ nach Anhörung von Auskunftspersonen über die Zulässigkeit einer Erhöhung des Mietzinses zu entscheiden hat. Die wesentlichen Elemente dieser Bestimmung schienen (als § 6) schon im entsprechenden Erstentwurf des späteren Justizministers *Schauer* aus dem Jahre 1916 auf.⁶ In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt: „Da es nicht möglich ist, ins Einzelne gehende Kennzeichen der Zulässigkeit einer Mietzinssteigerung anzugeben, sondern diese Frage in jedem einzelnen Falle geprüft und beantwortet werden muss, kann die Entscheidung zweckmäßiger Weise nicht dem streitigen Verfahren der Gerichte anheimgegeben werden. Dem Mieter und Vermieter wird es sich in der Mehrzahl der Fälle nicht um die Entscheidung eines Streites über eine Rechtsfrage, sondern um die Klarstellung einer tatsächlichen Frage durch ein unbefangenes, sachkundiges, nicht durch Formen und Vorschriften beengtes Organ handeln. – Es gilt, einem Streit vorzubeugen, nicht ihn auszutragen. – Das weist auf ein rechtsgestaltendes Verfahren hin.“

§ 16 leg cit konkretisierte, dass das Mietamt die Entscheidung nach mündlicher und öffentlicher Verhandlung zu fällen⁷ und längstens binnen drei Tagen schriftlich mit kurzer Begründung abzufassen habe. Nähere Ausführungsbestimmungen über die Geschäftsführung

¹ JMZ 7.132/142-I 7/2003.

² 224 BlgNR 22. GP; zur langen Geschichte der Außerstreitreform siehe etwa *Michalek*, Reform des Außerstreitrechtes, NZ 1997, 265; *derselbe*, Die notwendige Außerstreitreform, AnwBl 1997, 691; Das neue Außerstreitverfahren – Texte und Strukturen, Richterwoche 1997 in Werfenweng (1997); Außerstreitreform – in der Zielgeraden (1999) = Veröffentlichungen des Ludwig-

Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen (LBI) Bd XX; *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen² (2000) 4 ff.

³ 225 BlgNR 22. GP.

⁴ AaO 2.

⁵ VO des Gesamtministeriums vom 26. 1. 1917, RGBl 34, über den Schutz der Mieter; dazu *Stamperfer*, Die Anfänge des Mieterschutzes in Österreich (1995) 39 ff.

⁶ Erliegend im Österreichischen Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Justizministerium, Fasz I c I 2 e, Karton 178, GZ 33428/548 vom 31. 10. 1916.

⁷ Die Erläuterungen (wie FN 6) halten dazu fest: „Das Verfahren soll mündlich und unmittelbar sein. Fraglich ist, ob man grundsätzlich das Verfahren nicht öffentlich durchführen soll. Im Deutschen Reiche ist bei den Mieteinigungsämtern

der Mietämter und der Bezirksgerichte in Angelegenheiten des Mieterschutzes enthielt eine nachfolgende Verordnung des Justizministers⁸.

Ähnlich ordnete § 28 Abs 1 Mietengesetz 1922⁹ an, dass auf das Verfahren vor der Mietkommission die Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen sinngemäß Anwendung finde, und normierte weiter, dass im Falle der Notwendigkeit von Erhebungen oder Beweisaufnahmen der Entscheidung eine mündliche öffentliche Verhandlung voranzugehen habe. Gem Abs 2 leg cit war das Verfahren möglichst zu beschleunigen und sollte längstens binnen drei Wochen beendet sein.

Die Entscheidung war binnen acht Tagen schriftlich mit kurzer Begründung abzufassen und den Parteien auf Verlangen zuzustellen. Nach dem § 26 MG 1922 hatte die Mietkommission iW über alle mit der Mietzinshöhe im Zusammenhang stehenden Fragen zu entschei-

den, welcher Anwendungsbereich bereits 1929¹⁰ erstmals erweitert wurde¹¹.

In den Gesetzesmaterialien findet sich keine Begründung für die Anordnung des Außerstreitverfahrens¹², *Sternberg*¹³ meinte jedoch, dass das Gesetz damit diesem Verfahren „einfachere Formen verleihen, aber nicht die Parteienrechte in irgend einer Weise schmälern, noch vielleicht ein schriftliches Verfahren einführen“ wollte. *Swoboda*¹⁴ stellte in diesem Zusammenhang als Paradoxon fest, dass die Bestimmungen des Außerstreitverfahrens anzuwenden seien, obwohl es sich in Wahrheit „um streitige Ansprüche“ handle, und erläuterte weiter, dass die Ausdehnung des außerstreitigen Verfahrens auf Kosten des Prozessverfahrens nichts Ungeöhnliches sei und sich in letzter Zeit immer öfter wiederholt habe¹⁵.

Die Mietengesetz-Novelle 1955¹⁶ beseitigte in der Folge nach einem VfGH-Erkenntnis¹⁷ die Mietkommissionen und

übertrug deren bisherige Aufgaben an das Bezirksgericht. Dieses hatte durch einen Einzelrichter (also ohne die Besitzer der Mietkommission) grundsätzlich nach den Vorschriften des Außerstreitgesetzes, aber mit einigen – iW von der bisherigen Rechtslage übernommenen – Abweichungen zu verhandeln und zu entscheiden (§§ 25 ff MG)¹⁸. So erklärte etwa § 26 Abs 4 MG die Bestimmungen der ZPO über Protokolle und über die Aufnahme von Beweisen für sinngemäß anwendbar; dies sei zweckmäßig, „weil das Außerstreitpatent diesbezüglich keine oder nur ungenügende Vorschriften enthält“¹⁹.

Bemerkenswert ist auch, dass die Regierungsvorlage in ihrem § 25 Abs 2 die im AußStrG vorgesehene Verweisung auf den Rechtsweg (§ 2 Abs 2 Z 7) ausdrücklich ausschließen wollte. Der Justizausschuss beseitigte jedoch diesen Absatz, um die Fortsetzung der bisherigen Praxis im Mietkommissionsverfahren, nämlich die Parteien bei schwie-

das Verfahren nicht öffentlich, offenbar erwartet man davon eine Erleichterung der Einigung. Auch haben diese Aemter Gutachten über die wirtschaftliche Lage der Beteiligten zu erstatten. Nach dem Entwurfe soll aber das Mietamt tatsächliche Verhältnisse auf Grund wahrheitsgemässer Parteienauskünfte feststellen. Hier dient die Oeffentlichkeit zur Kontrolle der Wahrheit und zur Verhütung von mit allen Mitteln der Verfahrenstechnik geförderten Auswüchsen des Eigennutzes. Die Entscheidungen sollen auch für andere Verhältnisse Richtung gebend sein, deshalb kann auf die Oeffentlichkeit nicht verzichtet werden. Sie ist insbesondere eine unerlässliche Garantie für die Objektivität der Entscheidung, an der es hier umsoweniger fehlen darf, als jedes Rechtsmittel ausgeschlossen sein soll.“

⁸ VO des Justizministers im Einvernehmen mit dem Minister für öffentliche Arbeiten und dem Minister des Innern vom 9. 2. 1917 RGBl 53.

⁹ BG vom 7. 12. 1922, BGBl 872, über die Miete von Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten (Mietengesetz). Siehe auch die ausführende V der Bundesministerien für Justiz und für soziale Verwaltung vom

16. 12. 1922, BGBl 897, über die Mietkommissionen.

¹⁰ BG vom 14. 6. 1929, BGBl 200, betreffend die Förderung der Wohnbautätigkeit und Abänderung des Mietengesetzes (Wohnbauförderungs- und Mietengesetz) III. Abschnitt, Art I Z 48.

¹¹ Näheres bei *Swoboda*, Kommentar zum Mietengesetz² (1950) 281 f.

¹² Die Regierungsvorlage (723 BlgNR 1. GP) hatte noch an den Mietämtern festgehalten und keine ausdrückliche Bestimmung über die Anwendung des Außerstreitverfahrens enthalten. Der Justizausschuss schlug dann die Umgestaltung der bisherigen Mietämter zu Mietkommissionen vor und führte zur Verfahrensregelung lapidar aus (1308 BlgNR 1. GP, 12): „Da auf das Verfahren vor der Mietkommission die Bestimmungen für das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen sinngemäß Anwendung finden, gelten dafür auch die bezüglichen Vorschriften über Ordnungsstrafen, insbesondere auch § 85 G.O.G.“ Vgl auch *Stamper*, Mieterschutz 186.

¹³ Die Wohnungsgesetze³ (1929) 414.

¹⁴ Kommentar zum Mietengesetz (1929) 308 f; ganz ähnlich *derselbe*, Kommentar², 287.

¹⁵ In Anm 1 führt er folgende Beispiele an: Das Grenzberechtigungsverfahren (§ 850 ABGB), das Gesetz über die Erhöhung von Geldausgedingen vom 27. 10. 1921 BGBl 598, das gewerbliche Pachtvertragsänderungsgesetz vom 20. 12. 1921 BGBl 343, das Familiengläubigergesetz vom 26. 9. 1922 BGBl 543 und § 7 Pächterschutzverordnung vom 2. 6. 1925 BGBl 180. Siehe zu dieser Tendenz auch bereits *Hellmer*, Die Überspannung des außerstreitigen Verfahrens, GZ 1924, 44 und unten FN 49.

¹⁶ BG vom 12. 12. 1955, BGBl 241, womit das Mietengesetz abgeändert wird.

¹⁷ VfSlg 2778; Kdm BGBl 1955/31.

¹⁸ Eine Begründung für die Anwendung des Außerstreitverfahrens findet sich in den Materialien nicht. Die RV (392 BlgNR 7. GP 9) hält lediglich fest: „Im Verfahren, das sich nach dem Außerstreitpatent und dem im Mietengesetz und der Mietkommissionsverordnung, BGBl Nr 44/1951, idF BGBl Nr 268/1951, enthaltenen besonderen Verfahrensvorschriften richtet, braucht keine grundsätzliche Änderung einzutreten.“ Siehe auch aaO 11 f und JAB 674 Blg NR 7. GP 1, 2 f.

¹⁹ So die EB 392 BlgNR 7. GP 11.

riger Rechtslage auf den Rechtsweg zu verweisen, weiterhin zu ermöglichen²⁰.

Durch das Mietrechtsänderungsgesetz von 1967²¹ wurden dann auch Streitigkeiten über vertragliche Untervermietverbote – ohne Begründung²² – in das Außerstreitverfahren verwiesen.

Im Mietrechtsgesetz 1981²³ erfuhr die Liste der im Außerstreitverfahren zu behandelnden Angelegenheiten eine Erweiterung auf 13 Positionen (§ 37 Abs 1 Z 1 bis 13 MRG 1981). Ursprünglich soll hier die Anwendung eines Streitverfahrens mit Besonderheiten vorgesehen gewesen sein, das dann jedoch auf politischen Wunsch und ohne Dokumentierung der dafür maßgeblichen Gründe in ein besonderes Verfahren außer Streitsachen umgearbeitet worden ist²⁴. Dabei mussten allerdings die (in 19 Paragraphen geregelten) allgemeinen Bestimmungen des AußStrG um nicht weniger als 21 Ziffern²⁵ umfassende „Besonderheiten“ ergänzt werden. Die Gesetzesmaterialien halten lediglich fest²⁶: „Durch diesen Paragraphen (Anm: § 35 der RV, § 37 des Gesetzes) sollen die verfahrensrechtlichen Bestimmungen und Besonderheiten unter einer möglichst weitgehenden

Übernahme der durch § 26 WEG 1975 und § 22 WGG vorgegebenen Methoden neu gegliedert und ausgebaut werden...“ Die einzige Erläuterung dieser „Methoden“ findet sich in den Erläuterungen zum WEG 1975, die die Ausweitung des Anwendungsbereiches des Außerstreitverfahrens auf weitgehend alle Angelegenheiten der Verwaltung damit begründeten²⁷, dass es sich dabei „vorwiegend um die Rechtsgestaltung innerhalb der oft viele Personen umfassenden Wohnungseigentumsgemeinschaft“ handle.

Im Ausschussbericht zum WGG²⁸ wird nur darauf verwiesen, dass die Verfahrensbestimmungen des § 22 WGG dem § 24 MG und dem § 26 WEG nachgebildet seien und dass dadurch gewährleistet erscheine, dass durch das Außerstreitverfahren mit Vorschaltung der „Schlichtungsstellen“ einerseits das Kostenrisiko verringert und andererseits aber auch eine Überprüfung ohne triftigen Grund hintangehalten werde.

In der Folge erfuhr die Zentralnorm des § 37 MRG eine Reihe von Novellierungen:

- 1985 wurden im Abs 1 die Z 8, 10, 11 und 13 neu gefasst;²⁹

sonderheiten vorgesehen war. Dieser mußte über Wunsch eines Interessenverbandes vom BMfJustiz innerhalb kürzester Zeit in eine Regelung eines Außerstreitverfahrens ‚mit Besonderheiten‘ übersetzt werden, was verständlicherweise (nicht sofort erkennbare) Lücken verursachte, deren Ausfüllung mittels Analogie aus dem Streitverfahren der Rechtsprechung obliegt.“

- 25 In der Zwischenzeit gibt es sogar 22 Ziffern sowie zusätzlich eine Z 18a und 20a.
- 26 425 BlgNR 15. GP 43.
- 27 240 BlgNR 13. GP 22.
- 28 1220 BlgNR 14. GP 4; die RV enthält (zum damaligen § 19) keine einschlägige Begründung (760 BlgNR 14. GP 20).
- 29 Art I Z 15 BGBl 1985/559; dazu der JAB 800 BlgNR 16. GP.

- das 2. WohnrechtsänderungsG³⁰ fasste den Abs 1 Z 6 neu und fügte dem Abs 1 eine neue Z 14 an;
- das Revisionsrekurs-AnpassungsG³¹ änderte den Abs 3 Z 18 ab;
- mit dem 3. WohnrechtsänderungsG³² wurden der Abs 1 Z 5, 8 und 10 neu gefasst sowie Abs 1 Z 8a und Abs 3 Z 22 neu eingefügt;
- 1997 wurde im Abs 1 die Z 12 neu gefasst und eine Z 12a eingefügt, weiters ein neuer Abs 2a eingefügt und im Abs 3 die Z 2 geändert sowie eine neue Z 20a angefügt;³³
- durch die erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997³⁴ wurden im Abs 3 die Z 16 und 18 abgeändert und eine neue Z 18a eingefügt;
- die Wohnrechtsnovelle 2000³⁵ änderte den Abs 1 Z 12 ab;
- nach den Anpassungen durch das 2. Euro-Justiz-Begleitgesetz³⁶ fügte schließlich die Mietrechtsnovelle 2001³⁷ in Abs 1 Z 8 einen (zusätzlichen) Verweis auf § 45 ein.

Auffallend ist, dass sich zu diesen Änderungen in den Gesetzesmaterialien keine oder nur wenig substantielle Begründungen auffinden lassen. Lediglich die Zuweisung der „Rückzahlung von verbotenen Leistungen und Entgelten“ in

20 So der JAB 674 Blg NR 7. GP 2.

21 BG vom 30. 6. 1967, BGBl 281, über die Änderung mietrechtlicher Vorschriften, Art I Z 34.

22 In den Gesetzesmaterialien (500 BlgNR 11. GP 20) heißt es lediglich: „Die Änderung ist mit Rücksicht auf den neu eingeführten § 18a erforderlich.“

23 BG vom 12. 11. 1981, BGBl 520, über das Mietrecht.

24 So *Loos*, Abgrenzung von streitigem und außerstreitigem Verfahren in Mietrechtssachen (Jur Diss Wien 1993) 10 unter Berufung auf *Würth in Korinek/Krejci*, Handbuch zum Mietrechtsgesetz (1985) 510 f FN 94, der aaO ausführt: „Tatsächlich hatte eine vom parlamentarischen Unterausschuß eingesetzte Arbeitsgruppe einen Entwurf für ein Verfahren in dem Sinn erarbeitet, daß ein Streitverfahren mit bestimmten Be-

30 Art II Z 15 und 16 des 2. WÄG BGBl 1991/68; zu den Gesetzesmaterialien s unten FN 38.

31 Art II RRAG BGBl 1989/654; dazu JAB 1160 BlgNR 17. GP 2 f, wo angeführt wird, dass bei den Beratungen über die beabsichtigte Harmonisierung des Wohnrechts „eine stärkere Zugrundelegung der ZPO überlegt“ werde.

32 Art II Z 29 bis 33 des 3. WÄG BGBl 1993/800; dazu AB 1268 BlgNR 18. GP 14.

33 Art I Z 9 BGBl I 1997/22; dazu 555 und 573 BlgNR 20. GP.

34 Art XXIV Z 2 WGN 1997 BGBl I 1997/140; dazu 898 BlgNR 20. GP 54 f und 1002 BlgNR 20. GP 4.

35 Art 2 Z 22 WRN 2000 BGBl I 2000/36; dazu AB 122 BlgNR 21. GP 5.

36 Art 68 Z 8 BGBl I 2001/98.

37 Z 6 MRN 2001 BGBl I 2001/161; dazu JAB 854 BlgNR 21. GP 3.

das Außerstreitverfahren durch das 2. WÄG wurde in den Materialien etwas näher begründet.³⁸ Es sei die Absicht des Gesetzgebers, sowohl die Rückforderung unberechtigt verlangter Ablöszahlungen als auch die Feststellung der Höhe von Aufwandsersatzansprüchen des ausziehenden Mieters zu vereinfachen. Die Praxis habe nämlich gezeigt, dass die Auseinandersetzung um den Wert der zu ersetzenden Aufwendungen durch Sachverständigengutachten bzw die Kosten des streitigen Gerichtsverfahrens die Position des scheidenden Mieters deutlich geschwächt hätten. Einheitliche Abschreibungsregeln und die Übertragung in das außerstreitige Verfahren sollen diesem Problem abhelfen. Die Sinnhaftigkeit dieser Maßnahme wurde allerdings schon damals bestritten³⁹ oder zumindest in Zweifel gezogen⁴⁰.

Das WEG 2002⁴¹ hat in seinem § 52 über das „wohnungseigentumsrechtliche Außerstreitverfahren“ iW die Regelung des bisherigen § 26 WEG 1975 übernommen⁴². Das bedeutet, dass in bestimmten, in § 52 Abs 1 aufgezählten Angelegenheiten das für Zivilrechtssachen zuständige Bezirksgericht, in

dessen Sprengel die Liegenschaft gelegen ist, im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden hat. Es kommen die allgemeinen Bestimmungen des AußStrG mit den in § 37 Abs 3 Z 6, 8 bis 21 sowie Abs 4 MRG genannten sowie die in § 52 Abs 2 WEG 2002 zusätzlich aufgezählten Besonderheiten zur Anwendung.

Auch nach § 22 Abs 4 WGG⁴³ gelten für bestimmte Verfahren nach § 22 Abs 1 WGG die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren außer Streitsachen mit den im § 37 Abs 2, Abs 3 Z 6, 8 bis 21 und Abs 4 sowie in den §§ 38 bis 40 MRG genannten und den in Abs 4 (in acht Ziffern) aufgezählten Besonderheiten.

Ebenso hat gem § 25 HeizKG⁴⁴ das für Zivilrechtssachen zuständige Bezirksgericht, in dessen Sprengel das Gebäude liegt, über bestimmte Angelegenheiten im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden, wobei § 37 Abs 3 und 4 und die §§ 39, 40 und 41 MRG sinngemäß anzuwenden sind. Eine Begründung für diese Anordnung enthalten die Gesetzesmaterialien nicht⁴⁵.

Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist ferner, dass auch § 14 Abs 2 Kleingar-

tenG⁴⁶, § 12 LandpachtG⁴⁷ und § 3 Abs 2 SportstättenchutzG⁴⁸ – ohne substantielle Begründung in den Materialien – die Anwendung des AußStrG (mit Abweichungen) anordnen.

Zusammenfassend kann man somit festhalten, dass die einschlägigen Bestimmungen über das außerstreitige Wohnrechtsverfahren nicht das Ergebnis eines wohl überlegten Entscheidungsprozesses des Gesetzgebers sind, sondern – zumindest teilweise – den Eindruck von legislativen Zufallsentscheidungen erwecken, die vom Gesetzgeber ausgehend von kleinsten Anfängen ohne klares Konzept und überzeugenden Begründungen, aber offenbar unter dem Einfluss einer verklärenden Sicht über die Vorzüge des Außerstreitverfahrens (mit der Vorschaltung eines Schlichtungsstellen-Verfahrens) sukzessive getroffen worden sind.⁴⁹

III. GEGENWÄRTIGE RECHTSLAGE

Wenn man die geltende Rechtslage kurz umschreiben will, so ist einerseits festzustellen, dass derzeit eine Vielzahl von Materien in das Außerstreitverfahren verwiesen wird, dass aber bei manchen

führt, daß der Entwurf ,sowohl in materiell als auch in formellrechtlicher Hinsicht den Grundsätzen der österreichischen Rechtsordnung und Rechtstradition entspricht‘ und die vereinfachende Wirkung der neuen Verfahrensbestimmungen betont) wird mit dem Beifügen verwiesen, daß ähnliche verfahrensrechtliche Vorschriften auch in anderen Bundesgesetzen vorgeschrieben sind (vgl unter anderem §§ 26, 31 des Mietengesetzes, § 20 des Wertpapierbereinigungsgesetzes, § 19 des Anerbengesetzes).“
48 BG vom 5. 7. 1990, BGBl 456, über den Schutz von Sportstätten; dazu 1331 BlgNR 17. GP 9 und 1446 BlgNR 17. GP.

49 Dieser Befund ist für viele in das Außerstreitverfahren verwiesene Materien zu ziehen: Siehe etwa *Sprung/Mayr*, Die Entstehung und Weiterentwicklung des Außerstreitgesetzes 1854, in: Symposium Außerstreitreform (LBI Bd XI 1992) 24 f und *Mayr*, Grundlinien einer Reform des Außer-

38 Bericht des Bautenausschusses 52 BlgNR 18. GP 2; vgl auch aaO 4: „Dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit und sachgerechtem Zugang zum Recht trägt nun die Verweisung der Rechtsdurchsetzung der Rückzahlungsansprüche nach § 27 MRG ins außerstreitige Verfahren Rechnung.“

39 *Ott*, Die Verfahren werden länger und teurer – Wohnrechtsänderungsgesetz dürfte sein Ziel verfehlen, Die Presse vom 27. 2. 1991, 20. Zur Kritik in jüngerer Zeit s unten FN 50.

40 *Gotsbachner*, Streitigkeiten um Ablösen: Die große Flut bleibt aus, Der Standard vom 22. 8. 1991, A 1.

41 BG über das Wohnungseigentum BGBl I 2002/70 (ber BGBl I 2002/114).

42 Siehe 989 BlgNR 21. GP 81 f und 1050 BlgNR 21. GP 12 f.

43 BG vom 8. 3. 1979, BGBl 139, über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen; zu den Gesetzesmaterialien s oben FN 28.

44 BG über die sparsame Nutzung von Energie durch verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Heizkostenabrechnungsgesetz) BGBl 1992/827.

45 716 BlgNR 18. GP 20: „Im § 25 Abs 2 wird normiert, daß diese Angelegenheiten im Verfahren außer Streitsachen zu erledigen sind, und auf die außerstreitigen Verfahrensbestimmungen des Mietrechtsgesetzes verwiesen.“

46 BG vom 16. 12. 1958, BGBl 1959/6, über die Regelung des Kleingartenwesens (Kleingartengesetz); ohne jede Begründung: 472 und 592 BlgNR 8. GP.

47 BG vom 26. 11. 1969, BGBl 451, mit dem Bestimmungen über landwirtschaftliche Pachtverträge getroffen werden (Landpachtgesetz). Die Materialien führen dazu lediglich aus (1216 BlgNR 11. GP 11): „Auf die Ausführungen im allgemeinen Teil dieser Erläuternden Bemerkungen (unter I D; erg: Dort [1216 Blg 11. GP 6 f] wird ange-

von ihnen durchaus zweifelhaft ist, ob es tatsächlich sinnvoll ist, dass sie im Außerstreitverfahren (und nicht im streitigen Verfahren) behandelt werden. Besonders kritisiert wurde und wird in diesem Zusammenhang die Zuweisung von Streitigkeiten über die „Rückzahlung von verbotenen Leistungen und Entgelten“ als eine „genuin streitige Materie“ in das Außerstreitverfahren (§ 37 Abs 1 Z 14 MRG).⁵⁰

Andererseits muss man als Paradoxon aufzeigen, dass entgegen dieser grundsätzlichen Verweisung in das Außerstreitverfahren dann doch wieder durch zahlreiche besondere Anordnungen eine Rücküberweisung in das streitige Verfahren nach der Zivilprozessordnung stattfindet. So hat Würth bereits 1985 treffend festgestellt, dass bei näherer Prüfung die in § 37 Abs 3 MRG genannten „Besonderheiten“ so sehr überwiegen würden, dass vom Außerstreitverfahren eigentlich „nur der Name geblieben“ sei⁵¹, und auch in der Rsp ist anerkannt, dass das Verfahren nach § 37 MRG „dem streitigen Verfahren stark angenähert“ ist.⁵² Mit Oberhammer ist somit zusammenfassend zu konstatieren, dass im Bereich des Wohn-

rechts eine Reihe von Angelegenheiten, die eigentlich in den Zivilprozess gehören würden, in das Außerstreitverfahren verwiesen werden, auf das dann ohnedies wieder in vielen Punkten die Zivilprozessordnung zur Anwendung kommt.⁵³ Ein wahrlich „eher eigenartiger“ Befund!

IV. AUSBLICK

Seit vielen Jahren fordert die Lehre als Voraussetzung für eine sinnvolle Außerstreitreform eine Diskussion darüber, welche Materien überhaupt in einem künftigen Außerstreitverfahren behandelt werden sollen.⁵⁴ Der Entwurf eines neuen Außerstreitgesetzes räumt nun zwar – in Übereinstimmung mit dem Ergebnis der obigen Darstellung – freimütig ein,⁵⁵ dass dem Verfahren außer Streitsachen „in den letzten Jahrzehnten aus rechtspolitischen Gründen... zahlreiche Materien zugewiesen“ worden sind, „ohne dass diese Zuweisung einem bestimmten System folgte oder sich immer zwingend dogmatisch begründen ließe“. „Um das Vorhaben der Reform des Außerstreitgesetzes nicht zu überfrachten und seine Verwirklichung weiter zu verzögern“, setzt sich der Ge-

setzentwurf jedoch mit der Zuweisungsfrage ausdrücklich nicht auseinander, sondern geht in Bezug auf die dem Außerstreitverfahren zugewiesenen Materien von der geltenden Rechtslage aus.⁵⁶

Speziell im Hinblick auf die außerstreitigen Wohnrechtsverfahren hat Oberhammer⁵⁷ wiederholt und völlig zu Recht eine „vorurteilsfreie Analyse des Katalogs von § 37 Abs 1 MRG auf die Richtigkeit der dort verfügten Verweisungen in das Verfahren außer Streitsachen“ verlangt⁵⁸ und außerdem nachdrücklich die grundlegende Reformbedürftigkeit der wohnrechtlichen Verfahren betont, gleichzeitig aber davor gewarnt, die politisch brisante Materie „Mietrecht“ im Rahmen der Außerstreitreform in Angriff zu nehmen und damit womöglich dieses höchst notwendige Reformvorhaben zu gefährden. Das wäre geradezu „masochistisch“. Nun hat das Justizministerium diesen Masochismus (in einem gewissen Ausmaß) aber tatsächlich aufgebracht und den eingangs erwähnten Entwurf eines wohnrechtlichen Außerstreitbegleitgesetzes vorgelegt. Die heftigen Reaktionen auf diesen Vorstoß⁵⁹ haben die Warnungen Oberhammers jedoch bestätigt und

streitverfahrens, in: Außerstreitreform – in der Zielgeraden (LBI Bd XX 1999) 16 ff.

50 Etwa Oberhammer, Aufrechnung mit Forderungen auf Rückzahlung von verbotenen Leistungen und Entgelten im streitigen Verfahren, wobl 1994, 203; ders, wobl 2000, 96 f (Entscheidungsbesprechung); Rechberger, Die Anforderungen an ein neues Außerstreitverfahrensrecht, in: Außerstreitreform – ein neuer Anlauf (LBI Bd XVI 1996) 16 ff; Klicka/Oberhammer, Außerstreitverfahren³ (2000) Rz 102. Siehe auch schon oben FN 39 und 40.
51 Würth in Korinek/Krejci, HBzMRG 510 f.
52 5 Ob 132/01z = MietSlg 53.634 oder 5 Ob 286/97p = wobl 1998/125, 187 (Oberhammer).
53 Oberhammer, Gedanken zur Reform des Verfahrens in Mietsachen, in: Schauer/Stabentheiner (Hrsg), Erneuerung des Wohnrechts (2000) 262.

54 Etwa Kralik, Allgemeine Vorbemerkungen zur Reform des Außerstreitverfahrens, in: Zur Reform des Außerstreitverfahrens (LBI II 1984) 20 ff; König, JBl 1989, 338 (Buchbesprechung); Sprung/Mayr, Die Entstehung und Weiterentwicklung des Außerstreitgesetzes 1854, in: Symposium Außerstreitreform (LBI Bd XI 1992) 25; Fasching, Grundlinien einer Reform des Außerstreitverfahrens, in: Symposium Außerstreitreform 142; Mayr, Grundlagen einer Reform des Außerstreitverfahrens, in: Außerstreitreform – in der Zielgeraden (LBI XX Bd 1999) 24 f ua.
55 224 BlgNR 22. GP 17.
56 Wenn man bedenkt, wie viele Jahre (bzw sogar Jahrzehnte) an der Vorbereitung der Reform des Außerstreitverfahrens gearbeitet worden ist (s oben FN 2), ist diese Aussage allerdings nicht leicht nachvollziehbar. Die beschwichtigende Ankündigung der Erläuterungen, dass damit nicht ausgeschlossen werden solle, „dass diese Frage künftig einer Prüfung zugeführt werden könnte“, deutet sehr auf ein „Begräbnis erster Klasse“ hin.
57 Oberhammer, Gedanken zur Reform, in: Schauer/Stabentheiner, Erneuerung des Wohnrechts 262 ff.
58 Vgl auch Lovrek, Neugestaltung des wohnrechtlichen Verfahrensrechts – Außerstreitverfahren, und Frauenberger, Aspekte der Neugestaltung des wohnrechtlichen Verfahrensrechts, beide in: Schauer/Stabentheiner, Erneuerung des Wohnrechts 275 f bzw 282 ff.
59 Siehe „Kostenrisiko Wohnrechtsverfahren“, Wiener Zeitung vom 24. 9. 2003, 9 und die Wortmeldungen der Abgeordneten Doris Bures und Mag. Ruth Becher in der 23. Sitzung des Nationalrates am 13. 6. 2003.

(offenbar) auch dazu geführt, dass die Anpassung des wohnrechtlichen Verfahrens (zumindest vorerst) aus dem geplanten Außerstreitbegleitgesetz ausgeklammert worden sind.

Wenn ich abschließend meine eigene Auffassung in wenigen Worten zusammenfasse, so ist zu betonen: Eine grundlegende Reform der wohnrechtlichen Verfahren ist notwendig und wichtig; noch wichtiger ist allerdings, dass die jahrzehntelang geplante Gesamtreform des Außerstreitverfahrens nicht jetzt noch knapp vor dem Ziel scheitert!

Über den Autor:

Dr. Peter G. Mayr ist ao. Univ.-Prof. am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Kontaktadresse:

6020 Innsbruck, Innrain 52

Tel: +43 (512) 507 81 54

Fax: +43 (512) 512 50 72 827

E-Mail: peter.g.mayr@uibk.ac.at