



REPUBLIK ÖSTERREICH
Landesgericht für ZRS Wien

Im Namen der Republik

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht erkennt durch seinen Richter Dr. Ebhart als Vorsitzenden sowie Mag. Fidler und Mag. Cadek-Paulin als weitere Richterinnen in der Rechtssache der klagenden Partei **Verband der** [REDACTED], 1050 Wien, [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch Dr. [REDACTED], Rechtsanwalt in 1010 Wien, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] 1020 Wien, [REDACTED] vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] in 1020 Wien, wider die beklagte Partei **Renate** [REDACTED], 1100 Wien, [REDACTED], vertreten durch Reiffenstuhl & Reiffenstuhl Rechtsanwaltspartnerschaft OG in 1010 Wien, wegen Duldung des Zutritts (Streitwert: € 7.000,-), infolge Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Favoriten vom 5.12.2019, 7 C 150/19x-38, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht:

Der Berufung wird Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

„1. Das Klagebegehren des Inhalts, die beklagte Partei sei schuldig es gegenüber der klagenden Partei zu dulden, dass mit deren dazu bereits gegebener Zustimmung dem Grundeigentümer [REDACTED] AG der Zutritt auf die Unterpachtparzelle 6, Grundstück Nr. [REDACTED], EZ [REDACTED] der KG 01102 Inzersdorf-Stadt zur Durchführung folgender

Baumaßnahmen laut der in Rechtskraft erwachsenen Beschwerdevorentscheidung des Magistrats der Stadt Wien, AZ: MA 37/ [REDACTED] vom 26.7.2018 gewährt werde: Abtragen des ohne vorerwirkte baubehördliche Genehmigung im Untergrund befindlichen, zu der an der Uferlinie des Schwimmschulteichs situierten Stützmauer gehörigen Verankerungskörpers und Wiederherstellung des ursprünglichen Geländenniveaus (Abhang), wird **abgewiesen**.

2. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit € 2.585,82 (darin enthalten € 38,10 an Barauslagen und € 424,62 an USt) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Beklagtenvertreters zu ersetzen.“

Die klagenden Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit € 1.631,49 (darin enthalten € 628,10,-- an Barauslagen und € 167,23 an USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt € 30.000.--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

B e g r ü n d u n g :

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstbericht dem Duldungsbegehren der Klägerin statt und verpflichtete die Beklagte zum Kostenersatz an die Klägerin sowie an die Nebenintervenientin auf Seiten der klagenden Partei.

Dazu traf es die auf den Seiten 17 bis 25 (AS 261 bis AS 269) der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen und erwog rechtlich, dass eine Bindungswirkung

der Gerichte an rechtskräftige Bescheide der Verwaltungsbehörden bestehe, mit denen eine für den Zivilstreit maßgebliche Vorfrage entschieden wurde, selbst wenn der Bescheid fehlerhaft sein sollte. Dem Zivilrichter sei eine Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit des Bescheides versagt. Die Beklagte - als am Verwaltungsverfahren nicht beteiligte Dritte - sei zwar nicht von der Rechtskraft erfasst, wohl aber an die Gestaltungs- oder Tatbestandswirkung eines Bescheides gebunden. Für die im Verfahren wesentliche Frage, ob die Beklagte das Betreten ihres Kleingartens zum Vollzug der mit rechtskräftigem Bescheid angeordneten Maßnahmen zu dulden habe, komme es nicht auf die vertraglich vereinbarte Erhaltungspflicht für bauliche Anlagen auf der Pachtparzelle an. Im Übrigen sei Punkt 6.6 des Vertrages weder intransparent noch sittenwidrig. Auch liege keine Unwirksamkeit nach § 864 a ABGB vor. Der Vollzug eines rechtskräftigen verwaltungsbehördlichen Bescheides stelle einen im Sinne des Pachtvertrages wichtigen Grund dar, um die Beklagte zu verhalten das Betreten des Pachtgegenstandes durch die Nebenintervenientin zu dulden. Dass dadurch der Kleingarten „untergehen könne“, sei nicht anzunehmen, da Eingriffe in Bestandsrechte immer unter möglicher Schonung der Substanz zu erfolgen hätten.

Der Antrag auf Einvernahme der Zeugen Mag. [REDACTED] [REDACTED] und DI [REDACTED] sei abzuweisen, da weder die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine nachträgliche Sanierung des baukonsenslosen Zustandes möglich wäre, noch, ob bzw dass die Nebenintervenientin dann auch kein Interesse am Vollzug des Abbruchs mehr hätte, verfahrensgegenständlich sei. Im Übrigen sei das Beweisthema der genannten Zeugen zu wenig konkret ausgeführt.

Der Beweisantrag auf Einvernahme der Zeugen Dr. [REDACTED] [REDACTED] Mag. [REDACTED] und [REDACTED] habe kein konkretes Beweisthema genannt, sei überdies weit verspätet und somit ebenso abzuweisen.

Im Übrigen würde ein kollusionsartiges Zusammenspiel der MA 37, MA 41 und MA 69 den Bescheid der MA 37 nicht ungültig machen. Es liege auch keine schikanöse Rechtsausübung vor; ein in den Vordergrund tretender Schädigungszweck sei nicht erkennbar, solange die Herstellung des bauordnungsgemäßen Konsens im Vordergrund stehe. Aus diesen Gründen sei auch der Antrag auf Einholung mehrerer Gutachten abzuweisen. Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel, verbunden mit einem Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin und die Nebenintervenientin auf Seiten der klagenden Partei beantragen, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist berechtigt.

Aus Zweckmäßigkeitsergründen ist sogleich auf die Rechtsrüge einzugehen:

Im Rahmen der Rechtsrüge moniert die Berufungswerberin, dass die Klägerin als Bestandgeberin gemäß § 1096 ABGB verpflichtet sei, der Beklagten den ungestörten Gebrauch der Bestandsache zu sichern. Daraus resultierend sei die Klägerin als Bestandgeberin verpflichtet - sowohl aus dem Titel ihrer vertraglichen Beziehung zur Grundeigentümerin, also der Nebenintervenientin, als auch gegenüber der Stadt Wien als Liegenschaftsnachbarin - alle ge-

eigneten (notfalls gerichtlichen) Maßnahmen zu ergreifen, um der Beklagten den ungestörten Gebrauch der Bestandsache zu gewährleisten. Im vorliegenden Fall sei die Klägerin ihrer diesbezüglichen Behauptungs- und Beweispflicht aber nicht nachgekommen, alle ihr zu Gebote stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft zu haben, sondern stelle diese sich unreflektiert und rechtswidrig auf den Standpunkt, dass der baubehördlich erlassene Abbruchbescheid allein genüge, das klagsgegenständliche Duldungsgebot zu rechtfertigen. Schon davon ausgehend sei der Duldungsanspruch abzuweisen.

Ausgehend von den erstgerichtlichen Feststellungen, macht die Berufungswerberin damit im Ergebnis zutreffend eine unrichtige rechtliche Beurteilung geltend.

Dazu ist auszuführen:

Gemäß dem unstrittigen Inhalt des zwischen den Parteien im Mai 2014 geschlossenen Pachtvertrages ist (nur) die Kleingartenparzelle Nr. 06, auf dem Grundstück Nr. [REDACTED], innewohnend der EZ [REDACTED] Wien Inzersdorf, Pachtgegenstand und anteilige Gemeinschaftsflächen nur soweit als die Klägerin deren Generalpächterin ist.

Generalpächterin des nordöstlich an diese Liegenschaft angrenzenden, im Eigentum der Stadt Wien stehenden „Uferstreifens“ zum [REDACTED]see, nämlich Grundstück Nr. [REDACTED], innewohnend der EZ [REDACTED] Wien Inzersdorf, ist nicht die Klägerin, sondern der [REDACTED] der Kleingärtner und [REDACTED] Österreichs, der diesen seinerseits im Ergebnis auch der Klägerin als Mitglied des Kleingartenvereins „[REDACTED]“ gegen Entgelt zur gemeinsamen Nutzung zur Verfügung stellt.

Der Beklagten wurde gemeinsam mit dem Pachtgegenstand, der Kleingartenparzelle 06, der vorgelagerte Ufer-

streifen zur gemeinsamen Nutzung mit allen übrigen Vereinsmitgliedern, die auch Kleingartenpächter sind, übergeben. Der Uferstreifen stellt das Verbindungsstück zwischen der Parzelle der Beklagten und dem See dar, wodurch die Beklagte über einen gemeinsam zu nutzenden direkten Seezugang verfügt. Für die Benützung des Seeufergrundstücks bezahlt die Beklagte - zusätzlich zum Pachtentgelt für die Kleingartenparzelle - Entgelt, das von der Klägerin, respektive vom Zweigverein „[REDACTED]“, der die Kleingartenanlage betreibt, eingehoben und an den Zentralverband weitergeleitet wird, der seinerseits wieder die Generalpacht an die Stadt Wien bezahlt.

Auf der Parzelle 06 der Beklagten ist ein Kleingartenhaus errichtet und befand sich in Richtung [REDACTED] [REDACTED] teich bereits im Zeitpunkt der Übergabe ein nahezu ebenes Wiesen-/Badegrundstück mit einem Flächenausmaß von ca. 11 x 4m.

Auf dem davor gelegenen, im Eigentum der Stadt Wien stehenden und an den Zentralverband verpachteten Uferstreifen wurde, vermutlich von vormaligen Unterpächtern der Kleingartenparzelle 06 (nicht aber von der Beklagten oder deren unmittelbarer Vorpächterin) eine 2,5m hohe und 10m lange Stützwand sowie ein Stiegenabgang zum See errichtet und das Niveau des Wiesengrundstücks auf der Parzelle 06 entsprechend angehoben und begradigt. Diese Stützwand befindet sich zur Gänze auf der Nachbarliegenschaft, dem Uferstreifen zum See, ist aber mit Rückverankerungskörpern im Untergrund der Parzelle 06 verankert.

Punkt 6.4 des zwischen den Streitteilen geschlossenen Pachtvertrages normiert die Pflicht des Unterpächters zur kleingärtnerischen Bewirtschaftung der Gartenfläche und zur Erhaltung der darauf befindlichen Gebäude

und baulichen Anlagen.

Nach dem Wortlaut dieser Vereinbarung ist der Unterpächter aber nicht zur Erhaltung baulicher Anlagen außerhalb seines Pachtgegenstandes und auch nicht von konsenslos errichteten Verankerungskörpern unterhalb desselben oder des Geländeniveaus als solchen verpflichtet.

Das Bundes-Kleingartengesetz enthält verschiedene, zum Teil dem MG bzw dem MRG nachgebildete (SZ 35/101) Vorschriften. In allen anderen, nicht besonders geregelten Punkten unterliegen aber auch (General- oder Unterpacht-)Verträge über Kleingärten den allgemeinen Bestimmungen der §§ 1090 ff. ABGB (vgl. SZ 35/101, RIS-Justiz RS0063649).

Der Bestandgeber im Teil- und Nichtanwendungsbereich des MRG ist grundsätzlich gemäß § 1096 ABGB nach Übergabe zur umfassenden Erhaltung des Bestandgegenstandes verpflichtet, wobei ihm die Erhaltung im vertraglich bedungenen Zustand, mangels diesbezüglicher Abrede in einem brauchbaren Zustand obliegt, der sich nach dem vereinbarten Verwendungszweck richtet und in mittlerer Art und Güte zu erfolgen hat (*Iro* in KBB² § 1096 Rz 1 mwN, 2 Ob 215/10x).

Der Bestandgeber ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Bestandnehmer im vertraglich bedungenen Gebrauch des Bestandobjekts nicht gestört wird. Er hat den Bestandnehmer gegen die von Dritten ausgehenden Störungen zu schützen und ihn nicht bloß auf die ihm zustehenden Abwehrmittel zu verweisen. Grundsätzlich gebieten die bestandvertragliche Verschaffungs- und Bewahrungspflicht des Bestandgebers gegenüber dem Bestandnehmer Abhilfemaßnahmen des Bestandgebers, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Beschränkung oder Beseitigung der Beeinträchtigung

gung grundsätzlich möglich erscheint. Die Wahl eines geeignet erscheinenden Mittels, um dem beeinträchtigten Mieter den bedungenen ordnungsgemäßen Gebrauch des Bestandobjekts zu verschaffen bzw zu erhalten, ist dem Vermieter überlassen (vgl Lindinger, Ausgleichsanspruch versus Mietzinsminderungsanspruch, immolex 2017, 106 (106)).

Die Klägerin ist aufgrund des mit der Beklagten geschlossenen Pachtvertrages verpflichtet, den Pachtgegenstand im vertraglich bedungenen Zustand zu erhalten, soweit sie diese Erhaltungspflichten nicht zulässig auf die Beklagte überwält hat. Zudem ist sie als Bestandgeberin verpflichtet, die Beklagte vor durch Dritte ausgehenden Störungen zu schützen bzw die Beseitigung von Beeinträchtigungen zu fordern.

Den unbekämpften Feststellungen folgend, wurde der Beklagten der Pachtgegenstand von der Klägerin seinerzeit schon mit den auch jetzt darauf befindlichen Baulichkeiten, einer nahezu ebenen Liegewiese und insbesondere damit auch ohne Abhang zum [REDACTED] teich übergeben.

Die Frage, ob die gemäß § 1096 ABGB dem Bestandgeber obliegende Erhaltungspflicht für Gebäude laut Pachtvertrag zulässig auch hinsichtlich der Stützmauer auf die Beklagte überwält wurde, stellt sich nicht, da sich die inkriminierte Mauer ausschließlich auf der Nachbarliegenschaft der Stadt Wien Gst [REDACTED], inneliegend der EZ [REDACTED] befindet. Der zwischen den Parteien geschlossene Pachtvertrag bezieht sich darüber hinaus nur insofern auch auf Gemeinschaftsflächen, als die Klägerin Generalpächterin dieser Flächen ist. Das trifft jedenfalls auf den Uferstreifen, auf dem sich die Mauer befindet, nicht zu. Dieser steht im Eigentum der Stadt Wien und wurde an den Zentralverband der [REDACTED] verpachtet. Gemäß Punkt

7. des Unterpachtvertrages ist die Klägerin berechtigt die nach dem KlGG obliegenden Verwaltungsaufgaben und Abrechnungspflichten durch den Zweigverein besorgen zu lassen. Davon ausgehend erfüllt der Zweigverein [REDACTED] offensichtlich für die Klägerin Verwaltungsaufgaben im Zusammenhang mit der Verpachtung der Kleingartenflächen. Den diesbezüglich unstrittigen Feststellungen folgend, erfolgt auch die Vorschreibung des zusätzlichen Pachtentgelts für die Mitbenützung des Uferstreifen der Stadt Wien im Rahmen der Vereinsmitgliedschaft zu „[REDACTED] Inzersdorf“. Keinesfalls kann aber daraus abgeleitet werden, dass sich der zwischen den Parteien geschlossene Pachtvertrag auch auf das im Eigentum der Stadt Wien stehende GST [REDACTED], erstreckt. Für die Beurteilung der geltend gemachten Duldungspflicht der Beklagten, ist im Lichte der bisherigen Ausführungen daher nicht maßgeblich, ob Erhaltungspflichten im Punkt 6.4 des zwischen den Parteien geschlossenen Pachtvertrages zulässig überwältzt wurden.

Die Klägerin begründet ihren Duldungsanspruch gegen die Beklagte auf Betreten des Pachtgegenstandes zur Durchführung der bescheidmäßig aufgetragenen Abrissarbeiten damit, dass der gegenüber der Stadt Wien und der Nebenintervenientin ergangene rechtskräftige Bescheid der MA 37 auch die Beklagte binde und sich diese vertragsmäßig verpflichtet habe, das Betreten des Pachtgegenstandes durch Organe des Generalpächters aus wichtigen Gründen zu dulden.

Unbestritten steht fest, dass durch die Umsetzung von Punkt 2. des Spruchs des mit Beschwerde vorentscheidung vom 26.7.2018 abgeänderten Bescheids vom 15.5.2018 (schon allein) die der Beklagten in Bestand gegebene Flä-

che in der Form verändert würde, dass - dem Bescheid folgend - anstelle einer zu ebener Fläche aufgeschütteten Wiesenfläche das ursprüngliche (offenbar vor der Verpachtung an die Beklagte gegebene) Geländenniveau in Form eines Abhanges wieder hergestellt wird, womit der im Zeitpunkt des Abschluss des Bestandvertrags bestandene und bedungene Zustand des Bestandgegenstandes, nämlich ein nahezu ebenes Liegewiesengrundstück als solches in seiner Gebrauchstauglichkeit wesentlich abgeändert würde.

Da der Inhalt des Bestandvertrages die Gebrauchsüberlassung ist und der Bestandnehmer somit primär ein Nutzungs- und kein Substanzinteresse hat, liegt eine Mangelhaftigkeit im Sinne § 1096 ABGB vor, wenn der Mangel der Bestandsache zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt. Schon allein der Umstand, dass bei Durchführung der bescheidmäßig aufgetragenen Abrissarbeiten, das nur 44 m² große Wiesen-/Badegrundstück abgeschrägt („Abhang“) und der (derzeit durch Stufen überwindbare) ca 2,5m tiefer liegende Zugang zum See, zu dessen uneingeschränkter Benützung die Beklagte vertraglich berechtigt ist, nur mehr über einen Abhang möglich ist, macht die Gebrauchsbeeinträchtigung evident. Auch ein Rechtsmangel, beispielsweise durch das Fehlen einer baubehördlichen Bewilligung (vgl MietSlg 29.179), kann eine Mangelhaftigkeit eines Bestandgegenstandes darstellen, sofern dadurch eine Gebrauchsbeeinträchtigung bewirkt wird.

Vorliegend wird der Punkt 2. des Spruchs des mit Beschwerdevorentscheidung vom 26.7.2018 abgeänderten Bescheids vom 15.5.2018 (MA37/ [REDACTED]) mit der konsenslosen, ohne Baubewilligung erfolgten Errichtung der Stützmauer samt Rückverankerungskörper (und daraus resultierende Veränderung des Geländenniveaus) begründet. Un-

strittig bestand dieser im Bescheid dargelegte baukon-
senslose Zustand bereits im Zeitpunkt der Übergabe der
Kleingartenparzelle an die Beklagte. Die Umsetzung des
behördlichen Auftrags führt - wie bereits darlegt - aus-
gehend vom bedungenen Zustand wie bei der Übergabe zur
Gebrauchsbeeinträchtigung.

Wenn die Klägerin damit argumentiert, sie sei an die
rechtskräftige Beschwerdeentscheidung der MA 37 gebun-
den, ist ihr entgegen zu halten, dass der Bestandgeber
Einschränkungen des Gebrauchsrechts des Mieters nicht da-
mit rechtfertigen darf, dass zum bedungenen Gebrauch not-
wendige behördliche Bewilligungen fehlen. Vielmehr muss
er die erforderlichen Bewilligungen beschaffen, bzw alles
unternehmen, um diese zu erlangen. Im Rahmen seiner Ge-
brauchsverschaffungs- bzw Gebrauchserhaltungspflicht muss
er alle Maßnahmen setzen, die zur Beseitigung des Rechts-
mangels notwendig sind. Dazu zählt auch die Beschaffung
der erforderlichen behördlichen Bewilligungen und sogar -
bis zur Grenze der Unwirtschaftlichkeit - die Vornahme
eines für die bewilligungskonforme Benützung erforderli-
chen Umbaus, einer Adaptierung oder Reparatur des Be-
standgegenstandes (vgl. *Pletzer* in *GeKo Wohnrecht I*
§ 1096 ABGB (Stand 1.10.2017, rdb.at, Rz 20; *MietSlg*
32.169, RS0021006). Nur wenn das Erreichen der Bewilli-
gung aussichtslos ist oder von der Behörde endgültig ver-
weigert wird, ohne dass dies der Bestandgeber absichtlich
vereitelt hat, ist die Gewährung des bedungenen Gebrauchs
unmöglich (RS0020726). Die Behauptungs- und Beweislast
dafür, alle rechtlich zur Verfügung stehenden Mittel aus-
geschöpft zu haben, dem Bestandnehmer den bedungenen Ge-
brauch zu gewähren, trifft jedoch stets den Bestandgeber
(vgl 1 Ob 573/94 *MietSlg* 38.143).

Vorliegend behauptet aber die Klägerin nicht einmal, dass sie ihre Möglichkeiten zur Erhaltung oder (neuerlichen) Verschaffung des bedungenen Gebrauchs ausgeschöpft hätte. Weder behauptet sie, dass sie gegenüber der Grundeigentümerin als ihrer Vertragspartnerin gefordert hätte, eine entsprechende Genehmigung im Verwaltungsverfahren zu erwirken bzw sie aufgefordert zu haben nachbarrechtliche Ansprüche gegen die Stadt Wien zu stellen, noch dass sie ihrerseits - beispielsweise durch Errichtung einer neuen, baubehördlich bewilligten Stützmauer auf der Kleingartenparzelle der Beklagten den bedungenen Gebrauch zu erhalten versucht hätte. Dass die Errichtung einer bewilligungsfähigen Stützmauer nicht völlig ausgeschlossen ist, folgt schon aus der unbestrittenen Feststellung, dass bei vielen anderen am gegenständlichen See gelegenen Kleingartenparzellen Stützmauern, wie die gegenständliche bestehen. Auch behauptet die Klägerin nicht, dass die dargelegten Schritte, insbesondere die Geltendmachung der ihr zustehenden rechtlichen Möglichkeiten gegen die Grundeigentümerin als ihrer Vertragspartnerin unwirtschaftlich seien.

Soweit die Klägerin ihren Duldungsanspruch auf die vertragliche Verpflichtung nach Punkt 6.6 des Pachtvertrages stützt ist dem entgegen zu halten, dass sie mit dem klagegegenständlichen Begehren nicht nur - wie vertraglich vereinbart - das Betreten des Pachtgegenstandes, sondern darüber hinaus das Betreten zur Durchführung von Abrissarbeiten und die damit verbundene Herstellung eines Abhanges auf der Parzelle der Beklagten begehrt. Außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG regelt § 1098 ABGB die Duldungspflichten des Bestandnehmers. Der Bestandnehmer hat gemäß § 1098 ABGB Eingriffe in seine

Bestandrechte durch den Bestandgeber soweit zu dulden, als diese seine Bestandrechte nicht wesentlich erschweren oder beeinträchtigen und sich aus der Abwägung der Interessen aller Beteiligten (auch wirtschaftlicher Art) die Zumutbarkeit der beabsichtigten Arbeiten des Vermieters ergibt (vgl. RS0021120, RS0020851, RS0020936). Wenngleich also nach den zu § 1098 ABGB entwickelten Grundsätzen dem Vermieter grundsätzlich das Recht zusteht, auch gegen den Willen des Mieters den Bestandgegenstand zu betreten und Arbeiten vorzunehmen (vgl Würth in Rummel II Rz 10 zu § 1098 ABGB), findet dieses Recht darin seine Grenzen, dass für den Vermieter ein wichtiger Grund vorliegen muss, der das Interesse des Mieters, den Vermieter vom Betreten des Bestandsobjektes auszuschließen, überwiegt. Jedenfalls unterliegt der Vermieter bei jedem Eingriff - es sei denn es besteht Gefahr in Verzug - dem Schonungsprinzip.

Den vorliegenden Ausführungen folgend hält aber der Duldungsanspruch der Klägerin der anzustellenden Interessensabwägung nicht Stand, da die Klägerin ihrerseits weder behauptet, noch bewiesen hat, dass sie ihre Möglichkeiten zur Schonung der Bestandrechte der Beklagten ausgeschöpft hat oder auch nur versucht hätte den vertraglich bedungenen Zustand aufrecht zu erhalten.

Allein der Umstand, dass ein behördlicher Abbruchauftrag ergangen ist, genügt nicht. Dies gilt umso mehr, als hier nur eine Beschwerdevorentscheidung der MA 37 vorliegt und weder der Instanzenzug ausgeschöpft noch zumutbare Bemühungen behauptet wurden, die vorhandene Stützmauer im Einvernehmen mit der Grundeigentümerin einer Sanierung und sodann baubehördlichen Genehmigung zuzuführen. Wie bei der Frage eines allfälligen Unterganges

der Bestandsache gilt auch hier, dass solange noch eine rechtlich und wirtschaftlich zumutbare Möglichkeit besteht, die behördliche Bewilligung zu erlangen, die Verpflichtungen aus dem Bestandvertrag aufrecht bleiben. Allein die Rechtskraft eines Bescheides steht dem nicht entgegen, weil Abbruchbescheide bei Änderung des Sachverhaltes nicht mehr zu vollstrecken sind (SZ 63/106, 63/137; MietSlg 20.168/25 = SZ 41/83), beispielsweise wenn eine Wiederherstellung erfolgt (MietSlg. 58.137). Es kann daher dahin gestellt bleiben, ob tatsächlich, wie von der Beklagten behauptet, die Vornahme der bescheidmäßig angeordneten Maßnahmen zum Untergang der bestandgegenständlichen Kleingartenparzelle führen würde, was wohl nur bei einem Abrutschen der gesamten Landfläche mit allen Baulichkeiten angenommen werden könnte.

Nachdem es die Klägerin ohnehin verabsäumt hat ihrer Behauptungs- und Beweispflicht betreffend dem Vorliegen einer allfälligen nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung nachzukommen und alle ihr zu Gebote stehenden Mittel ausgeschöpft zu haben, der Beklagten den unbeeinträchtigten Gebrauch des Pachtgegenstandes wie bei der Übergabe zu gewährleisten, steht dem Duldungsanspruch der Klägerin zur Ermöglichung der Herstellung eines Abhanges auf der Pachtparzelle der Beklagten die Wiederherstellungs- bzw Gebrauchserhaltungspflicht des § 1096 ABGB entgegen.

Davon ausgehend war der Berufung schon aufgrund der zutreffenden Rechtsrüge Folge zu geben und das klagsgegenständliche Duldungsbegehren abzuweisen. Ein Eingehen auf die Mängel- und Tatsachenrüge konnte unterbleiben.

Die Kostenentscheidung im erstinstanzlichen Verfahren gründet sich auf § 41 ZPO. Unter einem waren die nachträglich entstandenen, bescheinigten Barauslagen

(Zeugengebühren Werner [REDACTED] zuzusprechen.

Zur Kostenrüge der Klägerin und der Nebenintervenientin ist auszuführen:

Eingangs ist festzuhalten, dass nur solche vorbereitende Schriftsätze nach TP 3A I 1. lit d) RATG zu honorieren sind, die nach § 257 Abs 3 ZPO zulässig sind oder vom Gericht aufgetragen werden (vgl. Obermaier Kostenhandbuch³ Rz 3.63f). Schriftsätze, die nicht in TP 1 oder TP 3 aufgezählt sind, sind - wenn überhaupt - nach TP 2 I.1. lit e) RATG zu honorieren (Obermaier aaO). Der Antrag auf Beischaffung und Verlesung des Aktes der Stadt Wien, MA 37/539171-2017-1 wurde entgegen der Ausführungen der Klägerin bereits mit Schriftsatz vom 27.3.2019 gestellt. In der Verhandlung am 4.4.2019 trug das Erstgericht der Beklagten eine Präzisierung des Beweisantrags auf, die konkret beizuschaffenden Aktenbestandteile zu bezeichnen; dies erfolgte mit Antrag vom 11.4.2019. Da die Beklagte dem Gerichtsauftrag entsprochen hat, war der Schriftsatz zulässig, gleichzeitig auch zweckmäßig, da der Akt dadurch bis zur nächsten mündlichen Verhandlung am 3.6.2019 beigebracht und in dieser verlesen werden konnte. Das mit der Präzisierung des Beweisantrags unter einem erstattete (ergänzende) Vorbringen und die weiteren Beweisanträge hätten allerdings bereits im Schriftsatz vom 27.3.2019 bzw in der Verhandlung am 4.4.2019 erstattet werden können, sodass insgesamt nur eine Honorierung nach TP 2 des RATG vorzunehmen war.

Zutreffend ist, dass über die Kosten des Rekurses der Beklagten gegen den Beschluss vom 30.4.2019 im Rekursverfahren zu entscheiden war; die Entscheidung darüber erging auch bereits mit Beschluss des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 28.8.2019, zu 38 R 167/19v.

Nachdem die Klägerin bereits in der Tagsatzung am 4.4.2019 Vorbringen dazu erstattete, wonach die Instandhaltungspflichten vertraglich auf die Beklagte überbunden worden seien, hätte die Beklagte ihren Zwischenantrag auf Feststellung der Unwirksamkeit von Punkt 6.4 des Bestandsvertrages bereits in dieser Tagsatzung stellen können, ebenso der Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens. Der Schriftsatz vom 10.5.2019 war daher zutreffend nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich und daher nicht zu honorieren.

In der Verhandlung am 3.6.2019 wurde der Beklagten (nur) die Vorlage einer ärztlichen Bestätigung über ihre Erkrankung aufgetragen; die diesem Auftrag entsprechende Urkundenvorlage vom 5.6.2019 war daher zulässig und entsprechend nach TP 1 des RATG zu honorieren (9 Ob A 176/95).

Zutreffend wenden sich die Klägerin und die Nebenintervenientin gegen die Honorierung der verzeichneten Kommission am 17.7.2019. Für die Honorierung sonstiger auswärtiger Leistungen ist, soweit nicht ein anderer Tarifposten anzunehmen ist, TP 7 RATG heran zu ziehen, wobei sowohl die mit der Ausführung des Geschäfts verbrachte Zeit, als auch die Notwendigkeit der anwaltlichen Intervention zu bescheinigen ist (vgl. Obermaier, Kostenhandbuch³, RZ 3.81 und RZ 3.86). Mangels Bescheinigung war daher die Kommission vom 17.7.2019 nicht zu honorieren.

Im Ergebnis zutreffend, wenden sich die Klägerin und die Nebenintervenientin auch gegen die Honorierung des Beweisantrags vom 8.8.2019. Eingangs ist auf das bereits Ausgeführte zur Zulässigkeit von Schriftsätzen zu verweisen. Darüber hinaus ist zur Zweckmäßigkeit Folgendes auszuführen: Der Akt der MA 37/ [REDACTED] wurde bereits in

der Tagsatzung am 3.6.2019 verlesen; fehlende Aktenbestandteile hätte bereits im Zuge der Verlesung gerügt werden können. Der Beweisantrag auf Einvernahme der Zeugen Dr. [REDACTED] Stefan [REDACTED] Mag. [REDACTED] und Gerald [REDACTED] enthält kein konkretes Beweisthema, sodass dieser auch aus der ex ante Sicht nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Kostenentscheidung des Berufungsverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig, weil die Frage, ob die klagende Verpächterin alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um der beklagten Pächterin den bedungenen Gebrauch am Pachtgegenstand zu erhalten oder sich selbst einem unabwendbaren Auftrag der Behörde gegenüber sieht, die ursprünglich mit einer nahezu ebenmäßigen Rasenfläche übergebene Liegenschaft der beklagten Partei, nach Wegnahme einer Stützmauer am Nachbargrund in einen Abhang zu verändern bzw ob auch sonst keine zumutbaren Maßnahmen zur Gewährleistung des bedungenen Gebrauches möglich sind, nur den Einzelfall betrifft und keine darüber hinaus bedeutsame Rechtsfrage vorliegt.

Landesgericht für ZRS Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 38, am 29. Juli 2020

Dr. E b h a r t

elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG