

## Bundes-Umwelthaftungsgesetz

Elementare Haftungs-Ausnahmen  
Rückgriff in Nicht-Ausnahmefällen  
Keine Deckungsvorsorge

Haftung des GmbH-Gf  
Unterlassung der Anzeige  
des Vermieterwechsels

Im Nachbarrecht  
Zivile Gefährdungshaftung

Haftung von  
Faktischen Geschäftsführern und  
Nichtgesellschaftern

Bei Unterlassungsansprüchen  
Aufschiebende Wirkung

Ab 1. 1. 2010  
Mehrwertsteuer NEU

EuGH: Amtswegige Prüfung  
Missbräuchlicher Vertragsklauseln

# Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen unterlassener Anzeige nach § 12 a Abs 3 MRG bei Vermieterwechsel

*In 4 Ob 220/08 w<sup>1)</sup> ließ der OGH den Geschäftsführer für uneinbringliche Mietzinsforderungen des Vermieters gegen die Mietergesellschaft wegen Schutzgesetzverletzung haften, weil dieser die Anzeige vom Machtwechsel nicht abgegeben hatte. Die Haftung an sich überrascht wenig, jedoch ist auf Vermieterseite zwischenzeitig ein Vermieterwechsel eingetreten, weswegen bei der Beantwortung der Frage, in wessen Vermögen welcher Schaden eingetreten ist, die Wirkungen der Vertragsübernahme auf Vermieterseite nicht vernachlässigt werden dürfen. Der OGH scheint dies – vielleicht auch in Ermangelung eines entsprechenden Vorbringens – nicht berücksichtigt zu haben.*

HARALD FRIEDL

## A. Ausgangslage

Werden die Geschäftsanteile einer GmbH, die Geschäftslokale in Bestand genommen hat, veräußert, ist der Geschäftsführer (Gf) nach § 12 a Abs 3 MRG verpflichtet, den Gesellschafterwechsel dem Vermieter anzuzeigen. Unterlässt er dies, so verletzt er – wie der OGH in 4 Ob 220/08 w ausgesprochen hat – ein Schutzgesetz zugunsten des Vermieters, weswegen er persönlich insoweit schadenersatzpflichtig ist, als der Vermieter bei der Gesellschaft nicht volle Befriedigung erlange. Nach Auffassung des OGH mangle es der klagenden neuen Vermieterin (Kl) aber an der Rechtszuständigkeit zur Geltendmachung eingangener Mietzinse aus Mietzinsperioden, die vor dem im Liegenschaftsvertrag vereinbarten Verrechnungsstichtag liegen. Die unterlassene Anzeige habe lediglich den früheren Vermieter in seinem Vermögen geschädigt, weswegen die Kl nur hinsichtlich der Verrechnungsperioden ab Besitzübergang geschädigt sei. Da es sich um rein deliktische Ersatzansprüche handle und sich im Kaufvertrag keine Anhaltspunkte für die Abtretung dieser Ansprüche fänden, mangle es ihr an

der Rechtszuständigkeit. Eine ergänzende Vertragsauslegung habe (hier) nicht einzutreten.

Die Ableitung des OGH hat zwar einiges für sich, jedoch wird dabei vernachlässigt, dass es auf einen im Liegenschafts Kaufvertrag vereinbarten Verrechnungsstichtag wegen des gesetzlichen Vertragsübergangs nach § 1120 ABGB iVm § 2 MRG auf Vermieterseite gar nicht ankommt. Andererseits impliziert diese E, dass der vormalige Vermieter per se einen eigenen Schadenersatzanspruch gegen den Gf für alle Mietzinsperioden bis zum „Besitzübergang“ hätte.<sup>2)</sup>

Dr. Harald Friedl, RAA bei Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH (www.kwr.at) und Lehrbeauftragter am Institut für Zivilrecht der Universität Wien war von 2001–2007 Assistent ebendort, sowie im Rahmen des Kooperationsprogramms mit der Universität von 11/2006–06/2007 am OGH tätig.

1) ecolex 2009/217, 588.

2) Dies hat der OGH schon in 5 Ob 241/08 i Zak 2009/138 nebenbei angedeutet.

## B. Mietzinsanhebungsrecht

In seinem Grundtatbestand erfasst der § 12a Abs 1 MRG die Veräußerung des im Bestandgegenstand betriebenen Unternehmens und bindet den Vermieter durch die gesetzlich angeordnete Vertragsübernahme an den mit dem scheidenden Mieter geschlossenen Mietvertrag. Als Ausgleich für die aufgezogene Vertragsübernahme kann der Vermieter den Mietzins auf das nunmehr angemessene Maß anheben, wenn der vertraglich mit dem Vormieter vereinbarte hinter diesem zurückbleibt. Sowohl *Erwerber* als auch *Veräußerer* sind *verpflichtet*, dem Vermieter die Unternehmensveräußerung anzuzeigen. Im Gegensatz zum Vertragsübergang im Zeitpunkt der Unternehmensveräußerung tritt die *Mietzinsanhebung nicht ex lege* ein, sondern setzt ein entsprechendes „Verlangen“ innerhalb der Präklusivfrist von sechs Monaten ab Anzeige der Unternehmensveräußerung voraus. Der Vermieter muss also erst ein *Gestaltungsrecht* ausüben,<sup>3)</sup> das zur *Vertragsanpassung* und sohin zu einem höheren vertraglich geschuldeten Mietzins führt.

Der Unternehmensveräußerung ist nach § 12a Abs 3 MRG die Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten iS eines Machtwechsels<sup>4)</sup> in einer juristischen Person oder Personengesellschaft als Mieterin gleichgestellt. Hier kommt es allerdings nicht zu einer Änderung im Subjekt des Vertragspartners und sohin auch nicht zu einer Vertragsübernahme. Zur Anzeige ist hier – um nur von der GmbH zu sprechen – der Gf verpflichtet.<sup>5)</sup>

## C. Präklusion und Verjährung

Das Recht zur Ausübung des Gestaltungsrechts kann nicht präkludieren, solange keine ordnungsgemäße Anzeige erfolgt ist und der Vermieter kann den Mietzins auch *rückwirkend* auf den dem Zeitpunkt des Eintritts der Änderung folgenden Zinstermin geltend machen (§ 12a Abs 2 MRG), wohl aber kann der Anspruch auf den so zu erhöhenden Hauptmietzins innerhalb von drei Jahren *verjähren* (§ 1486 Z 4 ABGB).<sup>6)</sup> Die Anzeige hat nämlich bloß Ordnungsfunktion bzw deklarative Bedeutung<sup>7)</sup> und die Verletzung dieser Pflicht hindert *nicht* den Vertragsübergang<sup>8)</sup> bzw im Falle des § 12a Abs 3 MRG die objektive Möglichkeit der Geltendmachung der Erhöhung.<sup>9)</sup> Aus der Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Machtwechsels ergibt sich, dass die Ausübung des Gestaltungsrechts zu einer *rückwirkenden Vertragsanpassung* führt und insofern *ex tunc* wirkt. Nach der Rsp sei das Anhebungsbegehren selbst nicht konstitutiv für den mit Mietrechtsübergang entstehenden Anspruch.<sup>10)</sup> Dies ist zwar insofern nicht ganz konsequent, als der Anspruch auf den erhöhten Mietzins vor Ausübung des Gestaltungsrechts und Vertragsanpassung allenfalls bedingt existent sein kann, jedoch sieht § 12a Abs 1 MRG auch nur die Geltendmachung der Rechtsfolgen der Unternehmensveräußerung bzw entscheidenden Änderung im nächsten Zinstermin vor. Aus der *ex tunc* wirkenden Vertragsanpassung und der damit zusammenhängenden Fälligkeitstellung folgt, dass länger als drei Jahre rückständige Mietzinse verjährt sind.

Hier greift die Schadenersatzpflicht des Gf infolge unterlassener Anzeige ein. Die persönliche Haftung des Gf wegen Schutzgesetzverletzung<sup>11)</sup> soll hier nicht weiter hinterfragt werden.

## D. Anhebungsrecht und Vermieterwechsel

Veräußert der Vermieter die Liegenschaft, kommt es zu einer *gesetzlichen Vertragsübernahme auf Vermieterseite* (§ 1120 ABGB iVm § 2 Abs 1 MRG)<sup>12)</sup> zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs. Mit dem Einrücken in die Vermieterposition gehen aber auch die mit dieser Stellung verbundenen Gestaltungsrechte auf den Erwerber über<sup>13)</sup> und der vormalige Liegenschaftseigentümer kann schon mangels Gläubigerstellung das Anhebungsrecht nicht mehr ausüben.<sup>14)</sup> Nachdem bei Vertragsübernahmen das ursprüngliche Rechtsverhältnis unverändert<sup>15)</sup> in der Person der Neupartei fortgesetzt wird, kann nunmehr der Erwerber das Gestaltungsrecht der Anhebung *rückwirkend* hinsichtlich der zu erhöhenden Hauptmietzinse geltend machen. Die Rechtsfolge der Vertragsübernahme liegt in der bloßen Auswechslung des Vertragspartners<sup>16)</sup> unter Aufrechterhaltung der Identität des Vertrags. Der Rechtsnachfolger erlangt eben die Rechts-

3) 5 Ob 302/02 a wobl 2004/72; 5 Ob 241/08 i Zak 2009/138; zu einem so verstandenen Leistungsbestimmungsrecht als Gestaltungsrecht *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 262 ff.

4) Vgl dazu etwa *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 12a MRG Rz 39 ff.

5) Nachdem bei Unternehmensveräußerung diese Pflicht nach § 12a Abs 1 MRG sowohl den Veräußerer als auch den Erwerber trifft, wird im Falle des Abs 3 leg cit die Pflicht den alten wie auch den neuen Gf treffen, wenn ein Gf-Wechsel *gleichzeitig* herbeigeführt wird (§ 12a Abs 1 MRG per analogiam). ISd neueren Rsp zum § 69 Abs 2 KO ist es auch hier denkbar, den scheidenden Gf auch für spätere Mietzinsausfälle trotz seines Ausscheidens haften zu lassen (vgl 1 Ob 134/07 y ecolex 2008/77). Einem späteren Gf aber kann wohl nicht die Pflicht auferlegt werden, zu prüfen, ob in früheren Zeiten die gesellschaftsrechtlichen Änderungen dem Vermieter angezeigt wurden. Hier fehlt es mE an einer ihn treffenden Sorgfaltspflicht.

6) Vgl 5 Ob 302/02 a wobl 2004/72; RIS-Justiz RS0048293; *Würthl/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht<sup>21</sup> § 12a MRG Rz 15; *Auerl/Böhm* in *Schwimmann*, ABGB IV<sup>2</sup> § 12a MRG Rz 78.

7) *Auerl/Böhm* in *Schwimmann*, ABGB IV<sup>2</sup> § 12a MRG Rz 50; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 12a MRG Rz 33.

8) *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht § 12a MRG Rz 33; 5 Ob 241/08 i Zak 2009/138.

9) Es kann daher nicht § 1478 ABGB widersprechend davon ausgegangen werden, dass die Verjährungsfrist vor objektiver Möglichkeit der Rechtsausübung zu laufen beginnt.

10) 5 Ob 302/02 a wobl 2004/72 (zu § 46 b MRG); 5 Ob 124/02 z wobl 2003/117 (zu § 46 MRG).

11) Dazu allgemein *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 34; *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>6</sup> Rz 279.

12) 5 Ob 241/08 i Zak 2009/138; *Würthl* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 1120 Rz 1; *Iro* in *KBB*<sup>2</sup> § 1120 Rz 1.

13) Vgl *Ertl* in *Rummel* II<sup>3</sup> § 1406 Rz 2; *P. Bydlinski*, Gestaltungsrechte 266.

14) 5 Ob 241/08 i Zak 2009/138.

15) Vgl nur *Neumayr* in *KBB*<sup>2</sup> §§ 1405–1406 Rz 6; *Ertl* in *Rummel* II<sup>3</sup> § 1406 Rz 2; *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, ABGB VI<sup>3</sup> §§ 1405, 1406 Rz 13.

16) 8 Ob 34/08 w RdW 2008/475; *Busche* in *Staudinger*, BGB (2005) Einl zu §§ 398 ff Rz 202.

stellung, die der ausscheidende Vertragspartner innegehabt hatte („Sukzessionstheorie“).<sup>17)</sup>

Auf die Regelung im (Liegenschafts-)Kaufvertrag und den dort vereinbarten Stichtag kommt es wegen der gesetzlichen Vertragsübernahme jedenfalls *im Verhältnis zum Mieter* gerade nicht an. Nicht der Kaufvertrag, an dem die Mietergesellschaft iS einer Dreiparteieinigung nicht beteiligt war, bewirkt die Vertragsübernahme, sondern diese tritt ipso jure ein. Die Pflicht zur Anzeige des Machtwechsels besteht ab dem Gläubigerwechsel gegenüber dem neuen Vermieter. Entgegen dem OGH hat daher die Kl sehr wohl einen Vermögensnachteil für die Zinsperioden vor der Vertragsübernahme.

Durch die Möglichkeit der rückwirkenden Geltendmachung der Erhöhungsbeträge geht diese Rechts- und Vermögensposition voll auf den Erwerber über und scheidet aus dem Vermögen des Veräußerers aus. Ab Vertragsübernahme ist die unterlassene Anzeige nur mehr eine Beeinträchtigung des Vermögens des Erwerbers. Die deliktische Einstandspflicht des Gf kann nicht vom vertraglich zustehenden Gestaltungsrecht zur Mietzinsanhebung abgekoppelt werden. Diese Vermögensposition kann nur dem einen oder dem anderen Vermieter zustehen.

## E. Schaden und Kausalität

### 1. Unterlassung der Anzeige

Ganz allgemein ist eine Unterlassung ein Dauertatbestand und nach wohl hA ein einheitliches fortwährendes Innehalten, das sich nicht in einzelne Unterlassungsteilchen zerstückeln lässt.<sup>18)</sup> Die Anzeige der entscheidenden Änderung lässt sich als *Aufklärung über rechtserhebliche Tatsachen* begreifen und bei Aufklärungspflichtverletzung ist der Geschädigte so zu stellen, wie er stünde, wenn er aufgeklärt worden wäre.<sup>19)</sup> Die die Äquivalenztheorie als Faustregel konkretisierende „*conditio sine qua non*“ bereitet hier insofern Schwierigkeiten, als bei bloßem Hinzudenken der geforderten Aufklärung die Vermögensminderung noch nicht wegfällt, sondern diese nur dann nicht eintritt, wenn der Geschädigte eine weitere Handlung, nämlich die Mietzinsanhebung, vornimmt.<sup>20)</sup> Dies entspricht jedoch nicht der Äquivalenztheorie, weil der hypothetische Kausalverlauf durch Hinzudenken des gebotenen Verhaltens (Aufklären) bei sonst gleichbleibendem Lebenssachverhalt (Äquivalenz aller Bedingungen) zu prüfen ist, ohne dass ein weiteres Verhalten hinzugedacht werden darf.<sup>21)</sup> Richtigerweise handelt es sich hierbei daher *nicht* um ein Problem der Kausalität, sondern um die Frage, ob durch die Unterlassung ein Vermögensnachteil eintritt.<sup>22)</sup> Würde der Vermieter trotz hinzugedachter Anzeige das Anhebungsbegehren nicht innerhalb der Präklusivfrist stellen, erfährt er keinen ersatzfähigen Schaden, weil er sich durch eigene Entscheidung eines Vermögensvorteils entschlägt.

Der Beweis des Schadens obliegt dem Geschädigten, weswegen der Vermieter – was ihm nicht allzu schwer fallen wird – zu beweisen hat, dass er das Gestaltungsrecht ausgeübt hätte.

Nebenbei zu bemerken ist, dass ab dem Zeitpunkt der materiellen Insolvenz iSd §§ 66, 67 KO die Un-

terlassung der Anzeige nicht mehr kausal ist, weil der Vermieter selbst bei Hinzudenken des geforderten Verhaltens die Mietzinsforderung nicht durchsetzen kann, wenn die GmbH zahlungsunfähig ist. Die Pflicht zur Anzeige wird hier durch Pflicht des Gf ersetzt, spätestens binnen 60 Tagen seit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Konkurseröffnung zu beantragen (§ 69 Abs 2 KO). Der Gf haftet dann aber lediglich für die durch die unterlassene bzw verspätete Konkursantragsstellung verursachte Quotenverschlechterung<sup>23)</sup> und nicht für den gesamten ausgefallenen Erhöhungsbetrag.

### 2. Folgen der Vertragsübernahme auf Vermieterseite

Blendet man die Verjährung aus, dann hat der Liegenschaftserwerber Anspruch auf Zahlung der Erhöhungsbeträge aus Vertrag für den gesamten Zeitraum seit dem Machtwechsel in der Mietergesellschaft. Der eng mit der vertraglichen Position verbundene Schadenersatzanspruch wegen Unterlassung der Anzeige, der zunächst dem Rechtsvorgänger zustand, muss daher auf den Erwerber übergehen.

Bei Veräußerung eines im Mietgegenstand betriebenen Einzelunternehmens kann daran kein Zweifel bestehen, weil die Pflicht zur Anzeige nach § 12 a Abs 1 MRG eine vertragliche Nebenpflicht und der Ersatzanspruch wegen unterlassener Anzeige ein *vertraglicher* Schadenersatzanspruch ist.<sup>24)</sup> Durch die Vertragsübernahme, die ja immer auch eine Schuldübernahme und Forderungszession<sup>25)</sup> in sich begreift, geht dieser Schadenersatzanspruch auf den Rechtsnachfolger im Liegenschaftseigentum über.

Dies hat die Rsp bei rechtsgeschäftlicher Vertragsübernahme bereits mehrfach und zwar sowohl für die

17) Dazu etwa *Rieble* in *Staudinger*, BGB (2005) § 414 Rz 1 f, 93 ff und *Herrenhausbericht* zur 3. TN (1912) 299 in vorsichtiger Distanzierung von der gegenteiligen Auffassung *Srohals*; vgl dazu *diesen*, Schuldübernahme, Sonderdruck aus *Jherings* Jahrb (1910) 155 ff.

18) Vgl *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006) 74 mwN; *Jelinek*, Das „Klagerecht“ auf Unterlassung, ÖBL 1974, 125 (131).

19) RIS-Justiz RS0016374; RS0119753.

20) Ein Problem des *Conditio*-Tests das seinerzeit schon *Traeger* (Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht [1904] 40) angesprochen hat, allerdings als eine nicht zu berücksichtigende Schwierigkeit qualifizierte.

21) Vgl *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalbegriff im zivilen Schadenersatzrecht (1976) 106 f, 114 f; *Kozioł*, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 1; 4 Ob 74/05 v *ecolex* 2006/91 (*Tonninger*); 4 Ob 49/07 w.

22) Ähnlich ist die Situation bei fehlerhafter Anlageberatung, wenn der Anleger über einen Umstand aufzuklären gewesen wäre, der ihn zum sofortigen Verkauf der Wertpapiere veranlasst hätte, vgl 3 Ob 285/05 d *ecolex* 2006/392.

23) Dazu etwa *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 73 ff.

24) So auch *Auer/Böhm* in *Schwimmann*, ABGB IV<sup>2</sup> § 12 a MRG Rz 77.

25) Hier wird nicht die überholte „*Zerlegungstheorie*“ vertreten (dazu *Ertl* in *Rummel* IP<sup>3</sup> § 1406 Rz 2; *Rieble* in *Staudinger*, BGB [2005] § 414 Rz 94), sondern auch nach der „*Einheitstheorie*“ ist eine Übertragung auf Forderungs- und Schuldseite erforderlich, nur dass neben Schuldübernahme und Zession das Schuldverhältnis als Ganzes – als „*Organismus*“ – samt Nebenpflichten etc übertragen wird (*Rieble* in *Staudinger*, BGB [2005] § 414 Rz 93; *Busche* in *Staudinger*, BGB [2005] Einl zu §§ 398 ff Rz 198).

Aktiv<sup>26)</sup> als auch die Passivlegitimation<sup>27)</sup> ausgesprochen. Hier kann es nicht anders sein, wäre es doch undenkbar, dass dem vormaligen Vermieter ein Schadenersatzanspruch für einen entgangenen Mietzins zu steht, wenn der Anspruch auf eben denselben Mietzins auf seinen Rechtsnachfolger übergegangen ist.

§ 12a Abs 3 MRG orientiert sich in seinen Rechtsfolgen an Abs 1 leg cit und auch wenn der Schadenersatzanspruch gegen den Gf mangels vertraglicher Verbindung grundsätzlich ein deliktischer ist, so ist § 12 Abs 3 MRG jedoch ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zum Schutz des (bloßen) Vermögens. Die Anzeigepflicht ist eng mit der vertraglichen Stellung verbunden, sodass der vormalige Vermieter keinen Schadenersatzanspruch hinsichtlich jener Vermögensposition haben kann, die auf seinen Rechtsnachfolger übergegangen ist.

Es könnte allenfalls erwogen werden, ob der Rechtsvorgänger einen Ersatzanspruch hinsichtlich der im Zeitpunkt der Vertragsübernahme auf Vermieterseite bereits verjährten Mietzinse haben könnte, weil auch der Rechtsnachfolger diese nicht mehr geltend machen kann. Diese Ansicht würde vernachlässigen, dass nach Vollendung der Verjährung eine Naturalobligation bestehen bleibt, die wirksam erfüllt werden kann. Die Unmöglichkeit der Durchsetzung ändert nichts daran, dass der Schuldner schuldet.<sup>28)</sup> Auch diese Vermögensposition steht dem Rechtsnachfolger zu.

### 3. Schaden des Rechtsnachfolgers im Liegenschaftseigentum

Die bisherigen Erwägungen gingen davon aus, dass der Rechtsnachfolger des Vermieters einen ersatzfähigen Schaden hat, jedoch ist hier ein Vermögensschaden zu prüfen, der durch die *Differenzmethode* ermittelt wird. Dabei ist ein Vergleich des Geldwertunterschieds zweier Zustände anzustellen, nämlich der hypothetische Vermögensstand mit und ohne das schädigende Verhalten bzw Unterlassen.<sup>29)</sup> Bei der regelmäßig vorzunehmenden Gesamtbetrachtung sind jene Vermögensbestandteile des Geschädigten in die Berechnung aufzunehmen, die durch das rechtswidrige Verhalten beeinflusst wurden; dazu zählen auch Vermögensbestandteile (Aktiva wie Passiva), die erst durch das schädigende Unterlassen gebildet oder deren Bildung verhindert wurde.<sup>30)</sup> Hier scheidet schon begriffliche aufgrund der Natur des Unterlassens als Dauerzustand ein bloßes Abstellen auf einen bestimmten Schädigungszeitpunkt aus; es muss die tatsächliche Entwicklung des gesamten Vermögens in die Betrachtung einbezogen werden.<sup>31)</sup>

#### a) Schaden für die Zeit nach der Vertragsübernahme

Zinshäuser und Liegenschaften, die vermietet sind oder der Vermietung dienen können, pflegen im Verkehr primär nach *Ertragswerten* bewertet und verkauft zu werden.<sup>32)</sup> Der nach dem Ertragswert ermittelte Verkehrswert der Liegenschaft wird durch die Verzinsung repräsentiert, die das Kapital aus den Erträgen über die Bewirtschaftungskosten hinaus erfährt.<sup>33)</sup> Der erhöhte Mietzins wäre bei rechtzeitiger Anzeige gegenüber dem Voreigentümer in den Zinslisten auf-

genommen gewesen und die Kl hätte die Liegenschaft prima vista *nicht* um den gleichen Preis erwerben können wie unter Berücksichtigung des niedrigeren nicht angehobenen Mietzinses. Bei dieser Betrachtung hätte die Kl hinsichtlich der Mietzinse *ab Vertragsübernahme* nur dann einen Vermögensschaden, wenn der Ertragswert bei der Kaufpreisbemessung keine Rolle gespielt hätte oder die Kl die Liegenschaft selbst bei Kenntnis des Voreigentümers von der Erhöhungsmöglichkeit um den gleichen Preis hätte erwerben können.

Bei Schutzgesetzverletzung entspricht es zwar der stRsp, dass sich der Schädiger wegen vermuteter Kausalität der Pflichtwidrigkeit insb auch bei Unterlassungen von der Haftung nur befreien kann, wenn er diese Kausalitätsvermutung ernstlich zweifelhaft macht.<sup>34)</sup> Dennoch hat aber Geschädigte den Eintritt des Schadens und dessen Höhe zu beweisen.<sup>35)</sup> Die Kl hat hier also den Beweis dafür zu erbringen, dass der Ertragswert für den Kaufpreis unerheblich war, denn andernfalls hätte sie keinen Vermögensnachteil, soweit sich der niedrigere Hauptmietzins im Kaufpreis via Ertragswert *deckungsgleich* widerspiegelt.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man übrigens auch über die Vorteilsanrechnung. Die Unterlassung der Anzeige gegenüber dem Rechtsvorgänger hat es dem Rechtsnachfolger ermöglicht, die Liegenschaft zu einem geringeren Kaufpreis zu erwerben. Ein Vorteil des Geschädigten, der ohne die Schädigung nicht entstanden wäre, ist grundsätzlich zugunsten des Schädigers zu beachten.<sup>36)</sup> Obwohl sich ein Wesensunterschied zwischen der Vorteilsanrechnung und der reinen Schadensberechnung in Wahrheit nicht finden lässt,<sup>37)</sup> hat die Vorteilsausgleichung nach der Rsp nur über Einwendung des Schädigers zu erfolgen, den für deren Voraussetzungen die Behauptungs- und Beweislast treffe.<sup>38)</sup> Dies lässt sich mit dem für die Beweislastverteilung maßgeblichen Grundsatz der „subjektiven Günstigkeit der Norm“ begründen, wonach der Geschädigte nur die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat und der Schädiger die rechtshemmenden bzw vernichtenden Tatsachen unter Beweis zu stellen hat.<sup>39)</sup> Nachdem aber die Frage des Vermögensschadens so evident mit dem Ertragswert und damit auch mit dem Kaufpreis zusammenhängt, ist mE nicht von einer rechtshemmenden, sondern von einer anspruchsbegründenden Tatsache

26) 8 Ob 34/08 w RdW 2008/475; 1 Ob 152/02 p RdW 2003/552.

27) 2 Ob 230/07 y; 1 Ob 152/02 p (mehrfache Vertragsübergänge auf beiden Seiten).

28) *Kozioł/Welser* I<sup>13</sup> 234, II<sup>13</sup> 12.

29) StRsp RIS-Justiz RS0030153; RS0022818; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 2/19.

30) RIS-Justiz RS0022834.

31) Vgl 8 Ob 123/05 d ecolx 2006/234; 3 Ob 304/02 f JBl 2004, 114; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 10/39.

32) Vgl *Bienerl* in *Bienerl/Funk*, Immobilienbewertung in Österreich (2007) 142, 326; *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung<sup>5</sup> 17, 88.

33) *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung<sup>5</sup> 88.

34) 7 Ob 726/88 ÖJZ 1989/122; 2 Ob 141/02 b; 1 Ob 14/03 w je mwN.

35) 6 Ob 104/06 x JBl 2008, 450; 3 Ob 304/02 f JBl 2004, 114 je mwN.

36) 1 Ob 131/08 h; RIS-Justiz RS0022834.

37) *Kozioł*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 10/34.

38) RIS-Justiz RS0036710.

39) 1 Ob 533/92 SZ 64/41; RIS-Justiz RS0022862; RS0037694.

auszugehen, sodass sich auch unter dem Aspekt der Vorteilsanrechnung nichts an der Beweislastverteilung ändert.

Weil der Gf nicht Solidarschuldner der Mietzinszahlungspflicht ist, sondern lediglich für einen verursachten Schaden haftbar gemacht werden soll, muss ein Ersatzanspruch ausscheiden, wenn ein Vermögensnachteil bei einem Gesamtvermögensvergleich nicht eingetreten ist.

#### **b) Schaden für die Zeit vor der Vertragsübernahme**

Hätte der Gf die Anzeige gegenüber dem Rechtsvorgänger abgegeben, dann wären die Mietzinse *aus der Zeit vor der Vertragsübernahme* selbstredend dem alten und nicht dem neuen Vermieter zugeflossen. Da die fortgesetzte Pflicht zur Anzeige jedoch auch gegenüber dem *Rechtsnachfolger ab Vertragsübergang* besteht, hätte der Rechtsnachfolger bei Hinzudenken der pflichtgemäßen Mitteilung die Möglichkeit gehabt, das auf ihn übergegangene Gestaltungsrecht auf rückwirkende Vertragsanpassung auszuüben und somit die Mietzinse lukriert, ohne dass der Kaufpreis für die Frage des Vermögenszuwachses eine Rolle gespielt hätte.

#### **4. Schaden des Rechtsvorgängers im Liegenschaftseigentum und Liquidierung**

Dem Rechtsvorgänger sind durch die unterlassene Anzeige zweifellos Mietzinse entgangen, jedoch hat er durch die (gesetzliche) Vertragsübernahme das Gestaltungsrecht auf Vertragsanpassung, das Recht zur

Einhebung eines höheren Mietzins und damit letztlich diese Vermögensposition samt einem damit zusammenhängenden Schadenersatzanspruch an seinen Rechtsnachfolger *ipso jure* übertragen. Einen Vermögensnachteil könnte man aber auch darin erblicken, dass der Verkäufer nur einen geringeren Kaufpreis für die Liegenschaft erzielen konnte. Ganz allgemein hat eine Liegenschaft, die mit einem unbefristeten Mietvertrag ohne der vertraglichen Möglichkeit der Anhebung des Mietzinses „belastet“ ist, sicherlich einen „merkantilen Minderwert“<sup>40)</sup> jedoch wurde durch die unterlassene Anzeige kein Minderwert verursacht. Vielmehr hat der Machtwechsel den Ertragswert der Liegenschaft gegenüber dem vorherigen Zustand sogar erhöht, weil die Anzeige für das Mietzinserhöhungsrecht nicht konstitutiv ist.

Der Verkäufer unterliegt einem Wertirrtum, wenn er in Unkenntnis des rückwirkenden Mietzinsanpassungsrechts die Liegenschaft zu einem geringeren Kaufpreis veräußert. Die unterlassene Anzeige mag diesen Wertirrtum im weitesten Sinn (mit)verursacht haben, jedoch fehlt es mE am Rechtswidrigkeitssammenhang der Pflichtverletzung mit dem eingetretenen Vermögensnachteil. Der Zweck, der mit dem primären Normgehalt der Pflicht zur Anzeige verfolgt wird, ist nicht einmal die *objektive* Möglichkeit, den Mietzins anzuheben, sondern dem Vermieter Kenntnis über Umstände zu verschaffen, zu deren Erforschung er sonst keine unmittelbare Veranlassung hätte. Ein Vermieter, der veräußern will, hat aber durchaus Anlass, die für die Kaufpreisgestaltung maßgeblichen Umstände – den Ertragswert – zu erforschen. Die Anzeige vom Machtwechsel mag via Mietzinsanhebungsrecht mittelbar auch die Kaufpreisgestaltung beeinflussen, jedoch ist mit *Karollus* darauf hinzuweisen, dass nicht jeder Schutz, den die Verhaltensnorm tatsächlich bewirkt, auch von deren Schutzzweck erfasst ist.<sup>41)</sup> Der Schutzzweck der Norm liegt teleologisch betrachtet vielmehr darin, eine Haftung für – sei es durch Verjährung, sei es durch Insolvenz – uneinbringliche Mietzinsnachforderungen zu statuieren.

Die vorliegende Situation ähnelt ein wenig den Fällen der Schadensverlagerung mit Legalzession,<sup>42)</sup> da die *gesetzliche* Vertragsübernahme ua auch eine Legalzession beinhaltet, jedoch hat hier der Legalzessionar (noch) keine Ersatzleistung an den geschädigten Rechtsvorgänger erbracht. Parteien eines Liegenschafts Kaufvertrags gehen mit der Vereinbarung eines Verrechnungsstichtags regelmäßig davon aus, dass Bestandzinse aus Vorperioden wirtschaftlich dem Rechtsvorgänger zustehen, aktiv legitimiert zur Geltendmachung der vertraglichen Bestandzinsforderung kann aber nur der Rechtsnachfolger sein, weswegen selbiges auch für den Schadenersatzanspruch wegen Uneinbringlichkeit dieser Forderung gilt.

Es kann daher nur der Rechtsnachfolger den (wirtschaftlichen) Schaden seines Rechtsvorgängers liquidieren, jedoch hat er die *Ersatzleistung herauszu-*

40) Vgl dazu 5 Ob 217/08k.

41) *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 348; diesem folgend 1 Ob 97/07g ecolex 2008/155.

42) Vgl dazu zuletzt ausführlich *Apathy*, Drittschadensliquidation, JBl 2009, 69 (72).

geben. Er wird allerdings nicht ohne Weiteres zur klagsweisen Geltendmachung verpflichtet sein. Verträge erzeugen aber nicht bloß Hauptleistungspflichten, die für die betreffende Vertragstypen charakteristisch sind, sondern auch eine Reihe von Nebenpflichten.<sup>43)</sup> Treten nach Abschluss des Geschäfts Konfliktsfälle auf, die von den Parteien nicht bedacht und daher auch nicht ausdrücklich geregelt wurden, dann ist unter Berücksichtigung der übrigen Vertragsbestimmungen und des von den Parteien verfolgten Zwecks zu fragen, welche Lösung redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten.<sup>44)</sup> Ähnlich wie in 2 Ob 12/08 s<sup>45)</sup> lässt sich in ergänzender Vertragsauslegung ableiten, dass der Rechtsnachfolger dann, wenn er einen Schadenersatzanspruch für die Zeit nach Vertragsübergang verfolgt, dazu verpflichtet ist, den wirtschaftlichen Schaden des Rechtsvorgängers für die Zeit davor gegen Prozesskostenersatz (nützliche Geschäftsführung iSd § 1037 ABGB) und Sicherstellung der Kosten zu liquidieren. Jedenfalls aber kann ua auch aus der Stichtagsregelung im Liegenschafts Kaufvertrag geschlossen werden, dass der Rechtsnachfolger zur (Rück-)Abtretung des Schadenersatzanspruchs verpflichtet ist. Die Zession des Ersatzanspruchs kommt der Herausgabe der Mietzinsteile gleich, die dem Rechtsvorgänger nach der vertraglichen Vereinbarung zustehen.

43) RIS-Justiz RS0017049.

44) RIS-Justiz RS0017758.

45) ecolex 2008/333 im Anschluss an 2 Ob 563/83 SZ 56/153.

## SCHLUSSSTRICH

*Der Geschäftsführer einer Mieter-GmbH ist verpflichtet, dem Vermieter einen Machtwechsel in der Mietergesellschaft anzuzeigen. Weil der Vermieter berechtigt ist, den Mietzins rückwirkend auf den Zeitpunkt der Änderung auf das nunmehr angemessene Maß anzuheben, haftet der Geschäftsführer persönlich aus Schutzgesetzverletzung, wenn er die Anzeige unterlässt und der Vermieter den Mietzins etwa wegen Verjährung oder Insolvenz bei der Mietergesellschaft nicht mehr einbringen kann. Tritt zwischenzeitig ein Vermieterwechsel infolge gesetzlicher Vertragsübernahme ein, dann ist der neue Vermieter aus dem Mietvertrag im Verhältnis zur Mietergesellschaft berechtigt, den Mietzins rückwirkend – und zwar auch für Mietzinsperioden vor der Vertragsübernahme – einzufordern. Insofern hat er einen eigenen Schaden, jedoch stehen diese Mietzinse im Verhältnis der Vermieter zueinander wirtschaftlich dem Voreigentümer zu und der neue Vermieter hat die Ersatzleistung an diesen herauszugeben. Für die Zeit nach der Vertragsübernahme ist dem neuen Vermieter dann kein Vermögensschaden wegen entgangener Mietzinse iS der Differenzhypothese entstanden, wenn der nicht angehobene Mietzins via Ertragswert den Kaufpreis bestimmt hat und sohin bei bereits durchgeführter Erhöhung der Käufer die Liegenschaft nicht um diesen Kaufpreis hätte erwerben können.*