

# 1. Kapitel Miteigentum

## I. Einleitung

Geschichtlich entwickelte sich das Sachenrecht anfangs aus dem innerfamiliären Interessenskreis und diente zunächst der Sicherung von Grund und Boden.<sup>1)</sup> Aus der Vorstellung des *meum esse* entwickelte sich schließlich der Gedanke des Eigentums (im Gegensatz zum Besitz) als stärkeres und konkreteres Recht.<sup>2)</sup> Bald entwickelte sich daraus ein unter einer Personenmehrheit aufgeteiltes Eigentum.<sup>3)</sup>

Das uns bekannte Miteigentum ist schließlich eine Entwicklung des jüngeren römischen Rechts (*societas*, Erbengemeinschaft), bei der man auch bereits ein Miteigentum nach Quoten kannte, über welche der Einzelne verfügen konnte, Verfügungen über die Sache aber die Zustimmung aller benötigten.<sup>4)</sup>

Unabhängig von diesem Rezeptionsvorgang bildete sich im alpinen landwirtschaftlichen Raum auch das Verständnis eines Gemeinschaftseigentums an den Almwiesen („Allmende“) heraus,<sup>5)</sup> wobei hier anfangs die Betonung nicht auf der Eigentumsfrage, sondern nur der Frage nach Nutzungsrechten („Gräser“) an eigentumslosen Flächen lag und sich erst im Laufe der Zeit (und im Zuge der Bodenreform) ein Gemeinschaftseigentum entwickelte.<sup>6)</sup>

## II. Grundsätze des Miteigentums im ABGB

Mit kaiserlichem Patent vom 1. Juni 1811 wurde für Österreich, nach Schaffung des *code civil* für Frankreich 1804, ebenfalls ein kodifiziertes Privatrecht geschaffen („Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie“, ABGB, JGS

---

<sup>1)</sup> Barta, „Graeca non leguntur“? Bd I (2010) 297; ders, „Graeca non leguntur“? Bd II/Teil 1 (2011) 561 ff.

<sup>2)</sup> Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht (1943) 302; Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte<sup>6</sup> (2005) 40.

<sup>3)</sup> Zum geteilten Eigentum an der die prähistorischen Pfahlbauten mit dem Festland verbindenden Brücke: Pineles, Die *communio pro diviso*, ZPR 29, 1901, 689 (705 f); Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte<sup>6</sup> (2008) 163; ähnlich auch bei der älteren römischen Erbengemeinschaft: Apathy/Klingenberg/Stiegler, Einführung in das römische Recht<sup>2</sup> (1998) 62; und eventuell bei der Gemeinweide: Kaser, Eigentum 231 Fn 7; Apathy/Klingenberg/Stiegler, Einführung 62.

<sup>4)</sup> Kaser, Das römische Privatrecht Bd 3 (1975) 273 f; Apathy/Klingenberg/Stiegler, Einführung 62 (82 f).

<sup>5)</sup> Ostrom, Die Verfassung der Allmende (1990) 82.

<sup>6)</sup> Schacherreiter, Juridikum 2012, 205 (214).

Nr 946/1811). Dessen 16. Hauptstück (§§ 825–858) traf und trifft nach wie vor Regelungen zum Miteigentum und legt dieses als Miteigentum nach ideellen Quoten fest. Dem einzelnen Miteigentümer kommt hierbei kein Vollrecht an physischen Teilen der Sache zu (wie dies beim real geteilten Eigentum wie dem Stockwerkseigentum<sup>7)</sup> der Fall wäre) sondern nur der ihm an der Sache zustehende ideelle Anteil. Über diesen seinen ideellen Anteil kann er uneingeschränkt verfügen.<sup>8)</sup>

Die gemeinsame Sache anbelangend kann er aber keine Verfügungen treffen, durch die über Anteile anderer Miteigentümer mitverfügt würde. Das ABGB trifft daher Regelungen über die Willensbildung hinsichtlich Verfügungen über die gemeinsame Sache und deren Verwaltung:

## A. Verwaltung

Hinsichtlich der Verwaltung der gemeinsamen Sache unterscheidet das ABGB in ordentliche Verwaltung und wichtige Veränderung.

### 1. Ordentliche Verwaltung

In Angelegenheiten, welche die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes (der gemeinsamen Sache) betreffen, entscheidet gem § 833 ABGB die (nach dem Verhältnis der Anteile zu bestimmende) Stimmenmehrheit.

Zur ordentlichen Verwaltung werden nach der allgemeinen Definition all jene Maßnahmen gezählt, die der „Erhaltung und Verwaltung des gemeinsamen Gutes dienen, die sich im gewöhnlichen Verlauf der Dinge als notwendig oder zweckmäßig erweisen und im Interesse aller Miteigentümer liegen.“<sup>9)</sup> So werden zur ordentlichen Verwaltung beispielsweise gezählt:

- Geltendmachung von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen betreffend allgemeine Teile der Liegenschaft,<sup>10)</sup>
- Vermietung zu allgemein üblichen, angemessenen Bedingungen,<sup>11)</sup>
- Abschluss allgemein üblicher Verträge wie Versicherung,<sup>12)</sup>
- Werkverträge,<sup>13)</sup>
- Bestellung und Abberufung eines Verwalters<sup>14)</sup> (zum Übergang zur Fremdverwaltung s aber sogleich unten 2),

---

<sup>7)</sup> Welches durch das Gesetz vom 30. März 1879 (RGBl 1879/50) abgeschafft wurde; s näher dazu *Kohl*, Stockwerkseigentum (2007) 226ff.

<sup>8)</sup> *Zeiller*, Commentar Bd 2 (1812) 881; *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,01</sup> § 825 Rz 5 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>9)</sup> RIS-Justiz RS 0013573 (stRsp), zuletzt OGH 5 Ob 21/16y immolex 2016/61.

<sup>10)</sup> OGH 4 Ob 150/11 d MietSlg 63.443; 5 Ob 119/11 b MietSlg 63.111; 5 Ob 195/09 a MietSlg 62.454.

<sup>11)</sup> OGH 5 Ob 188/04i immolex 2005/30; 1 Ob 207/14v immolex 2015/56.

<sup>12)</sup> OGH 7 Ob 258/07b RdW 2008/488.

<sup>13)</sup> *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,01</sup> § 833 Rz 13 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>14)</sup> OGH 5 Ob 36/13z immolex 2014/7.

- Bestellung Hausbesorger,<sup>15)</sup>
- schließlich sämtliche baulichen Maßnahmen, die nach Alter, Art und Erhaltungszustand des Hauses dessen Erhaltung dienen,<sup>16)</sup> wie etwa Balkon- und Fenstersanierung,<sup>17)</sup> Erneuerung einer Zentralheizung,<sup>18)</sup> Fassaden- sanierung<sup>19)</sup> und dergleichen.<sup>20)</sup>

## 2. Wichtige Veränderung

Demgegenüber ist eine wichtige Veränderung (§ 834 ABGB) das, was über den Bereich der ordentlichen Verwaltung hinausgeht, aber „noch keine“ Verfügungshandlung (s unten B) darstellt.<sup>21)</sup>

So wurden von der Rsp beispielsweise als wichtige Veränderungen qualifiziert:

- Abschluss von Benützungsvereinbarungen,<sup>22)</sup>
- Abschluss und die Auflösung von Bestandverhältnissen mit Miteigentümern<sup>23)</sup> oder generell von Bestandverhältnissen mit ungewöhnlichen Bedingungen,<sup>24)</sup>
- bauliche Veränderungen, die über die bloße Erhaltung der Liegenschaft hinausgehen,<sup>25)</sup>
- Übergang zur Fremdverwaltung;<sup>26)</sup> zur Bestellung/Abberufung eines Verwalters (s oben 1)
- Änderungen der Widmung oder der (wirtschaftlichen) Verwendung.<sup>27)</sup>

<sup>15)</sup> VwGH 2515/80 MietSlg 32.493; nicht aber Auflassung des Postens: VwGH 1598/78 MietSlg 32.066.

<sup>16)</sup> OGH 6 Ob 669/82 MietSlg 34.090; OLG Wien 12 R 123/81 MietSlg 33.074; SZ 58/129; RIS-Justiz RS 0013573.

<sup>17)</sup> LGZ Wien 45 R 207/84 MietSlg 36.617.

<sup>18)</sup> OGH 5 Ob 26/83 MietSlg 35.069.

<sup>19)</sup> LGZ Wien 43 R 867/67 MietSlg 20.048; RIS-Justiz RS 0013573.

<sup>20)</sup> Siehe *Egglmeier/Gruber/Sprohar* in *Schwimann*, ABGB<sup>4</sup> Bd 3 § 833 Rz 12f (19. 4. 2017, lexisnexus.at); *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 833 Rz 4f (Stand: 1. 8. 2015, rdb.at); *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 833 Rz 13 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>21)</sup> Zur Umschreibung des Begriffs der „wichtigen Veränderung“ wurden zahlreiche Versuche unternommen, den dabei gefundenen Definitionen ist aber auch nicht viel zu entnehmen: s insb *Gruber/Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 834 Rz 1f (Stand 1. 12. 2012, lexisnexus.at); *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 835 Rz 5f mwN (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>22)</sup> OGH 2 Ob 119/13h MietSlg 66.083.

<sup>23)</sup> OGH 5 Ob 102/09z MietSlg 61.354.

<sup>24)</sup> OGH 1 Ob 207/14v immolex 2015/56.

<sup>25)</sup> OGH 5 Ob 40/12m immolex 2012/87.

<sup>26)</sup> LGZ Graz 3 R 239/82 MietSlg 34.107; LGZ Wien 44 R 208/80 MietSlg 32.084 mwN; OGH 2 Ob 523/82 MietSlg 34.106; 1 Ob 682/88 MietSlg 40.057 mwN; RIS-Justiz RS 0013717, RS 0013660.

<sup>27)</sup> *H. Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 835 Rz 16 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

Die zu §§ 833 und 834 ergangene Rsp ist gleichermaßen zahlreich wie kasuistisch. Eine Abgrenzung zwischen ordentlicher Verwaltung und wichtiger Veränderung kann im Einzelfall daher schwerfallen und hat auch im Laufe ihrer nunmehr über 200-jährigen Anwendung zahllose Rechtsstreite und Publikationen nach sich gezogen.<sup>28)</sup>

## B. Verfügungshandlungen

Von den Verwaltungsmaßnahmen zu unterscheiden sind Verfügungshandlungen, durch welche sich die Anteilsrechte der einzelnen Teilhaber verändern.<sup>29)</sup> Gemäß § 828 ABGB haben alle Eigentümer einverständlich als eine Person das Recht, mit der Sache nach Belieben zu schalten. Grundvoraussetzung für jede Verfügung über die gemeinsame Sache ist daher die Einstimmigkeit aller Miteigentümer. Der Beschluss des Außerstreitrichters kann hierbei die fehlende Zustimmung eines Miteigentümers nicht ersetzen (s dazu sogleich unten C). Unabhängig davon kann jeder einzelne Miteigentümer natürlich uneingeschränkt über den ihm an der gemeinsamen Sache zustehenden quotenmäßigen Anteil verfügen (§ 829 ABGB).

Beispiele für Verfügungshandlungen wären etwa Veräußerung (der ganzen gemeinsamen Sache), Einräumung einer Dienstbarkeit, oder Vernichtung (Abriß des gemeinschaftlichen Gebäudes).<sup>30)</sup>

## C. Willensbildung (Beschlussfassung)

Die Unterscheidung in ordentliche Verwaltung, wichtige Veränderung und Verfügungshandlung hat Bedeutung, da jeweils unterschiedliche Abstimmungsmodalitäten und –quoten vorgesehen sind.

In Angelegenheiten der *ordentlichen Verwaltung* entscheidet die absolute Anteilsmehrheit, die überstimmte Minderheit muss sich „ohne weiteres nach der Mehrheit fügen“<sup>31)</sup> und daher auch die Kosten der beschlossenen Maßnahme mittragen.<sup>32)</sup> Der Minderheit ist dabei (zuvor) aber Gelegenheit zur Stellungnahme zu ermöglichen („rechtliches Gehör“).<sup>33)</sup> Abgesehen davon sind für die Abstimmung keinerlei Formvorschriften<sup>34)</sup> vorgesehen, die Zustimmung kann auch konkludent erfolgen.<sup>35)</sup>

<sup>28)</sup> Siehe die kritische Analyse von Hoyer, wobl 1991, 152 (155).

<sup>29)</sup> OGH 5 Ob 11/15a MietSlg 67.455 = wobl 2016/42 (Hausmann); RIS-Justiz RS 0109188.

<sup>30)</sup> Terlitza, Zur Abgrenzung von Verwaltung und Verfügung, wobl 2011, 185 (187).

<sup>31)</sup> Zeiller, Kommentar Bd 2 888.

<sup>32)</sup> So schon Ehrenzweig, System<sup>2</sup> Bd 1 153; Klang in Klang, Bd III (1958) 1111.

<sup>33)</sup> Anders noch Ehrenzweig, System<sup>2</sup> Bd 1 153; nunmehr hL Thöni, JBl 1992, 7 (11); Niedermayr, wobl 1993, 74; Bachofner/Kastner, JBl 1972, 1 (4).

<sup>34)</sup> H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 833 Rz 15 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at); strenger sehen das Gruber/Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 833 Rz 31 (Stand Dezember 2012, lexisnexus.at).

<sup>35)</sup> Vorausgesetzt der Stillschweigende weiß von der geplanten Maßnahme; OGH 1 Ob 259/03z MietSlg 56.063; NZ 1998, 312.

Der überstimmten Minderheit steht kein besonderes (inhaltliches) Anfechtungsrecht zu. Gemäß § 838a ABGB ist seit 1. 1. 2005 aber die Anrufung des Außerstreitrichters möglich, jedoch nur mit der Behauptung, der angefochtene Beschluss stelle keine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung dar oder der Beschluss sei ohne Anhörung der Minderheit erwirkt worden.<sup>36)</sup> Insbesondere kann die Minderheit nicht über den Außerstreitrichter die Durchführung von seitens der Mehrheit nicht gewünschten bzw abgelehnten Maßnahmen erzwingen.<sup>37)</sup>

Bei *wichtigen Veränderungen* sind zwar keine dezidierten Formvorschriften vorgesehen, jedoch muss sichergestellt sein, dass jeder Miteigentümer Gelegenheit zur Stellungnahme erhält und ihm das Ergebnis nach Abschluss der Abstimmung mitgeteilt wird (sodass er etwaige Schritte zur Verhinderung der Maßnahme treffen kann). Die hA sieht dies durch eine Versammlung oder einen schriftlichen „Umlaufbeschluss“ erfüllt;<sup>38)</sup> ein konkludentes Zustandekommen scheidet danach eher aus.<sup>39)</sup>

Kommt Einstimmigkeit nicht zustande, teilen sich die Meinungen: gem § 834 ABGB kann die Minderheit (jeder Überstimmte) Sicherstellung verlangen oder bei deren Verweigerung aus der Gemeinschaft austreten (dh die Aufhebung gem § 830 ABGB begehren),<sup>40)</sup> vorausgesetzt der betroffene Überstimmte wünscht dies. Diesem Wunsch können nur die Einwände der Unzeit oder des Nachteils der anderen entgegengehalten werden (s dazu im Detail unten G). In aller Regel wird der sich einem Mehrheitsbeschluss Widersetzende aber nicht unbedingt aus der Gemeinschaft austreten wollen. Er wird vielmehr bloß dessen Durchführung verhindern wollen. Hierzu vertreten überwiegende Teile der Lehre die Ansicht, dass es an der Minderheit liege, den (nach dieser Ansicht wirksam zustande gekommenen und durchführbaren) Mehrheitsbeschluss durch Anrufung des Außerstreitrichters zu Fall zu bringen.<sup>41)</sup>

Dementgegen muss nach der stRsp die Mehrheit, welche die Maßnahme durchführen will, die (durch den Außerstreitrichter ersetzte) Zustimmung der anderen Eigentümer zur Durchführung der Maßnahme einholen, um die Wirksamkeit und Geltung des Beschlusses herbeizuführen.<sup>42)</sup>

<sup>36)</sup> H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 833 Rz 18 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>37)</sup> OGH 5 Ob 7364 MietSg 16.021.

<sup>38)</sup> Hoyer, wobl 1991, 152; H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 834 Rz 17 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>39)</sup> Bloßes Nichtäußern auf ein erhaltenes Schreiben kann nicht als Zustimmung gewertet werden; Hoyer, wobl 1991, 152 (157); OGH 5 Ob 7364 MietSg 16.021.

<sup>40)</sup> Unklar noch Klang in Klang<sup>2</sup> III 1114; nunmehr Gruber/Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 834 Rz 37 (Stand Dezember 2012, lexisnexis.at); Tanczos/Eliskases in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 834 Rz 17 (Stand: 1. 8. 2015, rdb.at).

<sup>41)</sup> Übersicht von H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 835 Rz 3 Fn 2 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>42)</sup> Zuletzt OGH 5 Ob 38/15x MietSg 67.438; Tanczos/Eliskases in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 834 Rz 14 (Stand: 1. 8. 2015, rdb.at); von der überwiegenden L wird

Die Minderheit, welche die Durchführung einer wichtigen Veränderung wünscht, hat keinerlei Möglichkeit, diese über den Außerstreitrichter durchzusetzen.<sup>43)</sup>

*Verfügungshandlungen* betreffend die gemeinsame Sache können ausnahmslos und unstrittig nur einstimmig vorgenommen werden. Die Zustimmung zu einer Verfügungshandlung kann nach hM auch konkludent erfolgen.<sup>44)</sup> (Außerstreit)richterliche Hilfe zur Genehmigung eines „Mehrheitsbeschlusses“ oder dergleichen steht nicht zur Verfügung,<sup>45)</sup> Bekämpfungsmöglichkeiten zugunsten einer (aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses ohnedies denkmöglichen) „Minderheit“ bestehen ebenfalls nicht. (Sachenrechtliche) Abhilfe gegen „Verfügungen“, die ohne Zustimmung aller Miteigentümer getroffen wurden, bietet die *actio negatoria* (§ 523 ABGB).<sup>46)</sup> Möglich ist natürlich auch die Anfechtung einer Verfügungshandlung nach den allgemeinen Regeln, wie zB wegen Geschäftsunfähigkeit<sup>47)</sup> oder anderer Willensmängel gem §§ 869 ff ABGB.

#### **D. Aufteilung der gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten**

Gemäß § 839 ABGB sind die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten nach dem Verhältnis der Anteile aufzuteilen. Abweichende Vereinbarungen sind aber möglich und können formfrei (auch konkludent) zustandekommen oder aufgrund einer Verkehrssitte angenommen werden.<sup>48)</sup> Solche abweichende Aufteilungsvereinbarungen sind auch etwaigen Einzelrechtsnachfolgern zu überbinden, ansonsten sind diese nicht an die Vereinbarung gebunden und die Vereinbarung geht damit faktisch unter.<sup>49)</sup>

---

diese Rsp unter Hinweis auf mangelnde Deckung durch den Gesetzestext abgelehnt; vgl Hoyer, wobl 1991, 152; H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 835 Rz 18 mwN (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>43)</sup> OGH 2 Ob 139/16d NZ 2017/22, 1 Ob 81/70 MietSlg 22.055; dies ist jedoch im Anwendungsbereich des WEG auch nicht anders (s unten III./B).

<sup>44)</sup> H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 828 Rz 7 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at); Gruber/Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 828 Rz 3 (Stand Dezember 2012, lexisnexis.at); OGH 5 Ob 314/65 MietSlg 17.041, OGH 7 Ob 576/85 MietSlg 37.039; 5 Ob 138/71 SZ 44/106 zu Mitmietverhältnissen.

<sup>45)</sup> So auch dezidiert OGH 5 Ob 150/10k immolex 2011/19 = MietSlg 62.460.

<sup>46)</sup> Dies naturgemäß auf dem streitigen Rechtsweg; OGH 5 Ob 275/08i immolex 2009/74 (Edelhauser).

<sup>47)</sup> OGH 3 Ob 101/60 JBl 1960, 441.

<sup>48)</sup> So hat etwa der Miteigentümer, der das gemeinsame Haus alleine nutzt und den anderen Miteigentümern kein Benützungsentgelt zahlt, (den Wert des Hauses nicht erhöhende sondern zur Aufrechterhaltung der Bewohnbarkeit notwendige) Reparaturkosten nach redlicher Verkehrssitte allein zu tragen (OGH 1 Ob 614/81 MietSlg 33.091).

<sup>49)</sup> OGH 5 Ob 174/86 MietSlg 38/54, OGH 5 Ob 310/03d MietSlg 56.080.

## E. Benützungsregelungen

Dem Miteigentumsrecht nach §§ 825ff ABGB entspringt nicht automatisch ein Nutzungsrecht für ein *bestimmtes* Objekt. Aus dem Verfügungsrecht gem § 828 Abs 1 ABGB lässt sich zwar ein Recht des Miteigentümers auf (Mit-)Benützung der gemeinsamen Sache ableiten. Dieses hat seine Grenze jedoch im (tatsächlichen)<sup>50)</sup> Gebrauch der Sache durch einen anderen Miteigentümer wie auch im Widerspruch eines Miteigentümers gegen den Gebrauch,<sup>51)</sup> außer es liegt eine Benützungsregelung vor.

Einem Miteigentümer, der die gemeinsame Sache (oder Teile davon) im Verhältnis zu seinem Miteigentumsanteil<sup>52)</sup> übermäßig und dadurch rechtswidrig benützt, kann mit Besitzstörungsklage oder auch Räumungsklage entgegengetreten werden.<sup>53)</sup> Auch hat er ein Benützungsentgelt für die rechtswidrige Nutzung zu leisten<sup>54)</sup> und wird uU schadenersatzpflichtig.

Um solchen Streitigkeiten vorzubeugen, können die Miteigentümer Benützungsvereinbarungen treffen, in denen die Benützung bestimmter Teile durch einzelne Miteigentümer festgelegt und im Bedarfsfall auch ein Ausgleichsentgelt für nicht Benützende vorgesehen werden kann. Dies kann auch auf konkludentem Wege geschehen.<sup>55)</sup> Für die Festlegung einer Benützungsregelung steht dem einzelnen Miteigentümer auch die Anrufung des Außerstreitrichters zur Verfügung.<sup>56)</sup>

Gemäß § 828 Abs 2 ABGB, eingefügt durch das Wohnungseigentumsbeileitgesetz (BGBl I Nr. 2002/71), wirken Benützungsregelungen gegenüber Dritten, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Damit wurde der lange Streit beendet, ob eine zwischen den Miteigentümern getroffene Benützungsvereinbarung bloß schuldrechtlichen Charakter habe und daher gar nicht verbücherungsfähig sei oder eben doch.<sup>57)</sup> Aufgrund der Textierung des § 828

<sup>50)</sup> OGH 3 Ob 9/82 MietSlg 34.065 1 Ob 213/07s MietSlg 60.060 = ecolex 2008/178; RIS-Justiz RS 0013211 (stRsp).

<sup>51)</sup> Vonkilch, wobl 2006, 138 (144).

<sup>52)</sup> So die Rsp: OGH 7 Ob 86/13t MietSlg 65.109, OGH 5 Ob 150/13i ecolex 2015/106, OGH 1 Ob 180/08i MietSlg 60.058, OGH 2 Ob 248/08x MietSlg 61.134; RIS-Justiz RS 0087211, RS 0013185, RS 0013814, RS 0013202; abl H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 828 Rz 32 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at); Vonkilch, wobl 2006, 138 (140).

<sup>53)</sup> OGH 7 Ob 635/83 MietSlg 36.066, 3 Ob 148/10a MietSlg 63.451, 2 Ob 155/08w MietSlg 60.067; 10 Ob 53/08d wobl 2008/109 (Vonkilch/Call); RIS-Justiz RS 0013380, RS 0013400, RS 0000741; Apathy, JBl 1977, 341 (347).

<sup>54)</sup> Siehe die Rsp in Fn 52 sowie unten 2.

<sup>55)</sup> OGH 4 Ob 108/12d immolex 2012/81 (Prader); 2 Ob 155/08w MietSlg 60.067; 5 Ob 246/12f MietSlg 65.475; RIS-Justiz RS 0013638; Fleischmann, immolex 2002, 136 (138).

<sup>56)</sup> Gruber/Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 835 Rz 4 (Stand Dezember 2012, lexisnexus.at).

<sup>57)</sup> Siehe Klang, Kommentar III 1089f; Ehrenzweig, System<sup>2</sup> 152f; auch noch Hofmeister in Schwimann, ABGB Praxiskommentar Bd 3 (1989) § 834 Rz 20 mwN zur stRsp.



Abs 2 ABGB wird in weiterer Folge der Begriff „Benützungsregelung“, wo nicht näher spezifiziert, als Überbegriff für sowohl die (eilvernehmlich vertragliche) Benützungsvereinbarung als auch die (gerichtliche) Benützungsregelung verwendet.

Der schuldrechtliche Charakter der Benützungsregelung, aufgrund dessen von der früheren Rsp eine Verbücherung verweigert wurde, bleibt jedoch davon unberührt aufrecht – die Verbücherung bewirkt lediglich eine Drittwirkung im Sinne einer Bindung von Einzelrechtsnachfolgern an die getroffene Vereinbarung bzw Regelung.<sup>58)</sup>

Ist eine Benützungsregelung gem § 828 Abs 2 ABGB im Grundbuch eingetragen, bleibt sie also auch von Eigentümerwechseln unberührt aufrecht. Unterblieb allerdings eine Verbücherung, so bindet die Vereinbarung (nach wie vor) nur die einzelnen Vertragspartner,<sup>59)</sup> womit diese schon durch Veräußerung eines Anteils (oder auch Einräumung eines Fruchtgenussrechts) ohne Überbindung auf den Einzelrechtsnachfolger zu Fall gebracht wird.<sup>60)</sup>

Als Rettungsanker könnte höchstens noch eine eventuelle schlüssige Vertragsübernahme durch den Einzelrechtsnachfolger (unter schlüssiger Zustimmung der verbliebenen Vertragspartner) herangezogen werden,<sup>61)</sup> welche mE allerdings nicht ohne weiteres nachzuweisen sein wird.

Besteht eine Benützungsregelung, so ergeben sich daraus folgende Konsequenzen:

### 1. Ausschließliche Nutzung

Die Nutzung der gemeinsamen Sache oder von Teilen davon erfolgt nunmehr im vereinbarten oder festgelegten Ausmaß. Dieses kann auch in der ausschließlichen Nutzung einzelner Liegenschaftsteile oder gar der ganzen Liegenschaft durch einen Miteigentümer bestehen,<sup>62)</sup> in letzterem Fall aber regelmäßig verbunden mit Entrichtung eines Benützungsentgelts.<sup>63)</sup> Dementsprechend kann einer überschießenden Nutzung durch einen Miteigentümer dann idR nicht mehr widersprochen werden, sofern diese durch die Benützungsregelung gedeckt ist.<sup>64)</sup>

#### a) Vermieterstellung

Da bei einer Benützungsregelung anders als beim Wohnungseigentum kein dingliches, sondern ein bloß schuldrechtliches ausschließliches Nutzungs-

<sup>58)</sup> OGH 5 Ob 89/08m immolex 2009/22 (*Cerha*) mwN, RIS-Justiz RS 0013602.

<sup>59)</sup> OGH 2 Ob 119/13h MietSlg 66.083 mwN.

<sup>60)</sup> *Klang*, Kommentar III 1089; so auch die stRsp: OGH 2 Ob 119/13h MietSlg 66.083; RIS-Justiz RS 0013593; zum WEG s 2.Kap./III/D.

<sup>61)</sup> Bloße Kenntnis reicht allerdings nicht: *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 829 Rz 16 (Stand: 1. 8. 2015, rdb.at) mwN; s auch Fn 59.

<sup>62)</sup> OGH 3 Ob 42/03b immolex 2004/16.

<sup>63)</sup> OGH 7 Ob 529/95 EvBl 1996/1; s unten 2.

<sup>64)</sup> zuletzt zB 2 Ob 155/08w MietSlg 60.067; *Jensik*, Miteigentum 20.



recht besteht, kommt auch bei Liegenschaftsteilen, die einer Benützungsregelung unterliegen, die Vermieterstellung grundsätzlich allen Miteigentümern zu.<sup>65)</sup> Dem einzelnen Miteigentümer kommt nach der Rsp zwar aufgrund der Benützungsregelung die Befugnis zu, ohne vorherige Zustimmung der übrigen Miteigentümer eine Vermietung an den ihm zugewiesenen Liegenschaftsteilen vorzunehmen.<sup>66)</sup> Vermieterstellung erlangen nach der – nicht ganz einheitlichen – Rsp dabei aber in aller Regel sämtliche Miteigentümer.<sup>67)</sup> Der OGH begründet dies mit einer Vertretungsvermutung, wonach der Miteigentümer, dem im Rahmen einer Benützungsregelung die ausschließliche Nutzungsbeziehung von Liegenschaftsteilen überlassen wurde, hinsichtlich deren Vermietung als Verwalter iSd § 833 ABGB die Vertretungsmacht hinsichtlich der übrigen Miteigentümer handelt.<sup>68)</sup> Im Zweifel handle der Miteigentümer also gleich einem Verwalter als Vertreter sämtlicher Miteigentümer.<sup>69)</sup>

Dies führt aus praktischer Sicht sogleich zur Frage, wem denn nun die Mieteinnahmen aus einer solchen Vermietung zustünden – s dazu unten b).

Aus theoretischer Sicht, jedoch mit einiger praktischer Bedeutung, resultieren mE daraus auch gewisse Grenzen dieser Vertretungsmacht: da die Verwaltungsbefugnis sich nur im Rahmen der ordentlichen Verwaltung bewegen kann,<sup>70)</sup> scheiden also deren Grenzen übersteigende Rechteeinräumungen (Vermietung zu unüblichen Konditionen, Vermietung an Miteigentümer<sup>71)</sup> udgl; eventuell, je nach Üblichkeit, auch eine unentgeltliche Überlassung – s oben A/2 und unten 3.Kap./II/G/6/c/aa) begrifflich aus. Eine Überschreitung der Grenzen dieser fingierten Verwaltungsvollmacht nach § 833 ABGB bewirkt bei fehlender Beschlussfassung bzw Anhörung der übrigen Miteigentümer eine Ungültigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts (s unten 3.Kap./II/G/6/c/aa).

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insb die Rsp des OGH,<sup>72)</sup> wonach solche obligatorischen Benützungsregelungen auch nicht durch darauf aufgesetzte dingliche Rechte „verdinglichbar“ sind. Rechtssystematisch scheint dies einleuchtend und notwendig: ein dingliches Recht kann nicht auf einer – viel leichter auflösbaren und grundbücherlich nicht dokumentierten – schuldrechtlichen Vereinbarung basieren bzw von deren Existenz abhängen.<sup>73)</sup> Abgelehnt wurde aus diesem Grund die Einräumung einer persönlichen Dienstbar-

<sup>65)</sup> H. Böhm in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 828 Rz 48 (Stand 1. 10. 2013, rdb.at).

<sup>66)</sup> Böhm/Faber, wobl 2001, 189 (191).

<sup>67)</sup> OGH 5 Ob 2119/96 w MietSlg 48.400 mwN.

<sup>68)</sup> OGH 8 Ob 153/69 SZ 42/126, 4 Ob 2024/96t AnwBl 1997/7389 (Mayerl) = wobl 1998/105; 6 Ob 52/97h wobl 1997/96 (Dirnbacher)

<sup>69)</sup> OGH 6 Ob 52/97h wobl 1997/96 (Dirnbacher) mwN.

<sup>70)</sup> OGH 4 Ob 2024/96t AnwBl 1997/7389 (Mayerl); 5 Ob 266/03h wobl 2006/26 = MietSlg 56.438 = MietSlg 56.061.

<sup>71)</sup> OGH 4 Ob 2024/96t AnwBl 1997/7389 (Mayerl).

<sup>72)</sup> OGH 5 Ob 89/08m immolex 2009/22 (Cerha).

<sup>73)</sup> Siehe insb Fn 72; OGH 3 Ob 93/10p immolex 2011/51 (Klein).

keit (Fruchtgenussrecht) an einer im Rahmen einer Benützungsregelung überlassenen Wohnung durch den allein Nutzungsberechtigten.<sup>74)</sup>

Für eine richtige Verdinglichung müsste die Eintragung des Fruchtgenussrechts nach dieser Entscheidung ob der gesamten Liegenschaft erfolgen – dies wiederum setzt also die Zustimmung (Aufsandungserklärungen) der übrigen Miteigentümer voraus.<sup>75)</sup>

Zu Problemen führt dies insb bei wegen Nichtigkeit niemals existentem „Wohnungseigentum“ – s dazu unten 3. Kap./II/G/1 und 3. Kap./II/G/6.

## **b) Lukrieren der Mieteinnahmen**

Aus der in der Benützungsregelung idR enthaltenen ausschließlichen Nutzungsüberlassung (Gebrauchsüberlassung) resultiert, dass dem ausschließlich Nutzungsberechtigten auch alleine die Mieteinnahmen aus dieser Vermietung zustehen.<sup>76)</sup> Im Außenverhältnis kann dies aufgrund der dargelegten Vermieterstellung sämtlicher Miteigentümer im Einzelfall fraglich sein, aufgrund der Regelung des § 848 Satz 3 ABGB bzw der üblicherweise gegebenen vertraglichen Formulierung (wem der Mietzins geschuldet wird) ist der einzelne Miteigentümer aber in aller Regel zur (ausschließlichen) Vereinnahmung der Mieteinnahmen berechtigt.<sup>77)</sup>

## **c) Wahrung von Bestandgeberrechten (Klagslegitimation)**

Aus der gerade oben dargelegten von der Rsp aus der Einräumung einer ausschließlichen Benützungsberechtigung konstruierten Verwaltungsvollmacht folgt, dass der einzelne vertretungsbefugte Miteigentümer auch zur Vornahme der übrigen Verwaltungshandlungen iZm diesem Bestandverhältnis berechtigt sein muss, also beispielsweise aktivlegitimiert zur gerichtlichen Kündigung oder Räumung, Abschluss von Vergleichen oder sonstigen Vereinbarungen (zB Auflösungsvereinbarungen, Ablösevereinbarungen, Räumungsvergleich uvm) und Wahrung sonstiger Rechtspositionen in diesem Kontext ist.<sup>78)</sup>

Parteistellung genießen in einem solchen Verfahren jedoch sämtliche Miteigentümer und darin erwirkte Urteile bzw Entscheidungen erstrecken sich auf sie als einheitliche Streitpartei.<sup>79)</sup> Dieser Umstand vermag ein Gerichtsverfahren des Mieters gegen „seinen Vermieter“ oder auch umgekehrt doch einigermassen zu verkomplizieren. Prozessualen Stolpersteinen wie (dem Einwand) der fehlenden Aktiv- oder Passivlegitimation ist damit auch so manche Tür geöffnet.<sup>80)</sup>

<sup>74)</sup> OGH 5 Ob 89/08m immolex 2009/22 (*Cerha*).

<sup>75)</sup> Siehe insb Fn 72.

<sup>76)</sup> OGH 1 Ob 126/98f immolex 1999/29 mwN; OGH 4 Ob 2024/96 t AnwBl 1997/ 7389 (*Mayerl*).

<sup>77)</sup> *H. BöhminKletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 833 Rz 41 (Stand 1.10.2013, rdb.at).

<sup>78)</sup> *Würth in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1116 Rz 16 (Stand: 1. 1. 2000, rdb.at).

<sup>79)</sup> OGH 6 Ob 52/97h wobl 1997/96 (*Dirnbacher*).

<sup>80)</sup> So etwa im Fall OGH 5 Ob 44/97z immolex 1997/66 (*Pfiel*); erfolgloser Einwand in 6 Ob 52/97h aaO.