

Mitvermieter und Mitmieter - Streit an mehreren Fronten

Graz, 13. Juni 2019

Alfred Tanczos

1. Das Individuum im schuldrechtlichen Beziehungsgeflecht

In einer nicht auf das Kollektiv, sondern auf das Individuum zugeschnittenen Gesellschaft ist die **stabile Zweierbeziehung** die Idealvorstellung des Zusammenlebens. Tatsächlich leben aber viele von uns über viele Jahre ihres Lebens nicht nur familiär, sondern auch beim Vermieten und beim Mieten nicht in abgegrenzten zweipersonalen Rechtsbeziehungen, sondern in (**serieller**) **Polygamie**. Manche wollen und vereinbaren das, anderen wird es durch (Rechts-)Nachfolgen aufgezwungen. Die immer vielfältiger werdenden **mehrpersonalen Dauerrechtsverhältnisse** von Männern, Frauen und Kindern („patchwork“), von Mitvermietern, Mitmietern und Mituntermietern **unter einem Dach** sollen das Thema der nächsten 45 Minuten sein.

An einem **Recht**, das mehreren Personen **ungeteilt** – zu ideellen Bruchteilen¹ - zukommt, besteht eine **Gemeinschaft**², die keine Rechtspersönlichkeit hat; Träger von Rechten und Pflichten sind die Teilhaber. Die §§ 825 ff ABGB handeln von der Gemeinschaft **des Eigentums** und **anderer dinglicher Rechte**, nicht aber an Dauerschuldverhältnissen. **Analoge** Anwendung finden die §§ 825 ff ABGB aber auf nicht dingliche Gemeinschaften, die über bloße Einzelansprüche hinausgehen³, insbesondere auf das Innenverhältnis von **Mitmietern**⁴ und von Mitvermietern, denen am Bestandobjekt **keine dinglichen Rechte** zustehen. Das können „**Generalmitmieter**“ (Mitmieter eines ganzen Hauses; § 2 Abs 1 letzter Satz MRG) **Mituntervermieter und Mitvermieter fremder Sachen** sein.

Der Mitmieter lebt also in Dauerschuldverhältnissen; mit den übrigen Mitmietern und mit dem Vermieter (oder mehreren Mitvermietern), vielleicht aber auch als Mitvermieter an einen Untermieter (oder an mehrere Mituntermieter). Das fehlende Verfügungsrecht des Mitmieters und des Mit(unter)vermieters über „seinen“ Anteil am Gesamtschuldverhältnis begrenzt die analoge Anwendung des 16. Hauptstücks des ABGB auf das Innenverhältnis von Mitmietern und Mitvermietern.

2. Ein roter Faden durch den Vortrag

Vier zerstrittene Söhne (A, B, C, D) erben zu je einem Viertel nach ihrem Vater ein **Gründerzeithaus** mit drei jeweils 200m² großen Geschoßen und einem Dachboden. Der Vater hat im **Erdgeschoß** ein Gasthaus betrieben. Im **ersten Obergeschoß** hat er in seinen beiden letzten Lebensjahren auf 100m² mit seiner (von den Söhnen ungeliebten)

¹ *EccherRiss* /in KBB⁵, § 361 ABGB Rz 1.

² 7 Ob 134/04g.

³ 9 Ob 517/95.

⁴ RIS-Justiz RS0013160; 5 Ob 135/09b.

Lebensgefährtin gelebt, die restlichen – räumlich abgegrenzten - 100m² hat er unbefristet an den (von seinen Söhnen ebenfalls gehassten) Sohn der Lebensgefährtin und dessen Ehefrau vermietet. Das **zweite Obergeschoß** hat der Vater im Jahr 1983 unbefristet an einen Familienvater vermietet, der mit seiner Ehefrau und zwei gemeinsamen Kindern (damals 2 und 4 Jahre alt) eingezogen und kurz darauf bei einem Verkehrsunfall verstorben ist. Derzeit bewohnt dessen Witwe allein die Wohnung, die beiden Kinder sind nach Kanada ausgewandert. Den nicht ausgebauten **Dachboden** hat der Vater einigen (den Söhnen namentlich nicht bekannten) Modelleisenbahnern für ihr Hobby überlassen; sie haben ihm als „Anerkennung“ monatlich EUR 400.- überwiesen.

- a) A, das schwarze Schaf der Familie, gibt zu üblichen Bedingungen – aber gegen den Willen von B, C und D – das **Erdgeschoß an zwei Pizzabäcker** mit mafiösem Hintergrund **in Bestand**, die darin den Betrieb ihrer Pizzeria bereits mit der normativen Kraft des Faktischen aufgenommen haben.
- b) B, der mit seiner fünfköpfigen Familie als Hauptmieter in einer 75m² großen Wohnung lebt, möchte als Mieter mit seiner Familie **in das erste Obergeschoß ziehen** und einen angemessenen Hauptmietzins zahlen. A, C und D sind damit einverstanden.
- c) Wenige Monate nachdem eine Enkelin zu ihr gezogen war, **verstirbt die im zweiten Obergeschoß lebende Witwe**. B, C und D – aber nicht A, der sich mit der Enkelin angefreundet hat – möchten dieses Geschoß an C vermieten, der es „gewinnbringend“ **an drei Studenten untervermieten** soll.
- d) Ein Immobilienexperte „organisiert“ für die vier Brüder die „**Entwicklung**“ **des Dachbodens durch „gezielte“ Vermietung an eine „Investorengemeinschaft“** mit dem Slogan: „Das Recht muss der Wirtschaft folgen!“ Die Mehrheit dieser Mitmieter des unausgebauten Dachbodens (§ 1 Abs 4 Z 2 MRG) beschließt gegen den Willen der Minderheit dessen Ausbau zu einer Luxuswohnung auf Kosten aller Mitmieter samt Nebenabrede mit den (einhellig zustimmenden) Vermietern: „Alle Investitionen der Mieter in den Dachboden gehen bei Auflösung des Mietvertrages entschädigungslos in das Eigentum der Vermieter über.“

3. Mietverträge mit Miteigentümern

3.1. Mietverträge mit schlichten Miteigentümern

Ein Hauptmietverhältnis mit allen Miteigentümern der Liegenschaft⁵ kommt zustande, wenn der Mietvertrag mit der **(Anteils-)Mehrheit** der Miteigentümer oder dem Minderheitseigentümer, dem durch eine **Benützungsregelung** der physische Besitz und das

⁵ wobl 2006/27

Verfügungsrecht am Mietgegenstand eingeräumt wurde⁶, oder dem Wohnungseigentumsbewerber, der bereits schlichter Miteigentümer der Liegenschaft ist⁷, abgeschlossen wird. Vermietet ein Miteigentümer aufgrund einer Benützungsregelung, begründet er ein Hauptmietverhältnis mit allen Liegenschaftsmiteigentümern, das er daher auch nur „im Namen“ aller Miteigentümer als Inhaber einer „Verwaltungsvollmacht“ kündigen kann⁸; vermietet er aber als Hauptmieter (stehen ihm am Bestandsobjekt also selbst Mietrechte zu), begründet er (als alleiniger Vertragspartner des Untermieters) ein Untermietverhältnis.⁹

Schließt der **Minderheitseigentümer**, der weder durch eine Benützungsregelung noch durch einen eigenen Mietvertrag dazu legitimiert ist, einen Mietvertrag mit einem Dritten ab, begründet er keinen Untermietvertrag, sondern einen – inter partes – gültigen Hauptmietvertrag, den die übrigen Miteigentümer nicht gegen sich gelten lassen müssen. Der den Vertrag schließende Miteigentümer ist aber verpflichtet, dem Mieter die Rechtsstellung eines Hauptmieters gegenüber allen Miteigentümern zu verschaffen.¹⁰

Gemeinsame Vermieter sind Gesamthandgläubiger, die den **Mietzins** nur gemeinsam fordern können. Mietzinse sollen gemäß § 848 ABGB an die gesamte Vermierergemeinschaft zu entrichten sein, weil sie die gemeinschaftlichen Aufwendungen zu bestreiten hat.¹¹

Ein **Miteigentümer** kann **Mieter** der gemeinsamen Sache sein¹², doch im Zweifel liegt nur eine Gebrauchsregelung vor¹³. Wird ein Mitmieter Alleineigentümer der Liegenschaft, bleibt die Rechtsgemeinschaft mit den übrigen Mitmietern aufrecht.¹⁴ Wenn ein Mitbestandnehmer seine „Rechtsstellung durch **Miteigentumserwerb** verstärkt“, bleibt er Mitbestandnehmer.¹⁵

Durch den Tod eines Vertragspartners wird gemäß § 1116a Satz 1 ABGB, § 14 Abs 1 MRG der Bestandvertrag nicht aufgehoben.¹⁶ Die Universalsukzessoren treten ex lege (ohne dass es einer Erklärung bedarf) in den Bestandvertrag ein. Auch Mitmietrechte gehen auf die Erben über und wachsen nicht den anderen Mitmietern zu.¹⁷ Dieser **Grundsatz der Vererblichkeit des Bestandrechts** ist sinngemäß auch auf juristische Personen anzuwenden: Fusionierungen, Änderungen der Rechtsform, selbst die formelle Beendigung

⁶ wobl 2003/13.

⁷ EvBl 1988/57.

⁸ MietSlg 56.238; wobl 2003/13.

⁹ MietSlg 8.608.

¹⁰ MietSlg 54.123.

¹¹ 9 Ob 91/06g.

¹² 1 Ob 530/91; 5 Ob 170/08y.

¹³ 1 Ob 727/81; 5 Ob 73/88.

¹⁴ 1 Ob 530/91; 4 Ob 535/94.

¹⁵ 5 Ob 23/70; 2 Ob 524/87; 4 Ob 535/94.

¹⁶ 6 Ob 55/17g.

¹⁷ MietSlg 42.089.

der Gesellschaft lassen das Bestandverhältnis unberührt, solange noch Aktiven oder Passiven vorhanden sind.¹⁸

Nach dem **Tod des Wohnungsmieters** steht gemäß dem – durch § 14 Abs 1 MRG unberührt gebliebenen¹⁹ - § 1116a ABGB jedem Teil ein **Kündigungsrecht** ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen (Befristung, vereinbarte Kündigungsfristen und Termine) zu. Mietrechte unterliegen wie Alleinmietrechte der **Sonderrechtsnachfolge** gemäß § 14 MRG.²⁰ Durch den Eintritt werden die Erben (sofern sie nicht auch eintrittsberechtigt sind) hinsichtlich des Mietverhältnisses von der Rechtsnachfolge ausgeschlossen.²¹ Sind mehrere Angehörige eintrittsberechtigt, treten sie gemeinsam ein; das Gesetz stellt keine Rangordnung auf.²²

Sofern der **Ehegatte oder eingetragene Partner** nicht rechtmäßig enterbt worden ist, gebühren ihm gemäß § 745 Abs 1 ABGB als **gesetzliches Vorausvermächtnis** das subsidiäre²³ Recht, in der Ehe- oder Partnerschaftswohnung unentgeltlich²⁴ **weiter zu wohnen**, und die zum ehelichen oder partnerschaftlichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind. Dem **Lebensgefährten** des Verstorbenen steht dieses gesetzliche Vermächtnis zu, wenn er mit dem Verstorbenen als dessen Lebensgefährtin zumindest in den **letzten drei Jahren** im gemeinsamen Haushalt gelebt hat und der Verstorbene im Zeitpunkt des Todes weder verheiratet war noch in einer eingetragenen Partnerschaft gelebt hat. Diese Rechte enden für den Lebensgefährten **ein Jahr nach dem Tod** des Verstorbenen.

3.2. Mietverträge mit Wohnungseigentümern und Wohnungseigentumsbewerbern

Der **Wohnungseigentümer** begründet gemäß § 2 Abs 1 MRG ein Hauptmietverhältnis nicht als Repräsentant der übrigen Miteigentümer, sondern im Rahmen seines eigenen Nutzungs- und Verfügungsrechts. Im Fall der nach Wohnungseigentumsbegründung erfolgten Vermietung steht demgemäß der Mieter zu den übrigen Mit- und Wohnungseigentümern in keiner vertraglichen Beziehung.²⁵

Gemäß § 4 Abs 1 WEG geht mit der Begründung von Wohnungseigentum an einem

¹⁸ Würth/Zingher/Kovanyi²³ § 14 MRG Rz 4.

¹⁹ MietSlg 38.305/19.

²⁰ Vgl 1 Ob 530/91.

²¹ Würth/Zingher/Kovanyi²³ § 14 MRG Rz 9.

²² MietSlg 47.383.

²³ 2 Ob 187/06y (nicht, wenn schon ein anderer Wohnrechtstitel gilt).

²⁴ 1 Ob 200/14i (die Betriebs- und Erhaltungskosten hat der Vermächtnisnehmer zu tragen).

²⁵ immolex 2003/167.

vermieteten wohnungseigentumstauglichen Objekt die Vermieterstellung auf den Wohnungseigentümer über. Wenn der außerbücherliche **Erwerber eines Wohnungseigentumsobjekts**, dem dessen Besitz und Verwaltung eingeräumt wurde – sodass seine Stellung jener eines Fruchtnießers ähnelt – einen Hauptmietvertrag über dieses Objekt abschließt, ist der Ersteher in der gegen den bisherigen Wohnungseigentümer geführten Zwangsversteigerung als Rechtsnachfolger des Vermieters gemäß § 2 Abs 1 MRG an diesen Hauptmietvertrag gebunden.²⁶

Schließt der **Wohnungseigentumsbewerber**, der nicht zugleich schlichter Miteigentümer der Liegenschaft ist, über das ihm zugesagte Objekt einen Mietvertrag, wird der Mieter kraft Gesetzes (§ 2 Abs 1 Satz 3 MRG) **Vertragspartner aller Liegenschaftseigentümer**; andernfalls wäre der Mieter bei Verlust des Anwartschaftsrechts des Wohnungseigentumsbewerbers einem Rechtsverlust ausgesetzt.²⁷ Durch Wohnungseigentumsbegründung am Mietgegenstand geht die Rechtsstellung des Vermieters auf den Wohnungseigentümer über.²⁸ Nach Ansicht des OGH haften dem Mieter vor Wohnungseigentumsbegründung für Rückforderungsansprüche aus zu viel bezahlten Mietzinsen²⁹ nach seiner Wahl alle Miteigentümer oder der Wohnungseigentumsbewerber (der gar nicht Vermieter ist), weil ihm alle Miteigentümer „das ausschließliche Nutzungsrecht am zugesagten Objekt einschließlich der hierzu erforderlichen Verwaltungsvollmacht abgetreten“ hätten. *Würth* schlägt zur Lösung dieses Problems eine geringfügige Änderung des § 2 Abs 1 MRG analog zum Mietverhältnis mit dem Mieter oder Pächter eines ganzen Hauses vor.³⁰

4. Schuldrechtliche (Ver-)Mietergemeinschaft³¹

Ein **Gesamtmietverhältnis**, ein mit mehreren Vermietern und/oder Mietern über ein Bestandobjekt ungeteilt bestehendes Mietverhältnis (nicht mehrere konkurrierende Mietverhältnisse)³², kann als solches begründet worden sein (dann wurden die Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis vertraglich festgelegt³³) oder durch **Gesamt- oder**

²⁶ MietSlg 59.226.

²⁷ wobl 2006/27.

²⁸ immolex 2004/25.

²⁹ MietSlg 56.410.

³⁰ wobl 2006/27 (*Würth*).

³¹ Ausführlich zur Mitmiete *Tanczos*, Der Streit um das gemeinsame Mietrecht, wobl 2014, 291 (Teil I), 323 (Teil II).

³² 5 Ob 223/04m.

³³ Bei **vertraglicher Begründung** einer Mitmiete wird dem Schriftlichkeitsgebot des § 29 Abs 1 Z 3 lit a MRG nur dann Genüge getan, wenn der Vertrag von **allen Personen**, die gemeinsam als

Sonderrechtsnachfolge entstehen. Bei Wohnungs-Mitmietern kann eine solche Sonderrechtsnachfolge gemäß § 12 Abs 1 MRG oder § 14 Abs 2 und Abs 3 MRG bewirkt werden, bei Geschäftsraum-Mitmietern durch **gemeinsamen Unternehmenserwerb** gemäß § 12a Abs 1 MRG.³⁴

Die Übertragung der Gesamtheit der wechselseitigen Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf neue (Mit-)Vertragspartner durch einen einheitlichen Akt (Forderungsabtretung und Schuldübernahme) ist – als **Vertragsübernahme** – mit Zustimmung aller Beteiligten zulässig.³⁵ Daher bedarf auch die **vertragliche Übertragung des Mitmietrechts** (die **Auswechslung eines Mitmieters**) der Zustimmung aller Mitmieter.³⁶ Ein Mitmieter kann seine Mietrechte dem anderen Mitmieter nicht nach § 12 Abs 1 MRG „abtreten“; eine derartige Vereinbarung (etwa in einem Scheidungsvergleich) ist ohne Zustimmung des Vermieters nicht wirksam.³⁷

Wird ein Objekt an **mehrere Mieter** mit der „Möglichkeit des Mieterwechsels“ vermietet, ist ein **Auszug eines Mitmieters** als **konkludente Beendigung** des Vertrags mit diesem Mitmieter zu werten. Wenn der Vermieter und die übrigen Mitmieter **im vorhinein vorbehaltlos** einem Mieterwechsel zugestimmt haben, können der ausscheidende und der eintretende Mitmieter **durch empfangsbedürftige Willenserklärung die Vertragsübernahme bewirken**.³⁸ Der Eintritt in den Vertrag erfolgt mit der Bekanntgabe der „Abtretung des Mietrechts“³⁹ an den Vermieter.

Gemeinsame **Erwerber einer Liegenschaft** treten als Einzelrechtsnachfolger des Veräußerers gemäß § 1120 ABGB, § 2 Abs 1 Satz 4 MRG im Wege einer gesetzlichen Vertragsübernahme⁴⁰ als Mitvermieter in das Mietverhältnis⁴¹ ein; dem Eigentumsübergang ist die Begründung des Fruchtgenusses an der Liegenschaft gleichgestellt⁴². Gemeinsame **Fruchtnießer** werden mit Einverleibung ihres Fruchtgenussrechts Mitvermieter, ohne dass es dazu einer Verständigung oder gar Zustimmung des Mieters bedarf.⁴³ Während der Dauer des Fruchtgenussrechts haben die Fruchtnießer – und nicht der/die Eigentümer – sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Bestandverhältnis.⁴⁴ Ein von gemeinsamen Fruchtnießern abgeschlossener Bestandvertrag erlischt nicht mit dem Fruchtgenussrecht; er geht auf

Vertragspartner auftreten, unterfertigt wird (1 Ob 569/94).

³⁴ 4 Ob 1668, 1669/95.

³⁵ RIS-Justiz RS0013181; 1 Ob 196/10w.

³⁶ 1 Ob 196/10w.

³⁷ LGZ Graz 3 R 260/94 MietSlg 47.221.

³⁸ Vgl 8 Ob 349/99 b; MietSlg 52.154; immolex 1997/73.

³⁹ 5 Ob 250/09i.

⁴⁰ 5 Ob 202/09f.

⁴¹ § 1120 ABGB ist auch auf Pachtverträge anwendbar (MietSlg 59.175).

⁴² MietSlg 49.162.

⁴³ 5 Ob 142/17v; immolex 2001/159.

⁴⁴ MietSlg 59.174.

den/die Eigentümer über.⁴⁵ **Ersteher in der Zwangsversteigerung** treten mit der Erteilung des Zuschlages⁴⁶ gemäß § 2 Abs 1 MRG (auch in den Fällen des § 1 Abs 4 MRG) in den Bestandvertrag ein.⁴⁷

5. Gestaltungs- und Abwehrrechte des Einzelnen

Nur die Gesamtheit der Teilhaber kann gemäß § 828 ABGB „über die Sache“ verfügen.⁴⁸ Für Mitmieter gelten die für Miteigentümer zu den §§ 828, 829 ABGB entwickelten Grundsätze sinngemäß: „Kein Teilhaber kann das gemeinsame Schuldverhältnis verändern, wenn dadurch über den Anteil der anderen verfügt würde; wohl aber **können alle zusammen über das gemeinsame Schuldverhältnis verfügen**“.⁴⁹

Jeder Mitmieter⁵⁰ und jeder Mitvermieter⁵¹ hat Rechte an der ganzen Bestandsache, aber **kein selbständiges** Verfügungsrecht über seinen Anteil am Bestandvertrag. Das Ausscheiden eines Teilhabers aus dem Mietverhältnis bedarf daher einer **zumindest konkludenten Allparteieneinigung**.⁵²

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für den **Eintritt in den Mietvertrag im Sinne des § 14 Abs 2 und Abs 3 MRG** für mehrere Personen vor, treten sie gemeinsam als Mitmieter in den Mietvertrag ein.⁵³ Ein **Verzicht auf Mitmietrechte** muss (neben dem Einvernehmen mit den übrigen Mitmietern) gegenüber dem Vermieter **erklärt** und von ihm angenommen werden⁵⁴. Dadurch kommt es zu einer zumindest konkludenten Allparteieneinigung.⁵⁵

Der Mitmieter hat wie der Miteigentümer ein **Abwehrrecht** gegen rechtswidrige Eingriffe Dritter in das gemeinschaftliche Recht.⁵⁶ Zur Abwehr von Ansprüchen des **Vermieters oder Dritter** ist daher **jeder** Mitmieter legitimiert.⁵⁷ So kann der Mitmieter einen ohne seine Zustimmung von einem anderen Mitmieter in die gemeinsamen Räume aufgenommenen

⁴⁵ 5 Ob 142/17v.

⁴⁶ 3 Ob 14/08t; MietSlg 59.177.

⁴⁷ RIS-Justiz RS 0123597; MietSlg 50.264/51.

⁴⁸ RIS-Justiz RS0013212; 8Ob17/74.

⁴⁹ 5 Ob 61/84.

⁵⁰ RIS-Justiz RS0013181; 1 Ob 196/10w.

⁵¹ 6 Ob 177/98 t; 5 Ob 102/01p.

⁵² 5 Ob 101/11f.

⁵³ RIS-Justiz RS0068269.

⁵⁴ 10 Ob 57/98 z.

⁵⁵ 5 Ob 101/11f.

⁵⁶ 5 Ob 63/89; 5 Ob 102/01p.

⁵⁷ MietSlg36.497; immolex 1997/72; 5 Ob 102/01 p.

Dritten auf Räumung klagen.⁵⁸ Allerdings wird in einem zur Wahrung dieser Rechte geführten Räumungsverfahren wegen titelloser Benützung nicht auch das **Recht auf Übergabe** an bloß einen Mitmieter geknüpft. Die Räumung gemäß § 349 EO kann von der Übergabe der geräumten Liegenschaft an den betreibenden Gläubiger nicht getrennt werden. Zur Übernahme des geräumten Objekts sind daher nur alle Mitmieter gemeinsam berechtigt, weshalb **im Antrag auf Übergabe sämtliche Mitmieter zu nennen** sind.⁵⁹

6. Besitz, Benützung und Verwaltung

6.1. Besitz, Innehabung und Gebrauch

Miete ist ein besitzfähiges (zur dauernden Ausübung geeignetes und mit Innehabung an der Sache verbundenes) Recht. Der **Mitmieter** hat Mitrechtsbesitz, aber keinen Sachbesitz.⁶⁰

Jeder Mitmieter kann sich gegen **Eingriffe Dritter** mit Besitzstörungsklage wehren.⁶¹ Der Eingriff eines Dritten in den anteiligen Rechtsbesitz ist auch dann eigenmächtig, wenn die Mehrheit der Teilhaber den Eingriff gestattet hat.⁶²

Im Verhältnis **zwischen den Mitmietern** ist die **Besitzentziehungsklage** zulässig, wenn ein Mitmieter „den Besitz ganz an sich zieht“⁶³, die **Besitzstörungsklage** aber nur bei Zuwiderhandeln gegen eine (faktische) Gebrauchsordnung⁶⁴.

6.2. Vereinbarte und gerichtliche Benützungsregelung

Das Mitmietrecht allein gewährt dem einzelnen Teilhaber kein die übrigen Mitmieter ausschließendes Gebrauchsrecht am Bestandsobjekt. Das Recht zur **ausschließlichen** Benützung (eines Teils) **des gemeinsam gemieteten Objekts** steht einzelnen Teilhabern nur zu, wenn es von allen Teilhabern mit **Benützungsvereinbarung** oder durch den Außerstreitrichter mit **Benützungsregelung** begründet wurde.⁶⁵ Fehlt eine Benützungsvereinbarung, regelt auf Antrag eines Mitmieters der **Außerstreitrichter** die

⁵⁸ 5 Ob 511/90.

⁵⁹ 2 Ob 123/11 v.

⁶⁰ Böhm in Kletecka/Schauer ABGB-ON 1.01 § 833 Rz 6, 8.

⁶¹ Apathy, JBI 1977, 351 f; 1 Ob 80/97i.

⁶² Apathy, JBI 1977, 352.

⁶³ RIS-Justiz RS0013380; 2 Ob 155/08w.

⁶⁴ Böhm in Kletecka/Schauer ABGB-ON 1.01 § 833 Rz 10; LG Klagenfurt 1 R 241/08y.

⁶⁵ 7 Ob 659/79.

Benützung der gemeinsam gemieteten Räume⁶⁶ - bis hin zur Abteilung des Vorraums⁶⁷ oder zur Zuweisung des Alleingebrauchs an einen der Mitmieter (Lebensgefährten⁶⁸).

Mit einer **Benützungsvereinbarung** wird über Anteile der anderen am gemeinsamen Mietvertrag verfügt⁶⁹, daher ist eine Mehrheitsentscheidung ausgeschlossen⁷⁰. Der Abschluss und jede Änderung der Benützungsvereinbarung ist nur **einstimmig** möglich.⁷¹ Anders als bei wichtigen Veränderungen kann der Außerstreitrichter auch **über Antrag der Minderheit** die Benützung der gemeinsam gemieteten Sache gegen den Willen der Mehrheit regeln.⁷²

Eine Benützungsvereinbarung setzt **Verfügbarkeit des Objekts** (der davon betroffenen Teile) voraus⁷³, die bei aufrechter Gebrauchsüberlassung (insbesondere bei Untervermietung) fehlt⁷⁴.

Von einer Benützungsvereinbarung kann man nur sprechen, wenn die Benützungverteilung durch Zuweisung der gemeinsam gemieteten Sache oder **körperlich begrenzter** Teile zur ausschließlichen Benützung durch einen Mitmieter (auch durch mehrere gemeinsam⁷⁵) zumindest für eine bestimmte (längere) **Zeit** - allenfalls mit Entgeltfestsetzung für überproportionale Benützung⁷⁶ - vertraglich geregelt werden⁷⁷. Sie bewirkt die Umgestaltung der gesetzlichen Gebrauchsbefugnisse eines Teilhabers in vertragliche Sondernutzungsrechte an bestimmten Teilen der gemeinsam gemieteten Sache.⁷⁸ Im Zweifel ist eine so weitgehende Bindung nicht anzunehmen⁷⁹, sondern eine **faktische, nicht bindende Gebrauchsregelung**⁸⁰ oder eine bloß prekaristische (jederzeit begründungslos widerrufbare) Benützungsvereinbarung⁸¹.

Eine Benützungsvereinbarung kann insbesondere durch jahrelang unwidersprochene Übung **schlüssig** zustande kommen⁸² und schlüssig geändert werden⁸³. Im **bloßen**

⁶⁶ 4 Ob 537/95 SZ 68/169; 5 Ob 135/09b.

⁶⁷ MietSlg 19.046; 29.085

⁶⁸ LGZ Wien 42 R 315/12b EF-Z 2013/18 [Gitschthaler]; Böhm in Kletecka/Schauer ABGB-ON 1.01 § 828 Rz 40.

⁶⁹ Sailer in KBB⁵ § 834 ABGB Rz 7; Tanczos/Eliskases in Rummel/Lukas⁴ § 834 ABGB Rz 3.

⁷⁰ 4 Ob 2024/96t; 7 Ob 2406/96s.

⁷¹ 5 Ob 20/01d; 5 Ob 156/02f; 155/08w; aber Beschluss vorläufiger Benützungsregelung nach § 17 Abs 2 WEG mit Mehrheit von zwei Dritteln der Anteile.

⁷² Analog 2 Ob 165/64; 1 Ob 81/70; ebenso § 17 Abs 2 WEG.

⁷³ 1 Ob 177/75; 3 Ob 51/03a.

⁷⁴ 5 Ob 531/95; 10 Ob 25/06h; 8 Ob 17/07v.

⁷⁵ 3 Ob 29/04t.

⁷⁶ 5 Ob 4/05g; 7 Ob 659/79.

⁷⁷ 1 Ob 727/81; 10 Ob 1515/96; 3 Ob 29/04t; 7 Ob 140/09b.

⁷⁸ 5 Ob 3/95; 5 Ob 174/02b; vgl. 5 Ob 25/13g.

⁷⁹ 2 Ob 111/55; 1 Ob 177/75; 5 Ob 57/85; 4 Ob 537/91; 6 Ob 52/00s; 4Ob196/11v (nicht einmal die Bezeichnung des Entgelts als Miete reicht aus).

⁸⁰ 7 Ob 140/09b.

⁸¹ 4 Ob 537/91.

⁸² RIS-Justiz RS0013638; 3 Ob 620/89; 1 Ob 2108/96y.

⁸³ 3 Ob 620/89; 2 Ob 155/08w.

Verlassen der gemeinsam gemieteten (Ehe)Wohnung und dem Unterlassen weiterer Mietzinszahlungen liegt jedoch keine schlüssige Benützungsvereinbarung in dem Sinn, dass der zurückbleibende (Ehe)Partner die Wohnung allein nutzen darf.⁸⁴

Unabdingbare einseitige Auflösbarkeit aus wichtigem Grund:⁸⁵ Die Benützungsvereinbarung begründet ein Dauerrechtsverhältnis, das jeder Teilhaber aus wichtigen Gründen durch formlose Erklärung vorzeitig auflösen kann.⁸⁶ Im Zweifel ist schon der Antrag an den Außerstreitrichter auf Benützungs**regelung** eine außerordentliche Kündigung der Benützungs**vereinbarung**.⁸⁷ Mit der Aufhebung der Gemeinschaft – mit dem „Vollzug der Teilung“⁸⁸ - verliert die Benützungsvereinbarung ihre Wirksamkeit.⁸⁹

6.3. Inhalt der Benützungsregelung

In welchem Umfang ein Mitmieter die gemeinsam gemietete Sache benützen darf, richtet sich nach der **Vereinbarung** oder nach dem richterlichen **Regelungsbeschluss**.⁹⁰ Mangels gegenteiliger Vereinbarung⁹¹ oder Beschränkung durch den Außerstreitrichter⁹² soll die Benützungsbefugnis „**der Ausübung nach übertragbar**“ sein⁹³, sodass der Mitmieter (auch der Minderheitsmitmieter) aufgrund einer solchen Vorwegzustimmung⁹⁴ der Übrigen berechtigt ist, über die zur ausschließlichen Benützung überlassenen Teile der gemeinsam gemieteten Sache **Untermietverträge** abzuschließen⁹⁵, durch die ein Vertrag mit allen Mitmietern zustande kommt, dessen Erträge aber dem abschließenden Mitmieter zukommen⁹⁶.

Ohne Benützungsvereinbarung oder Benützungsregelung ist eine **Aufnahme Dritter oder eine Untervermietung** nur mit Zustimmung aller Mitmieter wirksam möglich; sonst steht den nicht Zustimmenden die Räumungsklage offen.⁹⁷ Auch bei Aufnahme Dritter aufgrund einer Benützungsregelung ist im Einzelfall zu prüfen, ob durch die Aufnahme Interessen der anderen verletzt werden; insbesondere bei gemeinsamer Benützung der Nebenräume.⁹⁸ Dies gilt nicht, wenn durch eine Benützungsregelung ein genau abgegrenzter Teil der

⁸⁴ analog 4 Ob 537/91.

⁸⁵ 5 Ob 246/09a.

⁸⁶ 5 Ob 719/79; 5 Ob 1026/92; 5 Ob 44/97z; 6 Ob 19/07y.

⁸⁷ 10 Ob 1515/96; 6 Ob 19/07y.

⁸⁸ 5 Ob 23/00v.

⁸⁹ analog 3 Ob 33/90; 5 Ob 23/00v.

⁹⁰ 5 Ob 135/09b.

⁹¹ Analog RIS-Justiz RS0000713; 6 Ob 647/76.

⁹² 6 Ob 646/78; LGZ Wien 42 R 362/78 Miet 30.024.

⁹³ zu Recht krit *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 828 Rz 48.

⁹⁴ *Böhm* aaO: „Anvertrauen von Verwaltung“.

⁹⁵ analog 1 Ob 168/50; 8 Ob 153/69; 2 Ob 520/95; 4 Ob 2024/96t.

⁹⁶ Analog 5 Ob 200/10p.

⁹⁷ Analog 5 Ob 511/90; 6Ob119/04z.

⁹⁸ *Würth* in *Rummel* I³ § 1090 ABGB Rz 20.

Wohnung zur uneingeschränkten Benutzung überlassen wurde.⁹⁹ Solange durch Besucher das Mitbenützungsrecht eines Mitmieters nicht unzumutbar beeinträchtigt wird, kann dieser Mitmieter einem anderen Mitmieter nicht den **Empfang von Besuchern** untersagen.¹⁰⁰

6.4. Weitergabe der Benützungsregelung

Benützungsvereinbarungen gehen auf **Gesamtrechtsnachfolger**¹⁰¹ über, auf **Einzelrechtsnachfolger** (eine Anmerkung im Grundbuch gemäß § 828 Abs 2 ABGB kommt nur bei Teilhabern einer **unbeweglichen Sache** in Betracht) nur bei ausdrücklicher Überbindung (Vertragsübernahme¹⁰²) oder stillschweigender Unterwerfung¹⁰³. Ein Eintritt in eine Benützungsvereinbarung, ohne Mitmieter zu werden, ist unmöglich, weil die Benützungsbefugnis (abgesehen von der Gebrauchsüberlassung durch Untervermietung) nicht von der Mitmieterstellung getrennt werden kann.¹⁰⁴

Bei Gesamtrechtsnachfolge bleiben alle Mitmieter gegenüber dem Eintretenden gebunden, es sei denn, die Benützungsregelung wäre („**höchstpersönlich**“) auf die derzeitigen Mitmieter¹⁰⁵ oder auf Lebenszeit der Vertragsteile¹⁰⁶ eingeschränkt worden. Die bisherigen (nicht wechselnden) Mitmieter bleiben untereinander gebunden, sie könnten (bei analoger Anwendung des 16. ABGB-Hauptstücks) die Vereinbarung nur analog § 1116 ABGB auflösen.¹⁰⁷

⁹⁹ MietSlg 19.046; vgl dazu 5 Ob 652/77.

¹⁰⁰ Würth in Rummel I³ § 1090 ABGB Rz 20; 8 Ob 17/74 (Durchsetzung dieses Rechts gegen den Besucher empfangenden Mitmieter, nicht gegen Besucher).

¹⁰¹ 5 Ob 20/01d; 2 Ob 155/08w; 10 Ob 21/11b; 9 Ob 47/11v.

¹⁰² 5 Ob 20/01d; 2 Ob 155/08w; 1 Ob 1649/95.

¹⁰³ 1 Ob 727/8; 5 Ob 11/85; 2 Ob 520/95; 5 Ob 47/97s; 5 Ob 20/01d; 2 Ob 155/08w [bloße Kenntnis reicht nicht].

¹⁰⁴ analog 5 Ob 102/09z.

¹⁰⁵ analog 10 Ob 512/94; 1 Ob 1649/95.

¹⁰⁶ 7 Ob 2406/96s; Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek ABGB⁵ § 834 Rz 24.

¹⁰⁷ 5 Ob 1592/93; 4 Ob 62/97i; 5 Ob 246/09a; 10 Ob 21/11b; zutr aA Böhm in Kletecka/Schauer ABGB-ON 1.01 § 828 Rz 44, der aus dem **Einstimmigkeitsprinzip** Erlöschen der gesamten Vereinbarung ableitet.

7. Der Wille der Mehrheit und seine Durchsetzung

7.1. Ordentliche Verwaltung

7.1.1. Anteilsmehrheit

Nur die **Mehrheit** kann gemäß § 833 ABGB die Durchsetzung der **Erhaltung** des gemeinsamen Mietvertrages erwirken.¹⁰⁸ Verstöße der Mehrheit gegen bekannte schutzwürdige Interessen der Minderheit im Rahmen der ordentlichen Verwaltung gelten als außerordentliche Verwaltungsmaßnahmen.¹⁰⁹ Bei **Stimmengleichheit** hat der Richter — analog § 835 Satz 2 ABGB — auch in Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung zu entscheiden, ob die von der Hälfte beabsichtigte Maßnahme genehmigt wird; bis dahin hat die Maßnahme zu unterbleiben.¹¹⁰ Die Auferlegung einer Sicherheit analog § 835 ABGB ist nicht möglich, weil eine ordentliche Verwaltungsmaßnahme vorliegt.¹¹¹

Eine Einberufung einer Mit(ver)mieter**versammlung**¹¹² mit formeller Beratung und Abstimmung ist — mangels Formvorschriften¹¹³— anders als im WEG (§§ 24 f) - nicht erforderlich¹¹⁴; auch Abstimmungen im **Umlaufweg** (vgl § 24 Abs 1 WEG) kommen in Betracht¹¹⁵. Die Zustimmung kann auch konkludent erklärt werden.¹¹⁶

7.1.2. Recht auf Gehör

Das **Argument eines einzigen** Teilhabers kann zum Meinungsumschwung und zum Kippen der Mehrheitsverhältnisse führen.¹¹⁷ Jeder Teilhaber - auch der letzte¹¹⁸ - muss daher so rechtzeitig und insbesondere im Umlaufweg so detailliert¹¹⁹ über die geplante Verwaltungsmaßnahme informiert werden, dass er die **Meinungs- und Willensbildung** in der Gemeinschaft (in der Versammlung oder im Umlauf) noch **beeinflussen** kann¹²⁰. Im Voraus ist das Teilnahme- und Abstimmungsrecht auch bei „reiner ABGB-Gemeinschaft“ nicht abdingbar.¹²¹

¹⁰⁸ LGZ Wien 40 R 378/01 m MietSlg 54.368.

¹⁰⁹ 5 Ob 102/01p; 2 Ob 244/07g; vgl § 30 Abs 2 WEG.

¹¹⁰ 7 Ob 5/04t; 5 Ob 8/09a; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek ABGB*⁵ § 833 Rz 35; für nachträgliche Genehmigung schon vollzogener Maßnahmen 8 Ob 551/87.

¹¹¹ RIS-Justiz RS00134136 Ob 281/65; 3 Ob 583/84.

¹¹² Rv II 116/20 SZ 2/44; LGZ Wien 45 R 279/81 MietSlg 33.070.

¹¹³ 5 Ob 17/77; RIS-Justiz RS0013383.

¹¹⁴ 5 Ob 656/82; 5 Ob 4/83.

¹¹⁵ *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek ABGB*⁵ § 833 Rz 31 mwN; 9 Ob A 160/89.

¹¹⁶ 9 Ob 331/97k; RIS-Justiz RS0016507.

¹¹⁷ 8 Ob 41/13g; 4 Ob 229/07s.

¹¹⁸ 5 Ob 164/07i; 5 Ob 93/08z.

¹¹⁹ 3 Ob 144/08k.

¹²⁰ 1 Ob 267/02z; 3 Ob 144/08k.

¹²¹ *Gamerith* in *Rummel* I³ § 833 ABGB Rz 10; vgl § 24 Abs 7 WEG.

Welche Rechtsfolgen die **Verletzung des Rechts auf Gehör** nach sich zieht, ist umstritten: Der OGH vertrat zu 5 Ob 1/85 und 6 Ob 544/86 die Auffassung, dass dann die Beschlussfassung rechtsunwirksam ist, aber er ließ offen, ob das auch im Außenverhältnis zu Dritten gilt. *Gamerith*¹²² begründet die Wirksamkeit von Verträgen mit Dritten trotz unterlassender Anhörung von Teilhabern mit „Verkehrsschutz“, wenn der Dritte von den internen Mängeln der Willensbildung ohne Verschulden keine Kenntnis hatte. *Böhm*¹²³ verbindet mit der Verletzung des Rechts der Minderheit auf Gehör nur die Unwirksamkeit im Innenverhältnis. Zu 5 Ob 22/83 und 3 Ob 160/00a machte der OGH Sanktionen davon abhängig, ob die Abstimmung bei Anhörung der Teilhaber zum selben Ergebnis geführt hätte: Die Mehrheit könne ja nach Anhörung der Minderheit den gleichen Beschluss fassen¹²⁴.

Mein Standpunkt¹²⁵: Wegen der analogiefähigen Grundgedanken des § 24 Abs 1 und Abs 6 WEG ist der ohne Anhörung der Minderheit gefasste Mehrheitsbeschluss (sein „Rechtsschein“¹²⁶) auch bei Mit(ver)mietergemeinschaften für die Übergangenen nicht bindend (insoweit „unwirksam“¹²⁷); die Mehrheit kann dennoch im Bereich ordentlicher Verwaltung ihren (anfechtbaren oder angefochtenen) **Beschluss zunächst durchsetzen**, woraus sich seine Außenwirksamkeit ergibt¹²⁸. Der Bestand des Beschlusses ist aber **auflösend bedingt**, weil die erfolgreiche „Anfechtung“ durch die Minderheit im Außerstreitverfahren (§ 838a ABGB) - gerichtet auf Feststellung seiner Unwirksamkeit oder Unterlassung seiner Umsetzung¹²⁹ – seine Wirksamkeit rückwirkend beseitigt. **Endgültige Wirksamkeit** tritt durch (mindestens konkludente) nachträgliche Zustimmung¹³⁰, Verzicht auf die Anfechtung sowie längeres (Fristbeginn und Fristdauer analog § 24 Abs 5 u Abs 6 WEG?) Nichtgeltendmachen des Mangels ein.¹³¹ Ein Dritter kann sich daher auf die Unterlassung der Anhörung der Minderheit nicht berufen.¹³²

¹²² in *Rummel* I³ § 833 ABGB Rz 10 mwN.

¹²³ in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 833 Rz 16

¹²⁴ dagegen *Thöni*, JBI 1992, 8 ff; *Niedermayer*, wobl 1993, 375; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimmann/Kodek* ABGB⁵ § 833 Rz 34 u 40.

¹²⁵ *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 833 ABGB Rz 18.

¹²⁶ 5 Ob 69/04i.

¹²⁷ 5 Ob 57/09g.

¹²⁸ vgl 5 Ob 265/04p; 5 Ob 228/09d.

¹²⁹ vgl *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 833 Rz 18.

¹³⁰ 1 Ob 259/03z.

¹³¹ 5 Ob 69/04i; 5 Ob 228/09d; offenbar aA *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 833 Rz 16.

¹³² *Gamerith* in *Rummel* I³ Rz 10 mwN.

7.2. Wichtige Veränderung

Beispiel 1: Ein **Antrag auf Anerkennung als Hauptmieter** gemäß §§ 2 Abs 3, 37 Abs 1 Z 1 MRG muss im Fall zweier oder mehrerer Mitmieter von **allen Mitmietern** getragen sein¹³³; bei fehlender Willensübereinstimmung aller Mitmieter ist es erforderlich, die Entscheidung des (allgemeinen) Außerstreitrichters einzuholen.¹³⁴

Beispiel 2: Die Mehrheit der Mitmieter eines unausgebauten Dachbodens (§ 1 Abs 4 Z 2 MRG) beschließt gegen den Willen der Minderheit dessen Ausbau zu einer Luxuswohnung auf Kosten aller Mitmieter samt Nebenabrede mit dem (zustimmenden) Vermieter: „Alle Investitionen der Mieter in den Dachboden gehen bei Auflösung des Mietvertrages entschädigungslos in das Eigentum des Vermieters über.“

Wichtige Veränderungen sind **außerordentliche Verwaltungsmaßnahmen** zur Erhaltung oder besseren Benützung der Hauptsache, die über die ordentliche Verwaltung (§ 833 Satz 2 ABGB) hinausgehen - außergewöhnliche Geschäfte, schwer wiegende faktische Eingriffe und wesentliche Änderungen des wirtschaftlichen Zwecks.¹³⁵ Wenn sie nicht einstimmig beschlossen werden (also schon bei Widerspruch eines einzigen Teilhabers gegen den Mehrheitsbeschluss) kann zur Umsetzung der beschlossenen Maßnahme nur der Außerstreitrichter - als letzte Möglichkeit der Entscheidungsfindung¹³⁶ - die mangelnde Einstimmigkeit ersetzen¹³⁷. Der **Mehrheitsbeschluss** ist bei Widerspruch auch nur eines Teilhabers vorläufig unvollziehbar („**sistiert**“).¹³⁸ Die Mehrheit muss, falls sie wichtige **Veränderungen gegen den Willen der Minderheit** durchführen will, die Zustimmung des Richters im Verfahren außer Streitsachen erwirken.¹³⁹

*Böhm*¹⁴⁰ tritt auf Basis von „Langzeiterfahrungen mit der Psychologie des Minderheitenverhaltens“ für die Vollziehbarkeit des Mehrheitsbeschlusses gegen die passive Minderheit ein. Ob der Mehrheitsbeschluss vollzogen werden kann, wenn die Minderheit binnen angemessener Frist keine Sicherstellung begehrt oder wenn die Mehrheit der Minderheit die begehrte Sicherstellung gewährt¹⁴¹, ist strittig¹⁴².

¹³³ 5 Ob 108/98 p.

¹³⁴ LGZ Wien 40 R 378/01m MietSlg 54.368.

¹³⁵ *Sailer* in KBB⁵ § 834 ABGB Rz 1.

¹³⁶ *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek* ABGB⁵ § 834 Rz 34.

¹³⁷ 5 Ob 640/78; 4 Ob 2229/96i; 5 Ob 230/99f; 1 Ob 267/02z; 3 Ob 144/08k.

¹³⁸ 1 Ob 768/81; 3 Ob 71/86; 3 Ob 144/08k; aA *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 §§ 834, 835 Rz 18, 20, der der Minderheit *sofort* die Anrufung des Außerstreitrichters zur Untersagung des Vollzugs zubilligt.

¹³⁹ 7 Ob 729/77; 4 Ob 2024/96t; 5 Ob 2330/96z; 3 Ob 144/08k; anders nach § 29 WEG (VwGH 97/05/0214 immolex 1998/86, 150 [*Call*]).

¹⁴⁰ in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 §§ 834, 835 Rz 3, 18 f mwN.

¹⁴¹ dafür *Hoyer*, wobl 1991, 157; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek* ABGB⁵ § 834 Rz 36; *Sailer* in KBB⁵ § 834 Rz 2; *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 §§ 834, 835 Rz 22.

¹⁴² für generelle Unvollziehbarkeit anscheinend 6 Ob 205/59; 1 Ob 11/93.

Der Minderheit (den "Überstimmten") muss vor der Beschlussfassung **Gelegenheit zur Äußerung** gegeben werden.¹⁴³ Diese Beteiligung an der Meinungs- und Willensbildung kann durch eine spätere richterliche Prüfung der von der Mehrheit eigenmächtig vorgenommenen wichtigen Veränderung nicht ersetzt werden.¹⁴⁴ Allen Beteiligten ist das Abstimmungsergebnis mitzuteilen, damit die Überstimmten Sicherstellung begehren können und bei Stimmgleichheit der Außerstreitrichter angerufen werden kann.¹⁴⁵ Die Entscheidung des Außerstreitrichters (§ 835 ABGB) kann erst **nach einem gültigen Mehrheitsbeschluss** (oder bei Stimmgleichheit) beantragt werden.¹⁴⁶ Liegt der Beschluss vor, ist **jeder einzelne Teilhaber zur Antragstellung berechtigt**¹⁴⁷, weil jeder an der Beendigung des Schwebezustands interessiert ist.¹⁴⁸

Die unterlassene Beiziehung der Minderheit macht bei wichtigen Veränderungen den von der Mehrheit mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrag ungültig¹⁴⁹, weil der Mehrheitsbeschluss schon im Innenverhältnis nicht unbedingt bindet und sich die Vertretungsmacht der Mehrheit nicht auf wichtige Veränderungen erstreckt (§ 833 ABGB). **Unter Umgehung der Minderheit durchgeführte wichtige Veränderungen sind daher „ungültig“.**¹⁵⁰ Würde der ohne Anhörung der Minderheit oder gegen deren Einspruch geschlossene Vertrag vor Einholung der Entscheidung des Außerstreitrichters wirken, wäre der Schutz der Minderheit auf bloße Schadenersatzansprüche beschränkt und damit weitgehend ausgehöhlt.¹⁵¹ Der Dritte bleibt bis zur Entscheidung des Gerichts gegenüber der Minderheit titellos¹⁵², aber wie bei einem hinkenden Vertrag (§ 865 Satz 3 ABGB) gebunden.¹⁵³

Die Minderheit kann zur **Abwehr von der Mehrheit eigenmächtig vorgenommener Veränderungen** den Rechtsweg beschreiten.¹⁵⁴ Setzt die Mehrheit die bestrittene Maßnahme vor Entscheidung des Gerichts in Vollzug, kann sie schadenersatzpflichtig werden.¹⁵⁵ **Die Minderheit kann** bei Verweigerung der Sicherheitsleistung auch **austreten**¹⁵⁶, also gemäß § 830 ABGB die Aufhebung der Gemeinschaft selbst ohne Rücksicht auf eine eingegangene Fortsetzungsverpflichtung verlangen¹⁵⁷.

¹⁴³ Ob VI 5/24 SZ 6/83; 4 Ob 2024/96t.

¹⁴⁴ 1 Ob 267/02z; vgl 4 Ob 229/07s.

¹⁴⁵ *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 834 ABGB Rz 12.

¹⁴⁶ 5 Ob 150/92; 7 Ob 5/04t.

¹⁴⁷ 5 Ob 150/92; 5 Ob 2435/96s.

¹⁴⁸ *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 834 ABGB Rz 12.

¹⁴⁹ 7 Ob 144/66; 8 Ob 160/70; 3 Ob 71/86; 3 Ob 144/08k.

¹⁵⁰ 2 Ob 523/89; 1 Ob 11/93; 3 Ob 144/08k; 8 Ob 41/13g.

¹⁵¹ 7 Ob 144/66; 3 Ob 71/86.

¹⁵² 3 Ob 71/86 SZ 59/203; 2 Ob 523/89; 2 Ob 603/94.

¹⁵³ *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 834 ABGB Rz 13.

¹⁵⁴ 3 Ob 144/08k.

¹⁵⁵ 1 Ob 47/64; 7 Ob 113/98p.

¹⁵⁶ 1 Ob 11/93.

¹⁵⁷ *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 834 ABGB Rz 17.

7.3. Untervermietung durch Minderheits- oder Hälftemitmieter

Es ist rechtlich möglich, dass ein **Mithauptmieter mit dem anderen Mithauptmieter einen Untermietvertrag über einen Teil der gemeinsam gemieteten Wohnung abschließt**. Dieses Untermietverhältnis beruht auf den Hauptmietrechten des untervermietenden Mithauptmieters. Dem **Mithauptmieter und Untermieter** steht gegen den Hauptvermieter ein Recht auf Benützung der ganzen Wohnung als Hauptmieter und zugleich ein vom Hauptmietrecht des anderen abgeleitetes Recht auf den untergemieteten Teil der Wohnung zu.¹⁵⁸

7.3.1. Eigenmächtige Untervermietung

Der vom Minderheits- oder Hälftemitmieter — ohne Vollmacht der übrigen — abgeschlossene Untermietvertrag bindet die übrigen nicht¹⁵⁹, sie können den Untermieter daher auf Räumung klagen¹⁶⁰. Der vermietende Mitmieter bleibt — wie beim Verkauf einer (auch nur teilweise) fremden Sache — an den Vertrag gebunden¹⁶¹; er hat dem Untermieter die zugesicherte Rechtsstellung zu verschaffen¹⁶². Dieser Mietvertrag bindet die übrigen Teilhaber aber nur, wenn sie ihm nachträglich (ausdrücklich oder konkludent) zustimmen.¹⁶³ Kann der den Untermietvertrag abschließende Mitmieter deren Zustimmung dem Vertragspartner nicht verschaffen, haftet er für den Vertrauensschaden.¹⁶⁴

7.3.2. Durch Benützungsregelung legitimierter Mitmieter

Wurde einem Mitmieter der physische Besitz (eines Teils) der gemeinsam gemieteten Liegenschaft durch vertragliche oder richterliche Benützungsregelung allein überlassen, so liegt darin (im Zweifel) auch eine **Verwaltungsvollmacht zur Untervermietung** dieses Teils im Namen aller Teilhaber, jedoch auf eigene Rechnung.¹⁶⁵ Ein solches Untermietverhältnis kann der vermietende Mitmieter ohne Zustimmung der anderen und ohne Genehmigung des Außerstreitrichters aufkündigen.¹⁶⁶

¹⁵⁸ 7 Ob 216/12 h; RIS-Justiz RS0015064.

¹⁵⁹ analog 1 Ob 67/72; 3 Ob 560/87; 1 Ob 650/92.

¹⁶⁰ analog 4 Ob 8/04m; 6 Ob 119/04z.

¹⁶¹ 2 Ob 263/53; 1 Ob 650/92; 10 Ob 2190/96y.

¹⁶² 10 Ob 2190/96y; 1 Ob 187/02k.

¹⁶³ 1 Ob 220/05t.

¹⁶⁴ *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 833 ABGB Rz 22.

¹⁶⁵ analog 8 Ob 153/69; 2 Ob 520/95; 6 Ob 52/97h; 1 Ob 126/98f; 8 Ob 131/02a; 8 Ob 59/04s.

¹⁶⁶ analog 8 Ob 161/63; 7 Ob 55/69; 8 Ob 131/02a.

8. Mit(ver)mieter vor Gericht

8.1. Einheitliche Streitpartei im Zivilprozess

Mitmieter können nur gemeinsam auf **Räumung** geklagt werden: Ein Mitmieter kann nicht dem Vermieter das geräumte Objekt übergeben, solange andere Mitmieter weiterhin ein Benützungsrecht daran haben.¹⁶⁷ Die zur Vertragsauflösung mit mehreren Mitmietern notwendigen Handlungen müssen aber nicht gleichzeitig erfolgen.¹⁶⁸ Den **Mietzins** schulden Mitmieter solidarisch, so dass die Mietzinsklage keine einheitliche Streitpartei begründet.¹⁶⁹ Eine **Mahnung** setzt bei Mitmietern voraus, dass sie allen zukommt. Wenn die gemeinsam mit einer Räumungsklage eingebrachte Zahlungsklage nur an einen Mitmieter zugestellt werden konnte, ändert dies am Fehlen einer Mahnung (§ 1118 Fall 2 ABGB) gegenüber dem anderen Mitmieter, dem nicht zugestellt werden konnte, nichts: Die Räumungsklage ist abzuweisen, wenn im Zeitpunkt der Zustellung der Klage an den anderen Mitmieter die Rückstände bereits bezahlt waren.¹⁷⁰

Auch im **Bestandverfahren** gemäß §§ 560 ff ZPO bilden Mitmieter eine einheitliche Streitpartei im Sinne des § 14 ZPO.¹⁷¹ Die von einem Mitmieter erhobenen **Einwendungen** wirken daher zugunsten der anderen Mitmieter.¹⁷² Setzt ein Mitmieter (oder ein Mitbewohner) einen der **Kündigungsgründe** des erheblich nachteiligen Gebrauchs (§ 30 Abs 2 Z 3 MRG) wirkt der Kündigungsgrund gegen alle Mitmieter, während auf „mangelndem Schutzbedürfnis“¹⁷³ (Weitergabe, Tod¹⁷⁴, Wegfall des Bedarfs) beruhende Kündigungsgründe bei allen Mitmietern verwirklicht sein müssen. Der **Tod eines Mitmieters** kann deshalb nur dann zur Kündigung gemäß § 30 Abs 2 Z 5 MRG führen, wenn gegen die anderen Mitmietern ebenfalls (**andere**) **Kündigungsgründe** vorliegen.¹⁷⁵

Gemeinsame Vermieter sind Gesamthandgläubiger des Mietzinses. Sie können Mietzinszahlungen nur gemeinsam fordern, weil es sich um Forderungen handelt, die gemäß § 848 Satz 3 ABGB an die ganze Gemeinschaft zu entrichten sind¹⁷⁶; es sei denn, dass ein Miteigentümer die Liegenschaft verwaltet. Dann ist der Mietzins an ihn abzuführen, weil er bei Einforderung des Mietzinses als Machthaber der übrigen handelt.¹⁷⁷

¹⁶⁷ wobl 1998/221, 1996/30; MietSlg 45.613.

¹⁶⁸ 5 Ob 279/04x.

¹⁶⁹ 3 Ob 159/05m; 9 Ob 36/05t.

¹⁷⁰ 8 Ob 32/11 f.

¹⁷¹ MietSlg 57.061, 53.646; wobl 2000/28.

¹⁷² SZ 24/76; *Palten*, Bestandverfahren, 99 f.

¹⁷³ *T.Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch* § 30 MRG Rz 7; MietSlg 43.262.

¹⁷⁴ MietSlg 43.262, 50.048.

¹⁷⁵ 4 Ob 336/98 k; 4 Ob 171/98 w; 8 Ob 349/99 b; 1 Ob 114/00 x.

¹⁷⁶ 9 Ob 91/06 g.

¹⁷⁷ 6 Ob 32/11 s.

Wenn Mitmieter eine gemäß § 27 MRG **verbotene Ablöse** zurückfordern, wird während des **aufrechten** Mietverhältnisses trotz Teilbarkeit der Leistung gemäß §§ 848 Satz 3, 890 ABGB eine **Gesamthandforderung** angenommen. **Nach Aufhebung der Mitmietergemeinschaft** werden daraus selbstständige Teilforderungen der ehemaligen Mitmieter.¹⁷⁸

8.2. Außerstreitverfahren um Benützung und Verwaltung (§ 838a ABGB)

In das allgemeine **Außerstreitverfahren** – nicht in das besondere Außerstreitverfahren gemäß §§ 37 ff MRG - gehören unmittelbar aus der Verwaltung und „Benützung“ des gemeinsamen Mietrechts resultierende Auseinandersetzungen zwischen Mitmietern, insbesondere

- ob eine geplante Maßnahme ordentliche oder außerordentliche Verwaltung ist, ob darüber ein wirksamer (Mehrheits-) Beschluss zustande kam¹⁷⁹; und ob der Richter Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung bei **Stimmengleichheit** und den von der Mehrheit beschlossenen **wichtigen Veränderungen** zustimmt¹⁸⁰;

- über die (Mit-)Benützung der gemeinsam gemieteten Sache¹⁸¹, insbesondere die rechtsgestaltende **Regelung der Benützung** (§ 835 ABGB) auf Antrag jedes Teilhabers¹⁸²; insbesondere die Regelung der Benützung einer Wohnung durch mehrere Mitmieter¹⁸³;

- Durchsetzung von **Ansprüchen aus Benützungsvereinbarungen und Benützungsregelungen**¹⁸⁴ einschließlich **Festsetzung eines Benützungsentgelts** (§ 835 ABGB)¹⁸⁵;

- über die nur auf das Mietrecht – und nicht auf einen weiteren Rechtsgrund - gestützte **Duldung des Zutritts zum Objekt** samt Aushändigung von Schlüsseln¹⁸⁶;

- über **Rechnungslegung und Verteilung** der gemeinschaftlichen Nutzungen und

¹⁷⁸ 3 Ob 591/90.

¹⁷⁹ *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 838a Rz 8.

¹⁸⁰ 1 Ob 564/76; 5 Ob 545/95; 3 Ob 144/08k; 5 Ob 8/09a.

¹⁸¹ analog 6 Ob 233/10y.

¹⁸² analog 4 Ob 2227/96w; 9 Ob 336/98x.

¹⁸³ LGZ Wien 41 R 1054/94 MietSlg 47.071; 5 Ob 135/09b; *Würth* in *Rummel* I³ § 1090 Rz 20; vgl 6 Ob 233/10y.

¹⁸⁴ 9 Ob 7/12p; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek* ABGB⁵ § 835 Rz 34 (sofern die Benützungsvereinbarung oder die Benützungsregelung keinen Leistungsbefehl enthält) und *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 828 Rz 52, § 838a Rz 9.

¹⁸⁵ 1 Ob 145/73; 1 Ob 666/78.

¹⁸⁶ RIS-Justiz RS0128260; 2 Ob 71/12y.

Lasten¹⁸⁷ gegen den verwaltenden Mitmieter¹⁸⁸, weil ein **verwaltender Mitmieter** in aller Regel auch im Mietverhältnis wurzelnde Eigeninteressen vertritt¹⁸⁹, selbst wenn er für die übrigen in Vorlage trat¹⁹⁰.

Auch im Außerstreitverfahren liegt eine einheitliche Streitpartei vor, wenn wegen Nichterfassung aller Beteiligten die **Gefahr unlösbarer Verwicklungen durch divergierende Einzelentscheidungen** droht. An allen auf **Rechtsgestaltung** gerichteten Außerstreitverfahren müssen **alle Teilhaber beteiligt** sein.¹⁹¹ Sie bilden eine **einheitliche Streitpartei**, weil es sich um ein den Parteien gemeinschaftliches Verhältnis handelt, das nur gegen alle Teilhaber gleich festgestellt werden kann.¹⁹²

Umstritten ist der Rechtsweg für die **Durchsetzung von Mehrheitsbeschlüssen** in Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung, insbesondere wenn die überstimmte Minderheit – etwa durch Abgabe von Willenserklärungen – mitwirken muss.¹⁹³ Das Unterlassungsbegehren der Minderheit gegen die Durchführung einer mehrheitlich beschlossenen Maßnahme, das sich auf die Behauptung fehlerhafter Willensbildung stützt (weil keine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung vorliege), ist im außerstreitigen Verfahren zu erledigen.¹⁹⁴

Im **streitigen** Verfahren bleiben Ansprüche zwischen Mitmietern, die **nicht nur** auf das gemeinsame Mietrecht, sondern auch auf weitere Rechtsgrundlagen, etwa Besitzstörung, Schadenersatz, Bereicherung oder Nachbarrecht¹⁹⁵, gestützt werden¹⁹⁶, und die **Abwehr von behaupteten Rechtswidrigkeiten**, insbesondere

- Klagen auf **Abwehr rechtswidriger Eingriffe in das Mietrecht** und auf Unterlassung künftiger Eingriffe¹⁹⁷ ;

- **Räumungsklagen** wegen titelloser Benützung nach eigenmächtiger Änderung der bestehenden Gebrauchsordnung¹⁹⁸ ;

¹⁸⁷ *Sailer* in KBB⁵ § 838a ABGB Rz 2.

¹⁸⁸ *Sailer* in KBB⁵ § 838a ABGB Rz 2; analog 4 Ob 75/12a; 7 Ob 204/07m.

¹⁸⁹ analog 7 Ob 204/07m.

¹⁹⁰ 4 Ob 56/09b.

¹⁹¹ *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek* ABGB⁵ § 835 Rz 36; 1 Ob 603/93; 1 Ob 16/04s.

¹⁹² 7 Ob 691/79; 5 Ob 1042/92; 1 Ob 16/04s.

¹⁹³ Für das streitige Verfahren *Sailer* in KBB⁵ § 838a ABGB Rz 3; *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 838a ABGB Rz 4; Erl 471 BlgNR 22. GP 33; 8 Ob 201/63; 2 Ob 219/64; 8 Ob 192/64; aA *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 838a Rz 8.

¹⁹⁴ 8 Ob 111/11y; 2 Ob 71/12y.

¹⁹⁵ 1 Ob 39/13m.

¹⁹⁶ Erl 471 BlgNR 22. GP 33; analog 5 Ob 275/08i; krit *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 838a Rz 12 mwN.

¹⁹⁷ 5 Ob 6/81; 1 Ob 11/93; 5 Ob 275/08j; LGZ Wien 40 R 85/08h Miet 60.072; zu „nachbarrechtlichen Unterlassungsansprüchen“ zwischen Miteigentümern 3 Ob 144/08k.

¹⁹⁸ *Vonkilch*, wobl 2006, 145f; 10 Ob 53/08d.

- **Bereicherungsansprüche** wegen übermäßigen Gebrauchs¹⁹⁹, insbesondere anteiliges Benützungsentgelt für konsenswidrige, übermäßige und unentgeltliche Nutzung ab Zugang des Widerspruchs eines Teilhabers²⁰⁰ ;

9. Die Aufhebung der Gemeinschaft

9.1. Aufhebungsanspruch

Eine Verbindlichkeit zur immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen (§ 832 Satz 2 ABGB). Wie jedes Dauerrechtsverhältnis ist auch die **Rechtsgemeinschaft von Mit(ver)mietern** nicht nur bei Einverständnis sämtlicher Teilhaber, sondern auch **einseitig auflösbar**.²⁰¹ Die analoge Anwendbarkeit der §§ 825 ff ABGB auf Mitmietverhältnisse ermöglicht auch die Teilungsklage unter Mitmietern.²⁰² § 830 ABGB gewährt jedem Teilhaber einen **schuldrechtlichen** (kein Teilhaber hat dingliche Rechte an den Anteilen der anderen²⁰³) **Gestaltungsanspruch auf Aufhebung** der Gemeinschaft („**Teilungsanspruch**“), aber trotz des Wortlauts der §§ 834, 835 ABGB **kein Recht auf Austritt²⁰⁴ oder Ausschluss²⁰⁵** von Teilhabern. Da ein einziges Rechtsverhältnis zwischen allen Teilhabern besteht (keine gesonderten Rechtsverhältnisse der einzelnen Teilhaber zueinander), kann die Aufhebung nur für und gegen alle erfolgen.²⁰⁶ Das Aufhebungsbegehren **bedarf keiner Begründung**.²⁰⁷

9.2. Der interne Beschluss zur Mietvertragsauflösung

Am Verfahren zur (internen) Aufhebung der Gemeinschaftsmiete müssen **sämtliche Teilhaber** auf der einen oder der anderen Seite teilnehmen, auch wenn sie sich der Teilung nicht widersetzen oder sogar zugestimmt haben²⁰⁸, weil es sich nicht um Rechtsverhältnisse der Teilhaber untereinander, sondern um ein **gemeinschaftliches Rechtsverhältnis** handelt, das nur gegen alle einheitlich gestaltet werden kann²⁰⁹. Die Parteien jeder Seite

¹⁹⁹ *Vonkilch*, wobl 2006, 145f.

²⁰⁰ analog 1 Ob 180/08i; 2 Ob 248/08x.

²⁰¹ 4 Ob 191/06a.

²⁰² *Böhm* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 825 Rz 32.

²⁰³ *Tanczos/Eliskases* in *Rummel/Lukas*⁴ § 830 ABGB Rz 3; 6 Ob 59/01x; 5 Ob 79/06p; 4 Ob 202/07w.

²⁰⁴ *Böhm* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 830 Rz 24.

²⁰⁵ 5 Ob 63/10s (mangels Rechtslücke keine analoge Anwendung von § 36 WEG).

²⁰⁶ 7 Ob 384, 385/65; 5 Ob 12/09i.

²⁰⁷ 4 Ob 202/07w.

²⁰⁸ 4 Ob 527/91.

²⁰⁹ 5 Ob 12/09i.

bilden eine **einheitliche Streitpartei** gemäß § 14 ZPO.²¹⁰ Die Klage kann nicht hinsichtlich einzelner Parteien ab- oder zurückgewiesen werden.²¹¹ Der interne Beschluss der Teilhaber zur Mietvertragsauflösung kann im Verhältnis zum Vermieter als Mieterkündigung (im Verhältnis zum Mieter als Vermieterkündigung) oder als Anbot zur einvernehmlichen Vertragsauflösung umgesetzt werden.

9.3. Teilungshindernisse

9.3.1. Unzeit

Unzeit ist ein **objektiver**, außerhalb der Beteiligten bestehender, aus der Beschaffenheit der Sache resultierender, für alle Beteiligten in gleicher Weise wirkender und **vorübergehender** Umstand, der die Teilung zwar nicht verhindert, aber **in einem bestimmten Zeitraum unzweckmäßig** macht und für beide Teile nachteilig wirkt.²¹² Es muss ein vorübergehender Ausnahmezustand sein, der in absehbarer Zeit (von selbst) beendet wird oder beseitigt werden kann.²¹³ Subjektive Gesichtspunkte sind nur beim Teilungshindernis des **Nachteils der Übrigen** zu berücksichtigen.²¹⁴

9.3.2. Nachteil der Übrigen

Objektive (im Interesse aller Teilhaber liegende) Umstände²¹⁵ und auch **nur einen Teilhaber subjektiv treffende Nachteile**²¹⁶ bewirken das Teilungshindernis „Nachteil der Übrigen“. Die subjektiven Nachteile des Beklagten werden **im Rahmen einer Abwägung mit den Interessen des Teilungsklägers** berücksichtigt.²¹⁷ Zur **Interessenabwägung** kommt es nur bei bald wegfallenden, vorübergehenden Hindernissen²¹⁸, nicht bei Nachteilen, die durch die Aufhebung der Mitmietergemeinschaft jedenfalls eintreten²¹⁹.

9.4. Richterliche nacheheliche Aufteilung des Mietvertrages

Im nachehelichen Aufteilungsverfahren (§81 ff EheG) kann der Richter gemäß § 87 Abs 2 EheG (Sonderregelung für Dienstwohnungen in § 88 EheG) anordnen, dass **ein**

²¹⁰ *Sailer* in KBB⁵ § 830 Rz 14; 2 Ob 510/77; 8 Ob 521/78; vgl verst Senat 1 Ob 40/01s SZ 74/81 zur Ausschließung aus Personenhandelsgesellschaften).

²¹¹ 7 Ob 109/02h.

²¹² RIS-Justiz RS0013287; 2 Ob 534/84; 6 Ob 233/04i; 5 Ob 125/09g; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek ABGB*⁵ § 830 Rz 60.

²¹³ 2 Ob 534/84; 6 Ob 233/04i; 7 Ob 72/08a.

²¹⁴ 5 Ob 32/11h; 8 Ob 592/93; 2 Ob 53/97a.

²¹⁵ 5 Ob 192/60.

²¹⁶ 1 Ob 668/87; 1 Ob 709/89; 5 Ob 88/93; 8 Ob 592/93.

²¹⁷ RIS-Justiz RS0013325; 1 Ob 709/89; 1 Ob 588/90.

²¹⁸ 1 Ob 709/89; 5 Ob 88/93; 9 Ob 1502/95; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimann/Kodek ABGB*⁵ § 830 Rz 64 ff.

²¹⁹ 1 Ob 668/87; 1 Ob 709/89; 1 Ob 521/96.

Ehegatte anstelle des anderen in das der Benützung der Ehwohnung zugrunde liegende Bestandverhältnis eintritt oder das bisherige gemeinsame Mietverhältnis **allein fortsetzt**²²⁰, also eine Vertragsübernahme oder ein Ausscheiden aus einem Mitmietverhältnis anordnen.²²¹ Erst nach rechtskräftiger Entscheidung des Außerstreitrichters (auch zur Klärung, was nicht der Aufteilung unterliegt²²²), ist eine Auseinandersetzung nach § 830 ABGB möglich²²³. Damit soll verhindert werden, dass das im Rechtsstreit gewonnene Ergebnis durch eine noch mögliche (§ 95 EheG) Rechtsgestaltung im Außerstreitverfahren überholt wird.²²⁴

9.5. Vertragliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Mietvertrages (§ 831 ABGB)

Die Mitmieter können **ausdrücklich oder schlüssig die** Fortsetzung der Gemeinschaft vereinbaren und sich damit intern binden.²²⁵ Die Vereinbarung bindet sie so lange, wie es die aufrechte Widmung oder der sonstige Zweck der Beschränkung fordert.²²⁶

Auch die stillschweigende (§ 863 ABGB) Widmung eines von Ehegatten gemeinsam gemieteten Hauses **für Zwecke der Ehwohnung** beschränkt die Teilungsbefugnis.²²⁷ Die „familienrechtliche Bindung“ als Teilungshindernis²²⁸ erlischt nicht durch eigenmächtige einseitige Aufhebung der eheliche Gemeinschaft und Auszug aus der Ehwohnung.²²⁹ Nicht schon mit der Ehescheidung²³⁰, sondern **erst mit Ablauf der Jahresfrist des § 95 EheG endet die Widmung.**²³¹ Solange ein **Verfahren nach §§ 81 ff EheG** anhängig ist²³², kann nur in diesem Verfahren über die Zuweisung der Ehwohnung entschieden werden.

Die Vereinbarung zur Aufrechterhaltung der Mietergemeinschaft ändert nichts daran, dass die Gemeinschaft aus **wichtigen Gründen**²³³ durch Teilungsklage **vorzeitig aufgehoben** werden kann²³⁴. **Wichtige Gründe** sind Unzumutbarkeit gemeinsamen Wohnens oder

²²⁰ RdW 1992, 179.

²²¹ Eine solche Übertragung von Rechten und Pflichten an der gemeinsam gemieteten partnerschaftlichen Wohnung eingetragener Partner kann der Richter gemäß § 29 Abs 2 EPG nur mit Zustimmung des Eigentümers anordnen.

²²² 10 Ob 16/08p.

²²³ 4 Ob 251/99m; 7 Ob 72/08a.

²²⁴ 4 Ob 263/00f; 1 Ob 177/09z.

²²⁵ 5 Ob 110, 111/95; 1 Ob 521/96; 7 Ob 72/08a; *Sprohar-Heimlich* in *Schwimmann/Kodek* ABGB⁵ § 831 Rz 4.

²²⁶ 7 Ob 588/90.

²²⁷ analog 7 Ob 72/08a JBI 2009.

²²⁸ dazu kritisch *Sprohar-Heimlich* in *Schwimmann/Kodek* ABGB⁵ § 831 Rz 11.

²²⁹ OLG Wien 13 R 3/85 EFSlg 48.572; 7 Ob 72/08a.

²³⁰ 7 Ob 730/80.

²³¹ 5 Ob 563/85; 6 Ob 558/95.

²³² 4 Ob 2018/96k; 1 Ob 177/09z.

²³³ 6 Ob 132/97y; 7 Ob 72/08a.

²³⁴ *Böhm* in *Kletecka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 831 Rz 4.

Unmöglichkeit einer den gemeinsamen Interessen entsprechenden Benützungsbewilligung.
Führt die Unmöglichkeit gedeihlichen Zusammenlebens zum Erlöschen der Fortsetzungsverpflichtung, darf nur jener Mitmieter auf Aufhebung klagen, der für das Auftreten der Unstimmigkeiten nicht oder weniger als der andere verantwortlich ist.²³⁵

²³⁵ 1 Ob 521/96; 7 Ob 72/08a.