

# TE OGH 1987/2/18 1Ob519/87

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.02.1987

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert, Dr. Gamerith, Dr. Hofmann und Dr. Schlosser als weitere Richter in der Außerstreitsache des Antragstellers Dipl.Ing. Wilhelm R\*\*\*, Wien 17., Hormayrgasse 23/7, vertreten durch Dr. Walter Leeb, Rechtsanwalt in Wien, wider die Antragsgegnerinnen 1.) Helga F\*\*\* und 2.) Ernesta B\*\*\*, beide Wien 17., Hormayrgasse 23, vertreten durch Dr. Gerd Hartung, Rechtsanwalt in Wien, und 3.) Ida R\*\*\*, Wien 17.,

Hormayrgasse 23, wegen Benützungsregelung infolge Revisionsrekurses der Erst- und der Zweitantragsgegnerin gegen den Beschuß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes vom 11. Dezember 1986, GZ 47 R 886/86-43, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Hernals vom 10. Oktober 1986, GZ 3 Nc 134/85-33, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## **Text**

Begründung:

Der Antragsteller und die Antragsgegnerinnen sind je zu einem Viertel Eigentümer der Liegenschaft EZ 872 KG Hernals (= Wien 17., Hormayrgasse 23).

Der Antragsteller begeht eine Benützungsregelung derart, daß ihm die Wohnung Nr. 13 zur alleinigen Benützung gegen Entrichtung eines Entgelts in der Höhe des gesetzlichen monatlichen Hauptmietzinses von S 6,10 je m<sup>2</sup> zugewiesen werde. Er verfüge in dem Haus über ungleich weniger Wohnraum als die Antragsgegnerinnen, obwohl in seinem Haushalt mehr Personen lebten.

Die Drittantragsgegnerin stimmte dem Antrag zu, wogegen die Erst- und die Zweitantragsgegnerinnen vor allem einwendeten, es bestehe eine Benützungsvereinbarung, so daß dem Antragsteller der außerstreitige Rechtsweg verwehrt sei. Im übrigen habe er es sich selbst zuzuschreiben, daß er nicht über genügend Wohnraum verfüge, weil die der von ihm schon bisher benützten Wohnung Nr. 7 benachbarte Wohnung Nr. 8 vom Vater des Antragstellers in Kenntnis des Wohnbedarfes seines Sohnes an eine alleinstehende Frau vermietet worden sei. Die beiden Antragsgegnerinnen beantragten eine Benützungsregelung dahin, daß Ilse R\*\*\*, die Mutter des Antragstellers, die von ihr benützte Wohnung Nr. 1 zu räumen und dem Antragsteller zur Verfügung zu stellen habe, und ihm für den Fall der Stattgebung seines Antrages eine Sicherheitsleistung von S 50.000,-- zur Sicherstellung für die Beseitigung der Folgen

der Bau- und Installationsarbeiten aufzuerlegen. Schließlich beantragte die Zweitantragsgegnerin die Übertragung der Hauptmietrechte an der Wohnung Nr. 13 an sie gegen Auflösung ihrer Hauptmietrechte an der Wohnung Nr. 14 zugunsten der Hauseigentümer.

Das Erstgericht gab dem Begehr des Antragstellers statt (1.), wies die Anträge der Erst- und der Zweitantragsgegnerinnen, eine Benützungsregelung derart anzurufen, daß Ilse R\*\*\* die Wohnung Nr. 1 zu räumen und dem Antragsteller zu überlassen habe (2.), und dem Antragsteller eine Sicherheit aufzuerlegen (3.) sowie dem Antrag der Zweitantragsgegnerin, die Hauptmietrechte an der Wohnung Nr. 13 ihr gegen Auflösung ihrer Hauptmietrechte an der Wohnung Nr. 14 einzuräumen, ab (4.). Es stellte fest, die Erstantragsgegnerin benütze die Wohnung Nr. 9 im Ausmaß von 84,49 m<sup>2</sup>; in ihrem Haushalt lebten zwei Personen. Ihr Sohn Dr. Wolfgang F\*\*\* benütze mit drei weiteren Personen die Wohnungen Nr. 10 und 11 mit einer Gesamtfläche von 84,92 m<sup>2</sup> und außerdem noch die als Ordination eingerichteten Wohnungen Nr. 3 und 4 im Ausmaß von 56,42 m<sup>2</sup>. Die Zweitantragsgegnerin benütze die Wohnungen Nr. 14 bis 16 mit einer Gesamtfläche von 83,19 m<sup>2</sup>; ihr Haushalt umfasse zwei Personen. Von der Drittantragsgegnerin wird die Wohnung Nr. 5 im Ausmaß von 84,02 m<sup>2</sup> benützt (Einpersonenhaushalt). Der Antragsteller verfüge über die Wohnungen Nr. 6 und 7 mit einer Gesamtfläche von 47,92 m<sup>2</sup>; in seinem Haushalt lebten noch seine Ehegattin und zwei Kinder. Die Wohnung Nr. 1 (19,35 m<sup>2</sup>) sei an die Mutter des Antragstellers, Ilse R\*\*\*, vermietet, doch halte sich diese stets in Ternberg/Oberösterreich auf. Deshalb sei diese Wohnung laufend und auch derzeit unvermietet. Lediglich die vom Antragsteller angestrebte Wohnung Nr. 13 (35,77 m<sup>2</sup>) stehe derzeit leer. Die vom Antragsteller derzeit benützten Wohnung benachbarte Wohnung Nr. 8 sei von der Großmutter des Antragstellers ohne dessen Zustimmung an die derzeitige Mieterin in Bestand gegeben worden. Zwischen den Miteigentümern bestehe keine Vereinbarung, in welcher Weise freiwerdende Wohnungen zu vergeben seien. In einem solchen Fall nähmen die Miteigentümer jeweils miteinander Kontakt auf, um die Wohnungsvergabe zu regeln, oder sie bedienten sich deshalb des Hausverwalters. Der Mietzins für die Wohnung Nr. 1 werde vom Konto des Antragstellers abgebucht. Die Mieterin der (benachbarten) Wohnung Nr. 12 zeige kein Interesse an der Übernahme der Wohnung Nr. 13 (gemäß § 5 Abs 2 MRG).

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, über den Antrag sei im Verfahren außer Streitsachen abzusprechen, weil zwischen den Parteien keine Benützungsvereinbarung bestehe. Die Zuweisung der leerstehenden Wohnung Nr. 13 an den Antragsteller entspreche schon angesichts der Verteilung der gesamten Wohnfläche unter die Miteigentümer und deren Angehörige der Billigkeit. Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs der Erst- und der Zweitantragsgegnerin nur insoweit Folge, als dem Antragsteller für die Benützung der ihm zugewiesenen Wohnung Nr. 13 ein Entgelt in der Höhe des jeweils gesetzlich zulässigen Höchstausmaßes des Hauptmietzinses (derzeit monatlich 56,10 je m<sup>2</sup>) auferlegt wurde, und bestätigte den erstgerichtlichen Beschuß im übrigen Umfang. Der Antragsteller habe seinen Antrag zwar dahin präzisiert, daß dieser auch als solcher auf mietweise Zuweisung der Wohnung Nr. 13 aufzufassen sei, doch sei eine Benützungsregelung durch Begründung eines Mietverhältnisses im Verfahren außer Streitsachen nicht möglich. Der Abschluß eines Mietvertrages sei eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung, zu der die Mehrheit legitimiert sei. Der Abschluß eines Mietvertrages mit einem Miteigentümer gehöre dagegen nicht zur ordentlichen Verwaltung, so daß hierüber mangels Einigung der Richter zu befinden habe. Allerdings setze diese Entscheidung ein Begehr der überstimmten Minderheit voraus, wogegen diese zur Durchsetzung der von der Mehrheit verweigerten außerordentlichen Maßnahme richterliche Hilfe nicht in Anspruch nehmen könne. Daher sei der Antragsteller zur Erwirkung einer solchen Entscheidung nicht legitimiert; ein solcher Antrag wäre nur zulässig, wenn sich die Drittantragsgegnerin diesem angeschlossen hätte. Im übrigen seien die Rechtsmittelwerberinnen durch die Einräumung eines entgeltlichen Benützungsrechtes statt eines Mietrechtes nicht beschwert, weil in dem nach § 7 MG anhängigen Verfahren jedenfalls der Jahresmietwert der Wohnung Nr. 13 zu berücksichtigen sei. Zutreffend sei der Einwand im Rekurs, daß die erstgerichtliche Regelung auf künftige Erhöhungen der gesetzlichen Kategorieobergrenzen auf Grund von Indexsteigerungen nicht Bedacht nehme; dem werde durch die Änderung des Punktes 1 Rechnung getragen. Der Antrag auf Zuweisung der Wohnung Nr. 1 sei zutreffend abgewiesen worden, weil durch eine Benützungsregelung nicht in die Bestandrechte Dritter eingegriffen werden könne. Dem anhängigen Kündigungsstreit könne nicht vorgegriffen werden. Das Sicherstellungsbegehr könne nicht im vorliegenden Verfahren beurteilt werden; dessen Gegenstand sei ausschließlich die Benützungsregelung, nicht aber die Frage des Ersatzes künftiger Schäden am Haus und die Sicherstellung für solche Schäden. Für die vom Erstgericht getroffene Benützungsregelung sei es unerheblich, ob der Antragsteller die Wohnung zur Befriedigung gesellschaftlicher Bedürfnisse benötige, maßgeblich sei vielmehr die Verteilung der Wohnfläche an die Miteigentümer. Die Wohnung Nr. 14 sei von der

Zweitantragsgegnerin nicht dem Antragsteller angeboten, sondern "dem Haus zur Verfügung" gestellt worden. Da grundsätzlich jeder Miteigentümer Anspruch auf eine seinem Anteil entsprechende Benützung habe, soweit eine solche Regelung im Interesse der Gesamtheit der Miteigentümer vertretbar sei, beständen gegen die Zuweisung der leerstehenden Wohnung keine Bedenken, zumal der Antragsteller auf einen dringenden Bedarf an dieser Wohnung verweisen könne.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Erst- und der Zweitantragsgegnerin ist nicht zulässig.

Nach einhelliger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (SZ 57/119 u.v.a.) ist der sinngemäßen Anwendung des Judikates 56 neu (= SZ 24/335) durch die Zivilverfahrens- Novelle 1983 die Grundlage entzogen worden. Demnach gilt auch für den Bereich der §§ 14 und 16 AußStrG bei teils bestätigenden, teils abändernden (bzw. aufhebenden) Entscheidungen des Rekursgerichtes der Grundsatz, daß gegen den bestätigenden Teil nur ein nach § 16 Abs 1 AußStrG zu beurteilendes Rechtsmittel erhoben werden kann. Die Grenzlinie ist dort zu ziehen, wo dem Rekurs einer Partei in trennbarer Weise auch nur teilweise nicht Folge gegeben wurde. Der erstinstanzliche Beschuß wurde vom Rekursgericht mit Ausnahme der Festsetzung des vom Antragsteller für die Überlassung der Wohnung Nr. 13 zu entrichtenden monatlichen Benützungsentgelts bestätigt, so daß nur der Ausspruch über die Höhe des Benützungsentgelts der Anfechtung ohne die im § 16 Abs 1 AußStrG vorgesehenen Beschränkungen unterliege. Die Revisionsrekurswerberinnen haben zwar in ihrem Rechtsmittel erklärt, den rekursgerichtlichen Beschuß seinem gesamten Inhalt nach anzufechten, doch wenden sich die Rechtsmittelausführungen, soweit es sich um die Anfechtung des rekursgerichtlichen Ausspruches über Punkt 1 des erstinstanzlichen Beschlusses handelt, ausschließlich gegen die Zuweisung der Wohnung an sich; auch den Anträgen, in denen die beiden Rechtsmittelwerberinnen die Zurück- bzw. die Abweisung des Zuweisungsantrags anstreben, ist nichts anderes zu entnehmen. Im Umfang der wirksamen Anfechtung sind die Rechtsmittelwerberinnen gemäß § 16 Abs 1 AußStrG somit auf die Anfechtungsgründe der offensichtlichen Gesetz- und Aktenwidrigkeit und der Nullität beschränkt. Als Nichtigkeit machen die Erst- und die Zweitantragsgegnerin geltend, daß die Vorinstanzen die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges bejaht und die Berechtigung des Antrags auf Sicherstellung verneint sowie den Antrag auf mietweise Zuweisung der Wohnung Nr. 13 nicht behandelt hätten.

Soweit die Rechtsmittelwerberinnen nach wie vor

eine - konkludente - Benützungsvereinbarung behaupten, übersehen sie, daß die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtsweges ausschließlich aufgrund der Behauptungen im Antrag zu prüfen ist (MietSlg 36.722 u.v.a.). Dort hat der Antragsteller ausdrücklich vorgebracht, eine Benützungsvereinbarung liege nicht vor. Die Vorinstanzen haben auch festgestellt, daß zwischen den Miteigentümern keine Benützungsvereinbarung getroffen worden sei; vor der Vergabe freigewordener Wohnungen habe sich der Hausverwalter vielmehr stets mit allen Miteigentümern ins Einvernehmen gesetzt, um festzustellen, ob nicht einer von ihnen Eigenbedarf geltend mache. Erst nach Zustimmung aller habe er solche Wohnungen vermietet. Aber auch bei der Entscheidung über den Sicherstellungsantrag der beiden Revisionsrekurswerberinnen ist den Vorinstanzen keine Nullität oder offensichtliche Gesetzwidrigkeit unterlaufen. Die beiden Antragsgegnerinnen erkennen das Wesen der in den §§ 834 f ABGB vorgesehenen Sicherstellung. Vom Gericht kann zwar gemäß § 835 ABGB für künftigen Schaden Sicherstellung angeordnet werden, jedoch nur, wenn der Vorteil der angeordneten Maßnahme selbst ungewiß ist und die Hausgemeinschaft durch die getroffene Regelung einen Nachteil zu gewärtigen hat (vgl. Gamerith in Rummel, ABGB, Rdz 8 zu § 834), nicht aber als Abhilfe gegen die mangelnde Bonität des Antragstellers (SZ 25/125) und auch nicht zur Sicherung vor möglichen Schäden infolge üblicher Baumaßnahmen innerhalb der zugewiesenen Wohnung, über die im Verfahren zur Benützungsregelung nicht abzusprechen ist.

Es ist zwar richtig, daß der Antragsteller im Schriftsatz ON 32 erklärt hat, er würde auch die Einräumung von Mietrechten an der Wohnung Nr. 13 gegen Entrichtung des gesetzlich zulässigen Hauptmietzinses als mit seinem "Antrag in Einklang stehendes Verfahrensergebnis betrachten", doch erkennen die Rechtsmittelwerberinnen die verfahrensrechtliche Bedeutung dieser Erklärung. Der Antragsteller hat damit seinen ursprünglichen Antrag (ON 1) nicht etwa geändert, sondern lediglich angekündigt, daß er auch mit einer mietweisen Überlassung der Wohnung zu sonst gleichen Bedingungen einverstanden wäre. Die Entscheidung, die dem in erster Linie gestellten Antrag stattgibt, kann deshalb nicht richtig sein. Auch daß die Drittantragsgegnerin zu dieser Erklärung des Antragstellers vor der

erstinstanzlichen Beschußfassung nicht gehört wurde, bewirkt keinen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und weder Nichtigkeit noch eine offbare Gesetzwidrigkeit. Im übrigen enthält das Rechtsmittel umfangreiche Ausführungen gegen die Zweckmäßigkeit der von den Vorinstanzen getroffenen Benützungsregelung, die sie selbst als unrichtige rechtliche Beurteilung rügen. Ist ein Rechtsmittel nach § 16 Abs 1 AußStrG zu beurteilen, genügt es nicht, andere denkbare Auslegungsmöglichkeiten aufzuzeigen; offbare Gesetzwidrigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn über die Absicht des Gesetzgebers kein Zweifel aufkommen kann und dennoch eine damit im Widerspruch stehende Entscheidung getroffen wurde. Im Gesetz sind aber nicht einmal die Grundsätze vorgezeichnet, wie eine Benützungsregelung zu gestalten ist; eine solche Maßnahme ist vielmehr eine Ermessensentscheidung. Weist das Gericht einem Miteigentümer Wohnraum entsprechend seinem Anteil zur Benützung zu, so kann schon begrifflich von einer offbaren Gesetzwidrigkeit keine Rede sein (vgl. MietSlg 32.750 u.a.). Die Beantwortung der im Rekurs aufgeworfenen Frage, ob und inwieweit Eigenverschulden des Antragstellers für seinen dringenden Wohnbedarf (nicht einmal 50 m<sup>2</sup> bei einem Haushalt von vier Personen) vorliegt bzw. bei der Benützungsregelung zu berücksichtigen und ob und wann Sicherstellung aufzuerlegen, in welcher Weise dem Gesamtinteresse der Eigentumsgemeinschaft Rechnung zu tragen und unter welchen Voraussetzungen es für die Gemeinschaft vorteilhafter wäre, dem Antragsteller das Benützungsrecht mietweise zu überlassen, ist im Gesetz nicht vorgezeichnet, sodaß auch deren Lösung durch die Vorinstanzen bei Bedachtnahme auf die vorangestellten Grundsätze nicht offenbar gesetzwidrig sein kann.

Auch die behauptete Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Nachdem eine vergleichsweise Regelung gescheitert war, weil die Zweitantragsgegnerin für die Auflösung ihrer Mietrechte an der Wohnung Nr. 14 eine beträchtliche Investitionsabkömmling und eine "Gesamtregelung für das Haus" gefordert hatte (ON 29), beantragte sie in der (letzten) Tagsatzung vor der erstinstanzlichen Beschußfassung (ON 31, S 77) die Einräumung der Hauptmietrechte an der Wohnung Nr. 13 gegen Auflösung ihrer Hauptmietrechte an der Wohnung Nr. 14, weil diese Wohnung für ihren Bedarf zu groß und "sie bereit sei, die Wohnung Nr. 14 dem Haus zur Verfügung zu stellen". Nur diese Erklärung hat das Rekursgericht seinen Erwägungen zu Punkt 4 des erstgerichtlichen Beschlusses zugrundegelegt. Da die Rekurswerberinnen im Bereich wirksamer Anfechtung keinen zulässigen Anfechtungsgrund geltend machten, ist der Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen.

#### **Anmerkung**

E10112

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:0010OB00519.87.0218.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870218\_OGH0002\_0010OB00519\_8700000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)