

# TE OGH 2005/6/14 2Ob101/04y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.06.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Dr. Baumann, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Veith als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ä\*\*\*\*\*, vertreten durch die Anwaltspartnerschaft Dr. Karl Krückl, Dr. Kurt Lichtl, Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Rechtsanwälte Hermann & Kraft & Dallago in Kufstein, wegen EUR 34.359,41 sA, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 19. Februar 2004, GZ 3 R 22/04d-29, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Kufstein vom 18. November 2003, GZ 4 C 1191/02x-24, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden - soweit es nicht den teilweise der Klage stattgebenden Punkt 1.) des Ersturteiles betrifft - aufgehoben.

Dem Erstgericht wird eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung von EUR 34.359,41 an rückständigem Mietzins und der Betriebskosten für das Geschäftslokal F\*\*\*\*\* in Krems an der Donau für die Zeit von Mai 2002 bis November 2002. Die Kündigung des Mietverhältnisses durch die Beklagte sei nicht zu den vereinbarten Terminen und Fristen erfolgt. Anlässlich des Abschlusses des Vertrages zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten hätten die Parteien die entsprechende Bestimmung des Mietvertrages so interpretiert, dass die Beklagte erstmalig am 30. 4. 2002 unter Einhaltung einer 12-monatigen Kündigungsfrist zum 31. 12. 2003 die Kündigung hätte aussprechen dürfen.

Die beklagte Partei wendete ein, beim Bestandverhältnis handle es sich um einen Pachtvertrag. Sie habe das Bestandverhältnis am 27. 4. 2001 zum 30. 4. 2002 rechtswirksam aufgekündigt und sei zur Bezahlung von Bestandzinsen seit Mai 2002 nicht mehr verpflichtet.

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von EUR 275,08,-- (Punkt 1) und wies das auf Zahlung weiterer EUR 34.084,33 gerichtete Mehrbegehren ab. Es ging von nachstehenden wesentlichen Feststellungen aus:

Mit Mietvertrag vom 17. 4./21. 4. 1997 vermietete die AUKA Grundinvest AG das in ihrem Eigentum stehende Geschäftslokal Fachmarkt 3 an die Beklagte „zum Betrieb eines Textilfachmarktes und Accessoires" im Ausmaß von ca 470 m2. Der Mietvertrag enthält ua folgende Bestimmung:

...

## § 2 Mietzeit und Kündigung

1.) Das Mietverhältnis beginnt zwei Tage nach Übergabe, spätestens jedoch am 1. 5. 1997 und wird auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. Es kann von beiden Seiten mit Einhaltung einer 12-monatigen Kündigungsfrist bis zum Ende eines jeden Kalenderjahres aufgekündigt werden. Der Beginn der Mietzahlungsverpflichtung ist der 1. 5. 1996 (richtig 1. 5. 1997). Die Kündigung bedarf der Schriftform mittels eingeschriebenen Briefes mit Rückschein an die zuletzt bekanntgegebene Adresse des jeweiligen Vertragspartners. Eine Nichtbehebung binnen 14 Tagen gilt vereinbarungsgemäß als rechtsgültige Zustellung.

2.) Der Mieter verzichtet auf sein Kündigungsrecht für die Dauer von 5 Jahren, sodass der Mietvertrag erstmalig zum 30. 4. 2002 aufgekündigt werden kann.

...

Bei Unterfertigung des Mietvertrages gingen Verhandlungsgespräche zwischen dem für die Vermieterin handelnden Wolfgang S\*\*\*\*\* und Wilhelm S\*\*\*\*\* als Vertreter der Beklagten voraus. Der vom Vertreter der Beklagten vorgelegte Vertragsentwurf enthielt die Bestimmung: „Der Mieter hat jedoch die einmalige Möglichkeit, dass Vertragsverhältnis nach einer Dauer von zwei Jahren zu beenden, sollte der wirtschaftliche Erfolg dieses Standortes für die restliche Vertragslaufzeit als nicht ausreichend beurteilt werden. Diese außerordentliche Auflösung des Mietverhältnisses ist sechs Monate vorher schriftlich anzukündigen." Im Zuge der Verhandlungen wurde diese Bestimmung vom Vertreter der Vermieterin eliminiert, weil die Vermieterin an einer möglichen langen Vertragslaufzeit interessiert war. Im Zuge der weiteren Vertragsgespräche einigten sich die Verhandler der beiden Vertragsparteien auf die in § 2 des Mietvertrages enthaltenen Bestimmungen. In diesem Zusammenhang wurde von ihnen besprochen, dass die Beklagte ein Ausstiegsrecht nach fünf Jahren haben sollte. Weitergehende Erklärungen zu den in dieser Bestimmung enthaltenen Formulierungen konnte nicht festgestellt werden.

In der Folge wurde die Liegenschaft an die Klägerin verkauft; die Beklagte leistete ab 1. 5. 1998 alle Mietzinszahlungen an die Klägerin.

Mit Schreiben vom 27. 4. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin folgendes mit: „Hiermit nehmen wir das Kündigungsrecht in Anspruch und kündigen das Mietverhältnis vom 21. April 1997 laut § 2 Abs 2 des Mietvertrages, abgeschlossen zwischen AUKA Grundinvest AG und der Firma Adessa Moden GmbH unter Einhaltung der vertraglichen vereinbarten Frist zum 30. 4. 2002 auf. Wir bitten um schriftliche Rückbestätigung." Mit Schreiben vom 27. 4. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin folgendes mit: „Hiermit nehmen wir das Kündigungsrecht in Anspruch und kündigen das Mietverhältnis vom 21. April 1997 laut § 2 Absatz 2, des Mietvertrages, abgeschlossen zwischen AUKA Grundinvest AG und der Firma Adessa Moden GmbH unter Einhaltung der vertraglichen vereinbarten Frist zum 30. 4. 2002 auf. Wir bitten um schriftliche Rückbestätigung."

Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 10. 5. 2001 und gab bekannt, dass laut § 2 Abs 2 des Mietvertrages eine erstmalige Kündigung mit 30. 4. 2002 unter Einhaltung der 12-monatigen Kündigungsfrist also zum 30. 4. 2003 erfolgen könne. Mit Schreiben vom 21. 5. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass laut § 2 Abs 2 des Mietvertrages eine Kündigung erstmals zum 30. 4. 2002 möglich sei und die Beklagte das Mietlokal zum 30. 4. 2002 an die Klägerin übergeben werde, da die 12-monatige Kündigungsfrist mit der Kündigung vom 27. 4. 2001 eingehalten worden sei. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 10. 5. 2001 und gab bekannt, dass laut Paragraph 2, Absatz 2, des Mietvertrages eine erstmalige Kündigung mit 30. 4. 2002 unter Einhaltung der 12-monatigen Kündigungsfrist also zum 30. 4. 2003 erfolgen könne. Mit Schreiben vom 21. 5. 2001 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass laut Paragraph 2, Absatz 2, des Mietvertrages eine Kündigung erstmals zum 30. 4. 2002 möglich sei und die Beklagte das Mietlokal zum 30. 4. 2002 an die Klägerin übergeben werde, da die 12-monatige Kündigungsfrist mit der Kündigung vom 27. 4. 2001 eingehalten worden sei.

Rechtlich erörterte das Erstgericht, dass die Formulierung in § 2 Z 2 des Vertrages „der Mieter verzichtet auf sein Kündigungsrecht für die Dauer von 5 Jahren, sodass der Mietvertrag erstmalig zum 30. 4. 2002 aufgekündigt werden

kann" unzweifelhaft die Berechtigung der Beklagten begründe, das Mietverhältnis erstmals zum 30. 4. 2002 aufzukündigen, also zu diesem Zeitpunkt zu beenden. Da die Beklagte mit der Kündigung vom 27. 4. 2001 - unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von 12 Monaten - von der in § 2 Z 2 des Mietvertrages einräumten Möglichkeit der Beendigung des Mietverhältnisses zum 30. 4. 2002 Gebrauch gemacht habe, habe die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses ab Mai 2002, sondern lediglich auf Zahlung des Betriebskostenfehlbetrages für das Jahr 2001 von EUR 275,08. Dass auf einen Mietzinsrückstand ab Mai 2002 gestützte Zahlungsbegehren sei hingegen abzuweisen. Rechtlich erörterte das Erstgericht, dass die Formulierung in Paragraph 2, Z 2 des Vertrages „der Mieter verzichtet auf sein Kündigungsrecht für die Dauer von 5 Jahren, sodass der Mietvertrag erstmalig zum 30. 4. 2002 aufgekündigt werden kann" unzweifelhaft die Berechtigung der Beklagten begründe, das Mietverhältnis erstmals zum 30. 4. 2002 aufzukündigen, also zu diesem Zeitpunkt zu beenden. Da die Beklagte mit der Kündigung vom 27. 4. 2001 - unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von 12 Monaten - von der in § 2 Z 2 des Mietvertrages einräumten Möglichkeit der Beendigung des Mietverhältnisses zum 30. 4. 2002 Gebrauch gemacht habe, habe die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung des Mietzinses ab Mai 2002, sondern lediglich auf Zahlung des Betriebskostenfehlbetrages für das Jahr 2001 von EUR 275,08. Dass auf einen Mietzinsrückstand ab Mai 2002 gestützte Zahlungsbegehren sei hingegen abzuweisen.

Das von der klagenden Partei angerufene Berufungsgericht gab deren Berufung Folge und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von EUR 34.359,41 samt gestaffelte Zinsen und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Ein Zinsenmehrbegehren wies es ab. Es ging auf die Rechtsrüge der Klägerin, wonach die Beklagte auf Grund des Mietvertrages berechtigt gewesen sei, die Auflösung des Mietvertrages frühestens ab dem 30. 4. zu begehren, weil nach dem Mietvertrag frühestens ab 30. 4. 2002 die Kündigung ausgesprochen werden könne, nicht ein, sondern führte aus, der Mietvertrag unterliege den Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes; eine Ausnahme davon sei nicht behauptet worden. Nach § 33 Abs 1 MRG könnten Mietverträge wirksam nur gerichtlich aufgekündigt werden, weshalb die Kündigung durch den Mieter mittels eingeschriebenen Briefes nicht wirksam gewesen sei (RIS-Justiz RS0070274). Soweit eine derartige außergerichtliche Kündigung als ein Anbot zur einvernehmlichen Vertragsauflösung verstanden werden könne, sei dieses Anbot von der Klägerin nicht angenommen worden, weil sie dieser Kündigung mit Schreiben vom 10. 5. 2001 ausdrücklich widersprochen habe. Die Beklagte habe daher mangels wirksamer Auflösung des Bestandverhältnisses für die Zeit nach dem 30. 4. 2002 begehrten Mietzinse zu bezahlen. Mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage sei die Revision nicht zulässig. Das von der klagenden Partei angerufene Berufungsgericht gab deren Berufung Folge und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von EUR 34.359,41 samt gestaffelte Zinsen und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Ein Zinsenmehrbegehren wies es ab. Es ging auf die Rechtsrüge der Klägerin, wonach die Beklagte auf Grund des Mietvertrages berechtigt gewesen sei, die Auflösung des Mietvertrages frühestens ab dem 30. 4. zu begehren, weil nach dem Mietvertrag frühestens ab 30. 4. 2002 die Kündigung ausgesprochen werden könne, nicht ein, sondern führte aus, der Mietvertrag unterliege den Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes; eine Ausnahme davon sei nicht behauptet worden. Nach § 33 Absatz eins, MRG könnten Mietverträge wirksam nur gerichtlich aufgekündigt werden, weshalb die Kündigung durch den Mieter mittels eingeschriebenen Briefes nicht wirksam gewesen sei (RIS-Justiz RS0070274). Soweit eine derartige außergerichtliche Kündigung als ein Anbot zur einvernehmlichen Vertragsauflösung verstanden werden könne, sei dieses Anbot von der Klägerin nicht angenommen worden, weil sie dieser Kündigung mit Schreiben vom 10. 5. 2001 ausdrücklich widersprochen habe. Die Beklagte habe daher mangels wirksamer Auflösung des Bestandverhältnisses für die Zeit nach dem 30. 4. 2002 begehrten Mietzinse zu bezahlen. Mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage sei die Revision nicht zulässig.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten mit dem Antrag, das Urteil im Sinne einer - mit Ausnahme des in Rechtskraft erwachsenen Zuspruchs - Abweisung des Klagebegehrens abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision als unzulässig zurückzuweisen; hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Parteien mit seiner Rechtsansicht überrascht hat. Sie ist auch im Sinne des Eventualantrages berechtigt.

In der außerordentlichen Revision wird darauf verwiesen, dass die Klägerin im Verfahren erster Instanz gar nicht behauptet habe, die Kündigung sei deshalb unwirksam, weil sie nicht gerichtlich erfolgt sei. Es sei nur geltend gemacht worden, dass die Kündigung nicht zu den vereinbarten Fristen und Terminen erfolgt sei. Das Berufungsgericht habe die Parteien mit seiner Rechtsansicht überrascht.

Diese Ausführungen sind grundsätzlich zutreffend.

Im Verfahren erster Instanz wurde nämlich von der Klägerin nur vorgebracht, die (im Vertrag vorgesehene Kündigung mittels eingeschriebenen Briefes) sei nicht zu den vereinbarten Terminen und Fristen erfolgt. Nicht vorgebracht wurde, dass die Kündigung deshalb unwirksam gewesen sein soll, weil sie nicht gerichtlich erfolgt sei. Ein derartiges Vorbringen wurde auch in der Berufung der Klägerin nicht erstattet; vielmehr hat das Berufungsgericht diesen rechtlichen Gesichtspunkt ohne den Parteien Gelegenheit zur Erörterung zu geben, von sich aus erstmalig aufgegriffen. Das Gericht darf jedoch die Parteien in seiner Entscheidung nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen, die sie nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat; dies gilt vor allem auch im Berufungsverfahren (RIS-Justiz RS0037300). Dieser Verletzung der im § 182 Abs 1 ZPO normierten Anleitungspflicht und der Aufklärungspflicht (auch) des Berufungsgerichtes kommt erhebliche Bedeutung zu, weil hier tragende Grundsätze des Verfahrensrechtes auf dem Spiel stehen (RIS-Justiz RS0041032). Im Verfahren erster Instanz wurde nämlich von der Klägerin nur vorgebracht, die (im Vertrag vorgesehene Kündigung mittels eingeschriebenen Briefes) sei nicht zu den vereinbarten Terminen und Fristen erfolgt. Nicht vorgebracht wurde, dass die Kündigung deshalb unwirksam gewesen sein soll, weil sie nicht gerichtlich erfolgt sei. Ein derartiges Vorbringen wurde auch in der Berufung der Klägerin nicht erstattet; vielmehr hat das Berufungsgericht diesen rechtlichen Gesichtspunkt ohne den Parteien Gelegenheit zur Erörterung zu geben, von sich aus erstmalig aufgegriffen. Das Gericht darf jedoch die Parteien in seiner Entscheidung nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen, die sie nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat; dies gilt vor allem auch im Berufungsverfahren (RIS-Justiz RS0037300). Dieser Verletzung der im § 182 Absatz eins, ZPO normierten Anleitungspflicht und der Aufklärungspflicht (auch) des Berufungsgerichtes kommt erhebliche Bedeutung zu, weil hier tragende Grundsätze des Verfahrensrechtes auf dem Spiel stehen (RIS-Justiz RS0041032).

Dazu kommt noch, dass die Beklagte ausdrücklich vorgebracht hat, bei dem Bestandverhältnis handle es sich um einen Pachtvertrag, bei welchem es einer gerichtlichen Aufkündigung nicht bedurfte.

Dieser Umstand ist zweckmäßigerweise mit den Parteien vom Erstgericht zu erörtern, weshalb es einer neuerlichen Verhandlung durch das Erstgericht bedarf.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

**Textnummer**

E77696

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0020OB00101.04Y.0614.000

**Im RIS seit**

14.07.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

24.03.2011

**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)