

# TE OGH 1997/4/29 1Ob2315/96i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.04.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei E\*\*\*\*\* & Co. Baugesellschaft m.b.H., \*\*\*\*\* vertreten durch Kaan, Cronenberg & Partner, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei C\*\*\*\*\* Betriebsgesellschaft m.b.H., \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Willibald Rath, Dr.Manfred Rath und Mag.Gerhard Stingel, Rechtsanwälte in Graz, wegen Räumung und Abgabe einer Willenserklärung (Streitwert 499.000 S) sowie Feststellung (Streitwert 1.000.000 S) infolge von Rekurs und Revision der beklagten Partei gegen den Beschluß des Landesgerichts für Zivilrechtsachen Graz als Berufungsgerichts vom 20.März 1996, GZ 3 R 375/95-50, womit aus Anlaß der Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 7.Juli 1995, GZ 8 C 454/93t-43, im Ausspruch über den Zwischenantrag auf Feststellung aufgehoben und dieser Antrag zurückgewiesen wurde, bzw gegen dessen Urteil vom 20.März 1996, GZ 3 R 375/95-50, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 7.Juli 1995, GZ 8 C 454/93t-43, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs und der Revision wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß und das Urteil des Berufungsgerichts werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung über die Berufung der beklagten Partei an das Gericht zweiter Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Rekurs- und des Revisionsverfahrens sind weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

## Text

Begründung:

Die klagende Partei ist Eigentümerin von Liegenschaften in den Katastralgemeinden Thalerhof und Wagnitz und schloß mit Rechtsvorgängern der beklagten Partei den „Pachtvertrag“ vom 4. August 1986 über Grundstücke im Gesamtausmaß von 150.257 m2 ab. Die beklagte Partei trat mit Zustimmung der klagenden Partei anstelle der bisherigen Bestandnehmer in das Vertragsverhältnis ein.

Der „Pachtvertrag“ hat ua folgenden Wortlaut:

„I.

...

Der Verpächter verpachtet die oben bezeichneten Grundstücke (Anmerkung: im Ausmaß von 150.257 m<sup>2</sup>) an den Pächter und dieser pachtet sie zum Zwecke der Errichtung und des Betriebes einer Freizeitanlage.

...

Der Bestandgegenstand umfaßt keine zu Wohn- oder Betriebszwecken geeigneten Gebäude.

Der Verpächter beabsichtigt ferner in der KG Thalerhof noch die Grundstücke ... im Ausmaß von 19.980 m<sup>2</sup>, ... im noch unbürgerten Ausmaß von 1083 und 208 m<sup>2</sup> zu erwerben. Für den Fall dieses Erwerbs sind auch diese Grundstücke Gegenstand des Pachtvertrages.

II.römisch II.

Das Pachtverhältnis beginnt an dem Eintritt der Wirksamkeit dieses Vertrages folgenden Monatsersten und wird auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Es kann von beiden Vertragsteilen unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils auf den 31. Dezember eines jeden Jahres gekündigt werden, jedoch nur aus den in § 30 MRG genannten Gründen. Das Mietrechtsgesetz findet im übrigen auf das Bestandverhältnis keine Anwendung. Es kann von beiden Vertragsteilen unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils auf den 31. Dezember eines jeden Jahres gekündigt werden, jedoch nur aus den in Paragraph 30, MRG genannten Gründen. Das Mietrechtsgesetz findet im übrigen auf das Bestandverhältnis keine Anwendung.

Eine vorzeitige Auflösung des Pachtvertrages findet aus den Gründen des § 1118 ABGB sowie aus den weiteren in diesem Vertrag genannten Gründen statt. Eine vorzeitige Auflösung des Pachtvertrages findet aus den Gründen des Paragraph 1118, ABGB sowie aus den weiteren in diesem Vertrag genannten Gründen statt.

III.römisch III.

Als Pachtzins wird ein Betrag von jährlich S 1,50 je Quadratmeter der gesamten Bestandliegenschaft, sohin jährlich S 257.292,-- für die Fläche im Ausmaß von 171.528 m<sup>2</sup>, zuzüglich ein Anteil von drei von Hundert, berechnet von sämtlichen wie immer Namen habenden Erlösen und Einnahmen, die der Pächter im Zusammenhang mit dem Betrieb der Freizeitanlage erzielt, sowie zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich der Betriebskosten, wie die von den Bestandliegenschaften erhobenen Grundsteuern und sonstigen Abgaben und Beiträgen, vereinbart.

Der feste Anteil des Pachtzinses ist jährlich im Vorhinein bis 31. Jänner eines jeden Jahres zur Zahlung fällig.

Der auf den Umsatz bezogene Teil des Pachtzinses ist in vier gleichen Teilbeträgen, die auf der Grundlage des Vorjahresumsatzes errechnet werden, am 1. April, 1. Juli, 1. Oktober und 1. Jänner eines jeden Jahres zu bezahlen. Bis spätestens 31. März eines jeden Jahres ist der Umsatz des abgelaufenen Kalenderjahres dem Verpächter bekanntzugeben. Ein sich aus der Umsatzberechnung ergebender Differenzbetrag ist mit der nächsten Zinsrate auszugleichen.

...

Der Verpächter verzichtet bis zur Inbetriebnahme der Freizeitanlage auf die Einhebung des Pachtzinses, jedoch nicht auf eventuelle Einnahmen aus der Umsatzbeteiligung im Sinne Punkt III, Absatz 2. Der Verpächter verzichtet bis zur Inbetriebnahme der Freizeitanlage auf die Einhebung des Pachtzinses, jedoch nicht auf eventuelle Einnahmen aus der Umsatzbeteiligung im Sinne Punkt römisch III, Absatz 2.

Die Inbetriebnahme hat spätestens dann zu erfolgen, wenn die Tiefenbaggerung im Ausmaß des Planes von ... durchgeführt ist.

Im Jahr der Inbetriebnahme ist der Pachtzins erst im Nachhinein am 31. Jänner (zu ergänzen: des) der Inbetriebnahme der Freizeitanlage folgenden Jahres zur Zahlung fällig, wobei an festen (richtig: festem) Pachtzins, Mehrwertsteuer und Betriebskosten vom Pächter lediglich der aliquote Anteil für die Zeit des Betriebes der Freizeitanlage zu bezahlen ist.

Der Pächter verpflichtet sich, den Verpächter unverzüglich von der Inbetriebnahme der Freizeitanlage in Kenntnis zu setzen.

IV.römisch IV.

Der Verpächter hat das Recht, einmal jährlich in die Geschäftsbücher und alle geschäftlichen Unterlagen des Pächters Einsicht zu nehmen. Die Bilanzen des Pächters sind ihm abschriftlich zu übermitteln.

Werden vom Pächter die Bücher nicht oder nicht ordnungsgemäß geführt oder der Verpächter nicht zugänglich gemacht, so ist der Pächter für jeden Kalendermonat, in welchem er mit dieser Verpflichtung in Verzug ist, zur Zahlung einer Vertragsstrafe ... Dem Verpächter steht auch das Recht zu, den Vertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen, falls der Pächter seiner Buchführungs- und Offenlegungspflicht trotz Nachfristsetzung nicht entspricht.

VI.römisch VI.

Zur Sicherstellung aller aus diesem Vertrag erwachsenden Zahlungsverpflichtungen bestellt der Pächter für die Dauer des Bestandvertrages zugunsten des Verpächters eine Bankgarantie in Höhe des wertgesicherten flächenbezogenen Jahrespachtzinses. Befristete Garantieerklärungen sind rechtzeitig vor ihrem Ablauf zu verlängern ...

VIII.römisch VIII.

Der Verpächter gibt schon jetzt seine Zustimmung, daß der Pächter auf den Pachtgrundstücken zum Betrieb eines Freizeitzentrums Bauwerke als Superädifikate errichten und Veränderungen am Bestandsobjekt vornehmen darf, und zwar soweit sie den behördlichen Bestimmungen entsprechen.

Die Errichtung von Bauwerken und die Vornahme von Veränderungen am Bestandsobjekt ist, bzw. sind grundsätzlich im Einvernehmen mit dem Verpächter vorzunehmen. Die Zustimmung seitens des Verpächters ist zu erteilen, wenn die Errichtung von Bauwerken oder die Vornahme von Veränderungen am Bestandsobjekt für den Betrieb der Freizeitanlage notwendig oder dienlich ist, bzw. sind. ...

Bei Beendigung des Pachtverhältnisses vereinbaren die Vertragsteile, daß entsprechend dem Wunsch des Pächters, bauliche Investitionen oder Veränderungen am Bestandgegenstand, welche der Pächter auf seine Kosten vorgenommen hat, durch einen Sachverständigen geschätzt und nach ihrem gegenwärtigen Wert dem Pächter als Investitionsablässe refund(i)ert werden oder vom Pächter auf eigene Kosten abgetragen und entfernt werden.

X.römisch zehn.

Das Recht, auf den Bestandgrundstücken Sand und Schotter zu gewinnen, steht ausschließlich dem Verpächter zu.

Die Parteien sind sich darin einig, daß der Verpächter die weitere Ausbeutung der Mietgrundstücke ... auf eigene Kosten beantragen und im Umfang der behördlichen Bewilligung vornehmen wird. ...

...

XI.römisch XI.

...

Der Verpächter übernimmt die Verpflichtung, auf eigene Kosten die Grundsohle bis zur vorgeschriebenen Kote aufzuschütten, die Böschungen zu sanieren und die sonst erforderlichen Erdbewegungen durchzuführen.

...

XIV.römisch XIV.

Der Verpächter hat das Recht, diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung aufzulösen, wenn der Pächter trotz Setzung einer Nachfrist von 14 Tagen

1. mit der Bezahlung des Pachtzinses im Verzug bleibt,
2. seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Offenlegung der Bücher nicht nachkommt,
3. von der Bestandliegenschaft einen erheblichen nachteiligen Gebrauch macht.

XVI.römisch XVI.

Dem Pächter ist bekannt, daß auf den derzeit über die Bestandliegenschaft führenden Wegen, Grundstücke ... Geh- und Fahrrechte zum Zwecke der landwirtschaftlichen Nutzung zugunsten von D(d)ienstbarkeitsberechtigten Liegenschaften bestehen. Der Pächter übernimmt die hieraus erwachsenden Verpflichtungen in sein Duldungsversprechen.

...“

Ziel der Vertragsparteien war es, der klagenden Partei die Schotterausbeutung im Naßbereich der Bestandgrundstücke, die ohne Gewährleistung einer sinnvollen Folgenutzung des Areals nicht genehmigt worden wäre, und den Bestandnehmern eine solche Folgenutzung durch den Betrieb eines Freizeitentrums zu ermöglichen.

Am 11. Oktober 1991 schlossen die Streitteile einen Baurechtsvertrag. Darin räumte die klagende Partei der beklagten Partei für 15 Jahre das Baurecht im Sinne des Baurechtsgesetzes RGBI 1912/86 in der Fassung BGBl 1990/258 an einem der Bestandgrundstücke (Schottergrube) ein. Es wurde dafür kein zusätzliches, über den Bestandzins gemäß den Punkten III. und IV. des „Pachtvertrags“ hinausgehendes Entgelt vereinbart. In Punkt VII. des Baurechtsvertrags ist vereinbart, daß die beklagte Partei der klagenden Partei sowie jeder von dieser namhaft gemachten dritten Person die unwiderrufliche und für die Dauer des Baurechts unbefristete Option zum Kauf des Baurechts um den Preis von 1 S bei Auflösung des „Pachtvertrags ... wegen schweren Vertragsbruchs des Pächters (§ 1118 ABGB sowie Punkt XIV. des Pachtvertrags)“ vor dem für das Erlöschen des Baurechts vereinbarten Zeitpunkt - sohin vor dem 31. Dezember 2006 - einräumt. Am 11. Oktober 1991 schlossen die Streitteile einen Baurechtsvertrag. Darin räumte die klagende Partei der beklagten Partei für 15 Jahre das Baurecht im Sinne des Baurechtsgesetzes RGBI 1912/86 in der Fassung BGBl 1990/258 an einem der Bestandgrundstücke (Schottergrube) ein. Es wurde dafür kein zusätzliches, über den Bestandzins gemäß den Punkten römisch III. und römisch IV. des „Pachtvertrags“ hinausgehendes Entgelt vereinbart. In Punkt römisch VII. des Baurechtsvertrags ist vereinbart, daß die beklagte Partei der klagenden Partei sowie jeder von dieser namhaft gemachten dritten Person die unwiderrufliche und für die Dauer des Baurechts unbefristete Option zum Kauf des Baurechts um den Preis von 1 S bei Auflösung des „Pachtvertrags ... wegen schweren Vertragsbruchs des Pächters (Paragraph 1118, ABGB sowie Punkt römisch XIV. des Pachtvertrags)“ vor dem für das Erlöschen des Baurechts vereinbarten Zeitpunkt - sohin vor dem 31. Dezember 2006 - einräumt.

Die klagende Partei forderte mit Schreiben vom 27. Jänner 1993 den zum 31. Jänner 1993 fällig gestellten anteiligen festen Bestandzins für 1992 im Betrag von 119.890 S. Die beklagte Partei erwiderte, die Inbetriebnahme (der Freizeitanlage) sei nur in einem „sehr eingeschränkten Umfang“ möglich gewesen, weshalb für 1992 kein Bestandzins zu bezahlen sei. Danach setzte die klagende Partei mit Schreiben vom 17. Februar für die Begleichung des Bestandzinses 1993 eine Nachfrist von 14 Tagen und erklärte die „Auflösung des Pachtvertrags“ gemäß dessen Punkt XIV. in Verbindung mit § 1118 ABGB. Im übrigen übte die klagende Partei für den Fall nicht fristgerechter Bezahlung des „Bau- bzw. Pachtzinses“ die vertragliche Option auf Erwerb des Baurechts um den Preis von 1 S aus. Die beklagte Partei bezahlte daraufhin im März 1993 119.890 S vorbehaltlich einer Detailabrechnung und Prüfung. Die klagende Partei forderte mit Schreiben vom 27. Jänner 1993 den zum 31. Jänner 1993 fällig gestellten anteiligen festen Bestandzins für 1992 im Betrag von 119.890 S. Die beklagte Partei erwiderte, die Inbetriebnahme (der Freizeitanlage) sei nur in einem „sehr eingeschränkten Umfang“ möglich gewesen, weshalb für 1992 kein Bestandzins zu bezahlen sei. Danach setzte die klagende Partei mit Schreiben vom 17. Februar für die Begleichung des Bestandzinses 1993 eine Nachfrist von 14 Tagen und erklärte die „Auflösung des Pachtvertrags“ gemäß dessen Punkt römisch XIV. in Verbindung mit Paragraph 1118, ABGB. Im übrigen übte die klagende Partei für den Fall nicht fristgerechter Bezahlung des „Bau- bzw. Pachtzinses“ die vertragliche Option auf Erwerb des Baurechts um den Preis von 1 S aus. Die beklagte Partei bezahlte daraufhin im März 1993 119.890 S vorbehaltlich einer Detailabrechnung und Prüfung.

Mit Schreiben vom 16. März 1993 begehrte die klagende Partei die Leistung des festen Pachtzinses für 1993 in Höhe von 395.637 S. Die Streitteile vereinbarten in der Folge eine Stundung bis zum 5. April 1993. Die beklagte Partei leistete jedoch auch bis zu diesem Termin keine Zahlung. Mit Schreiben vom 14. April 1993 erklärte die klagende Partei unter Setzung einer Nachfrist von 14 Tagen die „Auflösung des Pachtvertrags“ gemäß dessen Punkt XIV. in Verbindung mit § 1118 ABGB und wies die beklagte Partei überdies auf deren Vertragspflicht hin, den Umsatz des abgelaufenen Kalenderjahres bekanntzugeben, sei doch ein Viertel des umsatzbezogenen Bestandzinses bereits am 1. April 1993 zur Zahlung fällig geworden. Die beklagte Partei teilte der klagenden Partei den Umsatz mit Schreiben vom 29. April 1993 mit und errechnete daraus einen umsatzbezogenen Bestandzins von 9.757,30 S. Sie erklärte überdies, den fixen und den variablen Bestandzins im Gesamtbetrag von 405.394,30 S „mit heutigem Tag“ zu überweisen. Tatsächlich erfolgte jedoch keine Zahlung. Nach der Leistung von 119.890 S im März 1993 zahlte die beklagte Partei nichts mehr. Sie teilte vielmehr der klagenden Partei im Schreiben vom 10. Mai 1993 mit, der begehrte Bestandzins sei „nicht fällig bzw. durch Gegenforderungen“, die die Bestandzinsforderung bei weitem überstiegen, kompensiert. Die Wasserrechtsbehörde habe für die Freizeitanlage nur eine eingeschränkte Benützungsbewilligung erteilt, weil der

aufgrund einer nicht genehmigten Ausbaggerung erteilte Auftrag zur Wiederherstellung des vorigen Zustands nicht gänzlich erfüllt worden sei. Diese Verzögerung in der Inbetriebnahme der Freizeitanlage gehe zu Lasten der klagenden Partei und habe einen Umsatzentgang von 1,3 Mio. S netto verursacht. Die beklagte Partei erklärte daher auch ausdrücklich mit ihrer Forderung gegen jene der klagenden Partei auf Bezahlung des Bestandzinses aufzurechnen und behielt sich die Geltendmachung des die Bestandzinsforderung übersteigenden Anspruchs vor. Mit Schreiben vom 16. März 1993 begehrte die klagende Partei die Leistung des festen Pachtzinses für 1993 in Höhe von 395.637 S. Die Streitteile vereinbarten in der Folge eine Stundung bis zum 5. April 1993. Die beklagte Partei leistete jedoch auch bis zu diesem Termin keine Zahlung. Mit Schreiben vom 14. April 1993 erklärte die klagende Partei unter Setzung einer Nachfrist von 14 Tagen die „Auflösung des Pachtvertrags“ gemäß dessen Punkt römisch XIV. in Verbindung mit Paragraph 1118, ABGB und wies die beklagte Partei überdies auf deren Vertragspflicht hin, den Umsatz des abgelaufenen Kalenderjahres bekanntzugeben, sei doch ein Viertel des umsatzbezogenen Bestandzinses bereits am 1. April 1993 zur Zahlung fällig geworden. Die beklagte Partei teilte der klagenden Partei den Umsatz mit Schreiben vom 29. April 1993 mit und errechnete daraus einen umsatzbezogenen Bestandzins von 9.757,30 S. Sie erklärte überdies, den fixen und den variablen Bestandzins im Gesamtbetrag von 405.394,30 S „mit heutigem Tag“ zu überweisen. Tatsächlich erfolgte jedoch keine Zahlung. Nach der Leistung von 119.890 S im März 1993 zahlte die beklagte Partei nichts mehr. Sie teilte vielmehr der klagenden Partei im Schreiben vom 10. Mai 1993 mit, der begehrte Bestandzins sei „nicht fällig bzw. durch Gegenforderungen“, die die Bestandzinsforderung bei weitem überstiegen, kompensiert. Die Wasserrechtsbehörde habe für die Freizeitanlage nur eine eingeschränkte Benützungsbewilligung erteilt, weil der aufgrund einer nicht genehmigten Ausbaggerung erteilte Auftrag zur Wiederherstellung des vorigen Zustands nicht gänzlich erfüllt worden sei. Diese Verzögerung in der Inbetriebnahme der Freizeitanlage gehe zu Lasten der klagenden Partei und habe einen Umsatzentgang von 1,3 Mio. S netto verursacht. Die beklagte Partei erklärte daher auch ausdrücklich mit ihrer Forderung gegen jene der klagenden Partei auf Bezahlung des Bestandzinses aufzurechnen und behielt sich die Geltendmachung des die Bestandzinsforderung übersteigenden Anspruchs vor.

Die klagende Partei war im Besitz einer Bankgarantie über 500.000 S entsprechend Punkt VI. des „Pachtvertrags“. In dieser Hinsicht wurden von den Vertragsparteien keine Zusatzvereinbarungen geschlossen. Die klagende Partei war im Besitz einer Bankgarantie über 500.000 S entsprechend Punkt römisch VI. des „Pachtvertrags“. In dieser Hinsicht wurden von den Vertragsparteien keine Zusatzvereinbarungen geschlossen.

Die beklagte Partei vereinbarte mit einem Drittunternehmen am 23. Oktober 1992 „Schüttungsarbeiten“ im nordöstlichen Grubenbereich. Danach verpflichtete sich der Vertragspartner der beklagten Partei „nur wasserrechtlich einwandfreies Aushubmaterial zu stürzen“. Diese Vereinbarung wurde sodann auf einen rund 10 m breiten Grundstücksstreifen am südlichen Ende der Freizeitanlage erweitert. Dort wurde jedoch - beginnend ab März/April 1994 - sukzessive Bauschutt ohne Genehmigung der klagenden Partei abgelagert. Es handelte sich dabei „im wesentlichen um Baurestmassen sowie um Erdaushub“ mit „nicht unerheblichen Anteilen von Baustellenabfällen“, der als „gemischter Bauschutt“ zu bezeichnen ist und nicht den Bestimmungen der Baurestmassentrennungsverordnung 1991 über die Vorsortierung entsprach. Mehrere LKW-Ladungen an Müll wurden auch „im östlichen Teil der Liegenschaft zur Eisenbahn hin gelagert“.

Die klagende Partei forderte die beklagte Partei mit Schreiben vom 8. August 1994 auf, die „Auffüllung mit Bauschutt unverzüglich einzustellen und für die restlose Beseitigung“ des angeschütteten Materials zu sorgen. Ein Vertreter der beklagten Partei teilte dem mit der Schüttung beauftragten Unternehmer auch mit, er dürfe keinen Bauschutt ablagern. Eine Klage unterblieb jedoch. Die klagende Partei wies die beklagte Partei in einem Schreiben vom 19. August 1994 auf die Verletzung des Bestandvertrags durch die Ablagerung von Bauschutt hin, verlangte die Herstellung des rechtmäßigen Zustands „unter Anwendung der Bestimmungen des Punktes XIV. des Pachtvertrags sowie des § 1118 ABGB“ innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang des Schreibens und erklärte die Auflösung des „Pachtvertrags“, wenn die Nachfrist ungenützt verstreichen sollte. Gleichzeitig übte die klagende Partei die für den Fall der Nichterfüllung des Baurechtsvertrags vereinbarte Option aus, das Baurecht um den Preis von 1 S zu kaufen. Auch der von der Wasserrechtsbehörde beigezogene Sachverständige bezeichnete den bestehenden Zustand ausdrücklich als „Mißstand“. Das Unternehmen, das von der beklagten Partei mit der Durchführung von Aufschüttungen beauftragt worden war, begann den gelagerten Bauschutt nach dem 6. September 1994 wegzuführen. Die Entfernung der Schuttmassen war am 26. September 1994 beendet. Die klagende Partei forderte die beklagte Partei mit Schreiben vom 8. August 1994 auf, die „Auffüllung mit Bauschutt unverzüglich einzustellen und für die

restlose Beseitigung“ des angeschütteten Materials zu sorgen. Ein Vertreter der beklagten Partei teilte dem mit der Schüttung beauftragten Unternehmer auch mit, er dürfe keinen Bauschutt ablagern. Eine Klage unterblieb jedoch. Die klagende Partei wies die beklagte Partei in einem Schreiben vom 19. August 1994 auf die Verletzung des Bestandvertrags durch die Ablagerung von Bauschutt hin, verlangte die Herstellung des rechtmäßigen Zustands „unter Anwendung der Bestimmungen des Punktes römisch XIV. des Pachtvertrags sowie des Paragraph 1118, ABGB“ innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang des Schreibens und erklärte die Auflösung des „Pachtvertrags“, wenn die Nachfrist ungenützt verstreichen sollte. Gleichzeitig übte die klagende Partei die für den Fall der Nichterfüllung des Baurechtsvertrags vereinbarte Option aus, das Baurecht um den Preis von 1 S zu kaufen. Auch der von der Wasserrechtsbehörde beigezogene Sachverständige bezeichnete den bestehenden Zustand ausdrücklich als „Mißstand“. Das Unternehmen, das von der beklagten Partei mit der Durchführung von Aufschüttungen beauftragt worden war, begann den gelagerten Bauschutt nach dem 6. September 1994 wegzuführen. Die Entfernung der Schuttmassen war am 26. September 1994 beendet.

Mit Bescheid des Landeshauptmanns von Steiermark vom 17. August 1988 war der klagenden Partei und den Rechtsvorgängern der beklagten Partei zur ungeteilten Hand die wasserrechtliche Bewilligung für die Durchführung einer Naßbaggerung auf mehreren Grundstücken der Katastralgemeinde Thalerhof, die Nutzung dieser Naßbaggerung für Bade- und (sonstige) Freizeit Zwecke und die Errichtung von Freizeitanlagen erteilt worden. Eine Auflage dieses Bescheids verpflichtete die Parteien, nur einwandfreies Schotter- und Schlemmmaterial aus der Kieswäsche für die Grundstücksanhebung zu verwenden. Nachdem die beklagte Partei der Wasserrechtsbehörde die Fertigstellung von Freizeitanlagen angezeigt hatte, schrieb diese zur Behebung der in der Verhandlung vom 26. April 1994 festgestellten Mängel vor, den tieferliegenden und noch nicht aufgefüllten Geländestreifen im südlichen Bereich der Anlage durch die Verwendung eines bestimmten Materials bis zu einer bestimmten Höhenkote anzuheben.

Die klagende Partei begehrte die Räumung der Bestandsflächen und die Einwilligung der beklagten Partei in die „bücherliche Einverleibung des Eigentumsrechts der klagenden Partei an der für das Baurecht der beklagten Partei“ an einer bestimmten Liegenschaft „neu eröffneten Grundbuchseinlage“. Sie brachte vor, das Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien sei nicht Miete, sondern Pacht. Die beklagte Partei habe die Freizeitanlage auf den Bestandsliegenschaften im Sommer 1992 in Betrieb genommen, sei jedoch mit der Bezahlung des Pachtzinses (fixer Anteil 1992, fixer und variabler Anteil 1993 und 1994) in Verzug geraten. Sie habe auch ihre Bilanzen nicht vorgelegt. Die klagende Partei habe daher aufgrund der vertraglichen Bestimmungen die Auflösung des Pachtvertrags erklärt und die Option auf den Erwerb des Baurechts der beklagten Partei ausgeübt. Das Klagebegehren sei in eventu jedoch auch deshalb gerechtfertigt, weil die beklagte Partei vom Bestandgegenstand durch das Aufschütten von Bauschutt, die Duldung des Betriebs eines Rüttelsiebs und das Überschütten eines Dienstbarkeitswegs einen erheblich nachteiligen Gebrauch gemacht habe. Erklärungen zur Auflösung des Bestandvertrags seien auch auf diese Tatsachen gestützt und die Option auf den Erwerb des Baurechts der beklagten Partei auch deshalb ausgeübt worden. Die Aufrechnung mit angeblichen Schadenersatzansprüchen sei unbeachtlich, weil die beklagte Partei eine solche erst erklärt habe, als das Pachtverhältnis bereits aufgelöst gewesen sei. Nicht maßgeblich sei auch die schließliche Entfernung des Bauschutts, weil diese erst nach Ablauf der dafür gesetzten Nachfrist erfolgt sei.

Die beklagte Partei wendete ein, das Rechtsverhältnis zwischen den Streitparteien sei nicht Pacht, sondern Miete. Daher seien die Kündigungsbeschränkungen des Mietrechtsgesetzes anwendbar. Die Klärung dieser Rechtsfragen habe aufgrund des Zwischenantrags auf Feststellung zu erfolgen, sei doch die Entscheidung darüber nicht nur für dieses Verfahren von Bedeutung. Die beklagte Partei befinde sich nicht in Zahlungsverzug. Sollte eine Mietzinsforderung der klagenden Partei bestanden haben, sei diese durch die Aufrechnung mit Schadenersatzforderungen in Höhe von 6,5 Mio S und 780.000 S getilgt. Der klagenden Partei stehe jedoch für 1992 überhaupt keine Mietzinsforderung zu. Die Freizeitanlage habe nämlich in diesem Jahr gar nicht in Betrieb genommen werden können. Der bloße Probetrieb auf behördliches Ersuchen sei nicht kostendeckend gewesen. Das Bestandentgelt für 1993 sei gegenüber der Vereinbarung um 50 % zu reduzieren, weil die Anlage aus Gründen, die die klagende Partei zu vertreten habe, nur etwa die halbe Sommersaison habe genutzt werden können. Da die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes anwendbar seien, habe die beklagte Partei überdies „bei allfälliger Feststellung eines offenen Bestandentgelts jederzeit die Möglichkeit, dieses noch zu bezahlen“. Eine Mietzinsforderung wäre außerdem durch eine der klagenden Partei bestellte Bankgarantie gesichert gewesen. Der klagenden Partei sei auch Einsicht in die Geschäftsunterlagen der beklagten Partei gewährt worden. Es habe kein erheblich nachteiliger Gebrauch des Bestandgegenstands durch die

Ablagerung von Bauschutt stattgefunden. Diese habe ein Dritter eigenmächtig durchgeführt. Die beklagte Partei habe das ihr Mögliche und Zumutbare getan, um die Entfernung des Schutts zu veranlassen; dessen Beseitigung sei schließlich auch geschehen. Die beklagte Partei habe den Mietvertrag - im Unterschied zur klagenden Partei - auch sonst nicht verletzt.

Das Erstgericht wies den Zwischenantrag auf Feststellung der beklagten Partei ab und gab dem Klagebegehren statt. Es traf - abgesehen von dem bereits eingangs dieser Entscheidung dargestellten Sachverhalt - noch folgende Feststellungen:

Die beklagte Partei habe die Freizeitanlage im Juli 1992 in Betrieb genommen. Davon ausgenommen seien „nur der Nordteil und die Nordbar“ gewesen. Die Betriebsaufnahme habe sich auf zwei Drittel des Areals bezogen. Die Erdbewegungsarbeiten seien im August 1992 beendet worden. Die Streitteile hätten vereinbart, daß der beklagten Partei der feste Anteil des Bestandzinses ab 1. September 1992 in Rechnung gestellt werde.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht das Bestandverhältnis der Streitteile als Pacht. Selbst wenn jedoch eine Flächenmiete anzunehmen wäre, sei aufgrund des Vertrags nur § 30 MRG, dagegen keine andere Bestimmung dieses Gesetzes anwendbar. Die beklagte Partei habe die Auflösungstatbestände des § 1118 1. und 2. Fall ABGB verwirklicht. Sie habe vom Bestandgegenstand durch die monatelange Ablagerung von Bauschutt nicht nur einen erheblich nachteiligen Gebrauch gemacht, sondern sei auch „mehrfach“ mit der Bezahlung des Pachtzinses in Verzug geraten. Die Regelung des § 33 Abs 2 MRG sei infolge Vorliegens eines Pachtverhältnisses unanwendbar. Die klagende Partei habe wegen des Vertragsbruchs der beklagten Partei auch deren Baurecht erworben. In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht das Bestandverhältnis der Streitteile als Pacht. Selbst wenn jedoch eine Flächenmiete anzunehmen wäre, sei aufgrund des Vertrags nur Paragraph 30, MRG, dagegen keine andere Bestimmung dieses Gesetzes anwendbar. Die beklagte Partei habe die Auflösungstatbestände des Paragraph 1118, 1. und 2. Fall ABGB verwirklicht. Sie habe vom Bestandgegenstand durch die monatelange Ablagerung von Bauschutt nicht nur einen erheblich nachteiligen Gebrauch gemacht, sondern sei auch „mehrfach“ mit der Bezahlung des Pachtzinses in Verzug geraten. Die Regelung des Paragraph 33, Absatz 2, MRG sei infolge Vorliegens eines Pachtverhältnisses unanwendbar. Die klagende Partei habe wegen des Vertragsbruchs der beklagten Partei auch deren Baurecht erworben.

Das Berufungsgericht „bestätigte“ die Entscheidung über den Zwischenantrag auf Feststellung „mit der Maßgabe“, daß dieser Antrag „nicht ab-, sondern zurückgewiesen“ wurde; im übrigen wies es das Klagebegehren ab und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es führte aus, die beklagte Partei habe keinen qualifizierten Zahlungsverzug zu vertreten, weil diese den Zinsrückstand, auf den sich die Auflösungserklärung bezogen habe, noch vor dem nächsten Zahlungstermin beglichen habe. Die beklagte Partei habe auch keinen erheblich nachteiligen Gebrauch von der Bestandsache gemacht. Daran könnten auch Feststellungen nichts ändern, wie sie die klagende Partei im Berufungsverfahren angestrebt habe, wäre doch ein erheblich nachteiliger Gebrauch nur dann zu bejahen, wenn der Bestandnehmer durch eine wiederholte oder lang andauernde, bewußte oder grob fahrlässige Benützung oder auch durch die Unterlassung einer Reihe notwendiger Vorkehrungen wichtige Interessen des Bestandgebers verletzt hätte. Ein solches Verhalten der beklagten Partei liege aber hier jedenfalls nicht vor. Die klagende Partei habe überdies nicht einmal behauptet, durch die mehrere Monate dauernde Ablagerung von Bauschutt „im erheblichen Maß geschädigt worden“ zu sein. Der geringfügige Verzug in der Beseitigung der Schuttablagerungen sei noch keine „ins Gewicht fallende Verspätung“. Die Entscheidung über das Klagebegehren hänge nicht von der rechtlichen Einordnung des Bestandverhältnisses der Streitteile als Miete oder Pacht ab. Wesentlich sei vielmehr nur, ob die beklagte Partei einen Auflösungstatbestand nach § 1118 ABGB verwirklicht habe. Das sei jedoch zu verneinen. Deshalb sei der Zwischenantrag auf Feststellung der beklagten Partei für die Entscheidung in der Hauptsache auch nicht präjudiziell. Dessen Präjudizialität wäre allerdings eine Voraussetzung seiner Zulässigkeit. Die Unzulässigkeit eines solchen Antrags sei von Amts wegen wahrzunehmen und führe zu dessen Zurückweisung. Das Ersturteil sei daher in diesem Punkt mit einer entsprechenden Maßgabe zu bestätigen gewesen. Das Berufungsgericht „bestätigte“ die Entscheidung über den Zwischenantrag auf Feststellung „mit der Maßgabe“, daß dieser Antrag „nicht ab-, sondern zurückgewiesen“ wurde; im übrigen wies es das Klagebegehren ab und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es führte aus, die beklagte Partei habe keinen qualifizierten Zahlungsverzug zu vertreten, weil diese den Zinsrückstand, auf den sich die Auflösungserklärung bezogen habe, noch vor dem nächsten Zahlungstermin beglichen habe. Die beklagte Partei habe auch keinen erheblich nachteiligen Gebrauch von der Bestandsache gemacht. Daran könnten auch Feststellungen nichts ändern, wie sie die klagende Partei im Berufungsverfahren angestrebt habe, wäre

doch ein erheblich nachteiliger Gebrauch nur dann zu bejahen, wenn der Bestandnehmer durch eine wiederholte oder lang andauernde, bewußte oder grob fahrlässige Benützung oder auch durch die Unterlassung einer Reihe notwendiger Vorkehrungen wichtige Interessen des Bestandgebers verletzt hätte. Ein solcher Verhalten der beklagten Partei liege aber hier jedenfalls nicht vor. Die klagende Partei habe überdies nicht einmal behauptet, durch die mehrere Monate dauernde Ablagerung von Bauschutt „im erheblichen Maß geschädigt worden“ zu sein. Der geringfügige Verzug in der Beseitigung der Schuttablagerungen sei noch keine „ins Gewicht fallende Verspätung“. Die Entscheidung über das Klagebegehren hänge nicht von der rechtlichen Einordnung des Bestandverhältnisses der Streitteile als Miete oder Pacht ab. Wesentlich sei vielmehr nur, ob die beklagte Partei einen Auflösungsstatbestand nach Paragraph 1118, ABGB verwirklicht habe. Das sei jedoch zu verneinen. Deshalb sei der Zwischenantrag auf Feststellung der beklagten Partei für die Entscheidung in der Hauptsache auch nicht präjudiziell. Dessen Präjudizialität wäre allerdings eine Voraussetzung seiner Zulässigkeit. Die Unzulässigkeit eines solchen Antrags sei von Amts wegen wahrzunehmen und führe zu dessen Zurückweisung. Das Ersturteil sei daher in diesem Punkt mit einer entsprechenden Maßgabe zu bestätigen gewesen.

Der Rekurs der beklagten Partei und die Revision der klagenden Partei sind berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

1) Zum Rekurs der beklagten Partei:

Das Berufungsgericht sprach ua aus, das angefochtene Urteil wurde in seinem Punkt 2. mit der Maßgabe bestätigt, daß der Zwischenantrag auf Feststellung der beklagten Partei „nicht ab-, sondern zurückgewiesen“ werde, weil das Feststellungsbegehren, wie sich aus der Begründung ergibt, für die Entscheidung in der Hauptsache nicht präjudiziell sei.

Damit wurde jedoch das Ersturteil in diesem Umfang der Sache nach mit Beschluß aufgehoben und der Feststellungsantrag zurückgewiesen (Rechberger und Kodek in Rechberger, Kommentar zur ZPO Rz 5 zu § 236 bzw Rz 3 zu § 519 je mN aus der Rsp). Gegen einen solchen im Berufungsverfahren erlassenen Beschluß ist gemäß § 519 Abs 1 Z 1 ZPO der Rekurs an den Obersten Gerichtshof jedenfalls zulässig. Die Rekursfrist beträgt - entgegen der Ansicht der klagenden Partei - vier Wochen. Das Rechtsmittelverfahren ist zweiseitig, kommt doch die Bestimmung des § 521a Abs 1 Z 3 ZPO zur Anwendung (EvBl 1997/30 mwN; Kodek aaO). Aufgrund dieser vom Gericht zweiter Instanz, aber auch von den Streitteilen verkannten Rechtslage ist die „außerordentliche Revision“ der beklagten Partei als Rekurs zu behandeln. Damit wurde jedoch das Ersturteil in diesem Umfang der Sache nach mit Beschluß aufgehoben und der Feststellungsantrag zurückgewiesen (Rechberger und Kodek in Rechberger, Kommentar zur ZPO Rz 5 zu Paragraph 236, bzw Rz 3 zu Paragraph 519, je mN aus der Rsp). Gegen einen solchen im Berufungsverfahren erlassenen Beschluß ist gemäß Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO der Rekurs an den Obersten Gerichtshof jedenfalls zulässig. Die Rekursfrist beträgt - entgegen der Ansicht der klagenden Partei - vier Wochen. Das Rechtsmittelverfahren ist zweiseitig, kommt doch die Bestimmung des Paragraph 521 a, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO zur Anwendung (EvBl 1997/30 mwN; Kodek aaO). Aufgrund dieser vom Gericht zweiter Instanz, aber auch von den Streitteilen verkannten Rechtslage ist die „außerordentliche Revision“ der beklagten Partei als Rekurs zu behandeln.

Das Mietrechtsgesetz beschränkt seinen sachlichen Anwendungsbereich an sich auf die Raummiete (SZ 68/123 = JBl 1995, 801 = EvBl 1996/15 = WoBl 1996, 245 [Würth] = JUS Z 1894; SZ 63/14 = RZ 1990/106 = MietSlg 42.281/6; RZ 1993/36 = WoBl 1992, 30; JBl 1990, 725 = WoBl 1990, 158; SZ 58/25 = MietSlg 37.222/13 = HS 16.536 = HS 16.785; SZ 57/194 = RdW 1985, 367 = MietSlg 36.236/48 = HS 14.563; Würth in Rummel, ABGB2 Rz 2 zu § 1 MRG). Die generelle Einbeziehung der Miete von Grundflächen zur geschäftlichen Nutzung in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes kraft Analogieschlusses kommt daher nicht in Betracht (SZ 68/123; JBl 1985, 107 = EvBl 1984/161 = RdW 1985, 75 = MietSlg 36.235/28; SZ 57/194; F. Bydlinski, Superädifikate und Kündigungsschutz, JBl 1984, 241 [250]). Werden jedoch Grundflächen zur Errichtung von Superädifikaten für geschäftliche Zwecke vermietet, sind die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes über den Kündigungsschutz analog anzuwenden (WoBl 1996, 245 [zustimmend Würth]; JBl 1995, 715 = WoBl 1996, 246; JBl 1990, 725 = WoBl 1990, 158; SZ 57/194; Würth in Rummel aaO Rz 2a zu § 1 MRG), wenn der Verwendung der vom Mieter auf den Grundflächen errichteten Geschäftsgebäude für den Gebrauch des gesamten Bestandsobjekts - wie hier - selbständige Bedeutung zukommt und diese daher im Verhältnis zur Funktion der unbebauten Grundflächen nicht gänzlich in den Hintergrund tritt (JBl 1990, 725; SZ 57/194; Würth in Rummel aaO Rz 2a zu § 1 MRG). Zu den gesetzlichen Regelungen über den Kündigungsschutz gehört aber auch die



Bestimmung des § 33 Abs 2 MRG, wonach die Kündigung aufzuheben ist, wenn den Mieter am objektiv eingetretenen Zahlungsverzug kein grobes Verschulden trifft und den geschuldeten Betrag noch vor Schluß der der Entscheidung des Gerichts erster Instanz unmittelbar vorangegangenen Verhandlung entrichtet. Diese Bestimmung gilt gemäß § 33 Abs 3 MRG sinngemäß auch in Räumungsprozessen, wenn ein Klagebegehren gemäß § 1118 ABGB darauf gestützt wird, daß der Mieter den bereits fälligen und daher rückständigen Zins nach geschehener Einmahnung bis zum nächsten Zinsfälligkeitstermin nicht vollständig bezahlte (MietSlg 43.105 [zum qualifizierten Zinsrückstand]; vgl im übrigen Würth in Rummel aaO Rz 15 zu § 1118 ABGB und Rz 8 zu § 33 MRG mwN aus der Rsp). Die Erklärung des Vermieters, den Vertrag aufzuheben, wird daher rückwirkend unwirksam, wenn der Mieter einen nicht durch grobes Verschulden entstandenen qualifizierten Mietzinsrückstand bis zu dem in § 33 Abs 2 MRG angeführten Zeitpunkt entrichtet (SZ 67/72 = JBl 1994, 826 = ecolex 1994, 535 [Hausmann] = WoBl 1996, 58 [Würth] = MietSlg 46.428/11; Würth in Rummel aaO Rz 20 zu § 1118 ABGB). Das Räumungsbegehren ist dann abzuweisen. Ist die Höhe des geschuldeten Betrags strittig, hat das Gericht darüber vor Schluß der Verhandlung durch Beschluß zu erkennen (SZ 67/72). Dabei kann auch der während des Räumungsstreits fällig gewordene Bestandzins den - allenfalls vorher nicht vorliegenden - Aufhebungstatbestand gemäß § 1118 2.Fall ABGB erfüllen, wenn die nicht bezahlten Beträge wenigstens während des Verfahrens einen qualifizierten Mietzinsrückstand ergaben (MietSlg 45.139; Würth in Rummel aaO Rz 19 zu § 1118 mwN aus der Rsp). Dabei ersetzt die Räumungsklage nicht nur die Auflösungserklärung, sondern auch die Mahnung (MietSlg 46.160; MietSlg 43.105; Würth in Rummel aaO Rz 18 zu § 1118 mwN aus der Rsp). Das Mietrechtsgesetz beschränkt seinen sachlichen Anwendungsbereich an sich auf die Raummiete (SZ 68/123 = JBl 1995, 801 = EvBl 1996/15 = WoBl 1996, 245 [Würth] = Jus Ziffer 1894 ;, SZ 63/14 = RZ 1990/106 = MietSlg 42.281/6; RZ 1993/36 = WoBl 1992, 30; JBl 1990, 725 = WoBl 1990, 158; SZ 58/25 = MietSlg 37.222/13 = HS 16.536 = HS 16.785; SZ 57/194 = RdW 1985, 367 = MietSlg 36.236/48 = HS 14.563; Würth in Rummel, ABGB2 Rz 2 zu Paragraph eins, MRG). Die generelle Einbeziehung der Miete von Grundflächen zur geschäftlichen Nutzung in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes kraft Analogieschlusses kommt daher nicht in Betracht (SZ 68/123; JBl 1985, 107 = EvBl 1984/161 = RdW 1985, 75 = MietSlg 36.235/28; SZ 57/194; F. Bydliniski, Superädifikate und Kündigungsschutz, JBl 1984, 241 [250]). Werden jedoch Grundflächen zur Errichtung von Superädifikaten für geschäftliche Zwecke vermietet, sind die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes über den Kündigungsschutz analog anzuwenden (WoBl 1996, 245 [zustimmend Würth]; JBl 1995, 715 = WoBl 1996, 246; JBl 1990, 725 = WoBl 1990, 158; SZ 57/194; Würth in Rummel aaO Rz 2a zu Paragraph eins, MRG), wenn der Verwendung der vom Mieter auf den Grundflächen errichteten Geschäftsgebäude für den Gebrauch des gesamten Bestandobjekts - wie hier - selbständige Bedeutung zukommt und diese daher im Verhältnis zur Funktion der unbebauten Grundflächen nicht gänzlich in den Hintergrund tritt (JBl 1990, 725; SZ 57/194; Würth in Rummel aaO Rz 2a zu Paragraph eins, MRG). Zu den gesetzlichen Regelungen über den Kündigungsschutz gehört aber auch die Bestimmung des Paragraph 33, Absatz 2, MRG, wonach die Kündigung aufzuheben ist, wenn den Mieter am objektiv eingetretenen Zahlungsverzug kein grobes Verschulden trifft und den geschuldeten Betrag noch vor Schluß der der Entscheidung des Gerichts erster Instanz unmittelbar vorangegangenen Verhandlung entrichtet. Diese Bestimmung gilt gemäß Paragraph 33, Absatz 3, MRG sinngemäß auch in Räumungsprozessen, wenn ein Klagebegehren gemäß Paragraph 1118, ABGB darauf gestützt wird, daß der Mieter den bereits fälligen und daher rückständigen Zins nach geschehener Einmahnung bis zum nächsten Zinsfälligkeitstermin nicht vollständig bezahlte (MietSlg 43.105 [zum qualifizierten Zinsrückstand]; vergleiche im übrigen Würth in Rummel aaO Rz 15 zu Paragraph 1118, ABGB und Rz 8 zu Paragraph 33, MRG mwN aus der Rsp). Die Erklärung des Vermieters, den Vertrag aufzuheben, wird daher rückwirkend unwirksam, wenn der Mieter einen nicht durch grobes Verschulden entstandenen qualifizierten Mietzinsrückstand bis zu dem in Paragraph 33, Absatz 2, MRG angeführten Zeitpunkt entrichtet (SZ 67/72 = JBl 1994, 826 = ecolex 1994, 535 [Hausmann] = WoBl 1996, 58 [Würth] = MietSlg 46.428/11; Würth in Rummel aaO Rz 20 zu Paragraph 1118, ABGB). Das Räumungsbegehren ist dann abzuweisen. Ist die Höhe des geschuldeten Betrags strittig, hat das Gericht darüber vor Schluß der Verhandlung durch Beschluß zu erkennen (SZ 67/72). Dabei kann auch der während des Räumungsstreits fällig gewordene Bestandzins den - allenfalls vorher nicht vorliegenden - Aufhebungstatbestand gemäß Paragraph 1118, 2.Fall ABGB erfüllen, wenn die nicht bezahlten Beträge wenigstens während des Verfahrens einen qualifizierten Mietzinsrückstand ergaben (MietSlg 45.139; Würth in Rummel aaO Rz 19 zu Paragraph 1118, mwN aus der Rsp). Dabei ersetzt die Räumungsklage nicht nur die Auflösungserklärung, sondern auch die Mahnung (MietSlg 46.160; MietSlg 43.105; Würth in Rummel aaO Rz 18 zu Paragraph 1118, mwN aus der Rsp).

Nach Ansicht des Berufungsgerichts soll die Entscheidung über das Klagebegehren deshalb nicht von der näheren

rechtlichen Qualifikation des Bestandverhältnisses der Streitteile abhängen, weil nur maßgeblich sei, ob die beklagte Partei einen Auflösungsstatbestand gemäß § 1118 ABGB verwirklicht habe. Ein qualifizierter Zinsrückstand im Sinne des § 1118 2.Fall ABGB sei jedoch zu verneinen, sei doch die Fälligkeit „des Pachtzinses für 1993 erst zu einem Zeitpunkt eingetreten“, als die beklagte Partei den festen Anteil des „Pachtzinses für 1992“ bereits entrichtet gehabt habe. Für den variablen Teil des Bestandzinses sei dagegen das Bestehen eines Rückstands gar nicht behauptet worden. Nach Ansicht des Berufungsgerichts soll die Entscheidung über das Klagebegehren deshalb nicht von der näheren rechtlichen Qualifikation des Bestandverhältnisses der Streitteile abhängen, weil nur maßgeblich sei, ob die beklagte Partei einen Auflösungsstatbestand gemäß Paragraph 1118, ABGB verwirklicht habe. Ein qualifizierter Zinsrückstand im Sinne des Paragraph 1118, 2.Fall ABGB sei jedoch zu verneinen, sei doch die Fälligkeit „des Pachtzinses für 1993 erst zu einem Zeitpunkt eingetreten“, als die beklagte Partei den festen Anteil des „Pachtzinses für 1992“ bereits entrichtet gehabt habe. Für den variablen Teil des Bestandzinses sei dagegen das Bestehen eines Rückstands gar nicht behauptet worden.

Dabei übersieht das Berufungsgericht, daß die klagende Partei in der Verhandlungssatzung vom 19. Jänner 1995 (Schluß der Verhandlung erster Instanz) ua auch vorbrachte, daß sich „die beklagte Partei nicht nur seit Frühjahr 1993, sondern bis zum heutigen Tag in grob schuldhaftem Zahlungsverzug“ befinde und der variable „Pachtzins“ für 1992 sowie der fixe und variable „Pachtzins“ für 1993 und 1994 unbeglichen seien (ON 38 Seite 40). Es steht im übrigen fest, daß die beklagte Partei lediglich im März 1993 eine Zahlung von 119.890 S leistete und seither jedenfalls nichts mehr bar oder durch Überweisung bezahlte, sondern behauptete, gegen eine allfällige Mietzinsschuld mit Schadenersatzansprüchen aufgerechnet zu haben. Bei Schluß der Verhandlung erster Instanz hätte daher - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - jedenfalls ein qualifizierter Mietzinsrückstand im Sinne des § 1118 2.Fall ABGB bestanden, es sei denn, dessen Tilgung wäre, wie die beklagte Partei behauptet, durch Aufrechnung erfolgt. Das Berufungsgericht unterliegt jedoch auch einem Rechtsirrtum, soweit es die nähere rechtliche Qualifikation des Bestandverhältnisses der Streitteile für nicht entscheidungswesentlich hält, kann sich doch - nach den bereits dargestellten Rechtsgrundlagen - nur ein Mieter auf eine Beschlußfassung gemäß § 33 Abs 2 MRG zur Abwehr eines auf § 1118 2.Fall ABGB gestützten Räumungsbegehrens berufen. Das bedeutet im Ergebnis, daß das auf einen qualifizierten Mietzinsrückstand gestützte Räumungsbegehren eines Vermieters selbst dann erfolglos bleiben muß, wenn durch Gerichtsbeschluß zwar ein derartiger, nicht auf grobem Verschulden beruhender Zinsrückstand festgestellt wird, jedoch der geschuldete Betrag noch vor Schluß der der Entscheidung des Gerichts erster Instanz über das Räumungsbegehren unmittelbar vorangegangenen Verhandlung bezahlt wird. Wäre die beklagte Partei daher als Mieterin anzusehen, könnte sie das auf einen qualifizierten Zinsrückstand gestützte Räumungsbegehren allenfalls selbst dann noch abwehren, wenn deren Aufrechnungserklärung(en) die Tilgung eines Zinsrückstands mangels Bestands der behaupteten Gegenforderungen nicht bewirken konnte(n), hängt es doch auch dann allein von den - noch ungeklärten - Umständen des Einzelfalls ab, ob die Anwendung des § 33 Abs 2 MRG wegen eines groben Verschuldens des Mieters am Zahlungsverzug ausgeschlossen ist. Dabei übersieht das Berufungsgericht, daß die klagende Partei in der Verhandlungssatzung vom 19. Jänner 1995 (Schluß der Verhandlung erster Instanz) ua auch vorbrachte, daß sich „die beklagte Partei nicht nur seit Frühjahr 1993, sondern bis zum heutigen Tag in grob schuldhaftem Zahlungsverzug“ befinde und der variable „Pachtzins“ für 1992 sowie der fixe und variable „Pachtzins“ für 1993 und 1994 unbeglichen seien (ON 38 Seite 40). Es steht im übrigen fest, daß die beklagte Partei lediglich im März 1993 eine Zahlung von 119.890 S leistete und seither jedenfalls nichts mehr bar oder durch Überweisung bezahlte, sondern behauptete, gegen eine allfällige Mietzinsschuld mit Schadenersatzansprüchen aufgerechnet zu haben. Bei Schluß der Verhandlung erster Instanz hätte daher - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - jedenfalls ein qualifizierter Mietzinsrückstand im Sinne des Paragraph 1118, 2.Fall ABGB bestanden, es sei denn, dessen Tilgung wäre, wie die beklagte Partei behauptet, durch Aufrechnung erfolgt. Das Berufungsgericht unterliegt jedoch auch einem Rechtsirrtum, soweit es die nähere rechtliche Qualifikation des Bestandverhältnisses der Streitteile für nicht entscheidungswesentlich hält, kann sich doch - nach den bereits dargestellten Rechtsgrundlagen - nur ein Mieter auf eine Beschlußfassung gemäß Paragraph 33, Absatz 2, MRG zur Abwehr eines auf Paragraph 1118, 2.Fall ABGB gestützten Räumungsbegehrens berufen. Das bedeutet im Ergebnis, daß das auf einen qualifizierten Mietzinsrückstand gestützte Räumungsbegehren eines Vermieters selbst dann erfolglos bleiben muß, wenn durch Gerichtsbeschluß zwar ein derartiger, nicht auf grobem Verschulden beruhender Zinsrückstand festgestellt wird, jedoch der geschuldete Betrag noch vor Schluß der der Entscheidung des Gerichts erster Instanz über das Räumungsbegehren unmittelbar vorangegangenen Verhandlung bezahlt wird. Wäre die beklagte Partei daher als

Mieterin anzusehen, könnte sie das auf einen qualifizierten Zinsrückstand gestützte Räumungsbegehren allenfalls selbst dann noch abwehren, wenn deren Aufrechnungserklärung(en) die Tilgung eines Zinsrückstands mangels Bestands der behaupteten Gegenforderungen nicht bewirken konnte(n), hängt es doch auch dann allein von den - noch ungeklärten - Umständen des Einzelfalls ab, ob die Anwendung des Paragraph 33, Absatz 2, MRG wegen eines groben Verschuldens des Mieters am Zahlungsverzug ausgeschlossen ist.

Die beklagte Partei berief sich, indem sie schon im Verfahren erster Instanz vorbrachte, sie könne, weil die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes anwendbar seien, einen allenfalls festgestellten Zinsrückstand noch „jederzeit“ bezahlen, um das auf einen solchen gestützte Räumungsbegehren abzuwehren, auf das Erfordernis einer Beschlußfassung gemäß § 33 Abs 2 MRG, und zwar gerade für den Fall, daß keine Tilgung eines allfälligen Zinsrückstands durch Aufrechnung eingetreten sein sollte. Sie rügte das Unterbleiben einer solchen Beschlußfassung im Berufungsverfahren - der Sache nach - auch als Mangel des Verfahrens erster Instanz (ON 45 Seite 24). Bereits für die Anwendbarkeit des § 33 Abs 2 MRG ist daher die Klärung der Frage, ob das Rechtsverhältnis der Streitteile als Miete zu qualifizieren ist, präjudiziell. Eine meritorische Entscheidung über den Zwischenantrag auf Feststellung reicht in seiner Bedeutung auch über den konkreten Rechtsstreit hinaus, werden doch auch die künftigen Rechtsbeziehungen der Streitteile von der rechtlichen Qualifikation des abgeschlossenen Dauerschuldverhältnisses beeinflusst werden. Die beklagte Partei berief sich, indem sie schon im Verfahren erster Instanz vorbrachte, sie könne, weil die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes anwendbar seien, einen allenfalls festgestellten Zinsrückstand noch „jederzeit“ bezahlen, um das auf einen solchen gestützte Räumungsbegehren abzuwehren, auf das Erfordernis einer Beschlußfassung gemäß Paragraph 33, Absatz 2, MRG, und zwar gerade für den Fall, daß keine Tilgung eines allfälligen Zinsrückstands durch Aufrechnung eingetreten sein sollte. Sie rügte das Unterbleiben einer solchen Beschlußfassung im Berufungsverfahren - der Sache nach - auch als Mangel des Verfahrens erster Instanz (ON 45 Seite 24). Bereits für die Anwendbarkeit des Paragraph 33, Absatz 2, MRG ist daher die Klärung der Frage, ob das Rechtsverhältnis der Streitteile als Miete zu qualifizieren ist, präjudiziell. Eine meritorische Entscheidung über den Zwischenantrag auf Feststellung reicht in seiner Bedeutung auch über den konkreten Rechtsstreit hinaus, werden doch auch die künftigen Rechtsbeziehungen der Streitteile von der rechtlichen Qualifikation des abgeschlossenen Dauerschuldverhältnisses beeinflusst werden.

Wäre der beklagten Partei kein grobes Verschulden am Zahlungsrückstand anzulasten und das Rechtsverhältnis der Streitteile als Miete zu qualifizieren, wäre für die Entscheidung über das Räumungsbegehren - entgegen der Ansicht der klagenden Partei - auch nicht ein bestimmter Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung(en) der beklagten Partei vor Schluß der der Entscheidung des Gerichts erster Instanz unmittelbar vorangegangenen Verhandlung maßgeblich, müßte doch dieses Begehren, soweit es aus einem qualifizierten Zinsrückstand abgeleitet wird, immer auch dann scheitern, wenn die Tilgung einer Mietzinsschuld durch eine aufrechenbare und zur Kompensation auch herangezogene Gegenforderung noch vor dem zuletzt genannten Termin eingetreten wäre.

Auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 236 und § 259 Abs 2 ZPO für die Zulässigkeit des Zwischenantrags auf Feststellung der beklagten Partei sind erfüllt (vgl dazu etwa nur Rechberger aaO Rz 2 ff zu § 236 mN aus der Rsp). Über diesen Antrag ist daher - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - meritorisch abzusprechen, weshalb das Gericht zweiter Instanz auch über die Berufung gegen das den Feststellungsantrag der beklagten Partei abweisende Ersturteil zu entscheiden haben wird. Soweit dieses Begehren ungenügend formuliert ist, darf das Gericht dem Urteilsspruch, ohne gegen § 405 ZPO zu verstoßen, eine klare und deutliche, vom Begehren abweichende Fassung geben, folgt doch hier aus dem Prozeßvorbringen der beklagten Partei unmißverständlich, daß diese die Feststellung des Bestehens eines Mietverhältnisses anstrebt (allgemein dazu Rechberger aaO Rz 2 zu § 405 mN aus der Rsp). Auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 236 und Paragraph 259, Absatz 2, ZPO für die Zulässigkeit des Zwischenantrags auf Feststellung der beklagten Partei sind erfüllt vergleiche dazu etwa nur Rechberger aaO Rz 2 ff zu Paragraph 236, mN aus der Rsp). Über diesen Antrag ist daher - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - meritorisch abzusprechen, weshalb das Gericht zweiter Instanz auch über die Berufung gegen das den Feststellungsantrag der beklagten Partei abweisende Ersturteil zu entscheiden haben wird. Soweit dieses Begehren ungenügend formuliert ist, darf das Gericht dem Urteilsspruch, ohne gegen Paragraph 405, ZPO zu verstoßen, eine klare und deutliche, vom Begehren abweichende Fassung geben, folgt doch hier aus dem Prozeßvorbringen der beklagten Partei unmißverständlich, daß diese die Feststellung des Bestehens eines Mietverhältnisses anstrebt (allgemein dazu Rechberger aaO Rz 2 zu Paragraph 405, mN aus der Rsp).

Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Je nach dem Ergebnis des fortgesetzten Verfahrens über den Zwischenantrag auf Feststellung wird auch über die darauf entfallenden Kosten endgültig abzusprechen sein, reicht doch die Bedeutung einer solchen Entscheidung über das Anlaßverfahren hinaus. Das gilt auch für die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, weil die Entscheidung der Rechtsmittelinstanz über den Zwischenantrag auf Feststellung in einem soweit selbständigen Inzidenzstreit erfolgt (1 Ob 520/95). Der Kostenvorbehalt stützt sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO. Je nach dem Ergebnis des fortgesetzten Verfahrens über den Zwischenantrag auf Feststellung wird auch über die darauf entfallenden Kosten endgültig abzusprechen sein, reicht doch die Bedeutung einer solchen Entscheidung über das Anlaßverfahren hinaus. Das gilt auch für die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, weil die Entscheidung der Rechtsmittelinstanz über den Zwischenantrag auf Feststellung in einem soweit selbständigen Inzidenzstreit erfolgt (1 Ob 520/95).

2) Zur Revision der klagenden Partei:

Das außerordentliche Rechtsmittel der klagenden Partei ist zulässig, weil dem Berufungsgericht, wie im einzelnen noch darzulegen sein wird, gravierende Entscheidungsfehler unterliefen, die gemäß § 502 Abs 1 ZPO im Interesse der Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfen (RZ 1994/45). Das außerordentliche Rechtsmittel der klagenden Partei ist zulässig, weil dem Berufungsgericht, wie im einzelnen noch darzulegen sein wird, gravierende Entscheidungsfehler unterliefen, die gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO im Interesse der Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfen (RZ 1994/45).

Für die Entscheidung über das primär auf einen qualifizierten Zinsrückstand gestützte Räumungsbegehren ist, wie unter 1) dargelegt wurde, die nähere rechtliche Qualifikation des Bestandverhältnisses der Streitteile präjudiziell. Dabei hängt die Klärung dieser Rechtsfrage gewöhnlich nicht von der durch die Vertragsparteien gewählten Bezeichnung des Rechtsverhältnisses ab, sondern es ist vielmehr der Inhalt der eingeräumten Befugnisse und der sich daraus ergebende Hauptzweck des Rechtsgeschäfts maßgeblich (WoBI 1996, 251; MietSlg 46.093/25; SZ 57/194 mwN).

Pacht liegt jedenfalls dann vor, wenn entweder landwirtschaftlich genutzte Grundflächen oder ein lebendes Unternehmen als organisierte Erwerbsgelegenheit Gegenstand des Bestandvertrags sind. Für ersteres fehlen alle Anhaltspunkte, aber auch das letztere ist zu verneinen: Die Übertragung von Betriebsmitteln, Kundenstock, Warenlager usw durch den Bestandgeber ist ein Indiz für Pacht, das Fehlen einzelner solcher Komponenten schließt jedoch eine Qualifizierung als Pacht noch nicht aus. Im allgemeinen wird die Vereinbarung einer Betriebspflicht als wichtiges Kriterium eines Pachtvertrags angesehen, sofern dem ein wirtschaftliches Interesse des Bestandgebers zugrundeliegt. Bei einem erst zu gründenden Unternehmen bzw. Betrieb sind dagegen die Anforderungen für die Beurteilung eines Bestandverhältnisses als Unternehmenspacht strenger; nur dann, wenn der Bestandgeber alle wesentlichen Grundlagen des künftigen Unternehmens zur Verfügung stellt, liegt Pacht vor. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, ist Miete selbst dann anzunehmen, wenn der Bestandgeber

**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)