

# TE OGH 1979/8/30 6Ob608/79 (6Ob568/79)

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.08.1979

## Norm

ZPO §411

ZPO §519 Z2

ZPO §571

ZPO §575

## Kopf

SZ 52/125

## Spruch

Im Bestandsverfahren kommt es unter dem Gesichtspunkt des § 519 Z. 2 ZPO einer Zurückweisung der Klage gleich, wenn durch einen Beschluß des Berufungsgerichtes das Verfahren in einen Stand vor der wirksamen Erhebung von Einwendungen zurückversetzt wird. Der Beschluß des Berufungsgerichtes, mit dem das Ersturteil und das ihm vorangegangene Verfahren mit Ausnahme der Zustellung der Aufkündigung als nichtig aufgehoben werden, kann daher mit Rekurs an den OGH angefochten werden

Verhandlung und Entscheidung über das Begehren einer gerichtlichen Aufkündigung auf Grund verspätet erhobener Einwendungen verstoßen gegen die Rechtskraft des über die Aufkündigung gefaßten Beschlusses. Diese Nichtigkeit ist in jeder Lage des Verfahrens - im Rechtsmittelverfahren im Rahmen einer zulässigen Anfechtung in der Hauptsache - von Amts wegen wahrzunehmen

OGH 30. August 1979, 6 Ob 568, 608/79 (LGZ Wien 41 R 620, 629/78; BG Innere Stadt Wien 46 K 304/76)

## Text

Der Kläger richtete seine u. a. auf § 19 Abs. 2 Z. 3, 10, 11 und 13 MG gestützte gerichtliche Aufkündigung 1. gegen die Verlassenschaft nach Edith K, "vertreten durch Khaled K im Sinne des MG eintrittsberechtigter Ehegatte" und 2. gegen diesen selbst "(als eintrittsberechtigter Ehegatte der Verstorbenen)". Nach dem Amtsvermerk vom 18. Oktober 1976 über ein am 12. Oktober 1976 geführtes Ferngespräch ersuchte der Klagevertreter die Kündigung "den Erben Khaled K" zuzustellen.

Die an Khaled K adressierte Gerichtssendung mit der Aufkündigung wurde am 21. Oktober 1976 (einem Donnerstag) im Weg postamtlicher Hinterlegung zugestellt. Am 5. November 1976 langten beim Erstgericht im Weg der Post die mit 3. November 1976 (einem Mittwoch) datierten, nicht näher ausgeführten Einwendungen des Khaled K ein. Die Postaufgabe wurde nicht aktenkundig gemacht, der Briefumschlag ist nicht mehr auffindbar. Nach den auf Grund dieser Aktenlage veranlaßten Erhebungen ist aber bescheinigt, daß der Empfänger das ihm zugekommene Schriftstück dem von ihm zu Rate gezogenen Rechtsanwalt mit der Erklärung vorwies, es am 25. Oktober 1976 erhalten zu haben,

was auch auf dem Schriftstück selbst mit dem vom Kündigungsgegner unterfertigten Vermerk "25/10 76 Mon" festgehalten wurde. Weiters besteht auf Grund der veranlaßten Erhebungen kein Anhaltspunkt dafür, daß die vom Rechtsanwalt mit 3. November 1976 datierten Einwendungen früher als an diesem Tag zur Postaufgabe gebracht worden wären, daher keinesfalls früher als am 13. Tag nach der beurkundeten postamtlichen Hinterlegung oder früher als am 9. Tag nach dem Tag, an dem der Kündigungsgegner die Sendung nach seinen eigenen Erklärungen tatsächlich bereits in Händen hatte.

Die Verspätung der Einwendungen blieb unbeachtet.

Das Erstgericht hob die Aufkündigung auf.

Das Berufungsgericht hob aus Anlaß der vom Kläger erhobenen Berufung dieses Urteil und das diesem vorangegangene Verfahren mit Ausnahme der Zustellung der Aufkündigung an den Zweitbeklagten als nichtig auf, weil die zu 4 A 254/76 des Erstgerichtes armutshalber abgetane Verlassenschaft nach Edith K im Kündigungsstreit nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen sei und dies wegen der Untrennbarkeit der gegen die beiden beklagten Parteien gerichteten Aufkündigung auch in Ansehung des Zweitbeklagten zur Nichtigkeit habe führen müssen.

Den gegen diesen berufsgerichtlichen Aufhebungsbeschluß ON 18 erhobenen Rekurs des Zweitbeklagten wies das Berufungsgericht als unzulässig zurück (ON 21).

Der Oberste Gerichtshof hob den Beschluß des Berufungsgerichtes, mit dem der Rekurs des Zweitbeklagten gegen den Beschluß ON 18 als unzulässig zurückgewiesen worden war, auf und gab diesem Rekurs nicht Folge, wobei er den angefochtenen Beschluß des Berufungsgerichtes durch den Ausspruch ergänzte, daß die Einwendungen zurückgewiesen werden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

A. Der vom Zweitbeklagten gegen den Zurückweisungsbeschluß ON 21 ergriffene Rekurs ist berechtigt.

Nach Ansicht des Rekurswerbers habe das Berufungsgericht bei seinem Zurückweisungsbeschluß die Eigenart des Bestandverfahrens nicht hinreichend berücksichtigt. Dazu ist - über die Rekursausführungen hinaus - grundsätzlich zu erwägen:

In dem durch die Erhebung von Einwendungen gegen die Aufkündigung ausgelösten Rechtsstreit ist gemäß § 571 Abs. 2 ZPO die aufkündigende Partei als Kläger anzusehen. Verfahrensgegenstand ist im Sinne des § 572 ZPO die Rechtswirksamkeit der Aufkündigung. Diese vertritt im Bestandverfahren die Klage, allerdings nur unter der Voraussetzung wirksam erhobener Einwendungen.

Die Rekursbeschränkungen nach § 519 ZPO gelten mangels gegenteiliger gesetzlicher Anordnung oder eines sachlichen Kriteriums für eine einschränkende Auslegung auch im Bestandverfahren. Gegen einen berufsgerichtlichen Beschluß auf Nichtigerklärung des erstinstanzlichen Urteiles und des diesem vorangegangenen Verfahrens ohne Zurückweisung der Klage (und ohne Beisetzung eines Rechtskraftvorbehaltes) ist im ordentlichen Zivilprozeß mangels Erfüllung der Voraussetzungen nach § 519 Z. 2 ZPO (oder § 519 Z. 3 ZPO) der Rekurs an den OGH unzulässig. Das vom Rekurswerber in den Vordergrund seiner Argumentation gestellte Kosteninteresse vermöchte im Bestandverfahren die Rekurszulässigkeit ebensowenig zu begründen wie im ordentlichen Zivilprozeß.

Als gesetzgeberisches Motiv für die Ausnahme vom Rekursausschluß im Sinne des § 519 Z. 2 ZPO ist die Überlegung zu erkennen, daß im Fall einer Nichtigerklärung des Urteiles und des diesem vorangegangenen Verfahrens ohne Klagezurückweisung der geltend gemachte Rechtsschutzanspruch gerichtshängig verbleibt, über ihn also noch - bei grundsätzlich unveränderter Verfahrenslage - eine neue Sachentscheidung zu gewärtigen ist. Berufungsgerichtliche Beschlüsse, die die weitere Prozeßführung abschneiden, sollen anfechtbar sein (vgl. Novak in JBl. 1953, 57 ff., 59, 60). In diesem Sinne wird beispielsweise ein Beschluß auf Zurückweisung der Einwendungen im Wechselmandatsverfahren als zulässig angesehen (SZ 34/77), was gleicherweise auch für die Anfechtbarkeit berufsgerichtlicher Beschlüsse auf Zurückweisung von Einwendungen im Bestandverfahren spricht (vgl. Fasching IV, 411 in Anm. 8 zu § 519).

Im Bestandverfahren ist der Einfluß des zeitlichen Momentes auf die Verfahrenslage (unter Umständen auch auf die materiellrechtliche Lage) wesentlich. Würde etwa in einem Bestandverfahren die Zustellung der Aufkündigung an den Kündigungsgegner aus welchen Gründen immer für unwirksam erklärt, so müßte zwar im Sinne des § 564 Abs. 1 ZPO

die Zustellung unverzüglich nachgetragen werden; sie wird aber im Regelfall nicht mehr so rechtzeitig bewirkt werden können, daß die einzuhaltende Kündigungsfrist gewahrt bliebe, meist wird sogar der Kündigungstermin schon verfließen sein. Würden andererseits erhobene Einwendungen aus welchem Grund immer für unwirksam erklärt (zurückgewiesen), dann hätte der Kündigungsgegner in aller Regel nur noch die Möglichkeit zur Erhebung verspäteter Einwendungen. Solche wären aber im Sinne des § 571 Abs. 3 ZPO "von Amts wegen ohne Verhandlung zurückzuweisen". Im Gegensatz zu jedem anderen Rechtsstreit, in dem der Zeitpunkt der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes an den Prozeßgegner im allgemeinen keinen bestimmenden Einfluß auf verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Lage nimmt, ist dies im Bestandsverfahren sehr wohl der Fall.

Im Fall der Zurückweisung von Einwendungen gegen eine gerichtliche Aufkündigung wird - trotz Unberührtheit des Beschlusses über die Aufkündigung - eine wesentliche Voraussetzung für das Prozeßrechtsverhältnis als solches berührt, weil eine Voraussetzung dafür beseitigt wird, daß der Aufkündigung die verfahrenseinleitende Funktion einer Klage zukommt. Die Rechtsprechung hat auch in Analogie zu § 519 Z. 2 ZPO den Rekurs gegen einen berufsgerichtlichen Beschluß auf Zurückweisung der Einwendungen gegen (vermeintliche) außergerichtliche Kündigungen als zulässig angesehen (SZ 46/91; EvBl. 1959/82). Zwar wird bei Einwendungen gegen eine außergerichtliche Aufkündigung der verfahrenseinleitende Schritt durch den Kündigungsgegner gesetzt, aber auch in diesen Fällen ist die Partei, von der die Kündigung ausging, als Kläger anzusehen, und ihr Rechtsschutzbegehren ist Klagsgegenstand. Im Fall außergerichtlicher Kündigung wird nur besonders sinnfällig, welche Bedeutung den Einwendungen für die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses zukommt.

Im Bestandsverfahren kommt es unter dem Gesichtspunkt des § 519 Z. 2 ZPO einer Zurückweisung der Klage gleich, wenn durch einen berufsgerichtlichen Beschluß das Verfahren in einen Stand vor der wirksamen Erhebung von Einwendungen zurückversetzt wird.

Aus diesen Erwägungen ist der Rekurs gegen den berufsgerichtlichen Beschluß vom 5. Oktober 1978, ON 18, zulässig. Der berufsgerichtliche Beschluß auf Zurückweisung dieses Rechtsmittels (ON 21) war in Stattgebung des Rekurses ersatzlos aufzuheben.

Die Entscheidung über die Rekurskosten ist vom Erfolg des zurückgewiesenen Rekurses abhängig und daher gemäß § 52 ZPO der Entscheidung über dieses Rechtsmittel vorzubehalten.

Den vom Erstgericht vorgelegten, vom Berufungsgericht aber zu Unrecht zurückgewiesenen Rekurs hat der OGH also sogleich zu behandeln.

B. Der Zweitbeklagte ficht den berufsgerichtlichen Beschluß auf Nichtigerklärung mit dem Abänderungsantrag an, "daß die Berufung der klagenden Partei verworfen werde"; hilfsweise stellt er den Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses unter Erteilung des Auftrages zur Fällung einer neuen Entscheidung. Der weitere Hilfsantrag ist dadurch überholt, daß die erstbeklagte Verlassenschaft den berufsgerichtlichen Nichtigerklärungsbeschluß unangefochten ließ, die klagende Partei hierauf die gegen die Verlassenschaft gerichtete Aufkündigung ausdrücklich zurückzog und die erstbeklagte Verlassenschaft mit dem zweitbeklagten Witwer der Verstorbenen, wie noch darzulegen ist, keine unzertrennliche Streitpartei im Sinne des § 14 ZPO bildet.

Die eingangs wiedergegebene Bezeichnung der Kündigungsgegner in der Aufkündigung, aber auch die Ausführung der Kündigungsgründe lassen keinen Zweifel daran, daß der Kläger nicht die gleichzeitige Mitberechtigung der beiden Kündigungsgegner als Mieter (Mitmieterschaft) behauptet, sondern vielmehr - ohne dies allerdings ausdrücklich zu erklären - unter Leugnung der Voraussetzung für ein Eintrittsrecht des Witwers der verstorbenen Hauptmieterin in erster Linie der Verlassenschaft, aus Vorsicht aber in zweiter Linie (nämlich für den Fall der Annahme eines Eintrittes in die Hauptmietrechte) auch dem Zweitbeklagten (in seiner Eigenschaft als alleiniger Mietrechtsnachfolger) die Hauptmietrechte aufkündigte. In diesem Sinne schlossen die beiden gegen die Kündigungsgegner erhobenen Begehren einander logisch aus. Die beiden Beklagten bildeten daher keinesfalls eine unzertrennliche Streitpartei im Sinne des § 14 ZPO. Die mangelnde - gehörige Vertretung der erstbeklagten Verlassenschaft vermochte deshalb entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung nicht auch das Prozeßrechtsverhältnis in Ansehung des Zweitbeklagten zu beeinflussen. In Ansehung des Zweitbeklagten lag kein Grund für eine Nichtigerklärung des erstgerichtlichen Urteils und des diesem vorangegangenen Verfahrens vor.

Die klagende Partei hat gegen das abweisende erstinstanzliche Urteil eine wirksame Berufung erhoben. Über das gegen den zweitbeklagten erhobene Kündigungsbegehren ist also noch nicht rechtskräftig abgesprochen. Aus Anlaß

des in der Hauptsache erhobenen Rekurses des Zweitbeklagten gegen den berufsgerichtlichen Nichtigkeitsbeschuß hat der OGH von Amts wegen den Umstand wahrzunehmen, daß die Einwendungen des Zweitbeklagten erst nach Ablauf der achttägigen Einwendungsfrist, also verspätet, erhoben wurden.

Nach dem fruchtlosen Verstreichen der Einwendungsfrist erwuchs der Beschluß über die Aufkündigung in Rechtskraft. Die dessenungeachtet durchgeführte Verhandlung über das Kündigungsbegehren und die darüber ergangene Sachentscheidung verletzen die Rechtskraft des über die Aufkündigung ergangenen Beschlusses. Ein derartiger Verstoß steht unter Nichtigkeitsankton (Fasching IV, 678 in Anm. 2 zu § 571 ZPO).

Die in der Rechtsprechung zum Teil vertretene gegenteilige Auffassung berief sich auf das Argument, daß die Durchführung eines Verfahrens und die Erlassung einer Entscheidung auf Grund verspätet erhobener Einwendungen gegen eine Aufkündigung nicht besonders mit Nichtigkeit bedroht wurde (SZ 18/122 = 13 350). Dabei darf allerdings nicht außer acht bleiben, daß die Rechtsprechung der Zwischenkriegszeit die Frage nach der taxativen Aufzählung der Nichtigkeitsgründe in § 477 ZPO gegensätzlich beurteilte (vgl. z. B. SZ 6/95 einerseits und SZ 20/266 andererseits). Nach der nunmehr seit Jahrzehnten herrschenden Rechtsprechung besteht aber kein Zweifel mehr, daß auch die Verletzung der in § 240 Abs. 3 ZPO erwähnten Umstände wie eine Nichtigkeit wahrzunehmen ist.

Das weitere, aus einem Umkehrschluß aus § 543 ZPO gezogene Argument (SZ 18/123 = MietSlg. 13 348, übernommen in der Entscheidung 4 Ob 64/54 MietSlg. 4156) hat der OGH bereits in der Entscheidung EvBl. 1959/82 für den Fall einer Nichtigkeitsklärung als nicht zutreffend behandelt. Im übrigen hat der OGH schon in der Entscheidung SZ 19/149 zugrunde gelegt, daß die Nichtigkeitsklärung eines Kündigungsrechtsstreites auch noch nach eingeleiteter Verhandlung über die Einwendungen zulässig ist.

Daß auch der gerichtliche Beschluß über eine Aufkündigung der Rechtskraft teilhaftig wird, hat der OGH (im Zusammenhang mit der Frage nach der Zurücknahme der Aufkündigung) als völlig zweifelsfrei erklärt (EvBl. 1955/70). Auch in der Entscheidung EvBl. 1962/496 = MietSlg. 9925 ging der OGH von der Rechtskraft des gerichtlichen Auftrages über die Einwendungen aus, er vertrat dort aber den Standpunkt, daß es - im Hinblick auf den Verfahrensstand - der gekündigten Partei unbenommen bleibe, die Rechtskraft des gerichtlichen Auftrages über die Aufkündigung einzuwenden. Diese auf die Entscheidung SZ 18/122 und 123 gestützte Auffassung ist aber, wie erwähnt, abzulehnen.

Verhandlung und Entscheidung über das Begehren einer gerichtlichen Aufkündigung auf Grund verspätet erhobener Einwendungen verstoßen gegen die Rechtskraft des über die Aufkündigung gefaßten gerichtlichen Beschlusses. Das ist in jeder Lage des Verfahrens, im Rechtsmittelverfahren im Rahmen einer zulässigen Anfechtung in der Hauptsache, von Amts wegen wahrzunehmen.

Dabei ist es unerheblich, ob die der Aufkündigung mangels rechtzeitig erhobener Einwendungen im Sinne des § 1 Z. 4 EO zugekommene Vollstreckbarkeit etwa wegen Fristablaufes (§ 575 Abs. 3 ZPO, § 41 MG) wieder erloschen ist. Denn die formell rechtswirksam gewordene Aufkündigung löst - unabhängig vom Fortbestand ihrer Vollstreckbarkeit - materielle Gestaltungswirkungen aus (vgl. Fasching IV, 696 f. in Anm. 6 zu § 575), die im übrigen in Fällen wie dem vorliegenden von der Einhaltung des Formzwanges nach § 21 Abs. 1 Satz 1 MG abhängen.

Das bedeutet im vorliegenden Fall, daß der in Ansehung des Zweitbeklagten gefaßte Beschluß über die Aufkündigung mangels rechtzeitig erhobener Einwendungen in Rechtskraft erwuchs, das dennoch durchgeführte Verfahren aus diesem Grund als nichtig aufgehoben werden mußte und die Einwendungen zurückzuweisen waren.

Auf die dargelegte Nichtigkeit hat bisher keine der Parteien hingewiesen. Es hat daher bei der gegenseitigen Aufhebung der Verfahrenskosten gemäß § 51 Abs. 3 ZPO zu verbleiben. Aus diesem Grund hat auch der Rekurswerber die Kosten seiner beiden Rekurse selbst zu tragen.

#### **Anmerkung**

Z52125

#### **Schlagworte**

Bestandverfahren, verspätet erhobene Einwendungen

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

ECLI:AT:OGH0002:1979:0060OB00608.79.0830.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19790830\_OGH0002\_0060OB00608\_7900000\_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)