

# TE OGH 1989/5/24 3Ob507/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.05.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Petrasch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Warta, Dr. Klinger und Dr. Angst als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1./ Dipl.Vw. Nikolaus D\*\*\*, Hotelier, Wien 1., Parkring 4, und 2./ Arardo S\*\*\*, Angestellter, München, Lachnerstraße 49, Bundesrepublik Deutschland, beide vertreten durch Dr. Gertrud Schmautzer-Kleinszig, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Ing. Emil S\*\*\*,

Pensionist, Wien 1., Parkring 4/1a und b, vertreten durch Dr. Alfred Fürst, Rechtsanwalt in Wien, wegen Aufkündigung, infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgerichtes vom 28. September 1988, GZ 48 R 380/88-34, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 22. Feber 1988, GZ 48 C 550/86-27, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Rechtsmittelkosten sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Kläger kündigten dem Beklagten einen Mietvertrag über eine Wohnung mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum 30. Juni 1986 gerichtlich auf. Die Aufkündigung wurde für den Beklagten erstmals am 12. März 1986 hinterlegt. Auf Grund seines Antrages, in dem er vorbrachte, daß er zur Zeit der Hinterlegung von der Abgabestelle abwesend gewesen sei, wurde die Aufkündigung nochmals am 21. November 1986 zugestellt.

Die Kläger machen als Kündigungsgrund geltend, daß der wirtschaftliche und familiäre Mittelpunkt des Beklagten in einem ihm gehörenden Haus liege. Er verwende die Wohnung nicht mehr regelmäßig zu Wohnzwecken.

Der Beklagte wendete ein, den Klägern sei seit nahezu zwei Jahrzehnten bekannt gewesen, daß er ein Sommerhaus mit Garten besitze und die darin gelegene Wohnung abwechselnd mit der gemieteten Wohnung benütze. Die Kläger hätten sich deshalb des Rechtes verschwiegen, den Mietvertrag wegen des geltend gemachten Sachverhaltes zu kündigen. Es fehle ihnen die aktive "Klags"-legitimation, weil einer der beiden Viertelanteile des Zweitklägers mit einem

Fruchtgenußrecht belastet sei. Im übrigen benütze er (Beklagter) die Wohnung regelmäßig zu Wohnzwecken und habe im Hinblick auf sein Alter, den angegriffenen Gesundheitszustand seiner Frau und die Beschwerlichkeit der Benützung des Sommerhauses ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietvertrages.

Das Erstgericht hob die Aufkündigung auf und wies das auf Übergabe der vermieteten Wohnung gerichtete Begehren ab. Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Der Erstkläger ist zur Hälfte, der Zweitkläger zu zwei 1/4 Anteilen Eigentümer des Hauses, in dem die vom Beklagten gemietete Wohnung liegt. Auf einem der beiden Viertelanteile des Zweitklägers ist ein Fruchtgenußrecht eingetragen.

Der Beklagte mietete die Wohnung mit Mietvertrag vom 1. August 1956 zu Wohnzwecken. Sie wurde von ihm bis Dezember 1982 aber auch für seine Bürotätigkeit verwendet. Er ist außerdem Eigentümer eines Hauses. Dieses ist winterfest, über 37 Stufen zu erreichen und im Winter beschwerlich zu bewohnen.

Am 1. März 1968 richteten die Rechtsvertreter der damaligen Hauseigentümer an den Vertreter des Beklagten ein Schreiben folgenden Wortlauts:

"Unrichtig ist, daß Ihr Mandant nur einen Wohnraum auch als Büroraum verwendet, es wird vielmehr der gesamte rechts vom Stiegenhaus gelegene Teil der Wohnung für Geschäftszwecke in Anspruch genommen. Die Behauptung, daß es sich beim zweiten Wohnsitz Ihres Mandanten lediglich um ein Sommerhaus handelt, scheint mit ebenfalls nicht stichhältig. Meiner Information nach handelt es sich hierbei um eine Villa, die von Ihrem Mandanten auch ganzjährig bewohnt wird. Schließlich ist es auch unzutreffend, daß der Mietvertrag nicht den Bestimmungen des Mietgesetzes unterliegt. Namens meiner Mandantschaft erlaube ich mir, Ihnen daher mitzuteilen, daß seitens der Vermieter auf der im Gesetz vorgesehenen Erhöhung des Mietzinses bestanden wird. Ich ersuche Sie, dies Ihrem Mandanten zur Kenntnis zu bringen und ihn aufzufordern, den für die Monate Februar und März bereits fällig gewordenen und von (es folgt der Name des Beklagten) nicht bezahlten Teil des Mietzinses, es sind dies 467,34 S, innerhalb von acht Tagen zur Einzahlung zu bringen, da ich ansonsten genötigt bin, das Bestandsobjekt aufzukündigen."

Sowohl im Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung als auch die vorangehenden sieben bis acht Jahre benützten der Beklagte und seine Frau hauptsächlich das Haus und nicht die Wohnung. Dabei halten sie sich im Sommer fast niemals und im Winter häufiger, jedoch keineswegs zur Gänze in der Wohnung auf. Im Winter 1985/86 benützten sie die Wohnung fast überhaupt nicht, den Winter 1986/87 verbrachten sie darin. Die für den Beklagten eingelangte Post wird von der Hausbesorgerin entnommen. Er holt sie von ihr etwa ein- oder zweimal in der Woche ab.

In der vom Beklagten gemieteten Wohnung wurden vom 20. November 1984 bis 18. November 1985 38 kw/h Strom und 138 m<sup>3</sup> Gas und vom 18. November 1985 bis 18. November 1986 641 kw/h Strom und 357 m<sup>3</sup> Gas verbraucht. Für die Benützung des Telefons wurden für die Zeit vom 15. April 1984 bis 11. Oktober 1985 keine und vom 11. Oktober 1985 bis 14. August 1986 6 Gebühreneinheiten verrechnet. Im Haus des Beklagten wurden an Strom zwischen 9. April 1984 und 5. Juli 1985 6.246 kw/h, zwischen 5. Juli 1985 und 8. Mai 1986

3.970 kw/h und zwischen 8. Mai 1986 und 20. Mai 1987 4.363 kw/h verbraucht. Es befindet sich darin eine Ölheizung, die den ganzen Winter betrieben wird und eine Temperatur von 15 aufrecht erhält. Für das im Haus verwendete Telefon waren für die Zeit vom 13. September 1985 bis 12. September 1986 26 Gebühreneinheiten und für die Zeit vom 12. September bis 14. November 1986 4 Gebühreneinheiten zu bezahlen.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, daß der Kündigungsgrund des§ 30 Abs 2 Z 6 MRG gegeben sei, weil der Beklagte die Wohnung nicht regelmäßig zu Wohnzwecken benützte. Die Benützung bloß für einige Wintermonate reiche nicht aus. Die konkrete Absicht, in die Wohnung zurückzukehren, hätte er behaupten und beweisen müssen. Hiefür genüge der Umstand, daß das Haus wegen des Gesundheitszustandes seiner Ehefrau beschwerlich zu benützen sei, nicht. Die Vermieter hätten aber auf das Recht zur Kündigung des Mietvertrages schlüssig verzichtet, weil sie die Kündigung unterlassen hätten, obwohl ihnen oder ihren Vorgängern der maßgebende Sachverhalt seit nahezu 20 Jahren bekannt gewesen sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger nicht Folge und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden hat, 300.000 S übersteigt. Die Kläger hätten nicht nur die eingeschränkte Benützung der Wohnung, sondern auch den Mangel des schutzwürdigen Interesses des Beklagten bekannt, weil sie über die Art und Bewohnbarkeit seines Hauses informiert gewesen seien. Daß auf Grund abweichender Vereinbarung, etwa einer Erweiterung der Benützungsrechte durch geschäftliche Betätigung, eine Aufkündigung in bestimmten Zeiträumen

erfolglos geblieben wäre, hätten die Kläger erst im Berufungsverfahren behauptet. Es bestünden somit keine Bedenken dagegen, die 18 Jahre lange Untätigkeit der Kläger als Verzicht darauf zu werten, daß sie den Mietvertrag aufkündigen, weil die Wohnung nicht zu Wohnzwecken benützt wird.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Kläger wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne der Stattgebung des "Klagebegehrens" abzuändern oder allenfalls die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanzen zurückzuverweisen. Der Beklagte beantragte, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof ist gemäß § 500 Abs 4 Satz 1 ZPO, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen (vgl. MGA ZPO13 § 500/3), an die Bewertung des Streitgegenstandes durch das Berufungsgericht gebunden. Der gemäß § 10 Z 2 RATG für die Entlohnung des Rechtsanwalts maßgebende Betrag ist für die angeführte Bewertung ohne Bedeutung.

In der Revision wird der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt; die entsprechenden Ausführungen richten sich gegen die rechtliche Beurteilung der Sache durch das Berufungsgericht und sind daher der Rechtsrüge zuzuordnen.

Die Kläger wenden sich mit Recht gegen die Annahme der Vorinstanzen, daß sie auf die Geltendmachung des Kündigungsgrundes, auf den sie ihre Kündigung stützten, schlüssig verzichtet hätten. Die Vorinstanzen haben nämlich dem Umstand nicht Rechnung getragen, daß sich die Benützungsverhältnisse in der Wohnung seit dem im Jahr 1968 abgesandten Schreiben, aus dem sie den schlüssigen Verzicht ableiteten, wesentlich geändert haben. Zu jener Zeit wurde die Wohnung nämlich noch zu Geschäftszwecken benützt. Dies wäre aber wahrscheinlich einer erfolgreichen Aufkündigung des Bestandverhältnisses entgegengestanden. In der Rechtsprechung (vgl. etwa MietSlg 20/43) wurde das Vorliegen des damals in Betracht kommenden Kündigungsgrundes nach § 19 Abs 2 Z 13 MRG verneint, wenn eine Wohnung teilweise noch für Geschäftszwecke verwendet wurde, auch wenn sie nicht mehr Wohnzwecken diene.

Daran ändert es nichts, daß das Bestandsobjekt hier ausdrücklich nur zu Wohnzwecken vermietet war (vgl. die angeführte Entscheidung). Ob die Vermieter den Mietvertrag wegen eines allfälligen vertragswidrigen Verhaltens des Beklagten hätten kündigen können (vgl. hiezu MietSlg 31.347 ua), muß hier nicht geprüft werden, weil die vorliegende Aufkündigung nicht darauf gestützt wird. Es entsprach jedenfalls der Sach- und Rechtslage, daß die Vermieter den Mietvertrag damals nicht aus dem Grund des § 19 Abs 2 Z 13 MG kündigen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes mußten die Kläger im Verfahren erster Instanz hiezu keine Behauptungen aufstellen, weil es Sache des Beklagten war, den schlüssigen Verzicht auf die Geltendmachung des Kündigungsgrundes, auf den die Kündigung nunmehr gestützt wird, zu beweisen. Aus den vom Erstgericht auf Grund seines Vorbringens getroffenen Feststellungen ergibt sich aber, daß eine Kündigung bis zur Beendigung der Geschäftstätigkeit nur geringe Erfolgsaussichten gehabt hätte. Der Annahme eines schlüssigen Verzichtes auf den nunmehr geltend gemachten Kündigungsgrund nach § 30 Abs 2 Z 6 MRG, der jenem des § 19 Abs 2 Z 13 MG entspricht, steht daher entgegen, daß sich die Benützungsverhältnisse des Bestandgegenstandes seit dem Jahr 1968 in einem wesentlichen Ausmaß geändert haben. Daß die Kläger nach dieser Änderung auf die Aufkündigung verzichtet hätten, wurde nicht einmal behauptet.

Das Berufungsgericht hat die Feststellungen des Erstgerichtes übernommen, nachdem es die in der Berufungsbeantwortung des Beklagten gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichtes vorgetragenen Bedenken geprüft hat. Diese Feststellungen sind daher der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zugrunde zu legen. Auf ihrer Grundlage ist aber anzunehmen, daß die Wohnung zur Zeit der Aufkündigung nicht regelmäßig benützt wurde. Der Beklagte hielt sich bis zur Zustellung der Aufkündigung im Sommer fast nie in der Wohnung auf; dasselbe gilt für den Winter 1985/86. Daß er den Winter 1986/87 in der Wohnung verbrachte, ist ohne Bedeutung, weil dieser Zeitraum nach dem Zeitpunkt der Zustellung der Aufkündigung liegt. Dieser Zeitpunkt ist aber dafür maßgebend, ob die Aufkündigung wirksam ist (MietSlg 35.388 ua). Aus einer - wegen der verschiedenen Zeiträume allerdings nur grob möglichen - Gegenüberstellung ergibt sich, daß der Stromverbrauch im Jahr vor der Zustellung der Aufkündigung in der Wohnung nur etwa 14 % des Stromverbrauchs im Haus des Beklagten betrug und daß für die Benützung des

Telefons in der Wohnung für diesen Zeitraum nur etwa 28 % der im Haus aufgelaufenen Gebühreneinheiten verrechnet wurden. Überdies war in diesem Zeitraum der Verbrauch an Gas in der Wohnung gering. Dies macht im Zusammenhang mit den übrigen Feststellungen des Erstgerichtes deutlich, daß der wirtschaftliche und familiäre Mittelpunkt des Beklagten im Haus lag und daß der Beklagte daher die Wohnung nicht mehr regelmäßig zu Wohnzwecken verwendete.

Schon die Vorinstanzen haben mit Recht den Einwand des Beklagten, den Klägern fehle wegen des auf einem der Anteile des Zweitklägers haftenden Fruchtgenußrechtes die Legitimation zur Kündigung des Mietvertrages, als unberechtigt angesehen. Da die beiden Kläger gemeinsam Eigentümer von nicht belasteten Anteilen im Ausmaß von 3/4 sind, verfügen sie unabhängig von dem belasteten Anteil des Zweitklägers gemäß § 833 ABGB über die Mehrheit der Stimmen und sind deshalb zur Kündigung unabhängig vom Recht des Fruchtgenießers berechtigt (vgl. SZ 43/157 ua).

Die Vorinstanzen haben richtig auch erkannt, daß es hier nicht darauf ankommt, ob die Kündigung dem Beklagten noch vor dem Ablauf der Kündigungsfrist zugestellt wurde (vgl. § 564 Abs 2 ZPO). Es ist ständige Rechtsprechung, daß die verspätete Zustellung nur über ausdrückliche Einwendung beachtet werden darf (SZ 37/26; MietSlg 19.552; SZ 59/171 ua). Diese Einwendung hat der Beklagte jedoch nicht erhoben.

Dennoch kann über die Aufkündigung noch nicht entschieden werden. Auch wenn der Mieter die Wohnung nicht regelmäßig zu Wohnzwecken verwendet, berechtigt dies den Vermieter nämlich dann nicht zur Kündigung des Mietvertrages, wenn der Mieter ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietvertrages hat (MietSlg 33.383 uva). Diese Voraussetzung ist allerdings nur erfüllt, wenn feststeht, daß der Mieter die Wohnung mit Sicherheit in naher Zukunft wieder benötigen wird. Auf ungewisse, in der Zukunft liegende Möglichkeiten ist nicht Bedacht zu nehmen (vgl. MietSlg 30.426, 33.383, 35.563 f ua).

Der Beklagte brachte hiezu vor, daß das schutzwürdige Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietvertrages wegen seines Alters, des Gesundheitszustandes seiner Frau und der Beschwerlichkeit der Benützung des Hauses gegeben sei. Dieses Vorbringen ist entgegen der Ansicht des Erstgerichtes hinreichend bestimmt, zumal der Beklagte und seine Ehefrau den Winter 1986/1987 in der Wohnung verbrachten und er daher nicht mehr behaupten mußte, daß er in naher Zukunft dorthin übersiedeln werde. Zur Beurteilung des Mangels eines schutzwürdigen Interesses ist auch die Sachlage heranzuziehen, wie sie sich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz ergeben hat, sofern diese Entwicklung Rückschlüsse darauf zuläßt, ob der Kündigungsgrund schon im Zeitpunkt der Aufkündigung gegeben war (Würth in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 33 MRG mwN; MietSlg 19.369; 1 Ob 566/87).

Daß der Beklagte und seine Frau die Wohnung im Winter 1986/1987 wieder benützten, könnte ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Mietvertrages allerdings nur dann begründen, wenn die Benützung auf Umstände zurückginge, die es unzumutbar erscheinen ließen und lassen, daß sie das Haus bewohnen. Um dies beurteilen zu können, wird das Erstgericht im fortzusetzenden Verfahren Feststellungen über den Gesundheitszustand des Klägers und seiner Ehefrau und die sich daraus bei der Benützung des - nach den Feststellungen im Winter nur beschwerlich zu bewohnenden - Hauses ergebenden Einschränkungen für die Zeit der Zustellung der Aufkündigung und den Schluß der mündlichen Verhandlung (vgl. hiezu MietSlg 31.424) zu treffen haben.

Der Ausspruch über die Verfahrenskosten beruht auf

§ 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E17708

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0030OB00507.89.0524.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890524\_OGH0002\_0030OB00507\_8900000\_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)