DR. F.X. BERNDORFER

RECHTSANWALT

Gebühreneinzug AE ert. PSK 4321008 GiroKto. 721/0220/10 Oberbank

Bezirksgericht Linz
Fadingerstraße 2
4020 Linz

GZ 8C1336/15g

Klagende Partei:	**Linz Service GmbH für Infrastruktur und kommunale Dienste** **Wienerstraße 151, 4021 Linz**
vertreten durch:	**Dr. Klaus Oberndorfer** **Rechtsanwalt** **A-4020 Linz**
Beklagte Partei:	**Safety Product Management GmbH** **Industriezeile 33d, 4020 Linz**
vertreten durch:	**Dr. Franz Xaver Berndorfer** **Rechtsanwalt** **Tel. 0732/771515-0** **Lüfteneggerstraße 12** **4020 Linz** **Code R403650**
wegen:	gerichtlicher Aufkündigung eines Mietvertrages (RATG Jahresmiete €8.436,00 s. A.) (GGG €750,--)

AUSSERORDENTLICHE REVISION

Prozess- und Geldvollmacht
erteilt gem. § 30/2 ZPO

Die beklagte Partei erhebt gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 18.07.2017, dem Beklagtenvertreter per Web-ERV zugestellt am 25.07.2017, sohin fristauslösend zum 26.07.2017, sohin binnen offener Frist, nachstehende

AUSSERORDENTLICHE REVISION

an den Obersten Gerichtshof und führt diese aus wie folgt:

Das bekämpfte Urteil des Landesgerichtes Linz vom 18.07.2017 wird seinem gesamten Inhalte nach angefochten, also insoweit, als es der Berufung nicht Folge gegeben und das Klagebegehren (Kündigung) nicht gänzlich unter Kostenersatzpflicht der klagenden Partei abgewiesen hat.

Kurze Darstellung des wesentlichen Verfahrensablaufes auf Basis der getroffenen Feststellungen und unstrittiger Verfahrensvorgänge:

Mit schriftlichem Mietvertrag vom 05.07./08.07.2005 hat die klagende Partei an die beklagte Partei das Grundstück 1428/49 (1.383 m²) und eine Teilfläche des Grundstückes 1428/46 je KG Lustenau in Linz (gelegen am Linzer Handelshafen) im Ausmaß von 23 m² vermietet. (Beilage ./B).

In Punkt 1.5. des Mietvertrages wurde Folgendes wortwörtlich vereinbart:
Der Mietgegenstand darf nur zur Errichtung eines Gebäudes für die Lagerung und den Verkauf von Schiffahrtsausrüstungen und damit zusammenhängenden Gegenständen sowie zur Errichtung und Benützung einer Betriebswohnung entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen verwendet werden. Weiters ist die Mieterin berechtigt, eine Steganlage im Nahebereich des Mietgegenstandes nach vorherigem Abschluss einer diesbezüglichen Vereinbarung zu errichten. Jede andere Verwendung des Mietgegenstandes gilt als wesentliche Verletzung dieses Vertrages und als erheblich nachteiliger Gebrauch im Sinne des § 1118 ABGB und berechtigt die LINZ SERVICE GmbH zur vorzeitigen Vertragsauflösung.

In Pkt. 3.1. des Mietvertrages wurde Folgendes vereinbart:
Dieses Vertragsverhältnis beginn mit Vorliegen der baubehördlichen Bewilligung für das zu errichtende Gebäude, spätestens jedoch mit 01.01.2006, und wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es kann von jedem Vertragspartner zum 30.06. und 31.12. eines jeden Jahres unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist mittels eingeschriebenem Briefes aufgekündigt werden. Die LINZ SERVICE GmbH verzichtet jedoch auf die Ausübung ihres Kündigungsrechtes bis

31.12.2015. Sollten nach Ablauf dieser 10 Jahre keine schwerwiegenden Bedenken gegen eine nochmalige Abgabe eines Kündigungsverzichtes vorliegen, wird die LINZ SERVICE GmbH einen Kündigungsverzicht auf weitere 10 Jahre abgeben.

** Mit gerichtlicher Aufkündigung vom 15.12.2015 begehrte die klagende Partei die gerichtliche Aufkündigung u.a. mit der Begründung, dass sich auf dem auf dem Mietgegenstand errichteten Superädifikat nicht mehr als zwei selbständige Wohnungen bzw. Geschäftsräumlichkeiten befinden und das MRG auf das gegenständliche Mietverhältnis daher nicht anwendbar wäre. Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht würden noch Kündigungsgründe im Sinne des § 30 MRG geltend gemacht werden.*
** Die beklagte Partei hat dagegen Einwendungen erhoben und im Wesentlichen eingewendet, dass zwei selbständige Betriebswohneinheiten und zwei selbständige Geschäftseinheiten vorliegen würden und daher im Bezug auf die Auflösung und Aufkündbarkeit die Kündigungsbeschränkungen des § 30 MRG vorliegen, die herangezogenen Kündigungsgründe nicht vorliegen würden und allfällige Kündigungsgründe verwirkt wären.*
** Nach Durchführung des Beweisverfahrens und nach Einholung eines Gutachten eines Sachverständigen für das Immobilienwesen zur Frage der selbständig vermietbaren Einheiten (Geschäfts- oder Wohneinheiten), hat das BG Linz die gerichtliche Aufkündigung für rechtswirksam erklärt.*
** Einer dagegen erhobenen Berufung wegen*

- *Vorliegens primärer Verfahrensmängel (Verstoß gemäß § 405 ZPO) unter Berufung darauf, dass das Erstgericht entgegen der Aktenlage behauptet hat, die klagende Partei hätte vorgebracht, dass die Vielzahl der Verstöße eine Fortsetzung des Mietverhältnisses für die klagende Partei unzumutbar machen würde,*
- *wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und*
- *unrichtiger rechtlicher Beurteilung einschließlich des Vorliegens sekundärer Feststellungsmängel (die aber nicht näher ausgeführt wurde)*

hat das LG Linz mit Entscheidung zu 14 R 91/17a vom 18.07.2017 jedoch nicht Folge gegeben.

Entgegen der Ansicht des Erstgerichtes kommt das Berufungsgericht immerhin zum Ergebnis, dass die vorliegende Flächenmiete grundsätzlich per Analogie dem MRG unterliegt, jedoch die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG vorliegen würden. Zudem stellt es auf Seite 5, unten, fest, dass der gesamte Gebäudekomplex bestehend aus einem Büro, einer Betriebswohnung und einer Halle mit zwei angeschlossenen Ausstellungsräumen, auf einen gewerblichen Benutzer ausgelegt konzipiert ist.

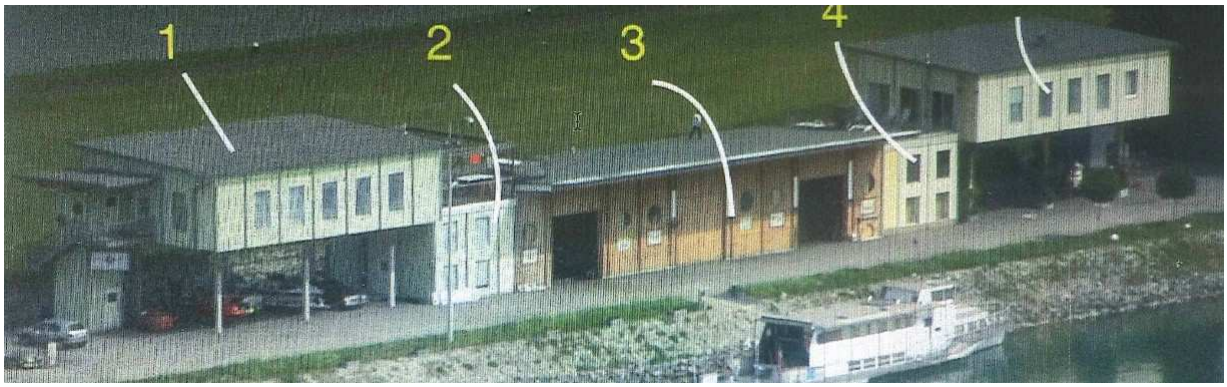
Das Berufungsgericht stellt auf Seite 3 fest, dass Thema der Vertragsverhandlungen war, auch angesichts des Umstandes der Widmung der konkret gemieteten Fläche als „Ländefläche", dass ausschließlich ein Unternehmen, nämlich die beklagte Partei, in diesem Gebäude [gemeint das von der beklagten Partei zu errichtende Superädifikat] ein Geschäft betreibt und nur eine Dienstwohnung, ausschließlich für den alleinigen Geschäftsführer und Gesellschafter Markus Christian Swoboda, etabliert wird. Aus diesem Grund und aufgrund der Formulierung in Pkt. 1.5. des Mietvertrages wäre laut Berufungsgericht die klagende Partei davon ausgegangen, dass nicht mehr als zwei selbständig vermietbare Einheiten errichtet würden und somit das MRG nicht zur Anwendung gelangt. Ansonsten hätte die klagende Partei keinen Kündigungsverzicht abgegeben, sondern das Mietverhältnis überhaupt befristet. Der zwischen den Parteien vereinbarte Zweck der Vermietung der Grundfläche und der Zustimmung zur Errichtung eines Superädifikats war ausschließlich der, dass die klagende Partei einen Schiffsausrüster im Donauhafen suchte, sodass ausschließlich ein Unternehmen, nämlich jenes der beklagten Partei, in diesem Gebäude ausschließlich den Handel mit Schiffsausrüstung betreiben sollte. Es gab keine abweichenden mündlichen Vereinbarungen, sodass der schriftliche Mietvertrag letztlich genau das wiedergibt, was zwischen den Parteien besprochen und vereinbart wurde. Die Fertigstellungsanzeige für das Gebäude ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes im Jahre 2008 erfolgt. Auf Seite 4, unten, stellt es noch fest, dass weder Dr. Sabine Englich noch Mag. Gregor Wöss [(an anderer Stelle bezeichnet als die beiden einzigen Personen auf Seite der klagenden Partei, die in die Vertragsverhandlungen eingebunden waren)], der als Prokurist die klagende Partei im Zeitraum 18.07.2001 bis 24.10.2007 nur gemeinsam mit einem Geschäftsführer vertreten konnte, hatten die Vollmacht, im Namen der klagenden Partei den Mietvertrag abzuändern.

Sie wollten den Mietvertrag auch nicht dahingehend abändern, dass sie – entgegen des Mietvertrages – der Errichtung eines Gebäudes mit mehr als zwei selbständigen Raumeinheiten zustimmen. (Seite 4, letzter Absatz und Seite 5, 1. Absatz des Berufungsurteiles).

In einem zu 16 C 1763/11d beim BG Linz geführten Verfahren, hat die auch hier beklagte Partei u. a. die unzulässige Weitergabe von Teilen des Mietobjektes an Herrn Ing. Harald Feichtinger und an ein Unternehmen „pipifein" erfolgreich reklamiert.

Ebenfalls aufgrund der getroffenen Feststellungen habe noch vor Unterzeichnung des Mietvertrages durch die klagende Partei am 08.07.2005, die beklagte Partei den Einreichplan von 05.07.2005 am 06.07.2005 bei der Baubehörde eingereicht. Dieser Einreichplan wurde von Mag. Gregor Wöss für die klagende Partei als Grundeigentümerin unterfertigt. Auf dem Deckblatt dieses Einreichplanes scheint die Projektbeschreibung mit „Neubau einer Betriebsanlage integriert zwei Bürogebäude mit eingelegter Betriebswohnung – Halle und Ausstellung" auf und beinhaltet Grundrisse, Gebäudeschnitt und Lageplan. (Seite 7, 5. Absatz des Berufungsurteiles). Ein zweiter Einreichplan und ein Austauschplan enthielten wiederum die gleiche Projektbeschreibung samt Grundrissen,

Gebäudeschnitten und Lageplan und wurden in einem Fall von Mag. Gregor Wöss für die klagende Partei und im anderen Fall von Dr. Sabine Englich für die klagende Partei mitunterfertigt. (Seite 7, 6 u. 7 Absatz des Berufungsurteiles).
Auf Seite 5 des Ersturteiles ist der Gebäudekomplex fotografisch dargestellt und anschließend beschrieben.



*Auf Seite 17 (versteckt unter rechtlicher Beurteilung) stellt das Erstgericht fest, dass ohne Berücksichtigung der konkreten Flächenwidmung und der wirtschaftlichen Konzeption einer einheitlichen Geschäftsräumlichkeit rein bautechnisch (räumlich an mindestens fünf Seiten umschlossenes Gebilde, das objektiv zu Geschäftszwecken verwendet werden kann) zumindest **4** selbständig vermietbare Räumlichkeiten vorliegen (Seite 17 unten). Selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die baulichen Umänderungen betreffend Anbau Nord und Anbau Süd nicht baubehördlich angezeigt bzw. von der klagenden Partei als Grundeigentümerin nicht mitunterzeichnet wurden, würden sich rein bautechnisch 3 selbständig vermietbare Raumeinheiten ergeben. (Gebäudeteil Süd, Gebäudeteil Nord und Halle samt Anbauten Süd und Nord). (2. Absatz, Seite 18 des Ersturteiles).*

1.) Zur Zulässigkeit der außerordentlichen Revision:

Kernfrage des materiellen Rechtes:
Liegt der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG auch vor, wenn man, wie das Berufungsgericht, davon ausgeht, dass der Mietvertrag [Anmerkung: sohin auch Pkt. 1.5. der Beilage ./B] genau das wiedergibt, was zwischen den Parteien besprochen und vereinbart wurde oder dieser (ebenfalls laut Feststellung des Berufungsgerichtes) am Umstand zu messen ist, dass die klagende Partei [Anmerkung: einseitig!] aufgrund verschiedener Umstände davon ausging, dass nicht mehr als zwei selbständig vermietbare Einheiten errichtet würden und somit das MRG nicht zur Anwendung gelangen würde. (Beide Feststellungen auf Seite 3, unten des Urteiles).

Anmerkung: Es gibt keine Feststellung, dass auch die beklagte Partei davon ausging, nicht mehr als zwei selbständig vermietbare Einheiten errichten zu dürfen oder dies zwischen den Parteien außerhalb des die Vereinbarung ohnehin abbildenden Textes des Mietvertrages zu 1.5. gar vereinbart worden wäre.

Die Kernfragen im Verfahrensrecht berühren Fragen der Eventualmaxime nach § 33 MRG, Fragen des Erfordernis konkreten Bezeichnung und Schilderung von Kündigungsgründen nach § 30 MRG, das „Auslassen" erstgerichtlicher Feststellungen ohne Beweiswiederholung und die unterlassene Auseinandersetzung mit dem Berufungsgrund des primären Verfahrensmangels (§ 405 ZPO).

Entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichtes ist die Revision zulässig. Die Entscheidung hängt von der Lösung von Rechtsfragen des Verfahrensrechtes (1.2.) und des materiellen Rechtes (1.1.) ab, denen zur Wahrung der Rechtseinheit, der Rechtssicherheit oder der Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, weil, wie nachstehend aufgezeigt, das Berufungsgericht von der Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes abweicht oder eine solche Rechtssprechung fehlt.

Die Revisionswerberin beantragt daher, die Revision zuzulassen und führt zur Zulässigkeit der außerordentlichen Revision nun detailliert aus wie folgt:

1.1. Unrichtige Lösung von Rechtsfragen des materiellen Rechtes:

Das Berufungsgericht geht wohl richtig von der grundsätzlichen analogen Anwendung des MRG in Bezug auf das gegenständliche Mietverhältnis aus, nimmt aber zu Unrecht den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG an. Dabei verweist es auch noch zu Recht auf die Entscheidungskette RIS-Justiz RS 0069235, wonach die volle Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen dieses Ausnahmetatbestandes dabei denjenigen trifft, der sich auf die Ausnahme beruft. Im Lichte der Feststellung, dass der schriftliche Mietvertrag letztlich genau das wiedergibt, was zwischen den Parteien besprochen und vereinbart wurde (Feststellung Seite 3, unten), so kann aus diesem Vertragstext zu Pkt. 1.5. des Vertrages keine Limitierung auf zwei selbständige Einheiten abgeleitet werden. Es findet sich im schriftlichen Text lediglich eine Einschränkung auf die zulässige Nutzung im Zusammenhang mit einem Unternehmen (Gebäude für die Lagerung und den Verkauf von Schifffahrtsausrüstungen und

damit zusammenhängenden Gegenständen sowie zur Errichtung und Benützung einer Betriebswohnung). Eine Limitierung auf eine bestimmte Anzahl von selbständigen Einheiten ist gerade nicht zu finden im schriftlichen Mietvertrag, der nach Ansicht des Erstgerichtes das Berufungsgerichtes genau das wiedergibt, was zwischen den Parteien besprochen und vereinbart wurde.

Die Grenze für die Vertragsauslegung bildet der Wortlaut der Vereinbarung (6 Ob 155/02s).

Damit kann aber der klagenden Partei der Beweis, dass nicht mehr als zwei selbständige Einheiten vereinbart worden wären, nicht gelingen. Ein Geschäftsgebäude für die Lagerung und den Verkauf von diversen Gegenständen kann auch aus mehreren selbständigen Verkaufsräumen, selbständigen Büroräumen, selbständigen Magazinen, etc., bestehen.

Das Erstgericht verkennt daher sowohl die höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Vertragsauslegung als auch die höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Behauptungs- und Beweislast im Bezug auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG.
Das Berufungsgericht berücksichtigt auch nicht die vom Höchstgericht aufgestellten Grundsätze über die Verkehrsauffassung zur Frage, ob zwei oder mehr selbständige Einheiten vorhanden sind. Es ist aber anzumerken, dass sich die Rechtssprechung zu RS 0069412 überwiegend um Einfamilienhäuser dreht. 7 Ob 519/96 besagt aber, dass neben den zwei selbständigen Wohnungen auch keine Geschäftsräume vorhanden sein dürfen, um den Ausnahmetatbestand zu begründen. Die Rechtssprechung hat eine klare Abgrenzung gezogen.

In diesem Zusammenhang ist die Feststellung des Erstgerichtes von Bedeutung, dass der gesamte Gebäudekomplex aus einem Büro, einer Betriebswohnung und einer Halle mit zwei angeschlossenen Ausstellungsräumen bestehen würde, auch wenn er auf einen gewerblichen Benutzer ausgelegt, konzipiert wäre (Seite 5 des Urteiles). Es gibt keine höchstgerichtliche Rechtssprechung, dass nicht mehr als zwei selbständige Einheiten in einem Objekt vorliegen können, wenn das Objekt nur auf einen gewerblichen Benützer ausgelegt wäre.
Die Berufungswerberin bekämpft gerade nicht die Feststellung des Berufungsgerichtes, „dass der zwischen den Parteien vereinbarte Zweck der Vermietung der Grundfläche unter Zustimmung zur Errichtung eines Superädifikates ausschließlich der war, dass die klagende Partei einen Schiffsausrüster im Donauhafen suchte, sodass ausschließlich ein Unternehmen, nämlich jenes der beklagten Partei, in diesem Gebäude ausschließlich den Handel mit

Schiffsausrüstung betreiben sollte“, weil die Bekämpfung dieser Feststellung formal unzulässig wäre. Das Berufungsgericht setzt sich aufgrund der Unterlassung der konkreten Feststellungen zu den baulichen Verhältnissen (und somit einer Abweichung der erstgerichtlichen Feststellungen ohne Beweiswiederholung) nicht mit der Anzahl der selbständig vermietbaren Einheiten auseinander, sondern meint, dass die klagende Partei davon ausging, dass nicht mehr als zwei selbständig vermietbare Einheiten errichtet würden und somit das MRG nicht zur Anwendung gelangt. Es gibt keine Feststellungen, dass dies vereinbart worden wäre. Wovon die klagende Partei für sich ausging, ist bedeutungslos, genauso wie der Umstand, was Thema der Vertragsverhandlungen war. Soweit das Gericht meint, dass Thema war, dass die Beklagte in diesem Gebäude ein Geschäft betreibt und dort nur eine Dienstwohnung für den alleinigen Geschäftsführer Markus Christian Swoboda errichtet, bedeutet noch keinesfalls eine Limitierung über die Anzahl der Einheiten. Auch ein Geschäft kann aus mehreren selbständigen Einheiten bestehen.

1.2. Verfahrensrechtliche Mängel:

1.2.1.: Die Berufungswerberin hat unter dem Berufungsgrund der „primären Verfahrensmängel“ in ihrer Berufung die unverständliche Behauptung des Gerichtes gerügt, die klagende Partei hätte vorgebracht, dass die Vielzahl der Verstöße (teils gegen gerichtliche Entscheidungen) eine Fortsetzung des Mietverhältnisses für die klagende Partei unzumutbar machen würde. (Seite 4 oben des Erst-Urteiles und Seite 4 oben der Berufung).

Behauptungen der klagenden Partei zum Vorliegen der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses wären Voraussetzung für die Geltendmachung eines Kündigungsgrundes nach § 30 MRG. Ohne ein entsprechendes Vorbringen müsste daher eine entsprechende Kündigung – würde sie sonst überhaupt die sonstigen Voraussetzungen erfüllen – abgewiesen werden.

Das Gericht verkennt hier, dass laut höchstgerichtlicher Rechtssprechung bei einem Verstoß gegen vertragliche Verpflichtungen nur dann ein Kündigungsgrund im Sinne des § 30 Abs. 1 MRG vorliegt, wenn dadurch wichtige Interessen des Vermieters in einer Weise verletzt werden, dass sie einer Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz gleichkommen. (8 Ob 73/10h; 10 Ob 47/11). Auch hat die Generalklausel des § 30 Abs. 1 MRG nicht die Aufgabe,

fehlende Merkmale der Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG zu ersetzen, dies gerade unter dem Licht der Eventualmaxime des § 33 MRG.

Aus der Aufkündigung ist unzweifelhaft zu entnehmen, dass sich die klagende Partei nur hilfsweise auf die Kündigungsgründe im Sinne des § 30 MRG beruft. Die klagende Partei hat sich in der Aufkündigung auch nicht auf die Bestimmungen der § 30 (1) oder (2) Z 3 MRG berufen, und schon gar nicht darauf, dass durch das vertragswidrige Verhalten des Mieters wichtige wirtschaftliche oder persönliche Interessen des Vermieters oder anderer Mieter gefährdet seien.

Ein entsprechendes Vorbringen zu der Gefährdungslage lässt sich in der Aufkündigung nicht finden. Soweit die klagende Partei in weiteren Verfahrensschritten diesbezüglich zumindest andeutungsweise Vorbringen erstattet, müsste dies bei richtiger Würdigung der Bestimmungen des § 30 Abs. 2 Z 3 MRG (7 Ob 199/11g; 2 Ob 165/11w) zur Abweisung der Kündigung führen. Eingedenk der Eventualmaxime müssen die wirtschaftlichen oder persönlichen Interessen des Vermieters an der Kündigung in der Aufkündigung konkret geltend gemacht und inhaltlich begründet werden.

Damit hat sich das Berufungsgericht jedoch nicht auseinandergesetzt und nur lapidar behauptet, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern dem Erstgericht ein Verstoß gegen § 405 ZPO unterlaufen sein sollte. (siehe Pkt. 2.1. der Berufungsentscheidung, Seite 11).
Dies stellt auch einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, kann es doch nicht sein, dass sich das Gericht ein wesentliches und notwendiges (auch im Hinblick auf die Eventualmaxime des § 33 MRG) Vorbringen, das in rechtlicher Hinsicht notwendig wäre, von sich aus „aus den Fingern“ saugt und das Berufungsgericht die darauf gestützte Berufung ohne Begründung abtut.

1.2.2.: Das Erstgericht hat auf Seite 17 und 18 des Urteiles (wenn auch versteckt unter rechtliche Beurteilung) festgestellt, dass rein bautechnisch gesehen vier selbständig vermietbare Räumlichkeiten vorliegen, auf jeden Fall aber drei selbständig vermietbare Raumeinheiten. (Seite 17, unten und Seite 18, oben des Ersturteiles). Das Berufungsgericht geht jedoch nur von jenen erstgerichtlichen Feststellungen aus (Seite 2 bis Seite 8), welche vom Erstgericht unter den „Entscheidungsgründen“ angeführt sind und weicht somit von den Feststellungen des Erstgerichtes ab, wenn es die Feststellungen zu den bautechnisch

gesehenen vier selbständig vermietbaren Räumlichkeiten bzw. drei selbständig vermietbaren Raumeinheiten fallen lässt. Ohne Beweiswiederholung kann es aber von getroffenen Feststellungen nicht abgehen, insbesondere dann nicht, wenn diese nicht gerügt worden sind. Darin liegt ein gravierender Verstoß gegen die Rechtssprechung des OGH zu § 498 ZPO und somit ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz vor.

Die Frage, wieviel selbständig vermietbare Räumlichkeiten vorhanden sind, wenn auch (nur?) in bautechnischer Hinsicht, ist für die weitere Beurteilung des Falles, insbesondere bei richtiger Interpretation des Vertragspunktes 1.5.(Beilage ./B) für die weitere Beurteilung des Falles von großer Relevanz. Es spitzt sich nämlich wieder alles auf die Frage zu, ob rein vom Vertragstext des Punktes 1.5. auszugehen ist (so wie es die Revisionswerberin sieht und wie anzunehmen ist auch das Berufungsgericht selbst) oder allein die Absicht der klagenden Partei (nämlich die Errichtung von zwei Einheiten) für die Beurteilung des Ausnahmetatbestandes maßgeblich ist. Wenn nämlich die Kündigungsbestimmungen des MRG anzuwenden sind, leidet das Verfahren an einem erheblichen Verfahrensmangel und weiteren Feststellungen, nachdem auch die Untergerichte zu erkennen gegeben haben, dass sich im Grunde weitere Fragen zu einem Kündigungsverfahren nach dem MRG nicht mehr stellen.

1.2.3.: Das Berufungsgericht verkennt auch die höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Eventualmaxime:
Nach ständiger Rechtssprechung ist eine Parteiendisposition über die Eventualmaxime nicht zulässig (3 Ob 69/08f).

Soweit das Berufungsgericht meint, dass die Eventualmaxime nur einen rügepflichtigen Verfahrensmangel darstellt (dies unter Berufung auf RS 0041951 [T6]), und meint, dass die beklagte Partei die Rüge verspätet erhoben hätte und die Frage der Verletzung der rechtzeitigen Rügevorschriften Fragen des Einzelfalles sind (Pkt. 2.2. des Berufungsurteiles), so ist dies völlig verfehlt.

Gerade die vom Gericht angeführte Entscheidung T6, dass die Eventualmaxime von Amtswegen zu berücksichtigen ist. Vor allem bezieht sich die Entscheidung 9 Ob 154/03t gerade nicht auf ein mietrechtliches Verfahren und insbesondere nicht auf § 33 MRG.

Das Erstgericht verkennt, dass die Eventualmaxime nicht nur für die Geltendmachung und Bezeichnung der Kündigungsgründe gilt, sondern auch für das Vorbringen in Bezug auf die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG gilt. Diesbezüglich wird auf die Entscheidung 10 Ob 52/08g verwiesen, wonach auch Behauptungen zur Rechtfertigung der Ausnahmebestimmung in der Aufkündigung aufgrund der Eventualmaxime geltend zu machen sind. Im dortigen Fall ist auch angeführt, dass es keine Verpflichtung der beklagten Partei gibt, die Eventualmaxime einzuwenden. Die klagende Partei behauptet in der Aufkündigung nur, dass sich in dem auf dem Mietgegenstand errichteten Superädifikat nicht mehr als zwei selbständige Wohnungen bzw. Geschäftsräumlichkeiten befinden und deshalb das MRG auf das gegenständliche Mietverhältnis nicht anwendbar ist. (Seite 2, unten der Aufkündigung).

In dieser Aufkündigung hat die klagende Partei gar nicht behauptet, dass die beklagte Partei entgegen der Vereinbarung mehr als zwei selbständige Einheiten errichtet hätte. Erst im Schriftsatz vom 02.11.2016 beruft sich die klagende Partei darauf, dass bereits aus dem Mietvertrag ersichtlich wäre, dass von den Streitteilen gegenständlich die Errichtung von nicht mehr als zwei selbständig vermietbaren Büro- bzw. Geschäftsräumlichkeiten beabsichtigt und vereinbart war.

Dieses Vorbringen, das aber sogar die Dienstwohnung unberücksichtigt lässt, obliegt der Eventualmaxime und kann daher keine weitere Beachtung mehr finden.

1.2.4.: Es gibt keine höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Frage, ob der Vermieter für den Fall der unzulässigen Erweiterung der gestatteten Einheiten vor oder mit der Geltendmachung von Kündigungsgründen im Sinne des § 30 MRG eine unzulässige Erweiterung der Einheiten als Kündigungsgrund geltend machen muss, widrigenfalls er die Anzahl der Einheiten gegen sich gelten lassen muss. Diese Frage aber wäre für die Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung von erheblicher Bedeutung. Sollte ein Vermieter, der jahrelang die Erweiterung der Einheiten trotz Kenntnis von einem großen Bauwerk mit erkennbar mehrgliedrigen Baukörpern und Baukörpern mit verschiedenen Funktionen eine nähere Prüfung unterlässt oder gar in Kenntnis dieses Umstandes nichts unternimmt, sich nun wirksam auf den Ausnahmetatbestand berufen können und wäre dies rechtswidrig, sittenwidrig und treuwidrig, sowie die beklagte Partei abschließend vor Schluss der Verhandlung am 06.03.2017 vorgebracht hat.

1.3. Allgemeines:

Die Summe von Missachtung der Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes und somit eine auffallende Fehlbeurteilung des Berufungsgerichtes rechtfertigen jedenfalls die Zulässigkeit dieser außerordentlichen Revision.

Die Berufungswerberin verkennt nicht, dass Fragen der Vertragsauslegung, Fragen der Beweislast, Fragen der Eventualmaxime, Fragen der Bezeichnung der Kündigungsgründe, in der Regel als Einzelfälle zu betrachten sind. Im gegenständlichen Fall liegt jedoch in mehreren Fällen, auch in materiellen Fragen, eine auffallende Fehlbeurteilung durch das Berufungsgericht vor, sodass jedenfalls nicht nur aus einzelnen Gründen, sondern jedenfalls in der Gesamtschau die Revision berechtigt ist.

2. Ausführung der Revision:

Die Revision wird auf folgende Revisionsgründe des § 503 ZPO gestützt:

Z2: Das Berufungsverfahren leidet an einem Mangel, welcher, ohne die Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern geeignet war.

Z4: Das Berufungsurteil des Berufungsgerichtes beruht auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache.

Die Revisionswerberin wiederholt im Wesentlichen das Vorbringen zur außerordentlichen Revision, nachdem sie der Meinung ist, dass die Mängel des Berufungsurteiles bereits im „Zulassungsteil“ konkret zu schildern sind.

2.1. Unrichtige Lösung von Rechtsfragen des materiellen Rechtes:

Das Berufungsgericht geht wohl richtig von der grundsätzlichen analogen Anwendung des MRG in Bezug auf das gegenständliche Mietverhältnis aus, nimmt aber zu Unrecht den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG an. Dabei verweist es auch noch zu Recht auf die Entscheidungskette RIS-Justiz RS 0069235, wonach die volle Behauptungs- und

Beweislast für das Vorliegen dieses Ausnahmetatbestandes dabei denjenigen trifft, der sich auf die Ausnahme beruft. Im Lichte der Feststellung, dass der schriftliche Mietvertrag letztlich genau das wiedergibt, was zwischen den Parteien besprochen und vereinbart wurde (Feststellung Seite 3, unten), so kann aus diesem Vertragstext zu Pkt. 1.5. des Vertrages keine Limitierung auf zwei selbständige Einheiten abgeleitet werden. Es findet sich im schriftlichen Text lediglich eine Einschränkung auf die zulässige Nutzung im Zusammenhang mit einem Unternehmen (Gebäude für die Lagerung und den Verkauf von Schifffahrtsausrüstungen und damit zusammenhängenden Gegenständen sowie zur Errichtung und Benützung einer Betriebswohnung). Eine Limitierung auf eine bestimmte Anzahl von selbständigen Einheiten ist gerade nicht zu finden im schriftlichen Mietvertrag, der nach Ansicht des Erstgerichtes das Berufungsgerichtes genau das wiedergibt, was zwischen den Parteien besprochen und vereinbart wurde.

Die Grenze für die Vertragsauslegung bildet der Wortlaut der Vereinbarung (6 Ob 155/02s).

Damit kann aber der klagenden Partei der Beweis, dass nicht mehr als zwei selbständige Einheiten vereinbart worden wären, nicht gelingen. Ein Geschäftsgebäude für die Lagerung und den Verkauf von diversen Gegenständen kann auch aus mehreren selbständigen Verkaufsräumen, selbständigen Büroräumen, selbständigen Magazinen, etc., bestehen.

Das Erstgericht verkennt daher sowohl die höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Vertragsauslegung als auch die höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Behauptungs- und Beweislast im Bezug auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG.
Das Berufungsgericht berücksichtigt auch nicht die vom Höchstgericht aufgestellten Grundsätze über die Verkehrsauffassung zur Frage, ob zwei oder mehr selbständige Einheiten vorhanden sind. Es ist aber anzumerken, dass sich die Rechtssprechung zu RS 0069412 überwiegend um Einfamilienhäuser dreht. 7 Ob 519/96 besagt aber, dass neben den zwei selbständigen Wohnungen auch keine Geschäftsräume vorhanden sein dürfen, um den Ausnahmetatbestand zu begründen. Die Rechtssprechung hat eine klare Abgrenzung gezogen.

In diesem Zusammenhang ist die Feststellung des Erstgerichtes von Bedeutung, dass der gesamte Gebäudekomplex aus einem Büro, einer Betriebswohnung und einer Halle mit zwei angeschlossenen Ausstellungsräumen bestehen würde, auch wenn er auf einen gewerblichen Benutzer ausgelegt, konzipiert wäre (Seite 5 des Urteiles). Es gibt keine höchstgerichtliche

Rechtssprechung, dass nicht mehr als zwei selbständige Einheiten in einem Objekt vorliegen können, wenn das Objekt nur auf einen gewerblichen Benützer ausgelegt wäre.
Die Berufungswerberin bekämpft gerade nicht die Feststellung des Berufungsgerichtes, „dass der zwischen den Parteien vereinbarte Zweck der Vermietung der Grundfläche unter Zustimmung zur Errichtung eines Superädifikates ausschließlich der war, dass die klagende Partei einen Schiffsausrüster im Donauhafen suchte, sodass ausschließlich ein Unternehmen, nämlich jenes der beklagten Partei, in diesem Gebäude ausschließlich den Handel mit Schiffsausrüstung betreiben sollte“, weil die Bekämpfung dieser Feststellung formal unzulässig wäre. Das Berufungsgericht setzt sich aufgrund der Unterlassung der konkreten Feststellungen zu den baulichen Verhältnissen (und somit einer Abweichung der erstgerichtlichen Feststellungen ohne Beweiswiederholung) nicht mit der Anzahl der selbständig vermietbaren Einheiten auseinander, sondern meint, dass die klagende Partei davon ausging, dass nicht mehr als zwei selbständig vermietbare Einheiten errichtet würden und somit das MRG nicht zur Anwendung gelangt. Es gibt keine Feststellungen, dass dies vereinbart worden wäre. Wovon die klagende Partei für sich ausging, ist bedeutungslos, genauso wie der Umstand, was Thema der Vertragsverhandlungen war. Soweit das Gericht meint, dass Thema war, dass die Beklagte in diesem Gebäude ein Geschäft betreibt und dort nur eine Dienstwohnung für den alleinigen Geschäftsführer Markus Christian Swoboda errichtet, bedeutet noch keinesfalls eine Limitierung über die Anzahl der Einheiten. Auch ein Geschäft kann aus mehreren selbständigen Einheiten bestehen.

2.2. Verfahrensrechtliche Mängel:

2.2.1.: Die Berufungswerberin hat unter dem Berufungsgrund der „primären Verfahrensmängel“ in ihrer Berufung die unverständliche Behauptung des Gerichtes gerügt, die klagende Partei hätte vorgebracht, dass die Vielzahl der Verstöße (teils gegen gerichtliche Entscheidungen) eine Fortsetzung des Mietverhältnisses für die klagende Partei unzumutbar machen würde. (Seite 4 oben des Erst-Urteiles und Seite 4 oben der Berufung).

Behauptungen der klagenden Partei zum Vorliegen der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses wären Voraussetzung für die Geltendmachung eines Kündigungsgrundes nach § 30 MRG. Ohne ein entsprechendes Vorbringen müsste daher eine entsprechende Kündigung – würde sie sonst überhaupt die sonstigen Voraussetzungen erfüllen – abgewiesen werden.

Das Gericht verkennt hier, dass laut höchstgerichtlicher Rechtssprechung bei einem Verstoß gegen vertragliche Verpflichtungen nur dann ein Kündigungsgrund im Sinne des § 30 Abs. 1 MRG vorliegt, wenn dadurch wichtige Interessen des Vermieters in einer Weise verletzt werden, dass sie einer Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz gleichkommen. (8 Ob 73/10h; 10 Ob 47/11). Auch hat die Generalklausel des § 30 Abs. 1 MRG nicht die Aufgabe, fehlende Merkmale der Kündigungsgründe des § 30 Abs. 2 MRG zu ersetzen, dies gerade unter dem Licht der Eventualmaxime des § 33 MRG.

Aus der Aufkündigung ist unzweifelhaft zu entnehmen, dass sich die klagende Partei nur hilfsweise auf die Kündigungsgründe im Sinne des § 30 MRG beruft. Die klagende Partei hat sich in der Aufkündigung auch nicht auf die Bestimmungen der § 30 (1) oder (2) Z 3 MRG berufen, und schon gar nicht darauf, dass durch das vertragswidrige Verhalten des Mieters wichtige wirtschaftliche oder persönliche Interessen des Vermieters oder anderer Mieter gefährdet seien.

Ein entsprechendes Vorbringen zu der Gefährdungslage lässt sich in der Aufkündigung nicht finden. Soweit die klagende Partei in weiteren Verfahrensschritten diesbezüglich zumindest andeutungsweise Vorbringen erstattet, müsste dies bei richtiger Würdigung der Bestimmungen des § 30 Abs. 2 Z 3 MRG (7 Ob 199/11g; 2 Ob 165/11w) zur Abweisung der Kündigung führen. Eingedenk der Eventualmaxime müssen die wirtschaftlichen oder persönlichen Interessen des Vermieters an der Kündigung in der Aufkündigung konkret geltend gemacht und inhaltlich begründet werden.

Damit hat sich das Berufungsgericht jedoch nicht auseinandergesetzt und nur lapidar behauptet, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern dem Erstgericht ein Verstoß gegen § 405 ZPO unterlaufen sein sollte. (siehe Pkt. 2.1. der Berufungsentscheidung, Seite 11).
Dies stellt auch einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, kann es doch nicht sein, dass sich das Gericht ein wesentliches und notwendiges (auch im Hinblick auf die Eventualmaxime des § 33 MRG) Vorbringen, das in rechtlicher Hinsicht notwendig wäre, von sich aus „aus den Fingern“ saugt und das Berufungsgericht die darauf gestützte Berufung ohne Begründung abtut.

2.2.2.: Das Erstgericht hat auf Seite 17 und 18 des Urteiles (wenn auch versteckt unter rechtliche Beurteilung) festgestellt, dass rein bautechnisch gesehen vier selbständig vermietbare Räumlichkeiten vorliegen, auf jeden Fall aber drei selbständig vermietbare Raumeinheiten. (Seite 17, unten und Seite 18, oben des Ersturteiles). Das Berufungsgericht geht jedoch nur von jenen erstgerichtlichen Feststellungen aus (Seite 2 bis Seite 8), welche vom Erstgericht unter den „Entscheidungsgründen" angeführt sind und weicht somit von den Feststellungen des Erstgerichtes ab, wenn es die Feststellungen zu den bautechnisch gesehenen vier selbständig vermietbaren Räumlichkeiten bzw. drei selbständig vermietbaren Raumeinheiten fallen lässt. Ohne Beweiswiederholung kann es aber von getroffenen Feststellungen nicht abgehen, insbesondere dann nicht, wenn diese nicht gerügt worden sind. Darin liegt ein gravierender Verstoß gegen die Rechtssprechung des OGH zu § 498 ZPO und somit ein Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz vor.

Die Frage, wieviel selbständig vermietbare Räumlichkeiten vorhanden sind, wenn auch (nur?) in bautechnischer Hinsicht, ist für die weitere Beurteilung des Falles, insbesondere bei richtiger Interpretation des Vertragspunktes 1.5.(Beilage ./B) für die weitere Beurteilung des Falles von großer Relevanz. Es spitzt sich nämlich wieder alles auf die Frage zu, ob rein vom Vertragstext des Punktes 1.5. auszugehen ist (so wie es die Revisionswerberin sieht und wie anzunehmen ist auch das Berufungsgericht selbst) oder allein die Absicht der klagenden Partei (nämlich die Errichtung von zwei Einheiten) für die Beurteilung des Ausnahmetatbestandes maßgeblich ist. Wenn nämlich die Kündigungsbestimmungen des MRG anzuwenden sind, leidet das Verfahren an einem erheblichen Verfahrensmangel und weiteren Feststellungen, nachdem auch die Untergerichte zu erkennen gegeben haben, dass sich im Grunde weitere Fragen zu einem Kündigungsverfahren nach dem MRG nicht mehr stellen.

2.2.3.: Das Berufungsgericht verkennt auch die höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Eventualmaxime:
Nach ständiger Rechtssprechung ist eine Parteiendisposition über die Eventualmaxime nicht zulässig (3 Ob 69/08f).

Soweit das Berufungsgericht meint, dass die Eventualmaxime nur einen rügepflichtigen Verfahrensmangel darstellt (dies unter Berufung auf RS 0041951 [T6]), und meint, dass die beklagte Partei die Rüge verspätet erhoben hätte und die Frage der Verletzung der

rechtzeitigen Rügevorschriften Fragen des Einzelfalles sind (Pkt. 2.2. des Berufungsurteiles), so ist dies völlig verfehlt.

Gerade die vom Gericht angeführte Entscheidung T6, dass die Eventualmaxime von Amtswegen zu berücksichtigen ist. Vor allem bezieht sich die Entscheidung 9 Ob 154/03t gerade nicht auf ein mietrechtliches Verfahren und insbesondere nicht auf § 33 MRG.

Das Erstgericht verkennt, dass die Eventualmaxime nicht nur für die Geltendmachung und Bezeichnung der Kündigungsgründe gilt, sondern auch für das Vorbringen in Bezug auf die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 Z 5 MRG gilt. Diesbezüglich wird auf die Entscheidung 10 Ob 52/08g verwiesen, wonach auch Behauptungen zur Rechtfertigung der Ausnahmebestimmung in der Aufkündigung aufgrund der Eventualmaxime geltend zu machen sind. Im dortigen Fall ist auch angeführt, dass es keine Verpflichtung der beklagten Partei gibt, die Eventualmaxime einzuwenden. Die klagende Partei behauptet in der Aufkündigung nur, dass sich in dem auf dem Mietgegenstand errichteten Superädifikat nicht mehr als zwei selbständige Wohnungen bzw. Geschäftsräumlichkeiten befinden und deshalb das MRG auf das gegenständliche Mietverhältnis nicht anwendbar ist. (Seite 2, unten der Aufkündigung).

In dieser Aufkündigung hat die klagende Partei gar nicht behauptet, dass die beklagte Partei entgegen der Vereinbarung mehr als zwei selbständige Einheiten errichtet hätte. Erst im Schriftsatz vom 02.11.2016 beruft sich die klagende Partei darauf, dass bereits aus dem Mietvertrag ersichtlich wäre, dass von den Streitteilen gegenständlich die Errichtung von nicht mehr als zwei selbständig vermietbaren Büro- bzw. Geschäftsräumlichkeiten beabsichtigt und vereinbart war.

Dieses Vorbringen, das aber sogar die Dienstwohnung unberücksichtigt lässt, obliegt der Eventualmaxime und kann daher keine weitere Beachtung mehr finden.

2.2.4.: Es gibt keine höchstgerichtliche Rechtssprechung zur Frage, ob der Vermieter für den Fall der unzulässigen Erweiterung der gestatteten Einheiten vor oder mit der Geltendmachung von Kündigungsgründen im Sinne des § 30 MRG eine unzulässige Erweiterung der Einheiten als Kündigungsgrund geltend machen muss, widrigenfalls er die Anzahl der Einheiten gegen sich gelten lassen muss. Diese Frage aber wäre für die Rechtssicherheit und

Rechtsentwicklung von erheblicher Bedeutung. Sollte ein Vermieter, der jahrelang die Erweiterung der Einheiten trotz Kenntnis von einem großen Bauwerk mit erkennbar mehrgliedrigen Baukörpern und Baukörpern mit verschiedenen Funktionen eine nähere Prüfung unterlässt oder gar in Kenntnis dieses Umstandes nichts unternimmt, sich nun wirksam auf den Ausnahmetatbestand berufen können und wäre dies rechtswidrig, sittenwidrig und treuwidrig, sowie die beklagte Partei abschließend vor Schluss der Verhandlung am 06.03.2017 vorgebracht hat.

2.3. Allgemeines:

Die Summe von Missachtung der Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes und somit eine auffallende Fehlbeurteilung des Berufungsgerichtes rechtfertigen jedenfalls die Zulässigkeit dieser außerordentlichen Revision.

Die Berufungswerberin verkennt nicht, dass Fragen der Vertragsauslegung, Fragen der Beweislast, Fragen der Eventualmaxime, Fragen der Bezeichnung der Kündigungsgründe, in der Regel als Einzelfälle zu betrachten sind. Im gegenständlichen Fall liegt jedoch in mehreren Fällen, auch in materiellen Fragen, eine auffallende Fehlbeurteilung durch das Berufungsgericht vor, sodass jedenfalls nicht nur aus einzelnen Gründen, sondern jedenfalls in der Gesamtschau die Revision berechtigt ist.

Die beklagte Partei stellt den

ANTRAG

der Oberste Gerichtshof als Revisionsgerichtshof wolle

1.) die Revision als zulässig erachten;

2.) der Revision Folge geben und

a.) das angefochtene Urteil dahingehend abändern, dass das Klagebegehren vollinhaltlich abgewiesen werde;

in eventu

b.) das angefochtene Urteil im Umfang der Anfechtung aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen;
in eventu
die Urteile der Vorinstanzen im Umfang der Anfechtung aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Prozessgericht 1. Instanz zurückzuverweisen;

3.) jedenfalls der klagenden Partei den Ersatz der Kosten des Verfahrens aller Instanzen an die beklagten Parteien gemäß § 19 aRAO zu Handen des Beklagtenvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

An Kosten werden verzeichnet:

Bemessungsgrundlage:

RATG: € 8.436,00

GGG: € 750,00

Kostenverzeichnis:

Schriftsatz TP3C	EUR	433,00
50 % ES	EUR	216,50
ERV-Kosten	EUR	2,10
20 % USt	EUR	130,32
Pauschalgebühr	EUR	204,00
S u m m e	EUR	985,92

Linz, am 23.8.2017 Safety Product Management GmbH

SAFEGE/LINZGE4-05 / X/TC
F:\advokat\DATEN\WINWORD\SAFEGE_LINZGE4-05\Schriftsatz\3-1.doc