

# TE OGH 2003/10/14 1Ob247/03k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.10.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer, Dr. Zechner und Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Stefan K\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Siegfried Rack und Mag. Gottfried Tazol, Rechtsanwälte in Völkermarkt, wider die beklagten Parteien 1) Paul K\*\*\*\*\*, und 2) Josefine K\*\*\*\*\*, beide \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Gert Seeber, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen 25.435,49 EUR sA infolge Antrags auf Berichtigung des Beschlusses des Obersten Gerichtshofs vom 1. Juli 2003, GZ 1 Ob 141/03x-126, mit dem die außerordentliche Revision der beklagten Parteien (Revisionsinteresse 13.807,84 EUR sA) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 18. April 2002, GZ 4 R 258/01w-109, zurückgewiesen wurde, sowie über diese außerordentliche Revision folgenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Dem Wiederaufnahmeantrag wird stattgegeben. Der Beschluss vom 1. Juli 2003, womit die außerordentliche Revision der beklagten Parteien zurückgewiesen wurde, wird aufgehoben.
2. Die außerordentliche Revision der beklagten Parteien wird zurückgewiesen.
3. Die Parteien haben ihre Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens jeweils selbst zu tragen.

Die Anträge der Parteien auf Kostenseparation werden abgewiesen.

## Text

Begründung:

Das Erstgericht erkannte dem Kläger 130.000 S (= 9.447,47 EUR) samt 4 % Zinsen seit 15. 7. 1991 zu und wies das Mehrbegehren von 220.000 S (= 15.988,02 EUR) samt 4 % Zinsen seit 15. 7. 1991 sowie einen weiteren Zinsenanspruch ab.

Das Gericht zweiter Instanz gab nur der Berufung des Klägers teilweise Folge. Es änderte das Ersturteil dahin ab, dass es dem Kläger im Ergebnis 13.807,84 EUR samt 4 % Zinsen seit 16. 7. 1991 zuerkannte und das Klagemehrbegehren von 11.627,65 EUR sA abwies. Im Übrigen sprach es aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Die außerordentliche Revision der Beklagten wies der erkennende Senat mit Beschluss vom 1. Juli 2003 als verspätet zurück. Die Revisionsfrist sei nach rechtskräftiger Abweisung eines Verfahrenshilfeantrags der Beklagten am 18. 4. 2003 neuerlich in Gang gesetzt, jedoch deren außerordentliche Revision, wie sich aus dem Vermerk "pers"(-öglich) auf

dem Rechtsmittelschriftsatz (ON 122) und der Beurkundung auf dem Vorlagebericht (ON 124) ergebe, erst am 16. 5. 2003 überreicht worden. Dagegen habe die Revisionsfrist für die Beklagten schon am 15. 5. 2003 um 24 Uhr geendet.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der als Wiederaufnahmeantrag aufzufassende "Berichtigungsantrag" der Beklagten mit den Begehren, den Zurückweisungsbeschluss aufzuheben, ferner auszusprechen, dass

"die außerordentliche Revision ... rechtzeitig eingebracht" worden

und infolgedessen über die im "Revisionsschriftsatz ... gestellten

Anträge zu entscheiden" sei. Sie brachten vor, der auf dem Revisionsschriftsatz neben dem Datum seines Einlangens - dem 16. 5. 2003 - angebrachte Vermerk "pers" und die Beurkundung seiner Überreichung an diesem Tag im Vorlagebericht der "zuständigen Richterin" seien unrichtig, weil die außerordentliche Revision in Wahrheit bereits am 15. 5. 2003 eingeschrieben zur Post gegeben worden sei. Im Zuge der Recherchen aufgrund des Zurückweisungsbeschlusses sei auch das zum Postaufgabeschein passende Kuvert im "Archiv des LG Klagenfurt ... ausgehoben" worden. Der Kläger erwiderte, dass nach dem nunmehr vorliegenden Akteninhalt die Rechtzeitigkeit der Einbringung der außerordentlichen Revision nicht bescheinigt sei. Das Kuvert, dessen Kopie die Beklagten vorgelegt hätten, habe nicht deren außerordentliche Revision enthalten. Es lasse nicht einmal den Absender erkennen. Ferner mangle es an einem Postaufgabeschein, "dessen Kennziffer mit der Kennziffer auf dem Briefumschlag" übereinstimme. Der Vertreter der Beklagten habe am 15. 5. 2003 "andere Poststücke" beim Postamt überreicht und versuche nunmehr eine "'Vermengung' mit der gegenständlichen Rechtssache". Der Antrag der Beklagten sei überdies unzulässig und verspätet.

### **Rechtliche Beurteilung**

#### 1. Zum Wiederaufnahmeantrag

Im Akt er liegt nunmehr das Original eines Kuverts mit dem Poststempel vom 15. 5. 2003 und der Aufgabenummer "RO 05750019 3 AT". Links oben befindet sich ein Abdruck der Stampiglie des Beklagtenvertreters. Zu diesem Kuvert vermerkte das Erstgericht am 19. 8. 2003:

"Kuvert zur a. o. Revision am 19. 8. 03 in der Kuvertrolle aufgefunden."

Die Beklagten legten mit dem Wiederaufnahmeantrag eine Kopie des jetzt im Akt er liegenden Originalkuverts und das Original des Postaufgabescheins vom 15. 5. 2003, auf dem die zuvor bezeichnete Aufgabenummer beurkundet ist und die Namen der Streitteile vermerkt sind, vor.

Der Wiederaufnahmeantrag ist berechtigt.

Der erkennende Senat legt der Entscheidung aufgrund der dem Wiederaufnahmeantrag angeschlossenen Urkunden und des Amtsvermerks vom 19. 8. 2003 folgenden bescheinigten Sachverhalt zugrunde:

Die außerordentliche Revision der Beklagten wurde - entgegen dem Akteninhalt bis zu dem am 1. 7. 2003 gefassten Zurückweisungsbeschluss - nicht erst am 16. 3. 2003 überreicht, sondern bereits am 15. 3. 2003 zur Post gegeben.

Daraus folgt in rechtlicher Hinsicht:

Die Rechtsprechung wendet den Wiederaufnahmegrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO sinngemäß auf den Fall eines durch die frühere Aktenlage gedeckten, aber sachlich unrichtigen Beschlusses auf Zurückweisung eines Rechtsmittels an. Einer Wiederaufnahmeklage bedarf es dabei nicht. Über den Wiederaufnahmeantrag ist vielmehr in analoger Anwendung der Bestimmungen des § 419 ZPO - also ohne förmliches Beweisverfahren - zu entscheiden. Stellt sich der ergangene Zurückweisungsbeschluss im Bescheinigungsverfahren - wie hier - als sachlich unrichtig heraus, so ist er in Stattgebung des Wiederaufnahmeverfahrens aufzuheben (1 Ob 151/97f; SZ 60/192 = JBl 1989, 402 = GesRZ 1988, 226 [mit ausführlicher Begründung]). Weil jedoch auf einen solchen Wiederaufnahmeantrag - abgesehen von der Frage der Abwicklung eines förmlichen Beweisverfahrens - die Bestimmungen über die Wiederaufnahmeklage analog anzuwenden sind und das Verfahren, sofern die Klage bzw der Antrag gemäß § 538 Abs 1 ZPO nicht schon im Vorprüfungsstadium zurückgewiesen wird, kontradiktiorisch ist, muss der Gegner des Wiederaufnahmeverfahrens vor der Entscheidung über dessen Aufhebungsbegehren gehört werden. Über die Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens ist dagegen erst mit der in der Hauptsache zu fällenden Entscheidung abzusprechen (1 Ob 151/97f mwN). Bei analoger Anwendung des § 534 Abs 2 Z 4 ZPO ist der Wiederaufnahmeantrag der Beklagten auch nicht verspätet. Eine Ausfertigung des Zurückweisungsbeschlusses des Obersten Gerichtshofs wurde den Beklagten am 19. 8. 2003

zugestellt, der "Berichtigungsantrag" in der Folge bereits am 8. 9. 2003 zur Post gegeben. Die Rechtsprechung wendet den Wiederaufnahmegrund des Paragraph 530, Absatz eins, Ziffer 7, ZPO sinngemäß auf den Fall eines durch die frühere Aktenlage gedeckten, aber sachlich unrichtigen Beschlusses auf Zurückweisung eines Rechtsmittels an. Einer Wiederaufnahmeklage bedarf es dabei nicht. Über den Wiederaufnahmeantrag ist vielmehr in analoger Anwendung der Bestimmungen des Paragraph 419, ZPO - also ohne förmliches Beweisverfahren - zu entscheiden. Stellt sich der ergangene Zurückweisungsbeschluss im Bescheinigungsverfahren - wie hier - als sachlich unrichtig heraus, so ist er in Stattgebung des Wiederaufnahmebegehrens aufzuheben (1 Ob 151/97f; SZ 60/192 = JBI 1989, 402 = GesRZ 1988, 226 [mit ausführlicher Begründung]). Weil jedoch auf einen solchen Wiederaufnahmeantrag - abgesehen von der Frage der Abwicklung eines förmlichen Beweisverfahrens - die Bestimmungen über die Wiederaufnahmeklage analog anzuwenden sind und das Verfahren, sofern die Klage bzw der Antrag gemäß Paragraph 538, Absatz eins, ZPO nicht schon im Vorprüfungsstadium zurückgewiesen wird, kontradiktiorisch ist, muss der Gegner des Wiederaufnahmeverwers vor der Entscheidung über dessen Aufhebungsbegehren gehört werden. Über die Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens ist dagegen erst mit der in der Hauptsache zu fällenden Entscheidung abzusprechen (1 Ob 151/97f mwN). Bei analoger Anwendung des Paragraph 534, Absatz 2, Ziffer 4, ZPO ist der Wiederaufnahmeantrag der Beklagten auch nicht verspätet. Eine Ausfertigung des Zurückweisungsbeschlusses des Obersten Gerichtshofs wurde den Beklagten am 19. 8. 2003 zugestellt, der "Berichtigungsantrag" in der Folge bereits am 8. 9. 2003 zur Post gegeben.

## 2. Zur außerordentlichen Revision

2. 1. Die Beklagten halten im Revisionsverfahren daran fest, der meritorischen Erledigung eines Teils des Klagebegehrens stehe das absolute Prozesshindernis der "res judicata" entgegen. Insofern sprach bereits das Erstgericht mit dem in sein Urteil aufgenommenen Beschluss aus, dass die von den Beklagten "erhobene Einrede der res judicata abgewiesen" - also der Sache nach zurückgewiesen - werde. Das Berufungsgericht bestätigte diesen Beschluss ausdrücklich in den Entscheidungsgründen seines Urteils. Damit liegt aber eine den Obersten Gerichtshof bindende Entscheidung vor, ist doch § 42 Abs 3 JN auch auf eine Entscheidung, mit der das behauptete Vorliegen des absoluten Prozesshindernisses der rechtskräftig entschiedenen Streitsache verneint wurde, anwendbar (6 Ob 74/01b mwN). Die Ansicht Faschings (in Fasching<sup>2</sup> I Einl Rz 163) und Ballons (in Fasching<sup>2</sup> I § 42 JN Rz 19, 24), die Bindungswirkung gemäß § 42 Abs 3 JN setze die ausdrückliche Bejahung der maßgebenden Prozessvoraussetzung im Spruch von Beschlüssen voraus, weil Gründe allein weder der Rechtskraft fähig seien noch eine solche Bindungswirkung entfalten könnten, wurde in der Entscheidung 1 Ob 146/00b (= SZ 73/123 = JBI 2001, 181) abgelehnt (ebenso zuletzt 3 Ob 32/03g). Soweit sich daher die Beklagten weiterhin auf das erörterte absolute Prozesshindernis berufen, genügt ein Hinweis auf die soeben erläuterte Bindungswirkung.2. 1. Die Beklagten halten im Revisionsverfahren daran fest, der meritorischen Erledigung eines Teils des Klagebegehrens stehe das absolute Prozesshindernis der "res judicata" entgegen. Insofern sprach bereits das Erstgericht mit dem in sein Urteil aufgenommenen Beschluss aus, dass die von den Beklagten "erhobene Einrede der res judicata abgewiesen" - also der Sache nach zurückgewiesen - werde. Das Berufungsgericht bestätigte diesen Beschluss ausdrücklich in den Entscheidungsgründen seines Urteils. Damit liegt aber eine den Obersten Gerichtshof bindende Entscheidung vor, ist doch Paragraph 42, Absatz 3, JN auch auf eine Entscheidung, mit der das behauptete Vorliegen des absoluten Prozesshindernisses der rechtskräftig entschiedenen Streitsache verneint wurde, anwendbar (6 Ob 74/01b mwN). Die Ansicht Faschings (in Fasching<sup>2</sup> römisch eins Einl Rz 163) und Ballons (in Fasching<sup>2</sup> römisch eins Paragraph 42, JN Rz 19, 24), die Bindungswirkung gemäß Paragraph 42, Absatz 3, JN setze die ausdrückliche Bejahung der maßgebenden Prozessvoraussetzung im Spruch von Beschlüssen voraus, weil Gründe allein weder der Rechtskraft fähig seien noch eine solche Bindungswirkung entfalten könnten, wurde in der Entscheidung 1 Ob 146/00b (= SZ 73/123 = JBI 2001, 181) abgelehnt (ebenso zuletzt 3 Ob 32/03g). Soweit sich daher die Beklagten weiterhin auf das erörterte absolute Prozesshindernis berufen, genügt ein Hinweis auf die soeben erläuterte Bindungswirkung.

2. 2. Der Oberste Gerichtshof judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass die bloße Verweisung in einem Rechtsmittel auf den Inhalt eines anderen Rechtsmittels oder eines sonstigen Schriftsatzes unbeachtlich ist, ist doch ein Rechtsmittel eine in sich geschlossene selbständige Prozesshandlung, die - jedenfalls im streitigen Verfahren - durch eine Bezugnahme auf den Inhalt anderer Schriftsätze nicht ergänzt werden kann. Der in einer Verweisung liegende Inhaltmangel eines Rechtsmittels ist überdies nicht verbesserungsfähig (1 Ob 236/01i = ZfRV 2002, 197 [Hoyer] mzwN).

Soweit daher die Beklagten zur Vermeidung "von Wiederholungen" auf ihre "außerordentlich wichtigen und logisch begründeten Feststellungsrügen" in der Berufung verweisen, auf die die zweite Instanz nicht eingegangen sei, erübrigts sich jede weitere Erörterung.

2. 3. Die Beklagten gelangen in ihren freien - vom maßgebenden Sachverhalt weitgehend abgehobenen - rechtlichen Assoziationen zum Ergebnis, dem Kläger könnte allenfalls ein Verwendungsanspruch von

1.100 EUR zustehen, es fehle jedoch auch für die Bejahung eines solchen Anspruchs an den erforderlichen Feststellungen. Sie erwähnen indes mit keinem Wort, dass sie sich als Übernehmer nach dem mit den Übergebern am 26. 3. 1973 geschlossenen Übergabevertrag in Anrechnung auf den Übergabepreis verpflichteten, "dem übergeberischen Ziehssohn (Anm: dem nunmehrigen Kläger) einen Baugrund von rund 1000 m<sup>2</sup>" in einem - damals noch als Grünland gewidmeten - Bereich eines Grundstücks "zu übergeben, samt Zufahrtsweg und dem erforderlichen Bauholz für den Dachstuhl". Dem Kläger wurde ferner das Recht der unentgeltlichen Wasserversorgung aus einer Quelle "oder, wenn dies nicht möglich sein sollte", die Wegleitung des Wassers "mittels Widders vom Haus" eingeräumt. In diesem Kontext verpflichteten sich die Beklagten im Übergabevertrag, mit dem Kläger "nach der Vermessung" des Baugrunds "entsprechende Verträge abzuschließen". Der Kläger sollte lediglich "die Vermessungs- und Verbücherungskosten" tragen. Die Beklagten wollen ferner nicht wahrhaben, dass "der Zweck und die Absicht der Vertragsparteien" betreffend die hier maßgebenden Klauseln des Übergabevertrags waren, den Kläger für die von ihm "auf den land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der Übergeber erbrachten Arbeiten zu entlohnern". 1.100 EUR zustehen, es fehle jedoch auch für die Bejahung eines solchen Anspruchs an den erforderlichen Feststellungen. Sie erwähnen indes mit keinem Wort, dass sie sich als Übernehmer nach dem mit den Übergebern am 26. 3. 1973 geschlossenen Übergabevertrag in Anrechnung auf den Übergabepreis verpflichteten, "dem übergeberischen Ziehssohn Anmerkung, dem nunmehrigen Kläger) einen Baugrund von rund 1000 m<sup>2</sup>" in einem - damals noch als Grünland gewidmeten - Bereich eines Grundstücks "zu übergeben, samt Zufahrtsweg und dem erforderlichen Bauholz für den Dachstuhl". Dem Kläger wurde ferner das Recht der unentgeltlichen Wasserversorgung aus einer Quelle "oder, wenn dies nicht möglich sein sollte", die Wegleitung des Wassers "mittels Widders vom Haus" eingeräumt. In diesem Kontext verpflichteten sich die Beklagten im Übergabevertrag, mit dem Kläger "nach der Vermessung" des Baugrunds "entsprechende Verträge abzuschließen". Der Kläger sollte lediglich "die Vermessungs- und Verbücherungskosten" tragen. Die Beklagten wollen ferner nicht wahrhaben, dass "der Zweck und die Absicht der Vertragsparteien" betreffend die hier maßgebenden Klauseln des Übergabevertrags waren, den Kläger für die von ihm "auf den land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der Übergeber erbrachten Arbeiten zu entlohnern".

Der Kläger musste die Beklagten in der Folge klageweise in Anspruch nehmen, um so letztlich die Vermessung und Erstellung eines Teilungsplans für das nach dem Übergabevertrag abzutrennende Grundstück mit Anerkenntnisurteil vom 27. 10. 1988 zu erzwingen. Schließlich scheiterten jedoch alle Bemühungen, die (zuvor erwartete) Umwidmung des den Vertragsgegenstand bildenden Grundstücks von Grünin Bauland zu erwirken.

Legt man den rechtlichen Erwägungen diesen Sachverhalt zugrunde, so ist ein Fall nachträglicher Unmöglichkeit der im Übergabevertrag vereinbarten Leistung an den begünstigten Dritten zu beurteilen. Angesichts dessen ist nicht ersichtlich, weshalb dem Kläger nicht ein Konditions-, sondern ein Verwendungsanspruch zustehen soll (siehe etwa nur Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1435 Rz 2). Dem Berufungsgericht ist somit bei der Anwendung von Konditionsrecht im Licht der von ihm zitierten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs keine Verkennung der Rechtslage unterlaufen. Entgegen der in der Revision vertretenen Ansicht haben die Beklagten dem Kläger überdies den in ihrem Vermögen durch die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung eingetretenen Nutzen herauszugeben (Rummel aaO § 1435 Rz 10 mN aus der Rsp). Dieser durch die unterbliebene Übertragung eines Baugrunds eingetretene Nutzen hätte - vertretbarerweise - auch in der Differenz zwischen dem vereinbarten Übergabepreis und diesem Preis unter Hinzurechnung des Werts eines Baugrunds, wie er als Leistungsgegenstand im Übergabevertrag vorgesehen war, erblickt werden können. Überdies hätten die Eckdaten für die Ermittlung dieser Differenz zu dem vom Berufungsgericht nach den Umständen dieses Einzelfalls vertretbarerweise festgelegten Berechnungsstichtag aufgewertet werden können. Die Beklagten erlangten aber auch infolge des Entfalls eines unentgeltlichen Wasserbezugs durch den Kläger den sie bereichernden, bereits vom Berufungsgericht erörterten Nutzen, hatten sie doch so die Möglichkeit, Dritten ein Wasserbezugsrecht entgeltlich einzuräumen. Davon haben die Beklagten nach den getroffenen Feststellungen mit Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags vom 6. 9. 1993 in einem Fall auch Gebrauch gemacht. Legt man den rechtlichen Erwägungen diesen Sachverhalt zugrunde, so ist ein Fall nachträglicher

Unmöglichkeit der im Übergabevertrag vereinbarten Leistung an den begünstigten Dritten zu beurteilen. Angesichts dessen ist nicht ersichtlich, weshalb dem Kläger nicht ein Kondiktions-, sondern ein Verwendungsanspruch zustehen soll (siehe etwa nur Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 1435, Rz 2). Dem Berufungsgericht ist somit bei der Anwendung von Kondiktionsrecht im Licht der von ihm zitierten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs keine Verkennung der Rechtslage unterlaufen. Entgegen der in der Revision vertretenen Ansicht haben die Beklagten dem Kläger überdies den in ihrem Vermögen durch die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung eingetretenden Nutzen herauszugeben (Rummel aaO Paragraph 1435, Rz 10 mN aus der Rsp). Dieser durch die unterbliebene Übertragung eines Baugrunds eingetretene Nutzen hätte - vertretbarerweise - auch in der Differenz zwischen dem vereinbarten Übergabepreis und diesem Preis unter Hinzurechnung des Werts eines Baugrunds, wie er als Leistungsgegenstand im Übergabevertrag vorgesehen war, erblickt werden können. Überdies hätten die Eckdaten für die Ermittlung dieser Differenz zu dem vom Berufungsgericht nach den Umständen dieses Einzelfalls vertretbarerweise festgelegten Berechnungsstichtag aufgewertet werden können. Die Beklagten erlangten aber auch infolge des Entfalls eines unengeltlichen Wasserbezugs durch den Kläger den sie bereichernden, bereits vom Berufungsgericht erörterten Nutzen, hatten sie doch so die Möglichkeit, Dritten ein Wasserbezugsrecht entgeltlich einzuräumen. Davon haben die Beklagten nach den getroffenen Feststellungen mit Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags vom 6. 9. 1993 in einem Fall auch Gebrauch gemacht.

Soweit daher das Berufungsgericht die Bereicherung der Beklagten zufolge der wegen nachträglicher Unmöglichkeit unterbliebenen Leistung auf dem Boden teilweise anderer Erwägungen nur "in der Höhe von 50 % des Werts eines Baugrunds" unter Anwendung des § 273 ZPO annahm, liegt - auch mit Rücksicht auf den für die Berechnung nach den spezifischen Umständen dieses Einzelfalls gewählten Zeitpunkt - zumindest keine gravierende, die Rechtsstellung der Beklagten unbillig belastende Verkennung der Rechtslage vor. Deren außerordentliche Revision ist somit gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens stützt sich auf § 41 und § 50 ZPO. Die Beklagten haben keinen Kostenersatzanspruch, weil sie im wiederaufgenommenen Verfahren unterlagen. Der Äußerungsschriftsatz des Klägers diente dagegen nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Obgleich sich die Beklagten zur Berechtigung ihres Wiederaufnahmeantrags auch auf die Entscheidung 9 ObA 45/87 (= SZ 60/192) berufen hatten (siehe zur Wiederaufnahme ferner 1 Ob 151/97f), begnügte sich der Kläger mit der dieser Entscheidung begründungslos widersprechenden Behauptung, der Wiederaufnahmeantrag sei unzulässig. Zur Frage, ob mit dem nunmehr im Akt erliegenden Kuvert mit der Postaufgabenummer "RO 05750019 3 AT" die außerordentliche Revision der Beklagten zur Post gegeben wurde, bringt der Kläger in aktenwidriger Weise vor, diesem Kuvert sei weder ein Absender zu entnehmen noch sei ein Postaufgabeschein aktenkundig, "dessen Kennziffer mit der Kennziffer auf dem Briefumschlag" übereinstimme. Dass die Gerichtsbeamtin, die den Amtsvermerk vom 19. 8. 2003 verfasst haben soll, die wesentliche Tatsache unrichtig beurkundet habe, behauptete der Kläger nicht. Demnach erübrigte sich eine Klärung, wer diesen Amtsvermerk verfasste. Die "Stellungnahme" des Klägers entbehrt auch einer Begründung, weshalb der Wiederaufnahmeantrag der Beklagten verspätet sein soll. Somit eignet sich keines der Argumente des Klägers, auch nur den geringsten Zweifel an der im Wiederaufnahmeverfahren getroffenen Feststellung und - auf deren Grundlage - an der Berechtigung des Wiederaufnahmeantrags hervorzurufen. Eine Äußerung um ihrer selbst willen, die im Anlassfall überdies auf aktenwidrigen Behauptungen beruht, eignet sich nicht als Grundlage für einen Kostenersatzanspruch (idS 1 Ob 151/97f). Soweit daher das Berufungsgericht die Bereicherung der Beklagten zufolge der wegen nachträglicher Unmöglichkeit unterbliebenen Leistung auf dem Boden teilweise anderer Erwägungen nur "in der Höhe von 50 % des Werts eines Baugrunds" unter Anwendung des Paragraph 273, ZPO annahm, liegt - auch mit Rücksicht auf den für die Berechnung nach den spezifischen Umständen dieses Einzelfalls gewählten Zeitpunkt - zumindest keine gravierende, die Rechtsstellung der Beklagten unbillig belastende Verkennung der Rechtslage vor. Deren außerordentliche Revision ist somit gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Wiederaufnahmeverfahrens stützt sich auf Paragraph 41 und Paragraph 50, ZPO. Die Beklagten haben keinen Kostenersatzanspruch, weil sie im wiederaufgenommenen Verfahren unterlagen. Der Äußerungsschriftsatz des Klägers diente dagegen nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Obgleich sich die Beklagten zur Berechtigung ihres Wiederaufnahmeantrags auch auf die Entscheidung 9 ObA 45/87 (= SZ 60/192) berufen hatten (siehe zur Wiederaufnahme ferner 1 Ob 151/97f), begnügte sich der Kläger mit der dieser Entscheidung begründungslos widersprechenden Behauptung, der Wiederaufnahmeantrag sei unzulässig. Zur Frage, ob mit dem nunmehr im Akt erliegenden Kuvert mit der Postaufgabenummer "RO 05750019 3 AT" die

außerordentliche Revision der Beklagten zur Post gegeben wurde, bringt der Kläger in aktenwidriger Weise vor, diesem Kuvert sei weder ein Absender zu entnehmen noch sei ein Postaufgabeschein aktenkundig, "dessen Kennziffer mit der Kennziffer auf dem Briefumschlag" übereinstimme. Dass die Gerichtsbeamtin, die den Amtsvermerk vom 19. 8. 2003 verfasst haben soll, die wesentliche Tatsache unrichtig beurkundet habe, behauptete der Kläger nicht. Demnach erübrigte sich eine Klärung, wer diesen Amtsvermerk verfasste. Die "Stellungnahme" des Klägers entbehrt auch einer Begründung, weshalb der Wiederaufnahmeantrag der Beklagten verspätet sein soll. Somit eignet sich keines der Argumente des Klägers, auch nur den geringsten Zweifel an der im Wiederaufnahmeverfahren getroffenen Feststellung und - auf deren Grundlage - an der Berechtigung des Wiederaufnahmeantrags hervorzurufen. Eine Äußerung um ihrer selbst willen, die im Anlassfall überdies auf aktenwidrigen Behauptungen beruht, eignet sich nicht als Grundlage für einen Kostenersatzanspruch (idS 1 Ob 151/97f).

Die Beklagten, die "eine Gegenäußerung zur Stellungnahme" des Klägers erstatteten, beantragten dafür die Zuerkennung separierter Kosten gemäß § 44 ZPO. Schließlich beantragte auch der Kläger eine "Kostenseparation für den Zwischenstreit des Berichtigungsverfahrens" in einer "Äußerung" zur "Gegenäußerung" der Beklagten. Die Beklagten wiederum nahmen diese "Äußerung" zum Anlass, eine weitere "Gegenäußerung" zu erstatten. Darin beantragten sie, auch die Kosten dieses Schriftsatzes zu Lasten des Klägers zu separieren. Die Streitteile sind offenkundig der Ansicht, sie könnten im vorliegenden Zwischenverfahren nach Belieben Schriftsätze wechseln. Diese Auffassung ist verfehlt. Weder den Beklagten noch dem Kläger wurde vom Obersten Gerichtshof die Möglichkeit einer "Gegenäußerung" und einer "Äußerung" zur "Gegenäußerung" sowie einer "Gegenäußerung" zur "Äußerung" eröffnet. Schon deshalb sind diese Kosten des Zwischenverfahrens nicht ersatzfähig. Sie sind daher zu Lasten einer der Parteien auch nicht separierbar. Die Beklagten, die "eine Gegenäußerung zur Stellungnahme" des Klägers erstatteten, beantragten dafür die Zuerkennung separierter Kosten gemäß Paragraph 44, ZPO. Schließlich beantragte auch der Kläger eine "Kostenseparation für den Zwischenstreit des Berichtigungsverfahrens" in einer "Äußerung" zur "Gegenäußerung" der Beklagten. Die Beklagten wiederum nahmen diese "Äußerung" zum Anlass, eine weitere "Gegenäußerung" zu erstatten. Darin beantragten sie, auch die Kosten dieses Schriftsatzes zu Lasten des Klägers zu separieren. Die Streitteile sind offenkundig der Ansicht, sie könnten im vorliegenden Zwischenverfahren nach Belieben Schriftsätze wechseln. Diese Auffassung ist verfehlt. Weder den Beklagten noch dem Kläger wurde vom Obersten Gerichtshof die Möglichkeit einer "Gegenäußerung" und einer "Äußerung" zur "Gegenäußerung" sowie einer "Gegenäußerung" zur "Äußerung" eröffnet. Schon deshalb sind diese Kosten des Zwischenverfahrens nicht ersatzfähig. Sie sind daher zu Lasten einer der Parteien auch nicht separierbar.

#### **Anmerkung**

E71201 1Ob247.03k

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

ECLI:AT:OGH0002:2003:0010OB00247.03K.1014.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20031014\_OGH0002\_0010OB00247\_03K0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>