

# TE OGH 2002/7/11 6Ob265/01s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.07.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayer als Vorsitzenden sowie den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei O\*\*\*\*\* Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Roland Gabl, Dr. Josef Kogler und Mag. Harald Papesch, Rechtsanwälte in Linz, wider die beklagten Parteien 1) H\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, 2) H\*\*\*\*\* & Co Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Rudolf Franzmayr, Rechtsanwalt in Vöcklabruck, wegen 8.368,20 EUR (115.148,95 S) sA infolge Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Landesgerichtes Wels als Berufungsgericht vom 11. Juni 2001, GZ 22 R 173/01z-19, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Bezirksgerichtes Schwanenstadt vom 21. Februar 2001, GZ 4 C 225/00w-13, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei die mit 732,28 EUR (darin 122,04 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

1992 verkauften Eheleute (im Folgenden 1. bürgerliche Eigentümer) mit grundverkehrsbehördlich genehmigten, aber nie verbücherten Kaufvertrag (im Folgenden 1. Kaufvertrag) ein ihnen seit 1965 je zur Hälfte gehöriges näher bezeichnetes Grundstück (GSt) an Friedrich B\*\*\*\*\*. Im Winter 1992/1993 führte die klagende Partei Grundeigentümersammlungen über die geplante Verlegung einer Erdgasleitung in diesem Bereich durch; die 1. bürgerlichen Eigentümer teilten der klagenden Partei mit, dass das GSt nun Friedrich B\*\*\*\*\* bzw. der erstbeklagten Partei (die damals einen anderen Firmenwortlaut hatte) - die zweitbeklagte Partei ist ihre Komplementärin - gehöre. Im Zuge der Besprechungen über die Trassenführung der Erdgasleitung bezeichnete sich die erstbeklagte Partei als "außerbürgerliche Eigentümerin" des GSt, hatte doch Friedrich B\*\*\*\*\* das GSt am 25. Jänner 1993 der erstbeklagten Partei verkauft (2. Kaufvertrag). Die zuständige Grundverkehrskommission versagte am 29. März 1993 dem 2. Kaufvertrag die grundverkehrsbehördliche Genehmigung; Friedrich B\*\*\*\*\* und die erstbeklagte Partei zogen ihre dagegen am 17. Mai 1993 erhobene Berufung am 26. November 1993 zurück.

Am 2. Juli 1993 räumte die erstbeklagte Partei für sich und ihre Rechtsnachfolger der klagenden Partei gegen Zahlung des nunmehrigen Klagsbetrages von 115.148,95 S in zwei Raten auf dem GSt mit der Zustimmungserklärung Beilage A = 3 eine Leitungsservitut ein (Zustimmung zur Herstellung, Erneuerung, Erhaltung, Wartung und Kontrolle der Erdgasleitung sowie zur Duldung eines Schutzstreifens von 5 m beiderseits der Leitung u.a., zum Abschluss eines

Servitutsvertrages für die Dauer des Betriebes der Leitung sowie zur Übergabe aller zur Verbücherung dieses Vertrages notwendigen Urkunden; im Folgenden nur 1. Dienstbarkeitsvertrag). Die 1. bürgerlichen Eigentümer beanstandeten die Verlegung der Erdgasleitung im Herbst 1993 und 1994 nicht. Die Ermittlung der Ende Juni/Anfang Juli 1995 ausbezahlten 2. Rate erfolgte auf einem von der klagenden und erstbeklagten Partei ausgestellten Berechnungsblatt; darin findet sich unten der vom damaligen Geschäftsführer der erstbeklagten Partei unterfertigte Vermerk "Sollte mit den GE ... [1. bürgerliche Eigentümer] das Einvernehmen bezüglich des DBKV nicht erzielt werden, so wird dieser von der Firma R.S.K. nach grundbücherlicher Durchführung des Kaufes unterfertigt." Die R.S.K. war und ist ein Tochterunternehmen der erstbeklagten Partei, dem nach den - nicht erwiesenen Behauptungen der beklagten Parteien - 1994 von den 1. bürgerlichen Eigentümern eine Kaufoption für das GSt eingeräumt worden sei.

Die 1. bürgerlichen Eigentümer verkauften mit grundverkehrsbehördlich genehmigten und am 25. Mai 2000 verbücherten (3.)Kaufvertrag vom 16. August 1999 das GSt nun an näher genannte Eheleute (im Folgenden 2. bürgerliche Eigentümer). Auf eine Anfrage der klagenden Partei bei den 1. bürgerlichen Eigentümern teilten diese mit, das GSt an die 2. bürgerlichen Eigentümer verkauft zu haben. Am 18. Oktober 2000 schloss die klagende Partei nach vergeblichen Versuchen, von der erstbeklagten Partei einen verbücherungsfähigen Dienstbarkeitsvertrag zu erhalten, mit den 2. bürgerlichen Eigentümern einen in der Folge verbücherten 2. Dienstbarkeitsvertrag über die Duldung der Erdgasleitung gegen ein einmaliges Entgelt und eine jährlichen Vergütung für Flurschäden von 3.000 S.

Die klagende Partei brachte zur Begründung ihres Rückzahlungsbegehrens von 115.148,95 S sA im Wesentlichen vor, die erstbeklagte Partei habe sich als außerbürgerliche Eigentümerin des GSt bezeichnet und die baldige Verbücherung ihres Eigentumsrechtes sowie daraufhin die Übermittlung verbücherungsfähiger Urkunden über die Servitut in Aussicht gestellt. 1999 habe sich die klagende Partei bemüht, von der erstbeklagten Partei grundbuchs-fähige Urkunden zu erhalten und dabei erfahren, dass die erstbeklagte Partei nie außerbürgerliche Eigentümerin gewesen und das GSt an die 2. bürgerlichen Eigentümer verkauft worden sei. Infolge Zahlung (des Entgeltes für eine Servitutseinräumung) an den Nichteigentümer sei die insoweit von der erstbeklagten Partei irreführende klagende Partei zur Rückforderung berechtigt.

Die beklagten Parteien wendeten zusammengefasst ein: Bei Abschluss des 1. Dienstbarkeitsvertrags sei beim GSt der damals zutreffende Vermerk "ausserbürgerlicher Eigentümer" angebracht worden. Als solche sei die erstbeklagte Partei zur Servitutseinräumung befugt gewesen, und zwar auch deshalb, weil die 1. bürgerlichen Eigentümer der R.S.K. 1994 eine Option für den Erwerb dieses GSt eingeräumt hätten. Die nunmehrigen Eigentümer seien zur Duldung der Servitut ohne Stellung neuer Ansprüche bereit. Es handle sich um eine offenkundige Servitut; die Leitung sei tatsächlich verlegt. Die klagende Partei habe somit bekommen, was sie von der erstbeklagten Partei verlangt habe. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Als Nichteigentümerin habe die erstbeklagte Partei keine Befugnis zur Einräumung einer Servitut gehabt. Die von ihr gemachte Zusage hätte auch die 1. bürgerlichen Eigentümer nicht binden können. Die beklagten Parteien hätten es unterlassen, für die Unterfertigung einer verbücherungsfähigen Urkunde zu sorgen; durch den Abschluss des 2. Dienstbarkeitsvertrages sei die zugesagte Verwendung endgültig unmöglich geworden, weshalb gemäß § 1447 ABGB das empfangene Entgelt gleich einem redlichen Besitzer, aber auf eine solche Art zurückzustellen sei, dass aus dem Schaden des anderen kein Gewinn erzielt werde. Die beklagten Parteien wendeten zusammengefasst ein: Bei Abschluss des 1. Dienstbarkeitsvertrags sei beim GSt der damals zutreffende Vermerk "ausserbürgerlicher Eigentümer" angebracht worden. Als solche sei die erstbeklagte Partei zur Servitutseinräumung befugt gewesen, und zwar auch deshalb, weil die 1. bürgerlichen Eigentümer der R.S.K. 1994 eine Option für den Erwerb dieses GSt eingeräumt hätten. Die nunmehrigen Eigentümer seien zur Duldung der Servitut ohne Stellung neuer Ansprüche bereit. Es handle sich um eine offenkundige Servitut; die Leitung sei tatsächlich verlegt. Die klagende Partei habe somit bekommen, was sie von der erstbeklagten Partei verlangt habe. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Als Nichteigentümerin habe die erstbeklagte Partei keine Befugnis zur Einräumung einer Servitut gehabt. Die von ihr gemachte Zusage hätte auch die 1. bürgerlichen Eigentümer nicht binden können. Die beklagten Parteien hätten es unterlassen, für die Unterfertigung einer verbücherungsfähigen Urkunde zu sorgen; durch den Abschluss des 2. Dienstbarkeitsvertrages sei die zugesagte Verwendung endgültig unmöglich geworden, weshalb gemäß Paragraph 1447, ABGB das empfangene Entgelt gleich einem redlichen Besitzer, aber auf eine solche Art zurückzustellen sei, dass aus dem Schaden des anderen kein Gewinn erzielt werde.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil. Mangels (grundverkehrs)behördlichen Genehmigung sei der 2. Kaufvertrag ex tunc unwirksam geworden. Bei Abschluss des 1.

Dienstbarkeitsvertrages, dem auf der Vertragsurkunde bei der erstbeklagten Partei der Vermerk "ausserbücherlicher Eigentümer" beigefügt worden sei, hätten offensichtlich beide Teile auf den Eintritt der Rechtswirksamkeit des 2. Kaufvertrages vertraut. Allerdings könne der Käufer einer Liegenschaft, der wegen Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung nie Eigentümer geworden sei, als Nichtberechtigter einem Dritten daran auch keine Servitut einräumen. Ebenso gebe es für eine Bindung des Verkäufers an Zusagen des Käufers, die dieser vor Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung gegenüber Dritten abgegeben habe, keine Rechtsgrundlage. Nach dem anzuwendenden § 877 ABGB habe die Ungültigkeit des Vertrages die Rückstellung all dessen zur Folge, was ein Teil aus einem solchen Vertrag erhalten habe. Die klagende Kondiktionsgläubigerin könne primär ihre Leistung in natura zurückverlangen, demnach hier ihre in unstrittiger Höhe geleisteten Zahlungen. Hätten beide Teile Leistungen erbracht, so habe die Rückabwicklung (nur über Einrede) Zug-um-Zug zu erfolgen. Im vorliegenden Fall hätte nach rechtswirksamer Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung des 2. Kaufvertrages der Verkäufer bzw grundbücherliche Eigentümer des GSt jedenfalls die Entfernung der als ihm gegenüber rechtsgrundlos verlegt anzusehenden Erdgasleitung begehren können, was aber aus nicht näher bekannten Motiven, möglicherweise aus der Erwägung, dass dieser an der Versorgung mit Erdgas interessiert gewesen sei oder die klagende Partei ohnehin die Einräumung einer Zwangsdienstbarkeit nach dem EnergiewirtschaftsG hätte erwirken können, unterblieben sei. Dieser nicht im Einflussbereich der beklagten Parteien gelegene Umstand sei kein Grund, der klagenden Partei die Rückabwicklung zu versagen, zumal die beklagten Parteien entgegen der schriftlich eingegangenen Verpflichtung die zur Verbücherung des Dienstbarkeitsvertrages erforderlichen Urkunden selbst (mangels Eigentümerstellung) gar nicht hätten verfassen können und derartige Urkunden auch nach mehreren Jahren vom berechtigten bücherlichen Eigentümer nicht besorgt und der klagenden Partei übergeben hätten, weshalb sich die klagende Partei nunmehr selbst und auch erfolgreich bei den (nunmehrigen) bücherlichen Eigentümern um den Abschluss eines auch verbücherungsfähigen Dienstbarkeitsvertrages bemüht habe.

Dienstbarkeitsvertrages, dem auf der Vertragsurkunde bei der erstbeklagten Partei der Vermerk "ausserbücherlicher Eigentümer" beigefügt worden sei, hätten offensichtlich beide Teile auf den Eintritt der Rechtswirksamkeit des 2. Kaufvertrages vertraut. Allerdings könne der Käufer einer Liegenschaft, der wegen Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung nie Eigentümer geworden sei, als Nichtberechtigter einem Dritten daran auch keine Servitut einräumen. Ebenso gebe es für eine Bindung des Verkäufers an Zusagen des Käufers, die dieser vor Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung gegenüber Dritten abgegeben habe, keine Rechtsgrundlage. Nach dem anzuwendenden Paragraph 877, ABGB habe die Ungültigkeit des Vertrages die Rückstellung all dessen zur Folge, was ein Teil aus einem solchen Vertrag erhalten habe. Die klagende Kondiktionsgläubigerin könne primär ihre Leistung in natura zurückverlangen, demnach hier ihre in unstrittiger Höhe geleisteten Zahlungen. Hätten beide Teile Leistungen erbracht, so habe die Rückabwicklung (nur über Einrede) Zug-um-Zug zu erfolgen. Im vorliegenden Fall hätte nach rechtswirksamer Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung des 2. Kaufvertrages der Verkäufer bzw grundbücherliche Eigentümer des GSt jedenfalls die Entfernung der als ihm gegenüber rechtsgrundlos verlegt anzusehenden Erdgasleitung begehren können, was aber aus nicht näher bekannten Motiven, möglicherweise aus der Erwägung, dass dieser an der Versorgung mit Erdgas interessiert gewesen sei oder die klagende Partei ohnehin die Einräumung einer Zwangsdienstbarkeit nach dem EnergiewirtschaftsG hätte erwirken können, unterblieben sei. Dieser nicht im Einflussbereich der beklagten Parteien gelegene Umstand sei kein Grund, der klagenden Partei die Rückabwicklung zu versagen, zumal die beklagten Parteien entgegen der schriftlich eingegangenen Verpflichtung die zur Verbücherung des Dienstbarkeitsvertrages erforderlichen Urkunden selbst (mangels Eigentümerstellung) gar nicht hätten verfassen können und derartige Urkunden auch nach mehreren Jahren vom berechtigten bücherlichen Eigentümer nicht besorgt und der klagenden Partei übergeben hätten, weshalb sich die klagende Partei nunmehr selbst und auch erfolgreich bei den (nunmehrigen) bücherlichen Eigentümern um den Abschluss eines auch verbücherungsfähigen Dienstbarkeitsvertrages bemüht habe.

Die von der zweiten Instanz mit der Begründung, es fehle Rsp zur Frage, inwieweit und in welcher Höhe ein Kondiktionsanspruch bestehe, wenn der andere Vertragsteil eine wesentliche Teilleistung - hier die zwar rechtlich unwirksame, aber die bald danach erfolgte Verlegung der Leitung faktisch ermöglichende und Jahre spätere infolge der faktischen Verhältnisse die Erlangung eines verbücherungsfähigen Dienstbarkeitsvertrages sicher wesentlich erleichternde Zustimmung - nicht kondizieren könne, zugelassene Revision ist zulässig, aber nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens betrifft in Wahrheit Fragen der erstinstanzlichen Beweiswürdigung; sie entziehen sich einer Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist.

Die grundverkehrsbehördliche Genehmigung eines Vertrages bildet, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannten, eine aufschiebende Rechtsbedingung für die Wirksamkeit des Vertrages. Der aufschiebend bedingt geschlossene Vertrag wird durch den Bedingungseintritt wirksam. Der bis zu diesem Zeitpunkt bestehende Schwebezustand endet nicht nur durch die Genehmigung des Vertrags, sondern auch durch die Versagung oder durch die Feststellung, dass der Vertrag keiner Genehmigung bedarf (SZ 62/42, SZ 64/56, jeweils mwN uva, zuletzt 4 Ob 185/00k = immolex 2001, 4 = wobl 2002, 42; RIS-Justiz RS0038627; weitere Nachweise bei Rummel in Rummel3§ 897 ABGB Rz 6; Apathy in Schwimann2, § 879 ABGB Rz 35). Die grundverkehrsbehördliche Genehmigung eines Vertrages bildet, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannten, eine aufschiebende Rechtsbedingung für die Wirksamkeit des Vertrages. Der aufschiebend bedingt geschlossene Vertrag wird durch den Bedingungseintritt wirksam. Der bis zu diesem Zeitpunkt bestehende Schwebezustand endet nicht nur durch die Genehmigung des Vertrags, sondern auch durch die Versagung oder durch die Feststellung, dass der Vertrag keiner Genehmigung bedarf (SZ 62/42, SZ 64/56, jeweils mwN uva, zuletzt 4 Ob 185/00k = immolex 2001, 4 = wobl 2002, 42; RIS-Justiz RS0038627; weitere Nachweise bei Rummel in Rummel3 Paragraph 897, ABGB Rz 6; Apathy in Schwimann2, Paragraph 879, ABGB Rz 35).

Dienstbarkeiten oder Servituten sind dingliche, gemäß § 480 ABGB u.a. auf einem Privatrechtstitel beruhende, gewöhnlich durch Verbücherung erworbene Rechte auf beschränkte Nutzung einer fremden Sache, denen die Pflicht des jeweiligen Sacheigentümers zur Nutzungsduldung gegenübersteht (SZ 63/73, SZ 69/135; 1 Ob 295/98h = MietSlg 51.031, 1 Ob 81/01w, je mwN). Wie die Vorinstanzen bereits gleichfalls richtig erkannten, hat der Oberste Gerichtshof daran anschließend bereits in seiner nicht veröffentlichten Entscheidung 2 Ob 1584/95 ausgesprochen, der (dortige) Kläger leite seine Dienstbarkeit (dort: Geh- und Fahrrechte) aus der Zusage eines Käufers ab, der wegen Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung nie Eigentümer der belasteten Liegenschaft geworden sei; dieser habe als mangels Eintrittes der Bedingung Nichtberechtigter eine Servitut nicht wirksam einräumen können. Für eine Bindung des Verkäufers an Zusagen des Käufers, die dieser vor Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung gegenüber Dritten abgegeben habe, gebe es keine Rechtsgrundlage. An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Da hier dem von der erstbeklagten Partei abgeschlossenen (2.) Kaufvertrag die grundverkehrsbehördliche Genehmigung versagt und damit dieser Kaufvertrag ex tunc aufgehoben wurde, war die erstbeklagte Partei zu keiner Zeit Eigentümerin des Grundstücks und daher auch nie berechtigt, der klagenden Partei mit entgeltlichem Dienstbarkeitsvertrag eine Leitungsdienstbarkeit einzuräumen. Wird ein Vertrag wegen Drohung, List oder wesentlichen Irrtums angefochten und ex tunc aufgelöst, so sind die bis dahin erbrachten Leistungen wegen Wegfalls des Leistungsgrundes zurückzustellen, ordnet doch in diesen Fällen § 877 ABGB die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung an. Die Kondiktion ist ebenso wie etwa bei einer auflösenden Bedingung die *condictio causa finita* (Apathy aaO § 877 ABGB Rz 3). Wenngleich im Gesetzeswortlaut nur vom Mangel der Einwilligung die Rede ist, wendet die stRsp diese Vorschrift - die keinen eigenen Regelungsinhalt hat, sondern auf das allgemeine Bereicherungsrecht verweist (RdW 1984, 9; JBl 1988, 250 [M. Karollus]; 6 Ob 338/97t = RdW 1998, 339 = ecolx 1998, 639 ua; RIS-Justiz RS0016328; Rummel aaO § 877 ABGB Rz 1) - auch auf die Rückforderung erbrachter Leistungen in Fällen sonstiger Ungültigkeit eines Vertrages, insbesondere nach § 879 ABGB an, etwa bei Unterbleiben der Zustimmung der Grundverkehrsbehörde zu einem Liegenschafts Kauf (SZ 54/156, SZ 60/6 ua, zuletzt 1 Ob 104/00a; Apathy aaO § 877 ABGB Rz 5). Dienstbarkeiten oder Servituten sind dingliche, gemäß Paragraph 480, ABGB u.a. auf einem Privatrechtstitel beruhende, gewöhnlich durch Verbücherung erworbene Rechte auf beschränkte Nutzung einer fremden Sache, denen die Pflicht des jeweiligen Sacheigentümers zur Nutzungsduldung gegenübersteht (SZ 63/73, SZ 69/135; 1 Ob 295/98h = MietSlg 51.031, 1 Ob 81/01w, je mwN). Wie die Vorinstanzen bereits gleichfalls richtig erkannten, hat der Oberste Gerichtshof daran anschließend bereits in seiner nicht veröffentlichten Entscheidung 2 Ob 1584/95 ausgesprochen, der (dortige) Kläger leite seine Dienstbarkeit (dort: Geh- und Fahrrechte) aus der Zusage eines Käufers ab, der wegen Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung nie Eigentümer der belasteten Liegenschaft geworden sei; dieser habe als mangels Eintrittes der Bedingung Nichtberechtigter eine Servitut nicht wirksam einräumen können. Für eine Bindung des Verkäufers an Zusagen des Käufers, die dieser vor Versagung der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung gegenüber Dritten abgegeben habe, gebe es keine Rechtsgrundlage. An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Da hier dem von der erstbeklagten Partei abgeschlossenen (2.) Kaufvertrag die grundverkehrsbehördliche Genehmigung versagt und damit dieser Kaufvertrag ex tunc aufgehoben wurde, war die erstbeklagte Partei zu keiner Zeit Eigentümerin des Grundstücks und daher auch nie berechtigt, der klagenden Partei

mit entgeltlichem Dienstbarkeitsvertrag eine Leitungsdienstbarkeit einzuräumen. Wird ein Vertrag wegen Drohung, List oder wesentlichen Irrtums angefochten und ex tunc aufgelöst, so sind die bis dahin erbrachten Leistungen wegen Wegfalls des Leistungsgrundes zurückzustellen, ordnet doch in diesen Fällen Paragraph 877, ABGB die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung an. Die Kondiktion ist ebenso wie etwa bei einer auflösenden Bedingung die *condictio causa finita* (Apathy aaO Paragraph 877, ABGB Rz 3). Wenngleich im Gesetzeswortlaut nur vom Mangel der Einwilligung die Rede ist, wendet die stRsp diese Vorschrift - die keinen eigenen Regelungsinhalt hat, sondern auf das allgemeine Bereicherungsrecht verweist (RdW 1984, 9; JBl 1988, 250 [M. Karollus]; 6 Ob 338/97t = RdW 1998, 339 = *ecolex* 1998, 639 ua; RIS-Justiz RS0016328; Rummel aaO Paragraph 877, ABGB Rz 1) - auch auf die Rückforderung erbrachter Leistungen in Fällen sonstiger Ungültigkeit eines Vertrages, insbesondere nach Paragraph 879, ABGB an, etwa bei Unterbleiben der Zustimmung der Grundverkehrsbehörde zu einem Liegenschafts Kauf (SZ 54/156, SZ 60/6 ua, zuletzt 1 Ob 104/00a; Apathy aaO Paragraph 877, ABGB Rz 5).

Der Kläger, der die Bereicherung seines Vertragspartners auf Grund eines ungültigen Geschäfts geltend macht, hat dessen Bereicherung zu beweisen (SZ 60/119; NZ 1992, 63; zuletzt 1 Ob 307/01f ua; RIS-Justiz RS0048088) und kann primär die Rückgabe seiner Leistung in natura verlangen (Apathy aaO § 877 ABGB Rz 10); bei Geldleistungen wird vom Kondiktionsschuldner die Rückzahlung des Erhaltenen geschuldet (1 Ob 502/91; RIS-Justiz RS0016322). Hier ist der primäre Anspruch der klagenden Kondiktionsgläubigerin auf Rückgabe in Natur möglich, die beklagten Parteien haben demnach der klagenden Partei das erhaltene Entgelt für die Einräumung der Dienstbarkeit zurückzustellen. Es stellt sich nun die Frage, ob auch die klagende Partei etwas an die erstbeklagte Partei "zurückzustellen" hat. In der Entscheidung 7 Ob 541, 542/95 (RdW 1996, 108 [Iro in RdW 1996, 106] = *ecolex* 1996, 251 [Wilhelm]) wurde ausgesprochen, aus § 1435 ABGB, der bei der Auflösung des Vertrages durch Wandlung nach § 932 ABGB unmittelbar anzuwenden ist, ergebe sich, dass durch den Rücktritt vom Vertrag beiderseitige Kondiktionsansprüche entstehen, soweit von beiden Seiten bereits Leistungen erbracht wurden. Die beiderseitigen Leistungen seien in analoger Anwendung des § 877 ABGB Zug um Zug zurückzuerstatten. Vorteil iSd § 877 ABGB ist das, was in jemandes unbeschränkte Verwendungsmöglichkeit gelangt ist, gleichgültig, ob er davon in der Folge einen nützlichen oder allenfalls verlustbringenden Gebrauch gemacht hat, und gleichgültig, ob davon noch ein Nutzen vorhanden ist oder nicht (JBl 1977, 36; SZ 54/156; 8 Ob 635/85; RIS-Justiz RS0016319). Bei der Beurteilung von Kondiktionsansprüchen aus entgeltlichen Rechtsgeschäften, bei denen die Leistungen - wie hier - bereits ausgetauscht wurden, ist von der Annahme einer beiderseitigen Äquivalenz der Leistungen durch die Parteien auszugehen, sodass die redlichen Vertragspartner bei der Rückabwicklung zwar die Hauptleistungen, nicht aber die daraus gezogenen Früchte und Nutzungen zu erstatten haben. Dasselbe gilt bei beiderseitiger Unredlichkeit, etwa bei einem zur Umgehung eines gesetzlichen Verbotes geschlossenen Rechtsgeschäftes, bei dem der Leistungsaustausch faktisch vollzogen wurde (zuletzt 9 Ob 255/00s mwN aus der Rsp; RIS-Justiz RS0010214; Honsell/Mader in Schwimann 2 § 1437 ABGB Rz 14). In der Entscheidung 3 Ob 241/97f = SZ 70/136 (RIS-Justiz RS0016342) wurde ausgesprochen, sei der Kauf einer Wohnung nichtig, so sei als Rückabwicklungsanspruch dem Verkäufer ein Benützungsentgelt zu zahlen. Dies gelte selbst bei Gutgläubigkeit, weil für die Rückabwicklung nach § 877 ABGB § 1437 ABGB anzuwenden sei. Bei der Bestimmung der Höhe des Benützungsentgelts (etwa für ein Mietobjekt) gilt nach der stRsp als Maßstab des erlangten Gebrauchsvorteils grundsätzlich dasjenige, was der Bereicherte sonst auf dem Markt für diesen Vorteil hätte aufwenden müssen (JBl 1992, 456; JBl 1998, 250; 6 Ob 280/99 = SZ 72/14 = JBl 1999, 458 [Apathy] zu § 1041 ABGB; RIS-Justiz RS0019900). Ob all diese Erwägungen auch für die Einräumung einer Servitut durch einen Käufer gelten, dessen Kaufvertrag ex tunc unwirksam wurde, fruchtbar gemacht werden könnten, ist hier aus folgenden Erwägungen nicht zu untersuchen: Der Kläger, der die Bereicherung seines Vertragspartners auf Grund eines ungültigen Geschäfts geltend macht, hat dessen Bereicherung zu beweisen (SZ 60/119; NZ 1992, 63; zuletzt 1 Ob 307/01f ua; RIS-Justiz RS0048088) und kann primär die Rückgabe seiner Leistung in natura verlangen (Apathy aaO Paragraph 877, ABGB Rz 10); bei Geldleistungen wird vom Kondiktionsschuldner die Rückzahlung des Erhaltenen geschuldet (1 Ob 502/91; RIS-Justiz RS0016322). Hier ist der primäre Anspruch der klagenden Kondiktionsgläubigerin auf Rückgabe in Natur möglich, die beklagten Parteien haben demnach der klagenden Partei das erhaltene Entgelt für die Einräumung der Dienstbarkeit zurückzustellen. Es stellt sich nun die Frage, ob auch die klagende Partei etwas an die erstbeklagte Partei "zurückzustellen" hat. In der Entscheidung 7 Ob 541, 542/95 (RdW 1996, 108 [Iro in RdW 1996, 106] = *ecolex* 1996, 251 [Wilhelm]) wurde ausgesprochen, aus Paragraph 1435, ABGB, der bei der Auflösung des Vertrages durch Wandlung nach Paragraph 932, ABGB unmittelbar anzuwenden ist, ergebe sich, dass durch den Rücktritt vom Vertrag beiderseitige Kondiktionsansprüche entstehen, soweit von beiden Seiten bereits Leistungen erbracht wurden. Die

beiderseitigen Leistungen seien in analoger Anwendung des Paragraph 877, ABGB Zug um Zug zurückzuerstatten. Vorteil iSd Paragraph 877, ABGB ist das, was in jemandes unbeschränkte Verwendungsmöglichkeit gelangt ist, gleichgültig, ob er davon in der Folge einen nützlichen oder allenfalls verlustbringenden Gebrauch gemacht hat, und gleichgültig, ob davon noch ein Nutzen vorhanden ist oder nicht (JBI 1977, 36; SZ 54/156; 8 Ob 635/85; RIS-Justiz RS0016319). Bei der Beurteilung von Kondiktionsansprüchen aus entgeltlichen Rechtsgeschäften, bei denen die Leistungen - wie hier - bereits ausgetauscht wurden, ist von der Annahme einer beiderseitigen Äquivalenz der Leistungen durch die Parteien auszugehen, sodass die redlichen Vertragspartner bei der Rückabwicklung zwar die Hauptleistungen, nicht aber die daraus gezogenen Früchte und Nutzungen zu erstatten haben. Dasselbe gilt bei beiderseitiger Unredlichkeit, etwa bei einem zur Umgehung eines gesetzlichen Verbotes geschlossenen Rechtsgeschäftes, bei dem der Leistungsaustausch faktisch vollzogen wurde (zuletzt 9 Ob 255/00s mwN aus der Rsp; RIS-Justiz RS0010214; Honsell/Mader in Schwimann<sup>2</sup> Paragraph 1437, ABGB Rz 14). In der Entscheidung<sup>3</sup> Ob 241/97f = SZ 70/136 (RIS-Justiz RS0016342) wurde ausgesprochen, sei der Kauf einer Wohnung nichtig, so sei als Rückabwicklungsanspruch dem Verkäufer ein Benützungsentgelt zu zahlen. Dies gelte selbst bei Gutgläubigkeit, weil für die Rückabwicklung nach Paragraph 877, ABGB Paragraph 1437, ABGB anzuwenden sei. Bei der Bestimmung der Höhe des Benützungsentgelts (etwa für ein Mietobjekt) gilt nach der stRsp als Maßstab des erlangten Gebrauchsvorteils grundsätzlich dasjenige, was der Bereicherte sonst auf dem Markt für diesen Vorteil hätte aufwenden müssen (JBI 1992, 456; JBI 1998, 250; 6 Ob 280/99 = SZ 72/14 = JBI 1999, 458 [Apathy] zu Paragraph 1041, ABGB; RIS-Justiz RS0019900). Ob all diese Erwägungen auch für die Einräumung einer Servitut durch einen Käufer gelten, dessen Kaufvertrag ex tunc unwirksam wurde, fruchtbar gemacht werden könnten, ist hier aus folgenden Erwägungen nicht zu untersuchen:

Gemäß § 877 ABGB hat jeder Teil alles zurückzustellen, was er aus einem solchen Vertrag zu seinem Vorteil erlangt hat. Stehen beiden Teilen Rückforderungsansprüche zu, so brauchen diese nur Zug um Zug erfüllt zu werden (EvBl 1954/273; SZ 57/108 = JBI 1985, 677; JBI 1992, 594 uva; RIS-Justiz RS0016321). Ist der primäre Anspruch der beklagten Parteien auf Rückgabe in Natur wie hier unmöglich oder untunlich, so schuldet der Empfänger (klagende Partei) Wertersatz nach Maßgabe seines Nutzens im Zeitpunkt der Leistung (1 Ob 104/00a, 1 Ob 307/01f; RIS-Justiz RS0016321, RS0016360). Aus der Anwendung des § 1052 ABGB auf die bei Auflösung eines Vertrages beiden Teilen obliegenden Rückleistungsverpflichtungen ergibt sich nun, dass die Rückabwicklung Zug um Zug nur auf Einrede, nicht jedoch von Amts wegen zu beachten ist (7 Ob 541, 542/95). Die beklagten Parteien hätten daher ihre behaupteten Ansprüche konkretisieren und beziffern müssen, um sie Zug um Zug (bei Geldleistungen wie hier durch Aufrechnung) berücksichtigen zu können. Eine solche Konkretisierung, Bezifferung und (gerichtliche oder außergerichtliche) Aufrechnung ist aber hier nicht erfolgt. Gemäß Paragraph 877, ABGB hat jeder Teil alles zurückzustellen, was er aus einem solchen Vertrag zu seinem Vorteil erlangt hat. Stehen beiden Teilen Rückforderungsansprüche zu, so brauchen diese nur Zug um Zug erfüllt zu werden (EvBl 1954/273; SZ 57/108 = JBI 1985, 677; JBI 1992, 594 uva; RIS-Justiz RS0016321). Ist der primäre Anspruch der beklagten Parteien auf Rückgabe in Natur wie hier unmöglich oder untunlich, so schuldet der Empfänger (klagende Partei) Wertersatz nach Maßgabe seines Nutzens im Zeitpunkt der Leistung (1 Ob 104/00a, 1 Ob 307/01f; RIS-Justiz RS0016321, RS0016360). Aus der Anwendung des Paragraph 1052, ABGB auf die bei Auflösung eines Vertrages beiden Teilen obliegenden Rückleistungsverpflichtungen ergibt sich nun, dass die Rückabwicklung Zug um Zug nur auf Einrede, nicht jedoch von Amts wegen zu beachten ist (7 Ob 541, 542/95). Die beklagten Parteien hätten daher ihre behaupteten Ansprüche konkretisieren und beziffern müssen, um sie Zug um Zug (bei Geldleistungen wie hier durch Aufrechnung) berücksichtigen zu können. Eine solche Konkretisierung, Bezifferung und (gerichtliche oder außergerichtliche) Aufrechnung ist aber hier nicht erfolgt.

Demnach ist der Revision ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 41 und 50 ZPO. Die Kostenentscheidung fußt auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E66336 6Ob265.01s

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

ECLI:AT:OGH0002:2002:0060OB00265.01S.0711.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20020711\_OGH0002\_0060OB00265\_01S0000\_000

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)