

# TE OGH 2001/12/19 3Ob211/01b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.12.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Paul F\*\*\*\*\*, gegen die beklagte Partei Dr. Silvia D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Rudolf Riegler, Rechtsanwalt in Bruck an der Leitha, wegen Einverleibung einer Dienstbarkeit, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 5. Juni 2000, GZ 35 R 183/00x-21, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Donaustadt vom 31. August 1999, GZ 22 C 460/99k-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung lautet:

Die beklagte Partei ist schuldig, aufgrund des am 27. 8. 1998 über das Grundstück 183/8 des Grundbuches \*\*\*\*\* abgeschlossenen Kaufvertrags die Einverleibung der Dienstbarkeit der Duldung, der Errichtung und Instandhaltung eines Abwasserkanals auf dem für das Grundstück 183/8 neu geschaffenen Grundbuchskörper EZ \*\*\*\*\* für das Grundstück 183/5 der EZ \*\*\*\*\* und für das Grundstück 183/4 der EZ \*\*\*\*\* zu veranlassen, welche ob den Liegenschaften EZ \*\*\*\*\* der genannten Grundbücher als dem herrschenden Gut ersichtlich zu machen ist, wobei die Einverleibung der Dienstbarkeit erstrangig im Lastenblatt der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* des genannten Grundbuches vorzunehmen ist.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 50.623,12 (darin enthalten S 5.965,52 Umsatzsteuer und S 14.830 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen. Die Revisionsbeantwortung der Beklagten vom 20. 8. 2001 wird zurückgewiesen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Vertragsverhandlungen über den Verkauf eines Baugrundstückes des Klägers, eines Rechtsanwalts, wurden zwischen ihm und den Käufern über ein Immobilienbüro abgewickelt. Die Käufer richteten ein Anbot an dieses. Der Kläger seinerseits übermittelte mittels Telekopie eine Nachricht vom 27. 7. 1998 an das Immobilienbüro, in dem er mit Ausnahme der Regelungen über die Fälligkeit des Kaufpreises das Anbot der Käufer annahm. Der 3. Absatz lautet: "Übergabe geldlastenfrei, aber Dienstbarkeit der Duldung, der Errichtung und Instandhaltung eines Abwasserkanals zugunsten der Grundstücke 183/5 und 183/4 KG \*\*\*\*\*."

Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger auch Eigentümer der genannten Grundstücke. Er wurde dann vom

Immobilienbüro verständigt, dass die Beklagte, eine Rechtsanwältin, von den Käufern als Vertragsverfasserin für den Kaufvertrag beauftragt wurde. Am 1. 8. 1998 richtete der Kläger ein Telefax an die Beklagte, in dem er ihr mitteilte, in der Zeit vom 4. bis zum 18. 8. 1998 im Ausland zu sein. Er hielt darin die wesentlichen Bestandteile des zu errichtenden Kaufvertrags fest. Unter anderem heißt es: "Im Kaufvertrag wäre dann die Dienstbarkeit der Duldung, der Errichtung und Instandhaltung eines Abwasserkanals zugunsten des restlichen Grundstückes 183/5 und des Grundstückes 183/4 einzuräumen." Abschließend ersuchte der Kläger um Zusendung des Vertragsentwurfes. Im Schreiben stellt er nicht klar, dass er die Dienstbarkeit im ersten Rang hätte einverleibt haben wollen. Die Beklagte erfuhr vom Kläger erstmals in diesem Schreiben, dass ihm von den Käufern eine Dienstbarkeit einzuräumen wäre. Die Beklagte "errichtete" in der Folge den Kaufvertrag.

Punkt IV. des Vertrages lautet:Punkt römisch IV. des Vertrages lautet:

"Einvernehmlich halten die Vertragsparteien fest, dass unter dem vertragsgegenständlichen Grundstück Nr 183/8 ein unterirdischer Abwasserkanal verläuft, der dem vertragsgegenständlichen Grundstück sowie dem Grundstück 183/2, inneliegend in der EZ \*\*\*\*\* im Grundbuch \*\*\*\*\*, 183/4 inneliegend in der EZ \*\*\*\*\* im Grundbuch \*\*\*\*\*, und dem verbleibenden Grundstück 183/5, inneliegend in der EZ \*\*\*\*\* im Grundbuch \*\*\*\*\* sämtliche Gerichtsbezirk Neulengbach, dient... und erteilen ihre Zustimmung, dass diese Dienstbarkeit aufgrund dieses Vertrages ohne ihr weiteres Wissen, nicht jedoch auf ihre Kosten, grundbürgerlich einverleibt werde. Der Verkäufer nimmt diese Dienstbarkeitseinräumung vertraglich an."

Punkt IX. regelt:Punkt römisch IX. regelt:

"Die Vertragsteile beauftragen und bevollmächtigen sohin unwiderruflich [die Beklagte], für sie alle zur grundbürgerlichen Durchführung dieses Vertrages erforderlichen Schritte zu unternehmen und damit im Zusammenhang die entsprechenden Urkunden zu zeichnen sowie auch sämtliche Erledigungen und Zustellungen mit eben der Wirkung in Empfang zu nehmen, wie wenn sie an sie selbst vorgenommen worden wären; desgleichen allenfalls sich auch als notwendig erweisende Ergänzungen oder Verbesserungen dieses Vertrages für sie durchzuführen."

Der Kläger sah den Kaufvertragsentwurf, der schlussendlich dem Kaufvertrag entsprach, das erste Mal am 27. 8. 1998. Er las ihn durch und unterschrieb ihn dann sofort. Es verwunderte ihn nicht, dass es in diesem Vertrag keine Regelung über die Einverleibung der Dienstbarkeit im ersten Rang gibt. Er ging vielmehr davon aus, dass die Beklagte die Einverleibung im ersten Rang in einem Grundbuchsgesuch zugleich mit der Abschreibung des kaufgegenständlichen Grundstücks und der Einverleibung des Eigentumsrechts der Käufer vornehmen werde. Er erhielt eine Kopie des Kaufvertrages von der Beklagten mit einem Schreiben vom 10. 9. 1998. Die Beklagte ließ im Sinn des Kaufvertrags das kaufgegenständliche Grundstück abschreiben, einen neuen Grundbuchskörper eröffnen und das Eigentumsrecht der Käufer eintragen. Damit sah sie ihre Tätigkeit als Kaufvertragserrichter als abgeschlossen an.

Der Kläger hatte ihr keinen mündlichen Auftrag erteilt, für ihn die Dienstbarkeit im ersten Rang des Lastenblattes des neu zu eröffnenden Grundbuchskörpers einzutragen. Nach Übermittlung des Kaufvertragsentwurfs rief er die Beklagte an und meinte, dass dieser Entwurf so passe und ob er ihn noch am selben Tag unterschreiben könne. Dies geschah auch vor einem Notar, wo zugleich auch der Antrag auf Anmerkung der Rangordnung beglaubigt unterfertigt wurde. Auch bei dieser Gelegenheit sprach der Kläger mit der Beklagten nicht darüber, dass sie für ihn die Dienstbarkeit eintragen lassen müsse. Auch von einer Eintragung der Dienstbarkeit im ersten Rang war zwischen den Streitteilen zunächst keine Rede.

Am 8. 1. 1999 erhielt der Kläger den Grundbuchsbeschluss über die Einverleibung der Eigentumsrechte der Käufer. Er beachtete ihn nicht weiter. Die Dienstbarkeit war zu diesem Zeitpunkt im Lastenblatt noch nicht einverleibt worden. Aufgrund eines Schuldscheins und einer Pfandurkunde vom 3. 2. 1999 kam es im März 1999 zur Eintragung eines Pfandrechts in Höhe von S 1.050.000 im ersten Rang des Lastenblattes der kaufgegenständlichen Liegenschaft. Die Einverleibung des Pfandrechtes dieser Bank erfolgte ohne Wissen des Klägers und der Beklagten. Diese war von den Käufern nicht mit der Eintragung dieses Pfandrechts beauftragt worden. Im Zuge der Veräußerung seines Grundstückes mit der Nr 183/5 entdeckte der Kläger im März 1999 bei Einsicht ins Grundbuch die Eintragung des Pfandrechts. Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Verurteilung der Beklagten dazu, bei sonstiger Exekution durch ihn aufgrund des am 27. 8. 1998 hinsichtlich des Grundstückes 183/8 KG \*\*\*\*\* abgeschlossenen Kaufvertrages die Einverleibung der Dienstbarkeit der Duldung, der Errichtung und Instandhaltung eines Abwasserkanals auf dem für

das Grundstück 183/8 neu geschaffenen Grundbuchkörper EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* für das Grundstück 183/5 der EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* und für das Grundstück 183/4 der EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* zu veranlassen, welche Dienstbarkeit ob den Liegenschaften EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* jeweils KG \*\*\*\*\* als dem herrschenden Gut ersichtlich zu machen sei, wobei die Einverleibung der Dienstbarkeit erstrangig im Lastenblatt der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* vorzunehmen sei. Er brachte dazu vor, dass er mit der Beklagten vereinbart habe, dass gleichzeitig mit der Abschreibung des von ihm verkauften Baugrundstücks und der Eintragung des Eigentumsrechtes der Käufer ob diesem Grundstück die beschriebene Dienstbarkeit im ersten Rang einverleibt werden solle. Er habe aufgrund der Vertragspunkte VI. und XIV. davon ausgehen können, dass die Beklagte das Dienstbarkeitsrecht gleichzeitig mit der Abschreibung des Baugrundstücks und der Eintragung des Eigentumsrechts der Käufer vornehmen werde. Dies entspreche auch dem Inhalt des Vertragspunktes XI., wonach die Vertragsteile die Beklagte unwiderruflich beauftragen und bevollmächtigen, alle zur grundbürgerlichen Durchführung des Vertrages erforderlichen Schritte zu unternehmen. Die Beklagte habe daher die Verpflichtung gehabt, die grundbürgerliche Eintragung der Dienstbarkeit gleichzeitig mit der Abschreibung des Grundstücks vorzunehmen und die Eintragung erstrangig im Lastenblatt der neu zu eröffnenden Grundbuchseinlage zu veranlassen. Dies sei aber nicht geschehen. Statt dessen sei im ersten Rang ein Pfandrecht zugunsten einer Bank eingetragen worden. Die erstrangige Einverleibung habe er auch mit den Käufern und der Beklagten schon vor Errichtung des Kaufvertrags vereinbart. Die Beklagte hätte ihn als Verbraucher darüber aufzuklären gehabt, dass er die Verbücherung der Kanaldienstbarkeit selbst vorzunehmen hätte. Sie hätte ihn auch darüber aufzuklären gehabt, welcher Nachteil ihm im Falle einer nachrangigen Einverleibung der Kanaldienstbarkeit entstehen könne. Sie habe ihn nicht darüber aufgeklärt, dass dies im Sinne der Bestimmungen der §§ 150, 227 EO für ihn einen Rechtsnachteil bedeuten könnte. Am 8. 1. 1999 erhielt der Kläger den Grundbuchsbeschluss über die Einverleibung der Eigentumsrechte der Käufer. Er beachtete ihn nicht weiter. Die Dienstbarkeit war zu diesem Zeitpunkt im Lastenblatt noch nicht einverleibt worden. Aufgrund eines Schuldscheins und einer Pfandurkunde vom 3. 2. 1999 kam es im März 1999 zur Eintragung eines Pfandrechts in Höhe von S 1.050.000 im ersten Rang des Lastenblattes der kaufgegenständlichen Liegenschaft. Die Einverleibung des Pfandrechtes dieser Bank erfolgte ohne Wissen des Klägers und der Beklagten. Diese war von den Käufern nicht mit der Eintragung dieses Pfandrechts beauftragt worden. Im Zuge der Veräußerung seines Grundstückes mit der Nr 183/5 entdeckte der Kläger im März 1999 bei Einsicht ins Grundbuch die Eintragung des Pfandrechts. Mit seiner Klage beehrte der Kläger die Verurteilung der Beklagten dazu, bei sonstiger Exekution durch ihn aufgrund des am 27. 8. 1998 hinsichtlich des Grundstückes 183/8 KG \*\*\*\*\* abgeschlossenen Kaufvertrages die Einverleibung der Dienstbarkeit der Duldung, der Errichtung und Instandhaltung eines Abwasserkanals auf dem für das Grundstück 183/8 neu geschaffenen Grundbuchkörper EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* für das Grundstück 183/5 der EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* und für das Grundstück 183/4 der EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* zu veranlassen, welche Dienstbarkeit ob den Liegenschaften EZ \*\*\*\*\* und EZ \*\*\*\*\* jeweils KG \*\*\*\*\* als dem herrschenden Gut ersichtlich zu machen sei, wobei die Einverleibung der Dienstbarkeit erstrangig im Lastenblatt der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG \*\*\*\*\* vorzunehmen sei. Er brachte dazu vor, dass er mit der Beklagten vereinbart habe, dass gleichzeitig mit der Abschreibung des von ihm verkauften Baugrundstücks und der Eintragung des Eigentumsrechtes der Käufer ob diesem Grundstück die beschriebene Dienstbarkeit im ersten Rang einverleibt werden solle. Er habe aufgrund der Vertragspunkte römisch VI. und römisch XIV. davon ausgehen können, dass die Beklagte das Dienstbarkeitsrecht gleichzeitig mit der Abschreibung des Baugrundstücks und der Eintragung des Eigentumsrechtes der Käufer vornehmen werde. Dies entspreche auch dem Inhalt des Vertragspunktes römisch XI., wonach die Vertragsteile die Beklagte unwiderruflich beauftragen und bevollmächtigen, alle zur grundbürgerlichen Durchführung des Vertrages erforderlichen Schritte zu unternehmen. Die Beklagte habe daher die Verpflichtung gehabt, die grundbürgerliche Eintragung der Dienstbarkeit gleichzeitig mit der Abschreibung des Grundstücks vorzunehmen und die Eintragung erstrangig im Lastenblatt der neu zu eröffnenden Grundbuchseinlage zu veranlassen. Dies sei aber nicht geschehen. Statt dessen sei im ersten Rang ein Pfandrecht zugunsten einer Bank eingetragen worden. Die erstrangige Einverleibung habe er auch mit den Käufern und der Beklagten schon vor Errichtung des Kaufvertrags vereinbart. Die Beklagte hätte ihn als Verbraucher darüber aufzuklären gehabt, dass er die Verbücherung der Kanaldienstbarkeit selbst vorzunehmen hätte. Sie hätte ihn auch darüber aufzuklären gehabt, welcher Nachteil ihm im Falle einer nachrangigen Einverleibung der Kanaldienstbarkeit entstehen könne. Sie habe ihn nicht darüber aufgeklärt, dass dies im Sinne der Bestimmungen der Paragraphen 150,, 227 EO für ihn einen Rechtsnachteil bedeuten könnte.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Kläger habe ihr keinen Auftrag zur Herstellung des

Grundbuchstandes laut Klage erteilt. Es gebe keine Vereinbarung zwischen ihnen, dass die Dienstbarkeit im ersten Range des Lastenblattes einzuverleiben gewesen wäre. Die Vertragsteile hätten vereinbart, dass der Verkäufer bzw jeweilige Eigentümer der herrschenden Grundstücke diese Dienstbarkeit ohne weiteres Wissen und Wollen der Käufer, jedoch nicht auf deren Kosten jederzeit grundbürgerlich einzuverleiben lassen könne. Sie sei vom Kläger auch niemals mündlich mit der Einverleibung der Dienstbarkeit oder deren Ersichtlichmachung auf dem herrschenden Grundstück beauftragt worden. Sie habe ihm sowohl den Vertragsentwurf als auch den Beschluss über die Verbücherung des Eigentums zugestellt. Er habe daraufhin nicht auf die fehlende Einverleibung der Dienstbarkeit hingewiesen. Sie habe mit der erst nach Vertragserrichtung erfolgten Einverleibung eines Pfandrechts nichts zu tun gehabt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren mit Urteil ab. Es traf im Wesentlichen die eingangs wiedergegebenen Feststellungen sowie weitere über die nach Entdeckung des Pfandrechts durch den Kläger zwischen den Parteien bzw deren Vertretern gepflogene Korrespondenz. In rechtlicher Hinsicht verneinte das Erstgericht einen Auftrag zwischen den Streitteilen, wonach die Beklagte zur Einverleibung einer Dienstbarkeit im ersten Range des Lastenblatts des kaufgegenständlichen Grundstückes verpflichtet gewesen wäre. Auf eine Konsumenteneigenschaft des Klägers komme es nicht an, weil dieser bisher einen Schaden weder behauptet noch bewiesen habe. Er könne sein Begehr auch nicht auf eine vertragliche Bestimmung oder eine gesetzliche Verpflichtung der Beklagten stützen.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Berufungsgericht der gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge und sprach zunächst aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Auf Antrag des Klägers änderte es den Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision dahin ab, dass es die ordentliche Revision für zulässig erklärte. Über Auftrag des Revisionsgerichts sprach es in der Folge aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 52.000, nicht aber S 260.000 übersteige.

Das Berufungsgericht übernahm die vom Kläger bekämpften Feststellungen des Erstgerichtes, soweit es diese nicht (zu Recht) als für die Entscheidung nicht erheblich ansah.

In rechtlicher Hinsicht wies auch das Berufungsgericht darauf hin, dass der Kläger in erster Instanz keinen Schadenersatzanspruch geltend gemacht habe. Es folgte aber der Rechtsansicht des Klägers insoweit, als nach dem festgestellten Punkt XI. des Kaufvertrags die Vertragsteile die Beklagte Rechtsanwältin unwiderruflich zur grundbürgerlichen Durchführung des Vertrages beauftragt und bevollmächtigt hätten. Die in dem Vertrag vorgesehene Einverleibung der Dienstbarkeit des Abwasserkanals sei davon nicht ausgenommen. Es ergebe sich aber weder aus dem Vertragspunkt XI. noch aus den sonstigen Feststellungen des Erstgerichts, dass die Vertragsteile eine Einverleibung der Dienstbarkeit des Abwasserkanals ausdrücklich im ersten Rang vereinbart hätten, wie dies nun Gegenstand des Klagebegehrens sei. Dass der Kläger aber auf eine Einverleibung im zweiten oder einem weiteren Rang keinen Wert lege und dies daher nicht als minus, sondern als aliud anzusehen sei, ergebe sich aus seinem eigenen Vorbringen zweifelsfrei. Demnach habe das Erstgericht das Klagebegehren zu Recht abgewiesen. Im Übrigen ergebe sich aus dem eigenen Vorbringen des Klägers bereits die Unmöglichkeit der von ihm urteilsmäßig begehrten Leistung. Er habe weder vorgebracht noch nachgewiesen, dass ein allfälliger Verzicht der Bank auf diesen (ersten) Rang möglich wäre, weshalb auch im Hinblick auf die mittlerweile eingetretene Unmöglichkeit der begehrten Leistung das Klagebegehren abzuweisen sei. In rechtlicher Hinsicht wies auch das Berufungsgericht darauf hin, dass der Kläger in erster Instanz keinen Schadenersatzanspruch geltend gemacht habe. Es folgte aber der Rechtsansicht des Klägers insoweit, als nach dem festgestellten Punkt römisch XI. des Kaufvertrags die Vertragsteile die Beklagte Rechtsanwältin unwiderruflich zur grundbürgerlichen Durchführung des Vertrages beauftragt und bevollmächtigt hätten. Die in dem Vertrag vorgesehene Einverleibung der Dienstbarkeit des Abwasserkanals sei davon nicht ausgenommen. Es ergebe sich aber weder aus dem Vertragspunkt römisch XI. noch aus den sonstigen Feststellungen des Erstgerichts, dass die Vertragsteile eine Einverleibung der Dienstbarkeit des Abwasserkanals ausdrücklich im ersten Rang vereinbart hätten, wie dies nun Gegenstand des Klagebegehrens sei. Dass der Kläger aber auf eine Einverleibung im zweiten oder einem weiteren Rang keinen Wert lege und dies daher nicht als minus, sondern als aliud anzusehen sei, ergebe sich aus seinem eigenen Vorbringen zweifelsfrei. Demnach habe das Erstgericht das Klagebegehren zu Recht abgewiesen. Im Übrigen ergebe sich aus dem eigenen Vorbringen des Klägers bereits die Unmöglichkeit der von ihm urteilsmäßig begehrten Leistung. Er habe weder vorgebracht noch nachgewiesen, dass ein allfälliger Verzicht der Bank auf diesen (ersten) Rang möglich wäre, weshalb auch im Hinblick auf die mittlerweile eingetretene Unmöglichkeit der begehrten Leistung das Klagebegehren abzuweisen sei.

Die Beklagte brachte schon nach Freistellung der Revisionsbeantwortung durch das Berufungsgericht mit Beschluss

vom 16. 10. 2000 eine rechtzeitige Revisionsbeantwortung beim Berufungsgericht ein. Eine weitere Revisionsbeantwortung erstattete sie nach Ergänzung des Urteils des Berufungsgerichtes um einen Anspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes. Da nach der ZPO einer Partei nur ein einziger Rechtsmittelschriftsatz zusteht, war die zweite Revisionsbeantwortung als unzulässig zurückzuweisen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision des Klägers ist berechtigt.

Vorerst ist festzuhalten, dass die Beklagte der zweifellos zutreffenden Ansicht der zweiten Instanz nicht mehr entgegentritt, wonach sie nach dem Kaufvertrag auch verpflichtet war, die darin zugunsten der dem Kläger verbleibenden Grundstücke vereinbarte Dienstbarkeit im Grundbuch ordnungsgemäß einverleiben zu lassen. Soweit sie nunmehr geltend macht, sie habe eine erstrangige Einverleibung der Kanaldienstbarkeit aufgrund von Treuhandaufträgen der Käufer nicht durchführen dürfen, verstößt dies gegen das im Revisionsverfahren geltende Neuerungsverbot und ist daher unbeachtlich.

Völlig zu Recht wendet sich der Kläger gegen die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Klage sei deshalb abzuweisen, weil der Kläger eine ausdrückliche Vereinbarung, dass die Einverleibung der Dienstbarkeit im ersten Rang des Lastenblatts betreffend die dienende Liegenschaft durchzuführen wäre, nicht nachweisen habe können; weiters sei bereits Unmöglichkeit der Leistung eingetreten. Was zunächst die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (§ 1447 ABGB) angeht, hat offenbar das Berufungsgericht selbst erkannt, dass sich die Beklagte in erster Instanz darauf niemals berufen hat. Zutreffend macht der Kläger auch geltend, dass das Berufungsgericht die Beweislastverteilung, was die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung betrifft, verkannt hat. Nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre trifft nämlich den Schuldner die Beweislast für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (SZ 71/30; JBI 2000, 736 = MietSlg 52.097; Reischauer in Rummel, ABGB3 § 920 Rz 10 mwN der Rechtsprechung; Honsell/Heidinger in Schwimann, ABGB2 § 1447 Rz 3). Allfällige Zweifel gehen zu Lasten des Schuldners (die zitierten Entscheidungen; Reischauer aaO), hier also der Beklagten und keineswegs des Klägers. Davon abgesehen sind aus den Feststellungen irgendwelche Zweifel an der Möglichkeit der Erwirkung einer erstrangigen Einverleibung der Dienstbarkeit auf der verkauften Liegenschaft nicht hervorgekommen. Dass eine grundsätzlich mögliche Vorrangseinräumung im Sinn des § 30 Abs 2 GBG bewirkt, dass das vortretende Recht ohne Beschränkung die Rangstelle des Zurücktretenden erhält, wenn es bucherlich unmittelbar auf dieses folgt oder ihm der Vorrang auch von allen Zwischenberechtigten eingeräumt wird, bedarf keiner näheren Erörterung. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes kann es auch nicht entscheidend darauf ankommen, dass nicht festgestellt wurde, dass sich die Beklagte ausdrücklich dazu verpflichtet hätte, die Einverleibung der Dienstbarkeit zugunsten der Grundstücke des Klägers im ersten Rang der veräußerten Liegenschaft vorzunehmen. Völlig zu Recht wendet sich der Kläger gegen die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Klage sei deshalb abzuweisen, weil der Kläger eine ausdrückliche Vereinbarung, dass die Einverleibung der Dienstbarkeit im ersten Rang des Lastenblatts betreffend die dienende Liegenschaft durchzuführen wäre, nicht nachweisen habe können; weiters sei bereits Unmöglichkeit der Leistung eingetreten. Was zunächst die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (Paragraph 1447, ABGB) angeht, hat offenbar das Berufungsgericht selbst erkannt, dass sich die Beklagte in erster Instanz darauf niemals berufen hat. Zutreffend macht der Kläger auch geltend, dass das Berufungsgericht die Beweislastverteilung, was die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung betrifft, verkannt hat. Nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre trifft nämlich den Schuldner die Beweislast für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (SZ 71/30; JBI 2000, 736 = MietSlg 52.097; Reischauer in Rummel, ABGB3 Paragraph 920, Rz 10 mwN der Rechtsprechung; Honsell/Heidinger in Schwimann, ABGB2 Paragraph 1447, Rz 3). Allfällige Zweifel gehen zu Lasten des Schuldners (die zitierten Entscheidungen; Reischauer aaO), hier also der Beklagten und keineswegs des Klägers. Davon abgesehen sind aus den Feststellungen irgendwelche Zweifel an der Möglichkeit der Erwirkung einer erstrangigen Einverleibung der Dienstbarkeit auf der verkauften Liegenschaft nicht hervorgekommen. Dass eine grundsätzlich mögliche Vorrangseinräumung im Sinn des Paragraph 30, Absatz 2, GBG bewirkt, dass das vortretende Recht ohne Beschränkung die Rangstelle des Zurücktretenden erhält, wenn es bucherlich unmittelbar auf dieses folgt oder ihm der Vorrang auch von allen Zwischenberechtigten eingeräumt wird, bedarf keiner näheren Erörterung. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes kann es auch nicht entscheidend darauf ankommen, dass nicht festgestellt wurde, dass sich die Beklagte ausdrücklich dazu verpflichtet hätte, die Einverleibung der Dienstbarkeit zugunsten der Grundstücke des Klägers im ersten Rang der veräußerten Liegenschaft vorzunehmen.

Auszugehen ist zunächst davon, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ein Notar oder

Rechtsanwalt, der bei der Errichtung und Abwicklung eines Kaufvertrags für beide Vertragspartner tätig war, auch die Interessen beider Teile wahrnehmen muss, selbst wenn er im Übrigen nur der Bevollmächtigte eines Teiles ist (NZ 1970, 104; NZ 1974, 76; SZ 43/221; 10 Ob 2063/96x; RdW 2001/301). Im Falle der Errichtung eines Vertrags (insbesondere auch eines Kaufvertrags) durch einen Notar müssen beide Vertragspartner darauf vertrauen können, dass der Vertragsverfasser im besonderen Maß darauf bedacht sein werde, sie vor Nachteilen zu schützen und für ihre rechtliche tatsächliche Sicherheit zu sorgen (NZ 1982, 142; RdW 2001/301; Reischauer in Rummel, ABGB2 § 1299 Rz 18 mwN). In diesem Zusammenhang kann es auch keinen Unterschied machen, dass der Kläger selbst Rechtsanwalt ist. Es kann keinesfalls mit Recht vertreten werden, ihm gegenüber würde sich die Sorgfaltspflicht vermindern. Die Gefahr, dass bei nicht unverzüglich beantragter Einverleibung von dinglichen Rechten im Grundbuch ein Rangverlust droht, ist evident (vgl etwa NZ 1973, 177 und § 53 dBeurkG, wonach der Notar mangels entgegenstehender Anweisung das Notwendige zu veranlassen hat, sobald die Urkunde eingereicht werden kann, und die Ausführungen von Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars6 Rz II 381 f). Auszugehen ist zunächst davon, dass nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ein Notar oder Rechtsanwalt, der bei der Errichtung und Abwicklung eines Kaufvertrags für beide Vertragspartner tätig war, auch die Interessen beider Teile wahrnehmen muss, selbst wenn er im Übrigen nur der Bevollmächtigte eines Teiles ist (NZ 1970, 104; NZ 1974, 76; SZ 43/221; 10 Ob 2063/96x; RdW 2001/301). Im Falle der Errichtung eines Vertrags (insbesondere auch eines Kaufvertrags) durch einen Notar müssen beide Vertragspartner darauf vertrauen können, dass der Vertragsverfasser im besonderen Maß darauf bedacht sein werde, sie vor Nachteilen zu schützen und für ihre rechtliche tatsächliche Sicherheit zu sorgen (NZ 1982, 142; RdW 2001/301; Reischauer in Rummel, ABGB2 Paragraph 1299, Rz 18 mwN). In diesem Zusammenhang kann es auch keinen Unterschied machen, dass der Kläger selbst Rechtsanwalt ist. Es kann keinesfalls mit Recht vertreten werden, ihm gegenüber würde sich die Sorgfaltspflicht vermindern. Die Gefahr, dass bei nicht unverzüglich beantragter Einverleibung von dinglichen Rechten im Grundbuch ein Rangverlust droht, ist evident vergleiche etwa NZ 1973, 177 und Paragraph 53, dBeurkG, wonach der Notar mangels entgegenstehender Anweisung das Notwendige zu veranlassen hat, sobald die Urkunde eingereicht werden kann, und die Ausführungen von Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars6 Rz römisch II 381 f).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger, was von der Beklagten nicht substantiiert bestritten wurde, vorgebracht, dass ihm die Beklagte die Urschrift des Vertrages niemals übermittelte (was auch mit Punkt XIII. des vom Erstgericht festgestellten Kaufvertrags übereinstimmt). Damit lag es auf der Hand, dass es Sache der mit der grundbücherlichen Durchführung des Kaufvertrags beauftragten Beklagten war, für eine unverzügliche Einverleibung der Grunddienstbarkeit zu sorgen, was, wie sich aus den weiteren Feststellungen ergibt, zu einer Einverleibung im ersten Rang geführt hätte, weil die zwischenzeitig einverleibte Hypothek erst einige Zeit nach Einverleibung des Kaufvertrags, mit dem gemäß § 86 GBG aufgrund eines einzigen Gesuchs von der Beklagten gleichzeitig auch die Einverleibung der Dienstbarkeit bewirkt hätte werden können, eingetragen wurde. Damit kommt es aber auch nicht darauf an, dass nicht ausdrücklich vereinbart war, dass die Dienstbarkeit im ersten Rang des Lastenblatts des neu zu errichtenden Grundbuchskörpers einverlebt werden sollte, ergibt sich doch zwangsläufig bei einer Neueröffnung die Lastenfreiheit, soweit nicht Lasten zugleich mit der Eröffnung der neuen Einlage eingetragen oder mitübertragen werden und damit dieser Rang von selbst. Gerade im Hinblick auf das Vorliegen nur eines Originals des Kaufvertrags kann sich die Beklagte auch nicht mit Recht auf die (üblichen Vertragsfloskeln entsprechende) Klausel berufen, wonach der Kläger ohnehin jederzeit die Einverleibung der Dienstbarkeit veranlassen hätte können bzw., wie sie später vorbrachte, darauf, dass sie jederzeit bereit gewesen wäre, ihm dieses Original zwecks Verbücherung zur Verfügung zu stellen. Gerade dann, wenn sich im vorliegenden Fall der Verkäufer einer Liegenschaft gleichsam eine Dienstbarkeit "zurückbehält", ist ein Rechtsanwalt als Vertragsverfasser (ebenso wie bei der Verbücherung von Pfandrechten; vgl dazu F. Graf, Anwaltshaftung 88 unter Berufung auf NZ 1973, 177) verpflichtet, für eine unverzügliche Verbücherung zu sorgen. Geschieht dies nämlich nicht, so besteht, wie dargelegt, die Gefahr, dass dem Verkäufer ein anderer Berechtigter im Range vorgeht. Gerade zum Schutz vor solchen Nachteilen, die sich nicht unmittelbar in finanziellen Belastungen auswirken müssen, ist der Rechtsanwalt als Vertragsverfasser verpflichtet, was auch aus § 9 Abs 1 RAO abzuleiten ist. Im vorliegenden Fall hat der Kläger, was von der Beklagten nicht substantiiert bestritten wurde, vorgebracht, dass ihm die Beklagte die Urschrift des Vertrages niemals übermittelte (was auch mit Punkt römisch XIII. des vom Erstgericht festgestellten Kaufvertrags übereinstimmt). Damit lag es auf der Hand, dass es Sache der mit der grundbücherlichen Durchführung des Kaufvertrags beauftragten Beklagten war, für eine unverzügliche Einverleibung der Grunddienstbarkeit zu sorgen, was, wie sich aus den weiteren Feststellungen ergibt, zu einer Einverleibung im ersten

Rang geführt hätte, weil die zwischenzeitig einverleibte Hypothek erst einige Zeit nach Einverleibung des Kaufvertrags, mit dem gemäß Paragraph 86, GBG aufgrund eines einzigen Gesuchs von der Beklagten gleichzeitig auch die Einverleibung der Dienstbarkeit bewirkt hätte werden können, eingetragen wurde. Damit kommt es aber auch nicht darauf an, dass nicht ausdrücklich vereinbart war, dass die Dienstbarkeit im ersten Rang des Lastenblatts des neu zu errichtenden Grundbuchkörpers einverleibt werden sollte, ergibt sich doch zwangsläufig bei einer Neueröffnung die Lastenfreiheit, soweit nicht Lasten zugleich mit der Eröffnung der neuen Einlage eingetragen oder mitübertragen werden und damit dieser Rang von selbst. Gerade im Hinblick auf das Vorliegen nur eines Originals des Kaufvertrags kann sich die Beklagte auch nicht mit Recht auf die (üblichen Vertragsfloskeln entsprechende) Klausel berufen, wonach der Kläger ohnehin jederzeit die Einverleibung der Dienstbarkeit veranlassen hätte können bzw., wie sie später vorbrachte, darauf, dass sie jederzeit bereit gewesen wäre, ihm dieses Original zwecks Verbücherung zur Verfügung zu stellen. Gerade dann, wenn sich im vorliegenden Fall der Verkäufer einer Liegenschaft gleichsam eine Dienstbarkeit "zurückbehält", ist ein Rechtsanwalt als Vertragsverfasser (ebenso wie bei der Verbücherung von Pfandrechten; vergleiche dazu F. Graf, Anwaltshaftung 88 unter Berufung auf NZ 1973, 177) verpflichtet, für eine unverzügliche Verbücherung zu sorgen. Geschieht dies nämlich nicht, so besteht, wie dargelegt, die Gefahr, dass dem Verkäufer ein anderer Berechtigter im Range vorgeht. Gerade zum Schutz vor solchen Nachteilen, die sich nicht unmittelbar in finanziellen Belastungen auswirken müssen, ist der Rechtsanwalt als Vertragsverfasser verpflichtet, was auch aus Paragraph 9, Absatz eins, RAO abzuleiten ist.

Wenngleich die Beklagte in ihrer Revisionsbeantwortung nicht mehr auf den von ihr erhobenen Einwand zurückkommt, sie habe im Zuge der Streitigkeiten dem Kläger die Vollmacht gekündigt und sei deshalb nicht mehr in der Lage, die von ihr verlangte Verbücherung durchzuführen, ist ihr der Vollständigkeit halber zu erwidern, dass auch in diesem Punkt das zur nachträglichen Unmöglichkeit Gesagte entsprechend gilt, ergibt sich doch aus dem Verhalten des Klägers im Prozess eindeutig, dass er zu einer neuerlichen Bevollmächtigung im dargestellten Umfang bereit wäre. Dass dies nicht der Fall wäre, hätte die Beklagte behaupten und beweisen müssen.

Aus all dem ergibt sich, dass der Revision Folge zu geben ist, ohne dass es darauf ankäme, ob sich aus dem Vertrag auch eine Zug-um-Zug-Verpflichtung der Liegenschaftskäufer zur Einverleibung der Dienstbarkeit ergibt. In Abänderung der Urteile der Vorinstanzen ist daher der Klage stattzugeben.

Zufolge dieser Abänderung hatte das Revisionsgericht eine eigene Kostenentscheidung über das Verfahren erster und zweiter Instanz (wie auch für das Revisionsverfahren zu treffen), welche auf den §§ 41 und 50 ZPO beruht. Zufolge dieser Abänderung hatte das Revisionsgericht eine eigene Kostenentscheidung über das Verfahren erster und zweiter Instanz (wie auch für das Revisionsverfahren zu treffen), welche auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO beruht.

### **Anmerkung**

E64135 3Ob211.01b

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:0030OB00211.01B.1219.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_20011219\_OGH0002\_0030OB00211\_01B0000\_000

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