

# TE OGH 2009/11/19 8Ob45/09i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.11.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Spenling und Hon.-Prof. Dr. Kuras sowie die Hofrätin Dr. Glawischnig und den Hofrat Mag. Ziegelbauer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Walter G\*\*\*\*\*, vertreten durch Blum, Hagen & Partner Rechtsanwälte GmbH in Feldkirch, wider die beklagte Partei Dr. Andreas B\*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der M\*\*\*\*\* (GZ 14 S 8/05x des Landesgerichts Feldkirch), wegen restlich 24.403,16 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 26. Jänner 2009, GZ 1 R 284/08m-51, mit dem infolge Berufung beider Parteien das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 18. Juli 2008, GZ 6 Cg 219/05t-44, teilweise abgeändert und teilweise bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts in der Hauptsache wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 6.932,82 EUR (hierin enthalten 1.155,47 EUR USt) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (einschließlich des ersten Rechtsgangs) binnen 14 Tagen zu ersetzen; die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei 851,88 EUR an Barauslagen des erstinstanzlichen Verfahrens (einschließlich des ersten Rechtsgangs) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 148,56 EUR (hierin enthalten 24,76 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens im zweiten Rechtsgang und die mit 1.244,59 EUR (darin enthalten 77,66 EUR USt und 778,66 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger kaufte von einer Immobilien GmbH Mitte 2001 zwei Wohnungen zu einem Kaufpreis von 396.066,95 EUR. Es war vorgesehen, dass der Kaufvertrag über einen Treuhänder abgewickelt und der Kaufpreis in Raten gezahlt werden sollte, wobei für den restlichen Kaufpreis sowie den Haftrücklass eine Bankgarantie über 166.348,12 EUR gestellt wurde.

Mit Schreiben vom 22. 12. 2003 forderte der Treuhänder vom Kläger die Bezahlung der vorletzten Rate in Höhe von 47.131,97 EUR, die der Kläger jedoch nicht bezahlte. Am 27. 12. 2003 schlossen die Immobilien GmbH - die nunmehrige Gemeinschuldnerin -, der Kläger und ein Dritter eine Zessionsvereinbarung, wonach die Immobilien GmbH einen Teilbetrag ihrer Forderung in Höhe von 16.000 EUR gegen den Kläger unwiderruflich an den Dritten zur Sicherstellung

seiner eigenen Forderungen gegen die Immobilien GmbH abtrat. Dass die Forderung eigentlich schon an eine Sparkasse verpfändet war, war nicht bekannt, die Frage nach allfälligen vorangegangenen Zessionen wurde sogar ausdrücklich verneint. Eine Zahlung des Klägers an den Dritten ist bisher nicht erfolgt.

Mit Beschluss vom 28. 2. 2005 wurde über das Vermögen der Immobilien GmbH das Konkursverfahren eröffnet und der Beklagte zum Masseverwalter bestellt. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger 340.617,56 EUR an Teilzahlungen geleistet. Weiters anerkannte der beklagte Masseverwalter Fertigstellungs- und Mängelbehebungskosten an Allgemeinflächen in einem auf den Kläger aliquot entfallenden Ausmaß von 24.037,12 EUR und trat gleichzeitig auch vom Kaufvertrag nach § 21 KO zurück. Unter Abzug dieser 24.037,12 EUR von den noch offenen 55.449,39 EUR forderte er vom Kläger die Bezahlung des Differenzbetrags von 31.412,27 EUR und rief in weiterer Folge die Bankgarantie in diesem Ausmaß ab.

Die Wohnanlage, aber auch die Wohnung des Klägers ist nach wie vor mit einigen Mängeln behaftet. Zu den auf den Kläger entfallenden Schäden wurden von den Vorinstanzen umfangreiche Feststellungen getroffen (510 EUR für weiteren Durchgang; 140 EUR für Mängel bei der Dachrinnenheizung; 2.350 EUR für Winkelungenauigkeit in der Küche; 595 EUR für Mängel bei der Entlüftung; 270 EUR für mangelhafte Umschaltungen; 150 EUR für fehlende Steckdosen; 110 EUR für Mängel bei der Briefkastenanlage) ebenso wie zu vereinbarten „Preisminderungen“ (2.048,01 EUR, 730 EUR und 106,10 EUR). Insgesamt ist die Wohnung unter Berücksichtigung der Mängel an den allgemeinen Anlagen 372.029,83 EUR wert, wovon noch die festgestellten Mängel in Höhe von 4.125 EUR abzuziehen sind und die zugesicherte „Preisminderung“ berücksichtigt wurde.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger vom beklagten Masseverwalter die von diesem aus der Bankgarantie abgerufenen 31.412,25 EUR sA. Er stützt dies zusammengefasst - soweit dies im Revisionsverfahren noch maßgeblich ist - darauf, dass die Masse grundlos bereichert sei. Die dem Kläger zustehenden Schadenersatzforderungen für die unterbliebene Erfüllung würden die Forderung erheblich übersteigen. Wesentlich sei auch, dass ein Teil der Kaufpreisforderung wirksam abgetreten sei. Der Sicherungszweck der Bankgarantie sei nur in der Absicherung des restlichen Kaufpreises gelegen. Der Beklagte könne keine Bereicherungsansprüche einwenden. Der Kaufgegenstand sei im Übrigen mit zahllosen Sach- und Rechtsmängeln behaftet. Der Kläger habe zur Sanierung der Allgemeinfläche bereits Sonderbetriebskosten bezahlt.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass eine Vornahme der Fertigstellung der Sanierungsarbeiten durch die Gemeinschuldnerin nicht mehr möglich sei und der beklagte Masseverwalter daher rechtmäßig nach § 21 KO vom Vertrag zurückgetreten sei. Er habe berechtigt zur Einbringung der Forderungen die bestehende Bankgarantie abgerufen. Nach dem Vertragsrücktritt nach § 21 KO stehe der beklagten Masse ein Bereicherungsanspruch zu. Diese Gegenforderung ergebe sich aus der Kaufpreisforderung von 396.066,95 EUR abzüglich der für die Sanierung anerkannten 24.037,12 EUR unter Berücksichtigung der vom Kläger bezahlten 340.617,56 EUR, sohin mit 31.412,27 EUR. Im Übrigen bestünden keine Mängel des Kaufgegenstands.

Das Erstgericht stellte - im zweiten Rechtsgang - die Klageforderung mit 31.412,27 EUR, die eingewendete Gegenforderung mit 8.403,16 EUR als zu Recht bestehend fest und sprach dem Kläger 23.009,11 EUR samt 4 % Zinsen seit 6. 12. 2005 zu (ein Zinsenmehrbegehren auf 5 % war bereits im ersten Rechtsgang rechtskräftig abgewiesen worden). Das darüber hinausgehende Mehrbegehren von 8.403,16 EUR sA wies es ab. Rechtlich folgte das Erstgericht, dass die Bankgarantie der Sicherung des Restkaufpreises gedient habe, nicht aber der Besicherung von Bereicherungsansprüchen. Die auf der unberechtigten Abberufung der Bankgarantie fußende Klageforderung bestehe daher zu Recht. Hinsichtlich der eingewendeten Gegenforderung ging das Erstgericht unter Berücksichtigung der vom Kläger geleisteten Zahlungen von 340.617,56 EUR und der weiteren Abzüge für die Mängel sowie der zugesicherten Preisminderung von einem der Masse zustehenden Anspruch von 24.403,16 EUR aus. Davon zog es aber die zedierten 16.000 EUR ab. Die Verpfändung der Kaufpreisforderung an die Sparkasse sei nicht erkennbar gewesen. Damit verbleibe von der Gegenforderung noch ein Betrag von 8.403,16 EUR, den das Erstgericht abzog.

Das Berufungsgericht gab der gegen den klagsabweisenden Teil des Urteils erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge, jedoch der Berufung des Beklagten im Umfang von weiteren 16.000 EUR der Gegenforderung. Es verneinte ausführlich die in der Berufung des Klägers behaupteten Mangelhaftigkeiten und die Beweisrügen. Es bestätigte die Rechtsansicht, dass der Anspruch des Klägers aus der mangelnden Berechtigung des Abrufs der Bankgarantie zu Recht

bestehe. Bei der Beurteilung der Gegenforderung sei darauf abzustellen, ob der Wert der vom Gemeinschuldner bereits erbrachten Teilleistungen die Geldleistungen des Klägers sowie dessen allfällige Schadenersatzansprüche übersteige. Dabei sei aber die unberechtigt abgerufene Bankgarantie nicht einzubeziehen.

Bei der Berechnung der Gegenforderung sei nicht auf die vom Kläger allenfalls an die Wohnungseigentümergeinschaft geleisteten Zahlungen abzustellen, sondern auf den Wert der erbrachten Teilleistungen sowie der Gegenleistungen und der abzuziehenden Schadenersatzansprüche. Der Kläger könne also im Rahmen der Schadenersatzansprüche die erforderlichen Aufwendungen für die Mängelbehebung verlangen. Diese Aufwendungen seien ausdrücklich festgestellt worden. Auf allfällige Beiträge des Klägers zu den Errichtungskosten anderer Objekte oder auf die mangelnde Einforderung von Nutzungsentgelten für die Durchgangsrechte des angrenzenden Hauses sei bei der Berechnung der Schadenersatzansprüche im Sinne des § 21 KO nicht abzustellen. Insgesamt erweise sich die Berufung des Klägers daher als nicht berechtigt.

Hingegen erachtete das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten hinsichtlich der abgetretenen Forderung von 16.000 EUR als berechtigt. Nach dem Rücktritt nach § 21 KO komme eine weitere Erfüllung auch der Kaufpreisteilforderung nicht in Betracht. Vielmehr sei zu prüfen, wie sich diese zitierte Kaufpreisteilforderung auf die Berechnung des Bereicherungsanspruchs auswirke. Die Abtretung sei hier nur zur Sicherstellung erfolgt. Insoweit sei der Masse keine Gegenleistung, die sich der Masseverwalter nach § 21 KO anrechnen lassen müsse, zugekommen. Da durch den Rücktritt der Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag erlösche, müsse der Kläger auch nicht befürchten, vom Zessionar in Anspruch genommen zu werden. Insgesamt bestehe daher die eingewendete Gegenforderung mit 24.403,16 EUR zu Recht und sei nur ein Betrag von 7.009,11 EUR sA zuzusprechen, das darüber hinausgehende Mehrbegehren von 24.403,16 EUR sA jedoch abzuweisen.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, wie sich eine Abtretung zur Sicherstellung im Falle eines vom Masseverwalter nach § 21 KO erklärten Rücktritts auswirke, fehle.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der Aktenwidrigkeit sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne einer gänzlichen Klagestattgebung abzuändern; hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Der Beklagte beantragt, die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig und auch berechtigt.

Vorweg ist auf die vom Kläger geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens einzugehen. Der Kläger macht insoweit geltend, dass das Berufungsgericht nicht auf den von ihm behaupteten Begründungsmangel eingegangen wäre. Dies ist aber unzutreffend, da das Berufungsgericht ausdrücklich ausgeführt hat, dass ein derartiger Begründungsmangel nicht vorliege und sich auch näher mit der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts insoweit auseinandergesetzt hat (S 17 des Urteils des Berufungsgerichts). Auch die vom Kläger behaupteten Aktenwidrigkeiten liegen nicht vor. Dies bedarf zufolge § 510 Abs 3 Satz 3 ZPO keiner näheren Begründung. Im Wesentlichen versucht der Kläger hiermit die Beweiswürdigung durch das Erstgericht zu bekämpfen. Dies ist aber im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof nicht mehr möglich (Kodek in Rechberger, ZPO3 § 503 Rz 1; RIS-Justiz RS0007236; dazu, dass sich die zweite Instanz auch nicht mit jedem einzelnen Beweisergebnis und jedem Argument des Rechtsmittelwerbers auseinandersetzen muss, RIS-Justiz RS0043162 uva).

Nicht berechtigt sind auch die Ausführungen des Klägers, dass eine Aufrechnungslage nicht gegeben sei, da die Forderung des Beklagten noch gar nicht fällig sei. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO) sowie auf die nachfolgende Darstellung der Berechnung der Ansprüche nach einem Rücktritt nach § 21 KO verwiesen werden. Dies gilt auch hinsichtlich der Ausführungen des Klägers, dass auf die von ihm tatsächlich zur Sanierung der Allgemeinflächen geleisteten Zahlungen von 31.958,21 EUR sowie auf allfällige Nutzungsrechte für den Anbau abzustellen wäre.

Im Ergebnis berechtigt wendet sich der Kläger allerdings gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, dass nicht zu berücksichtigen sei, dass 16.000 EUR der Kaufpreisforderung unwiderruflich an einen Dritten zur Sicherstellung zediert wurden.

Allgemein voranzustellen ist dazu, dass nach § 21 Abs 1 KO der Masseverwalter von einem zweiseitigen Vertrag, der vom Gemeinschuldner und dem anderem Teil zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden ist, zurücktreten oder auch in den Vertrag eintreten kann. Dieses Rücktrittsrecht besteht auch dann, wenn auf der einen Seite noch Teile der Kaufpreisforderung und auf der anderen Seite Mängelbehebungsansprüche offen sind (RIS-Justiz RS0064553; 4 Ob 541/88 = SZ 61/170; Widhalm-Budak in Konecny/Schubert § 21 KO Rz 115 ff; Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger 4 § 21 Rz 8).

Damit ist davon auszugehen, dass der Masseverwalter berechtigt seinen Rücktritt nach § 21 KO erklärte. Die wesentliche Rechtsfolge des „Rücktritts“ nach § 21 KO liegt nun nicht darin, dass der Vertrag aufgehoben würde, sondern im Wesentlichen darin, dass die „weitere“ Erfüllung und damit auch jene der Gewährleistungsansprüche bzw der offenen Kaufpreisansprüche zu unterbleiben hat. Eine Rückforderung der bereits erbrachten Leistung kommt nicht in Betracht. Vielmehr kann vom Masseverwalter nur eine „Bereicherung“ des Vertragspartners geltend gemacht werden, die darin liegen kann, dass der Wert der vom Gemeinschuldner bereits erbrachten Teilleistungen die Gegenleistungen des anderen Vertragspartners sowie dessen allfällige weitere Schadenersatzansprüche nach § 21 Abs 2 zweiter Satz KO übersteigt (zuletzt etwa 8 Ob 29/09m; RIS-Justiz RS0064453; RS0064493; Widhalm-Budak aaO § 21 KO Rz 191 ff; Gamerith aaO § 21 KO Rz 24). § 21 Abs 2 letzter Satz KO sieht ja in diesem Zusammenhang vor, dass im Falle des Rücktritts der andere Vertragsteil den Ersatz des ihm verursachten Schadens verlangen kann. Dieser Schaden - hier im Wesentlichen aus der mangelnden Erfüllung der Gewährleistungsansprüche - ist für die Beurteilung einer allfälligen Bereicherung des Vertragspartners des Gemeinschuldners vom Wert der vom Gemeinschuldner erbrachten „Teilleistungen“ im Sinne der „Differenztheorie“ ebenfalls abzuziehen (zuletzt etwa 8 Ob 29/09m; Gamerith aaO Rz 24; ebenso Widhalm-Budak aaO Rz 184 jeweils mwN).

Die vom Gemeinschuldner erbrachten Leistungen werden dabei im Ergebnis nach ihrer vertragsmäßigen Vergütung bewertet (Widhalm-Budak aaO Rz 186 mwN; allgemein zur bloßen ex tunc-Wirkung auch Rz 187 ff; so im Ergebnis schon 4 Ob 583/80 = SZ 54/168), geht es doch nur darum, es dem Masseverwalter durch das Rücktrittsrecht nach § 21 Abs 1 KO zu ermöglichen, eine weitere unangemessene Belastung der Masse durch ein ungünstiges Vertragsverhältnis zu vermeiden, nicht aber rückwirkend - über das Anfechtungsrecht hinaus - das Ergebnis ungünstiger Verträge zu beseitigen (in diesem Sinne schon Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht, 279 f).

Von diesem Abrechnungsmechanismus sind im Ergebnis auch die Vorinstanzen ausgegangen. Offen ist allerdings die Frage, wie zu berücksichtigen ist, dass ein Teil der vom Vertragspartner zu erbringenden Gegenleistung - dem Kaufpreis - gar nicht mehr der Masse, sondern einem Zessionar zusteht. Ganz allgemein stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage des Anwendungsbereichs des § 21 KO bei vor Konkurseröffnung abgetretener Forderung. Dabei wird es vor allem als bedenklich angesehen, wenn der Masseverwalter in den Vertrag eintritt, die Leistung aus der Masse erfüllt, die Gegenleistung aber dann an den Zessionar ergeht (Widhalm-Budak aaO, Rz 18 ff). Hier ist das Rücktrittsrecht nach § 21 KO aber ohnehin schon deshalb zu bejahen, da ja auch noch andere - nicht abgetretene - Kaufpreisteile offen waren. Es stellt sich daher vor allem die Frage, wie sich die Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 21 KO und damit das Erlöschen der offenen Kaufpreisreste auf die zeitlich davor zedierten Kaufpreisteile auswirkt und inwieweit von der Zession auch Teile der dargestellten „Bereicherungsansprüche“ erfasst sind, bzw ob nicht schon ganz allgemein der nach § 21 KO sich errechnende „Bereicherungsanspruch“ als Surrogat des Kaufpreisanspruchs im Falle des Erlöschens infolge des Rücktritts nach § 21 KO und von der Zession erfasst anzusehen ist. Näherer Erörterungen dazu bedarf es jedoch schon deshalb nicht, da sich die Beurteilung hier schon aus dem Wortlaut und Inhalt des Abtretungsvertrags ergibt, haben doch die Vertragsparteien hierin nicht nur ausdrücklich die Zession vereinbart, sondern auch deren „Unwiderruflichkeit“ und die Möglichkeit, alle Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Es ist den Vertragsparteien also ganz offensichtlich darum gegangen, eine möglichst umfassende Absicherung des Zessionars zu bewirken. Dieser Wille der Parteien erfasst dann aber konsequenterweise auch allfällige „Bereicherungsansprüche“ aus dem Rücktritt des Vertrags nach § 21 KO. Auch ist daraus zu entnehmen, dass allfällige Einschränkungen der Ansprüche zu Lasten der dem Zedenten verbleibenden „Kaufpreisteile“ zu gehen haben. Dem entspricht es aber, dass die Masse insoweit einen Bereicherungsanspruch nicht mehr geltend machen und dementsprechend auch die Gegenforderung insoweit nicht zu Recht bestehen kann.

Insgesamt war daher in diesem Umfang und in teilweiser Stattgebung des Rechtsmittels das Urteil des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50, 43 ZPO. Für das erstinstanzliche Verfahren ist dabei - zufolge Wiederherstellung des Ersturteils in der Hauptsache - unverändert von einem Obsiegen der klagenden Partei im Ausmaß von ca 73 % auszugehen. Die von beiden Parteien (im zweiten Rechtsgang) hiegegen erhobenen Berufungen blieben durch dieses vom Obersten Gerichtshof wiederhergestellte Verfahrensergebnis in der Hauptsache erfolglos, sodass die Parteien ihrem jeweiligen Gegner wechselseitig die Kosten der Berufungsbeantwortungen zu ersetzen haben (1.454,40 EUR minus 1.082,83 EUR = 371,47 EUR Restsaldo zugunsten der klagenden Partei). Dabei ist auch auf die in der Berufung der beklagten Partei (ON 47) mit enthaltene - und ausschließlich die (gegen § 43 Abs 1 letzter Satz verstoßende) Nichtberücksichtigung ihrer allein getragenen Sachverständigengebühren (bestimmt AS 287, verzeichnet AS 271) sowie der Pauschalgebühr für die Berufung im ersten Rechtsgang monierende - Berufung im Kostenpunkt Bedacht zu nehmen (RIS-Justiz RS0036069; zuletzt 9 ObA 14/08m). Dieser kommt Berechtigung zu. Spruchmäßig kommt dies bei der Bestimmung der Kosten des erstgerichtlichen Verfahrens und des ersten Rechtsgangs zur Vermeidung von Unklarheiten mittels Summensaldierung bloß bei den wechselseitig zustehenden Barauslagen (1.224,91 EUR zugunsten beklagter Partei [= 27 % aus 4.536,72 EUR] minus 373,03 EUR Barauslagen zugunsten klagender Partei = 851,88 EUR) zum Ausdruck.

Hinsichtlich der Honorierung dieser somit erfolgreichen Kostenanfechtung (gleichermaßen ob als Berufung im Kostenpunkt oder als separater Kostenrekurs) haben sich zwei unterschiedliche Judikaturlinien entwickelt: Nach der einen, mit 1 Ob 9/05p = SZ 2005/22 beginnenden Rechtsprechungslinie (RIS-Justiz RS0087844; ebenso 1 Ob 8/06t; vgl auch 4 Ob 171/06k) habe die insoweit in dritter Instanz erfolgreiche Partei Anspruch auf Ersatz jener Kosten, die ihr in zweiter Instanz zuzusprechen gewesen wären, wenn sich der Berufungserfolg auf den Kostenpunkt beschränkt hätte; dieser Linie ist in der Folge auch der 7. Senat zu 7 Ob 112/09k gefolgt. Nach der anderen Linie (RIS-Justiz RS0119892, beginnend mit 8 ObA 117/04w = SZ 2005/45) stünde hiefür kein Kostenersatz gemäß § 11 RATG zu, weil der Erfolg mit der Kostenrüge keine kostenrechtliche Bedeutung hat, zumal die Kostenfrage im Sinne des § 54 Abs 2 JN iVm § 4 RATG für die Kostenbemessungsgrundlage der Berufung (und Berufungsbeantwortung) ohne Auswirkung sei und daher auch auf den Kostenersatz nicht durchschlagen könne (so auch M. Bydlinski in Konecny/Fasching, ZPO2 § 50 Rz 6; ders, Neues vom OGH zum Kostenersatz, Zak 2005, 43 ff; aA hingegen Obermaier, Kostenhandbuch Rz 278 sowie ders, Zur Ersatzfähigkeit der „Berufung im Kostenpunkt“, AnwBl 2006, 314 ff); dieser letzteren Linie ist insbesondere der 2. Senat mehrfach gefolgt (2 Ob 85/06y; 2 Ob 135/07b; 2 Ob 221/08a; ebenso 3 Ob 38/09y und 9 ObA 14/08m).

In Abwägung sämtlicher für und wider die einzelnen Ableitungen ins Treffen geführten Argumente folgt der erkennende Senat - abgehend von seiner früheren Entscheidung 8 ObA 117/04w - der jüngeren, wie gezeigt ebenfalls von mehreren Senaten vertretenen sowie zuletzt und jüngst vom 7. Senat zu 7 Ob 112/09k (Zak 2008/554, 338) ausführlich wie folgt begründeten Argumentation:

„Die [Zweitklägerin] hat Anspruch auf Ersatz der Kosten ihres erfolgreichen Kostenrekurses (vgl 1 Ob 8/06t). Die in der Entscheidung 2 Ob 135/07b und von Bydlinski in Fasching/Konecny 2 II/1 § 50 ZPO Rz 6 vertretene Ansicht, in einem Fall wie dem vorliegenden (wenn die betreffende Partei mit der Berufung letztlich unterliegt und nur im Kostenpunkt obsiegt) liege (unabhängig davon, ob die Kostenrüge mit der Berufung verbunden oder - ? - in einer gesonderten Rechtsmittelschrift ausgeführt wurde) nur ein kostenrechtlich nicht relevanter Erfolg mit Nebengebühren vor, sodass ein Kostenrekurs dann, wenn auch die Entscheidung in der Hauptsache von einer Partei bekämpft worden sei, nicht zu honorieren sei, kann nicht geteilt werden. Bydlinski leitet aus der mit BGBl I 2001/98 eingeführten Zweiseitigkeit des Kostenrekursverfahrens ab, dass ein Erfolg im Kostenpunkt keine Auswirkungen auf die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren haben könne, weil er nach § 4 RATG iVm § 54 JN, § 43 Abs 2 ZPO die Erfolgsquote im Berufungsverfahren nicht berühre. Dem wird von Obermaier (aaO Rz 278) zutreffend entgegengehalten, dass die beiden Rechtsmittel - Berufung und Kostenrekurs - verfahrensrechtlich unterschiedlicher Natur sind und prozessual verschiedene Entscheidungen des Gerichts erster Instanz betreffen. Auch wenn die Kostenentscheidung im Zivilprozess zusammen mit der Hauptsachenentscheidung zu ergehen hat, ändert das nichts daran, dass zwei verschiedene Entscheidungen in einer gemeinsamen Ausfertigung ergehen. Die Verschiedenartigkeit der beiden Entscheidungen bewirkt auch eine Unterschiedlichkeit der Rechtsmittelverfahren. Die Entscheidung betreffend die Hauptsache wird mit Berufung bekämpft, sie enthält immer auch eine mittelbare Anfechtung der damit ausgefertigten Kostenentscheidung. Hat die Berufung nämlich Erfolg, so hebt dieser Erfolg zwingend schon die erstgerichtliche

Kostenentscheidung auf, die dann vom Berufungsgericht völlig neu und ohne Bindung an die Kostenentscheidung erster Instanz zu treffen ist. Diese die Kostenentscheidung betreffende mittelbare Anfechtungswirkung einer Berufung löst tatsächlich keine gesonderte Kostenersatzpflicht des Berufungsgegners aus, der damit für die Nebengebühren (Kosten) erzielte Erfolg hat für die Ermittlung der Erfolgsquote wie auch für die Bemessungsgrundlage der Anwaltskosten keinen Einfluss. Die Berufung im Kostenpunkt beziehungsweise der Kostenrekurs betrifft nur den Fall, dass die Berufungen aller Parteien erfolglos bleiben. Nur dann ist die Kostenentscheidung erster Instanz nach Maßgabe ihrer Anfechtung durch Kostenrekurs zu prüfen, nur in diesem Fall gibt es eine Teilrechtskraft der Kostenentscheidung. Die Kostenentscheidung wird hier zweifach angefochten, zunächst mit Berufung in der Hauptsache, deren Erfolg ohnehin zu einer neuen Kostenentscheidung führt, und dann nochmals mit Kostenrekurs, der seinerseits erst bei Erfolglosigkeit aller Berufungen greift. Wie Obermaier aaO weiter ausführt, wird diese Systematik des Rechtsmittelverfahrens vor der Novelle BGBl I 2001/98 auch von Bydlinski selbst nicht bezweifelt (Kostenersatz 476; Fasching/Konecny2 II/1 § 50 ZPO Rz 6) und sie wurde durch die Einführung der Zweiseitigkeit des Kostenrekursverfahrens nicht verändert. Die nunmehrige Ansicht Bydlinskis hat insbesondere in der für sie als Stütze herangezogenen Novelle keine Grundlage."

Dem der Vorentscheidung des Senats 8 ObA 117/04w zugrundeliegenden Argument, dass diese Kosten bereits mit den Kosten für den Berufungsschriftsatz abgegolten wären, ist entgegenzuhalten, dass der wesentliche (und daher abzugeltende) Aufwand wohl nicht in der (bloßen) Verfassung dieses Schriftsatzes als solcher, sondern in der inhaltlichen Bekämpfung der Kostenentscheidung gelegen ist. Diese ist aber im Rahmen der Berufung überhaupt nicht erforderlich, weil im Falle der Stattgebung das Berufungsgericht - wie Obermaier aaO zutreffend hinweist - ohnehin die Kosten selbständig neu zu berechnen hat. Daher erlangen die Ausführungen zum Kostenpunkt (Kostenrekurs oder Berufung im Kostenpunkt) nur dort Bedeutung, wo es in der Folge abgesondert und tatsächlich ausschließlich nur (mehr) um die Frage der Kosten geht. Es kann daher insoweit nur von einem mit der Berufung verbundenen Kostenrekurs ausgegangen werden (vgl dazu, dass für die Qualifikation des Rechtsmittels als Berufung oder Rekurs auf den materiellen Inhalt der [Kosten-]Entscheidung abzustellen ist, RIS-Justiz RS0036080; RS0036079 ua). Es kann daher die Partei nicht schlechter gestellt sein als hätte sie von der ihr zulässigerweise offen stehenden Möglichkeit (RIS-Justiz RS0036043; zuletzt 7 Ob 311/04t) Gebrauch gemacht und einen gesonderten Kostenrekurs vor der Berufung eingebracht. Die Kosten eines Kostenrekurses sind daher zu berücksichtigen, allerdings nur nach TP 3 A zu berechnen (TP 3 A I Z 5 lit b RATG). Diese betragen somit - ausgehend von der Bemessungsgrundlage 1.224,91 EUR (= 27 % aus 4.536,72 EUR) gemäß § 11 Abs 1 Satz 2 RATG - 222,91 EUR (hierin enthalten 37,15 EUR USt). Wird dieser Betrag vom ermittelten Saldo zugunsten der klagenden Partei in Höhe von 371,47 EUR bei den beiderseitigen Berufungsbeantwortungen im zweiten Rechtsgang abgezogen, so verbleibt ein Restbetrag von 148,56 EUR.

Im Revisionsverfahren hat die klagende Partei mit ca 2/3 obsiegt und damit Anspruch auf 1/3 der Prozesskosten (= 465,93 EUR) plus 2/3 der Pauschalgebühr = 778,66 EUR, zusammen sohin 1.244,59 EUR (hierin enthalten anteilig 77,66 EUR USt und 778,66 EUR Barauslagen).

**Textnummer**

E92591

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0080OB00045.09I.1119.000

**Im RIS seit**

19.12.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

20.01.2014

**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)