

# TE OGH 2009/10/29 2Ob108/09k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.10.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei DI Hans H\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Arno Pajek, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. Margrit W\*\*\*\*\*, vertreten durch Torsten Wenzlawiak, Rechtsanwalt, Finkensteig 1, D-93180 Deuring, Einvernehmensrechtsanwalt gemäß § 5 EIRAG Dr. Helmut Blum, Rechtsanwalt in Linz, und den Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei Dr. Christoph V\*\*\*\*\*, wegen Einwilligung in die Löschung einer Reallast (Streitinteresse 36.000 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Berufungsgericht vom 13. Jänner 2009, GZ 21 R 369/08k-48, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

1. Dem Protokoll über die Berufungsverhandlung (ON 47), das auch vom Beklagtenvertreter (und vom Einvernehmensrechtsanwalt!) ohne Erhebung eines Widerspruchs gemäß § 212 ZPO unterfertigt wurde, ist über die behauptete Entziehung des Worts nichts zu entnehmen. Aus ihm geht vielmehr hervor, dass die Beklagte wie in der Berufungsschrift vorgetragen und beantragt hat.

Auf den in diesem Zusammenhang relevierten Rechtsmittelgrund der Nichtigkeit (vgl aber Kodek in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> § 477 Rz 7: einfacher Verfahrensmangel) ist daher schon deshalb nicht weiter einzugehen.

2. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen eines in der Wiedereröffnung der bereits geschlossenen Verhandlung gelegenen Verfahrensmangels verneint. Richtig ist, dass ihm dabei insoweit eine Aktenwidrigkeit unterlaufen ist, als es davon ausging, dass die Veräußerung der Liegenschaft im Zeitpunkt der Wiederöffnung noch nicht aktenkundig gewesen sei. Tatsächlich hatte der Kläger bereits in der Tagsatzung vom 28. 1. 2008 vorgebracht, die Liegenschaft im September 2007 um 137.000 EUR verkauft zu haben (AS 87). Abgesehen davon, dass das Berufungsgericht das aktenwidrige Argument bloß als Hilfsbegründung gebrauchte (BU S 5) und die Aktenwidrigkeit für die Verneinung des Verfahrensmangels daher nicht ausschlaggebend war, hätte zur Erledigung der Mängelrüge schon der Hinweis auf die aktuelle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs genügt, wonach die Wiedereröffnung einer Verhandlung iSd § 194 ZPO schon begrifflich keinen Verfahrensmangel darzustellen vermag; setzt doch schon der Wortlaut des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO voraus, dass der Verfahrensverstöß geeignet war, die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Rechtssache zu hindern. Ein Verfahrensmangel kann somit immer nur in einem „zu wenig“, niemals in einem „zu viel“

an Beweisverfahresulten liegen (6 Ob 89/06s; vgl auch 2 Ob 274/06t). Jedenfalls im Lichte dieser Rechtsprechung hat es bei dem Grundsatz zu verbleiben, dass ein in zweiter Instanz verneinter Verfahrensmangel in dritter Instanz nicht mehr wahrgenommen werden kann (RIS-Justiz RS0042963).

Dazu kommt, dass im Lichte des § 234 ZPO die Umstellung des Begehrens auf Leistung an die Rechtsnachfolger zwar zulässig, aber nicht notwendig war (SZ 46/27; 3 Ob 232/05x; RIS-Justiz RS0039258).

3. Die weitere Aktenwidrigkeit wird darin erblickt, dass das Berufungsgericht bei der Auslegung der Generalklausel des Vergleichs vom 13. 11. 2006 „im Übrigen“ auf fehlendes erstinstanzliches Vorbringen der Beklagten verwies. Tatsächlich findet sich in der Streitverkündung ON 14 (freilich nur) als „Beilage C“ angeschlossenen (nicht unterschriebenen) „Klagebeantwortungsergänzung“ das Vorbringen, dass der Klage angesichts der Generalklausel das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Dies kann dahin verstanden werden, dass nach Ansicht der Beklagten der Vergleich auch den klagsgegenständlichen Anspruch mitumfasst.

Abermals wurde das beanstandete Argument aber nur als Hilfsbegründung gebraucht; primär stützte sich das Berufungsgericht auf den Wortlaut des Vergleichs (BU S 8).

#### **Anmerkung**

E925122Ob108.09k

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

ECLI:AT:OGH0002:2009:0020OB00108.09K.1029.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.01.2010

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

© 2024 JUSLINE

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

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