

# TE OGH 2007/10/23 3Ob123/07w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.10.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Sailer sowie Dr. Jensik und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. Dr. Walter P\*\*\*\*\*, vertreten durch Steiner & Steiner Rechtsanwälte OEG in Wien, wider die beklagte Partei Mag. Wolfgang G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Siegfried Dillersberger, Dr. Helmut Atzl und Mag. Christian Dillersberger, Rechtsanwälte in Kufstein, wegen 125.533,17 EUR sA, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 23. Februar 2007, GZ 2 R 484/06z-21, womit das Urteil des Bezirksgerichts Kufstein vom 26. September 2006, GZ 5 C 230/05k-16, mit einer Maßgabe bestätigt wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen. Die außerordentliche Revision wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die Streitteile sind miteinander gut bekannte konzessionierte Apotheker. Der Kläger beabsichtigte, die Apotheke des Beklagten zu kaufen und dessen Konzession in der Form zu übernehmen, dass er zunächst Eigentümer sämtlicher Betriebsmittel sowie des Inventars werde sowie einen entsprechenden Mietvertrag über die Betriebsräumlichkeiten abschließe und die Konzessionsrechte Zug um Zug mit Zurücklegung der Konzession des Beklagten von einem von ihm namhaft zu machenden Konzessionsträger übernommen werden könne. Der Kläger teilte dem Beklagten mit, er wolle die Apotheke für seinen Sohn erwerben, der noch nicht die Voraussetzungen für eine Konzession erfülle, weshalb ein zwischenzeitiger Konzessionär als „Platzhalter“ für den Sohn fungieren solle.

Die Parteien schlossen am 2. Februar 2004 einen schriftlichen Vertrag über den beabsichtigten Kauf um den Preis von 1,6 Mio EUR (für Apothekeneinrichtung und Zurücklegung der Konzession), der bis 22. März 2004 auf ein vom späteren Vertragsverfasser zu eröffnendes Treuhandkonto zu überweisen war. Das sollte die damalige Rechtsvertreterin des Klägers sein. Nach Punkt IV. war der Verkäufer zum Rücktritt berechtigt, sollte die Konzession an den vom Verkäufer namhaft zu machenden Apotheker nicht binnen sechs Monaten ab Vertragsabschluss erteilt werden. Ein vom Kläger als Konzessionär in Aussicht genommener langjähriger Freund lehnte die ihm zugedachte Funktion ab, weshalb sich der Kläger (in der Folge ergebnislos auch der Beklagte) auf die Suche nach einem Konzessionär machte. Schließlich fand der Kläger eine zum Mitmachen bereite Pharmazeutin, mit der am 28. Juli 2004 ein Gesellschaftsvertrag samt

Zusatzvereinbarung entsprechend der Absicht geschlossen wurde, die zu gründende Gesellschaft alleine in der Hand der Familie des Klägers zu halten. Die Pharmazeutin sollte im offiziellen Vertrag formell als entscheidungsbefugte und an der Gesellschaft (KG) wesentlich beteiligte Konzessionärin dargestellt werden, tatsächlich zielten aber der Kläger und seine Familie darauf ab, den Einfluss und die wirtschaftliche Beteiligung derselben möglichst gering zu halten und sie auch am wirtschaftlichen (Miss-)Erfolg der Gesellschaft in keiner Weise zu beteiligen. Die Parteien schlossen am 2. Februar 2004 einen schriftlichen Vertrag über den beabsichtigten Kauf um den Preis von 1,6 Mio EUR (für Apothekeneinrichtung und Zurücklegung der Konzession), der bis 22. März 2004 auf ein vom späteren Vertragsverfasser zu eröffnendes Treuhandkonto zu überweisen war. Das sollte die damalige Rechtsvertreterin des Klägers sein. Nach Punkt römisch IV. war der Verkäufer zum Rücktritt berechtigt, sollte die Konzession an den vom Verkäufer namhaft zu machenden Apotheker nicht binnen sechs Monaten ab Vertragsabschluss erteilt werden. Ein vom Kläger als Konzessionär in Aussicht genommener langjähriger Freund lehnte die ihm zuge dachte Funktion ab, weshalb sich der Kläger (in der Folge ergebnislos auch der Beklagte) auf die Suche nach einem Konzessionär machte. Schließlich fand der Kläger eine zum Mitmachen bereite Pharmazeutin, mit der am 28. Juli 2004 ein Gesellschaftsvertrag samt Zusatzvereinbarung entsprechend der Absicht geschlossen wurde, die zu gründende Gesellschaft alleine in der Hand der Familie des Klägers zu halten. Die Pharmazeutin sollte im offiziellen Vertrag formell als entscheidungsbefugte und an der Gesellschaft (KG) wesentlich beteiligte Konzessionärin dargestellt werden, tatsächlich zielten aber der Kläger und seine Familie darauf ab, den Einfluss und die wirtschaftliche Beteiligung derselben möglichst gering zu halten und sie auch am wirtschaftlichen (Miss-)Erfolg der Gesellschaft in keiner Weise zu beteiligen.

Der Kläger (richtig: Beklagte) urgerte mehrfach die Zahlung der 1,6 Mio EUR. Letztlich erklärte sich der Vertreter des Beklagten, ein Rechtsanwalt, - schriftlich gegenüber der finanzierenden Bank - bereit, als Treuhänder zu fungieren und teilte (ihr) am 29. Juli 2004 mit, dass die neue Treuhandvereinbarung nunmehr akzeptiert werde und sandte auch seine Treuhanderklärung mit. Nicht feststellbar ist, ausdrücklich wäre besprochen worden, dass die in der Vereinbarung genannte Frist von sechs Monaten überhaupt hinfällig sei. Der Kläger suchte nicht um eine Konzession an, wofür ein endgültiger Vertrag mit dem Beklagten bzw. eine abgesicherte Position diesem gegenüber notwendig gewesen wäre. „Letztlich wurde - obwohl nach Ansicht des Beklagten und seines Rechtsvertreters sechs Monate nach dem 2. Februar 2004 die 'Deadline' sein werde - vom damaligen Vertreter eben die mit der Treuhandvereinbarung verbundene Fristverlängerung zugestanden (...).“

Am 3. August 2004 teilte der Beklagte der Vertreterin des Klägers schriftlich mit, dass ihr Mandant Punkt IV. der Vereinbarung nicht zeitgerecht erfüllt habe, weshalb er (der Beklagte) von dieser zurücktrete. Am 3. August 2004 teilte der Beklagte der Vertreterin des Klägers schriftlich mit, dass ihr Mandant Punkt römisch IV. der Vereinbarung nicht zeitgerecht erfüllt habe, weshalb er (der Beklagte) von dieser zurücktrete.

Der Kläger begehrte die Zahlung von insgesamt 125.533,17 EUR sA für im Zusammenhang mit der geplanten Apothekenübernahme aufgelaufene frustrierte Aufwendungen (wie Finanzierungskosten, Rechtsberatungs- und Steuerberatungskosten und Entschädigungen für die Pharmazeutin, die ihre Stellung per 31. Juli 2004 gekündigt habe) wegen schuldhafter Vertragsverletzung des Beklagten.

Der Vertragsrücktritt des Beklagten sei nicht berechtigt gewesen und stelle eine grob schuldhaft Verletzung seiner vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten dar. Der Beklagte habe die Konzessionserteilung durch seine Verweigerung der Unterfertigung des Hauptvertrags schuldhaft verhindert. Die Sechsmonatsfrist des - im Übrigen rechtlich unmöglichen und daher ungültigen - Punkts IV. der Vereinbarung vom 2. Februar 2004 könne sich nur auf den Hauptvertrag beziehen. Der Beklagte habe den Kläger offensichtlich über die Ernsthaftigkeit seiner Absichten getäuscht und ohne ihn aufzuklären zugesehen, wie er im Vertrauen auf das Zustandekommen des Hauptvertrags Aufwendungen getätigt habe. Der Vertragsrücktritt des Beklagten sei nicht berechtigt gewesen und stelle eine grob schuldhaft Verletzung seiner vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten dar. Der Beklagte habe die Konzessionserteilung durch seine Verweigerung der Unterfertigung des Hauptvertrags schuldhaft verhindert. Die Sechsmonatsfrist des - im Übrigen rechtlich unmöglichen und daher ungültigen - Punkts römisch IV. der Vereinbarung vom 2. Februar 2004 könne sich nur auf den Hauptvertrag beziehen. Der Beklagte habe den Kläger offensichtlich über die Ernsthaftigkeit seiner Absichten getäuscht und ohne ihn aufzuklären zugesehen, wie er im Vertrauen auf das Zustandekommen des Hauptvertrags Aufwendungen getätigt habe.

Dem Beklagten sei klar gewesen, dass der Kaufpreis fremdfinanziert werden müsse und erst nach Unterfertigung des

Hauptvertrags an den Treuhänder ausgezahlt werden sollte, wozu der Vertreter des Beklagten seine Zustimmung erteilt habe. Die Zahlung sei am 30. Juli 2004 auf dessen am 14. Juli 2004 bekannt gegebenes Treuhandkonto erfolgt. Mit der Treuhandvereinbarung sei auch nach Auffassung dieses Rechtsanwalts die Vereinbarung vom 2. Februar 2004 einvernehmlich geändert worden.

Seine Rechtsanwältin habe vorab sichergestellt, dass der Gesellschaftsvertrag durch die Apothekerkammer genehmigt werde. Die Umstände dieses Vertrags seien dem Beklagten bei seinem Rücktritt nicht bekannt und daher kein Rücktrittsgrund gewesen. Der Beklagte wendete ein, er habe das Geschäft schnell abwickeln wollen. Deshalb seien der Zahlungstermin und die Rücktrittsmöglichkeit nach sechs Monaten festgelegt worden. Die Verhandlungen hätten sich dann hingezogen, zumal der vom Kläger in Aussicht genommene Konzessionsträger nicht zur Verfügung gestanden sei. Ausschließlich er selbst habe Initiativen zu einem zügigen Vertragsabschluss gesetzt; zwischenzeitlich sei der Kläger auch mit der Zahlung in Verzug geraten. Erst am 2. Juni 2004 habe die Vertreterin einen geänderten Kaufvertragsentwurf ohne Benennung eines Käufers übermittelt, wonach u.a. der Kaufpreis entgegen der ursprünglichen Vereinbarung erst binnen einer Woche nach Unterfertigung des Kaufvertrags zu zahlen sei. Postwendend habe er den längst fälligen Kaufpreis gefordert, erst danach würden die Unterlagen geprüft; auch auf die langsam ablaufende Sechsmonatsfrist habe er hingewiesen. Erstmals mit Schreiben vom 8. Juli 2007 habe die Vertreterin des Klägers den Standpunkt vertreten, die Frist laufe erst ab Abschluss des Kaufvertrags. Nach einer weiteren Urgenz der Zahlung am 14. Juli 2007 habe sein Vertreter letztlich die Treuhandbedingungen der Kreditgeberin des Klägers akzeptiert, worauf dann am 30. Juli 2007 der Kaufpreis ohne Verzugszinsen eingelangt sei. Da danach immer noch wesentliche Daten und Grundlagen für den Vertragsabschluss gefehlt hätten, sei er zum Rücktritt berechtigt gewesen. Bis dahin sei kein unterschriftsreifer Vertrag vorgelegen, der Kläger habe das Scheitern des Rechtsgeschäfts selbst zu vertreten. Durch das Nichteinhalten der Zusagen des Käufers sei dem Beklagten ein aufrechnungsweise eingewendeter Schaden von 35.483,04 EUR entstanden. Dass sein Vertreter die Treuhandbedingungen akzeptiert habe, bedeute keine Änderung der Vereinbarung vom 2. Februar 2004 in Ansehung der Fälligkeit des Kaufpreises, sondern lediglich in jener der Verfügbarkeit durch den Treuhänder. Zwischen dem Kläger und der offensichtlich vorgeschobenen Konzessionsträgerin habe ein das Apothekengesetz (ApG) missachtendes Umgehungsgeschäft konstruiert werden sollen. Diese habe nur nach außen als Gesellschafterin und Geschäftsführerin, in Wahrheit aber als weisungsgebundene Angestellte fungieren sollen. Bei Offenlegung gegenüber der Apothekerkammer hätte die geplante Personengesellschaft keine Konzession bekommen. Der Gesellschaftsvertrag sei gemäß ApG nichtig. Da der Kläger wegen des Kumulierungsverbots des § 2 ApG nicht berechtigt gewesen sei, eine Apotheke zu erwerben, fehle ihm die Aktivlegitimation. Seine Rechtsanwältin habe vorab sichergestellt, dass der Gesellschaftsvertrag durch die Apothekerkammer genehmigt werde. Die Umstände dieses Vertrags seien dem Beklagten bei seinem Rücktritt nicht bekannt und daher kein Rücktrittsgrund gewesen. Der Beklagte wendete ein, er habe das Geschäft schnell abwickeln wollen. Deshalb seien der Zahlungstermin und die Rücktrittsmöglichkeit nach sechs Monaten festgelegt worden. Die Verhandlungen hätten sich dann hingezogen, zumal der vom Kläger in Aussicht genommene Konzessionsträger nicht zur Verfügung gestanden sei. Ausschließlich er selbst habe Initiativen zu einem zügigen Vertragsabschluss gesetzt; zwischenzeitlich sei der Kläger auch mit der Zahlung in Verzug geraten. Erst am 2. Juni 2004 habe die Vertreterin einen geänderten Kaufvertragsentwurf ohne Benennung eines Käufers übermittelt, wonach u.a. der Kaufpreis entgegen der ursprünglichen Vereinbarung erst binnen einer Woche nach Unterfertigung des Kaufvertrags zu zahlen sei. Postwendend habe er den längst fälligen Kaufpreis gefordert, erst danach würden die Unterlagen geprüft; auch auf die langsam ablaufende Sechsmonatsfrist habe er hingewiesen. Erstmals mit Schreiben vom 8. Juli 2007 habe die Vertreterin des Klägers den Standpunkt vertreten, die Frist laufe erst ab Abschluss des Kaufvertrags. Nach einer weiteren Urgenz der Zahlung am 14. Juli 2007 habe sein Vertreter letztlich die Treuhandbedingungen der Kreditgeberin des Klägers akzeptiert, worauf dann am 30. Juli 2007 der Kaufpreis ohne Verzugszinsen eingelangt sei. Da danach immer noch wesentliche Daten und Grundlagen für den Vertragsabschluss gefehlt hätten, sei er zum Rücktritt berechtigt gewesen. Bis dahin sei kein unterschriftsreifer Vertrag vorgelegen, der Kläger habe das Scheitern des Rechtsgeschäfts selbst zu vertreten. Durch das Nichteinhalten der Zusagen des Käufers sei dem Beklagten ein aufrechnungsweise eingewendeter Schaden von 35.483,04 EUR entstanden. Dass sein Vertreter die Treuhandbedingungen akzeptiert habe, bedeute keine Änderung der Vereinbarung vom 2. Februar 2004 in Ansehung der Fälligkeit des Kaufpreises, sondern lediglich in jener der Verfügbarkeit durch den Treuhänder. Zwischen dem Kläger und der offensichtlich vorgeschobenen Konzessionsträgerin habe ein das Apothekengesetz (ApG) missachtendes Umgehungsgeschäft konstruiert werden sollen. Diese habe nur nach außen als Gesellschafterin und

Geschäftsführerin, in Wahrheit aber als weisungsgebundene Angestellte fungieren sollen. Bei Offenlegung gegenüber der Apothekerkammer hätte die geplante Personengesellschaft keine Konzession bekommen. Der Gesellschaftsvertrag sei gemäß ApG nichtig. Da der Kläger wegen des Kumulierungsverbots des Paragraph 2, ApG nicht berechtigt gewesen sei, eine Apotheke zu erwerben, fehle ihm die Aktivlegitimation.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren mit folgender wesentlicher Begründung ab:

Zwar sei die Zahlungsfrist letztlich mit der Treuhandvereinbarung ohnehin einvernehmlich abgeändert worden. Die Verzögerungen mit der Erstellung des Vertrags habe der Kläger zu vertreten. Jedenfalls sei die Sechsmonatsfrist ab dem 2. Februar 2004 gelaufen. Der Gesellschaftsvertrag sei erst so knapp vor deren Ende unterzeichnet worden, dass die endgültigen Verträge mit dem Kläger erst danach hätten geschlossen werden können. Die Konzession wäre bei rechtsstaatlicher Vorgangsweise aber nicht zu erreichen gewesen; der Gesellschaftsvertrag samt Zusatzvereinbarung habe diametral dem § 12 ApG widersprochen. Nach dessen Abs 4 seien den Abs 1 bis 3 widersprechende Erklärungen, Vereinbarungen oder Beschlüsse sowie Treuhandverträge für die Vertragspartner rechtsunwirksam. Auch die Vereinbarung vom 2. Februar 2004 sei in dieser Hinsicht schon bedenklich. Sie sei auch mangels gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung nach § 46 Abs 2 ApG unwirksam. Da der Kläger dem Beklagten die maßgeblichen Umstände für einen Vertragsrücktritt verschwiegen habe, habe der Beklagte seinen Rücktritt auch nachträglich darauf stützen dürfen. Zwar sei die Zahlungsfrist letztlich mit der Treuhandvereinbarung ohnehin einvernehmlich abgeändert worden. Die Verzögerungen mit der Erstellung des Vertrags habe der Kläger zu vertreten. Jedenfalls sei die Sechsmonatsfrist ab dem 2. Februar 2004 gelaufen. Der Gesellschaftsvertrag sei erst so knapp vor deren Ende unterzeichnet worden, dass die endgültigen Verträge mit dem Kläger erst danach hätten geschlossen werden können. Die Konzession wäre bei rechtsstaatlicher Vorgangsweise aber nicht zu erreichen gewesen; der Gesellschaftsvertrag samt Zusatzvereinbarung habe diametral dem Paragraph 12, ApG widersprochen. Nach dessen Absatz 4, seien den Absatz eins bis 3 widersprechende Erklärungen, Vereinbarungen oder Beschlüsse sowie Treuhandverträge für die Vertragspartner rechtsunwirksam. Auch die Vereinbarung vom 2. Februar 2004 sei in dieser Hinsicht schon bedenklich. Sie sei auch mangels gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung nach Paragraph 46, Absatz 2, ApG unwirksam. Da der Kläger dem Beklagten die maßgeblichen Umstände für einen Vertragsrücktritt verschwiegen habe, habe der Beklagte seinen Rücktritt auch nachträglich darauf stützen dürfen.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte diese Entscheidung mit der Maßgabe, dass es das Zinsenbegehren auch unter Angabe von Zinsfuß und Anfangsdatum abwies, und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Es erachtete eine Tatsachenrüge als nicht gesetzmäßig ausgeführt. Einer als fehlend bezeichneten Feststellung lasse sich nicht entnehmen, welche Transaktion demnach vorab genehmigt worden sein solle; im Übrigen sei es rechtlich unerheblich, ob der Apothekerkammer die von Dr. Eleonore B\*\*\*\*\* textierten Verträge bekannt seien. Die gewünschte Feststellung ergebe sich aus deren Aussage auch nicht. Eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens wegen überraschender Rechtsansicht liege nicht vor, weil die angebliche Formungültigkeit der Vereinbarung vom 2. Februar 2004 rechtlich unerheblich sei.

In rechtlicher Hinsicht bestätigte die zweite Instanz die Auffassung der ersten, dass sich die Sechsmonatsfrist auf die genannte Vereinbarung beziehe. Schon abgesehen von fehlendem Vorbringen zu einer Fristverlängerung - weshalb § 405 ZPO es verbiete, eine solche der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen - ergebe sich diese aus den Feststellungen nicht. Demnach sei der Beklagte berechtigt gewesen, am 3. August 2004 nach Fristablauf vom Vertrag zurückzutreten, weil bis dahin unstrittig an den vom Kläger namhaft zu machenden Apotheker keine Konzession erteilt worden sei. Der Kläger behaupte nicht einmal, dass der Beklagte vor dem Fristablauf irgendwelche treu- oder vertragswidrigen Handlungen gesetzt habe. Mit der Behauptung, der Beklagte habe ihn nicht über die fehlende Ernsthaftigkeit zum Vertragsabschluss aufgeklärt, entferne sich der Kläger von den Feststellungen, weshalb die Rechtsrüge insofern unbeachtlich sei. Von einer schadenersatzpflichtig machenden verschuldeten Nichterfüllung durch den Beklagten könne daher nicht ausgegangen werden. In rechtlicher Hinsicht bestätigte die zweite Instanz die Auffassung der ersten, dass sich die Sechsmonatsfrist auf die genannte Vereinbarung beziehe. Schon abgesehen von fehlendem Vorbringen zu einer Fristverlängerung - weshalb Paragraph 405, ZPO es verbiete, eine solche der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen - ergebe sich diese aus den Feststellungen nicht. Demnach sei der Beklagte berechtigt gewesen, am 3. August 2004 nach Fristablauf vom Vertrag zurückzutreten, weil bis dahin unstrittig an den vom Kläger namhaft zu machenden Apotheker keine Konzession erteilt worden sei. Der Kläger behaupte nicht einmal, dass der Beklagte vor dem Fristablauf irgendwelche treu- oder vertragswidrigen Handlungen gesetzt habe. Mit der

Behauptung, der Beklagte habe ihn nicht über die fehlende Ernsthaftigkeit zum Vertragsabschluss aufgeklärt, entferne sich der Kläger von den Feststellungen, weshalb die Rechtsrüge insofern unbeachtlich sei. Von einer schadenersatzpflichtig machenden verschuldeten Nichterfüllung durch den Beklagten könne daher nicht ausgegangen werden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die außerordentliche Revision des Klägers ist nicht zulässig. Soweit er als erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO geltend macht, das Berufungsgericht habe bei Behandlung der Tatsachenrüge der Berufung das Recht auf ein faires Verfahren unter Berufung auf Rechbergers ZPO-Kommentar verletzt, weil es die Tatsachenrüge in einem Punkt mangels Angabe der begehrten Ersatzfeststellung als nicht gesetzmäßig ausgeführt angesehen habe, übersieht er nicht nur, dass sich dieses auch auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs stütze. Vor allem ist nämlich nicht nachvollziehbar, warum dieses Erfordernis der stRsp (RIS-Justiz RS0041835; darin ausdrücklich, wie vom Gericht zweiter Instanz zitiert, 8 Ob 337/97k = MietSlg 49.663) im konkreten Fall nicht gegeben sein soll, weil es ohnehin schon Feststellungen über eine Fristverlängerung am 29. Juli 2004 gebe. Bekämpft war aber die Feststellung, dass in einer Besprechung am 2. Februar 2004 erörtert worden sei, dass die Frist ab diesem Tag laufe. Wenn in der Zulassungsbeschwerde weiters gerügt wird, das Berufungsgericht habe in Verkennung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes eine Würdigung der Aussage der Zeugin Dr. Eleonore B\*\*\*\*\* vorgenommen, verkennt der Revisionswerber offenbar den Inhalt von dessen Ausführungen. Abgesehen von dessen Auseinandersetzungen mit der rechtlichen Relevanz dieser Feststellungen, gegen die in der Revision keine sachlichen Einwände erhoben werden, legte dieses Gericht nur (zutreffend) dar, weshalb sich (teilweise) die gewünschten Feststellungen gar nicht aus der Zeugenaussage ableiten ließen. Beweiswürdigung ist aber nach § 272 Abs 1 ZPO die Beurteilung, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei; Derartiges kann dem Berufungsurteil nicht entnommen werden. Im Übrigen ist der Oberste Gerichtshof nicht Tatsacheninstanz und könnte daher schon deshalb die als fehlend gerügten Feststellungen nicht „was hiemit begehrt wird“ (S 14 der Revision unten) treffen. Von einer Verletzung „hoher Verfahrensgrundsätze“ kann daher keine Rede sein. Die außerordentliche Revision des Klägers ist nicht zulässig. Soweit er als erhebliche Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO geltend macht, das Berufungsgericht habe bei Behandlung der Tatsachenrüge der Berufung das Recht auf ein faires Verfahren unter Berufung auf Rechbergers ZPO-Kommentar verletzt, weil es die Tatsachenrüge in einem Punkt mangels Angabe der begehrten Ersatzfeststellung als nicht gesetzmäßig ausgeführt angesehen habe, übersieht er nicht nur, dass sich dieses auch auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs stütze. Vor allem ist nämlich nicht nachvollziehbar, warum dieses Erfordernis der stRsp (RIS-Justiz RS0041835; darin ausdrücklich, wie vom Gericht zweiter Instanz zitiert, 8 Ob 337/97k = MietSlg 49.663) im konkreten Fall nicht gegeben sein soll, weil es ohnehin schon Feststellungen über eine Fristverlängerung am 29. Juli 2004 gebe. Bekämpft war aber die Feststellung, dass in einer Besprechung am 2. Februar 2004 erörtert worden sei, dass die Frist ab diesem Tag laufe. Wenn in der Zulassungsbeschwerde weiters gerügt wird, das Berufungsgericht habe in Verkennung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes eine Würdigung der Aussage der Zeugin Dr. Eleonore B\*\*\*\*\* vorgenommen, verkennt der Revisionswerber offenbar den Inhalt von dessen Ausführungen. Abgesehen von dessen Auseinandersetzungen mit der rechtlichen Relevanz dieser Feststellungen, gegen die in der Revision keine sachlichen Einwände erhoben werden, legte dieses Gericht nur (zutreffend) dar, weshalb sich (teilweise) die gewünschten Feststellungen gar nicht aus der Zeugenaussage ableiten ließen. Beweiswürdigung ist aber nach Paragraph 272, Absatz eins, ZPO die Beurteilung, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei; Derartiges kann dem Berufungsurteil nicht entnommen werden. Im Übrigen ist der Oberste Gerichtshof nicht Tatsacheninstanz und könnte daher schon deshalb die als fehlend gerügten Feststellungen nicht „was hiemit begehrt wird“ (S 14 der Revision unten) treffen. Von einer Verletzung „hoher Verfahrensgrundsätze“ kann daher keine Rede sein.

Auch mit der Behauptung, das Berufungsgericht sei von der Entscheidung SZ 47/104 abgewichen und habe damit (wie auch zur ersten angeblich erheblichen Rechtsfrage) gegen Art 6 MRK verstoßen, vermag der Kläger die Zulässigkeit seines Rechtsmittels nicht zu begründen. Er übersieht nämlich, dass das Berufungsgericht unzweifelhaft nur den Rücktritt des Beklagten als berechtigt ansah und deshalb sowie mangels Feststellung seiner Irreführung über die Ernstlichkeit des Abschlusswillens des Beklagten die Klageabweisung bestätigte. Ausführungen zu allfälligen Verstößen gegen das ApG fehlen im angefochtenen Urteil völlig. Auch mit der Behauptung, das Berufungsgericht sei von der Entscheidung SZ 47/104 abgewichen und habe damit (wie auch zur ersten angeblich erheblichen Rechtsfrage) gegen Artikel 6, MRK verstoßen, vermag der Kläger die Zulässigkeit seines Rechtsmittels nicht zu begründen. Er übersieht

nämlich, dass das Berufungsgericht unzweifelhaft nur den Rücktritt des Beklagten als berechtigt ansah und deshalb sowie mangels Feststellung seiner Irreführung über die Ernstlichkeit des Abschlusswillens des Beklagten die Klageabweisung bestätigte. Ausführungen zu allfälligen Verstößen gegen das ApG fehlen im angefochtenen Urteil völlig.

Einer Auseinandersetzung mit der Reichweite des § 405 ZPO bedarf es nicht, weil das Vorbringen des Klägers in ON 5 S 7, auf das er sich nunmehr allein beruft, nur Behauptungen über eine vom seinerzeitigen Rechtsvertreter des Beklagten geäußerte Rechtsansicht enthält, aber - konsistent mit der in demselben Schriftsatz vertretenen Auffassung, die sechsmonatige Frist hätte erst mit dem endgültigen Kaufvertrag begonnen - keine solche, dass die noch gar nicht begonnene Frist ihm gegenüber vom Beklagten wie auch immer verlängert worden wäre. Selbst wenn widersprüchliche Feststellungen Nichtigkeit begründeten (s aber die ggt stRsp: 4 Ob 169/03m; weiters RS0041306, RS0042171; Widersprüche in den Gründen genügen nicht), was vom Obersten Gerichtshof wahrzunehmen wäre, läge der Fehler nicht vor, weil der behauptete Widerspruch in den Feststellungen eben tatsächlich gar nicht besteht. Seite 28 letzter und vorletzter Absatz des Ersturteils betreffen einerseits das, was (zwischen wem?) besprochen wurde und andererseits das, was der Treuhänder (wem gegenüber und in welcher Form?) „zugestand“ (so auch S 30 aaO). Wie eine Frist verlängert worden wäre, ist dem im Übrigen nicht zu entnehmen. Letztlich wirft auch die Passage der Rechtsrüge, das Berufungsgericht habe aus Rechtsirrtum eine überraschende Rechtsansicht der ersten Instanz nicht aufgegriffen, keine erhebliche Rechtsfrage auf. Das ist für das von der zweiten Instanz erzielte Ergebnis schon deshalb irrelevant, weil diese ihr Urteil nicht auf Formungültigkeit der Vereinbarung vom 2. Februar 2004 stützte, sondern darauf, dass der Beklagte von dieser zu Recht zurücktrat. Soweit sich der Kläger auch noch in dritter Instanz auf mangelnde Ernsthaftigkeit des Beklagten zum Vertragsabschluss beruft, übersieht er nicht nur das völlige Fehlen von Feststellungen in dieser Richtung, es liegt auch kein Feststellungsmangel vor, weil der Kläger in erster Instanz dazu gar keine Beweise angeboten hatte. Einer Auseinandersetzung mit der Reichweite des Paragraph 405, ZPO bedarf es nicht, weil das Vorbringen des Klägers in ON 5 S 7, auf das er sich nunmehr allein beruft, nur Behauptungen über eine vom seinerzeitigen Rechtsvertreter des Beklagten geäußerte Rechtsansicht enthält, aber - konsistent mit der in demselben Schriftsatz vertretenen Auffassung, die sechsmonatige Frist hätte erst mit dem endgültigen Kaufvertrag begonnen - keine solche, dass die noch gar nicht begonnene Frist ihm gegenüber vom Beklagten wie auch immer verlängert worden wäre. Selbst wenn widersprüchliche Feststellungen Nichtigkeit begründeten (s aber die ggt stRsp: 4 Ob 169/03m; weiters RS0041306, RS0042171; Widersprüche in den Gründen genügen nicht), was vom Obersten Gerichtshof wahrzunehmen wäre, läge der Fehler nicht vor, weil der behauptete Widerspruch in den Feststellungen eben tatsächlich gar nicht besteht. Seite 28 letzter und vorletzter Absatz des Ersturteils betreffen einerseits das, was (zwischen wem?) besprochen wurde und andererseits das, was der Treuhänder (wem gegenüber und in welcher Form?) „zugestand“ (so auch S 30 aaO). Wie eine Frist verlängert worden wäre, ist dem im Übrigen nicht zu entnehmen. Letztlich wirft auch die Passage der Rechtsrüge, das Berufungsgericht habe aus Rechtsirrtum eine überraschende Rechtsansicht der ersten Instanz nicht aufgegriffen, keine erhebliche Rechtsfrage auf. Das ist für das von der zweiten Instanz erzielte Ergebnis schon deshalb irrelevant, weil diese ihr Urteil nicht auf Formungültigkeit der Vereinbarung vom 2. Februar 2004 stützte, sondern darauf, dass der Beklagte von dieser zu Recht zurücktrat. Soweit sich der Kläger auch noch in dritter Instanz auf mangelnde Ernsthaftigkeit des Beklagten zum Vertragsabschluss beruft, übersieht er nicht nur das völlige Fehlen von Feststellungen in dieser Richtung, es liegt auch kein Feststellungsmangel vor, weil der Kläger in erster Instanz dazu gar keine Beweise angeboten hatte.

Die Revision ist daher zurückzuweisen.

#### **Anmerkung**

E85668 3Ob123.07w

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

ECLI:AT:OGH0002:2007:0030OB00123.07W.1023.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20071023\_OGH0002\_0030OB00123\_07W0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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