

# TE OGH 2018/8/14 3Ob118/18a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.08.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hoch als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Roch und Dr. Rassi und die Hofrätinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei L\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Perner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Dr. J\*\*\*\*\*, vertreten durch Proksch & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, wegen § 35 EO über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 29. November 2017, GZ 39 R 319/17a-33, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 21. August 2017, GZ 30 C 250/16p-29, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

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

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 5.782,13 EUR (darin enthalten 951,09 EUR USt und 69,30 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens,

die mit 1.215,48 EUR (darin enthalten 202,58 EUR USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung und

die mit 2.264,88 EUR (darin enthalten 138,98 EUR USt und 1.431 EUR Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens

binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin (damals Beklagte) als Vermieterin eines Geschäftslokals und der Beklagte (damals Kläger) als Mieter dieses Objekts schlossen am 15. Oktober 2014 folgenden gerichtlichen Vergleich:

„1) Die beklagte Partei verpflichtet sich, auf ihre Kosten im Mietobjekt[...] an der in Beilage ./B, die einen Bestandteil des Vergleiches darstellt mit 1 bezeichneten Stelle, ein bis zur Spülkastenoberkante verfließtes, darüber mit atmungsaktiver Farbe weiß ausgemaltes WC samt Kaltwasser, Handwaschbecken und Entlüftung, sowie Beleuchtung und eine Steckdose zu errichten, dies alles bis längstens 15.03.2015.

2) Die beklagte Partei kann sich von der Verpflichtung gemäß Punkt 1) befreien, indem sie an der in Beilage ./B mit 2 bezeichneten Stelle ein wie in Punkt 1) beschriebenes WC auf ihre Kosten errichtet, wobei maximal 0,5 m<sup>2</sup> zuzüglich einer allfällig durch den in Punkt 5) beschriebenen Kaminabriss gewonnen Fläche in das Bestandsobjekt hineinragen dürfen.

- 3) Die beklagte Partei kann sich von der Verpflichtung gemäß Punkt 1) befreien, indem sie an der in Beilage ./B mit 3 bezeichneten Stelle ein wie in dem Punkt 1) beschriebenes WC auf ihre Kosten errichtet.
- 4) Der gemäß Punkt 1), 2) oder 3) zu errichtete WC-Raum gilt ab Fertigstellung als mit dem Bestandsobjekt[...] mitvermietet. Darüber hinaus bestehen keine weiteren ausschließlichen Nutzungsrechte der klagenden Partei an weiteren Teilen des Hauses.
- 5) Die beklagte Partei verpflichtet sich, auf ihre Kosten das bestehende Heizsystem samt Warmwasserversorgerung der klagenden Partei an das bis längstens August 2015 zu errichtende Zentralheizsystem anzuschließen und den in der Küche liegenden Kamin Zug um Zug abzureißen und die Stelle auszumalen, dies vorbehaltlich der baubehördlichen Genehmigung.
- 6) Die klagende Partei verpflichtet sich, die in Punkt 5) beschriebenen Arbeiten zu dulden.
- 7) Der wertgesicherte Hauptmietzins für das gegenständliche Bestandsobjekt[...] bleibt unverändert.
- [...]"

Diesem Vergleich war eine Planbeilage mit der Bezeichnung Beilage ./B angeschlossen (in Hinkunft: Vergleichsplan), welche das Erstgericht als integrierten Bestandteil der Feststellungen erklärte. Bei diesem handelt es sich um die Fotografie eines Plans; die möglichen Positionen der im Vergleich erwähnten, zu errichtenden Toilette sind in diesem Vergleichsplan mit 1, 2 bzw 3 markiert. Auf dem Vergleichsplan ist an jener Stelle, die mit „2“ bezeichnet ist, ersichtlich, dass anstelle der dort in natura vorhandenen Türe eine Mauer eingezeichnet ist.

Im Rahmen der Vergleichsverhandlungen wurde zwischen den Parteien nicht besprochen, wie der Anschluss an das Heizsystem technisch zu erfolgen hat bzw wie dieser situiert sein soll.

Von Seiten der (hier) Klägerin war es gewünscht, jene Türe, die sich an der mit „2“ markierten Stelle des Vergleichsplans in natura befindet, abzumauern und an dieser Stelle den Heizungszähler montieren zu lassen. Bei den Vergleichsverhandlungen wurde dieser Umstand von der Klägerin aber nicht zur Sprache gebracht.

Aus technischer Sicht ist es möglich, den Anschluss des Bestandsobjekts an das vorhandene Heizungssystem durchzuführen, ohne die vorhandene Türe abzumauern, etwa, indem man den Zähler an der Decke des Bestandsobjekts anbringt. Diese Art der Installation wäre mit keinen bzw allenfalls geringfügigen Mehrkosten verbunden.

Die Klägerin verlangte vom Beklagten mehrfach, dass dieser ihr Zutritt zum Bestandsobjekt zwecks Abbruch der Türe und Herstellen der Abmauerung gewähren möge, was vom Beklagten verweigert wurde. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagte im Übrigen den Zutritt zum Bestandsobjekt, insbesondere zur Durchführung der für die Heizungsinstallationen notwendigen Arbeiten, verweigerte.

Dem Beklagten wurde mit Beschluss des Bezirksgerichts Innsbruck vom 18. November 2015, GZ 23 E 6389/15t-2, aufgrund des Vergleichs vom 15. Oktober 2014 die Exekution zur Durchsetzung der unvertretbaren Handlung, nämlich „das im Objekt der betreibenden Partei in [...] bestehende Heizsystem samt Warmwasserversorgung, bis längstens August 2015 an das zu errichtende Zentralheizsystem auf Kosten der verpflichteten Partei anzuschließen“, bewilligt.

Mit ihrer Oppositionsklage strebt die Klägerin die Feststellung an, der Anspruch, zu dessen Hereinbringung im Exekutionsverfahren des Bezirksgerichts Innsbruck zu 23 E 6389/15t die Exekution bewilligt worden ist, sei seit September 2015 gehemmt, und eine Exekutionsführung sei deshalb bis dato nicht berechtigt. Sie brachte dazu in der Klage vor, die von ihr beauftragten Professionisten hätten die im Bestandsobjekt befindliche Heizung entsprechend dem Vergleichsplan an die fristgerecht errichtete Hauszentralheizung anschließen wollen, wobei die Anschlüsse für den im Bereich der abzumauernden Hintertüre vorzusehenden Heizverteiler auch bereits von der ehemaligen Gangseite aus vorbereitet gewesen seien. Die Professionisten hätten den Auftrag gehabt, den Anschluss an das Heizungssystem samt den dafür begleitend erforderlichen Baumeisterarbeiten in einer bestimmten, von der Klägerin festgelegten und dem Vergleichsplan entsprechenden Art und Weise zu veranlassen. Der Beklagte habe die Verpflichtung laut Punkt 6. des Vergleichs zur dafür unbedingt erforderlichen Duldung jedoch (trotz mehrfacher Aufforderungen) nachhaltig verletzt. Er verweigere und untersage die Durchführung dieser Arbeiten.

Der Beklagte bestritt die behauptete Duldungspflicht.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es komme nur darauf an, ob der Beklagte im Vergleich auch der Abmauerung der Türe zugestimmt habe, was zu verneinen sei. Die Klägerin wolle zwar den Anschluss für die Heizung in der abgemauerten Türlaibung herstellen, habe dies jedoch im Rahmen der Vergleichsverhandlungen nicht zur Sprache gebracht. Im Vergleich sei keinerlei Abmauerung erwähnt. Der bloße Anschluss einer Planbeilage, in welcher die in natura vorhandene Tür bereits abgemauert dargestellt werde, könne nicht reichen, um – ohne weitere Erwähnung dieser Abmauerung – eine solche zum Inhalt des Vergleichs zu machen. Da die Herstellung des Heizungsanschlusses aus technischer Sicht auch möglich sei, ohne vorher die Tür abzumauern, könne dem Beklagten die Nichtgewährung des Zutritts zum Bestandsobjekt zwecks Abmauerung der Tür nicht als Behinderung der notwendigen Arbeiten vorgeworfen werden.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin Folge und änderte das Ersturteil in eine Klagestattgebung ab. Der Beklagte habe gar nicht bestritten, dass die auf dem Vergleichsplan nicht mehr eingezeichnete Tür zuzumauern sei. Seiner Parteiaussage entsprechend vertrete er aber erkennbar den Standpunkt, die Abmauerung sei nicht von innen, sondern von außen, also in der Weise vorzunehmen, dass ihm weiterhin die Türlaibung zur Verfügung stehe. Dafür vermöge er aber – abgesehen davon, dass er im Verfahren nicht vorgebracht habe, die Abmauerung der Türe nicht oder zumindest in der von der Klägerin vorgesehenen Weise, also von innen her, nicht dulden zu müssen – keine Argumente ins Treffen zu führen. Demgegenüber folge schon aus § 17 Abs 2 MRG, dass zur Nutzfläche eines Bestandsobjekts nicht die im Verlauf der Wände befindlichen Durchbrechungen (Ausnehmungen) zählen. Wenn daher die Klägerin zur Abmauerung der Tür berechtigt sei, stehe es ihr – mangels anderslautender Vereinbarung – frei, diese auch vom Inneren des Bestandsobjekts her durchzuführen und im Bereich der Türlaibung den Heizungsanschluss zu installieren, zumal im Vergleich keine bestimmte Ausführungsvariante vereinbart worden sei. Die Erfüllung der betriebenen Leistungsverpflichtung sei der Klägerin zumindest derzeit aufgrund des Verhaltens des Beklagten unmöglich, weshalb der Anspruch des Beklagten als Titelgläubiger gehemmt sei.

Die ordentliche Revision wurde nachträglich zugelassen, weil die plausiblen Ausführungen des Beklagten in der Revision erkennen ließen, dass dem Berufungsgericht zur Verpflichtung des Mieters zur Duldung der Zumauern der Türe von innen anstatt von außen möglicherweise eine zu korrigierende Fehlbeurteilung unterlaufen sei.

Der Beklagte strebt mit seiner Revision die Abänderung im Sinn der Klageabweisung, hilfsweise die Aufhebung an. Er macht vor allem geltend, es liege ein Verfahrensverstoß vor, weil das Berufungsgericht meine, er habe eine Verpflichtung zur Duldung der Abmauerung nicht bestritten. Die Rechtsansicht, die Nutzfläche eines Bestandsobjekts gemäß § 17 Abs 2 MRG sei mit dem Umfang der sich aus dem Mietvertrag ergebenden Bestandsfläche gleichzusetzen, sei unrichtig. Das Berufungsgericht habe den Vergleich völlig verfehlt ausgelegt, „indem es die im Vergleich nicht geregelte Art des Anschlusses der Heizung der, geradezu in die Beliebigkeit verweisenden, Wahlfreiheit der verpflichteten Partei überlassen hat, obwohl sich die verpflichtete Partei diese Wahlfreiheit bei Abschluss des Vergleiches nicht ausbedungen hat.“

Die Klägerin erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zulässigkeit der Revision bestreitet, das Ergebnis der Berufungsentscheidung mit anderer Begründung verteidigt und umfangreiche Feststellungsmängel geltend macht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und im Sinn der Wiederherstellung des Erstgerichts auchberechtigt, weil dem Berufungsgericht eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung unterlaufen ist.

#### **1. Voranzustellen ist:**

1.1. Die Klägerin erhob eine – auf unverschuldete, vorübergehende Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung gestützte und folgerichtig auf Hemmung des Anspruchs abzielende (vgl. RIS-Justiz RS0001233 [T2 und T6]; 3 Ob 35/12m) – Oppositionsklage. Die Beweislast für die behauptete Unmöglichkeit trifft den Oppositionskläger; gerade im Oppositionsverfahren sind an die Behauptungspflicht und Beweispflicht des Klägers hohe Anforderungen zu stellen, weil ein rechtskräftiger Exekutionstitel beseitigt werden soll (3 Ob 40/06p = RIS-Justiz RS0001233 [T7 und T8]).

1.2. Zudem muss die Eventualmaxime nach § 35 Abs 3 EO beachtet werden, der die Behauptungen aller dem Verpflichteten zur Zeit der Klageerhebung bekannten Einwendungen bei sonstigem Ausschluss schon in der Klage verlangt und nicht erst in der folgenden mündlichen Verhandlung, in der die Klage vorgetragen wird (3 Ob 79/17i mwN). Entsprechendes gilt wegen des Gebots der Waffengleichheit auch für den Beklagten, von dem zu verlangen ist,

dass er in einem eingebrachten vorbereitenden Schriftsatz bereits alle seine Einwendungen gegen die geltend gemachten Oppositionsgründe vorbringt (RIS-Justiz RS0119637 [T1 und T3]). Die Eventualmaxime steht (nur) einer notwendig erscheinenden Klarstellung und Vervollständigung des Sachverhalts nicht entgegen (RIS-Justiz RS0001433). Im Oppositionsprozess sind nachträgliche Ergänzungen des Vorbringens daher (nur) zulässig, soweit sie die vorgebrachten Tatsachen nur verdeutlichen oder präzisieren bzw richtig stellen, ergänzen oder erläutern. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung ein strenger Maßstab anzulegen und dies nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen (RIS-Justiz RS0001307 [T4 und T5]; jüngst 3 Ob 85/18y).

## 2. Zum Vorbringen der Klägerin:

2.1. Der vorliegenden Oppositionsklage war weder klar zu entnehmen, dass der Beklagte (auch) das Abmauern der „Hintertüre“ verweigere (es wird nämlich nicht offengelegt, dass es sich dabei um die für „den Anschluss an das Heizungssystem samt den dafür begleitend erforderlichen Baumeisterarbeiten“ handelt) noch wird konkret vorgebracht, wie (und damit auch wo) diese Abmauerung überhaupt erfolgen soll; der bloße Verweis auf eine dem Vergleichsplan entsprechende Art und Weise hat schon deshalb keinen Informationswert, weil diesem zu einem Heizungsanschluss, geschweige denn dessen Situierung nichts zu entnehmen ist. Das Klagevorbringen bedurfte somit einer (zulässigen) Klarstellung, die zum Teil im Vorbringen der Klägerin in der Tagsatzung vom 5. Juli 2016, erkannt werden kann, wo sie ua behauptet wurde, für den Heizungsanschluss sei das Herausreißen der hinteren Ausgangstür des Bestandobjekts des Beklagten und das näher beschriebene Abmauern vorgesehen, welche Arbeiten er verhindere, obwohl diese Vorgangsweise dem Vergleichsplan entspreche. Die Beschreibung der Arbeiten in Verbindung mit dem Hinweis auf die Vergleichsplankopie (von sehr schlechter Qualität) lässt erkennen, dass – wie ua dem gleichzeitig vorgelegten Bestandsplan Beilage .K klar zu entnehmen ist – nicht das bloße Verschließen der Türöffnung in der bestehenden Mauer von der Klägerin vorgesehen war, sondern offenbar die Errichtung einer neuen Mauer unmittelbar daneben auf der dem Bestandobjekt des Beklagten zugewandten Seite, also in dem dort vom Beklagten in Bestand genommenen Raum; von der bestehenden Mauer samt Türöffnung ist am Vergleichsplan – allenfalls aufgrund dessen schlechter Qualität – aber nichts zu sehen.

2.2. Das weitere, über bloße Wiederholungen hinausgehende Vorbringen der Klägerin, und zwar sowohl jenes in der Tagsatzung vom 5. Juli 2016 (Zweck des Vergleichs sei die Fortführung des Bauvorhabens nach vorliegenden Plänen gewesen; die vorgesehene Situierung in der Türlaibung sei die einzig, jedenfalls jetzt kostengünstig mögliche Art und Weise) als auch in der Tagsatzung vom 5. Juli 2017 (der Plan Beilage .1 sei dem Beklagten bei Abschluss des Vergleichs vorgelegen; nach dem Vergleich habe die Klägerin die begonnene und baubehördlich bewilligte Bauführung nicht mehr weiter zu unterlassen; die zur Begrenzung zur neu geschaffenen Nachbarwohnung notwendige Abmauerung in der Türnische sei baubehördlich bewilligt; für das vom Beklagten gewünschte Hinausrücken mit der Trennwand außerhalb der Türnische liege bisher keine Baubewilligung vor, eine solche sei auch nicht zu erlangen; die Errichtung dieser Trennwand sei aber Voraussetzung für den dort vorgesehenen und bereits vorbereitenden Heizungsanschluss samt Einbau eines Heizungsverteilers) stellt hingegen in Anwendung des gebotenen strengen Maßstabs keine bloße Klarstellung oder Präzisierung dar. Es betrifft vielmehr neue, in der Klage in keiner Weise angesprochene Umstände. Daher ist darin ein Verstoß gegen die Eventualmaxime zu erblicken.

2.3. Soweit gegen die Eventualmaxime verstoßendes Vorbringen im Revisionsverfahren eine Rolle spielt, ist darauf nicht Bedacht zu nehmen, wenn die Vorinstanzen dieses Vorbringen zwar behandelten, dieses jedoch in der Sache erfolglos blieb. Nichts anderes gilt, soweit dieses Vorbringen von den Vorinstanzen – wenn auch ohne ausdrückliche Berufung auf § 35 Abs 3 EO – im Ergebnis zu Recht ohnehin nicht beachtet wurde (RIS-Justiz RS0008666 [T2]; 3 Ob 79/17i).

Das Erstgericht nahm zwar zum Teil auf das unzulässige Vorbringen der Klägerin (zu den technischen Möglichkeiten für den Heizungsanschluss) Bedacht, gelangte aber dennoch zur Klageabweisung. Das Berufungsgericht setzte sich mit dem (Tatsachen-)Vorbringen der Klägerin gar nicht auseinander. Der Oberste Gerichtshof hat das gegen die Eventualmaxime verstoßende Vorbringen der Klägerin bei seiner rechtlichen Beurteilung unbeachtet zu lassen.

## 3. Zum Vorbringen des Beklagten:

3.1. In der (vorbereitenden) Tagsatzung vom 5. Juli 2016 bestritt der Beklagte, ohne klar auszusprechen, dass eine Duldungspflicht für die von der Klägerin vorgesehene Abmauerung mangels Vereinbarung im Vergleich nicht bestehe. Dennoch lassen seine Bestreitung der aus der Positionierung des Heizungsverteilers abgeleiteten Notwendigkeit einer

der Tür vorgestellten Abmauerung (wie sie dem Vergleichsplan zu entnehmen ist) und sein Hinweis, dass ein Junktim zwischen der Abmauerung der Tür und der Herstellung des Anschlusses an die Heizung aus dem Vergleich nicht abzuleiten sei, mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, dass der Beklagte eine Pflicht zur Duldung der von der Klägerin beabsichtigten Errichtung einer vorgestellten Mauer in seinem Bestandsobjekt als vorbereitende Maßnahme zur Durchführung des von der Klägerin geschuldeten Heizungsanschlusses ablehne.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, es fehle an einer Bestreitung der Duldungspflicht durch den Beklagten, worin offenbar ein schlüssiges Geständnis iSd § 267 ZPO erblickt wird, ist daher nicht aufrecht zu erhalten.

3.2. Ob § 267 ZPO zutreffend angewendet wurde oder nicht, ob also ein schlüssiges Tatsachengeständnis vorlag oder nicht, ist eine Verfahrensfrage; die Überprüfung dieses Ermessens ist daher nur im Rahmen der Verfahrensrüge möglich (RIS-Justiz RS0040078; 3 Ob 79/17i).

Der Beklagte macht diesen Mangel des Berufungsverfahrens in der Revision zutreffend geltend. Konsequenz der doch gegebenen Bestreitung ist, dass es der Prüfung bedarf, ob die von der Klägerin behauptete Duldungspflicht tatsächlich besteht.

3.3. An dieser Konsequenz ändert auch das – überraschende, weil von der Klägerin nie geltend gemachte – Zugeständnis des Beklagten in der Revision nichts, es sei zwar richtig, dass er nachträglich einer Abmauerung dem Grunde nach zugestimmt habe; die Art, insbesondere der Ort der Ausführung, sei jedoch nicht vereinbart und das Vorliegen einer solchen Vereinbarung, wonach die Abmauerung von innen her zu erfolgen habe, bestritten worden.

Denn auch damit gesteht der Beklagte eine Pflicht zur Duldung der Errichtung der konkret von der Klägerin gewünschten Vormauerung innerhalb seines Bestandsobjekts gerade nicht zu; ob er aber mit einem Verschließen der Öffnung der hinteren Ausgangstür an einer anderen Stelle (also durch Ausmauern oder Vormauerung außerhalb seines Bestandsobjekts) zustimmte, ist im vorliegenden Verfahren ohne Belang, weil die Klägerin den Nachweis der von ihr konkret beabsichtigten und vom Beklagten verweigerten Baumaßnahme erbringen muss. Daher kommt es auch nicht darauf an, wann der Beklagte diese Zustimmung erteilte.

4. Der Revision und dem Erstgericht ist auch dahin zu folgen, dass eine Auslegung des Vergleichs unter Berücksichtigung seines Textes, des angeschlossenen Vergleichsplans und der Feststellungen zum Inhalt der vor Abschluss geführten Gespräche zum Ergebnis führt, dass dem Beklagten durch diesen Vergleich keine Pflicht zur Duldung der von der Klägerin als vorbereitende Baumaßnahme für den Heizungsanschluss geplanten Errichtung der Vormauerung in seinem Bestandsobjekt auferlegt ist.

Eine Abmauerung der strittigen Tür (in welcher Form auch immer) wurde weder in den Vergleichsgesprächen thematisiert noch in den Vergleichstext aufgenommen. Der Umstand allein, dass eine Mauererrichtung auf der Bestandsfläche des Beklagten aus dem Vergleichsplan erkennbar ist, reicht unter diesen Umständen nicht aus, um nur deshalb eine Zustimmung des Beklagten zu dieser Baumaßnahme und/oder seine Pflicht zu deren Duldung als Inhalt der Vereinbarung annehmen zu können. Aus dem Vergleich ergibt sich überdies nicht einmal, dass dem Vergleichsplan im Zusammenhang mit Punkt 5. (Heizungsanschluss) irgendeine Bedeutung zukommt, weil dieser Plan nur im Zusammenhang mit der WC-Errichtung zum Bestandteil des Vergleichs erklärt wurde. Das harmoniert auch mit dem Umstand, dass die Klägerin gar nicht behauptet, dem Vergleichsplan wären Informationen zum vorgesehenen Heizungsanschluss zu entnehmen.

Gemessen am Empfängerhorizont (§ 914 ABGB; RIS-Justiz RS0113932 [T1]; RS0014160; RS0014205 [T2]) durfte die Klägerin als redliche Erklärungsempfängerin die Erklärung der Zustimmung des Beklagten zur Duldung von Arbeiten ua zum Heizungsanschluss somit unter den gegebenen Umständen – mangels eines Zusammenhangs mit dem Gegenstand der besprochenen, vergleichsweise getroffenen Vereinbarung – nicht dahin verstehen, dass davon auch eine Zustimmung zur Duldung der im Vergleichsplan abgebildeten neuen Mauer umfasst sei.

5. Zu den von der Klägerin in ihrer Berufung (und in der Revisionsbeantwortung neuerlich) gewünschten umfangreichen ergänzenden Feststellungen genügt der Hinweis, dass es insoweit an einem (rechtzeitigen und deshalb zulässigen) Vorbringen in erster Instanz fehlt. Es entspricht außerdem ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass Beweisergebnisse das notwendige Parteienvorbringen nicht zu ersetzen vermögen (RIS-Justiz RS0038037).

6. Der in der Berufung gerügte (und in der Revisionsbeantwortung) wiederholte Mangel des erstgerichtlichen Verfahrens „aufgrund unterlassener Anführung des vollständigen Klagsvorbringens samt unterlassener entsprechender Feststellungen“ liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO).

7. Die Klägerin bekämpfte in der Berufung die Feststellung, dass eine Deckenmontage des Zählers mit keinen Mehrkosten für sie verbunden sei. Eine gesetzmäßig ausgeführte Beweisrüge (vgl RIS-Justiz RS0041835 [T4 und T5]) erhob sie damit allerdings nicht. Wegen der vom Berufungsgericht unterlassenen Behandlung dieser Beweisrüge bedarf es daher nicht der Aufhebung des Berufungsurteils.

8. Die Klägerin hat die angeblich vom Beklagten verletzte Duldungspflicht ausschließlich auf den am 15. Oktober 2014 geschlossenen Vergleich gestützt, sodass sich mietrechtliche Überlegungen dazu erübrigen.

9. Da die Klägerin den geltend gemachten Oppositionsgrund nicht nachweisen konnte, und keine Hemmung des vom Beklagten betriebenen Anspruchs auf Heizungsanschluss eintrat, ist das klageabweisende Ersturteil in der Hauptsache wiederherzustellen.

10. Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 ZPO, für das Rechtsmittelverfahren auch auf § 50 ZPO.

Wenn das Berufungsgericht einer Berufung stattgibt und das erstgerichtliche Urteil abändert, wodurch ein gegen dieses Urteil erhobener Kostenrekurs gegenstandslos wird, so hat der Oberste Gerichtshof wenn er das erstinstanzliche Urteil wiederherstellt, über den Kostenrekurs zu entscheiden (RIS-Justiz RS0036069 [T1]).

Die Klägerin bekämpfte die Kostenentscheidung des Erstgerichts entsprechend ihrer Einwendungen soweit, als dem Beklagten auch Kosten für die beiden Schriftsätze vom 13. Oktober 2016 und 9. Februar 2017 zugesprochen wurden, obwohl es sich um unzulässige Schriftsätze gehandelt habe.

Das Erstgericht begründete den Kostenzuspruch jeweils nach TP 3a RATG damit, dass das Vorbringen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dienlich gewesen sei.

Der erste der beiden Schriftsätze stellt inhaltlich einen – zu diesem Zeitpunkt unzulässigen (§ 257 Abs 3 ZPO) – vorbereitenden Schriftsatz dar, der mit einem gesonderten Beweisantrag verbunden war, sodass dessen Entlohnung nur nach TP 2 RATG erfolgen kann. Das gilt auch für den zweiten Schriftsatz, der ohnehin nur Beweisanträge enthält, sodass der Kostenzuspruch an den Beklagten für diese beiden Schriftsätze nur 560,23 EUR zu betragen hat, also um 552,96 EUR zu reduzieren ist.

Im Verhältnis zur angestrebten Kostenreduktion von insgesamt 1.113,19 EUR ist die Klägerin mit ihrem Kostenrekurs nur mit rund 50 % durchgedrungen, sodass für das – infolge Erstattung einer Rekursbeantwortung zweiseitige – Kostenrekursverfahren mit Kostenaufhebung vorzugehen ist (RIS-Justiz RS0126888).

#### **Textnummer**

E122689

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

ECLI:AT:OGH0002:2018:0030OB00118.18A.0814.000

#### **Im RIS seit**

28.09.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

22.01.2019

**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)