



Wohnorts des Kindes) vorrangig leistungszuständig sei; Österr hingegen nachrangig, was die Berufung gar nicht in Frage stelle. Auch im Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 seien jedoch iS der EuGH-Rsp (C-347/12, *Wiering*) weiterhin **nur gleichartige Leistungen anzurechnen**. Deutsches Betreuungsgeld und öKBG seien jedoch **nicht** gleichartig, weil sie einander nach den Anspruchsvoraussetzungen und ihrer jeweiligen Zielrichtung nicht entsprächen. Das deutsche Betreuungsgeld werde – anders als das öKBG – nur unter der Voraussetzung gewährt, dass der Elternteil für das betreute Kind keine dauerhaft durch öff Sach- und Personalkostenzuschüsse geförderte Kinderbetreuung in Anspruch nehme (10 ObS 149/17k). Wengleich die E 10 ObS 149/17k zum einkommensabhängigen KBG ergangen sei, hätten die darin getroffenen Aussagen zur Gleichartigkeit doch auch für das pauschale KBG Gültigkeit. An dem Erfordernis der Gleichartigkeit könne aber selbst die mit 1. 3. 2017 in Kraft getretene geänderte Fassung des § 6 Abs 3 KBGG (BGBl I 2016/53), wonach nun die Anrechnung sämtlicher

(nicht nur gleichartiger) ausländischer Familienleistungen angeordnet werde, nichts ändern. Da es sich dabei um eine international umfassend ausgestaltete Antikumulierungsregel handle, von der alle Familienleistungen aus EU-MS betroffen seien, müsse sie unionsrechtskonform ausgelegt werden. Wenn sie – wie hier – der Rsp des EuGH (zuletzt in der Rs C-347/12, *Wiering*) widerspreche, werde sie von dieser überlagert und müsse iS des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unangewendet bleiben.

In ihrer aoRev bekämpfte die (hier) bekIP – **mit fast deckungsgleicher Argumentation wie im Fall 10 ObS 149/17k** – die Verneinung der Gleichartigkeit österr (pauschalen) KBG und deutschen Betreuungsgelds sowie dessen Nichtanrechnung. Die RM-Werberin meinte, dass OGH-Rsp zur Frage fehle, ob die dortigen Aussagen auch **auf pauschales KBG** zuträfen. Dem trat der OGH mit dem rezenten ZurückweisungsB entgegen, der iW auf den Inhalt der zit VorE (vgl insb P 2.2, 4.2 und 4.4) verweisen konnte.

Helge Hoch

EvBI 2020/97

§ 57 AußStrG

OGH 16. 12. 2019,  
1 Ob 218/19v  
(LG Innsbruck  
4 R 102/19g;  
BG Rattenberg  
2 Nc 26/18m)

→ **Beweisergebnisse aus nichtigem Prozess**

§ 57 AußStrG

Im Außerstreitverfahren besteht Beweisaufnahmemessen und es gilt der Grundsatz der Verfahrensökonomie. Es bestehen keine zwingenden methodischen Bedenken gegen die Verwertung der Er-

**Sachverhalt:**

Mit einer beim ErstG eingebrachten Mahnklage begehrte der nunmehrige Antragsteller (ASt) vom Antragsgegner (AG) die Zahlung eines angemessenen **Benützungsentgelts** für die Nutzung eines (in beider **Miteigentum** stehenden) Bauernhauses, der Garage, des Zuhauses, der Felder und Wiesen, des Betriebsgebäudes, sowie einen anteiligen (1/5) Erlös aus der Vermietung des Bauernladens. Im streitigen Verfahren wurde ein Prozessprogramm erstellt, Urkunden vorgelegt und dazu Erklärungen abgegeben, vier Zeugen und die beiden Parteien vernommen.

Das ErstG hob das durchgeführte Verfahren als nichtig auf und sprach aus, dass der mit Mahnklage erhobene Anspruch auf Leistung eines anteiligen Benützungsentgelts **im außerstreitigen Verfahren zu behandeln** und zu erledigen sei; die in einen verfahrenseinleitenden Antrag im Außerstreitverfahren umgedeutete Klage wurde an die zuständige Gerichtsabteilung abgetreten. Im Verfahren außer Streitsachen fand eine Verhandlung statt, in der die Parteien vorbrachten, außer Streit stellten, bestritten, beantragten und einwendeten „wie bisher“. Vom Erstrichter wurde das „Prozessprogramm“ übernommen, die bisher gelegten Urkunden dargetan, wozu die Parteien sich „wie bisher“ erklärten. Die „bisher“ eingeholten Beiakten wurden dargetan und einvernehmlich die Aussa-

gebnisse eines Beweisverfahrens, das in Anwesenheit beider Parteien zuvor in der unrichtigen Verfahrensart geführt wurde, auch wenn dieses für nichtig erklärt wurde.

gen der bereits im streitigen Verfahren vernommenen Parteien und Zeugen verlesen.

Der **ASt** dehnte sein Begehren auf Leistung von Benützungsentgelt aus. Der AG bewohne und nutze sämtliche gemeinsame Baulichkeiten und Liegenschaften allein bzw mit seiner Familie, ziehe derzeit den ausschließlichen Nutzen aus diesen Räumlichkeiten und Liegenschaften und habe daher auch alle damit verbundenen Aufwendungen und Betriebskosten allein zu tragen. Der **AG** wendete ein, wenn tatsächlich ein Benützungsentgelt zustünde, so wären die laufenden Aufwendungen für das Gebäude entsprechend anteilig gegenzurechnen. Eine diesbezügliche Gegenforderung werde mit einer allenfalls zu Recht bestehenden Forderung „gegenverrechnet“. Nicht alle Gebäudeteile würden von ihm und seiner Familie benutzt, auch nicht das gesamte Grundstück und insb auch nicht das Zuhause.

Das ErstG wies das Begehren (mit Hinweis auf einen aufrecht bestehenden Pachtvertrag) ab; es stützte seine Feststellungen auf einen Verlassenschaftsakt sowie auf Urkunden und die Aussagen von Zeugen sowie der beiden Parteien, die im für nichtig erklärten streitigen Verfahren einvernommen worden waren.

Das RekG hob den Beschluss von Amts wegen gem § 55 Abs 3, § 57 Z 1 AußStrG auf.

Der OGH gab dem RevRek Folge und trug dem RekG die neuerliche Entscheidung auf.

Neue Rsp zur Frage der Verwertbarkeit von Beweisergebnissen aus einem für nichtig erklärten (streitigen) Verfahren.

**Aus der Begründung:****[Qualifizierter Verfahrensmangel]**

Im Ergebnis zu Recht rügt der AG, dass die Voraussetzungen für die von Amts wegen vorgenommene (§ 55 Abs 3 AußStrG) Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses gem § 57 Z 1 AußStrG nicht vorliegen. Nach dieser Bestimmung liegt ein **qualifizierter Verfahrensmangel** vor, wenn die Fassung des Beschlusses so mangelhaft ist, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann (a), der Beschluss mit sich selbst im Widerspruch ist (b) oder – außer in den Fällen des § 39 Abs 4 AußStrG – keine Begründung enthält (c) und diesen Mängeln durch eine Berichtigung des Beschlusses nicht abgeholfen werden kann. § 57 Z 1 AußStrG entspricht im Wesentlichen § 477 Abs 1 Z 9 ZPO (RS0121710), weshalb die in Lehre und Rsp entwickelten Kriterien zum Vorliegen dieses **Nichtigkeitsgrundes** heranzuziehen sind (RS0121710 [T 4]).

Entgegen der Ansicht des RekG, das aufgrund der – seiner Ansicht nach – nicht zu beachtenden Beweisergebnisse die erstinstanzliche Entscheidung für **nicht überprüfbar** ansieht und meint, in Behandlung der Beweiserträge die erstinstanzliche Beweiswürdigung nicht überprüfen zu können, liegt darin kein qualifizierter Verfahrensmangel iSd § 57 Z 1 AußStrG. Ein solcher Mangel läge nämlich nur vor, wenn eine mangelhafte Begründung die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung hindert (vgl RS0121710 [T 1]), also wenn die Entscheidung etwa gar nicht oder so unzureichend begründet wäre, dass sie sich nicht überprüfen ließe (RS0007484; RS0042133 [T 6, T 10 und T 11]), wovon hier jedoch keine Rede sein kann. Das ErstG traf Feststellungen auf Basis der herangezogenen Beweise und begründete im Rahmen der Beweiswürdigung den festgestellten Sachverhalt. Eine unvollständige, mangelhafte oder fehlerhafte Beweiswürdigung verwirklicht diesen Verfahrensmangel jedenfalls nicht (RS0106079). Die Verletzung der Unmittelbarkeit kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen einen Verfahrensmangel begründen (*Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 31 Rz 24), nicht aber einen solchen nach § 57 Z 1 AußStrG. Da der erstinstanzliche Beschluss keinen qualifizierten Verfahrensmangel iSd § 57 Z 1 AußStrG aufweist, hat das RekG schon aus diesem Grund zu Unrecht – von Amts wegen (§ 55 Abs 3 AußStrG) – die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben.

**[Vorgangsweise des ErstG]**

Nach dem Inhalt des Protokolls über die Verhandlung im Verfahren außer Streitsachen erstatteten die Parteien dasselbe Vorbringen wie bereits im nichtig erklärten streitigen Verfahren, nahmen dieselben Außerstreitstellungen vor und beantragen sowie wendeten ein wie dort. Die bereits zuvor vorgelegten Urkunden wurden neuerlich dargetan und die Parteien gaben dazu eine Urkundenerklärung ab. Weiters wurde in zwei Akten Einsicht genommen.

Die Parteien **wiederholten** somit (anders, als das RekG meint) im Außerstreitverfahren ihr bereits im streitigen Verfahren **erstattetes Vorbringen**. Die Ur-

kunden wurden neuerlich dargetan und fanden damit jedenfalls Eingang ins Verfahren. Warum es sich gerade bei den Urkunden um „nicht zu beachtende Beweisergebnisse“ handeln soll, legt das RekG nicht nachvollziehbar dar.

**[Grundsätze im Außerstreitverfahren]**

Der auf *Simotta* (Das Vergreifen in der Verfahrensart und seine Folgen [§ 40 a JN], in FS Fasching [1988] 463 ff [474], unter Verweis auf *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1796; ihr folgend *Horn* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 40 a JN Rz 7; zweifelnd *Mayr* in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 40 a JN Rz 5; für Verwertung dagegen *Trenker*, wobl 2015/105, 277 [Glosse zu 5 Ob 200/14 v]) zurückgehenden Rechtsansicht, wonach die im unrichtigen und daher **nichtigen Verfahren** gewonnenen **Beweisergebnisse** nicht (auch nicht nach § 281 a ZPO) im neuen Verfahren verwertet werden dürfen, weil das in der falschen Verfahrensart durchgeführte Beweisverfahren nichtig sei und daher rechtlich so zu behandeln wäre, als ob es gar nicht durchgeführt worden wäre, kann jedenfalls für das Verfahren außer Streitsachen nicht gefolgt werden.

Das Außerstreitverfahren ist durch den **Grundsatz des Beweisaufnahmeermessens** gekennzeichnet (RS0006319 [T 2]; vgl *Höllwerth*, aaO § 31 Rz 11). Der Richter ist in der Wahl der Beweismittel, durch die er die Wahrheit zu finden erwartet, in keiner Weise beschränkt (RS0006319 [T 1]). Dies entspricht dem im Außerstreitverfahren geltenden **Untersuchungsgrundsatz** (§ 16 AußStrG; RS0006319 [T 8]). Insoweit normiert § 31 AußStrG den Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel (6 Ob 156/16h mwN; *Höllwerth*, aaO § 31 Rz 8). § 281 a ZPO – auf den das RekG Bezug nimmt – wurde durch das Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111 nicht in das Verfahren außer Streitsachen übernommen, bestand doch aufgrund der Bestimmungen der §§ 31 bis 35 AußStrG keine Notwendigkeit für einen Verweis auf die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung über den Beweis und die Beweisaufnahme (6 Ob 249/08y mwN; *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 35 Rz 1; *Höllwerth*, aaO § 35 Rz 5).

Im Allgemeinen gilt der **Unmittelbarkeitsgrundsatz** im Außerstreitverfahren nicht (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 8; RS0006319; RS0006370; *Höllwerth*, aaO § 31 Rz 21; *Fucik/Kloiber*, AußStrG [2005] § 31 Rz 4). Nach § 13 AußStrG ist das Verfahren so zu gestalten, dass eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstands und eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet sind. Daher besteht im Außerstreitverfahren (wie dargelegt) ein Beweisaufnahmeermessen. Hinsichtlich des Umfangs der Beweisaufnahme ist der Richter daher nicht streng an die Anträge der Parteien gebunden; er kann darüber hinausgehen, aber auch nach seinem Ermessen im Interesse einer zügigen Verfahrensführung von der Aufnahme einzelner Beweismittel Abstand nehmen, wenn auch auf andere Weise eine (ausreichend) verlässliche Klärung möglich ist (RS0006319 [T 6]). Nach § 31 Abs 1 AußStrG kann zur Feststellung des Sachverhalts jedes dafür geeignete Beweismittel verwendet werden. →

**[Verwertbarkeit der Beweisergebnisse aus dem nichtigen Streitverfahren]**

Daraus ergibt sich, dass die in der unrichtigen Verfahrensart in Anwesenheit beider Parteien durchgeführten Beweisaufnahmen auch im Verfahren außer Streit-sachen verwertet werden dürfen. Der Umstand, dass der Zivilprozess für nichtig erklärt worden ist, führt nicht dazu, dass die dort (unter Beteiligung der Parteien) aufgenommenen Beweise im Außerstreitverfahren keine Berücksichtigung finden dürften. Gegen eine Verwendung der bereits eingeholten Beweise bestehen somit grundsätzlich keine Bedenken. Der OGH hat überdies mehrfach den vom Gericht einzuhaltenden Grundsatz der Verfahrensökonomie betont (vgl 6 Ob

179/16 s mwN). Gegen diesen würde jedoch verstoßen, wenn die bereits vorliegenden Beweismittel – unter Beachtung des rechtlichen Gehörs – nicht verwertet werden könnten. Alle sachlichen Gründe sprechen daher dafür, aber keine zwingenden methodischen Bedenken dagegen, Beweisergebnisse aus einem – wegen Unzulässigkeit des streitigen Verfahrens – für nichtig erklärten Prozess nicht von der Verwertung im anschließend nach dem Außerstreitgesetz zu führenden Verfahren auszuschließen (*Trenker*, aaO).

Dem RevRekurs ist aus den dargelegten Gründen Folge zu geben, der Beschluss des RekG aufzuheben und diesem die Entscheidung über den Rek des AST aufzutragen.

**Hinweis:**

Der Nichtigkeitsgrund der mangelnden Begründung (§ 477 Abs 1 Z 9 ZPO, § 57 Z 1 AußStrG) wäre nur dann gegeben, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (RIS-Justiz RS0007484; RS0042133). Eine unvollständige mangelhafte oder sogar fehlerhafte Beweiswürdigung bildet hingegen keine Nichtigkeit iSd § 477 Abs 1 Z 9 ZPO, sondern kann nur wegen unrichtiger Beweiswürdigung angefochten werden (RIS-Justiz RS0106079).

*Martina Weixelbraun-Mohr*

**Anmerkung:**

Der OGH nimmt in der gegenständlichen Entscheidung erstmals zur Verwertbarkeit der Beweisergebnisse eines zu Unrecht im streitigen Verfahren durchgeführten und deshalb für nichtig erklärten Prozesses im nachfolgenden Außerstreitverfahren Stellung. Die Frage ist von erheblicher Praxisrelevanz, weil der schwierigen Abgrenzung zwischen dem streitigen und außerstreitigen Verfahren – gerade beim anlassgebenden § 838 a ABGB – eine beträchtliche Fehleranfälligkeit innewohnt. Umso erfreulicher ist es, dass der 1. Senat des OGH prozess-ökonomische Schadensbegrenzung betreibt, indem er die Verwertung der im falschen Verfahren durchgeführten Verfahrensergebnisse erlaubt.

Der OGH widerspricht damit – der Ansicht des Verfassers folgend – jener bislang überwiegenden Lehrmeinung (s Pkt 3 Begründung), die iS einer plakativen, aber begrifflichen Schlussfolgerung aus der Nichtigkeit des Verfahrens per se die Unverwertbarkeit der darin produzierten Beweisergebnisse ableitet. Dass dieses Verständnis zu undifferenziert ist, beweist § 476 Abs 1 ZPO, der im Falle der Nichtigkeit wegen Unzuständigkeit eine Anknüpfung an die bisherige Verhandlung und ihre Ergebnisse erlaubt. Dementsprechend ordnet Abs 2 leg cit sogar an, dass frühere Geständnisse und sonstige Parteierklärungen ihre Gültigkeit bewahren.

Diese Bestimmung mag zwar prinzipiell die Ausnahme von der Regel sein (vgl *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1796). Das ändert aber nichts an ihrer prinzipiellen Analogiefähigkeit (vgl OGH Rv V 1538/10 GIUNF 5202). Gerade hinsichtlich der Unzulässigkeit des (außer-)streitigen Verfahrens liegt eine Lücke schon man-

gels expliziter Erwähnung dieses Nichtigkeitsgrundes in § 477 ZPO bzw einer einschlägigen Regelung in § 56 Abs 2 AußStrG nahe. Auch wertungsmäßig ist diese Konstellation mit der sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit vergleichbar: Angesichts der nur unwesentlich abweichenden Beweisaufnahmevorschriften von ZPO und AußStrG ist die Gefahr einer inhaltlichen „Beeinträchtigung“ der in der falschen Verfahrensart erzeugten Beweisergebnisse nicht viel anders einzustufen, als wenn die Beweise vor einem unzuständigen Gericht aufgenommen worden wären. Die sohin gebotene Analogie zu § 476 ZPO schließt einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz von vornherein aus (vgl *Pimmer* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 476 ZPO Rz 1; OGH Rv V 1538/10 GIUNF 5202). Wie der OGH richtig erkennt, besteht im Außerstreitverfahren freilich insoweit gar kein Konfliktpotenzial. Aber auch im umgekehrten Fall, der unberechtigten Verfahrensdurchführung im Außerstreitverfahren, ist eine Beweisverwertung im streitigen Folgeprozess folgerichtig zulässig, ohne dass es der Voraussetzungen des § 281 a ZPO bedarf (unrichtig noch *Trenker*, wobl 2015, 277).

Auf die Zurückverweisung der Sache wegen anderer Nichtigkeitsgründe sind die Rechtsfolgen des § 476 ZPO allerdings nicht ohne Weiteres übertragbar. Dementsprechend hat der OGH eine Verwertung der bisherigen Beweisergebnisse ausgeschlossen, wenn sie unter Ausschluss des rechtlichen Gehörs einer Partei entstanden sind (1 Ob 162/99 a). Dem ist zuzustimmen, weil die fehlende Mitwirkung einer Partei geeignet ist, auch den inhaltlichen Wert der Stoffsammlung in Zweifel zu ziehen. Dasselbe gilt mE bei Ausgeschlossen- oder Befangenheit des Richters und – ausgehend von den Wertungen des historischen Gesetzgebers (Materialien zu den österreichischen Civilprocessgesetzen I [1897] 257) – wohl auch bei unberechtigtem Ausschluss der Öffentlichkeit. Bei den heterogenen Fallgruppen gesetz-widriger Besetzung bedarf es indes differenzierter Betrachtung: Während zB ein Verstoß gegen die Geschäftsverteilung wiederum analog zu § 476 ZPO zu beurteilen ist, muss die zu Unrecht mit/ohne Laienrichter oder gar vom Rechtspfleger durchgeführte Verhandlung vollumfänglich wiederholt werden.

Rechtsfolge einer unberechtigten „Wiederverwertung“ ohne neuerliche Beweisaufnahme wäre ein we-



sentlicher Verfahrensmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO bzw § 57 Abs 1 Z 4 AußStrG. Da die unberechtigte Beweiswiederholung nur die Art und Weise der Stoffsammlung betrifft, muss die Beweisverwertung im streitigen Verfahren aber grundsätzlich nach § 196 ZPO gerügt werden (*Trenker*, Zum Anwendungsbe- reich der Rüge last nach § 196 ZPO, JBl 2020 [in Druck]). Anderes könnte nur gelten, wenn man die verletzte Vorschrift als „unverzichtbar“ iSd Abs 2 leg

cit einstuft. Das ist jedoch zumindest in der Konstellation auszuschließen, dass das Vorverfahren „nur“ wegen Entzugs des – per se verzichtbaren (§ 477 Abs 1 Z 5, § 529 Abs 1 Z 2 jeweils letzter HS ZPO) – rechtlichen Gehörs für nichtig erklärt wurde (daher zu Recht für eine Rüge last: 1 Ob 162/99 a).

Martin Trenker,  
Universität Innsbruck



## → Gewährleistung beim Grundstückskauf

### §§ 922, 932 ABGB

Eine Mangelhaftigkeit iS einer Vertragswidrigkeit besteht in einer qualitativen oder quantitativen Abweichung der Leistung vom vertraglich Geschuldeten. Der geschuldete Vertragsgegenstand wird durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die

#### Sachverhalt:

Die Kl sind die Miteigentümer der Liegenschaft mit dem Grundstück 2007/5, die sie im April 2011 von der Bekl kauften, der damals auch die Nachbarliegenschaft mit dem Grundstück 2007/8 gehörte. Auf der Grenze zwischen beiden Grundstücken liegen zwei Kanalschächte mit einem Abstand von 12 m zueinander. Sie ragen in beide Grundstücke hinein, liegen aber zum Großteil auf dem Grundstück 2007/5. Die unterirdische Kanalrohrleitung zwischen den beiden Schächten liegt zur Gänze auf dem Grundstück 2007/5. Über diese Kanalrohrleitung werden Schmutzwässer von dem auf dem Grundstück 2007/8 errichteten Haus abgeleitet. Bei Abschluss des Kaufvertrags waren die Kanalschächte in der Natur ersichtlich und den Kl auch bekannt. Damals war das Grundstück 2007/5 noch unbebaut. Eine Kanalrohrleitung wurde bei den Kaufvertragsverhandlungen nicht erwähnt, insb kein vom Haus auf dem Nachbargrundstück über die Kaufliegenschaft führender Kanalstrang. Die Bekl wusste, dass ein Kanalstrang in den südlichen der beiden an der Grundstücksgrenze liegenden Kanalschächte führt, sie kannte aber weder die genaue Länge noch die Lage dieses Kanalstrangs und ging davon aus, dass er noch auf dem Grundstück 2007/8 liegt. Im Kaufvertrag verpflichtete sich die Verkäuferin, die Liegenschaft lastenfrei und bestandfrei zu übergeben; sie übernahm auch die Haftung dafür, dass der Vertragsgegenstand frei von bücherlichen und außerbücherlichen Lasten sowie sonstigen Rechten Dritter sei. In der in den Kaufvertrag integrierten Vermessungsurkunde sind weder Kanalleitungen noch Kanalschächte eingezeichnet.

Die Kl errichteten auf dem Grundstück 2007/5 ein Mehrparteienhaus und ließen vor Beginn der Bauarbeiten die Grenzen des Grundstücks ausplocken. Dabei wurde für sie zwar erkennbar, dass die beiden Kanalschächte auf der Grundstücksgrenze zwischen den Grundstücken 2007/5 und 2007/8 liegen. Dass die Kanalrohrleitung zwischen den beiden Kanalschächten als Teil des Kanalstrangs, der vom Wohnhaus auf der

ausdrücklich oder stillschweigend zugesicherten Eigenschaften bestimmt, wobei Sach- und Rechtsmängel gleich zu behandeln sind. Hat der Erwerber Verbesserung gefordert, so liegt es am Verkäufer einzuwenden, diese sei unmöglich oder würde unverhältnismäßige Kosten verursachen.

Nachbarliegenschaft in den südlichen Kanalschacht führt, auf ihrem Grundstück 2007/5 liegt, erfuhren sie erst im Jahr 2017. Seit September 2014 steht das Nachbargrundstück 2007/8 nicht mehr im Eigentum der Bekl, sondern der A-GmbH; deren Gesellschafterinnen sind die Bekl und deren Tochter.

Die Kl beehrten, die Bekl (sinngemäß) dazu zu verpflichten, den Schmutzwasserkanal auf ihre Kosten zu entfernen und in diesem Bereich den früheren Kulturzustand wiederherzustellen; sie räumten der Bekl die Möglichkeit ein, sich von dieser Beseitigungsverpflichtung durch Zahlung von € 20.000,- und die Übernahme der zukünftigen Wartungs- und Instandhaltungskosten zu befreien.

Das ErstG gab der Klage statt.

Das BerG wies das Klagebegehren ab.

Der OGH stellte das Urteil des ErstG wieder her.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

##### [Mangelhaftigkeit]

Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann (§ 922 Abs 1 ABGB).

Eine Leistung ist dann mangelhaft iSd § 922 ABGB, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem vertraglich Geschuldeten zurückbleibt. Der geschuldete Vertragsgegenstand wird durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die ausdrücklich oder stillschweigend zugesicherten Eigenschaften bestimmt (RIS-Justiz RS0018547 [T 5]). Ob eine Eigenschaft als gewöhnlich vorausgesetzt anzusehen ist, hängt dabei nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus

#### EvBl 2020/98

§ 922 ABGB  
(§ 932 ABGB)

OGH 27. 11. 2019,  
5 Ob 119/19i  
(OLG Linz  
6 R 64/19b;  
LG Salzburg  
8 Cg 40/18b)

Hier entscheidet der OGH, dass die Käufer einer Liegenschaft zur Errichtung eines Wohnhauses vom Verkäufer die Entfernung eines beim Kaufabschluss nicht erkennbaren Kanalstrangs fordern können.