jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2004/4/29 6Ob89/04p

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.04.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und gefährdeten Partei S***** AG, *****, vertreten durch Emberger Rechtsanwaltskanzlei GmbH in Wien, gegen die beklagten Parteien und Gegner der gefährdeten Partei 1. M***** GmbH, *****, und 2. Ing. Peter F*****, vertreten durch Dr. Konrad Faulhaber, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Beseitigung von Baumaßnahmen, über den Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Rekursgericht vom 22. Jänner 2004, GZ 18 R 13/04x, 18 R 19/04d-16, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichtes Mödling vom 18. November 2003, GZ 4 C 1972/03h-6, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat den beklagten Parteien die mit 732,23 EUR (darin enthalten 122,04 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Mit ihrer am 31. 10. 2003 eingebrachten Klage begehrte die Klägerin, die Beklagten schuldig zu erkennen, Baumaßnahmen auf der Liegenschaft EZ *****, GB ***** G***** zu unterlassen und bereits durchgeführte, im Urteilsbegehren näher konkretisierte Baumaßnahmen wieder rückgängig zu machen. Zugleich beantragte sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Inhaltes, dass den Beklagten zur Sicherung ihres gesamten Begehrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreites jegliche bauliche Maßnahme auf der genannten Liegenschaft untersagt werde. Die Klägerin habe der Erstbeklagten ein zu errichtendes Doppelhaus, auf dem Wohnungseigentum zu begründen sei, samt einem Miteigentumsanteil an dieser Liegenschaft und an einer weiteren Liegenschaft in G***** verkauft. Die Erstbeklagte habe zwar Sonderwünsche betreffend die Bauausführung geäußert, aber keine entsprechenden formellen Aufträge zur Durchführung erteilt. Sie habe schließlich mit Schreiben vom 9. 10. 2003 den "Werkvertrag" betreffend die Hausfertigstellung für beendet erklärt. Der Vertrag sei jedoch als Kaufvertrag und nicht als Werkvertrag zu qualifizieren. Die Ausstattung des Doppelhauses sei in einer Beilage zum Kaufvertrag genau definiert worden. Es handle sich um eine keineswegs unübliche Vereinbarung im Rahmen einer Bauträgerabwicklung. Die von der Klägerin geschuldete Leistung sei nicht teilbar, weshalb auch kein Teilrücktritt - nur hinsichtlich der Errichtung des Hauses - in Frage komme. Die Klägerin habe hingegen infolge Vereitelung der Leistungserbringung

durch die Erstbeklagte rechtswirksam den Rücktritt vom Gesamtvertrag erklärt. Die Erstbeklagte verweigere nämlich der Klägerin den Zutritt zur Liegenschaft. Der Zweitbeklagte sei auf Grund einer Vereinbarung der Streitteile im Auftrag der Erstbeklagten, jedoch auf Kosten der Klägerin zu Beratungs- und Sachverständigenleistungen herangezogen worden und habe die Erstbeklagte bei Baubesprechungen vertreten. Er nehme im Auftrag der Erstbeklagten Umbauarbeiten an dem noch nicht an die Erstbeklagte übergebenen Doppelhaus vor. Im Obergeschoss seien ganze Wände rückgebaut worden. Stahlzargen seien ausgebaut und das Doppelhaus sei mit einer Sperrvorrichtung verschlossen worden. Die Beklagten hätten angekündigt, die Gesamtfertigstellung selbst vorzunehmen. Die Beklagten seien von ihrem vertrags- und rechtswidrigen Verhalten trotz Einschreitens der Gendarmerie nicht abzubringen gewesen. Auf Grund ihres rechtswirksamen Vertragsrücktritts stehe der Klägerin ein Rückübertragungsanspruch hinsichtlich der bereits an die Erstbeklagte übertragenen Miteigentumsanteile zu. Der Kaufgegenstand sei ungeachtet der schon erfolgten bücherlichen Einverleibung des Miteigentums der Erstbeklagten an der Liegenschaft noch nicht übergeben worden. Die Beklagten seien nicht befugt, eigenmächtig Baumaßnahmen durchzuführen. Den Sicherungsantrag begründete die Klägerin weiters damit, dass die Verwirklichung des Klageanspruches durch die Fortführung der Bauarbeiten seitens der Beklagten gefährdet werde, weil diese zum Rückbau der Baumaßnahmen veranlasst werden müssten. Die Beklagten würden in das Eigentum der Klägerin am Doppelhaus eingreifen und das Doppelhaus verändern und beschädigen. Sie beabsichtigten, den bestehenden Zustand noch weiter zu verändern. Sie hätten die Durchführung der Baumaßnahmen angekündigt und der Klägerin den Zutritt verwehrt.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Sicherungsantrages, hilfsweise die Auferlegung einer Sicherheitsleistung von 20.000,-- EUR und die zeitliche Begrenzung der Sicherungsmaßnahme auf 6 Monate. Bei dem als "Kaufvertrag" bezeichneten Vertrag handle es sich in Wahrheit um einen Kaufvertrag hinsichtlich der Grundstücke und einen Werkvertrag hinsichtlich der Gebäudeerrichtung. Es liege eine teilbare Leistung vor. Die Grundstücke seien bereits übergeben. Gemäß Art 8 Nr 21 EVHGB, der zur Anwendung komme, weil ein beiderseitiges Vollhandelsgeschäft vorliege, sei nach der Übergabe ein Rücktritt ausgeschlossen. Jedenfalls überwiegten werkvertragliche Elemente, weshalb werkvertragliche Regelungen anzuwenden seien. Gemäß § 1168 ABGB stehe der Klägerin daher nur ein Geldanspruch zu. Es fehle ihr die Bereitschaft zur Leistungserbringung. Die Umstände, die zur Verhinderung der Leistungserbringung geführt hätten, habe sich die Klägerin selbst zuzuschreiben. Es stünden daher der Erstbeklagten die Rechte des § 918 ABGB zu. Infolge von Baumängeln sei der Zweitbeklagte zum Schiedsgutachter bestellt worden, der zahlreiche Mängel der vereinbarten Leistungen festgestellt habe. Die Bauarbeiten hätten sich verzögert. Auch die letztlich gesetzte Nachfrist bis 15. 12. 2003 sei nicht eingehalten worden, weshalb die Erstbeklagte den Rücktritt vom Werkvertrag erklärt habe. Die Klägerin habe es trotz wiederholter Aufforderung verabsäumt, die Bauarbeiten weiter zu führen und die Mängel zu beheben. Die Erstbeklagte wolle sich durch Ersatzvornahme das Geschuldete verschaffen. Die Klägerin sei ihrerseits nicht zum Vertragsrücktritt berechtigt gewesen. Der Zweitbeklagte stehe zur Klägerin in keinem Vertragsverhältnis. Die Klägerin sei durch eine Treuhandschaft eines Notars nach den Bestimmungen des BTVG gesichert, und es liege ausreichende Bonität der beiden Beklagten vor.Die Beklagten beantragten die Abweisung des Sicherungsantrages, hilfsweise die Auferlegung einer Sicherheitsleistung von 20.000,-- EUR und die zeitliche Begrenzung der Sicherungsmaßnahme auf 6 Monate. Bei dem als "Kaufvertrag" bezeichneten Vertrag handle es sich in Wahrheit um einen Kaufvertrag hinsichtlich der Grundstücke und einen Werkvertrag hinsichtlich der Gebäudeerrichtung. Es liege eine teilbare Leistung vor. Die Grundstücke seien bereits übergeben. Gemäß Artikel 8, Nr 21 EVHGB, der zur Anwendung komme, weil ein beiderseitiges Vollhandelsgeschäft vorliege, sei nach der Übergabe ein Rücktritt ausgeschlossen. Jedenfalls überwiegten werkvertragliche Elemente, weshalb werkvertragliche Regelungen anzuwenden seien. Gemäß Paragraph 1168, ABGB stehe der Klägerin daher nur ein Geldanspruch zu. Es fehle ihr die Bereitschaft zur Leistungserbringung. Die Umstände, die zur Verhinderung der Leistungserbringung geführt hätten, habe sich die Klägerin selbst zuzuschreiben. Es stünden daher der Erstbeklagten die Rechte des Paragraph 918, ABGB zu. Infolge von Baumängeln sei der Zweitbeklagte zum Schiedsgutachter bestellt worden, der zahlreiche Mängel der vereinbarten Leistungen festgestellt habe. Die Bauarbeiten hätten sich verzögert. Auch die letztlich gesetzte Nachfrist bis 15. 12. 2003 sei nicht eingehalten worden, weshalb die Erstbeklagte den Rücktritt vom Werkvertrag erklärt habe. Die Klägerin habe es trotz wiederholter Aufforderung verabsäumt, die Bauarbeiten weiter zu führen und die Mängel zu beheben. Die Erstbeklagte wolle sich durch Ersatzvornahme das Geschuldete verschaffen. Die Klägerin sei ihrerseits nicht zum Vertragsrücktritt berechtigt gewesen. Der Zweitbeklagte stehe zur Klägerin in keinem Vertragsverhältnis. Die Klägerin sei durch eine Treuhandschaft eines Notars nach den Bestimmungen des BTVG gesichert, und es liege ausreichende Bonität der beiden Beklagten vor.

D a s Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Es nahm folgenden Sachverhalt als bescheinigt an: Mit dem als Kaufvertrag bezeichneten Vertrag vom 25. 3. 2002 kaufte die Erstbeklagte von der Klägerin 224/391stel Anteile an der Liegenschaft EZ ***** der KatG G*****, auf der die Klägerin vereinbarungsgemäß ein Doppelhaus errichten sollte. Mit den Anteilen der Erstbeklagten an der Liegenschaft sollte das Wohnungseigentum verbunden werden. Weiters kaufte die Erstbeklagte von der Klägerin 28/164stel Anteile an der Liegenschaft ***** der KatG M*****. Der Kaufpreis wurde mit "399.758 EUR" (laut Vertrag richtig 399.700,58 EUR zuzüglich USt) vereinbart. Dieser sollte in Raten bezahlt werden, und zwar 30 % - entsprechend den anteiligen Grundkosten - am 5. 4. 2002, der restliche Kaufpreis nach im Einzelnen beschriebenen Baufortschritten. In Punkt IV. des Kaufvertrages wurde ein Rücktrittsrecht der Klägerin bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Teilkaufpreises vereinbart, das aber nach, wenn auch verspäteter, Zahlung ausgeschlossen sein sollte. Punkt V. enthält eine Haftungserklärung der Klägerin für die Lastenfreiheit der Liegenschaft und für die vereinbarungsgemäße Ausführung des Vertragsobjektes. Weiters enthält Punkt V. konkrete Vereinbarungen über die Behandlung allfälliger Sonderwünsche der Erstbeklagten. Es wird darauf hingewiesen, dass Abweichungen von der Baubeschreibung oder zusätzliche Bauführungen einer im Einzelfall zwischen den Vertragsparteien gesondert zu schließenden Vereinbarung und separater Abrechnung bedürften und die hiefür erforderlichen Aufträge an die Professionisten von der Erstbeklagten direkt zu erteilen und zu bezahlen seien, wobei hiezu nur die an der Durchführung des Bauvorhabens beschäftigten Unternehmen beauftragt werden dürften. Die Beschäftigung anderer Unternehmen sei bis zur Übergabe des Kaufgegenstandes ausgeschlossen. Neben weiteren diesbezüglichen Regelungen wird auch darauf hingewiesen, dass ein Betreten der Baustelle durch den Käufer vor Übergabe nur gemeinschaftlich mit einem Vertreter des Bauträgers zulässig sei. In Punkt VII. des Vertrages war die Übergabe des Vertragsobjektes bis spätestens Mitte Dezember 2002 vorgesehen; der Bauträger habe nach Fertigstellung der Wohneinheit den Käufer schriftlich zur Übernahme des Gegenstandes aufzufordern.Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Es nahm folgenden Sachverhalt als bescheinigt an: Mit dem als Kaufvertrag bezeichneten Vertrag vom 25. 3. 2002 kaufte die Erstbeklagte von der Klägerin 224/391stel Anteile an der Liegenschaft EZ ***** der KatG G*****, auf der die Klägerin vereinbarungsgemäß ein Doppelhaus errichten sollte. Mit den Anteilen der Erstbeklagten an der Liegenschaft sollte das Wohnungseigentum verbunden werden. Weiters kaufte die Erstbeklagte von der Klägerin 28/164stel Anteile an der Liegenschaft ***** der KatG M*****. Der Kaufpreis wurde mit "399.758 EUR" (laut Vertrag richtig 399.700,58 EUR zuzüglich USt) vereinbart. Dieser sollte in Raten bezahlt werden, und zwar 30 % - entsprechend den anteiligen Grundkosten - am 5. 4. 2002, der restliche Kaufpreis nach im Einzelnen beschriebenen Baufortschritten. In Punkt römisch IV. des Kaufvertrages wurde ein Rücktrittsrecht der Klägerin bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Teilkaufpreises vereinbart, das aber nach, wenn auch verspäteter, Zahlung ausgeschlossen sein sollte. Punkt römisch fünf. enthält eine Haftungserklärung der Klägerin für die Lastenfreiheit der Liegenschaft und für die vereinbarungsgemäße Ausführung des Vertragsobjektes. Weiters enthält Punkt römisch fünf. konkrete Vereinbarungen über die Behandlung allfälliger Sonderwünsche der Erstbeklagten. Es wird darauf hingewiesen, dass Abweichungen von der Baubeschreibung oder zusätzliche Bauführungen einer im Einzelfall zwischen den Vertragsparteien gesondert zu schließenden Vereinbarung und separater Abrechnung bedürften und die hiefür erforderlichen Aufträge an die Professionisten von der Erstbeklagten direkt zu erteilen und zu bezahlen seien, wobei hiezu nur die an der Durchführung des Bauvorhabens beschäftigten Unternehmen beauftragt werden dürften. Die Beschäftigung anderer Unternehmen sei bis zur Übergabe des Kaufgegenstandes ausgeschlossen. Neben weiteren diesbezüglichen Regelungen wird auch darauf hingewiesen, dass ein Betreten der Baustelle durch den Käufer vor Übergabe nur gemeinschaftlich mit einem Vertreter des Bauträgers zulässig sei. In Punkt römisch VII. des Vertrages war die Übergabe des Vertragsobjektes bis spätestens Mitte Dezember 2002 vorgesehen; der Bauträger habe nach Fertigstellung der Wohneinheit den Käufer schriftlich zur Übernahme des Gegenstandes aufzufordern.

Das Miteigentum der Erstbeklagten wurde bereits verbüchert, ebenso das Miteigentum zu je 167/782stel Anteilen zu Gunsten zweier weiterer Erwerber.

Die Bauarbeiten verzögerten sich. Am 28. 4. 2003 schlossen die Streitteile schließlich eine Vereinbarung, wonach im Auftrag der Erstbeklagten, jedoch auf Kosten der Klägerin der Zweitbeklagte Beratungs- und Sachverständigendienstleistungen zu erbringen habe, die im Einzelnen näher beschrieben wurden. Die Bauarbeiten, die durch eine von der Klägerin beauftragte Baufirma durchgeführt wurden, waren am 30. 10. 2003 noch immer nicht abgeschlossen.

An diesem Tag stellte ein Mitarbeiter der Klägerin fest, dass "fremde Arbeiter" auf der Baustelle arbeiteten. Der

Zweitbeklagte teilte der Klägerin telefonisch mit, dass er von der Erstbeklagten mit der "Behebung aller noch nicht behobenen Mängel" am Doppelhaus beauftragt worden sei. Dem Mitarbeiter der Klägerin wurde beim darauf folgenden Besuch der Baustelle vom Prokuristen der Erstbeklagten bekannt gegeben, dass den Mitarbeitern der Klägerin sowie der von ihr beauftragten Baufirma nunmehr der Zutritt zur Baustelle verwehrt und das Doppelhaus von einem von der Erstbeklagten direkt beauftragten Unternehmer fertiggestellt werde. Im Obergeschoss errichtete Wände waren bereits abgebrochen und Stahlzargen entfernt worden.

Am selben Tag teilte die Klägerin der Erstbeklagten mit, dass sie an der Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung behindert worden sei und dass ohne ihre Zustimmung Baumaßnahmen auf der Liegenschaft durchgeführt worden seien. Die Erstbeklagte wurde aufgefordert, jeglichen Eingriff in die Rechtsposition der Klägerin, insbesondere durch unbefugtes Betreten oder unbefugte Bauführung zu unterlassen. Zugleich erklärte die Klägerin unter Hinweis auf die Vereitelung der Erfüllung der vertragsgemäßen Leistung den Rücktritt vom Vertrag einschließlich sämtlicher Nebenvereinbarungen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Gefahr drohender Gewalt oder eines unwiederbringlichen Schadens im Sinn des § 381 Z 2 EO nicht behauptet worden sei. Es sei daher § 381 Z 1 EO heranzuziehen. Zunächst sei zu prüfen, ob der Anspruch zu Recht bestehe. Dies sei zu verneinen: Die Erstbeklagte habe durch die Verbücherung bereits Eigentum an der Liegenschaft und damit auch an dem mit dieser fest verbundenen Gebäude erworben. Die Klägerin könne daher ihre Unterlassungsansprüche nicht auf ihre Rechtsposition als Eigentümerin stützen. Sie habe zwar bescheinigt, dass sie an der Erfüllung der Vertragspflichten gehindert worden sei. Es bestehe aber keine durchsetzbare Pflicht des Werkbestellers, dem Schuldner die Erbringung des Werkes zu ermöglichen und das Werk abzunehmen. Der Schuldner habe daher bei Annahmeverzug des Werkbestellers kein Recht auf Vertragsrücktritt. Ein Recht des Schuldners auf Leistungserbringung bestehe nur dann, wenn er an der Erfüllung ein Interesse habe, das über jenes am Entgelt hinausgehe. Ein solches Interesse der Klägerin liege hier nicht vor. Ein Zahlungsverzug der Erstbeklagten sei nicht behauptet worden. Andere Rücktrittsrechte der Klägerin seien nicht vereinbart worden. Die Klägerin könne ihren Rücktritt daher nicht aus dem Vertragsverhältnis ableiten. Ihr bleibe nur der Anspruch auf die Gegenleistung. Der Sicherungsantrag sei daher schon mangels Anspruchsbescheinigung abzuweisen. Zudem lägen die Voraussetzungen des § 381 Z 1 EO nicht vor. Aus dem Umstand, dass die Erstbeklagte Zwischenwände im Obergeschoss niedergerissen und Stahlzargen entfernt habe, lasse sich nicht ableiten, dass eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes unmöglich oder erheblich erschwert sei. Dass das Bauwerk selbst beschädigt oder gefährdet werde, sei nicht konkret behauptet worden und lasse sich aus den vorgelegten Bescheinigungsmitteln nicht ableiten.In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Gefahr drohender Gewalt oder eines unwiederbringlichen Schadens im Sinn des Paragraph 381, Ziffer 2, EO nicht behauptet worden sei. Es sei daher Paragraph 381, Ziffer eins, EO heranzuziehen. Zunächst sei zu prüfen, ob der Anspruch zu Recht bestehe. Dies sei zu verneinen: Die Erstbeklagte habe durch die Verbücherung bereits Eigentum an der Liegenschaft und damit auch an dem mit dieser fest verbundenen Gebäude erworben. Die Klägerin könne daher ihre Unterlassungsansprüche nicht auf ihre Rechtsposition als Eigentümerin stützen. Sie habe zwar bescheinigt, dass sie an der Erfüllung der Vertragspflichten gehindert worden sei. Es bestehe aber keine durchsetzbare Pflicht des Werkbestellers, dem Schuldner die Erbringung des Werkes zu ermöglichen und das Werk abzunehmen. Der Schuldner habe daher bei Annahmeverzug des Werkbestellers kein Recht auf Vertragsrücktritt. Ein Recht des Schuldners auf Leistungserbringung bestehe nur dann, wenn er an der Erfüllung ein Interesse habe, das über jenes am Entgelt hinausgehe. Ein solches Interesse der Klägerin liege hier nicht vor. Ein Zahlungsverzug der Erstbeklagten sei nicht behauptet worden. Andere Rücktrittsrechte der Klägerin seien nicht vereinbart worden. Die Klägerin könne ihren Rücktritt daher nicht aus dem Vertragsverhältnis ableiten. Ihr bleibe nur der Anspruch auf die Gegenleistung. Der Sicherungsantrag sei daher schon mangels Anspruchsbescheinigung abzuweisen. Zudem lägen die Voraussetzungen des Paragraph 381, Ziffer eins, EO nicht vor. Aus dem Umstand, dass die Erstbeklagte Zwischenwände im Obergeschoss niedergerissen und Stahlzargen entfernt habe, lasse sich nicht ableiten, dass eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes unmöglich oder erheblich erschwert sei. Dass das Bauwerk selbst beschädigt oder gefährdet werde, sei nicht konkret behauptet worden und lasse sich aus den vorgelegten Bescheinigungsmitteln nicht ableiten.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung (mit Ausnahme der Kostenentscheidung). Der Inhalt der angestrebten einstweiligen Verfügung decke sich mit dem zu sichernden Unterlassungsbegehren. In einem solchen Fall könne eine einstweilige Verfügung nur nach Maßgabe des § 381 Z 2 EO erlassen werden. Diese Voraussetzungen seien streng

auszulegen und vom Antragsteller konkret zu behaupten und zu bescheinigen. Es drohe hier nicht der völlige Abbruch des Bauwerkes, sondern lediglich die Vornahme von Bauarbeiten zwecks Umbaues und (oder) Fertigstellung des Hauses nach den Vorstellungen der Beklagten. Es sei nicht ersichtlich, dass die behaupteten Veränderungen am Bauwerk nicht durch einen Geldersatz adäquat ausgeglichen werden könnten. Eine Gefahr für die wirtschaftliche Existenz der Klägerin sei ebensowenig behauptet worden wie die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten. Auch das Vorliegen drohender Gewalt sei nicht zu erkennen. Selbst wenn der behauptete Unterlassungsanspruch zu Recht bestünde, sei daher der abweisende Beschluss des Erstgerichtes zu bestätigen.Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung (mit Ausnahme der Kostenentscheidung). Der Inhalt der angestrebten einstweiligen Verfügung decke sich mit dem zu sichernden Unterlassungsbegehren. In einem solchen Fall könne eine einstweilige Verfügung nur nach Maßgabe des Paragraph 381, Ziffer 2, EO erlassen werden. Diese Voraussetzungen seien streng auszulegen und vom Antragsteller konkret zu behaupten und zu bescheinigen. Es drohe hier nicht der völlige Abbruch des Bauwerkes, sondern lediglich die Vornahme von Bauarbeiten zwecks Umbaues und (oder) Fertigstellung des Hauses nach den Vorstellungen der Beklagten. Es sei nicht ersichtlich, dass die behaupteten Veränderungen am Bauwerk nicht durch einen Geldersatz adäquat ausgeglichen werden könnten. Eine Gefahr für die wirtschaftliche Existenz der Klägerin sei ebensowenig behauptet worden wie die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten. Auch das Vorliegen drohender Gewalt sei nicht zu erkennen. Selbst wenn der behauptete Unterlassungsanspruch zu Recht bestünde, sei daher der abweisende Beschluss des Erstgerichtes zu bestätigen.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 4.000,-- EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteige und - zunächst -, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Auf Antrag der Klägerin änderte es seinen Zulässigkeitsausspruch gemäß § 508 ZPO dahin ab, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil die Klägerin in ihrem Revisionsrekurs jene Rechtsprechung aufgezeigt habe, wonach ein befristetes Unterlassungsgebot nicht notwendigerweise das Prozessergebnis vorwegnehme und in einem solchen Fall eine einstweilige Verfügung auch nach § 381 Z 1 EO erlassen werden könne.Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 4.000,-- EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteige und - zunächst -, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Auf Antrag der Klägerin änderte es seinen Zulässigkeitsausspruch gemäß Paragraph 508, ZPO dahin ab, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil die Klägerin in ihrem Revisionsrekurs jene Rechtsprechung aufgezeigt habe, wonach ein befristetes Unterlassungsgebot nicht notwendigerweise das Prozessergebnis vorwegnehme und in einem solchen Fall eine einstweilige Verfügung auch nach Paragraph 381, Ziffer eins, EO erlassen werden könne.

Der Revisionsrekurs der Klägerin ist aus dem vom Rekursgericht bezeichneten Grund zulässig. Er ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Es trifft zwar zu, dass nach herrschender Ansicht grundsätzlich nur solche Maßnahmen als Anspruchssicherung zur Anwendung kommen können, die der endgültigen Entscheidung nicht vorgreifen. Deckt sich das Provisorialbegehren mit dem Ziel des Hauptverfahrens, ist ihm nur unter den Voraussetzungen des § 381 Z 2 EO stattzugeben (Zechner, Sicherungsexekution und einstweilige Verfügung § 378 EO Rz 8 mwN). Insbesondere darf nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung all das bewilligt werden, was die gefährdete Partei erst im Wege einer Exekution auf Grund eines ihr günstigen Urteiles erreichen könnte, hat doch die einstweilige Verfügung nicht den Zweck, Erfüllung zu erzwingen oder etwaige weitere Vertragsverletzungen zu verhindern oder die gefährdete Partei gegen eine Änderung des gegenwärtigen Zustandes zu schützen, die für sie mit einem drohenden unwiederbringlichen Schaden verbunden ist (SZ 61/9 mwN). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich ein Unterlassungsanspruch nicht durch ein Unterlassungsgebot sichern lässt, soweit ein solches der Entscheidung im Rechtfertigungsprozess nicht endgültig und unumkehrbar vorgreift, sondern bloß später nachholbare Handlungen vorläufig verbietet. Deshalb kann ein derartiges Unterlassungsgebot auch nach § 381 Z 1 EO erlassen werden. Ein bloß vorläufig wirkendes Unterlassungsverbot ist vom endgültigen Unterlassungsverbot als Ergebnis eines Rechtfertigungsprozesses zu unterscheiden (Zechner aaO; SZ 61/9; König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren2, Rz 2/110; Rechberger/Simotta, Exekutionsverfahren2 Rz 902; Kodek in Angst, EO § 378 Rz 7).Es trifft zwar zu, dass nach herrschender Ansicht grundsätzlich nur solche Maßnahmen als Anspruchssicherung zur Anwendung kommen können, die der endgültigen Entscheidung nicht vorgreifen. Deckt sich das Provisorialbegehren mit dem Ziel des Hauptverfahrens, ist ihm nur unter den Voraussetzungen des Paragraph 381, Ziffer 2, EO stattzugeben (Zechner, Sicherungsexekution und einstweilige

Verfügung Paragraph 378, EO Rz 8 mwN). Insbesondere darf nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung all das bewilligt werden, was die gefährdete Partei erst im Wege einer Exekution auf Grund eines ihr günstigen Urteiles erreichen könnte, hat doch die einstweilige Verfügung nicht den Zweck, Erfüllung zu erzwingen oder etwaige weitere Vertragsverletzungen zu verhindern oder die gefährdete Partei gegen eine Änderung des gegenwärtigen Zustandes zu schützen, die für sie mit einem drohenden unwiederbringlichen Schaden verbunden ist (SZ 61/9 mwN). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich ein Unterlassungsanspruch nicht durch ein Unterlassungsgebot sichern lässt, soweit ein solches der Entscheidung im Rechtfertigungsprozess nicht endgültig und unumkehrbar vorgreift, sondern bloß später nachholbare Handlungen vorläufig verbietet. Deshalb kann ein derartiges Unterlassungsgebot auch nach Paragraph 381, Ziffer eins, EO erlassen werden. Ein bloß vorläufig wirkendes Unterlassungsverbot ist vom endgültigen Unterlassungsverbot als Ergebnis eines Rechtfertigungsprozesses zu unterscheiden (Zechner aaO; SZ 61/9; König, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren2, Rz 2/110; Rechberger/Simotta, Exekutionsverfahren2 Rz 902; Kodek in Angst, EO Paragraph 378, Rz 7).

Auch im vorliegenden Fall würde bei Stattgebung des Sicherungsantrages nicht die Unterlassung einer Handlung geboten, die später nicht mehr nachgeholt werden könnte. Die von der Klägerin beantragte einstweilige Verfügung bedeutet vielmehr nur eine vorläufige Hemmung der Bauarbeiten der Beklagten, hindert die Beklagten aber nicht, nach etwaigem Obsiegen im Hauptprozess die Arbeiten so durchzuführen, wie sie dies vorhatten. Das angestrebte befristete Unterlassungsgebot nimmt das Prozessergebnis nicht vorweg, weil es sich nur um eine zeitlich beschränkte Unterlassung, nicht aber um eine möglicherweise nicht rückführbare Veränderung handelt. Es betrifft vielmehr nachholbare Handlungen und führt daher nicht zu einer Befriedigung der gefährdeten Partei durch im Rahmen des Sicherungsantrages zu erbringende Unterlassungen (vgl RIS-Justiz RS0004920; SZ 70/173; 3 Ob 241/02s). Die beantragte einstweilige Verfügung zur Sicherung des Unterlassungsanspruches kann daher nicht nur unter den Voraussetzungen des § 381 Z 2, sondern auch unter jenen des § 381 Z 1 EO erlassen werden.Auch im vorliegenden Fall würde bei Stattgebung des Sicherungsantrages nicht die Unterlassung einer Handlung geboten, die später nicht mehr nachgeholt werden könnte. Die von der Klägerin beantragte einstweilige Verfügung bedeutet vielmehr nur eine vorläufige Hemmung der Bauarbeiten der Beklagten, hindert die Beklagten aber nicht, nach etwaigem Obsiegen im Hauptprozess die Arbeiten so durchzuführen, wie sie dies vorhatten. Das angestrebte befristete Unterlassungsgebot nimmt das Prozessergebnis nicht vorweg, weil es sich nur um eine zeitlich beschränkte Unterlassung, nicht aber um eine möglicherweise nicht rückführbare Veränderung handelt. Es betrifft vielmehr nachholbare Handlungen und führt daher nicht zu einer Befriedigung der gefährdeten Partei durch im Rahmen des Sicherungsantrages zu erbringende Unterlassungen vergleiche RIS-Justiz RS0004920; SZ 70/173; 3 Ob 241/02s). Die beantragte einstweilige Verfügung zur Sicherung des Unterlassungsanspruches kann daher nicht nur unter den Voraussetzungen des Paragraph 381, Ziffer 2,, sondern auch unter jenen des Paragraph 381, Ziffer eins, EO erlassen werden.

Die Klägerin hat allerdings auch beantragt, mit dem einstweiligen Unterlassungsgebot ihren in der Klage weiters erhobenen Anspruch auf Beseitigung der bereits von den Beklagten durchgeführten Baumaßnahmen zu sichern. Insoweit ist der Sicherungsantrag schon deshalb nicht schlüssig begründet, weil weder eine Gefahr ersichtlich ist, dass bereits durchgeführte Veränderungen am Bauwerk nach Abschluss des Hauptverfahrens unter schwierigeren Bedingungen als derzeit rückgängig gemacht werden könnten noch nachzuvollziehen ist, warum durch die vorläufige Unterlassung von künftigen Baumaßnahmen insoweit einer Anspruchsgefährdung entgegengewirkt werden könnte. Das Begehren, die einstweilige Verfügung auch zur Sicherung der begehrten Leistungsverpflichtung zu erlassen, ist daher ohne weitere Prüfung der Anspruchs- und der Gefahrenbescheinigung abzuweisen.

Der Sicherungsantrag ist aber auch insoweit nicht berechtigt, als damit das Unterlassungsbegehren gesichert werden soll, weil dieser Anspruch von der Klägerin nicht schlüssig dargelegt wurde:

Ausgehend vom bescheinigten Sachverhalt haben die Parteien einen Bauträgervertrag geschlossen (sie haben in Punkt I. der Kaufvertragsurkunde auch ausdrücklich die Anwendung der Bestimmungen des BTVG vereinbart). Gemäß § 2 Abs 1 BTVG, das am 1. 1. 1997 in Kraft getreten ist, ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasing an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen. Mit dieser Definition sollten alle Vertragstypen erfasst werden, die dem Erwerber die genannten Rechte verschaffen. Objekt des Vertrages ist ein erst zu errichtendes oder umfassend zu sanierendes Gebäude oder eine derartige Wohnung oder eine Geschäftsräumlichkeit. Ein Bauträgervertrag liegt daher nicht vor, wenn jemand auf

eigenem Grund ein Gebäude errichten lässt. Wie sich aus § 2 Abs 4 BTVG ergibt (wonach ein Bauträgervertrag auch dann vorliegt, wann das Recht an der Liegenschaft von einem Dritten erworben wird, dieser Vertrag aber mit dem Vertrag über die Errichtung des Gebäudes usw eine wirtschaftliche Einheit bildet), ist der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Liegenschaftserwerb und dem Vertrag, mit dem Rechte an einem dort zu errichtenden Objekt verschafft werden sollen, für die Anwendung des Gesetzes entscheidend (Langer, BTVG 47 Rz 8). § 2 Abs 4 und § 5 Abs 5 BTVG, wonach der Rücktritt vom Vertrag auch den Erwerb einer Liegenschaft von einem Dritten betrifft, macht die Wertung des Gesetzes deutlich, dass sich Liegenschaftskauf und Beschaffung der Rechte des § 2 Abs 1 BTVG an einem zu errichtenden Gebäude grundsätzlich wechselweise bedingen (Engin-Deniz, BTVG2 § 2 Rz 16). Im vorliegenden Fall wurden der Erwerb des Miteigentumsanteils an der Liegenschaft der Klägerin und die Verpflichtung der Klägerin zur Errichtung des Bauwerks sowie zur Einräumung von Wohnungseigentum an die Erstbeklagte in einem einheitlichen Vertragswerk vereinbart, nach dessen Inhalt als bescheinigt anzunehmen ist, dass die einzelnen Vertragspunkte eine unabdingbare Einheit darstellen und ein einheitlicher Bauträgervertrag im Sinn des BTVG vorliegt.Ausgehend vom bescheinigten Sachverhalt haben die Parteien einen Bauträgervertrag geschlossen (sie haben in Punkt römisch eins. der Kaufvertragsurkunde auch ausdrücklich die Anwendung der Bestimmungen des BTVG vereinbart). Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, BTVG, das am 1. 1. 1997 in Kraft getreten ist, ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasing an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen. Mit dieser Definition sollten alle Vertragstypen erfasst werden, die dem Erwerber die genannten Rechte verschaffen. Objekt des Vertrages ist ein erst zu errichtendes oder umfassend zu sanierendes Gebäude oder eine derartige Wohnung oder eine Geschäftsräumlichkeit. Ein Bauträgervertrag liegt daher nicht vor, wenn jemand auf eigenem Grund ein Gebäude errichten lässt. Wie sich aus Paragraph 2, Absatz 4, BTVG ergibt (wonach ein Bauträgervertrag auch dann vorliegt, wann das Recht an der Liegenschaft von einem Dritten erworben wird, dieser Vertrag aber mit dem Vertrag über die Errichtung des Gebäudes usw eine wirtschaftliche Einheit bildet), ist der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Liegenschaftserwerb und dem Vertrag, mit dem Rechte an einem dort zu errichtenden Objekt verschafft werden sollen, für die Anwendung des Gesetzes entscheidend (Langer, BTVG 47 Rz 8). Paragraph 2, Absatz 4 und Paragraph 5, Absatz 5, BTVG, wonach der Rücktritt vom Vertrag auch den Erwerb einer Liegenschaft von einem Dritten betrifft, macht die Wertung des Gesetzes deutlich, dass sich Liegenschaftskauf und Beschaffung der Rechte des Paragraph 2, Absatz eins, BTVG an einem zu errichtenden Gebäude grundsätzlich wechselweise bedingen (Engin-Deniz, BTVG2 Paragraph 2, Rz 16). Im vorliegenden Fall wurden der Erwerb des Miteigentumsanteils an der Liegenschaft der Klägerin und die Verpflichtung der Klägerin zur Errichtung des Bauwerks sowie zur Einräumung von Wohnungseigentum an die Erstbeklagte in einem einheitlichen Vertragswerk vereinbart, nach dessen Inhalt als bescheinigt anzunehmen ist, dass die einzelnen Vertragspunkte eine unabdingbare Einheit darstellen und ein einheitlicher Bauträgervertrag im Sinn des BTVG vorliegt.

Der Bauträgervertrag nach dem BTVG ist ein typengemischter Vertrag, der insbesondere werkvertragliche Elemente enthält (Böhm/Pletzer in Schwimann ABGB2 Bd 4 § 2 BTVG Rz 3). Der Oberste Gerichtshof hat allerdings (vor Inkrafttreten des BTVG) in der Entscheidung SZ 53/104 den Vertrag über die Beschaffung von Eigentum an einem noch näher zu bestimmenden Miteigentumsanteil und von Wohnungseigentum an einem (bereits errichteten) Reihenhaus in seiner Gesamtheit als Kaufvertrag beurteilt. Es sei davon auszugehen, dass nicht der Erwerber den Veräußerer beauftragt habe, ein Haus nach seinen Wünschen und Vorstellungen zu erbauen, sondern dass das Bauvorhaben in seiner Gesamtheit vom Veräußerer entworfen und realisiert worden sei; dies spreche dagegen, dass der Veräußerer als Auftragnehmer anzusehen sei. Auch die Beurteilung des vorliegenden Vertrages als Kaufvertrag führte aber nicht dazu, dass ein Vertragsrücktritt deshalb nicht mehr möglich sei, weil die Sache bereits durch bücherliche Übertragung der Liegenschaft übergeben sei. Nach ständiger Rechtsprechung ist in analoger Anwendung des Art 8 Nr 21 EGHGB ein Rücktritt vom Kaufvertrag dann nicht mehr zulässig, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer bereits übergeben hat. Voraussetzung für den Ausschluss des Vertragsrücktrittes ist aber, dass der Vertrag vom Verkäufer zur Gänze erfüllt wurde. Liegt ein einheitlicher Kaufvertrag über verschiedene Objekte vor, so ist das Rücktrittsrecht des Verkäufers erst ausgeschlossen, wenn beide Kaufgegenstände dem Käufer übergeben wurden (RIS-Justiz RS0018319). Lediglich dann, wenn nur mehr ein unwesentlicher Teil der Leistung des Verkäufers ausständig ist, ist bereits die das Rücktrittsrecht ausschließende Vertragserfüllung anzunehmen (1 Ob 649/87 = JBl 1988, 108). Ist der Liegenschaftsverkäufer mit dem Bauträger identisch, schließt es gerade die Verbindung des Liegenschaftserwerbsgeschäftes mit den Werk- und Dienstleistungselementen des Bauträgervertrages aus, den Liegenschafts(anteils)erwerb gesondert zu behandeln und

ihn schon nach Verbücherung als vollständig erfüllt anzusehen (Langer aaO 108 Rz 52). Ist das Bauwerk noch nicht fertiggestellt, ist daher ein Vertragsrücktritt mangels vollständiger Leistungserfüllung grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Der Umstand, dass sich hier die Klägerin schon vor Herstellung des Bauwerkes und vollständiger Zahlung des vereinbarten Entgeltes mit der bücherlichen Eigentumsübertragung einverstanden erklärte und diese auch durchgeführt wurde, ist nicht mit der Vertragserfüllung gleichzusetzen. Die Klägerin verweist insoweit zu Recht darauf, dass sie gemäß § 7 BTVG verpflichtet war, die Erstbeklagte gegen den Verlust der von dieser geleisteten Zahlungen bis zur tatsächlichen Übergabe des fertig gestellten Vertragsobjektes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung zu sichern. Die bereits erfolgte Einverleibung des Miteigentums der Erstbeklagten ist hier offenbar als bücherliche Sicherstellung des Rechtserwerbs auf der zu bebauenden Liegenschaft im Sinn der § 7 Abs 2 und § 9 Abs 1 BTVG erfolgt. Über die tatsächliche Gestaltung der grundbücherlichen Sicherstellung sagt zwar das Gesetz - mit Ausnahme des Hinweises auf die Anmerkung von Wohnungseigentum (§ 9 Abs 2 BTVG) - nichts aus, doch wird die Eigentumseinverleibung als in Betracht kommende Maßnahme angesehen (vgl Langer aaO Rz 53; Engin-Deniz aaO § 9 BTVG Rz 14; Böhm/Pletzer aaO § 2 BTVG Rz 13, 16 32 ff). Diese Eigentumseinverleibung ist im Fall der Rückabwicklung infolge eines berechtigten Vertragsrücktrittes zu löschen (Langer aaO Rz 54).Der Bauträgervertrag nach dem BTVG ist ein typengemischter Vertrag, der insbesondere werkvertragliche Elemente enthält (Böhm/Pletzer in Schwimann ABGB2 Bd 4 Paragraph 2, BTVG Rz 3). Der Oberste Gerichtshof hat allerdings (vor Inkrafttreten des BTVG) in der Entscheidung SZ 53/104 den Vertrag über die Beschaffung von Eigentum an einem noch näher zu bestimmenden Miteigentumsanteil und von Wohnungseigentum an einem (bereits errichteten) Reihenhaus in seiner Gesamtheit als Kaufvertrag beurteilt. Es sei davon auszugehen, dass nicht der Erwerber den Veräußerer beauftragt habe, ein Haus nach seinen Wünschen und Vorstellungen zu erbauen, sondern dass das Bauvorhaben in seiner Gesamtheit vom Veräußerer entworfen und realisiert worden sei; dies spreche dagegen, dass der Veräußerer als Auftragnehmer anzusehen sei. Auch die Beurteilung des vorliegenden Vertrages als Kaufvertrag führte aber nicht dazu, dass ein Vertragsrücktritt deshalb nicht mehr möglich sei, weil die Sache bereits durch bücherliche Übertragung der Liegenschaft übergeben sei. Nach ständiger Rechtsprechung ist in analoger Anwendung des Artikel 8, Nr 21 EGHGB ein Rücktritt vom Kaufvertrag dann nicht mehr zulässig, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer bereits übergeben hat. Voraussetzung für den Ausschluss des Vertragsrücktrittes ist aber, dass der Vertrag vom Verkäufer zur Gänze erfüllt wurde. Liegt ein einheitlicher Kaufvertrag über verschiedene Objekte vor, so ist das Rücktrittsrecht des Verkäufers erst ausgeschlossen, wenn beide Kaufgegenstände dem Käufer übergeben wurden (RIS-Justiz RS0018319). Lediglich dann, wenn nur mehr ein unwesentlicher Teil der Leistung des Verkäufers ausständig ist, ist bereits die das Rücktrittsrecht ausschließende Vertragserfüllung anzunehmen (1 Ob 649/87 = JBl 1988, 108). Ist der Liegenschaftsverkäufer mit dem Bauträger identisch, schließt es gerade die Verbindung des Liegenschaftserwerbsgeschäftes mit den Werk- und Dienstleistungselementen des Bauträgervertrages aus, den Liegenschafts(anteils)erwerb gesondert zu behandeln und ihn schon nach Verbücherung als vollständig erfüllt anzusehen (Langer aaO 108 Rz 52). Ist das Bauwerk noch nicht fertiggestellt, ist daher ein Vertragsrücktritt mangels vollständiger Leistungserfüllung grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Der Umstand, dass sich hier die Klägerin schon vor Herstellung des Bauwerkes und vollständiger Zahlung des vereinbarten Entgeltes mit der bücherlichen Eigentumsübertragung einverstanden erklärte und diese auch durchgeführt wurde, ist nicht mit der Vertragserfüllung gleichzusetzen. Die Klägerin verweist insoweit zu Recht darauf, dass sie gemäß Paragraph 7, BTVG verpflichtet war, die Erstbeklagte gegen den Verlust der von dieser geleisteten Zahlungen bis zur tatsächlichen Übergabe des fertig gestellten Vertragsobjektes und der Sicherung der Erlangung der vereinbarten Rechtsstellung zu sichern. Die bereits erfolgte Einverleibung des Miteigentums der Erstbeklagten ist hier offenbar als bücherliche Sicherstellung des Rechtserwerbs auf der zu bebauenden Liegenschaft im Sinn der Paragraph 7, Absatz 2, und Paragraph 9, Absatz eins, BTVG erfolgt. Über die tatsächliche Gestaltung der grundbücherlichen Sicherstellung sagt zwar das Gesetz - mit Ausnahme des Hinweises auf die Anmerkung von Wohnungseigentum (Paragraph 9, Absatz 2, BTVG) - nichts aus, doch wird die Eigentumseinverleibung als in Betracht kommende Maßnahme angesehen vergleiche Langer aaO Rz 53; Engin-Deniz aaO Paragraph 9, BTVG Rz 14; Böhm/Pletzer aaO Paragraph 2, BTVG Rz 13, 16 32 ff). Diese Eigentumseinverleibung ist im Fall der Rückabwicklung infolge eines berechtigten Vertragsrücktrittes zu löschen (Langer aaO Rz 54).

Wie bereits ausgeführt wurde, ist die Leistung der Klägerin grundsätzlich unteilbar (vgl. auch Böhm/Pletzer aaO§ 5 BTVG Rz 37 mwN). Ob dem Vertragspartner bei unteilbarer Leistung ein Wahlrecht zusteht, bei objektiver Teilbarkeit entweder vom ganzen Vertrag zurückzutreten oder nur von der noch ausstehenden Teilleistung, hängt nach der Rechtsprechung davon ab, ob die Unteilbarkeit nur im Interesse des vertragstreuen (zurücktretenden) Teils liegt; bei

beiderseitigem Interesse an der Unteilbarkeit besteht auch für den vertragstreuen Teil nur die Möglichkeit des gänzlichen Vertragsrücktritts (SZ 60/230; ebenso Gschnitzer in Klang2 IV/1, 464 f). Reischauer (in Rummel3 I § 918 Rz 20) vertritt hingegen die Auffassung, dass der vertragstreue Teil selbst dann, wenn feststeht, dass die Unteilbarkeit auch im Interesse des anderen Vertragsteils vereinbart wurde, die Erfüllung wegen der Vertragsverletzung als teilbar behandeln kann.Wie bereits ausgeführt wurde, ist die Leistung der Klägerin grundsätzlich unteilbar vergleiche auch Böhm/Pletzer aaO Paragraph 5, BTVG Rz 37 mwN). Ob dem Vertragspartner bei unteilbarer Leistung ein Wahlrecht zusteht, bei objektiver Teilbarkeit entweder vom ganzen Vertrag zurückzutreten oder nur von der noch ausstehenden Teilleistung, hängt nach der Rechtsprechung davon ab, ob die Unteilbarkeit nur im Interesse des vertragstreuen (zurücktretenden) Teils liegt; bei beiderseitigem Interesse an der Unteilbarkeit besteht auch für den vertragstreuen Teil nur die Möglichkeit des gänzlichen Vertragsrücktritts (SZ 60/230; ebenso Gschnitzer in Klang2 IV/1, 464 f). Reischauer (in Rummel3 römisch eins Paragraph 918, Rz 20) vertritt hingegen die Auffassung, dass der vertragstreue Teil selbst dann, wenn feststeht, dass die Unteilbarkeit auch im Interesse des anderen Vertragsteils vereinbart wurde, die Erfüllung wegen der Vertragsverletzung als teilbar behandeln kann.

Ob der auf Verzug gegründete Teilrücktritt der Erstbeklagten nur von den vereinbarungsgemäß in Zukunft noch zu erbringenden Leistungen der Klägerin, nicht aber auch vom Liegenschaftserwerb wirksam ist (- für einen möglichen Teilrücktritt : Böhm/Pletzer aaO § 5 BTVG RZ 38, 39; dagegen : Engin-Denitz aaO § 2 BTVG Rz 6 und die dort zitierte Entscheidung des BGH NJW 1976, 1931), kann hier aber, wie noch ausgeführt wird, dahingestellt bleiben.Ob der auf Verzug gegründete Teilrücktritt der Erstbeklagten nur von den vereinbarungsgemäß in Zukunft noch zu erbringenden Leistungen der Klägerin, nicht aber auch vom Liegenschaftserwerb wirksam ist (- für einen möglichen Teilrücktritt : Böhm/Pletzer aaO Paragraph 5, BTVG RZ 38, 39; dagegen : Engin-Denitz aaO Paragraph 2, BTVG Rz 6 und die dort zitierte Entscheidung des BGH NJW 1976, 1931), kann hier aber, wie noch ausgeführt wird, dahingestellt bleiben.

Die Klägerin will im Gegensatz zur Erstbeklagten vom Gesamtvertrag zurücktreten, allerdings nicht infolge eines Zahlungsverzuges der Erstbeklagten, sondern wegen der behaupteten unrechtmäßigen Vereitelung der Leistungserbringung durch die Erstbeklagte. Hiezu ist zu erwägen:

Dem Verkäufer steht bei Annahmeverzug des Käufers grundsätzlich kein Rücktrittsrecht vom Vertrag zu.§ 918 ABGB ist auf den reinen Gläubigerverzug nicht anwendbar (RIS-Justiz RS0018270), es sei denn, dass ein konkretes Interesse des Verkäufers vorliegt, bei dem ihm mit den Rechtsfolgen des bloßen Annahmeverzuges nicht gedient wäre (RIS-Justiz RS0018551; 1 Ob 666/84 = JBl 1985, 746 [zust Wilhelm]). Nach werkvertraglichen Regeln steht dem Werkunternehmer gemäß § 1168 Abs 2 ABGB beim Unterbleiben einer zur Ausführung des Werkes notwendigen Mitwirkung des Bestellers ein Rücktrittsrecht zu. Die Ausübung dieses Rechtes hat zur Folge, dass der Unternehmer nicht mehr verpflichtet ist, das Werk herzustellen oder zu vollenden. In der Regel ist aber der Besteller zur Mitwirkung nicht verpflichtet, selbst wenn sie im Vertrag genannt ist. Nur wenn der Unternehmer ein Recht auf Abnahme des Werks hat, etwa weil die Abnahme ausdrücklich vereinbart wurde oder dem Besteller ein besonderes Interesse des Unternehmers an der Fertigstellung und Abnahme des Werks erkennbar war, ist er zur Mitwirkung verpflichtet. In einem solchen Fall kann der Unternehmer Erfüllung verlangen und die Pflicht zur Mitwirkung bzw die Abnahme allenfalls durchsetzen. Tritt er zurück, kann er das Entgelt gemäß § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB sowie bei Verschulden des Bestellers Schadenersatz (Ersatz des Erfüllungsinteresses) verlangen. Die Herstellungspflicht entfällt. Die Vertragsaufhebung wirkt grundsätzlich auch in diesem Fall nicht zurück und ist daher eher als Kündigung anzusehen. Bereits erbrachte Teilleistungen bleiben dem Besteller, der sie ja auch dann zu bezahlen hat, wenn sie für ihn nutzlos sind (Rebhahn in Schwimann ABGB2 § 1168 ABGB Rz 8, 50 mwN; Krejci in Rummel3 I § 1168 ABGB Rz 37).Dem Verkäufer steht bei Annahmeverzug des Käufers grundsätzlich kein Rücktrittsrecht vom Vertrag zu. Paragraph 918, ABGB ist auf den reinen Gläubigerverzug nicht anwendbar (RIS-Justiz RS0018270), es sei denn, dass ein konkretes Interesse des Verkäufers vorliegt, bei dem ihm mit den Rechtsfolgen des bloßen Annahmeverzuges nicht gedient wäre (RIS-Justiz RS0018551; 1 Ob 666/84 = JBl 1985, 746 [zust Wilhelm]). Nach werkvertraglichen Regeln steht dem Werkunternehmer gemäß Paragraph 1168, Absatz 2, ABGB beim Unterbleiben einer zur Ausführung des Werkes notwendigen Mitwirkung des Bestellers ein Rücktrittsrecht zu. Die Ausübung dieses Rechtes hat zur Folge, dass der Unternehmer nicht mehr verpflichtet ist, das Werk herzustellen oder zu vollenden. In der Regel ist aber der Besteller zur Mitwirkung nicht verpflichtet, selbst wenn sie im Vertrag genannt ist. Nur wenn der Unternehmer ein Recht auf Abnahme des Werks hat, etwa weil die Abnahme ausdrücklich vereinbart wurde oder dem Besteller ein besonderes Interesse des Unternehmers an der Fertigstellung und Abnahme des Werks erkennbar war, ist er zur Mitwirkung verpflichtet. In einem solchen Fall

kann der Unternehmer Erfüllung verlangen und die Pflicht zur Mitwirkung bzw die Abnahme allenfalls durchsetzen. Tritt er zurück, kann er das Entgelt gemäß Paragraph 1168, Absatz eins, Satz 1 ABGB sowie bei Verschulden des Bestellers Schadenersatz (Ersatz des Erfüllungsinteresses) verlangen. Die Herstellungspflicht entfällt. Die Vertragsaufhebung wirkt grundsätzlich auch in diesem Fall nicht zurück und ist daher eher als Kündigung anzusehen. Bereits erbrachte Teilleistungen bleiben dem Besteller, der sie ja auch dann zu bezahlen hat, wenn sie für ihn nutzlos sind (Rebhahn in Schwimann ABGB2 Paragraph 1168, ABGB Rz 8, 50 mwN; Krejci in Rummel3 römisch eins Paragraph 1168, ABGB Rz 37).

Durch § 6 BTVG, der die vertraglichen Rücktrittsrechte des Bauträgers einschränkt, werden die gesetzlichen Rücktrittsrechte nicht berührt (Böhm/Pletzer aaO § 6 BTVG Rz 1). Ob dem Bauträger bei Mitwirkungs- bzw Abnahmeverweigerung durch den Erwerber, dem bereits (Mit-)Eigentum an der Liegenschaft, an der das Bauwerk zu errichten ist, eingeräumt wurde, ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Gesamtvertrag mit den Folgen der gänzlichen Rückabwicklung zusteht, muss hier aber ebenfalls nicht abschließend geklärt werden:Durch Paragraph 6, BTVG, der die vertraglichen Rücktrittsrechte des Bauträgers einschränkt, werden die gesetzlichen Rücktrittsrechte nicht berührt (Böhm/Pletzer aaO Paragraph 6, BTVG Rz 1). Ob dem Bauträger bei Mitwirkungs- bzw Abnahmeverweigerung durch den Erwerber, dem bereits (Mit-)Eigentum an der Liegenschaft, an der das Bauwerk zu errichten ist, eingeräumt wurde, ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Gesamtvertrag mit den Folgen der gänzlichen Rückabwicklung zusteht, muss hier aber ebenfalls nicht abschließend geklärt werden:

Bei einem rechtswirksamen Vertragsrücktritt hat die Rückabwicklung Zug um Zug zu erfolgen (RIS-JustizRS0016341), wobei allerdings das Anbot der Rückstellung der Gegenleistung nicht Voraussetzung des wirksamen Rücktrittes ist (SZ 24/54; Reischauer in Rummel ABGB3 I § 918 ABGB Rz 6). Im vorliegenden Fall hat aber die Klägerin einen Rückübereignunganspruch noch gar nicht gerichtlich geltend gemacht. Sie hat vielmehr ausdrücklich erklärt, dass ein solcher Anspruch "vorläufig nicht Gegenstand des Verfahrens" sei. Der eingeklagte Unterlassungsanspruch dient bei der vorliegenden Konstellation bloß der Sicherung des Rückwicklungsanspruches und bildet keinen selbständigen, hievon zu trennenden Anspruch. Nur dann, wenn die Klägerin das Eigentum am Miteigentumsanteil an der Liegenschaft zurückverlangt, hat sie auch das Recht, sich gegen Veränderungen des bisherigen Zustandes durch die Beklagte zur Wehr zu setzen. Andernfalls ergäbe sich die für die Erstbeklagte unhaltbare Situation, dass sie Miteigentümerin der Liegenschaft und des darauf errichteten Bauwerkes bliebe, ohne dieses je fertig stellen zu können.Bei einem rechtswirksamen Vertragsrücktritt hat die Rückabwicklung Zug um Zug zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016341), wobei allerdings das Anbot der Rückstellung der Gegenleistung nicht Voraussetzung des wirksamen Rücktrittes ist (SZ 24/54; Reischauer in Rummel ABGB3 römisch eins Paragraph 918, ABGB Rz 6). Im vorliegenden Fall hat aber die Klägerin einen Rückübereignunganspruch noch gar nicht gerichtlich geltend gemacht. Sie hat vielmehr ausdrücklich erklärt, dass ein solcher Anspruch "vorläufig nicht Gegenstand des Verfahrens" sei. Der eingeklagte Unterlassungsanspruch dient bei der vorliegenden Konstellation bloß der Sicherung des Rückwicklungsanspruches und bildet keinen selbständigen, hievon zu trennenden Anspruch. Nur dann, wenn die Klägerin das Eigentum am Miteigentumsanteil an der Liegenschaft zurückverlangt, hat sie auch das Recht, sich gegen Veränderungen des bisherigen Zustandes durch die Beklagte zur Wehr zu setzen. Andernfalls ergäbe sich die für die Erstbeklagte unhaltbare Situation, dass sie Miteigentümerin der Liegenschaft und des darauf errichteten Bauwerkes bliebe, ohne dieses je fertig stellen zu können.

§ 418 letzter Satz ABGB kommt hier nicht zum Tragen. Vielmehr sind die Erstbeklagte und zwei weitere Personen (bis zur Rückübertragung der Liegenschaft) weiterhin Miteigentümer der Liegenschaft und gemäß § 297 ABGB auch des darauf teilweise errichteten Bauwerkes. Das Gebäude wurde nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsteile für die Käufer und nunmehrigen Eigentümer der Liegenschaft und nicht für die Klägerin errichtet. Daher kann sich die Klägerin zur Begründung ihres Unterlassungsanspruches auch nicht auf ihr Eigentum am Bauwerk und daher auf den Eingriff in ein absolut geschütztes Recht berufen. Aus der vertraglichen Verpflichtung der Erstbeklagten, die Bauführung der Klägerin zu überlassen und nur von dieser beigezogene Professionisten zur Durchführung von Sonderwünschen zu beauftragen, kann sich die Klägerin deshalb nicht berufen, weil sie zugleich die wirksame Auflösung des Vertragsverhältnisses durch begründeten Vertragsrücktritt behauptete.Paragraph 418, letzter Satz ABGB kommt hier nicht zum Tragen. Vielmehr sind die Erstbeklagte und zwei weitere Personen (bis zur Rückübertragung der Liegenschaft) weiterhin Miteigentümer der Liegenschaft und gemäß Paragraph 297, ABGB auch des darauf teilweise errichteten Bauwerkes. Das Gebäude wurde nach dem übereinstimmenden Willen der

Vertragsteile für die Käufer und nunmehrigen Eigentümer der Liegenschaft und nicht für die Klägerin errichtet. Daher kann sich die Klägerin zur Begründung ihres Unterlassungsanspruches auch nicht auf ihr Eigentum am Bauwerk und daher auf den Eingriff in ein absolut geschütztes Recht berufen. Aus der vertraglichen Verpflichtung der Erstbeklagten, die Bauführung der Klägerin zu überlassen und nur von dieser beigezogene Professionisten zur Durchführung von Sonderwünschen zu beauftragen, kann sich die Klägerin deshalb nicht berufen, weil sie zugleich die wirksame Auflösung des Vertragsverhältnisses durch begründeten Vertragsrücktritt behauptete.

Mit der beantragten einstweiligen Verfügung könnte daher allenfalls ein Anspruch auf Rückübereignung der Miteigentumsanteile an der Liegenschaft mit dem Bauwerk in seinem jetzigen Zustand gesichert werden. Die gesonderte Geltendmachung des Unterlassungsanspruches im Hauptverfahren ist jedoch nicht schlüssig.

Soweit der Unterlassungsanspruch im Hauptverfahren gegenüber dem Zweitbeklagten erhoben wurde, ist er schon deshalb nicht plausibel begründet, weil die vom Zweitbeklagten durchgeführten Bauarbeiten ausschließlich auf einem Vertragsverhältnis mit der Erstbeklagten beruhen. Der Zweitbeklagte steht mit der Klägerin insoweit in keiner vertraglichen Verbindung. Ihm gegenüber kann ein allenfalls im Verhältnis zur Erstbeklagten bestehender Rückabwicklungsanspruch nicht geltend gemacht werden. Mangels bücherlichen Eigentums der Klägerin kann sie sich auch nicht auf einen Eingriff des Zweitbeklagten in ein absolut geschütztes Rechtsgut berufen.

Die begehrte Sicherung des Unterlassungsbegehrens ist daher mangels Anspruchsbescheinigung abzuweisen. Die im Ergebnis zutreffenden antragsabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen sind somit zu bestätigen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens beruht auf den §§ 402 Abs 4, 78 EO, §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO.Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens beruht auf den Paragraphen 402, Absatz 4,, 78 EO, Paragraphen 41, und 50 Absatz eins, ZPO.

Textnummer

E73480

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2004:0060OB00089.04P.0429.000

Im RIS seit

29.05.2004

Zuletzt aktualisiert am

10.04.2012

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