

# TE OGH 2000/11/21 5Ob282/00g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.11.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann, Dr. Hradil und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Margit A\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Albert Heiss, Rechtsanwalt in Innsbruck, und 2.) Erwin B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Günther Egger, Dr. Karl Heiß, Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hermann Holzmann, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Leistung (Streitinteresse jeweils S 200.000,-- sA), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 5. Juli 2000, GZ 3 R 145/00y-49, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 9. Februar 2000, GZ 6 Cg 201/98i-42, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien binnen 14 Tagen je die mit je S 9.900,-- (darin enthalten S 1.650,-- USt) bestimmten Kosten ihrer Revisionsbeantwortungen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Erstklägerin hat als Wohnungseigentumsbewerberin mit der Beklagten am 12. 10. 1992 eine Vereinbarung geschlossen, wonach sie in der von der Beklagten zu errichtenden Wohnanlage V\*\*\*\*\* die Wohneinheit top 5 mit einer Nutzfläche von 85,08 m2 und einem Autoabstellplatz ins Wohnungseigentum übertragen erhält. Eine gleichartige Vereinbarung hat der Zweitkläger ebenfalls als Wohnungseigentumsbewerber mit der Beklagten am 29. 1. 1994 betreffend die Wohneinheit top 2 mit einer Nutzfläche von 84,35 m2 und dazugehörigem Autoabstellplatz abgeschlossen.

In den Verträgen war festgehalten, dass die Wohnungseigentumseinheiten nach Maßgabe des Baubescheides der Gemeinde B\*\*\*\*\* vom 11. 7. 1991 schlüsselfertig in der laut Baubeschreibung vorgesehenen Ausstattung übergeben werden. Der Baubescheid schrieb in bezug auf den Schallschutz die Einhaltung der Erfordernisse der Ö-Norm B 8115 Teil 1 und 2 vor. Besitz und Genuss, Wag und Gefahr sollten vereinbarungsgemäß mit Übergabe der Wohnung auf die Eigentumsnehmer übergehen. Die Wohnungen wurden der Erstklägerin und dem Zweitkläger von der Beklagten am 8. 3. 1995 übergeben. Die Verbücherung des Eigentumsrechts an den Wohneinheiten ist bisher nicht erfolgt.

In der Bau- und Ausstattungsbeschreibung der Beklagten ist darauf verwiesen, dass die Fußböden auf schall- und wärmeisolierten schwimmenden Estrichen verlegt werden und Sonderwünsche für Beläge nur mit schriftlicher Bewilligung des Bauträgers unter Bedachtnahme auf die geltenden Bauvorschriften möglich sind.

Die Beklagte hatte mit der Verlegung der Fliesenböden die Firma S\*\*\*\*\* und mit der Verlegung der übrigen Böden die Firma W\*\*\*\*\* beauftragt. Den Wohnungseigentumswerbenden wurde ein Merkblatt für die Sonderwünsche übergeben, in dem unter anderem festgehalten wurde:

"Sollten Sie eine Änderung der Standardausführung Ihrer Einheit nach Ihren persönlichen Vorstellungen wünschen, so sind grundsätzlich die bauausführenden Firmen damit zu beauftragen. Alle Änderungswünsche müssen jedoch unbedingt zuvor mit dem Bauleiter bzw auch mit dem Architekten besprochen werden, sodann ist der Auftrag zur Ausführung der Sonderwünsche den bauausführenden Firmen termingerecht schriftlich zu erteilen. Wir bitten Sie um Verständnis, dass nur solche Änderungswünsche berücksichtigt werden können, unter denen das Baugeschehen nicht leidet und die keine statisch konstruktiven Teile betreffen. Grundsätzlich bedürfen alle Sonderwünsche der Zustimmung des Bauherrn bzw des Bauleiters als dessen Vertreter."

Am 27. 6. 1994 bat die Firma W\*\*\*\*\* die Wohnungseigentumswerker, sich bis zum 22. 7. 1994 mit ihrem Herrn E\*\*\*\*\* telefonisch in Verbindung zu setzen, um in Ruhe die gewünschten Qualitäten und Farben fixieren zu können. Mit Schreiben vom 23. 8. 1994 teilte das Büro Baumeister Ing. Anton R\*\*\*\*\* den Wohnungseigentumswerbenden mit, dass die Estricharbeiten am 12. 9. 1994 begonnen werden und man daher wissen müsse, welche Bodenbeläge in den Wohnungen verlegt werden. Es wurde um Mitteilung bis spätestens 1. 9. 1994 ersucht und angemerkt, dass von den Standardböden ausgegangen werde, wenn bis zum genannten Datum keine Angaben gemacht werden. In der Folge haben die Wohnungseigentumswerker ihre Sonderwünsche der Firma W\*\*\*\*\* bekannt gegeben, die dann die betreffenden Aufträge, darunter auch jene der Erstklägerin, am 25. 7. 1994 bestätigte. Die Bodenverlegearbeiten wurden in weiterer Folge von den Firmen S\*\*\*\*\* und W\*\*\*\*\* zum Teil in Standardausführung, zum Teil als Sonderwünsche ausgeführt.

Teilweise haben Wohnungseigentumswerker andere Professionisten, die nicht von der Beklagten beauftragt waren, mit der Verlegung beauftragt und Verlegungen auch selbst ausgeführt.

Die Erstklägerin ließ als Sonderwunsch im Wohnzimmer einen Parkettboden von der Firma W\*\*\*\*\* verlegen; anstelle der in den anderen Räumen vorgesehenen PVC- und Teppichböden laut Standardausführung hat sie Laminatboden bei der Firma W\*\*\*\*\* gekauft und privat verlegen lassen, ebenso den Steinboden in Küche und Vorraum. Die Fliesen in Bad und WC sind von der Firma S\*\*\*\*\* verlegt worden.

Der Zweitkläger hat keine Sonderwünsche geäußert. In seiner Wohnung wurde alles in Standardausführung verlegt.

Das Planungsbüro Baumeister Ing. Anton R\*\*\*\*\*, welches die Bauleitung über hatte, legte den Wohnungseigentumswerbenden ein Schreiben zur Unterfertigung vor, worin darauf aufmerksam gemacht wurde, dass Arbeiten, die in Eigenleistung erbracht werden (zB Teppich-, Fliesen-, Parkettverlegung usw) auf eigene Gefahr geschähen und somit kein Anspruch auf Garantie- und Mängelbehebung bestehe (zB Fliese kaputt, Parkettboden, Brandflecke durch Arbeiten in der Wohnung). Der Kücheneinbau wurde erst eine Woche vor Schlüsselübergabe gestattet. Diese Erklärung ließ sich Markus A\*\*\*\*\*, der Büroangestellte bei Ing. R\*\*\*\*\*, von den Wohnungseigentumswerbenden, die Eigenleistungen erbrachten, unterfertigen. Für die Erstklägerin hat deren Mutter die Erklärung unterschrieben, ohne sie näher durchzulesen.

Die in Eigenleistung erbrachten Verlegungen wurden von der Beklagten bzw deren Bauleitung nicht überprüft. Entgegen dem ursprünglichen schriftlichen Hinweis durften Sonderwünsche entweder die Firmen erledigen, die von der Beklagten mit der Verlegung der Böden beauftragt waren, oder andere Firmen. Es war nicht so, dass nur die Firmen S\*\*\*\*\* und W\*\*\*\*\* beauftragt werden konnten. Hinsichtlich aller Sonderwünsche erklärte jedoch die Beklagte, dass sie für diese keine Haftung übernehme.

Mit den am 5. 3. 1998 beim Erstgericht eingebrachten und zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Klagen beehrten die Kläger (nach einer Klageseinschränkung), die Beklagte schuldig zu erkennen, binnen einer vom Gericht festzusetzenden Leistungsfrist sämtliche die Wohnung der Erstklägerin top 5 bzw die Wohnung des Zweitklägers top 2 der Wohnungseigentumsanlage V\*\*\*\*\*) betreffenden Trittschallschutzmängel derart zu beheben, dass der erforderliche Schallschutz sowohl der geltenden Ö-Norm B 8115, Teil 2, Ausgabe November 1992, als auch der Bau- und Ausstattungsbeschreibung, welche einen integrierenden Bestandteil der Vereinbarungen vom 12. 2. 1992 bzw 29. 1. 1994 bildet, entspricht. In eventu beehrten die Kläger den Zuspruch von jeweils S 200.000,-- samt 4 % Zinsen seit dem Tag der Klagszustellung.

Hiezu machten die Kläger im Wesentlichen geltend, dass ihre Wohnungseigentumseinheiten gravierende Mängel im Bereich des Trittschallschutzes aufwiesen. Dieser entspreche zum überwiegenden Teil nicht den Mindestanforderungen der Ö-Norm B 8115, Teil 2. Er erfülle auch nicht die in der Bau- und Ausstattungsbeschreibung zugesicherten Eigenschaften. Die Beklagte hafte für die Mängelfreiheit des Werkes gemäß den Gewährleistungsbestimmungen des ABGB, weiters für die Erfüllung der mit den Klägern abgeschlossenen Verträge, daneben aber auch aus dem Titel des Schadenersatzes, da sie die Schutznormbestimmungen der technischen Bauvorschriften nicht beachtet und ihre Bauaufsichts- und Aufklärungspflicht verletzt habe, weil sie die Verlegung von Böden in Eigenregie nicht überprüft habe. Für den Fall, dass es der Beklagten nicht zumutbar sei, die umfangreichen Schallschutzmängel zu beheben, werde eine Preisminderung in Höhe von jeweils S 200.000,-- begehrt.

Die Beklagte bestritt das Klagsvorbringen, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, dass sie zur Klagsführung keinen Anlass gegeben habe. Von allfälligen Trittschallmängeln habe sie erstmals am 19. 2. bzw 3. 3. 1998 Kenntnis erlangt. Das von ihr daraufhin kontaktierte Planungs- und Bauleitungsbüro Ing. Anton R\*\*\*\*\* habe Planungs- bzw Konstruktionsfehler ausgeschlossen, nicht jedoch Ausführungsfehler. Daraufhin habe die Beklagte sämtlichen Wohnungseigentümern versichert, dass die von ihr zu vertretenden Mängel behoben würden. Den Klägern fehle die Aktivlegitimation. Die behaupteten Trittschallmängel beträfen allgemeine Teile der Liegenschaft, weshalb die Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen der Wohnungseigentümergeinschaft vorbehalten sei. Die Trittschallmängel seien auch nicht von der Beklagten zu vertreten. Sie hätten ihre Ursache darin, dass Bodenbeläge von den Miteigentümern in Eigenregie bzw in Sonderwunschausführung außerhalb der Verantwortung der Beklagten mangelhaft durchgeführt worden seien.

Das Erstgericht gab dem Hauptbegehren der Kläger statt. Es traf dazu - ergänzend zum eingangs angeführten Sachverhalt - noch folgende wesentliche Feststellungen:

Schon beim Einzug in die Wohnungen haben die Wohnungseigentumswerber Mängel betreffend Schallschutz bemerkt. Diese wurden alsbald dem seinerzeitigen Bauleiter vom Büro R\*\*\*\*\*, Markus A\*\*\*\*\*, bekannt gegeben. Dieser erklärte, es sei alles immer professionell gemacht worden; wenn die Wohnungsbewerber meinen, dass etwas nicht passe, müssten sie ein Gutachten erstellen lassen, das aber viel kosten würde. Die Wohnungseigentumswerber müssten Fehler beweisen. Auch bei den Hausversammlungen sind die Schallprobleme von mehreren Wohnungseigentümern angesprochen worden. Dabei waren auch Herr A\*\*\*\*\* und eine Frau K\*\*\*\*\* von der Hausverwaltung der Beklagten anwesend. Letztere teilte den Standpunkt des A\*\*\*\*\*. Als die Beklagte in der Folge nichts unternahm, hat der Wohnungseigentumsbewerber DI Dr. Michael F\*\*\*\*\* Messungen durchgeführt und festgestellt, dass der Luftschallwert geringfügig, der Trittschallwert erheblich überschritten wird. Er regte an, Messungen durch den beeideten Sachverständigen Dr. E\*\*\*\*\* durchführen zu lassen, was dann im Auftrag der Wohnungseigentümergeinschaft auch am 21. 2. 1998 erfolgte. Der Sachverständige stellte Überschreitungen der Schallschutzwerte fest.

Da die Kläger befürchteten, dass eine Verjährung ihrer Ansprüche auf Behebung der Schallmängel drei Jahre nach Übergabe der Wohnungen eintreten könnte, wandte sich der Zweitkläger an die Beklagte, um die Abgabe eines Verjährungsverzichtes zu erreichen. Von dieser wurde ihm jedoch erklärt, dass man mit dem Gutachten von Dr. E\*\*\*\*\* als Privatgutachten bei Gericht nicht durchkommen werde. Die Beklagte werde alles tun, um zu obsiegen. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist wurde nicht in Aussicht gestellt, weshalb die Kläger am 5. 3. 1998 die Klage einbrachten. Auch der Wohnungseigentumsbewerber DI Dr. F\*\*\*\*\* hatte sich am 4. 3. 1998 an Mag. Gerd A\*\*\*\*\* der Beklagten gewendet. Diesem gegenüber hat die Beklagte einen Verjährungsverzicht abgegeben.

Die von der Beklagten den Klägern übergebenen Wohnungen entsprechen weder dem Schallschutz der Ö-Norm B 8115, Teil 2, Ausgabe November 1992, noch der zwischen den Streitparteien vereinbarten Bau- und Ausstattungsbeschreibung. Bei den Messungen, die der gerichtlich bestellte Sachverständige Ing. Lothar K\*\*\*\*\* am 17. 12. 1998 durchführte, ergab sich, dass der Luftschallschutz in allen untersuchten Fällen die Mindestanforderungen gemäß Ö-Norm B 8115 erfüllt, der Trittschallschutz bei allen untersuchten Stein- und Fliesenbelägen jedoch nicht. Es sind wesentliche behebbare Mängel vorhanden. Die Mängelursache liegt in der Verarbeitung. Bei einer Beurteilung nach dem laut Baubeschreibung zu erwartenden Trittschallschutz erfüllt lediglich ein Boden von 18 untersuchten Fällen die Anforderung, wobei das Stiegenhaus als ein Boden gerechnet wurde. Der nicht ausreichende Trittschallschutz ist auf Ausführungsfehler zurückzuführen, wobei der wesentliche Anteil im Bereich der Oberbeläge (Fliesen- und Steinbelag) liegt. Es ist aber anzunehmen, dass auch im Bereich des Estrichs, besonders bei den Tür- und

Zargenanschlüssen Fehler gemacht wurden. Bei der Verlegung des Estrichs und des Oberbelages (Fliesen, Parkett oder ähnliches) ist es entscheidend, dass der Estrich mit dem jeweiligen Oberbelag schwimmend verlegt wird. Zu diesem Zweck wird vor Einbringen des Estrichs ein seitlicher Randstreifen aus Isoliermaterial angebracht, um die Estrichplatte von den angrenzenden Wänden zu trennen. Eine Kontrolle an drei Stellen in top 8 und im Stiegenhaus zeigte, dass diese Trennung von Estrich zur Wand ordnungsgemäß vorhanden war. Bei der Verlegung des Oberbelages (Fliesen- und Steinbelag) wurde diese Randfuge dann allerdings überbrückt. Die seitliche Sockelleiste steht ohne elastische Trennfuge auf dem Bodenbelag auf und überbrückt somit, den ganzen Raum umlaufend, die Estrichtrennfuge. Es ist auch anzunehmen, dass die Fuge zwischen schwimmendem Estrich und Wand hinter der Sockelleiste zumindest stellenweise mit Fliesenkleber überbrückt wurde. Dazu kommen Schallbrücken im Bereich der Türzargen. Der Oberbelag stößt ohne Trennfuge an die Türzargen und bildet somit weitere Schallbrücken. Ob der darunter liegende Estrich ebenfalls mit der Türzarge verbunden ist, wurde nicht untersucht. Der Wohnungseigentumswerber T\*\*\*\*\* (top 8) wies allerdings darauf hin, dass er beobachtet habe, dass bei der Verlegung des Estrichs eine Trennung von Estrich zur Zarge nicht erfolgte. Ausgenommen davon ist das allgemein zugängliche Stiegenhaus. Hier ist die genannte Trennfuge zwischen Sockelleiste und Bodenbelag angebracht. Der nicht ausreichende Trittschallschutz ist hier auf Schallbrücken bei den stirnseitigen Deckenabschlüssen zurückzuführen. Auf Grund der Messergebnisse ist zu vermuten, dass im Stiegenhaus zusätzlich zur vorgenannten Ursache die akustische Trennung auch im Bereich der Wohnungseingangstüren fehlt. Es ist anzunehmen, dass diese Schallbrücken bei der Schwelle der Wohnungseingangstüren beim Oberbelag wie auch beim Estrich vorhanden sind.

Für die Behebung der Trittschallmängel im Sinne eines Ö-Norm-gerechten Trittschallschutzes laufen Kosten von S 529.020,-- einschließlich USt auf. Diese Kosten umfassen nur einen Teil der Wohnanlage, in welchem die schalltechnischen Messungen durchgeführt wurden. Die Wohnung top 7 im Dachgeschoss ist hiervon nicht erfasst. Der Zugang zu dieser Wohnung war nicht möglich, weil der Wohnungsnutzer die Wohnung dem Sachverständigen nicht öffnete. Während der Sanierungsphase ist eine Nutzung der Wohneinheiten, wenn auch die Küchen ausgebaut werden, erfahrungsgemäß nicht möglich. Bei einer koordinierten Sanierung ergibt sich die Zeit für die Nichtbenutzbarkeit einer Wohneinheit mit zehn Arbeitstagen.

Die Wohnungseigentumswerber wurden bei Abschluss ihrer Vereinbarungen von der Beklagten verpflichtet, die Hausverwaltung durch die R\*\*\*\*\* GmbH durchführen zu lassen. Diese Gesellschaft ist nunmehr eine Tochter der Beklagten.

Am 4. 3. 1998 hat der Geschäftsführer der Beklagten Mag. Gerd A\*\*\*\*\* an alle Eigentümer bzw Wohnungseigentümer ein Schreiben geschickt, dass die Beklagte selbstverständlich für festzustellende von ihr zu vertretende Mängel aufkommen werde.

Die Wohnungseigentumswerber haben in einer Hausversammlung den Mehrheitsbeschluss gefasst, die Trittschallschutzmängel in der Wohnanlage gegenüber der Beklagten geltend zu machen. Die Mehrheit (der Wohnungseigentumsbewerber) hat daher auch analoge Klagen gegen die Beklagte eingebracht (6 Cg 203 bis 214/98 LG Innsbruck).

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Ansicht, dass der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation der Kläger nicht berechtigt sei. Rühre der Gewährleistungsanspruch aus einem vom Erwerber einer Wohnung mit dem Bauträger abgeschlossenen Vertrag her, sei nur der Erwerber und nicht die (allenfalls noch gar nicht bestehende) dingliche Rechtsgemeinschaft forderungsberechtigt. Dies gelte auch dann, wenn die Mängel nicht das eigene Wohnungseigentumsobjekt, sondern allgemeine Teile des Hauses betreffen. Auch die Bedachtnahme auf die Interessen anderer Wohnungseigentümer zwingt nicht zur Verneinung der Klagslegitimation des einzelnen Wohnungseigentümers. Zwar könnten unterschiedliche Interessen bei der Wahl der Gewährleistungsbehelfe (Verbesserung oder Preisminderung) nicht unberücksichtigt bleiben, weshalb bei Bestehen einer dinglichen Rechtsgemeinschaft am Erfordernis eines Mehrheitsbeschlusses festzuhalten sei. Bei Gefahr der Verfristung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an allgemeinen Teilen des Hauses sei aber in analoger Anwendung des § 13a Abs 2 Satz 2 WEG ein Mehrheitsbeschluss nicht schon bei Klagseinbringung durch den einzelnen Wohnungseigentümer erforderlich. Überdies liege im vorliegenden Fall ein solcher Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentumswerber ohnehin vor und habe die Mehrheit der Wohnungseigentumswerber deshalb auch analoge Klagen eingebracht. In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Ansicht, dass der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation der Kläger nicht berechtigt sei. Rühre der Gewährleistungsanspruch aus einem vom

Erwerber einer Wohnung mit dem Bauträger abgeschlossenen Vertrag her, sei nur der Erwerber und nicht die (allenfalls noch gar nicht bestehende) dingliche Rechtsgemeinschaft forderungsberechtigt. Dies gelte auch dann, wenn die Mängel nicht das eigene Wohnungseigentumsobjekt, sondern allgemeine Teile des Hauses betreffen. Auch die Bedachtnahme auf die Interessen anderer Wohnungseigentümer zwingt nicht zur Verneinung der Klagslegitimation des einzelnen Wohnungseigentümers. Zwar könnten unterschiedliche Interessen bei der Wahl der Gewährleistungsbefehle (Verbesserung oder Preisminderung) nicht unberücksichtigt bleiben, weshalb bei Bestehen einer dinglichen Rechtsgemeinschaft am Erfordernis eines Mehrheitsbeschlusses festzuhalten sei. Bei Gefahr der Verfristung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an allgemeinen Teilen des Hauses sei aber in analoger Anwendung des Paragraph 13 a, Absatz 2, Satz 2 WEG ein Mehrheitsbeschluss nicht schon bei Klagseinbringung durch den einzelnen Wohnungseigentümer erforderlich. Überdies liege im vorliegenden Fall ein solcher Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentumsgeber ohnehin vor und habe die Mehrheit der Wohnungseigentumsgeber deshalb auch analoge Klagen eingebracht.

Die Beklagte hafte für die in der Anlage vorliegenden Trittschallschutzmängel aus dem Titel der Gewährleistung nach §§ 922 ff ABGB. Hinsichtlich der von der Beklagten zur Gänze in Auftrag gegebenen mangelhaften Estrich- und Belagsarbeiten (sowohl in Standard- als auch Sonderwunschausführung, die lediglich andere Farben und bessere Qualität betroffen habe) könne hieran kein Zweifel bestehen, da seitens der Beklagten auch kein Hinweis erfolgte, dass die von den Wohnungseigentumsgebern geltend gemachten Sonderwünsche Probleme mit dem Schallschutz hervorrufen könnten. Die Beklagte habe aber auch für jene Schallschutzmängel einzutreten, welche aus den von den Wohnungseigentumsgebern selbst oder von ihnen beauftragten Firmen, die nicht am Bau und im Auftrag der Beklagten tätig waren, resultieren. Auf Grund der mit den Wohnungseigentumsgebern abgeschlossenen Vereinbarungen wäre die Beklagte zur Kontrolle verpflichtet gewesen, um Trittschallschutzmängel durch unsachgemäße Verlegearbeiten hintanzuhalten. Die Eigenregiearbeiten der Wohnungseigentumsgeber seien von der Beklagten und ihrer Bauleitung aber weder überwacht noch kontrolliert worden. Die Beklagte sei sohin zur Behebung aller Trittschallschutzmängel verpflichtet, weshalb dem Hauptbegehren der Kläger stattzugeben gewesen sei. Die Beklagte hafte für die in der Anlage vorliegenden Trittschallschutzmängel aus dem Titel der Gewährleistung nach Paragraphen 922, ff ABGB. Hinsichtlich der von der Beklagten zur Gänze in Auftrag gegebenen mangelhaften Estrich- und Belagsarbeiten (sowohl in Standard- als auch Sonderwunschausführung, die lediglich andere Farben und bessere Qualität betroffen habe) könne hieran kein Zweifel bestehen, da seitens der Beklagten auch kein Hinweis erfolgte, dass die von den Wohnungseigentumsgebern geltend gemachten Sonderwünsche Probleme mit dem Schallschutz hervorrufen könnten. Die Beklagte habe aber auch für jene Schallschutzmängel einzutreten, welche aus den von den Wohnungseigentumsgebern selbst oder von ihnen beauftragten Firmen, die nicht am Bau und im Auftrag der Beklagten tätig waren, resultieren. Auf Grund der mit den Wohnungseigentumsgebern abgeschlossenen Vereinbarungen wäre die Beklagte zur Kontrolle verpflichtet gewesen, um Trittschallschutzmängel durch unsachgemäße Verlegearbeiten hintanzuhalten. Die Eigenregiearbeiten der Wohnungseigentumsgeber seien von der Beklagten und ihrer Bauleitung aber weder überwacht noch kontrolliert worden. Die Beklagte sei sohin zur Behebung aller Trittschallschutzmängel verpflichtet, weshalb dem Hauptbegehren der Kläger stattzugeben gewesen sei.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung (mit hier nicht weiter interessierenden Maßgaben) aus folgenden Erwägungen:

Die Aktivlegitimation der Kläger sei zu bejahen. In den Entscheidungen 5 Ob 147/97x (= SZ 70/129) und 5 Ob 274/97y (= AnwBl 1998/7516) habe der Oberste Gerichtshof übereinstimmend ausgeführt, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzanspruch nach herrschender Ansicht Gesamthandforderungen der Liegenschaftseigentümer seien, sodass in sinngemäßer Anwendung der §§ 825 ff ABGB nur die Miteigentümerge Mehrheit bestimmen könne, ob und in welcher Art sie geltend gemacht werden. Bei bestehendem Wohnungseigentum werde man daher seit dem Inkrafttreten des 3. WÄG die Wohnungseigentümergeinschaft als legitimiert ansehen müssen (§ 13c WEG). Wenn der Anspruch allerdings aus einem vom Erwerber einer Wohnung mit dem Bauträger abgeschlossenen Vertrag herrührt, sei nur der Erwerber und nicht die (allenfalls noch gar nicht bestehende) dingliche Rechtsgemeinschaft forderungsberechtigt. Im vorliegenden Fall sei eine dingliche Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 13c WEG noch gar nicht existent, sodass eine Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen durch diese gar nicht erfolgen könne. Zwar dürften bei der Verfolgung der klagsgegenständlichen Ansprüche die Interessen der anderen Miteigentümer nicht unberücksichtigt bleiben; vorliegendenfalls liege aber der Klagsführung ohnehin ein

entsprechender Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer zugrunde und habe auch die Mehrheit der Miteigentümer gleichartige Klagen zur Durchsetzung ihrer Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte eingebracht, sodass an der Aktivlegitimation der Kläger kein Zweifel bestehe. Die Aktivlegitimation der Kläger sei zu bejahen. In den Entscheidungen 5 Ob 147/97x (= SZ 70/129) und 5 Ob 274/97y (= AnwBl 1998/7516) habe der Oberste Gerichtshof übereinstimmend ausgeführt, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzanspruch nach herrschender Ansicht Gesamthandforderungen der Liegenschaftseigentümer seien, sodass in sinngemäßer Anwendung der Paragraphen 825, ff ABGB nur die Miteigentümerge Mehrheit bestimmen könne, ob und in welcher Art sie geltend gemacht werden. Bei bestehendem Wohnungseigentum werde man daher seit dem Inkrafttreten des 3. WÄG die Wohnungseigentümergeinschaft als legitimiert ansehen müssen (Paragraph 13 c, WEG). Wenn der Anspruch allerdings aus einem vom Erwerber einer Wohnung mit dem Bauträger abgeschlossenen Vertrag herrührt, sei nur der Erwerber und nicht die (allenfalls noch gar nicht bestehende) dingliche Rechtsgemeinschaft forderungsberechtigt. Im vorliegenden Fall sei eine dingliche Wohnungseigentümergeinschaft gemäß Paragraph 13 c, WEG noch gar nicht existent, sodass eine Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen durch diese gar nicht erfolgen könne. Zwar dürften bei der Verfolgung der klagsgegenständlichen Ansprüche die Interessen der anderen Miteigentümer nicht unberücksichtigt bleiben; vorliegendenfalls liege aber der Klagsführung ohnehin ein entsprechender Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer zugrunde und habe auch die Mehrheit der Miteigentümer gleichartige Klagen zur Durchsetzung ihrer Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte eingebracht, sodass an der Aktivlegitimation der Kläger kein Zweifel bestehe.

Gemäß den getroffenen Vereinbarungen habe die Beklagte den Klägern ihre jeweilige Wohnungseigentumseinheit in der laut Baubeschreibung vorgesehenen Ausstattung zu übergeben. In der Bau- und Ausstattungsbeschreibung sei darauf hingewiesen worden, dass die Fußböden auf schall- und wärmeisolierten schwimmenden Estrichen verlegt werden und Sonderwünsche für Beläge nur mit Bewilligung des Bauträgers unter Bedachtnahme auf die geltenden Bauvorschriften möglich sind. Die den Klägern übergebenen Wohnungen entsprächen weder dem Schallschutz der Ö-Norm B 8115, Teil 2, Ausgabe November 1992, noch der vereinbarten Bau- und Ausstattungsbeschreibung. Der Trittschallschutz erfülle die Anforderungen gemäß Ö-Norm B 8115 bei allen untersuchten Stein- und Fliesenbelägen nicht, wobei es sich um einen wesentlichen behebbaren Mangel handle. Soweit der mangelhafte Trittschallschutz auf eine allenfalls unsachgemäße Verlegung des Estrichs (Fehlen einer Randfuge) zurückzuführen ist, handle es sich um einen Bauausführungsfehler, den die Beklagte jedenfalls im Rahmen der Gewährleistung zu vertreten hat. Dasselbe gelte für die unsachgemäße Anbringung der Oberbeläge, soweit sie von den bauausführenden Firmen der Beklagten entsprechend dem vorgesehenen Ausstattungsstandard oder den genehmigten Sonderwünschen der Wohnungseigentumsbewerber durchgeführt wurden, weil auch in diesen Fällen die Beklagte für die normgerechte Ausführung durch ihre Erfüllungsgehilfen (Firma W\*\*\*\*\* und Firma S\*\*\*\*\*) einzustehen habe. Demnach komme aber dem Begehren des Zweitklägers, der keinerlei von der Standardausführung abweichende Sonderwünsche durchführen ließ, auf Behebung der seine Wohnungseigentumseinheit betreffenden Trittschallschutzmängel im Rahmen seines Gewährleistungsanspruches nach § 1167 ABGB Berechtigung zu. Gemäß den getroffenen Vereinbarungen habe die Beklagte den Klägern ihre jeweilige Wohnungseigentumseinheit in der laut Baubeschreibung vorgesehenen Ausstattung zu übergeben. In der Bau- und Ausstattungsbeschreibung sei darauf hingewiesen worden, dass die Fußböden auf schall- und wärmeisolierten schwimmenden Estrichen verlegt werden und Sonderwünsche für Beläge nur mit Bewilligung des Bauträgers unter Bedachtnahme auf die geltenden Bauvorschriften möglich sind. Die den Klägern übergebenen Wohnungen entsprächen weder dem Schallschutz der Ö-Norm B 8115, Teil 2, Ausgabe November 1992, noch der vereinbarten Bau- und Ausstattungsbeschreibung. Der Trittschallschutz erfülle die Anforderungen gemäß Ö-Norm B 8115 bei allen untersuchten Stein- und Fliesenbelägen nicht, wobei es sich um einen wesentlichen behebbaren Mangel handle. Soweit der mangelhafte Trittschallschutz auf eine allenfalls unsachgemäße Verlegung des Estrichs (Fehlen einer Randfuge) zurückzuführen ist, handle es sich um einen Bauausführungsfehler, den die Beklagte jedenfalls im Rahmen der Gewährleistung zu vertreten hat. Dasselbe gelte für die unsachgemäße Anbringung der Oberbeläge, soweit sie von den bauausführenden Firmen der Beklagten entsprechend dem vorgesehenen Ausstattungsstandard oder den genehmigten Sonderwünschen der Wohnungseigentumsbewerber durchgeführt wurden, weil auch in diesen Fällen die Beklagte für die normgerechte Ausführung durch ihre Erfüllungsgehilfen (Firma W\*\*\*\*\* und Firma S\*\*\*\*\*) einzustehen habe. Demnach komme aber dem Begehren des

Zweitklägers, der keinerlei von der Standardausführung abweichende Sonderwünsche durchführen ließ, auf Behebung der seine Wohnungseigentumseinheit betreffenden Trittschallschutzmängel im Rahmen seines Gewährleistungsanspruches nach Paragraph 1167, ABGB Berechtigung zu.

Was die Wohnungseigentumseinheit der Erstklägerin anlangt, erfülle diese in Bezug auf Trittschallschutz ebenfalls nicht die zugesagten Voraussetzungen. Auch hier handle es sich bei dem unzureichenden Trittschallschutz um einen wesentlichen, behebbaren Mangel. Die Beklagte habe daher im Rahmen der Gewährleistung nach § 1167 ABGB die allenfalls nicht fachgerechte Anbringung des Estrichs und der Oberbeläge zu beheben, soweit letztere durch ihre bauausführenden Firmen im Rahmen des Standardprogramms oder als von der Beklagten bewilligter Sonderwunsch erfolgte, und zwar in dem Umfang, als dies zur Erreichung eines den vertraglichen Vereinbarungen mit der Erstklägerin entsprechenden Trittschallschutzes in deren Wohneinheit top 5 erforderlich ist. Dass die Abrechnung der Sonderwünsche direkt mit den bauausführenden Firmen erfolgte, ändere am Verbesserungsanspruch der Erstklägerin nichts. Was die Wohnungseigentumseinheit der Erstklägerin anlangt, erfülle diese in Bezug auf Trittschallschutz ebenfalls nicht die zugesagten Voraussetzungen. Auch hier handle es sich bei dem unzureichenden Trittschallschutz um einen wesentlichen, behebbaren Mangel. Die Beklagte habe daher im Rahmen der Gewährleistung nach Paragraph 1167, ABGB die allenfalls nicht fachgerechte Anbringung des Estrichs und der Oberbeläge zu beheben, soweit letztere durch ihre bauausführenden Firmen im Rahmen des Standardprogramms oder als von der Beklagten bewilligter Sonderwunsch erfolgte, und zwar in dem Umfang, als dies zur Erreichung eines den vertraglichen Vereinbarungen mit der Erstklägerin entsprechenden Trittschallschutzes in deren Wohneinheit top 5 erforderlich ist. Dass die Abrechnung der Sonderwünsche direkt mit den bauausführenden Firmen erfolgte, ändere am Verbesserungsanspruch der Erstklägerin nichts.

Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten habe diese aber auch für die Trittschallschutzmängel einzustehen, die aus der nicht fachgerechten, durch Fremdfirmen oder in Eigenregie durchgeführten Verlegung von Oberbelägen resultieren. Wenngleich die Wohnungseigentumsbewerber in einem Merkblatt von der Beklagten darauf hingewiesen wurden, dass Abweichungen vom Standardprogramm mit dem Bauleiter bzw den Architekten besprochen und durch die bauausführenden Firmen ausgeführt werden müssen, sei die Bauleitung (Planungsbüro Baumeister Ing. Anton R\*\*\*\*\*) offensichtlich damit einverstanden gewesen, dass die Sonderwünsche auch in Eigenleistung ausgeführt werden. Dies habe sich die Beklagte zurechnen zu lassen. Allerdings hätten sich die Wohnungseigentumsbewerber, wie auch die Erstklägerin (vertreten durch ihre Mutter) damit einverstanden erklärt, dass die in Eigenleistung erbrachten Arbeiten (Teppich-, Fliesen-, Parkettverlegung und dergleichen) auf eigene Gefahr geschehen und kein Anspruch auf Garantie- und Mängelbehebung besteht. Dieser Haftungsausschluss gegenüber den betreffenden Wohnungseigentumsbewerbern habe sich aber lediglich auf Mängel und Schäden bezogen, welche unmittelbar die Ausführung dieser Sonderwünsche in ihrer Wohneinheit betrafen. Er habe die Beklagte nicht ihrer Verpflichtung auf Errichtung und Übergabe einer den Bestimmungen der Tiroler Bauordnung und den technischen Bauvorschriften entsprechenden Wohnungseigentumseinheit gemäß der mit der Erstklägerin getroffenen Vereinbarung entbunden. Zur Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung sei die Ausführung von Sonderwünschen von der Zustimmung des Bauherrn bzw des Bauleiters als dessen Vertreter abhängig gewesen. Da sich Verlegefehler im Bereich des Schallschutzes überwiegend nicht in der Wohnung der vom Haftungsausschluss betroffenen Wohnungseigentumsbewerber, sondern in anderen Wohneinheiten auswirken, wäre der Beklagten im Interesse des Gelingens des Gesamtwerkes auch die Verpflichtung zur Aufklärung und Warnung der Wohnungseigentumsbewerber anlässlich der Verlegung und zur Überprüfung der fachgerechten Ausführung der in Eigenregie verlegten Oberbeläge in Bezug auf den erforderlichen Trittschallschutz oblegen. Diesen Prüf-, Aufklärungs- und Warnpflichten sei die Beklagte nicht nachgekommen. Sie habe auch den ihr gemäß § 1298 ABGB obliegenden Beweis, an der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten ohne ihr Verschulden gehindert gewesen zu sein, nicht erbracht. Die Beklagte hafte sohin für die Trittschallschutzmängel auch insoweit, als diese von den Wohnungseigentumsbewerbern durch die nicht fachgerechte Verlegung von Oberbelägen ohne Inanspruchnahme der bauausführenden Firmen verursacht wurden aus dem Titel des Schadenersatzes, wobei sie der Erstklägerin gegenüber im Wege der Naturalrestitution gemäß § 1323 ABGB zur Behebung der bestehenden Schallschutzmängel verpflichtet sei. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten habe diese aber auch für die Trittschallschutzmängel einzustehen, die aus der nicht fachgerechten, durch Fremdfirmen oder in Eigenregie durchgeführten Verlegung von Oberbelägen resultieren. Wenngleich die Wohnungseigentumsbewerber in einem Merkblatt von der Beklagten darauf hingewiesen wurden, dass Abweichungen vom Standardprogramm mit dem Bauleiter bzw den Architekten besprochen und durch die bauausführenden Firmen ausgeführt werden müssen, sei die

Bauleitung (Planungsbüro Baumeister Ing. Anton R\*\*\*\*\*) offensichtlich damit einverstanden gewesen, dass die Sonderwünsche auch in Eigenleistung ausgeführt werden. Dies habe sich die Beklagte zurechnen zu lassen. Allerdings hätten sich die Wohnungseigentumsgeber, wie auch die Erstklägerin (vertreten durch ihre Mutter) damit einverstanden erklärt, dass die in Eigenleistung erbrachten Arbeiten (Teppich-, Fliesen-, Parkettverlegung und dergleichen) auf eigene Gefahr geschehen und kein Anspruch auf Garantie- und Mängelbehebung besteht. Dieser Haftungsausschluss gegenüber den betreffenden Wohnungseigentumsgebern habe sich aber lediglich auf Mängel und Schäden bezogen, welche unmittelbar die Ausführung dieser Sonderwünsche in ihrer Wohneinheit betrafen. Er habe die Beklagte nicht ihrer Verpflichtung auf Errichtung und Übergabe einer den Bestimmungen der Tiroler Bauordnung und den technischen Bauvorschriften entsprechenden Wohnungseigentumsseinheit gemäß der mit der Erstklägerin getroffenen Vereinbarung entbunden. Zur Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung sei die Ausführung von Sonderwünschen von der Zustimmung des Bauherrn bzw des Bauleiters als dessen Vertreter abhängig gewesen. Da sich Verlegefehler im Bereich des Schallschutzes überwiegend nicht in der Wohnung der vom Haftungsausschluss betroffenen Wohnungseigentumsgeber, sondern in anderen Wohneinheiten auswirken, wäre der Beklagten im Interesse des Gelingens des Gesamtwerkes auch die Verpflichtung zur Aufklärung und Warnung der Wohnungseigentumsgeber anlässlich der Verlegung und zur Überprüfung der fachgerechten Ausführung der in Eigenregie verlegten Oberbeläge in Bezug auf den erforderlichen Trittschallschutz oblegen. Diesen Prüf-, Aufklärungs- und Warnpflichten sei die Beklagte nicht nachgekommen. Sie habe auch den ihr gemäß Paragraph 1298, ABGB obliegenden Beweis, an der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten ohne ihr Verschulden gehindert gewesen zu sein, nicht erbracht. Die Beklagte hafte sohin für die Trittschallschutzmängel auch insoweit, als diese von den Wohnungseigentumsgebern durch die nicht fachgerechte Verlegung von Oberbelägen ohne Inanspruchnahme der bauausführenden Firmen verursacht wurden aus dem Titel des Schadenersatzes, wobei sie der Erstklägerin gegenüber im Wege der Naturalrestitution gemäß Paragraph 1323, ABGB zur Behebung der bestehenden Schallschutzmängel verpflichtet sei.

Diese Entscheidung enthält den Ausspruch, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes zwar je S 52.000,--, nicht jedoch S 260.000,-- übersteigt und die Revision zulässig sei. Der Frage, ob der Bauträger im Rahmen des mit den Wohnungseigentumsgebern abgeschlossenen Vertrages für Schallschutzmängel, die aus der unsachgemäßen Ausführung von Sonderwünschen in Eigenregie resultieren, wegen Verletzung nebenvertraglicher Warn- und Prüfpflichten ungeachtet eines im Zusammenhang mit der Ausführung der Sonderwünsche erklärten Haftungsausschlusses zu haften hat, komme nämlich rechtserhebliche Bedeutung im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO zu. Diese Entscheidung enthält den Ausspruch, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes zwar je S 52.000,--, nicht jedoch S 260.000,-- übersteigt und die Revision zulässig sei. Der Frage, ob der Bauträger im Rahmen des mit den Wohnungseigentumsgebern abgeschlossenen Vertrages für Schallschutzmängel, die aus der unsachgemäßen Ausführung von Sonderwünschen in Eigenregie resultieren, wegen Verletzung nebenvertraglicher Warn- und Prüfpflichten ungeachtet eines im Zusammenhang mit der Ausführung der Sonderwünsche erklärten Haftungsausschlusses zu haften hat, komme nämlich rechtserhebliche Bedeutung im Sinn des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zu.

Mit der jetzt vorliegenden Revision strebt die Beklagte primär die Abänderung des Berufungsurteils im Sinn einer kostenpflichtigen Abweisung des Begehrens beider Kläger an. Hilfsweise soll das Berufungsurteil aufgehoben und die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an die erste Instanz zurückverwiesen werden.

Die Kläger haben sich dazu in Revisionsbeantwortungen geäußert und beantragt, dem Rechtsmittel der Beklagten nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

Die Revisionsausführungen der Beklagten lassen sich kurz so zusammenfassen, dass sie meint, für die Behebung jener Mängel, die auf die unsachgemäße Anbringung von Boden- und Wandbelägen zurückzuführen sind, die nicht zur angebotenen Standardausstattung der Wohnungseigentumsanlage gehörten, weder aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung noch aus jenem des Schadenersatzes verpflichtet zu sein. Derartige Sonderwünsche seien außerhalb des zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vertrages zum Erwerb von Wohnungseigentum entweder von den



Wohnungseigentumsbewerbern selbst oder über deren direkten Auftrag von Professionisten bzw Pfuschern verwirklicht worden. Damit fehle jeglicher Ansatzpunkt für eine Gewährleistungspflicht der Beklagten oder für eine Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzung. Die Beklagte habe mit den Wohnungseigentümern sogar ausdrücklich einen Haftungs- und Gewährleistungsausschluss für alle vom Ausstattungsstandard abweichenden Sonderwünsche vereinbart. Diesen habe das Berufungsgericht zu Unrecht auf Mängel und Schäden in der jeweiligen Wohnungseigentumseinheit eingeschränkt. Der Beklagten könne aber auch nicht die Verletzung nebenvertraglicher Aufklärungs- oder Überwachungspflichten bei der Herstellung der den Wohnungseigentümern freigestellten Sonderausstattung zum Vorwurf gemacht werden. Ihr sei nämlich in Ansehung der ausführenden Personen keinerlei Weisungs- oder Leitungsrecht zugestanden. Die Ermöglichung von Sonderausstattungen habe ausschließlich dem Interesse der Wohnungseigentumsbewerber gedient. Damit greife auch die Umkehr der Beweislast nach § 1298 ABGB nicht. Überdies würde es eine Überspannung der Sorgfaltspflicht des Errichters einer Wohnungseigentumsanlage bedeuten, von ihm die Überwachung aller Arbeiten zu verlangen, die die Wohnungseigentumsbewerber selbst oder durch sie beauftragte Dritte zur Verwirklichung besonderer Ausstattungswünsche durchführen. Auch die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation werde aufrecht erhalten. Zu bedenken sei dabei, dass die geforderte Mängelbehebung nur möglich sei, wenn ihr alle Wohnungsinhaber zustimmen; fehle die Zustimmung nur eines, werde von der Beklagten Unmögliches verlangt. Schließlich könne nur eine Ö-Norm-gerechte Herstellung des Werkes begehrt werden; die sehr hohen Schallschutzwerte der Ö-Norm ausgehend von der Bau- und Ausstattungsbeschreibung seien in der Praxis unerreichbar, weshalb die im Spruch der Vorinstanzen der Ö-Norm B 8115 beigefügte Verweisung auf die Bau- und Ausstattungsbeschreibung zu entfallen habe. Die Revisionsausführungen der Beklagten lassen sich kurz so zusammenfassen, dass sie meint, für die Behebung jener Mängel, die auf die unsachgemäße Anbringung von Boden- und Wandbelägen zurückzuführen sind, die nicht zur angebotenen Standardausstattung der Wohnungseigentumsanlage gehörten, weder aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung noch aus jenem des Schadenersatzes verpflichtet zu sein. Derartige Sonderwünsche seien außerhalb des zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vertrages zum Erwerb von Wohnungseigentum entweder von den Wohnungseigentumsbewerbern selbst oder über deren direkten Auftrag von Professionisten bzw Pfuschern verwirklicht worden. Damit fehle jeglicher Ansatzpunkt für eine Gewährleistungspflicht der Beklagten oder für eine Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzung. Die Beklagte habe mit den Wohnungseigentümern sogar ausdrücklich einen Haftungs- und Gewährleistungsausschluss für alle vom Ausstattungsstandard abweichenden Sonderwünsche vereinbart. Diesen habe das Berufungsgericht zu Unrecht auf Mängel und Schäden in der jeweiligen Wohnungseigentumseinheit eingeschränkt. Der Beklagten könne aber auch nicht die Verletzung nebenvertraglicher Aufklärungs- oder Überwachungspflichten bei der Herstellung der den Wohnungseigentümern freigestellten Sonderausstattung zum Vorwurf gemacht werden. Ihr sei nämlich in Ansehung der ausführenden Personen keinerlei Weisungs- oder Leitungsrecht zugestanden. Die Ermöglichung von Sonderausstattungen habe ausschließlich dem Interesse der Wohnungseigentumsbewerber gedient. Damit greife auch die Umkehr der Beweislast nach Paragraph 1298, ABGB nicht. Überdies würde es eine Überspannung der Sorgfaltspflicht des Errichters einer Wohnungseigentumsanlage bedeuten, von ihm die Überwachung aller Arbeiten zu verlangen, die die Wohnungseigentumsbewerber selbst oder durch sie beauftragte Dritte zur Verwirklichung besonderer Ausstattungswünsche durchführen. Auch die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation werde aufrecht erhalten. Zu bedenken sei dabei, dass die geforderte Mängelbehebung nur möglich sei, wenn ihr alle Wohnungsinhaber zustimmen; fehle die Zustimmung nur eines, werde von der Beklagten Unmögliches verlangt. Schließlich könne nur eine Ö-Norm-gerechte Herstellung des Werkes begehrt werden; die sehr hohen Schallschutzwerte der Ö-Norm ausgehend von der Bau- und Ausstattungsbeschreibung seien in der Praxis unerreichbar, weshalb die im Spruch der Vorinstanzen der Ö-Norm B 8115 beigefügte Verweisung auf die Bau- und Ausstattungsbeschreibung zu entfallen habe.

Dazu wurde erwogen:

Der erkennende Senat teilt die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes über die Berechtigung der von den Klägern geltend gemachten Ansprüche auf Behebung der festgestellten Baumängel durch die Beklagte. Die in der Revision gegen dessen Rechtsausführungen vorgebrachten Argumente erweisen sich als nicht stichhältig, sodass auf die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichtes verwiesen und mit kurzen Zusatzbemerkungen das Auslangen gefunden werden kann (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO). Der erkennende Senat teilt die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes über die Berechtigung der von den Klägern geltend gemachten Ansprüche auf Behebung der festgestellten Baumängel durch

die Beklagte. Die in der Revision gegen dessen Rechtsausführungen vorgebrachten Argumente erweisen sich als nicht stichhältig, sodass auf die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichtes verwiesen und mit kurzen Zusatzbemerkungen das Auslangen gefunden werden kann (Paragraph 510, Absatz 3, Satz 2 ZPO).

Das gilt zunächst für die Aktivlegitimation der Kläger. Erst jüngst hat der erkennende Senat sein Festhalten an der Judikatur bekräftigt, dass der Wohnungseigentümer - und erst recht der Wohnungseigentumsbewerber vor Entstehung einer Rechtsgemeinschaft der Wohnungseigentümer - die aus seinem Werkvertrag mit dem Errichter der Wohnanlage resultierenden Gewährleistungsansprüche gegen seinen Vertragspartner auch dann allein geltend machen kann, wenn die Mängel allgemeine Teile der Anlage betreffen. Nur soweit sein Vorgehen Gemeinschaftsinteressen beeinträchtigen könnte (etwa bei der Wahl zwischen Verbesserungs- und Preisminderungsbegehren), ist er gehalten, es durch einen Beschluss der Mehrheit der Gemeinschaftsmitglieder oder durch eine diesen Mehrheitsbeschluss substituierende Entscheidung des Außerstreitrichters sanktionieren zu lassen (vgl 5 Ob 235/00t mwN). Gleiches gilt, was implicite etwa schon in der Entscheidung 5 Ob 294/99t ausgesprochen wurde, für Schadenersatzansprüche des Wohnungseigentümers bzw Wohnungseigentumsbewerbers aus der Verletzung von Vertragspflichten des von ihm mit der Herstellung der Wohnanlage beauftragten Unternehmers. Hier standen die Streitteile in einer Vertragsbeziehung, die einem Werkvertrag entspricht oder sich zumindest durch dessen Wesensmerkmal - die Pflicht zur Herstellung eines bestimmten Erfolges - auszeichnet (vgl WoBI 1995, 8/1 mit Anm von Call). Es steht auch fest, dass das Vorgehen der Kläger von der Mehrheit der betroffenen Wohnungseigentumsbewerber gebilligt wird. Damit haben die Vorinstanzen zu Recht die Aktivlegitimation der Kläger bejaht. Das gilt zunächst für die Aktivlegitimation der Kläger. Erst jüngst hat der erkennende Senat sein Festhalten an der Judikatur bekräftigt, dass der Wohnungseigentümer - und erst recht der Wohnungseigentumsbewerber vor Entstehung einer Rechtsgemeinschaft der Wohnungseigentümer - die aus seinem Werkvertrag mit dem Errichter der Wohnanlage resultierenden Gewährleistungsansprüche gegen seinen Vertragspartner auch dann allein geltend machen kann, wenn die Mängel allgemeine Teile der Anlage betreffen. Nur soweit sein Vorgehen Gemeinschaftsinteressen beeinträchtigen könnte (etwa bei der Wahl zwischen Verbesserungs- und Preisminderungsbegehren), ist er gehalten, es durch einen Beschluss der Mehrheit der Gemeinschaftsmitglieder oder durch eine diesen Mehrheitsbeschluss substituierende Entscheidung des Außerstreitrichters sanktionieren zu lassen vergleiche 5 Ob 235/00t mwN). Gleiches gilt, was implicite etwa schon in der Entscheidung 5 Ob 294/99t ausgesprochen wurde, für Schadenersatzansprüche des Wohnungseigentümers bzw Wohnungseigentumsbewerbers aus der Verletzung von Vertragspflichten des von ihm mit der Herstellung der Wohnanlage beauftragten Unternehmers. Hier standen die Streitteile in einer Vertragsbeziehung, die einem Werkvertrag entspricht oder sich zumindest durch dessen Wesensmerkmal - die Pflicht zur Herstellung eines bestimmten Erfolges - auszeichnet vergleiche WoBI 1995, 8/1 mit Anmerkung von Call). Es steht auch fest, dass das Vorgehen der Kläger von der Mehrheit der betroffenen Wohnungseigentumsbewerber gebilligt wird. Damit haben die Vorinstanzen zu Recht die Aktivlegitimation der Kläger bejaht.

Was die Beklagte sonst noch vorbrachte, um die Abweisung der streitgegenständlichen Mängelbehebungsansprüche zu erreichen, ist in Ansehung des Zweitklägers ohne besonderen Begründungsaufwand zu entkräften. Dieser hat nämlich, ohne selbst in irgendeiner Weise in die Bauausführung einzugreifen (weil er sich mit der Standardausstattung seiner Wohnung begnügte) nicht das erhalten, was ihm von der Beklagten versprochen war: ein hinsichtlich des Trittschallschutzes der Ö-Norm B 8115 sowie der Bau- und Ausstattungsbeschreibung entsprechendes Haus. Das einzige, was seinem auf § 1167 ABGB gestützten und auch rechtzeitig geltend gemachten Verbesserungsanspruch entgegengehalten werden könnte, wäre ein wirksamer Gewährleistungsverzicht, der jedoch, auch wenn ihn die Beklagte zu konstruieren versucht, nicht vorliegt. Der von der Beklagten behauptete Gewährleistungsverzicht soll offenbar darin bestehen, dass sich der Zweitkläger mit den Sonderausstattungsünschen anderer Wohnungseigentumsbewerber und deren mangelhafter, den Bauzustand des Hauses insgesamt beeinträchtigenden Verwirklichung abfand, obwohl die Beklagte die Erlaubnis von Sonderausstattungen an die Bedingung eines (allgemeinen ?) Gewährleistungsverzichts geknüpft hatte. Selbst wenn man (was im Verfahren nicht geklärt wurde) dem Zweitkläger einen derartigen Verzicht unterstellt, wäre er nach § 24 Abs 1 Z 4 WEG unbeachtlich, weil diese Bestimmung eine Beschränkung der dem Wohnungseigentumsbewerber nach § 932 ABGB (und nach § 1167 ABGB, der die genannte Grundsatzregelung für den Werkvertrag ausformt: vgl Reischauer in Rummel<sup>2</sup>, Rz 1 zu § 1167 ABGB) zustehenden Rechte nicht zulässt. Nach der Rechtsprechung ist die in § 24 Abs 1 WEG normierte Nichtigkeitssanktion für bestimmte Vereinbarungen zwischen Wohnungseigentumsbewerber und Wohnungseigentums- organisator zwar teleologisch dahin einzuschränken, dass davon nur unbillige, einer vernünftigen Interessenabwägung widersprechende

Beschränkungen der den Wohnungseigentumsbewerbern nach dem Gesetz zustehenden Rechte betroffen sind, nicht aber solche, die ein Wohnungseigentumsbewerber auch bei Gleichgewicht der Vertragslage auf sich nehmen würde (vgl. zuletzt 5 Ob 263/99h = EWR II/24/14 mwN), doch zählt selbst nach diesen Kriterien die von der Beklagten angepeilte Überwälzung des Risikos von Baufehlern, die nicht in die Ingerenz des Wohnungseigentumsbewerbers fallen, zu den vom Gesetzgeber des WEG 1975 verpönten Abmachungen. Was die Beklagte sonst noch vorbrachte, um die Abweisung der streitgegenständlichen Mängelbehebungsansprüche zu erreichen, ist in Ansehung des Zweitklägers ohne besonderen Begründungsaufwand zu entkräften. Dieser hat nämlich, ohne selbst in irgendeiner Weise in die Bauausführung einzugreifen (weil er sich mit der Standardausstattung seiner Wohnung begnügte) nicht das erhalten, was ihm von der Beklagten versprochen war: ein hinsichtlich des Trittschallschutzes der Ö-Norm B 8115 sowie der Bau- und Ausstattungsbeschreibung entsprechendes Haus. Das einzige, was seinem auf Paragraph 1167, ABGB gestützten und auch rechtzeitig geltend gemachten Verbesserungsanspruch entgegengehalten werden könnte, wäre ein wirksamer Gewährleistungsverzicht, der jedoch, auch wenn ihn die Beklagte zu konstruieren versucht, nicht vorliegt. Der von der Beklagten behauptete Gewährleistungsverzicht soll offenbar darin bestehen, dass sich der Zweitkläger mit den Sonderausstattungsünschen anderer Wohnungseigentumsbewerber und deren mangelhafter, den Bauzustand des Hauses insgesamt beeinträchtigenden Verwirklichung abfindet, obwohl die Beklagte die Erlaubnis von Sonderausstattungen an die Bedingung eines (allgemeinen ?) Gewährleistungsverzichts geknüpft hatte. Selbst wenn man (was im Verfahren nicht geklärt wurde) dem Zweitkläger einen derartigen Verzicht unterstellt, wäre er nach Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 4, WEG unbeachtlich, weil diese Bestimmung eine Beschränkung der dem Wohnungseigentumsbewerber nach Paragraph 932, ABGB (und nach Paragraph 1167, ABGB, der die genannte Grundsatzregelung für den Werkvertrag ausformt: vergleiche Reischauer in Rummel<sup>2</sup>, Rz 1 zu Paragraph 1167, ABGB) zustehenden Rechte nicht zulässt. Nach der Rechtsprechung ist die in Paragraph 24, Absatz eins, WEG normierte Nichtigkeitssanktion für bestimmte Vereinbarungen zwischen Wohnungseigentumsbewerber und Wohnungseigentumsorganisator zwar teleologisch dahin einzuschränken, dass davon nur unbillige, einer vernünftigen Interessenabwägung widersprechende Beschränkungen der den Wohnungseigentumsbewerbern nach dem Gesetz zustehenden Rechte betroffen sind, nicht aber solche, die ein Wohnungseigentumsbewerber auch bei Gleichgewicht der Vertragslage auf sich nehmen würde (vergleiche zuletzt 5 Ob 263/99h = EWR II/24/14 mwN), doch zählt selbst nach diesen Kriterien die von der Beklagten angepeilte Überwälzung des Risikos von Baufehlern, die nicht in die Ingerenz des Wohnungseigentumsbewerbers fallen, zu den vom Gesetzgeber des WEG 1975 verpönten Abmachungen.

Da somit dem Zweitkläger der geltend gemachte Verbesserungsanspruch aus dem Titel der Gewährleistung zusteht und dieser verschuldensunabhängig ist (Rebhahn in Schwimann<sup>2</sup>, Rz 16 zu § 1167 ABGB; EvBl 1974/195; 4 Ob 38/97k, tw veröffentlicht in RdW 1997, 528 ua), können insoweit alle in der Revision aufgeworfenen Fragen zu Verschuldensausmaß der Beklagten und zur Beweislastumkehr auf sich beruhen. Auch der Einwand der Unmöglichkeit der Leistung im Hinblick auf eine nicht auszuschließende Vereitelung von Verbesserungsbemühungen durch einzelne Wohnungsinhaber verfängt nicht, weil es hierfür des von der Beklagten zu erbringenden Nachweises bedurft, alles unternommen zu haben, um mögliche Leistungshindernisse aus dem Weg zu räumen (vgl. zuletzt WoBI 2000, 246/133). Derartiges wurde nicht einmal behauptet. Schließlich ist auch die von der Beklagten geforderte Modifikation des Urteilsspruches nach der Sachlage nicht berechtigt, weil der Leistungsbefehl, den Schallschutz (auch) der Bau- und Ausstattungsbeschreibung entsprechend herzustellen, genau den Zustand beschreibt, der den Wohnungseigentumsbewerbern vertraglich zugesagt war. Hierauf richtet sich der offen gebliebene Erfüllungsanspruch. In Ansehung des Zweitklägers ist daher schon aus diesen Gründen das Berufungsurteil zu bestätigen. Da somit dem Zweitkläger der geltend gemachte Verbesserungsanspruch aus dem Titel der Gewährleistung zusteht und dieser verschuldensunabhängig ist (Rebhahn in Schwimann<sup>2</sup>, Rz 16 zu Paragraph 1167, ABGB; EvBl 1974/195; 4 Ob 38/97k, tw veröffentlicht in RdW 1997, 528 ua), können insoweit alle in der Revision aufgeworfenen Fragen zu Verschuldensausmaß der Beklagten und zur Beweislastumkehr auf sich beruhen. Auch der Einwand der Unmöglichkeit der Leistung im Hinblick auf eine nicht auszuschließende Vereitelung von Verbesserungsbemühungen durch einzelne Wohnungsinhaber verfängt nicht, weil es hierfür des von der Beklagten zu erbringenden Nachweises bedurft, alles unternommen zu haben, um mögliche Leistungshindernisse aus dem Weg zu räumen (vergleiche zuletzt WoBI 2000, 246/133). Derartiges wurde nicht einmal behauptet. Schließlich ist auch die von der Beklagten geforderte Modifikation des Urteilsspruches nach der Sachlage nicht berechtigt, weil der Leistungsbefehl, den Schallschutz (auch) der Bau- und

Ausstattungsbeschreibung entsprechend herzustellen, genau den Zustand beschreibt, der den Wohnungseigentumsbewerbern vertraglich zugesagt war. Hierauf richtet sich der offen gebliebene Erfüllungsanspruch. In Ansehung des Zweitklägers ist daher schon aus diesen Gründen das Berufungsurteil zu bestätigen.

Was die Erstklägerin betrifft, so sind in die berufsgerichtlichen Erwägungen, die zur Stattgebung des geltend gemachten Mängelbehebungsanspruchs geführt haben, auch schadenersatzrechtliche Argumente eingeflossen. Die Beklagte hafte für das Erfüllungsinteresse, weil sie es verabsäumt habe, eine den Regeln der Bautechnik entsprechende Anbringung von Wand- und Bodenbelägen durch einzelne Wohnungseigentumsbewerber einzumahnen und zu überprüfen. Die zum Anspruch des Zweitklägers angestellten Erwägungen, wonach die Mängelbehebung aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung - also verschuldensunabhängig - geschuldet wird, gelten jedoch auch hier.

Auch die Erstklägerin hat von der Beklagten nicht das erhalten, was ihr vertraglich zugesichert war, nämlich ein Haus mit einer der Ö-Norm B 8115 sowie der Bau- und Ausstattungsbeschreibung entsprechenden Trittschalldämmung. Der einzige Unterschied zu der den Zweitkläger betreffenden Sachlage besteht darin, dass die Erstklägerin möglicherweise selbst zu den aufgetretenen Mängeln beigetragen hat, indem sie andere als die in der Standardausstattung vorgesehenen Wand- und Bodenbeläge anbringen ließ und dabei Verlegefehler passierten. Daraus leitet die Beklagte offenbar ab, das Werk sei aus Gründen misslungen, die der Sphäre der Klägerin zuzurechnen sind, sodass sie nach § 1168a ABGB keine Gewährleistungspflicht treffe. Zumindest greife in diesem Fall der vereinbarte Gewährleistungsausschluss. Auch die Erstklägerin hat von der Beklagten nicht das erhalten, was ihr vertraglich zugesichert war, nämlich ein Haus mit einer der Ö-Norm B 8115 sowie der Bau- und Ausstattungsbeschreibung entsprechenden Trittschalldämmung. Der einzige Unterschied zu der den Zweitkläger betreffenden Sachlage besteht darin, dass die Erstklägerin möglicherweise selbst zu den aufgetretenen Mängeln beigetragen hat, indem sie andere als die in der Standardausstattung vorgesehenen Wand- und Bodenbeläge anbringen ließ und dabei Verlegefehler passierten. Daraus leitet die Beklagte offenbar ab, das Werk sei aus Gründen misslungen, die der Sphäre der Klägerin zuzurechnen sind, sodass sie nach Paragraph 1168 a, ABGB keine Gewährleistungspflicht treffe. Zumindest greife in diesem Fall der vereinbarte Gewährleistungsausschluss.

Bei dieser Argumentation wird ein entscheidender Umstand vernachlässigt, auf den bereits das Berufungsgericht hingewiesen hat. Die festgestellten Mängel der Trittschalldämmung sind nicht eindeutig der Sphäre der Erstklägerin zuzurechnen, weil die vom Sachverständigen vorwiegend auf Fehler bei der Verlegung von Boden- und Wandbelägen zurückgeführten Schallbrücken auch in anderen Wohnungseigentumsobjekten des Hauses entstanden sein können. Jene Schallschutzmängel, die die Erstklägerin selbst wahrnimmt und als störend empfindet, gehen sogar mit großer Wahrscheinlichkeit von anderen Wohnungen als ihrer eigenen aus. Es geht eben nicht um Mängel einzelner Wohnungen, sondern um Mängel des Hauses. Damit kann sich die Beklagte als Herstellerin des Hauses von ihrer Gewährleistungspflicht für den mangelfreien Zustand bzw zugesagte Eigenschaften ihres Werks nicht mit dem Argument befreien, einzelne Wohnungseigentumsbewerber hätten die Mängel am Haus durch Arbeiten in ihren Objekten verursacht. In ihre Verantwortung als Werkunternehmer fällt es, derartige Mängel zu verhindern bzw - wenn dies nicht gelungen ist - sie zu beheben. Die jedem einzelnen Wohnungseigentumsbewerber als Partner des Werkvertrages für das ganze Haus geschuldete Gewährleistung ist unteilbar. Ein Ausgleich von Nachteilen, die dem auch als Werkunternehmer fungierenden Wohnungseigentumsorganisator durch die Zulassung von Eigenleistungen einzelner Wohnungseigentumsbewerber bei der Komplettierung ihrer Objekte entstehen, lässt sich nicht über das Gewährleistungsrecht, sondern nur über das Schadenersatzrecht herstellen. Schadenersatzansprüche der Beklagten gegen jene Wohnungseigentumsbewerber, die durch fehlerhafte Verlegearbeiten in ihren Wohnungen die streitgegenständlichen Mängel verursacht haben, sind jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens.

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