

Zeitschrift für

VERGABERECHT UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik
Redaktion und Schriftleitung Johannes Schramm, Josef Aicher

September 2021

09

325 – 372

Vergaberecht

Schlichtungsverfahren – eine vergebene Chance auf niederschweligen Rechtszugang?

Albert Oppel ● 329

Die Qualifikation gemeinnütziger Bauvereinigungen
als öffentliche Auftraggeber gemäß BVergG 2018

Michael Hecht und Rudolf Pekar ● 338

Interdisziplinäre Ziviltechniker-Gesellschaften – eine Analyse für
ihre vergaberechtliche Bedeutung Christoph Wiesinger ● 334

Bauvertragsrecht

Fremdgrundbenützung im Bundesländervergleich

Stefan C. Bart und Manuel C. Traxler ● 354

Öffentliches Baurecht

Große Wohnbauprojekte – Baubewilligungspflicht oder UVP-Pflicht?
Oder beides? Marlene Wimmer-Nistelberger ● 367

Fremdgrundbenützung im Bundesländervergleich

ZVB 2021/75

Fremdgrund-
benützung;
Eigentums-
beschränkung;
Baugesetze der
Länder

Es wird viel gebaut in Österreich. Nicht selten ist für die Projektumsetzung die Inanspruchnahme der Nachbarliegenschaften erforderlich oder zumindest bauherrenseits gewünscht. Die jeweiligen Bauordnungen der Länder haben unterschiedliche Regelungen zur Fremdgrundbenützung, welche im gegenständlichen Beitrag überblicksweise dargestellt werden sollen.

Von **Stefan C. Bart** und **Manuel C. Traxler**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die einzelnen Bauordnungen im Überblick
 1. Tiroler Bauordnung 2018
 2. Oö Bauordnung 1994
 3. Salzburger Baupolizeigesetz 1997
 4. Vorarlberger Baugesetz
 5. Kärntner Bauordnung 1996
 6. Steiermärkisches Baugesetz
 7. Niederösterreichische Bauordnung 2014
 8. Bauordnung für Wien
 9. Burgenländisches Baugesetz 1997
 10. Fazit
- C. Praxisprobleme
- D. Exkurs – temporäre Fremdgrundbenützung
- E. Conclusio

A. Einleitung

Eigentum ist das dingliche Vollrecht an einer Sache. § 354 ABGB definiert als Eigentumsrecht die Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und andere davon auszuschließen. Das Grundeigentum bezieht sich nach der Konzeption des ABGB auch unbegrenzt auf den darüber liegenden Luftraum sowie das darunter liegende Erdreich.¹⁾ Die hM²⁾ geht aber davon aus, dass das Grundeigentum nur bis zur objektiven Nutzungs- und Eigenwirkungs-

1) *Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 297 Rz 4.
2) *Holzner in Klefečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 364 Rz 4 (Stand 1. 2. 2020, rdb.at); *Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 297 Rz 4; *Kisslinger in Fenyves/Kerschner/Vonkitch*, Klang-Kommentar zum ABGB³ § 297 Rz 33ff.

möglichkeit des LiegE reicht. Darüber hinaus begrenzt auch das Schikaneverbot iSd § 1295 Abs 2 ABGB die Ausübung des Eigentumsrechtes³⁾; ebenso wie das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot iSd § 364 Abs 1 Satz 2 ABGB.⁴⁾

Das Eigentumsrecht kann in privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Hinsicht beschränkt sein; bspw wegen berechtigter privatrechtlicher Interessen anderer Personen oder Interessen der Allgemeinheit.⁵⁾ Eine Vielzahl von Eigentumsbeschränkungen finden sich im öffentlichen Recht⁶⁾; ua in Bauordnungen.⁷⁾ So können Bauordnungen Duldungsverpflichtungen hinsichtlich der Fremdgrundbenützung vorsehen, welche als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung nach § 364 Abs 1 ABGB zu betrachten sind.⁸⁾

Im Zuge der Verwirklichung von Bauprojekten stellt sich oftmals die Frage, ob und in welcher Form vom Bauherren Fremdgrund in Anspruch genommen und dadurch das Eigentumsrecht beschränkt werden kann. Fremdgrundbenützung kann dabei temporär oder dauerhaft erfolgen. Dass mit der Fremdgrundbenützung eine Beschränkung des Eigentumsrechtes einhergeht, leuchtet ein.

Das Bedürfnis der Bauherren, Fremdgrund zur Verwirklichung des eigenen Bauvorhabens in Anspruch zu nehmen, kann technische, aber auch wirtschaftliche Gründe haben. So können bspw Gebäude oder Tiefgaragen oftmals ohne Fremdgrundinanspruchnahme überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten errichtet werden (zB notwendige Baugrubensicherung). Dabei sind die jeweiligen Vorgaben in den Bauordnungen der Länder zu beachten. Ziel des vorliegenden Beitrages ist es, einen Überblick über dieses „Sammelsurium“ an Regelungen zu verschaffen.

B. Die einzelnen Bauordnungen im Überblick

Eine einheitliche (österreichweite) gesetzliche Regelung für die Fremdgrundbenützung im Zuge von Bauvorhaben besteht nicht. So sehen die Bauordnungen bzw Baugesetze der einzelnen Bundesländer unterschiedliche Regelungen vor. Dieser Umstand bereitet einem bundesländerübergreifend tätigen Bauherren (zB Bauträger) iZm der Prüfung einer Fremdgrundbenützung oftmals Schwierigkeiten. Die wesentlichen Bestimmungen in den einzelnen Bauordnungen bzw Baugesetzen stellen sich wie folgt dar:

1. Tiroler Bauordnung 2018

In § 43 TBO 2018 ist die vorübergehende Benützung von Nachbargrundstücken geregelt. Kern dieser Bestimmung ist, dass die Eigentümer der Nachbargrundstücke oder die sonst darüber Verfügungsberechtigten die vorübergehende Benützung ihrer Grundstücke und der darauf befindlichen baulichen Anlagen im unbedingt notwendigen Ausmaß zu dulden haben.

Der VwGH⁹⁾ legt den Begriff des Grundstückes iSd § 297 ABGB aus, sodass dazu auch der in senkrechter Linie darüber befindliche Luftraum gehört. In Tirol¹⁰⁾ wurde im Abs 3 leg cit idZ eine klarstellende Regelung aufgenommen, wonach die Benützung des Luftraums mittels Kränen¹¹⁾ und die damit verbundenen Sicherungsmaßnahmen zum Schutz von Personen und Sa-

chen im unbedingt erforderlichen Ausmaß zu dulden sind.

Eine Pflicht, die Fremdgrundbenützung zu dulden (Duldungspflicht), besteht gem Abs 2 leg cit aber nur dann, wenn die betreffenden Bauarbeiten auf eine andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Mehrkosten¹²⁾ durchgeführt werden könnten und bei einer Abwägung der beiderseitigen Interessen die Vorteile aus der Benützung der Grundstücke bzw der darauf befindlichen baulichen Anlagen nicht in einem krassen Missverhältnis zu den damit verbundenen Nachteilen stehen (Interessenabwägung).

Aus Abs 3 leg cit ergibt sich die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Zustimmung der betroffenen Grundeigentümer. Darüber hinaus sind diese von der beabsichtigten Durchführung der Bauarbeiten – außer bei Gefahr in Verzug – mindestens zwei Wochen vorher schriftlich zu verständigen.

Die Zustimmungseinholung bereitet in der Praxis die meisten Probleme. Erst für den Fall, dass diese Zustimmung verweigert wird, hat die Behörde auf Antrag des Bauherrn bzw des Eigentümers der betreffenden baulichen Anlage mit schriftlichem Bescheid über die Zulässigkeit der Durchführung der Bauarbeiten zu entscheiden (Duldungsbescheid).

Nach Beendigung der Bauarbeiten ist innerhalb einer angemessenen Frist der frühere Zustand wieder herzustellen (Abs 5 leg cit). Nach *Triendl*¹³⁾ können aber bspw aufgesprengte Verpresskörper mit einer Körnungsgröße von max 6 cm iZm einer temporären Ankersetzung im Fremdgrund verbleiben. Kommt der Bauherr bzw der Eigentümer der betreffenden baulichen Anlage dieser Verpflichtung nicht nach, so hat ihm die Behörde auf Antrag des betroffenen Grundstückseigentümers oder des sonst hierüber Verfügungsberechtigten mit schriftlichem Bescheid die zur Wiederherstellung des früheren Zustandes notwendigen Maßnahmen aufzutragen (Abs 5 leg cit). Diese Wiederherstellungsverpflichtung wurde vom VwGH¹⁴⁾ aber bspw iZm der Fällung von alten Baumbeständen verneint, da die Wiederaufforstung 30 bis 40 Jahre in Anspruch nehmen würde.

Ist dem Eigentümer des Nachbargrundstückes oder dem sonst hierüber Verfügungsberechtigten aufgrund

3) *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxis-kommentar⁹ § 364 Rz 1.

4) *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 364 Rz 1.

5) *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 364 Rz 2.

6) *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxis-kommentar⁹ § 364 Rz 1.

7) *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,06} § 364 Rz 2f (Stand 1. 2. 2020, rdb.at).

8) *Lampert* in *Lampert/Weber/Eisenberger*, Österreichisches Bau-recht I (2020) 276 FN 155; *Koizar* in *Riegler/Koizar*, NÖ BauO⁴ § 7 NÖ BO 2014 Rz 17 (Stand 1. 4. 2019, rdb.at).

9) VwGH 12. 12. 1991, 91/06/0123 VwSlg 13.546A/1991.

10) Ähnlich wie in der Steiermark, vgl § 36 Strmk BauG.

11) Weiterführend dazu *Triendl*, Praktische Aspekte der baurechtlichen Fremdgrundbenützung anhand des § 36 Tir BauO 2011, bbl 2016, 31.

12) Unverhältnismäßige Mehrkosten liegen jedenfalls vor, wenn sich die Kosten ohne Inanspruchnahme des Fremdgrundes um 50% erhöhen (VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188).

13) *Triendl*, Praktische Aspekte der baurechtlichen Fremdgrundbenützung anhand des § 36 Tir BauO, bbl 2016, 31 (37).

14) VwSlg 16.725 A/2005.

der Durchführung der Bauarbeiten ein Vermögensnachteil entstanden, so hat er gegenüber dem Bauherrn bzw dem Eigentümer der betreffenden baulichen Anlage Anspruch auf Vergütung. Kommt innerhalb von drei Monaten keine Einigung über die Vergütung zustande, kann der Nachbar – bei sonstigem Anspruchsverlust – innerhalb eines weiteren Jahres die Festsetzung der Vergütung durch die Behörde beantragen (Abs 6 leg cit).

2. Oö Bauordnung 1994

Gem § 15 Abs 1 Oö BauO 1994 haben die Eigentümer und die sonst Berechtigten die vorübergehende Benützung ihrer Grundstücke und baulichen Anlagen zur Ausführung von Bauvorhaben zu dulden, wenn diese Arbeiten auf andere Weise nicht oder nur unter unzumutbar hohen Kosten durchgeführt werden können und der widmungsgemäße Gebrauch der in Anspruch genommenen Grundstücke oder baulichen Anlagen dadurch keine unverhältnismäßige Behinderung erfährt.

Eine unverhältnismäßige Behinderung ist uE ausgeschlossen, wenn bspw temporäre Litzenanker mehrere Meter unter Grundniveau gesetzt werden. Verlieren temporäre Ankersysteme deren Sicherungs-/Stützfunktion, weil diese bspw nur für die Baugrubensicherung benötigt wurden, können sie wieder entfernt werden. Ob das in Anspruch genommene Grundstück durch die im Erdreich verbleibenden Verpresskörper¹⁵⁾ oder die Fußbox samt Druckkörper¹⁶⁾ eine unzulässige Beeinträchtigung erfährt, wird seitens der Autoren verneint. Ein Entfernungsgesuchen des LiegE idZ würde uE eine skandalöse Rechtsausübung darstellen. Diese liegt ua vor, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht.¹⁷⁾ Die Kosten iZm der Entfernung der im Erdreich verbleibenden Restbestände (oder die Kosten einer anderen Baugrubensicherung) stehen uE grds in einem krassen Missverhältnis zur Beeinträchtigung¹⁸⁾ des LiegE durch die verbleibenden Restbestände. Freilich ist aber eine Einzelfallbeurteilung anzustellen.

„Unzumutbar hohe Kosten“ beziehen sich auf jene Bauteile, die durch Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes errichtet werden sollen, und liegen laut VwGH¹⁹⁾ jedenfalls dann vor, wenn die Mehrkosten ohne Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes 50% betragen würden.

Wird die Fremdgrundinanspruchnahme verweigert²⁰⁾, entscheidet die Baubehörde auf Antrag über die Notwendigkeit, die Art, den Umfang und die Dauer der Inanspruchnahme mit Bescheid (Abs 4 leg cit). Besondere Bedeutung kommt in der Praxis daher der Antragstellung zu. Es empfiehlt sich, die geplanten Arbeiten möglichst detailliert zu beschreiben²¹⁾ und gleichzeitig die „unzumutbar hohen Kosten“ darzustellen, bspw durch entsprechende Angebote oder Sachverständigengutachten. Hervorzuheben ist die Möglichkeit, die bescheidmäßig verfügte Inanspruchnahme des Nachbargebäudes auf Antrag des Berechtigten im Grundbuch ersichtlich machen zu lassen. Darüber hi-

naus sind die Eigentümer und die sonst Berechtigten von der beabsichtigten Inanspruchnahme mindestens vier Wochen vorher unter genauer Angabe der Art und Dauer zu verständigen (Abs 4 leg cit).

Die Fremdgrundinanspruchnahme hat unter möglicher Schonung der Grundstücke und baulichen Anlagen sowie der Rechte der Betroffenen zu erfolgen. Nach Beendigung der Inanspruchnahme ist der frühere Zustand soweit als möglich wieder herzustellen. Für verbleibende Vermögensschäden gebührt eine angemessene Entschädigung, wobei der Antrag auf Entschädigungsfestsetzung – bei sonstigem Anspruchsverlust – innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung der Inanspruchnahme bei der Baubehörde einzubringen ist (Abs 6 leg cit).

3. Salzburger Baupolizeigesetz 1997

Die landesgesetzlichen Regelungen der Fremdgrundbenützung finden sich in Salzburg in den §§ 6 und 14 BauPolG. Sofern keine Einigung mit den betroffenen Grundstücksnachbarn erreicht werden kann, kann die Baubehörde Bewilligungen für vorübergehende und – unter gewissen Voraussetzungen – auch dauernde Inanspruchnahmen fremder Liegenschaften erteilen (§ 14 Abs 2 leg cit).

Eine Bewilligung setzt sohin jedenfalls einen gescheiterten Einigungsversuch mit dem betroffenen Nachbarn voraus. Anschließend muss unterschieden werden, ob die Inanspruchnahme vorübergehend oder dauernd erfolgt. Im ersten Fall ist zu differenzieren, ob eine vorübergehende Inanspruchnahme fremder Liegenschaften zur Vornahme von näher zu bezeichnenden Vorarbeiten zur Herstellung der für das Bewilligungsansuchen erforderlichen Einreichunterlagen (§ 6 Abs 1 leg cit) oder überhaupt zur Ausführung einer baulichen Maßnahme (§ 14 Abs 1 leg cit) vorgesehen ist. Eine dauernde Fremdgrundbenützung (zweiter Fall) müssen der Eigentümer, Besitzer und Inhaber fremder Liegenschaften nur dulden, wenn es sich um eine geringfügige Inanspruchnahme ihres Grundes handelt (unbedeutende Nachteile) und die Inanspruchnahme zur Erhaltung eines bestehenden Baus

15) Beton, der eingespritzt wird, um dem Anker Zugkraft zu verleihen.

16) Die Fußbox samt Druckkörper, mit einer Länge von ca 20 cm, besteht aus Metall/Eisen und dient dazu, den Litzenanker im Erdreich zu fixieren. Sie verbleiben im Erdreich, wenn die Anker gezogen werden.

17) RIS-Justiz RS0026265.

18) UE liegt keine zu berücksichtigende Beeinträchtigung des LiegE vor, wenn die Fußbox samt Druckkörper im Erdreich verbleibt. Dies zumal sie aufgrund ihrer Abmessungen uE weder Bau-/Grabungsarbeiten noch Bohrarbeiten auf der Liegenschaft beeinträchtigen oder bei diesen Arbeiten zerteilt oder eigens entsorgt werden müssten (Triendl, Praktische Aspekte der baurechtlichen Fremdgrundbenützung anhand des § 36 Tir BauO, bbl 2016, 31 [37]). Außerdem ist ab einer bestimmten Tiefe auch die objektive Nutzungs- und Einwirkungsmöglichkeit des LiegE zu verneinen, sodass er sich nicht auf sein Eigentumsrecht berufen kann (Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGE⁶ § 297 Rz 4).

19) VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188.

20) Als Verweigerung gilt auch die nicht erfolgte Zustimmung durch Verschweigung innerhalb der vierwöchigen Frist gem § 15 Abs 4 Oö BauO (Neuhofer, Oberösterreichisches Baurecht I: Bau- und Raumordnungsrecht⁷ [2014] 135).

21) Diese Beschreibung wird bereits benötigt, wenn der betroffene LiegE von der beabsichtigten Inanspruchnahme seines Grundstückes oder seiner baulichen Anlage verständigt wird (§ 15 Abs 4 Oö BauO).

oder zur Wahrung seiner Funktion unumgänglich ist.²²⁾ Als unumgänglich notwendig ist eine Maßnahme nur insoweit anzusehen, als ihr Ziel auf andere Weise als durch Inanspruchnahme fremder Liegenschaften nur mit unwirtschaftlichen Aufwendungen erreicht werden könnte (§ 14 Abs 2 leg cit).

Den von den Arbeiten betroffenen LiegE bzw Verfügungsberechtigten stehen hinsichtlich vermögensrechtlicher Nachteile Ansprüche zu. Diese sind folgende: Einerseits hat der Inhaber der Bewilligung auf Verlangen und vor Beginn der Arbeiten eine angemessene Sicherstellung zu leisten, andererseits steht Schadenersatz zu, welcher zivilgerichtlich geltend zu machen ist (§ 6 Abs 2 und § 14 Abs 2 leg cit).

4. Vorarlberger Baugesetz

§ 14 VlbG BauG statuiert eine Duldungsverpflichtung des Nachbarn.²³⁾ Danach ist das Betreten und die vorübergehende Benützung fremder Grundstücke und Bauwerke durch den Eigentümer und den sonst hierüber Verfügungsberechtigten zu dulden, wenn es zur Herstellung der nach diesem Gesetz erforderlichen Pläne sowie zur Durchführung von Bauvorhaben einschließlich der Beförderung von Baumaterialien notwendig ist und wenn diese Arbeiten auf andere Weise nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohen Mehrkosten durchgeführt werden könnten.

Der Eigentümer ist von der beabsichtigten Inanspruchnahme mindestens zwei Wochen vorher schriftlich zu verständigen. Wird die Inanspruchnahme verweigert, entscheidet die Behörde auf Antrag über die Notwendigkeit und den Umfang solcher Arbeiten (Abs 2 leg cit).

Ob eine Maßnahme notwendig ist, ist im Zweifelsfall vom Bauwerber mittels einem Sachverständigen-gutachten nachzuweisen.²⁴⁾ Notwendige Maßnahmen müssen jedenfalls auch zulässige Maßnahmen im Sinne der Bauordnung sein.²⁵⁾ Bezüglich dem Erfordernis der „unverhältnismäßig hohen Mehrkosten“ kann uE auf die Rsp des VwGH²⁶⁾ verwiesen werden, wonach Mehrkosten ohne Inanspruchnahme der Nachbargrundstücke von 50% darunter fallen.

Zur Zuständigkeit ist anzumerken, dass über den Duldungsantrag die Baubehörde entscheidet, eine allfällige Entschädigung, sofern mit dem Eigentümer keine Einigung erzielt wird²⁷⁾, hat die Bezirkshauptmannschaft mittels Bescheid festzusetzen. Die Festsetzung der Entschädigung muss binnen drei Jahren nach Abschluss der Bauarbeiten, bei sonstigem Verlust, beantragt werden (§ 14 Abs 3 leg cit).

Außerdem ist nach Beendigung der Arbeiten der frühere Zustand wieder herzustellen (§ 14 Abs 3 leg cit). Eine dauerhafte Fremdgrundbenützung sieht das Vorarlberger Baugesetz nicht vor.

5. Kärntner Bauordnung 1996

Der 11. Abschnitt der Kärntner Bauordnung 1996 regelt in seinen §§ 48 (Benützung) und 49 (Entschädigung) die sog „Nachbarpflichten“. Gem § 48 Abs 1 K-BO haben die Grundeigentümer das Betreten ihrer Grundstücke zu gestatten, wenn dies zur Erstellung der nach diesem Gesetz erforderlichen Pläne notwendig

ist. Weiters ist nach Abs 2 leg cit eine Grundstücksbenützung zu gestatten, wenn ein Vorhaben, eine Instandsetzung oder eine Beseitigung anders nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Kosten²⁸⁾ ausgeführt werden kann. Auf Antrag hat die Behörde Art, Umfang und Dauer der Benützung festzusetzen, wobei die Interessen der Grundeigentümer möglichst zu schonen sind (§ 48 Abs 3 leg cit). Unter möglichster Schonung versteht der VwGH²⁹⁾ die Wahl der gelindesten Inanspruchnahme.

Die Baubehörde hat außerdem auf Antrag die Wiederherstellung zu verfügen und die Höhe einer allfälligen Entschädigung festzusetzen (§ 49 Abs 2 leg cit). Bemerkenswert ist, dass eine Beschwerde gegen die im Verwaltungsweg zuerkannte Entschädigung an das Landesverwaltungsgericht nicht zulässig ist, sondern binnen einem Jahr nach Zustellung des Entschädigungsbescheides die Feststellung des Entschädigungsbetrags beim Landesgericht begehrt werden kann (§ 49 Abs 3 leg cit). Das weitere Entschädigungsverfahren wird sohin den ordentlichen Gerichten übertragen.

6. Steiermärkisches Baugesetz

Gem § 36 Abs 1 BauG hat der Eigentümer eines Grundstückes oder von baulichen Anlagen bei der Herstellung, Erhaltung und beim Abbruch von baulichen Anlagen im Bereich der Grundgrenze gegen Ersatz des Schadens zu dulden, dass sein Grundstück oder seine baulichen Anlagen vom Nachbargrundstück aus im unbedingt erforderlichen Ausmaß benützt, insbesondere darauf die unbedingt erforderlichen Arbeiten ausgeführt und die notwendigen Gerüste aufgestellt werden sowie der Luftraum vorübergehend benützt wird, wenn sonst die Herstellungs-, Erhaltungs- und Abbrucharbeiten von baulichen Anlagen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand³⁰⁾ bewerkstelligt werden können. Über die Inanspruchnahme ist das Einvernehmen zwischen den Grundeigentümern herzustellen. Im Falle der Zustimmungsverweigerung hat die Baubehörde über Notwendigkeit, Umfang und Dauer der Benützung des fremden Grundstückes zu entscheiden. Ein allfälliger Schadenersatz ist bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (Abs 2 leg cit). Eine gesonderte Entschädigung für die Fremdgrundbenützung ist nicht vorgesehen.³¹⁾ →

22) Thaller in Lampert/Weber/Eisenberger, Österreichisches Baurecht I (2020) 45.

23) Lampert in Lampert/Weber/Eisenberger, Österreichisches Baurecht I (2020) 276.

24) Lampert in Lampert/Weber/Eisenberger, Österreichisches Baurecht I (2020) 277.

25) VwGH 13. 4. 1993, 90/05/0233.

26) VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188.

27) Der Eigentümer ist von der beabsichtigten Vornahme der Arbeiten mindestens zwei Wochen vorher schriftlich zu verständigen (§ 14 Abs 2 VlbG BauG).

28) Hier kann uE die Rsp des VwGH zur Oö BauO herangezogen werden, wonach Mehrkosten iHv 50% als unverhältnismäßig zu betrachten sind (VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188).

29) VwGH 12. 12. 2013, 2013/06/0064.

30) Hier kann uE wiederum analog die Rsp des VwGH ua zur Oö BauO herangezogen werden, wonach Mehrkosten iHv 50% als unverhältnismäßig zu betrachten sind (VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188).

31) Eisenberger in Lampert/Weber/Eisenberger, Österreichisches Baurecht II (2021) 239.

Ähnlich wie in Tirol³²⁾ wurde auch in das Steiermärkische Baugesetz klarstellend die Benützung des Luftraums aufgenommen. Dadurch soll insb auch das Überschwenken mit Drehkränen ermöglicht werden. Vorher war iZm den jeweiligen Arbeiten lediglich das Betreten im unbedingt erforderlichen Ausmaß und das Aufstellen notwendiger Gerüste vorgesehen.

7. Niederösterreichische Bauordnung 2014

§ 7 der NÖ BO 2014 legt LiegE weitreichende Verpflichtungen gegenüber den Nachbarn auf. Umfasst ist nicht nur die vorübergehende Benützung von Grundstücken und Bauwerken, sondern auch ausdrücklich die Benützung des Luftraums (Abs 1 leg cit). Eine Fremdgrundinanspruchnahme zur Verfassung von Bauplänen, zur Errichtung oder Abänderung von Bauwerken, zur Durchführung von Erhaltungs- oder Abbrucharbeiten oder Sicherungsmaßnahmen sowie zur Feststellung und Beseitigung von Baugebrechen³³⁾ ist dann zu dulden, wenn diese Tätigkeiten nur so oder anders nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten³⁴⁾ möglich wären (Abs 1 leg cit). Sofern die Arbeiten ohne Benützung des Nachbargrundstückes unmöglich sind, sind keine weiteren Voraussetzungen an die Duldungspflicht geknüpft.³⁵⁾ Die Eigentümer sind lediglich – außer bei Gefahr im Verzug – mindestens zwei Wochen vor der Inanspruchnahme zu verständigen.

Spezielle Regelungen finden sich iZm der Errichtung von Schornsteinen (Abs 2 leg cit), Abdichtungsmaßnahmen zur Vermeidung eindringender Niederschlagswässer (Abs 3 leg cit) und Brandschutz (Abs 4 leg cit).

Vor der Fremdgrundinanspruchnahme haben gem Abs 5 leg cit der Berechtigte und der Belastete gemeinsam den bestehenden Zustand des betroffenen Grundstücks oder Bauwerks iSe Beweissicherung festzustellen. Nach Abschluss der Bauarbeiten ist der bisherige Zustand wieder herzustellen. Unter „bisherigem“ Zustand ist jener zu verstehen, der vor Beginn der zu duldenen Bauarbeiten vorlag.³⁶⁾ Ein nicht behebbarer Schaden ist dem Eigentümer des betroffenen Grundstücks oder Bauwerks zu ersetzen (Abs 5 leg cit).

Im Falle der Verweigerung hat die Baubehörde die Beweissicherung durchzuführen und über Notwendigkeit, Umfang und Dauer der Inanspruchnahme oder Verpflichtung zu entscheiden sowie die Duldung oder Verpflichtung dem belasteten Eigentümer aufzutragen. Eine Ausnahme besteht bei Gefahr in Verzug und wenn die Inanspruchnahme notwendig ist (Abs 6 leg cit).

Über eine Kostenersatzleistung oder Entschädigung iZm der Fremdgrundbenützung iSd Abs 5 leg cit ist zunächst eine gütliche Einigung anzustreben. Wird innerhalb von sechs Monaten keine Einigung über Kostenersatzleistungen und Entschädigungen erzielt, kann innerhalb von fünf Jahren ab Eintritt des Schadens bzw ab Rechtswirksamkeit der zugrundeliegenden Entscheidung die Festsetzung einer Kostenersatzleistung oder Entschädigung beim örtlich zuständigen Landesgericht beantragt werden (§ 8 leg cit). Ein Antrag auf Entschädigungsfestsetzung oder Kostenersatzleistung

steht der Vollstreckung einer Entscheidung nach § 7 Abs 6 leg cit nicht entgegen (§ 7 Abs 7 leg cit).

8. Bauordnung für Wien

In Wien regelt § 126 BO für Wien die Nachbargrundbenützung. So sind gem Abs 1 leg cit die Eigentümer der Nachbarliegenschaften verpflichtet, die anlässlich einer Bauführung oder Instandsetzung notwendigen, ohne Benützung des Nachbargrundes oder des darüber befindlichen Luftraumes nicht möglichen oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglichen Arbeiten einschließlich der nötigen Sicherungsmaßnahmen, wie etwa Pölzungen und Unterfangungen, gegen Ersatz des erlittenen Schadens auf ihrer Liegenschaft zu gestatten. Über die Höhe des erlittenen Schadens entscheiden im Streitfall die ordentlichen Gerichte.

Gemäß der Rsp des VwGH³⁷⁾ müssen „notwendige“ Maßnahmen iSd § 126 Abs 1 leg cit jedenfalls zulässige Maßnahmen im Sinne der Bauordnung sein. Zulässig ist danach ein Bauvorhaben, wenn es nicht bewilligungspflichtig oder zumindest bewilligungsfähig ist.

Eine Besonderheit findet sich in Abs 2 leg cit, welcher unvermeidliche Bauführungsmaßnahmen oder Instandsetzungen am Fremdgrund, wie die Verlegung von Leitungen, Lampen, Aufschriftstafeln oder ähnliches, gegen Ersatz des erlittenen Schadens ermöglicht. Auch hier haben im Streitfall über die Höhe des erlittenen Schadens die ordentlichen Gerichte zu entscheiden.

Die Baubehörde hat im Falle der Verweigerung durch den betroffenen LiegE über die Berechtigung und den Umfang der Duldungsverpflichtung zu entscheiden. Ausdrücklich gesetzlich festgehalten ist, dass mit den Arbeiten erst nach Rechtskraft des Bescheides begonnen werden darf (Abs 3 leg cit). Nicht selten führt dieser Umstand zur Verzögerung der geplanten Arbeiten.

In Abs 4 leg cit gibt es eine besondere Regelung hinsichtlich Abgasanlagen. Der Eigentümer des niedrigeren Gebäudes ist verpflichtet, sofern eine Gefährdung durch Abgase von Feuerstätten besteht, die Abgasanlagen entsprechend hochzuführen. IdZ ist der Eigentümer des höheren Gebäudes verpflichtet, die notwendige Verankerung dieser Abgasanlagen, die Schaffung eines gesicherten Zuganges zur Ermöglichung der Reinigung und Überprüfung dieser Einrichtungen sowie ihre Reinigung und Überprüfung von seinem Gebäude aus zu dulden. Er hat auch dem Eigentümer des niedrigeren Gebäudes, wenn durch seine Bauführung die verschiedene Höhe der benachbarten Gebäude entstanden ist, die unbedingt notwendigen Kosten für die Höherführung der Abgasanlagen zu ersetzen.

32) Vgl § 43 Abs 3 TBO 2018.

33) Die in § 7 Abs 1 NÖ BO 2014 erfolgte Aufzählung ist taxativ (Koizar in Riegler/Koizar, NÖ BauO⁴ § 7 NÖ BO 2014 Rz 6 (Stand 1. 4. 2019, rdb.at)).

34) Auch hier ist uE wiederum analog die Rsp des VwGH ua zur Oö BauO heranzuziehen (VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188).

35) Koizar in Riegler/Koizar, NÖ BauO⁴ § 7 NÖ BO 2014 Rz 8 (Stand 1. 4. 2019, rdb.at).

36) Koizar in Riegler/Koizar, NÖ BauO⁴ § 7 NÖ BO 2014 Rz 12 (Stand 1. 4. 2019, rdb.at).

37) VwGH 13. 4. 1993, 90/05/0233.

9. Burgenländisches Baugesetz 1997

In Burgenland sieht § 12 Bgld BauG 1997 die zeitweise Benützung fremden Grundes vor. Der Eigentümer angrenzender Grundstücke hat das Betreten und die vorübergehende Benützung seiner Grundstücke oder Gebäude zur Herstellung der nach diesem Gesetz erforderlichen Pläne, zur Durchführung von Bauvorhaben, zu Ausbesserungs- und Instandhaltungsarbeiten oder zur Beseitigung von Baugebrechen nach vorhergehender rechtzeitiger Verständigung zu dulden, wenn diese Arbeiten auf andere Weise nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten³⁸⁾ durchgeführt werden können (Abs 1 leg cit).

Im Falle der Verweigerung durch den Nachbar hat die Baubehörde über die Notwendigkeit und den Umfang der Benützung des fremden Eigentums zu entscheiden (Abs 2 leg cit). Erwähnenswert ist die in Abs 3 leg cit enthaltene Regelung, wonach für den Fall, dass Menschen wegen eines Baugebrechens bei Gefahr im Verzug nur von benachbarten Bauten oder Grundstücken aus gerettet werden können, die Eigentümer dieser Grundstücke deren Betreten sowie die Vornahme notwendiger Veränderungen zu dulden haben.

Nach Beendigung der Inanspruchnahme ist der frühere Zustand wieder herzustellen. Der Schaden, der trotz der Wiederherstellung nicht beseitigt werden konnte, ist von jenem zu ersetzen, zu dessen Gunsten die Inanspruchnahme erfolgte. Die Entschädigung setzt der Bürgermeister mit Bescheid fest (Abs 4 leg cit).

10. Fazit

Wie zuvor gezeigt, weisen die Bauordnungen bzw Baugesetze der Länder zu beachtende Unterschiede iZm der Fremdgrundbenützung auf. Diese stellen sich ua wie folgt dar:

- a) Möglichkeit der temporären oder dauernden Fremdgrundbenützung;
- b) Verfahrensabläufe und Behördenzuständigkeiten;
- c) unterschiedliche Fristenregelungen hinsichtlich der Grundnachbarverständigung;
- d) unterschiedliche Verjährungsbestimmungen;
- e) divergierende Rechtsschutzbestimmungen für betroffene Grundnachbarn;
- f) abweichende Entschädigungen.

C. Praxisprobleme

In der Praxis zeigt sich vor allem, dass es auf Bauherrenseite zu Rechtsunsicherheiten und damit zu Verzögerungen beim Bauvorhaben kommen kann, wenn die betroffenen Grundnachbarn ein Rechtsmittel gegen die Fremdnutzungsbewilligung erheben. Derartige Verzögerungen können auch zu erheblichen Mehrkosten führen. Diese können sich bspw iZm der Fremdfinanzierung des Bauprojektes oder aufgrund von Preiserhöhungen der Gewerke ergeben. Darüber hinaus sind auch Haftungen infolge von vertraglichen Zusagen zu berücksichtigen; bspw eine verspätete Übergabe oder Baufertigstellung bei einem Bauträgerprojekt (zB Rücktrittsrecht Erwerber etc).

Der Bauherr ist daher gut beraten, mit den betroffenen Grundnachbarn einen Konsens hinsichtlich der Fremdgrundbenützung zu erzielen. Sofern dies nicht möglich ist, ist dem Bauherren zu empfehlen, dass er bei Antragstellung an die Behörde die jeweils erforderlichen Dokumente bereits zur Verfügung hat und diese dem Antrag anschließt. Dies, damit ein weiterer Zeitverlust durch allfällige „Verbesserungsaufträge“ seitens der entscheidenden Behörde vermieden werden kann. Es ist uE daher auch notwendig, dass sich der Bauherr mit den jeweiligen landesgesetzlichen Bestimmungen iZm der Fremdgrundbenützung frühzeitig auseinandersetzt bzw diese bei seiner Projektplanung berücksichtigt.

D. Exkurs – temporäre Fremdgrundbenützung

Eine temporäre Fremdgrundbenützung liegt uE auch dann vor, wenn geringfügige Rückstände (zB aufgesprengte Verpresskörper³⁹⁾, Fußbox samt Druckkörper iZm Ankersetzungen etc) im Fremdgrund verbleiben und hierdurch keine zu berücksichtigenden Beeinträchtigungen für den LiegE entstehen. Dies wird dann der Fall sein, wenn die verbleibenden Rückstände den LiegE bei der zukünftigen Nutzung seiner Liegenschaft (zB Bauführung etc) nur unwesentlich beeinträchtigen (zB minimaler Entsorgungsmehraufwand). In diesem Fall ist der LiegE uE nicht berechtigt, die temporäre Fremdgrundbenützung zu verhindern oder die Entfernung der geringfügigen Rückstände unter Berufung auf sein Eigentumsrecht zu begehren, andernfalls diesem der Schikaneeinwand gem § 1295 Abs 2 ABGB entgegengehalten werden kann.⁴⁰⁾ Ebenso ist auf die Einschränkung des Eigentumsrechtes durch das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot gem § 364 Abs 1 ABGB zu verweisen.⁴¹⁾

Von einer temporären Fremdgrundbenützung iSd Bauordnungen bzw Baugesetze kann uE daher auch dann weiterhin gesprochen werden, wenn geringfügige Rückstände im Nachbargrund verbleiben.

E. Conclusio

Die Bauordnungen der Länder sehen unterschiedliche Regelungen für die Fremdgrundbenützung iZm Bauvorhaben vor. Diese Unterschiede reichen von der lediglich möglichen temporären oder dauerhaften Fremdgrundbenützung bis hin zu unterschiedlichen Verfahrensabläufen und Zuständigkeiten. Der umsichtige, bundesländerübergreifende Bauherr (zB Bauträger) ist daher gut beraten, sich mit den jeweiligen landesgesetzlichen Regelungen bei der Projektplanung (insb vor Baustart) auseinanderzusetzen. Dies ua vor dem Hintergrund einer zügigen Umsetzung seines Bauvorhabens. →

38) Die Rsp des VwGH ua zur Oö BauO kann uE auch hier wieder analog herangezogen werden (VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188).

39) Triendl, Praktische Aspekte der baurechtlichen Fremdgrundbenützung anhand des § 36 Tir BauO, bbl 2016, 31 (37).

40) Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek, ABGB Praxis-Kommentar⁶ § 364 Rz 1.

41) Echer/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ § 364 Rz 1.

→ In Kürze

Die Bauordnungen der Länder sehen unterschiedliche Regelungen für die Fremdgrundbenutzung iZm Bauvorhaben vor. Der umsichtige Bauwerber (zB Bauträger) ist gut beraten, sich bereits im Rahmen der Projektentwicklung mit den länderspezifischen Besonderheiten auseinanderzusetzen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

RA MMag. Stefan C. Bart ist geschäftsführender Gesellschafter der Kanzlei GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Altmünster.

Kontaktadresse: GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Maximilianstraße 1, 4813 Altmünster. Tel: 07612/63420, Fax: 07612/63420-10, E-Mail: bart@ra-maximilianhof.at, Internet: www.ra-maximilianhof.at

RA Manuel C. Traxler, LL.M. LL.B. BSc. akad. Vkm. ist geschäftsführender Gesellschafter der Kanzlei GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Altmünster.

Kontaktadresse: GESSWEIN-SPIESSBERGER TRAXLER Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Maximilianstraße 1, 4813 Altmünster. Tel: 07612/63420, Fax: 07612/63420-10, E-Mail: traxler@ra-maximilianhof.at, Internet: www.ra-maximilianhof.at

Rechtsprechung

ZVB 2021/76

§§ 918, 921, 934, 935, 1268, 1170a, 1267, 1268, 1379 ABGB; § 351 UGB

OGH 30. 3. 2021, 10 Ob 3/21 w

Aufhebung;

Gegenleistung;

Gestaltungsrecht;

glückspielförmlicher Vertrag;

laesio enormis;

Leistungsvereinbarung;

Missverhältnis;

Novation;

Pauschalvereinbarung;

Preiserhöhung;

Rücktritt;

Verkürzung über die Hälfte;

Werklohn;

Werkvertrag;

Wurzelmangel

→ Anfechtung wegen laesio enormis nach Rücktritt beim Werkvertrag

1. § 934 ABGB

→ Die Anfechtung beim Werkvertrag wegen laesio enormis ist im Hinblick auf die vertraglichen Werkleistungen im Verhältnis zum vereinbarten Werklohn möglich.

→ Eine Pauschalpreisvereinbarung mit Leistungsinhalten, bei der bei entsprechender Sachkenntnis und Aufmerksamkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung von vornherein bestimmbar und erkennbar war, kann wegen Verkürzung über die Hälfte angefochten werden.

→ Für Pauschalpreisvereinbarungen ist charakteristisch, dass die einzelnen preisbildenden Faktoren nicht offengelegt sind. Ein typischer Fall eines Pauschalvertrags liegt vor, wenn der klagende AG das von ihm gewünschte Werk rein funktional beschrieben hat, ohne weitere Angaben (etwa zu Mengen und Maßen) zu machen, und sich die Vertreter der AN darüber selbst eine Meinung zu bilden und die auszuführenden Leistungen zu kalkulieren haben.

→ Die Geltendmachung der laesio enormis bei geteilter Leistung erfolgt nur hinsichtlich der noch ausständigen Teilleistungen, für die noch gar kein Werklohn in Empfang genommen wurde.

→ Der Werkunternehmer kann auch nach dem rechtswirksamen Vertragsrücktritt des Werkbestellers (§ 918 Abs 1 ABGB) der auf den Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichteten Schadenersatzklage (§ 921 ABGB) die Einrede der laesio enormis erfolgreich entgegenhalten.

→ Die Aufhebung beseitigt nicht nur die Rechtswirkung des Vertrags rückwirkend ex tunc, sondern wirkt sich nach neuerer Rsp auch dinglich ex tunc aus. Der Vertrag ist so zu betrachten, als ob er nie zustande gekommen wäre und daher nie Eigentum erworben worden wäre.

→ Der Rücktritt beseitigt – anders als die Einrede der laesio enormis – die Haftungsgrundlage des Vertrages nicht.

2. § 934 ABGB; § 351 UGB

§ 934 ABGB ist im bürgerlichen Recht zwingend, zu Lasten eines Unternehmers aber dispositiv (§ 351 UGB). Ist die Anwendung des § 934 ABGB im konkreten Fall nicht vertraglich ausgeschlossen, kann sich auch eine bekl Werkunternehmerin ungeachtet ihrer Eigenschaft als Unternehmerin auf laesio enormis berufen.

3. § 935 HS 3 ABGB

Der Anfechtungsausschluss der laesio enormis nach § 935 HS 3 ABGB setzt die tatsächliche Kenntnis des Verkürzten vom wahren Wert voraus. Daran fehlt es, wenn der verkürzte Werkunternehmer bei Unterzeichnung der Leistungsvereinbarung das grobe Missverhältnis zwischen Werkleistung und Werklohn nicht kannte. Es reicht nicht aus, dass sich der Verkürzte davon Kenntnis verschaffen hätte können.

4. § 1170a ABGB

→ § 1170a ABGB ist auf Pauschalpreisvereinbarungen nicht anwendbar.

→ Bei einem Werkvertrag mit Pauschalpreisvereinbarung darf der Unternehmer keine Preiserhöhung fordern, auch wenn das Werk mehr Arbeit oder größere Auslagen erfordert, als er vorhergesehen hatte. Er trägt die Gefahr der Mehrarbeit ebenso wie ihm der ganze Nutzen zufällt, wenn sich die Arbeit als billiger oder leichter herausstellt.

→ Die Anfechtung der zwischen den Parteien getroffenen Pauschalpreisvereinbarung mit Leistungsinhalten, bei der bei entsprechender Sachkenntnis und Aufmerksamkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung von vornherein bestimmbar und erkennbar war, wegen Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB) ist möglich.

5. § 1267 ABGB

→ Ein Glücksvertrag liegt vor, wenn Gegenstand des Vertrages die Hoffnung auf einen noch ungewissen Vorteil ist, nicht aber schon dann, wenn mit dem Abschluss eines Vertrages ein Risiko oder eine Chance verbunden ist.

→ Eine Pauschalpreisvereinbarung beim Werkvertrag, bei der bei entsprechender Sachkenntnis und Aufmerksamkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung von vornherein bestimmbar und erkennbar war, ist kein Glücksvertrag.

Sachverhalt:

Der Kl erteilte im Oktober 2017 der erstbekl Gesellschaft (deren Geschäftsführer der Zweit- und der Drittbekl sind) den Auftrag, die Eternitfassade an der Westseite seines Wohnhauses zu entfernen und eine neue Fassade herzustellen. Vereinbart wurde ein Pauschalpreis von € 6.000,-. Die Erstbekl ließ ein Gerüst errichten und begann mit (im Einzelnen festgestellten) Arbeiten, die vollständig und ordnungsgemäß erbracht wurden. Von der Durchführung weiterer Arbeiten nahm die Erstbekl auf Wunsch des Kl vorerst Abstand. Am 8. 12. 2017 legte der Kl dem Zweit- und Drittbekl jeweils eine (von ihm selbst erstellte) schriftliche „Leistungsvereinbarung“ vor.

Diese „Leistungsvereinbarung“ lautet auszugsweise wie folgt:

„2. Für die bisher erbrachten Leistungen der Baufirma wird ein Betrag in der Höhe von € 4.000 seitens des Bauherren geleistet.

[...]

3. Mit Unterfertigung dieser Vereinbarung wird seitens der Baufirma bestätigt, den Betrag von € 4.000 erhalten zu haben.

[...]

5. Bis spätestens 1. 7. 2018 sind von der Baufirma folgende Leistungen zu erbringen:

- Lieferung der zur Fertigstellung nötigen Materialien (Unterputz der Marke Baumit Thermoextra, Textilglasgitter, Feinputz bzw Edelputz der Marke Baumit)

- Aufbringen von Unterputz der Marke Baumit Thermoextra in einer Schichtstärke von 5 cm

- Vollflächiges Armieren des Unterputzes mit Textilglasgitter

- Endbeschichtung entweder mit Feinputz oder Edelputz der Marke Baumit (Spezifizierung und Auswahl erfolgt durch Bauherren)

- Bei den Endbeschichtungsarbeiten ist eine Körnung zu wählen, die der Bestandsfassade gleich kommt. Seitens der Baufirma ist hierzu mit dem Bauherren zuvor Rücksprache zu halten.

- Reinigungsarbeiten der auf der Liegenschaft im Zuge der Bauarbeiten entstandenen Verschmutzungen

- Demontage und Abholung des Gerüsts

6. Für die unter Punkt 5 aufgelisteten und noch zu erbringenden Leistungen wird ein Betrag in der Höhe von € 2.000 vereinbart, der erst nach Abnahme der Arbeiten durch den Bauherren fällig ist.“

6. §§ 1376ff, 1379 ABGB

Eine Änderung des Rechtsgrundes liegt vor, wenn der Entstehungsgrund des Anspruchs geändert wird; Hauptgegenstand ist der primäre Leistungsinhalt. Die bloße Vereinbarung einer Nebenbestimmung ohne Änderung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes hat keine Novationswirkung, es liegt vielmehr eine bloße Schuldänderung iSd § 1379 ABGB vor, welche das ursprüngliche Schuldverhältnis mit ganz bestimmten Änderungen hinsichtlich des Inhalts der Verpflichtung fortbestehen lässt und nicht wie bei der Novation das ursprüngliche Schuldverhältnis durch ein neues ersetzt.

Nach Punkt 8. der Leistungsvereinbarung ist der Kl im Fall der nicht vollständigen Erbringung der Fertigstellungsarbeiten bis zum 1. 7. 2018 berechtigt, die noch ausstehenden Arbeiten von einem Unternehmen seiner Wahl durchführen zu lassen, wobei für die anfallenden Kosten die Zweit- und Drittbekl jeweils solidarisch haften. Der Kl erörterte den Inhalt der Leistungsvereinbarung mit dem Zweit- und Drittbekl, bevor diese die Vereinbarung unterzeichneten. Wären der Zweit- und Drittbekl aufmerksam gewesen, hätten sie aufgrund ihrer Branchenkenntnisse erkennen können, dass die ordnungsgemäße Herstellung der im Punkt 5. angeführten Leistungen um € 2.000,- nicht möglich ist, sondern die Kosten tatsächlich € 9.182,74 brutto betragen. Dies war dem Zweit- und Drittbekl bei Unterzeichnung nicht bekannt.

Nach Unterzeichnung leistete der Kl an die Erstbekl für die bisher erbrachten Arbeiten € 4.000,-.

Im Frühjahr 2018 wurde mit den Verputzarbeiten begonnen. Nachdem 70 Säcke Material verarbeitet waren, lehnte die Erstbekl die Durchführung der weiteren Arbeiten zu den in der Leistungsvereinbarung genannten Konditionen ab. Nicht festgestellt werden kann, dass die (unvollständig gebliebenen) Putzarbeiten per se sanierungsbedürftig waren. Am 22. 11. 2018 erklärte der Kl schriftlich, vom Vertrag zurückzutreten und die Fertigstellung des Werks von einem anderen Unternehmer durchführen zu lassen. Dieser stellte dem Kl für die Durchführung der in Punkt 5. der Leistungsvereinbarung bezeichneten Arbeiten € 9.147,91 in Rechnung, die der Kl bezahlte. An die Erstbekl leistete der Kl für die in Punkt 5. angeführten Arbeiten keinen Werklohn.

[Standpunkte der Beteiligten]

Die Kl begehrte (nach Klageeinschränkung) € 7.147,91 sA aus dem Titel des Schadenersatzes. Er bringt im Wesentlichen vor, ursprünglich sei (mündlich) eine Pauschale von € 6.000,- für sämtliche von der Erstbekl zu erbringenden Leistungen (samt Material) vereinbart worden. In der Folge habe er mit der Erstbekl (vertreten durch den Zweit- und den Drittbekl) eine neue Vereinbarung geschlossen, in der die bisherige Pauschalpreisvereinbarung über € 6.000,- für die Herstellung eines Gesamtwerks verschriftlicht worden sei. Die Leistungen seien grob umschrieben und zwei Teilzah-

Die Anfechtung einer Pauschalpreisvereinbarung mit Leistungsinhalten wegen Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB) ist möglich.

lungen festgelegt worden, und zwar € 4.000,- für die bisher erbrachten Leistungen und € 2.000,- für die restlichen noch zu erbringenden Leistungen. Da die Erstbekl die beschriebenen Leistungen nur begonnen und nicht beendet habe, sei er nach Setzung einer Nachfrist rechtswirksam vom Werkvertrag zurückgetreten und habe mit der Fertigstellung einen anderen Unternehmer betraut. Unter Berücksichtigung der So-wiesokosten in Höhe von € 2.000,- seien ihm Mehrkosten in Höhe des Klagsbetrags entstanden. In eventu – sofern das Gericht der Ansicht sein sollte, dass der gesamte Betrag der ursprünglichen Vereinbarung über € 6.000,- für die Beurteilung des Anspruchs heranzuziehen sei – werde vorgebracht, dass ihm insgesamt Kosten in Höhe von € 13.147,91 entstanden seien. Abzüglich der ursprünglich vereinbarten € 6.000,- ergebe sich ein Differenzbetrag von € 7.147,91. Eventualiter werde das Klagebegehren auch auf diesen Anspruchsgrund gestützt (AS 115).

Die Bekl bestritten und brachten – soweit für das RevVerfahren noch wesentlich – vor, die Leistungsvereinbarung basiere einseitig auf den Berechnungen des Kl. Es handle sich um keine Pauschalpreisvereinbarung, sondern um einen Kostenvoranschlag ohne Gewähr. Der Drittbekl habe in der Folge mehrfach darauf hingewiesen, dass ein erhöhter Materialaufwand aufgrund der Planunebenheit der zu bearbeitenden Fassade notwendig sein werde. Sollte doch von einem Werklohn von € 2.000,- für die in Punkt 5. der Leistungsvereinbarung angeführten Leistungen auszugehen sein, werde diese Vereinbarung wegen eines vom Kl veranlassten Kalkulationsirrtums bzw Wertirrtums, in eventu wegen Geschäftsirrtum bzw gemeinsamem Geschäftsirrtum angefochten. In eventu werde der Vertrag (einredeweise) wegen Verkürzung über die Hälfte angefochten. Der Wert der gemäß der Leistungsvereinbarung noch zu erbringenden Leistungen übersteige den dafür vereinbarten Werklohn von € 2.000,- um mehr als das Doppelte. Die Anwendung des § 934 ABGB sei gegenüber der Erstbekl vertraglich nicht ausgeschlossen worden.

[Das Verfahren der Vorinstanzen]

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Rechtlich hielt es die Voraussetzungen für die einredeweise Geltendmachung der Verkürzung über die Hälfte als gegeben. Sei der Werkvertrag infolge der einredeweisen Geltendmachung der Verkürzung über die Hälfte weggefallen, sei den Bekl kein rechtswidriges Handeln vorwerfbar, weshalb das Klagebegehren nicht erfolgreich auf schadenersatzrechtliche Grundlagen gestützt werden könne.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Kl nicht Folge. Die ursprüngliche (mündliche) Vereinbarung über die Umgestaltung der Fassade zu einem Pauschalpreis von € 6.000,- sei durch eine neue Leistungsvereinbarung dahin abgeändert worden, dass für die bereits erbrachten Leistungen, die in Punkt 2. der Leistungsvereinbarung aufgelistet sind, ein Werklohn von € 4.000,- und für die zukünftig noch zu erbringenden Leistungen (laut Punkt 5. der Leistungsvereinbarung) ein Entgelt von € 2.000,- vereinbart worden sei. Rechtlich stelle die Leistungsvereinbarung eine Novation iSd

§§ 1376ff ABGB dar. Der Zweit- und der Drittbekl seien dem Schuldverhältnis beigetreten. Da der erste Teil der Vereinbarung ordnungsgemäß erfüllt und dafür ein angemessenes Entgelt entrichtet worden sei, sei für die Überprüfung der Berechtigung der Anfechtung wegen *laesio enormis* nur der zweite Teil der neu abgeschlossenen Leistungsvereinbarung über das Pauschalentgelt von € 2.000,- für die in Punkt 5. der Leistungsvereinbarung festgelegten Leistungsschritte relevant. Zwar seien Pauschalpreisvereinbarungen auch bei unverhältnismäßigen Mehrkosten verbindlich. Sei aber bereits bei Vertragsabschluss klar, dass das angemessene Entgelt für die zu erbringenden Leistungen mehr als das Doppelte des vereinbarten Entgelts betrage, sei die Anfechtung wegen *laesio enormis* zulässig. Auch der zuvor erklärte Vertragsrücktritt des Kl schließe die einredeweise Anfechtung des Vertrages wegen *laesio enormis* nicht aus. Der Rücktritt lasse den Vertrag bis zum Zeitpunkt des Rücktritts bestehen. Werde zu einem späteren Zeitpunkt ein Wurzelmangel (wie die *laesio enormis*) geltend gemacht, bewirke das die Beseitigung des ex nunc aufgelösten Vertragsverhältnisses nunmehr ex tunc. Da ausschließlich der zweite Teil der Leistungsvereinbarung (über die Erbringung der in Punkt 5. aufgezählten Leistungen zu einem Pauschalpreis von € 2.000,-) zu beurteilen sei, sei bei Geltendmachung der *laesio enormis* ein Anbot der Rückgabe der erhaltenen € 4.000,- nicht erforderlich.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Rev zulässig sei, weil Rsp des OGH zu der Frage fehle, ob nach einem Vertragsrücktritt die Einrede der Verkürzung über die Hälfte möglich sei. Ferner bestehe keine einheitliche Rsp des OGH zur Frage, ob eine Pauschalpreisvereinbarung aus dem Grund der Verkürzung über die Hälfte anfechtbar sei.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev des Kl ist zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

Der RevWerber macht im Wesentlichen geltend, die *laesio enormis* sei im Hinblick auf das Charakteristikum einer Pauschalpreisvereinbarung ausgeschlossen. Zudem wirke die mangels vertragskonformer Leistung der Erstbekl erfolgte Rücktrittserklärung nach § 918 ABGB (schuldrechtlich) ex tunc, weshalb für die danach erfolgte Einrede der *laesio enormis*, der diese Wirkung ebenfalls zukomme, kein Raum bleibe.

Dazu ist auszuführen:

1. Zu den Grundlagen der *laesio enormis*

1.1 Das Rechtsinstitut der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) knüpft an ein objektives Wertmissverhältnis an, das sich aus dem Vergleich der vertraglich vereinbarten Leistungen ergibt. Hat eine Vertragspartei nicht einmal die Hälfte dessen als Gegenleistung erhalten, was sie selbst hingibt, steht ihr das Gestaltungsrecht (mittels Klage oder auch Einrede) zu, den Vertrag wegen Verkürzung über die Hälfte anzufechten. Zweiseitig verbindliche Verträge, die einen Partner massiv benachteiligen, ohne dass dieser Umstand auf den freien Willen des Benachteiligten zurückzuführen ist, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich keinen Bestand haben. Auch bei einem Werkvertrag mit Inhalt kann *laesio enormis* im Hinblick auf die laut

Vertrag zu erbringenden Werkleistungen im Verhältnis zum vereinbarten Werklohn gegeben sein.¹⁾

1.2 § 934 ABGB ist im bürgerlichen Recht zwingend. Zu Lasten eines Unternehmers ist die Bestimmung aber dispositiv (§ 351 UGB). Da im vorliegenden Fall die Anwendung des § 934 ABGB nicht vertraglich ausgeschlossen wurde, kann sich auch die Erstbekl ungeachtet ihrer Eigenschaft als Unternehmerin auf *laesio enormis* berufen (§ 351 UGB)²⁾.

2. Zur Frage der Anfechtung der von den Parteien getroffenen Pauschalpreisvereinbarung mittels *laesio enormis*:

2.1 Das Erstgericht ist dem Vorbringen der Bekl, es liege lediglich ein Kostenvoranschlag ohne Gewähr bzw ein summarischer Überschlag (Schätzungsanschlag) vor³⁾, nicht gefolgt. Auch das Berufungsgericht hat die zwischen den Parteien getroffene Leistungsvereinbarung dahin ausgelegt, dass für die gemäß Punkt 5. noch zu erbringenden Leistungen ein Pauschalentgelt von € 2.000,- vereinbart worden sei, wobei es seiner Entscheidung zugrunde legte, dass mit den € 2.000,- auch die Leistung pauschaliert sein sollte.⁴⁾ Davon ist auch im RevVerfahren (unbeschadet der rechtlichen Qualifikation der schriftlichen Leistungsvereinbarung als Novation oder bloße Schuldänderung) auszugehen:

Für Pauschalpreisvereinbarungen ist charakteristisch, dass die einzelnen preisbildenden Faktoren nicht offengelegt sind.⁵⁾ Hat der Kl als AG das von ihm gewünschte Werk rein funktional beschrieben, ohne weitere Angaben wie etwa zu Mengen und Maßen zu machen und hatten sich darüber der Zweit- und der Drittbekl als Vertreter der erstbekl AN selbst eine Meinung zu bilden und die auszuführenden Leistungen zu kalkulieren, liegt ein typischer Fall eines Pauschalvertrags vor.⁶⁾

2.2 Bei Werkverträgen haben Pauschalpreisvereinbarungen zur Folge, dass der Unternehmer keine Preiserhöhung fordern darf, auch wenn das Werk mehr Arbeit oder größere Auslagen erfordert, als der Werkunternehmer vorhergesehen hatte. Er trägt die Gefahr der Mehrarbeit ebenso wie ihm der ganze Nutzen zufällt, wenn sich die Arbeit als billiger oder leichter herausstellt.⁷⁾ § 1170a ABGB ist auf Pauschalpreisvereinbarungen nicht anwendbar.⁸⁾

2.3 Zur Frage der Anfechtung einer Pauschalpreisvereinbarung wegen Verkürzung über die Hälfte hat der OGH bislang nicht ausführlich Stellung genommen:

2.3.1 In der vom RevWerber zit E 5 Ob 237/69⁹⁾ (RS0022059 [T 2]) wurde zu einer Pauschalpreisvereinbarung bei einem Werkvertrag ausgeführt, es gehöre zu deren Wesen, dass unter Umständen entweder der Unternehmer weit weniger erhalte oder der Besteller weit mehr bezahlen müsse, als den tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen wäre. Da die Einrede der *laesio enormis* in erster Instanz für unbegründet erklärt worden war und dies vom Bekl unbekämpft geblieben sei, habe sich der OGH damit im RevVerfahren nicht mehr zu befassen. Obiter wurde jedoch – ohne weitere Begründung – festgehalten, dass mit Rücksicht auf die Darstellung des Wesens einer Pauschalpreisver-

einbarung auch für eine Berücksichtigung der Verkürzung über die Hälfte kein Raum bliebe.

2.3.2 Die E 7 Ob 80/07 a¹⁰⁾ betraf die Vereinbarung eines Pauschalhonorars eines Rechtsanwalts, wobei das Klagebegehren bei Schluss der mündlichen Verhandlung nur auf Wucher sowie arglistige Täuschung gestützt worden war. Die erstmalige Geltendmachung von *laesio enormis* im Rechtsmittelverfahren wurde als gegen das Neuerungsverbot verstößend angesehen.

2.3.3 Zu 1 Ob 214/09 s¹¹⁾ war die Frage, ob eine Pauschalpreisvereinbarung wegen Verkürzung über die Hälfte anfechtbar sei, deshalb nicht zu beantworten, weil die Verjährungsfrist bereits abgelaufen war.

2.3.4 Gegenstand der vom Berufungsgericht zitierten E 3 Ob 24/20 f¹²⁾ war eine Pauschalhonorarvereinbarung zwischen einer Rechtsanwalts-GmbH und deren Mandanten, die von letzterem (erfolgreich) mittels Einrede der *laesio enormis* angefochten wurde. Eine Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit dieser Einrede im Hinblick auf das Vorliegen einer Pauschalhonorarvereinbarung unterblieb, da die klagende Rechtsanwalts-GmbH zu dieser Frage kein Bestreitungsverbringen erstattet hatte.

2.3.5 Die vom Kl in der Rev angesprochene E 1 Ob 219/09 a¹³⁾ betraf einen Schätzungsanschlag des Honorars für eine bestimmte Geschäftsbesorgung durch einen Rechtsanwalt. Da der Rechtsanwalt die Mandantin nicht auf einen unvorhergesehenen höheren Aufwand hingewiesen hatte, ging ihm ein zusätzlicher Anspruch wegen Mehrarbeit verloren. Die Aussage, § 934 ABGB schütze nicht denjenigen (professionellen) Vertragspartner, der zwar den mit der ihm übertragenen Tätigkeit verbundenen zukünftigen Aufwand einigermaßen abschätzen kann, dennoch aber ein besonders niedriges Entgelt vereinbart, betrifft den Ausschlussstatbestand der Kenntnis des wahren Werts (§ 935 ABGB), bei dessen Vorliegen das Anfechtungsrecht kraft Gesetzes entfällt.

2.4 Im Schrifttum führt *Thiery*¹⁴⁾ aus, dass bei Pauschalhonorarvereinbarungen, die dadurch charakterisiert seien, dass das Entgelt des Rechtsanwalts einen im Voraus bestimmten Fixbetrag darstellt, zugunsten des Mandanten sowohl *laesio enormis* als auch das Verbot des Wuchers zu beachten seien.

2.5 Auch hinsichtlich der im vorliegenden Fall getroffenen Pauschalpreisvereinbarung ist die Anfechtung wegen *laesio enormis* zulässig: →

1) *Reischauer* in *Fummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 Rz 166.

2) *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 351 Rz 12 mwN.

3) RIS-Justiz RS0021993.

4) Vgl *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 1637.

5) *M. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 1170a Rz 1.

6) *Karasek*, ÖNORM B 2110³ Rz 1637; *Hussian*, Das Vollständigkeits- und Mengenrisiko beim Pauschalvertrag, in FS ÖGEBAU (2008) 203 (207).

7) RS0022059.

8) *M. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 1170a Rz 1.

9) OGH 17. 9. 1969.

10) OGH 18. 4. 2007.

11) OGH 10. 8. 2010.

12) OGH 8. 7. 2020.

13) OGH 15. 12. 2009.

14) Die Pauschalhonorarvereinbarung, AnwBl 2006, 431.

2.5.1 Das (zwingende) Recht auf Aufhebung des Vertrags wegen *laesio enormis* ist nach § 935 HS 3 ABGB dann ausgeschlossen, wenn der Verkürzte Kenntnis des wahren Werts hatte. Da feststeht, dass dem Zweit- und dem Drittbekl bei Unterzeichnung der Leistungsvereinbarung das grobe Missverhältnis zwischen der vereinbarten Werkleistung und dem Werklohn unbekannt war, ist dieser Anfechtungsauschlussgrund zu verneinen. Der Umstand, dass sich die Bekl davon Kenntnis verschaffen hätten können, ist bedeutungslos.¹⁵⁾

2.5.2 § 1268 ABGB schließt die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte auch bei Glücksverträgen aus. Glücksverträge liegen vor, wenn der Gegenstand des Vertrags die Hoffnung auf einen noch ungewissen Vorteil ist, nicht aber schon dann, wenn mit dem Abschluss eines Vertrags ein Risiko oder eine Chance verbunden ist.¹⁶⁾

Bei Pauschalpreisvereinbarungen besteht zwar das Risiko bzw diese Chance („das Wagnis“) für beide Teile darin, dass derartige Vereinbarungen verbindlich sind, auch wenn sich herausstellt, dass die übernommenen Arbeiten die veranschlagten Mengen erheblich über- oder unterschreiten.¹⁷⁾ Die maßgebliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Glücksvertrags, dass von vornherein Unklarheit darüber herrschen muss, ob sich der Vertrag im Endergebnis für den einen oder den anderen Vertragsteil vorteilhaft auswirken wird, ist aber – jedenfalls im vorliegenden Fall – nicht erfüllt, weil bei entsprechender Sachkenntnis und Aufmerksamkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung von vornherein bestimmbar und erkennbar gewesen wäre.

2.5.3 Die Rsp wendet den in § 1268 ABGB normierten Ausschluss der *laesio enormis* analog auf glücksspielähnliche Verträge mit bedeutsamen aleatorischen Elementen an, weil davon auszugehen ist, dass die Risiken von den Parteien bewusst übernommen wurden und daher die Geltendmachung der *laesio enormis* (konkludent) ausgeschlossen ist. Auch dieser Anfechtungsauschluss kommt hier nicht zum Tragen, weil sich weder aus dem Vorbringen noch aus den Feststellungen ableiten lässt, dass die Bekl das Risiko des Materialbedarfs und der erforderlichen Arbeitsleistungen bewusst übernehmen wollten.

2.6 War die Ex-ante-Beurteilung der Leistungswerte möglich und entspricht diese Bewertung den Tatbestandsmerkmalen des § 934 ABGB, ist kein Grund ersichtlich, warum die von den Parteien getroffene Vereinbarung aufrecht bleiben sollte. Konkrete Argumente gegen diese – bereits vom Berufungsgericht vertretene Ansicht – werden vom RevWerber nicht ins Treffen geführt. Dem Hinweis auf die Unternehmereigenschaft der Erstbekl ist zu entgegenen, dass nach § 351 UGB ein vertraglicher Ausschluss der *laesio enormis* möglich gewesen wäre, aber nicht erfolgt ist.

2.7 Die im Zulassungsausspruch aufgeworfene Rechtsfrage ist daher dahin zu beantworten, dass die Anfechtung der in concreto von den Parteien getroffenen Pauschalpreisvereinbarung mit Leistungsinhalten

wegen Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB) möglich ist.

3. Zur einredeweisen Geltendmachung der *laesio enormis* nach Erklärung des Vertragsrücktritts

3.1 *Laesio enormis* kann mittels Klage, aber auch mittels Einrede geltend gemacht werden. Beide Rechtsbehelfe sind jeweils auf die Aufhebung des Vertrags gerichtet.¹⁸⁾ Erst das rechtsgestaltende Urteil des Gerichts hebt den Vertrag auf.

3.2 Die Aufhebung beseitigt nicht nur die Rechtswirkung des Vertrags rückwirkend *ex tunc*¹⁹⁾, sondern wirkt sich nach neuerer Rsp auch dinglich *ex tunc* aus, was der Einordnung als Wurzelmangel entspricht.²⁰⁾ Der Vertrag ist – wie bei der Irrtumsanfechtung – so zu betrachten, als ob er nie zustande gekommen wäre und daher nie Eigentum erworben worden wäre.²¹⁾

3.3 Anders sind die Wirkungen des Vertragsrücktritts:

Der begründete und wirksame Rücktritt vom Vertrag (§ 918 Abs 1 ABGB) hat zwar ebenfalls die Auflösung des Vertrags – allerdings mit obligatorischer Wirkung – zwischen den Vertragsparteien *ex tunc* zur Folge²²⁾ und lässt die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem aufgehobenen Vertrag rückwirkend auf den Abschlusszeitpunkt erlöschen.²³⁾ Erfüllungsansprüche bestehen nicht mehr²⁴⁾, bereits erbrachte Leistungen, allenfalls ihr Wert sind bereicherungsrechtlich herauszugeben (§ 921 Satz 2 ABGB²⁵⁾).

Der Rücktritt wirkt (für sich genommen) jedoch nicht sachenrechtlich. Übertragungsakte, die im Hinblick auf den Vertrag gemacht wurden, bleiben sachenrechtlich gültig, es besteht lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung.²⁶⁾ Zudem lässt der Rücktritt vom Vertrag den Ersatz des durch die Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt.²⁷⁾ Tritt der Gläubiger aufgrund des Verschuldens des Schuldners vom Vertrag zurück, kann er das Erfüllungsinteresse (etwa die konkreten Mehraufwendungen infolge Abschlusses eines gleichartigen Deckungsgeschäfts) verlangen (§ 921 ABGB). Schadenersatzrechtlich ist trotz obligatorischer Ex-tunc-Vertragsauflösung der Nichterfüllungsschaden zu ersetzen. Die Haftung beruht auf der Vertragsverletzung. Diese Haf-

15) OGH 10. 7. 2001, 4 Ob 147/01y; *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 935 Rz 10.

16) RS0020414; OGH 7. 8. 2007, 4 Ob 135/07t; 24. 7. 2019, 6 Ob 20/19p RS0018925 [T 4].

17) RS0018079.

18) *Perner in Schwimann/Kodek*⁴ ABGB § 934 Rz 16.

19) RS0018814.

20) OGH 26. 5. 1997, 2 Ob 522/95 JBI 1998, 41 (*Holzner*); 17. 12. 1998, 2 Ob 325/98b JBI 1999, 537 (*Rummel*); 13. 11. 2002, 7 Ob 251/02s JBI 2004, 252 (*Riedler*); OGH 19. 12. 2006, 10 Ob 77/06f; zust *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 Rz 114; *Perner in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Rz 17; *P. Bydlinkski in KBB*⁶ § 934 Rz 5 mwN.

21) *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 Rz 117.

22) RS0018414; *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 921 Rz 5; *Reidinger in Schwimann*, ABGB⁴ § 918 Rz 50, jeweils mwN.

23) OGH 19. 1. 2010, 10 Ob 68/09m.

24) *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 921 Rz 5.

25) *P. Bydlinkski in KBB*⁶ § 921 Rz 4.

26) *Reidinger in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 918 Rz 50.

27) *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 921 Rz 9.

tungsgrundlage wird durch den Rücktritt nicht beseitigt.²⁸⁾

3.4.1 In der bisherigen Rsp wurde zu einem auf Rechtsunwirksamkeit eines Vertrags gerichteten Feststellungsbegehren und einem zugleich erhobenen Rechtsgestaltungsbegehren wegen *laesio enormis* ausgeführt, dass beide Ansprüche zueinander im Widerspruch stehen und bei anfänglicher Rechtsunwirksamkeit des Vertrags dessen Aufhebung wegen *laesio enormis* nicht in Betracht kommt.²⁹⁾

3.4.2 Die Frage, ob *laesio enormis* ungeachtet einer nachträglichen Aufhebung eines Vertrags erfolgreich geltend gemacht werden kann, wurde in der E 1 Ob 498/35³⁰⁾ SZ 17/134 RS0024095 zu einem Dauerschuldverhältnis behandelt. Der den Gegenstand dieser Entscheidung bildende Pachtvertrag wurde unter Berufung auf die *laesio enormis ex tunc* als aufhebbar erachtet, obwohl er bereits (einvernehmlich) *ex nunc* aufgelöst worden war.³¹⁾

3.5 Im vorliegenden Fall ist ein Zielschuldverhältnis (Werkvertrag) zu beurteilen. Folgt man mit dem Berufungsgericht dem Standpunkt des Kl, seine Rücktritts-erklärung sei wirksam erfolgt, hatte diese Erklärung die oben beschriebenen (schuldrechtlichen) Folgen. Ist jedoch die Einrede der *laesio enormis* erfolgreich, gilt der Werkvertrag als nicht zustande gekommen.

3.6 Die vom Berufungsgericht im Zulassungsaus-spruch als erheblich aufgeworfene (zweite) Rechtsfrage ist daher dahin zu beantworten, dass der Werkunternehmer auch nach dem rechtswirksamen Vertrags-rücktritt des Werkbestellers (§ 918 Abs 1 ABGB) der auf den Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichteten Schadenersatzklage (§ 921 ABGB) die Einrede der *laesio enormis* erfolgreich entgegenhalten kann.

3.7 Da ohnehin von der Rechtswirksamkeit des Rücktritts ausgegangen wurde, ist der vom RevWerber gerügte rechtliche Feststellungsmangel (wegen Fehlens von Feststellungen zum Rücktrittsgrund und der Nachfristsetzung) zu verneinen.

4. Zum Vorbringen des Fehlens einer Novation

Der RevWerber bringt weiters vor, die schriftliche Leistungsvereinbarung sei rechtlich nicht als Novation, sondern als Schuldänderung (§ 1379 ABGB) zu qualifizieren. Liege keine Novation vor, sei die einredeweise geltend gemachte *laesio enormis* nicht erfolgreich, weil die Erstbekl unterlassen habe, die Rückgabe sämtlicher erhaltener Leistungen (somit auch die Rückgabe der empfangenen Teilzahlung von € 4.000,-) anzubieten.

Diesem Standpunkt ist nur insoweit zu folgen, als der Leistungsvereinbarung keine novierende Wirkung zukommt:

4.1 Gegen die Annahme einer Novation iSd §§ 1376ff ABGB spricht zunächst, dass die Parteien kein erstinstanzliches Vorbringen zum Vorliegen eines gemeinsamen Novationswillens erstattet haben. Diese Absicht wird aber nicht vermutet.³²⁾ Weiters erfolgte durch die Leistungsvereinbarung weder eine Änderung des Rechtsgrundes noch eine Änderung im Hauptgegenstand der Forderung. Durch die Leistungsvereinbarung wurde (ua) die im Werkvertrag ursprünglich vereinbarte Leistung der Herstellung einer neuen Fassade um € 6.000,- insofern geteilt, als den bereits erbrachten

Leistungen ein Betrag von € 4.000,- zugeordnet und zugleich vereinbart wurde, dass die (näher umschriebenen) noch zu erbringenden Leistungen mit € 2.000,- abgegolten werden. Dass für diese Leistungen erstmals ein Leistungstermin (1. 7. 2018) bestimmt wurde, betrifft eine Nebenbestimmung und begründet ebenfalls keine Novation. Da der ursprüngliche Werkvertrag zwischen dem Kl und der Erstbekl trotz der Änderungen noch als der alte angesehen werden kann³³⁾, liegt eine – in der Regel eher anzunehmende – bloße Schuldänderung iSd § 1379 ABGB vor. Diese ersetzt das ursprüngliche Schuldverhältnis nicht durch ein neues, sondern lässt dieses mit bestimmten Änderungen hinsichtlich des Inhalts der Verpflichtung fortbestehen.³⁴⁾ Dass der Zweit- und Drittbekl auf Wunsch des Kl hin diesem Vertrag als Schuldner beigetreten sind (kumulative Schuldübernahme), führt zu keiner anderen Beurteilung.³⁵⁾

4.2 Aus dem Nichtvorliegen einer Novation kann der RevWerber aber für seinen Prozessstandpunkt keine Vorteile ableiten:

Wie sich aus der Aktenlage eindeutig ergibt, hat der Kl den Rücktritt vom Vertrag nur hinsichtlich der noch ausstehenden Teilleistungen laut Punkt 5. der Leistungsvereinbarung erklärt. Die Erstbekl hat die Einrede der *laesio enormis* nur hinsichtlich dieser, gemäß Punkt 5. noch zu erbringenden Teilleistungen erhoben.³⁶⁾ Zu beurteilen ist daher ausschließlich dieser Teil der Leistungsvereinbarung, für den nach den Feststellungen kein Werklohn geleistet wurde. Daraus folgt, dass die vom RevWerber zitierte Rsp, nach der bei einredeweiser Geltendmachung der *laesio enormis* die Rückgabe der bereits empfangenen Leistung angeboten werden muss³⁷⁾, hier nicht anwendbar ist.

4.3 Auch das Fehlen der Bereitschaft der Bekl, die als-Teilzahlung für bereits erbrachte Leistungen erhaltenen € 4.000,- rückzuerstatten, hindert somit nicht den Erfolg der einredeweisen Geltendmachung der *laesio enormis*. Die vom RevWerber in diesem Zusammenhang geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor.

5. Der Rev des Kl ist daher nicht Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Kosten des RevVerfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. →

28) *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 921 Rz 6 und 9.

29) OGH 27. 4. 2017, 2 Ob 52/16k SZ 2017/52.

30) OGH 8. 10. 1935.

31) *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 Rz 4.

32) Vgl RS0032417; im Zweifel besteht die Vermutung für den Fortbestand des alten Vertrags mit geändertem Inhalt; RS0032303.

33) *Neumayr* in *KBB*⁶ §§ 1378–1379 Rz 3.

34) RS0032502 [T 5]; RS0032303.

35) Vgl RS0032444.

36) Dazu *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 Rz 108.

37) RS0018938.

Anmerkung:

Diese – bereits im März ergangene – OGH-Entscheidung klärt neben vielen anderen insbesondere zwei wichtige Rechtsfragen:

Erstens die Möglichkeit der Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte gem § 934 ABGB beim Werkvertrag bei einer zwischen den Parteien getroffenen Pauschalpreisvereinbarung, bei der bei entsprechender Sachkenntnis und Aufmerksamkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung von vornherein bestimmbar und erkennbar war. Zweitens Verhältnis und Rechtsfolgen der *laesio enormis* sowie des Rücktritts beim Werkvertrag.

Zur ersten Rechtsfrage der möglichen Anfechtung wegen *laesio enormis* führte der OGH aus, dass er entgegen der zu 5 Ob 237/69³⁸⁾ obiter dictum und ohne weitere Begründung ergangenen Aussage auch bei einer Pauschalvereinbarung keinen Raum für die Berücksichtigung einer *laesio enormis* sieht. Es gebe keinen Grund für das Aufrechterhalten der von den Parteien getroffenen Vereinbarung, die von den Parteien getroffene Pauschalpreisvereinbarung mit Leistungsinhalten sei von den Bekl wirksam wegen Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB) angefochten worden.

Die Ex-ante-Beurteilung der Leistungswerte sei möglich und die Bewertung den Tatbestandsmerkmalen des § 934 ABGB entsprechend gewesen. Konkrete Argumente gegen diese – bereits vom Berufungsgericht vertretene Ansicht – habe der RevWerber nicht ins Treffen geführt. Ein wegen der Unternehmereigenschaft der Erstbekl nach § 351 UGB grundsätzlich möglicher vertraglicher Ausschluss der *laesio enormis* sei nicht erfolgt.

Das Vorliegen von Anfechtungsausschlussgründen – sowohl nach § 935 HS 3 wie nach § 1268 ABGB (analog) – verneinte der OGH:

Für den Anfechtungsgrund des § 935 ABGB fehlte es an der notwendigen Kenntnis der Verkürzten vom groben Missverhältnis zwischen der vereinbarten Werkleistung und dem Werklohn bei Unterzeichnung der Leistungsvereinbarung. Dezidiert stellte der OGH klar, dass es nicht ausreicht, dass sich die Bekl davon Kenntnis verschaffen hätten können.

Der von der Rsp analog auf glücksspielähnliche Verträge mit bedeutsamen aleatorischen Elementen angewendete § 1268 ABGB war mangels Tatbestandsvoraussetzungen unanwendbar: Bei einer Pauschalvereinbarung handelte es sich nicht um einen glücksspielähnlichen Vertrag, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei entsprechender Sachkenntnis und Aufmerksamkeit von vornherein bestimmbar und erkennbar gewesen wäre und die Verkürzten das Risiko des Materialbedarfs und der erforderlichen Arbeitsleistungen nicht bewusst übernehmen wollten.

Zur zweiten Rechtsfrage führt der OGH aus, dass die *laesio enormis* (auch) nach Erklärung des Vertragsrücktritts mittels Klage oder Einrede geltend gemacht werden kann.

Hinsichtlich der Wirkungen seien beide Rechtsbehelfe auf die Aufhebung des Vertrags gerichtet, erst das rechtsgestaltende Gerichtsurteil führt aber die Rechts-

folgen herbei: Dabei beseitigt es nicht nur die Rechtswirkung des Vertrags rückwirkend *ex tunc*, sondern wirkt sich nach neuerer Rsp³⁹⁾ – entsprechend der Einordnung als Wurzelmangel – auch dinglich *ex tunc* aus. Dementsprechend ist der (Werk-)Vertrag – wie bei der Irrtumsanfechtung – so zu betrachten, als ob er nie zustande gekommen und daher auch nie Eigentum erworben worden wäre.

Der Rücktritt (hier: des Kl) beseitigte daher lediglich die obligatorischen, nicht aber die sachenrechtlichen Wirkungen, weshalb im Hinblick auf den Vertrag getätigte Übertragungsakte sachenrechtlich gültig blieben und (lediglich) ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung bestand. Der Rücktritt beseitigte die Haftungsgrundlage – anders als die Einrede der *laesio enormis* – nicht.

Trotz obligatorischer Ex-tunc-Vertragsauflösung war der Nichterfüllungsschaden zu ersetzen. Der wegen Schuldnerschuldens zurücktretende Gläubiger konnte daher gem § 921 ABGB das Erfüllungsinteresse wie zB die konkreten Mehraufwendungen für ein gleichartiges Deckungsgeschäft verlangen.

Der Rücktritt des Werkbestellers wegen Schuldnerschuldens schließt die Einrede der *laesio enormis* des Werkunternehmers nicht aus, weshalb der Werkunternehmer die Einrede der *laesio enormis* der auf den Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichteten Schadenersatzklage nach § 921 ABGB auch nach dem rechtswirksamen Vertragsrücktritt des Werkbestellers nach § 918 Abs 1 ABGB erfolgreich entgegenhalten konnte.

Praxistipp:

- In der anwaltlichen Beratungspraxis ist beim Werkvertrag nicht nur zu berücksichtigen, dass die *laesio enormis* einrede- oder klagsweise geltend gemacht werden kann und erst das rechtsgestaltende Urteil den Vertrag aufhebt, sondern auch, dass diese Geltendmachung auch noch nach dem Rücktritt des anderen Vertragspartners erfolgen kann.
- Bei der Wahl zwischen Rücktritt und *laesio enormis* sind die weitreichenderen Rechtsfolgen der *laesio enormis* hinsichtlich der auch dinglichen Wirkungen zu bedenken.

Tatjana Chiwitt-Oberhammer

38) OGH 17. 9. 1969, 5 Ob 237/69.

39) Vgl hierzu OGH 26. 5. 1997, 2 Ob 522/95; 17. 12. 1998, 2 Ob 325/98b; 13. 11. 2002, 7 Ob 251/02s; 19. 12. 2006, 10 Ob 77/06f.