

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn und die Hofrätin Dr. Weixelbraun-Mohr als weitere Richter in der Rechtssache der gefährdeten Parteien 1. Dr. T***** K***** und 2. G***** K*****, beide: *****, beide vertreten durch Dr. Berthold Garstenauer, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die Gegner der gefährdeten Parteien 1. Dr. F***** D***** und 2. DDr. C***** G*****, beide: *****, beide vertreten durch Prof. Haslinger und Partner, Rechtsanwälte in Linz, wegen Erlassung einer einstweiligen Verfügung, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der gefährdeten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 14. Jänner 2015, GZ 4 R 6/15b-18, womit über Rekurs der gefährdeten Parteien der Beschluss des Landesgerichts Wels vom 11. Dezember 2014, GZ 6 Cg 144/14d-9, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

„Den Gegnern der gefährdeten Parteien wird bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens 6 Cg 144/14d des Landesgerichts Wels die mit Bescheid der Stadtgemeinde G***** vom 16. 5. 2014, Zl BauR*****, bewilligte Bauführung auf den Grundstücken ***** und ***** der Liegenschaft EZ ***** KG ***** untersagt.

Dieses Verbot wird unwirksam, wenn die gefährdeten Parteien nicht binnen 14 Tagen ab Zustellung dieser Entscheidung eine Sicherheitsleistung von 50.000 EUR beim Erstgericht erlegen.“

Die Gegner der gefährdeten Parteien haben die Kosten des Provisorialverfahrens aller drei Instanzen endgültig selbst zu tragen; die gefährdeten Parteien haben diese Kosten vorläufig selbst zu tragen.

B e g r ü n d u n g :

Die Gefährdeten (in weiterer Folge: Kläger) sind je zur Hälfte Eigentümer von Grundstücken in G*****, auf denen sich ihr Wohnhaus befindet. Die Gegner der Gefährdeten (in weiterer Folge: Beklagte) sind je zur Hälfte Eigentümer von in östlicher Richtung angrenzenden Grundstücken. Die Beklagten beantragten am 28. 1. 2014 die Erteilung einer Baubewilligung für den Abbruch des auf ihrem Grund befindlichen Altbestandes und die Errichtung eines Zweifamilienhauses auf einem der Grundstücke.

Die Beklagten legten den ersten Einreichplan zu diesem Projekt vom 21. 1. 2012 samt Baubeschreibung dem Stadtamt G***** vor. Der von den Beklagten beauftragte

Architekt, der auch den Einreichplan verfasst hatte, ging davon aus, dass das künftige Haus der Beklagten die gleiche absolute Höhe habe, wie das Haus der Kläger. Am 12. 2. 2014 fand dazu eine Bauverhandlung des Stadtamtes G***** statt. Der Erstkläger erhob Einwendungen gegen die Höhe des geplanten Hauses der Beklagten. Die Beklagten erklärten sich in der Folge mit einer Reduktion der Höhe des Bauvorhabens einverstanden, wenn die Kläger ihre Einwendungen gegen das Projekt zurückziehen. In der Bauverhandlungsschrift vom 12. 2. 2014 ist folgende von den Klägern unterfertigte Passage enthalten:

„[Die Kläger] erheben gegen das vorliegende Projekt aufgrund deren Höhenentwicklung Einspruch. Weiters erklären sie ihren Einspruch gegen das vorliegende Projekt zurückzuziehen, wenn die max. Höhe des Gebäudes von den ursprünglich im Einreichplan angegebenen + 10,61 m auf max. + 10,31 m reduziert wird. Diese Reduktion von 30 cm erfolgt durch Tieferlegung der im vorliegenden Einreichplan angegebenen so genannten Nulllinie (...) von derzeit + 462,59 m ü.A. auf zukünftig + 462,39 m ü.A. und eine Höhenreduktion im Bereich der Attika des obersten Flachdaches von insgesamt 10 cm.“

Weiters findet sich in der Verhandlungsschrift folgende von den Beklagten unterfertigte Passage:

„Aufgrund der Forderungen der Anrainer [Kläger] wird vom Verhandlungsleiter ein Vergleichsversuch geführt und erklären sich die Bauwerber bereit, die Forderung nach Reduktion der Gebäudehöhe von + 10,61 m auf + 10,31 m zu erfüllen. Diese Reduktion von 30 cm erfolgt durch Tieferlegung der im vorliegenden Einreichplan angegebenen sogenannten Nulllinie (...) von derzeit + 462,59 m ü.A. auf zukünftig + 462,39 m ü.A. und eine

weitere Höhenreduktion, sodass die Attika beim obersten Flachdach auf max. + 10,31 m zu liegen kommt.“

Mit Eingabe vom 28. 2. 2014 beantragten die Beklagten die Bewilligung zur Abweichung vom (mittlerweile) genehmigten Bauvorhaben. Der beigelegte geänderte Einreichplan sah insofern eine Veränderung vor, als sich daraus eine Erhöhung der Attika des geplanten Gebäudes um 41 cm bzw 71 cm (unter Berücksichtigung der im Zuge der Bauverhandlung vom 12. 2. 2014 genannten Höhenreduktion) auf + 473,61 m ü.A. ergibt.

In dem über diese neue Eingabe folgenden weiteren Baubewilligungsverfahren erhoben die Kläger neuerlich Einwände nicht nur gegen die ihrer Ansicht nach nicht unwesentlichen Änderungen iSd § 34 der oberösterreichischen Bauordnung (OÖ BauO, LGBl Nr 66/1994), sondern gegen das Projekt selbst.

Am 16. 5. 2014 erteilte der Bürgermeister der Stadt G***** auf Grundlage des Einreichplans vom 28. 2. 2014 und eines Austauschplans „Ansicht West“ vom 10. 4. 2014 eine neue Baubewilligung. In der Begründung der zweiten Baubewilligung führte die Baubehörde ua aus, dass die Projektänderung, welche insbesondere eine Erhöhung des geplanten Wohnhauses um 71 cm zum Inhalt habe, nur eine unwesentliche Änderung im Sinne des § 34 OÖ BauO darstelle, sodass die Durchführung einer neuerlichen Bauverhandlung nicht erforderlich gewesen sei.

Die dagegen erhobene Berufung der Kläger blieb erfolglos. Die Kläger haben zwischenzeitig Beschwerde beim Landesverwaltungsgericht eingereicht; das Verfahren darüber ist noch nicht abgeschlossen. Mit der Errichtung des Neubaus wurde bereits begonnen.

Mit ihrer Klage begehren die Kläger, die Beklagten zur ungeteilten Hand schuldig zu erkennen, die anlässlich der Bauverhandlung vom 12. 2. 2014 getroffene und im Klagebegehren genau umschriebene Vereinbarung zuzuhalten.

Nach Einbringung der Klage beantragten die Kläger die Erlassung der aus dem Spruch ersichtlichen einstweiligen Verfügung. Sie hätten mit den Beklagten in der Bauverhandlung vom 12. 2. 2014 vereinbart, die Gebäudehöhe des neu von den Beklagten zu errichtenden Hauses in der in der Vereinbarung genau umschriebenen Weise um 30 cm zu reduzieren. Die Beklagten hielten sich nicht an diese Vereinbarung, weil der geänderte Bauplan anstelle der vereinbarten Reduktion der Bauhöhe eine Erhöhung auf + 10,92 m vorsehe. Ein anderes, neues Projekt liege nicht vor, was sich schon daraus ergebe, dass die Baubehörde keine weitere Bauverhandlung anberaumat habe. Eine zivilrechtliche Vereinbarung könne nicht dadurch umgangen werden, dass nachträglich ein Bauprojekt eingereicht werde, das ihr widerspreche. Die Beklagten hätten mit der Bauführung auf Basis der zweiten Baubewilligung begonnen und auch schriftlich das Vorliegen einer Vereinbarung über die Gebäudehöhe bestritten. Sie wollten daher offenkundig die mit den Klägern getroffene Vereinbarung nicht einhalten. Die vereinbarungswidrig begonnenen und weitergeführten Baumaßnahmen seien geeignet, die Durchsetzung des Anspruchs der Kläger konkret zu gefährden. Ohne Bewilligung der beantragten einstweiligen Verfügung sei die Beeinträchtigung des Anspruchs wahrscheinlich, weil das geplante dreistöckige und unterkellerte Zweifamilienhaus auf dem Grundstück der Beklagten eine Bruttogeschossfläche von mehr als 1.000 m² aufweise. Daraus seien Errichtungskosten

von mehr als 1.000.000 EUR ableitbar. Da zur Herstellung der vereinbarten Höhe bei vorheriger Fertigstellung eine Vernichtung der gesamten neu errichteten Bausubstanz notwendig wäre und dies allenfalls untunlich oder gar nicht mehr durchsetzbar wäre, sei die Beeinträchtigung des Anspruchs ohne Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung wahrscheinlich.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Provisorialantrags und für den Fall der Erlassung der einstweiligen Verfügung jedenfalls die Auferlegung einer Sicherheitsleistung, weil eine Bauunterbrechung Gerätestillstands- und Vorhaltekosten von täglich 2.000 EUR verursachen würde, was hochgerechnet auf einen sechsmonatigen Baustopp einen Vermögensnachteil der Beklagten von 360.000 EUR bewirken würde. Sie brachten vor, auf Basis der zweiten Baugenehmigung zu bauen, der eine als neue Baueinreichung zu wertende Projektänderung zu Grunde liege. Beim Verfahren nach der OÖ BauO handle es sich um ein Projektgenehmigungsverfahren. Nur im ersten Baubewilligungsverfahren habe ein projektbezogener „Einwendungsabtausch“ zwischen den Parteien stattgefunden, nicht aber im zweiten Verfahren, in dem den Klägern auch die neuerliche Möglichkeit eingeräumt worden sei, Einwendungen zu erheben. Darüber hinaus sei erst nach Vorliegen der ersten Baugenehmigung für die Beklagten aufgrund einer Neuvermessung offenbar geworden, dass das Haus der Kläger tatsächlich höher sei, als von diesen eingereicht und baubehördlich bewilligt. Über diesen Umstand hätten die Kläger die Beklagten bei der ersten Bauverhandlung bewusst im Unklaren gelassen. Nur deshalb sei es zum dargestellten „Einwendungsaustausch“ gekommen. Das ursprüngliche Bauprojekt der Beklagten wäre tatsächlich deutlich niedriger

als 30 cm gegenüber dem Haus der Kläger gewesen. Die Beklagten hätten vor diesem Hintergrund ihre Bauabsichten überdacht und das Projekt neu eingereicht. Eine allenfalls zivilrechtlich über das erste Bauprojekt „ausstrahlende“ Dienstbarkeitsvereinbarung werde daher im Haupt- wie im Provisorialverfahren wegen Irrtums und List angefochten.

Die Kläger sprachen sich gegen die Auferlegung einer Sicherheitsleistung aus und wandten ua ein, dass die Beklagten die behaupteten Geräte- und Baustellenvorhaltekosten nicht bescheinigt hätten.

Das **Erstgericht** wies den Provisorialantrag mangels Bescheinigung der Voraussetzungen des § 381 Z 1 EO ab. Die von den Parteien in der Bauverhandlung vom 12. 2. 2014 abgegebenen Erklärungen seien verfahrensrechtlicher Natur und hätten sich auf das konkrete erste Bauprojekt bezogen. Eine darüber hinausgehende Vereinbarung der Parteien über die Einhaltung einer bestimmten Bauhöhe unabhängig von einem konkreten Projekt sei nicht bescheinigt und von den Klägern nicht vorgebracht worden. Aus der eidesstättigen Erklärung des Architekten ergebe sich, dass es sich beim geänderten Projekt der Beklagten um eine völlige Neuprojektierung handle, wovon im Verwaltungsverfahren offensichtlich auch die Kläger ausgegangen seien. Den Klägern habe daher klar sein müssen, dass die getroffene „Vereinbarung“ nicht mehr relevant sein könne, weil dieser eine gänzlich andere Einreichplanung zugrunde gelegen sei.

Das **Rekursgericht** gab, soweit für das Revisionsrekursverfahren von Bedeutung, dem von den Klägern gegen diese Entscheidung erhobenen Rekurs nicht Folge. Dem Argument der Kläger, dass der Zweck der Vereinbarung offenkundig die Beschränkung der Bauhöhe des

von den Beklagten neu zu errichtenden Hauses gewesen sei, hielt es entgegen, dass im Provisorialverfahren die Vertragsauslegung nur anhand des Textes der Vereinbarung erfolgen könne. Berücksichtige man, dass die Erklärungen in einer Bauverhandlung über ein dort verhandeltes konkretes Bauprojekt abgegeben worden seien, sei mit dem Erstgericht davon auszugehen, dass mit der strittigen Vereinbarung lediglich die Einwände der Kläger im „ersten“ Bauverfahren weggefallen seien. Die von den Klägern angestrebte Deutung der Vereinbarung in einen Servitutsvertrag sei deren Text nicht zu entnehmen. Es gebe keine Anzeichen dafür, dass sich die Beklagten verpflichtet hätten, bei jeglicher Bebauung des Grundstücks eine bestimmte Gebäudehöhe nicht zu überschreiten.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige, und dass der Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil es sich um eine Entscheidung im Einzelfall handle.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Kläger.

In der ihnen vom Obersten Gerichtshof freigestellten Beantwortung des Revisionsrekurses beantragten die Beklagten, den Revisionsrekurs zurück-, hilfsweise abzuweisen.

Im Anlassfall gelangt § 402 Abs 2 EO nicht zur Anwendung. Aus diesem Grund ist der Revisionsrekurs gemäß §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 528 Abs 1 ZPO (nur) bei Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage zulässig (vgl RIS-Justiz RS0097221). Diese Voraussetzung ist hier gegeben, weil die Auslegung der hier zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung den dem Rekursgericht offen

stehenden Ermessensspielraum überschreitet und korrekturbedürftig ist.

Der Revisionsrekurs ist auch berechtigt.

1.1 Schon nach ihrem Wortlaut ist die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung dahin auszulegen, dass sich die Beklagten im Rahmen der von ihnen konkret beabsichtigten Errichtung ihres Zweifamilienwohnhauses zur Einhaltung einer bestimmten Gebäudehöhe verpflichteten. Nachdem die Kläger gegen die Höhe des beabsichtigten Baus Einwände erhoben hatten, haben sich die Parteien darauf geeinigt, dass die Beklagten die Bauhöhe reduzieren und die Kläger unter dieser Voraussetzung ihre Einwände gegen das Projekt zurückziehen. Der Versuch der Beklagten, dieses Ergebnis durch Bezugnahme auf den Begriff des „Projekts“ (im verwaltungsrechtlichen Sinn) zu relativieren und daraus abzuleiten, dass sich die Vereinbarung nur auf das der Bauverhandlung zugrunde liegende „Projekt“, nicht aber auf das nur etwa zwei Wochen später (!) eingereichte geänderte „Projekt“ beziehe, ist mit den Grundsätzen des redlichen Verkehrs unvereinbar. Es konnte für die Beklagten nicht zweifelhaft sein, dass die Kläger mit der am 12. 2. 2014 getroffenen Vereinbarung erreichen wollten, dass das am Nachbargrundstück errichtete Gebäude die festgelegte Höhe nicht überschreitet. Dass die Beklagten sich dazu bereit erklärten, konnte für einen redlichen Erklärungsempfänger nicht anders als Zustimmung zu diesem Ansinnen gewertet werden. Es kann nicht ernsthaft unterstellt werden, dass redliche Parteien eine solche Vereinbarung schließen, damit aber nicht ausschließen wollen, dass 14 Tage später die Errichtung eines Gebäudes beantragt wird, das noch höher ist, als das zunächst geplante. Dabei braucht hier nicht geprüft zu werden, ob die von den Parteien getroffene Vereinbarung für

alle Zukunft „jeglicher“ mit der vereinbarten Höhenbeschränkung in Widerspruch stehender Bauführung entgegensteht; dass aber die Vereinbarung einer Bauführung entgegensteht, die 14 Tage später beantragt wird, dem ursprünglichen Projekt weitgehend entspricht, aber einen noch höheren Bau vorsieht, als ursprünglich geplant, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.

1.2 Über die von den Beklagten erklärte Anfechtung der Vereinbarung wegen Irrtums bzw List kann im Provisorialverfahren nicht entschieden werden, weil der als bescheinigt angenommene Sachverhalt insoweit für eine Beurteilung nicht ausreicht.

1.3 Damit ist aber der von den Klägern geltend gemachte Anspruch als bescheinigt anzusehen.

2.1 Gemäß § 381 Z 1 EO können zur Sicherung anderer Ansprüche einstweilige Verfügungen getroffen werden, wenn zu besorgen ist, dass sonst die gerichtliche Verfolgung oder Verwirklichung des fraglichen Anspruchs, insbesondere durch eine Veränderung des bestehenden Zustands, vereitelt oder erheblich erschwert würde.

2.2 Die Beklagten haben mit der Bauführung bereits begonnen. Sie haben das Vorbringen der Kläger, dass das von ihnen geplante Wohnhaus ein Auftragsvolumen von jedenfalls mehr als 1.000.000 EUR erreiche, nicht bestritten. Ausgehend davon kann aber selbst in dem Fall, dass die Baumaßnahmen faktisch rückführbar sind, von einer erheblichen Erschwerung der Verwirklichung des von den Klägern mit der Klage geltend gemachten Anspruchs iSd § 381 Z 1 EO ausgegangen werden (5 Ob 214/06s).

3. Die Beklagten behaupten in der Revisionsrekursbeantwortung unter Vorlage eines Fotos vom 3. 3. 2015, dass der Rohbau bereits vollendet wäre, sodass die

begehrte einstweilige Verfügung ihren Zweck nicht mehr erfüllen könne. Dem kommt schon aufgrund des Umstands, dass dieser Argumentation das auch im Provisorialverfahren geltende Neuerungsverbot entgegensteht (RIS-Justiz RS0002445), keine Berechtigung zu. Darüber hinaus ergibt sich aus den Behauptungen der Beklagten nicht (und ist auch aus dem Foto nicht ersichtlich), dass die geplante Gebäudehöhe (Attika beim obersten Flachdach) mit der behaupteten Vollendung des Rohbaus bereits erreicht worden wäre.

4. Aus diesen Gründen ist die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen. Gegen die Formulierung des Verbotsantrags haben die Beklagten keine Einwände erhoben.

Allerdings ist der Vollzug von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen.

4.1 Der Vollzug einer einstweiligen Verfügung ist nach § 390 Abs 2 EO nach dem Ermessen des Gerichts trotz Bescheinigung des Anspruchs vom Erlag einer Sicherheit durch den Antragsteller abhängig zu machen, wenn gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung wegen der Größe des Eingriffs in die Interessen des Antragsgegners Bedenken bestehen (RIS-Justiz RS0005711, vgl auch RS0005595). In die Interessenabwägung ist die Möglichkeit einzubeziehen, dass sich der zu sichernde Anspruch letztlich als unberechtigt erweisen könnte; dies insbesondere dann, wenn - wie hier - ein Einwand des Gegners der gefährdeten Partei mit den Mitteln des Sicherungsverfahrens nicht oder jedenfalls nicht sicher erledigt werden kann (4 Ob 145/14y mwN; 4 Ob 136/14z; 17 Ob 24/09t ua).

4.2 Die Bestimmung der Höhe einer Sicherheit liegt im Ermessen des Gerichts; es bedarf dazu keiner

besonderen Erhebungen über die mögliche Höhe eines dem Beklagten eventuell drohenden Schadens (4 Ob 145/14y; RIS-Justiz RS0005711 [T3]). Wenn die Frage, ob und in welcher Höhe durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung den Beklagten ein Schaden entstehen wird, gegenwärtig noch nicht mit Sicherheit beantwortet werden kann, genügt nach der Rechtsprechung die Festsetzung einer verhältnismäßig niedrigen Kautionsleistung, zumal später immer noch die Möglichkeit einer Erhöhung gegeben ist, wenn sie sich als unzureichend herausstellen sollte (stRsp 9 Ob 22/06k; RIS-Justiz RS0005453). Im vorliegenden Fall ist zwar das Vorbringen der Beklagten plausibel, dass die Verzögerung des Baus mit Kosten verbunden ist, jedoch sind die dafür geltend gemachten Geräte- und Baustellenvorhaltekosten nicht bescheinigt. In Anbetracht der Größe des Gebäudes und des von den Klägern angegebenen Auftragsvolumens ist unter Berücksichtigung der zu erwartenden weiteren Verfahrensdauer davon auszugehen, dass ein Schaden von 50.000 EUR entstehen könnte. Den Klägern ist daher der Erlag einer Sicherheitsleistung in dieser Höhe aufzutragen.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO iVm § 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. März 2015
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: