

turbedürftigen Auffassung des BerG aber ausreichend aufgeschlüsselt. Sie haben ihr Begehren getrennt nach Mängelbehebungskosten für die Außenbeleuchtung und das Dach einerseits und einen Wertminderungsbeitrag wegen der von ihnen behaupteten Mängel an der von ihnen gekauften Wohnung andererseits aufgeschlüsselt und zu den Mängelbehebungskosten den Prozentsatz angegeben, der aufgrund ihrer Mindestanteile auf sie als Wohnungseigentümer entfällt. Der in Höhe von € 20.000,- geltend gemachte Preisminderungsanspruch ist aber sehr wohl ein einheitlicher Anspruch, den die Kl auf – von ihnen näher ausgeführte – Mängel des ihnen übergebenen Objekts stützen. Eine weitere Aufschlüsselung des Preisminderungsbetrags je nach Art der von den Kl behaupteten Mängel ist hingegen nicht zu verlangen, zumal die Kl ja nicht die Mangelhaftigkeit einzelner Werkleistungen der Bauträgerin, sondern des Kaufobjekts an sich ins Treffen führen.

[27] 2.4. Auch die behauptete Unschlüssigkeit der Mängelbehebungskosten ist nicht zu erkennen, machen die Kl doch geltend, diese seien ihnen als Reparaturkosten angefallen. Dies reicht für eine schlüssige Behauptung aus. Die Feststellungen des ErstG dazu übernahm das BerG aufgrund der Verfahrensrüge nicht; dies gilt auch für die Negativfeststellung hinsichtlich des Umstands, ob die Kl diese Beträge tatsächlich bezahlten. Für die Schlüssigkeit des Klagevorbringens wäre diese Negativfeststellung im Übrigen irrelevant.

[28] 2.5. Zur Frage der aktiven Klagelegitimation ist es stRsp (RS0119208), dass der aus individuellen Verträgen der Wohnungseigentümer mit dem Bauträger herührende Gewährleistungsanspruch den Wohnungseigentümern zusteht und die Eigentümergemeinschaft insofern nicht anspruchsberechtigt ist (vgl auch RS0082907). Steht allen Wohnungseigentümern aus ihren individuellen Verträgen gegen den Bauträger gemeinsam ein Anspruch auf das Deckungskapital für die Sanierung bestehender Mängel an allgemeinen Teilen des Hauses (oder eines Vorschusses hierauf) zu, kann jeder einzelne Wohnungseigentümer den auf seinen Anteil entfallenden Teil begehren. Dieser Anspruch ist auf Geld gerichtet und damit teilbar (RS0013214 [T 8, T 10]; RS0017118 [T 4, T 6]). Die Geltendmachung von Deckungskapital durch den Wohnungseigentümer zur Beseitigung von Mängeln an allgemeinen Teilen der Liegenschaft begründet keine Gesamthandforderung (5 Ob 102/21 t mwN). Der einzelne Wohnungseigentümer hat daher nur kein selbständiges Klagerecht in Bezug auf das Ganze, es sei denn, die anderen Wohnungseigentümer hätten ihm ihre Ansprüche zediert (RS0013214 [T 14]; RS0017118 [T 9]). Da weder dies noch eine Abtretung an die Eigentümergemeinschaft nach § 18 Abs 2 WEG behauptet wurde, ist das Klagevorbringen schlüssig; Mängelbehebungskosten an allgemeinen Teilen machen die Kl nur im Ausmaß des prozentuellen Anteils aufgrund ihres Mindestanteils geltend und ihre Preisminderungs-

ansprüche beziehen sich ausschließlich auf das von ihnen gekaufte Objekt.

[29] 2.6. Es trifft zu, dass die Wahl des Gewährleistungsbefehls betreffend allgemeine Teile grundsätzlich nicht dem einzelnen Wohnungseigentümer allein zusteht, sondern darüber ein Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft oder eine substituierende E eines Außenstreitrichters erforderlich ist (RS0108157 [T 7, T 13, T 15]; RS0108158 [T 4, T 8, T 12, T 17]; RS0082907 [T 6, T 9, T 13]). Entbehrlich ist ein Mehrheitsbeschluss der Eigentümergemeinschaft oder die E des Außenstreitrichters aber dann, wenn bei der Geltendmachung von Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüchen betreffend allgemeine Teile durch einen einzelnen Mit- und Wohnungseigentümer Gemeinschaftsinteressen nicht beeinträchtigt werden können, also kein Interessenskonflikt möglich ist (5 Ob 126/12 h; RS0108158). Dies ist nach dem Klagevorbringen hier der Fall, zumal die Kl mit dem primär auf Verbesserung gestützten Begehren einen Geldbetrag (Deckungskapital) ansprechen, der die gesamthafte Sanierung des Mangels ermöglichen soll (bzw bereits ermöglicht hat). Eine derartige Sanierung liegt grundsätzlich im Interesse aller Mit- und Wohnungseigentümer (vgl 5 Ob 126/12 h), weshalb die Behauptung der Kl, es bedürfe keines Mehrheitsbeschlusses mangels möglichen Interessenskonflikts mit der Eigentümergemeinschaft, nicht unschlüssig ist. Die Frage, ob allenfalls selbständige Ansprüche anderer Mit- und Wohnungseigentümer in Bezug auf die allgemeinen Teile in Betracht kommen, hinsichtlich der die Kl nun anteilige Mängelbehebungskosten begehren, wird – im Fall entsprechender Einwendungen – im fortgesetzten Verfahren zu prüfen sein.

[30] 3. Damit konnte den Rek kein Erfolg beschieden sein. [...]

Anmerkung:

1. Mit der gegenständlichen E liefert der OGH einen weiteren „Mosaikstein“ zur Erfassung des praktisch durchaus bedeutsamen, gesetzlich aber bestenfalls punktuell und insgesamt schlicht unzureichend geregelten Instituts der Schiedsgutachtenvereinbarung.

Konkreter Beurteilungsgegenstand war eine Klausel in einem Bauträgervertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, wonach ein Sachverständiger im Streitfall darüber entscheiden solle, „ob Mängel vorliegen oder wie ein allenfalls vorliegender Mangel zu sanieren ist“. Der OGH qualifiziert diese Abrede als Schiedsgutachtenvereinbarung (oben Rz 14). Das überzeugt, weil der Sachverständige offenbar bindend über diese Fragen absprechen sollte, jedoch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich ist, dass er dies in Form eines rechtskräftigen, nur mittels Aufhebungsklage bekämpfbaren Schiedsspruchs tun sollte. Die Frage nach der beabsichtigten Bekämpfbarkeit ist richtigerweise die einzig „trenn-

scharfe“ Abgrenzungsmöglichkeit zwischen einer Schiedsgutachten- und einer Schiedsvereinbarung (zutr OGH 1 Ob 504/85; 1 Ob 300/00z; RIS-Justiz RS0045062; Koller, Die Schiedsvereinbarung, in *Lieb-scher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I [2011] Rz 3/13; Weber, Zur Abgrenzung von Schiedsvereinbarung und Schiedsgutachtenvertrag, ImmoZak 2020, 3f; dazu auch Rüffler, Der Schiedsgutachter, in FS Aicher [2012] 663 [667 f]).

Der 5. Sen hält eine solche Schiedsgutachtenvereinbarung aber für unvereinbar mit § 9 Abs 1 KSchG (oben Rz 16 ff). Zudem weckt er generell Zweifel an der Zulässigkeit von (antizipierten) Schiedsgutachtenvereinbarungen im B2C-Verhältnis, wenn er dieses Ergebnis zumindest hilfsweise auch mit der Wertung des § 617 ZPO absichert (Rz 20). Denn nach § 617 ZPO können Schiedsvereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur nach Entstehung einer Streitigkeit wirksam abgeschlossen werden.

2. Eine pauschale Gleichbehandlung von Schieds- und Schiedsgutachtenvereinbarungen, wie sie auch der 5. Sen wohlgermerkt so nicht postuliert, überzeugt allerdings nicht. Ebenso wenig wie die Begrenzung der objektiven Schiedsfähigkeit in § 582 Abs 2 ZPO generell den zulässigen Gegenstand von Schiedsgutachten determiniert (Trenker, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess [2020] 293 f), ist eine analoge Anwendung von § 617 ZPO auf Schiedsgutachtenvereinbarungen zu befürworten. Zu bedenken ist nämlich, dass das KSchG selbst auf eine derartige Vereinbarung Bezug nimmt: § 6 Abs 1 Z 10 KSchG verbietet eine Klausel, wonach „der Unternehmer oder eine seinem Einflusbereich unterliegende Stelle oder Person ermächtigt wird, mit bindender Wirkung für den Verbraucher darüber zu entscheiden, ob die ihm vom Unternehmer erbrachten Leistungen der Vereinbarung entsprechen“. Dieser Anordnung ist mE zumindest zu entnehmen, dass Schiedsgutachtenvereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern nicht generell unzulässig sind, und zwar auch dann nicht, wenn sie vor Entstehung einer Streitigkeit abgeschlossen wurden; sie bergen eben trotz uU ähnlicher Wirkungen nicht in gleicher Weise die typischen Gefahren einer Schiedsvereinbarung (näher Trenker, Parteidisposition 553 f).

Für den konkreten Rechtsstreit könnte man darüber hinaus sogar andedenken, § 6 Abs 1 Z 10 KSchG im Umkehrschluss zu entnehmen, dass Schiedsgutachter, die vom Unternehmer unabhängig sind, sehr wohl über die Vertragskonformität einer vom Unternehmer erbrachten Leistung entscheiden dürfen und damit gleichsam über die gegenständliche Frage, ob ein Mangel iSd § 922 ABGB (oder §§ 4 ff VGG) vorliegt. Allerdings ist vor voreiligen Umkehrschlüssen

bekanntlich generell zu warnen. § 6 Abs 1 Z 10 KSchG geht auf eine Empfehlung des Europarats zurück (ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 25; vgl später auch lit m des Anhangs zur Klausel-RL [RL 93/13/EWG]). Ausweislich der Mat sollte der Norm insofern klarstellender Charakter zukommen, als eine solche Klausel wohl bereits nach (damals) geltendem Recht unwirksam gewesen wäre (ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 25). Diese Einschätzung ist schon deshalb überzeugend, weil das in § 6 Abs 1 Z 10 KSchG ausgedrückte Unabhängigkeitserfordernis für Schiedsgutachter richtigerweise analog § 588 ZPO sogar außerhalb des Verbraucherschutzrechts Geltung beansprucht (idS schon Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² [1990] Rz 2169; Garger, Das Schiedsgutachtenrecht [1996] 274 ff; näher Trenker, Parteidisposition 287 ff; offenlassend OGH 9 Ob 42/10 g). Diese Überlegungen bestätigen, dass § 6 KSchG eben nur eine Mindestschwelle jedenfalls unzulässiger Klauseln statuiert. Deshalb sollte dem Gesetzgeber keineswegs unterstellt werden, er hätte mit § 6 Abs 1 Z 10 KSchG *e contrario* zum Ausdruck bringen wollen, Schiedsgutachtenvereinbarungen mit unabhängigen Schiedsrichtern wären betreffend Gewährleistungsansprüche von Verbrauchern jedenfalls unbedenklich.

3. § 6 Abs 1 Z 10 KSchG ist eine Antwort auf die gegenständliche Rechtsfrage also nicht zu entnehmen, weshalb es ohne wesentliche Konsequenzen blieb, dass der 5. Sen diese Bestimmung gänzlich unerwähnt ließ. Die Lösung ist somit in der Tat allein bei § 9 KSchG zu suchen.

Zunächst ist insofern zu bedenken, dass § 9 KSchG (relativ) zwingendes Recht schafft. Das könnte relevant sein, wenn und weil man meiner andernorts vertretenen Auffassung (Trenker, Parteidisposition 294 mit 262) zur Begrenzung des zulässigen Anwendungsbereichs für Schiedsgutachtenvereinbarungen folgt: Danach finden solche Vereinbarungen – wie generell beweisrechtliche Dispositionen iwS – dort ihre Grenze, wo sie sich auf Tatbestandsmerkmale von Rechtsnormen beziehen, deren Voraussetzungen und Folgen im überparteilichen Interesse indisponibel sind. Ganz idS ordnet übrigens Art 189 Abs 3 lit a schweizerische ZPO an, dass ein Schiedsgutachten das Gericht nur binde, „wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können“. Nach meinem Verständnis ist eine Regelung wie § 9 KSchG allerdings gerade keine derart indisponible Norm, weil sie ihren zwingenden Charakter ab Kenntnis des Mangels seitens des Verbrauchers explizit aufgibt. Dementsprechend wäre nichts dagegen einzuwenden, dass die Parteien nach diesem Zeitpunkt eine entsprechende Vereinbarung schließen (für solche *Ex-post*-Vereinbarungen verbleibt § 6 Abs 1 Z 10 KSchG übrigens ein sinnvoller normativer Gehalt, zu-

mal solche Vereinbarungen eben grundsätzlich unbedenklich sind, solange als Schiedsgutachter nicht der Unternehmer oder eine ihm nahestehende Person vorgesehen wird).

Umgekehrt legt dieser Zusammenhang aber die Wertung nahe, dass eine „im Vorhinein“ abgeschlossene Schiedsgutachtenvereinbarung, welche die Voraussetzungen und/oder Folgen eines „im Vorhinein“ in jeder Hinsicht zwingend ausgestalteten Anspruchs (§ 9 KSchG) zum Gegenstand hat, eben unzulässig ist. Diese – vergleichsweise starre – Wertung bekräftigt (und erleichtert) somit die Bemühungen des OGH, mögliche Nachteile des Verbrauchers zu identifizieren und hieraus abzuleiten, dass die Wirkungen einer Schiedsgutachtenvereinbarung einer mittelbaren Beschränkung (vgl ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 24; zu den Schwierigkeiten dieses Phänomens in anderem Zusammenhang *Laimer*, Beschränkung rechtsgeschäftlicher Erfüllungsverpflichtungen [2020] *passim*; *Kronthaler* in *Painsi/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner/Terlitzka*, Gesamtkommentar zum Wohnrecht II² [in Druck] § 9 KSchG Rz 5ff je mwN) der Gewährleistungsansprüche iSd § 9 KSchG gleichzuhalten sind (oben Rz 17). Die Annahme der Unzulässigkeit der gegenständlichen Klausel ist daher *de lege lata* auch mE richtig. Nichts anderes gilt übrigens im Anwendungsbereich des VGG (arg: § 3 VGG).

De lege ferenda ist freilich durchaus diskutabel, ob Schiedsgutachtenvereinbarungen wegen ihrer oftmals streitberuhigenden Wirkung mit vergleichsweise geringem (Kosten-)Aufwand nicht auch im Verbrauchergewährleistungsrecht und vor Kenntnis des Mangels zulässig sein sollten. Sinnvoll wäre ein weiteres Nachdenken darüber aber wohl nur im Rahmen einer – dringend wünschenswerten – „Gesamtregelung“ des Phänomens des Schiedsgutachtens.

4. Damit noch ein Wort zur vereinbarten Kompetenz des OLG-Wien-Präsidenten zur Bestellung eines Schiedsgutachters im Falle der Nichteinigung der Parteien. Der 5. Sen stößt sich erkennbar an dieser Klausel (oben Rz 17), musste dies aber nicht abschließend klären. Dieses Unbehagen des OGH ist zwar insofern verständlich, als die Parteien nicht durch Vereinbarung beliebig gerichtliche Kompetenzen begründen dürfen (insoweit zutr OGH 1 Ob 149/03y). Dieser Grundsatz steht allerdings Ausnahmen im Wege einer Analogie zu gesetzlich angeordneten gerichtl Kompetenzen keineswegs entgegen (näher *Trenker*, Parteidisposition 215 ff mwN).

Im gegenständlichen Kontext erlaubt § 64 Abs 3 VersVG eine Schiedsgutachterbestellung durch die ordentlichen Gerichte. Diese Anordnung ist im Wege der Analogie durchaus verallgemeinerungsfähig, zumal sie keineswegs versicherungsrechtl Besonderheiten geschuldet ist, sondern durch die ähnliche Regelung des § 587 ZPO im „funktionsverwandten“

Schiedsrecht noch untermauert wird (*Trenker*, Parteidisposition 217 f). Eine solche gerichtliche Hilfstätigkeit dient entgegen erstem Anschein sogar der Schonung justizieller Ressourcen. Denn der geringe Aufwand bei der Bestellung eines Schiedsgutachters ist durchaus geeignet, den Gerichten nachfolgende Erkenntnisverfahren zu ersparen. Entgegen hM (OGH 7 Ob 657/78, allerdings mit unrichtigem Verweis auf 7 Ob 125/66 SZ 39/132 und 2 Ob 422/54 JBI 1955, 503; ebenso 1 Ob 149/03y; *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV [1971] 713; *Weber*, ImmoZak 2020, 3 [4]; aA aber OGH 1 Ob 211/99g, wobei mE unerfindlich bleibt, warum der darin zu beurteilende Fall eines Vorgehens nach § 117 WRG ein „Sonderfall“ sein soll) können die Parteien also mE sehr wohl vereinbaren, bei der Auswahl des Schiedsgutachters gerichtl Hilfe in Anspruch zu nehmen. Nur ist aufgrund der Analogie zu § 64 Abs 3 VersVG sachlich hierfür das BG zuständig und ist diese Zuständigkeit anders als die örtliche (§ 64 Abs 3 S 2 VersVG) unprorogabel, also zwingend. Dasselbe muss erst recht für die funktionale Zuständigkeit gelten, weshalb es in der Tat unzulässig erscheint, den Präsidenten irgendeines Gerichts dazu individuell für kompetent zu erklären.

5. Abschließend sei noch ein *ceterum censeo* gestattet: Obwohl sich der 5. Sen für sein diesbezügliches *obiter dictum* (oben Rz 16) auf die ganz hM (RIS-Justiz RS0082250; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze IV/2³ [2016] § 581 Rz 152; *Rüffler* in FS Aicher 663 [665 FN 5]; ferner RS0039909) stützen kann, ist es nicht überzeugend, eine Klage vor vereinbarter Einholung des Schiedsgutachtens wegen mangelnder Fälligkeit abzuweisen. Systemkonform und interessengerecht ist vielmehr die Rechtsfolge einer Klagszurückweisung wegen (temporärer) Unzulässigkeit des Rechtswegs (*Trenker*, Parteidisposition 294 ff; für Deutschland zutr *Wagner*, Prozessverträge [1998] 665 f), wie dies auch bei einer „verfrühten“ Klage trotz vereinbarter Schlichtungs- oder Mediationsklausel zusehends und mit Recht propagiert wird (so jüngst *Rassi*, Schlichtungsklausel, Rechtsweg und Unklagbarkeit, in FS Neumayr I [2023] 1347 [1356 f mwN]; ebenso schon *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/39; *Trenker*, EvBl 2022/157, 1218 je mwN auch der [noch] herrschenden Gegenansicht; vgl auch *Brenn*, EvBl 2022/157, 1218; offenlassend OGH 3 Ob 98/22s). Zur Entkräftung der hM möge der Hinweis genügen, dass die Annahme mangelnder Fälligkeit konsequenterweise heißen müsste, vor Einholung des Schiedsgutachtens würden keine Verzugszinsen anfallen. Dies dürfte wohl schwerlich dem Willen redlicher und vernünftiger Parteien entsprechen.

Martin Trenker