



Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Schwarzenbacher als Vorsitzenden sowie den Vizepräsidenten Hon.-Prof. PD Dr. Rassi, die Hofrätinnen Mag. Istjan, LL.M. und Mag. Waldstätten sowie den Hofrat Dr. Stiefsohn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei * Ges.m.b.H., *, vertreten durch Mag. Wolfgang Doppelhofer, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. *, 2. *, beide *, vertreten durch Dr. Johannes Öhlböck, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wegen 40.142,44 EUR sA, über den Rekurs der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 18. Dezember 2023, GZ 16 R 281/23w-23.1, mit dem das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 8. Oktober 2023, GZ 29 Cg 17/23h-19, aufgehoben wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

- [1] Die Beklagten beauftragten die Klägerin im Jahr 2020 mit Baumeisterarbeiten. Die Streitparteien vereinbarten für den Werkvertrag die Geltung der ÖNORM B 2110. Diese sah unter Punkt 5.9.2. vor: „*Im Sinne einer Streitverhinderung ist vor einer Streiteinlassung ein Schlichtungsverfahren anzustreben (z.B. Schlichtungsverfahren gemäß ONR 22113).*“
- [2] Die Beklagten lehnten die Zahlung der elften Teilrechnung der Klägerin wegen behaupteter Mängel ab.
- [3] Dem nunmehrigen Gerichtsverfahren gingen Anwaltskorrespondenz und ein Beweissicherungsverfahren voraus, jedoch nahmen weder die Klägerin noch die Beklagten Kontakt zu einer Streitschlichtungsstelle oder einer sonstigen neutralen dritten Person zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung auf.
- [4] Die Klägerin begehrte 40.142,44 EUR an restlichem Werklohn.
- [5] Die Beklagten wendeten – soweit für das Rekursverfahren relevant – sowohl Unzulässigkeit des Rechtswegs als auch mangelnde Klagbarkeit ein.
- [6] Das Erstgericht verwarf die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs mit Beschluss und wies die Klage mit Urteil ab. Die Parteien hätten ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vereinbart. Da keine Partei Schritte in diese Richtung gesetzt habe, sei der Werklohn noch nicht klagbar.
- [7] Das Berufungsgericht hob das Urteil auf und verwies die Rechtssache ans Erstgericht zurück. Klausel 5.9.2. der ÖNORM B 2110 enthalte nur eine Empfehlung für ein fakultatives Schlichtungsverfahren. Aber

selbst falls die ÖNORM B 2110 ein obligatorisches Schiedsverfahren vorsehen hätte wollen, wäre die Klausel zu unbestimmt, um wirksam zu sein – zumal die darin genannte Einrichtung bei Abschluss des Werkvertrags nicht mehr existiert habe.

[8] Es ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu, weil noch keine Rechtsprechung zur Schlichtungsklausel in der häufig zum Vertragsinhalt erklärten ÖNORM B 2110 existiere.

[9] Der Rekurs der Beklagten zielt auf eine Wiederherstellung des Ersturteils ab.

Die Klägerin beantragt, den Rekurs zurückzuweisen bzw ihm nicht Folge zu geben.

[10] Der Rekurs der Beklagten ist zur Klarstellung der für zahlreiche Verträge relevanten Rechtslage zulässig, aber nicht berechtigt.

[11] **1.** Die Frage, ob eine obligatorische Schlichtungsklausel zur Ab- oder Zurückweisung der Klage führt, wird nicht einheitlich beantwortet.

[12] **1.1.** Durch eine Schlichtungsvereinbarung verpflichten sich die Parteien, Klage vor dem staatlichen Gericht erst zu erheben, nachdem im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens der Versuch einer gütlichen Einigung unternommen wurde. Im Unterschied zur Schiedsvereinbarung führt der Abschluss einer Schlichtungsvereinbarung nicht zum Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit und (gleichzeitigen) Übertragung der Entscheidungsgewalt auf einen Dritten, sondern lediglich zu einem „Vorschaltverfahren“, in dem ein Dritter typischerweise einen – für die Parteien nicht bindenden – Lösungsvorschlag unterbreitet. Neben privatautonomen Schlichtungsvereinbarungen existiert eine Reihe von

gesetzlich vorgesehenen Schlichtungsverfahren, zB in Berufsordnungen freier Berufe wie etwa § 94 ÄrzteG, im mietrechtlichen Außerstreitverfahren und in § 8 VerG 2002 (*Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I [2011] Rz 3/36).

[13] **1.2.** Ob die Nichteinhaltung einer obligatorischen Schlichtungsklausel ein Prozesshindernis oder nur den materiell-rechtlichen Einwand mangelnder Klagbarkeit des Anspruchs begründet, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet (für eine Abweisung wegen mangelnder Fälligkeit vor Abschluss oder dem endgültigen Scheitern des Schlichtungsverfahrens: RS0033687, RS0045298; für eine Zurückweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs aber: RS0124983 insbes zu Vereinsschiedsgerichten, RS0122901 zu Schlichtungsverfahren nach § 364 Abs 3 ABGB; 4 Ob 203/12z zu einer obligatorischen Schlichtungsklausel in Statuten eines Selbstverwaltungskörpers, 3 Ob 128/23d zu einer Streitigkeit aus der „Vertriebsbindungsvereinbarung“ iSd § 7 Abs 1 KraSchG; vgl auch die Darstellung der Rechtsprechung in *Rassi*, Schlichtungsklausel, Rechtsweg und Unklagbarkeit, in FS Neumayr [2023] 1347).

[14] Diese Frage kann hier jedoch dahinstehen.

[15] **2.** Zunächst ist nämlich durch Auslegung zu bestimmen, ob Punkt 5.9.2. der ÖNORM B 2110 überhaupt eine obligatorische Schiedsklausel enthält.

[16] **2.1.** Vorauszuschicken ist, dass dem 2020 geschlossenen Werkvertrag nicht die heute aktuelle Fassung der ÖNORM B 2110 vom 1. 5. 2023 zugrunde gelegt werden kann, sodass auf die Vorversion abzustellen ist. Soweit keine nähere Bezeichnung erfolgt, beziehen sich die Ausführungen

in dieser Entscheidung auf die für den Werkvertrag relevante Fassung.

[17] Der hier maßgebliche Punkt 5.9.2. wurde in der Fassung 1. 1. 2009 der ÖNORM B 2110 neu aufgenommen (vgl. *Wenusch*, ÖNORM B 2110² [2011], 690) und entfiel in deren Fassung vom 1. 5. 2023 wieder.

[18] Die in Punkt 5.9.2. als Beispiel angeführte Schlichtungsordnung des ON-Bauschiedsgerichts ONR 22113 war aber bereits davor, nämlich am 15. 7. 2015 wieder zurückgezogen worden (*Karasek*, ÖNORM B 2110³ [2016] Rz 607).

[19] Im Jahr 2023 neu eingefügten Punkt 12. der ÖNORM B 2110 idF 1. 5. 2023 („Streitigkeiten“) wird einzig darauf hingewiesen, dass „*institutionalisierten Schiedsgerichten der Vorzug vor Ad-hoc-Schiedsgerichten einzuräumen*“ sei (*Gallistel*, Vom Umgang mit Konflikten bei Bauprojekten. Kampf, Flucht, Sich-tot-Stellen oder?, bau aktuell 2024, 94 [95]).

[20] **2.2.** Die ÖNORM B 2110 ist zwar (durch Vereinbarung) Bestandteil des Werkvertrags zwischen den Streitparteien. Es handelt sich aber weder um allgemeine Geschäftsbedingungen einer der Vertragsparteien noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien, sondern um „kollektiv“ gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite, nämlich dem österreichischen Normungsinstitut (seit 2009: Austrian Standards), herausgegeben wurden. Ihre Bestimmungen sind deshalb objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände gemäß § 914 ABGB auszulegen. Sie sind so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen; im Zweifel bildet die Übung

des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehelf (RS0038622 [T12]).

[21] 2.3. Ob Punkt 5.9.2. der ÖNORM B 2110 eine fakultative oder obligatorische Schlichtungsvereinbarung enthält, wird im Schrifttum völlig unterschiedlich gesehen. Die Frage, ob zumindest der Versuch einer Schlichtung Voraussetzung für die Klagbarkeit des Anspruchs ist, wird selten und nie mit (ausführlicher) Begründung beantwortet.

[22] *Kropik* sieht den Punkt 5.9.2. als reine Empfehlung, ein durchgeführtes Schlichtungsverfahren sei keine Prozessvoraussetzung (*Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110 [2009] 143).

[23] Auch *Kurz* sieht in der Bestimmung eine „sanktionslose und daher rechtliche irrelevante 'Empfehlung'“. Es bestehe auch keine Verpflichtung, eines Vertragspartners eine Schlichtung zu versuchen oder einer solchen zuzustimmen (*Kurz*, Vertragsgestaltung im Baurecht [2015] 181).

[24] *Wenusch* leitet aus dem Wort „anzustreben“ zwar ebenfalls ab, dass das Schlichtungsverfahren nicht obligatorisch sei. Werde allerdings nicht einmal im Ansatz versucht, ein solches einzuleiten, könne sicher ausgeschlossen werden, dass ein solches angestrebt worden sei. Die Forderung sei dann noch nicht klagbar (*Wenusch*, ÖNORM B 2110² [2011] Rz 209 ff).

[25] *Fleischhacker-Hofko/Wallner-Kleindienst* stehen auf dem Standpunkt, dass die Vertragsparteien laut ÖNORM ein Schlichtungsverfahren nur anzustreben hätten, eine Verpflichtung der Vertragspartner zur Durchführung eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens vor Klagserhebung bei den ordentlichen Gerichten ergebe sich daraus allerdings nicht

(*Fleischhacker-Hofko/Wallner-Kleindienst*, Streitbeilegungsverfahren, in *Müller/Stempkowski*, Handbuch Claim-Management [2015] 688, 690). Konkrete Überlegungen, welche Folgen es hat, wenn auch das Anstreben entfällt, stellen die Autorinnen – anders als *Wenusch* – nicht an.

[26] **2.4.** Der Senat teilt die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Bestimmung keine vertragliche Pflicht der Vertragsparteien, sondern nur eine unverbindliche Handlungsempfehlung enthält.

[27] Dafür spricht zunächst die Formulierung „*ist anzustreben*“: Zwar drückt das Hilfsverb „ist“ in Verbindung mit einem Infinitiv grammatikalisch eine Pflicht aus. Das gewählte Vollverb „*anstreben*“ bedeutet aber nur „*zu erreichen suchen*“. Das Schlichtungsverfahren ist also schon nach dem Wortlaut gerade nicht „*durchzuführen*“ oder auch nur „*einzuleiten*“.

[28] Diese Analyse wird durch einleitende Worte „*Im Sinne einer Streitverhinderung*“ gestützt. Sie verweisen ebenfalls auf den bloß programmatischen Charakter der Klausel. Steht den Vertragsparteien der Sinn nicht nach Streitverhinderung, werden sie eben kein Schlichtungsverfahren durchführen, sondern gleich den Rechtsweg beschreiten.

[29] Gegen eine Pflicht, eine Schlichtung zumindest zu versuchen, spricht auch, dass die Formulierung zu unbestimmt ist, um wirksam zu sein (vgl. RS0063867): Die ÖNORM sieht selbst keine Rechtsfolge vor, wenn kein Schlichtungsverfahren angestrebt wird. Sie definiert nicht einmal, welche Ausgestaltung der anzustrebende Konfliktlösungsmechanismus haben sollte, um als Schlichtungsverfahren im Sinn der ÖNORM zu gelten. Dies

gilt umso mehr im vorliegenden Fall, wo im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen den Streitparteien nicht einmal die beispielhaft angeführte Schlichtung beim ON-Bauschiedsgericht mehr zur Verfügung stand. Genauso wenig ist erkennbar, welche Art und Intensität von Bemühungen mindestens erforderlich wären, damit ein „Anstreben“ erfolgt ist.

[30] Zu guter Letzt spricht auch die Übung des redlichen Verkehrs gegen eine Verbindlichkeit: Die außergerichtliche Streitbeilegung im Bauwesen steckt in Österreich noch immer in den Kinderschuhen (*Karasek in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Schiedsrecht [2018] Rz 33.33*). Insbesondere österreichische Auftraggeber lehnen die in vielen anderen Ländern erfolgreich verwendete Schlichtung ab (*E. Schneider, Brauchen wir ein neues oder ein besseres Vertrags- und Vergabemodell für Infrastrukturprojekte?*, bau aktuell 2/2014, 62 [67]). *Karasek* geht sogar davon aus, dass die 2001 gegründete Schlichtungseinrichtung von Austrian Standards wegen ihres mangelnden Bekanntheitsgrades 2015 geschlossen wurde (vgl. *Karasek, ÖNORM B 2110 [2016] Rz 607*). Dies spricht dafür, dass Parteien von Bauverträgen unter Einbeziehung der ÖNORM B 2110 (zumindest) nicht (dort) regelmäßige Schlichtungsversuche unternahmen und die Erwähnung in Punkt 5.9.2. der Fassung 2009 eher als Bewusstseinsbildung für diese und andere außergerichtliche Konfliktlösungsmechanismen und -einrichtungen diene. Ein Schlichtungsversuch zur Herstellung der Klagbarkeit wurde offenbar in der Baubranche nicht gelebt.

[31] **2.5.** Zusammenfassend gilt: Punkt 5.9.2. der ÖNORM B 2110 idF vor 2023 („*Im Sinne einer Streitverhinderung ist vor einer Streiteinlassung ein*

Schlichtungsverfahren anzustreben [z.B. *Schlichtungsverfahren gemäß ONR 22113*]“) schreibt keinen verpflichtenden Schlichtungsversuch vor, der Voraussetzung für die Klagbarkeit von Ansprüchen wäre.

[32] 3. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 dritter Satz ZPO.

[33] Anders als die Zulässigkeit des Rechtswegs (RS0035955) ist die hier zu beurteilende Rechtsfrage nicht von der Entscheidung in der Hauptsache unabhängig. Entgegen der Ansicht der Klägerin liegt daher kein Zwischenstreit vor, der ein eigenes kostenrechtliches Schicksal hat (vgl RS0035976 [T1]).

Oberster Gerichtshof
Wien, am 22. Oktober 2024
Dr. S c h w a r z e n b a c h e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: