

# immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Top-Thema

## Verbauung des zugesagten Ausblicks

Mietrecht

**Massive Unklarheiten  
im und durch das HeizKG**

Forum Immobilientreuhänder

**Zur Verwalterhaftung  
im Wohnungseigentum**

Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht

**Umfinanzierung von  
Fremdmitteln durch  
Eigenmittel und deren  
Auswirkungen**



IMMOLEX.MANZ.AT

ISSN 1605-2536 Österreichische Post AG MZ 02Z032704 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

MANZ 

# Verbauung des zugesagten Ausblicks

## Gewährleistungsansprüche gegen Bauträger und Rechtsbehelfe gegen Gerichtssachverständigen-gutachten

**BEITRAG.** Wie aktuelle Entscheidungen<sup>1)</sup> zeigen, kommt es vor, dass Bauträger ihre Projekte mit einem unverbaubaren Ausblick (zB Panoramablick auf die Karawanken<sup>2)</sup> oder unverbaubarer Blick auf den Mattsee samt Schloss<sup>3)</sup>) bewerben. Erwirbt der Käufer die Immobilie aufgrund dieser Werbeaussagen, stellt sich die Frage, welche gewährleistungsrechtlichen Konsequenzen sich ergeben, wenn der Bauträger diese in Aussicht gestellten Qualitätsmerkmale nicht umsetzt. **immolex 2022/33**



Manuel C. Traxler, LL.M., LL.B., BSc., ist Rechtsanwalt in Altmünster.  
MMag. Stefan C. Bart ist Rechtsanwalt in Altmünster.

### A. Einleitung

#### Wurden in öffentlichen Anzeigen – Zeitungs- oder Internetinseraten – bestimmte Qualitätsmerkmale angepriesen, so werden diese Angaben zu Vertragsbestandteilen.

Wurden beim Übernehmer einer Sache bestimmte Erwartungen erweckt – indem in öffentlichen Äußerungen des Übergebers, insb in der Werbung oder durch beigefügte Angaben bestimmte Zusicherungen getroffen wurden –, so sind lt OGH<sup>4)</sup> diese Angaben gem § 922 Abs 2 ABGB bei der Beurteilung der Sache, ob diese dem Vertrag entspricht, zu berücksichtigen. Es ist bei öffentlichen Aussagen des Veräußerers (zB Zeitungsinsert oder Internetinsert)<sup>5)</sup> oder seiner Verhandlungshelfen regelmäßig davon auszugehen, dass diese den konkreten Vertragsverhandlungen (stillschweigend) zugrunde gelegt und sohin Vertragsbestandteil werden.<sup>6)</sup>

Ist der Erwerber als Verbraucher iS des KSchG zu qualifizieren, hat der Bauträger uE nicht einmal die Chance, diese öffentlichen Äußerungen durch vertragliche Regelungen<sup>7)</sup> im Bauträgervertrag „auszuhebeln“. Selbst wenn der Bauträger im Vertrag nicht explizit das Merkmal des „besonderen Ausblicks“ erwähnt, so wird dieses dennoch aufgrund seiner vorherigen öffentlichen Aussagen zum Vertragsbestandteil. Gem § 10 Abs 3 KSchG kann nämlich die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

Der Bauträger kann auch dadurch seine Verantwortung nicht abwälzen, indem er behauptet, seine Mitarbeiter wären nicht bevollmächtigt gewesen, solche Zusagen zu machen und daher wären diese Angaben nicht Vertragsbestandteil geworden. Wollte sich der Bauträger nämlich darauf berufen, dass die Zusagen seiner Mitarbeiter mangels Bevollmächtigung nicht Vertragsbestandteil geworden sind, so müsste der Verbraucher von dieser Vertretungsbeschränkung wissen.<sup>8)</sup> Der OGH<sup>9)</sup> geht

außerdem von einer Anscheinsvollmacht der Mitarbeiter des Bauträgers iSd § 1029 ABGB aus. Ebenso kann sich der Bauträger im B2C-Bereich nicht auf einen Gewährleistungsausschluss iZm dem zugesagten Ausblick berufen (§ 9 KSchG). Wurde dem Erwerber Wohnungseigentum zugesagt, greift ein derartiger Gewährleistungsausschluss auch im B2B-Bereich nicht (§ 38 Abs 1 Z 4 WEG). § 38 WEG ist nämlich auch im B2B-Bereich nach hM<sup>10)</sup> nicht abdingbar bzw zwingend.

#### Wurde der zugesagte Ausblick verbaut, stehen dem Erwerber Gewährleistungsbehelfe gegen den Bauträger offen.<sup>11)</sup>

IdZ ist noch anzumerken, dass es sich uE beim zugesagten (unverbaubaren) Ausblick um keinen unerfüllbaren Wunsch<sup>12)</sup> handelt. Der zugesagte Ausblick kann nämlich

<sup>1)</sup> OGH 5 Ob 40/21z; LG Salzburg 1 Cg 108/17z (soweit ersichtlich, unveröffentlicht); OLG Linz 6 R 134/18w.

<sup>2)</sup> OGH 5 Ob 40/21z; *Kothbauer*, Zur gewährleistungsrechtlichen Relevanz von Werbeaussagen, immolex 2021, 360; LG Salzburg 1 Cg 108/17z; OLG Linz 6 R 134/18w.

<sup>3)</sup> LG Salzburg 1 Cg 108/17z.

<sup>4)</sup> OGH 5 Ob 40/21z.

<sup>5)</sup> RIS-Justiz RS0127171 (T 2).

<sup>6)</sup> RIS-Justiz RS0127171.

<sup>7)</sup> Wie zB: „Es bestehen keine mündlichen Nebenreden.“ oder „Darstellungen/Inhalte/Äußerungen in den Verkaufsunterlagen oder auf der Homepage sind nicht verbindlich/werden nicht Vertragsbestandteil.“

<sup>8)</sup> *Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bollenberger/Bydlinski* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>6</sup> (2020) § 10 KSchG Rz 3.

<sup>9)</sup> OGH 5 Ob 40/21z.

<sup>10)</sup> *Gartner in Illedits/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Wohnrecht<sup>3</sup> (2018) § 38 WEG Rz 2, 17; *Ofner in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabenheiner* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II (2019) § 38 WEG Rz 17; *Prader*, WEG-BTVG<sup>4</sup> (2020) § 1 BTVG Anm 3 (Stand 13. 10. 2021, rdbab); *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht – WEG<sup>4</sup> (2017) § 38 WEG Rz 24.

<sup>11)</sup> *Kothbauer*, immolex 2021, 360.

<sup>12)</sup> Diese Fragen wurde vom OLG Linz im Verfahren zu 6 R 134/18w thematisiert.

bspw vertraglich oder sogar durch verbücherbare Servitute<sup>13)</sup> mit den Liegenschaftsnachbarn (Nachbargrundstücken) abgesichert werden.

## B. Gewährleistungsansprüche für zugesagte Eigenschaften

Entspricht das Objekt nicht dem, was in den öffentlichen Aussagen dem Erwerber versprochen wurde, stellen sich die Gewährleistungsbehelfe des Erwerbers ua wie folgt dar:

### 1. Gewährleistungsbehelfe des Erwerbers

**Der Erwerber kann wegen eines Mangels die Verbesserung, den Austausch der Sache, eine angemessene Preisminderung oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) fordern.**

hohen Aufwand verbunden (§ 932 Abs 2 ABGB). Ob dies der Fall ist, richtet sich ua nach dem Wert der mangelfreien Sache und der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten (Abs 2 leg cit).

Unter Verbesserung wird die nachträgliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes verstanden.<sup>14)</sup> Dies kann durch Reparatur oder durch Nachtrag des Fehlenden erfolgen.<sup>15)</sup> Unter Austausch wird hingegen verstanden, dass die mangelhafte Sache zurückgenommen und durch eine mangelfreie Sache derselben Spezies<sup>16)</sup> ersetzt wird.<sup>17)</sup>

Zunächst kann der Erwerber nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache (primäre Gewährleistungsbehelfe) verlangen, es sei denn, sie sind unmöglich oder für den Bauträger, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig

### Hinweis

Beim Immobilienkauf werden iZm einem verbauten Ausblick in den meisten Fällen uE die primären Gewährleistungsbehelfe iSd § 932 Abs 4 ABGB ausscheiden, weil sie unmöglich oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand für den Bauträger verbunden sind und die Immobilie idR nur einmal<sup>18)</sup> vorhanden ist.

Sind die primären Gewährleistungsbehelfe nicht möglich, so ist der Erwerber auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe verwiesen (§ 932 Abs 4 ABGB):<sup>19)</sup> Der Erwerber kann zwischen Wandlung oder Preisminderung grds frei wählen.<sup>20)</sup> Dieses Wahlrecht ist jedoch dahingehend eingeschränkt, dass die Wandlung nur dann zulässig ist, wenn es sich um keinen geringfügigen Mangel handelt.<sup>21)</sup>

Ein geringfügiger Mangel liegt ua vor, wenn sich bei Abwägung der Nachteile des Erwerbers aufgrund des Mangels und der Nachteile des Bauträgers iZm der Rückabwicklung des Vertrags ein gravierendes Missverhältnis zulasten des Bauträgers ergibt; bei dieser Abwägung ist auf die subjektive Bedeutung der fehlenden Eigenschaft für den Erwerber Bedacht zu nehmen, sofern sie dem Bauträger bei Vertragsabschluss bekannt oder erkennbar war.<sup>22)</sup> Keinen geringfügigen Mangel stellen ua zugesagte Eigenschaften dar, an deren Vorhandensein der Erwerber besonderes Interesse hatte, welches dem Bauträger bekannt war.<sup>23)</sup> Beim beworbenen (zugesagten<sup>24)</sup>

unverbaubaren Ausblick (zB Karawankenblick oder Schloss- und Seeblick) handelt es sich uE um keinen geringfügigen Mangel. Dies zumal der Bauträger uE aufgrund seiner Werbeaussagen (bzw Bewerbungen) davon ausgehen muss, dass dieser Ausblick ein kaufentscheidendes Kriterium und eine wertbildende Eigenschaft<sup>25)</sup> für den Erwerber darstellte.<sup>26)</sup> Es liegt sohin eine bedungene Eigenschaft<sup>27)</sup> iSd § 922 Abs 1 ABGB vor.<sup>28)</sup>

Der Erwerber kann daher in diesem Fall zwischen Wandlung und Preisminderung frei wählen.<sup>29)</sup> Wählt der Erwerber die Preisminderung, stellt sich die Frage, wie diese berechnet wird.

### 2. Berechnung der Preisminderung

**Durch die Preisminderung soll jenes Austauschverhältnis nachgebildet werden, das die Vertragsparteien unter Zugrundelegung des Mangels vereinbart hätten.**

Die hM<sup>30)</sup> zieht für die Berechnung der Preisminderung die relative Berechnungsmethode heran. Nach dieser hat sich der vereinbarte Preis zum geminderten Preis so zu verhalten, wie der objektive Wert der Sache ohne

<sup>13)</sup> UE kann idZ bspw auf die „Servitutsmöglichkeiten“ nach § 476 ABGB verwiesen werden; zB die Aussicht nicht zu nehmen oder bestimmte Baumaßnahmen (zB Nichtthöherbauen) zu unterlassen (vgl *Rassi* in *Kodek* [Hrsg], Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 12 GBG Rz 12 [Stand 1. 9. 2016, rdbat]).

<sup>14)</sup> *Ofner* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014) § 932 ABGB Rz 12.

<sup>15)</sup> *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>102</sup> § 932 ABGB Rz 6 (Stand 1. 1. 2016, rdbat).

<sup>16)</sup> Der Austausch kommt nach hM grds nur in Frage, wenn es sich um eine Gattungsschuld handelt (*Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 932 ABGB Rz 3; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>102</sup> § 932 ABGB Rz 9 [Stand 1. 1. 2016, rdbat]; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 932 ABGB Rz 16).

<sup>17)</sup> *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 932 ABGB Rz 16.

<sup>18)</sup> Speziesschuld (keine Gattungsschuld).

<sup>19)</sup> Auf die Wandlung oder Preisminderung ist der Erwerber auch dann verwiesen, wenn der Bauträger die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt sowie wenn diese Abhilfen für den Bauträger mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind (§ 932 Abs 4 ABGB).

<sup>20)</sup> *Hödl* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) § 932 ABGB Rz 19.

<sup>21)</sup> *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 932 ABGB Rz 79.

<sup>22)</sup> *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB<sup>5</sup> § 932 ABGB Rz 25.

<sup>23)</sup> *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>102</sup> § 932 ABGB Rz 62 (Stand 1. 1. 2016, rdbat).

<sup>24)</sup> OGH 5 Ob 40/21z.

<sup>25)</sup> OGH 5 Ob 40/21z wobl 2021/120, 417 (419) mit Anm *Fuhrmann*.

<sup>26)</sup> Nach dem OGH liegt es auf der Hand, dass für Immobilien mit einem freien (Panorama-)Blick höhere Preise erzielt werden können, weil dieser allgemein als Vorteil wahrgenommen wird (OGH 5 Ob 40/21z).

<sup>27)</sup> Liegt keine zugesagte (bedungene) Eigenschaft des BT vor, so sind die Umgebungsqualitäten bzw deren Beibehaltung nicht als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft iSd § 922 Abs 1 ABGB anzusehen (*Kothbauer*, immolex 2021, 360; OGH 5 Ob 40/21z wobl 2021/120, 417 [420] mit Anm *Fuhrmann*).

<sup>28)</sup> OGH 5 Ob 40/21z wobl 2021/120, 417 (420) mit Anm *Fuhrmann*.

<sup>29)</sup> *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 932 ABGB Rz 19.

<sup>30)</sup> *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 932 ABGB Rz 64; *Hödl* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB<sup>5</sup> § 932 ABGB Rz 21; *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>6</sup> § 932 ABGB Rz 21; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>102</sup> § 932 ABGB Rz 36 (Stand 1. 1. 2016, rdbat).

Mangel<sup>31)</sup> zum objektiven Wert der Sache mit Mangel (P:p = W:w); die Preisminderung errechnet sich dabei aus der Differenz zwischen P und p.<sup>32)</sup>

Die relative Berechnungsmethode berücksichtigt neben den Abweichungen zwischen dem vereinbarten Entgelt und dem Verkehrswert auch den objektiven Minderwert der Sache.<sup>33)</sup> Sie versucht jene Situation darzustellen, die die Vertragsparteien vereinbart hätten, wenn sie den Mangel bedacht hätten.<sup>34)</sup> Maßgebend sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>35)</sup> Allfällige Wertsteigerungen der Immobilie nach Vertragsabschluss (trotz des Mangels) sind daher nicht zu berücksichtigen.

Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist die Lage einer Immobilie – insb der Ausblick auf einen See oder ein Schloss – das wert- und preisbestimmende Kriterium.<sup>36)</sup> Ebenso ist bei einer Wohnanlage ua der Fernblick von wertbestimmender Bedeutung.<sup>37)</sup> Dementsprechend verwundert es auch nicht, dass die Rsp<sup>38)</sup> und die Lit<sup>39)</sup> einen zugesagten unverbaubaren Ausblick (zB Karawankenblick oder Schloss- und Seeblick) als wertbestimmendes Kriterium ansehen, dessen Fehlen zu einer Preisminderung führt.

### C. Rechtsbehelfe gegen falsche Sachverständigengutachten

Trotz dieser wohl eindeutigen Sach- und Rechtslage gibt es gerichtlich bestellte SV, für die der uneingeschränkte (zugesagte) Schloss- und Seeblick kein wertbestimmendes Kriterium darstellt und dessen Verbauung zu keiner Preisminderung führt.<sup>40)</sup> Folgt das Erstgericht diesem SV-Gutachten und weist die Klage ab (zB mangels Preisminderung), stellt sich die Frage, welche Rechtsbehelfe dem Erwerber dagegen zur Verfügung stehen.

iZM SV-Gutachten sind grds mehrere Rechtsmittelgründe denkbar.<sup>41)</sup> Im Folgenden soll jedoch nur<sup>42)</sup> der Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens (Verfahrensmangel iSd § 496 ZPO) iZM dem SV-Gutachten, nach welchem der zugesagte (unverbaubare) Ausblick kein wertbestimmendes Kriterium darstellt, und der Entscheidung des OLG Linz<sup>43)</sup> betrachtet werden.

#### 1. Verfahrensfehler iZM SV-Gutachten

**Ist ein Gutachten nicht schlüssig begründet und gibt das Gericht dem Antrag einer Partei auf Einholung eines weiteren Gutachtens nicht statt, liegt ein Verfahrensmangel vor.**

Das Gericht kann dem SV-Gutachten folgen, wenn es ihm als schlüssig und überzeugend erscheinen durfte.<sup>44)</sup> Erscheint das abgegebene Gutachten bspw ungenügend, kann das Gericht (es muss nicht) auf Antrag der Parteien oder von Amts wegen anordnen, dass eine neuerliche Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige stattfindet (§ 362 Abs 2 ZPO).

Ein Liegenschaftsbewertungsgutachten ist zB iSd § 362 Abs 2 ZPO ungenügend, wenn der SV in der mündlichen Gutachtenserörterung seine Schlussfolgerungen nicht ausreichend begründet.<sup>45)</sup> Ist dies der Fall und stellt eine Partei einen Antrag auf Einholung eines weiteren SV-Gutachtens, so liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO vor, wenn das Gericht diesem Antrag nicht stattgibt.<sup>46)</sup>

Nachdem der Kläger seine Preisminderungsansprüche grds beziffern muss (iS einer Leistungsklage), erscheint es ua sinnvoll, wenn er hierzu einen gerichtlich beeideten und zertifizierten SV zu Rate zieht (Privatgutachten)<sup>47)</sup>. Es stellt sich idZ die Frage, ob dieses Privatgutachten dem Gerichtsgutachten „ebenbürtig“ ist.

Dies ist grds nicht der Fall, zumal das Gericht nicht verpflichtet ist, allfällige Widersprüche zwischen einem Privatgutachten, auch wenn dieser Gutachter gerichtlich beeidet und zertifiziert ist, und dem Gutachten des gerichtlich bestellten SV aufzuklären; es kann sich grds ohne weitere Erhebungen dem ihm als verlässlich erscheinenden Gutachten anschließen.<sup>48)</sup> Die neuere Lehre, welche diese Rsp kritisiert, fordert, dass Widersprüche zwischen einem Privatgutachten und dem Gerichtsgutachten iS einer erschöpfenden Erörterung aufgeklärt werden.<sup>49)</sup> Dem ist uE jedenfalls bei gerichtlich beeideten und zertifizierten SV als Privatgutachter zuzustimmen. Dies, zumal die Meinung (Sachverstand) gerichtlich beeideter und zertifizierter SV uE nicht unterschiedlich gewichtet werden kann, nur weil sie einmal als Privatsachverständiger und einmal als Gerichtssachverständiger tätig werden.

Ein weiterer SV ist aber iSd § 362 ZPO zu bestellen, wenn die Befunde zweier gerichtlich beeideter und zertifizierter SV elementar ziffernmäßig voneinander abweichen,<sup>50)</sup> sodass diese zwingend zu unterschiedlichen Gutachten führen.<sup>51)</sup> Dies auch

**Weichen die Gutachten zweier gerichtlich beeideter SV in ihren Bewertungen massiv voneinander ab, ist ein weiterer Sachverständiger zu bestellen.**

Ein weiterer SV ist aber iSd § 362 ZPO zu bestellen, wenn die Befunde zweier gerichtlich beeideter und zertifizierter SV elementar ziffernmäßig voneinander abweichen,<sup>50)</sup> sodass diese

zwingend zu unterschiedlichen Gutachten führen.<sup>51)</sup> Dies auch

<sup>31)</sup> Um den objektiven Wert der mangelfreien Immobilie festzustellen, stellt das Vergleichsverfahren ein geeignetes Verfahren dar (OGH 5 Ob 40/21z). Dies jedoch nur dann, wenn ausreichend Vergleichsobjekte zur Verfügung stehen (*Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung<sup>6</sup> 17; *Holzner/Renner*, Ermittlung des Verkehrswertes [Marktwertes] von Grundstücken und des Wertes baulicher Anlagen<sup>29</sup> 778).

<sup>32)</sup> *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>102</sup> § 932 ABGB Rz 36 (Stand 1.1.2016, rdbat).

<sup>33)</sup> *Ofner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 932 ABGB Rz 64.

<sup>34)</sup> *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>102</sup> § 932 ABGB Rz 36 (Stand 1.1.2016, rdbat).

<sup>35)</sup> *Hödl* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB<sup>5</sup> § 932 ABGB Rz 21.

<sup>36)</sup> OLG Linz 6 R 134/18w.

<sup>37)</sup> *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung<sup>6</sup> 45, 166; *Holzner/Renner*, Ermittlung des Verkehrswertes (Marktwertes) von Grundstücken und baulicher Anlagen<sup>29</sup> 647f.

<sup>38)</sup> OGH 5 Ob 40/21z; LG Salzburg 1 Cg 108/17z.

<sup>39)</sup> *Kothbauer*, immolex 2021, 360; OGH 5 Ob 40/21z wobl 2021/120, 417 (420) mit Anm *Fuhrmann*.

<sup>40)</sup> *Kommenda*, Seeblick verbaut, Gutachten verhaut, Die Presse – Recht 2019/39; *ders*, Seeblick verbaut: 190.000 Euro Ersatz, Die Presse – Recht 2021/250; OLG Linz 6 R 134/18w.

<sup>41)</sup> ZB wegen Nichtigkeit iSd § 477 Abs 1 Z 4 ZPO, unrichtiger rechtlicher Beurteilung, sekundärer Feststellungsmängel, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung, Verfahrensmängel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO (vgl ausführlich *Pochmarski/Lichtenberg* in *Pochmarski/Lichtenberg/Tanczos/Kober* (Hrsg), Berufung in der ZPO<sup>3</sup> [2016] 100ff).

<sup>42)</sup> Die Behandlung sämtlicher (denkbarer) Rechtsmittelgründe iZM SV-Gutachten würde den Rahmen dieses Beitrags „sprengen“.

<sup>43)</sup> OLG Linz 6 R 134/18w.

<sup>44)</sup> *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup> (2018) § 362 ZPO E 16.

<sup>45)</sup> RIS-Justiz RLO00195.

<sup>46)</sup> OLG Linz 6 R 134/18w.

<sup>47)</sup> Die Kosten dieses Gutachtens können uE als vorprozessuale Kosten geltend gemacht werden (vgl *Obermair*, Kostenhandbuch<sup>3</sup> [2018] Rz 1393).

<sup>48)</sup> RIS-Justiz RS0040592.

<sup>49)</sup> Vgl dazu *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka* (Hrsg), Kommentar zur ZPO<sup>5</sup> (2019) Vor § 351 ZPO Rz 8 mwN.

<sup>50)</sup> *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup> § 362 ZPO E 27.

<sup>51)</sup> OLG Wien 15 R 218/94 AnwBl 1995/6038, 744.

dann, wenn es sich bei einem SV um einen Privatgutachter handelt.<sup>52)</sup> Das Gericht hat idF einen weiteren SV beizuziehen, wenn dies eine Partei beantragt (Beweisantrag); ansonsten liegt ein Verfahrensmangel vor.<sup>53)</sup> Dasselbe gilt uE auch, wenn der Privatsachverständige und der Gerichtssachverständige elementar ziffernmäßig in ihren Gutachten voneinander abweichen oder zwingend nicht vereinbare Gutachten vorliegen (zB Wertminderungsanspruch bejahend vs Wertminderungsanspruch verneinend<sup>54)</sup>). Kommt daher der Gerichtssachverständige zum Ergebnis, dass trotz der Verbauung des zugesagten Ausblicks keine Wertminderung der Immobilie (kein Wertminderungsanspruch) vorliegt, und verfügt der Erwerber über ein Privatgutachten eines gerichtlich beideten und zertifizierten SV, welches sehr wohl zu einer nicht geringfügigen Wertminderung kommt (Wertminderungsanspruch bejahend), ist uE jedenfalls ein weiteres Gutachten vom Gericht einzuholen, wenn der Erwerber ein solches beantragt (Beweisantrag). In diesem Fall liegen nämlich uE unvereinbare Gutachtenergebnisse vor. Kommt das Gericht dem Antrag nicht nach, liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel iSd § 496 ZPO vor.

### Praxistipp I

Der Bauträger ist gut beraten, wenn er darauf achtet, welche öffentlichen Äußerungen er oder seine Mitarbeiter tätigen, wenn sie ein Bauträgerprojekt bewerben. Dies betrifft insb Äußerungen iZm dem Ausblick von einer Immobilie.

### Praxistipp II

Steht fest, dass ein Objekt nicht dem entspricht, was in Inseraten oder Anzeigen angekündigt wurde, ist der umsichtige

Rechtsvertreter gut beraten, wenn er seinem Mandanten empfiehlt, für die Berechnung der Höhe der Preisminderung und zur Prozessvorbereitung ein Gutachten eines gerichtlich beideten und zertifizierten SV einzuholen.

### Schlussstrich

Öffentliche Äußerungen des Bauträgers oder seiner Mitarbeiter iZm der Bewerbung seines Bauträgerprojekts (zB Zusage eines unverbaubaren Ausblicks) können zu Gewährleistungsansprüchen der Erwerber gegen den Bauträger führen.

Weicht das Gerichtssachverständigengutachten vom Privatsachverständigengutachten einer Partei, welches ebenfalls von einem gerichtlich beideten und zertifizierten SV erstellt wurde, elementar ziffernmäßig ab oder sind diese unvereinbar, ist iSd § 362 ZPO auf Antrag einer Partei (Beweisantrag) vom Gericht ein weiterer SV zu bestellen. Kommt das Gericht diesem Antrag nicht nach, liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor.

<sup>52)</sup> Klauser/Kodek, JN-ZPO<sup>18</sup> § 362 ZPO E 27.

<sup>53)</sup> OLG Wien 15 R 218/94 AnwBl 1995/6038, 744.

<sup>54)</sup> Als weiteres Bsp kann uE angeführt werden, wenn die beiden Gutachten zwar Wertminderungsansprüche bejahen, diese aber derart weit auseinanderliegen, dass wiederum unvereinbare Gutachten vorliegen. Ebenso können als Bsp medizinische SV-Gutachten genannt werden (zB Geschäftsfähigkeit bejahend vs Geschäftsfähigkeit verneinend oder Dauerfolgen bejahend vs Dauerfolgen verneinend).



## Die erste Adresse. Seit 1849.

Willkommen in Österreichs größter Fachbuchhandlung für Recht, Steuer und Wirtschaft mit 20.000 lagernden Titeln! Ergänzt wird das Sortiment durch einen modernen Webshop mit 3,3 Millionen Titeln.

**Öffnungszeiten:** Mo – Fr, 10.00 – 18.00 Uhr  
Kohlmarkt 16, 1010 Wien

shop.manz.at

**MANZ**