

TE OGH 2012/2/22 3Ob182/11b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.02.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Neumayr, die Hofrätin Dr. Lovrek und die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei I*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Maximilian Gumpoldsberger, Rechtsanwalt in Wels, und der Nebenintervenientin auf Seiten der klagenden Partei H***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Lydia Friedle, Rechtsanwältin in Mannersdorf am Leithagebirge, gegen die beklagte Partei E***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer, Dr. Siegfried Sieghartsleitner und Dr. Michael Pichlmair, Rechtsanwälte in Wels, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei T***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Mag. Thomas Braun, Rechtsanwalt in Wien, wegen restlich 52.596,75 EUR sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Endurteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 4. Juli 2011, GZ 4 R 108/11x-47, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Endurteil des Landesgerichts Wels vom 14. März 2011, GZ 6 Cg 17/09w-42, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Endurteile der Vorinstanzen werden abgeändert, sodass sie zu lauten haben:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 52.596,75 EUR samt 10,67 % Verzugszinsen vom 13. April 2007 bis 30. Juni 2007, 11,19 % Verzugszinsen vom 1. Juli 2007 bis 31. Dezember 2008, 9,88 % Verzugszinsen vom 1. Jänner 2009 bis 30. Juni 2009 und 8,38 % Verzugszinsen seit 1. Juli 2009 binnen 14 Tagen zu bezahlen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.206,09 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 367,68 EUR an USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Gemäß § 70 Satz 2 ZPO wird ausgesprochen, dass die beklagte Partei zum Ersatz der Pauschalgebühr für die Revision der klagenden Partei verpflichtet ist. Gemäß Paragraph 70, Satz 2 ZPO wird ausgesprochen, dass die beklagte Partei zum Ersatz der Pauschalgebühr für die Revision der klagenden Partei verpflichtet ist.

Die Kostenaussprüche der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Berufungsgericht wird die Fällung einer neuen Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz aufgetragen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Nebenintervenientin auf Seiten der Klägerin (im Folgenden: „Bauherrin“) beauftragte die Klägerin als Generalunternehmerin mit der Errichtung einer Lagerhalle mit Bürotrakt. Die Bauherrin und die Klägerin vereinbarten für allfällige Mängel einen Hafrücklass. Als Gegenleistung für die Bezahlung des vollen, nicht um den Hafrücklass

geminderten Werklohns stellte die Klägerin der Bauherrin einen Bankhaftbrief in Form einer abstrakten Garantie über 52.596,75 EUR aus. Als Gewährleistungsfrist war mit der Beklagten eine solche von drei Jahren ab Übergabe des Gewerks vereinbart worden.

Die Klägerin beauftragte ihrerseits die Beklagte als Subunternehmerin mit der Erstellung der haustechnischen Anlage einschließlich der Klimaanlage. Die Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten ist deren Gerätelieferantin (im Folgenden: Subsubunternehmerin).

Die Subsubunternehmerin nahm ua in Anwesenheit der Beklagten die Erstbefüllung der Anlage mit Leitungswasser vor, ohne Zusatzstoffe beizumengen. Die Beklagte teilte der Bauherrin mit, dass die Nachspeisung mittels Leitungswasser zu erfolgen habe; sie gab weder bekannt, dass das Wasser mit Zusatzstoffen zu versehen sei, noch findet sich dieser Hinweis in den von der Beklagten der Bauherrin ausgefolgten Betriebsanleitungen. Die Bauherrin schloss mit der Subsubunternehmerin einen Wartungsvertrag, der nur die Geräte, nicht aber die Rohrleitungen und Pumpen umfasst. Weder die Beklagte noch die Subsubunternehmerin wiesen darauf hin, dass ein Wartungsvertrag notwendig sei, der sich auch mit der Befüllung und Nachspeisung der Anlage befasse.

Die Anlage wurde am 21. August 2002 an die Bauherrin übergeben.

Nachdem die Bauherrin bereits im Sommer 2004 das Ausfallen von Kühlregistern (Wasseraustritte) beanstandet hatte, teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 21. April 2005 mit, es bestünden bei der Anlage grobe, noch nicht behobene Mängel. Die Beklagte wurde aufgefordert, bis spätestens 28. April 2005 einen Behebungsvorschlag zu unterbreiten. In der Folge wurden einige undichte Kühlregister der Anlage auf dem Kulanzweg ausgetauscht, jedoch abermals defekt. Deshalb holte die Bauherrin ein Angebot vom 4. Mai 2005 über eine Reparatur der mangelhaften Klimaanlage ein, das auf einen Reparaturbetrag von 81.766,80 EUR netto lautete und der Klägerin übermittelt wurde.

Die Bauherrin zog die Bankgarantie mit Schreiben vom 1. Juli 2005, da die Klägerin „trotz mehrmaliger Aufforderungen bis heute keine verbindliche Lösung/Reparatur zugesagt“ habe. Die Auszahlung des Garantiebetrags erfolgte am 19. Juli 2005, wovon die Klägerin noch im Juli 2005 Kenntnis erlangte.

Am 6. Juli 2005 brachte die Bauherrin einen Beweissicherungsantrag wegen Gefahr im Verzug gegen beide Streitteile zur Feststellung der Mängel ein; die voraussichtlichen Reparaturkosten würden 70.000 EUR übersteigen. Anlässlich der Befundaufnahme im Beweissicherungsverfahren am 12. August 2005 teilte die Bauherrin dem Geschäftsführer der Klägerin mit, dass Reparaturkosten auf die Bauherrin zukommen werden, die sie aus dem Garantiebtrag abdecken werde. Das wurde vom Geschäftsführer der Klägerin zur Kenntnis genommen. Der Klägerin war klar, dass es Schäden gibt, welche im Gewerk der Beklagten zu suchen sind. Der im Beweissicherungsverfahren beigezogenen Sachverständige kam in der Zusammenfassung seines Befundberichts vom 19. August 2005 zum Ergebnis, dass die Heiz- und Kühlanlage im gegenwärtigen Zustand schwerwiegende Mängel aufweise. Um die genaue Schadensursache ermitteln zu können, müssten dem Kühlregister Materialproben entnommen werden. Es gebe Indizien auf mögliche Korrosionsschäden an den Kupferrohren bedingt durch das Kühlmedium Wasser, das in einem zur Atmosphäre offenen Kreislauf geführt werde. Auch Material- oder Fertigungsfehler könnten jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Von der Einschätzung des im Beweissicherungsverfahren beigezogenen Sachverständigen hatte die Klägerin bereits vor der am 18. August 2005 erfolgten Einbringung ihrer Feststellungsklage gegen die auch hier Beklagte zu AZ 30 Cg 75/05w des Landesgerichts Wels, Kenntnis. Im Zuge des Verfahrens verkündete die Klägerin der Bauherrin mit Schriftsatz vom 30. November 2005 den Streit mit der Begründung, die Inanspruchnahme des Haftrücklasses seitens der Bauherrin wäre für den Fall, dass die aufgetretenen Mängel ihre Ursache in einer mangelhaften laufenden Wartung der Anlage hätten, ungerechtfertigt erfolgt, weshalb die Bauherrin in diesem Fall den Haftrücklass an die Klägerin zurückzahlen hätte. Mit Schriftsatz vom 4. April 2006 begründete die Bauherrin ihren Streitbeitritt mit allfälligen Rückforderungsansprüchen der Klägerin.

Die Bauherrin ließ die Mängel an der Anlage um 80.624 EUR netto beheben. Dieser Aufwand wurde durch Einlösung der Bankgarantie im Umfang von 52.596,75 EUR teilweise abgedeckt. Am 19. Mai 2006 wurde mit den Sanierungsarbeiten begonnen. Am 14. Februar 2007 legte die Bauherrin Rechnung über die ihr bereits aufgelaufenen Reparaturkosten an die Klägerin. Auf dieser Rechnung ist der Haftrücklass ausdrücklich angeführt und von den Nettogesamtkosten in Abzug gebracht worden, sodass sich ein Rechnungsbetrag von 43.408,31 EUR ergab. Die Klägerin reagierte darauf nicht, verstand aber nunmehr die Inanspruchnahme der Bankgarantie als Zahlung.

Am 29. März 2007 stellte die Klägerin der Beklagten an Sanierungskosten 112.146,27 EUR (einschließlich

Mehrwertsteuer) in Rechnung; darin enthalten waren ua die ihr von der Bauherrin verrechneten Kosten. Die Beklagte wies die Rechnung zurück.

Die Feststellungsklage entschied der Oberste Gerichtshof mit dem (am 8./9. Jänner 2008 den Streitparteien zugestellten) Urteil vom 22. November 2007, AZ 8 Ob 73/07d dahin, dass die Beklagte der Klägerin für alle Ansprüche haftet, die diese aus dem Titel der Gewährleistung im Zusammenhang mit der Planung und Errichtung der Haustechnik, insbesondere der Klimaanlage, gegenüber der Bauherrin zu erfüllen hat.

Die Klägerin forderte die Bauherrin nie zur Rückzahlung der gezogenen Bankgarantie auf; sie zog auch die Berechtigung zur Ziehung der Garantie nie in Zweifel.

Am 30. Oktober 2008 machte die Klägerin die Sanierungskosten neben weiteren Ansprüchen mit der vorliegenden Klage geltend. Sie begehrte ursprünglich (nach Ausdehnung) 146.631,64 EUR. Die Beklagte habe es unterlassen, bei der Erstbefüllung dem in die Anlage eingebrachten Wasser ein Korrosionsschutzmittel hinzuzufügen; sie habe auch nicht auf die Notwendigkeit des Korrosionsschutzes hingewiesen. Die Haftung der Beklagten für Gewährleistungsansprüche sei im Vorprozess bereits festgestellt. Dass die Beklagte die Schädigerin sei, sei erst durch das im Feststellungsprozess erstattete Gutachten bekannt geworden. Die Bauherrin habe ihr 89.156,91 EUR als Mängelbehebungskosten weiterverrechnet (AS 91), die sie nunmehr mit der gegenständlichen Klage geltend mache. Im Hinblick auf die im Vorprozess festgestellte Haftung der Beklagten begehere sie den Ersatz des zunächst von der Bauherrin getragenen Mangelschadens. Außerdem stütze sie ihr Begehren auch auf den Titel des Schadenersatzes aus der Vertragshaftung.

Die Beklagte wendete ein, die dreijährige Gewährleistungsfrist bei der Klageeinbringung am 30. Oktober 2008 sei bereits abgelaufen. Die Bauherrin sei am Schadenseintritt allein bzw zumindest überwiegend selbst schuld, da sie für die Erstbefüllung der Anlage zuständig gewesen sei. Die Klägerin hätte den zu Unrecht ausbezahlten Betrag aus der Bankgarantie zurückfordern müssen. Außerdem sei der Ersatzanspruch verjährt, da dieser im Frühjahr 2005, spätestens aber anlässlich der Befundaufnahme im Beweissicherungsverfahren bekannt gewesen sei.

Das Erstgericht wies im ersten Rechtsgang die Klage zur Gänze ab.

Das Berufungsgericht bestätigte infolge Berufung der Klägerin mit Teilurteil die Abweisung des Klagebegehrens im Umfang von 94.034,89 EUR sA. Im Übrigen - hinsichtlich der weiteren Abweisung von 52.596,75 EUR sA - und hinsichtlich der Kostenentscheidung wurde das angefochtene Urteil aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Dem Rekurs der Beklagten gegen den Aufhebungsbeschluss gab der Oberste Gerichtshof zu 3 Ob 186/10i nicht Folge. Es wurde klargestellt, dass der geltend gemachte Regressanspruch der Klägerin erst mit tatsächlicher Ersatzleistung an die Bauherrin entstehe. Die Leistung des Garanten aus der Haftrücklassgarantie stelle keine Erfüllungshandlung des Kausalschuldners (hier der Klägerin), sondern einen Ausgleich für die ausgebliebene Erfüllung durch den Kausalschuldner dar. In Ansehung des Valutaverhältnisses habe die Garantieleistung vorläufigen Charakter. Die Zahlung werde erst dann zu einer endgültigen, wenn der Kausalschuldner dies ausdrücklich oder schlüssig zugestehe. Stelle die Einlösung der Bankgarantie aber keine endgültige Zahlung dar, werde allein mit dieser Vermögensverschiebung die Verjährungsfrist für den Regressanspruch noch nicht in Gang gesetzt. Die Klägerin als Regressberechtigte habe möglicherweise schon zu einem Zeitpunkt vor Einbringung der vorliegenden Regressklage am 30. Oktober 2008, die als Zugeständnis der Zahlung anzusehen sei, ausdrücklich oder stillschweigend eine derartige, nach § 863 ABGB zu beurteilende Willenserklärung abgegeben. Für den Verjährungsbeginn sei daher jener Zeitpunkt maßgebend, in dem die Klägerin (erstmalig) ausdrücklich oder konkludent erklärt habe, die geleistete Garantiezahlung als Ersatz für die Kosten der Mängelbehebung zu werten. Dem Rekurs der Beklagten gegen den Aufhebungsbeschluss gab der Oberste Gerichtshof zu 3 Ob 186/10i nicht Folge. Es wurde klargestellt, dass der geltend gemachte Regressanspruch der Klägerin erst mit tatsächlicher Ersatzleistung an die Bauherrin entstehe. Die Leistung des Garanten aus der Haftrücklassgarantie stelle keine Erfüllungshandlung des Kausalschuldners (hier der Klägerin), sondern einen Ausgleich für die ausgebliebene Erfüllung durch den Kausalschuldner dar. In Ansehung des Valutaverhältnisses habe die Garantieleistung vorläufigen Charakter. Die Zahlung werde erst dann zu einer endgültigen, wenn der Kausalschuldner dies ausdrücklich oder schlüssig zugestehe. Stelle die Einlösung der Bankgarantie aber keine endgültige Zahlung dar, werde allein mit dieser Vermögensverschiebung die Verjährungsfrist für den Regressanspruch noch nicht in Gang gesetzt. Die Klägerin als Regressberechtigte habe möglicherweise schon zu einem Zeitpunkt vor Einbringung der vorliegenden Regressklage am 30. Oktober 2008, die als Zugeständnis der

Zahlung anzusehen sei, ausdrücklich oder stillschweigend eine derartige, nach Paragraph 863, ABGB zu beurteilende Willenserklärung abgegeben. Für den Verjährungsbeginn sei daher jener Zeitpunkt maßgebend, in dem die Klägerin (erstmal) ausdrücklich oder konkludent erklärt habe, die geleistete Garantiezahlung als Ersatz für die Kosten der Mängelbehebung zu werten.

Die Beklagte brachte im zweiten Rechtsgang im Wesentlichen vor, die Ziehung der Bankgarantie und die Empfangnahme des Garantiebetrags per 20. Juli 2005 durch die Bauherrin sei zur teilweisen Abdeckung der schon zuvor eingeforderten und mittels eines Anbots der Höhe nach bescheinigten Reparaturkosten und damit als Akontozahlung darauf erfolgt und von ihr auch so bei der endgültigen Rechnungslegung behandelt worden. Derart sei dies auch vom Geschäftsführer der Klägerin verstanden worden.

Dem hielt die Klägerin entgegen, sie habe gegenüber der Bauherrin als auch der Beklagten stets behauptet, die aufgetretenen Mängel weder verursacht noch verschuldet zu haben. Sie habe auch kein vorbehaltloses, konstitutives Anerkenntnis zur Erfüllung allfälliger Ansprüche der Bauherrin auf Reparaturkosten mit dem abgerufenen Garantiebetrags abgegeben, vielmehr durch die Streitverkündung im Feststellungsprozess an die Bauherrin klargestellt, dass sie nur unter dem Vorbehalt, dass die Beklagte für Regressansprüche hafte, mit der Verwendung des Garantiebetrags als Ersatz für die Kosten der Mängelbehebung einverstanden sei. Erst durch die Zustellung des Feststellungsurteils sei für die Klägerin eine Haftung der Beklagten klargestellt gewesen.

Das Erstgericht wies das restliche Klagebegehren auf der Basis des eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalts neuerlich ab. Bereits das vor Erhebung der Feststellungsklage gesetzte Verhalten der Klägerin sei als Erklärung dahin zu verstehen, dass die Verwendung der Garantiesumme durch die Bauherrin zur (teilweisen) Begleichung der Sanierungskosten und somit als Erfüllung dienen sollte.

Der dagegen von der Klägerin erhobenen Berufung gab das Berufungsgericht nicht Folge und erklärte die ordentliche Revision für nicht zulässig.

Es hielt die Beweistrüge der Klägerin für unberechtigt und ebenso deren Rechtsrüge. Es sei zu überprüfen, ob von einer konkludenten Willenserklärung der Klägerin auszugehen sei. Ob die Klägerin erst zum Zeitpunkt der Rechnungslegung durch die Bauherrin die Inanspruchnahme der Bankgarantie als Zahlung verstanden habe, sei nicht entscheidend. Vielmehr sei wesentlich, wie die Bauherrin das von der Klägerin gesetzte Verhalten als redliche Erklärungsempfängerin auffassen habe dürfen. Der Klägerin sei schon vor Abruf der Bankgarantie deren Ziehung angekündigt worden, sie habe Kenntnis davon gehabt, dass die zu erwartenden Sanierungskosten die Garantiesumme übersteigen werden, und die Bauherrin habe am 12. August 2005 gegenüber der Klägerin ausdrücklich erklärt, die Garantiesumme als Deckungskapital für die durchzuführende Reparatur zu vereinnahmen. Dennoch habe die Klägerin die Rückzahlung der gezogenen Bankgarantie nicht gefordert und selbst eine Feststellungsklage gegen die Beklagte eingebracht. Auch wenn Schweigen grundsätzlich keinen Erklärungswert habe, sei eine andere Beurteilung geboten, wenn nach Treu und Glauben, Verkehrssitte oder Gesetz eine Antwortpflicht bestehe. Die Bauherrin habe mangels jeglichen Vorbehalts der Beklagten davon ausgehen können, auch die Klägerin sehe dies als Erfüllungshandlung an, da eine Ablehnung oder die Erklärung eines Vorbehalts durch die Klägerin leicht möglich gewesen wäre. Dem Argument, im Zeitpunkt der Erhebung der Feststellungsklage hätten noch keine fälligen Leistungsansprüche vorgelegen, da die Sanierungsarbeiten erst im Mai 2006 begonnen worden seien, sei zu entgegnen, dass der Besteller schon vor Beauftragung eines Fremdunternehmens mit den Verbesserungsarbeiten das dafür erforderliche Deckungskapital durch Klage begehren könne. Das Deckungskapital habe aber die Bauherrin mit dem Abruf der Bankgarantie gerade begehrt. Damit sei der Anspruch auf Ersatz des notwendigen Deckungskapitals der Klägerin aber bereits im Zeitpunkt der Einbringung der Feststellungsklage nicht nur bekannt, sondern auch fällig gewesen.

Die ordentliche Revision sei nicht zuzulassen, weil die entscheidungswesentliche Beurteilung von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die ua geltend macht, eine allenfalls anzunehmende Willenserklärung der Klägerin habe sich gar nicht an die Beklagte gerichtet, der die Vertrauenslehre daher nicht zugute komme; die Annahme einer zeitlich vorausgehenden schlüssigen Anerkennung der Verwendung des Garantiebetrags als Ersatz für die Mängelbehebungskosten sei schon deshalb unzutreffend, da sie frühestens durch das im Feststellungsprozess eingeholte Gutachten Klarheit über die Haftung der Beklagten für Regressansprüche erhalten habe; der Spruch des

Feststellungsurteils erfasse auch schon vor Klageeinbringung bestehende Regressansprüche der Klägerin, sodass die Unterbrechung der Verjährung auch dafür wirke. Die Klägerin begehrt die Abänderung im Sinne der Stattgebung des eingeschränkten restlichen Klagebegehrens, hilfsweise die Aufhebung.

Die Beklagte trat dem in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung entgegen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig und berechtigt, weil die Beurteilung des passiven Verhaltens der Klägerin als Zustimmung zur Widmung des Garantiebetrags als vorbehaltlose und endgültige Erfüllung der Forderung der Bauherrin nach einem Deckungskapital für die Mängelbehebungskosten korrekturbedürftig ist.

1. Den Gegenstand des vorliegenden Leistungsprozesses im zweiten Rechtsgang bildet nur mehr die Forderung der Klägerin von 52.596,75 EUR (samt nunmehr eingeschränkter Zinsen [ON 39]) aus dem Titel des Regresses nach § 1313 Satz 2 ABGB gegenüber der Beklagten als ihre Erfüllungsgehilfin. Im Hinblick auf den von der Beklagten erhobenen Verjährungseinwand und die für eine auf § 1313 ABGB gegründete Regressforderung gegen einen Subunternehmer aufgrund der Verletzung eines Werkvertrags geltende dreijährige Verjährungsfrist (RIS-Justiz RS0017447; 8 Ob 26/10x) erscheint zunächst der 31. Oktober 2005 als relevanter Zeitpunkt. In diesem Zusammenhang ist aber auch das Feststellungsurteil des Obersten Gerichtshofs im Vorprozess zu AZ 8 Ob 73/07d zu berücksichtigen, wonach die Beklagte der Klägerin für alle (gemeint:) künftigen Ansprüche haftet, die diese aus dem Titel der Gewährleistung im Zusammenhang mit der Planung und Errichtung der Haustechnik, insbesondere der Klimaanlage, gegenüber der Bauherrin zu erfüllen hat. Es dient nämlich - wie Spruch und Begründung zu entnehmen ist - der Wahrung des Rückgriffsanspruchs der Klägerin aus der Inanspruchnahme durch ihren Auftraggeber (= Bauherrin) aus dem Titel der Gewährleistung, weshalb die hier klagegegenständliche Forderung grundsätzlich von den Wirkungen des Feststellungsurteils erfasst ist. Durch die Einbringung der Feststellungsklage (der später stattgegeben wurde) wird die Verjährung aller in diesem Zeitpunkt zukünftigen Schadenersatzansprüche unterbrochen (RIS-Justiz RS0034771; RS0034286). Unter „künftigen“ Leistungen sind alle diejenigen gemeint, die bei Einbringung der Feststellungsklage noch nicht fällig waren, also auch solche, die zwischen Einbringung der Feststellungsklage (hier am 18. August 2005) und Zustellung des Feststellungsurteils (hier frühestens am 8. Jänner 2008) angefallen sind (RIS-Justiz RS0034771 [T7]). Da eine unterbrochene Verjährungsfrist frühestens am 9. Jänner 2008 wieder von vorne zu laufen begann (RIS-Justiz RS0034771 [T6]; vgl RS0032394; Perner in Schwimann ABGB-TaKomm § 1497 Rz 1), erfolgte diesfalls die Einbringung der vorliegenden Leistungsklage am 30. Oktober 2008 rechtzeitig. Vor Abruf der Haftrücklassgarantie, deren Abbuchung zu Lasten der Klägerin am 19. Juli 2005 erfolgte, kommt eine Wertung dieses Vorgangs als Zahlung keinesfalls in Frage.

1. Den Gegenstand des vorliegenden Leistungsprozesses im zweiten Rechtsgang bildet nur mehr die Forderung der Klägerin von 52.596,75 EUR (samt nunmehr eingeschränkter Zinsen [ON 39]) aus dem Titel des Regresses nach Paragraph 1313, Satz 2 ABGB gegenüber der Beklagten als ihre Erfüllungsgehilfin. Im Hinblick auf den von der Beklagten erhobenen Verjährungseinwand und die für eine auf Paragraph 1313, ABGB gegründete Regressforderung gegen einen Subunternehmer aufgrund der Verletzung eines Werkvertrags geltende dreijährige Verjährungsfrist (RIS-Justiz RS0017447; 8 Ob 26/10x) erscheint zunächst der 31. Oktober 2005 als relevanter Zeitpunkt. In diesem Zusammenhang ist aber auch das Feststellungsurteil des Obersten Gerichtshofs im Vorprozess zu AZ 8 Ob 73/07d zu berücksichtigen, wonach die Beklagte der Klägerin für alle (gemeint:) künftigen Ansprüche haftet, die diese aus dem Titel der Gewährleistung im Zusammenhang mit der Planung und Errichtung der Haustechnik, insbesondere der Klimaanlage, gegenüber der Bauherrin zu erfüllen hat. Es dient nämlich - wie Spruch und Begründung zu entnehmen ist - der Wahrung des Rückgriffsanspruchs der Klägerin aus der Inanspruchnahme durch ihren Auftraggeber (= Bauherrin) aus dem Titel der Gewährleistung, weshalb die hier klagegegenständliche Forderung grundsätzlich von den Wirkungen des Feststellungsurteils erfasst ist. Durch die Einbringung der Feststellungsklage (der später stattgegeben wurde) wird die Verjährung aller in diesem Zeitpunkt zukünftigen Schadenersatzansprüche unterbrochen (RIS-Justiz RS0034771; RS0034286). Unter „künftigen“ Leistungen sind alle diejenigen gemeint, die bei Einbringung der Feststellungsklage noch nicht fällig waren, also auch solche, die zwischen Einbringung der Feststellungsklage (hier am 18. August 2005) und Zustellung des Feststellungsurteils (hier frühestens am 8. Jänner 2008) angefallen sind (RIS-Justiz RS0034771 [T7]). Da eine unterbrochene Verjährungsfrist frühestens am 9. Jänner 2008 wieder von vorne zu laufen begann (RIS-Justiz RS0034771 [T6]; vergleiche RS0032394; Perner in

Schwimmann ABGB-TaKomm Paragraph 1497, Rz 1), erfolgte diesfalls die Einbringung der vorliegenden Leistungsklage am 30. Oktober 2008 rechtzeitig. Vor Abruf der Hafrücklassgarantie, deren Abbuchung zu Lasten der Klägerin am 19. Juli 2005 erfolgte, kommt eine Wertung dieses Vorgangs als Zahlung keinesfalls in Frage.

Zum Verjährungseinwand bleibt in zeitlicher Hinsicht somit nur zu prüfen, ob es nach dem 19. Juli 2005 und vor dem 18. August 2005 zu einer Zustimmung zur von der Bauherrin angekündigten Widmung des bei ihr erliegenden Garantiebetrags zur Abdeckung der voraussichtlichen Kosten der Mängelbehebung durch den Geschäftsführer der Klägerin kam. Die Aufhebung im ersten Rechtsgang war daher zur Verfahrensergänzung zu diesem Thema - entgegen der in der Revisionsbeantwortung vertretenen Ansicht - jedenfalls erforderlich. Da eine ausdrückliche Zustimmung weder behauptet noch festgestellt wurde, hat sich die Prüfung auf das Zustandekommen einer schlüssigen Widmungserklärung der Klägerin zu beschränken.

2.1. Dafür ist folgender rechtlicher Rahmen wesentlich:

Der Oberste Gerichtshof hat anlässlich der Bestätigung des Aufhebungsbeschlusses zum Einen zusammenfassend klargestellt, dass für das Entstehen des Regressanspruchs nach § 1313 zweiter Satz ABGB und für den Beginn dessen Verjährung die Zahlung des Regressberechtigten an den Dritten Voraussetzung ist (RIS-Justiz RS0028394 [T1 und T4]); zum Anderen, dass die Inanspruchnahme des Garantiebetrags erst dann als vorbehaltlose und damit endgültige Zahlung des Kausalschuldners angesehen werden kann, wenn er dies zugestanden hat. Es entspricht weiters ständiger Judikatur, dass § 1313 zweiter Satz ABGB auch voraussetzt, dass die Haftung des Geschäftsherrn (hier der Bauherrin) tatsächlich besteht (RIS-Justiz RS0028394 [T3]). Der Oberste Gerichtshof hat anlässlich der Bestätigung des Aufhebungsbeschlusses zum Einen zusammenfassend klargestellt, dass für das Entstehen des Regressanspruchs nach Paragraph 1313, zweiter Satz ABGB und für den Beginn dessen Verjährung die Zahlung des Regressberechtigten an den Dritten Voraussetzung ist (RIS-Justiz RS0028394 [T1 und T4]); zum Anderen, dass die Inanspruchnahme des Garantiebetrags erst dann als vorbehaltlose und damit endgültige Zahlung des Kausalschuldners angesehen werden kann, wenn er dies zugestanden hat. Es entspricht weiters ständiger Judikatur, dass Paragraph 1313, zweiter Satz ABGB auch voraussetzt, dass die Haftung des Geschäftsherrn (hier der Bauherrin) tatsächlich besteht (RIS-Justiz RS0028394 [T3]).

Schweigen allein hat grundsätzlich keinen Erklärungswert (RIS-Justiz RS0014124; RS0047273). Stillschweigen bedeutet nur dort Zustimmung, wo Gesetz, Verkehrssitte oder Treu und Glauben eine Pflicht zum Handeln auferlegen (RIS-Justiz RS0014122) oder wo der nicht Zustimmende nach Treu und Glauben oder nach der Verkehrssitte hätte reden müssen (RIS-Justiz RS0013958; RS0016507), worauf sich die Beklagte gar nicht berufen hat.

Schließlich kann Schweigen dann als Zustimmung zu werten sein, wenn der Erklärungsempfänger dem Schweigen seines Partners schlechterdings keine andere Bedeutung als jene der Zustimmung beilegen kann (RIS-Justiz RS0014126).

Die Widmung des Garantiebetrags als Zahlung ist mit dem Verzicht auf dessen Rückforderung gleichzusetzen. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein stillschweigender Verzicht auf ein Recht vorliegt, ist besondere Vorsicht geboten; er darf immer nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände darauf hinweisen, dass er ernstlich gewollt ist (RIS-Justiz RS0014190).

2.2. Gerade die Abhängigkeit des Entstehens des Regressanspruchs der Klägerin von der Erfüllung zu Recht bestehender Gewährleistungsansprüche der Bauherrin blieb von den Vorinstanzen unbeachtet. Dieser Umstand darf nämlich bei der Beurteilung, wie die Bauherrin als redliche Erklärungsempfängerin das ihr gegenüber gezeigte passive Verhalten der Klägerin (insbesondere im Rahmen der Befundaufnahme am 12. August 2005) vor Einbringung der Feststellungsklage objektiv verstehen musste (RIS-Justiz RS0014158), nicht unberücksichtigt bleiben. Eine Zustimmung der Klägerin zu einer vorbehaltlosen und endgültigen Widmung des Garantiebetrags als Zahlung auf das Deckungskapital für die Mängelbehebungskosten durfte die Bauherrin aber keinesfalls vor dem Zeitpunkt annehmen, in dem ihr bekannt war, dass die Klägerin selbst davon ausgeht, für die mangelhafte Werkausführung der Beklagten gegenüber der Bauherrin eintreten zu müssen, oder dass der Sachverhalt für die Klägerin so weit geklärt war, dass ihr Einstehenmüssen für eine mangelhafte Werkausführung der Beklagten zweifelsfrei feststand. Erst dann durfte die Bauherrin iSd § 863 ABGB davon ausgehen, dass an einer Zustimmung der Klägerin bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln, mehr besteht. 2.2. Gerade die Abhängigkeit des Entstehens des Regressanspruchs der Klägerin von der Erfüllung zu Recht bestehender Gewährleistungsansprüche der Bauherrin blieb

von den Vorinstanzen unbeachtet. Dieser Umstand darf nämlich bei der Beurteilung, wie die Bauherrin als redliche Erklärungsempfängerin das ihr gegenüber gezeigte passive Verhalten der Klägerin (insbesondere im Rahmen der Befundaufnahme am 12. August 2005) vor Einbringung der Feststellungsklage objektiv verstehen musste (RIS-Justiz RS0014158), nicht unberücksichtigt bleiben. Eine Zustimmung der Klägerin zu einer vorbehaltlosen und endgültigen Widmung des Garantiebetrags als Zahlung auf das Deckungskapital für die Mängelbehebungskosten durfte die Bauherrin aber keinesfalls vor dem Zeitpunkt annehmen, in dem ihr bekannt war, dass die Klägerin selbst davon ausgeht, für die mangelhafte Werkausführung der Beklagten gegenüber der Bauherrin eintreten zu müssen, oder dass der Sachverhalt für die Klägerin so weit geklärt war, dass ihr Eintretenmüssen für eine mangelhafte Werkausführung der Beklagten zweifelsfrei feststand. Erst dann durfte die Bauherrin iSd Paragraph 863, ABGB davon ausgehen, dass an einer Zustimmung der Klägerin bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln, mehr besteht.

2.3. Eine Kenntnis der Bauherrin von einer derartigen Einschätzung der Lage durch die Klägerin vor Einbringung der Feststellungsklage lässt sich aber den Feststellungen nicht entnehmen. Dessen folgend hat die Klägerin ihre Einschätzung, die bestehenden Schäden seien im Gewerk der Beklagten zu suchen, nicht kundgetan. Auf den im Frühjahr 2005 vorgenommenen Austausch einiger undichter Kühlregister im Kulanzweg hat sich die für die eine Verjährung begründenden Umstände behauptungs- und beweispflichtige Beklagte (RIS-Justiz RS0034456 [T4]; RS0034198) gar nicht berufen; abgesehen davon spricht die Vornahme des Austauschs im Kulanzweg schon von vornherein gegen ein Zugeständnis oder Verständnis, Gewähr leisten zu müssen.

Die Vermutungen des Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren zur Schadensursache blieben (naturgemäß) vage und sagen nichts darüber aus, wer die von ihm damals als möglich bezeichnete Schadensursache durch Verwendung ungeeigneten Kühlwassers zu vertreten hat; ebenso wenig sind Erörterungen dazu bei der Befundaufnahme festgestellt worden. Eine Verantwortlichkeit der Bauherrin war damals somit (noch) nicht auszuschließen. Von einer ausreichenden Klärung des Sachverhalts konnte daher keine Rede sein.

2.4. Zur gegen die Beklagte von der Klägerin eingebrachten Feststellungsklage ist festzuhalten, dass die Kenntnis der Bauherrin davon - vor der Streitverkündung an sie mit Schriftsatz vom 30. November 2005 - nicht feststeht. Diese Prozesshandlung hat daher auf die Beurteilung, wie die Bauherrin das Verhalten der Klägerin objektiv verstehen musste, keinen Einfluss.

2.5. Soweit die Vorinstanzen ins Treffen führen, die Klägerin habe den Garantiebtrag nie zurückgefordert, genügt der Hinweis auf die Abstraktheit der Bankgarantie. Die Verpflichtung des Garanten, Zahlung zu leisten entsteht allein durch die Inanspruchnahme, die zugleich gemäß dem Garantievertrag den formellen Garantiefall bildet. Infolge Abstraktheit der Garantie sind nur solche Einwendungen zulässig, die sich aus der Auslegung des Garantietextes selbst ergeben (3 Ob 186/10i; 6 Ob 105/05t). Welche Einwendungen in diesem Sinne die Klägerin erheben hätte sollen, vermag die Beklagte auch nicht aufzuzeigen; ebensowenig liegen Hinweise auf eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie vor (vgl P. Bydlinski in KBB3 § 880a Rz 4 mwN). Aus dem Unterlassen der Rückforderung des Garantiebetrags durften daher auch keine zwingenden Rückschlüsse auf die Zustimmung der Klägerin zu dessen angekündigter Widmung durch die Bauherrin gezogen werden. 2.5. Soweit die Vorinstanzen ins Treffen führen, die Klägerin habe den Garantiebtrag nie zurückgefordert, genügt der Hinweis auf die Abstraktheit der Bankgarantie. Die Verpflichtung des Garanten, Zahlung zu leisten entsteht allein durch die Inanspruchnahme, die zugleich gemäß dem Garantievertrag den formellen Garantiefall bildet. Infolge Abstraktheit der Garantie sind nur solche Einwendungen zulässig, die sich aus der Auslegung des Garantietextes selbst ergeben (3 Ob 186/10i; 6 Ob 105/05t). Welche Einwendungen in diesem Sinne die Klägerin erheben hätte sollen, vermag die Beklagte auch nicht aufzuzeigen; ebensowenig liegen Hinweise auf eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Garantie vor vergleiche P. Bydlinski in KBB3 Paragraph 880 a, Rz 4 mwN). Aus dem Unterlassen der Rückforderung des Garantiebetrags durften daher auch keine zwingenden Rückschlüsse auf die Zustimmung der Klägerin zu dessen angekündigter Widmung durch die Bauherrin gezogen werden.

2.6. Zusammengefasst durfte die Bauherrin im passiven Verhalten der Klägerin bei den gegebenen besonderen Umständen bis zur Einbringung der Feststellungsklage (also vor allem während der sechs, auf die Befundaufnahme in der Beweissicherung folgenden Tage) keine Zustimmung zur Widmung erblicken; sie hatte nämlich keinen Grund zur Annahme, die Klägerin könne schon beurteilen, ob sie der Bauherrin Gewähr zu leisten habe; ohne diese Kenntnis durfte aber trotz des Schweigens der Klägerin im Belassen des Garantiebetrags bei der Bauherrin keine Zustimmung zum endgültigen Behalten im Sinn einer vorbehaltlosen Zahlung des Deckungskapitals für die Mängelbehebungskosten

und eines Verzichts auf der Rückforderung des Garantiebetrags erblickt werden. Die gegenteilige Einschätzung der Vorinstanzen erweist sich als unzutreffend.

Mit der hier vertretenen Rechtsansicht harmonisiert auch das Feststellungsurteil des Obersten Gerichtshofs zu AZ 8 Ob 73/07d, in dem der 8. Senat davon ausging, dass ein Regressanspruch der Klägerin gegen die Beklagte bei Klageeinbringung auch noch nicht zum Teil fällig war, obwohl der Abruf der Haftrücklassgarantie in den Sachverhalt Eingang gefunden hatte; erwogen wurde nämlich: Ob bzw in welchem Ausmaß die klagende Partei von ihrem Auftraggeber aus dem Titel der Gewährleistung darüber hinaus in Anspruch genommen werde, hänge von verschiedenen, dem Einflussbereich der klagenden Partei entzogenen Umständen ab.

2.7. Vor Einbringung der Feststellungsklage kann also keine Zahlung der Klägerin an die Bauherrin angenommen werden; der Regressanspruch der Klägerin gegen die Beklagte war also bis dahin noch nicht entstanden. Die der nunmehr zu beurteilenden Leistungsklage zugrunde liegende Regressforderung von 52.596,75 EUR war deshalb von der die Verjährung unterbrechenden Wirkung des Feststellungsurteils gegen die Beklagte erfasst. Dem Verjährungseinwand der Beklagten kommt somit keine Berechtigung zu.

3.1. In der Sache ist zunächst zu prüfen, ob diese Regressforderung noch vor Schluss der Verhandlung erster Instanz im Leistungsprozess entstanden ist und fällig wurde. Diese Frage hat der Oberste Gerichtshof bereits im ersten Rechtsgang beantwortet, in dem er vorweg klarstellte: Erhebt - wie hier - der Regressberechtigte Klage mit dem Vorbringen, er stütze sein Begehren darauf, dass er seinem Auftraggeber die Ersatzleistung erbracht habe, wird jedenfalls von einem Zugeständnis auszugehen sein. (Spätestens) Mit der Erhebung der vorliegenden Leistungsklage entstand somit der damit verfolgte Regressanspruch der Klägerin gegen die Beklagte.

3.2. Ausgehend vom zwischen den Parteien zugunsten der Klägerin ergangenen, bindenden Feststellungsurteil, ist die Haftung der Beklagten wegen mangelhafter Erfüllung des mit der Klägerin geschlossenen Werkvertrags, die dazu führte, dass die Klägerin ihrer Auftraggeberin (= Bauherrin) Gewähr leisten musste, für das restliche Leistungsbegehren dem Grunde nach zu bejahen. Da die Höhe des nunmehr fällig gewordenen Regressanspruchs unstrittig im Umfang des Garantiebetrags feststeht, der die tatsächlich von der Bauherrin getragenen Mängelbehebungskosten gar nicht erreicht, besteht die Klageforderung zu Recht. Deshalb sind die Entscheidungen der Vorinstanzen in eine Klagestattgebung abzuändern. Das modifizierte Zinsenbegehren blieb von der Beklagten ohne substantiierte Bestreitung und ist deshalb der Entscheidung zu Grunde zu legen.

4.1. Die Entscheidung über die der Klägerin zu ersetzenden Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf §§ 50, 41 ZPO. Der Streitgenossenzuschlag nach § 15 lit a RATG beträgt nur 10 %. Die für die Revision anfallenden gerichtlichen Pauschalgebühren, von deren Entrichtung die Klägerin wegen Verfahrenshilfe vorläufig befreit war, sind unmittelbar beim Beklagten einzuheben. Deshalb hatte der Ausspruch nach § 70 Satz 2 ZPO zu erfolgen. 4.1. Die Entscheidung über die der Klägerin zu ersetzenden Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf Paragraphen 50, 41, ZPO. Der Streitgenossenzuschlag nach Paragraph 15, Litera a, RATG beträgt nur 10 %. Die für die Revision anfallenden gerichtlichen Pauschalgebühren, von deren Entrichtung die Klägerin wegen Verfahrenshilfe vorläufig befreit war, sind unmittelbar beim Beklagten einzuheben. Deshalb hatte der Ausspruch nach Paragraph 70, Satz 2 ZPO zu erfolgen.

4.2. Die Übertragung der die Vorinstanzen betreffenden Kostenentscheidungen an das Berufungsgericht ergibt sich aus einem Größenschluss aus § 510 Abs 1 letzter Satz ZPO. Wenn der Oberste Gerichtshof sogar die Entscheidung der Hauptsache dem Berufungsgericht übertragen kann, sofern - wie hier - die dafür erforderlichen eingehenden Berechnungen einen Zeitaufwand erfordern, der dem Höchstgericht nicht zugemutet werden soll, muss dies umso mehr für die Kostenfrage gelten, zumal sich aus den Rechtsmittelbeschränkungen der ZPO ergibt, dass der Oberste Gerichtshof grundsätzlich nicht mit Kostenfragen belastet werden soll (RIS-Justiz RS0124588). 4.2. Die Übertragung der die Vorinstanzen betreffenden Kostenentscheidungen an das Berufungsgericht ergibt sich aus einem Größenschluss aus Paragraph 510, Absatz eins, letzter Satz ZPO. Wenn der Oberste Gerichtshof sogar die Entscheidung der Hauptsache dem Berufungsgericht übertragen kann, sofern - wie hier - die dafür erforderlichen eingehenden Berechnungen einen Zeitaufwand erfordern, der dem Höchstgericht nicht zugemutet werden soll, muss dies umso mehr für die Kostenfrage gelten, zumal sich aus den Rechtsmittelbeschränkungen der ZPO ergibt, dass der Oberste Gerichtshof grundsätzlich nicht mit Kostenfragen belastet werden soll (RIS-Justiz RS0124588).

Textnummer

E100011

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0030OB00182.11B.0222.000

Im RIS seit

08.03.2012

Zuletzt aktualisiert am

04.07.2013

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at