jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2007/7/13 3Ob35/07d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 13.07.2007

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner, Hon.-Prof. Dr. Sailer sowie Dr. Jensik und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien Jörg und Daniela L*****, beide vertreten durch Dr. Günther Dobretsberger und Dr. Martin Steininger, Rechtsanwälte in Linz, wider die beklagte Partei F***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Gerhard Wagner, Rechtsanwalt in Linz, wegen 24.689,60 EUR s.A., infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 28. Dezember 2006, GZ 3 R 131/06i-15, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Linz vom 11. April 2006, GZ 50 Cg 67/05m-11, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der außerordentlichen Revision wird teilweise dahin Folge gegeben, dass die Entscheidung einschließlich ihres in Rechtskraft erwachsenen Teiles insgesamt wie folgt zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien 23.524,77 EUR samt 4 % Zinsen seit 3. Juni 2005 und die mit 6.351,58 EUR (darin 616,10 EUR Barauslagen und 955,91 EUR USt) bestimmten Kosten binnen 14 Tagen zu zahlen.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, den klagenden Parteien weitere 1.164,83 EUR samt 4 % Zinsen seit 18. September 2002 sowie weitere 4 % Zinsen aus 23.524,77 EUR vom 18. September 2002 bis zum 2. Juni 2005 zu zahlen, wird abgewiesen."

Die Kostenentscheidung im Urteil zweiter Instanz bleibt unberührt. Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit 1.446,58 EUR (darin 241,09 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte GmbH hatte als Subunternehmerin für eine weitere GmbH (Generalunternehmerin) die Errichtung eines Kellers für das Wohnhaus der Kläger übernommen. Die Kläger belangten vor dem Erstgericht die Generalunternehmerin in einem (Vor)Verfahren, an dem sich auch die hier beklagte Partei als Nebenintervenientin (NI) auf Seiten der dort beklagten Partei beteiligte. Unbestritten blieb, dass die Generalunternehmerin während dieses Vorverfahrens mit Beschluss vom 5. Juli 2003 im Firmenbuch gelöscht wurde. Auf Grund eines rechtskräftigen Teilurteils im Vorverfahren führten die Kläger gegen die Generalunternehmerin Forderungsexekution gemäß § 294 EO zur Hereinbringung von 24.689,60 EUR s.A. (zugesprochener Kapitalsbetrag). Das Exekutionsgericht pfändete und überwies den Klägern zur Einziehung die der Generalunternehmerin gegenüber der nun beklagten Subunternehmerin zustehenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aus dem Subunternehmervertrag betreffend den Keller

des Wohnhauses der Kläger mit Beschluss vom 1. September 2004. In ihrer Drittschuldnererklärung bestritt die beklagte Partei unter Hinweis auf ihr Vorbringen im Vorverfahren als NI diese Ansprüche. Die Kläger hatten der Generalunternehmerin am 20. April 2000 einen schriftlichen Werkauftrag zur Errichtung eines Wohnhauses erteilt. Nach dem zugrunde liegenden Leistungsverzeichnis waren Bestandteil der Ausbaustufe I die Baustelleneinrichtung, sämtliche Erdarbeiten, die Errichtung des Kellergeschosses und die Errichtung eines Blockhauses eines bestimmten Modells. Bestandteil der Ausbaustufe I war auch die Errichtung einer Drainage rund um das Blockhaus samt Drainageableitung vom Grundstück. Den zum Zeitpunkt der Auftragserteilung in Bauangelegenheiten völlig unerfahrenen Klägern wurde von den verantwortlichen Personen der Generalunternehmerin gesagt, dass ein Fixpreis vereinbart sei und sie sich um nichts zu kümmern hätten. Die Generalunternehmerin vergab sämtliche Baumaßnahmen der mit den Klägern vereinbarten Ausbaustufe I an Subunternehmer, und zwar u.a. die Errichtung des Kellers samt Kamin an die beklagte Partei.Die beklagte GmbH hatte als Subunternehmerin für eine weitere GmbH (Generalunternehmerin) die Errichtung eines Kellers für das Wohnhaus der Kläger übernommen. Die Kläger belangten vor dem Erstgericht die Generalunternehmerin in einem (Vor)Verfahren, an dem sich auch die hier beklagte Partei als Nebenintervenientin (NI) auf Seiten der dort beklagten Partei beteiligte. Unbestritten blieb, dass die Generalunternehmerin während dieses Vorverfahrens mit Beschluss vom 5. Juli 2003 im Firmenbuch gelöscht wurde. Auf Grund eines rechtskräftigen Teilurteils im Vorverfahren führten die Kläger gegen die Generalunternehmerin Forderungsexekution gemäß Paragraph 294, EO zur Hereinbringung von 24.689,60 EUR s.A. (zugesprochener Kapitalsbetrag). Das Exekutionsgericht pfändete und überwies den Klägern zur Einziehung die der Generalunternehmerin gegenüber der nun beklagten Subunternehmerin zustehenden Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche aus dem Subunternehmervertrag betreffend den Keller des Wohnhauses der Kläger mit Beschluss vom 1. September 2004. In ihrer Drittschuldnererklärung bestritt die beklagte Partei unter Hinweis auf ihr Vorbringen im Vorverfahren als NI diese Ansprüche. Die Kläger hatten der Generalunternehmerin am 20. April 2000 einen schriftlichen Werkauftrag zur Errichtung eines Wohnhauses erteilt. Nach dem zugrunde liegenden Leistungsverzeichnis waren Bestandteil der Ausbaustufe römisch eins die Baustelleneinrichtung, sämtliche Erdarbeiten, die Errichtung des Kellergeschosses und die Errichtung eines Blockhauses eines bestimmten Modells. Bestandteil der Ausbaustufe römisch eins war auch die Errichtung einer Drainage rund um das Blockhaus samt Drainageableitung vom Grundstück. Den zum Zeitpunkt der Auftragserteilung in Bauangelegenheiten völlig unerfahrenen Klägern wurde von den verantwortlichen Personen der Generalunternehmerin gesagt, dass ein Fixpreis vereinbart sei und sie sich um nichts zu kümmern hätten. Die Generalunternehmerin vergab sämtliche Baumaßnahmen der mit den Klägern vereinbarten Ausbaustufe römisch eins an Subunternehmer, und zwar u.a. die Errichtung des Kellers samt Kamin an die beklagte Partei.

Das Haus wurde den Klägern am 14. Mai 2001 übergeben. Im September dieses Jahres zogen sie in das Haus ein. Bereits im Dezember 2001 erfolgten übermäßige Wassereintritte im Kellerbereich des Hauses und verursachten einen Wasserstand von etwa 10 cm. Insgesamt traten derartige Wassereintritte - insbesondere nach stärkeren Niederschlägen oder nach Schlagregen - viermal auf. Dies teilten die Kläger der Generalunternehmerin unmittelbar nach dem Eintritt der Wasserschäden mit. Einer ihrer Verkäufer leitete sämtliche Reklamationen an die Geschäftsführer der beklagten Subunternehmerin weiter, die jedoch keine Behebungsmaßnahmen oder auch nur - versuche vornahm. In den Gesprächen bzw. der Korrespondenz zwischen den Klägern und der Generalunternehmerin wurde von dieser einerseits die Schuld den Klägern zugeschoben bzw. der beklagten Partei bzw. wusste man nicht genau, was die Ursache des Wassereintritts sei, sondern stellte bloße Vermutungen an. Beim ersten Wassereintritt im Dezember 2001 wurden zahlreiche am Boden gelagerte Gegenstände (der Kläger) beschädigt. Die Kläger veranlassten in Eigenregie das Auspumpen und Trockenlegen der Kellerböden und wendeten Zeit zum Waschen und Putzen der durch das Wasser verschmutzen Wäsche auf. Die Kosten für diese Arbeiten beliefen sich auf 3.980 EUR. Über Anraten von Fachleuten errichteten die Kläger in Eigenregie die Ableitung einer Drainage. Die beklagte Partei hatte ausschließlich die Verlegung von Drainagerohren rund um das Haus angeboten. Weitere Arbeiten im Zuge der Drainageverlegung bot sie nicht an und wurden auch nicht Bestandteil des zwischen ihr und der Generalunternehmerin abgeschlossenen Werkvertrags. Andere als die von der beklagten Partei vorgenommenen Drainagearbeiten nahm die Generalunternehmerin nicht vor bzw. veranlasste sie nicht. Diese gab daher einzelne Teile der Bauausführungen (vor allem das Ausführen einer ordnungsgemäßen Drainage) offensichtlich nicht ordnungsgemäß bzw. unvollständig an die beklagte Partei weiter. Sie unterließ es auch, die Kläger dementsprechend darauf hinzuweisen bzw. zu warnen.

Die einzelnen Subunternehmer nahmen die Baumaßnahmen mangelhaft vor. Es bestanden zum Zeitpunkt der Übergabe wesentliche Baumängel. Ursache der Wassereintritte im Keller sind Undichtheiten im Bereich des Kellergeschosses und im Bereich des Blockhauses (Anschlussfuge zwischen Keller und Blockhaus) sowie in Undichtheiten im Bereich der Fenster.

Keller: Die Drainageausführung entspricht nicht den Regeln der Technik. Die Drainage wurde ohne entsprechende Vlieseinhüllung sowie ohne Herstellung einer Sickerpackung und ohne entsprechend Ableitung hergestellt. Aus diesem Grund war die Drainage nicht funktionsfähig. Dies hatte eine Stauwasserbelastung der Außenwände zur Folge. Weitere Ursachen für die Wassereintritte im Kellerbereich war die fehlende Dichtheit im Bereich der Fuge zwischen Bodenplatte und Kelleraußenwänden. Diese ist an mehreren Stellen undicht, wodurch Feuchtigkeit in den Kellerbereich eindringen konnte; die Rohrdurchführungen im Keller 2 und 3 sind undicht, bei der Rohrdurchführung im Keller 2 wurde keine RDS-Kupplung für die Rohrdurchführung durch die Fundamentplatte verwendet. Sämtliche dieser beschriebenen Mängel in Bezug auf Anschlussfuge und RDS-Kupplung sind auf Arbeiten der beklagten Partei zurückzuführen. In deren Angebot sind die drei RDS-Kupplungen enthalten, tatsächlich wurde nur eine bei der Durchführung der Wasserleitung ausgeführt, die beiden anderen nicht. Weitere Ursache für die Wassereintritte ist die mangelhaft errichtete Drainage, die zudem ohne Spülschächte an den Knickpunkten der Drainageleitung hergestellt wurde: diese Art der Drainageführung entspricht nicht den Regeln der Technik. Weder die beklagte Partei noch die Generalunternehmerin wiesen die Kläger darauf hin, dass die bloße Verlegung von Drainagerohren keinen den Regeln der Technik entsprechenden Einbau der Drainage darstellt. Weitere Ursache für den Wassereintritt war ein mangelhaft ausgeführter Bitumenanstrich der Kelleraußenwände; dessen Durchführung oblag der beklagten Partei.

Weder die General- noch die Subunternehmerin kamen ihren Warnpflichten gegenüber ihren jeweiligen Auftraggebern nach. Die gesamte Sanierung der Mängel an Anschlussfuge, Drainage und Bitumenanstrich beträgt 19.352,40 EUR, der Rest von 20.709,60 EUR fiel auf die Sanierung des Holzbaues, welchen die Generalunternehmerin und nicht die beklagte Partei als Subunternehmerin zu verantworten hat. Für sie waren nur die Sanierungskosten von 19.352,40 EUR sowie die Mangelfolgeschäden von

3.980 EUR relevant. Im Vorverfahren bestätigte das Berufungsgericht über deren Berufung das Ersturteil im Umfang eines Zuspruchs von 24.689,40 (Schäden im Zusammenhang mit der Sanierung des Holzbaus von 20.709,60 EUR und Mangelfolgeschäden von 3.980 EUR) s.A. als Teilurteil. Im Umfang von weiteren 19.352,40 EUR (= Schäden im Zusammenhang mit der Kellersanierung) s.A. hob das Ersturteil auf und verwies die Rechtssache an die erste Instanz zur Verfahrensergänzung zurück. Mit [End-]Urteil des Erstgerichts vom 31. Mai 2005 erkannte dieses die Generalunternehmerin für schuldig, den Klägern 19.352,40 EUR s.A. und Prozesskosten von 31.330,98 EUR zu zahlen. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung in der Hauptsache, änderte aber die Kostenentscheidung dahin ab, dass es die von der Generalunternehmerin den Klägern zu ersetzenden Kosten auf 30.654,30 EUR (auch davon Kosten bis zum Ersturteil 25.384,34 EUR) reduzierte; die Kosten des Berufungsverfahren bestimmte es mit 1.699,81 EUR. Die Parteien erlangten definitiv erst im Rahmen des vorangehenden Verfahrens, nämlich nach Gutachtenserstattung, Kenntnis von der Schadensursache bzw. wem diese Schadensursache zuzurechnen sei. Die Kläger begehrten mit ihrer Drittschuldnerklage die Zahlung von 24.689,60 EUR s.A. Die Generalunternehmerin sei insgesamt zur Zahlung von 44.042 EUR samt Zinsen - wovon 53 % auf Arbeiten der beklagten Partei entfielen - und von Prozesskosten von 32.354,11 verurteilt worden. Diese hafte anteilig für die bis zum Teilurteil aufgelaufenen Prozesskosten mit 13.454,76 EUR und (zur Gänze) für die weiteren Verfahrenskosten erster Instanz von 5.267,96 EUR und für jene des Berufungsverfahrens von 1.699,81 EUR. Sie habe den Keller äußerst mangelhaft errichtet, woran sie auch grobes Verschulden treffe, und ihre Warnpflichten verletzt. Vom zugesprochenen Kapital entfielen auf die beklagte Partei als Sanierungsaufwand für den Keller 19.352,40 EUR, 1.500 EUR für die Sanierung der mangelhaften Drainage, 1.600 EUR für Schäden an Gegenständen im Keller, 730 EUR für Kosten des Auspumpens und der Kleidereinigung sowie 150 EUR für das Anfertigen von Lichtbildern. Die tatsächliche Schadensursache und der Schädiger seien ihr, aber auch der Generalunternehmerin erst durch das Gutachten im Vorprozess bekannt geworden. Die Haftung für die Kosten des Vorprozesses ergebe sich aus der Funktion der beklagten Partei als NI.

Die beklagte Partei wendete zusammengefasst ein, sie sei als potentiell schadenersatzpflichtige Partei auch der Generalunternehmerin seit mehr als drei Jahren vor der Klage bekannt gewesen, der Anspruch sei daher verjährt. Die Generalunternehmerin habe den ihr erteilten Auftrag an sie als Subunternehmerin nicht vollständig weitergegeben, sondern nur einen Werkvertrag mit reduziertem Leistungsumfang geschlossen. Insbesondere sei sie nicht mit der

Drainageableitung beauftragt worden, deren Fehlen die Ursache der Wassereintritte sei. Sie habe keine Warn- oder Hinweispflichten gegenüber den Klägern oder der Generalunternehmerin verletzt. Über die Kosten des Vorverfahrens sei in diesem abschließend abgesprochen worden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit Ausnahme eines Teiles des Zinsenbegehrens statt.

Das Gericht zweiter Instanz gab der Berufung der beklagten Partei gegen den stattgebenden Teil dieses Urteil nicht Folge. Es erachtete es für nicht notwendig, die bekämpften Feststellungen im Zusammenhang mit Behebungskosten von 3.980 EUR zu überprüfen. Weiters bejahte das Berufungsgericht im Rahmen der Ausführungen zur Tatsachenrüge der beklagten Partei das Bestehen einer Warnpflicht der beklagten Partei auch gegenüber der Generalunternehmerin als einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller. Das Gericht zweiter Instanz sah Einwände gegen die Kausalität der von ihr verursachten Mängel für diverse Arbeiten nicht als gerechtfertigt, die Feststellungen über die Kenntniserlangung der Kläger von Schaden und Schädiger als nicht gesetzmäßig bekämpft an.

Die Forderung der Klägerin sei schon deshalb nicht verjährt, weil sie mit der vorliegenden Drittschuldnerklage Regressansprüche der Generalunternehmerin gegen die beklagte Partei geltend machten. Nach Lehre und Rsp entstehe wie beim Regress zwischen Solidarschuldnern auch der Regressanspruch nach § 1313 zweiter Satz ABGB erst mit der tatsächlichen Zahlung oder Erfüllung. Beim Ersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den dem Dritten nicht solidarisch mithaftenden Gehilfen beginne daher die Verjährungsfrist erst mit Leistung des Ersatzes oder frühestens mit der Verurteilung zur Ersatzleistung. Daher habe die Verjährungsfrist frühestens mit dem Urteil des Erstgerichts im Vorverfahren vom 20. Februar 2004 begonnen, für die Mangelfolgeschäden von 3.980 EUR aber erst mit dem rechtskräftig gewordenen Teilurteil des Berufungsgerichts in diesem Verfahren vom 13. Mai 2004. Schon deshalb sei der Verjährungseinwand unberechtigt, weshalb es auf die - nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht ordnungsgemäß - bekämpften Feststellungen in diesem Zusammenhang nicht ankomme.Die Forderung der Klägerin sei schon deshalb nicht verjährt, weil sie mit der vorliegenden Drittschuldnerklage Regressansprüche der Generalunternehmerin gegen die beklagte Partei geltend machten. Nach Lehre und Rsp entstehe wie beim Regress zwischen Solidarschuldnern auch der Regressanspruch nach Paragraph 1313, zweiter Satz ABGB erst mit der tatsächlichen Zahlung oder Erfüllung. Beim Ersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den dem Dritten nicht solidarisch mithaftenden Gehilfen beginne daher die Verjährungsfrist erst mit Leistung des Ersatzes oder frühestens mit der Verurteilung zur Ersatzleistung. Daher habe die Verjährungsfrist frühestens mit dem Urteil des Erstgerichts im Vorverfahren vom 20. Februar 2004 begonnen, für die Mangelfolgeschäden von 3.980 EUR aber erst mit dem rechtskräftig gewordenen Teilurteil des Berufungsgerichts in diesem Verfahren vom 13. Mai 2004. Schon deshalb sei der Verjährungseinwand unberechtigt, weshalb es auf die - nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht ordnungsgemäß - bekämpften Feststellungen in diesem Zusammenhang nicht ankomme.

Was das Verschulden der beklagten Partei angehe, übersehe sie die Beweislast gemäß§ 1298 ABGB. Sei aus dem eingetretenen Schaden und den Umständen seines Entstehens nach Erfahrungsgrundsätzen erschließbar, dass wenigstens ein objektiv fehlerhaftes Verhalten des Schuldners bei der Schadensentstehung mitgewirkt habe, werde man sinngemäß die Beweislastumkehr für das Verschulden eingreifen lassen müssen. Trete zum Vorliegen eines Gewährleistungsmangels noch hinzu, dass der Kausalzusammenhang mit einer Handlung oder Unterlassung des Schuldners erwiesen sei oder die Sachlage typisch auf dessen Verschulden hinweise, habe der Gläubiger seiner Beweispflicht genügt. Es müsse sich dann der Schuldner vom Vorwurf des Verschuldens entlasten und die Gefahr des Misslingens dieses Beweises tragen. Diesen Beweis habe die beklagte Partei gar nicht angetreten. Auch für die Mangelfolgeschäden (Schäden von 3.980 EUR abzüglich der darin enthaltenen Kosten für eine Drainageableiten von 1.500 EUR) sei der Kausalzusammenhang mit der Schlechterfüllung des Werkauftrags durch die beklagte Partei eindeutig und die Schäden seien typische Folge der konkreten Mängel. Soweit die beklagte Partei eine Verschuldensteilung von 3 : 1 zu Lasten der Generalunternehmerin, damit auch zu Lasten der Kläger anstrebe, sei die Rechtsrüge in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt sei, lasse sich doch aus den Feststellungen nicht ableiten, dass die Mängelursachen in den Bereich der Generalunternehmerin fielen. Vielmehr habe jene nur zu vertreten, dass ihr Auftrag an die beklagte Partei nicht vollständig gewesen sei. Dagegen sei der beklagten Partei eine Verletzung der Aufklärungspflicht anzulasten, wie diese weiters die fehlende Dichtheit und den mangelhaft ausgeführten Bitumenanstrich der Kellerwände zu vertreten habe. Durch die Ausmessung des Mitverschuldens der Generalunternehmen mit einem Drittel könnten sich nur die Kläger beschwert erachten, nicht jedoch die beklagte Partei. Selbst wenn das Zuschütten des Drainagegrabens vor Fertigstellung der Drainage der Generalunternehmerin

anzulasten wäre, was aus den Feststellungen nicht ableitbar sei, wäre die Verschuldensteilung nicht zum Vorteil der beklagten Partei zu korrigieren. Richtig sei aber, dass die beklagte Partei nicht für die Kosten für die Ableitung einer Drainage einzustehen habe, weshalb für von ihr zu vertretende Mangelfolgeschäden nur 2.480 EUR anzusetzen seien.Was das Verschulden der beklagten Partei angehe, übersehe sie die Beweislast gemäß Paragraph 1298, ABGB. Sei aus dem eingetretenen Schaden und den Umständen seines Entstehens nach Erfahrungsgrundsätzen erschließbar, dass wenigstens ein objektiv fehlerhaftes Verhalten des Schuldners bei der Schadensentstehung mitgewirkt habe, werde man sinngemäß die Beweislastumkehr für das Verschulden eingreifen lassen müssen. Trete zum Vorliegen eines Gewährleistungsmangels noch hinzu, dass der Kausalzusammenhang mit einer Handlung oder Unterlassung des Schuldners erwiesen sei oder die Sachlage typisch auf dessen Verschulden hinweise, habe der Gläubiger seiner Beweispflicht genügt. Es müsse sich dann der Schuldner vom Vorwurf des Verschuldens entlasten und die Gefahr des Misslingens dieses Beweises tragen. Diesen Beweis habe die beklagte Partei gar nicht angetreten. Auch für die Mangelfolgeschäden (Schäden von 3.980 EUR abzüglich der darin enthaltenen Kosten für eine Drainageableiten von 1.500 EUR) sei der Kausalzusammenhang mit der Schlechterfüllung des Werkauftrags durch die beklagte Partei eindeutig und die Schäden seien typische Folge der konkreten Mängel. Soweit die beklagte Partei eine Verschuldensteilung von 3 : 1 zu Lasten der Generalunternehmerin, damit auch zu Lasten der Kläger anstrebe, sei die Rechtsrüge in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt sei, lasse sich doch aus den Feststellungen nicht ableiten, dass die Mängelursachen in den Bereich der Generalunternehmerin fielen. Vielmehr habe jene nur zu vertreten, dass ihr Auftrag an die beklagte Partei nicht vollständig gewesen sei. Dagegen sei der beklagten Partei eine Verletzung der Aufklärungspflicht anzulasten, wie diese weiters die fehlende Dichtheit und den mangelhaft ausgeführten Bitumenanstrich der Kellerwände zu vertreten habe. Durch die Ausmessung des Mitverschuldens der Generalunternehmen mit einem Drittel könnten sich nur die Kläger beschwert erachten, nicht jedoch die beklagte Partei. Selbst wenn das Zuschütten des Drainagegrabens vor Fertigstellung der Drainage der Generalunternehmerin anzulasten wäre, was aus den Feststellungen nicht ableitbar sei, wäre die Verschuldensteilung nicht zum Vorteil der beklagten Partei zu korrigieren. Richtig sei aber, dass die beklagte Partei nicht für die Kosten für die Ableitung einer Drainage einzustehen habe, weshalb für von ihr zu vertretende Mangelfolgeschäden nur 2.480 EUR anzusetzen seien.

Das Berufungsgericht bejahte auch eine Haftung der beklagten Partei für die Kosten des Vorverfahrens. Für den Subunternehmer bestehe auch eine vertragliche Nebenpflicht, den regressberechtigten Vertragspartner wahrheitsgemäß über die Vertragsabwicklung zu informieren. Im Vorverfahren habe sich die Generalunternehmerin als beklagte Partei ab September 2003 infolge Löschung im Firmenbuch nicht mehr beteiligt, vielmehr habe die beklagte Partei als deren Nebenintervenientin das Verfahren geführt. Noch in ihrer Berufung im ersten Rechtsgang habe sie vorgebracht, Ursache für die Wassereintritte im Keller sei jedenfalls nicht eine mangelhafte Bauausführung durch sie gewesen. Auch noch im zweiten Rechtsgang habe sie in der Berufung Mängel ihrer Arbeiten bestritten. Daher habe die Generalunternehmerin auch einen Regressanspruch für die Kosten, zu deren Ersatz sie im Vorverfahren verurteilt worden sei. Der Regressanspruch der Generalunternehmerin sei daher wie folgt zu berechnen: Schäden von 19.352,40 EUR zuzüglich Mangelfolgeschäden von

2.480 EUR, das seien 21.832,40 EUR. Dazu kämen Prozesskosten von 13.454,76 EUR (bis zum Teilurteil) und 6.967,77 EUR. Das mache insgesamt 42.254,93 EUR aus, wovon zwei Drittel 28.169,95 EUR ausmachten. Darin finde der Klagebetrag Deckung.

Die außerordentliche Revision der beklagten Partei ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Diese macht in erster Linie geltend, unstrittig sei, dass die Generalunternehmerin den Anspruch der Kläger bzw. das Urteil im Vorverfahren nicht erfüllt oder gezahlt hätte; eine solche Zahlung und Erfüllung sei auch nicht festgestellt worden und damit aber ein Regressanspruch noch nicht entstanden.

In der ihnen freigestellten Revisionsbeantwortung erwiderten die Kläger zu diesem Vorbringen, die Generalunternehmerin habe nach kaufmännischen Grundsätzen (zumindest theoretisch) spätestens mit Feststellung ihrer Haftung für Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche im Vorverfahren Rückstellungen bilden müssen, wodurch auch ein entsprechender Wertverlust bei ihr eingetreten sei. Dieser damit schon eingetretene Schaden berechtige jedenfalls zum Regress gegenüber der beklagten Partei als Subunternehmerin. Auch beginne nach der Rsp die Verjährung von Ersatzansprüchen des Geschäftsherrn gegen den geschädigten Dritten nicht solidarisch

mithaftenden Gehilfen frühestens mit der Verurteilung zur Ersatzleistung zu laufen. Die gepfändete Forderung sei daher noch nicht verjährt gewesen, als die Klage eingebracht worden sei. Die behauptete Aktenwidrigkeit iSd § 503 Z 3 ZPO liegt schon deshalb nicht vor, weil das Gericht zweiter Instanz offenkundig keineswegs ein Vorbringen der Kläger unrichtig als tatsächliche Voraussetzung seiner Entscheidung zugrunde legte, vielmehr allein die von ihnen geltend gemachte Forderung (wie darzulegen sein wird, unzutreffend) in rechtlicher Hinsicht als Regressanspruch qualifizierte. Auch die Rechtsrüge ist im Ergebnis überwiegend unbegründet.In der ihnen freigestellten Revisionsbeantwortung erwiderten die Kläger zu diesem Vorbringen, die Generalunternehmerin habe nach kaufmännischen Grundsätzen (zumindest theoretisch) spätestens mit Feststellung ihrer Haftung für Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche im Vorverfahren Rückstellungen bilden müssen, wodurch auch ein entsprechender Wertverlust bei ihr eingetreten sei. Dieser damit schon eingetretene Schaden berechtige jedenfalls zum Regress gegenüber der beklagten Partei als Subunternehmerin. Auch beginne nach der Rsp die Verjährung von Ersatzansprüchen des Geschäftsherrn gegen den geschädigten Dritten nicht solidarisch mithaftenden Gehilfen frühestens mit der Verurteilung zur Ersatzleistung zu laufen. Die gepfändete Forderung sei daher noch nicht verjährt gewesen, als die Klage eingebracht worden sei. Die behauptete Aktenwidrigkeit iSd Paragraph 503, Ziffer 3, ZPO liegt schon deshalb nicht vor, weil das Gericht zweiter Instanz offenkundig keineswegs ein Vorbringen der Kläger unrichtig als tatsächliche Voraussetzung seiner Entscheidung zugrunde legte, vielmehr allein die von ihnen geltend gemachte Forderung (wie darzulegen sein wird, unzutreffend) in rechtlicher Hinsicht als Regressanspruch qualifizierte. Auch die Rechtsrüge ist im Ergebnis überwiegend unbegründet.

a) Wie schon das Gericht zweiter Instanz zutreffend darlegte, regelt§ 896 ABGB den Regress unter Gesamtschuldnern. Nach dem ersten Satz dieser Norm hat ein Mitschuldner zur ungeteilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, das Recht, von den Übrigen den Ersatz nach dem besonderen Verhältnis unter ihnen, sonst zu gleichen Teilen fordern. Nach der Rsp dazu ist Voraussetzung des Rückgriffs eine Zahlung auf die gesamtschuldnerische Verpflichtung hin, und zwar - entgegen dem Gesetzeswortlaut - zumindest in einer Höhe, die über dem internen Anteil des Zahlenden liegt. Das bloße Feststehen der Gesamtschuld oder die Erwartung baldiger Inanspruchnahme reicht nicht aus (jüngst P. Bydlinski in KBB2 § 896 ABGB Rz 1 mwN). Im Besonderen spricht § 1302 zweiter Satz ABGB dasselbe für den Rückgriff unter mehreren Schädigern aus. Jüngst vertraten nun P. Bydlinski/Coors (Gesamtregress, Freistellungsansprüche und Legalzession unter Mitschuldnern?, ÖJZ 2007, 275 [278]; ebenso auch P. Bydlinski aaO) die Auffassung, dass § 896 zweiter Satz ABGB für die Zeit vor der Zahlung eine Lücke aufweise und schon vor der Zahlung als Vorwirkung des Regressanspruchs jeder Schuldner, der vom Gläubiger bei oder nach Fälligkeit auf die volle Zahlung in Anspruch genommen werde, einen auf Zahlung der internen Quote an den Gläubiger gerichteten Mitwirkungs-(oder Freistellungs-)anspruch habe. Dieser Anspruch gründe sich auf das Bestehen einer stärkeren Pflichtbindung durch die Gesamtschuld und sei auch in Deutschland von Rsp und Lehre weitgehend anerkannt.a) Wie schon das Gericht zweiter Instanz zutreffend darlegte, regelt Paragraph 896, ABGB den Regress unter Gesamtschuldnern. Nach dem ersten Satz dieser Norm hat ein Mitschuldner zur ungeteilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, das Recht, von den Übrigen den Ersatz nach dem besonderen Verhältnis unter ihnen, sonst zu gleichen Teilen fordern. Nach der Rsp dazu ist Voraussetzung des Rückgriffs eine Zahlung auf die gesamtschuldnerische Verpflichtung hin, und zwar - entgegen dem Gesetzeswortlaut - zumindest in einer Höhe, die über dem internen Anteil des Zahlenden liegt. Das bloße Feststehen der Gesamtschuld oder die Erwartung baldiger Inanspruchnahme reicht nicht aus (jüngst P. Bydlinski in KBB2 Paragraph 896, ABGB Rz 1 mwN). Im Besonderen spricht Paragraph 1302, zweiter Satz ABGB dasselbe für den Rückgriff unter mehreren Schädigern aus. Jüngst vertraten nun P. Bydlinski/Coors (Gesamtregress, Freistellungsansprüche und Legalzession unter Mitschuldnern?, ÖJZ 2007, 275 [278]; ebenso auch P. Bydlinski aaO) die Auffassung, dass Paragraph 896, zweiter Satz ABGB für die Zeit vor der Zahlung eine Lücke aufweise und schon vor der Zahlung als Vorwirkung des Regressanspruchs jeder Schuldner, der vom Gläubiger bei oder nach Fälligkeit auf die volle Zahlung in Anspruch genommen werde, einen auf Zahlung der internen Quote an den Gläubiger gerichteten Mitwirkungs-(oder Freistellungs-)anspruch habe. Dieser Anspruch gründe sich auf das Bestehen einer stärkeren Pflichtbindung durch die Gesamtschuld und sei auch in Deutschland von Rsp und Lehre weitgehend anerkannt.

Für den Bereich der Gehilfenhaftung - ohne Bestehen einer Solidarschuld - behält § 1313 zweiter Satz ABGB dem haftenden Geschäftsherrn den Rückersatz gegen den Schuldtragenden vor. Auch dieser Regressanspruch entsteht nach einhelliger Rsp erst mit Zahlung des Geschäftsherrn (für die Fälle der Solidarhaftung: 1 Ob 685/84 = SZ 58/06 mwN u.v.a.; RIS-Justiz RS0028394; für die Fälle mangelnder Solidarhaftung3 Ob 642/86 = SZ 60/73). Dem stimmt die

Lehre weitgehend zu (Harrer in Schwimann3 § 1313 ABGB Rz 3; Karner in KBB2 § 1313 ABGB Rz 2). Während Reischauer (in Rummel3 § 1313 ABGB Rz 4) der Rsp für die Fälle der Solidarhaftung zustimmt, soll nach seiner Ansicht der Schaden des Geschäftsherrn nicht erst mit der Zahlung, sondern schon mit dem Entstehen seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten entstehen. Ab diesem Zeitpunkt müsste er nach allgemeinen Regeln auch seinen Ersatzanspruch gegen den Gehilfen geltend machen können. Zugleich räumt er allerdings ein, es sei nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sei, dass die Verwendung des Begriffs „Rückersatz" in § 1313 für die Zahlung als Voraussetzung für den Regress spreche (so 3 Ob 642/86; 4 Ob 2017/96p = SZ 69/78). Wiederholt hatte sich der Oberste Gerichtshof nicht primär mit der Frage des Entstehens eines solchen Regressanspruchs zu befassen, wohl aber mit dem Beginn der Verjährungsfrist. Diese jeweils die Ersatzansprüche von Geschäftsherrn gegen Erfüllungsgehilfen treffenden Entscheidungen stehen insofern in einem gewissen Widerspruch zur referierten Rsp über das Entstehen des Regressanspruchs, als danach die Verjährungsfrist erst mit der Leistung des Ersatzes „oder frühestens mit der Verurteilung zur Ersatzleistung" zu laufen beginnen soll (3 Ob 642/86; jüngst 10 Ob 68/06g = wbl 2007, 118 mwN). Ausschlaggebend für die Maßgeblichkeit einer gerichtlichen Entscheidung soll sein, dass damit die Ersatzpflicht des Unternehmers (in casu: Generalunternehmers)Für den Bereich der Gehilfenhaftung - ohne Bestehen einer Solidarschuld - behält Paragraph 1313, zweiter Satz ABGB dem haftenden Geschäftsherrn den Rückersatz gegen den Schuldtragenden vor. Auch dieser Regressanspruch entsteht nach einhelliger Rsp erst mit Zahlung des Geschäftsherrn (für die Fälle der Solidarhaftung: 1 Ob 685/84 = SZ 58/06 mwN u.v.a.; RIS-Justiz RS0028394; für die Fälle mangelnder Solidarhaftung 3 Ob 642/86 = SZ 60/73). Dem stimmt die Lehre weitgehend zu (Harrer in Schwimann3 Paragraph 1313, ABGB Rz 3; Karner in KBB2 Paragraph 1313, ABGB Rz 2). Während Reischauer (in Rummel3 Paragraph 1313, ABGB Rz 4) der Rsp für die Fälle der Solidarhaftung zustimmt, soll nach seiner Ansicht der Schaden des Geschäftsherrn nicht erst mit der Zahlung, sondern schon mit dem Entstehen seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten entstehen. Ab diesem Zeitpunkt müsste er nach allgemeinen Regeln auch seinen Ersatzanspruch gegen den Gehilfen geltend machen können. Zugleich räumt er allerdings ein, es sei nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sei, dass die Verwendung des Begriffs „Rückersatz" in Paragraph 1313, für die Zahlung als Voraussetzung für den Regress spreche (so 3 Ob 642/86; 4 Ob 2017/96p = SZ 69/78). Wiederholt hatte sich der Oberste Gerichtshof nicht primär mit der Frage des Entstehens eines solchen Regressanspruchs zu befassen, wohl aber mit dem Beginn der Verjährungsfrist. Diese jeweils die Ersatzansprüche von Geschäftsherrn gegen Erfüllungsgehilfen treffenden Entscheidungen stehen insofern in einem gewissen Widerspruch zur referierten Rsp über das Entstehen des Regressanspruchs, als danach die Verjährungsfrist erst mit der Leistung des Ersatzes „oder frühestens mit der Verurteilung zur Ersatzleistung" zu laufen beginnen soll (3 Ob 642/86; jüngst 10 Ob 68/06g = wbl 2007, 118 mwN). Ausschlaggebend für die Maßgeblichkeit einer gerichtlichen Entscheidung soll sein, dass damit die Ersatzpflicht des Unternehmers (in casu: Generalunternehmers)

unverrückbar feststehe. Diese Rsp gilt nach der E9 Ob 236/99t (= wbl

2000, 81 [Csaky] = ecolex 2000, 425 = RdW 2213) auch dann, wenn

gegenüber dem Geschädigten keine Solidarhaftung zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen besteht. Verjährung wurde allerdings in all diesen Fällen jeweils verneint, weshalb nicht gesagt werden kann, diese Rsp stünde im Gegensatz zu jener, wonach die Rückgriffsforderung erst mit der Befriedigung des Dritten entstünde. Die Annahme, aus den zitierten Entscheidungen wäre abzuleiten, nach der Ansicht des Obersten Gerichtshofs entstünde ein Regressanspruch des Generalunternehmers gegen den nicht solidarisch haftenden Subunternehmer bereits mit der Verurteilung des Generalunternehmers zur Leistung an dessen Vertragspartner, ist somit nicht begründet. Die dargestellte Rsp geht wohl auf die Entscheidung SZ 39/82 zurück, die abweichend von der sonstigen Rsp die Regresspflicht bereits mit dem Nachweis der Belastung des Regressberechtigten mit einer Schuld entstehen lassen will. Genau diese Frage ließ der Oberste Gerichtshof in seiner E 3 Ob 642/86 offen. Er musste in diesem Erkenntnis auch nicht zur Frage Stellung nehmen, ob die Zustellung des Urteils (erster Instanz) im Vorverfahren die Verjährung zu laufen beginnen lasse, weil auch dieser Zeitpunkt innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist lag. Die spätere E 4 Ob 2017/96p ließ ebenso wie 3 Ob 642/86 = SZ 60/73 (in der E unrichtig zitiert mit SZ 60/74) unentschieden, ob allenfalls schon die Verurteilung zur Ersatzleistung und die Verjährungsfrist beginnen lasse (ebenso auch 10 Ob 79/05y).

Es wäre in der Tat befremdlich, dass die Rückgriffsschuld bereits zu verjähren begänne, ehe sie noch entstanden wäre. Die zitierten Entscheidungen folgten offenbar einer Begründungsökonomie, wenn sie „frühestens" auf den leicht feststellbaren Zeitpunkt der Zustellung der verurteilenden Gerichtsentscheidung abstellten. Für den Zeitpunkt des

Entstehens der Regressforderung ist daraus nichts abzuleiten. Damit bleibt es dabei, dass dieser nicht vor der Ersatzleistung an den Geschädigten entstehen kann.

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, ausgehend von der unstrittigen Tatsache, dass die Generalunternehmerin keine Leistungen an die Kläger erbrachte und zufolge Löschung dieser GmbH aus dem Firmenbuch wegen Vermögenslosigkeit auch in Zukunft voraussichtlich nie leisten wird, dass ein Regressanspruch der Generalunternehmerin gegen den beklagten Subunternehmer jedenfalls bisher nicht entstand.

b) Somit könnte ein Zuspruch an die Kläger im vorliegenden Verfahren nicht erfolgen, wäre tatsächlich der gepfändete und von ihnen geltend gemachte Anspruch eine solche Rückgriffsforderung. Wie allerdings die Revisionswerberin selbst zu Recht gegen die Ansicht der zweiten Instanz einwendet, ist aus dem Vorbringen der Kläger im Zusammenhang mit der der Klage notwendig vorausgehenden Exekutionsbewilligung nicht abzuleiten, diese würden sich auf Rückgriff iSd § 1313 zweiter Satz oder § 896 erster Satz ABGB stützen. Vielmehr wird die nach § 303 EO (zur Einziehung) überwiesene Forderung (in ON 1 und 5) mit schuldhaft mangelhafter Erfüllung des Subwerkvertrags begründet; die auch nur teilweise Erfüllung ihrer eigenen Ansprüche durch die Generalunternehmerin, woraus ein Anspruch auf Rückersatz abzuleiten wäre, wurde nie behauptet.b) Somit könnte ein Zuspruch an die Kläger im vorliegenden Verfahren nicht erfolgen, wäre tatsächlich der gepfändete und von ihnen geltend gemachte Anspruch eine solche Rückgriffsforderung. Wie allerdings die Revisionswerberin selbst zu Recht gegen die Ansicht der zweiten Instanz einwendet, ist aus dem Vorbringen der Kläger im Zusammenhang mit der der Klage notwendig vorausgehenden Exekutionsbewilligung nicht abzuleiten, diese würden sich auf Rückgriff iSd Paragraph 1313, zweiter Satz oder Paragraph 896, erster Satz ABGB stützen. Vielmehr wird die nach Paragraph 303, EO (zur Einziehung) überwiesene Forderung (in ON 1 und 5) mit schuldhaft mangelhafter Erfüllung des Subwerkvertrags begründet; die auch nur teilweise Erfüllung ihrer eigenen Ansprüche durch die Generalunternehmerin, woraus ein Anspruch auf Rückersatz abzuleiten wäre, wurde nie behauptet.

Dass (auch im Verhältnis Werkbesteller - Werkunternehmer - Erfüllungsgehilfe) zwischen dem eigenen Anspruch des Unternehmers gegen seinen Erfüllungsgehilfen und dessen Regressanspruch zu unterscheiden ist, entspricht auch der Rsp des Obersten Gerichtshofs. Dieser folgend führte der erkennende Senat jüngst in der Entscheidung 3 Ob 279/06k aus:

„Nach stRsp sind mangels gegenteiliger Vereinbarung die Verträge zwischen Besteller (in casu: Bauträger), Unternehmer und Subunternehmer grundsätzlich nicht verzahnt, sondern getrennt zu sehen. Der Subunternehmer steht grundsätzlich nur mit dem Generalunternehmer, nicht aber mit dem Bauherrn (in casu: Bauträger) in einer vertraglichen Beziehung. In einem solchen Fall ist der Subunternehmer im Verhältnis zum Bauherrn selbständiger Erfüllungsgehilfe iSd § 1313a ABGB. Daraus folgt, dass auch die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zwischen General- und Subunternehmer unabhängig davon bestehen, welche gegenseitigen Rechte, Pflichten und Ansprüche zwischen dem Generalunternehmer und dem Bauherrn bestehen (6 Ob 40/98w ...; 9 Ob 236/99t ...; 9 Ob 146/04t ...; RIS-Justiz RS0021876). Schon in der Entscheidung 9 Ob 236/99t war klar zum Ausdruck gebracht worden, dass der (General-)Unternehmer gegen seinen Subunternehmer eigene Ansprüche auf mängelfreie Werkerstellung hat und überdies allenfalls eigene Schadenersatzansprüche gegen diesen Subunternehmer wegen Verletzung der vertraglichen Pflichten aus dem Subwerkvertrag haben kann. Von diesen Ansprüchen ist ein Regressanspruch des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer zu unterscheiden, der sich darauf gründet, dass der Besteller den Geschäftsherrn ([General]Unternehmer) für mangelhafte Leistungen seines Erfüllungsgehilfen (Subunternehmer) in Anspruch genommen hat. Gegenstand des Regressanspruchs können nur Ansprüche des Bestellers gegen den Geschäftsherrn sein, die diesen im Rahmen der Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB treffen. Es muss sich um berechtigte Ansprüche handeln, weil § 1313 zweiter Satz ABGB voraussetzt, dass die Haftung des Geschäftsherrn tatsächlich besteht (6 Ob 40/98w mwN; RIS-Justiz RS0028394, RS0017479). ... Nur ausnahmsweise kann der Grundsatz der Trennung durchbrochen werden, wenn die Subunternehmerverträge zusammen mit dem Hauptvertrag ein Netzwerk von Verträgen bilden, das auf die Realisierung eines Gesamtwerks gerichtet ist und im Laufe der Projektdurchführung im Hauptvertrag Ereignisse eintreten, die jedenfalls faktisch die Subunternehmerleistungen berühren oder aber die strikte Trennung der beiden Rechtsverhältnisse zu grob unbilligen Ergebnissen führen würde (1 Ob 704/89 mwN; 3 Ob 48/04m ... mwN). In seiner Leitentscheidung 1 Ob 704/89 wies der Oberste Gerichtshof bereits darauf hin, dass eine strikte Trennung der Verträge nicht in jedem Fall sachgerecht sein kann und berief sich hiezu - bei vergleichbarer Rechtslage - auf deutsche Literatur und Rsp des BGH. Nach dieser deutschen Rsp liegt eine

solche Unbilligkeit insbesondere dann vor, wenn der Auftraggeber des Subunternehmers trotz einer Leistungsstörung - sei diese auch vom Subunternehmer verursacht - seinen vollen Werklohn erhält und dennoch seinem Auftragnehmer den Werklohn, gestützt auf eine Vertragsverletzung bzw. Leistungsstörung oder auch wegen einer Leistungsrisikoverschiebung infolge Zufalls vorenthält. Anhaltspunkte für derartige Sachverhaltselemente ergab das bisherige Verfahren nicht."„Nach stRsp sind mangels gegenteiliger Vereinbarung die Verträge zwischen Besteller (in casu: Bauträger), Unternehmer und Subunternehmer grundsätzlich nicht verzahnt, sondern getrennt zu sehen. Der Subunternehmer steht grundsätzlich nur mit dem Generalunternehmer, nicht aber mit dem Bauherrn (in casu: Bauträger) in einer vertraglichen Beziehung. In einem solchen Fall ist der Subunternehmer im Verhältnis zum Bauherrn selbständiger Erfüllungsgehilfe iSd Paragraph 1313 a, ABGB. Daraus folgt, dass auch die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zwischen General- und Subunternehmer unabhängig davon bestehen, welche gegenseitigen Rechte, Pflichten und Ansprüche zwischen dem Generalunternehmer und dem Bauherrn bestehen (6 Ob 40/98w ...; 9 Ob 236/99t ...; 9 Ob 146/04t ...; RIS-Justiz RS0021876). Schon in der Entscheidung 9 Ob 236/99t war klar zum Ausdruck gebracht worden, dass der (General-)Unternehmer gegen seinen Subunternehmer eigene Ansprüche auf mängelfreie Werkerstellung hat und überdies allenfalls eigene Schadenersatzansprüche gegen diesen Subunternehmer wegen Verletzung der vertraglichen Pflichten aus dem Subwerkvertrag haben kann. Von diesen Ansprüchen ist ein Regressanspruch des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer zu unterscheiden, der sich darauf gründet, dass der Besteller den Geschäftsherrn ([General]Unternehmer) für mangelhafte Leistungen seines Erfüllungsgehilfen (Subunternehmer) in Anspruch genommen hat. Gegenstand des Regressanspruchs können nur Ansprüche des Bestellers gegen den Geschäftsherrn sein, die diesen im Rahmen der Gehilfenhaftung nach Paragraph 1313 a, ABGB treffen. Es muss sich um berechtigte Ansprüche handeln, weil Paragraph 1313, zweiter Satz ABGB voraussetzt, dass die Haftung des Geschäftsherrn tatsächlich besteht (6 Ob 40/98w mwN; RIS-Justiz RS0028394, RS0017479). ... Nur ausnahmsweise kann der Grundsatz der Trennung durchbrochen werden, wenn die Subunternehmerverträge zusammen mit dem Hauptvertrag ein Netzwerk von Verträgen bilden, das auf die Realisierung eines Gesamtwerks gerichtet ist und im Laufe der Projektdurchführung im Hauptvertrag Ereignisse eintreten, die jedenfalls faktisch die Subunternehmerleistungen berühren oder aber die strikte Trennung der beiden Rechtsverhältnisse zu grob unbilligen Ergebnissen führen würde (1 Ob 704/89 mwN; 3 Ob 48/04m ... mwN). In seiner Leitentscheidung 1 Ob 704/89 wies der Oberste Gerichtshof bereits darauf hin, dass eine strikte Trennung der Verträge nicht in jedem Fall sachgerecht sein kann und berief sich hiezu - bei vergleichbarer Rechtslage - auf deutsche Literatur und Rsp des BGH. Nach dieser deutschen Rsp liegt eine solche Unbilligkeit insbesondere dann vor, wenn der Auftraggeber des Subunternehmers trotz einer Leistungsstörung - sei diese auch vom Subunternehmer verursacht - seinen vollen Werklohn erhält und dennoch seinem Auftragnehmer den Werklohn, gestützt auf eine Vertragsverletzung bzw. Leistungsstörung oder auch wegen einer Leistungsrisikoverschiebung infolge Zufalls vorenthält. Anhaltspunkte für derartige Sachverhaltselemente ergab das bisherige Verfahren nicht."

Allfällige Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche [der Generalunternehmerin] gegen die beklagte Partei aufgrund des Subwerkvertrags schließen nach derselben Entscheidung Regressansprüche nicht aus (ebenso auch 9 Ob 236/99t, in deren Fall nur der letztere verfolgt wurden). Dasselbe gilt aber auch umgekehrt. So ist aus der Entscheidung 6 Ob 40/98w - ungeachtet der offenbar irrtümlich erfolgten Negation in der betreffenden Passage der Begründung - abzuleiten, dass der Regressanspruch einerseits und ein Schadenersatzanspruch des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer wegen Verletzung der vertraglichen Pflichten aus dem Subwerkvertrag andererseits in Konkurrenz stehen, also einander nicht ausschließen. Das ergibt sich nicht nur schon aus dem folgenden Satz, wonach beide Ansprüche zu prüfen seien, sondern insbesondere daraus, dass der Rückgriff verneint, der Schadenersatz aber bejaht wurde. Da auch im vorliegenden Verfahren Gründe für die dargestellte „Verzahnung" weder geltend gemacht wurden, noch ersichtlich sind, weil eben die Kläger erst mit Hilfe der Drittschuldnerklage desselben zu einer Ersatzleistung ihres Vertragspartners kommen wollen und eine schlechtere Behandlung der beklagten Partei somit ausgeschlossen scheint.

c) Es ist somit auf die weiteren Punkte der Rechtsrüge der Revision einzugehen.

Während in erster Linie der Einwand der Verjährung aufrecht erhalten wird, macht die beklagte Partei noch geltend, es fehle eine überzeugende Begründung für den anteiligen Zuspruch von Kosten des Vorverfahrens; auch die Verschuldensteilung sei nicht gerechtfertigt. Dem ist in keinem Punkt zu folgen.

Festzuhalten ist zunächst, dass die Wirksamkeit der Pfändung nach§ 294 EO und die Identität der eingeklagten mit der

überwiesenen Forderung auch in dritter Instanz nicht strittig ist. Was die Verjährung des vertraglichen Schadenersatzanspruchs der Generalunternehmerin gegen die beklagte Partei angeht, geht die Rechtsrüge nicht vom festgestellten Sachverhalt aus und ist daher nicht gesetzmäßig ausgeführt. Die Revisionswerberin übersieht offenbar, dass sie nach der - als Entscheidung im Tatsachenbereich den Obersten Gerichtshof bindenden - Ansicht des Berufungsgerichts die Feststellung des Erstgerichts, wonach die Parteien definitiv erst im Vorverfahren, nämlich nach Gutachtenserstattung Kenntnis von der Schadensursache bzw. wem diese zuzurechnen sei, erlangt hätten, nicht gesetzmäßig bekämpfte, weshalb nunmehr davon auszugehen ist. Damit konnte aber die Verjährung nach § 1489 ABGB erst ab diesem Datum (laut Ersturteil „frühestens Dezember 2002") laufen (Dehn in KBB²§ 1489 ABGB Rz 2-4 mwN). Die dreijährige Frist war somit bei Klagseinbringung im April 2005 noch nicht abgelaufen. Entgegen der Ansicht der beklagten Partei hegt der Oberste Gerichtshof keinen Zweifel daran, dass mit „Parteien" in dieser Feststellung auch die im Vorverfahren beklagte Generalunternehmerin, auf deren Kenntnis es ankommt, gemeint war, wird doch in der Beweiswürdigung dazu ausdrücklich auf die Kenntnis deren Geschäftsführers Bezug genommen. Ein Verschulden an den Schäden bestreitet die Revisionswerberin erkennbar nicht mehr, sie kritisiert nur die vorgenommene Verschuldensteilung, ohne jedoch klarzustellen, welches Verhältnis ihr richtig erscheine. Die Ausführungen dazu sind nicht geeignet, eine unrichtige Beurteilung der Vorinstanz in diesem Punkt aufzuzeigen, lässt doch die beklagte Partei völlig unerwähnt, dass ihr vor allem die mangelhafte Ausführung der von ihrem Werkauftrag umfassten Leistungen anzulasten ist (etwa Bitumenanstrich, Anschlussfuge, RDS-Kupplungen). Dagegen tritt die Frage der Aufklärungspflichtverletzung völlig in den Hintergrund; selbst deren Verneinung könnte zu keiner für sie günstigeren Teilung führen. Schließlich ist auch die Rüge, was den Anspruch auf Ersatz von der Generalunternehmerin auferlegten Kosten des Vorprozesses angeht, überwiegend unbegründet. Die Generalunternehmerin hatte es nicht in der Hand, das Vorverfahren etwa durch ein Anerkenntnis zu beenden. Abgesehen davon, dass sie wegen ihrer Löschung im Firmenbuch im Lauf des Vorverfahrens de facto aus diesem ausschied, übersieht hier die beklagte Partei, dass gerade auch sie selbst bis zum Schluss (Berufung gegen das Endurteil!) den Anspruch der Kläger bestritt. Ab der alleinigen Übernahme der Verfahrens durch die beklagte Subunternehmerin kehrt sich das vorgetragene Argument gegen sie selbst. Im Übrigen entspricht die Ansicht der zweiten Instanz - ohne dass es entscheidend auf die nur als Beispiel genannte wahrheitsgemäße oder -widrige Information der Generalunternehmerin ankäme - jedenfalls dem Grunde nach der Entscheidung 10 Ob 79/05y (= ecolex 2007, 344, ebenfalls zu einem Passivprozess). Allerdings ist bei der vorliegenden Drittschuldnerklage zu beachten, dass die Pfändung durch Zustellung der Exekutionsbewilligung mit dem Drittverbot an die beklagte Partei als Drittschuldnerin bereits am 9./13. September 2004 erfolgte. Mit diesem Zeitpunkt entstand das Pfändungspfandrecht (6 Ob 280/00w = SZ 73/197; RIS-Justiz RS0114584). Abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall fortlaufender Bezüge iSd § 299 EO umfasst dieses nur in diesem Zeitpunkt schon entstandeneFestzuhalten ist zunächst, dass die Wirksamkeit der Pfändung nach Paragraph 294, EO und die Identität der eingeklagten mit der überwiesenen Forderung auch in dritter Instanz nicht strittig ist. Was die Verjährung des vertraglichen Schadenersatzanspruchs der Generalunternehmerin gegen die beklagte Partei angeht, geht die Rechtsrüge nicht vom festgestellten Sachverhalt aus und ist daher nicht gesetzmäßig ausgeführt. Die Revisionswerberin übersieht offenbar, dass sie nach der - als Entscheidung im Tatsachenbereich den Obersten Gerichtshof bindenden - Ansicht des Berufungsgerichts die Feststellung des Erstgerichts, wonach die Parteien definitiv erst im Vorverfahren, nämlich nach Gutachtenserstattung Kenntnis von der Schadensursache bzw. wem diese zuzurechnen sei, erlangt hätten, nicht gesetzmäßig bekämpfte, weshalb nunmehr davon auszugehen ist. Damit konnte aber die Verjährung nach Paragraph 1489, ABGB erst ab diesem Datum (laut Ersturteil „frühestens Dezember 2002") laufen (Dehn in KBB² Paragraph 1489, ABGB Rz 2-4 mwN). Die dreijährige Frist war somit bei Klagseinbringung im April 2005 noch nicht abgelaufen. Entgegen der Ansicht der beklagten Partei hegt der Oberste Gerichtshof keinen Zweifel daran, dass mit „Parteien" in dieser Feststellung auch die im Vorverfahren beklagte Generalunternehmerin, auf deren Kenntnis es ankommt, gemeint war, wird doch in der Beweiswürdigung dazu ausdrücklich auf die Kenntnis deren Geschäftsführers Bezug genommen. Ein Verschulden an den Schäden bestreitet die Revisionswerberin erkennbar nicht mehr, sie kritisiert nur die vorgenommene Verschuldensteilung, ohne jedoch klarzustellen, welches Verhältnis ihr richtig erscheine. Die Ausführungen dazu sind nicht geeignet, eine unrichtige Beurteilung der Vorinstanz in diesem Punkt aufzuzeigen, lässt doch die beklagte Partei völlig unerwähnt, dass ihr vor allem die mangelhafte Ausführung der von ihrem Werkauftrag umfassten Leistungen anzulasten ist (etwa Bitumenanstrich, Anschlussfuge, RDS-Kupplungen). Dagegen tritt die Frage der Aufklärungspflichtverletzung völlig in den Hintergrund; selbst deren Verneinung könnte zu keiner für sie günstigeren Teilung führen. Schließlich ist auch die Rüge, was den Anspruch auf Ersatz von der

Generalunternehmerin auferlegten Kosten des Vorprozesses angeht, überwiegend unbegründet. Die Generalunternehmerin hatte es nicht in der Hand, das Vorverfahren etwa durch ein Anerkenntnis zu beenden. Abgesehen davon, dass sie wegen ihrer Löschung im Firmenbuch im Lauf des Vorverfahrens de facto aus diesem ausschied, übersieht hier die beklagte Partei, dass gerade auch sie selbst bis zum Schluss (Berufung gegen das Endurteil!) den Anspruch der Kläger bestritt. Ab der alleinigen Übernahme der Verfahrens durch die beklagte Subunternehmerin kehrt sich das vorgetragene Argument gegen sie selbst. Im Übrigen entspricht die Ansicht der zweiten Instanz - ohne dass es entscheidend auf die nur als Beispiel genannte wahrheitsgemäße oder -widrige Information der Generalunternehmerin ankäme - jedenfalls dem Grunde nach der Entscheidung 10 Ob 79/05y (= ecolex 2007, 344, ebenfalls zu einem Passivprozess). Allerdings ist bei der vorliegenden Drittschuldnerklage zu beachten, dass die Pfändung durch Zustellung der Exekutionsbewilligung mit dem Drittverbot an die beklagte Partei als Drittschuldnerin bereits am 9./13. September 2004 erfolgte. Mit diesem Zeitpunkt entstand das Pfändungspfandrecht (6 Ob 280/00w = SZ 73/197; RIS-Justiz RS0114584). Abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall fortlaufender Bezüge iSd Paragraph 299, EO umfasst dieses nur in diesem Zeitpunkt schon entstandene

Forderungen (

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at