

# TE OGH 2006/6/29 2Ob260/05g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.06.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Veith sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Grohmann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Johannes L\*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der S\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, vertreten durch Leon Schopf Zens Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen die beklagte Partei W\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Rudolf Lessiak, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 16.441,62 sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 24. Juni 2005, GZ 3 R 224/04i-27, idF des Berichtigungsbeschlusses vom 21. Juli 2005, GZ 3 R 224/04i-29, womit das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 24. August 2004, GZ 27 Cg 81/03x-23, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Veith sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Grohmann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Johannes L\*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der S\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, vertreten durch Leon Schopf Zens Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen die beklagte Partei W\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Rudolf Lessiak, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 16.441,62 sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 24. Juni 2005, GZ 3 R 224/04i-27, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 21. Juli 2005, GZ 3 R 224/04i-29, womit das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 24. August 2004, GZ 27 Cg 81/03x-23, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 749,70 (darin EUR 124,95 USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Zurückweisung einer ordentlichen Revision wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage (§ 502 Abs 1 ZPO) kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 letzter Satz ZPO). Die Zurückweisung einer ordentlichen Revision wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage (§ 502 Absatz eins, ZPO) kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (Paragraph 510, Absatz 3, letzter Satz ZPO).

Nach den maßgeblichen Feststellungen der Vorinstanzen war die beklagte Partei Bauherr eines zu errichtenden „Wohnparks“ mit 440 Miet- und Eigentumswohnungen, Büro- und Geschäftsräumen, einem Kindertagesheim und einer Volkshochschule. Im Jahr 1994 beauftragte sie die S\*\*\*\*\*gesellschaft mbH mit der Lieferung und Montage der Türen und Fenster. Zwischen den Vertragsparteien wurde ein Haftrücklass von 5 % der Schlussrechnungssumme sowie das Recht der Auftragnehmerin vereinbart, den Haftrücklass durch einen Bankgarantiebrieft eines österreichischen Bankinstitutes abzulösen. Nach der Schlussabnahme machte die Auftragnehmerin von dieser Möglichkeit Gebrauch. Mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 24. 11. 1998 wurde über das Vermögen der Auftragnehmerin (in der Folge: Gemeinschuldnerin) der Konkurs eröffnet und der Kläger zum Masseverwalter bestellt. Gleichzeitig wurde die Schließung des gemeinschuldnerischen Unternehmens angeordnet. Ab Anfang 1999 war die Gemeinschuldnerin zur Durchführung von Mängelbehebungsarbeiten nicht mehr in der Lage, wovon sie die beklagte Partei in Kenntnis setzte. Diese ließ die in der Folge auftretenden Mängel durch Dritte beheben und übermittelte die Rechnungen an die Gemeinschuldnerin bzw den Masseverwalter. Da keine Zahlungen erfolgten, nahm sie (unter anderem) zur Deckung des Mängelbehebungsaufwandes die Bankgarantie in Anspruch.

Der Kläger begehrt die Rückzahlung der abgerufenen Beträge mit der Begründung, die beklagte Partei habe keine Mängel gerügt, die sie zur Inanspruchnahme der Bankgarantie berechtigt hätten.

Die Vorinstanzen verneinten in Ansehung des in dritter Instanz noch streitverfangenen Betrages die Rügeobliegenheit der beklagten Partei nach §§ 377 f HGB und die vom Kläger behauptete Rechtsmissbräuchlichkeit des Abrufes der Bankgarantie. Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil der Frage der Abgrenzung zwischen Werklieferungsvertrag und Kauf- bzw Werkvertrag bei der Lieferung und dem Einbau von Fenstern durch den Lieferanten erhebliche wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung zukomme und die einschlägige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes widersprüchlich sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die vom Kläger erhobene Revision ist entgegen dem nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichtes wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig.

Nach § 381 Abs 2 HGB kommt die durch die §§ 377 f HGB für den Handelskauf normierte kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht zwischen Kaufleuten auch dann zur Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist (so genannter Werklieferungsvertrag). Auf die Herstellung einer unbeweglichen Sache sind die §§ 377 f HGB (auch analog) nicht anzuwenden (8 Ob 97/00y = SZ 73/109; Kramer in Straube, HGB I3 § 381 Rz 4). Dies gilt auch für reine Werkverträge, bei denen keine ausreichenden Kaufvertragsэлеmente vorhanden sind (1 Ob 142/01s mwN; RIS-Justiz RS0021704 [T 4]). Nach § 381 Absatz 2, HGB kommt die durch die §§ 377 f HGB für den Handelskauf normierte kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht zwischen Kaufleuten auch dann zur Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist (so genannter Werklieferungsvertrag). Auf die Herstellung einer unbeweglichen Sache sind die §§ 377 f HGB (auch analog) nicht anzuwenden (8 Ob 97/00y = SZ 73/109; Kramer in Straube, HGB I3 § 381 Rz 4). Dies gilt auch für reine Werkverträge, bei denen keine ausreichenden Kaufvertragsэлеmente vorhanden sind (1 Ob 142/01s mwN; RIS-Justiz RS0021704 [T 4]).

Wird die gelieferte bewegliche Sache zum festen Einbau in eine unbewegliche Sache bestimmt, ist § 381 Abs 2 HGB anzuwenden, und zwar auch dann, wenn die Verträge über Lieferung und Montage nicht getrennt sind, sondern von einem einheitlichen Vertrag auszugehen ist (8 Ob 97/00y = SZ 73/109; 6 Ob 83/03d = RdA 2004/27 [Kerschner]; RIS-Justiz RS0113879). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Prävaliert trotz der Materialbeistellung durch den Unternehmer bei einem als einheitlicher Vertrag zu beurteilenden Rechtsgeschäft die Herstellung des Werkes, liegt ein Werkvertrag vor; ist doch auch sonst der Bauwerkvertrag im Hoch- und Tiefbau regelmäßig Werkvertrag (1 Ob 142/01s = RdW 2002/134 [Leitsatz] mwN; Rebhahn in Schwimann, ABGB3 § 1165 Rz 11 und § 1166 Rz 2 ff; vgl Krejci in Rummel, ABGB3 §§ 1165, 1166 Rz 7; vgl auch Brüggemann in Großkomm zum HGB4 § 381 Rz 14). Sollen etwa Maschinen in ein Gebäude nicht nur einmontiert werden, sondern soll ihre Einfügung eine Anlage erst betriebsfertig machen, so liegt (reiner) Werkvertrag vor (1 Ob 142/01s; Brüggemann aaO). Wird die gelieferte bewegliche Sache zum festen Einbau in eine unbewegliche Sache bestimmt, ist § 381 Absatz 2, HGB anzuwenden, und zwar auch dann, wenn die Verträge über Lieferung und Montage nicht getrennt sind, sondern von einem einheitlichen Vertrag auszugehen ist (8 Ob 97/00y = SZ 73/109; 6 Ob 83/03d = RdA 2004/27 [Kerschner]; RIS-Justiz RS0113879). Dieser

Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Prävaliert trotz der Materialbeistellung durch den Unternehmer bei einem als einheitlicher Vertrag zu beurteilenden Rechtsgeschäft die Herstellung des Werkes, liegt ein Werkvertrag vor; ist doch auch sonst der Bauwerkvertrag im Hoch- und Tiefbau regelmäßig Werkvertrag (1 Ob 142/01s = RdW 2002/134 [Leitsatz] mwN; Rebhahn in Schwimann, ABGB § 1165 Rz 11 und Paragraph 1166, Rz 2 ff; vergleiche Krejci in Rummel, ABGB §§ 1165, 1166 Rz 7; vergleiche auch Brüggemann in Großkomm zum HGB § 381 Rz 14). Sollen etwa Maschinen in ein Gebäude nicht nur einmontiert werden, sondern soll ihre Einfügung eine Anlage erst betriebsfertig machen, so liegt (reiner) Werkvertrag vor (1 Ob 142/01s; Brüggemann aaO).

Im vorliegenden Fall wurde der Gemeinschuldnerin der Auftrag zur Lieferung und zum Einbau der Türen und Fenster in die neu errichteten Gebäude eines „Wohnparks“ erteilt. Das Berufungsgericht hat dazu unter anderem erwogen, ein Gebäude ohne Fenster und Türen sei nicht „betriebsfertig“ und daher unbenützlich. Der Vertrag über die Errichtung eines Gebäudes sei zweifellos ein Werkvertrag. Schon um Wertungswidersprüche zu vermeiden, müsse dies auch für einen Vertrag über die Herstellung von Teilen des Gebäudes, die mit diesem untrennbar verbunden sind, gelten. Es liege daher ein Werkvertrag und nicht ein Werklieferungsvertrag vor. Da § 377 HGB auf Bauwerkverträge nicht anwendbar sei, habe eine diesbezügliche Rügepflicht nicht bestanden. Im vorliegenden Fall wurde der Gemeinschuldnerin der Auftrag zur Lieferung und zum Einbau der Türen und Fenster in die neu errichteten Gebäude eines „Wohnparks“ erteilt. Das Berufungsgericht hat dazu unter anderem erwogen, ein Gebäude ohne Fenster und Türen sei nicht „betriebsfertig“ und daher unbenützlich. Der Vertrag über die Errichtung eines Gebäudes sei zweifellos ein Werkvertrag. Schon um Wertungswidersprüche zu vermeiden, müsse dies auch für einen Vertrag über die Herstellung von Teilen des Gebäudes, die mit diesem untrennbar verbunden sind, gelten. Es liege daher ein Werkvertrag und nicht ein Werklieferungsvertrag vor. Da Paragraph 377, HGB auf Bauwerkverträge nicht anwendbar sei, habe eine diesbezügliche Rügepflicht nicht bestanden.

Diese Rechtsansicht stimmt mit der zitierten Rechtsprechung überein und wirft daher keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO auf. Nach den erstinstanzlichen Feststellungen betrafen die noch streitgegenständlichen Mängel die Einbauarbeiten der Gemeinschuldnerin, die ein Nachjustieren der Fenster, Arbeiten an den Sohlbänken und sonstige Mängelbehebungsarbeiten erforderten. Wie in dem zu 1 Ob 142/01s beurteilten Fall (Errichtung einer Zaunanlage) fehlt auch insoweit die dem Kaufvertrag typischerweise inhärente Überprüfbarkeit der gelieferten „Ware“ (vgl auch Kerschner in Jarbornegg, HGB § 381 Rz 10), sodass schon auf Grund der ratio legis die Anwendung der §§ 377 f HGB auszuschließen hat. Diese Rechtsansicht stimmt mit der zitierten Rechtsprechung überein und wirft daher keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Absatz eins, ZPO auf. Nach den erstinstanzlichen Feststellungen betrafen die noch streitgegenständlichen Mängel die Einbauarbeiten der Gemeinschuldnerin, die ein Nachjustieren der Fenster, Arbeiten an den Sohlbänken und sonstige Mängelbehebungsarbeiten erforderten. Wie in dem zu 1 Ob 142/01s beurteilten Fall (Errichtung einer Zaunanlage) fehlt auch insoweit die dem Kaufvertrag typischerweise inhärente Überprüfbarkeit der gelieferten „Ware“ vergleiche auch Kerschner in Jarbornegg, HGB Paragraph 381, Rz 10), sodass schon auf Grund der ratio legis die Anwendung der §§ 377 f HGB auszuschließen hat.

Mit diesem Ergebnis stehen die Entscheidungen 6 Ob 83/03d = RdA 2004/27 (Kerschner) und 8 Ob 97/00y = SZ 73/109 nicht im Widerspruch. Zwar hat der 6. Senat, der in einem Provisionsstreit zwischen Geschäftsherrn und Handelsvertreter die Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechtes zu klären hatte, die vermittelten Verträge über die Anschaffung und die Montage von Holzstiegen im Anlassfall als Werklieferungsverträge qualifiziert (hiesu kritisch Kerschner aaO), hiebei jedoch als Unterscheidungskriterium zum reinen Werkvertrag vor allem den konkreten Vertragszweck betont, nach welchem - anders als im vorliegenden Fall - die Montage nur als bloße Nebenpflicht des Unternehmers aufzufassen war. Der zitierten Entscheidung des 8. Senates lag hingegen die Herstellung und Lieferung einer Hoteleinrichtung zugrunde. Da auch Bodenverlegungsarbeiten geleistet wurden, erörterte der Senat, angesichts der überwiegenden Lieferungen beweglicher Sachen sei dieser Vertrag insgesamt dennoch § 381 Abs 2 HGB zu unterstellen, sofern die noch erforderlichen Sachverhaltsergänzungen nicht zu einer anderen Gesamtbeurteilung - auch die Durchführung von „Um- und Zubauten“ stand im Raum - des Vertrages führen müssten. Werde dessen Charakter von der Planung und Errichtung eines Bauwerkes bestimmt, „wäre die Anwendung des § 381 Abs 2 HGB wohl auszuschließen“. Mit diesem Ergebnis stehen die Entscheidungen 6 Ob 83/03d = RdA 2004/27 (Kerschner) und 8 Ob 97/00y = SZ 73/109 nicht im Widerspruch. Zwar hat der 6. Senat, der in einem Provisionsstreit zwischen Geschäftsherrn und Handelsvertreter die Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechtes zu klären hatte, die vermittelten Verträge über die Anschaffung und die Montage von Holzstiegen im Anlassfall als Werklieferungsverträge qualifiziert

(hiesu kritisch Kerschner aaO), hiebei jedoch als Unterscheidungskriterium zum reinen Werkvertrag vor allem den konkreten Vertragszweck betont, nach welchem - anders als im vorliegenden Fall - die Montage nur als bloße Nebenpflicht des Unternehmers aufzufassen war. Der zitierten Entscheidung des 8. Senates lag hingegen die Herstellung und Lieferung einer Hoteleinrichtung zugrunde. Da auch Bodenverlegungsarbeiten geleistet wurden, erörterte der Senat, angesichts der überwiegenden Lieferungen beweglicher Sachen sei dieser Vertrag insgesamt dennoch Paragraph 381, Absatz 2, HGB zu unterstellen, sofern die noch erforderlichen Sachverhaltsergänzungen nicht zu einer anderen Gesamtbeurteilung - auch die Durchführung von „Um- und Zubauten“ stand im Raum - des Vertrages führen müssten. Werde dessen Charakter von der Planung und Errichtung eines Bauwerkes bestimmt, „wäre die Anwendung des Paragraph 381, Absatz 2, HGB wohl auszuschließen“.

Aus den Grundsätzen dieser beiden Entscheidungen sind somit keine Erkenntnisse zu gewinnen, die eine Korrektur der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes im vorliegenden Einzelfall erfordern würden. Dass solche auch aus den Entscheidungen SZ 52/178 und SZ 53/164 (Anfertigung und Lieferung von Fenstern) sowie der Entscheidung SZ 56/116 = EvBl 1983/174 („Fenstererneuerung“ als gemischter Vertrag) nicht ableitbar sind, hat schon das Berufungsgericht (hinsichtlich SZ 53/164 und SZ 56/116) vom Revisionswerber unwidersprochen ausgeführt.

Auch in der Revision werden keine (sonstigen) Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung aufgezeigt:

Ist ein Werkunternehmer in Konkurs verfallen, der Masseverwalter aber in einen von ihm abgeschlossen Werkvertrag eingetreten, ist der Masseverwalter auch verpflichtet, für die Behebung von gerügten Mängeln Sorge zu tragen (SZ 48/108; 1 Ob 707/85; RIS-Justiz RS0021765). Dabei kann er sich nicht erfolgreich darauf berufen, dass ihm dies wegen der Betriebseinstellung der Gemeinschuldnerin nicht mehr möglich sei (SZ 48/108; 1 Ob 707/85). Es obliegt ihm, die allenfalls erforderlichen Mängelbehebungen durch andere Unternehmer durchführen zu lassen (SZ 48/108).

Nach herrschender Rechtsprechung zu der hier maßgeblichen Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Gewährleistungsrechtsänderungsgesetzes (GewRÄG) 2001, BGBl I 48/2001, verfolgt die Mängelanzeige den Zweck, dem Unternehmer (hier: Masseverwalter) die Möglichkeit zu geben, die Ursache der Mängel in möglichst kurzer Zeit festzustellen, den Umfang der Schäden zu erkennen, für unverzügliche Abhilfe zu sorgen und auf diese Weise den ihm selbst und dem Werkbesteller drohenden Schaden zu vermeiden oder zu verringern (RIS-Justiz RS0019027). Der Ersatz der Mangelbeseitigungskosten setzte nach der älteren Rechtsprechung den vom Unternehmer (hier: Masseverwalter) verschuldeten Verbesserungsverzug voraus. Weigerte sich der Unternehmer (hier: Masseverwalter), die Verbesserung durchzuführen, konnte der Werkbesteller das notwendige Deckungskapital begehren (RIS-Justiz RS0018753; Reischauer in Rummel, ABGB3 § 932 Rz 20e). Dies setzte die Aufforderung zur Verbesserung und die Gewährung einer Nachholchance voraus (Reischauer aaO). Nach herrschender Rechtsprechung zu der hier maßgeblichen Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Gewährleistungsrechtsänderungsgesetzes (GewRÄG) 2001, Bundesgesetzblatt Teil eins, 48 aus 2001, „verfolgt die Mängelanzeige den Zweck, dem Unternehmer (hier: Masseverwalter) die Möglichkeit zu geben, die Ursache der Mängel in möglichst kurzer Zeit festzustellen, den Umfang der Schäden zu erkennen, für unverzügliche Abhilfe zu sorgen und auf diese Weise den ihm selbst und dem Werkbesteller drohenden Schaden zu vermeiden oder zu verringern (RIS-Justiz RS0019027). Der Ersatz der Mangelbeseitigungskosten setzte nach der älteren Rechtsprechung den vom Unternehmer (hier: Masseverwalter) verschuldeten Verbesserungsverzug voraus. Weigerte sich der Unternehmer (hier: Masseverwalter), die Verbesserung durchzuführen, konnte der Werkbesteller das notwendige Deckungskapital begehren (RIS-Justiz RS0018753; Reischauer in Rummel, ABGB3 Paragraph 932, Rz 20e). Dies setzte die Aufforderung zur Verbesserung und die Gewährung einer Nachholchance voraus (Reischauer aaO).

Im vorliegenden Fall wurde weder behauptet noch festgestellt, dass der klagende Masseverwalter nach Schließung des Unternehmens der Gemeinschuldnerin bereit gewesen wäre, die Verbesserung ihm angezeigter (weiterer) Mängel durch dritte Unternehmer zu veranlassen. Die Frage, ob die beklagte Partei zur Wahrung ihrer Gewährleistungsansprüche dennoch zu einer detaillierten Mängelanzeige verpflichtet gewesen wäre, kann entgegen der Auffassung des Revisionswerbers aus folgenden Gründen auf sich beruhen:

Seit der Entscheidung des verstärkten Senates vom 7. 3. 1990, 1 Ob 536/90 = SZ 63/37 = EvBl 1990/129 = JBl 1990, 648 (Reischauer) = ecolex 1990, 279 = RdW 1990, 153, ist im Werkvertragsrecht die volle Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen anerkannt (2 Ob 184/05f; RIS-Justiz RS0021755). Der Oberste Gerichtshof vertritt ferner - trotz kritischer Stellungnahmen im Schrifttum, mit denen sich etwa die Entscheidungen 1 Ob 573/95 = JBl 1996, 392 = RdW 1996, 110 = ecolex 1996, 250, und 2 Ob 355/98i = RdW 1999, 524 und 649 ausführlich auseinandergesetzt haben -

in ständiger Rechtsprechung (zur „alten“ Rechtslage) die Auffassung, dass dem Werkbesteller der auf Schadenersatz gestützte Anspruch auf das im Deckungskapital des Verbesserungsaufwandes gelegene Erfüllungsinteresse unabhängig davon zustehe, ob er dem Unternehmer vorher Gelegenheit zur Verbesserung des Mangels gab; es treffe ihn lediglich die Schadensminderungspflicht (2 Ob 184/05f mwN; RIS-JustizRS0021942).

Die beklagte Partei hat dem Kläger innerhalb der vereinbarten Haftfristen die jeweiligen Kosten der Ersatzvornahme durch Übersendung von Rechnungen mitgeteilt, die Einsicht in detaillierte Belege angeboten und zur Deckung dieser Kosten die Haftrücklassgarantie in Anspruch genommen. Dass sie sich hiebei ausschließlich auf den Rechtsbehelf der Gewährleistung stützen wollte, geht weder aus ihrem Prozessvorbringen noch aus den Rechnungen (in denen sogar ausdrücklich von verursachten „Bauschäden“ die Rede ist) hervor. Ebenso wenig hat der Kläger behauptet und den Beweis erbracht, dass die Gemeinschuldnerin an den festgestellten Mängeln kein Verschulden traf (§ 1298 ABGB; zur Beweislast vgl Reischauer aaO Rz 20j). Die beklagte Partei hat dem Kläger innerhalb der vereinbarten Haftfristen die jeweiligen Kosten der Ersatzvornahme durch Übersendung von Rechnungen mitgeteilt, die Einsicht in detaillierte Belege angeboten und zur Deckung dieser Kosten die Haftrücklassgarantie in Anspruch genommen. Dass sie sich hiebei ausschließlich auf den Rechtsbehelf der Gewährleistung stützen wollte, geht weder aus ihrem Prozessvorbringen noch aus den Rechnungen (in denen sogar ausdrücklich von verursachten „Bauschäden“ die Rede ist) hervor. Ebenso wenig hat der Kläger behauptet und den Beweis erbracht, dass die Gemeinschuldnerin an den festgestellten Mängeln kein Verschulden traf (Paragraph 1298, ABGB; zur Beweislast vergleiche Reischauer aaO Rz 20j).

Ein so genannter Haftrücklass dient im Regelfall der Sicherung von Gewährleistungsansprüchen, insbesondere des Anspruches des Werkbestellers auf Verbesserung des mangelhaften Werkes (7 Ob 538/91 = SZ 64/63 = wbl 1991, 403 = ecolex 1992, 160; RIS-JustizRS0018098). Diesen Sicherungszweck verfolgt auch die Haftrücklassgarantie, die dem Werkunternehmer zudem die Möglichkeit gibt, die volle Zahlung des Werklohnes zu erlangen (RIS-JustizRS0018130; vgl auch M. Bydlinski in FS F. Bydlinski, Unberechtigte Inanspruchnahme einer Haftrücklassgarantie und Analogie im Verjährungsrecht, 11 ff; Hoyer, Übermäßiger Abruf der Haftrücklassgarantie und Konkurs des Werkunternehmers, wbl 1987, 227). Die Rechte aus der Bankgarantie sind dem Vermögen des Begünstigten zuzurechnen (8 Ob 646/88). Da sie sich gegen den Garanten richten, bestand für die beklagte Partei kein Anlass, die Teilnahme am Konkursverfahren durch die Feststellung ihrer bestrittenen Forderungen in einem Prüfungsprozess zu erwirken. Wurde - wie hier - die Garantie vor Konkurseröffnung gelegt, steht lediglich der zahlenden Bank der Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB und das davon unabhängige Rückgriffsrecht gemäß § 1358 ABGB gegen den Gemeinschuldner als Konkursforderung zu (8 Ob 200/02y mwN; RIS-JustizRS0107384). Ein so genannter Haftrücklass dient im Regelfall der Sicherung von Gewährleistungsansprüchen, insbesondere des Anspruches des Werkbestellers auf Verbesserung des mangelhaften Werkes (7 Ob 538/91 = SZ 64/63 = wbl 1991, 403 = ecolex 1992, 160; RIS-JustizRS0018098). Diesen Sicherungszweck verfolgt auch die Haftrücklassgarantie, die dem Werkunternehmer zudem die Möglichkeit gibt, die volle Zahlung des Werklohnes zu erlangen (RIS-JustizRS0018130; vergleiche auch M. Bydlinski in FS F. Bydlinski, Unberechtigte Inanspruchnahme einer Haftrücklassgarantie und Analogie im Verjährungsrecht, 11 ff; Hoyer, Übermäßiger Abruf der Haftrücklassgarantie und Konkurs des Werkunternehmers, wbl 1987, 227). Die Rechte aus der Bankgarantie sind dem Vermögen des Begünstigten zuzurechnen (8 Ob 646/88). Da sie sich gegen den Garanten richten, bestand für die beklagte Partei kein Anlass, die Teilnahme am Konkursverfahren durch die Feststellung ihrer bestrittenen Forderungen in einem Prüfungsprozess zu erwirken. Wurde - wie hier - die Garantie vor Konkurseröffnung gelegt, steht lediglich der zahlenden Bank der Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB und das davon unabhängige Rückgriffsrecht gemäß Paragraph 1358, ABGB gegen den Gemeinschuldner als Konkursforderung zu (8 Ob 200/02y mwN; RIS-JustizRS0107384).

Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 7 Ob 538/91 = SZ 64/63 bereits ausgesprochen (dort im Zusammenhang mit einem Schadenersatzanspruch nach Rücktritt des Masseverwalters gemäß § 21 Abs 2 dritter Satz KO), dass die Vereinbarung eines Haftrücklasses oder einer Haftrücklassgarantie vom Standpunkt eines redlichen Erklärungsempfängers nicht anders verstanden werden könne, als dass dadurch auch der Anspruch auf den notwendigen Verbesserungsaufwand gedeckt sein solle, gleich aus welchem Grund letztlich die Verbesserung durch den Unternehmer unterbleibt. Im Schrifttum wird diese Entscheidung dahin interpretiert, dass die Deckung durch die Haftrücklassgarantie (im Zweifel) auch andere Ersatzansprüche wegen Mangelschadens umfasst (Rebhahn/Kietaibl in Schwimann, ABGB § 1167 Rz 17; Karasek, Komm zur Ö-Norm B2110 Rz 1400; offen lassend 1 Ob 281/02h). Diese Rechtsfrage muss auch hier keiner abschließenden Prüfung unterzogen werden, weil der Kläger die

Sicherstellungsfunktion der Haftrücklassgarantie für „allfällige Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche“ der beklagten Partei in seinem Rechtsmittel ohnehin anerkennt. Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 7 Ob 538/91 = SZ 64/63 bereits ausgesprochen (dort im Zusammenhang mit einem Schadenersatzanspruch nach Rücktritt des Masseverwalters gemäß § 21 Absatz 2, dritter Satz KO), dass die Vereinbarung eines Haftrücklasses oder einer Haftrücklassgarantie vom Standpunkt eines redlichen Erklärungsempfängers nicht anders verstanden werden könne, als dass dadurch auch der Anspruch auf den notwendigen Verbesserungsaufwand gedeckt sein solle, gleich aus welchem Grund letztlich die Verbesserung durch den Unternehmer unterbleibt. Im Schrifttum wird diese Entscheidung dahin interpretiert, dass die Deckung durch die Haftrücklassgarantie (im Zweifel) auch andere Ersatzansprüche wegen Mangelschadens umfasst (Rebhahn/Kietaibl in Schwimann, ABGB3 § 1167 Rz 17; Karasek, Komm zur Ö-Norm B2110 Rz 1400; offen lassend 1 Ob 281/02h). Diese Rechtsfrage muss auch hier keiner abschließenden Prüfung unterzogen werden, weil der Kläger die Sicherstellungsfunktion der Haftrücklassgarantie für „allfällige Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche“ der beklagten Partei in seinem Rechtsmittel ohnehin anerkennt.

Bei dieser Rechtslage sind aber die vom Kläger als erheblich erachteten Rechtsfragen nach dem notwendigen Inhalt einer Mängelanzeige gemäß § 933 Abs 2 ABGB (aF) und allfälligen sonstigen Erfordernissen zur Wahrung eines Gewährleistungsanspruches im Konkurs des Werkunternehmers für die Entscheidung nicht präjudiziell. Sie verwirklichen daher nicht die Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO (vgl Zechner in Fasching/Konecny2 IV/1 § 502 ZPO Rz 60 mwN). Bei dieser Rechtslage sind aber die vom Kläger als erheblich erachteten Rechtsfragen nach dem notwendigen Inhalt einer Mängelanzeige gemäß § 933 Absatz 2, ABGB (aF) und allfälligen sonstigen Erfordernissen zur Wahrung eines Gewährleistungsanspruches im Konkurs des Werkunternehmers für die Entscheidung nicht präjudiziell. Sie verwirklichen daher nicht die Voraussetzungen des § 502 Absatz eins, ZPO vergleiche Zechner in Fasching/Konecny2 IV/1 § 502 ZPO Rz 60 mwN).

Da es der Lösung von erheblichen Rechtsfragen im Sinne der zitierten Gesetzesstelle somit nicht bedurfte, war die Revision des Klägers als unzulässig zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41, 50 ZPO. Die beklagte Partei hat in ihrer Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen.

**Textnummer**

E81351

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2006:00200B00260.05G.0629.000

**Im RIS seit**

29.07.2006

**Zuletzt aktualisiert am**

09.03.2011

**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](http://www.jusline.at)