

# TE OGH 2022/2/23 40b12/22a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.02.2022

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat Dr. Schwarzenbacher als Vorsitzenden und die Hofräte und Hofrätinnen Hon.-Prof. PD Dr. Rassi, MMag. Matzka, Dr. Faber sowie Mag. Istjan, LL.M., als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B\*-gesellschaft mbH, \*, vertreten durch Mag. Dr. Dirk Just, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei J\* Gesellschaft m.b.H., \*, vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie die Nebenintervenientinnen auf Seiten der beklagten Partei 1. „W\*gesellschaft mbH, \*, vertreten durch Dr. Norbert Nowak, Rechtsanwalt in Wien, 2. B\* GmbH, \*, vertreten durch Mag. Raimund Hudik, Rechtsanwalt in Wien und 3. M\* GmbH, \*, vertreten durch Fritzsche Frank Fletzberger Rechtsanwälte GmbH in Wien wegen (zuletzt) 18.528 EUR sA und Feststellung (Streitwert 3.500 EUR), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. April 2021, GZ 5 R 137/20h-127, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 26. Juni 2020, GZ 10 Cg 82/14k-119, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens obliegt dem Erstgericht.

## Text

Begründung:

[1] Die Klägerin beauftragte die Beklagte mit der Generalsanierung einer Einfriedung um ein Universitätsgelände. Dabei war (bezüglich der im drittinstanzlichen Verfahren noch relevanten Abschnitte der Einfriedung) die Versetzung von Zaunstehern, die Betonbohrung in den Sockel und auch das Ausgießen mit Beton Teil der von der Beklagten zu erbringenden Leistungen. Die Zaunsteher mussten dabei in einem schwindkompensierten und frostbeständigen Vergussmaterial montiert werden.

[2] Das bei den Arbeiten zum Ausgießen der Bohrlöcher verwendete Produkt (im Folgenden „Fixzement“) bezog die Beklagte von der Erstnebenintervenientin.

[3] Die Beklagte wandte sich zuvor an die Erstnebenintervenientin und stellte klar, dass sie ein Produkt zur Versetzung von Zaunstehern im Außenbereich benötigt. Von einem Mitarbeiter der Erstnebenintervenientin wurde ihr dabei das später auch verwendete Produkt empfohlen, bei dem es sich um keinen Beton im technischen Sinn handelt. Nach den Herstellerangaben ist das Produkt „ein gips- und chloridfreier, innerhalb von wenigen Minuten schnellerhärtender Montagemörtel zur frostbelastbaren Verankerung, Befestigung [...] von Toren, Türzargen, Fenster,

Balkon- und Brückengeländer, Rohrleitungen, Kästen, Gittern, Fensterbank- und Heizkörperkonsolen.“ Der Fixzement eignet sich nach diesen Angaben „insbesondere für Dübelarbeiten, für Ausbesserungen von Rissen und Sprüngen, sowohl für den Innen-, Außen- und Naßbereich, sowie zur Abdichtung kleinerer Wasserdurchbruchstellen“.

[4] Das Material der Erstnebenintervenientin ist nicht frostbeständig, was aber für einen Durchschnittsfachmann (Beklagte) nicht erkennbar ist, für den Hersteller hingegen schon. Aufgrund der mangelnden Frostbeständigkeit kam es zu Schäden an der Einfriedung (Risse, Abplatzungen).

[5] Die Klägerin macht diesbezüglich auf Schadenersatz (Schlechterfüllung) sowie Gewährleistung gestützte Leistungsansprüche von (eingeschränkt) 34.560 EUR und ein Feststellungsbegehren geltend. Die Beklagte wandte ua Verjährung und mangelndes Verschulden ein.

[6] Das Verfahren befindet sich im dritten Rechtsgang. Im zweiten Rechtsgang wurden der Klägerin betreffend einen bestimmten Abschnitt der Einfriedung 16.032 EUR rechtskräftig zugesprochen und dem Feststellungsbegehren (diesen Abschnitt betreffend) rechtskräftig Folge gegeben. Im zweiten Rechtsgang wurde der restliche Leistungsanspruch von 18.528 EUR und der übrige Teil des Feststellungsbegehrens (betreffend den restlichen Abschnitt der Einfriedung) noch nicht abschließend geklärt.

[7] Nach dem im zweiten Rechtsgang ergangenen zweitinstanzlichen Zwischenurteil zur Verjährung (§ 393a ZPO) sind das Begehren auf Zahlung von 18.528 EUR und die das Feststellungsbegehren betreffenden Schadenersatzansprüche aus der Sanierung der (restlichen) Einfriedung nicht verjährt. In der Begründung dieser Entscheidung ging das Berufungsgericht (ebenso wie das Erstgericht im zweiten Rechtsgang) davon aus, dass sämtliche Gewährleistungsansprüche bereits verjährt sind. Dieses Zwischenurteil blieb von der Klägerin unbekämpft. Die gegen dieses Zwischenurteil (und gegen das damit verbundene Teilurteil) von der Beklagten und der Drittnebenintervenientin erhobenen außerordentlichen Revisionen wurden vom Senat zu 4 Ob 112/19b gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

[8] Im dritten Rechtsgang prüften die Vorinstanzen die restlichen Leistungs- und Feststellungsbegehren nur mehr hinsichtlich allfälliger Schadenersatzansprüche der Klägerin.

[9] Das Erstgericht sprach der Klägerin 17.868 EUR sA zu, gab dem restlichen Feststellungsbegehren statt und behielt die Kostenentscheidung der rechtskräftigen Erledigung der Rechtssache vor. Das Mehrbegehren auf Zahlung von 660 EUR sA wurde rechtskräftig abgewiesen. Bei der Auswahl des Fixzements habe die Beklagte die mangelnde Frostbeständigkeit nicht erkennen können, sodass sie kein eigenes Verschulden treffe. Hingegen sei ihr das Verhalten der Erstnebenintervenientin zuzurechnen, die die Klägerin auf die mangelnde Frostbeständigkeit hätte hinweisen müssen. Dem legte das Erstgericht seine Feststellung zugrunde, dass die Erstnebenintervenientin die Herstellerin des Fixzements sei, wobei die Beweisrüge hier vom Berufungsgericht unerledigt blieb. Als Herstellerin des Fixzements hätte die Erstnebenintervenientin die mangelnde Frostbeständigkeit erkennen müssen. Die Beklagte habe sich bei der Erfüllung des Werkvertrags der Erstnebenintervenientin bedient, die ihr schuldhaft ein untaugliches Produkt empfohlen habe. Die Beklagte hafte nach § 1313a ABGB für das Verhalten der Erstnebenintervenientin.

[10] Das Berufungsgericht gab den Berufungen der Beklagten, der Erst- und der Drittnebenintervenientinnen Folge und wies die noch offenen Begehren ab. Einen Schadenersatzanspruch verneinte es. Ebenso wie das Erstgericht vertrat es die Ansicht, dass eine Haftung der Beklagten aufgrund ihres eigenen Verschuldens ausscheide. Die fehlende Frostbeständigkeit des Fixzements sei ihr nicht erkennbar gewesen. Sie habe gegenüber dem von ihr kontaktierten Fachunternehmen (Erstnebenintervenientin) ausreichend klargestellt, dass das Produkt witterungs- und frostbeständig sein müsse. Die Beklagte habe daher darauf vertrauen dürfen, dass der Fixzement für den Einsatz geeignet und insbesondere frostbeständig sei. Ein allfälliges Verschulden der Erstnebenintervenientin sei der Beklagten nicht zurechenbar. Jene sei nicht in das Interessensverfolgungsprogramm einbezogen worden. Es komme dabei nicht darauf an, ob die Erstnebenintervenientin die Herstellerin des Fixzements sei, sodass auf die diesbezügliche Beweisrüge nicht eingegangen werden müsse. Auf allfällige Gewährleistungsansprüche ging das Berufungsgericht nicht mehr ein.

[11] Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige, und erklärte die ordentliche Revision nachträglich gemäß § 508 Abs 3 ZPO für zulässig, weil höchstgerichtlich nicht geklärt sei, ob ein Einbeziehen eines Dritten in die Erfüllungshandlung eines Werkunternehmers auch dann vorliege, wenn der Dritte (Händler oder Hersteller) den geeigneten Werkstoff auswähle.

[12] Die von der Beklagten und der Erstnebenintervenientin beantwortete Revision ist entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts nicht zulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

[13] 1. Der Umstand, dass das Berufungsgericht die Gewährleistungsansprüche der Klägerin nicht (mehr) geprüft hat, wirft keine erhebliche Rechtsfrage auf.

[14] 1.2 Nach dem Zwischenurteil des Berufungsgerichts vom 28. 11. 2018 zur Verjährung sind allfällige Gewährleistungsansprüche der Klägerin (im Gegensatz zu allfälligen Schadenersatzansprüchen) bereits verjährt. Ein Zwischenurteil zur Verjährung beantwortet die Frage, ob der geltend gemachte Anspruch verjährt ist, abschließend (§ 393a ZPO). Damit wird die Frage der Verjährung zum Gegenstand einer Zwischenentscheidung im Zivilprozess gemacht (1 Ob 112/18d). Innerhalb des Rechtsstreits sind daher Gericht und Parteien daran gebunden und dürfen die mit dem Urteil geklärten Fragen nicht mehr neu aufrollen (vgl zu § 393 ZPO: RS0040736).

[15] 1.3 Dieses Urteil wurde von der Klägerin nicht bekämpft. Ungeachtet des Umstands, dass die Verjährungsfrage zum Schadenersatzanspruch im Zwischenurteil zu Gunsten der Klägerin gelöst wurde und zur Abänderung des abweisenden Ersturteils im zweiten Rechtsgang geführt hat, war die Klägerin durch die weitere Begründung zur Verjährung ihrer Gewährleistungsansprüche beschwert. Bei Zwischenurteilen kann eine Partei nicht nur durch den Urteilsspruch, sondern auch durch die Entscheidungsgründe beschwert sein (RS0043947 [T2]). Damit wäre es der Klägerin möglich gewesen, gegen das Urteil außerordentliche Revision zu erheben. Wird ein mögliches Rechtsmittel gegen ein Zwischenurteil unterlassen, kann dies im späteren Rechtsgang nicht mehr nachgeholt werden.

[16] 1.4 Dagegen spricht auch nicht, dass bei einem Aufhebungsbeschluss, gegen den ein vom Berufungsgericht zugelassener Rekurs nicht erhoben wurde, die dem Erstgericht überbundene Rechtsansicht des Berufungsgerichts im Revisionsverfahren (des späteren Rechtsgangs) noch überprüfbar ist (RS0042991). Im Gegensatz zu einem Zwischenurteil, mit dem ein (qualitativer) Teil der Anspruchsprüfung inhaltlich, also mit einer rechtskraftfähigen Sachentscheidung (Urteil) erledigt wird, wird bei einem Aufhebungsbeschluss nicht über die Sache entschieden (vgl die Grundsatzentscheidung 3 Ob 472/53 = SZ 26/312).

[17] 1.5 Es entspricht herrschender Judikatur (1 Ob 250/12i mwN; RS0042411 [T5]), dass ein im ersten (bzw in einem früheren) Rechtsgang abschließend erledigter Streitpunkt in einem fortgesetzten Verfahren nicht neuerlich in Frage gestellt werden kann. Der Umstand, dass das Berufungsgericht die in seinem früheren Zwischenurteil bereits bejahte Verjährung des Gewährleistungsanspruchs in der nun angefochtenen Entscheidung nicht (neuerlich) geprüft hat, hält sich im Rahmen der aufgezeigten Rechtsprechung. Davon abgesehen argumentiert die Klägerin in der Revision auch nicht ansatzweise gegen die Verjährung der Gewährleistungsansprüche.

[18] 2. Es bedarf auch keiner Korrektur durch gegenteilige Sachentscheidung, dass das Berufungsgericht die Erstnebenintervenientin nicht als Erfüllungsgehilfin der Beklagten qualifiziert hat und die Schadenersatzansprüche der Klägerin deshalb verneint hat.

[19] 2.1 Nach § 1313a ABGB haftet, wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, diesem für das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes. Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (RS0028729). Wesentlich ist die Einbeziehung des Gehilfen in das Interessenverfolgungsprogramm des Geschäftsherrn bei der von diesem veranlassten Erfüllung eigener Vertragspflichten. Voraussetzung für die Zurechnung als Erfüllungsgehilfe im Sinn des § 1313a ABGB ist somit, dass der Geschäftsherr als Vertragspartner ihn treffende vertragliche Pflichten auslagert und sich für die Erfüllung eigener Vertragspflichten des Gehilfen bedient. Der Gehilfe muss also im Pflichtenkreis des Geschäftsherrn tätig werden (RS0028729 [T6]).

[20] 2.2 Bei der Zurechnung selbständiger Unternehmer nach § 1313a ABGB kommt es besonders auf den konkreten Inhalt des Vertrags zwischen dem Geschäftsherrn und dessen Gläubiger und die dabei übernommenen Sorgfaltspflichten an (RS0118512 [T4]); es ist also entsprechend den verschiedenen Vertragstypen und der jeweiligen konkreten Vereinbarung zu prüfen, ob bloß der „Einkauf“ eines „Produktes“ am Markt oder die Gestaltung einer Leistung durch den vom Schuldner betrauten „Gehilfen“ übernommen wird (8 Ob 106/12i Pkt VI.2.). Die Beantwortung der Frage, ob der Werkunternehmer für den Dritten gemäß § 1313a ABGB haftet oder nicht, richtet sich somit primär

nach den Vereinbarungen zwischen ihm und dem Werkbesteller (6 Ob 185/18a). Bei Werkverträgen wird die Haftung eines Werkunternehmers nach § 1313a ABGB für das Verschulden eines fachlich selbständigen Unternehmens, das Bestandteile („Rohstoffe“) für das Werk bereitstellt, dann bejaht, wenn der Werkunternehmer – eben ausgehend von der Vereinbarung zwischen Werkunternehmer und dem Werkbesteller – unmittelbar in die werkvertragliche Erfüllungshandlung eingebunden wird (RS0118512). Eine solche unmittelbare Einbindung des Erzeugers einer Ware in die werkvertragliche Erfüllungshandlung des Werkunternehmers liegt nicht vor, wenn dieser das Vorprodukt des Lieferanten bloß nach einer allgemeinen schriftlichen Anleitung ohne Beteiligung des Lieferanten an der werkvertraglichen Erfüllungshandlung verarbeitet (2 Ob 10/10z).

[21] 2.3 Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, weshalb die Revision im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO nur dann zulässig wäre, wenn im Interesse der Rechtssicherheit ein grober Fehler bei der Auslegung der anzuwendenden Rechtsnorm korrigiert werden müsste (6 Ob 185/18a mwN).

[22] 2.4 Ein solcher Fehler ist dem Berufungsgericht aber nicht unterlaufen. Vielmehr hält sich dessen Verneinung des § 1313a ABGB im Rahmen der referierten Rechtsprechung. Es wurde weder behauptet noch steht fest, dass nach dem Vertrag zwischen den Streitparteien die Gestaltung einer Leistung durch einen von der Beklagten betrauten „Gehilfen“ übernommen wurde. Die Tätigkeit der Erstnebenintervenientin beschränkte sich darauf, der Beklagten ein geeignetes Produkt für die Ausführung der Werkleistungen zu verkaufen und sie darüber zu beraten. Das Berufungsgericht hat jedenfalls vertretbar verneint, dass es allein durch die Beratung nach Offenlegung des geplanten Einsatzes zu einer unmittelbaren Einbindung der Erstnebenintervenientin in die werkvertragliche Erfüllungshandlung gekommen ist.

[23] 2.5 Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den im Rechtsmittel angeführten Entscheidungen.

[24] 2.5.1 In der Entscheidung 2 Ob 234/12v werden die auch hier wiedergegebenen Rechtssätze referiert und zur dort vorliegenden Konstellation, bei der die zur Montage und Lieferung für den Werkunternehmer erforderlichen Isolierglasscheiben von einem anderen Unternehmen bezogen wurden, vertreten, dass dieses Unternehmen dadurch nicht in die Erfüllung des geschuldeten Werks einbezogen war. Aus dem Umstand, dass dieses Unternehmen nicht als Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers qualifiziert wurde, lässt sich für die Klägerin nichts ableiten.

[25] 2.5.2 Auch in der weiters zitierten Entscheidung 2 Ob 10/10z wurden die Voraussetzungen dafür, dass ein Produzent als Erfüllungsgehilfe des Händlers zu qualifizieren ist, verneint. Aus dieser Entscheidung lässt sich nicht ansatzweise ableiten, dass (quasi im Umkehrschluss) eine Erfüllungsgehilfeneigenschaft immer dann zu bejahen ist, wenn ein Unternehmen, das eine Ware zur Verfügung stellt, auch Beratungsgespräche zum konkreten Einsatz führt.

[26] 3. Die Revision war daher mangels aufgeworfener Fragen im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

[27] 4. Der Ausspruch über den Kostenvorbehalt gründet auf § 52 Abs 3 ZPO.

#### **Textnummer**

E134406

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2022:00400B00012.22A.0223.000

#### **Im RIS seit**

13.04.2022

#### **Zuletzt aktualisiert am**

13.04.2022

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

© 2024 JUSLINE

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

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