

Regress am Erfüllungsgehilfen und Bindung des Nebenintervenienten

1. Wer als Haftender für fremdes Handeln Ersatz leistet, kann gemäß § 1313 zweiter Satz ABGB Rückersatz verlangen.
2. Der Erfüllungsgehilfe haftet gegenüber dem Gläubiger des Geschäftsherrn aber nur dann, wenn sein Verhalten unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses rechtswidrig ist, er also deliktisch handelt.
3. Prozesshandlungen des einfachen Nebenintervenienten sind unwirksam, wenn sie denen der Hauptpartei widersprechen. Er darf bloß die Argumente der Hauptpartei ergänzen, nicht aber von deren Vorbringen abweichen.
4. Die Wirkungen eines materiell rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils erstrecken sich soweit auf den einfachen Nebenintervenienten und denjenigen, der sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligte, als diese Personen als Parteien eines als Regressprozess geführten Folgeprozesses keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden erheben dürfen, die mit den notwendigen Elementen der Entscheidung des Vorprozesses in Widerspruch stehen.
5. Feststellungen, die der Nebenintervenient wegen des Vorbringens seiner eigenen Partei nicht bekämpfen konnte oder die für das Urteil nicht wesentlich waren, binden ihn nicht. Gleiches gilt für Vorbringen, das mit dem Prozessstoff des Rechtsstreits nicht im Zusammenhang steht.
6. Bei der Inanspruchnahme nur eines von mehreren Schädigern ist auch nicht über die Beteiligung eines anderen Schädigers mitzuentcheiden. Die Frage nach der Verschuldensteilung zwischen General- und Subunternehmer kann im Prozess zwischen Generalunternehmer und Bauherrn offen bleiben; sie ist im Regressprozess zu klären.
7. Hat der Geschäftsherr seinem Vertragspartner (allein) für die Schlechterfüllung durch seinen Erfüllungsgehilfen einzustehen, dann kann er vom Erfüllungsgehilfen regelmäßig auch die von ihm aufgewendeten Prozesskosten nach den Grundsätzen der Bestimmungen über den Schadenersatz ersetzt begehren.

OGH 15.06.2016, 7 Ob 114/15p

Deskriptoren: Streitverkündung, Nebenintervention, Bindungswirkung, Gehilfenhaftung, Regress; §§ 896, 1302, 1313a ABGB; §§ 17 ff ZPO.

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden, soweit sie nicht im Umfang der Abweisung eines Betrags von 144,57 EUR sA als unbekämpft in Rechtskraft erwachsen sind, aufgehoben und dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt dem Erstgericht vorbehalten.

Sachverhalt

Im Zuge der Generalsanierung einer Volksschule im Jahr 2001 wurde auf dem Gebäudedach ein Hartplatz errichtet. Die Stadt Wien hatte die Klägerin mit der Herstellung der Metallsteher des Ballfangnetzes beauftragt. Die Klägerin

ließ diese Arbeiten „in sub“ vom Zweitbeklagten ausführen. Mängel bei der Ausführung dieses Werks hatten zur Folge, dass es zur Beschädigung der Dachisolierung und dadurch zu einem Wassereintritt in das Gebäude kam.

Zu AZ 41 Cg 68/04i des Erstgerichts beehrte die Stadt Wien (dort Klägerin) von der (nunmehrigen) Klägerin (dort Beklagten) 22.868,99 EUR sA an Schadenersatz mit der wesentlichen Behauptung, die Montage der Metallsteher sei planwidrig und nicht fachgerecht erfolgt. Die Klägerin und der Zweitbeklagte (dort deren Nebenintervenient) wandten zusammengefasst ein, dass die Arbeiten fachgerecht und auftragsgemäß durchgeführt worden und für die Beschädigung der Isolierung nicht kausal gewesen seien. Die Stadt Wien habe ein wesentliches Mitverschulden wegen Planungsfehlern zu vertreten. Weiters hielt die Beklagte dem Klagebegehren eine Gegenforderung von 7.070,40 EUR für eigene Kosten aufrechnungsweise entgegen.

Das Berufungsgericht erkannte in jenem Verfahren mit rechtskräftigem Urteil vom 16.10.2008, GZ 1 R 125/08x-91, ausgehend von einem Mitverschulden der Stadt Wien von 50 % die Klagsforderung als mit 9.326,73 EUR

zu Recht, die eingewandte Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend, und verpflichtete die (nunmehrige) Klägerin zur Zahlung von 9.326,73 EUR sA. Das Mehrbegehren wies ab.

Jener Entscheidung lag in tatsächlicher Hinsicht zusammengefasst zu Grunde:

Der Zweitbeklagte hat im Jahr 2003 sein Einzelunternehmen in die Erstbeklagte eingebracht; er ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Erstbeklagten.

Der Zweitbeklagte (dort Nebenintervenient) führte die Verankerung der Steher anders aus als vom Architekten vorgegeben. Die Bohrungen an der Befestigung sind über der Norm groß, wodurch Schiefstellungen ermöglicht werden, die das Eindringen der Kanten der Montageplatten unter den Steherfüßen auf die Abdichtung bedingen. Auch das Einbetonieren des Steherfußes war nicht geplant. Ein lege artis einbetonierter Steherfuß hätte keinen Kontakt zur Abdichtung haben dürfen. Die vom Zweitbeklagten (dort Nebenintervenient) gewählte Ausführung wurde von der Isolierfirma vor den Betonierarbeiten als bedenklich und für allfällige Schäden kausal eingestuft. Weder die örtliche Bauaufsicht noch die Klägerin (dort Beklagte) noch der Zweitbeklagte (dort Nebenintervenient) ergriffen jedoch Maßnahmen. Der Stadt Wien (dort Klägerin) entstanden für die Behebung der Schäden Kosten von 28.103,55 EUR, wovon sie 9.450,09 EUR aus einer von der Klägerin (dort Beklagten) gelegten Bankgarantie zog.

Die Klägerin bezahlte am 16.3.2012 einen Betrag von 31.798 EUR an die Vertreterin der Stadt Wien gewidmet für „das Verfahren 41 Cg 68/04i“.

Die Klägerin begehrte im nunmehrigen Verfahren zunächst 43.570,09 EUR sA resultierend aus an die Stadt Wien geleisteten Prozesskosten und Schadenersatz aufgrund des Vorprozesses sowie eigenen Prozess- und Schadensbehebungskosten. Nach Modifikationen des Klagebegehrens waren zuletzt strittig:

Zuspruch an die Stadt Wien im Vorprozess (davon kapitalisierte Zinsen 1.989,70 EUR)	11.316,43 EUR
bezahlte weitere Schadensbehebungskosten	4.725,05 EUR
Eigenleistungen zur Schadensbehebung	7.070,40 EUR
Summe gegen Erstbeklagte	23.111,88 EUR
eigene Kosten im Vorprozess	20.458,11 EUR
Kosten eines Berichtigungsverfahrens im Vorprozess	1.175,72 EUR
Summe gegen Zweitbeklagten	44.745,81 ¹ EUR

Der Zweitbeklagte habe mit seinem Beitritt als Nebenintervenient im Vorprozess den Regressanspruch der Klägerin anerkannt. Zuzufolge Bindungswirkung des Vorprozesses stehe fest, dass der Zweitbeklagte den Schaden alleine verursacht habe. Die Erstbeklagte hafte aufgrund der Übernahme des Unternehmens des Zweitbeklagten gemäß § 1409 ABGB mit diesem solidarisch.

Die Beklagten machten geltend, dass der Zweitbeklagte den Schaden nicht kausal, jedenfalls aber nicht adäquat verursacht habe. Die Klägerin treffe ein Mitverschulden, weil sie die konkreten Arbeitsabläufe, insbesondere die bewegliche Ausführung der Steher, vorgegeben habe, von den Plänen der Stadt Wien abgewichen sei, falsche Teile geliefert und diese unrichtig vormontiert habe. Die der Klägerin zuzurechnende W GmbH habe den Schaden mitverschuldet. Die Klägerin habe im Vorprozess eine Revision unterlassen. Die Forderung sei zumindest gegenüber der Erstbeklagten, die am Vorprozess nicht beteiligt gewesen sei, verjährt. Die Beklagten wandten überdies die eigenen Kosten des Vorprozesses mit 15.823,29 EUR aufrechnungsweise ein.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht erkannte das Klagebegehren gegenüber der Erstbeklagten als mit 7.138,47 EUR (Teil der Judikatsschuld) und gegenüber dem Zweitbeklagten als mit 40.423,27 EUR (Gesamtbetrag abzüglich eines Teils von nicht zur Rechtsverfolgung notwendigen Prozesskosten) zu Recht, die Gegenforderung der Beklagten als nicht zu Recht bestehend, verpflichtete die Erstbeklagte zur Zahlung von 7.138,47 EUR sA, den Zweitbeklagten zur Zahlung von 40.423,27 EUR sA und wies das Mehrbegehren ab. Die Haftung der Beklagten resultiere aus der Bindungswirkung des Vorprozesses. Die Verjährungseinrede des Zweitbeklagten sei aufgrund eines von ihm abgegebenen Verjährungsverzichts nicht berechtigt. Der Einwand der nicht gehörigen Fortsetzung des Verfahrens greife angesichts des im Vorprozess durchgeführten Berichtigungsverfahrens nicht. Gegenüber der Erstbeklagten bestehe mangels Streitverkündung keine Bindungswirkung der Entscheidung im Vorprozess. Den Verjährungsverzicht des Zweitbeklagten müsse die Erstbeklagte nicht gegen sich gelten lassen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht, der Berufung der Klägerin teilweise Folge und verpflichtete unter Abweisung des Mehrbegehrens die Erstbeklagte zur ungeteilten Hand mit der Zweitbeklagten zur Zahlung von 11.316,43 EUR sA (Judikatschuld aus dem Vorprozess mit Korrektur eines Rechenfehlers) so

1 Richtig wohl: 44.745,71 EUR.

wie den Zweitbeklagten zur Zahlung von 44.601,24 EUR sA. Die Abweisung eines Betrags von 144,57 EUR sA blieb unbekämpft. Die Minderung des Zuspruchs gegen die Erstbeklagte mit der Begründung, die Klägerin habe zumindest zur Hälfte einen Werklohnanspruch gegen die Stadt Wien, sei nicht geboten, weil auch diese Werklohnforderung der Klägerin im Vorprozess rechtskräftig ab-erkannt worden sei. Vorbringen zur Mitverantwortlichkeit eines anderen von der Stadt Wien beauftragten Unternehmers sei rechtlich unerheblich. Der Verjährungseinwand sei nicht stichhältig, weil der Verfahrensstillstand auf einem Gerichtsfehler beruhte. Der Regressanspruch der Klägerin gegenüber den Beklagten ergebe sich aus § 1313 Satz 2 ABGB.

Das Berufungsgericht sprach – mit Wirksamkeit nur für die Zweitbeklagte – aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil Rechtsfragen der in § 502 Abs 1 ZPO genannten Qualität nicht zu lösen gewesen seien. Betreffend die Erstbeklagte änderte das Berufungsgericht über Antrag nach § 508 Abs 1 ZPO seinen Zulässigkeitsausspruch dahin ab, dass es die ordentliche Revision für zulässig erklärte, weil die Erstbeklagte in ihrem Abänderungsantrag grundsätzliche Fragen des Regresses zwischen Geschäftsherrn und Erfüllungsgehilfen (§ 1313 Satz 2 ABGB, § 896 ABGB) aufwerfe, wozu jüngere höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten wegen Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn der Abweisung der Klagebegehren; hilfsweise stellen die Beklagten auch einen Aufhebungsantrag.

Die Klägerin erstattete eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision ist zulässig und in ihrem Aufhebungsantrag berechtigt, weil die Vorinstanzen den Umfang der Bindungswirkung der Entscheidung im Vorprozess verkannt haben.

I. Aktenwidrigkeit:

Die Beklagten machen (auch) unter dem Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit geltend, das Berufungsgericht habe die Bindungswirkung des Urteils im Vorprozess verkannt. Allerdings wird die fälschliche Annahme einer Bindungswirkung in der Rechtsprechung als Fall eines auch in dritter Instanz wahrnehmbaren Stoffsammlungsmangels (RIS-Justiz RS0042963 [T35]), als Mangel des Berufungsverfahrens selbst (vgl 1 Ob 35/02g) oder als Ursache für sekundäre Feststellungsmängel angesehen und damit dem Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zugeordnet (5 Ob 220/10d

mwN; 5 Ob 253/11h). Eine Aktenwidrigkeit wird damit nicht begründet (§ 510 Abs 3 ZPO).

II. Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens:

Die Beklagten sind der Ansicht, das Berufungsgericht habe – wiederum wegen Verkennung der Bindungswirkung des Urteils im Vorprozess – eine in ihrer Berufung ausgeführte Beweisrüge zu ergänzenden Feststellungen über die Verantwortlichkeit der Klägerin für den von der Stadt Wien geltend gemachten Montagefehler nicht erledigt. Damit machen aber die Beklagten, wie bereits vom Berufungsgericht zutreffend erkannt, sekundäre Feststellungsmängel geltend, die der Rechtsrüge zuzuordnen sind (RIS-Justiz RS0043304 [T6]) und daher keinen Mangel des Berufungsverfahrens begründen.

III. Unrichtige rechtliche Beurteilung:

1. Verjährung:

Vorauszuschicken ist, dass die Beklagten die Frage der Verjährung in ihrer Revision nicht mehr aufgreifen. Auf diese rechtlich selbstständige Frage ist daher nicht (mehr) einzugehen (vgl dazu RIS-Justiz RS0041570 [insb T8 und T12]; RS0043338; 5 Ob 193/08f mwN; 5 Ob 148/07m mwN; *Zechner* in Fasching/Konecny² IV/1 § 503 ZPO Rz 189 f mwN).

2. Mangel- und Schadensbehebungskosten – Regress:

2.1. Betreffend die von der Klägerin geltend gemachten Mangel- und Schadensbehebungskosten gehen die Beklagten zusammengefasst davon aus, dass dieser Anspruch der Klägerin, gleichgültig ob er sich auf die Verletzung des zwischen ihr und dem Zweitbeklagten bestandenen Vertrags oder eine bislang nicht konkretisierte deliktische Schädigung der Stadt Wien durch den Zweitbeklagten gründe, nur im Fall einer vom Zweitbeklagten zu vertretenden fehlerhaften Erfüllung des Vertrags mit der Klägerin berechtigt sein könnte. Ob diese Voraussetzung vorliege oder ob demgegenüber – wie von den Beklagten behauptet – der Montagefehler von der Klägerin zu vertreten sei, hätten die Vorinstanzen wegen Verkennung der Bindungswirkung des Urteils im Vorprozess, ungeprüft gelassen.

2.2. Die Klägerin verweist auf die Entscheidung 8 Ob 6/14m, sieht demnach hier – im Grundsatz wie die Beklagten – einen Fall des Regresses nach § 1313 Satz 2 ABGB, meint aber – wie das Berufungsgericht bereits im ersten Rechtsgang –, dass der Zweitbeklagte, der dem Vorprozess als Nebenintervenient der (nunmehrigen) Klägerin (als dortige Beklagte) beigetreten sei, nicht mehr einwenden könne, es treffe ihn kein Verschulden am Eintritt des Schadens. Diesem stehe vielmehr die Bindungswirkung des im Vorprozess ergangenen rechtskräftigen Urteils entgegen.

2.3. Die im Ergebnis übereinstimmende Ansicht der Streitparteien, es liege zwischen ihnen ein Regressverhältnis nach § 1313 Satz 2 ABGB vor, entspricht der Rechtsprechung, zum Regressanspruch des Generalunternehmers

gegen den Subunternehmer für den Fall, dass der Besteller den Geschäftsherrn (Generalunternehmer) für mangelhafte Leistungen seines Erfüllungsgehilfen (Subunternehmer) in Anspruch genommen hat (3 Ob 186/10i). Wer als Haftender für fremdes Handeln Ersatz leistet, kann nämlich gemäß § 1313 zweiter Satz ABGB Rückersatz verlangen. Auch der Generalunternehmer, der nach § 1313a ABGB für seinen Subunternehmer als Erfüllungsgehilfen einstehen muss, kann von diesem Regress fordern (3 Ob 182/13f; 8 Ob 6/14m = *ecolex* 2015/34 [*Schoditsch*]; 5 Ob 125/15s; RIS-Justiz RS0017479 [T2]).

2.4. Eine Solidarhaftung des Geschäftsherrn (ex contractu § 1313a ABGB) und seines Erfüllungsgehilfen (ex delicto §§ 1295, 1299 ABGB) gegenüber dem geschädigten Dritten rechtfertigt zwar iSd § 1302 ABGB die Anwendung der Vorschriften über die vertragliche Solidarschuld und damit insbesondere die Anwendung des § 896 Satz 1 ABGB (RIS-Justiz RS0017495 [T1]). Der Erfüllungsgehilfe haftet gegenüber dem Gläubiger des Geschäftsherrn aber nur dann, wenn sein Verhalten unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses rechtswidrig ist, er also deliktisch handelt (RIS-Justiz RS0022801; RS0022481). Worin hier eine von der Existenz des Schuldverhältnisses unabhängige Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Zweitbeklagten gelegen sein soll, also welches Delikt im Pflichtenkreis des Geschäftsherrn (vgl. RIS-Justiz RS0028691; RS0028626; RS0028499; RS0028517; RS0028483) der Zweitbeklagte gesetzt haben soll, hat die Klägerin nicht aufgezeigt. Aber selbst bei einer Solidarverpflichtung nach § 896 ABGB würde eine Kopfteilhaftung nur dann eintreten, wenn kein „anderes besonderes Verhältnis“ besteht (5 Ob 125/15s). Entscheidend für die Höhe, in der der Rückgriffsanspruch in diesem Fall geltend gemacht werden kann, ist, welchen von mehreren Schadenersatzpflichtigen ein höheres, welchen ein geringeres Maß von Schuld und Verantwortung für den eingetretenen Schaden trifft, ebenso der Anteil am Rechtswidrigkeits- und Verursachungszusammenhang (RIS-Justiz RS0026803 [T1]). Daraus folgt als Zwischenergebnis, dass die Beklagten grundsätzlich – vorbehaltlich der noch zu klärenden Bindungswirkung des Urteils im Vorprozess – gegenüber der Klägerin jedenfalls eine Schadensteilung infolge eines Mitverschuldens und/oder der Verletzung der Schadensminderungspflicht geltend machen können.

3. Bindungswirkung des Urteils im Vorprozess:

3.1. Die Wirkungen eines materiell rechtskräftigen zivilgerichtlichen Urteils erstrecken sich soweit auf den einfachen Nebenintervenienten und denjenigen, der sich am Verfahren trotz Streitverkündung nicht beteiligte, als diese Personen als Parteien eines als Regressprozess geführten Folgeprozesses keine rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einreden erheben dürfen, die mit den notwendigen Elementen der Entscheidung des Vorpro-

zesses in Widerspruch stehen. In diesem Rahmen sind sie daher an die ihre Rechtsposition belastenden Tatsachenfeststellungen im Urteil des Vorprozesses gebunden, sofern ihnen in jenem Verfahren soweit unbeschränktes rechtliches Gehör zustand (RIS-Justiz RS0107338 [T6]). Feststellungen, die der Nebenintervenient wegen des Vorbringens seiner eigenen Partei nicht bekämpfen konnte (RIS-Justiz RS0107338 [T18]; vgl. auch RS0122420) oder die für das Urteil nicht wesentlich waren (vgl. RIS-Justiz RS0107338 [T5 und T14]), binden ihn nicht (s. auch *Schneider* in Fasching/Konecny³ II/1 § 19 ZPO Rz 34). Gleiches gilt für Vorbringen, das mit dem Prozessstoff des Rechtsstreits nicht im Zusammenhang steht (vgl. RIS-Justiz RS0041582; RS0036744; *Schneider* in Fasching/Konecny³ II/1 § 21 ZPO Rz 30). Prozesshandlungen des einfachen Nebenintervenienten sind unwirksam, wenn sie denen der Hauptpartei widersprechen. Er darf bloß die Argumente der Hauptpartei ergänzen, nicht aber von deren Vorbringen abweichen (vgl. RIS-Justiz RS0035472). Bei der Inanspruchnahme nur eines von mehreren Schädigern ist auch nicht über die Beteiligung eines anderen Schädigers mitzuentcheiden (RIS-Justiz RS0017470 [T1]). Die Frage nach der Verschuldensteilung zwischen General- und Subunternehmer kann im Prozess zwischen Generalunternehmer und Auftraggeber offen bleiben; sie ist im Regressprozess zu klären (vgl. 4 Ob 111/07p).

3.2. Nach diesen Grundsätzen steht aufgrund der Entscheidung im Vorprozess bindend in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die vom Zweitbeklagten ausgeführte, eingangs näher beschriebene Montage der Metallsteher des Ballfangnetzes nicht *lege artis* war, also nicht den anerkannten Regeln des Handwerks, und auch nicht dem von der Klägerin der Stadt Wien geschuldeten Leistungsprogramm entsprach. Dem gegenüber war es für den Ausgang des Vorverfahrens nicht entscheidungswesentlich, ob die Klägerin oder der Zweitbeklagte den von der Stadt Wien geltend gemachten Schaden verursacht und zu verantworten hat. Es machte für den Vorprozess keinen Unterschied, ob der Zweitbeklagte die Steher infolge eines Fehlers der Klägerin oder ausschließlich aus eigenem Verschulden falsch errichtet hatte. Etwaige Feststellungen zu dieser Frage im Urteil des Vorprozesses waren daher keine notwendigen Elemente dieser Entscheidung und haben daher für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses der Streitteile dieses Verfahrens keine Bindungswirkung. Der Zweitbeklagte konnte im Vorprozess auch nicht von der Klägerin zu vertretende Fehler geltend machen, hätte dies doch dem Vorbringen und Rechtsstandpunkt seiner dortigen Hauptpartei widersprochen. Eine Bindungswirkung folgt schließlich auch nicht aus der Entscheidung des Berufungsgerichts im ersten Rechtsgang, weil das Teilurteil betreffend die Erstbeklagte die fehlende Haftung für Neuschulden gemäß § 1409 ABGB

beträf (7 Ob 58/12y) und gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts betreffend die Zweitbeklagte der Rekurs nicht zugelassen wurde. Die für den Regressprozess wesentliche Frage, wer von den Beteiligten, hier also die Klägerin und der Zweitbeklagte, den Schaden (überwiegend) verursacht und verschuldet hat (vgl. RIS-Justiz RS0017514 [T1]), ist daher bislang nicht bindend entschieden und auch in tatsächlicher Hinsicht infolge abweichender Rechtsansicht der Vorinstanzen ungeklärt geblieben. Im fortgesetzten Verfahren werden daher die Leistungspflichten aus dem zwischen der Klägerin und dem Zweitbeklagten abgeschlossenen Vertrag und dessen Abwicklung und dabei insbesondere zu klären sein, ob die Klägerin bzw. eine ihr zuzurechnende Person (Unternehmen) (un-)richtige Ausführungspläne zur Verfügung gestellt, ob diese die Konstruktion freigegeben bzw. die Montageart festgelegt, ob sie (un-)taugliches Material geliefert hat und inwieweit solche Umstände gegebenenfalls für den Schaden verantwortlich waren. Erst danach wird beurteilt werden können, in welchem Ausmaß die Klägerin bzw. der Zweitbeklagte die Mangel- und Schadensbehebungskosten zu verantworten haben.

4. Ersatz der Kosten des Vorprozesses:

4.1. Die Beklagten machen geltend, dass dann, wenn die Einlassung in und die Führung des Vorprozesses durch die Klägerin auch im Interesse der Beklagten gewesen wäre, der Klägerin ein Anspruch gemäß § 1037 ABGB gegen die Beklagten zustünde, allerdings bloß anteilig im Verhältnis des Interesses an der Abwehr der Forderung der Geschädigten. Da jedoch die Klägerin aufgrund mangelhafter Plan- und Materialbestellung sowie Missachtung einer Warnung das ausschließliche Verschulden, zumindest aber ein erhebliches Mitverschulden treffe, sei eine Prozesskostenüberwälzung ausgeschlossen.

4.2. Die Klägerin hat ihren Anspruch auf Ersatz der Kosten des Vorprozesses nicht erkennbar auf § 1037 ABGB, sondern auf Schadenersatz gestützt. Tatsächlich führen Prozesskosten, zu deren Ersatz jemand verurteilt wurde, zu einer Verminderung seines Vermögens und können daher Gegenstand einer Schadenersatzforderung des Verurteilten einem Dritten gegenüber sein, wenn diese Kosten durch das Verschulden des Dritten verursacht wurden (RIS-Justiz RS0023619). Hat der Geschäftsherr seinem Auftraggeber (allein) für die Schlechterfüllung durch seinen Erfüllungsgehilfen einzustehen, dann kann er vom Erfüllungsgehilfen regelmäßig auch die von ihm aufgewendeten Prozesskosten nach den Grundsätzen der Bestimmungen über den Schadenersatz ersetzt begehren. Die Prozesskosten sind eine kausale Folge der Schlechterfüllung durch den Erfüllungsgehilfen; sie sind auch adäquate Schäden, weil sie nicht bloß durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen bedingt waren (RIS-Justiz RS0115546).

4.3. In der Entscheidung 2 Ob 168/01x (= RdW 2002, 18 = *ecolex* 2001, 906 [*Helmich*] = SZ 74/119) hatte der Oberste Gerichtshof und zwar – wie hier – für einen Passivprozess die Frage zu beurteilen, ob Prozesskosten eines aus einer Vertragsverletzung resultierenden Vorprozesses, in dem die schließlich klagende Partei beklagt gewesen war, ersatzfähig seien. Als Ergebnis für diese Konstellation wurde der Leitsatz geprägt, dass der Geschäftsherr dann, wenn er seinem Auftraggeber (allein) für die Schlechterfüllung durch seinen Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, von diesem regelmäßig auch die von ihm aufgewendeten Prozesskosten nach den Grundsätzen der Bestimmungen über den Schadenersatz ersetzt begehren kann (RIS-Justiz RS0045850 [T3]). Diese Entscheidung trug dem Umstand Rechnung, dass es für die Beklagte eines Passivprozesses, insbesondere wenn sie überraschend in Anspruch genommen wird, in der Regel nicht leicht ist, das Auflaufen von Prozesskosten zu verhindern; deshalb könne es in solchen Fällen angezeigt sein, den in den Kosten eines Passivprozesses bestehenden Schaden in den Schutzzweck jener Vertragsnormen einzubeziehen, die den Vertragspartner dazu verpflichten, seine vertraglich geschuldete Leistung ordnungsgemäß zu erbringen (idS auch 9 Ob 140/03h = RdW 2004, 272; 10 Ob 79/05y = *ecolex* 2007/142).

4.4. In der Entscheidung 1 Ob 218/04x (bbl 2005, 89 = RdW 2005, 417) wird für den Passivprozess zur Klärung der Frage, ob das Verhalten des Beklagten, das die Klägerin zur Einlassung in den Vorprozess auf der Beklagten-seite bewog, rechtswidrig war, eine umfassende Interessenabwägung verlangt. Grundsätzlich habe nämlich jedermann selbst zu entscheiden, ob er Gefahren auf sich zu nehmen bereit ist und wie er sich Dritten gegenüber zu verhalten gedenkt. Daher entfalle regelmäßig die Haftung des „Ersttätlers“ mangels Rechtswidrigkeit, wenn der „Zweite“ sich selbst oder einem anderen einen Schaden zufügt. Nur wenn besondere Umstände – so etwa eine gefährliche Situation, mangelndes Einsichtsvermögen des „Zweiten“, gezieltes Einwirken des „Ersttätlers“ auf diesen oder vergleichbare Begleitumstände – vorlägen, könne die Interessenabwägung zu Lasten des „Ersttätlers“ ausfallen (1 Ob 223/03f = JBl 2004, 655).

4.5. In 10 Ob 79/05y (= *ecolex* 2007/142) werden die Entscheidungen 2 Ob 168/01x (= RdW 2002, 18 = *ecolex* 2001, 906 [*Helmich*] = SZ 74/119) und 9 Ob 140/03h (= RdW 2004, 272) bekräftigt und – soweit abweichend – wird die Entscheidung 1 Ob 218/04x (bbl 2005, 89 = RdW 2005, 417) abgelehnt. Jüngst hat der Oberste Gerichtshof in 5 Ob 125/15s den zu 2 Ob 168/01x (= RdW 2002, 18 = *ecolex* 2001, 906 [*Helmich*] = SZ 74/119) entwickelten Rechtssatz (RIS-Justiz RS0045850 [T3]) neuerlich bestätigt und wiederum darauf hingewiesen, dass der Rückersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen nach § 1313 Satz 2 ABGB grundsätzlich

auch die Verfahrenskosten des verlorenen Prozesses zwischen Drittem und Geschäftsherrn umfasst. Der in den Kosten eines Passivprozesses bestehende Schaden ist in den Schutzzweck jener Vertragsnormen einzubeziehen, die den Vertragspartner – insbesondere wenn er davon weiß, dass die Leistung schließlich einem Dritten zugutekommen soll – dazu verpflichten, seine vertraglich geschuldete Leistung ordnungsgemäß zu erbringen (RIS-Justiz RS0045850 [T12]). Nur die Kosten eines erkennbar aussichtslosen Vorprozesses wären vom schlechterfüllenden Vertragspartner nicht zu ersetzen, weil insofern der Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlt (RIS-Justiz RS0045850 [T5, T10, T13]). Dieser Ansicht folgt im Grundsatz auch der erkennende Senat:

4.6. Wird ein Werkunternehmer (Geschäftsherr) von seinem Auftraggeber wegen mangelhafter Erbringung einer erkennbar für einen Dritten bestimmten Leistung seines Auftragnehmers (Gehilfen) klageweise in Anspruch genommen (Passivprozess), so lässt sich – mangels anderer zielführender Unterstützung durch den Auftragnehmer (Gehilfen) des im Vorprozess Beklagten und dessen Bestreitung eigener Verantwortlichkeit (vgl. RIS-Justiz RS0045850 [T6]) – das Auflaufen von Verfahrenskosten praktisch nicht verhindern. In solchen Fällen ist daher in der Regel der in den Kosten eines – ex ante nicht aussichtslosen – Passivprozesses bestehende Schaden in den Schutzzweck jener Vertragsnormen einzubeziehen, die den Vertragspartner dazu verpflichten, seine vertraglich geschuldete Leistung ordnungsgemäß zu erbringen. Für die Kosten eines solchen Passivprozesses hat der Gehilfe des im Vorprozess Beklagten (Geschäftsherrn) dann einzustehen, wenn seine Leistung gemessen an den gegenüber dem Geschäftsherrn übernommenen Vertragspflichten mangelhaft war.

4.7. Ob im vorliegenden Fall die zuvor genannten Voraussetzungen einer Prozesskostensatzpflicht der Beklagten vorliegen, kann noch nicht beurteilt werden, weil sich die Vorinstanzen infolge abweichender Rechtsansicht zur der Bindungswirkung der Entscheidung im Vorprozess nicht mit jenen Einwänden der Beklagten befasst haben, mit denen diese die Verantwortlichkeit der Klägerin für den Mangel und den daraus entstandenen Schaden behauptet haben. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass die Leistungen des Zweitbeklagten gemessen an den mit der Klägerin darüber getroffenen Vereinbarungen mangelhaft gewesen sind, werden die Beklagten dem Grunde nach für die Kosten des Vorprozesses ersatzpflichtig sein. Da es sich dabei um einen Schadenersatzanspruch handelt, wird

ein allfälliges Mitverschulden der Klägerin gemäß § 1304 ABGB zu berücksichtigen sein.

5. Unterlassenes Rechtsmittel im Vorprozess:

5.1. Die Beklagten sind der Ansicht, die Klägerin hätte im Vorprozess durch Erhebung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts die rechtsirrig unterbliebene Berücksichtigung der eigenen halben Schadensbehebungskosten, nämlich 3.535,20 EUR geltend machen müssen. Dadurch hätte sich der Umfang der Ersatzpflicht gegenüber der Stadt Wien und der Kostenersatzpflicht im Vorprozess reduziert. Die Unterlassung des Rechtsmittels begründe eine Verletzung der Schadensminderungspflicht der Klägerin.

5.2. Diesem Einwand ist zu entgegnen, dass auch der Zweitbeklagte als Nebenintervenient der Klägerin im Vorprozess das von dieser geforderte Rechtsmittel hätte erheben können. Allein aus dem Umstand, dass dies unterblieben ist, können daher die Beklagten keine (zusätzliche) Mitverantwortung der Klägerin wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht ableiten.

IV. Im Ergebnis folgt:

1. Die Beurteilung, ob der Zweitbeklagte die Metallstehler infolge eines Fehlers der Klägerin oder ausschließlich aus eigenem Verschulden nicht lege artis errichtet hat, war im Vorprozess kein notwendiges Element dieser Entscheidung. Der Zweitbeklagte konnte im Vorprozess von der Klägerin zu vertretende Fehler auch nicht geltend machen, hätte dies doch dem Vorbringen und Rechtsstandpunkt seiner dortigen Hauptpartei widersprochen. Aus dem Vorprozess folgt daher keine Bindungswirkung für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses der Streitteile, namentlich für die Frage, ob die Klägerin die von den Beklagten behaupteten Fehlleistungen (insbesondere falsche Ausführungspläne, falsche Anweisungen und falsches Material) zu vertreten hat; dies wird im fortgesetzten Verfahren zu beurteilen sein. Resultiert daraus eine Sachfälligkeit der Beklagten, ist ein allenfalls gegebenes Verschulden der Klägerin gemäß § 1304 ABGB zu veranschlagen.

2. Für die Kosten des Passivprozesses der Klägerin trifft den Zweitbeklagten die Kostenersatzpflicht dann, wenn seine Leistung gemessen an den gegenüber der Klägerin übernommenen Vertragspflichten mangelhaft war. Ein allfälliges Mitverschulden der Klägerin ist gemäß § 1304 ABGB zu berücksichtigen.

3. Für ein im Vorprozess unterlassenes Rechtsmittel trifft die Klägerin keine (zusätzliche) Mitverantwortung unter dem Titel der Verletzung der Schadensminderungspflicht.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die Bindewirkung soll für Nebenintervenienten jedenfalls bestehen, dh auch dann, wenn der Streitverkündete auf der Gegenseite beitrifft: „Der Nebenintervenient kann auch an Feststellungen des Erstprozesses gebunden sein, wenn er im Erstprozess auf Seiten der Partei beitrifft, die ihm nicht den Streit verkündet hatte, und ih[n] diese Hauptpartei nun in Anspruch nimmt“ (OGH 28.11.2007 7 Ob 159/07v; veröffentl: SZ 2007/187).

Hier stellt sich die Frage, wie sich diese Bindewirkung mit § 12 ABGB „verträgt“: „Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und [...] in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile [...] können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden“. Dabei ist zu bemerken, dass die Judikatur (allerdings nur teilweise) nicht einmal bei einer Teileinklagung eine umfassende Bindewirkung für Folgeprozesse der Prozessgegner annimmt (vgl zB OGH 16.09.2008 1 Ob 50/08x: „Eine Teileinklagung erfasst nur den geltend gemachten Anspruchsteil“). Es stellt sich diesbezüglich die Frage, ob die Bindungswirkung für den „Streithelfer“ stärker sein soll, als für den Prozessgegner. Und es stellt sich weiter die Frage, ob eine Streitverkündung alleine (also ohne Beitritt oder im Fall des Beitritts auf der Gegenseite) anders zu werten ist, als eine Nebenintervention ohne Streitverkündung.

Auf den ersten Blick erscheint es zunächst wohl selbstverständlich, dass der Streitverkündete im Folgeprozess Einwendungen erheben kann, die er im Vorprozess nicht vorbringen konnte, weil sie dem Vorbringen seiner Hauptpartei widersprochen hätten – entsprechend dürfte es wohl keine Bindungswirkung von Feststellungen geben, gegen deren Zustandekommen er nichts unternehmen konnte („Es besteht jedoch keine Bindung an Feststellungen, die der Nebenintervenient wegen entsprechenden Vorbringens „seiner“ Hauptpartei nicht bekämpfen konnte“ (OGH 07.08.2007 4 Ob 111/07p)).

Nun erscheint es aber offensichtlich so, als könnte sich ein Betroffener ziemlich frei aussuchen, auf welcher Seite er beitrifft. „Bei der Beurteilung, ob die Nebenintervention zuläs-

sig ist, ist kein strenger Maßstab anzulegen. Es genügt, dass der Rechtsstreit die Rechts-sphäre des Nebenintervenienten berührt und sich daraus ein rechtlich begründeter Anlass ergibt, das Obsiegen einer Partei herbeizuführen. Das rechtliche Interesse besteht, wenn die Entscheidung sich nicht nur wirtschaftlich, sondern zumindest mittelbar auch auf seine rechtlichen Verhältnisse günstig oder ungünstig auswirkt“ (OGH 8 Ob 2/14y). Im zuletzt zitierten Verfahren wurde der Beitritt einer örtlichen Bauaufsicht („ÖBA“) auf der Seite des Bauunternehmers allein schon deswegen zugelassen, weil der Bauunternehmer das Vorliegen von Mängeln bestritten hat und dieser Umstand – also das Fehlen von (gegebenenfalls vom Bauunternehmer zu vertreten!) Mängeln – im Interesse der ÖBA liegen kann (ohne dass die ÖBA das Vorliegen von Mängeln bestritten hat). Darauf, dass sich die ÖBA ja auch auf eine Regresspflicht aufgrund der Solidarhaftung als Mitschädiger stützen könnte, wurde – trotz Erwähnung – in der Entscheidung gar nicht mehr eingegangen.

Die Entscheidung des Streitverkündeten, auf welcher Seite er beitrifft, bewirkt also, welches Vorbringen er im Vorprozess nicht erstatten kann. Er kann sich also aussuchen, welche Bindungswirkung nicht eintreten soll.

Einer streitverkündeten ÖBA ist unter Berücksichtigung der Bindungswirkung also vielleicht zu raten, auf der Seite des Bauunternehmers (also nicht auf der Seite des Bauherrn, den sie ja eigentlich unterstützen und dessen Interessen sie definitionsgemäß zu vertreten hat!) beizutreten. Dies sei an zwei Fällen exemplarisch dargestellt:

Erster Fall: Im Erstprozess zwischen Bauherrn und Bauunternehmer geht es darum, ob eine bestimmte Leistung des Bauunternehmers vom Bauherrn (wohl durch die von diesem bevollmächtigte ÖBA) bestellt (oder zumindest nachträglich genehmigt) wurde.

Tritt die ÖBA nicht dem Bauunternehmer, auf dessen Seite sie beigetreten ist, entgegen vorbringen, dass dem tatsächlich eben nicht so gewesen sei. Unterliegt der Bauunternehmer im Erstprozess (weil festgestellt wird, dass die

Leistung nicht bestellt bzw genehmigt worden war), so ist ein Regressprozess des Bauunternehmers wohl nur ausnahmsweise (etwa wenn die ÖBA falsus procurator war) denkbar. Und wenn, dann ist die ÖBA nicht durch eine Bindungswirkung gehindert vorzubringen, dass eine Bestellung des Bauherrn vorgelegen sei, weil sie das ja im Erstprozess nicht vorbringen konnte. Unterliegt jedoch der Bauherr, so scheidet in dessen Regressprozess gegen die ÖBA eine Bindungswirkung ebenfalls aus; die ÖBA kann also durchaus behaupten, sie habe die dem Bauherrn nicht genehme Leistung gar nicht für diesen bestellt, obwohl sie dies im Erstprozess nicht vorgebracht hat.

Geht es im Erstprozess zB um eine Schlechtleistung des Bauunternehmers, so kann die ÖBA nicht dem Bauunternehmer, auf dessen Seite sie beigetreten ist, entgegen vorbringen, dass eine solche sehr wohl gegeben war. Unterliegt der Bauunternehmer im Erstprozess (weil festgestellt wird, dass seine Leistung nicht vertragskonform war), so ist ein Regressprozess des Bauunternehmers gegen die ÖBA als solidarisch haftender Schädiger durchaus denkbar. In einem solchen ist die ÖBA aber nicht belastet durch eine Bindungswirkung: Diese würde sie nur hindern vorzubringen, dass Mängel vorliegen. Dass Mängel vorliegen ist aber gerade der Grund für die gesamte Prozessführung. Unterliegt jedoch der Bauherr, so scheidet ein in einem Regress-

prozess gegen die ÖBA eine Bindungswirkung aus; die ÖBA kann also durchaus behaupten, sie habe die dem Bauherrn nicht genehme Leistung gar nicht für diesen bestellt, obwohl sie dies im Erstprozess nicht vorgebracht hat.

Das mutet nun im Ergebnis wohl dann sehr seltsam an, wenn der Bauherr der ÖBA den Streit verkündet hat und diese daraufhin auf der Seite des Bauunternehmers dem Streit beigetreten ist. Das Problem stellt sich allerdings nicht, wenn man die Streitverkündung als die Bindewirkung auslösend sieht– und nicht den Streitbeitritt. MaW: Der Streitverkündete soll sich überlegen, auf wessen Seite er beitrifft. Nimmt er sich dadurch, dass er auf der „anderen“ Seite beitrifft, die Möglichkeit, bestimmtes Vorbringen zu erstatten, so ist das eben „sein Pech“. Immerhin: Er wurde ja um Streithilfe gebeten und er hat sich dagegen entschieden.

Es ist aber natürlich denkbar, dass die ÖBA sehr wohl (auch) Regressansprüche des Bauunternehmers fürchten muss: Etwa weil sie von diesem als gegenüber dem Bauherrn solidarisch haftender Schädiger in Anspruch genommen wird (vgl zB OGH 15.05.2012 3 Ob 55/12b). Die ÖBA kann durchaus ein Interesse am Obsiegen des Bauunternehmers haben, wenn sie etwa die Meinung vertritt, dass behauptete Fehlleistungen des Bauunternehmers gar nicht vorliegen, womit auch keine mangelhafte Aufsicht gegeben sein kann.