

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Alexandra Slama, Rechtsanwältin in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei J\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch WT Tautschnig Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Klagenfurt, wegen 31.000 EUR sA, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 20. Dezember 2012, GZ 7 R 42/12v-21, womit infolge Rekurses der klagenden Partei der Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt vom 28. Juni 2012, GZ 25 Cg 17/12g-13, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, folgenden

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Der außerordentliche Revisionsrekurs der beklagten Partei wird zurückgewiesen.

### **B e g r ü n d u n g :**

Das beklagte Rauchfangkehrerunternehmen erhielt von einer Wohnungseigentümergeinschaft nach Umbauarbeiten in der Wohnhausanlage (Errichtung eines neuen zweiten Obergeschoßes) den Auftrag zur Überprüfung der umgebauten und teilweise neu errichteten Rauch- bzw Abgasfänge. Etwa ein Jahr nach Durchführung der Überprüfung kam es zu einem Brand im Dachbereich, dessen Ursache auf eine unsachgemäße Kamindämmung zurückgeführt wurde.

Die klagende Gebäudeversicherung, auf die der Anspruch eines bei ihr versicherten Wohnungseigentümers nach § 67 VersVG übergegangen ist, begehrt mit ihrer Klage Schadenersatz von der Beklagten mit der Behauptung, diese habe die beauftragten Arbeiten sorgfaltswidrig durchgeführt. Dem Einwand der Beklagten, sie sei als zuständiges Rauchfangkehrerunternehmen aufgrund § 33 Kärntner Bauordnung für die hoheitlich vorgesehene Befundung einer Abgasanlage herangezogen worden, weshalb der Rechtsweg nach § 9 Abs 5 AHG unzulässig sei, hielt sie entgegen, die Wohnungseigentümergeinschaft habe nicht nur einen Auftrag zur Befundung nach der Kärntner Bauordnung, sondern den Auftrag erteilt, die Betriebssicherheit der gesamten Feuerungsanlage zu überprüfen. Die Befundung gemäß § 33 Kärntner Bauordnung allein garantiere noch nicht die Betriebssicherheit, weshalb der der Beklagten erteilte Prüfauftrag darüber hinausgegangen sei.

Das Erstgericht wies die Klage wegen der Unzulässigkeit des Rechtswegs zurück. Es stellte fest, dass die Beklagte von der Marktgemeinde feuerpolizeiliche Aufgaben übernommen und eine nach § 33 Kärntner

Bauordnung vorgeschriebene Befundung durchgeführt habe. Ein Rauchfangkehrer sei aber Organ iSd § 1 Abs 2 AHG, soweit er hoheitliche Aufgaben erbringe. Das Vorbringen der Klägerin, die Beklagte habe den privatrechtlichen Auftrag gehabt, generell die ordnungsgemäße Errichtung und Betriebssicherheit zu prüfen, begründe keine über hoheitliche Aufgaben hinausgehende Tätigkeit und damit auch keine gesonderte Haftung.

Das Rekursgericht gab einem Rekurs der Klägerin teilweise Folge und bestätigte die Zurückweisung der Klage, soweit sie sich auf die Verletzung von Pflichten aus § 33 Kärntner Bauordnung gründet; im Übrigen, also soweit sich die Klage auf eine privatrechtliche Vereinbarung stützt, hob es den erstgerichtlichen Beschluss auf und trug dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens auf. Das Rekursgericht sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Die Beklagte sei im Rahmen der Befunderstellung nach § 33 Kärntner Bauordnung hoheitlich tätig geworden. Soweit ihr aber der Auftrag erteilt worden sei, auch ganz allgemein die Ausführung und Betriebssicherheit der Anlage zu überprüfen, stehe dies in keinem untrennbaren Zusammenhang mit ihren hoheitlichen Aufgaben und könne daher eine privatrechtliche Schadenersatzhaftung begründen. Abschluss und Inhalt eines solchen Zusatzauftrags seien im fortgesetzten Verfahren zu klären. Falls kein solcher Zusatzauftrag feststellbar sei, sei die Klage zurückzuweisen.

Gegen den aufhebenden Teil dieser Entscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Beklagten.

Das Rechtsmittel ist jedenfalls unzulässig.

1.1. Die Anfechtbarkeit eines rekursgerichtlichen Aufhebungsbeschlusses setzt einen Ausspruch über die Zulässigkeit des Rekurses an den Obersten Gerichtshof voraus (§ 527 Abs 2 ZPO; *Zechner in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> IV/1 § 527 ZPO Rz 7; vgl RIS-Justiz RS0106122 und RS0043986).

1.2. Diese Regelung gilt nur für „echte“ Aufhebungsbeschlüsse. Ein solcher liegt vor, wenn dem Erstgericht vom Rekursgericht eine neuerliche, nach Ergänzung des Verfahrens zu fällende Entscheidung aufgetragen wurde (vgl RIS-Justiz RS0106122). Es ist bloß wesentlich, ob die Ergänzung nach der Überzeugung des Rekursgerichts notwendig ist (*Zechner* aaO unter Hinweis auf RIS-Justiz RS0044053).

1.3. Auf die Gründe der Aufhebung kommt es nicht an. Wesentlich für die Anwendung des § 527 Abs 2 ZPO ist lediglich, dass eine neuerliche, dieselbe Frage betreffende Entscheidung aufgetragen wird, das Rekursgericht also selbst nicht sachlich entscheidet (vgl RIS-Justiz RS0044102 [T1]).

1.4. Wenn die erste Instanz die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen hat und die zweite Instanz diesen Beschluss aufhebt und dem Erstgericht die abgesonderte Verhandlung und neuerliche Entscheidung über die Einrede aufträgt, ist ein Rekurs gegen diesen Beschluss der zweiten Instanz nur dann zulässig, wenn ein Rechtskraftvorbehalt aufgenommen wurde, da keine in die Form der Aufhebung gekleidete Abänderung des erstgerichtlichen Beschlusses, sondern eine Aufhebung im technischen Sinne vorliegt (RIS-Justiz RS0044142).

2.1. Mit dem bekämpften aufhebenden Teil seines Beschlusses hat das Rekursgericht über die Zulässigkeit des Rechtswegs, soweit sich der Klagsanspruch auf die Verletzung einer privatrechtlichen Vereinbarung und nicht auf die

Verletzung von Pflichten aus § 33 Kärntner Bauordnung gründet, nicht endgültig abgesprochen, sondern das Verfahren insoweit zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

2.2. Mangels Ausspruchs eines Rechtskraftvorbehalts nach § 527 Abs 2 ZPO in der bekämpften Entscheidung ist das Rechtsmittel der Beklagten daher jedenfalls unzulässig.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 19. März 2013  
Dr. S c h e n k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: