

# TE OGH 2004/4/29 6Ob309/02p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.04.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Erwin L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ernst Gruber, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien

1. F\*\*\*\*\*-Bau GmbH & Co KG, \*\*\*\*\* 2. Florian H\*\*\*\*\* sen., ebenda, 3. Karl B\*\*\*\*\*, 4. P\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* und 5. F\*\*\*\*\*-Bau GmbH, \*\*\*\*\* die erst-, die zweit- und die fünftbeklagte Partei vertreten durch Dr. Peter Schobel, Rechtsanwalt in St. Pölten, die dritt- und die viertbeklagte Partei vertreten durch Dr. Johann Gelbmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen 43.603 EUR sA und Feststellung, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 19. September 2002, GZ 1 R 138/02z-26, womit das Teilurteil des Landesgerichtes St. Pölten als Handelsgericht vom 24. April 2002, GZ 2 Cg 200/00y-20, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird, soweit sie sich gegen die Bestätigung der Abweisung des gegen den Drittbeklagten gerichteten Klagebegehrens richtet, mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen. Die außerordentliche Revision wird, soweit sie sich gegen die Bestätigung der Abweisung des gegen den Drittbeklagten gerichteten Klagebegehrens richtet, mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

Im Übrigen wird der außerordentlichen Revision, soweit sie gegen die Bestätigung der Abweisung des gegen den Zweitbeklagten erhobenen Klagebegehrens gerichtet ist, Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden in diesem Umfang aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger schloss im Februar 1989 mit der F\*\*\*\*\*-Baugesellschaft mbH einen Vertrag über die Errichtung eines Wochenendhauses ab. Das Haus wurde 1989 errichtet. Die Bauleitung hatte der bei der Werkunternehmerin als Bauleiter beschäftigte Drittbeklagte inne. Etwa 1990/91 traten Mängel an dem Haus, vor allem in Form von Setzungen auf. Der Kläger unterrichtete den Drittbeklagten von den Mängeln. Dieser schlug zunächst vor, ein bis zwei Jahre

abzuwarten, ob sich das Haus weiter bewege oder nicht. 1991 wurde ein Riss an der Trennfuge behoben. 1993 wurde ein Sachverständigengutachten eingeholt, aufgrund dessen mehrere Sanierungsmaßnahmen stattfanden, insbesondere wurden Brunnenfundamente hergestellt.

Die F\*\*\*\*\*-Baugesellschaft mbH - die Vertragspartnerin des Klägers - wurde 1994 in die B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG umgewandelt, deren Gesellschafter der Zweitbeklagte und Berta H\*\*\*\*\* waren. Die Umwandlung wurde am 1. 10. 1994 in das Firmenbuch eingetragen. Die offene Handelsgesellschaft wurde in eine Kommanditgesellschaft (GmbH & Co KG) - die Erstbeklagte - umgestaltet. Diese Rechtsform besteht seit 1. 1. 1995. Der Zweitbeklagte und Berta H\*\*\*\*\* wurden Kommanditisten und die am 20. 12. 1994 in das Firmenbuch eingetragene fünftbeklagte Gesellschaft mbH einzige Komplementärin der Gesellschaft. Die Änderungen wurden am 10. 3. 1995 in das Firmenbuch eingetragen. Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft ist seit 20. 12. 1994 der Zweitbeklagte.

Etwa 1997/98 wurde festgestellt, dass trotz der Brunnenfundamente wieder Setzungen des Hauses des Klägers aufgetreten waren. Der Kläger schlug dem Drittbeklagten die Sanierung in Form einer Pfahlfundierung vor, was diesem auch vernünftig erschien. In der Folge teilte der Drittbeklagte dem Kläger mit, dass jenes Unternehmen, an das er sich wegen einer derartigen Sanierung gewandt habe, erklärt habe, es sei dem Unternehmen unmöglich, mit Maschinen zuzufahren; er werde sich weiter darum kümmern.

Die Erstbeklagte bzw deren Rechtsvorgängerin hat die Gewährleistungsfrist gegenüber dem Kläger jeweils um ein Jahr verlängert, wobei diese Schriftstücke bis zum Jahr 1998 vom Drittbeklagten namens der Erstbeklagten unterfertigt wurden. Nachdem das Dienstverhältnis des Drittbeklagten mit der Erstbeklagten zum 30. 6. 1999 beendet worden war, trat der Drittbeklagte am 1. 7. 1999 bei der Viertbeklagten ein.

Mit Schreiben vom 12. 8. 1999 teilte die Erstbeklagte dem Kläger mit, dass die Gewährleistung bis 15. 8. 2000 verlängert werde, da die vom Kläger gemeldete Mängelbehebung (Schreiben vom 10. 8. 1993) noch nicht abgeschlossen sei. Dieses Schreiben wurde nicht mehr vom Drittbeklagten unterfertigt. Dieser hatte anlässlich seines Ausscheidens die Geschäftsleitung der Erstbeklagten darauf hingewiesen, dass die Verlängerung der Gewährleistungsfrist noch offen sei. Zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt, jedenfalls bereits nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen der Erstbeklagten, informierte der Drittbeklagte den Kläger, der ihn angerufen hatte, darüber, dass er nicht mehr im Unternehmen der Erstbeklagten beschäftigt sei.

Im Jahr 1999 schloss die Erstbeklagte mit der Viertbeklagten einen Kaufvertrag ab, mit welchem sämtliche damals offenen Baustellen - ausgenommen jene, auf welchen nur mehr geringfügige Restleistungen offen waren - an die Viertbeklagte und die Marke "P\*\*\*\*\*" übertragen wurden. Die Dienstverhältnisse der Erstbeklagten zu ihren Dienstnehmern wurden aufgelöst. Am 13. 6. 2001 wurde über das Vermögen der Viertbeklagten der Konkurs eröffnet.

Mit seiner am 10. 8. 2000 beim Erstgericht eingebrachten Klage begehrt der Kläger zuletzt (ON 13, S 5; ON 19, S 12) von der Erst-, dem Zweit- und der Fünftbeklagten zur ungeteilten Hand Zahlung von 600.000 S samt Anhang, vom Drittbeklagten Zahlung von 500.000 S samt Anhang, vom Viertbeklagten Zahlung von 500 S samt Anhang und die Feststellung, dass die Beklagten dem Kläger für sämtliche über den Betrag von 600.000 S samt Anhang hinausgehenden Schaden aus Warnpflichtverletzung und nicht vertragsgemäßer Errichtung des Fundamentes des Hauses, die sich erst künftig herausstellen, und der Drittbeklagte und die Viertbeklagte dem Kläger für über das gegen sie erhobene Zahlungsbegehren hinausgehende Schäden aus Warnpflichtverletzung und nicht vertragsgemäße Errichtung des Fundamentes des Hauses, soweit diese Schäden nicht bei den übrigen Beklagten einbringlich sind, haften.

Dazu brachte er - soweit im Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen vor:

Er habe den vereinbarten Werklohn von 562.696 S bezahlt. Das Haus sei vertragswidrig ohne ausreichende Fundierung und mit einer zu dünnen Fundamentplatte errichtet worden. Die Senkung des Hauses sei für einen Bauexperten vorhersehbar gewesen. Wäre dem Kläger vor Baubeginn mitgeteilt worden, dass eine aufwendige Fundamentierung mit zusätzlichen Kosten von mindestens 250.000 S erforderlich sei, hätte er das Haus nicht errichtet. Insoweit sei die Warnpflicht verletzt worden. Wäre eine ausreichend starke Fundamentplatte errichtet worden, könnte der Setzungsvorgang durch Brunnenfundamente aufgefangen werden. Dieser Sanierungsweg sei versperrt und ein Auffangen der Setzung mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln wohl schwer möglich. Laufende Reparaturarbeiten in der Zukunft seien zu erwarten. Der Kläger könne nicht abschätzen, welche Arbeiten technisch geboten seien, um das Haus auf Dauer zu stabilisieren. Ob tatsächlich Sanierungskosten von 600.000 S mehr oder weniger erforderlich sein

werden oder eine Bauleistung im Wert von 600.000 S endgültig unbrauchbar geworden sei und noch Abbruch- und Entsorgungskosten anfallen würden, werde ein Sachverständigengutachten klären. Der Kläger mache als Klagsgrund einen Preisminderungsanspruch, einen Wandlungsanspruch und einen Schadenersatzanspruch geltend. Zur Zeit der Führung der Firma B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG habe die Erstbeklagte einen Mängelbehebungsversuch unternommen, indem Brunnenfundamente errichtet worden seien. Der Kläger und die B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG hätten sich darauf geeinigt, dass nach Errichtung dieser Brunnenfundamente zunächst keine weiteren Verbesserungs- bzw Mängelbehebungsansprüche fällig seien, sondern dass man sogenannte "Spione" setze und beobachte, ob durch die Brunnenfundamente die Setzung letztlich aufhöre. Die Beklagten hätten angenommen und gegenüber dem Kläger behauptet, dass die danach aufgetretene Setzung nur vorübergehend sei. Der Kläger habe der Hinausschiebung der Fälligkeit zugestimmt, weil er sich auf Fachleute, als die sich die Beklagten, insbesondere der Drittbeklagte, ausgegeben hätten, verlassen habe. 1999 habe der Kläger dann die endgültige Reparatur verlangt, weil er vermutet habe, dass man ihn lediglich verträsten wolle. Der Zweitbeklagte hafte fünf Jahre ab Fälligkeitstellung der gegen die OHG entstandenen oder bestandenen Verbindlichkeiten solidarisch. Im Übrigen habe er im Zusammenwirken mit dem Drittbeklagten dafür gesorgt, den Kläger unter Vorspiegelung einer erfolgten mangelfreien Reparatur von der Geltendmachung der Ansprüche abzuhalten, sodass die Einwendung der Verjährung sittenwidrig sei. Die Vorgangsweise beim Verträsten des Klägers und bei den untauglichen Mängelbehebungsversuchen sei darauf angelegt gewesen, den Zweitbeklagten und seine Ehefrau aus der persönlichen Haftung als offene Gesellschafter "entwischen" und sie ihr Vermögen verbringen zu lassen. Nachdem dieser Plan gelungen sei, habe man sich um die Behebung der Mängel des Hauses des Klägers nicht mehr gekümmert. Der Kläger habe erst 1999 Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangt. Sämtliche Parteien hätten gemeinsam daran mitgewirkt, die Einbringlichkeit der Forderungen des Klägers zu vereiteln. Der Haftungsfonds der Erst- und der Fünftbeklagten sei praktisch null, sodass die Forderung gegen diese Parteien nicht einbringlich sei. Das Unternehmen der Erstbeklagten sei so wenig ertragreich gewesen, dass nicht mit erfolgreicher Exekution gegen die Erst- und die Fünftbeklagte gerechnet werden könne. Der Kläger habe bisher angenommen, dass es sich um ein wertvolles Unternehmen handle und Vermögen vorhanden sei. Der Schaden sei durch die Hinhaltenaktik des Drittbeklagten im Zusammenhang mit dem Zweitbeklagten in Höhe von 600.000 S in Form der Gewährleistungsansprüche des Klägers bereits eingetreten. Hätte der Kläger 1995 die Gewährleistungsansprüche geltend gemacht, dann hätten sie noch einbringlich gemacht werden können. Der Zweit- und der Drittbeklagte hätten den Schaden gezielt durch Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine GmbH herbeigeführt und gemeinsam darauf hingearbeitet, den Kläger bis zum Ablauf der Fünfjahresfrist ab Umwandlung von der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Erstbeklagte und die offene Handelsgesellschaft abzuhalten. Der Drittbeklagte habe dies für möglich gehalten und sich damit abgefunden. Der Einwand der Verjährung und der Präklusion sei daher sittenwidrig. Die Beklagten beantragten, das Klagebegehren abzuweisen. Ansprüche des Klägers gegen die Erst- und die Fünftbeklagte und gegen den Zweitbeklagten seien verjährt. Der Drittbeklagte habe gegenüber dem Kläger keine Haftungserklärung abgegeben. Die Viertbeklagte habe im April 1999 von der Erstbeklagten diverse Werkaufträge zur Ausführung und Fertigstellung übernommen, das Recht zur Führung der Marke "P\*\*\*\*\*" erworben und den Drittbeklagten eingestellt. Diese Vereinbarungen seien keineswegs geschlossen worden, um dem Kläger den Haftungsfonds zu entziehen, sondern um mit dem Erworbenen zu wirtschaften und Gewinne zu erzielen. Der Kläger sei der Viertbeklagten zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt gewesen. Dem Drittbeklagten und der Viertbeklagten seien die Vermögensverhältnisse der übrigen Beklagten nicht bekannt. Sie hätten keine Kenntnis über mangelndes Vermögen oder drohende Insolvenz.

Das Erstgericht wies mit Teilurteil das gegen den Zweit- und den Drittbeklagten gerichtete Klagebegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen. Rechtlich führte es aus, das Beweisverfahren habe keinen Anhaltspunkt für das Vorliegen von Tatsachen ergeben, aus welchen die Haftung des Zweit- oder des Drittbeklagten für die in erster Linie gegen die Rechtsnachfolgerin seiner Vertragspartnerin, der Erstbeklagten, gerichteten Ansprüche des Klägers abgeleitet werden könnten. Der gegen den Zweit- und den Drittbeklagten gerichtete Klagsanspruch beruhe auf der Hypothese, dass der Kläger seine Gewährleistungs- bzw Schadenersatzansprüche gegen die Erstbeklagte und gegen die Fünftbeklagte als deren Komplementärin nicht mehr durchsetzen könne, weil diese ihr wesentliches Vermögen an die Viertbeklagte übertragen hätten. Dass gegen die Erst- und Fünftbeklagte bereits erfolglos Exekution geführt worden wäre oder aus sonstigen Umständen auf deren Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden könnte, habe der Kläger nicht behauptet. Selbst aus der Parteiaussage des Klägers ließen sich keine Anhaltspunkte für ein doloses Vorgehen des Zweit- oder des Drittbeklagten gewinnen. Es sei naheliegend, dass der Drittbeklagte zunächst um eine

Sanierung der bestehenden Mängel bemüht gewesen sei. Im Übrigen habe der Kläger nach seiner Parteiaussage noch im Juli 1999 eine bestimmte Art der Sanierung vorgeschlagen. Dies zeige, dass beide Teile auch nach dem Jahr 1995 vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen seien und der Kläger die Mängelbehebung durch die Erstbeklagte verlangt habe. Daraus, dass der Drittbeklagte als Angestellter der Erstbeklagten für diese gegenüber dem Kläger aufgetreten sei und Erklärungen abgegeben habe, könne eine Haftung des Drittbeklagten nicht abgeleitet werden. Dass er wissentlich unrichtige Zusagen gegenüber dem Kläger gemacht habe, sei nicht bewiesen. Aus der mehrfachen Änderung der Rechtsform der Erstbeklagten und ihres Firmenwortlauts könne auf ein Handeln zum Nachteil ihrer Gläubiger schon deshalb nicht geschlossen werden, weil diese Vorgänge erst durch die Eintragung im Firmenbuch wirksam würden und darüber hinaus die Haftung gegenüber dem Kläger durch die Rechtsnachfolge nicht berührt worden sei. Eine Vermögenstransaktion an die Viertbeklagte brächte nur dann einen Vermögensnachteil für den Kläger mit sich, wenn er nicht die Möglichkeit hätte, aus § 1409 ABGB abgeleitete Ansprüche gegen die Viertbeklagte durchzusetzen. Der Kläger habe erstmals mit dem Schriftsatz vom 13./15. 12. 2000 die Haftung des Zweitbeklagten auch darauf gestützt, dass dieser Gesellschafter der B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG gewesen sei. Am 10. 3. 1995 sei anstelle der offenen Handelsgesellschaft die Kommanditgesellschaft im Firmenbuch eingetragen und gleichzeitig die Funktion des Zweitbeklagten als persönlich haftender Gesellschafter gelöscht worden. Damit stehe Ansprüchen gegen den Zweitbeklagten aus Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft jedenfalls die vom Zweitbeklagten eingewendete Verjährung gemäß § 159 HGB entgegen. Der Zweitbeklagte habe auf den Einwand der Verjährung gegenüber den Klägern nicht verzichtet. Das Vorbringen des Klägers, der Zweit- und der Drittbeklagte hätten durch Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine GmbH (richtig Kommanditgesellschaft) seinen Schaden gezielt herbeigeführt und gemeinsam darauf hingearbeitet, ihn bis zum Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 159 HGB von der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Erstbeklagte und die offenen Gesellschafter abzuhalten, finde in den Beweisergebnissen keine Deckung. Es dürfe bezweifelt werden, dass dem Drittbeklagten die gegebenenfalls mögliche persönliche Haftung des Zweitbeklagten und die unter Umständen drohende Verjährung überhaupt bekannt gewesen seien. Der Zweitbeklagte habe nach den Verfahrensergebnissen den Drittbeklagten zu keiner bestimmten Vorgangsweise gegen den Kläger bestimmt und auf dessen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Hausbau und den nachfolgenden Sanierungsmaßnahmen keinen Einfluss genommen. Unabhängig vom Bestehen eines allfälligen Gewährleistungs- oder Schadenersatzanspruches des Klägers erweise sich somit der gegen den Zweit- und den Drittbeklagten geltend gemachte Anspruch dem Grunde nach als nicht gerechtfertigt. Das Erstgericht wies mit Teilurteil das gegen den Zweit- und den Drittbeklagten gerichtete Klagebegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen. Rechtlich führte es aus, das Beweisverfahren habe keinen Anhaltspunkt für das Vorliegen von Tatsachen ergeben, aus welchen die Haftung des Zweit- oder des Drittbeklagten für die in erster Linie gegen die Rechtsnachfolgerin seiner Vertragspartnerin, der Erstbeklagten, gerichteten Ansprüche des Klägers abgeleitet werden könnten. Der gegen den Zweit- und den Drittbeklagten gerichtete Klagsanspruch beruhe auf der Hypothese, dass der Kläger seine Gewährleistungs- bzw Schadenersatzansprüche gegen die Erstbeklagte und gegen die Fünftbeklagte als deren Komplementärin nicht mehr durchsetzen könne, weil diese ihr wesentliches Vermögen an die Viertbeklagte übertragen hätten. Dass gegen die Erst- und Fünftbeklagte bereits erfolglos Exekution geführt worden wäre oder aus sonstigen Umständen auf deren Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden könnte, habe der Kläger nicht behauptet. Selbst aus der Parteiaussage des Klägers ließen sich keine Anhaltspunkte für ein doloses Vorgehen des Zweit- oder des Drittbeklagten gewinnen. Es sei naheliegend, dass der Drittbeklagte zunächst um eine Sanierung der bestehenden Mängel bemüht gewesen sei. Im Übrigen habe der Kläger nach seiner Parteiaussage noch im Juli 1999 eine bestimmte Art der Sanierung vorgeschlagen. Dies zeige, dass beide Teile auch nach dem Jahr 1995 vom Vorliegen eines behebbaren Mangels ausgegangen seien und der Kläger die Mängelbehebung durch die Erstbeklagte verlangt habe. Daraus, dass der Drittbeklagte als Angestellter der Erstbeklagten für diese gegenüber dem Kläger aufgetreten sei und Erklärungen abgegeben habe, könne eine Haftung des Drittbeklagten nicht abgeleitet werden. Dass er wissentlich unrichtige Zusagen gegenüber dem Kläger gemacht habe, sei nicht bewiesen. Aus der mehrfachen Änderung der Rechtsform der Erstbeklagten und ihres Firmenwortlauts könne auf ein Handeln zum Nachteil ihrer Gläubiger schon deshalb nicht geschlossen werden, weil diese Vorgänge erst durch die Eintragung im Firmenbuch wirksam würden und darüber hinaus die Haftung gegenüber dem Kläger durch die Rechtsnachfolge nicht berührt worden sei. Eine Vermögenstransaktion an die Viertbeklagte brächte nur dann einen Vermögensnachteil für den Kläger mit sich, wenn er nicht die Möglichkeit hätte, aus Paragraph 1409, ABGB abgeleitete Ansprüche gegen die Viertbeklagte durchzusetzen. Der Kläger habe erstmals mit dem Schriftsatz vom 13./15. 12. 2000 die Haftung des

Zweitbeklagten auch darauf gestützt, dass dieser Gesellschafter der B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG gewesen sei. Am 10. 3. 1995 sei anstelle der offenen Handelsgesellschaft die Kommanditgesellschaft im Firmenbuch eingetragen und gleichzeitig die Funktion des Zweitbeklagten als persönlich haftender Gesellschafter gelöscht worden. Damit stehe Ansprüchen gegen den Zweitbeklagten aus Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft jedenfalls die vom Zweitbeklagten eingewendete Verjährung gemäß Paragraph 159, HGB entgegen. Der Zweitbeklagte habe auf den Einwand der Verjährung gegenüber den Klägern nicht verzichtet. Das Vorbringen des Klägers, der Zweit- und der Drittbeklagte hätten durch Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine GmbH (richtig Kommanditgesellschaft) seinen Schaden gezielt herbeigeführt und gemeinsam darauf hingearbeitet, ihn bis zum Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist des Paragraph 159, HGB von der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Erstbeklagte und die offenen Gesellschafter abzuhalten, finde in den Beweisergebnissen keine Deckung. Es dürfe bezweifelt werden, dass dem Drittbeklagten die gegebenenfalls mögliche persönliche Haftung des Zweitbeklagten und die unter Umständen drohende Verjährung überhaupt bekannt gewesen seien. Der Zweitbeklagte habe nach den Verfahrensergebnissen den Drittbeklagten zu keiner bestimmten Vorgangsweise gegen den Kläger bestimmt und auf dessen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Hausbau und den nachfolgenden Sanierungsmaßnahmen keinen Einfluss genommen. Unabhängig vom Bestehen eines allfälligen Gewährleistungs- oder Schadenersatzanspruches des Klägers erweise sich somit der gegen den Zweit- und den Drittbeklagten geltend gemachte Anspruch dem Grunde nach als nicht gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht gab der gegen die Abweisung des gegen den Zweitbeklagten gerichteten Zahlungs- und Feststellungsbegehrens und des gegen den Drittbeklagten gerichteten Feststellungsbegehrens erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichts als Ergebnis eines mangelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweiswürdigung. Rechtlich führte es aus, das Erstgericht habe zutreffend jegliches haftungsbegründendes Verhalten des Zweit- und des Drittbeklagten verneint. Das Beweisverfahren habe festgestelltermaßen keine Anhaltspunkte für irgendeine zwischen diesen abgesprochene "dolose Verschleierungs- und Hinhaltetaktik" ergeben. Es habe nicht verifiziert werden können, dass der Drittbeklagte dem Kläger gegenüber wissentlich unrichtige Zusagen betreffend die Sanierung des Hauses gemacht habe. Allfällige Ansprüche des Klägers gegen den Zweitbeklagten aus Verbindlichkeiten der B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG seien verjährt. Es könne nach den Feststellungen des Erstgerichts keine Rede davon sein, dass der Zweitbeklagte und der Drittbeklagte darauf hingearbeitet hätten, den Kläger bis zum Ablauf der Verjährungsfrist des § 159 HGB von der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Erstbeklagte und die OHG-Gesellschafter abzuhalten. Etwa 1990/91 seien erstmals Mängel am Haus durch Setzungen aufgetreten, womit die Fälligkeit des klägerischen Anspruches eingetreten sei. Durch die jährliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist bis letztlich 15. 8. 2000 sei lediglich der Beginn der Verjährungsfrist, nicht jedoch jener der Fälligkeit geändert worden. Im Jahre 1994 sei die "GmbH" vom Zweitbeklagten und seiner Ehefrau durch die von ihnen gegründete offene Handelsgesellschaft übernommen worden. Damit seien gemäß § 1409 ABGB auch der Anspruch des Klägers und somit auch der Zeitpunkt der Fälligkeit auf die OHG übergegangen. Dieser Vorgang habe sich mit der Gründung der Erstbeklagten per 10. 3. 1995 wiederholt. Da die Forthaftung des offenen Gesellschafters sinngemäß gelte, wenn der bisher unbeschränkt haftende Gesellschafter Kommanditist werde, habe die fünfjährige Verjährungsfrist des § 159 HGB mit dem Tag der Eintragung des Zweitbeklagten als Kommanditist am 10. 3. 1995 begonnen und am 10. 3. 2000 geendet. Das Berufungsgericht gab der gegen die Abweisung des gegen den Zweitbeklagten gerichteten Zahlungs- und Feststellungsbegehrens und des gegen den Drittbeklagten gerichteten Feststellungsbegehrens erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichts als Ergebnis eines mangelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweiswürdigung. Rechtlich führte es aus, das Erstgericht habe zutreffend jegliches haftungsbegründendes Verhalten des Zweit- und des Drittbeklagten verneint. Das Beweisverfahren habe festgestelltermaßen keine Anhaltspunkte für irgendeine zwischen diesen abgesprochene "dolose Verschleierungs- und Hinhaltetaktik" ergeben. Es habe nicht verifiziert werden können, dass der Drittbeklagte dem Kläger gegenüber wissentlich unrichtige Zusagen betreffend die Sanierung des Hauses gemacht habe. Allfällige Ansprüche des Klägers gegen den Zweitbeklagten aus Verbindlichkeiten der B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG seien verjährt. Es könne nach den Feststellungen des Erstgerichts keine Rede davon sein, dass der Zweitbeklagte und der Drittbeklagte darauf hingearbeitet hätten, den Kläger bis zum Ablauf der Verjährungsfrist des Paragraph 159, HGB von der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche gegen die Erstbeklagte und die OHG-Gesellschafter abzuhalten. Etwa 1990/91 seien erstmals Mängel am Haus durch Setzungen aufgetreten, womit

die Fälligkeit des klägerischen Anspruches eingetreten sei. Durch die jährliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist bis letztlich 15. 8. 2000 sei lediglich der Beginn der Verjährungsfrist, nicht jedoch jener der Fälligkeit geändert worden. Im Jahre 1994 sei die "GmbH" vom Zweitbeklagten und seiner Ehefrau durch die von ihnen gegründete offene Handelsgesellschaft übernommen worden. Damit seien gemäß Paragraph 1409, ABGB auch der Anspruch des Klägers und somit auch der Zeitpunkt der Fälligkeit auf die OHG übergegangen. Dieser Vorgang habe sich mit der Gründung der Erstbeklagten per 10. 3. 1995 wiederholt. Da die Forthaftung des offene Gesellschafter sinngemäß gelte, wenn der bisher unbeschränkt haftende Gesellschafter Kommanditist werde, habe die fünfjährige Verjährungsfrist des Paragraph 159, HGB mit dem Tag der Eintragung des Zweitbeklagten als Kommanditist am 10. 3. 1995 begonnen und am 10. 3. 2000 geendet.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers mit dem Antrag, die Urteile der Vorinstanzen im Sinn der Stattgebung der Klage (dem Grunde nach) gegen den Zweit- und den Drittbeklagten abzuändern.

Der Zweitbeklagte beantragt in der ihm freigestellten Revisionsbeantwortung, die außerordentliche Revision zurückzuweisen oder ihr nicht Folge zu geben.

Die außerordentliche Revision war in Ansehung des Drittbeklagten gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen. Insoweit bedarf dieser Beschluss keiner Begründung (§ 510 Abs 3 ZPO). Die außerordentliche Revision war in Ansehung des Zweitbeklagten gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückzuweisen. Insoweit bedarf dieser Beschluss keiner Begründung (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Im Übrigen ist die außerordentliche Revision zulässig und im Sinn eines in jedem Abänderungsantrag enthaltenen Aufhebungsantrags auch berechtigt.

Die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor. Diese Beurteilung bedarf keiner Begründung (§ 510 Abs 3 ZPO). Die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor. Diese Beurteilung bedarf keiner Begründung (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Der Revisionswerber macht in der Rechtsrüge zusammengefasst geltend:

Nach den Feststellungen sei etwa erst 1997/98 klar geworden, dass sich die Setzungen trotz der Reparaturmaßnahmen der Beklagten fortsetzten. Vorher könne eine Kenntnis von Schaden und Schädiger nicht vorgelegen sein. Damit hätte die Verjährungsfrist nach § 159 Abs 3 HGB erst zu laufen begonnen. Der Zweitbeklagte könne sich aber auf § 159 HGB nicht berufen, weil der Mangel am Haus schon vorhanden gewesen sei, als die offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt worden sei, der Zweitbeklagte ohnehin Geschäftsführer und Gesellschafter der umgewandelten Gesellschaft geblieben und mit der Verlängerung der Gewährleistungs- und damit auch der Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Gewährleistungspflicht einverstanden gewesen sei. Nach den Feststellungen sei etwa erst 1997/98 klar geworden, dass sich die Setzungen trotz der Reparaturmaßnahmen der Beklagten fortsetzten. Vorher könne eine Kenntnis von Schaden und Schädiger nicht vorgelegen sein. Damit hätte die Verjährungsfrist nach Paragraph 159, Absatz 3, HGB erst zu laufen begonnen. Der Zweitbeklagte könne sich aber auf Paragraph 159, HGB nicht berufen, weil der Mangel am Haus schon vorhanden gewesen sei, als die offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt worden sei, der Zweitbeklagte ohnehin Geschäftsführer und Gesellschafter der umgewandelten Gesellschaft geblieben und mit der Verlängerung der Gewährleistungs- und damit auch der Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Gewährleistungspflicht einverstanden gewesen sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Hiezu wurde erwogen:

Vorweg ist festzuhalten, dass die vom Kläger aus der Schlechterfüllung des 1989 geschlossenen Werkvertrags abgeleiteten Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nach der vor dem 1. 1. 2002 geltenden Rechtslage zu beurteilen sind, weil das am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz - GewRÄG, BGBl I 2001/48, gemäß seinem Art IV auf Verträge anzuwenden ist, die nach dem 31. 12. 2001 geschlossen werden. Vorweg ist festzuhalten, dass die vom Kläger aus der Schlechterfüllung des 1989 geschlossenen Werkvertrags abgeleiteten

Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nach der vor dem 1. 1. 2002 geltenden Rechtslage zu beurteilen sind, weil das am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz - GewRÄG, BGBl römisch eins 2001/48, gemäß seinem Art römisch IV auf Verträge anzuwenden ist, die nach dem 31. 12. 2001 geschlossen werden.

Die Gesellschaft mbH, die mit dem Kläger den Werkvertrag schloss, wurde nach dem Umwandlungsgesetz 1954 durch die Übertragung ihres Unternehmens auf die neu errichtete B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG umgewandelt. Mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses erlosch die Gesellschaft mbH und entstand die offene Handelsgesellschaft, auf die das Unternehmen der Gesellschaft mbH durch Gesamtrechtsnachfolge überging (§ 5 Abs 1 iVm § 7 Abs 1, 3 und 4 UmwG 1954; Reich-Rohrwig<sup>1</sup>, GmbH-Recht 756). Das bedeutet, dass die Rechtsverhältnisse, in denen die - mit der Umwandlung aufgelöste - Gesellschaft zu Dritten stand, fortan in der Gestalt des Nachfolgeunternehmers fortbestanden. Die offene Handelsgesellschaft wurde Vertragspartner und damit auch der eigentliche Schuldner des Klägers, insbesondere in Bezug auf die aus dem Mangel des Werks abgeleiteten Ansprüche. Ein Rückgriff auf § 1409 ABGB ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - deshalb entbehrlich. Für die auf die offene Handelsgesellschaft übergegangenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Kläger aus dem Werkvertrag haftete der Zweitbeklagte gemäß § 128 HGB als Gesamtschuldner persönlich. Die Gesellschaft mbH, die mit dem Kläger den Werkvertrag schloss, wurde nach dem Umwandlungsgesetz 1954 durch die Übertragung ihres Unternehmens auf die neu errichtete B. u. F. H\*\*\*\*\* OHG umgewandelt. Mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses erlosch die Gesellschaft mbH und entstand die offene Handelsgesellschaft, auf die das Unternehmen der Gesellschaft mbH durch Gesamtrechtsnachfolge überging (Paragraph 5, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 7, Absatz eins,, 3 und 4 UmwG 1954; Reich-Rohrwig<sup>1</sup>, GmbH-Recht 756). Das bedeutet, dass die Rechtsverhältnisse, in denen die - mit der Umwandlung aufgelöste - Gesellschaft zu Dritten stand, fortan in der Gestalt des Nachfolgeunternehmers fortbestanden. Die offene Handelsgesellschaft wurde Vertragspartner und damit auch der eigentliche Schuldner des Klägers, insbesondere in Bezug auf die aus dem Mangel des Werks abgeleiteten Ansprüche. Ein Rückgriff auf Paragraph 1409, ABGB ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - deshalb entbehrlich. Für die auf die offene Handelsgesellschaft übergegangenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Kläger aus dem Werkvertrag haftete der Zweitbeklagte gemäß Paragraph 128, HGB als Gesamtschuldner persönlich.

Durch die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft (hier: GmbH & Co KG) wird zwar die Rechtsform der Gesellschaft, nicht aber auch die Identität des Rechtssubjekts geändert (SZ 70/197 mwN; U. Torggler/H. Torggler in Straube<sup>3</sup>, HGB § 105 Rz 11). Die Umwandlung ist wie der Austritt eines bisher unbeschränkt haftenden Gesellschafters zu behandeln (SZ 70/197; SZ 60/104 je mwN). Soweit ein offener Gesellschafter für Gesellschaftsschulden im Zeitpunkt seines Ausscheidens haftet (§§ 128 bis 130 HGB), dauert die Haftung nach allgemeinen, durch § 159 Abs 1 HGB, zweite Alternative nur bestätigten Rechtsgrundsätzen fort (SZ 70/197 mwN; Koppensteiner in Straube<sup>3</sup>, HGB § 128 Rz 20). Die Forthaftung des ausgeschiedenen offenen Gesellschafters nach den §§ 128 und 159 HGB gilt sinngemäß, wenn der bisher unbeschränkt haftende Gesellschafter - wie hier der Zweitbeklagte - Kommanditist wird (SZ 70/197; 6 Ob 113/02i, Koppensteiner aaO § 128 Rz 20 und § 159 Rz 2; Jabornegg in Jabornegg, HGB § 159 Rz 8 f je mwN). Durch die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft (hier: GmbH & Co KG) wird zwar die Rechtsform der Gesellschaft, nicht aber auch die Identität des Rechtssubjekts geändert (SZ 70/197 mwN; U. Torggler/H. Torggler in Straube<sup>3</sup>, HGB Paragraph 105, Rz 11). Die Umwandlung ist wie der Austritt eines bisher unbeschränkt haftenden Gesellschafters zu behandeln (SZ 70/197; SZ 60/104 je mwN). Soweit ein offener Gesellschafter für Gesellschaftsschulden im Zeitpunkt seines Ausscheidens haftet (Paragraphen 128 bis 130 HGB), dauert die Haftung nach allgemeinen, durch Paragraph 159, Absatz eins, HGB, zweite Alternative nur bestätigten Rechtsgrundsätzen fort (SZ 70/197 mwN; Koppensteiner in Straube<sup>3</sup>, HGB Paragraph 128, Rz 20). Die Forthaftung des ausgeschiedenen offenen Gesellschafters nach den Paragraphen 128 und 159 HGB gilt sinngemäß, wenn der bisher unbeschränkt haftende Gesellschafter - wie hier der Zweitbeklagte - Kommanditist wird (SZ 70/197; 6 Ob 113/02i, Koppensteiner aaO Paragraph 128, Rz 20 und Paragraph 159, Rz 2; Jabornegg in Jabornegg, HGB Paragraph 159, Rz 8 f je mwN).

Die Forthaftung des in die Stellung eines Kommanditisten wechselnden offenen Gesellschafters beschränkt sich - wie beim ausscheidenden offenen Gesellschafter - auf diejenigen Gesellschaftsschulden, die im Zeitpunkt der Umwandlung seiner Mitgliedschaft in diejenige eines Kommanditisten begründet waren (Altverbindlichkeiten). Für die nach Umwandlung seiner Beteiligung begründeten Verbindlichkeiten haftet der Gesellschafter nur beschränkt im Sinne der §§ 171 f HGB. Der Eintritt der Haftungsbeschränkung steht allerdings unter dem Vorbehalt des § 15 HGB (SZ

60/104; SZ 70/197 je mwN; Habersack in GroßKzHGB4, § 128 Rz 57; Schleglberger/K. Schmidt, HGB5 § 128 Rz 49). Ist die Umwandlung der Gesellschafterstellung dem Gesellschaftsgläubiger nicht bekannt geworden, so haftet der Gesellschafter dem Gläubiger ohne Rücksicht auf die Fälligkeit für Verbindlichkeiten, die bis zur Eintragung der Beteiligungsveränderung begründet wurden, wie ein persönlich haftender Gesellschafter (SZ 60/104; SZ 70/197 je mwN). Dass dem Kläger die Beteiligungsveränderung des Zweitbeklagten vor der Eintragung im Firmenbuch zur Kenntnis gekommen wäre, wurde vom insoweit beweisbelasteten Zweitbeklagten nicht behauptet. Die Forthaftung des in die Stellung eines Kommanditisten wechselnden offenen Gesellschafters beschränkt sich - wie beim ausscheidenden offenen Gesellschafter - auf diejenigen Gesellschaftsschulden, die im Zeitpunkt der Umwandlung seiner Mitgliedschaft in diejenige eines Kommanditisten begründet waren (Altverbindlichkeiten). Für die nach Umwandlung seiner Beteiligung begründeten Verbindlichkeiten haftet der Gesellschafter nur beschränkt im Sinne der Paragraphen 171, f HGB. Der Eintritt der Haftungsbeschränkung steht allerdings unter dem Vorbehalt des Paragraph 15, HGB (SZ 60/104; SZ 70/197 je mwN; Habersack in GroßKzHGB4, Paragraph 128, Rz 57; Schleglberger/K. Schmidt, HGB5 Paragraph 128, Rz 49). Ist die Umwandlung der Gesellschafterstellung dem Gesellschaftsgläubiger nicht bekannt geworden, so haftet der Gesellschafter dem Gläubiger ohne Rücksicht auf die Fälligkeit für Verbindlichkeiten, die bis zur Eintragung der Beteiligungsveränderung begründet wurden, wie ein persönlich haftender Gesellschafter (SZ 60/104; SZ 70/197 je mwN). Dass dem Kläger die Beteiligungsveränderung des Zweitbeklagten vor der Eintragung im Firmenbuch zur Kenntnis gekommen wäre, wurde vom insoweit beweisbelasteten Zweitbeklagten nicht behauptet.

Für die Altverbindlichkeiten kommt dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Sonderverjährung nach § 159 HGB zugute. Dies soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 78/16, NJW 1983, 2940; wN bei Schlegelberger/K. Schmidt aaO § 159 Rz 19) und des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 42, 312; wN bei Schlegelberger/K. Schmidt aaO) dann nicht gelten, wenn der ehemalige persönlich haftende Gesellschafter weiterhin geschäftsleitend tätiger Gesellschafter bleibt; insbesondere kommt nach dieser Ansicht also dem ehemaligen offenen Gesellschafter oder dem Komplementär, der - wie der Zweitbeklagte - nunmehr Kommanditist und Geschäftsführer in der GmbH & Co KG ist, die Sonderverjährung nicht zugute. Der Oberste Gerichtshof ist dieser Auffassung in der Entscheidung SZ 62/26 gefolgt und hat zu dieser Frage in der Entscheidung SZ 70/197 nicht Stellung genommen. Die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts ist inzwischen veraltet; ihr wurde durch die Neufassung des § 160 dHGB durch das Gesetz zur zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung von Gesellschaftern, dBGBl 1994 I 560 ff, der Boden entzogen (vgl dazu etwa Habersack aaO § 160 Rz 1 ff, 35 ff). Der vorliegende Fall nötigt nicht, wie sich zeigen wird, zu dieser Frage für den österreichischen Rechtsbereich neuerlich Stellung zu nehmen. Für die Altverbindlichkeiten kommt dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Sonderverjährung nach Paragraph 159, HGB zugute. Dies soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 78/16, NJW 1983, 2940; wN bei Schlegelberger/K. Schmidt aaO Paragraph 159, Rz 19) und des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 42, 312; wN bei Schlegelberger/K. Schmidt aaO) dann nicht gelten, wenn der ehemalige persönlich haftende Gesellschafter weiterhin geschäftsleitend tätiger Gesellschafter bleibt; insbesondere kommt nach dieser Ansicht also dem ehemaligen offenen Gesellschafter oder dem Komplementär, der - wie der Zweitbeklagte - nunmehr Kommanditist und Geschäftsführer in der GmbH & Co KG ist, die Sonderverjährung nicht zugute. Der Oberste Gerichtshof ist dieser Auffassung in der Entscheidung SZ 62/26 gefolgt und hat zu dieser Frage in der Entscheidung SZ 70/197 nicht Stellung genommen. Die angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts ist inzwischen veraltet; ihr wurde durch die Neufassung des Paragraph 160, dHGB durch das Gesetz zur zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung von Gesellschaftern, dBGBl 1994 römisch eins 560 ff, der Boden entzogen vergleiche dazu etwa Habersack aaO Paragraph 160, Rz 1 ff, 35 ff). Der vorliegende Fall nötigt nicht, wie sich zeigen wird, zu dieser Frage für den österreichischen Rechtsbereich neuerlich Stellung zu nehmen.

Um eine Altverbindlichkeit der Gesellschaft handelt es sich, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt bereits der Rechtsgrund für den betreffenden Anspruch gelegt war; auf die erst später eintretende Fälligkeit kommt es nicht an (SZ 62/181 ua; RIS-Justiz RS0061673; Jabornegg aaO § 159 Rz 13; Koppensteiner aaO § 128 Rz 20; Habersack aaO § 128 Rz 62; Schlegelberger/K. Schmidt aaO § 128 Rz 50 je mwN). Letzteres ergibt sich unmittelbar aus § 159 Abs 3 HGB, der für den Verjährungsbeginn ausdrücklich die erst später eintretende Fälligkeit beachtet (Jabornegg aaO § 159 Rz 13). Der Oberste Gerichtshof anerkennt seit der Entscheidung des verstärkten Senats (SZ 63/37) in ständiger Rechtsprechung (JBl 1996, 392 mwN; 6 Ob 141/03h = RdW 2004/57, S 84) im Werkvertragsrecht die volle Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen. Der Besteller kann daher vom Unternehmer auch noch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, jedoch innerhalb der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB Schadenersatz verlangen. Bei



verschuldeten Mängeln kann der Besteller das Erfüllungsinteresse fordern; das Erfüllungsinteresse liegt im Deckungskapital des Verbesserungsaufwands, worauf das auf Schadenersatz gestützte Klagebegehren primär gerichtet ist. Bei aus Vertrag abgeleitetem Schadenersatz besteht hiebei keine Beschränkung auf die Höhe der objektiven Wertminderung (JBI 1996, 392 mwN). Nach Wandlung wegen unbehebbarer Mängel kann der Besteller nach Schadenersatzrecht den Ersatz seines Vertrauensschadens verlangen (6 Ob 141/03h mwN). Beim negativen Vertragsinteresse ist nur der Schaden zu ersetzen, der durch das Vertrauen auf die Mängelfreiheit entstanden ist, nicht aber das positive Erfüllungsinteresse (RIS-Justiz RS0016421). Im maßgeblichen Zeitpunkt der Umwandlung der Gesellschafterstellung des Zweitbeklagten waren Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Klägers bereits begründet, sodass sie Haftungsverbindlichkeiten des Zweitbeklagten waren. Dies wird von ihm gar nicht bestritten. Die Ansprüche gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt (§ 159 Abs 1 HGB). Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Firmenbuch eingetragen wird (§ 159 Abs 2 HGB). Wird der Anspruch des Gläubigers erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit (§ 159 Abs 3 HGB). Um eine Altverbindlichkeit der Gesellschaft handelt es sich, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt bereits der Rechtsgrund für den betreffenden Anspruch gelegt war; auf die erst später eintretende Fälligkeit kommt es nicht an (SZ 62/181 ua; RIS-Justiz RS0061673; Jabornegg aaO Paragraph 159, Rz 13; Koppensteiner aaO Paragraph 128, Rz 20; Habersack aaO Paragraph 128, Rz 62; Schlegelberger/K. Schmidt aaO Paragraph 128, Rz 50 je mwN). Letzteres ergibt sich unmittelbar aus Paragraph 159, Absatz 3, HGB, der für den Verjährungsbeginn ausdrücklich die erst später eintretende Fälligkeit beachtet (Jabornegg aaO Paragraph 159, Rz 13). Der Oberste Gerichtshof anerkennt seit der Entscheidung des verstärkten Senats (SZ 63/37) in ständiger Rechtsprechung (JBI 1996, 392 mwN; 6 Ob 141/03h = RdW 2004/57, S 84) im Werkvertragsrecht die volle Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen. Der Besteller kann daher vom Unternehmer auch noch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, jedoch innerhalb der Verjährungsfrist des Paragraph 1489, ABGB Schadenersatz verlangen. Bei verschuldeten Mängeln kann der Besteller das Erfüllungsinteresse fordern; das Erfüllungsinteresse liegt im Deckungskapital des Verbesserungsaufwands, worauf das auf Schadenersatz gestützte Klagebegehren primär gerichtet ist. Bei aus Vertrag abgeleitetem Schadenersatz besteht hiebei keine Beschränkung auf die Höhe der objektiven Wertminderung (JBI 1996, 392 mwN). Nach Wandlung wegen unbehebbarer Mängel kann der Besteller nach Schadenersatzrecht den Ersatz seines Vertrauensschadens verlangen (6 Ob 141/03h mwN). Beim negativen Vertragsinteresse ist nur der Schaden zu ersetzen, der durch das Vertrauen auf die Mängelfreiheit entstanden ist, nicht aber das positive Erfüllungsinteresse (RIS-Justiz RS0016421). Im maßgeblichen Zeitpunkt der Umwandlung der Gesellschafterstellung des Zweitbeklagten waren Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Klägers bereits begründet, sodass sie Haftungsverbindlichkeiten des Zweitbeklagten waren. Dies wird von ihm gar nicht bestritten. Die Ansprüche gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt (Paragraph 159, Absatz eins, HGB). Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Firmenbuch eingetragen wird (Paragraph 159, Absatz 2, HGB). Wird der Anspruch des Gläubigers erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit (Paragraph 159, Absatz 3, HGB).

Die Gewährleistungsfrist beträgt bei unbeweglichen Sachen drei Jahre (§ 933 ABGB) und beginnt jedenfalls mit der Übergabe des Werks (JBI 1996, 392). Die Anerkennung des Mangels durch den Werkunternehmer, zB durch eine Verbesserungszusage oder einen Verbesserungsversuch, unterbricht die Frist (SZ 64/15). Bei einer Verbesserung bzw einem erfolglosen Verbesserungsversuch beginnt die Gewährleistungsfrist mit Abschluss der auf die Verbesserung gerichteten Tätigkeit neu zu laufen (SZ 64/15 mwN). Nach den unbekämpft gebliebenen Feststellungen unternahm die Vertragspartnerin des Klägers einen Versuch zur Sanierung des Mangels, der auch Grundlage der Klage ist, nach Einholung eines Gutachtens im Jahr 1993. Den Zeitpunkt der Verbesserung stellte das Erstgericht nicht fest. Dies schadet nicht. War die auf Verbesserung gerichtete Tätigkeit 1993 beendet, so lief die Gewährleistungsfrist zu einem Zeitpunkt im Jahr 1996 ab, wäre sie nicht verlängert worden, denn die Frist konnte nicht verkürzt werden, war doch der Werkvertrag ein Konsumentengeschäft (§ 9 KSchG in der hier anzuwendenden Fassung vor der Novellierung durch das GewRÄG, BGBl I 2001/48; Krejci in Rummel<sup>2</sup>, ABGB§ 9 KSchG Rz 21). Aus der jährlichen Verlängerung der Gewährleistungsfrist und dem festgestellten Inhalt des Schreibens der Erstbeklagten vom 12. 8. 1999 ließe sich zudem schließen, dass auch die Werkunternehmerin nicht von einem abgeschlossenen Verbesserungsversuch ausging. Während das Laufs der Gewährleistungsfrist wurde der Mangel wieder von der Erstbeklagten anerkannt, sagte doch,

nachdem sich das Haus 1997/98 wieder gesetzt hatte, der Drittbeklagte als deren Vertreter - an seiner Vollmacht kann nach den Feststellungen nicht gezweifelt werden, sie wurde auch von der Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten nicht bestritten - eine weitere Verbesserung in der vom Kläger vorgeschlagenen Form zu. Nachdem diese auf Grund der örtlichen Gegebenheiten nicht durchgeführt werden konnte, wollte sich der Drittbeklagte weiter darum kümmern. Die Erklärung, die zugesagte Verbesserung sei unmöglich, löst ebenso wie der Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbehebung, die nach Verbesserungszusage nicht mehr versucht wurde, die Gewährleistungsfrist aus (SZ 31/123; 7 Ob 541/95 = RdW 1996, 108; vgl. Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, ABGB § 933 Rz 5). Dies war nach den Feststellungen jedenfalls erst 1998 der Fall. Schließlich ist im Schreiben der Erstbeklagten vom 12. 8. 1999 abermals ein Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht zu erblicken, heißt es doch dort, dass die Gewährleistung bis 15. 8. 2000 verlängert werde, weil die 1993 vom Kläger gemeldete "Mängelbehebung" noch nicht abgeschlossen sei. Schon unter diesem Blickwinkel - unabhängig von der Klageeinbringung innerhalb der von der Erstbeklagten eingeräumten Gewährleistungsfrist - wurde die Klage gegen die Erstbeklagte und den Zweitbeklagten innerhalb der Gewährleistungsfrist eingebracht und das Klagebegehren, auch soweit es sich auf Gewährleistung stützte, gegen den Zweitbeklagten ausgedehnt. Im Übrigen ist auch die vor Fristablauf eingebrachte und nachher geänderte Klage rechtzeitig (SZ 58/174; JBl 1999, 733 [Riedler]). Die Gewährleistungsfrist beträgt bei unbeweglichen Sachen drei Jahre (Paragraph 933, ABGB) und beginnt jedenfalls mit der Übergabe des Werks (JBl 1996, 392). Die Anerkennung des Mangels durch den Werkunternehmer, zB durch eine Verbesserungszusage oder einen Verbesserungsversuch, unterbricht die Frist (SZ 64/15). Bei einer Verbesserung bzw einem erfolglosen Verbesserungsversuch beginnt die Gewährleistungsfrist mit Abschluss der auf die Verbesserung gerichteten Tätigkeit neu zu laufen (SZ 64/15 mwN). Nach den unbekämpft gebliebenen Feststellungen unternahm die Vertragspartnerin des Klägers einen Versuch zur Sanierung des Mangels, der auch Grundlage der Klage ist, nach Einholung eines Gutachtens im Jahr 1993. Den Zeitpunkt der Verbesserung stellte das Erstgericht nicht fest. Dies schadet nicht. War die auf Verbesserung gerichtete Tätigkeit 1993 beendet, so lief die Gewährleistungsfrist zu einem Zeitpunkt im Jahr 1996 ab, wäre sie nicht verlängert worden, denn die Frist konnte nicht verkürzt werden, war doch der Werkvertrag ein Konsumentengeschäft (Paragraph 9, KSchG in der hier anzuwendenden Fassung vor der Novellierung durch das GewRÄG, BGBl römisch eins 2001/48; Krejci in Rummel<sup>2</sup>, ABGB Paragraph 9, KSchG Rz 21). Aus der jährlichen Verlängerung der Gewährleistungsfrist und dem festgestellten Inhalt des Schreibens der Erstbeklagten vom 12. 8. 1999 ließe sich zudem schließen, dass auch die Werkunternehmerin nicht von einem abgeschlossenen Verbesserungsversuch ausging. Während das Laufs der Gewährleistungsfrist wurde der Mangel wieder von der Erstbeklagten anerkannt, sagte doch, nachdem sich das Haus 1997/98 wieder gesetzt hatte, der Drittbeklagte als deren Vertreter - an seiner Vollmacht kann nach den Feststellungen nicht gezweifelt werden, sie wurde auch von der Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten nicht bestritten - eine weitere Verbesserung in der vom Kläger vorgeschlagenen Form zu. Nachdem diese auf Grund der örtlichen Gegebenheiten nicht durchgeführt werden konnte, wollte sich der Drittbeklagte weiter darum kümmern. Die Erklärung, die zugesagte Verbesserung sei unmöglich, löst ebenso wie der Ablauf einer angemessenen Frist zur Mängelbehebung, die nach Verbesserungszusage nicht mehr versucht wurde, die Gewährleistungsfrist aus (SZ 31/123; 7 Ob 541/95 = RdW 1996, 108; vergleiche Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, ABGB Paragraph 933, Rz 5). Dies war nach den Feststellungen jedenfalls erst 1998 der Fall. Schließlich ist im Schreiben der Erstbeklagten vom 12. 8. 1999 abermals ein Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht zu erblicken, heißt es doch dort, dass die Gewährleistung bis 15. 8. 2000 verlängert werde, weil die 1993 vom Kläger gemeldete "Mängelbehebung" noch nicht abgeschlossen sei. Schon unter diesem Blickwinkel - unabhängig von der Klageeinbringung innerhalb der von der Erstbeklagten eingeräumten Gewährleistungsfrist - wurde die Klage gegen die Erstbeklagte und den Zweitbeklagten innerhalb der Gewährleistungsfrist eingebracht und das Klagebegehren, auch soweit es sich auf Gewährleistung stützte, gegen den Zweitbeklagten ausgedehnt. Im Übrigen ist auch die vor Fristablauf eingebrachte und nachher geänderte Klage rechtzeitig (SZ 58/174; JBl 1999, 733 [Riedler]).

Der Oberste Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung trotz Kritik im Schrifttum (zustimmend aber Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 15/15; M. Bydlinski in Rummel<sup>3</sup>, ABGB § 1489 Rz 3) für den Mangelschaden den Standpunkt, dass die Verjährung des Schadenersatzanspruches (auf Geldersatz) erst dann beginnt, wenn dem Besteller erkennbar ist, dass eine erfolgte Verbesserung misslungen ist, oder feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert (JBl 1996, 392 mwN; 6 Ob 34/00v je mit Auseinandersetzungen mit den gegenteiligen Lehrmeinungen; 6 Ob 141/03h). Für die Verjährung von Ansprüchen auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Wandlung gilt nichts anderes (6 Ob 141/03h). Nach den Feststellungen ist davon auszugehen, dass dem Kläger das Misslingen der Verbesserung

frühestens 1997/98 erkennbar war, als wieder Setzungen auftraten. Danach hat die Erstbeklagte - siehe oben - wieder die Verbesserung des Mangels zugesagt. Wegen des in dieser Zusage liegenden Anerkenntnisses wurde die Verjährungsfrist jedenfalls und abermals mit dem Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht im Schreiben der Erstbeklagten vom 12. 8. 1999 unterbrochen (§ 1497 ABGB; I. Welser, *ecolex* 1992, 85; M. Bydliniski aaO § 1489 Rz 3), sodass die Frist neu zu laufen begann. Steht damit fest, dass die gegen die Erstbeklagte laufende Gewährleistungsfrist und die Verjährungsfrist bei Klagseinbringung aber auch bei Wiedervorlage der verbesserten Klage - die Erst-, der Zweit- und die Fünftbeklagten haben in erster Instanz den Standpunkt vertreten, die Frist sei zwar bei Klagseinbringung, nicht aber bei der Wiedervorlage gewahrt gewesen, weil der Klage nicht verbesserungsfähige Mängel anhafteten - und in den Zeitpunkten der Klageänderungen noch nicht abgelaufen war, ist noch zu prüfen, ob die Unterbrechung gegenüber der Erstbeklagten auch gegenüber dem Zweitbeklagten wirkte. Nach herrschender Ansicht (SZ 44/142; vgl SZ 44/114; RIS-Justiz RS0034660; Koppensteiner aaO § 159 Rz 9 mwN; Schlegelberger/K. Schmidt aaO § 159 Rz 31; zweifelnd Jabornegg in Jabornegg aaO § 159 Rz 40) wirken nach dem Ausscheiden des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft vorgenommene Unterbrechungshandlungen nicht gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter. Schlegelberger/K. Schmidt (aaO § 159 Rz 31) und ihm folgend Koppensteiner (aaO § 159 Rz 9) meinen, dass dieser Grundsatz im Fall einer Umwandlung der Gesellschafterstellung (Zurücktreten in die Kommanditistenstellung) nicht gilt, weil hier kein wirkliches Ausscheiden vorliege. Der erkennende Senat tritt dieser Auffassung gerade für einen Fall wie dem vorliegenden bei, in dem der in die Kommanditistenstellung zurückgetretene offene Gesellschafter als Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft weiterhin die Geschicke der Gesellschaft bestimmt. Da die Unterbrechungshandlungen auch dann während der Verjährungsfrist des § 159 Abs 1 HGB vorgenommen wurden, wenn diese zum frühestmöglichen Zeitpunkt des § 159 Abs 2 HGB zu laufen begann, und weder die Gewährleistungsfrist noch die Verjährungsfrist des wegen des Mangelschadens erhobenen Schadenersatzanspruchs im Zeitpunkt, zu dem das Zahlungsbegehren gegen den Zweitbeklagten ausgedehnt wurde, abgelaufen war, erweist sich die auf den Grund der Verjährung gestützte Klagsabweisung als unzutreffend. Es steht zwar das Anerkenntnis des Mangels durch die Erstbeklagte fest, das Erstgericht hat jedoch keine Feststellungen getroffen, die eine Beurteilung der Berechtigung der geltend gemachten Gewährleistungsansprüche und des geltend gemachten Mangelschadens erlaubten. Der Oberste Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung trotz Kritik im Schrifttum (zustimmend aber Koziol, *Haftpflichtrecht* I<sup>3</sup> Rz 15/15; M. Bydliniski in Rummel<sup>3</sup>, ABGB Paragraph 1489, Rz 3) für den Mangelschaden den Standpunkt, dass die Verjährung des Schadenersatzanspruches (auf Geldersatz) erst dann beginnt, wenn dem Besteller erkennbar ist, dass eine erfolgte Verbesserung misslungen ist, oder feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert (JBI 1996, 392 mwN; 6 Ob 34/00v je mit Auseinandersetzungen mit den gegenteiligen Lehrmeinungen; 6 Ob 141/03h). Für die Verjährung von Ansprüchen auf Ersatz des Vertrauensschadens nach Wandlung gilt nichts anderes (6 Ob 141/03h). Nach den Feststellungen ist davon auszugehen, dass dem Kläger das Misslingen der Verbesserung frühestens 1997/98 erkennbar war, als wieder Setzungen auftraten. Danach hat die Erstbeklagte - siehe oben - wieder die Verbesserung des Mangels zugesagt. Wegen des in dieser Zusage liegenden Anerkenntnisses wurde die Verjährungsfrist jedenfalls und abermals mit dem Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht im Schreiben der Erstbeklagten vom 12. 8. 1999 unterbrochen (Paragraph 1497, ABGB; römisch eins. Welser, *ecolex* 1992, 85; M. Bydliniski aaO Paragraph 1489, Rz 3), sodass die Frist neu zu laufen begann. Steht damit fest, dass die gegen die Erstbeklagte laufende Gewährleistungsfrist und die Verjährungsfrist bei Klagseinbringung aber auch bei Wiedervorlage der verbesserten Klage - die Erst-, der Zweit- und die Fünftbeklagten haben in erster Instanz den Standpunkt vertreten, die Frist sei zwar bei Klagseinbringung, nicht aber bei der Wiedervorlage gewahrt gewesen, weil der Klage nicht verbesserungsfähige Mängel anhafteten - und in den Zeitpunkten der Klageänderungen noch nicht abgelaufen war, ist noch zu prüfen, ob die Unterbrechung gegenüber der Erstbeklagten auch gegenüber dem Zweitbeklagten wirkte. Nach herrschender Ansicht (SZ 44/142; vergleiche SZ 44/114; RIS-Justiz RS0034660; Koppensteiner aaO Paragraph 159, Rz 9 mwN; Schlegelberger/K. Schmidt aaO Paragraph 159, Rz 31; zweifelnd Jabornegg in Jabornegg aaO Paragraph 159, Rz 40) wirken nach dem Ausscheiden des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft vorgenommene Unterbrechungshandlungen nicht gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter. Schlegelberger/K. Schmidt (aaO Paragraph 159, Rz 31) und ihm folgend Koppensteiner (aaO Paragraph 159, Rz 9) meinen, dass dieser Grundsatz im Fall einer Umwandlung der Gesellschafterstellung (Zurücktreten in die Kommanditistenstellung) nicht gilt, weil hier kein wirkliches Ausscheiden vorliege. Der erkennende Senat tritt dieser Auffassung gerade für einen Fall wie dem vorliegenden bei, in dem der in die Kommanditistenstellung zurückgetretene offene Gesellschafter als Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft

weiterhin die Geschicke der Gesellschaft bestimmt. Da die Unterbrechungshandlungen auch dann während der Verjährungsfrist des Paragraph 159, Absatz eins, HGB vorgenommen wurden, wenn diese zum frühestmöglichen Zeitpunkt des Paragraph 159, Absatz 2, HGB zu laufen begann, und weder die Gewährleistungsfrist noch die Verjährungsfrist des wegen des Mangelschadens erhobenen Schadenersatzanspruchs im Zeitpunkt, zu dem das Zahlungsbegehren gegen den Zweitbeklagten ausgedehnt wurde, abgelaufen war, erweist sich die auf den Grund der Verjährung gestützte Klagsabweisung als unzutreffend. Es steht zwar das Anerkenntnis des Mangels durch die Erstbeklagte fest, das Erstgericht hat jedoch keine Feststellungen getroffen, die eine Beurteilung der Berechtigung der geltend gemachten Gewährleistungsansprüche und des geltend gemachten Mangelschadens erlaubten.

Die das gegen den Zweitbeklagten erhobene Klagebegehren abweisenden Urteile der Vorinstanzen waren daher aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückzuverweisen (§ 510 Abs 1 ZPO). Die das gegen den Zweitbeklagten erhobene Klagebegehren abweisenden Urteile der Vorinstanzen waren daher aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückzuverweisen (Paragraph 510, Absatz eins, ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

**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)