

# TE OGH 2000/4/13 6Ob34/00v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.04.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag. Engelmaier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Prof. Dr. Alfred Haslinger ua Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei Dipl.-Ing. Gerhard Z\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Strobich, Rechtsanwalt in Trofaiach, wegen 257.057,70 S und Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht vom 15. Dezember 1999, GZ 4 R 265/99v-43, mit dem über Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Leoben vom 28. September 1999, GZ 3 Cg 208/95b-38, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichtes wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 20.121 S (darin 3.353,50 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 27.740 S (darin 2.415 S Umsatzsteuer und 13.250 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Vater des Beklagten hatte bis zur Konzessionsniederlegung im Jahr 1987 ein Unternehmen für Hoch-, Tief- und Stahlbetonbau. Er führte im Auftrag der Klägerin im Jahr 1984 Baumeisterarbeiten durch, die Verputzarbeiten durch einen Subunternehmer. Es war eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren vereinbart. Die Klägerin hatte das Bauwerk am 14. 10. 1985 übernommen. Im Deckenputz traten Risse auf. Der Vater des Klägers forderte den Subunternehmer zur Sanierung auf. Es wurden schadhafte Stellen ausgebessert. Der Beklagte führt seit 1987 am Standort des Unternehmens seines Vaters ein Bauunternehmen. 1988 wurde der Beklagte von der Klägerin mehrfach zur Behebung von (weiteren) Deckenputzschäden aufgefordert. Auch der Beklagte leitete die Aufforderungen an den Subunternehmer weiter, der weitere Mängelbehebungsarbeiten durchführte. 1989 und 1990 forderte die Klägerin den Beklagten zur Behebung weiterer Mängel auf. Am 28. 2. 1991 wurde der Haftbrief freigegeben. Im Herbst 1992 traten neuerliche Mängel auf. Am 2. 3. 1993 forderte die Klägerin den Beklagten wiederum zur Behebung von Verputzschäden auf. Der Beklagte veranlasste die Behebung dieser Schäden durch den Subunternehmer seines Vaters. Als im Herbst 1994 in zwei Wohnungen wieder Verputzschäden auftraten, lehnte der Beklagte am 29. 9. 1994 schriftliche Sanierungsaufforderungen der Klägerin vom 26. und 28. 9. 1994 ab. Die Gewährleistungsfrist sei abgelaufen.

Die Klägerin ließ die Schäden mit einem Kostenaufwand von 257.057,70 S sanieren.

Die Ursache für das Ablösen des Deckenputzes von den Betondecken bestand darin, dass die verwendete Haftbrücke nicht die erforderliche Qualität und keinen Quarzsandzusatz aufgewiesen hatte bzw zu dünn aufgetragen worden war.

Mit der am 20. 11. 1995 eingebrachten Klage begehrt die Klägerin die Feststellung der Haftung des Beklagten für alle aus der mangelhaften Verputzaufbringung resultierenden Schäden und den Ersatz der Mängelbehebungskosten. Der Beklagte hafte aus dem Titel des Schadenersatzes, weil er den Bau in schuldhafter und rechtswidriger Weise mangelhaft errichtet habe und den vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen sei. Es sei keine ordnungsgemäße Haftungsbrücke aufgebracht worden. Zunächst seien die aufgetretenen Mängel behoben worden. Weitere Mängel seien nicht zu erwarten gewesen. Der Beklagte habe die Haftung anerkannt und die Sanierungen vorgenommen. Erst im September 1994 habe die Klägerin von neuen Mängeln erfahren und zur Kenntnis nehmen müssen, dass die Sanierungsversuche untauglich gewesen seien. Erst danach habe eine Klage mit Aussicht auf Erfolg eingebracht werden können. Der Beklagte sei Rechtsnachfolger des seinerzeitigen Auftragnehmers (seines Vaters). Er habe sich als Rechtsnachfolger des väterlichen Unternehmens ausgegeben und dessen Mängelbehebungsverpflichtung als die seine anerkannt und selbst Mängel behoben. Er hafte gemäß § 1409 ABGB für die Verpflichtungen seines Vaters.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Schadenersatzforderungen seien verjährt. Im Zuge des Verfahrens wandte der Beklagte die mangelnde Passivlegitimation ein. Auftragnehmer sei sein Vater gewesen. Der Beklagte sei nicht Rechtsnachfolger seines Vaters. Es seien weder das Unternehmen seines Vaters noch das des Beklagten im Firmenbuch eingetragen gewesen. Innerhalb der Gewährleistungsfrist seien Mängel aufgetreten. Auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist seien Ansprüche in Kulanz geregelt worden, so im Mai 1988, August 1989 und April und Mai 1990. Ein Verschulden liege nicht vor, weil der Subunternehmer die Arbeiten gewissenhaft durchgeführt habe. Der Subunternehmer habe die Mängelbehebungen durchgeführt. Schon seit 1988 sei der Klägerin bekannt gewesen, dass weitere Schäden zu befürchten seien. Sie habe gewusst, dass nicht der gesamte Deckenputz erneuert werde, sondern nur abgelöste Teile ausgebessert werden. Der Beklagte habe sich um die Sanierung durch den Subunternehmer "quasi als Vermittler" bemüht.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Zusätzlich zu dem schon wiedergegebenen Sachverhalt traf es noch folgende Feststellungen:

Das Unternehmen des Vaters des Beklagten habe bis zum Jahr 1987 bestanden. Der Vater habe seine Konzession abgemeldet und dem Beklagten sei eine Konzession erteilt worden. Der Beklagte habe die im Unternehmen seines Vaters beschäftigten 15 Arbeitnehmer sowie die vorhandenen Baumaschinen und Geräte übernommen. Er habe von seinem Vater auch Liegenschaften geschenkt erhalten.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht den Sachverhalt im Wesentlichen dahin, dass die Verjährungsfristen für die Gewährleistung und den Schadenersatzanspruch durch die Übergabe des Objektes am 14. 10. 1985 in Gang gesetzt, durch die Durchführung der Mängelbehebungsarbeiten in der Folge aber immer wieder unterbrochen worden seien. Vom Schuldner unternommene Verbesserungsversuche stellten ein deklaratives Anerkenntnis der Schadenersatzforderung dar und genügten zur Unterbrechung der Verjährungsfrist. Der Beklagte habe nicht nur das Personal, sondern auch die Maschinen und die Geräte seines Vaters übernommen. Er habe die ursprüngliche Firma unter Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt. Er hafte für allfällige Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegenüber seinem Vater. Dadurch, dass der Beklagte ab 1988 Mängelbehebungsarbeiten veranlasst habe, sei der Anspruch der Klägerin anerkannt worden. Die erstmalige Ablehnung einer weiteren Sanierung sei im September 1994 erfolgt. Im November 1995 sei die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen gewesen. Der Beklagte hafte für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen. Dieser habe die Innenputzarbeiten nicht ordnungsgemäß durchgeführt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten Folge und wies das Klagebegehren ab. Es beurteilte den festgestellten Sachverhalt im Wesentlichen dahin, dass keine Haftung nach § 25 HGB bestehe, weil es sich bei den Unternehmen des Beklagten und seines Vaters nicht um vollkaufmännische Unternehmen handle. Es sei aber auch eine Haftung nach § 1409 ABGB zu verneinen. Ein Unternehmen sei eine Gesamtsache im Sinne des § 302 ABGB. Die Schenkung der vom Vater des Beklagten verwendeten Maschinen stelle noch keinen Unternehmenserwerb dar, auch wenn die Dienstnehmer weiter beschäftigt wurden. Die bloße Verwendung eines Nachfolgehinweises (im Telefonbuch und auf dem Geschäftspapier) begründete noch keine Haftung nach § 1409 ABGB, weil sich daraus noch nicht ein Unternehmenserwerb ableiten lasse. Eine Haftung käme daher nur in Frage, wenn die übergebenen

Vermögensgegenstände das wesentliche oder einzige Vermögen des Übergebers dargestellt hätten. Es liege auch kein Schuldbeitritt vor, der eines Schuldnervertrages oder eines Gläubigervertrages bedurft hätte. Eine Vertragsübernahme sei gar nicht behauptet worden. Bis 1987 habe sich die Klägerin mit ihren Mängelbehebungsanforderungen immer an den Vater des Beklagten gewendet. Auch die Anforderungen danach hätten sich an die Firma "Sepp Z\*\*\*\*\*" bzw. "Josef Z\*\*\*\*\*" gewendet. Lediglich in zwei Schreiben vom 30. 5. 1988 und vom 2. 3. 1993 hätte sich die Klägerin an den Beklagten gewendet. Aus der Weiterleitung der Mängelbehebungsanforderungen durch den Beklagten an den Subunternehmer seines Vaters ergebe sich keine schlüssige Übernahme der vertraglichen Verpflichtungen des Vaters. Insoweit der Beklagte Mängelbehebungen veranlasst habe, sei dies ohne Rechtspflicht geschehen. Er hafte für das Verschulden des Subunternehmers seines Vaters nicht. Damit sei auf den Einwand der Verjährung nicht mehr einzugehen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass mangels erheblicher Rechtsfragen die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Mit ihrer außerordentlichen Revision beantragt die Klägerin die Abänderung dahin, dass der Klage stattgegeben werde, hilfsweise die Aufhebung zur Verfahrensergänzung.

Mit der ihm freigestellten Revisionsbeantwortung beantragt der Beklagte, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Die Gläubigerschutzbestimmung des § 1409 ABGB normiert den gesetzlichen Schuldbeitritt des Übernehmers eines Unternehmens. Das Unternehmen ist ein Haftungsfonds des Schuldners, der den Gläubigern nicht entzogen werden darf (SZ 68/18). Aus den Feststellungen der Vorinstanzen sind die für die Übernahme des Unternehmens durch den Beklagten sprechenden Umstände hervorzuheben:

1987 meldete der Vater des Beklagten seine Baukonzession ab und der Beklagte erhielt die Konzession; der Beklagte übernahm 15 Arbeiter und die vorhandenen Baumaschinen und Geräte; der Beklagte führte sein Unternehmen am selben Standort, was die Übernahme zumindest eines Teils des Kundenstocks indiziert; der Beklagte verwendete eine Firma mit Nachfolgehinweis; der Vater schenkte dem Beklagten Liegenschaften (mangels gegenteiliger Parteibehauptungen und wegen des Umstandes, dass der Beklagte das Unternehmen am Standort des Unternehmens seines Vaters betreibt, ist davon auszugehen, dass sich die Betriebsräumlichkeiten auf einer geschenkten Liegenschaft befinden).

Das Berufungsgericht verneinte trotz dieses Sachverhalts eine Unternehmensübernahme nach § 1409 ABGB. Es trifft zwar zu, dass bei einer isolierten Betrachtung jeweils nur eines Tatbestands (also etwa nur der Liegenschaftsübertragung oder nur der Übernahme von Baumaschinen) von einem Unternehmensübergang nicht ausgegangen werden könnte (vgl. dazu die Entscheidungen in MGA ABGB35 § 1409/35-40). Maßgeblich ist jedoch der Gesamtzusammenhang, nach dem hier nicht in Zweifel zu ziehen ist, dass der Beklagte das Unternehmen seines Vaters übernommen und fortgeführt hat. Eine Unternehmensveräußerung liegt vor, wenn das Betriebsbüro samt Ausstattung, Warenlager, Betriebsmittel, good will und der Kundenstock übertragen werden (7 Ob 691/88). Für die Bejahung einer Übernahme des Unternehmens reicht schon die Übertragung des Unternehmenskerns (3 Ob 549/91 = WBI 1992, 62 mwN; Bucher in eclex 1997, 646 mwN). Zum Unternehmensübergang reicht aber nicht der äußere Anschein, es muss auch ein Übernahmevertrag vorliegen (SZ 44/170), der aber auch unentgeltlich sein kann (SZ 56/6, SZ 61/49 ua). Der Übernahmevertrag kann auch in schlüssiger Form geschlossen werden (JBI 1977, 95 uva). Das Berufungsgericht verneinte trotz dieses Sachverhalts eine Unternehmensübernahme nach § 1409 ABGB. Es trifft zwar zu, dass bei einer isolierten Betrachtung jeweils nur eines Tatbestands (also etwa nur der Liegenschaftsübertragung oder nur der Übernahme von Baumaschinen) von einem Unternehmensübergang nicht ausgegangen werden könnte (vergleiche dazu die Entscheidungen in MGA ABGB35 § 1409/35-40). Maßgeblich ist jedoch der Gesamtzusammenhang, nach dem hier nicht in Zweifel zu ziehen ist, dass der Beklagte das Unternehmen seines Vaters übernommen und fortgeführt hat. Eine Unternehmensveräußerung liegt vor, wenn das Betriebsbüro samt Ausstattung, Warenlager, Betriebsmittel, good will und der Kundenstock übertragen werden (7 Ob 691/88). Für die Bejahung einer Übernahme des Unternehmens reicht schon die Übertragung des Unternehmenskerns (3 Ob 549/91 = WBI 1992, 62 mwN; Bucher in eclex 1997, 646 mwN). Zum Unternehmensübergang reicht aber nicht der äußere Anschein, es muss auch ein Übernahmevertrag vorliegen (SZ 44/170), der aber auch unentgeltlich sein kann (SZ 56/6, SZ 61/49 ua). Der

Übernahmevertrag kann auch in schlüssiger Form geschlossen werden (JBI 1977, 95 uva).

Die angeführten Voraussetzungen liegen hier vor. Der Beklagte hat das für ein Bauunternehmen notwendige Sachsubstrat (Liegenschaft, Maschinen) und die erforderlichen Arbeitskräfte übernommen. Durch die Weiterführung am selben Standort konnte er auch den Ruf des Unternehmens nutzen. Es liegt somit nicht nur dem äußeren Anschein nach eine Betriebsübernahme vor. Nach den Feststellungen ist von einem teils ausdrücklichen (Schenkungsvertrag), teils schlüssigen Übernahmevertrag auszugehen. Aber auch bei der gegenteiligen Auffassung, dass nur ein äußerer Anschein einer Unternehmensübernahme vorliege, wäre für den Beklagten nichts gewonnen. Er verkennt in seiner Revisionsbeantwortung zum Thema der Beweislast die Beweislastumkehr für den Fall, dass das Unternehmen von einem nahen Angehörigen übernommen wurde. Wenn ein Familienangehöriger am selben Standort einen gleichartigen Betrieb führt, obliegt ihm der Beweis, dass keine Unternehmensübernahme vorliegt (JBI 1977, 95; Riedler in JBI 1992, 625 [630]). Die Beweislastumkehr gilt auch für das Kennen müssen der Schulden (§ 1409 Abs 2 ABGB; SZ 68/221). Dies ist schon deshalb sachgerecht, weil der Familienangehörige zu diesem Beweisthema näher zum Beweis steht und es naheliegt, die Kenntnis des Übernehmers über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Übergebers zu vermuten, wenn beide miteinander nahe verwandt sind.

Ob der Beklagte nach der Unternehmensübernahme durch die Mitwirkung an weiteren vergeblichen Sanierungsversuchen den Anspruch der Klägerin anerkannt hat und von einem Schuldbeitritt oder einer Schuldübernahme ausgegangen werden kann, muss hier wegen der nach § 1409 ABGB zu bejahenden Haftung nicht näher untersucht werden.

Abschließend ist noch der Verjährungseinwand des Beklagten zu prüfen, obwohl er dazu in der Revisionsbeantwortung nichts Substantielles ausführt. Der Beklagte hat die fruchtlosen Verbesserungsversuche zu vertreten. Diese schoben den Ablauf der Gewährleistungsfrist immer wieder hinaus. Solange noch mit einer erfolgreichen Sanierung gerechnet werden konnte, war die Einbringung einer Schadenersatzklage (auf Leistung oder Feststellung) noch nicht geboten, weil von sanierbaren Ausführungsmängeln ausgegangen werden durfte und die genauere Schadensursache nicht erforscht werden musste. In der Berufung (ON 39) geht der Beklagte unzutreffend davon aus, dass die von den Sanierungsversuchen betroffenen Mängel nicht identisch seien mit denjenigen, die nun dem Schadenersatzanspruch zugrunde liegen. Die vom Beklagten dazu zitierte Entscheidung HS X/XI 31 kann er für seinen Standpunkt nicht ins Treffen führen. Dort ging es um misslungene Versuche, Rostschäden an einem PKW zu beheben. Entscheidungswesentlich war die Auslegung vertraglicher Garantiebestimmungen. Im Gegensatz dazu geht es hier um die Frage des Einflusses von Verbesserungsversuchen auf den Beginn der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche. Seit der Entscheidung des verstärkten Senates SZ 63/37 besteht im Werkvertragsrecht volle Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen. Der Besteller kann nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, aber innerhalb der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB Schadenersatz verlangen. Bei verschuldeten Mängeln kann der Besteller das Erfüllungsinteresse in Form des Deckungskapitals für den Verbesserungsaufwand fordern. Der Oberste Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, dass die Verjährung des Schadenersatzanspruchs erst dann beginnt, wenn dem Besteller erkennbar ist, dass eine erfolgte Verbesserung misslungen ist, oder wenn feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert (JBI 1996, 392 mwN). Diese Auffassung ist zwar in der Lehre auf Kritik gestoßen, weil es für den Verjährungsbeginn auf die Übergabe des Werkes ankomme (Welser in *ecolex* 1992, 85; Kletecka in *ecolex* 1996, 235; Mader in Schwimann, ABGB2 Rz 15 zu § 1489). Den dogmatischen Bedenken der Lehre ist entgegenzuhalten, dass der Geschädigte vor dem Scheitern der Sanierung noch keinen Anlass hat, kostspielige Untersuchungen darüber anzustellen, ob er (auch) einen Schadenersatzanspruch mit Aussicht auf Erfolg geltend machen kann. Es würde die Erkundigungspflicht überspannen, darüber trotz zugesagter Verbesserung Untersuchungen anzustellen, sich also genauere Kenntnis über den Schaden zu verschaffen, der sich im Vermögen des Bestellers erst nach dem erfolglosen Verbesserungsversuch auswirkt. Wenn Kletecka das unbillige Ergebnis hervorhebt, dass der Geschädigte es nicht in der Hand haben soll, die Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch zu verlängern, ist auf das ebenso unbillige Ergebnis hinzuweisen, dass der Schädiger nicht durch wiederholte Verbesserungszusagen (also durch die Behauptung, es werde kein Schaden eintreten) die Verjährung des Schadenersatzanspruchs bewirken dürfte, weil sich der Besteller auf eine erfolgreiche Verbesserung verlässt. Ob man einem solchen unbilligen Ergebnis entgegenwirkt, indem man im Verbesserungsangebot eine verjährungsunterbrechende Anerkennung des Schadenersatzanspruchs erblickt (Mader aaO) oder aber einen Vergleich (so offenbar auch Kletecka aaO) oder aber im Sinne der oberstgerichtlichen Rechtsprechung erst von einer

Kenntnis des Schadens ab Misslingen der Verbesserung ausgeht, läuft auf dasselbe hinaus. Der erkennende Senat hält daher an der zitierten Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn fest. Danach ist die Schadenersatzklage nicht verjährt und die Entscheidung des Erstgerichtes - weil die Schadenshöhe im Revisionsverfahren nicht strittig ist und zur Haftungsbegrenzung nach § 1409 ABGB keinerlei Parteivorbringen erstattet wurde - wieder herzustellen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO. Für die Berufungsbeantwortung steht nur der dreifache Einheitssatz zu, weil keine Berufungsverhandlung stattfand (§ 23 Abs 9 RATG).

**Textnummer**

E57577

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0060OB00034.00V.0413.000

**Im RIS seit**

13.05.2000

**Zuletzt aktualisiert am**

15.12.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

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