

# TE OGH 1986/4/23 1Ob558/86 (1Ob559/86)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.04.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert, Dr. Gamerith, Dr. Hofmann und Dr. Schlosser als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö\*\*\* C\*\*\*-I\*\*\* Aktiengesellschaft,

Wien 1., Herrengasse 12, vertreten durch Dr. Richard Larcher, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Firma K\*\*\* Gesellschaft mbH, Pfaffenhofen, vertreten durch Dr. Manfred Opperer, Rechtsanwalt in Telfs, wegen S 1,362.580,46 s.A. infolge Revision der klagenden und Rekurses der beklagten Partei gegen das Urteil und den Beschluß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 30. Jänner 1986, GZ 2 R 274/85-15, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 22. Juli 1985, GZ 17 Cg 21/84-10 teilweise bestätigt, teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

1.) Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird in seinem die Abweisung des Teilbegehrens von S 537.939,46 s.A. bestätigenden Teil aufgehoben; die Rechtssache wird unter Aufhebung der Entscheidung des Erstgerichtes an dieses zur Ergänzung der Verhandlung und neuen Entscheidung zurückverwiesen.

2.) Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Auf die Kosten des Rechtsmittelverfahrens ist gleich weiteren Verfahrenskosten erster Instanz Bedacht zu nehmen.

## Text

Begründung:

Im Oktober 1974 wurde zwischen der Fa.M\*\*\*-Baugesellschaft mbH (im folgenden: Firma M\*\*\*) und der Fa.L\*\*\* und K.M\*\*\* Baugesellschaft mbH (im folgenden: Firma L\*\*\* und M\*\*\*) eine Vereinbarung über die Gründung einer Arbeitsgemeinschaft (im folgenden: Arbeitsgemeinschaft) zur Durchführung der Bauarbeiten am Arlberg-Straßentunnel, Bauabschnitt Ostrampe, geschlossen. Laut Vereinbarung sollte die Arbeitsgemeinschaft zwischen den Gesellschaftern "nicht ausgeübt" werden, sondern nur gegenüber dem Auftraggeber, der Arlberg-Straßentunnel AG (im folgenden: A\*\*\*), als Auftragnehmer auftreten. Die Bauarbeiten sollten von der Fa.M\*\*\* allein in voller Verantwortlichkeit vorgenommen werden, der Fa.M\*\*\* oblag auch die Geschäftsführung und kaufmännische Verwaltung. Für die aus dem Bauvorhaben sich ergebenden Forderungen sollte ausschließlich die Fa.M\*\*\*

empfangsberechtigt sein. Der Fa.L\*\*\* und M\*\*\* wurde eine Beteiligung von 5 % am Gewinn zugesagt. Am 29.September 1977 erteilte die Arbeitsgemeinschaft der beklagten Partei einen Auftrag zur Lieferung und Herstellung von Betonfertigteilen für das Baulos "Lawinengalerie St.Jakob", und traf mit ihr folgende Vereinbarung:

"Alle Lieferungen werden seitens der Baustelle nur vorläufig und unverbindlich entgegengenommen, die tatsächliche Abnahme erfolgt erst anlässlich der Übergabe der fertigen Lawinengalerie an die A\*\*\*. Die Gewährleistungsfrist beginnt mit diesem Zeitpunkt und gelten Beanstandungen offener Mängel anlässlich dieser Übergabe als zeitgerecht vorgebracht.

Sollten Ihre Lieferungen seitens der A\*\*\* wegen

Mangelhaftigkeit bei Bauübergabe oder im Verlaufe der Gewährleistungsfrist beanstandet werden und uns daraus finanzielle Nachteile entstehen, so werden wir von Ihnen in vollem Umfang schadlos gehalten. Bestehen die Beanstandungen Ihrer Ansicht nach zu Unrecht, so obliegt Ihnen der entsprechende Beweis. Eine allfällige rechtliche Durchsetzung Ihres Standpunktes gegenüber der A\*\*\* würde von uns in Ihrem Auftrag und Risiko und gegen Kostenersatz betrieben. Von der Schlußrechnung werden 3 % Haftrücklaß auf die Dauer von drei Jahren, gerechnet ab Übernahme der Galerie durch die A\*\*\*, einbehalten. Die Rücklässe können Ihrerseits durch Haftbriefe ersetzt werden."

Der Auftrag vom 29.September 1977 wurde im Jahre 1978 erfüllt und am 1.August 1978 abgerechnet.

Mit Beschluß des Landesgerichtes Innsbruck vom 22.Februar 1979 wurde über das Vermögen der Fa.M\*\*\* das Ausgleichsverfahren eröffnet; Rechtsanwalt Dr. Richard Larcher wurde zum Sachwalter bestellt. Am 28.Februar 1979 kam es zwischen Dr. Richard Larcher als Sachwalter der Fa.M\*\*\* und der klagenden Partei zu einer Zessionsvereinbarung folgenden Inhalts:

"Zur Sicherung unserer Forderungen und als Voraussetzung für die Kreditbeanspruchungen aus dieser neuen Gestion werden Sie uns analog der bisher gehandhabten Übung Ihrer existenten Forderungen aus Bauaufträgen offen abtreten, wobei uns über Verlangen auch General- bzw. Auftragszessionen hinsichtlich der Ihnen aus Bauaufträgen entstandenen bzw. noch entstehenden Forderungen hereinzugeben sind. Hinsichtlich des Deckungssatzes und der praktischen Durchführungsdetails der Zessionsgebarung ist mit uns noch das Einvernehmen zu pflegen."

Am 28.Juni 1979 erteilte die Fa.M\*\*\* der beklagten Partei mündlich den Auftrag zur Herstellung und Lieferung von Gesims- und Leitwandfertigteilen frei Baustelle Flirsch; der Auftrag wurde von der beklagten Partei am 28.Juni 1979 schriftlich bestätigt. Eine Klausel, wonach die Fa.M\*\*\* von der beklagten Partei im Falle von Beanstandungen durch den Auftraggeber A\*\*\* schadlos gehalten werden solle, wie sie im Auftrag vom 29.September 1977 enthalten war, war nicht vereinbart. Der Auftrag wurde am 13.November 1979 erfüllt, die Rechnungslegung erfolgte mit Schlußrechnung vom 14.November 1979. Mit Schreiben vom 5.März 1980 teilte die Fa.M\*\*\* der beklagten Partei mit, daß sich an den Sichtbetonoberflächen der gelieferten Betonfertigteile umfangreiche Schäden zeigten. Es wurden Oberflächenunregelmäßigkeiten auf den Betonplatten der Leitwände festgestellt; der Beton wies in den Bereichen, in denen das Frosttausalz angreifen konnte, eine sandige Oberfläche auf. Dies ist darauf zurückzuführen, daß die von der beklagten Partei hergestellten und gelieferten Betonelemente zwar eine ausreichende Menge von Luftbläschen aufweisen, diese Luftbläschen aber nicht jenen Abstand voneinander haben, der für die Erzielung eines frostbeständigen Materials erforderlich wäre. Die beklagte Partei nahm im Sommer 1980 Verbesserungsversuche in der Weise vor, daß sie versuchsweise Kunststoffmörtel von drei verschiedenen Firmen auftrag, um zu prüfen, welches dieser Produkte das beste Ergebnis zeitige. Im Frühjahr 1981 zeigte sich, daß bei allen Produkten Abplatzungen im Bereich der Oberfläche sichtbar wurden, eine Sanierung mit diesen Materialien demnach nicht möglich war; ein weiterer Behebungsversuch wurde nicht mehr vorgenommen. Die Firma M\*\*\* urgierte mit Schreiben vom 11.Mai 1981 die Durchführung der Verbesserungsarbeiten. Mit Schreiben vom 31.Jänner 1983 teilte die beklagte Partei der Arbeitsgemeinschaft mit, sie habe bis heute mit verschiedensten Betonzusatzmittellieferanten und Betonkosmetikfirmen Kontakt gepflogen und einzelne Probesanierungen an den Leitwänden durchgeführt, es könne nunmehr aber ausgesagt werden, daß es sich bei den aufgetretenen Schäden um unbehebbarer Mängel handle. Im Jahre 1983 wurde die beklagte Partei durch die A\*\*\* auch auf Mängel bei den Abdeckplatten (Auftrag vom 29.September 1977) hingewiesen. Es handelt sich dabei um Rostflecken, die dadurch entstanden sind, daß über dem Eisengitter eine zu geringe Betonschicht aufgebracht wurde. Mit Schlußfeststellung Nr.69 vom 1. Dezember 1983 nahm die A\*\*\* auf Grund der bei den Abdeckplatten aufgetretenen Mängel gegenüber der Firma M\*\*\* Abzüge vom

Rechnungsbetrag in der Höhe von S 537.939,46 vor. Mit der Schlußfeststellung Nr.70 vom selben Tag erfolgte durch die A\*\*\* ein weiterer Abzug auf Grund von Schäden an den Betonfertigteilen sowie von Kittfugenschäden in der Höhe von S 824,641,11. Mit Schreiben vom 29. Dezember 1983 gab die Fa. M\*\*\* der beklagten Partei ihre Forderungen in der Höhe von S 1,362.580,57 bekannt. Die beklagte Partei meldete ihre Forderungen aus den Aufträgen vom 29. September 1977 und vom 28. Juni 1979 im Ausgleichsverfahren über das Vermögen der Fa. M\*\*\* an und erhielt die Ausgleichsquote bezahlt; die letzte Ausgleichsrate wurde der beklagten Partei am 22. Mai 1980 überwiesen. Im Verfahren 12 Cg 191/81 des Landesgerichtes Innsbruck wurde die Firma L\*\*\* und K.M\*\*\* verurteilt, der beklagten Partei den Betrag von S 278.759,63 zu bezahlen; es handelte sich dabei um die Differenz der Ausgleichsquote zum Rechnungsbetrag (Auftrag vom 29. September 1977). Mängel der von der beklagten Partei erbrachten Leistung wurden weder in diesem Verfahren noch auch im Ausgleichsverfahren geltend gemacht.

Mit Schreiben vom 19. Oktober 1983 übermittelte die beklagte Partei der Firma M\*\*\* vier Garantiebriefe mit einer Laufzeit bis 31. Dezember 1983. Mit Schreiben vom 23. Dezember 1983 ersuchte die Firma M\*\*\* um Verlängerung der Gültigkeitsdauer bis 31. März 1984, weil die Schlußkollaudierungen mit der A\*\*\* noch nicht abgewickelt wurden. Die beklagte Partei teilte der Firma M\*\*\* mit Schreiben vom 28. Dezember 1983 mit, daß sie die Sparkasse der Stadt Innsbruck-Hall um Verlängerung der Gültigkeitsdauer der Haftbriefe ersucht habe, doch wurden solche Haftbriefe der Firma M\*\*\* nicht übermittelt.

Mit Schreiben vom 5. Juni 1984 bot Dr. Richard Larcher der klagenden Partei die sicherungsweise Zession des Betrages von S 1,362.580,46 an, was von der klagenden Partei angenommen wurde. Die klagende Partei begehrt mit der am 15. Februar 1984 überreichten Klage von der beklagten Partei die Bezahlung des Betrages von S 1,362.580,57 s.A. und brachte vor, die beklagte Partei schulde den genannten Betrag auf Grund der im Zusammenhang mit dem Auftrag vom 29. September 1977 getroffenen Vereinbarung, aber auch aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes. Die beklagte Partei beantragte Abweisung des Klagebegehrens und brachte vor, der Auftrag vom 29. September 1977 sei nicht von der Fa. M\*\*\*, sondern von der Arbeitsgemeinschaft erteilt worden. Die Fa. M\*\*\* sei daher zu einer Abtretung allfälliger Ansprüche der Arbeitsgemeinschaft nicht legitimiert. Der Auftrag vom 28. Juni 1979 sei zwar nur von der Fa. M\*\*\* erteilt worden, aber ohne die nur im Auftrag vom 29. September 1977 enthaltene Klausel über die Verpflichtung zur Schadloshaltung für den Fall von Beanstandungen seitens der A\*\*\*. Im übrigen seien die Leistungen der beklagten Partei normgerecht und mängelfrei erbracht worden. Die bei einzelnen Betonfertigteilen aufgetretenen Tausalzschäden beträfen nicht die Funktion der Bauteile. Die Fa. M\*\*\* habe überdies durch schlüssige Handlungen auf die Geltendmachung von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen verzichtet, weil sie diese Ansprüche im Rahmen des Ausgleichsverfahrens nicht geltend gemacht habe. Allfällige Ansprüche seien auch verjährt bzw. verfristet. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Die dem Auftrag vom 29. September 1977 zugrundeliegenden Ansprüche seien nicht wirksam abgetreten worden, weil die Fa. M\*\*\* zufolge des Bestehens der Arbeitsgemeinschaft über solche Forderungen nicht Verfügungsberechtigt gewesen sei. Im übrigen seien die Ansprüche auf Gewährleistung bzw. Schadenersatz verjährt. Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei teilweise Folge. Es bestätigte die Entscheidung des Erstrichters als Teilurteil in Ansehung des Betrages von S 537.939,46 s.A., hob sie im übrigen (in Ansehung des Teilbetrages von S 824.641,11 s.A.) unter Beisetzung eines Rechtskraftvorbehalts auf und verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur Ergänzung der Verhandlung und neuen Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Der klagenden Partei seien zwar Forderungen der Fa. M\*\*\* gegen die beklagte Partei in der Höhe von S 1,362.580,46 abgetreten worden; aus den Zessionsvereinbarungen ergebe sich aber kein Hinweis darauf, daß es sich dabei um Forderungen der Arbeitsgemeinschaft handle und die Firma M\*\*\* als Geschäftsführer dieser Arbeitsgemeinschaft auftrete. Auch wenn die Firma M\*\*\* für Forderungen empfangsberechtigt gewesen sei und ihr die Geschäftsführung der Arbeitsgemeinschaft oblag, habe sie doch immer nur Forderungen der Arbeitsgemeinschaft, nicht aber eigene Forderungen wirksam abtreten können. Zur Wirksamkeit der Zession wäre es demnach notwendig gewesen, in den Zessionsurkunden auf die Geschäftsführungsbefugnis bzw. Vertretungsmacht der Firma M\*\*\* hinzuweisen, was nicht geschehen sei. Der Einwand der beklagten Partei, die Firma M\*\*\* habe auf diese Forderungen schlüssig verzichtet, sei nicht gerechtfertigt, weil die bloße Untätigkeit der Fa. M\*\*\* die Annahme eines Verzichts nicht rechtfertige. Gegen einen solchen Verzicht spreche auch, daß die von der beklagten Partei beigebrachten Garantiebriefe eine Laufzeit bis 31. Dezember 1983 aufgewiesen hätten und die Firma M\*\*\* mit Schreiben vom 23. Dezember 1983 um eine Verlängerung der Laufzeit bis 31. März 1984 ersucht habe, wozu es dann allerdings nicht mehr gekommen sei.

Die Sachlegitimation der klagenden Partei zur Geltendmachung der Forderung der Firma M\*\*\* aus dem Auftrag vom 28.Juni 1979 sei hingegen auf Grund der Zession vom 5.Juni 1984 gegeben. Allfällige Forderungen der Firma M\*\*\* seien weder verjährt noch verfristet. Die Fa.M\*\*\* habe mit Schreiben vom 5.März 1980 Mängel an den Betonplatten der Leitwände gerügt, worauf die beklagte Partei im Sommer 1980 versuchsweise Kunststoffmörtel von drei verschiedenen Firmen aufgetragen habe, um zu überprüfen, welches dieser Produkte das beste Ergebnis zeitige. Erst im Frühjahr 1981 habe sich gezeigt, daß eine Sanierung mit diesen Materialien nicht möglich sei. Aus dieser Feststellung ergebe sich, daß im Frühjahr 1981 die Erfolglosigkeit der Sanierungsversuche festgestanden sei. Aus diesem Grunde habe die beklagte Partei auch keine weiteren Behebungsversuche vorgenommen. Durch die Verbesserungsversuche sei aber die Gewährleistungsfrist und auch die Frist zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen unterbrochen worden; es habe mit Frühjahr 1981 (also frühestens 21.März 1981) die neue dreijährige Gewährleistungs- bzw. Verjährungsfrist zu laufen begonnen. Da der Anspruch mit der am 15.Februar 1984 überreichten Klage gerichtlich geltend gemacht worden sei, sei weder die Gewährleistungsfrist des § 933 ABGB noch die dreijährige Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs (§ 1489 ABGB) abgelaufen. In welchem Umfang Preisminderungs- oder Schadenersatzansprüche gerechtfertigt seien, werde im fortgesetzten Verfahren zu klären sein.

Die klagende Partei bekämpft die Entscheidung des Berufungsgerichtes insoweit, als die Abweisung des Teilbegehrens von S 537.939,46 durch das Erstgericht bestätigt wurde. Die beklagte Partei wendet sich mit ihrem Rekurs gegen den die Entscheidung des Erstgerichtes aufhebenden Teil der Entscheidung des Berufungsgerichtes.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der klagenden Partei ist gerechtfertigt, dem Rekurs der beklagten Partei kommt Berechtigung nicht zu.

I) Zur Revision der klagenden Partei:

Nach der zwischen der Firma M\*\*\* und der Firma L\*\*\* und M\*\*\* getroffenen Vereinbarung sollte die Arbeitsgemeinschaft zwar dem Auftraggeber, der A\*\*\*, gegenüber in Erscheinung treten, im Innenverhältnis wollten die Partner die Arbeitsgemeinschaft aber "nicht ausüben". Da der Firma M\*\*\* darüber hinaus die Geschäftsführung, kaufmännische Verwaltung und Verfügungsbefugnis über die aus der Durchführung des Bauvorhabens entstehenden Forderungen zustehen sollte, kann diese Vereinbarung am ehesten dahin verstanden werden, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwar im Außenverhältnis, nicht aber im Innenverhältnis begründet werden sollte. Nach herrschender Ansicht kann die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Außengesellschaft oder nur Innengesellschaft sein (EvBl 1976/271; Kastner, Gesellschaftsrecht 4 33; Strasser in Rummel, ABGB, Rdz 15 zu § 1175). Strittig ist, ob eine reine Außengesellschaft vereinbart werden kann. Wahle in Klang-Kommentar 2 V 537 vertritt die Auffassung, daß das Bestehen eines Sozietätsverhältnisses im Innenverhältnis nicht erforderlich sei; die reine Außengesellschaft entspreche Bedürfnissen der modernen Erwerbswirtschaft. Strasser hingegen meint, daß die Zulässigkeit einer reinen Außengesellschaft "eher zu verneinen" sei, weil das Gesetz stets von der Existenz eines internen Gesellschaftsverhältnisses ausgehe. Fehle es an jeder Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit des Gesellschafters im Innenverhältnis, liege keine Gesellschaft vor. Selbst wenn man im vorliegenden Fall vom Bestehen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch im Innenverhältnis ausgeht, ist die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, die Zession der (behaupteten) Forderung der Firma M\*\*\* gegen die beklagte Partei aus dem Auftrag vom 29. September 1977 sei rechtsunwirksam, weil die Zession im eigenen Namen und nicht in Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfolgt sei, nicht zu billigen. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nach herrschender Auffassung keine juristische Person (JBL 1980, 545; EvBl 1978/144; JBL 1976, 428; Strasser a.a.O. Rdz 13 zu § 1175; Hämmerle-Wünsch, Handelsrecht 3 II 35; Welser, GesRZ 1978, 141). Rechtsträger sind daher die Gesellschafter (JBL 1980, 545; Strasser a.a.O.). Rechtsprechung und Lehre behandeln Forderungen der Gesellschaft als Gesamthandforderungen, über die nur alle Gesellschafter gemeinsam verfügen können, ein Einzelgesellschafter nur, wenn er die Zustimmung der anderen nachweist (JBL 1980, 545; SZ 50/151; SZ 45/113;

Strasser a.a.O. Rdz 9 zu §§ 1202, 1203). Da die Firma L\*\*\* und M\*\*\* schon in der Vereinbarung über die Gründung der Arbeitsgemeinschaft zugestimmt hat, daß der Firma M\*\*\* die Geschäftsführung obliegt und sie allein "für die aus dem gegenständlichen Bauvorhaben sich ergebenden Forderungen empfangsberechtigt" sein soll, ist an der alleinigen Verfügungsbefugnis der Firma M\*\*\* bzw. des für sie einschreitenden Sachwalters nicht zu zweifeln. Eine Verfügung im Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts war im Hinblick darauf, daß Rechtsträger der Forderung nicht eine von der Firma M\*\*\* verschiedene juristische Person ist, nicht erforderlich. Beizupflichten ist dem Berufungsgericht darin,

daß die Zessionsvereinbarung vom 28. Februar 1979 nur einen Mantelabtretungsvertrag darstellte, so daß eine wirksame Zession erst mit der Vereinbarung vom 5. Juni 1984 erfolgte. Da die Zession nur sicherungshalber erfolgte, war zur Wirksamkeit die Einhaltung einer Publizitätsform wie bei Verpfändung einer Forderung erforderlich (SZ 51/121; Ertl in Rummel, ABGB, Rdz 3 zu § 1392). Nach herrschender Auffassung reicht hierfür die Verständigung des Schuldners aus (SZ 51/121; SZ 48/2; SZ 46/24; Ertl a.a.O.; Koziol-Welser, Grundriß 7 I 263, II 131), die jedenfalls durch die Vorlage der Zessionsvereinbarung im Prozeß erfolgt ist, zumal die Verständigung sowohl durch den Zedenten als auch durch den Zessionar erfolgen kann (SZ 36/121; Ertl a.a.O. Rdz 1 zu § 1395; Wolff in Klang Kommentar 2 VI 314; Ehrenzweig, System 2 II/1, 263). Zu folgen ist auch der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß ein Verzicht der Firma M\*\*\* auf Forderungen gegen die beklagte Partei wegen mangelhafter Ausführung der ihr übertragenen Arbeiten nicht anzunehmen ist. Der bloße Umstand allein, daß sich die Firma M\*\*\* im Ausgleichsverfahren nicht auf die mangelnde Fälligkeit der von der beklagten Partei geltend gemachten Forderungen auf Bezahlung des Entgelts wegen der erbrachten Leistungen berufen hat, rechtfertigt nicht die Annahme, sie habe schlüssig (§ 863 ABGB) auf die Forderung verzichtet. Gegen einen Verzicht spricht auch das Verlangen der Fa.M\*\*\* nach Verlängerung der Gültigkeitsdauer der von der beklagten Partei beigebrachten Bankhafterbriefe. Dem Verhalten der Fa.L\*\*\* und M\*\*\* in dem gegen sie angestregten Rechtsstreit kommt schon deshalb keine Bedeutung zu, weil die Verfügungsbefugnis über Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche allein der Fa.M\*\*\* zustand, da es sich dabei um Forderungen aus dem Bauvorhaben handelt.

Nach der zwischen der Fa.M\*\*\* und der beklagten Partei getroffenen Vereinbarung vom 29. September 1977 beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit der tatsächlichen Übergabe der fertigen Lawinengalerie an die A\*\*\*. Von der Schlußrechnung wurde 3 % Haftrücklaß auf die Dauer von drei Jahren ab Übernahme der Galerie durch die A\*\*\* einbehalten. Wann das Werk von der A\*\*\* übernommen wurde, steht nicht fest. Der Zeitpunkt der Übernahme muß auch nicht mit der tatsächlichen Inbetriebnahme der Arlbergstraße übereinstimmen. In den Schreiben vom 11. Oktober 1983 und 23. Dezember 1983 an die beklagte Partei wies die Fa.M\*\*\* darauf hin, daß das Bauvorhaben noch nicht abgenommen worden sei; andererseits wird im Protokoll über die Schlußfeststellung Nr. 69 (Beilage C) das Datum der Übernahme mit 30. November 1978 angegeben, auf ein Übernahmeprotokoll vom 8. Juli 1980 verwiesen und das Ergebnis der Schlußabnahmebegehung vom 2. November und 24. November 1983 festgehalten. Es kann daher derzeit nicht beurteilt werden, ob Gewährleistungsansprüche der Fa.M\*\*\* wegen Ablaufs der Gewährleistungsfrist erloschen sind. Im fortgesetzten Verfahren wird zu klären sein, wann die Übernahme des Bauwerks durch die A\*\*\* erfolgte.

Was die Verjährung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs wegen der an den Abdeckplatten zufolge zu geringer Dimensionierung der Betonauflage aufgetretenen Rostschäden betrifft, so lehnt die Rechtsprechung grundsätzlich den Ersatz eines Schadens, der bereits durch die Existenz des Mangels entstanden ist, ab, so daß der Besteller für den Nachteil, den er durch die bloße Tatsache desselben erleidet, aus dem Titel des Schadenersatzes keinen Ersatz begehren kann. Vorhandene Mängel, die noch keinen weiteren Schaden, auch nicht am hergestellten Werk selbst, herbeigeführt haben, können keinen Schadenersatzanspruch begründen, sondern gehen im Gewährleistungsanspruch auf. Wurde aber das Werk durch den Mangel beschädigt, dann ist - Verschulden vorausgesetzt - auch ein Schadenersatzanspruch gegeben (SZ 54/81; JBl 1974, 477; SZ 46/39). Zu den ersatzfähigen Begleitschäden zählt auch der Verbesserungsaufwand (JBl 1979, 259; HS 10.91 def; SZ 48/56). Ein derartiger Begleitschaden kann auch darin bestehen, daß zufolge der zu geringen Dimensionierung der Betonauflage Rostschäden am Werk eingetreten sind und diese Schäden behoben werden sollen. Die Verjährungsfrist läuft gemäß § 1489 ABGB ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Wann der Fa.M\*\*\* der Schaden bekannt wurde, steht nicht fest. Die Feststellung, die A\*\*\* habe die beklagte Partei im Jahre 1983 auf diesen Schaden hingewiesen, reicht zur verlässlichen Beurteilung des Anspruchs nicht aus. Die Sachverhaltsgrundlage wird demnach allenfalls auch in dieser Richtung zu ergänzen sein. Falls die Forderung nicht ohnehin wegen Fristablauf erloschen bzw. verjährt ist, werden Feststellungen zur Höhe des geltend gemachten Ersatzanspruchs zu treffen sein. Demzufolge ist der Revision Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden; der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

II) Zum Rekurs der beklagten Partei:

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, daß den wiederholten Verbesserungsversuchen der beklagten Partei die Wirkung zukommt, daß ab Vollendung der Verbesserung bzw. ab dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer erklärt, daß ihm die Verbesserung nicht möglich sei, eine neue Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt, entspricht der herrschenden Rechtsprechung (MietSlg. 35.106; SZ 50/85; SZ 43/152; HS 7.342; SZ 31/123). Das Berufungsgericht nahm

an, daß sich im Frühjahr 1981 die Erfolglosigkeit der Verbesserungsversuche herausgestellt habe. Tatsächlich erklärte die beklagte Partei aber erst im Schreiben vom 31.Jänner 1983, sie habe bis heute mit verschiedenen Firmen Kontakt gepflogen und Probesanierungen an den Leitwänden durchgeführt, es könne nunmehr ausgesagt werden, daß es sich ihrer Meinung nach um unbehebbar Mängel handle. Erst mit diesem Schreiben erklärte die beklagte Partei die Behebung der aufgetretenen Mängel als gescheitert, so daß damit die dreijährige Gewährleistungsfrist zu laufen begonnen hat. Was den behaupteten schlüssigen Verzicht betrifft, ist auf die Ausführungen zur Revision der klagenden Partei zu verweisen. Auch ein allfälliger Schadenersatzanspruch wäre nicht verjährt, weil die Verbesserungsversuche ein deklaratives Anerkenntnis der Schadenersatzforderung darstellen und daher den Lauf der Verjährungsfrist gemäß § 1497 ABGB unterbrechen (Rsp.1932/148). Der Auftrag des Berufungsgerichtes zur Verbreiterung der Sachverhaltsgrundlage geht demnach von richtiger rechtlicher Beurteilung der Sache aus, so daß dem Rekurs der Erfolg zu versagen ist.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E08109

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0010OB00558.86.0423.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19860423\_OGH0002\_0010OB00558\_8600000\_000

**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)