

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

10.07.2001

Geschäftszahl

5Ob296/00s

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann und Dr. Baumann und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Dr. Djamchid A*****, 2. Masoumeth A*****, 3. DI Gerhard S*****, 4. Elisabeth S*****, 5. Wolfgang F*****, 6. DI Franz L*****, 7. DI Karl D*****, 8. Ingeborg H*****, 9. Ritta D*****, 10. DI Günter W*****,

11. Katharina S*****, 12. Robert H*****, 13. Brigitte H*****, 14. Silvia D*****, 15. Veronika B*****, 16. Michael M*****, 17. Mag. Leonore M*****, 18. Mag. Dr. Jean Jacques C*****, 19. Johann G*****,

20. Renate R*****, 21. Ing. Johann H*****, 22. Maria H*****, 23. Mag. Rudolf R*****, 24. Wolfgang T*****, 25. Konrad Z*****, 26. Elisabeth Z*****, 27. DI Heinrich B*****, 28. Gertrude B*****, 29. Dr. Martin M*****, 30. Gertrude M*****, 31. Dr. Sylvia M*****, 32. Elisabeth S*****, 33. Werner F*****, 34. Jan S*****, 35. Mag. Dr. Karl S*****,

36. Elisabeth S*****, 37. Franz K*****, 38. Werner F*****, 39. Christine K*****, alle *****, alle vertreten durch Dr. Johannes Hock sen., Dr. Johannes Hock jun., Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei WET Wohnungseigentümer, Gemeinnützige Wohnbaugesellschaft mbH, ***** vertreten durch Dr. Wolfram Themmer, Dr. Martin Prunbauer, Dr. Josef Toth, Rechtsanwälte in Wien, unter Nebenintervention auf Seite der beklagten Partei des Dr. Nikolaus R*****, Rechtsanwalt in Wien als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Bauunternehmen ***** (bestellt zu 2 S 280/00i des Handelsgerichtes Wien), wegen S 1,914.090,24 sA, infolge der Rekurse der Kläger und des Erstbeklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 15. Juni 2000, GZ 15 R 84/99d-116, womit das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 4. Februar 1999, GZ 16 Cg 274/93f-109, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Beiden Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Text

Begründung:

Die Kläger sind Mit- und Wohnungseigentümer der Liegenschaft EZ ***** GB ***** mit der Grundstücksadresse *****. Zwei der Mit- und Wohnungseigentümer dieser Liegenschaft haben sich jedoch an der gegenständlichen Klage nicht beteiligt.

Die beklagte Partei war Eigentümerin der Liegenschaft ***** in ***** und beauftragte die Nebenintervenientin mit der Errichtung eines Wohnhauses auf dieser Liegenschaft. Die Fertigstellung des Hauses erfolgte 1982.

Zu diesem Zeitpunkt wurden die einzelnen Wohnungen den Klägern übergeben, die durch Kaufverträge von der Beklagten Liegenschaftsanteile verbunden mit dem Nutzungsrecht an jeweiligen Wohneinheiten erworben haben.

Wann diese Kaufverträge von den Klägern bzw ihren Rechtsvorgängern abgeschlossen wurden, steht nicht fest.

Aufgrund konstruktiver Fehler bei der Ausführung der Spenglerarbeiten im Bereich der Terrassen und der Konstruktion der Geländerstützen sowie der Dachrinne kam es zu Wassereintritten in die Fassade, zum Teil aber auch in das Mauerwerk in den einzelnen Wohnungen.

Es steht nicht fest, wann erstmals diese Schäden auftraten, jedenfalls wurde zu 40 Nc 87/87 des BG Innere Stadt Wien über Begehren der Wohnungseigentümer in einem Beweissicherungsverfahren durch den Sachverständigen DI Walter L***** ein Gutachten erstellt, in dem das Hauptaugenmerk auf die Fehlerhaftigkeit der Errichtung der Geländerstützen gerichtet war. Der damals noch nicht prekäre Zustand der Verblechung wurde vernachlässigt. Konkrete Maßnahmen wurden in diesem Gutachten nicht beschrieben.

Zu 23 Cg 841/88 des Handelsgerichtes Wien erhoben die Wohnungseigentümer gegen die Beklagte eine Leistungsklage, nach grundsätzlicher Einigung der Parteien auf Sanierung trat Ruhen des Verfahrens ein. Im Jahr 1989 wurde über Veranlassung der Beklagten eine Sanierung versucht, bei der allerdings einige wesentliche Bereiche ausgelassen wurden. Dadurch wurde eine nur graduelle Verbesserung erzielt. Die Abstützung der Geländesteher war nach wie vor nicht ausreichend. Die Dreieckskiesleiste war nicht ausreichend dimensioniert. Unter anderem kam es wegen des Fehlens von Dilatationsmöglichkeiten zum Reißen der Lötverbindungen. Die Mängel waren "weitgehend ident" mit den vom Gutachter L***** verzeichneten und nicht sanierten, die Sanierungsversuche nach dem Gutachten zeigen "neuerliche Mängel wie Undichtigkeiten in der Dachverblechung". Erforderlich war eine Sanierung der Verblechung im gesamten Terrassenbereich, der Terrassenisolierung und der Geländerverankerung sowie der beschädigten Fassadenteile und den Schäden in den einzelnen Wohnungen. Zur Behebung der Fassadenmängel war eine komplette Aufgerüstung vom Gehsteig bis zum vierten/fünften Stock notwendig. Im Jahr 1994 wurde eine Sanierung (über Auftrag der Kläger) durchgeführt, wobei es erforderlich war, die Verblechung auf der Terrassenvorder- und hinterseite zu öffnen. Dazu musste der Plattenbelag samt Sandbett und Dämmplatten abgetragen werden. Auch wegen der ursprünglich nicht ausreichenden Festigkeit der Geländerstützenverankerung waren Sanierungsmaßnahmen erforderlich. Weitere Schäden aus noch unbehobenen Ursachen sind zu erwarten.

Mit der vorliegenden Klage begehren die Kläger aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes von der Beklagten die Kosten der Mängelbehebung, nach Durchführung der Arbeiten das von ihnen eingesetzte Kapital von S 1,914.090,24 sA. Weiters begehren sie die Feststellung, dass ihnen die Beklagte für sämtliche Schäden aus der mangelhaften Planung und Ausführung der Terrassen (inklusive Abdichtungen) im Haus ***** in ***** zu haften habe.

Als anspruchsbegründend bringen die Kläger vor, die Beklagte habe die konstruktiven Fehler bei der Planung und Ausführung der Terrassen, insbesondere der Spenglerarbeiten in diesem Bereich zu vertreten.

Bereits am 16. 6. 1987 habe die Beklagte ein Anerkenntnis abgegeben und sich zur Sanierung verpflichtet. Deshalb sei auch die zu 23 Cg 84/88 des Handelsgerichtes Wien erhobene Klage von den Klägern nicht fortgesetzt worden. Ein Sanierungsversuch sei im Mai 1989 beendet worden. Erst im April 1993 sei hervorgekommen, dass dieser Sanierungsversuch untauglich gewesen sei, weil neue Schäden eingetreten seien, neuerlich Verblechungen gerissen seien und neuerlich Wassereintritte die Folge gewesen seien.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte dessen Abweisung. Sie habe das Haus zwar errichten lassen, jedoch nicht im Auftrag der Kläger, sondern als Alleineigentümerin und erst danach Wohnungen an die Kläger bzw deren Rechtsnachfolger abverkauft. Sie habe daher nicht aus einem Werkvertrag zu haften. Mängel hätten allenfalls die von ihr beschäftigten Professionisten zu vertreten, diese seien jedoch nicht Erfüllungsgehilfen der Beklagten gegenüber der den Klägern in Erfüllung der jeweiligen Kaufverträgen. Ein Verschulden an der mangelhaften Ausführung des Baus treffe die Beklagte nicht, weil sie sich ausschließlich befugter Professionisten bedient habe.

Der Beklagten fehle es daher an der Passivlegitimation.

Aber auch die Aktivlegitimation der Kläger sei nicht gegeben, weil nicht alle Wohnungseigentümer auf Klagsseite vertreten seien. Alle Mit- und Wohnungseigentümer seien eine notwendige Streitgenossenschaft.

Das Begehren sei auch unangemessen hoch, Arbeiten seien nicht in diesem Umfang notwendig gewesen. Darüber hinaus seien die Arbeiten auch nicht gänzlich zielführend gewesen.

Eingewendet wurde weiters ein Mitverschulden der Kläger durch mangelnde Kontrolle sowie, dass nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu berücksichtigen sei, dass die Kläger durch die erfolgte Sanierung nach 10 bis 12jähriger Bewohnungsdauer nun einen Neuzustand geschaffen hätten.

Das Schwergewicht des Einwands der Beklagten liegt auf der Verjährungseinrede. Die Mängel seien den Klägern seit 1987, seit dem Gutachten L***** bekannt. Die Kläger hätten es unterlassen, ein Feststellungsbegehren zur Verhinderung der Verjährung zu erheben.

Ausgehend von den oben wiedergegebenen Feststellungen erkannte das Erstgericht in einem Zwischen- und Teilurteil dahin, dass das Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe. Weiters wurde festgestellt, dass die Beklagte den Klägern für sämtliche Schäden aus der mangelhaften Planung und Ausführung der Terrassen (inklusive Abdichtungen) im Haus ***** zu haften habe.

Das Erstgericht bejahte zunächst die Aktivlegitimation der Kläger, eine einheitliche Streitpartei liege nicht vor. Die Parteistellung komme bei der Durchsetzung von Individualrechten allen einzelnen Miteigentümern zu, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden könnten.

Den Einwand der Verjährung verwarf das Erstgericht. Erst nach Fehlschlagen des Sanierungsversuches 1989 seien im Jahr 1993, kurz vor Klageeinbringung, neue Schäden offensichtlich geworden. Es beginne eine neue Verjährungsfrist zu laufen, wenn nicht vorhersehbare, neue Wirkungen eines Schadensfalls hervorkämen bzw ein nicht voraussehbarer Schaden eintrete. Für die Kläger sei es nicht vorhersehbar gewesen, dass die Sanierung fehlschlagen werde.

Es bestehe daher ein Schadenersatzanspruch der Kläger dem Grunde nach "aus Anlass von Gewährleistungsmängeln". Die Ursache der Schäden seien Mängel, deren Behebung großteils in den Verantwortungsbereich der Beklagten falle. Der Einwand des mangelnden Verschuldens durch die Beklagte, weil sie sich bei der Errichtung des Hauses ausschließlich Professionisten bedient habe, gehe ins Leere, da diese nicht als Erfüllungsgehilfen aus dem Kaufvertrag anzusehen seien. Zum Zeitpunkt der Erbauung des Hauses habe noch kein Schuldverhältnis zwischen den Prozessparteien bestanden. Die Kläger könnten daher ihren Schadenersatz auf mangelhafte Erfüllung des Kaufvertrages stützen. Die Beklagte habe den ihr zufolge § 1298 ABGB obliegenden Beweis, dass sie ohne ihr Verschulden an der vertragsmäßigen Erfüllung gehindert worden sei, nicht erbracht. Es wäre nämlich Aufgabe der Beklagten als berufsmäßiger Errichterin eines Wohnhauses gewesen, das Werk vor Übergabe auf Mängelfreiheit zu überprüfen.

Auch das Feststellungsbegehren sei berechtigt. Dies schon deshalb, um einer Verjährung der Forderung für künftig auftretende Schäden zu begegnen.

Das von beiden Streitparteien angerufene Berufungsgericht hob das Ersturteil auf und wies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück.

In rechtlicher Hinsicht bejahte es die Aktivlegitimation der Kläger mit dem Argument, den einzelnen Wohnungseigentümern sei die Sachlegitimation zur Geltendmachung der Rechte aus einem individuellen Vertrag mit dem Verkäufer zuzuerkennen und zwar unabhängig davon, ob sein Anspruch nur das eigene Objekt oder auch allgemeine Teile des Hauses betreffe. Dabei berief sich das Berufungsgericht auf die Entscheidungen 5 Ob 197/97x = WoBl 1998/32 = SZ 70/129, 5 Ob 274/97y. Im vorliegenden Fall habe die Miteigentümergeinschaft auch bereits sämtliche Wahlmöglichkeiten - zwischen Verbesserung und Preisminderung oder Naturalrestitution und Schadenersatz in Geld - ausgeschöpft, weil nach Beseitigung des Schadens der Ersatz der hierfür aufgelaufenen Kosten verlangt werde. In diesem Fall stehe das Fehlen eines Mehrheitsbeschlusses der Aktivlegitimation der Kläger nicht entgegen. Dabei berief sich das Berufungsgericht auf T. Hausmann, WoBl 1998, 57.

Grundsätzlich, wenn es sich nicht um Gesamthandforderungen der Liegenschaftsmiteigentümer handle, sei jeder Kläger nur berechtigt, den auf ihn entfallenden Teil des Schadens zu fordern. Gegenstand des Schadenersatzanspruches sei nämlich die Behebung ernster Schäden sowohl an allgemeinen Teilen als auch in einzelnen Objekten. Die Aufwendung für die Behebung solcher Schäden treffe daher die einzelnen Miteigentümer gemäß § 19 WEG nach dem Verhältnis ihrer Anteile. Nur solche Schäden in einzelnen Wohnungseigentumsobjekten, die keine ernsten Schäden des Hauses seien, fielen dem einzelnen Wohnungseigentümer zur Last.

Für welchen Gesamtanteil an den Behebungskosten die Kläger, die ja nicht die Gesamtheit der Miteigentümer darstellten, demnach forderungsberechtigt seien, bedürfe vor dem Hintergrund des § 19 WEG noch einer Ergänzung des Sachverhalts durch das Erstgericht.

Feststellungen über die einzelnen Anteile der Kläger seien entbehrlich, weil die Kläger allesamt die Zahlung der ihnen jeweils zustehenden Teilbeträge an einen Dritten, hier "zu Händen des Klagevertreters" begehrt hätten. Damit hätten sie zum Ausdruck gebracht und sei gleichzeitig vom Vertreter der Kläger das Einverständnis erklärt worden, dass dieser die interne Abrechnung und Aufteilung der an ihn zu erbringenden Zahlung an die Kläger übernehme. Die Kläger beehrten also in Wahrheit die Verurteilung der Beklagten zur Leistung an die Miteigentümer zu Händen ihres zum Inkasso befugten Machthabers. Dazu berief sich das Berufungsgericht auf die Entscheidung JBl 1986, 112.

Im Weiteren beurteilte das Berufungsgericht den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag als Bauträgervertrag, der grundsätzlich als Werkvertrag zu qualifizieren sei, auch wenn das zu errichtende Bauwerk im Zeitpunkt des Erwerbes bereits weitgehend fertiggestellt sei. Dazu berief sich das Berufungsgericht ua auf die Entscheidung SZ 67/101 sowie auf die in Rummel in ABGB**2 Rz 25 zu § 1165 ff und Schwimann Rz 11 zu § 1165 ABGB vertretenen Lehrmeinungen. In diesem Fall bestehe auch eine Haftung der Beklagten für Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB. Eine solche Haftung werde bejaht, selbst wenn der Erfüllungsgehilfe erst nach Begründung des Schuldverhältnisses zu dessen Erfüllung herangezogen werde, oder auch, wenn durch zweckdienliche Handlungen die Erfüllung eines künftigen Schuldverhältnisses vorbereitet werden solle.

Die Kläger machten aus dem Titel des Schadenersatzes das Erfüllungsinteresse geltend, das im Deckungskapital des Verbesserungsaufwandes liege. Gewährleistungsansprüche erschienen allerdings verfristet. Selbst wenn man den Beginn der Gewährleistungsfrist nach Beendigung der Verbesserungsarbeiten im Jahr 1989 nach vorbehaltloser Abnahme des Sanierungsversuchs in Lauf setze, seien im Jahr 1993 bei Einbringung der Klage Gewährleistungsansprüche bereits erloschen gewesen. Die Forderung der Kläger sei daher primär unter dem Blickwinkel des Schadenersatzrechtes sowie des behaupteten Anerkenntnisses zu beurteilen.

Hinsichtlich der Frage der Verjährung hielt das Berufungsgericht noch für klärungsbedürftig, inwieweit nach der (Teil-)Sanierung im Jahr 1989 weitere Schäden bestehen geblieben seien, welche schon damals die Einbringung einer Leistungsklage durch die Kläger ermöglicht hätten. Bejahendenfalls wäre insoweit bezüglich der bereits eingetretenen Schäden der Beginn der Verjährungsfrist in Gang gesetzt worden. Ob sich diese Wirkung mangels Erhebung einer Feststellungsklage auch auf erst später eingetretene Folgeschäden erstrecke, hänge im Sinn der "gemäßigten Einheitstheorie" von mehreren Faktoren ab, vor allem vom Ausmaß des bestehen gebliebenen "Erstschadens" und von der Vorhersehbarkeit und Wahrscheinlichkeit des Eintritts weiterer Schäden.

Maßgeblich für den Beginn der Verjährung des Schadenersatzanspruches sei die Ermittlung jenes Zeitpunktes, in dem für die Besteller erkennbar gewesen sei, dass die erfolgte Verbesserung misslungen sei bzw dass nicht sämtliche Schäden einem Verbesserungsversuch unterzogen worden seien.

Im Weiteren sei noch das Vorbringen der Kläger überprüfungsbedürftig, dass die Beklagte am 16. 6. 1987 anerkannt habe, zur kostenlosen Sanierung der Terrassen und der durch die Undichtheit bewirkten Folgeschäden verpflichtet zu sein. Hierüber seien noch ergänzende Feststellungen vonnöten. In diesem Zusammenhang verwies das Berufungsgericht darauf, dass nach herrschender Meinung schon das deklarative Anerkenntnis zur Unterbrechung der Verjährung gemäß § 1497 ABGB ausreiche.

Das Verfahren sei also noch in mehrerer Hinsicht ergänzungsbedürftig, bevor über den Anspruch oder die Berechtigung des Feststellungsbegehrens abgesprochen werden könnte.

Das Berufungsgericht erklärte den Rekurs an den Obersten Gerichtshof für zulässig. Zunächst liege zur Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag im Zusammenhang mit dem Erwerb neuerrichteter Eigentumswohnungen keine gesicherte Rechtsprechung des Höchstgerichtes vor. Weiters habe sich das Berufungsgericht bei der Verneinung des Erfordernisses eines Mehrheitsbeschlusses zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch die Mehrheit der Wohnungseigentümer nach Schadensbehebung nicht auf eine bestehende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes stützen können. Schließlich stelle es auch noch eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung dar, nach welchen Kriterien zu beurteilen sei, ob der Geschädigte bei Vorliegen eines ersten Teilschadens zur Einbringung einer Leistungsklage "genötigt" sei und auf welche Folgeschäden sich diesfalls der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist erstrecke.

Gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichtes richten sich die Rekurse der Kläger und der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung im

Sinn einer Stattgebung bzw Abweisung des gesamten Klagebegehrens, hilfsweise wird von der Beklagten ein Aufhebungsantrag unter Überbindung einer zur Klagsabweisung führenden Rechtsansicht beantragt.

Die Beklagte beantragt, dem Rekurs der Kläger nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Beide Rekurse sind aus vom Berufungsgericht bezeichneten Gründen zulässig, jedoch nicht berechtigt.

In beiden Rechtsmitteln wird zentral auf die Themen der Aktivlegitimation, des Einstehenmüssens für Mängel, die Verjährungsfrage und die Abgrenzung Werkvertrag/Kaufvertrag eingegangen, sodass die Rechtsmittel im Folgenden gemeinsam behandelt werden können.

Zutreffend haben die Vorinstanzen die Rechtsprechung des erkennenden Senates wiedergegebenen, die zur Legitimation zur Erhebung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an allgemeinen Teilen einer im Wohnungseigentum stehenden Liegenschaft ergangen ist. Diese Rechtsprechung wurde auch bereits auf Schadenersatzansprüche ausgedehnt (vgl 5 Ob 201/00w). Die Legitimation richtet sich primär danach, auf welcher vertraglichen Grundlage Gewährleistung oder Schadenersatz begehrt wird. Rührt der Anspruch aus einem vom Erwerber einer Wohnung mit dem Bauträger abgeschlossenen Vertrag her, so ist nur der Erwerber und nicht die (allenfalls noch gar nicht bestehende) dingliche Rechtsgemeinschaft forderungsberechtigt. Dem Erwerber eines Wohnungseigentumsobjekts steht also die Sachlegitimation zur Geltendmachung der Rechte aus seinem individuellen Vertrag mit dem Bauträger zu, selbst wenn die Mängel nicht (nur) sein eigenes Wohnungseigentumsobjekt, sondern allgemeine Teile des Hauses betreffen. Allerdings wurde wegen der Notwendigkeit der Bedachtnahme auf die Interessen anderer Wohnungseigentümer - weil etwa bei der Wahl zwischen Verbesserung und Preisminderung unterschiedliche Interessen bestehen können - bei Bestehen einer dinglichen Rechtsgemeinschaft ein Mehrheitsbeschluss gefordert (WoBl 1998/32).

Dem Gedanken der Interessenwahrung folgend ist die von Hausmann (in WoBl 1998, 57) gefundene Lösung, der auch das Berufungsgericht gefolgt ist, zweifellos richtig: Haben die Beteiligten, wie hier, ihre Wahl bereits getroffen und nach gescheitertem Verbesserungsversuch selbst die Sanierung der bestehenden Mängel veranlasst und begehren das dafür eingesetzte Deckungskapital, besteht überhaupt keine Möglichkeit eines Interessenkonflikts mehr, weshalb die Forderung nach einem Mehrheitsbeschluss obsolet ist.

Die Aktivlegitimation der Kläger ist daher zu bejahen.

Weil allerdings im vorliegenden Fall Schadenersatzansprüche jedes einzelnen Mit- und Wohnungseigentümers aus seinem individuellen Vertrag mit dem Bauträger resultieren, steht den Klägern jeweils nur der auf ihren Anteil entfallende Teil des eingesetzten Deckungskapitals zu. Eine Gesamthandforderung liegt diesfalls nicht vor, auch wenn es sich auch bei der erstmaligen Herstellung eines mängelfreien Zustands um eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung handelt. Damit wird aber nur die Frage der Willensbildung, nicht aber die der Forderungszuständigkeit beantwortet. Die Kläger machen in Summe nichts anderes als Ansprüche aus ihren jeweiligen Verträgen mit der Beklagten geltend, wenn sie das von ihnen eingesetzte Deckungskapital für die Schadensbehebung begehren. Da dieser Anspruch auf Geld gerichtet und damit teilbar ist, kann jeder nur seinen Teil geltend machen (SZ 68/41; 3 Ob 561/90; NZ 1999/171; RIS-Justiz RS0017118). In diesem Sinn ist das auf Zahlung eines Gesamtbetrages zu Händen des Klagevertreters gerichtete Klagebegehren auch zu verstehen, obwohl die einzelnen Teilbeträge bisher noch nicht beziffert wurden. Das Klagebegehren wird im fortgesetzten Verfahren daher noch (hinsichtlich der Anteile) zu präzisieren sein, ohne dass damit Teilabweisungen und Kostenfolgen zu verbinden wären.

Die Argumente der Beklagten über die Unzulässigkeit einer Prozessstandschaft gehen am Kern der Sache vorbei.

Angesichts des feststehenden Umstandes, dass die Beklagte die ihr aus dem mit den Klägern abgeschlossenen Vertrag zukommende Verpflichtung auf Herstellung/Übergabe einer mängelfreien Sache nicht erfüllt hat und die Kläger aus dem Titel des Schadenersatzes das von ihnen eingesetzte Deckungskapital zur Beseitigung der Mängel begehren, ist es ohne Relevanz, eine Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag vorzunehmen, wofür auch noch keine Feststellungsgrundlagen gegeben sind. Allgemein wurde diese Frage vom Höchstgericht bereits zu SZ 67/101 beantwortet.

Hat sich die Beklagte im Vertrag mit den Klägern ausdrücklich zur Herstellung des Bauwerks verpflichtet, das sie dann mit Miteigentumsanteilen an der Liegenschaft den Klägern ins Eigentum übertrug, übernahm sie eine spezifische Herstellungspflicht, wie sich auch für den Werkvertrag kennzeichnend ist. Dann ist es aber, wie beim

Werkvertrag, nicht entscheidend, ob die Herstellungspflicht selbst oder durch Heranziehung anderer Unternehmer erfüllt wird. Hat der Verkäufer die Sache unter seiner Verantwortung herzustellen bzw herstellen zu lassen (vgl § 1165 ABGB) so kommt es nicht darauf an, ob er sich zur Ausführung des Baus befugter Gewerbsleute bediente. Der Schaden liegt eben schon in der mangelhaften Leistung, der Beklagten fällt für den Schaden kausales rechtswidriges Verhalten bei der Vertragserfüllung zur Last. Dasselbe Ergebnis wird bei Annahme eines Kaufvertrags erzielt. Im Abweichen vom Vereinbarten (der mängelfreien Sache) liegt die Rechtswidrigkeit, die Kausalität wird beim erwiesenen Mangel vermutet, ein Freibeweis iSd § 1298 ABGB ist der Beklagten bloß durch den Hinweis auf "Professionisten" nicht gelungen.

Die Kläger machen gegen die Beklagte einen Schadenersatzanspruch wegen Schlechterfüllung nach Scheitern eines Verbesserungsversuchs geltend. Sie begehren den Ersatz des Erfüllungsinteresses in Gestalt des Deckungskapitals für den Verbesserungsaufwand nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Zutreffend hat das Rekursgericht die Grundlagen dafür herausgearbeitet, wie im vorliegenden Fall die Verjährungsfrage zu klären ist. Vorweg wird die bisher ungeprüfte Frage des behaupteten Anerkenntnisses zu klären sein. Erst dann, wenn sich ergibt, dass nicht einmal ein deklaratives Anerkenntnis der Beklagten für die Beseitigung der unzweifelhaft bestehenden Mängel vorliegt, werden Grundlagen dafür zu schaffen sein, den Beginn der Verjährung des Schadenersatzanspruches überprüfbar zu machen. Entscheidend kommt es darauf an, wann für die Kläger erkennbar war, dass die im Jahr 1989 vorgenommenen Verbesserungsarbeiten nicht sämtliche Mängel betrafen und die gesetzten Maßnahmen darüber hinaus nicht ausreichend waren, um die Schadensursache zu beheben. Im vorliegenden Fall steht nämlich fest, dass das erste Sachverständigengutachten des DI L***** den damals noch nicht prekären Zustand der Verblechung vernachlässigte. Dieses Gutachten konnte somit die Verjährungsfrist nicht auslösen, weil der Schaden in Wahrheit weiterreichte, als der Sachverständige erkennen konnte.

Nach den vom Berufungsgericht dargelegten Grundsätzen wird das Erstgericht im erneuerten Verfahren Feststellungen zu treffen haben, die die Frage einer allfälligen Verjährung der gegenständlichen Ansprüche beurteilen lassen.

Ausgehend von diesen Erwägungen kommt beiden Rechtsmitteln keine Berechtigung zu.