

**Sachverhalt**

Der Kl bewarb sich auf eine ausgeschriebene Kassenplanstelle als Zahnarzt. Im Verfahren zur Vergabe der Kassenplanstelle galten die Richtlinien der ReihungskriterienV BGBl II 2002/487.

**Kein Schadenersatz des rechtswidrig überangenen Bewerbers einer Kassenplanstelle.**

Diese Kassenplanstelle erlangte er nicht, weil die Bekl, die gesetzliche Standesvertretung der Zahnärzte im Burgenland, einem sachlich nicht gerechtfertigten Besetzungsvorschlag des burgenländischen Krankenversicherungsträgers für die Vergabe des vom Kl angestrebten Kassenvertrags zugestimmt hatte. Die Bekl haftet daher dem Kl dem Grunde nach für den dadurch erlittenen Schaden.

Der Kl begehrte die Feststellung der Haftung der Bekl für alle zukünftigen und derzeit nicht bezifferbaren Nachteile, die ihm aufgrund des Nichtabschlusses eines Einzelvertrags entstehen. Hätte ihn die Bekl nicht rechtswidrig und schuldhaft durch fehlerhafte Information an den Krankenversicherungsträger am Erlangen der Kassenplanstelle gehindert, hätte er die Ordination seines Vaters samt Einrichtung unentgeltlich übernehmen und ohne größere Investitionen weiter betreiben können. Den meisten Patienten seines Vaters sei er persönlich bekannt und sie hätten besonderes Vertrauen zu ihm. Die Übernahme eines fremden Ordinationsbetriebs wäre mit hohen Kosten und weniger günstigen Aussichten, den Patientenstock des Vorgängers halten zu können, verbunden gewesen, weshalb er sich um die anderen Kassenplanstellen nicht beworben habe.

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt, das BerG wies es ab. Der OGH gab der Rev des Kl nicht Folge.

**Aus den Entscheidungsgründen**

Gegenstand des RevVerfahrens ist, inwiefern die vom Kl zur Begründung seines Anspruchs vorgebrachten Nachteile einen ersatzfähigen Schaden darstellen, der – als Voraussetzung für das erhobene Feststellungsbegehren – auch in Hinkunft noch eintreten könnte.

Die Reihungsbestimmungen für die Vergabe eines Kassenvertrags dienen den Interessen der Versicherten und dem Schutz der

Bewerber mit dem Ziel, dass möglichst der fachlich Bestqualifizierte zum Zug kommen soll. Die Vergabe eines Kassenvertrags muss auf objektiven und nachprüfbareren Erwägungen beruhen, die transparent und sachlich gerechtfertigt sind. Die Reihungskriterien sind im Rahmen dieser Zwecke als Schutznorm iSd § 1311 ABGB anzusehen.

Die Übertretung einer Schutznorm macht nur insofern für den dadurch verursachten Schaden haftbar, als durch die Schutznorm gerade dieser Schaden verhindert werden sollte und als gerade die Interessen verletzt wurden, deren Schutz im Zweckbereich der Norm liegt. Die Verletzung anderer, außerhalb des Normzwecks gelegener Interessen begründet eine Schadenersatzpflicht nicht.

Bei der Vergabe eines Kassenvertrags werden subjektive, nicht dem Ziel der Vergabe an den Bestqualifizierten dienende Auswahlkriterien in der Judikatur als unsachlich und daher unzulässig qualifiziert. Insb wurde dies explizit für die Kriterien der Nachfolge innerhalb der Familie und für das Bestehen einer vorvertraglichen privatrechtlichen Einigung zwischen Bewerber und Praxisvorgänger ausgesprochen. Aus diesem Grund sind die vermögensrechtlichen Interessen der präsumtiven Übergeber einer Kassenpraxis an einem bestimmten Nachfolger vom Schutzbereich der Reihungskriterien ausgenommen, dürfen sie doch für die Reihung nicht maßgeblich sein.

Nichts anderes kann spiegelbildlich aber für den überangenen Bewerber gelten. Bei den Richtlinien für die objektive Reihung zur Vergabe eines Kassenvertrags ist davon auszugehen, dass sie auch das Interesse des nach den Kriterien Bestqualifizierten schützen, die angestrebte selbstständige Tätigkeit als Kassenvertragsarzt zum frühestmöglichen Zeitpunkt beginnen zu können. Ein finanzieller Nachteil aufgrund einer unsachlichen Verzögerung des Vertragsabschlusses wegen Verletzung der Reihungskriterien läge daher im Schutzbereich der Norm. Dieser Schutzbereich erstreckt sich aber nicht auf rein subjektive Interessen, die als solche bei der Reihung der Bewerber gerade keine Rolle spielen dürfen, etwa die Möglichkeit, eine Ordination vom Vorgänger kostenlos übernehmen oder einem Familienmitglied nachfolgen zu können.

Der Kl stützt sein Feststellungsbegehren hier ausschließlich auf mögliche Nachteile aus dem Entgang der Gelegenheit, die Ordination seines Vaters samt Patientenstock aufgrund des familiären Naheverhältnisses ohne Ablöse übernehmen zu können. Dieses Interesse an einer zufälligen wirtschaftlich günstigen Gelegenheit ist vom Schutzzweck der Reihungsrichtlinien nicht umfasst.

**Hemmung der Verjährung bei Interessenkollision des Vertreters einer Gesellschaft**

**§ 1494 ABGB; § 83 GmbHG**

- ▶ § 1494 ABGB ist auch in Fällen analog anzuwenden, in denen zwar der Anspruchsgegner nicht selbst Mitglied des (Vertretungs-)Kollegialorgans ist, die als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizierenden Zuwendungen aber wirtschaftlich betrachtet – weil seinem nahen Angehörigen zugewendet – als dem Vertreter zugekommen gelten.
- ▶ Der Nachweis, dass im Einzelfall trotz eines solchen (formal vorliegenden) Angehörigenverhältnisses (wegen tatsächlich fehlender innerer Nähe zwischen den betroffe-

nen Personen) eine Interessenkollision nicht bestand, obläge (wegen der Uneinsehbarkeit der Beziehungstiefe für die – dann nicht mehr von einem Angehörigen vertretene – Gesellschaft) der begünstigten Partei.

**Schuldrecht**

OGH 20. 12. 2023, 6 Ob 170/23b (OLG Wien 4 R 143/21k; HG Wien 27 Cg 81/17t)  
Verjährung; Hemmung; Interessenkollision; nahe Angehörige

**EvBl 2024/133**

Bearbeitet von ANDREW ANNERL

## Sachverhalt

Die Kl war ein traditionsreiches „Familienunternehmen“ aus der Möbelbranche. Die Erst- und der ZweitBekl sind Teil dieser Familie.

**Der OGH trägt bei der Verjährungshemmung dem Umstand Rechnung, dass nicht zu erwarten ist, dass ein Geschäftsführer während seiner Tätigkeit allfällige Rückersatzansprüche der Gesellschaft gem § 83 GmbHG gegen den von der Zuwendung begünstigten nahen Angehörigen durchsetzen wird.**

Die Kl ist Eigentümerin einer Liegenschaft, auf der sich ein Gebäude mit Penthouse und Garten befand. Die Bekl nutzten dieses Penthouse samt Garten (auch hinsichtlich Betriebs- und Erhaltungskosten) seit 1992 kostenlos. Im Jahr 2009 schlossen die Streitparteien darüber eine schriftliche Nutzungsvereinbarung, auf deren Grundlage im Jahr 2013 auch ein entsprechendes (unentgeltliches) Wohnungsgebrauchsrecht zugunsten der Bekl verbüchert wurde. Im selben Jahr kam es bei der Kl zu einem Gesellschafterswechsel. Die Gesellschaftsanteile des zuletzt über Stiftungen gehaltenen traditionsreichen Familienunternehmens wurden an eine andere Aktiengesellschaft verkauft.

Mit U des OGH vom 20. 12. 2018 zu 6 Ob 195/18x wurde zwischen den Streitparteien die Nichtigkeit des Wohnungsgebrauchsrechts wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 82, 83 GmbHG) ausgesprochen; die Bekl wurden zur Räumung des Objekts verpflichtet.

Die Kl begehrt mit ihrer am 5. 12. 2017 eingebrachten Klage Entgelt für die titellose Benützung des Penthouses seit Jänner 1993. Die Verjährung sei gem § 1494 ABGB bis zum 5. 6. 2013 gehemmt gewesen, sei doch eine Interessenkollision auf Seiten der Vertreter der Kl vorgelegen, aufgrund derer eine gesetzmäßige Wahrung ihrer Rechte nicht zu erwarten gewesen sei.

Die Bekl bestritten und wandten Verjährung ein.

Mit der im ersten Rechtsgang ergangenen Entscheidung des OGH zu 6 Ob 112/22x wurde geklärt, dass die für die erfolgte Gebrauchsüberlassung einer Liegenschaft (Penthouse samt Garten) geltend gemachten Kondiktionsansprüche nach § 877 ABGB analog der sinngemäß heranzuziehenden dreijährigen Verjährungsfrist des § 1486 Z 4 ABGB unterfallen.

Das BerG sprach im zweiten Rechtsgang mit TeilzwischenU gem § 393 a ZPO aus, dass der Klagsanspruch im Umfang des für den Zeitraum von 1. 1. 1993 bis 30. 11. 2012 geltend gemachten Benützungsentgelts nicht verjährt sei.

Der OGH gab der Rev der Bekl Folge, hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache an das ErstG zurück.

## Aus den Entscheidungsgründen

### [ Regelung des § 1494 ABGB ]

§ 1494 ABGB regelt zum Schutz von minderjährigen Personen die Hemmung der Ersitzungs- und Verjährungszeit von deren Ansprüchen.

Die Ersitzungs- oder Verjährungszeit beginnt so lange nicht zu laufen, als der Minderjährige keinen gesetzlichen Vertreter hat (oder [nun idF BGBl I 2017/59] der gesetzliche Vertreter an der Wahrnehmung seiner Rechte gehindert ist). Eine einmal angefangene Ersitzungs- oder Verjährungszeit läuft nach § 1494

ABGB zwar fort; sie kann aber nie früher als zwei Jahre nach Wegfall der Hindernisse enden.

Ob und für welche der (monatlich fällig gewordenen) Ansprüche § 1494 ABGB noch idF BGBl I 1999/169 (oder idF BGBl I 2017/59) zur Anwendung kommt, lässt sich derzeit noch nicht beurteilen (vgl § 1503 Abs 9 Z 1 iVm Z 20 ABGB), ist aber im vorliegenden Fall auch nicht maßgeblich.

Die Fristenhemmung nach § 1494 ABGB bewirkt damit zunächst für den Fall, dass es schon vor Beginn der Verjährungsfrist an einer ordentlichen gesetzlichen Vertretung mangelt, eine Fortlaufshemmung (Anlaufshemmung), sodass der Fristbeginn bis zum Wegfall des Hindernisses hinausgeschoben wird. Tritt das Hindernis erst nach Fristbeginn ein, läuft die Verjährungsfrist zwar fort, sie kann aber binnen einer Frist von zwei Jahren keinesfalls ablaufen (Ablaufshemmung).

### [ Analoge Anwendung des § 1494 ABGB ]

Zur analogen Anwendung des § 1494 ABGB vertritt der OGH in stRsp, dass die in § 1494 ABGB angeordnete Hemmung der Verjährung ua zugunsten Minderjähriger nicht nur dann Platz greift, wenn der Minderjährige keinen gesetzlichen Vertreter hat, sondern auch dann, wenn zwar eine ordnungsgemäße gesetzliche Vertretung besteht, vom Vertreter aber wegen einer Interessenkollision eine gesetzmäßige Wahrung der Rechte des Minderjährigen nicht zu erwarten ist.

Diese Überlegung lässt sich wegen der gleichgelagerten Schutzbedürftigkeit von Gesellschaften hinsichtlich ihrer Vertretung auf den Fall übertragen, in dem wegen der Interessenkollision nicht zu erwarten ist, dass der Gf während seiner Tätigkeit allfällige Rückersatzansprüche der Gesellschaft gegen sich gem § 83 GmbHG durchsetzen würde.

Auch die hL sieht einen Anwendungsfall der Fristenhemmung nach § 1494 ABGB analog in jenen Fällen einer Interessenkollision gegeben, in denen bspw der Verpflichtete aus dem Rückersatzanspruch als einziger oder als zumindest für die Vertretung notwendiger Gf fungiert oder der Anspruchsgegner einzig vertretungsbefugtes Organ der AG wäre.

Zwar wurde bisher die analoge Anwendung ausdrücklich nur in Fällen, in denen (in der fraglichen Zeit) die Person des Gf als Vertreter der kl Gesellschaft ident mit dem Begünstigten (und späteren) Bekl (als Gesellschafter oder Gf) war, bejaht, doch ist kein Grund ersichtlich, warum anderes für die Klage gegen einen nahen Angehörigen, bei dem die Interessenlage gleichgelagert ist, gelten sollte. Die Qualifikation von Zuwendungen an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten (bei nahen Angehörigen des Gesellschafters) als verbotene Einlagenrückgewähr beruht auf dem Gedanken, dass die Zuwendungen als wirtschaftlich gesehen dem Gesellschafter selbst zugekommen gelten. Trägt man diesen Gedanken seinem Sinn nach auf das Verhältnis zwischen Vertretung und Anspruchsgegner weiter und betrachtet die Anspruchsverfolgung unter dieser Sichtweise, ist sie bei Vorliegen eines solchen Verhältnisses zwischen Gf und Begünstigtem in ähnlicher Weise (zwar nicht direkt, aber) gleichsam als eine gegen sich selbst anzusehen. Es wird dementsprechend regeltypisch wegen einer Interessenkollision (etwa bei einem Vertreter der Gesellschaft, der der [Schwieger-]Vater der zu Unrecht Begünstigten ist) nicht zu erwarten sein, dass der nahe Angehörige während seiner Tätigkeit allfällige Rückersatzansprüche der Gesellschaft gem § 83 GmbHG durchsetzen wird.

§ 1494 ABGB ist damit auch in Fällen analog anzuwenden, in denen zwar der Anspruchsgegner nicht selbst Mitglied des (Vertretungs-)Kollegialorgans ist, die als verbotene Einlagenrückge-

währ zu qualifizierenden Zuwendungen aber wirtschaftlich betrachtet – weil seinem nahen Angehörigen zugewendet – als dem Vertreter zugekommen gelten.

Der Nachweis, dass im Einzelfall trotz eines solchen (formal vorliegenden) Angehörigenverhältnisses (wegen tatsächlich fehlender innerer Nähe zwischen den betroffenen Personen) eine Interessenkollision nicht bestand, obläge (wegen der Uneinsehbarkeit der Beziehungstiefe für die – dann nicht mehr von einem Angehörigen vertretene – Gesellschaft) der begünstigten Partei. Gelingt ein solcher Nachweis, war im konkreten Fall nicht zu erwarten, dass der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft wegen einer (tatsächlich eben nicht vorliegenden) Interessenkollision die Rechte der Gesellschaft nicht wahrnehmen wird.

### [ Anwendung auf den Fall ]

Die Kl gründete ihren Anspruch auch auf § 83 Abs 1 GmbHG und kann daher mit diesem gesellschaftsrechtlichen Rückersatzanspruch, der auch im Verhältnis zum Kondiktionsanspruch nach § 877 ABGB analog die speziellere und iS des Gläubigerschutzes günstigere Norm darstellt, das Benützungsentgelt innerhalb von fünf Jahren ab Wegfall einer allfälligen Fristenhemmung beim Gesellschafter geltend machen.

Für die von der Kl für sich in Anspruch genommene Hemmung der Verjährung dieser Rückforderungsansprüche kann es nicht darum gehen, wer in ihrem Namen die Vereinbarungen über das Gebrauchsrecht geschlossen (oder beeinflusst) hat. Relevant ist vielmehr, ob die Gesellschaft in dem daran anschließenden Zeitraum, in dem sie (objektiv) die Rückforderung (erstmalig oder weiterhin) hätte begehren können, (nur und durchgehend) von Personen vertreten war, bei denen die zuvor näher umrissene Interessenkollision (in Bezug auf die Geltendmachung dieser Rückforderungsansprüche) vorlag, bzw wann ein derartiges Hindernis bei ihrer Vertretung weggefallen ist.

Zur Interessenkollision nach § 1494 ABGB analog erstattete die Kl (nur) Vorbringen dazu, welche Personen sie anlässlich des Abschlusses der Vereinbarungen (auch seitens der Beschlussfassung im Aufsichtsrat) in den Jahren 1992, 2009 und 2013 vertreten hatten. Darauf, wer sie im an die Vereinbarung(en) anschließenden Zeitraum vertreten hat, nahm die Kl aber nicht Rücksicht, wenn sie bloß punktuell auf die Zeitpunkte der nichtigen Vereinbarungen über die Einlagenrückgewähr rekurrierte und das Vorliegen einer Interessenkollision nur hinsichtlich bestimmter, die Vereinbarungen geschlossen habender Personen darlegte.

Ihr Vorbringen war demnach zur (schlüssigen) Darlegung einer Hemmung der Verjährung nicht geeignet, zumal sich daraus nicht ableiten lässt, dass die Gesellschaft während des ihr objektiv zur Rückforderung (des Entgelts für einzelne Monate) zur Verfügung stehenden Zeitraums (ab 1. 1. 1993) nur von solchen Personen (oder in nicht für eine ordnungsgemäße Vertretung ausreichender Anzahl) vertreten war, bei denen eine zur Hemmung der Verjährung führende Interessenkollision vorlag.

Diese „Schwäche“ ihres Vorbringens wurde aber bisher weder von den Vorinstanzen noch vom Prozessgegner aufgezeigt. Das Gericht darf die Parteien in seiner Entscheidung nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen, die sie nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat. Das Verbot von Überraschungsentscheidungen gilt auch für den OGH.

Eine Abweisung des Klagebegehrens, ohne dass der Kl die Unschlüssigkeit ihres Vorbringens zu diesem Einwand gegen die Verjährung vorgehalten und ihr Gelegenheit gegeben wurde, ihr Vorbringen dazu schlüssig zu stellen, kommt nicht in Betracht. Dies zwingt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

### Anmerkung



MICHAEL HOSKOVEC, LL.B. (WU), ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Die vorliegende Entscheidung ist der dritte Teil eines noch immer nicht abgeschlossenen Komplexes rund um die jahrzehntelange unentgeltliche Bewohnung eines Penthouses der kl GmbH durch das bekl Ehepaar: In 6 Ob 195/18x hatte der OGH das zugrundeliegende Wohnungsgebrauchsrecht für nichtig erklärt, weil sowohl die Frau (tatsächliche Beherrschung der früheren Mehrheitsgesellschafterin) als auch der Mann (früherer Geschäftsführer der kl GmbH) als „unechte Dritte“ vom Verbot der Einlagenrückgewähr erfasst seien (vgl *Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2019, 938; *ders*, Verdeckte Gewinnausschüttung [2019] 1/86, 1/88, 1/91; *Karollus*, ZFS 2019, 8 [16 ff], jeweils mwN). Den daraufhin von der GmbH geltend gemachten Bereicherungsanspruch unterwarf 6 Ob 112/22x analog § 1486 Z 4 ABGB einer dreijährigen Verjährungsfrist (anders der konkurrierende § 83 Abs 5 GmbHG: grds fünf Jahre), sodass nunmehr § 1494 ABGB relevant wurde. Danach ist die Verjährungsfrist nämlich für Ansprüche Entscheidungsunfähiger und Minderjähriger gehemmt, solange diese nicht wirksam vertreten sind. Schon seit 2012 wendet der OGH die Bestimmung analog auf Fälle an, in denen vom (Gesellschafter-)Geschäftsführer aufgrund der Interessenkollision nicht zu erwarten ist, dass er Rückersatzansprüche nach § 83 GmbHG gegen sich selbst geltend macht (RS0112302 [T 1]).

Hinsichtlich des Anspruchs gegen den Ehemann (= früherer Geschäftsführer) ist die Hemmung daher grds nichts Neues. Der OGH ging aber einen Schritt weiter und erstreckte die Hemmung auf nahe Angehörige des Vertretungsorgans (vgl auch 4 Ob 174/99p: Hemmung infolge Interessenkollision bei der Mutter, die den Anspruch ihres Kindes gegen ihren Lebensgefährten hätte durchsetzen müssen). Es bestehe nämlich eine Interessenkollision bei der Geltendmachung des Rückersatzanspruchs, weil die Zuwendung wirtschaftlich betrachtet als dem Vertreter selbst zugekommen gelte und mangels Vorhandenseins „unbefangener“ Organwalter kein Handlungsspielraum für pflichtgemäßes Vorgehen übrig bleibe (vgl dazu *Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 83 Rz 22 mwN).

Dieses Ergebnis überzeugt schon intuitiv, ist doch tatsächlich nicht zu erwarten, dass der Geschäftsführer Rückersatzansprüche der Gesellschaft gegen seine Ehefrau geltend macht, zumal er mit ihr gemeinsam im fraglichen Penthouse wohnte und von den Zuwendungen daher gleichermaßen profitierte. Dass der Gesetzgeber Rücksicht auf besondere Nahebeziehungen bei der Verjährung nimmt, ergibt sich auch aus § 1495 ABGB, der eine Verjährungshemmung unter anderem zwischen Ehegatten anordnet, damit die Erhaltung des „Familienfriedens“ sicherstellt und der Unzumutbarkeit der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung Rechnung trägt (vgl *Vollmaier* in *Klang*<sup>3</sup> § 1495 Rz 3 mwN). Wenn dem Rechtsinhaber schon die Durchsetzung seiner eigenen Ansprüche gegenüber solchen Personen kaum zumutbar ist, liegt für fremde Rechte umso näher, dass die Geltendmachung regelmäßig unterbleiben wird.

Für die Hemmung kann allerdings nicht allein der Umstand ausschlaggebend sein, dass pflichtwidrige Untätigkeit des Geschäftsführers zu befürchten ist. Neben den Gesellschaftsinteressen ist vielmehr auch der Anspruchsgegner zu berücksichtigen, auf dessen Kosten die Hemmung naturgemäß geht. Mit der Qua-

likifikation der Zuwendung als verbotene Einlagenrückgewähr kommt der OGH auf die Vorfrage des Anspruchsgrunds zurück. Unechte Dritte können aufgrund ihres Naheverhältnisses zu Gesellschaftern unabhängig von Kollusion oder grober Fahrlässigkeit unmittelbar in Anspruch genommen werden (vgl. *Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 82 Rz 75; *Karollus* in *Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>3</sup> 1 [51], jeweils mwN). Da sie typischerweise eng in die missbilligten Vorgänge verstrickt sind, wird ihnen nun auch die Hemmung zugemutet, zumal sie wohl schon aufgrund der besonderen Nahebeziehung damit rechnen werden, dass der Vertreter nicht gegen sie tätig wird.

Konsequenterweise berücksichtigt der OGH schließlich auch untypische Fälle: Kann der formal nahe Angehörige beweisen, dass faktisch kein Naheverhältnis zum Vertreter besteht, tritt die Hemmung nicht ein. In der Lit wird auch dieser Gesichtspunkt im Übrigen schon auf der vorgelagerten Ebene berück-

sichtigt, ob überhaupt ein Rückersatzanspruch besteht. Demnach werden Leistungen an nahe Angehörige dem Gesellschafter ausnahmsweise dann nicht zugerechnet und begründen folglich keine Rückersatzpflicht, wenn der Beweis gelingt, dass der Gesellschafter aus der Leistung keinen wirtschaftlichen Vorteil zieht bzw die Leistung nicht auf Veranlassung des Gesellschafters erfolgte (vgl. *Auer* in *Gruber/Harrer*<sup>2</sup> § 82 Rz 23; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 82; *Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 82 Rz 70, jeweils mwN). Besteht insofern schon kein Anspruch, erübrigt sich die Frage der Hemmung. Insgesamt lässt sich damit auch eine gewisse Parallele zur insolvenzanfechtungsrechtlichen familia suspecta ziehen, wo der nahe Angehörige beweisen muss, dass er die Zahlungsunfähigkeit weder kannte noch kennen musste (vgl. dazu *Auer* in *Gruber/Harrer*<sup>2</sup> § 82 Rz 23; *Karollus* in *Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>3</sup> 1 [47]; *Köpl*, „Einlagenrückgewähr“ [2014] 81 ff, jeweils mwN).

## Erfordernis größerer Erhaltungsarbeiten – gesonderter Lauf der Verjährung

**§ 37 WEG.** Dem Zweck der Regelung des § 37 Abs 4 WEG entspricht es, dass die Verjährungsfrist für jede davon erfasste (größere) Erhaltungsarbeit mit deren objektiver Erkennbarkeit innerhalb von zehn Jahren gesondert in Gang gesetzt wird. Daher löst die Manifestation einer bestimmten solchen Erhaltungsarbeit nicht den Fristenlauf für zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbare Mängel aus.

Bearbeitet von MARTINA WEIXELBRAUN-MOHR

### Sachverhalt

Die Bekl waren Miteigentümer einer Liegenschaft, auf der sich ein 1932 errichtetes Haus mit vier Wohnungen befindet.

**Hier stellt der FachSen klar, dass auch nach Hervorkommen bestimmter größerer Erhaltungsarbeiten uU vom Wohnungseigentumsorganisator noch für andere Mängel Gewährleistung gefordert werden kann.**

In ihrem Auftrag wurde 2006 der Fassade ein **Terrassenzubau** (Balkonturm) vorgelagert. Die Terrassen können von zwei Wohnungen erreicht werden, an denen zugunsten der Kl, die im März 2010 Liegenschaftsanteile erwarb, die **Zusage** der Einräumung von **Wohnungseigentum** angemerkt ist. Der Kl wurde kein Gutachten gem § 37 Abs 4 WEG über den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses übergeben. Nach dem Erwerb der Miteigentumsanteile durch die Kl zeigten sich Mängel an den allgemeinen Teilen des Hauses. Nach Vorliegen eines Gutachtens zum **Sanierungsbedarf** leitete die Kl ein außerstreitiges Verfahren ein; dort wurde die Eigentümergemeinschaft verpflichtet, ua für den Balkonturm eine (neue) Baubewilligung einzuholen und dessen Deckenkonstruktion zu sanieren. Die Fundierung des Balkonturms war nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Nach Abschluss des außerstreitigen Verfahrens veranlasste die Kl eine weitere Begutachtung des Balkonturms und dabei ergab sich, dass die Balkonkonstruktion entgegen den Plänen nicht über die für eine Frostsicherheit erforderlichen Tiefe verfügt.

Die Kl begehrt die **Feststellung**, dass die Bekl ihr zur ungeteilten Hand für alle sie treffenden **Kosten** ersatzpflichtig seien,

### Wohnungseigentumsrecht

OGH 13. 11. 2023, 5 Ob 99/23d (LGZ Wien 36 R 308/22v; BG Döbling 5 C 501/21i)

Gewährleistung; zugesicherte Eigenschaft; Verjährungsfrist  
**EvBl 2024/134**

die durch die Sanierung des Fundaments des auf der Liegenschaft errichteten Balkonturms wegen dessen notwendiger Einbindung bis in die frostfreie Tiefe entstünden. Die Bekl wendeten ein, die Kl habe Kenntnis von der Notwendigkeit „größerer Erhaltungsarbeiten“ gehabt und sämtliche Gewährleistungsansprüche seien **verjährt**.

Das ErstG gab der Klage statt.

Das BerG hob die Entscheidung zur Verfahrensergänzung auf. Der OGH gab dem Rek dagegen nicht Folge.

### Aus der Begründung

#### [ Sonderregelung zur Gewährleistung im WEG ]

Gem § 37 Abs 4 WEG haben die **Wohnungseigentumsorganisatoren** vor oder mit der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum an Teilen eines Hauses, dessen Baubewilligung zum Zeitpunkt der Zusage älter als 20 Jahre ist, dem Wohnungseigentumsbewerber ein **Gutachten** eines für den Hochbau zuständigen Ziviltechnikers oder eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Hochbauwesen über den Bauzustand der allgemeinen Teile des Hauses, insb über in absehbarer Zeit (ungefähr zehn Jahre) notwendig werdende Erhaltungsarbeiten, zu übergeben. Das Gutachten darf zum Zeitpunkt der Zusage nicht älter als ein Jahr sein und ist in den Kaufvertrag über den Liegenschaftsanteil, an dem Wohnungseigentum erworben werden soll, einzubeziehen. Mit dieser Einbeziehung gilt der im Vertrag beschriebene **Bauzustand als bedungene Eigenschaft** iSd § 922 Abs 1 ABGB; damit haftet der Wohnungseigentumsorganisator bzw Verkäufer für den beschriebenen Bauzustand. Erfolgt keine Einbeziehung eines solchen Gutachtens in den Kaufvertrag, gilt ein Erhaltungszustand