

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling als Vorsitzenden sowie den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Brigitte Stampfer, Rechtsanwältin in Wien, als Masseverwalterin im Konkurs über das Vermögen der I\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, gegen die beklagten Parteien 1) F\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, und 2) Dr. M\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, ebendort, beide vertreten durch die Brand Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 163.984,74 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 28. Juli 2011, GZ 2 R 133/11k-23, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 15. April 2011, GZ 21 Cg 127/09a-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### **B e g r ü n d u n g :**

Mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 18. 2. 2008 zu 2 S 20/08s wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Konkursverfahren eröffnet und die Klägerin zur Masseverwalterin bestellt. Die Erstbeklagte ist Alleineigentümerin einer Liegenschaft mit darauf errichtetem Zinshaus. Der Zweitbeklagte ist unbeschränkt haftender Gesellschafter der Erstbeklagten, die das Zinshaus mit öffentlichen Mitteln sanieren ließ. Mit Werkvertrag vom 10. 5. 2006 beauftragte die Erstbeklagte die spätere Gemeinschuldnerin mit der Ausführung von Elektroinstallationsarbeiten; am 10. 4. 2007 beauftragte sie die spätere Gemeinschuldnerin mit Zusatzarbeiten für den Dachgeschossausbau. Die zugrunde liegenden allgemeinen Vertragsbedingungen enthalten unter anderem folgende Bestimmungen:

*„2.5.1 Der AN hat die Leistung unter eigener Verantwortung auszuführen. Vor Erteilung eines Auftrags an Subunternehmer bzw Professionisten ist die Zustimmung des AG einzuholen.*

...

*5.11.1 Regiearbeiten werden nur anerkannt, wenn sie vorher schriftlich vom AG beauftragt wurden.*

...

*6.4 Leistungsänderungen führen nicht zu einer Änderung der Einheitspreise.*

*7.9 Die Gesamtleistung ist in der Schlussrechnung abzurechnen. Abschlagszahlungen sind anzuführen. Die Schlussrechnung ist spätestens sechs Wochen nach Fertigstellung der Leistung (Übernahme durch den AG) in prüffähiger Form mit den allenfalls dazugehörigen Abrechnungsunterlagen firmenmäßig gezeichnet einzureichen. Sie muss alle ausgeführten Arbeiten beinhalten.*

*Bei Nichteinhaltung dieser Frist und nach fruchtlosem Ablauf einer vom AG gestellten Nachfrist von zwei Wochen ist der AG berechtigt, die Summe der Zahlungsanforderungen als Schlussrechnungssumme festzusetzen.*

...

*9.1.1 Alle Leistungen werden erst nach Fertigstellung der vertraglichen Gesamtleistung übernommen und gehen erst dann in die Gewahrsame, Obsorge und Gefahr des AG über.*

...

*11.1 Während der Haftzeit von drei Jahren bzw auch länger wird ein 5%iger Haftrücklass von der Bruttoabrechnungssumme in bar einbehalten.“*

Am 18. 5. 2009 legte die Klägerin drei Rechnungen, und zwar für hausseitige Erhaltungsmaßnahmen, für hausseitige Verbesserungen und für Elektroinstallation des Dachgeschosses. Diesen Rechnungen waren unter anderem Tabellen angeschlossen, in denen eine Beschreibung der Leistung, Lohn, Sonstiges, EH-Preis (Summe aus Lohn und Sonstiges), die Menge sowie der Positionspreis (EH-Preis x Menge) angeführt waren. Aufmaßblätter waren den Rechnungen nicht angeschlossen.

Die Klägerin begehrte die Summe der Rechnungsbeträge. Die Gemeinschuldnerin habe zwischen Juli 2006 und Februar 2008 im Auftrag der Erstbeklagten

verschiedene Bau- und Installationsarbeiten ausgeführt. Bisher seien nur kleinere Teilrechnungen gelegt und gezahlt worden. Die beauftragten Arbeiten seien zu 99,9 % fertig gestellt und ordnungsgemäß ausgeführt worden. Die Klägerin habe der Erstbeklagten angeboten, die ausständigen Arbeiten fertig stellen zu lassen. Dies habe die Erstbeklagte verweigert. Zudem habe sich diese geweigert, die Baustelle durch von der Klägerin beauftragte Fachleute besichtigen zu lassen, um die Schlussrechnung erstellen zu können. Aus diesem Grund sei es ihr nicht möglich gewesen, genaue Aufmaßlisten zu erstellen. Das Verhalten der Beklagten verstoße gegen Treu und Glauben.

Die Beklagten entgegneten, dass die spätere Gemeinschuldnerin Mängel produziert habe und einige Zeit nach Beginn der Arbeiten in Konkurs gegangen sei. Schon vor Konkurseröffnung habe sie die Baustelle ohne Begründung verlassen und die Arbeiten offensichtlich eingestellt. Die Klägerin habe zugesagt, die Arbeiten fertig zu stellen. Tatsächlich habe diese jedoch keine weiteren Aktivitäten gesetzt. Kurz nach dem 28. 5. 2008 hätten die Beklagten der Ediktsdatei entnommen, dass die Schließung des Unternehmens mit Juni 2008 angeordnet worden sei. Erst einen Monat nach Schließung des Unternehmens habe die Masseverwalterin Interesse daran gezeigt, die Arbeiten abzurechnen. Im Juni 2009 habe diese sodann Fantasiezahlen in Rechnung gestellt. Da die Rechnungen den vereinbarten formalen Kriterien nicht entsprochen hätten, seien diese ungeprüft retourniert worden. Selbst bei mängelfreier und vollständiger Leistungserbringung, von der aber keine Rede sein könne, seien die Rechnungen nicht geeignet, die Fälligkeit auszulösen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Die Klägerin habe kein konkretes Vorbringen dazu erstattet, welche Leistungen einerseits vertraglich vereinbart und andererseits ausgeführt worden seien. Ebenso wenig habe sie vorgebracht, welche konkreten Fertigstellungsarbeiten angeboten worden seien. Zudem hätten die Vertragsparteien vereinbart, dass alle Leistungen erst nach Fertigstellung der vertraglichen Gesamtleistung im Rahmen einer förmlichen Übernahme übergeben würden. Diese Voraussetzung sei schon nach dem Vorbringen der Klägerin nicht erfüllt, zumal die Arbeiten nur zu 99,9 % erbracht worden seien. Schließlich sei die Schlussrechnung in prüffähiger Form einzureichen gewesen. Mangels Vorlage von Aufmaßblättern sei auch diese Anforderung nicht erfüllt, weshalb die Klagsforderung mangels ordnungsgemäßer (Schluss-)Rechnungslegung insgesamt nicht fällig sei.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Rechnungen der Klägerin seien als Teilrechnungen einzustufen. Anders als die allgemeinen Vertragsbedingungen enthalte die Ö-Norm B 2110 (Pkt 5.29.1.2) eine Regelung, wonach den Teilrechnungen die zur Prüfung notwendigen Unterlagen anzuschließen seien. Die Teilrechnungen der Klägerin würden diesen Anforderungen nicht entsprechen, zumal sie keine Überprüfung ermöglichten, an welchen Stellen des Hauses die verrechneten Arbeiten ausgeführt worden seien. Die Erstbeklagte habe auch keine vertragliche Nebenpflicht getroffen, zum Zweck der Rechnungslegung ein nachträgliches Betreten der Baustelle zu gestatten. Selbst wenn man eine solche Nebenpflicht bejahte, müsste die Klägerin die Erfüllung dieser Nebenpflicht zunächst in einem streitigen Zivilverfahren erzwingen, um in der Folge eine nachprüfbare Rechnung erstellen zu können.

Insgesamt seien die Teilrechnungen somit nicht wirksam fällig gestellt worden. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zu den Fragen, ob der Werkbesteller zum Zweck der Rechnungslegung ein nochmaliges Betreten der Baustelle ermöglichen müsse, und ob er gegebenenfalls bei Verletzung einer solchen Mitwirkungspflicht den Einwand der mangelhaften Rechnungslegung erheben könne, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Klägerin mit dem Antrag, dem Klagebegehren zur Gänze stattzugeben.

Mit ihrer Revisionsbeantwortung beantragen die Beklagten, die Revision zurückzuweisen, in eventu, dieser den Erfolg zu versagen.

Die Revision ist zulässig, weil die Vorinstanzen von den einschlägigen werkvertraglichen Grundsätzen abgewichen sind. Dementsprechend ist die Revision im Sinn des subsidiär gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1.1 Ausgehend von den Vertragsgrundlagen wurde zwischen der Gemeinschuldnerin und der Erstbeklagten ein Werkvertrag in Form eines sogenannten Einheitspreisvertrags geschlossen (vgl 3 Ob 146/99p). Dies bedeutet, dass die Höhe des Werklohns vom „Aufmaß“ abhängig war. Wird das Aufmaß nicht gemeinsam ermittelt, so hat grundsätzlich der Unternehmer den Leistungsumfang nachzuweisen (vgl *Busche* in Münchner Kommentar<sup>5</sup> § 631 BGB Rz 161).

Ist die Höhe des Entgelts für den Besteller bei Übernahme des Werks nicht klar bestimmt, so tritt Fälligkeit des Werklohns im Allgemeinen erst mit Übermittlung einer detaillierten und nachvollziehbaren Abrechnung ein (RIS-Justiz RS0021821; RS0034319). In diesen Fällen ist die

Fälligkeit des Werklohns mit der ordnungsgemäßen Rechnungslegung verknüpft (RIS-Justiz RS0017592). Grundsätzlich steht also die Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften der Fälligkeit des Werklohns entgegen.

**1.2** Der Einwand der mangelnden Fälligkeit ist nach der Rechtsprechung jedoch unbeachtlich, wenn - bei fehlerhafter Abrechnung oder bei entsprechenden Behauptungen zu objektiv verständlichen Abrechnungsschwierigkeiten - der Rechnungslegungspflichtige die Abrechnungsmängel im Zuge des Rechtsstreits über seine Entgeltansprüche behebt. Ist also bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz eine hinlängliche Erläuterung und Klärung aller offenen Probleme der Abrechnung erfolgt, so ist von der Fälligkeit der abgerechneten Leistungen auszugehen. Die Klarstellung kann auch durch die Einholung von Sachverständigengutachten erfolgen. Erklärt in diesem Fall der abrechnungspflichtige Kläger, die Verfahrensergebnisse als Grundlage seiner Entgeltansprüche gegen sich gelten zu lassen, so hat er damit seine Rechnungslegungspflicht erfüllt (RIS-Justiz RS0021928; RS0021918; *Rebhahn* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1170 Rz 4; *Krejci* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1170 Rz 12).

**1.3** Zur Behebung der konkreten Abrechnungsmängel bedarf es vorab einer genauen Feststellung darüber. Die Beklagten trifft in dieser Hinsicht insoweit eine Mitwirkungspflicht, als sie sich nicht einfach auf den Standpunkt zurückziehen dürfen, die Rechnungslegungspflicht sei noch nicht erfüllt, weil die Rechnungslegungsvorschriften nicht eingehalten worden seien. Vielmehr haben sie - wie sie dies auch im Fall einer außerprozessualen Überprüfung der Angemessenheit des

abgerechneten Werklohns tun müssten - die Abrechnungsfehler und die angeblichen Berechnungsfehler kurz und vollständig darzulegen (vgl 5 Ob 43/92).

Der Zweck einer ordnungsgemäßen, nachvollziehbaren Rechnungslegung einschließlich der Vorlage prüffähiger Unterlagen besteht darin, dem Besteller die Überprüfung des vom Unternehmer begehrten Entgelts zu ermöglichen. Die mit den vereinbarten Rechnungslegungsvorschriften vorgesehenen Formalismen sollen eine zuverlässige und rasche Klärung der Entgeltansprüche ermöglichen. Entgegen der Ansicht der Beklagten sind sie aber nicht Selbstzweck.

**2.1** Im Anlassfall wird der Umstand, dass die drei (Teil-)Schlussrechnungen mit Formmängel behaftet waren, zumal Aufmaßblätter als „prüffähige Unterlagen“ fehlten, von der Klägerin nicht bestritten.

Die Beklagten weisen an sich zutreffend darauf hin, dass die Klägerin den Leistungsumfang nachzuweisen habe. Sie übersehen aber, dass dieser Nachweis nach den dargestellten Grundsätzen auch im vorliegenden Abrechnungsprozess erbracht werden kann.

**2.2** Das Erstgericht ist nicht im Recht, wenn es der Klägerin ein ungenügendes Vorbringen vorwirft. Die Klägerin hat sich auf die 99,9%ige Fertigstellung der Arbeiten und auf die von ihr ausgestellten (Teil-)Schlussrechnungen berufen. Darin ist auch die Behauptung enthalten, dass die verrechneten Leistungen ordnungsgemäß erbracht worden seien. Zudem hat die Klägerin ihre Abrechnungsschwierigkeiten konkret dargelegt.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klägerin keineswegs gehalten, die dargestellte Mitwirkungspflicht der Beklagten zur Abrechnung der



erbrachten Leistungen gesondert gerichtlich geltend zu machen. Die Mitwirkungspflicht bezieht sich auch nicht auf das Betreten der Baustelle zu Abrechnungszwecken, sondern auf die dargestellte Mitwirkung im Rahmen des Abrechnungsprozesses. Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts macht die Klägerin auch nicht Teilrechnungen, sondern (Teil-)Schlussrechnungen geltend.

**2.3** Die Beklagten können sich auch nicht etwa darauf berufen, dass eine formelle Übernahme der Installationsarbeiten nicht stattgefunden habe. Richtig ist zwar, dass die Abrechnung und damit die Fälligkeit des Werklohns grundsätzlich die Übergabe und damit die Vollendung des Werks voraussetzt. Bei Unterbleiben des Werks iSd § 1168 Abs 1 ABGB wird der Entgeltanspruch aber fällig, sobald endgültig feststeht, dass das Werk nicht ausgeführt wird (RIS-Justiz RS0021845). Sofortiger Fälligkeitseintritt ist anzunehmen, wenn das endgültige Unterbleiben evident ist oder zumindest für den Besteller, insbesondere etwa bei Abbestellung des Werks, feststeht. Sonst ist aus Klarstellungsgründen eine Fälligkeitstellung durch Einmahnung gemäß § 1417 ABGB erforderlich (*Krejci* aaO Rz 22).

Im Anlassfall mussten die Beklagten ausgehend von ihrem Vorbringen, wonach die Gemeinschuldnerin die Baustelle ohne nähere Begründung verlassen und die Arbeiten eingestellt habe, davon ausgehen, dass die ausständigen Arbeiten nicht mehr ausgeführt werden. Dies gilt um so mehr für die Zeit ab Kenntnisnahme der Schließung des gemeinschuldnerischen Unternehmens. So wie die Beklagten geht im Übrigen auch die Klägerin nach ihrem Vorbringen davon aus, dass eine weitere Ausführung der Arbeiten, einschließlich allfälliger Verbesserungen, nicht mehr

stattfindet. Dementsprechend stützt sie die geltend gemachten Ansprüche auf (Teil-)Schlussrechnungen und behauptet, dass weitere Arbeitsleistungen durch die Beklagten vereitelt worden seien.

3. Insgesamt ergibt sich, dass im Anlassfall die Fälligkeit der abgerechneten und erbrachten Leistungen unter der Voraussetzung der ordnungsgemäßen Rechnungslegung gegeben ist. Mit Rücksicht auf die Abrechnungsschwierigkeiten der Klägerin kann die Überprüfung der Abrechnung auch im vorliegenden Prozess erfolgen. Die Beklagten können sich nicht auf den Standpunkt zurückziehen, dass die Rechnungslegungsvorschriften nicht eingehalten worden seien.

Anhand der getroffenen Feststellungen ist eine abschließende Beurteilung der Rechtssache nicht möglich. Insbesondere liegen keine geeigneten Feststellungen zu den konkreten Abrechnungsmängeln vor; ebenso wenig hat eine Beweisaufnahme zur Behebung derselben stattgefunden. In dieser Hinsicht wird zunächst den Beklagten Gelegenheit zu geben sein, ausgehend von den schon vorgelegten Abrechnungsunterlagen konkrete Abrechnungsmängel und Berechnungsfehler geltend zu machen. In der Folge ist der Klägerin Gelegenheit zu geben, die Mängel ihrer Schlussabrechnungen durch Beiziehung eines Sachverständigen zu beheben. Angemerkt wird, dass es sich bei der Äußerung im Ersturteil, wonach weitere Feststellungen nicht getroffen werden könnten, um eine unbeachtliche Scheinfloskel handelt.

Zur Klärung der noch offenen Fragen waren die Entscheidungen der Vorinstanzen in Stattgebung der Revision aufzuheben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 22. November 2011  
Dr. S p e n l i n g  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: