



TEILURTEIL

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler, Univ.-Prof. Dr. Kodek und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei k***** gmbh, *****, vertreten durch Vogl Rechtsanwalt GmbH in Feldkirch, gegen die beklagte Partei S***** AG, *****, vertreten durch Gratl & Anker Rechtsanwaltspartnerschaft OG in Innsbruck, und deren Nebenintervenienten 1. H***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Mag. Roland Reisch und andere Rechtsanwälte in Kitzbühel, 2. K***** KG, *****, vertreten durch Dr. Katharina Moritz und Dr. Alfred Schmidt, Rechtsanwälte in Wörgl, 3. I***** GmbH, *****, vertreten durch Hochstaffl & Rupprechter Rechtsanwälte GmbH in Wörgl, 4. J***** M*****, vertreten durch Schlösser & Partner Rechtsanwälte in Graz, 5. E*****ges mbH, *****, vertreten durch Dr. Anton Walzl und andere Rechtsanwälte in Zell am See, wegen 200.000 EUR sA und Feststellung (Streitwert 5.000 EUR), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 5. März 2015, GZ 1 R 197/14a-182, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 2. Oktober 2014, GZ 41 Cg 218/07p-173, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Der außerordentlichen Revision wird teilweise Folge gegeben.

II. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie als Teilurteil zu lauten haben:

1. Die Klagsforderung besteht mit 11.200 EUR zu Recht.

2. Die Gegenforderung besteht mit 11.200 EUR zu Recht.

3. Das Klagebegehren,

a) die Beklagte sei schuldig, der Klägerin 11.200 EUR samt 8 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 15. 12. 2006 binnen 14 Tagen zu bezahlen,

b) es werde festgestellt, dass die Beklagte hinsichtlich sämtlicher zukünftiger Schäden, Folgen und Nachteile resultierend aus dem Bauvorhaben D***** haftet, wird abgewiesen.

III. Im Übrigen wird die angefochtene Entscheidung aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

IV. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin errichtete als Bauträger in K***** die aus 24 Wohneinheiten bestehende Wohnanlage D*****. Zur Herstellung dieses Bauprojekts erteilte die Klägerin der Beklagten einen Generalunternehmerauftrag (Werkvertrag vom 14./20. 3. 2006). Die Nebenintervenienten sind Professionisten, welche bei diesem Bauvorhaben einzelne Gewerke im Auftrag der Beklagten ausführten.

Die Vergütung der Generalunternehmerleistungen der Beklagten erfolgte laut einem dem Werkvertrag angeschlossenen Zahlungsplan. Die Klägerin leistete an die Beklagte in sechs Teilzahlungen jedenfalls 2.923.500 EUR, wobei im Werkvertrag eine Pauschalangebotssumme von 3,37 Mio EUR angeführt gewesen war. Am 10. 8. 2007 legte

die Beklagte Schlussrechnung für die von ihr erbrachten Leistungen, in welche sie eine Bruttogesamtsumme von 3.562.503,04 EUR aufnahm. Unter Abzug der sechs Teilzahlungen stellte sie - ohne Anerkennung eines Skontoabzugs - einen Restbetrag von brutto 639.003,04 EUR und unter Abzug eines Haftrücklasses von 3 % (= 106.875,09 EUR) 532.127,94 EUR in Rechnung.

Zur Besicherung des Werklohns hatte die Klägerin der Beklagten eine von der U***** AG (kurz: U*****) ausgestellte Erfüllungsgarantie über 800.000 EUR mit einer Laufzeit bis zum 31. 10. 2007 zur Verfügung gestellt. Darin verpflichtete sich die U***** als Garantin unwiderruflich, an die Beklagte als Begünstigte über erste Aufforderung, welche die Behauptung enthalten müsse, dass in der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin der Garantiefall eingetreten sei, unter Verzicht auf alle Einwendungen und Einreden sowie ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses binnen 14 Tagen Zahlung bis zum Höchstbetrag von 800.000 EUR zu leisten. Mit Schreiben vom 18. 10. 2007 teilte die Beklagte der Garantin mit, es sei der Garantiefall eingetreten, woraufhin die Garantin infolge der Erfüllungsgarantie noch vor Klageeinbringung 639.003,04 EUR an die Beklagte ausbezahlte. Am 29. 11. 2007 schlossen die Klägerin und die Garantin eine Inkassozeessionsvereinbarung ab, mit welcher die Garantin als Zedentin die ihr aus der Erfüllungsgarantie gegen die Beklagte zustehenden Rückforderungsansprüche an die Klägerin als Zessionarin zur eigenberechtigten gerichtlichen Geltendmachung und Einziehung abtrat. Die Klägerin nahm diese Abtretung an.

Die Beklagte ihrerseits übergab der Klägerin am 27. 11. 2007 für den im zwischen den Streitteilen

abgeschlossenen Werkvertrag (Generalunternehmervertrag) vereinbarten Haftrücklass eine Bankgarantie der E***** AG (kurz: E*****) - bezeichnet als „Garantie für Haftrücklass auftrags S***** AG“ - in Höhe von 101.100 EUR. Mit Schreiben vom 5. 12. 2007 rief die Klägerin den in dieser Bankgarantie angeführten Betrag mit dem Hinweis ab, es sei der Garantiefall eingetreten. Am 31. 1. 2008 trat diese Garantin den aus der Bankgarantie zunächst an sie abgetretenen Rückforderungsanspruch wiederum an die Beklagte zurück ab.

Die **Klägerin** begehrt von der Beklagten 200.000 EUR und die Feststellung der Haftung der Beklagten für sämtliche zukünftigen Schäden, Folgen und Nachteile aus dem Bauvorhaben mit der Behauptung, die Beklagte habe die von der U***** gestellte Bankgarantie zu Unrecht abgerufen. Der Werklohn sei aufgrund zahlreicher behebbarer Mängel nicht fällig, es lägen zahlreiche unbehebbar Mängel vor und habe die Beklagte Minderleistungen zu vertreten, zu Unrecht Verzugszinsen fakturiert sowie eine überhöhte Schlussrechnung gelegt. Darüber hinaus bestünden Abrechnungsdifferenzen im Zusammenhang mit Schäden, Kostenersparnis und Aufwand. Unter Berücksichtigung eines dreifachen Deckungskapitals für die behebbaren Mängel und des erfolgten Abrufs der Garantie der U***** stehe der Klägerin ein Anspruch über 2.027.178,71 EUR zu, wovon sie aus Gründen der Prozessökonomie lediglich einen Teilbetrag geltend mache. In weiterer Folge ordnete die Klägerin dieses Klagebegehren über 200.000 EUR den bereits in der Klage angesprochenen 29 Positionen durch Anführung einzelner Teilbeträge zu.

Soweit für das Revisionsverfahren maßgeblich, brachte sie zur betragsmäßig größten Einzelposition 7

„Fenster und Dachfeuchte“ über 140.000 EUR vor, die Fensteranschlüsse und die Wärmedämmfassade funktionierten nicht, die Fenster seien entgegen dem geltenden technischen Standard eingebaut und mangelhaft gedämmt worden, die Fensteranschlüsse hätten nachgedichtet werden müssen. Dies schade sowohl der Lebensdauer der Objekte, aber auch beim Energieverbrauch und den Förderungen. Die Wärmefassade sei nicht ordentlich verklebt worden, weshalb sie nicht hinterlüftet sei. Das Wärmedämmverbundsystem weise eine mangelnde Funktionsweise auf. Die Position 7 werde aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes geltend gemacht; es werde Preisminderung begehrt, in eventu das Begehren auf die „Ersparnis aus der nicht erfolgten Verbesserung“ gestützt.

Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens berief sich die Klägerin darauf, dass noch nicht absehbar sei, ob mit den Kosten, welche der Sachverständige im Verfahren erster Instanz veranschlagt habe, im Hinblick auf Preissteigerungen und Kostenerhöhungen das Auslangen gefunden werden könne.

Die **Beklagte** und ihre **Nebenintervenientinnen** bestritten das Vorliegen der von der Klägerin behaupteten Mängel, Minderleistungen und Abrechnungsfehler und wendeten Unschlüssigkeit des Klagebegehrens ein. Im Übrigen müsse sich die Klägerin die von ihr gezogene Garantie über 101.100 EUR anrechnen lassen; der daraus bestehende Rückforderungsanspruch der Beklagten werde aufrechnungsweise eingewendet.

Das **Erstgericht** erkannte Klagebegehren und Gegenforderung mit jeweils 11.200 EUR zu Recht und wies das gesamte Klagebegehren ab. Das Beweisverfahren habe lediglich ergeben, dass die Positionen 12, 15 und 16 mit den

geltend gemachten Teilbeträgen berechtigt seien; da aber die Klägerin die als Haftrücklass dienende Bankgarantie abgerufen habe, bestehe insoweit auch die Gegenforderung zu Recht. (Auch) hinsichtlich der Position 7 „Fenster und Dachfeuchte“ lasse das Klagsvorbringen nicht erkennen, welcher Teil des Pauschalbetrags auf die „Fenster“ und welcher auf die „Dachfeuchte“ entfalle. Betreffend das Feststellungsbegehren sei nicht erkennbar, inwieweit der Klägerin hinsichtlich der einzelnen Klagspositionen künftig noch Schäden entstehen können sollen.

Das **Berufungsgericht** bestätigte das Ersturteil und ließ die Revision nicht zu. Da es der Klägerin durch Einholung von Kostenvoranschlägen oder Sachverständigengutachten möglich gewesen wäre, den Sanierungsaufwand bezüglich der von ihr verfolgten Mängel zu ermitteln, hätte sie das konkrete Klagebegehren in der Leistungsklage beziffern können; für ein Feststellungsinteresse bestehe somit kein Raum. Hinsichtlich der Position 7 „Fenster und Dachfeuchte“ erachtete das Berufungsgericht das Klagebegehren für unschlüssig, betreffe diese Position doch zwei verschiedene Gewerke, nämlich einerseits die gelieferten und montierten/eingebauten Fenster und andererseits Mängel bei der Errichtung der Wärmeschutzfassade, wobei diese Gewerke üblicherweise von verschiedenen Professionisten erbracht werden. Dennoch sei eine Aufschlüsselung auf die verschiedenen Mängel bei den Fenstern und bei der Wärmeschutzfassade nicht erfolgt, weshalb mangels Schlüssigkeit der Position 7 das Teilklagebegehren mit 140.000 EUR abzuweisen gewesen sei. Hinsichtlich der übrigen geltend gemachten Mängel sei der Klägerin zur Befriedigung von Ansprüchen aus dem Werkvertragsverhältnis die abgerufene Bankgarantie über

101.100 EUR zur Verfügung gestanden, womit das restliche Klagebegehren erledigt sei.

Die **Revision** ist zulässig; sie ist auch berechtigt.

1. Die Klägerin macht in ihrer außerordentlichen Revision als erhebliche Rechtsfrage geltend, es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, inwiefern im Fall eines Generalunternehmervertrags einzelne Mängelpositionen aufzuschlüsseln sind.

1.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kann die Schlüssigkeit einer Klage zwar immer nur anhand der konkreten Behauptungen im Einzelfall geprüft werden; ob eine Klage schlüssig ist, sich also der Anspruch aus dem behaupteten Sachverhalt ergibt, kann daher nie eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO sein (RIS-Justiz RS0037780, RS0116144). Dies gilt auch für die Frage, ob das bisher erstattete Vorbringen so weit spezifiziert ist, dass es als Anspruchsgrundlage hinreicht beziehungsweise wie weit ein bestimmtes Vorbringen einer Konkretisierung zugänglich ist (RIS-Justiz RS0042828).

Es entspricht allerdings auch ständiger Rechtsprechung, dass dann, wenn sich ein auf einen einheitlichen Anspruchsgrund gestütztes Begehren aus zahlreichen Einzelforderungen zusammensetzt, die während eines längeren Zeitraums aufgelaufen sind, das Gebot nach einer Präzisierung des Vorbringens überspannt würde, würde man für jeden einzelnen - von unter Umständen hunderten Fällen - ein gesondertes detailliertes Vorbringen fordern; eine diesbezüglich mangelnde Aufgliederung in einzelne Posten oder Zeiträume nimmt dem diesbezüglichen Vorbringen nicht die Schlüssigkeit (RIS-Justiz RS0037907; vgl insbesondere 8 Ob 135/03s zu einem mit dem hier vorliegenden vergleichbaren Fall eines Bauprozesses).

1.2. Dies gilt hier auch für die Position 7 „Fenster und Dachfeuchte“ über 140.000 EUR. Die Klägerin hat sich im Verfahren erster Instanz hinsichtlich der Fenster nicht nur auf deren mangelhaften Einbau entgegen dem geltenden technischen Standard berufen, sondern auch geltend gemacht, die Fensteranschlüsse hätten nachgedichtet werden müssen und dass die Wärmefassade nicht ordentlich verklebt worden sei; das Wärmedämmverbundsystem weise somit eine mangelnde Funktionsweise auf, was zu einem Aufsteigen des Wassers unter der Fassade und dessen Austritt im Bereich des Daches führe (in diesem Belang stellte die Klägerin in ihrem Schriftsatz ON 41 [AS 407 ff in Bd I] durchaus erkennbar einen Zusammenhang zwischen den Fenstern und der Wärmedämmung dar). In ihrer außerordentlichen Revision verweist die Klägerin außerdem zutreffend darauf, dass der Generalunternehmervertrag zwischen den Streitparteien geschlossen wurde, sodass es aus der Sicht der Klägerin letztlich belanglos ist, von welchem Professionisten die konkreten Leistungen erbracht wurden.

Bejaht man aber insoweit die Schlüssigkeit des Klagsvorbringens, fällt ein ganz wesentliches Begründungselement der Vorinstanzen für deren Abweisung des Klagebegehrens weg. Vielmehr sind im fortzusetzenden Verfahren konkrete Feststellungen auch zur Position 7 „Fenster und Dachfeuchte“ zu treffen. Gerade in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem das Erstgericht bereits ein umfangreiches Beweisverfahren unter Beiziehung von Sachverständigen durchgeführt hat und allein das erstinstanzliche Verfahren knapp sieben Jahre dauerte, erscheint es - im Übrigen auch unter Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie - nicht angebracht, trotz eines solchen Vorbringens Unschlüssigkeit des Klagebegehrens

anzunehmen.

1.3. Das Berufungsgericht hat in der Sache zwar die von der Klägerin in ihrer Berufung geltend gemachte Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens durch Zurückweisung des Schriftsatzes der Klägerin ON 167 und Nichteinvernahme deren Geschäftsführers in der letzten mündlichen Streitverhandlung erkennbar für berechtigt gehalten (US 33). Es hat dieser Mangelhaftigkeit jedoch aufgrund seiner - vom Obersten Gerichtshof nicht gebilligten - Auffassung hinsichtlich der Unschlüssigkeit des Klagsvorbringens keine Relevanz zugewiesen und wird deshalb neuerlich zur Mängelrüge der Klägerin in ihrer Berufung Stellung zu nehmen haben.

2.1. Hinsichtlich der Gegenforderung meint die Klägerin in ihrer außerordentlichen Revision, aufgrund der unterschiedlichen Ansprüche und Gegenansprüche der Streitparteien sei „eine wirksame Aufrechnung ausgeschlossen“ gewesen. Damit verkennt sie aber, dass es sich sowohl bei Klags- als auch bei Gegenforderung um Geldforderungen handelt; weshalb diese nicht aufrechenbar sein sollen, ist nicht erkennbar (dazu *Griss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB*⁴ [2014] § 1440 Rz 1). Auf die in der außerordentlichen Revision behaupteten unterschiedlichen Rechtsgründe kommt es in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht an; sind beide Forderungen auf Geld gerichtet, so sind diese unabhängig vom jeweiligen Schuldgrund gleichartig (RIS-Justiz RS0033754; 3 Ob 80/03s).

2.2. Weiters meint die Klägerin in diesem Zusammenhang, die Vorinstanzen hätten angesichts der von ihr in den Raum gestellten Gesamtforderungen von über 2 Mio EUR nicht davon ausgehen dürfen, dass sie sich die „bagatellhafte“ Gegenforderung anrechnen lassen wolle; „der

Umstand, dass durch die Klägerin gerade keine Anrechnung der Haftrücklass-Summe in den einzeln geltend gemachten Teilbeträgen erfolgte, hätte [*die Vorinstanzen*] darauf schließen lassen müssen, dass dieser Teilbetrag in toto nur den prozessual noch nicht geltend gemachten, weiteren Klagsansprüchen zuzuordnen ist“.

Die Klägerin behauptet allerdings nicht, dass zwischen den Streitteilen eine materielle (außergerichtliche) Aufrechnung mit der von der Klägerin abgerufenen Bankgarantie der E***** gegen nicht in diesem Verfahren geltend gemachte Ansprüche erfolgt wäre. Vielmehr hat die Beklagte diesbezüglich eine Kompensandoeinwendung erhoben.

2.3. Damit haben die Vorinstanzen aber zutreffend nicht nur das Klagebegehren mit 11.200 EUR (insoweit unbekämpft) als zu Recht bestehend erkannt, sondern insoweit auch die Gegenforderung. In diesem Umfang war die Entscheidung des Berufungsgerichts demnach zu bestätigen.

3.1. Das Berufungsgericht hat dargelegt, dass die Klägerin infolge Abrufens der Haftrücklasssumme im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens ihr Begehren von ursprünglich Verbesserung letztlich weitestgehend (vgl **3.2.**) auf Preisminderung umgestellt habe, womit der restliche Werklohnanspruch der Beklagten fällig geworden sei und die Beklagte (unter Außerachtlassung der von der Klägerin geltend gemachten Mängel, Minderleistungen und dergleichen) die Bankgarantie der U***** grundsätzlich zu Recht abgerufen habe. Weshalb dies „allen Denkgesetzen der Logik [*widersprechen*]“ soll, lässt die Klägerin in ihrer außerordentlichen Revision offen. Soweit sie in diesem Zusammenhang ausführt, sie sei hinsichtlich der von ihr

vorgenommenen Teilzahlungen und durch Inanspruchnahme der Erfüllungsgarantie der U***** „massiv unter Druck gesetzt worden“, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt.

3.2. Weiters hat das Berufungsgericht jedoch zwar richtig ausgeführt, dass die Klägerin (einzig) zur Position 4 „Energieausweise und Pläne komplett“ nach wie vor Verbesserung begehrt, und auch richtig darauf hingewiesen, dass es ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs entspreche, dass der Besteller der Werklohnklage des Unternehmers die Einrede des nicht erfüllten Vertrags im Hinblick auf § 1295 Abs 2 ABGB bei Vorliegen lediglich geringfügiger Mängel nicht mehr entgegen halten kann (vgl RIS-Justiz RS0020161), weshalb in einem solchen Fall das Leistungsverweigerungsrecht am Schikaneverbot scheitert (6 Ob 77/12k ZRB 2012, 196 [*Wenusch*]). Die Klägerin rügt aber in ihrer außerordentlichen Revision zutreffend, dass sich die Beklagte insofern gar nicht auf Schikane berufen habe (ausführlich dazu *Reischauer in Rummel*, ABGB³ [2007] § 1295 Rz 82 f), was auch in den Revisionsbeantwortungen der Beklagten und der Nebenintervenientinnen nicht bestritten wird.

4. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist dem Geschädigten ein rechtlich schutzwürdiges Interesse auf alsbaldige Feststellung der Haftung des in Anspruch genommen Ersatzpflichtigen für den geltend gemachten Schaden abzusprechen, wenn er die Höhe eines bereits eingetretenen und ihm dem Grunde nach bekannten Schadens durch naheliegende zweckmäßige Maßnahmen, deren Kosten in einem Leistungsprozess als vorprozessuale Kosten ersatzfähig sind, ermitteln kann und solche Maßnahmen vor Einbringung einer Leistungsklage,

gleichviel ob vorher ein Feststellungsurteil ergangen ist oder nicht, jedenfalls ergriffen werden müssen, um einen bereits eingetretenen Schaden beziffern zu können (RIS-Justiz RS0118968). Der Geschädigte muss also naheliegende zur Ermittlung der Schadenshöhe zweckmäßige Maßnahme ergreifen, um auf diese Weise die Voraussetzungen für die Schadensbezifferung in einer Leistungsklage zu schaffen (3 Ob 49/12w; 8 Ob 39/12m; 9 Ob 31/12t). Eine derartige Verpflichtung der Klägerin hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen. Warum ihr die Einholung von Sachverständigengutachten nicht zumutbar (gewesen) sein soll, wie die Klägerin in ihrer außerordentlichen Revision meint, ist nicht erkennbar (vgl dazu auch 9 Ob 31/12t).

Ein Feststellungsbegehren ist außerdem zwar dann zulässig, wenn der Besteller aus dem Titel des Schadenersatzes das Deckungskapital zur Behebung der Mängel fordert und wenn die Möglichkeit künftiger Schäden aus dem bereits eingetretenen Schadensereignis nicht ausgeschlossen werden kann (RIS-Justiz RS0021745). Auch im Gewährleistungsprozess ist es aber nicht Aufgabe des Feststellungsbegehrens, ohne jede Konkretisierung des Mangels eine massive Ausdehnung der Gewährleistungsfrist herbeizuführen; dies gilt insbesondere dann, wenn wie im vorliegenden Fall nicht einmal Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass zusätzlich zu den von der Klägerin behaupteten Mängeln noch weitere Mängel vorliegen (6 Ob 81/15b).

Die Vorinstanzen haben damit das Feststellungsbegehren zutreffend abgewiesen.

5. Zusammenfassend war somit das Berufungsurteil hinsichtlich des Teilleistungsbegehrens von 11.200 EUR einschließlich der Entscheidung über die Gegenforderung in gleicher Höhe und hinsichtlich des

Feststellungsbegehrens zu bestätigen, im Übrigen jedoch aufzuheben. Das Berufungsgericht wird sich im fortzusetzenden Verfahren unter Berücksichtigung der vom Obersten Gerichtshof dargelegten Grundsätze mit den Argumenten der Berufung der Klägerin neuerlich auseinander zu setzen haben; dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der vom Erstgericht überwiegend angenommenen, von der Klägerin aber bekämpften Unschlüssigkeit der übrigen Klagspositionen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 21. Dezember 2015
Dr. K u r a s
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: