jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2005/4/12 1Ob2/05h

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.04.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner, Univ. Doz. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S*****Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Dr. Hannes Pflaum, Dr. Peter Karlberger, Dr. Manfred Wiener und Mag. Wilfried Opetnik, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Gemeinnützige Siedlungsgesellschaft A***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Johann Stöhr, Rechtsanwalts-Kommandit-Partnerschaft Dr. Stöhr in Wien, wegen 407.293 EUR sA, infolge außerordentlicher Revision und Rekurses der beklagten Partei gegen das Teil- und Zwischenurteil sowie den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 16. November 2004, GZ 6 R 1/04t-111, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 3. Mai 2004, GZ 17 Cg 33/00k-104, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

1. Der mit dem angefochtenen Zwischenurteil verknüpfte Zurückverweisungsbeschluss gilt als nicht beigesetzt.

2. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil als Zwischenurteil wie folgt zu lauten hat:

„Das Klagebegehren besteht dem Grund nach zu Recht."

Die Entscheidung über die bisherigen Kosten des Verfahrens erster Instanz und des Rechtsmittelverfahrens bleibt dem Endurteil vorbehalten.

Text

Entscheidungsgründe:

Am 5. 11. 1993 beauftragte die beklagte Partei die klagende Partei mündlich, als Generalunternehmerin ein auf einer Wiener Liegenschaft befindliches Haus aufzustocken und einen „Dachausbau" vorzunehmen. Der schriftliche Bauvertrag wurde im März 1994 unterfertigt. Die klagende Partei wusste im Zeitpunkt der Auftragserteilung, dass die der beklagten Partei erteilte Baubewilligung am 31. 12. 1993 ablaufen werde und für die Bauarbeiten im Übrigen eine Förderungszusage der MA 50 vorlag. Ihr war ferner bekannt, dass die beklagte Partei die Erhöhung der Förderungsmittel - diese sollten letztlich insgesamt 1,987.456,67 EUR betragen - beantragt hatte. Diesem Antrag wurde mit Schreiben der MA 50 vom 25. 1. 1994 stattgegeben. Aus „Gründen besonderer Vorsicht" hatte die beklagte Partei bei der MA 50 zuvor eine Fristerstreckung für den Baubeginn bis zum 31. 3. 1994 erwirkt. Der von der beklagten Partei mit der örtlichen Bauaufsicht beauftragte Baumeister, der auch den Bauplan verfasst „und Vermittlerfunktion „zwischen dem Bauherrn und der klagenden Partei" hatte sowie in Fragen der „Baudurchführung ... Vertreter der beklagten Partei" war, teilte Vertretern der klagenden Partei seine Überzeugung mit, es dürfe vor dem Vorliegen einer

schriftlichen Bewilligung des Antrags auf Erhöhung der öffentlichen Förderung nach deren Richtlinien mit den Bauarbeiten nicht begonnen werden. Es war ihm und „allen anderen Beteiligten" überdies klar, dass die erteilte Baubewilligung ihre Wirksamkeit verlieren werde, wenn mit den Bauarbeiten nicht bis zum 31. 12. 1993 begonnen worden sei. Deshalb wollte der Baumeister „bei der Baubehörde ausloten, welches Mindestmaß an Arbeiten tatsächlich als Baubeginn" anerkannt werden würde, „um die Baubewilligung zu konsumieren". Der zuständige „Sachbearbeiter" der MA 37 teilte ihm die nach dessen Ansicht gebotenen Arbeiten mit. Diese Information gab der Baumeister auch Vertretern der klagenden Partei weiter. Danach zeigte die klagende Partei der Baubehörde den Baubeginn mit 29. 11. 1993 an und besorgte entweder noch im November oder auch erst im Dezember 1993 - entsprechend einer Mitteilung des Baumeisters über die gebotenen Arbeiten - die Baustelleneinrichtung, vermaß die Dachaufbauten, machte Höhenaufnahmen, öffnete die Dachhaut und schloss sie wieder. Diese Arbeiten hatten einen Wert von ATS 15.000. Sie waren bei richtigem Verständnis der Bauvorschriften nicht als Baubeginn und Konsumierung der bis 31. 12. 1993 gültigen Baubewilligung anzusehen. Die Streitteile gingen jedoch damals davon aus, dass die Baubehörde diese „vereinbarten Maßnahmen ... als Konsumation der Baubewilligung" billigen werde, weil der Baumeister „den Kontakt mit der Baubehörde gerade deshalb aufgenommen hatte und er aufgrund dieses Kontakts sagte, welche Maßnahmen gesetzt werden sollten".

Bereits bei einer Besprechung im Herbst 1993 „im Rahmen der Abschlussverhandlungen" für das Bauvorhaben der beklagten Partei, an dem der Prokurist der klagenden Partei, die Geschäftsführerin der beklagten Partei, ein freier Mitarbeiter der beklagten Partei, deren Finanzbuchhalterin und der Baumeister beteiligt waren, hatte der freie Mitarbeiter der beklagten Partei betont, es müsse „mit dem Bau ehestens begonnen werden", weil die Baubewilligung mit Ende des Jahres „auslaufe". Er „bezeichnete die Situation ausdrücklich als 'prekär'". Der Baumeister erklärte, „man sei in einer 'Zwickmühle'". Einerseits müsse man nach Baurecht mit dem Bau beginnen, andererseits „dürfe man aufgrund förderungsrechtlicher Bestimmungen noch nicht beginnen". Der Baumeister sagte damals ausdrücklich zu, „den Umfang der zulässigen Arbeiten noch abzuklären". Bei einem Gespräch einige Tage später, an dem auch die Geschäftsführer der klagenden und der beklagten Partei beteiligt waren, wurde wiederum „die Problematik des Baubeginnes erörtert". Insofern einigten sich „die Beteiligten" darauf, „dass in Absprache mit dem zuständigen Sachbearbeiter bei der Förderungsstelle ein Mindestmaß an Baueinrichtungen bzw an Baubeginn durchgeführt werde, sodass der Baubeginn gewahrt bleibe". Deshalb hatte der Baumeister den bei der Baubehörde zuständigen Sachbearbeiter gefragt, ob „als Baubeginn akzeptiert werde", wenn die beklagte Partei „die Baustelleneinrichtung aufführen und das Dach öffnen werde". Da Letzterer das bejahte, informierte der Baumeister die klagende Partei „über den zulässigen Umfang der Arbeiten", die im Wesentlichen „in der Vorbereitung der Baustelleneinrichtung, dem Aufstellen eines Containers, Baustellenhütten und dem Öffnen der Dachhaut" bestehen sollten. Die Aufstellung eines Krans ließ der Baumeister nicht zu. Er begründete das damit, eine solche Maßnahme dokumentiere „gegenüber den Mietern und Behörden ein Bauen", was „kein 'schonender Baubeginn'" sei. Die klagende Partei drängte den Baumeister in der Folge mehrmals, „das Aufstellen der benötigten drei Kräne freizugeben". Dieser antwortete jeweils, „dies sei nicht möglich, weil noch keine Förderung zugesagt worden sei". Bereits bei einer Besprechung am 5. 11. 1993 war die klagende Partei „von vertretungsbefugten Mitarbeitern der beklagten Partei ausdrücklich angewiesen" worden, sie müsse „auf Weisungen" des Baumeisters „warten"; dieser „würde ihr sagen, was und wann zu geschehen habe". Eine Besprechung in den Räumen der MA 50 Ende Februar oder Anfang März 1994, an der auch die Geschäftsführerin der beklagten Partei teilgenommen und die „förderungstechnische Belange" zum Gegenstand hatte, „endete mit dem erklärten Ziel, nunmehr mit der Bauführung offiziell zu beginnen". Danach erhielt die klagende Partei vom Baumeister im März 1994 „die Freigabe zur Aufstellung von Kränen"; daraufhin stellte sie unverzüglich Kräne auf. Die klagende Partei hätte über alle „Ressourcen" verfügt, mit den Bauarbeiten bereits im Dezember 1993 zu beginnen. Anlässlich der Dachöffnung erkannte sie einen - gegenüber den von der beklagten Partei zur Verfügung gestellten Plänen - anderen Verlauf tragender Mauern. Überdies „stellten sich auch die Böden anders dar als ursprünglich angenommen". Bei den vorbereitenden Arbeiten wurde der klagenden Partei klar, dass die ihr aufgetragenen Bauarbeiten eine bewilligungspflichtige Umplanung voraussetzten. Ein „Planwechsel" war indes nur so lange möglich, als eine aufrechte Baubewilligung bestand. Die klagende Partei führte schließlich bis zum Ablauf des Jahres 1993 weder jene Arbeiten aus, die nach der erteilten Baubewilligung möglich und für deren Konsumierung ausreichend gewesen wären, noch bereitete sie den erforderlichen Planwechsel vor. Sie warnte überdies die beklagte Partei nicht, dass „die

durchgeführten Arbeiten im Ernstfall letztlich nicht als Baubeginn" und damit auch nicht „als Konsumierung der bis 31. 12. 1993 befristeten Baubewilligung angesehen werden könnten bzw, dass dann auch ein Planwechsel nicht mehr möglich" sein werde.

Die klagende Partei setzte die Arbeiten erst im März 1994 fort. Im April 1994 verfügte die Baubehörde die Baueinstellung mit der Begründung, die Wirksamkeit der erteilten Baubewilligung sei „wegen nicht rechtzeitigen Baubeginns" abgelaufen. Rechtsmittel blieben erfolglos. Die „alte Baubewilligung hätte mit kleinen Maßnahmen" - etwa solchen „im Bereich des Stiegenhauses oder der Mauerbänke" oder auch durch das „Unterfangen eines Trägers oder das Herstellen von Schalungen als Vorbereitung von Betonierungsarbeiten u.v.m." - konsumiert werden können. Dadurch wäre allenfalls ein geringfügiger frustrierter Aufwand entstanden.

Der Baumeister war von der klagenden Partei jedenfalls vor dem 31. 12. 1993 auf die Abweichungen der Pläne von den Naturgegebenheiten und auf die Notwendigkeit einer Planänderung hingewiesen worden. Die beklagte Partei hätte „ohne größere Komplikationen die bestehenden Einreichunterlagen" in Gestalt eines Auswechslungsplans „oder möglicherweise auch einer Neuplanung" der Baubehörde zur Genehmigung mit dem Hinweis vorlegen können, dass geringfügige „höhenmäßige Abweichungen gegenüber dem Flächenwidmungsplan" vorlägen. In solchen Fällen ist es „in Wien durchaus Usance", dass nach § 69 Wr BauO „sehr häufig 'geringfügige' Abweichungen" gegenüber den Bestimmungen des Flächenwidmungsplans „toleriert werden, wobei diese 'geringfügigen' Abweichungen manchmal sogar 'relativ groß' sind". Beim Bauvorhaben der beklagten Partei wäre es durch die gebotenen Plananpassungen „durchaus möglich gewesen ..., vermutlich noch" innerhalb des ersten Quartals 1994 eine Baugenehmigung für die erörterten Abweichungen zu erwirken. Die Pläne waren jedenfalls bis Ende Jänner 1994 „umgezeichnet".Der Baumeister war von der klagenden Partei jedenfalls vor dem 31. 12. 1993 auf die Abweichungen der Pläne von den Naturgegebenheiten und auf die Notwendigkeit einer Planänderung hingewiesen worden. Die beklagte Partei hätte „ohne größere Komplikationen die bestehenden Einreichunterlagen" in Gestalt eines Auswechslungsplans „oder möglicherweise auch einer Neuplanung" der Baubehörde zur Genehmigung mit dem Hinweis vorlegen können, dass geringfügige „höhenmäßige Abweichungen gegenüber dem Flächenwidmungsplan" vorlägen. In solchen Fällen ist es „in Wien durchaus Usance", dass nach Paragraph 69, Wr BauO „sehr häufig 'geringfügige' Abweichungen" gegenüber den Bestimmungen des Flächenwidmungsplans „toleriert werden, wobei diese 'geringfügigen' Abweichungen manchmal sogar 'relativ groß' sind". Beim Bauvorhaben der beklagten Partei wäre es durch die gebotenen Plananpassungen „durchaus möglich gewesen ..., vermutlich noch" innerhalb des ersten Quartals 1994 eine Baugenehmigung für die erörterten Abweichungen zu erwirken. Die Pläne waren jedenfalls bis Ende Jänner 1994 „umgezeichnet".

Die klagende Partei begehrte zuletzt den Zuspruch von 407.293 EUR sA inklusive Umsatzsteuer und brachte - auf die Kernbehauptungen reduziert - vor, der Klageanspruch ergebe sich aus dem Herstellungsaufwand bis zur endgültigen Untersagung der Fortführung der Bauarbeiten durch die Baubehörde und aus dem der klagenden Partei - nach § 1168 Abs 1 ABGB wegen vertragskonformen Verhaltens zu leistenden - Gewinn in Höhe von 5 % des um den Herstellungsaufwand reduzierten vereinbarten Werklohns von 3,176.920,11 EUR. Die beklagte Partei wendete im Wesentlichen ein, die Baubehörde habe die Baufortführung im April 1994 deshalb untersagt, weil die Wirksamkeit der erteilten Baubewilligung mit Ende des Jahres 1993 abgelaufen sei. Die klagende Partei habe absprachewidrig bis Ende 1993 nicht jene Baumaßnahmen gesetzt, die zur Konsumierung der Baubewilligung erforderlich gewesen wären. Die erbrachten Leistungen seien unbrauchbar. Der klagenden Partei sei mit dem Öffnen der Dachhaut am 20. 12. 1993 bekannt geworden, dass die vorliegenden Pläne nicht Grundlage der bewilligten Bauführung sein könnten. Sie habe daher gewusst, dass es neuer Pläne bedürfe, ferner aber auch, dass die Bauführung ab März 1994 unzulässig sei. Ihr falle auch eine Verletzung der Warnpflicht zur Last, hätte sie doch die beklagte Partei informieren müssen, dass die 1993 erbrachten Leistungen die Baubewilligung nicht konsumieren könnten. Die klagende Partei hafte der beklagten Partei überdies für alle Vermögensnachteile aus der Nichtdurchführung des Bauvorhabens; diese überstiegen den Klageanspruch und würden aufrechnungsweise eingewendet. Das Erstgericht wies das Klagebegehren im nunmehr dritten Rechtsgang ab. Nach dessen Ansicht war der Parteiwille bei Abschluss des mündlichen Bauvertrags vom 5. 11. 1993 darauf gerichtet, die Wirksamkeit der Baubewilligung durch einen dem Baurecht entsprechenden Baubeginn zu erhalten. Die von der klagenden Partei noch 1993 erbrachten Leistungen hätten dieser Anforderung nicht genügt. Die bis Ende 1993 für eine Konsumierung der Baubewilligung erforderlichen Arbeiten wären im Einklang mit den Förderungsrichtlinien der MA 50 gestanden. Die klagende Partei hätte warnen müssen, dass die von ihr bis Ende 1993

erbrachten Leistungen für eine Konsumierung der Baubewilligung nicht ausreichten. Auf die Auskunft des Sachbearbeiters der Baubehörde, die dem von der beklagten Partei beauftragten Baumeister erteilt worden sei, hätte sich die klagende Partei nicht verlassen dürfen. Der Ablauf der Wirksamkeit der Baubewilligung Ende 1993 falle daher in den Verantwortungsbereich der klagenden Partei, sodass ihr weder ein Anspruch auf Werklohn für die erbrachten Leistungen noch nach § 1168 Abs 1 ABGB zustehe.Die klagende Partei begehrte zuletzt den Zuspruch von 407.293 EUR sA inklusive Umsatzsteuer und brachte - auf die Kernbehauptungen reduziert - vor, der Klageanspruch ergebe sich aus dem Herstellungsaufwand bis zur endgültigen Untersagung der Fortführung der Bauarbeiten durch die Baubehörde und aus dem der klagenden Partei - nach Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB wegen vertragskonformen Verhaltens zu leistenden - Gewinn in Höhe von 5 % des um den Herstellungsaufwand reduzierten vereinbarten Werklohns von 3,176.920,11 EUR. Die beklagte Partei wendete im Wesentlichen ein, die Baubehörde habe die Baufortführung im April 1994 deshalb untersagt, weil die Wirksamkeit der erteilten Baubewilligung mit Ende des Jahres 1993 abgelaufen sei. Die klagende Partei habe absprachewidrig bis Ende 1993 nicht jene Baumaßnahmen gesetzt, die zur Konsumierung der Baubewilligung erforderlich gewesen wären. Die erbrachten Leistungen seien unbrauchbar. Der klagenden Partei sei mit dem Öffnen der Dachhaut am 20. 12. 1993 bekannt geworden, dass die vorliegenden Pläne nicht Grundlage der bewilligten Bauführung sein könnten. Sie habe daher gewusst, dass es neuer Pläne bedürfe, ferner aber auch, dass die Bauführung ab März 1994 unzulässig sei. Ihr falle auch eine Verletzung der Warnpflicht zur Last, hätte sie doch die beklagte Partei informieren müssen, dass die 1993 erbrachten Leistungen die Baubewilligung nicht konsumieren könnten. Die klagende Partei hafte der beklagten Partei überdies für alle Vermögensnachteile aus der Nichtdurchführung des Bauvorhabens; diese überstiegen den Klageanspruch und würden aufrechnungsweise eingewendet. Das Erstgericht wies das Klagebegehren im nunmehr dritten Rechtsgang ab. Nach dessen Ansicht war der Parteiwille bei Abschluss des mündlichen Bauvertrags vom 5. 11. 1993 darauf gerichtet, die Wirksamkeit der Baubewilligung durch einen dem Baurecht entsprechenden Baubeginn zu erhalten. Die von der klagenden Partei noch 1993 erbrachten Leistungen hätten dieser Anforderung nicht genügt. Die bis Ende 1993 für eine Konsumierung der Baubewilligung erforderlichen Arbeiten wären im Einklang mit den Förderungsrichtlinien der MA 50 gestanden. Die klagende Partei hätte warnen müssen, dass die von ihr bis Ende 1993 erbrachten Leistungen für eine Konsumierung der Baubewilligung nicht ausreichten. Auf die Auskunft des Sachbearbeiters der Baubehörde, die dem von der beklagten Partei beauftragten Baumeister erteilt worden sei, hätte sich die klagende Partei nicht verlassen dürfen. Der Ablauf der Wirksamkeit der Baubewilligung Ende 1993 falle daher in den Verantwortungsbereich der klagenden Partei, sodass ihr weder ein Anspruch auf Werklohn für die erbrachten Leistungen noch nach Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB zustehe.

Das Berufungsgericht traf auf Grund des von ihm - durch einverständliche Verlesung des Akteninhalts - ergänzten Beweisverfahrens weitere Feststellungen, die größtenteils bereits im eingangs wiedergegebenen Sachverhalt enthalten sind. Abgesehen davon stellte es noch fest:

Für die klagende Partei sei vor dem Öffnen der Dachhaut insbesondere nicht erkennbar gewesen, dass der Verlauf tragender Mauern im Bauplan unrichtig eingezeichnet gewesen sei. „In der Bauwirtschaft" sei „die Annahme eines Gewinnanteils von 3 % realistisch".

Auf dem Boden des nach Ansicht des Berufungsgerichts maßgebenden Sachverhalts sprach es mit Zwischenurteil aus, dass „das Klagebegehren" dem Grunde nach zu Recht bestehe, und erkannte mit Teilurteil, dass die Klageforderung mit zumindest 114.369,12 EUR zu Recht, die geltend gemachte Gegenforderung dagegen nicht zu Recht bestehe, sodass die beklagte Partei schuldig sei, der klagenden Partei 114.369,12 EUR samt 5 % Zinsen seit 21. 5. 1998 binnen 14 Tagen zu zahlen. Ferner sprach es aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei und die Rechtssache „hinsichtlich der Entscheidung über den übrigen Teil des Klagebegehrens zur neuerlichen Verhandlung" und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen werde. Nach dessen Überzeugung hat der Unternehmer gemäß § 1168 Abs 1 ABGB auch dann Anspruch auf den Werklohn für erbrachte, jedoch in der Folge wertlos gewordene Teilleistungen, wenn die Fertigstellung des Werks durch Umstände in der Bestellersphäre vereitelt worden sei. Solche Umstände seien Handlungen oder Unterlassungen des Bestellers oder seiner Leute, Ereignisse in der Person des Bestellers, „seiner Unternehmung oder Wirtschaft", oder auch die Beschaffenheit der von ihm beigestellten Stoffe. Auch der von der beklagten Partei beigestellte Plan sei ein Stoff iSd § 1168a ABGB. Das Unterbleiben der Ausführung des Werks infolge einer untauglichen Anweisung des Bestellers falle gleichfalls in dessen Sphäre. Der Unternehmer habe die Preisgefahr dagegen dann zu tragen, wenn er eine Warnpflicht schuldhaft verletzt habe. Der Baumeister als

Vertreter der beklagten Partei habe der klagenden Partei einen bestimmten, bis Ende des Jahres 1993 zu leistenden Umfang an Bauvorbereitungsarbeiten vorgeschrieben. Dabei handle es sich um eine Anweisung nach § 1168a ABGB. Diese Anweisung sei der beklagten Partei zuzurechnen, sei sie doch von deren Vertreter mit ihrem Wissen und Willen erteilt worden. Das Risiko einer zur Realisierung des Werks untauglichen Anweisung habe wie das Risiko des Ausbleibens der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen grundsätzlich der Besteller zu tragen. Die Warnpflicht des Unternehmers bestehe an sich auch gegenüber einem sachkundigen oder durch einen Sachverständigen beratenen Besteller. Dem sachkundigen Besteller falle jedoch ein Mitverschulden an einer allfälligen Warnpflichtverletzung zur Last, wenn er die Untauglichkeit der dem Unternehmer erteilten Anweisung habe erkennen können. Die Warnpflicht des Unternehmers erstrecke sich grundsätzlich auch auf das Baubewilligungsrecht, obgleich im Allgemeinen der Besteller das Risiko der Nichterteilung einer Baubewilligung zu tragen habe. Die Warnpflicht entfalle indes, wenn sich der Besteller selbst von der Untauglichkeit „des von ihm beigestellten Stoffes etc überzeugen" könne. Das gelte allerdings nur dann, wenn der Unternehmer annehmen dürfe, dass der Besteller „über Mängel in seiner Sphäre durchaus Bescheid" wisse und „das Risiko der Werkerstellung dennoch" übernehme. Eine Warnpflicht gegenüber einem Besteller, der ein ihm voll bewusstes Risiko in Kauf nehme, wäre sinnlos. Die beklagte Partei habe über die mit dem Ablauf der Wirksamkeit der Baubewilligung Ende 1993 verbundene Problematik ohnehin Bescheid gewusst. Deshalb habe der Baumeister als ihr Vertreter einen Verhaltensplan entwickelt, der „eine Gratwanderung zwischen den Erfordernissen des Baurechts einerseits und den - wenn auch allenfalls nur vermeintlichen - Anforderungen des Förderungsrechts andererseits" gewesen sei. Es sei ferner „allen Beteiligten" klar gewesen, dass „der mündlichen Zusage des zuständigen Sachbearbeiters der Baubehörde zwar eine gewisse Verlässlichkeit" zukomme, sie aber nicht geeignet sei, von den Erfordernissen nach zwingendem Recht zu dispensieren. Am Verhalten der beklagten Partei hätte sich auch nichts geändert, wenn die klagende Partei auf die Unverbindlichkeit der ihrem Vertreter von einem Mitarbeiter der Baubehörde erteilten Auskunft hingewiesen hätte, habe doch die beklagte Partei „jedenfalls negative Konsequenzen für ihr Förderungsansuchen vermeiden" wollen. Es sei um Förderungen von insgesamt 1,987.456,67 EUR gegangen. Insofern habe die klagende Partei keine Warnpflicht zu erfüllen gehabt, weil eine solche Pflicht nur innerhalb der Leistungspflicht des Unternehmers bestehe. Die klagende Partei habe aber die beklagte Partei auf die Untauglichkeit der von Letzterer zur Verfügung gestellten Pläne hingewiesen. Danach wäre es Aufgabe der beklagten Partei gewesen, rechtzeitig für die Beistellung des erforderlichen Auswechslungsplans Sorge zu tragen. Eine Pflicht der klagenden Partei, die Übereinstimmung der beigestellten Pläne mit den Verhältnissen in der Natur zu prüfen, habe nicht bestanden. Sie habe auf die Richtigkeit der von einem Sachkundigen hergestellten Pläne vielmehr vertrauen dürfen, habe es doch für deren - erst mit dem Öffnen der Dachhaut erkennbar gewordene - Unrichtigkeit vor Beginn der Bauarbeiten keinen Anhaltspunkt gegeben. Eine Unternehmerpflicht zur Erhebung aller besonderen Umstände für die Durchführung des Auftrags nach einem als Vertragsgrundlage allenfalls maßgebenden Leistungsverzeichnis beträfe nur „eine verkehrsübliche Überprüfung der Örtlichkeit, nicht aber eine ein Öffnen der Dachhaut erfordernde Nachprüfung der Pläne der beklagten Partei". Die - nach der Baubewilligung vorgesehene - Frist zur Vorlage der Statik innerhalb eines Monats vor Beginn der Bauarbeiten diene ersichtlich nicht dem Zweck, „dadurch rechtzeitig allfällige Unrichtigkeiten der von der beklagten Partei selbst erstellten Pläne aufzuzeigen". Aber selbst wenn die klagende Partei eine solche Pflicht verletzt hätte, mangle es an einem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit einem Schaden aus der verfügten Baueinstellung, sei diese doch nicht mit dem Fehlen oder der Unrichtigkeit der Statik begründet worden. Der klagenden Partei sei demnach keine Warnpflichtverletzung anzulasten. Sie habe somit Anspruch auf das vereinbarte Entgelt nach § 1168 Abs 1 ABGB. Der Besteller habe die dort geregelte Anrechnung zu begehren. Er habe überdies die Behauptungs- und Beweislast zum Umfang der Anrechnung, sofern der Unternehmer Abzüge von der Werklohnforderung - wie teilweise hier - nicht selbst vorgenommen habe. Die beklagte Partei habe soweit kein konkretes Vorbringen erstattet. Deshalb sei das Klagebegehren „jedenfalls in dem Ausmaß spruchreif, als die zugrunde liegende Berechnung des Gewinnanteils nach Einschätzung des Sachverständigen als 'realistisch' einzustufen" sei. Das Begehren der klagenden Partei entspreche einem Gewinn von 5 %. Ihr stünden aber zumindest 3 % zu. Über das Mehrbegehren - auch zu den eingeklagten Herstellungskosten - werde das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren zu entscheiden haben. Die aufrechnungsweise eingewendete, ziffernmäßig nicht konkretisierte Gegenforderung bestehe nicht zu Recht, falle doch der klagenden Partei kein Verschulden an der unterbliebenen Fertigstellung des Werks zu Last. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil „die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung ... über den Einzelfall nicht" hinausgehe. Das Schwergewicht der Berufungsentscheidung betreffe ferner die Lösung nicht revisibler Tatfragen.Auf dem Boden des nach Ansicht des Berufungsgerichts maßgebenden

Sachverhalts sprach es mit Zwischenurteil aus, dass „das Klagebegehren" dem Grunde nach zu Recht bestehe, und erkannte mit Teilurteil, dass die Klageforderung mit zumindest 114.369,12 EUR zu Recht, die geltend gemachte Gegenforderung dagegen nicht zu Recht bestehe, sodass die beklagte Partei schuldig sei, der klagenden Partei 114.369,12 EUR samt 5 % Zinsen seit 21. 5. 1998 binnen 14 Tagen zu zahlen. Ferner sprach es aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei und die Rechtssache „hinsichtlich der Entscheidung über den übrigen Teil des Klagebegehrens zur neuerlichen Verhandlung" und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen werde. Nach dessen Überzeugung hat der Unternehmer gemäß Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB auch dann Anspruch auf den Werklohn für erbrachte, jedoch in der Folge wertlos gewordene Teilleistungen, wenn die Fertigstellung des Werks durch Umstände in der Bestellersphäre vereitelt worden sei. Solche Umstände seien Handlungen oder Unterlassungen des Bestellers oder seiner Leute, Ereignisse in der Person des Bestellers, „seiner Unternehmung oder Wirtschaft", oder auch die Beschaffenheit der von ihm beigestellten Stoffe. Auch der von der beklagten Partei beigestellte Plan sei ein Stoff iSd Paragraph 1168 a, ABGB. Das Unterbleiben der Ausführung des Werks infolge einer untauglichen Anweisung des Bestellers falle gleichfalls in dessen Sphäre. Der Unternehmer habe die Preisgefahr dagegen dann zu tragen, wenn er eine Warnpflicht schuldhaft verletzt habe. Der Baumeister als Vertreter der beklagten Partei habe der klagenden Partei einen bestimmten, bis Ende des Jahres 1993 zu leistenden Umfang an Bauvorbereitungsarbeiten vorgeschrieben. Dabei handle es sich um eine Anweisung nach Paragraph 1168 a, ABGB. Diese Anweisung sei der beklagten Partei zuzurechnen, sei sie doch von deren Vertreter mit ihrem Wissen und Willen erteilt worden. Das Risiko einer zur Realisierung des Werks untauglichen Anweisung habe wie das Risiko des Ausbleibens der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen grundsätzlich der Besteller zu tragen. Die Warnpflicht des Unternehmers bestehe an sich auch gegenüber einem sachkundigen oder durch einen Sachverständigen beratenen Besteller. Dem sachkundigen Besteller falle jedoch ein Mitverschulden an einer allfälligen Warnpflichtverletzung zur Last, wenn er die Untauglichkeit der dem Unternehmer erteilten Anweisung habe erkennen können. Die Warnpflicht des Unternehmers erstrecke sich grundsätzlich auch auf das Baubewilligungsrecht, obgleich im Allgemeinen der Besteller das Risiko der Nichterteilung einer Baubewilligung zu tragen habe. Die Warnpflicht entfalle indes, wenn sich der Besteller selbst von der Untauglichkeit „des von ihm beigestellten Stoffes etc überzeugen" könne. Das gelte allerdings nur dann, wenn der Unternehmer annehmen dürfe, dass der Besteller „über Mängel in seiner Sphäre durchaus Bescheid" wisse und „das Risiko der Werkerstellung dennoch" übernehme. Eine Warnpflicht gegenüber einem Besteller, der ein ihm voll bewusstes Risiko in Kauf nehme, wäre sinnlos. Die beklagte Partei habe über die mit dem Ablauf der Wirksamkeit der Baubewilligung Ende 1993 verbundene Problematik ohnehin Bescheid gewusst. Deshalb habe der Baumeister als ihr Vertreter einen Verhaltensplan entwickelt, der „eine Gratwanderung zwischen den Erfordernissen des Baurechts einerseits und den - wenn auch allenfalls nur vermeintlichen - Anforderungen des Förderungsrechts andererseits" gewesen sei. Es sei ferner „allen Beteiligten" klar gewesen, dass „der mündlichen Zusage des zuständigen Sachbearbeiters der Baubehörde zwar eine gewisse Verlässlichkeit" zukomme, sie aber nicht geeignet sei, von den Erfordernissen nach zwingendem Recht zu dispensieren. Am Verhalten der beklagten Partei hätte sich auch nichts geändert, wenn die klagende Partei auf die Unverbindlichkeit der ihrem Vertreter von einem Mitarbeiter der Baubehörde erteilten Auskunft hingewiesen hätte, habe doch die beklagte Partei „jedenfalls negative Konsequenzen für ihr Förderungsansuchen vermeiden" wollen. Es sei um Förderungen von insgesamt 1,987.456,67 EUR gegangen. Insofern habe die klagende Partei keine Warnpflicht zu erfüllen gehabt, weil eine solche Pflicht nur innerhalb der Leistungspflicht des Unternehmers bestehe. Die klagende Partei habe aber die beklagte Partei auf die Untauglichkeit der von Letzterer zur Verfügung gestellten Pläne hingewiesen. Danach wäre es Aufgabe der beklagten Partei gewesen, rechtzeitig für die Beistellung des erforderlichen Auswechslungsplans Sorge zu tragen. Eine Pflicht der klagenden Partei, die Übereinstimmung der beigestellten Pläne mit den Verhältnissen in der Natur zu prüfen, habe nicht bestanden. Sie habe auf die Richtigkeit der von einem Sachkundigen hergestellten Pläne vielmehr vertrauen dürfen, habe es doch für deren - erst mit dem Öffnen der Dachhaut erkennbar gewordene - Unrichtigkeit vor Beginn der Bauarbeiten keinen Anhaltspunkt gegeben. Eine Unternehmerpflicht zur Erhebung aller besonderen Umstände für die Durchführung des Auftrags nach einem als Vertragsgrundlage allenfalls maßgebenden Leistungsverzeichnis beträfe nur „eine verkehrsübliche Überprüfung der Örtlichkeit, nicht aber eine ein Öffnen der Dachhaut erfordernde Nachprüfung der Pläne der beklagten Partei". Die - nach der Baubewilligung vorgesehene - Frist zur Vorlage der Statik innerhalb eines Monats vor Beginn der Bauarbeiten diene ersichtlich nicht dem Zweck, „dadurch rechtzeitig allfällige Unrichtigkeiten der von der beklagten Partei selbst erstellten Pläne aufzuzeigen". Aber selbst wenn die klagende Partei eine solche Pflicht verletzt hätte, mangle es an einem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit einem Schaden aus der

verfügten Baueinstellung, sei diese doch nicht mit dem Fehlen oder der Unrichtigkeit der Statik begründet worden. Der klagenden Partei sei demnach keine Warnpflichtverletzung anzulasten. Sie habe somit Anspruch auf das vereinbarte Entgelt nach Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB. Der Besteller habe die dort geregelte Anrechnung zu begehren. Er habe überdies die Behauptungs- und Beweislast zum Umfang der Anrechnung, sofern der Unternehmer Abzüge von der Werklohnforderung - wie teilweise hier - nicht selbst vorgenommen habe. Die beklagte Partei habe soweit kein konkretes Vorbringen erstattet. Deshalb sei das Klagebegehren „jedenfalls in dem Ausmaß spruchreif, als die zugrunde liegende Berechnung des Gewinnanteils nach Einschätzung des Sachverständigen als 'realistisch' einzustufen" sei. Das Begehren der klagenden Partei entspreche einem Gewinn von 5 %. Ihr stünden aber zumindest 3 % zu. Über das Mehrbegehren - auch zu den eingeklagten Herstellungskosten - werde das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren zu entscheiden haben. Die aufrechnungsweise eingewendete, ziffernmäßig nicht konkretisierte Gegenforderung bestehe nicht zu Recht, falle doch der klagenden Partei kein Verschulden an der unterbliebenen Fertigstellung des Werks zu Last. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil „die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung ... über den Einzelfall nicht" hinausgehe. Das Schwergewicht der Berufungsentscheidung betreffe ferner die Lösung nicht revisibler Tatfragen.

Die Revision der beklagten Partei ist, wie sich aus den Ausführungen unter 3. ergeben wird, zulässig; sie ist teilweise auch berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

1. Warnpflicht

Nach den in zweiter Instanz getroffenen ergänzenden Feststellungen war sich die beklagte Partei des Risikos, die bestehende Baubewilligung mit den Bauvorbereitungsmaßnahmen, die von der klagenden Partei bis Ende 1993 gesetzt wurden, allenfalls nicht konsumieren zu können, voll bewusst, wollte sie doch durch ihre „Gratwanderung", wie das Berufungsgericht treffend formulierte, die Konsumierung der Baubewilligung bis Ende 1993 sicherstellen, ohne gleichzeitig die Ablehnung der von ihr beantragten Erhöhung der Förderungungsmittel der Stadt Wien zu riskieren. Deshalb wurde die klagende Partei von der beklagten Partei angewiesen, bis Ende 1993 lediglich Arbeiten zu verrichten, die deren Vertreter, der Baumeister, anordne. Dieser ließ aber nur das Mindestmaß an Arbeiten zu, die nach seiner - auf der Auskunft des zuständigen Sachbearbeiters der Baubehörde aufbauenden - Überzeugung erforderlich waren, um die Baubewilligung vor dem Ablauf ihrer Wirksamkeit zu konsumieren. Angesichts dieser Sachlage hatte die klagende Partei keine Pflicht, die beklagte Partei zu warnen, dass die von ihrem Vertreter bis zum Ende des Jahres 1993 zugelassenen Arbeiten die Baubewilligung allenfalls nicht konsumieren werden. Eine solche Mitteilung hätte die beklagte Partei bloß über etwas informiert, was sie ohnehin wusste. Im Übrigen hätte auch die klagende Partei - bei äußerster Sorgfalt - nicht mehr als der Baumeister als Vertreter der beklagten Partei machen können, nämlich sich beim zuständigen Sachbearbeiter der Baubehörde nach dem Mindestmaß an Bau- oder Bauvorbereitungsarbeiten zu erkundigen, das - abgesehen von der objektiven Rechtslage - nach der Praxis der Baubehörde genügt, um die Konsumierung einer bereits erteilten Baubewilligung vor dem Ablauf ihrer Wirksamkeit zu erreichen. Wer weiß, dass er sich aus den eingangs wiedergegebenen Gründen in einer geschäftlich „prekären" Lage in Gestalt einer „Zwickmühle" befindet, weiß auch, dass er sein geschäftliches Ziel allenfalls verfehlen wird. Der Oberste Gerichtshof tritt daher der Ansicht des Berufungsgerichts bei, dass der klagenden Partei die schuldhafte Verletzung einer Warnpflicht im erörterten Punkt nicht anzulasten ist. Gemäß § 510 Abs 3 ZPO genügt es soweit, auf die Richtigkeit des vom Berufungsgericht erzielten Ergebnisses zu verweisen. Die dagegen in der Revision ins Treffen geführten Gründe, die in wesentlichen Punkten von den getroffenen Feststellungen abstrahieren, sind nicht stichhältig. Die beklagte Partei übergeht vor allem, dass sie die klagende Partei bereits am 5. 11. 1993 „ausdrücklich angewiesen" hatte, nur solche Arbeiten zu leisten, die der Baumeister als ihr Vertreter anordnen werde.Nach den in zweiter Instanz getroffenen ergänzenden Feststellungen war sich die beklagte Partei des Risikos, die bestehende Baubewilligung mit den Bauvorbereitungsmaßnahmen, die von der klagenden Partei bis Ende 1993 gesetzt wurden, allenfalls nicht konsumieren zu können, voll bewusst, wollte sie doch durch ihre „Gratwanderung", wie das Berufungsgericht treffend formulierte, die Konsumierung der Baubewilligung bis Ende 1993 sicherstellen, ohne gleichzeitig die Ablehnung der von ihr beantragten Erhöhung der Förderungungsmittel der Stadt Wien zu riskieren. Deshalb wurde die klagende Partei von der beklagten Partei angewiesen, bis Ende 1993 lediglich Arbeiten zu verrichten, die deren Vertreter, der Baumeister, anordne. Dieser ließ aber nur das Mindestmaß an Arbeiten zu, die nach seiner - auf der Auskunft des zuständigen Sachbearbeiters der Baubehörde aufbauenden - Überzeugung erforderlich waren, um die Baubewilligung

vor dem Ablauf ihrer Wirksamkeit zu konsumieren. Angesichts dieser Sachlage hatte die klagende Partei keine Pflicht, die beklagte Partei zu warnen, dass die von ihrem Vertreter bis zum Ende des Jahres 1993 zugelassenen Arbeiten die Baubewilligung allenfalls nicht konsumieren werden. Eine solche Mitteilung hätte die beklagte Partei bloß über etwas informiert, was sie ohnehin wusste. Im Übrigen hätte auch die klagende Partei - bei äußerster Sorgfalt - nicht mehr als der Baumeister als Vertreter der beklagten Partei machen können, nämlich sich beim zuständigen Sachbearbeiter der Baubehörde nach dem Mindestmaß an Bau- oder Bauvorbereitungsarbeiten zu erkundigen, das - abgesehen von der objektiven Rechtslage - nach der Praxis der Baubehörde genügt, um die Konsumierung einer bereits erteilten Baubewilligung vor dem Ablauf ihrer Wirksamkeit zu erreichen. Wer weiß, dass er sich aus den eingangs wiedergegebenen Gründen in einer geschäftlich „prekären" Lage in Gestalt einer „Zwickmühle" befindet, weiß auch, dass er sein geschäftliches Ziel allenfalls verfehlen wird. Der Oberste Gerichtshof tritt daher der Ansicht des Berufungsgerichts bei, dass der klagenden Partei die schuldhafte Verletzung einer Warnpflicht im erörterten Punkt nicht anzulasten ist. Gemäß Paragraph 510, Absatz 3, ZPO genügt es soweit, auf die Richtigkeit des vom Berufungsgericht erzielten Ergebnisses zu verweisen. Die dagegen in der Revision ins Treffen geführten Gründe, die in wesentlichen Punkten von den getroffenen Feststellungen abstrahieren, sind nicht stichhältig. Die beklagte Partei übergeht vor allem, dass sie die klagende Partei bereits am 5. 11. 1993 „ausdrücklich angewiesen" hatte, nur solche Arbeiten zu leisten, die der Baumeister als ihr Vertreter anordnen werde.

2. Prüfpflicht

Das in der Revision breit erörterte Thema einer Vertragspflicht der klagenden Partei, die beigestellten Baupläne „auf Verwendbarkeit und Eignung" zu überprüfen und „die beklagte Partei bei Mängeln rechtzeitig zu warnen", ist nicht entscheidungswesentlich. Es steht fest, dass der Baumeister als Vertreter der beklagten Partei jedenfalls noch vor dem 31. 12. 1993 auf Abweichungen der Pläne von den Naturgegebenheiten und auf die Notwendigkeit einer Planänderung hingewiesen wurde. Es steht ferner fest, dass die Pläne bis Ende Jänner 1994 „umgezeichnet" waren, eine behördliche Billigung der gebotenen, von der bereits erteilten Baubewilligung abweichenden Ausführung ohne weiteres erlangbar und die Konsumierung der Baubewilligung bis Ende 1993 bereits mit den eingangs genannten „kleinen Maßnahmen" in beispielhafter Aufzählung möglich gewesen wäre. Danach wäre eine Konsumierung der Baubewilligung auch durch Bauarbeiten möglich gewesen, die auf Grund der bereits erteilten Baubewilligung hätten gesetzt werden können, ohne eine vorangegangene behördlich bewilligte Ausführungsänderung in bestimmten Punkten notwendig vorauszusetzen, wäre doch im Fall der Ergreifung solcher Maßnahmen nur allenfalls ein geringfügiger frustrierter Aufwand entstanden. Insofern wird daher gar nicht die in der Revisionsbeantwortung behandelte Frage aufgeworfen, dass „Maßnahmen, die in der irrigen Annahme der Brauchbarkeit einer Planung gesetzt werden", die „Konsumation einer Baubewilligung" nicht bewirken könnten, „wenn diese Maßnahmen im Nachhinein aufgrund einer erforderlichen Auswechslungsplanung oder Neueinreichung frustriert (zB wieder abgerissen) werden". Wäre aber die erteilte Baubewilligung vor dem Ablauf ihrer Wirksamkeit konsumiert worden, so hätte die Baubehörde die erforderlichen Ausführungsänderungen auch noch im ersten Quartal 1994 genehmigen können. Diesfalls wäre der Realisierung des Bauvorhabens der beklagten Partei nichts im Weg gestanden. Nicht relevant ist daher auch die in der Revision bekämpfte Ansicht des Berufungsgerichts, es sei im Sinne des § 269 ZPO „gerichtsbekannt", dass die klagende Partei die mangelnde Übereinstimmung der „von der beklagten Partei zur Verfügung gestellten Pläne mit den Naturgegebenheiten" vor der Öffnung der Dachhaut nicht habe erkennen können. Demnach muss ferner nicht erörtert werden, ob diese erst vom Berufungsgericht getroffene Feststellung allenfalls auf einem Stoffsammlungsmangel beruht. Nicht von Belang ist überdies die Frage, ob die klagende Partei nach den getroffenen vertraglichen Absprachen verpflichtet gewesen wäre, die beklagte Partei auf die Mängel ihrer Planung schriftlich hinzuweisen, war doch die erforderliche Änderungsplanung bereits Ende Jänner 1994 fertig. Diese Planung wäre nach den „Usancen" der Wiener Baubehörde bewilligungsfähig gewesen. Infolgedessen ist keinerlei Einfluss eines unterbliebenen schriftlichen Hinweises auf die Vereitelung des Bauvorhabens der beklagten Partei zu erkennen. Soweit die beklagte Partei meint, die klagende Partei hätte die Statik nicht auf Grund unüberprüfter Ausführungsunterlagen veranlassen dürfen, wird das erst im weiteren Verfahren bei Klärung der Frage nach dem Umfang der Ersatzfähigkeit des eingeklagten Herstellungsaufwands Bedeutung erlangen. Letzteres gilt auch für die weitere, auf den geltend gemachten Herstellungsaufwand abgestellte Argumentation der beklagten Partei.Das in der Revision breit erörterte Thema einer Vertragspflicht der klagenden Partei, die beigestellten Baupläne „auf Verwendbarkeit und Eignung" zu überprüfen und „die beklagte Partei bei Mängeln rechtzeitig zu warnen", ist nicht entscheidungswesentlich. Es steht fest, dass der Baumeister als Vertreter der beklagten Partei jedenfalls noch vor dem

31. 12. 1993 auf Abweichungen der Pläne von den Naturgegebenheiten und auf die Notwendigkeit einer Planänderung hingewiesen wurde. Es steht ferner fest, dass die Pläne bis Ende Jänner 1994 „umgezeichnet" waren, eine behördliche Billigung der gebotenen, von der bereits erteilten Baubewilligung abweichenden Ausführung ohne weiteres erlangbar und die Konsumierung der Baubewilligung bis Ende 1993 bereits mit den eingangs genannten „kleinen Maßnahmen" in beispielhafter Aufzählung möglich gewesen wäre. Danach wäre eine Konsumierung der Baubewilligung auch durch Bauarbeiten möglich gewesen, die auf Grund der bereits erteilten Baubewilligung hätten gesetzt werden können, ohne eine vorangegangene behördlich bewilligte Ausführungsänderung in bestimmten Punkten notwendig vorauszusetzen, wäre doch im Fall der Ergreifung solcher Maßnahmen nur allenfalls ein geringfügiger frustrierter Aufwand entstanden. Insofern wird daher gar nicht die in der Revisionsbeantwortung behandelte Frage aufgeworfen, dass „Maßnahmen, die in der irrigen Annahme der Brauchbarkeit einer Planung gesetzt werden", die „Konsumation einer Baubewilligung" nicht bewirken könnten, „wenn diese Maßnahmen im Nachhinein aufgrund einer erforderlichen Auswechslungsplanung oder Neueinreichung frustriert (zB wieder abgerissen) werden". Wäre aber die erteilte Baubewilligung vor dem Ablauf ihrer Wirksamkeit konsumiert worden, so hätte die Baubehörde die erforderlichen Ausführungsänderungen auch noch im ersten Quartal 1994 genehmigen können. Diesfalls wäre der Realisierung des Bauvorhabens der beklagten Partei nichts im Weg gestanden. Nicht relevant ist daher auch die in der Revision bekämpfte Ansicht des Berufungsgerichts, es sei im Sinne des Paragraph 269, ZPO „gerichtsbekannt", dass die klagende Partei die mangelnde Übereinstimmung der „von der beklagten Partei zur Verfügung gestellten Pläne mit den Naturgegebenheiten" vor der Öffnung der Dachhaut nicht habe erkennen können. Demnach muss ferner nicht erörtert werden, ob diese erst vom Berufungsgericht getroffene Feststellung allenfalls auf einem Stoffsammlungsmangel beruht. Nicht von Belang ist überdies die Frage, ob die klagende Partei nach den getroffenen vertraglichen Absprachen verpflichtet gewesen wäre, die beklagte Partei auf die Mängel ihrer Planung schriftlich hinzuweisen, war doch die erforderliche Änderungsplanung bereits Ende Jänner 1994 fertig. Diese Planung wäre nach den „Usancen" der Wiener Baubehörde bewilligungsfähig gewesen. Infolgedessen ist keinerlei Einfluss eines unterbliebenen schriftlichen Hinweises auf die Vereitelung des Bauvorhabens der beklagten Partei zu erkennen. Soweit die beklagte Partei meint, die klagende Partei hätte die Statik nicht auf Grund unüberprüfter Ausführungsunterlagen veranlassen dürfen, wird das erst im weiteren Verfahren bei Klärung der Frage nach dem Umfang der Ersatzfähigkeit des eingeklagten Herstellungsaufwands Bedeutung erlangen. Letzteres gilt auch für die weitere, auf den geltend gemachten Herstellungsaufwand abgestellte Argumentation der beklagten Partei.

3. Unternehmergewinn

Das Berufungsgericht stellte fest, dass „in der Bauwirtschaft ... die Annahme eines Gewinnanteils von 3 % realistisch" sei und legte diese - auf einer Äußerung des gerichtlichen Sachverständigen im Verhandlungstermin am 5. 12. 2000 vor dem Erstgericht beruhende - Tatsache (ON 56 S. 2) seinem Teilurteil zugrunde. Die vom Berufungsgericht herangezogene Aussage des Sachverständigen beruht indes nicht auf einer Nachprüfung der Kalkulation der klagenden Partei, sondern spiegelt die allgemeinen Verhältnisse in der Bauwirtschaft wieder (Sachverständiger: „Generell würde ich davon ausgehen, dass nach Abrechnung einer Baustelle ein Satz von 3 % im Durchschnitt der realistischere ist"). Wesentlich ist aber nicht, welcher Gewinn bei der Abwicklung von Werkverträgen in der Bauwirtschaft üblicherweise erzielt wird; maßgebend ist nur, ob die klagende Partei aus dem von der beklagten Partei erteilten Bauauftrag einen Gewinn erwirtschaftet hätte. Dazu mangelt es in der angefochtenen Entscheidung an Feststellungen. Die beklagte Partei rügt soweit zutreffend, das Berufungsgericht habe ihr bereits in erster Instanz erstattetes Vorbringen (ON 69 S. 8 f, ON 73 S. 1) nicht beachtet, die klagende Partei hätte selbst bei vollständiger Abwicklung des Werkvertrags keinen Gewinn erzielt. Deshalb wurden auch die von der beklagten Partei zum Nachweis ihrer Behauptungen erstatteten Beweisanträge übergangen (ON 69 S. 9 f), obgleich sich die im erörterten Punkt erforderlichen Feststellungen nicht ohne eine Nachprüfung der Kalkulation der klagenden Partei treffen lassen. Das Teilurteil des Berufungsgerichts ist somit mit einem Feststellungsmangel behaftet. Erst nach dessen Behebung wird sich abschließend beurteilen lassen, ob der Anspruch der klagenden Partei auf Zahlung jenes Gewinns, den sie bei vollständiger Abwicklung des Werkvertragsverhältnisses erzielt hätte, gerechtfertigt ist.Das Berufungsgericht stellte fest, dass „in der Bauwirtschaft ... die Annahme eines Gewinnanteils von 3 % realistisch" sei und legte diese - auf einer Äußerung des gerichtlichen Sachverständigen im Verhandlungstermin am 5. 12. 2000 vor dem Erstgericht beruhende - Tatsache (ON 56 Sitzung 2) seinem Teilurteil zugrunde. Die vom Berufungsgericht herangezogene Aussage des Sachverständigen beruht indes nicht auf einer Nachprüfung der Kalkulation der klagenden Partei, sondern spiegelt die allgemeinen Verhältnisse in der Bauwirtschaft wieder (Sachverständiger: „Generell würde ich davon ausgehen, dass

nach Abrechnung einer Baustelle ein Satz von 3 % im Durchschnitt der realistischere ist"). Wesentlich ist aber nicht, welcher Gewinn bei der Abwicklung von Werkverträgen in der Bauwirtschaft üblicherweise erzielt wird; maßgebend ist nur, ob die klagende Partei aus dem von der beklagten Partei erteilten Bauauftrag einen Gewinn erwirtschaftet hätte. Dazu mangelt es in der angefochtenen Entscheidung an Feststellungen. Die beklagte Partei rügt soweit zutreffend, das Berufungsgericht habe ihr bereits in erster Instanz erstattetes Vorbringen (ON 69 Sitzung 8 f, ON 73 Sitzung 1) nicht beachtet, die klagende Partei hätte selbst bei vollständiger Abwicklung des Werkvertrags keinen Gewinn erzielt. Deshalb wurden auch die von der beklagten Partei zum Nachweis ihrer Behauptungen erstatteten Beweisanträge übergangen (ON 69 Sitzung 9 f), obgleich sich die im erörterten Punkt erforderlichen Feststellungen nicht ohne eine Nachprüfung der Kalkulation der klagenden Partei treffen lassen. Das Teilurteil des Berufungsgerichts ist somit mit einem Feststellungsmangel behaftet. Erst nach dessen Behebung wird sich abschließend beurteilen lassen, ob der Anspruch der klagenden Partei auf Zahlung jenes Gewinns, den sie bei vollständiger Abwicklung des Werkvertragsverhältnisses erzielt hätte, gerechtfertigt ist.

4. Prozessuales

4. 1. Der erkennende Senat sprach in der Entscheidung1 Ob 378/98i - auf dem Boden der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs - aus, dass ein Zwischenurteil über den Anspruchsgrund nach der Novellierung des § 393 Abs 1 ZPO durch die WGN 1989 auch dann erlassen werden könne, wenn noch strittig sei, ob der Klageanspruch überhaupt mit irgendeinem Betrag zu Recht bestehe. Habe die klagende Partei etwa einen Globalbetrag begehrt, so setze die Erlassung eines Zwischenurteils über den Anspruchsgrund nicht mehr voraus, dass jeder einzelne Anspruchsteil dem Grunde nach zu Recht bestehe. Die bezeichnete Gesetzesstelle bezwecke vielmehr gerade, dass die von dem im Zwischenurteil definierten anspruchserzeugenden Sachverhalt nicht umfassten Anspruchsteile des Gesamtbegehrens erst im Verfahren über die Höhe auszuscheiden seien. Ein Zwischenurteil könne daher immer dann erlassen werden, wenn dadurch die den Grund des Globalanspruchs betreffenden strittigen Fragen geklärt seien. Daran ist festzuhalten. Diese Voraussetzungen für das Ergehen eines Zwischenurteils nach § 393 Abs 1 ZPO sind im Anlassfall erfüllt.4. 1. Der erkennende Senat sprach in der Entscheidung1 Ob 378/98i - auf dem Boden der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs - aus, dass ein Zwischenurteil über den Anspruchsgrund nach der Novellierung des Paragraph 393, Absatz eins, ZPO durch die WGN 1989 auch dann erlassen werden könne, wenn noch strittig sei, ob der Klageanspruch überhaupt mit irgendeinem Betrag zu Recht bestehe. Habe die klagende Partei etwa einen Globalbetrag begehrt, so setze die Erlassung eines Zwischenurteils über den Anspruchsgrund nicht mehr voraus, dass jeder einzelne Anspruchsteil dem Grunde nach zu Recht bestehe. Die bezeichnete Gesetzesstelle bezwecke vielmehr gerade, dass die von dem im Zwischenurteil definierten anspruchserzeugenden Sachverhalt nicht umfassten Anspruchsteile des Gesamtbegehrens erst im Verfahren über die Höhe auszuscheiden seien. Ein Zwischenurteil könne daher immer dann erlassen werden, wenn dadurch die den Grund des Globalanspruchs betreffenden strittigen Fragen geklärt seien. Daran ist festzuhalten. Diese Voraussetzungen für das Ergehen eines Zwischenurteils nach Paragraph 393, Absatz eins, ZPO sind im Anlassfall erfüllt.

4. 2. Das Berufungsgericht änderte das klageabweisende Ersturteil, offenkundig soweit es nicht selbst mit Teilurteil erkannte, in ein Zwischenurteil gemäß § 393 Abs 1 ZPO ab und verwies im Konnex damit die Rechtssache insoweit an das Erstgericht zurück, als im fortgesetzten Verfahren noch über den durch das Zwischenurteil erfassten Teil des Klagebegehrens mit Endurteil abzusprechen sein werde. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung der Rechtssache zur „neuerlichen Verhandlung" und Entscheidung an das Erstgericht in Ansehung des nicht vom Teilurteil erfassten Teils des Klagebegehrens ist verfehlt, wird doch bereits durch das Ergehen des Zwischenurteils klargestellt, dass das Klagebegehren der Höhe nach noch nicht spruchreif ist. Diese Sicht der Rechtslage, die fortzuschreiben ist, wurde vom erkennenden Senat in der Entscheidung 1 Ob 9/05p vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Einzelnen begründet. Nach deren Ergebnis gilt der mit dem angefochtenen Zwischenurteil verknüpfte Zurückverweisungsbeschluss als nicht beigesetzt, was durch einen deklarativen Beschluss klarzustellen ist.4. 2. Das Berufungsgericht änderte das klageabweisende Ersturteil, offenkundig soweit es nicht selbst mit Teilurteil erkannte, in ein Zwischenurteil gemäß Paragraph 393, Absatz eins, ZPO ab und verwies im Konnex damit die Rechtssache insoweit an das Erstgericht zurück, als im fortgesetzten Verfahren noch über den durch das Zwischenurteil erfassten Teil des Klagebegehrens mit Endurteil abzusprechen sein werde. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung der Rechtssache zur „neuerlichen Verhandlung" und Entscheidung an das Erstgericht in Ansehung des nicht vom Teilurteil erfassten Teils des Klagebegehrens ist verfehlt,

wird doch bereits durch das Ergehen des Zwischenurteils klargestellt, dass das Klagebegehren der Höhe nach noch nicht spruchreif ist. Diese Sicht der Rechtslage, die fortzuschreiben ist, wurde vom erkennenden Senat in der Entscheidung 1 Ob 9/05p vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs im Einzelnen begründet. Nach deren Ergebnis gilt der mit dem angefochtenen Zwischenurteil verknüpfte Zurückverweisungsbeschluss als nicht beigesetzt, was durch einen deklarativen Beschluss klarzustellen ist.

4. 3. Da sich alle Ausführungen, die die beklagte Partei gegen den Grund des Klageanspruchs ins Treffen führte, als nicht tragfähig erwiesen und nach den Erwägungen unter 3. noch kein Teil des Klagebegehrens spruchreif ist, ist das angefochtene Urteil in ein Zwischenurteil über das gesamte Klagebegehren abzuändern. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 2 iVm § 393 Abs 4 ZPO.4. 3. Da sich alle Ausführungen, die die beklagte Partei gegen den Grund des Klageanspruchs ins Treffen führte, als nicht tragfähig erwiesen und nach den Erwägungen unter 3. noch kein Teil des Klagebegehrens spruchreif ist, ist das angefochtene Urteil in ein Zwischenurteil über das gesamte Klagebegehren abzuändern. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 393, Absatz 4, ZPO.

Anmerkung

E76960 1Ob2.05h

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0010OB00002.05H.0412.000

Dokumentnummer

JJT_20050412_OGH0002_0010OB00002_05H0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at