

# Wieder eine Durchbrechung des Trennungsprinzips bei Beschäftigung von Subunternehmern

1. Der Generalunternehmer, der mit dem Bauherrn eine günstige Vereinbarung geschlossen hat, muss das durch sein Verhandlungsgeschick Erreichte an sich nicht an seinen Subunternehmer weitergeben. Der Generalunternehmer kann seine eigenen vertraglichen Ansprüche grundsätzlich also etwa auch dann in voller Höhe geltend machen, wenn es ihm gelang, den Bauherrn zu einem teilweisen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu bestimmen.
2. Der Grundsatz der Trennung der Rechtsbeziehungen zwischen Bauträger und Generalunternehmer einerseits sowie General- und Subunternehmer andererseits kann ausnahmsweise durchbrochen werden, wenn die Subunternehmerverträge zusammen mit dem Hauptvertrag ein Netzwerk von Verträgen bilden, das auf die Realisierung eines Gesamtwerks gerichtet ist und im Laufe der Projektdurchführung im Hauptvertrag Ereignisse eintreten, die jedenfalls faktisch die Subunternehmerleistungen berühren oder aber die strikte Trennung der beiden

**Rechtsverhältnisse zu grob unbilligen Ergebnissen führen würde. Eine auch ausdrückliche Verzahnung der jeweiligen Verträge etwa durch Bezugnahme des Subunternehmervertrags auf den Generalunternehmervertrag ist nicht Voraussetzung.**

**3. Der Generalunternehmer kann vom Subunternehmer nicht ein Werk fordern, das jener selbst dem Bauherrn nicht zu erbringen habe.**

OGH 21.12.2015, 5 Ob 48/15t

**Deskriptoren:** Generalunternehmer, Subunternehmer, Trennungsprinzip.

**Sachverhalt<sup>1</sup>**

Die Klägerin (Subunternehmerin) beehrte von der Beklagten (Generalunternehmerin) einen restlichen Werklohn in Höhe von Euro 51.764,94 EUR sA.

Die Klägerin hat als Subunternehmerin der Beklagten Spenglerarbeiten (Einhausung mit Trapezblechen) beim Projekt „Berg- und Talstation Sonnenbahn“ der Bauherrin SMB AG durchgeführt. Die Beklagte selbst hat als direkter Unternehmer der SMB AG die diesbezüglichen Stahlbauarbeiten ausgeführt. Aufgrund von behaupteten Mängeln am Gewerk der Beklagten und der Klägerin schloss die Beklagte nach vergeblichen Mängelbehebungsarbeiten mit der Bauherrin eine Vereinbarung, dass vom gesamten von der Beklagten der Bauherrin in Rechnung gestellten Summe über Euro 728.051,85 ein Betrag von Euro 73.535, 18 als Abgeltung für die vorhandenen Mängel in Abzug gebracht werde:

„(1) Das von der Auftragnehmerin erbrachte Gewerk (insbesondere die Spenglerarbeiten bzw die Trapezblechfassade) sind qualitativ mangelhaft. Darüber hinaus bestehen auch optische Mängel. Die Auftragnehmerin war überdies mit der Fertigstellung in Verzug.

(2) Die Parteien vereinbaren, dass von der gesamten Rechnungssumme in Höhe von EUR 728.051,85 für die unter Z 1 genannten Mängel und Vertragsverletzungen der Betrag von EUR 73.535, 18 in Abzug gebracht wird. Mit diesem Abzug sind die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeberin für die unter Z 1 genannten Mängel abgegolten.

[...]

(4) Gewährleistung: Als Übergabetermin für oben genanntes Werk wird der 30. 12. 2010 vereinbart, sodass ab diesem Zeitpunkt die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt.“

Mit dieser Abschlagszahlung wurden zu einem geringen Teil auch Mängel am Gewerk der Beklagten berücksichtigt, hauptsächlich jedoch die nach wie vor vorliegenden Mängel am Gewerk der Klägerin. In welchem Ausmaß konkret die offenen Mängel das Gewerk oder Leistungen der Klägerin und in welchem Ausmaß das Gewerk und Leistungen der Beklagten betrafen, kann nicht festgestellt werden. Grundsätzlich ist dieser Abschlagsbetrag von Euro 73.500,- – bezogen auf die vorhandenen Mängel – sehr hoch angesetzt. Seitens der Beklagten wurde dieser Vergleichsvorschlag jedoch nach Abwägung sämtlicher Gegenforderungen, die von der Auftraggeberin in den Raum gestellt wurden und nach Abwägung der Kosten und Mühen, die notwendig gewesen wären, um das Gewerk mängelfrei fertigzustellen, akzeptiert. Seitens der Beklagten wurde dabei auch ins Kalkül gezogen, dass man sich eine weitere zukünftige Beschäftigung nicht verbauen wollte.

Bei richtiger und angemessener Abrechnung ist für die im Rahmen des ursprünglichen Auftrags von der Klägerin erbrachten Leistungen ein Entgelt von gesamt Euro 123.738, 12 (ohne Berücksichtigung eines Preisminderungsanspruches) gerechtfertigt. Für die beim gegenständlichen Gewerk vorhandenen Mängel, welche die Klägerin zu verantworten hat, ist ein Preisminderungsanspruch im Verhältnis zur Beklagten von Euro 12.000,- gerechtfertigt.

Die beklagte Partei wandte ein, dass das Vertragsverhältnis der Streitteile strikt von jenem der Beklagten mit der SNB AG zu trennen sei. Es sei irrelevant, ob und gegebenenfalls welche (vergleichsweise) Vereinbarung die Beklagte mit der SNB AG abgeschlossen habe. Eine diesbezügliche Vereinbarung schließe weder Gewährleistungsansprüche der Bauherrin gegenüber der Beklagten, noch Schadenersatzansprüche aus. Es stehe der SNB AG nach wie vor frei, von der Beklagten Naturalrestitution und eine mängelfreie Erstellung des Gewerks zu fordern.

Die Klägerin habe ihren Werkvertrag mangelhaft erfüllt, insbesondere habe sie die Spenglerarbeiten nicht gemäß den Plänen und Detailzeichnungen ausgeführt, dies unabhängig davon, ob mit einer solchen Ausführung ein

<sup>1</sup> Die Urteile des Erst- und des Berufungsgerichts wurden freundlicherweise von den am Verfahren beteiligten Rechtsanwälten Dr. Thomas Kaufmann, Rechtsanwalt in Bregenz und Dr. Markus Walla, Rechtsanwalt in Dornbirn, zur Verfügung gestellt.

ÖNORM-konformer Zustand oder eine 100 %-ige Dichtigkeit erreicht werden könne. Entscheidend sei nicht, ob die Klägerin normgemäß geleistet habe, sondern ob sie entsprechend den Vorgaben und Plänen der Beklagten den Werkvertrag erfüllt habe. Dies sei zu verneinen. Der Werklohn der Klägerin sei daher mangels Erfüllung nicht zur Zahlung fällig.

Da die Klägerin ihre Leistungen nicht auftragsgemäß erbracht habe, gebühre ihr grundsätzlich kein Werklohn. Sie wäre auch verpflichtet gewesen, die Beklagte darauf hinzuweisen, dass die geforderten Leistungen nicht mängelfrei erbracht werden könnten. Sie habe schuldhaft gegen ihre Warn- und Hinweispflichten verstoßen und hafte der Beklagte für den ihr entstandenen Schaden, der zumindest Euro 73.535, 18 betrage. Das sei jener Betrag, der der Beklagten aufgrund der mangelhaften Ausführung der Spenglerarbeiten der Klägerin von ihrer Auftraggeberin in Abzug gebracht worden sei. Dieser Betrag werde einer allenfalls zu Recht bestehenden Klagsforderung gegenüber compensando eingewendet. Die Beklagte habe keine relevanten Verzögerungen beim gegenständlichen Projekt zu verantworten, schon gar nicht schuldhaft. Verzögerungen lägen ausschließlich im Verantwortungsbereich der Klägerin. Die Beklagte habe weder irgendwelche Beträge noch Positionen anerkannt, sie habe auch keinen Irrtum der Klägerin veranlasst. Auch die optischen Mängel seien von der Bauherrin nicht akzeptiert worden, diese müssten auch nicht akzeptiert werden, wobei allein der Behebungsaufwand für die optischen Mängel sich auf zumindest Euro 30.000,- belaufe. Die Beklagte habe gegenüber der Klägerin weiterhin einen Erfüllungsanspruch, insbesondere, weil es möglich sei, dass die SNB AG die Beklagte mit der Behebung der nach wie vor vorhandenen Mängel beauftrage. Die Klagsforderung sei daher nicht fällig.

Der Sanierungsaufwand für die Behebung der Mängel belaufe sich nicht, wie vom Sachverständigen ausgeführt, auf Euro 16.000,- bzw Euro 12.000,-, sondern auf zumindest Euro 70.000,-.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen<sup>2</sup>

Das Erstgericht gab der Klage teilweise statt. Es stellte fest, dass die Klagsforderung mit Euro 43.145,87 zu Recht besteht, die Gegenforderungen der Beklagten hingegen nicht.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge und stellte die Klagsforderung mit (nur) Euro 40.491,97 als zu Recht bestehend fest.

Nach der Rechtsansicht der Beklagten sei die zwischen ihr und der SNB AG abgeschlossene Vereinbarung für das Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien nicht relevant. Das Gewerk der Klägerin weise zahlreiche Mängel auf, insbesondere sei das gesamte Dach und die Hülle undicht, sodass die Klägerin ihr Werk nicht vollendet habe und die Beklagte berechtigt sei, den Werklohn im Sinne des § 1170 ABGB zurückzubehalten. Darüber hinaus sei keine ordnungsgemäße Rechnungslegung gegeben, sodass auch aus diesem Grund mangels Überprüfbarkeit der geltend gemachte Werklohn nicht fällig sei. Jedenfalls aber wäre der Preisminderungsanspruch nicht mit Euro 12.000,-, sondern mit zumindest Euro 43.145,87 zu bemessen gewesen, da das mangelhaft erstellte Werk keinen Wert aufweise.

1.1. Nach ständiger Rechtsprechung sind mangels gegenteiliger Vereinbarung die Verträge zwischen Besteller (hier: die SNB AG als Bauherrin), Unternehmer (hier: die Beklagte) und Subunternehmer (hier: die Klägerin) grundsätzlich nicht verzahnt, sondern getrennt zu sehen. Der Subunternehmer steht grundsätzlich nur mit dem Unternehmer, nicht aber mit dem Bauherrn in einer vertraglichen Beziehung (3 Ob 539/89 = JBI 1990, 587; 3 Ob 35/07d; 3 Ob 48/04m, je mwN). Der Subunternehmer eines Bauvertrages verspricht dem Unternehmer und nicht dem Bauherrn, ein mängelfreies, abnahmefähiges Werk herzustellen; dem Bauherrn gegenüber ist er selbstständiger Erfüllungsgehilfe des Unternehmers. Grundsätzlich ist es daher bei zwei selbstständigen Verträgen dem Unternehmer nicht verwehrt, unabhängig von der eigenen Vertragsgestaltung mit dem Bauherrn, alle ihm aus dem mit dem Subunternehmer abgeschlossenen Werkvertrag zustehenden Rechte selbst dann in Anspruch zu nehmen, wenn es ihm gelang, den Bauherrn zu einem teilweisen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu bestimmen.

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zwischen (General-)Unternehmer und Subunternehmer bestehen in der Regel unabhängig davon, welche Ansprüche zwischen dem (General-)Unternehmer und dem Bauherrn bestehen (3 Ob 35/07d; 3 Ob 48/04m; RIS-Justiz RS0021876; vgl RIS-Justiz RS0018820).

Nur ausnahmsweise kann der Grundsatz der Trennung durchbrochen werden, wenn die strikte Trennung der beiden Rechtsverhältnisse nicht sachgerecht ist und zu unbilligen Ergebnissen führen würde. In diesem Fall wirken sich Änderungen im Verhältnis des (General-)Unternehmers zum Besteller auch im Verhältnis zum Subunternehmer aus. So kann nach der Rechtsprechung

2 Da der Sachverhalt gegenständlich essentiell ist und da die Begründung für die Zurückweisung der Revision naturgemäß eher knapp ist, wird die Entscheidung des Berufungsgerichts ausführlich dargestellt.

etwa der (General-)Unternehmer vom Subunternehmer nicht Verbesserung verlangen, wenn er selbst darauf nicht in Anspruch genommen wurde, er kann vom Subunternehmer nicht ein Werk fordern, das er selbst dem Bauherrn nicht zu erbringen hat (1 Ob 704/89 = SZ 62/185 = JBI 1990, 587; vgl ecollex 1994, 314 = 8 Ob 651/93; *Rebhahn* in Schwimann Paxiskommentar ABGB<sup>3</sup> § 1165 Rz 51 mwN). Unbilligkeit liegt auch vor, wenn der Auftraggeber des Subunternehmers trotz einer Leistungsstörung – sei diese auch vom Subunternehmer verursacht – seinen vollen Werklohn erhält und dennoch seinem Auftragnehmer den Werklohn, gestützt auf eine Vertragsverletzung bzw Leistungsstörung, vorenthält (3 Ob 35/07d; *Rebhahn* in Schwimann, aaO, mwN).

Eine solche Verknüpfung ist im vorliegenden Fall im Hinblick auf die zwischen der Beklagten und dem Bauherrn getroffenen Vereinbarung geboten: Die Beklagte traf mit dem Bauherrn am 22.3.2011 eine Vereinbarung, in der ausdrücklich festgehalten wurde, dass das erbrachte Gewerk, insbesondere die Spenglerarbeiten bzw die Trapezblechfassade qualitativ mangelhaft ausgeführt sind und auch optische Mängel vorliegen. Diese Mängel wurden entsprechend der in Abs 2 getroffenen Vereinbarung durch Abzug eines Betrages von Euro 73.535, 18 von der gesamten Rechnungssumme der Beklagten gegenüber der Bauherrin „abgegolten“; konkret ist dazu festgehalten, dass mit dem Abzug von Euro 73.535,18 die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeberin für die unter Z 1 genannten Mängel, sohin an den Spenglerarbeiten, insbesondere der Trapezblechfassade, abgegolten seien. Aus dieser Erklärung ergibt sich ein Verzicht der Bauherrin der Beklagten gegenüber auf Mängelbeseitigung an den Spenglerarbeiten. Ausdrücklich festgestellt ist dies überdies disloziert in der Beweiswürdigung; dort ist ausgeführt, dass die Bauherrin auf weitere Verbesserungen der Spenglerarbeiten bzw der Trapezblechfassade durch die Streitparteien verzichtet und sich auf den Gewährleistungsbefehl der Preisminderung zurückgezogen habe. Dies steht in guter Übereinstimmung mit den Feststellungen, wonach die Bauherrin mit den bisherigen Verbesserungsversuchen der Streitparteien unzufrieden war und diesen eine endgültige und zufriedenstellende Sanierung nicht mehr zutraute, weshalb sie sich entschied, eine Abschlagszahlung auszuverhandeln und auf zukünftige Verbesserungen durch die Streitparteien zu verzichten.

Entgegen der Argumentation der Beklagten ist für deren Rechtsstandpunkt auch daraus nichts zu gewinnen, dass in der Vereinbarung als Übergabetermin der 30.12.2010 vereinbart wurde und festgehalten wurde, dass ab diesem Zeitpunkt die Gewährleistungsfrist zu laufen beginne. Die vereinbarte Abschlagszahlung bezog sich ja insbesondere auf die Spenglerarbeiten bzw die Trapezblechfassade, sodass möglicherweise aus anderen, für

das vorliegende Verfahren nicht relevanten weiteren Arbeiten der Beklagten Gewährleistungsansprüche erhalten bleiben sollten.

Damit aber gelang es der Beklagten als Auftragnehmerin der Bauherrin, mit dieser hinsichtlich des Gewerks der Klägerin einen Verzicht auf weitere Verbesserungsarbeiten zu vereinbaren, sodass sie nunmehr nach den voranstehenden Grundsätzen von der Klägerin nicht ein Werk fordern kann, das sie selbst der Bauherrin nicht mehr zu erbringen hat. Mit diesem Verzicht auf weitere Verbesserungsversuche ist daher trotz der am Gewerk vorhandenen Mängel nicht nur im Verhältnis der Beklagten zur Bauherrin, sondern auch zur Klägerin Fälligkeit des Werklohns eingetreten. Damit ist der von der Beklagten erhobene Einwand der mangelnden Fälligkeit ebenso wenig berechtigt wie der auf den Titel der Naturalrestitution gestützte Schadenersatzanspruch gegenüber der Klägerin; auf die Höhe der Behebungskosten kommt es somit nicht an.

1.2. Für die Höhe der Preisminderung ist der zwischen der Klägerin und ihrer Auftraggeberin vereinbarte Betrag hingegen nicht relevant; diese ist für das konkrete zwischen den Streitparteien bestehende Vertragsverhältnis zu ermitteln. Wenn die Beklagte hier argumentiert, die Preisminderung sei nicht mit Euro 12.000,-, sondern mit zumindest Euro 43.145,87 zu bemessen, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt, wonach die Höhe des Preisminderungsanspruchs im Verhältnis zur Beklagten mit EUR 12.000,- gerechtfertigt sei.

1.3. Ebensowenig besteht ein Anspruch auf Ersatz jenes Schadens, der im Abschluss der überhöht vereinbarten Abschlagszahlung für vorhandene Mängel mit der Bauherrin gelegen ist. Diesen hat die Klägerin, die an dieser Vereinbarung nicht beteiligt war, nicht verursacht. Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass Fälligkeit der Klagsforderung gegeben ist und eine auf den Titel des Schadenersatzes, nämlich eines Anspruchs auf Naturalrestitution, gestützte Gegenforderung bereits dem Grunde nach nicht zu Recht besteht.

2. [...]

3. Schließlich trifft auch der von der Beklagten entgegen § 482 ZPO erstmals im Berufungsverfahren erhobene Einwand, dass die von der Klägerin vorgelegte Schlussrechnung einer Überprüfung nicht zugänglich sei und daher aufgrund nicht ordnungsgemäßer Rechnungslegung Fälligkeit des Werklohns nicht eingetreten sei, nicht zu:

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Fälligkeit des Entgelts nur dann mit einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung verknüpft, wenn die Ermittlung des Entgeltanspruchs nach der Natur des Geschäfts und den Umständen des Einzelfalles eine genaue Abrechnung der erbrachten Leistungen und aufgewendeten Kosten zwecks Anspruchsüberprüfung voraussetzt; in Erman-

gelung solcher Prämissen beeinflusst die Frage der Rechnungslegung den Eintritt der Fälligkeit der Forderung nicht, weshalb auch eine überhöhte Rechnung den Eintritt der Fälligkeit des tatsächlich geschuldeten Betrages nicht hindert (1 Ob 39/99p mwN). Im vorliegenden Verfahren lag nicht eine mangelnde Überprüfbarkeit der Schlussrechnung vor, sondern es war Gegenstand des Verfahrens, ob die einzelnen von der Klägerin in Ansatz gebrachten Positionen gerechtfertigt sind.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die außerordentliche Revision der Beklagten war mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

1. Der Grundsatz der Trennung der Rechtsbeziehungen zwischen Bauträger und Generalunternehmer einerseits sowie General- und Subunternehmer andererseits (vgl RIS-Justiz RS0021876) kann ausnahmsweise durchbrochen werden, wenn die Subunternehmerverträge zusammen mit dem Hauptvertrag ein Netzwerk von Verträgen bilden, das auf die Realisierung eines Gesamtwerks gerichtet ist und im Laufe der Projektdurchführung im Hauptvertrag Ereignisse eintreten, die jedenfalls faktisch die Subunternehmerleistungen berühren oder aber die strikte Trennung der beiden Rechtsverhältnisse zu grob unbilligen Ergebnissen führen würde (3 Ob 35/07d, 3 Ob 279/06k, 3 Ob 48/04m = RIS-Justiz RS0021876 [T9], 8 Ob 651/93, 6 Ob 550/91, 1 Ob 704/89). Es kann daher in Einzelfällen eine partielle Verknüpfung der Verträge notwendig oder jedenfalls billig und geboten sein (9 Ob 146/04t = RIS-Justiz RS0021876 [T10]).

2. Das Berufungsgericht hat diese Rechtsprechung zutreffend dargestellt und in vertretbarer Weise auf den vorliegenden Fall angewandt.

Das Berufungsgericht wertete die zwischen der Bauherrin und der Beklagten (als Generalunternehmerin) getroffene Vereinbarung als Verzicht der Bauherrin auf den Anspruch auf Behebung der in diesem Verfahren relevanten Mängel aus welchem Rechtsgrund auch immer, also sowohl als Verzicht auf eine gewährleistungsrechtliche Verbesserung als auch als Verzicht auf eine schadenersatzrechtliche Naturalrestitution. Ob ein Vertrag im Einzelfall richtig ausgelegt wurde, stellt nur dann eine erhebliche Rechtsfrage dar, wenn infolge einer wesentlichen Verkennung der Rechtslage ein unvertretbares Auslegungsergebnis erzielt wurde (RIS-Justiz RS0042936 ua, für den Vergleich insbesondere RS0113785). Das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis ist aber jedenfalls vertretbar.

Im Hinblick auf diesen zwischen der Beklagten und der Bauherrin vereinbarten Verzicht hält das Berufungsgericht hier eine partielle Verknüpfung der jeweiligen Verträge insoweit für geboten, als die Beklagte auch von der

Klägerin die Mängelbehebung nicht mehr fordern könne. Auch diese Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht zu beanstanden. Zwar muss der Generalunternehmer, der mit dem Bauherrn eine günstige Vereinbarung geschlossen hat, das durch sein Verhandlungsgeschick Erreichte an sich nicht an seinen Subunternehmer weitergeben (3 Ob 279/06k = RIS-Justiz RS0021876 [T11], 1 Ob 704/89). Der Generalunternehmer kann seine eigenen vertraglichen Ansprüche grundsätzlich also etwa auch dann in voller Höhe geltend machen, wenn es ihm gelang, den Bauherrn zu einem teilweisen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu bestimmen (6 Ob 550/91, 1 Ob 704/89). Aber bereits in seiner – von der Revisionswerberin zu Unrecht als „vereinzelt geblieben“ bezeichneten – Leitentscheidung 1 Ob 704/89 zur ausnahmsweisen Durchbrechung des Grundsatzes der Trennung der jeweiligen Verträge hat der Oberste Gerichtshof eine partielle Verknüpfung der Verträge für eben diesen Fall bejaht, dass der Bauherr dem Generalunternehmer gegenüber nicht auf Verbesserung besteht und der Bauvertrag insofern einvernehmlich abgeändert worden ist. Diese Abänderung schlage soweit auf den Subunternehmer durch, als der Generalunternehmer vom Subunternehmer nun nicht mehr ein Werk fordern könne, das jener selbst dem Bauherrn nicht zu erbringen habe.

Maßgeblich für diese partielle Verknüpfung der Verträge im dreipersonalen Verhältnis ist, dass dies nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung als notwendig und geboten erscheint, weil die Leistungen des General- und des Subunternehmers so eng miteinander verbunden und gegenseitig abhängig sind, dass eine strikte Trennung zu grob unbilligen Ergebnissen führen müsste (6 Ob 40/98w, 8 Ob 651/93). Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass hier nach den Feststellungen zu Entstehen und Inhalt des Subunternehmervertrags diese enge Verbundenheit und gegenseitige Abhängigkeit der Verträge bezogen auf den Verbesserungsanspruch zu bejahen sei, hält sich im Rahmen dieser Leitlinien. Eine auch ausdrückliche Verzahnung der jeweiligen Verträge etwa – wie in dem der Entscheidung 1 Ob 704/89 zugrunde liegenden Fall – durch Bezugnahme des Subunternehmervertrags auf den Generalunternehmervertrag ist nicht Voraussetzung.

3. Die Beklagte zeigt in ihrer Revision auch sonst keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO auf. Deren Ausführungen im Zusammenhang mit einzelnen Rechnungspositionen und deren Ausmittlung in Anwendung des § 273 ZPO einerseits und der eingewandten Gegenforderung andererseits lassen nicht erkennen, welche Überlegungen der Vorinstanzen aus welchem Grund in welcher Weise unrichtig sein sollen. Mit deren Beurteilung setzt sich die Revisionswerberin vielmehr inhaltlich gar nicht auseinander. Die Beklagte wird damit ihrer

Verpflichtung, die Gründe für die vom Berufungsgericht verneinte Zulässigkeit des Revisionsrekurses anzugeben, nicht gerecht (RIS-Justiz RS0043644 [T6]).

Mit ihren Ausführungen zur Berechnung der Höhe des Preisminderungsanspruchs wendet sich die Revisionswerberin in Wahrheit gegen die – nicht revisible (vgl. RIS-Justiz RS0042903) – Beweiswürdigung der Vorin-

stanzen. Dass die vom Sachverständigen berechnete, vom Erstgericht unter Berufung darauf festgestellte und im Berufungsverfahren erfolglos bekämpfte Höhe des Preisminderungsanspruchs nicht – wie geboten (RIS-Justiz RS0018764 [T1]) – auf der relativen Berechnungsmethode beruht, behauptet die Revisionswerberin nicht.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Gegenständlich hat der Generalunternehmer mit seinem Bauherrn einen Vergleich abgeschlossen, wonach auf Mängelbehebung verzichtet und stattdessen eine Minderung des Preises erfolgt.

Der Generalunternehmer ist damit nicht mehr verpflichtet, Mängel zu beheben und er ist dazu auch gar nicht mehr berechtigt. Er darf daher nicht mehr auf Mängelbehebung durch seinen Subunternehmer bestehen. Wenn dies aber ausgeschlossen ist, besteht auch kein Zurückbehaltungsrecht mehr, weil dessen Zweck eben die Druckausübung ist, die notwendigen Leistungen zu erbringen.

In Wahrheit hat die Entscheidung also weniger mit dem Trennungsprinzip, als dem Ende des Zurückbehaltungsrechts, sobald kein Druck mehr ausgeübt werden soll, zu tun.

Tatsächlich ist das Urteil des Berufungsgericht widersprüchlich: Einerseits lautet es *„Grundsätzlich ist es daher bei zwei selbstständigen Verträgen dem Unternehmer nicht verwehrt, unabhängig von der eigenen Vertragsgestaltung mit dem Bauherrn, alle ihm aus dem mit dem Subunternehmer abgeschlossenen Werkvertrag zustehenden Rechte selbst dann in Anspruch zu nehmen, wenn es ihm gelang, den Bauherrn zu einem teilweisen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu bestimmen“*, andererseits *„So kann [...] der (General-)Unternehmer vom Subunternehmer nicht Verbesserung verlangen, wenn er selbst darauf nicht in Anspruch genommen wurde“* – wie passt das zusammen?

Die Diskrepanz überrascht nun insoweit nicht, als es die Zerrissenheit der Judikatur widerspiegelt: In 3 Ob 48/04m haben weder der Sub- noch Generalunternehmer die Bautagesberichte ihrer Abrechnung beigelegt, obwohl dies als Fälligkeitsvoraussetzung vereinbart worden war. Der Generalunternehmer hat trotzdem Zahlung erlangt, diese aber dem Subunternehmer wegen der fehlenden Bautagesberichte verweigert, was der OGH als unstatthaft beurteilte. Wie das zum Trennungsprinzip passen soll, ist nicht ganz klar. Noch dazu, wo in einem „Parallelprozess“ (9 Ob 146/04t) geurteilt wurde, dass der Subunternehmer seinem Subunternehmer („Sub-Subunternehmer“), der ebenfalls verpflichtet gewesen wäre, die Bautagesberichte beizulegen, sehr wohl die Zahlung vorenthalten kann (begründet wird das unterschiedliche Ergebnis damit, dass der Generalunternehmer schon die Zahlung erhalten hat, der Subunternehmer aber nicht – wirklich überzeugen kann dies aber wohl kaum, weil „Zahlung“ einerseits und „offene Forderung“ andererseits so unterschiedlich sind).

Nur am Rande sei bemerkt, dass der OGH obiter wieder einmal sein Festhalten an der relativen Berechnungsmethode zur Ermittlung der gewährleistungrechtlichen Preisminderung ausdrückt. Es ist verblüffend, wie häufig – ua gegenständlich – die Unterinstanzen deren Ausmittlung trotzdem einem bautechnischen Sachverständigen überlassen.