

Verjährung von vereinbarten Teilzahlungen und bei Zusätzen

1. Wann ein Werk „in gewissen Abteilungen“ errichtet wird, entscheiden der Parteiwille und die Übung des redlichen Verkehrs.
2. Ein Werk „in Abteilungen“ wird dann vorliegen, wenn der einzelne Teil als selbständiges Werk angesehen werden kann. Eine solche liegt auch dann nahe, wenn die Werkerstellung in Etappen durchgeführt wird, die jede für sich für den Besteller sinnvoll ist.
3. Die Berechnung des Entgelts nach Arbeitsstunden oder sonstigen Einheiten rechtfertigt die Annahme eines Werks in Abteilungen nicht; es kann in diesem Fall dennoch eine als Einheit zu bewertende Gesamtleistung vereinbart sein.
4. Bei vereinbartem Pauschalloon beginnt die Verjährung mit Vollendung (Übernahme) des Werks zu laufen; eine gesonderte Rechnungslegung ist nicht erforderlich.
5. Zahlungen nach prozentuellem Baufortschritt sind vertraglich vereinbarte Akontozahlungen, welche die Fälligkeit und damit die Verjährung des Werklohns nicht berühren.
6. Eine gesonderte Verjährung von Teilrechnungen kommt nur insoweit in Betracht, als der Unternehmer durch Zeitablauf den Anspruch auf Abschlagszahlungen verliert. Auch verjährte Teilrechnungen können aber in die Schlussrechnung aufgenommen und innerhalb der für diese geltenden Verjährungsfrist geltend gemacht werden.
7. Das Architektenhonorar ist grundsätzlich erst nach Erbringung aller vertraglichen Leistungen zu entrichten.
8. Angesichts einer besonders engen Nahebeziehung zwischen dem ursprünglich vereinbarten Werk und später beauftragten Zusatzleistungen kann nach dem Parteiwillen und der Übung des redlichen Verkehrs nicht vom Vorliegen selbständiger Teilleistungen, die einer gesonderten Verjährungsfrist unterliegen, ausgegangen werden.

OGH 25.3.2014, 10 Ob 12/14h

Deskriptoren: Werkvertrag, Fälligkeit, Teilzahlungen, Vorschuss,
Verjährung; §§ 1152, 1170, 1486 ABGB.

Sachverhalt

Die beklagte Partei schloss mit der klagenden Partei am 22.12.2004 einen Architektenwerkvertrag über das Bauvorhaben „R“, Baustufen II und III (Erweiterung eines Möbelhauses). Am 11.5.2006 erteilte die zuständige Behörde die Benützungsbewilligung.

Zwischen den Streitparteien war ein Gesamthonorar von 358.800 EUR (18,40 EUR x 19.500 m² verbaute Fläche) vereinbart. Die beklagte Partei bezahlte 65% dieses Gesamthonorars, das sind 233.220 EUR, sowie das vereinbarte Honorar für ein Tiefengründungs- und Aufschüttungsprojekt von 45.000 EUR, insgesamt somit 278.220 EUR.

Mit der am 1.7.2009 beim Erstgericht eingebrachten Klage begehrt die klagende Partei die Zahlung des restlichen Werklohns von 207.800 EUR auf der Grundlage der Schlussrechnung vom 8. 5. 2009. Dieser Betrag setze sich aus dem Gesamthonorar von 358.800 EUR zuzüglich des bereits im Vertrag vom 22.12.2004 vereinbarten Honorars von 45.000 EUR für die Bauleitung eines „Tiefengründungs- und Aufschüttungsprojekts“ und aus den Honoraren für die Zusatzleistungen „E-Fachplaner“ von 20.000 EUR „Umplanung Fachmarkt“ von 16.020 EUR und „E-Bauleitung“ von 15.000 EUR sowie aus kapitalisierten Unternehmenszinsen vom 11.5. 2006 bis 11.2.2009 von 31.200 EUR abzüglich der von der beklagten Partei geleisteten Teilzahlungen von insgesamt 278.220 EUR zusammen. Die Arbeiten der klagenden Partei seien erst im Dezember 2008 abgeschlossen gewesen. Die beklagte Partei sei von allen technisch notwendigen Umplanungen informiert worden und mit diesen einverstanden gewesen. Die Geltung der Werkvertrags-ÖNorm B 2110 sei nicht vereinbart worden. Die Klagsforderung sei nicht verjährt.

Die beklagte Partei bestreitet und wendet – soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung – Verjährung der geltend gemachten Forderungen ein. Sie habe 233.220 EUR auf das Gesamthonorar (65%) sowie das Honorar für das Tiefengründungs- und Aufschüttungsprojekt von 45.000 EUR bezahlt. Die Legung einer Schlussrechnung sei vertraglich nicht vorgesehen, jedenfalls hätte diese nach § 1486 ABGB und den Punkten 8.3.5.2. und 10.6.1. der ÖNorm B 2110 früher gelegt werden müssen. Die Arbeiten der klagenden Partei seien nämlich mit Erteilung der Benützungsbewilligung am 11.5.2006 abgeschlossen gewesen. Die klagende Partei habe vertragskonform an diesem Tag eine Teilrechnung über 30% des Gesamthonorars von 358.800 EUR, somit über 107.640 EUR, gelegt, die die beklagte Partei wegen des Vorliegens von Mängeln nicht bezahlt habe und die bei Klageeinbringung bereits verjährt gewesen sei. Die Teilrechnung vom 16.3.2009 über 204.212 EUR (99% des Gesamthonorars) hätte früher erstellt werden müssen und sei ebenfalls verjährt. Die Zusatzleistung „E-Fachplaner“ sei von der klagenden Partei bereits am 28.2.2006 in Rechnung gestellt worden und mit einer Forderung der beklagten Partei gegengerechnet worden; zudem sei sie bei Klageeinbringung verjährt gewesen und könne nicht nochmals mit (verspäteter) Schlussrechnung geltend gemacht werden. Die Zusatz-

leistungen „Umplanung Fachmarkt“ und „E-Bauleitung“ seien jedenfalls vor dem 11.5.2006 vorgenommen worden und deren Geltendmachung mit den Rechnungen vom 16.3. bzw 8.5.2009 sei verjährt; zudem sei ein Honorar für diese Leistungen nicht vereinbart worden.

Die Instanzen bis zum OGH

Das Erstgericht erkannte die beklagte Partei schuldig, der klagenden Partei 207.800 EUR samt gestaffelten Unternehmenszinsen nach § 352 UGB zu zahlen. Es trat über den bereits eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus im Wesentlichen noch folgende weitere Feststellungen:

Im Architektenwerkvertrag vom 22.12.2004 war Folgendes vereinbart:

„2. Leistungsbereiche

2.1. Architekturleistungen [...] insbesondere:

- zeichnerische Vorarbeiten zur Baugenehmigung
- zeichnerische Vorarbeiten für allfällige Änderungen des Bebauungsplanes (innerhalb des Bauvorhabens), [...]
- Ausführungs- und Detailplanung, [...]
- technische Oberleitung, [...]
- örtliche Bauaufsicht,
- Bauabnahme, technische Überprüfung,
- Abrechnung inklusive laufender Rechnungskontrolle [...]

2.3. Tiefengründung und Aufschüttung [...]

2.4. Außenanlagen [...]

Leitung und Kontrolle des Projektes bis zur Erlangung sämtlicher Bau- und Benützungsgenehmigungen, insbesondere:

- Erlangung von Bestätigungen und Zustimmungen im Rahmen des Gesamtprojektes entsprechend der einheitlichen Baugenehmigung und Benützungsbewilligung [...]
- Lösung von technischen Problemen beim Bauprojekt während der Bauphase [...]

3. Vertragsgrundlagen

Die Grundlagen des Vertrages haben in nachstehender Reihenfolge Gültigkeit:

3.1. Architektenwerkvertrag

3.2. die österreichische Honorarordnung für Architekten, soweit sie die Definition der Leistungen betrifft, in der geltenden Fassung: Die ÖNormen, soweit sie sich auf das Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber beziehen (Vertragsnormen), und die jeweils geltenden [...] Normen und Bauvorschriften

3.3. die gesetzlichen Bestimmungen des ABGB

9. Vergütung

9.1. Honorar EUR 18,40/m² verbaute Fläche (Bruttogeschossfläche)

Zusätzlich vom Auftraggeber zu vergütende Leistungen:

Für die Bauleitung des gesamten Tiefgründungs- und Aufschüttungsprojekts [...] EUR 45.000 [...]

Für die erbrachten Leistungen wird die Übermittlung von Teilhonoraren wie nachfolgend beschrieben vereinbart:

- zwei Monate nach Arbeitsbeginn: 10% des Honorars
- bei der Einreichung: 10% des Honorars
- bei Vorliegen der rechtskräftigen Baugenehmigung: 20% des Honorars
- bei Baubeginn: 10% des Honorars
- Dachdichtheit: 15% des Honorars
- bei rechtskräftiger Benützungsbewilligung: 30%
- bei erfolgter Mängelbehebung und erfolgten Endabrechnungen: 5% des Honorars
- beim Tiefgründungs- und Aufschüttungsprojekt wird bei Baubeginn 50%, 50% bei Fertigstellung der Pilotierung (unmittelbar vor Beginn der Aufbringung der Bodendecke).

Zahlungsvereinbarung:

Zahlungsziel: 30 Tage ab Rechnungslegung [...]

13. Beendigung der Leistungen des Auftragnehmers

13.1. Die Tätigkeit des Auftragnehmers endet mit der Übergabe des Bauprojektes samt technischer Überprüfung und Erteilung der Benützungsgenehmigung und Überwachung, Anordnung und Behebung der im Rahmen der technischen Überprüfung festgestellten Mängel.“

Der Geschäftsführer der beklagten Partei kannte Baumeister W von der klagenden Partei bereits aus vorangegangenen Bauprojekten, unter anderem von jenem der Baustufe I des Bauvorhabens „R“. Zwischen den beiden bestand ein besonderes Vertrauensverhältnis; sie trafen Vereinbarungen oft auch mündlich.

Die Baustufe II ist ein 100 m langer und 50 m breiter lagerhallenartiger dreigeschoßiger Anbau an das Möbelhaus der Baustufe I samt Tiefengründung. Die Flächen in den beiden Obergeschoßen werden als Lagerflächen genutzt. Die Baustufe III ist der eingeschobene Anbau einer Fachmarktzeile und war ursprünglich für mehrere Mieter geplant. Die Parteien änderten den ursprünglichen Bauplan nach Beginn der Ausführung aus verschiedenen Gründen. So mussten die Einreichpläne unter anderem deshalb neu erstellt werden, weil statt fünf bis sechs Mietern lediglich ein Fachmarkt neben „R“ in der Baustufe III angesiedelt werden sollte. Auch die Durchführung der Zusatzleistungen „E-Fachplaner“, „Umplanung Fachmarkt“ und „E-Bauleitung“ vereinbarten die Parteien erst nach Baubeginn mit gesonderter Honorierung. Die Zusatzleistungen wurden erbracht.

Nach Erteilung der Benützungsbewilligung durch die zuständige Behörde am 11.5.2006 war die klagende Partei noch auf der Baustelle bzw für das Bauprojekt tätig; Sie überprüfte durch Baumeister W und einen Dipl.-Ing. die Rechnungen der Professionisten und veranlasste und kontrollierte Mängelbehebungsarbeiten.

Mit der Rechnungsprüfung einer Firma war die klagende Partei bis Ende des Jahres 2008 befasst. Bis zu diesem Zeitpunkt erbrachte sie Leistungen für die beklagte Partei, wie sie vertraglich vereinbart waren.

Die von der beklagten Partei bezahlten 65% des Gesamthonorars von 358.800 EUR (233.220 EUR) entsprechen dem vereinbarten Honorar für sämtliche Leistungen der klagenden Partei bis einschließlich „Dachdichtheit“ laut Punkt 9.1. des Vertrags vom 22.12.2004. Zusätzlich bezahlte die beklagte Partei das ebenfalls in diesem Vertrag vereinbarte Honorar der klagenden Partei für das Tiefgründungs- und Aufschüttungsprojekt von 45.000 EUR. Die restlichen 35 % des Gesamthonorars (125.580 EUR) sowie die weiteren Zusatzleistungen (insgesamt 51.020 EUR) bezahlte die beklagte Partei nicht.

Am 28.2.2006 legte die klagende Partei der beklagten Partei für die Zusatzleistung „E-Fachplaner“ eine Rechnung mit einer „Pauschale laut Vereinbarung“ über 20.000 EUR.

Am 11.5.2006, dem Tag der Erteilung der Benützungsbewilligung, legte die klagende Partei der beklagten Partei eine Teilrechnung über 30% des Gesamthonorars, nämlich 107.640 EUR.

Am 16.3.2009 legte die klagende Partei eine Teilrechnung über 204.212 EUR, mit der sie – ausgehend davon, dass noch ein Abschlussgespräch stattfinden werde – 99% des Gesamthonorars (355.212 EUR), 45.000 EUR für das Tiefgründungs- und Aufschüttungsprojekt, 20.000 EUR für die Zusatzleistung „E-Fachplaner“, 16.020 EUR für die Zusatzleistung „Umplanung Fachmarkt“, 15.000 EUR für die Zusatzleistung „E-Bauleitung“ sowie kapitalisierte Zinsen von 31.200 EUR für 2 Jahre und 8 Monate, insgesamt somit 482.432 EUR verrechnete. Davon zog die klagende Partei die Zahlungen der beklagten Partei in Höhe von insgesamt 278.220 EUR ab. Die Bezahlung dieser Teilrechnung mahnte die klagende Partei am 4.5.2009 ein.

Am 8.5.2009 legte die klagende Partei der beklagten Partei eine Schlussrechnung über das gesamte Honorar einschließlich der Zusatzleistungen und abzüglich der Zahlungen, in der sie den Klagsbetrag als offen auswies. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht von der Vereinbarung eines „unechten Pauschale“ ohne Einzelpreise (einer Form des Pauschalpreisvertrags) aus. Auf Verlangen des Auftraggebers zusätzlich zu erbringende oder geänderte Leistungen seien gesondert zu vergüten. Die beklagte Partei habe für diese Zusatzleistungen mangels anderer Vereinbarung eine angemessene Vergütung iSd § 1152 ABGB zu leisten. Die Werklohnforderung sei nicht verjährt. Bei einem vereinbarten Pauschallohn beginne die Verjährung mit Vollendung des Werks zu laufen, die Rechnungslegung sei nicht maßgeblich. Schon aus dem Wortsinn des Vertrags ergebe sich, dass die kla-

gende Partei nach Vorliegen der Benützungsbewilligung noch Überwachungs- und Mängelbehebungsarbeiten erbringen sollte. Zudem unterliege eine nicht nach Verrichtung „in gewissen Abteilungen“ erstellte Teilrechnung, die vereinbarungsgemäß „nach Maßgabe des prozentuellen Baufortschritts“ gelegt werde, nicht der gesonderten Verjährung. Eine solche komme nur insoweit in Betracht, als der Auftragnehmer durch Zeitablauf den Anspruch auf derartige Abschlagszahlungen verliere. Er verliere dadurch aber nicht seinen Anspruch auf Werklohn, der erst nach Vollendung des gesamten Werks fällig werde. Allenfalls verjährte Teilrechnungen könne er in die Schlussrechnung aufnehmen und innerhalb der für diese offenstehenden Verjährungsfrist geltend machen. Der Werklohn sei fällig. Aufgrund der seit 11.5.2006 fälligen Teilrechnung stünden der klagenden Partei kapitalisierte Zinsen nach § 352 UGB zu.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei lediglich im Umfang des Zinsenzuspruchs teilweise Folge. Es vertrat in seiner rechtlichen Beurteilung zur Frage der Verjährung des „Gesamthonorars“ im Wesentlichen die Ansicht, bei vereinbartem Pauschalloon beginne die Verjährung mit der Vollendung (Übernahme) des Werks zu laufen; die Rechnungslegung sei nicht maßgeblich. Verstehe man das zwischen den Parteien vereinbarte Honorar als Pauschalloon, beginne die Verjährung mit Vollendung des Werks zu laufen, die festgestelltmaßen erst im Dezember 2008 erfolgt sei. Die am 1.7.2009 beim Erstgericht eingelangte Klage sei daher innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist eingebracht worden. Gehe man hingegen von der Notwendigkeit einer Rechnungslegung aus, erweise sich die Klageeinbringung angesichts der Vollendung des Werks erst im Dezember 2008 selbst dann als rechtzeitig, wenn man die Legung der Schlussrechnung am 8.5.2009 als objektiv verzögert ansehe. Die Ansicht der beklagten Partei, dass eine Schlussrechnung vereinbarungsgemäß nicht gelegt und Teilleistungen nicht nur vorläufig, sondern endgültig abgerechnet werden sollten, weshalb der (restliche) Werklohn verwirkt wäre, ergebe sich nicht aus dem Vertrag vom 22.12.2004, da die darin vereinbarte „Übermittlung von Teilhonoraren“ bloß im Sinne der Legung von Teilrechnungen zu verstehen sei.

Eine Verjährung der Forderungen aus den von der klagenden Partei vereinbarungsgemäß erbrachten Zusatzleistungen sei ebenfalls nicht eingetreten. Auch wenn die klagende Partei über die Zusatzleistung „E-Fachplaner“ in der „von der beklagten Partei nicht bezahlten“ Rechnung vom 28.2.2006, die sie neuerlich in die Teilrechnung vom 16.3.2009 und schließlich in die Schlussrechnung vom 8.5.2009 aufgenommen habe, einen Betrag von 20.000 EUR nicht nur „vorläufig“ sondern „endgültig“ in Rechnung gestellt habe, sei diese Zusatzleistung doch sehr eng mit der im Architektenwerkvertrag

vom 22.12.2004 beauftragten einheitlichen Gesamtleistung verknüpft. Angesichts dieser besonderen Nahebeziehung zwischen dem ursprünglich vereinbarten Werk und dieser später beauftragten Zusatzleistung habe die dreijährige Verjährungsfrist nicht bereits mit der (ersten) Rechnungslegung am 28.2.2006 bzw deren Fälligkeit oder mit dem Zeitpunkt, zu dem die klagende Partei erkennen konnte, dass die beklagte Partei die Zahlung dieses Rechnungsbetrags (dauerhaft) verweigere, sondern erst mit der Fälligkeit der Schlussrechnung begonnen. Umso weniger sei die Geltendmachung der Honorare aus jenen beiden Zusatzleistungen „Umplanung Fachmarkt“ und „E-Bauleitung“ verjährte, für die gar keine gesonderte Rechnung gestellt worden sei, sondern die (erst) in die Teilrechnung vom 16.3.2009 und in die Schlussrechnung vom 8.5.2009 Aufnahme gefunden hätten. Auch die Honorare für diese beiden ebenfalls in besonderer Nahebeziehung zum ursprünglich vereinbarten Werk stehenden Zusatzleistungen seien erst mit der Vollendung des mit dem Architektenwerkvertrag vom 22.12.2004 in Auftrag gegebenen Gesamtwerks fällig geworden und der Beginn der Verjährungsfrist sei daher erst mit der Fälligkeit der Schlussrechnung anzusetzen. Es seien somit auch alle Entgelte für die Zusatzleistungen nicht verjährte.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil der Ansicht von *Lessiak*, ZVB 2009/92, folgend auch der Standpunkt vertreten werden könnte, dass die tatsächliche Rechnungslegung über die Zusatzleistung „E-Fachplaner“ am 28.2.2006 über 20.000 EUR deren Fälligkeit ausgelöst habe und diese Forderung damit einer gesonderten Verjährung unterliege.

Die Entscheidung des OGH

Die Revision der klagenden Partei ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig, aber nicht berechtigt.

Die beklagte Partei macht im Wesentlichen geltend, das mit der Klage geltend gemachte „Gesamthonorar“ sei verjährte. Auf den gegenständlichen Architektenwerkvertrag sei die Bestimmung des § 1170 Satz 2 ABGB anzuwenden, da die Errichtung des Werks „in gewissen Abteilungen“ vereinbart worden sei. Die im Vertrag genau festgelegten Teilleistungen („Abteilungen“) seien von der klagenden Partei vereinbarungsgemäß mit Teilrechnungen nicht nur vorläufig, sondern endgültig abgerechnet worden (Teilschlussrechnung). Die Legung einer Schlussrechnung sei nicht vorgesehen gewesen. Die Fälligkeit des „Gesamthonorars“ sei jedenfalls mit der Erteilung der Benützungsgenehmigung am 11.5.2006 eingetreten. Auch die festgestellten „Zusatzleistungen“, die außerhalb des Architektenwerkvertrags (Zusatzleistung „E-

Fachplaner“, Zusatzleistung „Umplanung Fachmarkt“ und Zusatzleistung „E-Bauleitung“) erbracht worden seien, seien verjährt. Die Zusatzleistung „E-Fachplaner“ sei bereits mit Rechnung vom 28.2.2006 in Rechnung gestellt worden und daher bei Klagseinbringung am 1.7.2009 bereits selbständig verjährt gewesen. Gleiches gelte für die beiden anderen Zusatzleistungen, die bereits vor Erteilung der Benützungsgenehmigung am 11.5.2006 vorgenommen worden und deshalb am 1.7.2009 ebenfalls bereits verjährt gewesen seien. Es bestehe kein Grund dafür, den Beginn der Verjährung für solche Forderungen auf einen späteren Zeitpunkt – allenfalls die Fälligkeit der Schlussrechnung – zu verschieben.

Diesen Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten:

1. Gemäß § 1170 ABGB ist das Entgelt in der Regel nach vollendetem Werk zu entrichten. Wird aber das Werk in gewissen Abteilungen verrichtet oder sind Auslagen damit verbunden, die der Unternehmer nicht auf sich genommen hat, so ist dieser befugt, einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vorher zu fordern.

1.1 In der Regel wird das Entgelt somit mit Fertigstellung des Werks fällig. Davon wird bei Werken größeren Umfangs (zB Bauwerken) durch Vereinbarung von periodischen Vorauszahlungen oder Teilzahlungen nach Baufortschritt häufig abgegangen (*Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1170 Rz 6; *M. Bydlinski* in *KBB³ § 1170 Rz 1*). Eine Modifikation der Fälligkeit sieht § 1170 zweiter Satz ABGB vor, wenn das Werk „in gewissen Abteilungen“ verrichtet wird. Der Unternehmer kann einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts vor Vollendung des gesamten Werks fordern, und zwar jeweils nach Vollendung des Teilwerks. Wann in diesem Sinn ein Werk „in gewissen Abteilungen“ vorliegt, entscheiden der Parteiwille und die Übung des redlichen Verkehrs. Die Berechnung des Entgelts nach Arbeitsstunden oder sonstigen Einheiten rechtfertigt die Annahme eines Werks in Abteilungen nicht; es kann in diesem Fall dennoch eine als Einheit zu bewertende Gesamtleistung vereinbart sein. Wohl aber kann ein Werk in Abteilungen dann vorliegen, wenn der einzelne Teil als selbständiges Werk angesehen werden kann. Dies kann zB der Fall sein, wenn sich die längere Tätigkeit eines Anwalts für seinen Klienten auf verschiedene, sachlich nicht zusammengehörige Rechtsangelegenheiten bezieht (*Rebhahn* in *Schwimann*, ABGB³ § 1170 Rz 11; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1170 Rz 12 f; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1170 Rz 9; *M. Bydlinski* in *KBB³ § 1170 Rz 4* jeweils mwN; RIS-Justiz RS0021979). Eine getrennte Verrechnung liegt daher auch dann nahe, wenn die Werkerstellung in Etappen durchgeführt wird, die jede für sich für den Besteller sinnvoll ist (*Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1170 Rz 9).

1.2 In diesem Sinne wurde in der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (vgl 6 Ob 637/94) die Auffassung vertreten, dass trotz einheitlicher Vergabe der gesondert angebotenen und verrechneten Heizungs- und Sanitärinstallationen sowie der Spenglerarbeiten am Dach des Hauses mangels abweichender Vereinbarung eine Mehrheit von Werken herzustellen war, weil es sich bei den Heizungs- und Sanitärinstallationen einerseits und den Spenglerarbeiten am Dach eines Hauses andererseits um voneinander unabhängige Werke handelt. Dem gegenüber war das im Fall der Entscheidung 2 Ob 36/04i zu beurteilende Werk (Errichtung zweier Wohnungen) nach der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung nicht „in gewissen Abteilungen“ zu verrichten, weil die Zahlungen der Teilrechnungen (lediglich) nach prozentuellem Baufortschritt vereinbart wurden. Die vereinbarungsgemäß nach Maßgabe des prozentuellen Baufortschritts gelegten Teilrechnungen waren nicht Rechnungen über „gewisse Abteilungen“ iSd § 1170 ABGB, sondern eine Art vertraglich vereinbarter Akontozahlungen auf den Werklohn. Auch in der Entscheidung 7 Ob 183/08z wurde im Fall eines Zahlungsplans, der – anders als in der Entscheidung 2 Ob 36/04i – nicht „eine schematische Auszahlung nach prozentuellen Baufortschritten“ vorsah, sondern mit den damit korrespondierenden Teilrechnungen auf nur mit allgemeinen Schlagworten umschriebene „Gewerke“ als chronologisch abfolgende Teilphasen der Bauabwicklung abstellte, die Ansicht des Berufungsgerichts, von den Streitteilen sei keine Werkerrichtung „in gewissen Abteilungen“ iSd § 1170 zweiter Satz ABGB, sondern die Leistung von Vorschüssen vereinbart worden, nicht beanstandet, da es sich dabei ganz offenbar nicht um voneinander unabhängige einzelne „Gewerke“ sondern um aufeinander aufbauende Teilleistungen bei der Errichtung des gesamten Bauvorhabens handelte.

2. Die Ansprüche des Werkunternehmers verjähren nach § 1486 Z 1 ABGB innerhalb von drei Jahren. Bei vereinbartem Pauschallohn beginnt die Verjährung mit Vollendung (Übernahme) des Werks zu laufen; eine gesonderte Rechnungslegung ist nicht erforderlich (vgl RIS-Justiz RS0112186). Wenn die Ermittlung des Entgeltanspruchs nach der Natur des Geschäfts und den Umständen des Falls hingegen eine genaue Abrechnung der erbrachten Leistungen und aufgewendeten Kosten voraussetzt, ist die Fälligkeit des Entgelts mit der ordnungsgemäßen Rechnungslegung verknüpft (RIS-Justiz RS0017592). Das Architektenhonorar ist grundsätzlich erst nach Erbringung aller vertraglichen Leistungen zu entrichten (vgl RIS-Justiz RS0021384).

3. Es wurde bereits dargelegt, dass von der Rechtsprechung Zahlungen nach prozentuellem Baufortschritt als vertraglich vereinbarte Akontozahlungen behandelt werden, welche die Fälligkeit und damit die Verjährung

des Werklohns nicht berühren. Teilzahlungen auf den Werklohn vor der Fertigstellung des Werks, die nicht bestimmte Teilleistungen abgelten sollen, sind somit als Vorschuss zu qualifizieren. Daher kommt auch eine gesonderte Verjährung der Teilrechnungen nur insoweit in Betracht, als der Unternehmer durch Zeitablauf den Anspruch auf Abschlagszahlungen verliert. Der Unternehmer verliert dadurch aber nicht seinen Anspruch auf den erst nach Werkvollendung fälligen Werklohn. Auch verjährte Teilrechnungen können daher in die Schlussrechnung aufgenommen und innerhalb der für diese geltenden Verjährungsfrist geltend gemacht werden. Insoweit kommt eine gesonderte Verjährung der Teilrechnungen nicht in Betracht (*Rebhahn* in Schwimann, ABGB³ § 1170 ABGB Rz 12; *Kletečka* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1170 Rz 6; 2 Ob 36/04i = RIS-Justiz RS0118840).

4. Ausgehend von den darlegten Grundsätzen haben die Parteien nach zutreffender Rechtsansicht des Berufungsgerichts keine Werkerrichtung „in gewissen Abteilungen“ iSd § 1170 zweiter Satz ABGB vereinbart, weil die Zahlung der Teilrechnungen (lediglich) nach prozentuellem Baufortschritt vereinbart wurde. Bei der Verrechnung der einzelnen Teilleistungen nach prozentuellem Baufortschritt handelt es sich nicht um die Verrechnung einzelner voneinander unabhängiger Leistungen, sondern um die Verrechnung aufeinander aufbauender Teilleistungen im Rahmen des gesamten Bauprojekts (vgl 7 Ob 183/08z). Bei den von der klagenden Partei vereinbarungsgemäß nach Maßgabe des prozentuellen Baufortschritts gelegten Teilrechnungen handelt es sich somit um eine Art vertraglich vereinbarter Akontozahlungen auf den Werklohn, welche die Fälligkeit und damit die Verjährung des Werklohns nicht berühren (vgl 2 Ob 36/04i). Bei Abschlagszahlungen, die nur ein Akonto bzw einen Vorschuss auf das Schlussrechnungs-Entgelt darstellen, beginnt die Verjährung der Forderung, die in der Abschlagsregelung geltend gemacht wird, erst mit der Fälligkeit des Werklohns bzw der Schlussrechnung (und nicht schon ab Fälligkeit der Abschlagsrechnung). Dass ausgehend von dieser Rechtsansicht bei einer Vollendung des Werks nach den Feststellungen im Dezember 2008 die dreijährige Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Einbringung der Klage am 1.7.2009 noch nicht abgelaufen war, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend erkannt. Der auf das zwischen den Parteien vereinbarte Gesamthonorar gestützte Klagsbetrag von 125.580 EUR ist daher nicht verjährt.

5. Hinsichtlich der Honorierung der von der beklagten Partei in Auftrag gegebenen Zusatzleistungen ist nicht strittig, dass diese vom Pauschalhonorar nicht umfassten Zusatzleistungen mit einem angemessenen Entgelt gesondert zu vergüten sind (vgl *Krejci* in Rummel, ABGB³ §§ 1165, 1166 Rz 103; EvBl 1997/200). Strittig

ist lediglich die Frage, wann der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist für das Entgelt für diese Zusatzleistungen begonnen hat.

5.1 Wie bereits das Berufungsgericht ausgeführt hat, vertritt *Lessiak* (Verjährungsgefahr vor Legung der Schlussrechnung? ZVB 2009/92, 337) im Zusammenhang mit der Verrechnung von Zusatzaufträgen im Lauf eines Projekts mit jenem Betrag, der weder bloß „vorläufig“ noch erst mit der Schlussrechnung „endgültig“ abgerechnet werden soll, sondern der bereits in der Teilrechnung mit jenem Betrag, den der Auftragnehmer dafür endgültig in Rechnung stellen will, verrechnet wird, die Auffassung, dass die Verjährung (bereits) mit dem Zeitpunkt zu laufen beginne, in dem der Auftragnehmer erkennen konnte, dass sich der Auftraggeber weigere, diese Forderung zu bezahlen. Seien solche Mehrkostenforderungen in einer Teilrechnung bereits so hinreichend bestimmt und endgültig, dass sie bei Nichtzahlung durch den Auftraggeber vom Auftragnehmer eingeklagt werden könnten, bestehe kein Grund, den Beginn der Verjährungsfrist für solche Forderungen auf einen späteren Zeitpunkt, nämlich die Fälligkeit der Schlussrechnung, zu verschieben.

5.2 Dem gegenüber vertritt *Gölles* (Rechnungslegung beim Bauvertrag, ZVB 2010/47) auf der Grundlage der Entscheidung 2 Ob 36/04i sowohl für den Einheitspreis als auch für den Pauschalpreisvertrag die Auffassung, dass die Verjährung einer Mehrkostenforderung nicht bereits ab der Fälligkeit der Abschlagsrechnung, sondern erst mit der Abrechnung der „Gesamtleistung“ zu laufen beginne. Eine selbständige Verjährung der Entgeltforderung für eine (bloße) „Teilleistung“ werde nur in Frage kommen, wenn bei einem bestehenden Bauvertrag eine „Extra-Leistung angehängt und zusätzlich“ beauftragt werde, zumal für eine solche „Extra-Leistung“ der Auftragnehmer berechtigt sein werde, eine Teilübernahme zu begehren und eine Teilschlussrechnung zu legen.

6. Im konkreten Fall stellen die Zusatzleistungen Leistungsänderungen im Rahmen des Architektenwerkvertrags dar, die vom darin vorgesehenen Gesamthonorar nicht umfasst sind. Ein gesonderter Fälligkeitszeitpunkt für die Honorierung der Zusatzleistungen wurde nicht vereinbart. Die Zusatzleistungen wurden im Rahmen des Architektenwerkvertrags erbracht. Sie waren sehr eng mit der im Architektenwerkvertrag vom 22.12.2004 beauftragten einheitlichen Gesamtleistung verknüpft und stellen keinen selbständigen wirtschaftlichen Wert für die beklagte Partei dar. Sie wurden notwendig, weil sich nach Ausführungsbeginn des ursprünglich beauftragten Werks herausstellte, dass anstelle von fünf oder sechs Mietern bloß ein Mieter in die Fachmarktzeile der Baustufe III einziehen werde. Angesichts dieser besonders engen Nahebeziehung zwischen dem ursprünglich vereinbarten Werk und diesen später beauftragten Zu-

satzleistungen kann nach dem Parteiwillen und der Übung des redlichen Verkehrs nicht vom Vorliegen selbständiger Teilleistungen, die einer gesonderten Verjährungsfrist unterliegen, ausgegangen werden. Bei den Zusatzleistungen handelt es sich auch nicht um selbständige Werkverträge oder auch nur um „Abteilungen“ des ursprünglichen Werks iSd § 1170 Satz 2 ABGB, für welche das Gesetz die Möglichkeit einer gesonderten Fälligkeit und somit Verjährung vorsieht.

7. Das Berufungsgericht ist daher mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die dreijährige Verjährungsfrist auch für die Zusatzleistung (E-Fachplaner) nicht bereits mit der (ersten) Rechnungslegung am 28.2.2006 bzw

deren Fälligkeit oder mit dem Zeitpunkt, zu dem die klagende Partei erkennen konnte, dass die beklagte Partei die Zahlung dieser Rechnung verweigerte, sondern erst mit der Fälligkeit der Schlussrechnung zu laufen begonnen hat. Dies gilt in gleicher Weise auch für die Geltendmachung der Honorare aus jenen beiden Zusatzleistungen „Umplanung Fachmarkt“ und „E-Bauleitung“, für die gar keine gesonderte Rechnung gestellt wurde, sondern die (erst) in die Teilrechnung vom 16.3.2009 und in die Schlussrechnung vom 8.5.2009 Aufnahme gefunden haben. Es ist daher auch der auf die Honorierung der Zusatzleistungen gestützte Teil des Klagebegehrens nicht verjährt.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Bei Bauvorhaben ist es die Regel: Irgendetwas ändert sich immer! In der Praxis wird dies zwar – wohl mangels Problembewusstsein aufgrund juristischer Unkenntnis – kaum jemals thematisiert, doch ist zu fragen, ob der ursprüngliche Vertrag bloß angepasst wird („Schuldänderung“ gemäß § 1379 ABGB) oder ob eine Novation vorliegt oder ob überhaupt separate und prinzipiell von einander unabhängige Verträge bestehen.

Die Beantwortung der Frage ist für eine Vielzahl von Aspekten von Bedeutung (im Detail dazu *Wenusch* Der Werkbegriff im Bauwesen in diesem Heft):

- Gelten einzelne Bestandteile (zB die ÖNORMen) des ursprünglichen Vertrags überhaupt noch?
- Gilt die Rechtslage des ursprünglichen Vertrags auch noch für später hinzu gekommene bzw geänderte Leistungen?
- Ist ein „zusätzliches Entgelt“ nach § 1168 oder § 1151 ABGB zu bemessen?
- Besteht ein Zurückbehaltungsrecht des WB für Leistungen aus dem ursprünglichen Vertrag, wenn später hinzu gekommene bzw geänderte Leistungen mangelhaft sind?
- Wie weit reicht ein Rücktritt wegen Verzuges?
- Wie wirken Schadenersatzbegrenzungen?
- Wie wirken sich Verfristungsbestimmungen des ursprünglichen Vertrages auf später hinzu gekommene Leistungen aus?

- Wie weit reicht die Deckung von Sicherheiten?
- Wie ist eine Sicherstellung gemäß § 1170b ABGB zu bemessen?
- Wann beginnen – wie in der hier besprochenen Entscheidung problematisiert – Gewährleistungs- und Schadenersatzpflichten?

Die Abgrenzung, ob bloß ein Vertrag vorliegt, der nach dem ursprünglichen Abschluss geändert wurde, oder ob mehrere separate Verträge vorliegen, ist mitunter schwer auszumachen: In OGH 20.12.2000, 3 Ob 283/00i hat der Bauherr eines Einkaufszentrums beim Bauunternehmer später noch die Herstellung von Außenanlagen bestellt. Obwohl die Bauarbeiten für eine gewisse Zeit parallel ausgeführt wurden, und auch für die Außenanlagen das ursprüngliche Leistungsverzeichnis gelten sollte, gemeinsam Massen aufgenommen und abgerechnet wurden und für beides die selbe „Vertragsnummer“ verwendet wurde, wurde judiziert, dass wegen Mängeln des Einkaufszentrums kein Recht des Bauherrn besteht, dass Entgelt für die Außenanlagen zurückzuhalten, weil es sich eben um unterschiedliche Verträge gehandelt hat.

Es bleibt wohl eine Einzelfallentscheidung, wann von einer so „besonders engen Nahebeziehung zwischen dem ursprünglich vereinbarten Werk und später vereinbarten Zusatzleistungen“ auszugehen ist, dass zB eine einheitliche Verjährungsfrist gegeben ist.