

ZH_OBERGERICHT LB140086 vom 27. Februar 2015

ZH Obergericht, 2015-02-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140086

FR: ZH_OBERGERICHT LB140086 du 27 février 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LB140086 del 27 febbraio 2015

Volltext

Art. 367 Abs. 1 OR, Art. 154, 157 ff. SIA Norm 118, Ablieferung des Werkes, Prüfung der Vollständigkeit. Der Unternehmer muss (nur) behaupten, dass er vollständig abgeliefert hat; der Besteller kann dann behaupten und muss es im Bestreitungsfall beweisen, dass das Abgelieferte mangelhaft war (E. 3.1). Art. 55 Abs. 1 ZPO, vollständige Behauptungen der Parteien in den Rechtschriften. In einem komplexen Fall kann es die Rechtschriften unlesbar machen, alle möglicherweise wesentlichen Behauptungen wiederzugeben; eine Verweisung auf Beilagen dient dann der Lesbarkeit (E. 3.1). Art. 120 Abs. 1 OR, mehrfache Verrechnung mit der selben Forderung? Eventuell kann eine Forderung mehrfach zur Verrechnung gestellt werden. Prozessuale Probleme, Unzulässigkeit der Verrechnung im konkreten Fall (E. 3.2). Die Parteien liegen im Streit über zwei grössere Bauvorhaben, welche die Klägerin auf Bestellung der Beklagten ausführte: "A" (Arbeiten an einem Parkhaus) und "B" (eine Sportanlage). Zu den schriftlichen Werkverträgen haben sie viele dutzende "Nachträge" vereinbart - ob das geschah, weil die Vorhaben so ungewöhnlich komplex waren, oder weil die Verträge unsorgfältig redigiert wurden, bleibt offen. Im vorliegenden Fall klagt die Unternehmerin den aus ihrer Sicht bestehenden Rest des Werklohns für das Projekt "A" ein. (aus dem Urteil des Obergerichts:) 3.1 Die Beklagte bestritt vor Bezirksgericht generell alle der 68 Nachträge zum Werkvertrag, auf welche sich die Klägerin in der Klage berufen hatte und nahm zu Forderungen der Klägerin für einzelne Nachträge nur Stellung mit der repetitiven Anmerkung "zum (angeblichen) Nachtrag ...". Die genehmigten Nachtragsofferten sind allerdings mit den Stempeln "... [Bestellerin]" sowie "für die Bauherrschaft: "... [Projektleiter]" versehen und augenscheinlich von der selben Person unterzeichnet, welche als "X, Projektleitung" den Werkvertrag unterschrieben hatte. Die pauschale Bestreitung erfolgte mutwillig und wird in der Berufung auch nicht wieder aufgenommen; mit dem Argument, die Rechnungsstellung sei ungenügend erfolgt und sie könne nicht kontrollieren, ob die vereinbarten Leistungen denn auch erbracht worden seien, anerkennt die Beklagte nun implizit, dass die Zusätze vereinbart worden sind.

In der Klageantwort, auf welche sich die Beklagte in der Berufung bezieht, hatte die Beklagte ausgeführt, die Klägerin habe nach der SIA-Norm 118 einen allfälligen Anspruch auf zusätzliche Vergütungen verwirkt. Die Geltung der SIA-Norm 118 ist unstreitig vereinbart worden (Werkvertrag Ziff. 3.2). Sie bestimmt in Art. 153 Abs. 3, dass der Unternehmer seiner Schlussabrechnung eine Zusammenstellung beifügt, welche einen Überblick gibt über sämtliche gestellten Rechnungen einschliesslich der Schlussabrechnung, sowie über die erhaltenen und die ausstehenden Zahlungen des Bestellers. Bringt der Unternehmer in dieser Zusammenstellung keinen Vorbehalt an, wird das als Verzicht auf alle Leistungen gewertet, die er bis dann nicht in Rechnung gestellt hat, mit Ausnahme von Zinsen (Art. 156 SIA-Norm 118). Das Bezirksgericht hat dazu ausgeführt, die Schlussrechnung der Klägerin enthalte die nämlichen Positionen und

komme rechnerisch präzise auf die nämliche Forderung wie mit der Klage geltend gemacht – es gebe daher keine in der Schlussrechnung noch nicht enthaltenen Positionen, welche im Sinne von Art. 156 SIA-Norm 118 verwirkt sein könnten. Das ist zwar, wie die Beklagte moniert, eine knappe Begründung. Mehr lässt sich dazu aber auch nicht sagen, und es ist zutreffend. Die Beklagte bringt in ihrer sehr umfangreichen Berufung so weit erkennbar nichts vor, das zu einer anderen Beurteilung führen würde. Eine Verwirkung ist nicht eingetreten. Die Beklagte macht geltend, auch wenn es Nachträge zum Werkvertrag gebe, sei jedenfalls keine Vergütung fällig, weil die Klägerin ihr die entsprechenden Rechnungen (noch) nicht korrekt eingereicht habe. Sie beruft sich dafür insbesondere auf Art. 154 SIA-Norm 188 und auf Art. 7.2 des Werkvertrages und macht in der Sache geltend, es sei ihr "schlicht nicht möglich [gewesen], Art und Umfang der von der Klägerin erbrachten Leistungen zu überprüfen". Sie verweist dafür auf ein anderes Projekt, über das die Parteien ein Streit verbindet (...). Dort sei es ihr (der Beklagten) bei der Bauabnahme nicht möglich gewesen, die vollständige Leistungserbringung zu prüfen. Erst aufgrund jener Schlussrechnung habe sich ergeben, dass die Unternehmerin einige Leistungen überhaupt nicht erbracht hatte. Das Auflisten einzelner (Pauschal-)Preise nütze nichts, denn diese Preise seien nur geschuldet, wenn die Leistung erbracht wurde; anders gesagt, sei nur der Preis pauschaliert, und nicht die Leistung. Das liege sowohl der Regelung in der SIA-Norm 188 als auch der vertraglichen Bestimmung zugrunde. Dass nur der Preis pauschaliert ist, und nicht die Leistung, wird immer wieder gesagt, hat aber eigentlich keinen Erkenntniswert, denn es ist nicht zu erkennen, worin eine "pauschalierte" Leistung bestehen könnte. Die Leistung (das zu erstellende Werk) muss ausreichend definiert sein – ist sie es nicht, fehlt es an einem essentielle und ist der Werkvertrag nicht gültig zustande gekommen (Art. 2 Abs. 1 OR). Vorbehalten ist dabei die Auswahl des Schuldners unter mehreren Leistungsvarianten, wobei die erstellte nicht "unter mittlerer Qualität" liegen darf (Art. 71 OR), was impliziert, dass Selbstverständlichkeiten, etwa dass ein Fenster klar-durchsichtig oder ein Flachdach wasserdicht sein muss, nicht explizit vereinbart sein müssen. Die Kontrolle, ob das Vereinbarte erstellt und geliefert wurde, erfolgt aber entgegen der Auffassung der Beklagten nicht im Rahmen der Schlussrechnung, sondern bei der Abgabe/Abnahme des erstellten Bauwerkes, welche typischerweise vor dem Erstellen der Schlussrechnung stattfindet (Art. 157 ff. und Art. 154 SIA-Norm 188; die Parteien haben das zudem auch ausdrücklich vereinbart in Art. 7.2 des Vertrages vom Oktober 2007: die Schlussrechnung ist innert vier Monaten nach Bauabnahme zu erstellen). Die Abnahme kann bei einem grossen und komplexen Bau durchaus langwierig und anspruchsvoll sein. Im vorliegenden Fall haben die Parteien allerdings wie oben dargestellt am 19. Dezember 2008 einvernehmlich die "Abnahme mit unwesentlichen Mängeln" dokumentiert, ohne dass die Beklagte einen Vorbehalt angebracht hätte. Die Beklagte macht nicht geltend, jene "unwesentlichen Mängel" (die wie gesehen auch einzelne Fertigstellungs-Arbeiten umfassten, also teilweise keine Mängel im eigentlichen Sinne waren), seien nicht behoben worden. Also ist sie dabei zu behaften, dass sie das Werk in allen Teilen so erhalten hat, wie sie es (mit dem ursprünglichen Vertrag und den diversen Nachträgen) bestellt hatte. Es bleibt kein Raum für eine Feststellung, die Klägerin habe nicht alle bestellten Leistungen erbracht. Die Beklagte beruft sich für ihre Auffassung auf die SIA-Norm 118 und auf den Vertrag unter den Parteien.

Art. 154 SIA-Norm 118 bestimmt, dass die Schlussrechnung innert zweier Monate nach der Abnahme "in üblicher Form" zu erstellen ist. Der von der Beklagten zitierte Kommentar

erläutert dazu, dass der Rechnung insbesondere die Ausmassurkunden beizufügen sind (Kommentar SIA-Norm 118-Schumacher, Art. 154 N. 9). Das ist sinnvoll und nötig bei der Abrechnung nach Einheitspreisen oder überhaupt nach Aufwand; der Verweis an der zitierten Kommentarstelle bezieht sich denn auch auf Art. 142 SIA-Norm 118, welcher seinerseits im Kapitel "Ausmass bei Arbeiten zu Einheitspreisen" steht. Im Rahmen eines Vertrages mit zum Voraus bestimmter fester Vergütung gilt das gerade nicht, weil es jedenfalls grundsätzlich nicht auf den Aufwand des Unternehmers ankommt (Art. 373 OR und Art. 40 f. SIA-Norm 118). Dass die Rechnung "nach dem Leistungsverzeichnis" zu gliedern sei, wird ausdrücklich nur für den Einheitspreisvertrag verlangt (Schumacher a.a.O.). In diesem Sinn hat es das Bezirksgericht zutreffend beurteilt: der Nachtrag 14 sah eine Abrechnung nach Aufwand vor, aber mit der Schlussrechnung legte die Klägerin (noch) keine detaillierte Aufstellung über diesen Aufwand vor. Da sie die entsprechende Darstellung mit der letzten ordentlichen Rechtsschrift (bis zum so genannten "Aktenschluss" des neuen Prozessrechts) nicht vorgelegt hatte, betrachtete das Bezirksgericht das nachträgliche Vorbringen als prozessual verspätet, liess die entsprechenden Behauptungen nicht zu und korrigierte die Rechnung um diese Position. Die Beklagte beanstandet das zwar in der Berufung (sie macht an sich richtig geltend, wenn eine Position auf Abrechnung vereinbart werde, sei mangels Abrechnung jedenfalls einstweilen gar nichts geschuldet, auch nicht der ursprünglich geschätzte Preis); sie übergeht aber, dass sie in der Duplik ausdrücklich erklärt hatte, "eventualiter wäre der behauptete Anspruch der Klägerin zumindest auf Fr. 35'543.40 zu reduzieren". Dieser Betrag ist der bei der Vergabe geschätzte Preis. Darauf durfte und musste die Beklagte behaftet werden (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Nach der SIA-Norm 118 war das Vorgehen zum Nachtrag 14 eben so richtig, wie dass das Bezirksgericht bei den zu Pauschalpreisen offerierten Nachträgen keinen Mangel der Schlussrechnung erkannte. Die Beklagte steht weiter auf dem Standpunkt, die Parteien hätten die Regelung der SIA-Norm 118 zudem im Vertrag präzisiert. Dazu verweist sie auf des-

sen Art. 7.2, der lautet: 1Die Schlussabrechnung hat im Detaillierungsgrad der von der GU eingereichten Offerte zu entsprechen. 2Die Schlussabrechnung ist innert 4 (vier) Monaten nach Abnahme des Bauwerks vorzulegen und von der BH innert weiteren 2 (zwei) Monaten zu prüfen. Was die Parteien darunter übereinstimmend verstanden, ginge dem objektiven Verständnis vor (Art. 18 Abs. 1 OR). So weit ersichtlich, berief sich die Beklagte in erster Instanz nicht auf einen solchen übereinstimmenden Willen. In der Berufung beanstandet sie nicht, dass über eine entsprechende Behauptung kein Beweis abgenommen worden sei, und mit dem erstmaligen Behaupten wäre sie hier ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Inhalt der Klausel ist daher nach dem Verständnis vernünftiger und korrekter Vertragspartner und nach Treu und Glauben zu ermitteln. Der "Detaillierungsgrad der von der GU eingereichten Offerte" ist ohne Schwierigkeiten verständlich für Arbeiten, welche auf Abrechnung zu erstellen sind: wenn bestimmte Arbeiten zu Einheitspreisen zu erbringen sind, hat die Rechnung nach diesen Einheitspreisen aufgegliedert die erbrachten Mengen zu nennen. Das erlaubt die Kontrolle der Rechnung, und es hat auch einen zusätzlichen Erkenntniswert gegenüber der Abnahme des Werkes. Wenn etwa vereinbart ist, bestimmte Böden zu Fr. x/m² mit einem bestimmten Belag zu versehen, kann das im Sinne von Art. 157 SIA-Norm 118 abgenommen werden, auch wenn die effektive Fläche noch nicht ausgemessen ist: der Besteller kann auch ohne das prüfen, ob der Belag alle Flächen deckt, und ob er die verlangte Qualität hat. Der zu zahlende Betrag ergibt sich erst später und unabhängig davon aus dem Ausmass multipliziert mit dem Einheitspreis.

Ausmasse haben für die Vergütung eines pauschal vergebenen Werkes oder Werk-Teiles keine Bedeutung. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, welche Subunternehmer welche Arbeiten beigetragen haben. Das mag für den Besteller von Interesse gewesen sein beim Entscheid, ob er den offerierten Pauschalpreis annehmen solle. Ist das Werk aber erstellt und abgenommen, gibt es keinen Spielraum mehr, weniger als den vereinbarten Pauschalpreis zu zahlen. Von da her ist nicht recht zu sehen, was die Bestimmung im Vertrag der Parteien im Bereich der Pauschalvergaben für einen

Sinn hat. Nach Treu und Glauben ist die Klausel daher für diese Teile des Werkvertrags nicht so zu verstehen, dass der Unternehmer mehr Angaben liefern müsste als die Angabe des erstellten Werk-Teils. Will die Beklagte mehr, verlangt sie im Grunde, dass die Klägerin die Unterlagen, die sie seinerzeit bei den Vertragsverhandlungen der Beklagten vorlegte ("Detaillierungsgrad der ... eingereichten Offerte") und welche diese also selber in Besitz hat, noch einmal kopiere. Daran hat sie kein schützenswertes Interesse. Die Beklagte verweist darauf, sie habe in einem anderen Fall erst bei der Kontrolle der Schlussrechnung erkannt, dass bestimmte Teile des Werkes überhaupt nicht ausgeführt wurden. Das mag zutreffen. Wenn die Unternehmerin darauf einging, dann aber aus freien Stücken, und vielleicht im Hinblick auf eine weitere Zusammenarbeit mit der Bestellerin. Nach der formrichtigen Abnahme ist die Bestellerin mit dem Einwand ausgeschlossen, das Werk sei gar nicht vollständig erstellt worden: das kann also nicht mehr Thema der Abrechnung sein. Und wie bereits ausgeführt, kommt es beim Pauschalvertrag gerade nicht auf den Aufwand an, der für das Herstellen des vertragsgemässen Ergebnisses nötig war (Art. 371 OR). Mit diesem Einwand dringt die Beklagte demnach nicht durch. Weiter (und eventuell) argumentiert die Beklagte, die Klägerin habe die verlangten Beträge nicht nur zu wenig spezifiziert, sondern die Nachträge in ihrer Schlussrechnung überhaupt nicht substantiiert. Die notwendigen Substantzierungen müssten in den Rechtsschriften selber erfolgen, und es reiche nach der Praxis nicht, dass sie sich in Anhängen und Beilagen finden. – In der Klage hatte sich die Klägerin noch auf ein Minimum beschränkt und die zahlreichen Nachträge nur pauschal erwähnt. Wenn die Beklagte dagegen keine Einwände erhoben hätte, wäre das als unbestrittene Behauptung für ein peremptorisches Urteil gleichwohl ausreichend gewesen. Nachdem die Beklagte jegliche Nachträge zum ursprünglichen Werkvertrag bestritten hatte, führte die Klägerin in der Replik aus, der Projektleiter des Stadtrates für das ganze Vorhaben habe alle Nachträge persönlich visiert und kopierte in ihre Rechtsschrift als Beispiel den Nachtrag Nr. 65 hinein. Im Text der Replik findet sich so weit ersichtlich in der Tat kein expliziter Hinweis auf die zusammenfassende Abrechnung. Diese war der Replik beigelegt, und es waren die Nachträge mit ihren einzelnen Nummern sowie geordnet nach den

Gruppen "Bau", "Betrieb" und "Dritte" genannt. Die Nachträge selber füllen zwei weitere der Replik beigelegte Bundesordner. – Richtig ist, dass die Praxis auch der erkennenden Kammer grundsätzlich streng ist und verlangt, dass die Behauptungen der Parteien grundsätzlich in den Rechtsschriften selber aufgestellt werden und nicht in Beilagen zusammengesucht werden müssen. Dabei kommt es allerdings sehr auf den konkreten Fall an. Im einen der von der Beklagten angeführten Entscheide ging es um einen längeren Fernsehfilm, der nach Auffassung der klagenden Partei unzulässige Passagen enthalten sollte; die Kammer entschied, es müssten diese Passagen spezifiziert genannt werden (OGerZH LB120040); das ist mit der Situation im vorliegenden Prozess nicht vergleichbar. Im anderen Fall ging es um eine ganz pauschale Behauptung von zusätzlich benötigtem

Material, ohne dass dazu eine konkreten Arbeiten zugeordnete Vereinbarung jener Parteien behauptet wurde. Dass der Bauleiter die Verwendung der Materialien genehmigt haben sollte, genügt nicht (OGerZH LB140037). Auch das ist ein anderer als der heute zu beurteilende Fall. Was bei komplexen Streit-Verhältnissen in der Rechtsschrift selber stehen muss und was in Beilagen angefügt werden darf, hängt vom einzelnen Fall ab. Es ist nach Treu und Glauben zu beurteilen, was für eine Darstellung für die Gegenpartei zumutbar ist; keinesfalls darf das Risiko entstehen, dass der Gegner etwas Wichtiges übersieht, weil es in den Beilagen geradezu versteckt ist, und/oder weil er bei der Lektüre der Rechtsschrift keinen Anlass hat, die Beilagen zu konsultieren (OGerZH NE100005). In der Regel erleichtert das Trennen von Behauptungen und Beweisdokumenten die Lesbarkeit einer Rechtsschrift für Gegenpartei und Gericht. Schon bei einem mehrseitigen Vertrag ist das aber nur bedingt der Fall. Da ist es sinnvoller und für die Adressaten einfacher, in der Rechtsschrift die zentralen Bestimmungen zu zitieren und im Übrigen auf den Vertrag in der Beilage zu verweisen. So ging die Klägerin hier vor, und die Beklagte moniert es richtigerweise nicht. Die Unterlagen zu den Nachträgen füllen wie gesehen zwei Bundesordner. Das einkopiert in die Rechtsschriften hätte diese völlig unlesbar gemacht; dagegen dürfte sich die Beklagte mit Recht wehren. Die von der Klägerin hier gewählte Darstellung war für die Beklagte offenbar verständlich. Sie zitiert ausdrücklich die zusammengefasste Schlussabrechnung act. 36/34 Register 1 (etwa in der Duplik act. 52, Rz. 19).

Dass sie diese Rechnung erhalten hat, geht schon aus der vorprozessualen Korrespondenz hervor (etwa act. 4/23, Brief der Beklagten an die Klägerin). Sie nimmt auch Stellung zum Inhalt der Ordner act. 36/32 und /33, welche die Unterlagen zu den Nachträgen enthalten (act. 52 S. 3 - 12). Sie hat also sehr wohl erkannt, worauf sich die Klägerin stützt, und sie konnte dazu Stellung nehmen. Damit kann sie nicht mit Erfolg geltend machen, die Vorbringen der Klägerin seien nicht prozesskonform erfolgt und daher (gänzlich) unbeachtlich. Die Beklagte moniert endlich, die Klägerin habe nicht behauptet, sie habe die mit den Nachträgen vereinbarten Leistungen auch wirklich erbracht. Wer behauptet, er habe einen Werkvertrag mit Nachträgen abgeschlossen, das Werk sei vom Besteller abgenommen worden, und dazu eine Rechnung vorlegt, welche auf dem ursprünglichen Werkpreis und den für die Nachträge vereinbarten Preisen basiert, behauptet implizit, er habe auch die Arbeiten der Nachträge erbracht. Das wurde ja auch in der vorprozessualen Korrespondenz nicht bestritten (act. 4/17 - act. 4/23). Der Einwand der Beklagten ist haltlos, wie schon das Bezirksgericht zutreffend erkannt hat. Bis hierher ist demnach der vom Bezirksgericht gefundene Anspruch der Klägerin auf Fr. 252'543.05 (nebst dem unbestrittenen Zins) ausgewiesen. 3.2 Eventuell hält die Beklagte wie schon vor Bezirksgericht an der Einrede der Verrechnung fest. Sie bezieht sich auf ein Guthaben aus dem Bauvorhaben "B.", wie sie es bereits in der vorprozessualen Korrespondenz erklärt hatte: aus dem Nachtrag Nr. 16 (zum Werkvertrag "B.") habe sie einen Betrag von Fr. 996'439.17 geltend gemacht, den die Klägerin im Umfang von Fr. 892'436.35 anerkannt habe – und das stelle sie der Forderung der Klägerin (von damals Fr. 289'324.15, die auch in Weisung und Klageschrift noch erscheinen) eventualiter zur Verrechnung entgegen. Die Klägerin machte vor Bezirksgericht geltend, den behaupteten Anspruch in der Höhe von Fr. 996'439.17 habe die Beklagte bereits am 1. Dezember 2008 im Rahmen der Diskussionen um die Abrechnung "B." zur Verrechnung gebracht und könne ihn darum nicht mehr ein zweites Mal zur Verrechnung bringen. Und

dass der Beklagten überhaupt ein Guthaben zustehe, gelte nur aus ihrer Sicht: in Tat und Wahrheit schulde die Beklagte der Klägerin aus dem Projekt "B." fast Fr. 23 Mio. Diese Argumentation beruht auf einem Missverständnis. Die Beklagte stellte (und stellt) sich offenbar auf den Standpunkt, sie habe von der Klägerin im Rahmen des Projektes "B." aus bestimmten Gründen unter dem Titel "Nachtrag Nr. 16" Fr. 996'439.17 zu gut. Mit der Erklärung vom 1. Dezember 2008 anerkannte sie mehrere Guthaben der Klägerin: Fr. 430'400.-- und Fr. 45'192.-- (für ausstehende Abschlagszahlungen), sodann Fr. 310'213.82 ("Nachtrag Nr. 17"), und daraus errechnete sich eine Forderung von Fr. 210' 633.05. Ob die Klägerin glaubt, das sei nicht richtig, und in Wahrheit schulde ihr die Beklagte noch einen erheblichen Betrag aus dem Projekt "B.", ist hier (noch) nicht von Bedeutung. Wesentlich ist, dass die Erklärung der Beklagten ihre eigene (behauptete) Forderung nicht gänzlich, sondern nur im Betrag der anerkannten Gegenforderungen untergehen liess (Art. 120 Abs. 1 OR). Bis hierher könnte die Beklagte sich darauf berufen, sie stelle dem (...) Anspruch der Klägerin von Fr. 252'543.05 aus dem Projekt "A." ein (bestrittenes) Guthaben von noch Fr. 210' 633.05 aus dem Projekt "B." gegenüber – und der Bestand dieser Gegenforderung müsste geklärt werden. Nach Darstellung der Klägerin gibt es eine allgemeine Übung, dass öffentlich-rechtliche Bauherren und private Unternehmer gegenseitige Ansprüche aus verschiedenen Projekten nicht verrechnen. Allgemein bekannt ist das nicht. Wenn es darauf ankäme, müsste auch darüber Beweis erhoben werden. Im vorliegenden Prozess um das Projekt "A." behauptete die Beklagte neu und anders als in den erwähnten Papieren vom 1. Dezember 2008, aus dem Komplex Nachtrag 16 im Rahmen des Projektes "B." habe sie von der Klägerin Fr. 1'029'517.40 zugut (und nicht nur die am 1. Dezember 2008 noch genannten Fr. 996'439.17. Zudem stünden ihr im Rahmen des Nachtrages Nr. 17 des Projektes "B." weitere Fr. 1'097'813.90 zu (gegenüber dem Guthaben von Fr. 310'213.82, welches ihrer Rechnung vom 1. Dezember 2008 noch zugrunde gelegen hatte). Das Bezirksgericht hat dazu keine Beweise abgenommen. Es verweist darauf, dass die Parteien auch im Vertrag "B." die Anwendung der SIA-

Norm 118 vereinbart hatten. Deren Art. 153 sieht vor, dass der Unternehmer in der Schlussabrechnung den Saldo aus den einzelnen Teilen der Vergütung und den geleisteten Abschlagszahlungen bestimmt. Dieser Saldo kann auch zu Gunsten des Bauherrn lauten (Art. 155 Abs. 3 SIA-Norm 188; Schumacher op. cit. Art. 153 N. 9). Dieser Vorgang der Ermittlung eines Saldos ist eine Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR. Nach der subsidiären gesetzlichen Regelung bedarf es zur Verrechnung einer ausdrücklichen Erklärung, welche dann zurückwirkt (Art. 124 Abs. 1 und 2 OR). Nach der Regelung der SIA-Norm 118, welche die Parteien vertraglich anwendbar erklärt haben, erfolgt diese Verrechnungserklärung mit dem Aufstellen (und, so ist zu ergänzen: mit dem Übermitteln) der Schlussrechnung. Der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe nie ausdrücklich Verrechnung erklärt, ist daher nicht begründet. Es kommt entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht darauf an, welche einzelnen Forderungen der Parteien anerkannt oder bestritten sind. Auch eine bestrittene Forderung kann zur Verrechnung gestellt werden (Art. 120 Abs. 2 OR). Wenn die zur Verrechnung gebrachte Forderung bestritten ist, wird das nötigenfalls im Prozess geklärt, und das gilt auch für einzelne Positionen der Schlussabrechnung. Nach der vereinbarten Regelung der SIA-Norm 118 gehen aber die einzelnen Positionen der Schlussabrechnung (seien sie berechtigt oder nicht) mit dieser unter. Auch wenn es dafür wie bei jedem Abrechnungs-Saldo allenfalls der Diskussion einzelner Positionen bedarf, wird dann lediglich noch der Saldo bereinigt. Im Rahmen jener Bereinigung wird abgeklärt, welche Positionen berechtigt, teilweise

berechtigt oder unberechtigt sind, das ist aber nicht eine Frage der Zulässigkeit der Verrechnung an sich. Das Bezirksgericht hat richtig angenommen, die Beklagte könne wegen des vereinbarten Systems der Schlussabrechnung nicht mehr mit einzelnen Elementen verrechnen. Daher sind im vorliegenden Prozess weder einzelne zu Gunsten der Klägerin lautende Positionen der Schlussrechnung (welche die Beklagte bestreitet) aus dem Projekt "B." zu überprüfen, noch einzelne zu Gunsten der Beklagten lautende. Für die letzteren ist insbesondere nicht wesentlich, ob sie bereits in der Abrechnung der Klägerin enthalten sind oder nicht: die Auseinandersetzung um die Schlussrechnung erfasst alle gegenseitigen Ansprüche aus jenem Projekt. Eine Verrechnung wäre nur dann möglich, wenn die Schluss-

abrechnung der Klägerin einen Saldo zu Gunsten der Beklagten auswies, allerdings auch dann nur in der Höhe des (diesfalls anerkannten) Saldos, und nicht mit einzelnen Positionen. Hier ist allerdings bekannt, dass die Klägerin nach ihrer Rechnung für das Projekt "B." auf einen (sehr hohen) Saldo zu ihren Gunsten kommt. Ein Weiteres kommt hinzu. Dem Obergericht ist der Prozess um das Projekt "B." zwar nicht im Einzelnen bekannt. Nach der Feststellung des Bezirksgerichts (welches beide Verfahren führt, was der Kammer aus dem unter OGerZH RB130002, Beschluss vom 21. März 2013 publizierten Entscheid bekannt ist) im angefochtenen Urteil hat die Beklagte aber die Verrechnung mit den behaupteten einzelnen Positionen des Projektes "B." dort erklärt, bevor sie das (auch) im Rahmen des Projektes "A." erklärte. Das wird in der Berufung nicht in Zweifel gezogen. Anders als eine Eventualwiderklage (dazu Guldener, schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 214 Fn. 3) bewirkt die Einrede der Verrechnung im Prozess keine Rechtshängigkeit. Der Sinn der Ausschlusswirkung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO resp. Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO gilt allerdings auch hier: es sollen nicht über die nämliche Sache zwei verschiedene Prozesse geführt werden. Bei der Verrechnung ist immerhin zu bedenken, dass der Beklagte im Erstprozess mit seinem Standpunkt durchdringen kann, die Forderung des Klägers bestehe nicht. Dann bleibt der Bestand seiner eigenen Forderung trotz der (nur eventuell) erklärten Verrechnung intakt, und von Bundesrechts wegen (Art. 120 OR) kann er sie im zweiten Prozess noch zur Verrechnung stellen. Das Bedürfnis, dass sich weder die Gegenpartei noch die Gerichte in zwei verschiedenen Verfahren mit der identischen Sache (der Verrechnungsforderung) befassen müssen, bleibt gleichwohl bestehen. Die beiden Interessen lassen sich nur vereinbaren, wenn die beiden Verfahren vereinigt werden (was voraussetzt, dass sie an der nämlichen Instanz hängig sind), oder dass das eine der beiden Verfahren sistiert wird (so löste seinerzeit Art. 35 GestG den Konflikt bei mehreren Klagen). Die Beklagte stellt im vorliegenden Verfahren keinen solchen Antrag, und die Frage ist nicht zu entscheiden, weil wie gesehen die Verrechnung an sich nicht zugelassen werden kann.

Damit ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.
Obergericht, II. Zivilkammer Urteil vom 27. Februar 2015 Geschäfts-Nr.: LB140086-O/U

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.