jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2005/5/19 6Ob274/04v

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 19.05.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Johann O*****-Gesellschaft m.b.H., *****, vertreten durch Ramsauer & Perner, Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, und der Nebenintervenientin K***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Michael Kinberger und andere Rechtsanwälte in Zell am See, gegen die beklagte Partei Dr. Johann W*****, vertreten durch Dr. Georg Pitter, Rechtsanwalt in Zell am See, wegen 335.707,74 EUR, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 14. Juli 2004, GZ 12 R 6/04w-39, womit das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 27. Februar 2004, GZ 12 Cg 214/00v-31, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Errichtung eines Ärztezentrums in Z*****. Das Bauvorhaben wurde wegen Setzungen, die an den Nachbargrundstücken auftraten, eingestellt.

Mit am 27. 12. 2000 eingebrachter Klage begehrte die Klägerin insgesamt 2,999.439,28 S (entspricht 217.977,75 EUR). Dieser Betrag schlüsselt sich wie folgt auf: Arbeiten der P***** GmbH: 213.640,56 S; Stahlmaterial im Leistungszeitraum Mai 1999: 95.447 S; Miete für die in der Baugruppe verbliebenen Spundwandbohlen von September 1999 bis Oktober 2000: 1,512.000 S; Baumeisterarbeiten: 5,661.818,10 S; ergibt 7,482.905,66 S; abzüglich Teilzahlungen: 4.483.466,38 S; ergibt 2,999.439,28 S (217.977,75 EUR). Während des Verfahrens dehnte die Klägerin ihr Begehren um weitere Mieten für die Spundwandbohlen von November 2000 bis einschließlich Jänner 2002 um insgesamt 117.729,99 EUR (entspricht 1,620.000 S) aus. Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor: sie habe die Aushubarbeiten entsprechend den baubehördlichen Bescheiden und dem vom Beklagten zur Verfügung gestellten gründungstechnischen Gutachten durchgeführt. Das Gutachten habe sich im Zuge der Bauarbeiten als fehlerhaft erwiesen. Diesen Umstand habe der Beklagte zu vertreten. Bei den ersten Anzeichen von Setzungen an den

Nachbargrundstücken habe die Klägerin sofort den Beklagten verständigt. Die Baubehörde habe den Bau zunächst eingestellt und in der Folge die Weiterführung des Bauvorhabens mit Auflagen wieder gestattet. Dadurch habe sich die Vertragsgrundlage völlig verändert. Der Bauauftrag sei nicht mehr verbindlich gewesen. Die Klägerin habe davor gewarnt, weitere Grabungsarbeiten zur Errichtung der vorgesehenen Tiefgarage durchzuführen. Sie sei aber zur Weiterarbeit auf der Grundlage eines neuen Vertrags bereit gewesen. Der Beklagte habe jedoch die Nebenintervenientin mit den weiteren Aushubarbeiten betraut. Er sei daher einseitig vom Vertrag zurückgetreten. Bei Beendigung der Aushubarbeiten durch die Klägerin seien die Setzungen an den Nachbargrundstücken nur geringfügig gewesen und hätten zu keinen Schäden geführt. Die massiven Setzungen seien erst im Zuge der nachfolgenden Arbeiten der Nebenintervenientin beim Aushub im Bereich der geplanten Tiefgarage aufgetreten. Im vereinbarten Werklohn sei die Bereitstellung der Spundwandbohlen bis 31. 8. 1999 enthalten, die vereinbarungsgemäß am 1. 9. 1999 gezogen hätten werden sollen. Da das Vertragsverhältnis beendet worden sei und die Spundwandbohlen nicht zurückgestellt worden seien, sei hiefür ein Benützungsentgelt zu leisten.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Hilfsweise wendete er Gegenforderungen ein. Die beim Bauvorhaben aufgetretenen Probleme habe die Klägerin zu vertreten. Sie habe vertraglich das Baugrundrisiko übernommen. Sie habe insbesondere im Zusammenhang mit der Wasserhaltung derart fehlerhaft gearbeitet, dass es zu massiven Setzungen der Nachbarobjekte gekommen sei. Die damit im Zusammenhang gegen den Beklagten erhobenen Forderungen überstiegen den Klagebetrag. Zudem sei das Bodengefüge auf der Liegenschaft des Beklagten derart in Mitleidenschaft gezogen worden, dass dem Beklagten Sanierungskosten zumindest in Höhe des Klagebegehrens aufliefen. Bei Abwicklung des Auftrags nach dem Stand der Technik wäre eine Zerstörung des Bodengefüges nicht eingetreten. Die Klägerin sei ihren Warn- und Hinweispflichten nicht nachgekommen. Schon bei Übernahme des Auftrags sei bei den der Klägerin zumutbaren Fachkenntnissen das Risikopotenzial infolge der Bodenbeschaffenheit erkennbar gewesen. Die Klägerin habe auf Setzungen an der westlichen Grundgrenze nicht reagiert, sondern die Pumpleistung noch weiter erhöht. Durch den hiemit verbundenen Feinsandentzug seien an den Nachbarliegenschaften Setzungen bis zu 4,8 cm aufgetreten und das Bodengefüge der Liegenschaft des Beklagten zerstört worden. Die Klägerin habe die Arbeiten nicht planmäßig ausgeführt. Sie habe das Bauwerk zu weit an der nördlichen Grundgrenze situiert. Auch dieser Umstand habe zur Baueinstellung und zu überhöhten Aufwendungen des Beklagten geführt. Die mangelhafte Abstützung der Spundwände habe sich ebenfalls nachteilig auf das Bodengefüge ausgewirkt. Eine Weiterführung des Bauvorhabens sei nicht absehbar. Die vom Beklagten bisher aufgewendeten Kosten für Bauarbeiten und Sanierungsmaßnahmen hätten 11,833.747,41 S betragen. Der Wert der Liegenschaft inklusive des teilweise von der Klägerin errichteten Baus liege nun bei Null. Ihre bisherigen Arbeiten seien für den Beklagten zumindest derzeit völlig wertlos. Die Klägerin sei gewährleistungs- und schadensersatzpflichtig. Sie habe ihren Entgeltanspruch verloren. Die Honorierung allenfalls ordnungsgemäß erbrachter Teilleistungen komme daher nicht in Betracht. Die Niederlegung der Arbeiten sei nicht gerechtfertigt, weil die Klägerin die derzeitige Situation schuldhaft herbeigeführt habe. Es liege ein wesentlicher Mangel vor, sodass das Entgelt nicht fällig sei. Ein allfälliger Kalkulationsirrtum gehe zu Lasten der Klägerin. Allein im Jahr 2000 habe der Beklagte Investitionen von 469.572 EUR im Zusammenhang mit den Bauvorhaben getätigt. Die zur Sanierung des Bodengefüges notwendigen Zementinjektionsarbeiten hätten 103.891,53 EUR (1,429.578,60 S) gekostet. Der gerichtliche Sachverständige habe weitere Mehrkosten von 200.000 EUR für die Ausführung der ursprünglich von der Klägerin zu erbringenden Leistungen veranschlagt. Der Beklagte habe Sachverständigenkosten in den Verwaltungsverfahren, die aufgrund der nicht fachgerechten Bauarbeiten der Klägerin geführt worden sei, in Höhe von 250.635,76 S begleichen müssen. Ein weiterer Schaden sei dem Beklagten dadurch entstanden, dass er seine bisherige Ordination aufgrund baubehördlicher Auflagen adaptieren habe müssen. Diese Investition hätten unterbleiben können, wäre das Bauvorhaben rechtzeitig beendet worden. All diese Beträge würden einem allenfalls zu Recht bestehenden Klagebegehren aufrechnungsweise entgegengehalten.

Das Erstgericht erkannte die gesamte Klageforderung als zu Recht und die eingewendeten Gegenforderungen als nicht zu Recht bestehend und gab dem Klagebegehren (mit Ausnahme eines Zinsenmehrbegehrens von 4,25 %) statt. Es traf folgende Feststellungen:

Der Beklagte beauftragte die Klägerin am 11. 3. 1999 mit den Baumeisterarbeiten. In einem erst nach Baubeginn verfassten Anhang zum Auftragsschreiben vom 25. 3. 1999 wurde dieses mehrfach geändert und ergänzt und am 29. 3. 1999 (nochmals) vom Beklagten unterfertigt. Als Auftragsgrundlage nannte der Vertrag unter anderem das vom

Beklagten eingeholte gründungstechnische Gutachten der Firma B***** vom 27. 7. 1998. Die als Pauschale berechnete Auftragssumme belief sich nach Abzug eines Nachlasses von 10 % auf 9,294.031,80 S brutto. Die Bewehrungskosten sollten zusätzlich nach dem tatsächlichen Aufwand berechnet werden. Die Bauherrnhaftpflichtversicherung sollte von der Klägerin abgeschlossen werden. Die Prämie hiefür von 26.000 S sollte der Auftragssumme zugerechnet werden. Punkt 3. 3. der Auftragsvereinbarung lautet:

„Besondere Vereinbarungen, die in der Auftragspauschale enthalten sind: ...

1. Die Bauherrnversicherung wurde von der Firma ... (Klägerin) abgeschlossen, diese übernimmt somit das Baugrundrisiko bis Fertigstellung des Rohbaus, das ist der 30. Juni 1999 ...".

In einem Anhang zum Auftragsschreiben wurden neue Fertigstellungstermine festgesetzt. Der Werklohn sollte entsprechend näher geregelter Teilrechnungen beglichen werden. Eine mündliche Vereinbarung dahin, dass die Klägerin gegen Bezahlung weiterer 360.000 S höhere Spundwände setzten und sämtliche Risken des Baus tragen würde, kann nicht festgestellt werden. Die Klägerin ging hinsichtlich der Bodenbeschaffenheit und der notwendigen Wasserhaltungs- und Sicherungsmaßnahmen von der Richtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens aus, das auch der Baubewilligung zugrunde lag. Allein auf dieser Basis war die Klägerin zur Übernahme des Baukostenrisikos bereit. Sie hatte keine eigene Erfahrung mit den örtlichen Bodenverhältnissen.

Nach dem gründungstechnischen Gutachten war zunächst eine Stahlbetonplatte und auf dieser eine dichte Wanne zu errichten. Das zufließende Wasser sollte mittels offener Brunnen abgepumpt werden. Bevor mit den Aushubarbeiten begonnen wurde, erfolgte die Baugrubensicherung gemäß den Vorgaben des gründungstechnischen Gutachtens durch Umfassung der gesamten Baugrube mit Spundwänden, die überwiegend 9 m, an der Straßenseite 10 m in die Erde eingebracht wurden. Daneben wurden Vermessungsbolzen an den Nachbarhäusern gesetzt, um allfällige Verformungen feststellen zu können. Als zusätzliche Sicherheitsmaßnahme, die über die Vorgaben des gründungstechnischen Gutachtens hinausging, unterteilte die Klägerin den Bau in drei Abschnitte, um die Belastung des Bodens und der angrenzenden Liegenschaften möglichst gering zu halten. Im ersten Bauabschnitt, der etwa ein Drittel des Bauvolumens umfasste, gab es nur ein geringes Wasseraufkommen. Bereits nach wenigen Arbeitstagen zeigten sich allerdings Spundwandverformungen, denen mit massiven Sicherungsarbeiten entgegengewirkt werden musste. Im Anhang zum Auftragsschreiben vom 25. 3. 1999 wurde festgelegt, dass zur zusätzlichen Spundwandstabilisierung Betonplomben im Anschluss an die Aushubsohle eingebracht werden. Auch im zweiten Bauabschnitt blieb das Wasseraufkommen eher gering. Die Pumpen waren zur Ableitung des auftretenden Wassers nur wenige Stunden pro Arbeitstag in Betrieb, wenn auch die Pumpenlaufzeiten im Vergleich zum ersten Bauabschnitt erhöht werden mussten. Insgesamt wurden die Arbeiten der Klägerin in diesen beiden ersten Bauabschnitten dem gründungstechnischen Gutachten entsprechend ausgeführt. Bereits die Spundwandverformungen im ersten und zweiten Bauabschnitt bewirkten allerdings Setzungsschäden an der angrenzenden Birkenstraße. Hievon wurde die vom Beklagten beauftragte Bauleitung umgehend verständigt.

Mit den Aushubarbeiten im dritten Bauteil, der die geplante Tiefgarage im westlichen Bereich des Bauplatzes umfasste, wurde am 7. 5. 1999 begonnen. Bereits im Randbereich der vorzunehmenden Aushubarbeiten tauchten kleinere Quellen auf, die ein größeres Wasservorkommen befürchten ließen. Aus diesem Anlass überprüfte die Klägerin auch die Vermessungsbolzen auf den Nachbargrundstücken an der der Birkenstraße abgewandten Baugrubenseite und stellte Setzungen im Vergleich zum Ausgangswert vom 18. 2. 1999 fest. Die Setzungen betrugen am 26. 5. 1999 1,8 cm am Grundstück der Nachbarn L***** und 0,9 cm an jenem der Nachbarn W*****. Über die Setzungen informierte die Klägerin umgehend die Nachbarn und den Beklagten, mit dem Anfang Juni ein Ortsaugenschein abgehalten wurde. Auf Anweisung der ebenfalls informierten Baubehörde holte die Klägerin ein bodenmechanisches Gutachten vom Zivilingenieur für Bauwesen Dr. K***** ein, um mit dem Bau fortfahren zu können. Dessen Gutachten vom 19. 6. 1999 bestätigte, dass bei Errichtung der geplanten Tiefgarage aufgrund der ungünstigen Bodenverhältnisse mit weiteren Verformungen der Umgebung zu rechnen sei und Schäden an den Nachbarliegenschaften nicht ausgeschlossen werden könnten. Zudem war im Zuge der Baumaßnahmen festgestellt worden. dass die in der Bauplatzerklärung und Baubewilligung festgelegten absoluten Höhen falsch ermittelt worden waren. Aufgrund dieser Umstände verfügte die Baubehörde mit Bescheid vom 16. 7. 1999 die Einstellung der Ausführung der baulichen Maßnahmen. Nach Neufestsetzung der absoluten Höhen und Erstellung eines weiteren bodenmechanischen Gutachtens am 16. 10. 1999 wurde die Baueinstellung mit Bescheid der Baubehörde vom 5. 11. 1999 im Wesentlichen unter der Voraussetzung aufgehoben, dass von der Errichtung der Tiefgarage abgesehen werde, und es wurde die Auflage erteilt, die vom

Gutachter vorgeschlagenen Baumaßnahmen einzuhalten. Mit vom Beklagten angestrengter Berufungsvorentscheidung vom 24. 11. 1999 wurden die Auflagenpunkte des Aufhebungsbescheides vom 5. 11.1999 im Wesentlichen dahingehend abgeändert und eingeschränkt, dass eine zusätzliche Kellerwand unter genauer Einhaltung des bodenmechanischen Gutachtens vom 16. 10. 1999 zu errichten und die Baugrube bis spätestens 17. 12. 1999 mit geeignetem Material zu verfüllen sei.

Der dritte Bauabschnitt unterschied sich im Bodenaufbau und in der Wasserführung von den ersten beiden Bauabschnitten derart, dass die Arbeiten der Klägerin dort nicht wie ursprünglich vorgesehen und vereinbart hätten durchgeführt werden können. Insbesondere hätten in diesem Bereich eine andere Form der Wasserhaltung (etwa durch Filterbrunnen) und eine aktive Stützung der Spundwände zur Vermeidung von Verformungen erfolgen müssen. Nach den Angaben im gründungstechnischen Gutachten war eine derartige Bodenbeschaffenheit des westlichen Teiles des Bauplatzes, die besondere Maßnahmen der Wasserhaltung und Sicherung der Baugrube bedingte, im Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht erkennbar. Das vom Beklagten der Klägerin zur Verfügung gestellte gründungstechnische Gutachten entsprach unter anderem wegen der zu oberflächlichen Bodenerkundung und den daraus abgeleiteten Sicherungsmaßnahmen nicht dem Stand der Technik. Das Pauschalangebot der Klägerin, das auf dem ihr vom Beklagten zur Verfügung gestellten gründungstechnischen Gutachten basierte, umfasste die aufgrund der besonderen Bodenverhältnisse im dritten Bauabschnitt notwendigen Maßnahmen bei der Preisbildung nicht.

Um mit dem Bau auch unter den geänderten Bedingungen fortfahren zu können, holte die Klägerin bei der P***** GmbH einen Kostenvoranschlag für die gemäß dem bodentechnischen Gutachten Dr. K*****s notwendigen Wasserhaltungsmaßnahmen ein. Mit Schreiben vom 8. 11. 1999 machte die Klägerin die veranschlagten Kosten der P***** GmbH als „Zusatzleistung Grundwasserabsenkung" dem Beklagten gegenüber geltend. Diese Kosten sollten nach dem tatsächlichem Aufwand abgerechnet und dem Beklagten nach Erhalt der Rechnung der P***** GmbH mit einem 15 %igen „Unternehmer-Aufschlag" weiterverrechnet werden. Der Beklagte sagte die Vergütung dieser Zusatzleistungen unter gewissen Einschränkungen vorerst zu. Die P***** GmbH begann in der Folge mit der beauftragten Herstellung von Gravitationsbrunnen. Mit Telefax vom 13. bzw. 15. 11. 1999 zog der Beklagte die Zusatzbeauftragung für Brunnenherstellung und Injektionen wieder zurück, wobei er darauf hinwies, dass bisher durchgeführte Arbeiten der P***** GmbH „selbstverständlich" laut Zusatzauftrag bezahlt würden. Am 24. 11. 1999 stellte die Klägerin dem Beklagten den Betrag von insgesamt 213.640,56 S für Wasserhaltungsmaßnahmen der P***** GmbH mit Zahlungsfrist bis 16. 12. 1999 in Rechnung. Dieser an den Beklagten weiterverrechnete Betrag stellte nur einen Bruchteil des von der P***** GmbH veranschlagten Gesamtpreises für sämtliche ursprünglich beauftragten Arbeiten dar.

Ohne neues Angebot seitens des Beklagten weigerte sich die Klägerin, unter den geänderten Bedingungen weitere Arbeiten im dritten Bauabschnitt durchzuführen. Am 21. 1. 2000 teilte die Klägerin der Baubehörde mit, dass sie die Bauführertätigkeit zum Bauvorhaben des Beklagten mit sofortiger Wirkung zurücklege. Im Rahmen von Vergleichsgesprächen zwischen den Streitteilen und ihren Rechtsvertretern Anfang Februar 2000 einigten sich der Beklagte und der Geschäftsführer der Klägerin in der Hoffnung, dass die bestehenden Probleme zwischenzeitig über eine Versicherung geregelt werden könnten, darauf, dass eine andere Baufirma die weiteren Aushubarbeiten im Bauteil 3 durchführen solle. Die Klägerin erklärte sich bereit, ab der Bodenplatte den Bau weiter auszuführen und die durchzuführenden Hochbauarbeiten auf Basis der ursprünglich vereinbarten Einheitspreise abzurechnen.

Nach Einstellung der Arbeiten durch die Klägerin erteilte der Beklagte der Nebenintervenientin den Auftrag zur Herstellung der Bodenplatte im dritten Bauabschnitt. Im Zuge dieser Baumaßnahmen kam es zu weiteren Setzungen der Nachbarobjekte. Die Nachbarn W***** erwirkten eine einstweilige Verfügung auf (neuerliche) Einstellung der Bautätigkeit, und zwar noch vor Fertigstellung der Bodenplatte. Die massiven Setzungen an den Nachbarhäusern waren auf Materialentzug unter oder neben den Gründungskörpern der betroffenen Nachbarobjekte zurückzuführen, der aus der großen Verformung der Spundwand, einer Bodenerosion beim Betreiben der offenen Wasserhaltung und hydraulischen Grundbrüchen insbesondere im Bauteil 3 des Bauvorhabens resultierte. Die Herstellung des dritten Bauteils wurde mehrheitlich von der Nebenintervenientin und nur zu einem geringen Teil im Anfangsstadium im Mai 1999 von der Klägerin ausgeführt. Durch die Bautätigkeiten der Klägerin wurden Störungen des Bodengefüges, die von der ausgleichenden Tragwirkung der Bodenplatte nicht mehr abgefangen wurden und den behaupteten Sanierungsaufwand von 1.429.578,60 S und einen Mehraufwand für den Beklagten von 200.000 EUR nach sich zogen, nicht verursacht. Mängel bei den von der Klägerin erbrachten Leistungen können nicht festgestellt werden. Ebenso

kann nicht festgestellt werden, das dem Beklagten durch die Bauausführung der Klägerin ein Schaden in Höhe von 502.981 EUR deshalb entstanden sei, weil er seine „alte" Ordination auf Grund von Behördenauflagen aufwendig adaptieren habe müssen.

Die Spundwandbohlen der Klägerin befinden sich seit ihrer Errichtung in der Baugrube des Beklagten. Im aufgrund des gründungstechnischen Gutachtens erstellten Pauschalpreis der Klägerin war die Bereitstellung der Spundwandbohlen bis 31. 8. 1999 inbegriffen. In den Bauabschnitten 1 und 2 hat bereits eine Hinterfüllung zwischen Bauwerk und Spundwand stattgefunden. Dort wäre ein Ziehen der Spundwand unter nur geringer Beeinträchtigung des umliegenden Bodens möglich. Die Bautätigkeiten der Klägerin in den Bauteilen 1 und 2 trugen nicht dazu bei, dass deren Spundwände im Bauteil 3 verbleiben müssen.

Im Rahmen der rechtlichen Ausführungen des Erstgerichts findet sich noch folgende Feststellung: „Die vom Beklagten beauftragte örtliche Bauaufsicht zeichnete die täglichen Bautagesberichte ab und war so von den Vorkommnissen und Schwierigkeiten auf der Baustelle ständig informiert."

Im Rahmen der Beweiswürdigung führte das Erstgericht zur Negativfeststellung betreffend die Gegenforderungen aus, dass es der Beklagte unterlassen habe, sein Vorbringen hiezu zu konkretisieren. Die Gegenforderungen seien ohne Aufschlüsselung und Beweisanbot in den Raum gestellt worden, sodass es nicht möglich gewesen sei, positive Feststellungen zu treffen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers falle. Dies gelte auch für die Mangelhaftigkeit eines von ihm zur Verfügung gestellten Gutachtens. Die Unrichtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens sei daher dem Beklagten zuzurechnen. Die Vertragsbestimmung über die Übernahme des Baugrundrisikos könne nicht dahin verstanden werden, dass damit das Risiko des Misslingen des Werks oder Mehraufwendungen, die auf die Unrichtigkeit des Gutachtens zurückzuführen seien, schlechthin der Klägerin überbunden worden sei. Es könne von der Klägerin nicht verlangt werden, ein Anbot aufgrund der hypothetischen Annahme vom Gutachten abweichender Bodenverhältnisse zu erstellen. Der Klägerin sei keine wahre Pflichtverletzung vorzuwerfen. Sie habe auf die Richtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens vertrauen dürfen. Die Bodenverhältnisse im Bereich des dritten Bauabschnitts seien nicht vorhersehbar gewesen. Die Klägerin habe den Beklagten von den Setzungen auf den Nachbargrundstücken ohnehin umgehend verständigt und bei Erkennen der Unrichtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens auf die Notwendigkeit von zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen aufmerksam gemacht. Der Beklagte sei mit einer Anpassung des Vertrags an die tatsächlichen Bodenverhältnisse nicht einverstanden gewesen. Da die Klägerin zur Leistung bereit gewesen sei, aber durch Umstände auf Seiten des Beklagten an der Ausführung des Werks gehindert worden sei, stehe ihr gemäß § 1168 ABGB jedenfalls ein Entgelt für die im Rahmen des ursprünglichen Auftrags erbrachten Leistungen zu. Darüber hinaus habe der Beklagte der Klägerin die Aufwendungen für die von der Firma P***** GmbH ausgeführten Wasserhaltungsmaßnahmen, deren Finanzierung er zugesagt habe, zu ersetzen. Dass die Spundwände über die vereinbarte Bauzeit hinaus in der Baugrube verbleiben hätten müssen, liege in der Sphäre des Beklagten. Der Klägerin stehe hierfür ein Benützungsentgelt zu, das der Höhe nach angemessen sei. Die Fälligkeit der Forderungen der Klägerin sei jeweils mit Rechnungslegung eingetreten. Die vom Beklagten aufrechnungsweise eingewendeten Forderungen für Sanierungskosten bestünden nicht zu Recht. Der Beklagte habe weder konkret behauptet noch unter Beweis gestellt, worin das Verschulden der Klägerin gelegen sein solle. Mängel der Arbeiten der Klägerin seien nie konkret aufgezeigt worden und hätten nicht festgestellt werden können. Darüber hinaus habe das Beweisverfahren ergeben, dass die vom Beklagten geltend gemachten Setzungsschäden und Bodenbrüche nicht durch die Baumaßnahmen der Klägerin verursacht worden seien.In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers falle. Dies gelte auch für die Mangelhaftigkeit eines von ihm zur Verfügung gestellten Gutachtens. Die Unrichtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens sei daher dem Beklagten zuzurechnen. Die Vertragsbestimmung über die Übernahme des Baugrundrisikos könne nicht dahin verstanden werden, dass damit das Risiko des Misslingen des Werks oder Mehraufwendungen, die auf die Unrichtigkeit des Gutachtens zurückzuführen seien, schlechthin der Klägerin überbunden worden sei. Es könne von der Klägerin nicht verlangt werden, ein Anbot aufgrund der hypothetischen Annahme vom Gutachten abweichender Bodenverhältnisse zu erstellen. Der Klägerin sei keine wahre Pflichtverletzung vorzuwerfen. Sie habe auf die Richtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens vertrauen dürfen. Die Bodenverhältnisse im Bereich des dritten Bauabschnitts seien nicht vorhersehbar gewesen. Die Klägerin habe den Beklagten von den Setzungen auf den Nachbargrundstücken ohnehin umgehend verständigt und

bei Erkennen der Unrichtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens auf die Notwendigkeit von zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen aufmerksam gemacht. Der Beklagte sei mit einer Anpassung des Vertrags an die tatsächlichen Bodenverhältnisse nicht einverstanden gewesen. Da die Klägerin zur Leistung bereit gewesen sei, aber durch Umstände auf Seiten des Beklagten an der Ausführung des Werks gehindert worden sei, stehe ihr gemäß Paragraph 1168, ABGB jedenfalls ein Entgelt für die im Rahmen des ursprünglichen Auftrags erbrachten Leistungen zu. Darüber hinaus habe der Beklagte der Klägerin die Aufwendungen für die von der Firma P***** GmbH ausgeführten Wasserhaltungsmaßnahmen, deren Finanzierung er zugesagt habe, zu ersetzen. Dass die Spundwände über die vereinbarte Bauzeit hinaus in der Baugrube verbleiben hätten müssen, liege in der Sphäre des Beklagten. Der Klägerin stehe hierfür ein Benützungsentgelt zu, das der Höhe nach angemessen sei. Die Fälligkeit der Forderungen der Klägerin sei jeweils mit Rechnungslegung eingetreten. Die vom Beklagten aufrechnungsweise eingewendeten Forderungen für Sanierungskosten bestünden nicht zu Recht. Der Beklagte habe weder konkret behauptet noch unter Beweis gestellt, worin das Verschulden der Klägerin gelegen sein solle. Mängel der Arbeiten der Klägerin seien nie konkret aufgezeigt worden und hätten nicht festgestellt werden können. Darüber hinaus habe das Beweisverfahren ergeben, dass die vom Beklagten geltend gemachten Setzungsschäden und Bodenbrüche nicht durch die Baumaßnahmen der Klägerin verursacht worden seien.

Der Beklagte bekämpfte dieses Urteil aus den Berufungsgründen der unrichtigen Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Er bekämpfte die Negativfeststellung betreffend die behauptete Vereinbarung der Streitteile, dass die Klägerin gegen Zahlung eines weiteren Betrags von 360.000 S tiefere Spundwände setzen und sämtliche Risken des Baus tragen sollte. Er wandte sich weiters gegen die Feststellung, dass die Klägerin alleine auf Basis der Richtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens zur Übernahme des Baugrundrisikos bereit gewesen sei. Die Vertragsauslegung (Punkt 3. 3. über die Übernahme des Baugrundrisikos) ergebe vielmehr, dass der Beklagte die Risken des Baus weitestgehend auf die Klägerin überwälzen habe wollen und die Klägerin diese Risken auch übernommen habe. Das Erstgericht hätte feststellen müssen, dass die Klägerin sehr wohl das volle Baugrundrisiko übernommen habe. Der Beklagte führte in seiner Berufung unter Hinweis auf das vom Erstgericht eingeholte Sachverständigengutachten aus, dass aus der Baudokumentation nicht hervorgehe, dass die Klägerin dem Beklagten von der Verformung der Spundwände irgendeine Mitteilung gemacht habe, womit sinngemäß die in den rechtlichen Ausführungen enthaltene Feststellung des Erstgerichts über die ständige Information des Beklagten bzw der von ihm bestellten Bauaufsicht aufgrund der Bautagesberichte gerügt wurde. Als unrichtig wurde weiters die „abschließende Pauschalfeststellung" des Erstgerichts gerügt, dass Mängel bei den von der Klägerin erbrachten Leistungen nicht feststellbar seien, sowie die Negativfeststellung, dass (nicht einmal) festgestellt werden könne, dass dem Beklagten durch die Fehlleistungen der Klägerin ein Mehraufwand von 200.000 EUR entstanden sei. Darüber hinaus machte die Berufung Feststellungsmängel geltend. Der Beklagte begehrte ergänzende, überwiegend aus den Gutachten des vom Erstgericht beigezogenen Sachverständigen zu entnehmende Feststellungen, die insbesondere darauf abzielen, dass für die Klägerin schon bei Vertragsübernahme die Bedenklichkeit des gründungstechnischen Gutachtens erkennbar gewesen sei, dass sie die unterschiedliche Wasserführung der Erkundungsschürfe unterschätzt habe, dass sie sich ohne die erforderlichen konstruktiven Details zur Verhinderung von Feinteilaustragung und hydraulischem Grundbruch einer offenen Wasserhaltung im feinteiligen bis bindigen Gründungsboden bedient, zu spät auf die Spundwandverformungen reagiert und, als die Abweichung der Bodenverhältnisse von der eigenen Einschätzung offenkundig geworden sei, keine vertiefenden Baugrunderkundungen durchgeführt habe. Zudem sei aufgrund der vorgelegten Urkunden und des Sachverständigengutachtens die Feststellung zu treffen, dass die Klägerin die Spundwände auf eine Tiefe von 10 m einbauen hätte müssen, während der Einbau auf weiten Strecken tatsächlich nur auf eine Tiefe von 9 m erfolgt sei. Der Beklagte bekämpfte weiters die Ansicht des Erstgerichts, dass die bisher erstellten Bauteile vertragsgemäß abzurechnen seien, mit der Begründung, dass die Werkleistung fehlerhaft und für den Beklagten von keinerlei Nutzen sei. In seiner Rechtsrüge wandte sich der Beklagte (nochmals) gegen die Auslegung der Vereinbarung über die Übernahme des Baugrundrisikos und führte weiters aus, dass die Klägerin ihre Prüf-, Warn- und Hinweispflichten verletzt habe, weil sie das gründungstechnische Gutachten ungeprüft gelassen habe. Sie habe es zu verantworten, dass der Beklagte über eine „Bauruine in einer gefluteten Baustelle" verfüge.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die Tatsachen- und Beweisrüge sei weitestgehend nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Es sei unklar, welche Fehlleistungen der Beklagte der Klägerin vorwerfe, welche Hinweise der Klägerin betreffend die Fehlerhaftigkeit des gründungstechnischen Gutachtens abzuverlangen gewesen seien und welche für ihn günstigere Rechtsfolgen der

Beklagte aus solchen Hinweisen ableiten wolle. Hinsichtlich der begehrten zusätzlichen Feststellungen vermische der Beklagte Tat- und Rechtsfragen. Soweit gewünschte Feststellungen überhaupt erkennbar seien, fehle es an ihrer rechtlichen Relevanz. Teils fehle es auch an einem erstinstanzlichen Tatsachenvorbringen. Der Rechtsrüge sei entgegenzuhalten, dass sich das Erstgericht mit der Frage, wer die Verantwortung für die Mängel des gründungstechnischen Gutachtens zu tragen habe, ausführlich befasst und auch dargelegt habe, warum die Klägerin zunächst von der Richtigkeit dieses Gutachtens ausgehen habe dürfen. Auf Basis der getroffenen Feststellungen sei die Rechtsrüge zur Warnpflichtverletzung nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Es lägen keine substantiierten Einwände gegen die Fälligkeit des Werklohns vor. Die Arbeiten der Firma P***** GmbH seien aufgrund der Zahlungszusage des Beklagten zu honorieren. Die in den ersten beiden Bauabschnitten angebrachten Spundwände hätten bereits gezogen werden können. Der Beklagte bringe keine Argumente dafür vor, weshalb die Klägerin die Spundwände für den Bauteil 3, bei dem ein anderer Unternehmer tätig geworden sei, finanzieren müsse. Zur Höhe des Klagebegehrens und zu den verneinten Gegenforderungen enthalte die Rechtsrüge keinerlei Ausführungen. Die Berufung müsse daher insgesamt erfolglos bleiben. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil keine erheblichen Rechtsfragen im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO zu beurteilen gewesen seien.Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die Tatsachen- und Beweisrüge sei weitestgehend nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Es sei unklar, welche Fehlleistungen der Beklagte der Klägerin vorwerfe, welche Hinweise der Klägerin betreffend die Fehlerhaftigkeit des gründungstechnischen Gutachtens abzuverlangen gewesen seien und welche für ihn günstigere Rechtsfolgen der Beklagte aus solchen Hinweisen ableiten wolle. Hinsichtlich der begehrten zusätzlichen Feststellungen vermische der Beklagte Tat- und Rechtsfragen. Soweit gewünschte Feststellungen überhaupt erkennbar seien, fehle es an ihrer rechtlichen Relevanz. Teils fehle es auch an einem erstinstanzlichen Tatsachenvorbringen. Der Rechtsrüge sei entgegenzuhalten, dass sich das Erstgericht mit der Frage, wer die Verantwortung für die Mängel des gründungstechnischen Gutachtens zu tragen habe, ausführlich befasst und auch dargelegt habe, warum die Klägerin zunächst von der Richtigkeit dieses Gutachtens ausgehen habe dürfen. Auf Basis der getroffenen Feststellungen sei die Rechtsrüge zur Warnpflichtverletzung nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Es lägen keine substantiierten Einwände gegen die Fälligkeit des Werklohns vor. Die Arbeiten der Firma P***** GmbH seien aufgrund der Zahlungszusage des Beklagten zu honorieren. Die in den ersten beiden Bauabschnitten angebrachten Spundwände hätten bereits gezogen werden können. Der Beklagte bringe keine Argumente dafür vor, weshalb die Klägerin die Spundwände für den Bauteil 3, bei dem ein anderer Unternehmer tätig geworden sei, finanzieren müsse. Zur Höhe des Klagebegehrens und zu den verneinten Gegenforderungen enthalte die Rechtsrüge keinerlei Ausführungen. Die Berufung müsse daher insgesamt erfolglos bleiben. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil keine erheblichen Rechtsfragen im Sinn des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zu beurteilen gewesen seien.

Rechtliche Beurteilung

D i e Revision des Beklagten ist jedoch zulässig, weil die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Berufung in wesentlichen Punkten nicht ordnungsgemäß ausgeführt worden sei, unzutreffend ist und die begehrten ergänzenden Feststellungen teils aktenwidrig als nicht vom erstinstanzlichen Vorbringen umfasst, teils im Widerspruch zur Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs als rechtlich bedeutungslos beurteilt wurden. Die Revision ist auch berechtigt.

Entscheidend ist zunächst, ob die Klägerin sämtliche Risken des Baus vertraglich übernommen hat. Zu der in diesem Sinn vom Beklagten behaupteten Nebenabrede traf das Erstgericht eine Negativfeststellung, die der Beklagte als Ergebnis einer unrichtigen Beweiswürdigung bekämpfte. Im Gegensatz zu den diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts geht aus der Berufung zu diesem Punkt zumindest sinngemäß hervor, dass das Erstgericht der Aussage des Geschäftsführers der Klägerin keinen Glauben schenken hätte dürfen, sondern im Zusammenhang mit dem zwischen den Parteien geschlossenen schriftlichen Vertrag, insbesondere dem Vertragspunkt über die Risikoübernahme und über die Tragung der Kosten der Bauherrnhaftpflichtversicherung sowie den sonstigen Beweisergebnissen (gemeint ist damit wohl die Aussage des Beklagten vom 7. 6. 2001, ON 5 AS 43) von der Richtigkeit dieser Behauptung auszugehen gewesen wäre. Der konkrete Inhalt der gewünschten Feststellung ergibt sich logisch daraus, dass anstatt der Negativfeststellung eine korrespondierende positive Feststellung im Sinne der Behauptungen des Beklagten zu treffen sei. Der Vorwurf, die Berufung habe nicht mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, welche Feststellung infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung bekämpft und welche konkrete

Feststellung stattdessen begehrt werde, ist bei der gebotenen Anlegung eines nicht allzu kleinlichen Maßstabs an die Erfordernisse eines Berufungsvorbringens unberechtigt. Das Berufungsgericht wird sich daher sachlich mit der betreffenden Beweisrüge auseinanderzusetzen haben. Sollte es zum Ergebnis kommen, dass es bei der bekämpften Negativfeststellung zu bleiben hat, wird die vom Beklagten bekämpfte Auslegung des Vertragspunktes 3. 3. einer näheren Prüfung zu unterziehen sein. Der schon in erster Instanz vom Beklagten eingenommene Prozessstandpunkt lässt keinen Zweifel daran, dass er diesen Vertragspunkt dahin verstanden haben will, dass von der vereinbarten Übernahme des Baugrundrisikos - ungeachtet einer diesbezüglichen ausdrücklichen mündlichen Nebenabrede - das sich in der Folge tatsächlich verwirklichende Risiko (Wassereintritt, Setzungen, Baustopp; Misslingen des Werks, hohe Sanierungskosten, Ersatzforderungen der Nachbarn usw) umfasst sein sollte. Er hat (auch) insoweit unter anderem die Einvernahme der Parteien hiezu beantragt, sodass das Verständnis der betreffenden Vertragsbestimmung in erster Linie von der Tatfrage abhängt, was die Parteien damit tatsächlich vereinbaren wollten. Insoweit enthält die Berufung nicht bloß eine Rechtsrüge, sondern erkennbar auch eine Tatsachenrüge, bekämpft sie doch (mit denselben Argumenten wie die zitierte Negativfeststellung) die Feststellung, dass die Klägerin allein auf der Basis der Richtigkeit des gründungstechnischen Gutachtens überhaupt zur Übernahme des Baugrundrisikos bereit gewesen sei. Auch insoweit wird daher das Berufungsgericht die bekämpfte Feststellung und die darauf fußende Vertragsauslegung des Erstgerichts einer näheren Prüfung zu unterziehen haben.

Zu Unrecht wirft das Berufungsgericht dem Beklagten vor, in der Berufung und auch schon vor dem Erstgericht bloß pauschal auf Warn- und Hinweispflichten bezüglich der Fehlerhaftigkeit des geotechnischen Gutachtens hingewiesen und unklar gelassen zu haben, gegen welche verrechneten Leistungen er sich im Einzelnen wende. Sein Vorbringen, sämtliche bisherige Leistungen der Klägerin seien wertlos und daher nicht zu honorieren, lässt im Zusammenhang mit der Bestreitung des gesamten Klagebegehrens (dem Grunde nach) keinen Zweifel daran, dass sich der Beklagte gegen alle Positionen des Klagebegehrens wandte. Auch die Begründung für die Bestreitung der Leistungspflicht ist im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts nachvollziehbar ausgeführt: Einerseits behauptete der Beklagte, die Klägerin habe das gesamte Baugrundrisiko - ohne Einschränkung - vertraglich übernommen. Andererseits warf er der Klägerin konkret dargelegte Fehler bei den Aushubarbeiten (Zerstörung des Bodengefüges, Erhöhung der Pumpleistung trotz Setzungen an der Grundgrenze, Feinsandentzug, Situierung des Bauwerks zu nah an der nördlichen Grundgrenze, mangelhafte Abstützung der Spundwände, Fehler im Zusammenhang mit der Wasserhaltung) und vor allem die Verletzung der den Werkunternehmer treffenden Warnpflicht (Erkennbarkeit des Risikopotenzials der Bodenbeschaffenheit trotz des Vorliegens des gründungstechnischen Gutachtens) vor. Auch hinsichtlich des Benützungsentgelts für die Spundwandbohlen ist der Prozessstandpunkt des Beklagten klar: Die Klägerin habe es selbst zu verantworten, dass die Spundwandbohlen in den Baugruben verbleiben hätten müssen. Zudem stünden sämtlichen Ansprüchen der Klägerin Gegenforderungen gegenüber, die diese teils weit überstiegen.

Der vom Erstgericht bestellte Sachverständige pflichtete mit konkreten Argumenten dem Prozessstandpunkt des Beklagten insbesondere hinsichtlich des Vorwurfs der Warnpflichtverletzung bei. Dass das Vorbringen des Beklagten nicht schon vorweg auf jede Einzelheit, die der Sachverständige in diesem Zusammenhang in seinem Gutachten darlegte, Bezug nahm und das Gutachten nach dessen Vorliegen nicht Satz für Satz zu seinem Vorbringen erhob, macht die Bestreitung des Klagebegehrens weder unschlüssig noch unklar. Die vom Beklagten vermissten, dem Gutachten zu entnehmenden Feststellungen halten sich im Rahmen seines Vorbringens in erster Instanz. Eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Teilen der Berufung kann nicht mit der Begründung unterbleiben, dass es schon an einem ausreichenden Vorbringen des Beklagten in erster Instanz gefehlt habe.

Auf die sinngemäß bekämpfte, in den rechtlichen Ausführungen des Erstgerichts enthaltene Feststellung, der Beklagte sei aufgrund der täglichen Bautagesberichte ständig von den aktuellen Schwierigkeiten auf der Baustelle unterrichtet gewesen (somit auch von den Spundwandverformungen ?) ging das Berufungsgericht überhaupt nicht ein. Die Berufung lässt auch insoweit mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, dass der Beklagte der Klägerin vorwirft, ihn nicht bereits von den Spundwandverformungen, sondern erst von den Setzungsschäden unterrichtet zu haben, wobei nach den Feststellungen des Erstgerichts zudem unklar ist, zu welchem Zeitpunkt („umgehend" ?) diese Verständigung erfolgte. Es ist nicht richtig, dass dem betreffenden Feststellungswunsch des Beklagten nicht entnommen werden könne, welches Verhalten er sich von der Klägerin erwartet hätte und welche Unterlassung er ihr vorwirft.

Das Vorbringen des Beklagten im Verfahren erster Instanz, die Leistungsmängel der Klägerin hätten zum Wassereintritt und zum Absinken der Nachbarhäuser geführt, umfasst auch den Vorwurf, dass die Spundwände nicht

ordnungsgemäß gesetzt worden seien. Nach dem Sachverständigengutachten wäre der Einbau der Spundwände durchgehend bis zu einer Tiefe von 10 m und nicht bloß von 9 m, wie dies nach den Feststellungen des Erstgerichts teilweise erfolgte, vorzunehmen gewesen, und zwar zur Reduktion von Verformungen und schädlichen Setzungen in der Umgebung. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts fehlt es auch insoweit weder an einem entsprechenden Vorbringen des Beklagten in erster Instanz noch an der Nachvollziehbarkeit, welche Schäden durch die teilweise zu geringe Spundwandtiefe entstanden sein könnten.

Der Bekämpfung der Negativfeststellung des Erstgerichts, wonach Mängel bei den von der Klägerin erbrachten Leistungen nicht hätte festgestellt werden können, hielt das Berufungsgericht entgegen, dass die von der Klägerin vermeintlich zu vertretenen Verfehlungen in tatsächlicher Hinsicht nicht konkretisiert würden. Aus dem Pauschalvorwurf der Berufung könnten keine bestimmten Feststellungswünsche abgeleitet werden. Im Gegensatz dazu hat jedoch der Beklagte, wie bereits dargelegt, hinreichend deutlich ausgeführt, welche Fehler er der Klägerin konkret vorwirft. Das Erstgericht begegnete diesen Vorwürfen im Wesentlichen bloß mit dem allgemeinen Satz, dass Leistungsmängel nicht festgestellt werden könnten. Da dieser Satz einerseits Elemente einer rechtlichen Beurteilung, andererseits aber auch Tatsachenelemente enthält, konnte er vom Beklagten nicht rügelos hingenommen werden. Wesentliche Teile seines Berufungsvorbringens zielen darauf ab, dass und welche Feststellungen über Leistungsmängel der Klägerin nachzutragen seien. Wie die Feststellungsrüge des Beklagten zu verstehen ist, die sich dagegen wendete, dass nach dem Ersturteil (nicht einmal) festgestellt habe werden können, dass die Klägerin dem Beklagten einen Mehraufwand von zumindest 200.000 EUR verursacht habe, ergibt sich aus den Ausführungen des Sachverständigen, der für Teilbereiche Sanierungskosten von insgesamt 3,1 Mio S veranschlagt.

Der gerichtliche Sachverständige kommt zusammenfassend zu dem Ergebnis, dass es der Klägerin bei zumutbarer Fachkenntnis möglich gewesen sein musste, die beauftragten Bauleistungen zu erbringen, undurchführbare Vorgaben ungeachtet des gründungstechnischen Gutachtens zu erkennen und den Beklagten entsprechend zu warnen. Nach Ansicht des Sachverständigen habe die Beklagte Fehlleistungen, die im Einzelnen angeführt wurden, zu vertreten, für die sie auch hafte. Es ist zwar richtig, dass das Gutachten teilweise Sachverhaltselemente mit Rechtsfragen vermischt. Dem Beklagten ist aber zuzugestehen, dass das Erstgericht dem Gutachten im Ergebnis nicht gefolgt ist, ohne dass es sich kritisch damit auseinandergesetzt hat. Es nahm einfach jene Passagen des Gutachtens, die vom Sachverhalt her für Ausführungsfehler und insbesondere für eine Warnpflichtverletzung der Klägerin sprechen, nicht in seine Feststellungen auf. Es traf auch keine entsprechenden Negativfeststellungen. Das Berufungsgericht vermied ebenfalls eine Auseinandersetzung mit diesem Gutachten. Es zog sich darauf zurück, dass die Tatsachenrüge weitestgehend nicht gesetzmäßig ausgeführt sei, dass die ergänzend gewünschten Feststellungen nicht durch entsprechendes erstinstanzliches Tatsachenvorbringen gedeckt seien und dass es ihnen an rechtlicher Relevanz fehle.

Auch das zuletzt genannte Argument ist unrichtig. Auf vorliegenden Werkvertrag finden noch die Bestimmungen des ABGB vor der Novelle durch das GewRÄG BGBl I 2001/48 Anwendung, weil der Vertrag vor dem 1. 1. 2002 geschlossen wurde. Hervorzuheben sind die Bestimmungen der §§ 1167, 1168 und 1168a ABGB (alte Fassung). Das Erstgericht hat die hiezu ergangene Rechtsprechung in ihren Grundzügen zutreffend dargestellt. Demnach gehört zwar auch der Baugrund zum „Stoff" im Sinn des § 1168 ABGB, sodass das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers fällt, wobei jedoch eine abweichende Vereinbarung beachtlich ist. Ungeachtet dessen trifft den Unternehmer eine Warnpflicht. Stellt der Besteller dem Werkunternehmer Gutachten bei, sind deren Mängel grundsätzlich der Bestellersphäre zuzurechnen. Den Unternehmer trifft aber das volle Risiko unrichtiger Gutachten, wenn er diese Gefahr vertraglich übernommen hat. Abgesehen davon besteht die Warnpflicht des Unternehmers auch bei offenbarer Unrichtigkeit der Anweisungen des Werkbestellers. Ihm obliegt die vertragliche Kontrollpflicht nach den Grundsätzen des § 1168a ABGB. Nicht jedes blinde Vertrauen des Werkunternehmers in die Planungen und Anweisungen des Werkbestellers ist geschützt. Das Ausmaß der Pflicht zur Überprüfung der Richtigkeit der Angaben und Anweisungen des Werkbestellers richtet sich nach den Fachkenntnissen, die der Werkunternehmer zu vertreten hat und nach der Zumutbarkeit der Durchführung von Prüfungsmaßnahmen (vgl Thaler, Rechtsprechungsübersicht Baugrundrisiko, ecolex 2001, 192 mwN). Misslingt das Werk aus Gründen, die im Bereich des Unternehmers liegen, ist kein Werklohn zu bezahlen. Dem Besteller werden zwar keine Gewährleistungsansprüche zuerkannt, wenn der von ihm beigestellte Stoff, wozu auch Grund und Boden gehört (RIS-Justiz RS0021763), ungeeignet oder seine Anweisungen unrichtig waren, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht nachgekommen ist oder für ihn keine Warnpflicht bestand. Verletzt der Unternehmer seine Warnpflicht, verliert er den Anspruch auf Entgelt und ist überdies verpflichtet, den weiteren

Schaden zu ersetzen (RIS-Justiz RS0022124). Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn den Warnpflichten entsprochen worden wäre. Ist die Unmöglichkeit der Werkleistung dem Werkunternehmer zuzurechnen (Verletzung der Warnpflicht) und trifft den Werkbesteller daran ein Mitverschulden, ist der Entgeltanspruch des Unternehmers entsprechend der Mitverschuldensquote zu minderen (10 Ob 205/01x = SZ 2002/23 mwN). Die Warnpflicht des Unternehmers dem Besteller gegenüber besteht auch dann, wenn sich erst im Zuge der Arbeiten herausstellt, dass ein zunächst unbekannter Fehler tatsächlich vorliegt. Der Unternehmer muss alle Maßnahmen treffen, um den Fehler unwirksam zu machen oder, wenn das besondere Kosten verursacht oder nicht aussichtsreich ist, den Besteller von den Fehlern und dessen Folgen in Kenntnis setzen. Dem Besteller bleibt es überlassen, von der Ausführung des Werks abzusehen, seine Anweisungen abzuändern oder zurückzuziehen (RIS-Justiz RS0021741).Auch das zuletzt genannte Argument ist unrichtig. Auf vorliegenden Werkvertrag finden noch die Bestimmungen des ABGB vor der Novelle durch das GewRÄG BGBl römisch eins 2001/48 Anwendung, weil der Vertrag vor dem 1. 1. 2002 geschlossen wurde. Hervorzuheben sind die Bestimmungen der Paragraphen 1167,, 1168 und 1168a ABGB (alte Fassung). Das Erstgericht hat die hiezu ergangene Rechtsprechung in ihren Grundzügen zutreffend dargestellt. Demnach gehört zwar auch der Baugrund zum „Stoff" im Sinn des Paragraph 1168, ABGB, sodass das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers fällt, wobei jedoch eine abweichende Vereinbarung beachtlich ist. Ungeachtet dessen trifft den Unternehmer eine Warnpflicht. Stellt der Besteller dem Werkunternehmer Gutachten bei, sind deren Mängel grundsätzlich der Bestellersphäre zuzurechnen. Den Unternehmer trifft aber das volle Risiko unrichtiger Gutachten, wenn er diese Gefahr vertraglich übernommen hat. Abgesehen davon besteht die Warnpflicht des Unternehmers auch bei offenbarer Unrichtigkeit der Anweisungen des Werkbestellers. Ihm obliegt die vertragliche Kontrollpflicht nach den Grundsätzen des Paragraph 1168 a, ABGB. Nicht jedes blinde Vertrauen des Werkunternehmers in die Planungen und Anweisungen des Werkbestellers ist geschützt. Das Ausmaß der Pflicht zur Überprüfung der Richtigkeit der Angaben und Anweisungen des Werkbestellers richtet sich nach den Fachkenntnissen, die der Werkunternehmer zu vertreten hat und nach der Zumutbarkeit der Durchführung von Prüfungsmaßnahmen vergleiche Thaler, Rechtsprechungsübersicht Baugrundrisiko, ecolex 2001, 192 mwN). Misslingt das Werk aus Gründen, die im Bereich des Unternehmers liegen, ist kein Werklohn zu bezahlen. Dem Besteller werden zwar keine Gewährleistungsansprüche zuerkannt, wenn der von ihm beigestellte Stoff, wozu auch Grund und Boden gehört (RIS-Justiz RS0021763), ungeeignet oder seine Anweisungen unrichtig waren, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht nachgekommen ist oder für ihn keine Warnpflicht bestand. Verletzt der Unternehmer seine Warnpflicht, verliert er den Anspruch auf Entgelt und ist überdies verpflichtet, den weiteren Schaden zu ersetzen (RIS-Justiz RS0022124). Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn den Warnpflichten entsprochen worden wäre. Ist die Unmöglichkeit der Werkleistung dem Werkunternehmer zuzurechnen (Verletzung der Warnpflicht) und trifft den Werkbesteller daran ein Mitverschulden, ist der Entgeltanspruch des Unternehmers entsprechend der Mitverschuldensquote zu minderen (10 Ob 205/01x = SZ 2002/23 mwN). Die Warnpflicht des Unternehmers dem Besteller gegenüber besteht auch dann, wenn sich erst im Zuge der Arbeiten herausstellt, dass ein zunächst unbekannter Fehler tatsächlich vorliegt. Der Unternehmer muss alle Maßnahmen treffen, um den Fehler unwirksam zu machen oder, wenn das besondere Kosten verursacht oder nicht aussichtsreich ist, den Besteller von den Fehlern und dessen Folgen in Kenntnis setzen. Dem Besteller bleibt es überlassen, von der Ausführung des Werks abzusehen, seine Anweisungen abzuändern oder zurückzuziehen (RIS-Justiz RS0021741).

Eine abschließende Entscheidung über die wechselseitigen Ansprüche der Streitteile ist bei Bedachtnahme auf diese werkvertraglichen Grundsätze nach den bisherigen Feststellungen des Erstgerichts, die teils wirksam bekämpft wurden und teils zu Recht als unvollständig in dem Sinn, dass auf wesentliche Einwände des Beklagten nicht eingegangen wurde, gerügt wurden, derzeit nicht möglich.

Es ist zwar richtig, dass eine Rechtsrüge nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt ist, wenn nicht dargelegt wird, aus welchen Gründen - ausgehend vom festgestellten Sachverhalt - die rechtliche Beurteilung der Sache durch die Vorinstanz unrichtig erscheint (RIS-Justiz RS0043603). Wurden aber zu bestimmten, von den Parteien schon im erstinstanzlichen Verfahren aufgeworfenen Fragen überhaupt keine Feststellungen getroffen, liegen sekundäre Feststellungsmängel aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung vor. Die Geltendmachung solcher Feststellungsmängel ist der Rechtsrüge zuzuordnen. Schon deshalb liegt hier eine gesetzmäßig ausgeführte Rechtsrüge vor (10 ObS 330/91). Die der Überschrift „zur Frage der unrichtigen rechtlichen Beurteilung" folgenden Berufungsausführungen über die Verletzung der Prüf-, Warn- und Hinweispflichten der Klägerin sind im Zusammenhang mit der Geltendmachung sekundärer Feststellungsmängel zu sehen. Die Frage, ob nach dem gründungstechnischen Gutachten die problematische Bodenbeschaffenheit und die Notwendigkeit besonderer

Maßnahmen der Wasserhaltung und Sicherung der Baugrube vor der Auftragserteilung für die Klägerin erkennbar oder nicht erkennbar war, ist letztlich eine Rechtsfrage, die vom konkreten Sachverhalt abhängt, der hier aber nur unvollständig festgestellt wurde. Nach den zusammenfassenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen war für einen einschlägigen Fachmann wie die Klägerin sehr wohl erkennbar, dass das gründungstechnische Gutachten, das der Klägerin vom Beklagten präsentiert wurde, oberflächlich verfasst und überprüfungsbedürftig war. Dies macht die Berufung auch in rechtlicher Hinsicht geltend, wurde darin doch insbesondere auf die zusammenfassenden Ausführungen des Sachverständigen verwiesen. Das Erstgericht hat zwar allgemein Rechtsfragen zur Frage der Verantwortung für die Bodenbeschaffenheit bei einem zu errichtenden Bauwerk und für die Unrichtigkeit vom Besteller beigeschaffter Gutachten angestellt, doch lässt sich noch nicht abschließend beurteilen, ob die daraus vom Erstgericht für den konkreten Fall abgeleiteten Rechtsfolgen zutreffen.

Beizupflichten ist dem Berufungsgericht darin, dass der Einwand der mangelnden Fälligkeit des Werklohns unberechtigt ist, strebt doch der Beklagte eine Mängelbehebung durch die Klägerin gar nicht an. Über das Klagebegehren, soweit es die Kosten der P***** GmbH, deren Ersatz der Beklagte (zunächst) zugesagt hat, und die Mieten (Benützungsentgelte) für die Spundwandbohlen umfasst, ist schon deshalb noch nicht abschließend abzusprechen, weil (auch insoweit) Gegenforderungen erhoben wurden, die der Beklagte im Gegensatz zur Ansicht der Vorinstanzen sowohl dem Grund als auch der Höhe nach entsprechend konkretisiert hat. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass die Berufung zu den vom Erstgericht verneinten Gegenforderungen keinerlei Ausführungen enthalte, sodass auch insoweit die Berufung erfolglos bleiben müsse, beachten nicht, dass die Rüge der Berufung zur mangelhaften Sachverhaltsfeststellung auch die eingewendeten Gegenforderungen, die nach dem Prozessstandpunkt des Beklagten auf eine fehlerhafte Leistungserbringung und auf schuldhafte Warnpflichtverletzungen der Klägerin zurückzuführen seien, umfassen. Dass dem Beklagten Gegenforderungen zustünden, hat er bereits in seiner Klagebeantwortung behauptet und hiefür auch Beweise angeboten. Der Höhe nach wurden die eingewendeten Gegenforderungen im Verlauf des Verfahrens - wie aus der einleitenden Wiedergabe des wechselweisen Parteienvorbringens ersichtlich - konkretisiert.

Zunächst ist aber die nach wie vor strittige Frage entscheidend, in welchem Umfang die Klägerin die Haftung für das Baugrundrisiko übernommen hat. Mit der diesbezüglichen Tatsachenrüge hat sich das Berufungsgericht aus unzutreffenden Gründen nicht sachlich auseinandergesetzt. Es ist auch zweckmäßig, dass das Berufungsgericht zunächst die weiteren Feststellungen, die aus dem Berufungsgrund der unrichtigen Beweiswürdigung bekämpft wurden, einer Prüfung unterzieht. Die Rechtssache ist daher an das Berufungsgericht (und nicht sogleich an das Erstgericht) zur Behandlung der Beweisrügen zurückzuverweisen. Umfangreichere fallbezogene Rechtsausführungen zur Frage der Haftung der Klägerin als Werkunternehmerin sind aufgrund der Unabsehbarkeit, von welcher Sachverhaltsgrundlage letztlich auszugehen sein wird, derzeit nicht möglich.

Die Entscheidung über den Kostenvorbehalt beruht auf§ 52 Abs 1 ZPO.Die Entscheidung über den Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Textnummer

E77355

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0060OB00274.04V.0519.000

Im RIS seit

18.06.2005

Zuletzt aktualisiert am

23.04.2012

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