jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 1997/10/29 6Ob233/97a

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.10.1997

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag.Engelmaier als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kellner, Dr.Schiemer, Dr.Prückner und Dr.Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Firma Josef N*****, vertreten durch Dr.Klaus Dengg, Rechtsanwalt in Zell am Ziller, wider die beklagte Partei Karl C*****, vertreten durch Dr.Josef Klaunzer und Dr.Alfons Klaunzer, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 315.121,80 S, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 25. April 1997, GZ 4 R 53/97v-34, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 16.Dezember 1996, GZ 10 Cg 206/95z-28, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 9.900,-- S (darin 1.650,-- S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger verfügt unter anderem über eine Gewerbeberechtigung zur Durchführung von Erdarbeiten und ist zu Mauererrichtungen befugt. Er errichtete 1992 im Auftrag des beklagten Bauherrn auf dessen Grundstück eine 8 m hohe Stützmauer, die einen Parkplatz gegen einen Berghang stützen sollte. Bodenuntersuchungen wurden nicht vorgenommen. Die Mauer wurde in Trockenbauweise (Trockensteinschlichtung) hergestellt. Die Arbeiten waren am 9.10.1992 beendet. Die Parteien hatten zunächst einen Preis von 1.000 S netto je Quadratmeter Mauerfläche vereinbart, sich jedoch am 10.10.1992 dahin geeinigt, daß der Beklagte für die Mauer 265.000 S bezahle. Der Beklagte bezahlte 215.000 S. Schon bei Auftragserteilung hatte er dem Kläger 30.000 S bezahlt.

Am 23.11.1992 kam es nach Niederschlägen zu einer Mauersenkung. Bei einer Besprechung an Ort und Stelle forderte der Beklagte die Sanierung der Mauer. Der Kläger äußerte seine Meinung, daß der Beklagte nur die Mehrkosten zu bezahlen habe, die durch die Sanierung der Mauer mit Trockenbeton und Einkornbeton entstehen würden. Der Kläger trug die Mauer teilweise ab. Für die Neuerrichtung wurde ein Fundament mit Einkornbeton hergestellt. Darauf wurde das sogenannte Zyklopenmauerwerk errichtet, wobei im unteren Mauerbereich unter Verwendung von Einkornbeton eine Verfugung durchgeführt wurde. Weiters wurde vom Kläger auch das Bachbett des in unmittelbarer Nähe zur Mauer befindlichen Baches ausgekleidet. Die sanierte Mauer ist standfest. Der Kläger legte im März 1993 eine

Rechnung. Diese wies für die Errichtung der ursprünglichen Mauer einen Nettobetrag von 269.261,84 S und für die Sanierung einen Nettobetrag von 239.173,04 S aus, zusammen also 508.434,84 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, was einen Bruttobetrag von 610.121,80 S ergab.

Der Kläger begehrt mit der am 21.9.1995 beim Erstgericht eingelangten Klage 365.121,80 S (eingeschränkt wegen einer im Prozeß erfolgten Zahlung von 50.000 S auf 315.121,80 S: S 3 zu ON 20) und brachte dazu im wesentlichen vor:

Der Auftrag sei ohne Vereinbarung eines Pauschal- oder Fixpreises erteilt worden. Am 23.11.1992 sei ein Wasseraustritt am Fuß der hergestellten Stützmauer festgestellt worden. Ursache hiefür sei eine wasserführende Bodenschicht (im Hang) gewesen. Die Wasserführung sei für den Kläger nicht erkennbar gewesen. Der Beklagte habe auf wasserführende Bodenschichten nicht hingewiesen. Das Baugrundrisiko (Bodenrisiko) treffe den Werkbesteller. Der Kläger habe an Ort und Stelle darauf hingewiesen, daß der Beklagte die Mehrkosten der Sanierung unter Verwendung von Einkornbeton tragen müsse. Der Beklagte habe den Kläger mit der notwendigen Sanierung beauftragt. Der Kläger stützte seinen Anspruch auf den Werkvertrag, Schadenersatz und Bereicherungsrecht. § 1170a ABGB sei mangels eines Kostenvoranschlags nicht anwendbar. Eine Überschreitung der (ursprünglichen) Kosten sei überdies offensichtlich gewesen.Der Auftrag sei ohne Vereinbarung eines Pauschal- oder Fixpreises erteilt worden. Am 23.11.1992 sei ein Wasseraustritt am Fuß der hergestellten Stützmauer festgestellt worden. Ursache hiefür sei eine wasserführende Bodenschicht (im Hang) gewesen. Die Wasserführung sei für den Kläger nicht erkennbar gewesen. Der Beklagte habe auf wasserführende Bodenschichten nicht hingewiesen. Das Baugrundrisiko (Bodenrisiko) treffe den Werkbesteller. Der Kläger habe an Ort und Stelle darauf hingewiesen, daß der Beklagte die Mehrkosten der Sanierung unter Verwendung von Einkornbeton tragen müsse. Der Beklagte habe den Kläger mit der notwendigen Sanierung beauftragt. Der Kläger stützte seinen Anspruch auf den Werkvertrag, Schadenersatz und Bereicherungsrecht. Paragraph 1170 a, ABGB sei mangels eines Kostenvoranschlags nicht anwendbar. Eine Überschreitung der (ursprünglichen) Kosten sei überdies offensichtlich gewesen.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Dem Kläger sei die Bodeneigenschaft bekannt gewesen, sie hätte ihm auch bekannt sein müssen. Der Kläger habe die Warnpflicht des Unternehmers verletzt. Er hätte sich über die Bodenbeschaffenheit erkundigen und Bodenuntersuchungen einholen müssen. Er hätte erkennen müssen, daß eine Fundamentierung der Mauer vor allem wegen des angrenzenden Gebirgsbaches erforderlich sei. Er hätte Drainagen legen können. Mit einer "Wassergefahr" sei "bergwärts" immer zu rechnen. Der Kläger habe die Bodenbeschaffenheit schon deshalb gekannt, weil er vor der Mauererrichtung Aushubarbeiten am Grundstück des Beklagten bei der Errichtung des Hauses durchgeführt habe. Zunächst hätten die Parteien zwar eine Verrechnung "nach Regie", dann aber einen Pauschalpreis vereinbart. Der Beklagte habe keinen Zusatzauftrag erteilt, er könne die kostenlose Verbesserung im Rahmen der Gewährleistung verlangen. Er fechte den Vertrag wegen Irrtums aus dem Grund an, daß der Kläger über keine Gewerbeberechtigung zum Errichten von Mauern verfüge. Die hergestellte betonierte Mauer stelle gegenüber der vereinbarten Mauererrichtung durch Trockensteinschlichtung ein aliud dar. Der Kostenvoranschlag sei überschritten worden. In der getroffenen Pauschalpreisvereinbarung liege ein Verzicht auf Einzelabrechnung. Insoweit die Klage nicht auf den Werkvertrag gestützt werde, liege Verjährung vor (S 4 zu ON 20). Um den vom Kläger nun verlangten Betrag hätte der Beklagte eine Mauer mit wesentlich "höherem technischen und optischen Standard" erhalten können. Wenn nur ein solches Werk zur Erreichung der Standfestigkeit erforderlich sei, werde die Wandelung des Werkvertrags begehrt (S 6 in ON 19).

Das Erstgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 181.925,50 S und wies das Mehrbegehren von 133.196,30 S unangefochten ab. Es sprach auch die den gesetzlichen Zinsfuß übersteigenden Zinsen zu. Es stellte neben dem eingangs schon wiedergegebenen Sachverhalt im wesentlichen folgendes fest (S 3 f und S 8 bis 18 in ON 28):

Beim Ortsaugenschein am 27.11.1992 sei in ca 3 m Tiefe eine wasserführende Bodenschicht festgestellt worden. Diese sei auch Ursache für die Verformung der Hangstützmauer gewesen (vom Erstgericht als nicht bestrittener Sachverhalt auf S 3 in ON 28 wiedergegeben). Der Kläger sei anläßlich des Hausbaus des Beklagten darauf aufmerksam gemacht worden, daß der Erdaushub für das Haus "rundherum" angelegt worden sei. Der Kläger sei darauf hingewiesen worden, daß er beim Setzen der Mauer aufpassen müsse, daß er auf gewachsenen Boden komme. Er habe vor Beginn der Bauarbeiten gewußt, daß es bei der Einfahrt des Hauses des Beklagten zu Problemen mit Oberflächenwasser gekommen sei. Von wasserführenden Adern im Boden habe der Kläger nichts gewußt. Der Beklagte habe sich 1990 beim Kläger erkundigt, wie ein Parkplatz beim Haus vergrößert werden könne. Es seien eine Hangmauer, die Steinschlichtung oder ähnliches zur Diskussion gestanden. Die Parteien hätten sich auf eine Mauererrichtung in Form

der Trockensteinschlichtung geeinigt. Die Mauer hätte 1.000 S netto pro Quadratmeterfläche kosten sollen. Dies sei dem Beklagten zunächst zuviel gewesen. Der Kläger habe ihm erklärt, wenn der Auftrag "in Regie" erteilt werde, könne das Projekt billiger werden. Der Beklagte habe gewußt, daß der Kläger Steinmauern herstelle, nicht aber, daß hiefür eine Berechtigung nötig sei. Der Beklagte hätte den Auftrag jedenfalls auch dann erteilt, wenn er gewußt hätte, daß der Kläger keine gewerberechtliche Genehmigung habe, die Mauer auch unter Verwendung von Beton aufzustellen. Der Beklagte habe dem Kläger keinen Auftrag erteilt, wie die Mauer technisch zu errichten sei. Er habe sich auf den Kläger verlassen. Von wasserführenden Schichten im Hang sei keine Rede gewesen. Der Beklagte habe einen "Regieauftrag" erteilt. Die Stunden des Baggerfahrers, der LKW-Fuhren und die übrigen Leistungen sollten einzeln abgerechnet werden. Nach Auftragserteilung habe der Beklagte dem Kläger 30.000 S bar übergeben. Der Kläger habe die Hangstützmauer in einem steilen, nach Nordwesten abfallenden Gelände errichtet. Wie die Mauer fundiert worden sei, sei nicht feststellbar. Nach der Fundierung sei sie jedenfalls in Trockenbauweise errichtet worden. Das dahinter gelegene Gelände sei zu einem vergrößerten Parkplatz aufgeschüttet worden. Die Arbeiten seien am 9.10.1992 beendet gewesen. Am 10.10.1992 hätten sich die Parteien darüber geeinigt, daß mit der Zahlung von 265.000 S die gesamte Mauer bezahlt sein sollte. Eine Rechnung hätte nur über 50.000 S ausgestellt werden sollen. Der Beklagte habe am 10.10.1992 215.000 S an die Gattin des Klägers gezahlt. Zum Zeitpunkt der Errichtung der Mauer im Spätsommer 1992 sei vom Kläger kein Hangwasser bemerkt worden. Es habe sich um ein außerordentlich trockenes Sommerhalbjahr gehandelt. Nach Beginn der ersten Niederschlagsereignisse Mitte November 1992 seien Verformungen an der Stützmauer bemerkt worden. Offensichtlich nicht beherrschtes Wasser sei am Fuß der Stützmauer ausgetreten. Das Zyklopenmauerwerk sei nicht dicht verfugt gewesen. Es sei im Prinzip geeignet, einsickernde Wässer nach unten durchzulassen. Beim Verdichten des Mauerwerkes könne es aber sein, daß es so dichte Bodenverhältnisse ergebe, daß das Wasser an verschiedenen, weniger verdichteten Stellen verstärkt herauskomme. Dies könne schädliche Einflüsse hervorrufen, entweder durch Erosion oder durch Suppression (Ausschwemmungen). Schließlich sei noch die Gefahr des Frostes gegeben. Liegengebliebenes Wasser könne frieren, Steine anheben und dadurch Gleiteffekte hervorrufen, wodurch ein Stein nach außen geschoben werden könne. Im gegenständlichen Fall sei nicht feststellbar, was der Grund dafür sei, daß es zu einer Setzung der Mauer gekommen sei. Vor den Setzungserscheinungen habe es sehr starke Niederschläge gegeben. Der Kläger habe gemeinsam mit einem Sachverständigen die Mauer besichtigt und beratschlagt, was zur Sanierung der Mauer gemacht werden könne. Es sei zu einer Besprechung an Ort und Stelle zwischen dem Kläger und dem Beklagten und einem von diesem beigezogenen Sachverständigen gekommen. Der Kläger habe gemeint, daß die Sanierung (gemeint in finanzieller Hinsicht) eine recht einfache Sache sei. Er habe erklärt, er würde die Mauer mit Trockenbeton und Einkornbeton von Grund auf erneuern. Der Kläger habe gemeint, der Beklagte müsse die Mehrkosten, die dabei entstehen würden, bezahlen. Dies allerdings nur hinsichtlich des Betons, der neu benötigten Steine und hinsichtlich jener Mehrarbeiten, die dadurch entstehen würden, daß mehr Steine verarbeitet werden müßten. Nicht verrechnet hätten die Kosten für die Freilegung der Mauer und die Neuerrichtung der Mauer sollen. Der Beklagte habe nur geäußert, daß der Kläger schauen müsse, daß die Mauer wieder in Ordnung gebracht werde. Der Kläger habe die Zyklopenmauer teilweise abgetragen und die Wiederherstellungsarbeiten im Zeitraum vom 23.11. bis 18.12.1992 durchgeführt. Als Fundamentbeton sei diesmal Einkornbeton verwendet worden. Darauf sei wieder das Zyklopenmauerwerk aufgeführt worden, diesmal mit einer Verfugung im unteren Mauerbereich, dies ebenfalls mit Einkornbeton. Die notwendigen Unterfüllungs- und Entwässerungsarbeiten seien durchgeführt worden. Als zusätzliche Leistung sei der nordseitige, am Mauerfuß verlaufende Nebenbach des Rohrerbachs auf eine Länge von 11 m und eine Breite von 4 m mit Steinen auf Betonunterlage verbaut worden. Nach Wiedererrichtung des Zyklopenmauerwerks auf die ursprüngliche Höhe seien in weiterer Folge die Säulen für den Jägerzaun neu gebohrt und versetzt worden. Über Ratschlag eines Sachverständigen sei auch das Bachbett ausgekleidet worden. Die Eigentumsverhältnisse am Bachbett seien nicht feststellbar. Der Beklagte habe nicht angeordnet, daß das Bachbett ausbetoniert werde. Er sei allerdings dabei gewesen, als diese Maßnahme auf der Baustelle erörtert und für zweckentsprechend gehalten worden sei. Dazu habe sich der Beklagte nicht geäußert. Am 5.3.1993 habe der Kläger eine in zwei Teile aufgespaltene Rechnung gelegt. Diese enthalte für die "erste Mauer" einen Nettobetrag von 269.261,84 S und für die Sanierungsarbeiten einen Betrag von 239.173,04 S netto. Die Rechnung habe insgesamt einen Nettobetrag von 508.434,84 S und einen Bruttobetrag von 610.121,80 S ausgewiesen. Unter Berücksichtigung der Zahlungen von 245.000 S habe sich ein restlicher offener Betrag von 365.121,80 S ergeben.

Wenn der Kläger die Mauer bereits beim ersten Versuch in fachlich richtiger Ausführung errichtet hätte, wären auf der

Preisbasis 1992 Kosten in der Höhe von 521.351,46 S entstanden. Von diesen Gesamtkosten seien der Fundamentaushub von 40,35 m3, Fundamentbeton im Ausmaß von 40,35 m3, 100 m3 Einkornbeton für die Vermauerung und 40,80 m2 für das Auskleiden des Bachbettes, insgesamt also Kosten von 154.271,24 S netto für die notwendigen Sanierungsarbeiten angefallen. Im Zuge der Sanierung seien auch Hofsinkkästen samt Entwässerungsleitungen zu einem Pauschalbetrag von 14.000 S eingebaut worden. Diese seien anläßlich der Errichtung der ersten Mauer nicht eingebaut gewesen. Die Mauer sei nunmehr gegenüber der ursprünglichen Mauer qualitativ höherwertig. Das Fundament bestehe aus Einkornbeton und die Mauer sei bis zu einer gewissen Höhe mit Beton ausgefugt worden, was auch optisch bemerkbar sei. Der Kläger habe für die Zeit vom 5.3.1993 bis 5.1.1996 Bankkredite mit unterschiedlichen Zinssätzen in Anspruch genommen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im wesentlichen aus:

Die Parteien hätten einen Werkvertrag geschlossen. Gemäß § 1170 ABGB müsse der Beklagte das Entgelt entrichten. Die Parteien hätten nichts näheres vereinbart, in welcher Art und Weise die in Rede stehende Trockensteinschlichtungsmauer zu errichten wäre. Der Beklagte habe sich auf den Kläger als Sachverständigen verlassen können. Die Parteien hätten vereinbart, daß die Abrechnung nach Regie und tatsächlichem Aufwand erfolgen solle. Damit sei der Mehraufwand nicht vom Pauschalpreis umfaßt gewesen. Der entstandene Mehraufwand hätte jedenfalls auch dann aufgewendet werden müssen, wenn bereits die "erste" Mauer sach- und fachgerecht wie in der nunmehr vorliegenden Weise errichtet worden wäre. Zu diesem Ergebnis käme man auch bei Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze. Aus technischer Sicht sei es notwendig gewesen, die Mauer so aufzustellen, wie sie sich nunmehr darstelle. Der Kläger (gemeint: der Beklagte) sei daher tatsächlich um jene Kosten bereichert, wie sie für die qualitativ bessere Errichtung der Mauer erforderlich gewesen seien. Der Ansicht, daß dem Beklagten ein aliud geliefert worden wäre, könne nicht gefolgt werden. Der Beklagte habe dem genau definierten Sanierungsvorschlag des Klägers nicht widersprochen. Ein solcher Widerspruch wäre jedoch zu erheben gewesen, wenn der Beklagte mit einer mit Beton ausgefugten Mauer nicht einverstanden gewesen wäre. Die Klageforderung sei nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist habe erst mit Abschluß der Sanierungsarbeiten zu laufen begonnen. Der Kläger habe Anspruch auf den vereinbarten Pauschalpreis für die Errichtung der ersten Mauer und auf Ersatz jener Kosten, die erforderlich gewesen seien, um die Mauer in der nunmehr hergestellten Qualität aufzustellen. Die Mehrleistungen inclusive der Hofsinkkästen hätten 168.271,25 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, zusammen also 201.925,50 S ausgemacht. Von den beiden genannten Beträgen seien die Zahlungen des Beklagten in Abzug zu bringen. Der Beklagte befinde sich in Zahlungsverzug. Die Forderung sei nach Rechnungslegung sofort fällig geworden.Die Parteien hätten einen Werkvertrag geschlossen. Gemäß Paragraph 1170, ABGB müsse der Beklagte das Entgelt entrichten. Die Parteien hätten nichts näheres vereinbart, in welcher Art und Weise die in Rede stehende Trockensteinschlichtungsmauer zu errichten wäre. Der Beklagte habe sich auf den Kläger als Sachverständigen verlassen können. Die Parteien hätten vereinbart, daß die Abrechnung nach Regie und tatsächlichem Aufwand erfolgen solle. Damit sei der Mehraufwand nicht vom Pauschalpreis umfaßt gewesen. Der entstandene Mehraufwand hätte jedenfalls auch dann aufgewendet werden müssen, wenn bereits die "erste" Mauer sach- und fachgerecht wie in der nunmehr vorliegenden Weise errichtet worden wäre. Zu diesem Ergebnis käme man auch bei Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze. Aus technischer Sicht sei es notwendig gewesen, die Mauer so aufzustellen, wie sie sich nunmehr darstelle. Der Kläger (gemeint: der Beklagte) sei daher tatsächlich um jene Kosten bereichert, wie sie für die qualitativ bessere Errichtung der Mauer erforderlich gewesen seien. Der Ansicht, daß dem Beklagten ein aliud geliefert worden wäre, könne nicht gefolgt werden. Der Beklagte habe dem genau definierten Sanierungsvorschlag des Klägers nicht widersprochen. Ein solcher Widerspruch wäre jedoch zu erheben gewesen, wenn der Beklagte mit einer mit Beton ausgefugten Mauer nicht einverstanden gewesen wäre. Die Klageforderung sei nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist habe erst mit Abschluß der Sanierungsarbeiten zu laufen begonnen. Der Kläger habe Anspruch auf den vereinbarten Pauschalpreis für die Errichtung der ersten Mauer und auf Ersatz jener Kosten, die erforderlich gewesen seien, um die Mauer in der nunmehr hergestellten Qualität aufzustellen. Die Mehrleistungen inclusive der Hofsinkkästen hätten 168.271,25 S zuzüglich 20 % Umsatzsteuer, zusammen also 201.925,50 S ausgemacht. Von den beiden genannten Beträgen seien die Zahlungen des Beklagten in Abzug zu bringen. Der Beklagte befinde sich in Zahlungsverzug. Die Forderung sei nach Rechnungslegung sofort fällig geworden.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Es übernahm die erstinstanzlichen Feststellungen und beurteilte diese rechtlich im wesentlichen wie folgt:

Die Berechtigung des Begehrens für den Mehraufwand des Klägers hänge davon ab, wen das Risiko dafür treffe, daß sich die Bodenverhältnisse anders darstellten, als der Kläger habe erwarten dürfen. Nach der im § 1168 Abs 1 ABGB normierten Risikoverteilung falle das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers. Dadurch bedingte Mehrkosten seien zu ersetzen, wenn die Ursachen für den Auftragnehmer nicht vorhersehbar gewesen seien. Für den Kläger sei zum Zeitpunkt der Errichtung der ersten Mauer schon aufgrund des trockenen Sommers die Möglichkeit des Auftretens von Bodenwasser an der festgestellten Stelle nicht vorhersehbar gewesen. Zu besonderen, nicht üblichen Prüfungen oder Untersuchungen sei der Kläger nicht verpflichtet gewesen. Ein Verstoß des Klägers gegen die Warnpflicht (§ 1168a ABGB) sei vom Beklagten nie behauptet worden. Plötzliche Veränderungen des Baugrundes seien unabwendbare Ereignisse. Der Auftraggeber habe das Risiko der Beschädigung und Zerstörung von Bauleistungen zu tragen. Damit habe der Kläger, auch wenn bezüglich der Kosten der ersten Mauer eine Pauschalpreisvereinbarung getroffen worden sei, Anspruch auf Ersatz des Mehr- bzw Sanierungsaufwandes. Diesen Sanierungsaufwand habe das Erstgericht mit 201.925,50 S brutto festgestellt. Dem Kläger gebühre für den weiteren Aufwand ein angemessenes Entgelt. Auch der Preis, auf den sich die Streitteile für die ursprüngliche Mauer geeinigt hätten, sei ein angemessener, nämlich ortsüblicher, gewesen. Die Miteinbeziehung dieses vereinbarten Preises in die Berechnung des Mehraufwandes, wie dies das Erstgericht vorgenommen habe, sei "systemkonform". Der Beklagte habe auch die Kosten für die Verbauung des Bachbettes zu tragen. Diese Sanierungsmaßnahme sei besprochen worden. Der Beklagte habe nicht widersprochen. Darin liege eine konkludente Annahme des Offerts des Klägers. Bloßes Schweigen habe zwar grundsätzlich keinen Erklärungswert. Hier hätte der Beklagte aber nach der Übung des redlichen Verkehrs reden müssen. Da der Anspruch des Klägers ohnehin ein Werklohnanspruch sei, gehe der Verjährungseinwand des Beklagten (dieser hatte den Verjährungseinwand erst zu dem im Zuge des Verfahrens erfolgten ergänzenden Parteivorbringen des Klägers über die Rechtsgründe des Schadenersatzes und der Bereicherung erhoben) ins Leere. Der Zahlungsverzug des Beklagten sei als grob fahrlässig zu werten.Die Berechtigung des Begehrens für den Mehraufwand des Klägers hänge davon ab, wen das Risiko dafür treffe, daß sich die Bodenverhältnisse anders darstellten, als der Kläger habe erwarten dürfen. Nach der im Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB normierten Risikoverteilung falle das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers. Dadurch bedingte Mehrkosten seien zu ersetzen, wenn die Ursachen für den Auftragnehmer nicht vorhersehbar gewesen seien. Für den Kläger sei zum Zeitpunkt der Errichtung der ersten Mauer schon aufgrund des trockenen Sommers die Möglichkeit des Auftretens von Bodenwasser an der festgestellten Stelle nicht vorhersehbar gewesen. Zu besonderen, nicht üblichen Prüfungen oder Untersuchungen sei der Kläger nicht verpflichtet gewesen. Ein Verstoß des Klägers gegen die Warnpflicht (Paragraph 1168 a, ABGB) sei vom Beklagten nie behauptet worden. Plötzliche Veränderungen des Baugrundes seien unabwendbare Ereignisse. Der Auftraggeber habe das Risiko der Beschädigung und Zerstörung von Bauleistungen zu tragen. Damit habe der Kläger, auch wenn bezüglich der Kosten der ersten Mauer eine Pauschalpreisvereinbarung getroffen worden sei, Anspruch auf Ersatz des Mehr- bzw Sanierungsaufwandes. Diesen Sanierungsaufwand habe das Erstgericht mit 201.925,50 S brutto festgestellt. Dem Kläger gebühre für den weiteren Aufwand ein angemessenes Entgelt. Auch der Preis, auf den sich die Streitteile für die ursprüngliche Mauer geeinigt hätten, sei ein angemessener, nämlich ortsüblicher, gewesen. Die Miteinbeziehung dieses vereinbarten Preises in die Berechnung des Mehraufwandes, wie dies das Erstgericht vorgenommen habe, sei "systemkonform". Der Beklagte habe auch die Kosten für die Verbauung des Bachbettes zu tragen. Diese Sanierungsmaßnahme sei besprochen worden. Der Beklagte habe nicht widersprochen. Darin liege eine konkludente Annahme des Offerts des Klägers. Bloßes Schweigen habe zwar grundsätzlich keinen Erklärungswert. Hier hätte der Beklagte aber nach der Übung des redlichen Verkehrs reden müssen. Da der Anspruch des Klägers ohnehin ein Werklohnanspruch sei, gehe der Verjährungseinwand des Beklagten (dieser hatte den Verjährungseinwand erst zu dem im Zuge des Verfahrens erfolgten ergänzenden Parteivorbringen des Klägers über die Rechtsgründe des Schadenersatzes und der Bereicherung erhoben) ins Leere. Der Zahlungsverzug des Beklagten sei als grob fahrlässig zu werten.

Das Berufungsgericht sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. In der Frage der Verteilung des Bodenrisikos sei der ständigen Judikatur gefolgt worden.

Mit seiner außerordentlichen Revision beantragt der Beklagte die Abänderung dahin, daß die Klage abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt mit der ihm freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen; hilfsweise wird beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, jedoch nicht berechtigt.

Der Beklagte releviert nicht mehr die von den Vorinstanzen verworfenen oder gar nicht behandelten Einwendungen der Vertragsanfechtung wegen Irrtums, der Wandlung aus dem Grund der Werkherstellung in Form eines aliuds sowie der Verjährung. Er wiederholt nur zum Grund des Anspruchs des Klägers seinen Standpunkt, daß den Kläger das Bodenrisiko wegen der Verletzung der Warnpflicht des Unternehmers treffe. Dazu sei der Kläger behauptungs- und beweispflichtig. Zu den zu diesem Thema getroffenen Feststellungen verweist der Revisionswerber auf die Negativfeststellung des Erstgerichtes, daß der Grund der Mauersetzung nicht feststellbar sei (S 12 in ON 28) und rügt eine Verletzung des Gebots des § 488 Abs 4 ZPO durch das Berufungsgericht, insoweit dieses vom Bodenwasser als Setzungsursache ausgegangen sei. Zu diesem Revisionsvorbringen ist folgendes auszuführen:Der Beklagte releviert nicht mehr die von den Vorinstanzen verworfenen oder gar nicht behandelten Einwendungen der Vertragsanfechtung wegen Irrtums, der Wandlung aus dem Grund der Werkherstellung in Form eines aliuds sowie der Verjährung. Er wiederholt nur zum Grund des Anspruchs des Klägers seinen Standpunkt, daß den Kläger das Bodenrisiko wegen der Verletzung der Warnpflicht des Unternehmers treffe. Dazu sei der Kläger behauptungs- und beweispflichtig. Zu den zu diesem Thema getroffenen Feststellungen verweist der Revisionswerber auf die Negativfeststellung des Erstgerichtes, daß der Grund der Mauersetzung nicht feststellbar sei (S 12 in ON 28) und rügt eine Verletzung des Gebots des Paragraph 488, Absatz 4, ZPO durch das Berufungsgericht, insoweit dieses vom Bodenwasser als Setzungsursache ausgegangen sei. Zu diesem Revisionsvorbringen ist folgendes auszuführen:

Der Kläger hat schon in der Klage auf wasserführende Bodenschichten als Setzungsursache hingewiesen. Die Existenz solcher Schichten hat der Beklagte im Verfahren erster Instanz auch gar nicht bestritten, sondern nur eingewendet, daß dem Kläger die Bodeneigenschaft bekannt gewesen sei oder zumindest bekannt hätte sein müssen und daß der Kläger im Rahmen seiner Warnpflicht den Beklagten darauf hinzuweisen gehabt hätte. Unter den Voraussetzungen des § 267 Abs 1 ZPO bedürfen auch nur schlüssig als richtig zugestandene Tatsachen keines Beweises. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein bloß unsubstantiiertes Bestreiten des ausreichenden gegnerischen Vorbringens als Geständnis anzusehen, wenn genügend Indizien für ein solches Geständnis sprechen (SZ 66/59 ua). Solche Indizien lagen hier durchaus vor, machte doch der Beklagte selbst die nicht bestrittene Bodeneigenschaft zur Grundlage seiner Rechtsauffassung über die Verletzung der Warnpflicht des Unternehmers. Es begründet daher keinen Mangel des Berufungsverfahrens, wenn der schlüssig zugestandene Sachverhalt vom Berufungsgericht ohne nachprüfende Beweisaufnahme der Entscheidung zugrundegelegt wurde (5 Ob 151/95). Die erstmals in der Berufung (ON 30) vorgenommene Bestreitung wasserführender Schichten und deren Ursächlichkeit für den Sanierungsbedarf verstieß gegen das Neuerungsverbot. Daß wasserführende Bodenschichten als Schadensursache unstrittig feststehen, steht auch nicht im Widerspruch zu der vom Revisionswerber in den Vordergrund gerückten Negativfeststellung des Erstgerichtes, daß der Grund der Mauersenkung nicht feststellbar sei. Diese Negativfeststellung ist im Zusammenhang mit der unmittelbar vorangehenden weiteren Begründung des Erstgerichtes ganz offensichtlich nur dahin zu verstehen, daß weitere (zusätzliche und sekundäre) Schadensursachen darin liegen könnten, daß bei nicht verfugtem Zyklopenmauerwerk, das geeignet sei, einsickerndes Wasser nach unten durchzulassen, verschieden verdichtete Stellen zu einem verstärkten Wasseraustritt an bestimmten Stellen führen. Durch Erosion oder Ausschwemmungen oder Frost könnten Steine verschoben werden. Die Negativfeststellung bezog sich daher eindeutig nur darauf, daß nicht festgestellt werden könne, welcher der zuletzt angeführten drei Gründe die Mauersetzung bewirkt hat, setzte aber die Existenz wasserführender Schichten und eines Wasserabflusses durch die Mauer durchaus voraus.Der Kläger hat schon in der Klage auf wasserführende Bodenschichten als Setzungsursache hingewiesen. Die Existenz solcher Schichten hat der Beklagte im Verfahren erster Instanz auch gar nicht bestritten, sondern nur eingewendet, daß dem Kläger die Bodeneigenschaft bekannt gewesen sei oder zumindest bekannt hätte sein müssen und daß der Kläger im Rahmen seiner Warnpflicht den Beklagten darauf hinzuweisen gehabt hätte. Unter den Voraussetzungen des Paragraph 267, Absatz eins, ZPO bedürfen auch nur schlüssig als richtig zugestandene Tatsachen keines Beweises. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein bloß unsubstantiiertes Bestreiten des ausreichenden gegnerischen Vorbringens als Geständnis anzusehen, wenn genügend Indizien für ein solches Geständnis sprechen (SZ 66/59 ua). Solche Indizien lagen hier durchaus vor, machte doch der Beklagte selbst die nicht bestrittene Bodeneigenschaft zur Grundlage seiner Rechtsauffassung über die Verletzung der Warnpflicht des Unternehmers. Es begründet daher keinen Mangel des Berufungsverfahrens, wenn der schlüssig zugestandene Sachverhalt vom Berufungsgericht ohne nachprüfende

Beweisaufnahme der Entscheidung zugrundegelegt wurde (5 Ob 151/95). Die erstmals in der Berufung (ON 30) vorgenommene Bestreitung wasserführender Schichten und deren Ursächlichkeit für den Sanierungsbedarf verstieß gegen das Neuerungsverbot. Daß wasserführende Bodenschichten als Schadensursache unstrittig feststehen, steht auch nicht im Widerspruch zu der vom Revisionswerber in den Vordergrund gerückten Negativfeststellung des Erstgerichtes, daß der Grund der Mauersenkung nicht feststellbar sei. Diese Negativfeststellung ist im Zusammenhang mit der unmittelbar vorangehenden weiteren Begründung des Erstgerichtes ganz offensichtlich nur dahin zu verstehen, daß weitere (zusätzliche und sekundäre) Schadensursachen darin liegen könnten, daß bei nicht verfugtem Zyklopenmauerwerk, das geeignet sei, einsickerndes Wasser nach unten durchzulassen, verschieden verdichtete Stellen zu einem verstärkten Wasseraustritt an bestimmten Stellen führen. Durch Erosion oder Ausschwemmungen oder Frost könnten Steine verschoben werden. Die Negativfeststellung bezog sich daher eindeutig nur darauf, daß nicht festgestellt werden könne, welcher der zuletzt angeführten drei Gründe die Mauersetzung bewirkt hat, setzte aber die Existenz wasserführender Schichten und eines Wasserabflusses durch die Mauer durchaus voraus.

Zur Frage des Bodenrisikos und der damit zusammenhängenden Frage der Warnpflicht des Unternehmers ist auszuführen, daß es der Lehre (Krejci in WBl 1989, 259 und in Rummel, ABGB2 Rz 11 zu § 1168) und der oberstgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, daß der Grund, auf dem das Bauwerk errichtet wird, in die Sphäre des Bestellers fällt ("Stoff" im Sinne des § 1168a ABGB), der Bauherr also grundsätzlich das Bodenrisiko trägt (6 Ob 610/88; 5 Ob 582/88 = WBl 1988, 401; WBl 1988, 98 ua). Der Bauherr muß die erforderliche Bodenprüfung vornehmen. Mißlingt aber das Werk infolge offenbarer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes, so ist der Unternehmer dennoch für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat (§ 1168a dritter Satz ABGB). Die vertragliche Nebenpflicht des Unternehmers zur Warnung des einen untauglichen Stoff beistellenden Bestellers setzt die Erkennbarkeit der Gefährlichkeit des Stoffs voraus. Der Unternehmer muß nicht nach unbekannten Mängeln des Baugrundes suchen (SZ 57/197 ua). Er hat aber immer auf erkennbare Mängel hinzuweisen. Für die Erkennbarkeit ist von einem entsprechenden Fachwissen des Unternehmers auszugehen (§ 1299 ABGB). Zu dieser Frage haben die Vorinstanzen trotz des entsprechenden Parteivorbringens keine Feststellungen getroffen. Trotzdem ist die Sache spruchreif, weil selbst bei der vom Beklagten angestrebten Feststellung der Erkennbarkeit der gefährlichen Verhältnisse für den Unternehmer und der sich daraus ergebenden Verletzung der Warnpflicht dessen Werklohnanspruch für die Sanierung aus folgenden rechtlichen Erwägungen zu bejahen ist:Zur Frage des Bodenrisikos und der damit zusammenhängenden Frage der Warnpflicht des Unternehmers ist auszuführen, daß es der Lehre (Krejci in WBl 1989, 259 und in Rummel, ABGB2 Rz 11 zu Paragraph 1168,) und der oberstgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, daß der Grund, auf dem das Bauwerk errichtet wird, in die Sphäre des Bestellers fällt ("Stoff" im Sinne des Paragraph 1168 a, ABGB), der Bauherr also grundsätzlich das Bodenrisiko trägt (6 Ob 610/88; 5 Ob 582/88 = WBl 1988, 401; WBl 1988, 98 ua). Der Bauherr muß die erforderliche Bodenprüfung vornehmen. Mißlingt aber das Werk infolge offenbarer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes, so ist der Unternehmer dennoch für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat (Paragraph 1168 a, dritter Satz ABGB). Die vertragliche Nebenpflicht des Unternehmers zur Warnung des einen untauglichen Stoff beistellenden Bestellers setzt die Erkennbarkeit der Gefährlichkeit des Stoffs voraus. Der Unternehmer muß nicht nach unbekannten Mängeln des Baugrundes suchen (SZ 57/197 ua). Er hat aber immer auf erkennbare Mängel hinzuweisen. Für die Erkennbarkeit ist von einem entsprechenden Fachwissen des Unternehmers auszugehen (Paragraph 1299, ABGB). Zu dieser Frage haben die Vorinstanzen trotz des entsprechenden Parteivorbringens keine Feststellungen getroffen. Trotzdem ist die Sache spruchreif, weil selbst bei der vom Beklagten angestrebten Feststellung der Erkennbarkeit der gefährlichen Verhältnisse für den Unternehmer und der sich daraus ergebenden Verletzung der Warnpflicht dessen Werklohnanspruch für die Sanierung aus folgenden rechtlichen Erwägungen zu bejahen ist:

Grundsätzlich löst die schuldhafte Verletzung der Warnpflicht den Verlust des Entgeltanspruchs des Unternehmers und Schadenersatzansprüche des Bestellers oder aber auch Gewährleistungsansprüche aus. Der Besteller kann Verbesserung verlangen (SZ 58/7) oder den Ersatz der Verbesserungskosten begehren (Krejci in Rummel, ABGB2 Rz 35 zu § 1168a mwN aus der Rechtsprechung). Beides setzt aber voraus, daß die Verbesserung überhaupt möglich ist. Der Verbesserungsanspruch ist Erfüllungsanspruch. Der Unternehmer hat nur das vereinbarte Werk herzustellen. Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, daß die Errichtung einer standfesten Stützmauer in der vereinbarten technischen Ausführungsvariante in Form der sogenannten Trockensteinschlichtung wegen der Bodenbeschaffenheit technisch nicht möglich ist. Der Revisionswerber selbst bezeichnete in seinem Parteivorbringen die unter Verwendung von Beton in anderer Bauweise nun hergestellte, mängelfreie Mauer als nicht bestelltes aliud. Dieser Ansicht kann

insofern zugestimmt werden, daß der Besteller auf eine solche qualitativ höherwertige Mauer nach dem Werkvertrag keinen Anspruch hatte. Demgemäß kann sich der Beklagte auch nicht auf Gewährleistungsrecht und einen kostenlosen Verbesserungsanspruch berufen. Anders läge der Fall allenfalls dann, wenn die Neuherstellung in anderer Bauweise keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert hätte. Nach Lehre und Rechtsprechung hat der Unternehmer, der die Warnpflicht verletzte, dem Besteller nur den Vertrauensschaden zu ersetzen, wenn die Erbringung der Leistung (unter dem Gesichtspunkt des beabsichtigten Gebrauchs) in der vereinbarten Form von Anfang an unmöglich war (Rebhahn in Schwimann ABGB2 Rz 42 zu § 1165 und Rz 12 f zu § 1168 mwN; SZ 63/53; WBl 1987, 119 uva). Der Besteller kann also gerade nicht das Erfüllungsinteresse begehren (7 Ob 517/96). Der Unternehmer hat den Besteller nur so zu stellen, wie er stünde, wenn der Warnpflicht entsprochen worden wäre. Der Beklagte hätte die Entfernung der Mauer und die Rückstellung des Werklohns begehren können. Statt dessen hat er eine Sanierung verlangt und auch erhalten. Die Kosten für die Herstellung des Werks in der allein von Anfang an technisch möglichen Ausführung hätte der Besteller auch bei entsprechender Warnung über die Bodenverhältnisse zu tragen gehabt. Wird das mißlungene Werk übergeben, kann der Besteller statt der möglichen Wandlung auch eine Vertragsanpassung mittels Irrtumsanfechtung begehren (zu letzterem JBl 1994, 174 = ecolex 1993, 518; Wilhelm in FS Ostheim 234; Rebhahn aaO Rz 37 zu § 1165). Die Vertragsanpassung führt jedoch nicht nur zu einer Änderung der Werkleistung (aliud im Sinne des Vorbringens des Beklagten), sondern auch zu einer Erhöhung des Entgelts, die den sogenannten "Sowieso-Kosten" entspricht. Diese gehören nicht zu dem vom Unternehmer zu ersetzenden Vertrauensschaden (WBl 1987, 119; Rebhahn aaO Rz 38 f). Die Anwendung dieser Grundsätze ist auch im vorliegenden Fall geboten. Der beklagte Besteller hatte keinen Anspruch auf Herstellung eines qualitativ höherwertigen Werkes. Er war mit einem Austausch des Leistungsgegenstandes einverstanden. Ihm war das Entstehen von Mehrkosten bekannt. Er erwartete zwar auf der Basis des abgeschlossenen Werkvertrags kostenlose "Verbesserung" (was vom klagenden Unternehmer abgelehnt worden war), war aber jedenfalls mit der Herstellung des Werks in der geänderten Form durch den Unternehmer einverstanden. Der Beklagte hat das Werk in der Zwischenzeit auch übergeben erhalten und ficht die vorgenommene Vertragsänderung zumindest im Revisionsstadium auch nicht wegen Irrtums an. Wenn der Beklagte aber die geänderte Werkleistung übernimmt und behalten will, hat er dem Unternehmer auch die Aufwendungen nach den Werkvertragsregeln zu ersetzen. Mangels Preisvereinbarung gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen (§ 1152 ABGB). Zu Unrecht beruft sich der Revisionswerber auf die Pauschalpreisvereinbarung des Werkvertrags. Festgestellt wurde nämlich keineswegs ein vereinbarter Pauschal- oder Fixpreis, sondern lediglich eine nach Vollendung des Werks erfolgte Pauschalabrechnung. Vor Auftragserteilung hatten die Parteien einen "Regiepreis" vereinbart gehabt. Daß die Parteien mit dieser Abrechnung auch den Fall vor Augen hatten, daß der Unternehmer damit das sogenannte Bodenrisiko übernimmt, wurde nicht festgestellt. Eine solche Parteienabsicht kann auch nicht in den Fällen unterstellt werden, wo über allfällige Unklarheiten über den vom Besteller beigestellten Stoff zwischen den Parteien nichts besprochen wurde. Mehraufwendungen des Unternehmers sind grundsätzlich auch bei Vorliegen einer Pauschalpreisvereinbarung zu vergüten (SZ 58/41). Diese Rechtsauffassung wird aus dem Anspruch des Unternehmers auf Entschädigung nach § 1168 Abs 1 ABGB abgeleitet. Der Unternehmer ist für die frustrierte Zeit zu entschädigen. Der Anspruch ist Teil des Erfüllungsanspruchs (Krejci in Rummel, ABGB2 Rz 28 zu § 1168) und berechtigt zur "Aufstockung" des Werklohns (WBl 1987, 219). Zur Höhe dieser Aufstockung releviert der Beklagte, daß nach der zitierten Entscheidung (WBl 1987, 219 = 1 Ob 42/86), nur eine proportionale Erhöhung des vertraglichen Entgelts in Frage komme. Dies wird zwar im veröffentlichten Leitsatz der Entscheidung ausgesprochen, der sich aber in der Entscheidungsbegründung nicht findet. Dort ist nur davon die Rede, daß die Mehraufwendungen "selbst bei Vorliegen einer Pauschalpreisvereinbarung" zu vergüten sind (in diesem Sinne auch SZ 58/41). Die Frage, ob ein im Vergleich zum angemessenen Werklohn (nach der Ortsüblichkeit) günstiger Pauschalpreis proportional auf den Anspruch auf Mehraufwendungen durchschlägt und demgemäß der angemessene Werklohn für die Mehrarbeit zu kürzen wäre, kann hier jedoch dahingestellt bleiben, weil der Beklagte eine für ihn besonders vorteilhafte Preisvereinbarung im Vergleich zum marktüblichen Werklohn gar nicht behauptet hat und überdies von den getroffenen Feststellungen auszugehen ist, daß der Pauschalpreis ohnehin ein marktüblicher Preis war. Im vorliegenden Fall kommt es auch gar nicht auf eine "Aufstockung" des bestehen gebliebenen ursprünglichen Werklohns an. Wenn man unterstellt, daß das Werk aus einem in die Sphäre des Unternehmers fallenden Grund mißlungen ist, so hat der Unternehmer keinen Anspruch auf den Werklohn. Der beklagte Besteller kann seine Zahlung zurückfordern. Mit der nun mängelfreien Werkerbringung, die nach Werkvertragsregeln zu beurteilen ist, wurde der Beklagte in natura schadlos gestellt, seine Zahlungen sind auf den nun gemäß § 1152 ABGB neu zu berechnenden Werklohn anzurechnen. Allenfalls verminderte

sich dieser Werklohn um noch weitere vom Unternehmer zu ersetzende Kosten, die als Vertrauensschäden qualifiziert werden können. Solche Schäden werden in der Revision aber nicht aufgezeigt. Sie könnten allenfalls in frustrierten Aufwendungen bestehen, die durch die Entfernung der ursprünglichen Mauer entstanden sind. Dazu hat der Kläger schon in der Klage behauptet, daß in seiner Rechnung nur Leistungen enthalten seien, die auch dann angefallen wären, wenn die Mauer von Anfang an in der nun hergestellten Form errichtet worden wäre. Auch dieses Vorbringen hat der Beklagte nicht substantiiert bestritten. Er macht auch im Revisionsverfahren allfällige frustrierte Aufwendungen nicht geltend und bekämpft aus diesem Grund auch nicht die von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen über die Kosten der Errichtung der Mauer in Betonbauweise. Es ist daher davon auszugehen, daß nach den getroffenen Feststellungen der marktübliche Werklohn für die Mauerherstellung 521.351,46 S inclusive 20 % Umsatzsteuer betrug und daß davon etwa ein Drittel (154.271,24 S zuzüglich Umsatzsteuer) die notwendig gewordenen Sanierungsarbeiten betraf (S 17 in ON 28). Die Vorinstanzen haben dieses Drittel und zusätzlich 14.000 S zuzüglich Umsatzsteuer für sogenannte Hofsinkkästen zugesprochen. Dadurch kann sich der Beklagte im Ergebnis nicht für beschwert erachten. Von den zu ersetzenden "Sowieso-Kosten" von 521.351,46 S wären aus den dargelegten Gründen nur die Zahlungen des Beklagten von 295.000 S abzuziehen, was insgesamt sogar einen höheren Betrag als den zugesprochenen ergibt.Grundsätzlich löst die schuldhafte Verletzung der Warnpflicht den Verlust des Entgeltanspruchs des Unternehmers und Schadenersatzansprüche des Bestellers oder aber auch Gewährleistungsansprüche aus. Der Besteller kann Verbesserung verlangen (SZ 58/7) oder den Ersatz der Verbesserungskosten begehren (Krejci in Rummel, ABGB2 Rz 35 zu Paragraph 1168 a, mwN aus der Rechtsprechung). Beides setzt aber voraus, daß die Verbesserung überhaupt möglich ist. Der Verbesserungsanspruch ist Erfüllungsanspruch. Der Unternehmer hat nur das vereinbarte Werk herzustellen. Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, daß die Errichtung einer standfesten Stützmauer in der vereinbarten technischen Ausführungsvariante in Form der sogenannten Trockensteinschlichtung wegen der Bodenbeschaffenheit technisch nicht möglich ist. Der Revisionswerber selbst bezeichnete in seinem Parteivorbringen die unter Verwendung von Beton in anderer Bauweise nun hergestellte, mängelfreie Mauer als nicht bestelltes aliud. Dieser Ansicht kann insofern zugestimmt werden, daß der Besteller auf eine solche qualitativ höherwertige Mauer nach dem Werkvertrag keinen Anspruch hatte. Demgemäß kann sich der Beklagte auch nicht auf Gewährleistungsrecht und einen kostenlosen Verbesserungsanspruch berufen. Anders läge der Fall allenfalls dann, wenn die Neuherstellung in anderer Bauweise keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert hätte. Nach Lehre und Rechtsprechung hat der Unternehmer, der die Warnpflicht verletzte, dem Besteller nur den Vertrauensschaden zu ersetzen, wenn die Erbringung der Leistung (unter dem Gesichtspunkt des beabsichtigten Gebrauchs) in der vereinbarten Form von Anfang an unmöglich war (Rebhahn in Schwimann ABGB2 Rz 42 zu Paragraph 1165 und Rz 12 f zu Paragraph 1168, mwN; SZ 63/53; WBl 1987, 119 uva). Der Besteller kann also gerade nicht das Erfüllungsinteresse begehren (7 Ob 517/96). Der Unternehmer hat den Besteller nur so zu stellen, wie er stünde, wenn der Warnpflicht entsprochen worden wäre. Der Beklagte hätte die Entfernung der Mauer und die Rückstellung des Werklohns begehren können. Statt dessen hat er eine Sanierung verlangt und auch erhalten. Die Kosten für die Herstellung des Werks in der allein von Anfang an technisch möglichen Ausführung hätte der Besteller auch bei entsprechender Warnung über die Bodenverhältnisse zu tragen gehabt. Wird das mißlungene Werk übergeben, kann der Besteller statt der möglichen Wandlung auch eine Vertragsanpassung mittels Irrtumsanfechtung begehren (zu letzterem JBl 1994, 174 = ecolex 1993, 518; Wilhelm in FS Ostheim 234; Rebhahn aaO Rz 37 zu Paragraph 1165,). Die Vertragsanpassung führt jedoch nicht nur zu einer Änderung der Werkleistung (aliud im Sinne des Vorbringens des Beklagten), sondern auch zu einer Erhöhung des Entgelts, die den sogenannten "Sowieso-Kosten" entspricht. Diese gehören nicht zu dem vom Unternehmer zu ersetzenden Vertrauensschaden (WBl 1987, 119; Rebhahn aaO Rz 38 f). Die Anwendung dieser Grundsätze ist auch im vorliegenden Fall geboten. Der beklagte Besteller hatte keinen Anspruch auf Herstellung eines qualitativ höherwertigen Werkes. Er war mit einem Austausch des Leistungsgegenstandes einverstanden. Ihm war das Entstehen von Mehrkosten bekannt. Er erwartete zwar auf der Basis des abgeschlossenen Werkvertrags kostenlose "Verbesserung" (was vom klagenden Unternehmer abgelehnt worden war), war aber jedenfalls mit der Herstellung des Werks in der geänderten Form durch den Unternehmer einverstanden. Der Beklagte hat das Werk in der Zwischenzeit auch übergeben erhalten und ficht die vorgenommene Vertragsänderung zumindest im Revisionsstadium auch nicht wegen Irrtums an. Wenn der Beklagte aber die geänderte Werkleistung übernimmt und behalten will, hat er dem Unternehmer auch die Aufwendungen nach den Werkvertragsregeln zu ersetzen. Mangels Preisvereinbarung gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen (Paragraph 1152, ABGB). Zu Unrecht beruft sich der Revisionswerber auf die Pauschalpreisvereinbarung des Werkvertrags.

Festgestellt wurde nämlich keineswegs ein vereinbarter Pauschal- oder Fixpreis, sondern lediglich eine nach Vollendung des Werks erfolgte Pauschalabrechnung. Vor Auftragserteilung hatten die Parteien einen "Regiepreis" vereinbart gehabt. Daß die Parteien mit dieser Abrechnung auch den Fall vor Augen hatten, daß der Unternehmer damit das sogenannte Bodenrisiko übernimmt, wurde nicht festgestellt. Eine solche Parteienabsicht kann auch nicht in den Fällen unterstellt werden, wo über allfällige Unklarheiten über den vom Besteller beigestellten Stoff zwischen den Parteien nichts besprochen wurde. Mehraufwendungen des Unternehmers sind grundsätzlich auch bei Vorliegen einer Pauschalpreisvereinbarung zu vergüten (SZ 58/41). Diese Rechtsauffassung wird aus dem Anspruch des Unternehmers auf Entschädigung nach Paragraph 1168, Absatz eins, ABGB abgeleitet. Der Unternehmer ist für die frustrierte Zeit zu entschädigen. Der Anspruch ist Teil des Erfüllungsanspruchs (Krejci in Rummel, ABGB2 Rz 28 zu Paragraph 1168,) und berechtigt zur "Aufstockung" des Werklohns (WBl 1987, 219). Zur Höhe dieser Aufstockung releviert der Beklagte, daß nach der zitierten Entscheidung (WBl 1987, 219 = 1 Ob 42/86), nur eine proportionale Erhöhung des vertraglichen Entgelts in Frage komme. Dies wird zwar im veröffentlichten Leitsatz der Entscheidung ausgesprochen, der sich aber in der Entscheidungsbegründung nicht findet. Dort ist nur davon die Rede, daß die Mehraufwendungen "selbst bei Vorliegen einer Pauschalpreisvereinbarung" zu vergüten sind (in diesem Sinne auch SZ 58/41). Die Frage, ob ein im Vergleich zum angemessenen Werklohn (nach der Ortsüblichkeit) günstiger Pauschalpreis proportional auf den Anspruch auf Mehraufwendungen durchschlägt und demgemäß der angemessene Werklohn für die Mehrarbeit zu kürzen wäre, kann hier jedoch dahingestellt bleiben, weil der Beklagte eine für ihn besonders vorteilhafte Preisvereinbarung im Vergleich zum marktüblichen Werklohn gar nicht behauptet hat und überdies von den getroffenen Feststellungen auszugehen ist, daß der Pauschalpreis ohnehin ein marktüblicher Preis war. Im vorliegenden Fall kommt es auch gar nicht auf eine "Aufstockung" des bestehen gebliebenen ursprünglichen Werklohns an. Wenn man unterstellt, daß das Werk aus einem in die Sphäre des Unternehmers fallenden Grund mißlungen ist, so hat der Unternehmer keinen Anspruch auf den Werklohn. Der beklagte Besteller kann seine Zahlung zurückfordern. Mit der nun mängelfreien Werkerbringung, die nach Werkvertragsregeln zu beurteilen ist, wurde der Beklagte in natura schadlos gestellt, seine Zahlungen sind auf den nun gemäß Paragraph 1152, ABGB neu zu berechnenden Werklohn anzurechnen. Allenfalls verminderte sich dieser Werklohn um noch weitere vom Unternehmer zu ersetzende Kosten, die als Vertrauensschäden qualifiziert werden können. Solche Schäden werden in der Revision aber nicht aufgezeigt. Sie könnten allenfalls in frustrierten Aufwendungen bestehen, die durch die Entfernung der ursprünglichen Mauer entstanden sind. Dazu hat der Kläger schon in der Klage behauptet, daß in seiner Rechnung nur Leistungen enthalten seien, die auch dann angefallen wären, wenn die Mauer von Anfang an in der nun hergestellten Form errichtet worden wäre. Auch dieses Vorbringen hat der Beklagte nicht substantiiert bestritten. Er macht auch im Revisionsverfahren allfällige frustrierte Aufwendungen nicht geltend und bekämpft aus diesem Grund auch nicht die von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen über die Kosten der Errichtung der Mauer in Betonbauweise. Es ist daher davon auszugehen, daß nach den getroffenen Feststellungen der marktübliche Werklohn für die Mauerherstellung 521.351,46 S inclusive 20 % Umsatzsteuer betrug und daß davon etwa ein Drittel (154.271,24 S zuzüglich Umsatzsteuer) die notwendig gewordenen Sanierungsarbeiten betraf (S 17 in ON 28). Die Vorinstanzen haben dieses Drittel und zusätzlich 14.000 S zuzüglich Umsatzsteuer für sogenannte Hofsinkkästen zugesprochen. Dadurch kann sich der Beklagte im Ergebnis nicht für beschwert erachten. Von den zu ersetzenden "Sowieso-Kosten" von 521.351,46 S wären aus den dargelegten Gründen nur die Zahlungen des Beklagten von 295.000 S abzuziehen, was insgesamt sogar einen höheren Betrag als den zugesprochenen ergibt.

Den übrigen Revisionsausführungen des Beklagten zur Höhe des Anspruchs des Klägers ist folgendes entgegenzuhalten:

Zu Unrecht wird unter den Revisionsgründen der Nichtigkeit wegen Unüberprüfbarkeit und der Aktenwidrigkeit die Zuerkennung eines Entgelts für eine zu große Menge Einkornbeton gerügt. Der Sachverständige hat die verzeichneten Mengen als "Aufpreis", also als zusätzlichen Aufwand zum ursprünglichen Werk bezeichnet. Die Feststellungen der Vorinstanzen sind im Gutachten gedeckt. Das Berufungsgericht hat die Beweisrüge verworfen. Die Anfechtung der Beweiswürdigung im Revisionsverfahren ist unzulässig.

Die Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens durch Abweichen von der erstinstanzlichen Negativfeststellung zur Schadensursache liegt aus den schon behandelten Gründen nicht vor.

Zu dem Entgelt von 14.000 S zuzüglich Umsatzsteuer für zwei Hofsinkkästen rügt der Revisionswerber einen Verstoß gemäß § 405 ZPO. Der Kläger habe für die beiden Hofsinkkästen nur 5.733,60 S verlangt. Mit diesem Vorbringen

verwechselt der Revisionswerber die gelegte Rechnung des Klägers mit dem Klagebegehren. Die Rüge betrifft einen Verfahrensmangel erster Instanz, den das Berufungsgericht verneint hat. Diese Frage kann somit nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung im Revisionsverfahren nicht mehr aufgegriffen werden (SZ 62/157 uva).Zu dem Entgelt von 14.000 S zuzüglich Umsatzsteuer für zwei Hofsinkkästen rügt der Revisionswerber einen Verstoß gemäß Paragraph 405, ZPO. Der Kläger habe für die beiden Hofsinkkästen nur 5.733,60 S verlangt. Mit diesem Vorbringen verwechselt der Revisionswerber die gelegte Rechnung des Klägers mit dem Klagebegehren. Die Rüge betrifft einen Verfahrensmangel erster Instanz, den das Berufungsgericht verneint hat. Diese Frage kann somit nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung im Revisionsverfahren nicht mehr aufgegriffen werden (SZ 62/157 uva).

Dem Einwand, die Verbauung des Bachbettes, von dem möglicherweise die tatsächliche primäre Schadensursache ausging (Beginn der wasserführenden Schichten), hätte einen Zusatzauftrag erfordert, ist die Feststellung entgegenzuhalten, daß die Ausführung des hergestellten Gesamtwerks die von Anfang an einzig richtige Bauausführung darstellt.

Mit den übrigen Revisionsausführungen ficht der Beklagte in Wahrheit die Feststellungen der Vorinstanzen aus dem Grund unrichtiger Beweiswürdigung an. Da der Oberste Gerichtshof nicht Tatsacheninstanz ist, ist eine solche Anfechtung im Revisionsverfahren nicht zulässig.

Zuletzt rügt der Revisionswerber noch den über den gesetzlichen Zinsfuß hinausgehenden Zinsenzuspruch. Es könne dem Beklagten nicht als "Leichtsinn angelastet werden", wenn er sich gegen den "Zuschlag von mehr als 100 %" zum ursprünglichen Werklohn verwahrt habe. Zum Zinsenanspruch wird auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).Zuletzt rügt der Revisionswerber noch den über den gesetzlichen Zinsfuß hinausgehenden Zinsenzuspruch. Es könne dem Beklagten nicht als "Leichtsinn angelastet werden", wenn er sich gegen den "Zuschlag von mehr als 100 %" zum ursprünglichen Werklohn verwahrt habe. Zum Zinsenanspruch wird auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPODie Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO.

Anmerkung

E48419 06A02337

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1997:0060OB00233.97A.1029.000

Dokumentnummer

JJT_19971029_OGH0002_0060OB00233_97A0000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at