

## Grund- und Geländebruchsicherheit gelten bei Stützmauer grundsätzlich als stillschweigend mitvereinbart

1. Bei einem Werkvertrag über die Errichtung einer Stützmauer gilt deren Grund- und Geländebruchsicherheit nach den Kriterien der §§ 922, 923 ABGB grundsätzlich als stillschweigend mitvereinbart.
2. Eine Aufklärung dahin, dass bei dem schließlich angebotenen Werklohn auch aus anderen Gründen [als dem fehlenden Betonfundament, Anm der Red] die Herstellung einer standsicheren Stützmauer nicht erwartet werden könne, unterblieb. [...] Das bedeutet, dass – mit der Einschränkung einer allfälligen Beeinträchtigung infolge des fehlenden Betonfundaments – die Herstellung einer standsicheren und daher (auch) grund- und geländebruchsicheren Stützmauer vertraglich geschuldeter Leistungsgegenstand des Beklagten war.
3. Ein auffallend niedriges Entgelt für eine Leistung kann ein Indiz dafür sein, dass bestimmte negative Eigenschaften der zu erbringenden Leistung nach der Vorstellung der Parteien keinen Mangel darstellen und somit auch keine Gewährleistungsansprüche auslösen sollen.

OGH 7.4.2011, 2 Ob 135/10g  
(§§ 922 ff, 1167 ABGB)

### Sachverhalt

Der Beklagte errichtete im Herbst 2004 auf einer Liegenschaft der Klägerin in deren Auftrag eine als Raumgitter-Konstruktion ausgeführte Stützmauer. Eine noch im Einreichplan vorgesehene Ausführung auf einem Betonfundament lehnte die Klägerin wegen zu hoher Kosten ab. Der Beklagte erwiderte, dass dann die Standsicherheit der Stützmauer nicht garantiert werden könne. Das Fehlen des Betonfundaments hat nach den Feststellungen des Erstgerichts auf die Standfestigkeit der Stützmauer keinen Einfluss. Dieses hielt auch fest, dass „auch [...] die Einbindetiefe der Stützmauer in das Gelände, das heißt in den gewachsenen Boden zu gering [ist], sodass die Mauer zwar eine ausreichende Sicherheit gegen Gleiten und Kippen, nicht aber Grund- und Geländebruch darstellt“. Um die Grund- und Geländebruchsicherheit nunmehr zu erreichen, sind Spundwandbohlen erforderlich. Die Kosten dieser Sanierung betragen 42.386,40 EUR.

### Aus den Entscheidungsgründen:<sup>1</sup>

#### Klagebegehren

Die Klägerin begehrte vom Beklagten Zahlung von 61.992 EUR sA, weil das nach dem ihm übergebenen Einreichplan auszuführende Werk nicht den Regeln der

Technik entspreche und mangelhaft sei. Insbesondere habe der Beklagte die „Einbindetiefe“ der Raumgitter-Konstruktion zu gering gewählt, weshalb die Stützmauer nicht grund- und geländebruchsicher sei. Der Beklagte habe die Verbesserung trotz Aufforderung abgelehnt. Die notwendige, fachgerechte, Sanierung der Mängel erfordere einen Kostenaufwand in Höhe des Klagsbetrags.

Der Beklagte wandte ein, die Klägerin habe das System für die Errichtung der Stützmauer vorgegeben. Die im Einreichplan vorgesehene Ausführung auf einem Betonfundament habe sie (durch ihren Ehemann) wegen zu hoher Kosten trotz des ausdrücklichen Hinweises des Beklagten abgelehnt, dass unter diesen Umständen die Standsicherheit der Stützmauer nicht garantiert werden könne. Der vereinbarte Werklohn habe schließlich 7.000 EUR betragen. Der geltend gemachte Mangel sei nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand behebbar, weshalb die Klägerin zur Preisminderung oder Wandlung berechtigt sei. Beide Gewährleistungsbehelfe seien jedoch bereits verjährt. Die Klägerin treffe infolge Unterlassung der ihr obliegenden Bodenuntersuchungen und statischen Berechnungen ferner ein erhebliches Mitverschulden. Das Klagebegehren bestehe auch deshalb nicht zu Recht, weil die Klägerin Kosten in dieser Höhe auch tragen hätte müssen, wenn sie ein dem Stand der Technik entsprechendes Werk in Auftrag gegeben hätte. Die Klägerin treffe bei der Sanierung der Stützmauer überdies die Obliegenheit zur Schadensminderung, insbesondere durch die ihr zumutbare Verwendung gebrauchter und daher billigerer Spundwandbohlen.

#### Die (stattgebende) Entscheidung des Erstgerichts

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit 10.912,80 EUR sA statt und wies das auf 51.079,20 EUR sA lau-

<sup>1</sup> Die Zwischenüberschriften sind redaktionell eingefügt (nichtamtlich).

tende Mehrbegehren ab. [...] In rechtlicher Hinsicht erörterte das Erstgericht, der Beklagte habe zwar darauf hingewiesen, dass die Standsicherheit der Stützmauer ohne Betonfundament nicht garantiert werden könne und insofern seiner Warnpflicht entsprochen. Trotzdem habe er den Auftrag angenommen und die Standfestigkeit auf andere Weise zu erreichen versucht. Dabei habe er - infolge Unkenntnis der statischen Notwendigkeit - die Einbindetiefe in den gewachsenen Boden zu gering gewählt, sodass die Sicherheit gegen Grund- und Geländebruch nicht gegeben sei. Das Werk sei daher mangelhaft. Der sachverständig beratenen Klägerin sei ein Mitverschulden an der fehlenden Standsicherheit im Ausmaß von 50% anzulasten, weil sie aus Kostengründen auf das im Einreichplan vorgesehene Betonfundament verzichtet habe und selbst davon ausgehe, dass der Beklagte zur Errichtung eines derartigen Sicherungsbauwerks nicht befugt und nicht befähigt sei. Die Klägerin habe daher die Hälfte der Sanierungskosten selbst zu tragen. Vom verbleibenden Ersatzbetrag (21.193,20 EUR) seien 10.280,60 (richtig: 10.236,60) EUR infolge des Aufrechnungseinwands im Vorprozess bereits getilgt, weshalb das Klagebegehren mit 10.912,80 EUR (rechnerisch richtig: 10.956,60 EUR) zu Recht bestehe. Der abweisende Teil dieser Entscheidung erwuchs unekämpft in Rechtskraft.

#### Die (stattgebende) Entscheidung des Berufungsgerichts

Es erachtete die Mängel- und die Beweisrüge des Beklagten als unberechtigt und führte zu dessen Rechtsrüge aus, die vom Beklagten errichtete Stützmauer habe ihre gewöhnlich vorausgesetzte und nach der Natur des Geschäfts stillschweigend bedungene Hauptfunktion „Sicherheit gegen Grund- und Geländebruch“ nicht erfüllt. Aus dem vereinbarten Abstreichen von der Ausführung eines Betonfundaments sei kein Verzicht auf diese Hauptfunktion der Stützmauer abzuleiten. Da der Beklagte zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Werkvertrags verpflichtet gewesen sei, diese Pflicht aber schuldhaft verletzt und das Werk nicht binnen angemessener Frist verbessert habe, stehe der Klägerin der von ihr erkennbar auf § 933a Abs 2 ABGB gestützte Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu. Das vom Erstgericht ausgemittelte Mitverschulden werde in der Berufung nicht in Frage gestellt.

Ausgehend von der vertraglichen Pflicht des Beklagten, den Schutz gegen Grund- und Geländebruch herzustellen, sei das Werk in seiner vereinbarten Beschaffenheit auch nicht untauglich gewesen. Die vom Beklagten gewünschte Beschränkung des Schadenersatzes auf den Vertrauensschaden bei fehlender Ersatzfähigkeit von „Sowiesokosten“ komme deshalb nicht in Betracht.

Da der fehlende Schutz gegen Grund- und Geländebruch die Funktion der Stützmauer entscheidend beeinträchtige, seien auch deutlich über dem Wert des Werks und über dem Werklohn liegende Verbesserungskosten noch kein unverhältnismäßiger Sanierungsaufwand. Bei der drohenden Beschädigung der Liegenschaft der Klägerin infolge des fehlenden Schutzes durch die Stützmauer komme es nicht auf den objektiven Wert der Stützmauer, die Höhe des für ihre Errichtung bezahlten Werklohns oder die marktkonformen Kosten einer technisch einwandfreien Neuerrichtung an. Maßgeblich für diese Beurteilung sei vielmehr allein, ob ein wirtschaftlich vernünftig handelnder Mensch, der den drohenden Schaden selbst zu tragen hätte, den Sanierungsaufwand auch aus eigenem Vermögen bestreiten würde. Dies treffe hier zu. An die „Tunlichkeit“ (Verhältnismäßigkeit) des Aufwands seien in einem solchen Fall keine allzu strengen Anforderungen zu stellen.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil in der Entscheidung des Berufungsgerichts eine Abweichung von der oberstgerichtlichen – allerdings nicht auf Liegenschaften bezogenen – Rechtsprechung erblickt werden könnte, wonach auch im Rahmen des § 933a ABGB eine den Aufgaben des Schadenersatzrechts widersprechende Bereicherung des Geschädigten auf Kosten des Schädigers (hier durch ein Missverhältnis zwischen Werklohn und Sanierungsaufwand) vermieden werden solle.

#### Entscheidung des OGH

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht auf einen prozesserheblichen Einwand des Beklagten nicht eingegangen ist. Sie ist im Sinne des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

[...]

#### Grund- und Geländebruchsicherheit gelten grds als stillschweigend mitvereinbart

Welche konkreten Eigenschaften bzw welche Verwendungsmöglichkeit die versprochene Leistung haben muss, ergibt sich aus dem Vertrag (*P. Bydlinski*, KBB<sup>3</sup> § 922 Rz 8). § 922 ABGB enthält die Vermutung, dass die Leistung (ua) die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat und dass sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann (*Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §§ 922, 923 Rz 47). Mangels gegenteiliger Abrede sind diese Eigenschaften als stillschweigend mitvereinbart anzusehen, wobei für die Konkretisierung des Leistungsinhalts (auch nach neuer Rechtslage) im Einzelnen die Verkehrsauffassung und die Natur des Geschäfts (§ 923 ABGB) von Bedeutung sind (2 Ob 7/10h; 9 Ob 50/10h;

RIS-Justiz RS0114333; P. Bydlinski aaO § 922 Rz 9; auch M. Bydlinski in KBB<sup>3</sup> § 1167 Rz 3). Behauptet der Schuldner, dass weniger an Qualität vereinbart wurde, als es den Kriterien des § 922 ABGB entspricht, so trifft ihn dafür die Beweislast (*Zöchling-Jud* aaO §§ 922, 923 Rz 49).

Der Beklagte wendet sich zu Recht nicht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass bei einem Werkvertrag über die Errichtung einer Stützmauer deren Grund- und Geländebruchsicherheit nach den Kriterien der §§ 922, 923 ABGB grundsätzlich als stillschweigend mitvereinbart gilt. Geht es dabei doch – ebenso wie bei der hier vorliegenden Gleit- und Kippsicherheit – um Voraussetzungen für die Standsicherheit der Stützmauer, ohne die sie ihre Schutz- und Sicherungsfunktion nicht erfüllt.

Auf Wunsch der Klägerin vereinbarten die Streitteile, die Stützmauer ohne Herstellung des im Einreichplan vorgesehenen Betonfundaments auszuführen. Der Beklagte lässt die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts unbekämpft, wonach aus dem Verzicht auf die Fundierung nicht auf die Vereinbarung einer (sonstigen) minderen Qualität der Stützmauer geschlossen werden kann.

**Werkunternehmer ist gewährleistetungspflichtig, wenn er die Wichtigkeit der fehlenden Eigenschaft für den Werkbesteller kennen muss**

Entgegen der in der Revision zum Ausdruck gelangenden Ansicht ist ein derartiger Vertragsinhalt aber auch nicht aus dem Umstand ableitbar, dass der Beklagte der Klägerin ein – wie er behauptet – besonders preisgünstiges Angebot unterbreitet hat (der Werklohn belief sich nach seinem unwidersprochenen Vorbringen auf 7.000 EUR zuzüglich Umsatzsteuer; eine Feststellung liegt dazu nicht vor). Den Vertragsparteien ist es zwar unbenommen, eine objektiv mangelhafte Leistung als

vertragsgemäß anzusehen. So kann etwa auch ein auffallend niedriges Entgelt für eine Leistung ein Indiz dafür sein, dass bestimmte negative Eigenschaften der zu erbringenden Leistung nach der Vorstellung der Parteien keinen Mangel darstellen und somit auch keine Gewährleistungsansprüche auslösen sollen. Bei Unterlassung einer nach Treu und Glauben berechtigt erwarteten Aufklärung über bestimmte Eigenschaften darf nicht ohne weiteres eine schlüssige Zusage angenommen werden, wenn der Gläubiger keine Auskünfte oder Erklärungen verlangt. Wenn aber der Schuldner die Wichtigkeit der tatsächlich fehlenden Eigenschaft für den Gläubiger kennt oder diese zumindest erkennen muss, ist er bei Nichtaufklärung über das Fehlen der berechtigt erwarteten Eigenschaft grundsätzlich gewährleistetungspflichtig (vgl. SZ 47/58; 9 Ob 50/10h; RIS-Justiz RS0107681, RS0018468).

Der Beklagte wusste, dass das vertragliche Interesse der Klägerin auf die Errichtung einer standsicheren Stützmauer gerichtet war. Andernfalls hätte er sie vor der von ihm (allerdings zu Unrecht) für möglich gehaltenen Beeinträchtigung der Standsicherheit der Mauer wegen des Verzichts auf das Betonfundament nicht gewarnt. Eine Aufklärung dahin, dass bei dem schließlich angebotenen Werklohn auch aus anderen Gründen die Herstellung einer standsicheren Stützmauer nicht erwartet werden könne, unterblieb. Unter diesen Umständen ist dem Beklagten der Nachweis nicht gelungen, dass eine mindere Qualität seiner Leistung vereinbart war.

Das bedeutet, dass – mit der Einschränkung einer allfälligen Beeinträchtigung infolge des fehlenden Betonfundaments – die Herstellung einer standsicheren und daher (auch) grund- und geländebruchsicheren Stützmauer vertraglich geschuldeter Leistungsgegenstand des Beklagten war. Da die Stützmauer nicht grund- und geländebruchsicher ist, hat der Beklagte den Werkvertrag nur mangelhaft erfüllt.

---

### Anmerkung von Hermann Wenusch

Aus der Entscheidung ist nicht eindeutig ersichtlich, ob alle Einzelheiten des Werks von der Bestellerin vorgegeben waren, oder ob lediglich das System „Raumgitter-Konstruktion“ (ohne Einzelheiten, wie insbesondere die „Einbindetiefe“) bestellt wurde. Wären alle Einzelheiten vorgegeben worden, so hätte es sich um einen (voll-)konstruktiven Vertrag gehandelt. Der Unternehmer hätte dann nur das genau beschriebene Werk geschuldet (*pacta sunt servanda*) – insbesondere könnte dann (ohne Ver-

tragsanpassung) von ihm keine andere „Einbindetiefe“ (bzw kein Surrogat dafür, wie gegenständlich die Spundbohlen) verlangt werden. Die Kosten der erforderlichen Ertüchtigung des Werks (es handelt sich nicht um eine Mängelbehebung im gewährleistungsrechtlichen Sinn, weil das Werk ja vertragskonform hergestellt wurde) wären dann „Sowieso-Kosten“ und von der Bestellerin zu zahlen. Offensichtlich wurde aber nur eine „Raumgitter-Konstruktion“ ohne nähere Einzelhei-

ten bestellt (wobei explizit eine ursprünglich vorgesehene Fundierung ausgenommen wurde, was aber nichts zur Sache tut, weil dieser Umstand technisch – und damit für die Entscheidung – unerheblich ist). Da eine solche „Raumgitter-Konstruktion“ auch in einer Art und Weise ausgeführt hätte werden können, dass die Mauer den angestrebten Erfolg (nämlich die Standsicherheit) leistet, wird das Thema „Sowieso-Kosten“ nicht erörtert. Dies wäre aber dann nicht richtig, wenn das Entgelt für eine Mauer mit ausreichender „Einbindetiefe“ höher gewesen wäre – etwa weil ein Einheitspreisvertrag abgeschlossen wurde. Die Entscheidung darf wohl nicht dahingehend (miss)verstanden werden, dass auch bei einem konstruktiven Vertrag der vom Besteller offensichtlich angestrebte Erfolg geschuldet wird, weil dies zu „widersprüchlichen Werkverträgen“ führen würde und es solche eben nicht geben kann (es würde nämlich Dissens vorliegen). Es ist zu beachten, dass die Warnung des Unternehmers gegenständlich unrichtig war, weil diese nur die entfalle-

ne Fundierung betroffen hat und diese eben nicht der Grund für die fehlende Standsicherheit war.

Die Argumentation, dass der Unternehmer aufgrund seiner (zwar unrichtigen) Warnung wissen musste, dass das vertragliche Interesse der Bauherrin auf die Errichtung einer stand-sicheren Stützmauer gerichtet war, und daher eine solche Vertragsinhalt wurde, ist aber wohl nicht immer richtig. Wäre sie allgemein gültig, so würde jede Warnung (bei der sich der Unternehmer immer irgendwie in die Rolle des Bestellers hineindenken muss) zu einem „widersprüchlichen Werkvertrag“ führen, wenn das Werk (voll-)konstruktiv beschrieben wurde.

Der aus der Entscheidung gewonnene Rechts-satz RIS Justiz RS0126730 *„Bei einem Werkvertrag über die Errichtung einer Stützmauer gilt deren Grund und Geländebruch-sicherheit nach den Kriterien der §§ 922, 923 ABGB grundsätzlich als stillschweigend mit-vereinbart“* ist daher als Grundsatz nicht all-gemein gültig.

## Behebung von Abrechnungsmängeln im Verfahren erster Instanz

1. Der Einwand der mangelnden Fälligkeit ist nach der Rechtsprechung jedoch unbeachtlich, wenn – bei fehlerhafter Abrechnung oder bei entsprechenden Behauptungen zu objektiv verständlichen Abrechnungsschwierigkeiten – der Rechnungslegungspflichtige die Abrechnungsmängel im Zuge des Rechtsstreits über seine Entgeltansprüche behebt. Ist also bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz eine hinlängliche Erläuterung und Klärung aller offenen Probleme der Abrechnung erfolgt, so ist von der Fälligkeit der abgerechneten Leistungen auszugehen. Die Klarstellung kann auch durch die Einholung von Sachverständigengutachten erfolgen.
2. Die Beklagten trifft in dieser Hinsicht insoweit eine Mitwirkungspflicht, als sie sich nicht einfach auf den Standpunkt zurückziehen dürfen, die Rechnungslegungspflicht sei noch nicht erfüllt, weil die Rechnungslegungsvorschriften nicht eingehalten worden seien. Vielmehr haben sie – wie sie dies auch im Fall einer außerprozessualen Überprüfung der Angemessenheit des abgerechneten Werklohns tun müssten – die Abrechnungsfehler und die angeblichen Berechnungsfehler kurz und vollständig darzulegen.
3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klägerin keineswegs gehalten, die dargestellte Mitwirkungspflicht der Beklagten zur Abrechnung der erbrachten Leistungen gesondert gerichtlich geltend zu machen. Die Mitwirkungspflicht bezieht sich auch nicht auf das Betreten der Baustelle zu Abrechnungszwecken, sondern auf die dargestellte Mitwirkung im Rahmen des Abrechnungsprozesses.