

# TE OGH 1988/9/6 5Ob582/88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.09.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Jensik, Dr. Zehetner, Dr. Klinger und Dr. Schwarz als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei I\*\*\* B\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, Innsbruck, Dr. Glatz-Straße 34, vertreten durch Dr. Hannes Hammerschmidt, Rechtsanwalt in Spittal/Drau, wider die beklagte Partei Gemeinde S\*\*\*, vertreten durch den Bürgermeister Ing. Erwin Seelos, Seefeld, dieser vertreten durch Dr. Jörg Hobmeier, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 1.086.180,59 S samt Anhang, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 19. April 1988, GZ 4 R 103/88-25, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 30. Dezember 1987, GZ 16 Cg 489/86-21, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 17.334,90 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 1.575,90 S an Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Gemeinde beauftragte (im Rahmen der Erweiterung ihrer Wasserversorgungsanlage) Dipl.Ing. Otto S\*\*\* mit der Planung und örtlichen Bauaufsicht betreffend die Errichtung des Hochbehälters "Hermannstal neu". Aufgrund der öffentlichen Ausschreibung der beklagten Partei erhielt die klagende Partei als Bestbieterin, basierend auf ihrem Angebot vom 20. März 1981 in Verbindung mit der Vergabebesprechung vom 14. April 1981, am 21. April 1981 den Auftrag zur Durchführung der Baumeisterarbeiten des genannten Bauvorhabens. Der von der klagenden Partei angenommene Auftrag der beklagten Partei lautet auszugsweise (Beilage 1):

"1. Als Bestandteile dieses Vertrages gelten:

- a) Das vorliegende und von Ihnen auf den Durchschriften anerkannte Auftragsschreiben.
- b) Ihr Angebot vom 20. März 1981, aufgebaut auf Festpreisen, einschließlich der von Ihnen unterzeichneten Allgemeinen Vertragsbedingungen und technischen Vorschriften.

c)

Die Baupläne.

d)

Die einschlägigen Ö-Normen.

Sofern in den Vertragsgrundlagen Widersprüche aufscheinen, gelten die Bestimmungen in der vorangeführten Reihenfolge der Vertragsbestandteile.

2.) Zusätzliche Vereinbarungen:

a) Termine und Pönale:

Der Baubeginn am Dienstag, dem 21. April 1981, wurde bei der Vergabebesprechung am 14. April 1981 fixiert. Die Baumeisterarbeiten sind bis spätestens 15. Juni 1982 zu beenden. Nach Überschreiten des festgelegten Fertigstellungstermines wird ein Pönale von 2.000 S je Arbeitstag fällig.

.....

3.) Die örtliche Bauleitung obliegt Herrn Zivilingenieur Otto S\*\*\*, vertreten durch Herrn Ing. F. W\*\*\*.

Die Firmenbauleitung obliegt bei Firma I\*\*\* B\*\*\* Herrn Ing. Johann L\*\*\* bzw. seinem Vertreter Herrn Ing. Gerhard B\*\*\*. Als Polier wird Herr Peter E\*\*\* eingesetzt." In den Allgemeinen Vertragsbedingungen und technischen Vorschriften heißt es unter anderem (Beilage 2):

"A. Allgemeine Vertragsbedingungen:

1. Übernahme der Vertragspflichten:

Durch die Unterzeichnung des Angebotes erklärt der Bieter, daß er die Vertragsunterlagen (Vertragsbedingungen, Leistungsverzeichnis) eingesehen hat und mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden ist. Ferner, daß er durch Besichtigung der Baustelle die örtlichen Gegebenheiten und die Arbeitsbedingungen festgestellt und sich über alle preisbildenden Faktoren unterrichtet hat.

Der Bieter erklärt sich bereit, die ausgeschriebenen Leistungen zu den Vertragsbedingungen zu erfüllen, und erklärt, daß er über alle Mittel zur Ausführung der Leistung verfügt und zur Durchführung der Arbeiten befugt ist. Der Bieter verpflichtet sich außerdem, alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um die Stoffe, die er beizustellen hat, zeitgerecht zu beschaffen .....

2. Vertragsbestandteile:

Bei Widersprüchen im Vertrag gelten die Unterlagen nachstehender Reihenfolge nach:

a) Schlußbrief oder das Auftragsschreiben.

b) Leistungsverzeichnis und das Preisangebot.

c) Allgemeine technische Vertragsbestimmungen.

d) Projektpläne.

e) Die einschlägigen Ö-Normen .... B 2110 .....

B 2205 .....

f) Die rechtlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen an Bundesstraßen und Bundesbrücken, die technischen Vertragsbedingungen für Straßenbauten und die Allgemeinen Vorbemerkungen zum Standardleistungsverzeichnis für Straßenbauarbeiten.

g) Die Dienstnehmerschutzverordnung für Bauarbeiten, Bauhilfsarbeiten und Sprengarbeiten.

5. Weitere Erklärungen:

.....

Der Bieter erklärt durch Unterschrift, daß er von den örtlichen Verhältnissen Kenntnis genommen und die herausgegebenen

Arbeitsunterlagen durchgearbeitet und sich über alle preisbildenden Faktoren unterrichtet hat, .... daß er bereit und in der Lage ist, die ausgeschriebenen Baumaßnahmen ordnungsgerecht und termingerecht auszuführen, ..... daß er das Angebot kostenlos abgibt .....

B. Technische Vorschriften:

I. Allgemeine Vorschriften:

f) .... Die Pauschal- und Einheitspreise des Angebotes enthalten

also alle Kosten für die fachmännische Ausführung des Baues, für die Fertigstellung innerhalb der vorgeschriebenen Frist und für den Unterhalt des Werkes bis zur Abnahme. Besondere Umstände, welche die Ausführung der Arbeiten erschweren können, sind darin inbegriffen, so insbesondere Erschwernisse durch ungünstige Witterung.

II. Bauinstalltionen:

.....

Die Unternehmung trägt bezüglich der Standfestigkeit der Böschung die alleinige Verantwortung." Das Leistungsverzeichnis enthält unter anderem folgendes (Beilage 3):

"B. Erdarbeiten und Wasserhaltung:

.....

Pos. 14: Maschineller Aushub bzw. Abtrag aller Bodenklassen ausschließlich schwerer Fels nach Ö-Norm B 2205 in allen Tiefen. Aufladen und Verführen innerhalb des Bauloses, Abladen nach Anordnung der Bauleitung innerhalb oder außerhalb des Bauloses. Bei einem Transport außerhalb des Baulosbereiches erfolgt Vergütung nach Position Transport (Pos. 23). Einzurechnen sind die Kosten für die Herstellung des Planums mit plus/minus 2 cm Genauigkeit im Zufahrtsstraßenbereich. Die Baugrubenböschungen sind derart anzulegen und zu sichern, daß sie bei ungünstigen Witterungsverhältnissen in keiner Weise ihre Standfestigkeit verlieren. Gegebenenfalls muß etappenweise ausgehoben werden. Abgerechnet wird bei Bauwerken der vom Bauwerk verdrängte Boden zuzüglich 70 cm Arbeitsraum und Abböschung 2 : 1 ...." Die Ö-Norm B 2110 Allgemeine Vertragsbestimmungen Bauwesen - Allgemeines (Werkvertragsnorm) bestimmt in Punkt 12.2.

Gefahrenteilung und Haftung (Beilage A):

"Hinsichtlich der Haftung für das Bauwerk und für die damit zusammenhängenden vertraglichen Leistungen gelten, unbeschadet der in anderen Abschnitten getroffenen Sonderregelungen, nachstehende Bestimmungen:

12.2.1. Bis zur Übernahme der Leistung trägt der Auftragnehmer in der Regel alle Gefahren. Hierunter fallen insbesonders Zerstörung (Untergang), Beschädigung oder Diebstahl. Dies gilt auch für Baustoffe und sonstige für das Bauwerk bestimmte Gegenstände, die der Auftragnehmer vom Auftraggeber übernommen hat.

12.2.2. Werden jedoch die Bauleistung oder Teile davon oder vom Auftraggeber dem Auftragnehmer übergebene Baustoffe oder sonstige für das Bauwerk bestimmte Gegenstände durch ein unabwendbares Ereignis beschädigt oder zerstört und hat der Auftragnehmer alle zur Abwehr solcher Ereignisse bzw. ihrer Folgen notwendigen und ihm zumutbaren Maßnahmen getroffen, so trägt der Auftraggeber die Gefahr. Unter diesen Voraussetzungen hat daher der Auftragnehmer im Falle der Beschädigung Anspruch auf das vereinbarte Entgelt für die bisher erbrachten Leistungen und auf Vergütung der zur allfälligen Wiederherstellung erforderlichen Leistung. Im Falle der gänzlichen Zerstörung ist der Auftragnehmer von jeder weiteren Leistungsverpflichtung frei. Die bereits erbrachten Leistungen sind nach Vertragspreisen abzurechnen." Die Ö-Norm B 2205 Erdarbeiten (Werkvertragsnorm) enthält auszugsweise folgende Bestimmungen:

"1.1. Anwendungsbereich:

Diese Ö-Norm enthält Vertragsbestimmungen für die Ausführung von Erdarbeiten in offener Bauweise und die mit denselben zusammenhängenden Sicherungsarbeiten ....

1.2. Berücksichtigung der Bodenbeschaffenheit:

Vor der Ausschreibung sollen Untersuchungen der Boden- und Grundwasserverhältnisse durchgeführt werden; insbesondere bei großen Ingenieurbauten sind diese Bodenuntersuchungen unerlässlich ...."

Die rechtlichen Vertragsbedingungen für Straßenbauten sehen für die Gefahrenteilung und Haftung folgende Bestimmungen vor:

"Punkt 12.221. Werden jedoch die Bauleistung oder Teile hiervon oder vom Auftraggeber dem Auftragnehmer übergebene Baustoffe oder Bauteile (2.14) durch Umstände, die auf Seiten des Auftraggebers liegen, oder durch höhere Gewalt beschädigt oder zerstört und hat der Auftragnehmer alle zur Abwehr solcher Ereignisse bzw. ihrer Folgen notwendigen und ihm zumutbaren Maßnahmen getroffen, so trägt der Auftraggeber die Gefahr, hat aber auch das Recht, vom Vertrag zurückzutreten. Macht der Auftraggeber von seinem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch, ist der Auftragnehmer verpflichtet, die erforderlichen Wiederinstandsetzungen durchzuführen. Punkt 12.223. Für die Beschädigung oder Vernichtung der Werkzeuge, Hilfsanlagen, Gerüste, Geräte, Baracken und dgl. des Auftragnehmers oder von ihm vorbereiteter Baustoffe und Bauteile, soweit sie von ihm beigestellt wurden, hat der Auftragnehmer auch in Fällen von Punkt 12.221. keinen Vergütungsanspruch, soweit nicht den Auftraggeber ein Verschulden trifft.

Punkt 12.224. Als höhere Gewalt im Sinne von Punkt 12.221. gelten insbesondere Krieg, Aufruhr, Katastrophenhochwässer - das sind Hochwässer von nach Feststellungen des hydrographischen Zentralbüros höchstens 50jähriger Häufigkeit - Erdbeben, Blitzschlag, Lawinen, Orkane über 150 km/h, Rutschungen größerem Ausmaßes. Niederschläge welcher Art und welchen Ausmaßes immer gelten niemals als höhere Gewalt nach Punkt 12.221". Die technischen Vertragsbedingungen für Straßenbauten sehen für die Ausführung von Erdarbeiten vor:

"Punkt 5.7.1. Böschungsneigung:

Die Böschungsneigung von Dämmen und Einschnitten ist aufgrund einer sorgfältigen Erkundung der Boden-, Fels-, Wasser- und Klimaverhältnisse festzulegen ....

Punkt 5.7.3. Rutschungen - Sicherungsmaßnahmen:

Ergibt sich während der Ausführung von Böschungen die Gefahr von Rutschungen, sind die notwendigen Sicherungen unverzüglich zu treffen. Art und Umfang weiterer Maßnahmen sind zu vereinbaren. Entstehen Schäden durch Rutschung oder Erosion, müssen diese möglichst umgehend durch standfesten Einbau geeigneter Materialien oder durch andere Sicherungsmaßnahmen unter Beachtung von Punkt

5.7.1. behoben werden. Besondere Sicherungsmaßnahmen für Böschungen sind bereits bei der Planung und Ausschreibung vorzusehen, wenn mit Rutschungen zu rechnen ist." Auch die technischen Vertragsbedingungen für Straßenbauten enthalten die Bestimmung, daß vor allen größeren Erdarbeiten eine Bodenerkundung durchzuführen ist.

Die klagende Partei begann mit dem Baugrubenaushub am 15. Mai 1981. Zunächst war daran gedacht, wie dies auch den Plänen zu entnehmen und technisch möglich war, daß die Baugrube lediglich zu einem Drittel ausgehoben und somit etappenweise vorgegangen wird. Es sollte daher zunächst die erste Bodenplatte hergestellt und darauf der erste Behälter errichtet werden. Nachdem etwa ein Drittel der Baugrube ausgehoben war, wurde der von der beklagten Partei mit den statischen Berechnungen beauftragte Dipl.Ing. Peter B\*\*\* von der klagenden Partei zur Besichtigung der Bodenverhältnisse herangezogen. Dipl.Ing. B\*\*\* äußerte den Wunsch, daß die gesamte Baugrube ausgehoben werde, um die Bodenbeschaffenheit über die gesamte Fläche beurteilen zu können. Über Anordnung des Bauleiters der klagenden Partei, Ing. L\*\*\*, wurde daraufhin die Baugrube in ihrem vollen Ausmaß ausgehoben. Eine vorhergehende Absprache mit dem örtlichen Bauleiter der beklagten Partei Ing. W\*\*\* erfolgte nicht. Als dieser von dem gesamten Aushub Kenntnis erlangte, machte er Ing. L\*\*\* Vorhaltungen, daß die Vorgangsweise nicht mit ihm abgesprochen worden sei, und äußerte seine Bedenken bezüglich der Standfestigkeit der Böschung. Da sich diese Vorgangsweise der klagenden Partei nach dem Leistungsverzeichnis einerseits und als gründungsvorbereitende Maßnahme andererseits als in den Verantwortungsbereich der klagenden Partei fallend darstellte, wurde von Ing. W\*\*\* keine Eintragung ins Bautagebuch vorgenommen und auch keine sonstige der Absicherung der Böschung dienende Maßnahme getroffen. Die Böschung wurde in einem Neigungsverhältnis zwischen 1 : 1 und 2 : 1 hergestellt. Der genaue Neigungswinkel kann nicht festgestellt werden. Der Neigungswinkel bezieht sich auf den bergwärts liegenden Teil des Aushubes; der Hochbehälter wurde in Hanglage errichtet. An und für sich handelte es sich um eine

stabile Böschung, die sich auch durch Regenfälle an 20 Tagen ab Fertigstellung des Baugrubenaushubes (3. Juni 1981) nicht veränderte. Unter den gegebenen Umständen konnte man davon ausgehen, daß die Böschungsneigung den an sie gestellten Anforderungen entspricht.

Im Zeitraum vom 17. bis 19. Juli 1981 gingen in Seefeld Niederschläge in einer Menge von insgesamt 201,4 mm nieder. Diese Niederschläge führten in Gesamtösterreich zu Murabgängen und Überflutungen, wobei auch Todesopfer zu beklagen waren. Von der Presse wurde von einem "Jahrhundertregen" gesprochen. Die Niederschläge rannen teilweise an der Oberfläche ab und versickerten teilweise im Erdreich. Durch die Versickerung wurde der Hangwasserspiegel erheblich angehoben. Es wurde eine erhebliche Strömungskraft im Untergrund erzeugt, die die im Boden maximal mögliche Widerstandskraft überschritt. Dadurch kam der Boden ins Rutschen und bewegte sich in Form einer Mure in die Baugrube. Auslösender Faktor war somit das sehr verstärkt strömende Hangwasser. Durch den Abgang der Mure wurde die bereits fertiggestellte Bodenplatte bis zu 2/3 der Fläche mit Abbruchmaterial in einer Höhe vom maximal 2 bis 3 m an der Rückseite überlagert. Der zur Betonierung vorbereitete geschalte und armierte Wandteil 5 a wurde teilweise verschoben. Das auf der Bodenplatte lagernde Schal- und Bewehrungsmaterial wurde überschüttet. Insgesamt war Material von rund 1500 m<sup>3</sup> abgebrochen. Oberhalb des Aushubbereiches befand sich Wiesenboden. Die Abbruchstellen ragten teilweise 15 bis 20 m in diesen Wiesengrund hinein. Es ist davon auszugehen, daß die auslösende Bedingung der Erdrutschung das Anschneiden des Hanges durch den Baugrubenaushub und die nicht ausreichend gegen den Hang hin Widerstand bietende Böschung war; eine Feststellung in der Richtung, daß der Ursprung der Erdrutschung (die die Mure auslösende Stelle) 15 bis 20 m oberhalb der Baugrubenböschung gelegen gewesen wäre, läßt sich aufgrund der Verfahrensergebnisse nicht treffen; er lag im Böschungsbereich (S 19 und 20 der Ausfertigung des Berufungsurteils).

Wäre ein etappenweiser Aushub der Baugrube vorgenommen worden, so wäre die Rutschung sehr wahrscheinlich kleiner ausgefallen. Über das Ausmaß der Rutschung im Falle etappenweisen Vorgehens kann keine weitere Feststellung getroffen werden. Hätte man vor Baubeginn eine Bodenerkundung in Form von Aufschlußbohrungen oder Schürfproben durchgeführt, so wäre man aufgrund des Hangwasserspiegels und der untersuchten Bodeneigenschaften auf eine Gefahr bezüglich einer Rutschung infolge Hangwasseranreicherung gestoßen. Dies wäre sicherlich im Rahmen eines Baugrundgutachtens erkannt worden und es hätten Vorschläge zur Vermeidung dieser Gefahr gemacht werden können. Ein derartiges Gutachten hätte Kosten zwischen 50.000 S und 100.000 S verursacht. Bei einem Bauvorhaben dieser Größenordnung stellt dies eine vertretbare Auslage dar. Derartige Gutachten werden auch immer wieder angefordert. Üblicherweise werden solche Untersuchungen vom Bauherrn vor der Ausschreibung in Auftrag gegeben und es wird in der Ausschreibung darauf hingewiesen und deren Einsichtnahme angeboten. Hätte man derartige Untersuchungen in Auftrag gegeben, so hätte man je nach Ergebnis entsprechende, unter Umständen kostengünstige Maßnahmen treffen können, um ein Abrutschen der Baugrube zu verhindern.

Die klagende Partei hatte bereits vor dem gegenständlichen Auftrag unter anderem für die beklagte Partei im Nahbereich des zu errichtenden Hochbehälters "Hermannstal neu" Arbeiten verrichtet und daher Kenntnis von der Bodenbeschaffenheit. Es handelte sich um einen mergeligen, kalkigen, teilweise sandigen und schluffigen Boden, in dem praktisch kein Fels vorkommt. Ein Baugrundgutachten wurde weder von der klagenden noch von der beklagten Partei zur Erhebung der Bodenbeschaffenheit eingeholt. Die klagende Partei forderte die beklagte Partei auch nicht auf, ein solches Gutachten beizusammenschaffen.

Die Beseitigung der Folgen des Murenabgangs erforderte Kosten von 730.864,06 S zuzüglich 18 % Umsatzsteuer. Für die Beseitigung der Unwetterschäden benötigte man 4 Wochen. Der Fertigstellungstermin, laut Auftrag mit 20. März 1982 festgesetzt, wurde um ca. 3 Monate überzogen, die Fertigstellung erfolgte gegen Ende Juni 1982. Es kann nicht festgestellt werden, ob und bejahendenfalls in welchem Ausmaß die durch die Aufräumungsarbeiten, die infolge der Hangabruschung erforderlich geworden waren, bedingte Zeitverzögerung ursächlich für die Verzögerung der Fertigstellung war. Eine diesbezügliche Feststellung konnte auch zur Ursächlichkeit der Wintererschwernisse nicht getroffen werden.

Mit Schlußrechnung vom 28. Februar 1984 rechnete die klagende Partei die gesamten Baumeisterarbeiten ab. Es wurden in diese Abrechnung neben den Kosten für die Beseitigung der Hangabruschung in Höhe von 730.864,06 S auch Kosten für die Wintererschwernis im Ausmaß von 220.000 S, je zuzüglich 18 % Umsatzsteuer, aufgenommen. Um diese Beträge korrigierte Dipl.Ing.Otto S\*\*\* die Rechnungssumme von 5,286.181 S auf den Betrag von 4,164.161 S (jeweils einschließlich Umsatzsteuer), wobei sich nach Berücksichtigung der bis 21. Juli 1982 von der beklagten Partei

geleisteten Teilzahlungen ein Guthaben der beklagten Partei von 35.839 S errechnete; die Rechnungskorrektur wurde damit begründet, daß die klagende Partei für die Standfestigkeit der Böschung die alleinige Verantwortung trage und die in Position 14 des Leistungsverzeichnisses enthaltenen Forderungen bezüglich der Standfestigkeit der Böschung und des etappenweisen Aushubes nicht eingehalten habe (Beilagen F und G). Die Rechnungskorrektur wurde von der klagenden Partei nicht akzeptiert.

Mit der am 3. Dezember 1986 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte die klagende Partei die Zahlung des Betrages von 1.086.180,59 S (= 730.864,06 S + 220.000 S + je 18 % Umsatzsteuer abzüglich 35.839 S) samt Anhang. Die Vermurung der Baugrube, die die strittigen Mehrkosten verursacht habe, sei nicht auf bloße ungünstige Witterungsverhältnisse im Sinne der Position 14 des Leistungsverzeichnisses, sondern auf ein unabwendbares Ereignis im Sinne des Punktes 12.2.2. der Ö-Norm B 2110 (katastrophenaartige, 188 % über dem langjährigen Durchschnitt liegende Niederschläge am 18./19. Juli 1981) zurückzuführen. Eine eingehende Bodenuntersuchung sei im Hinblick auf ihre Kenntnis der Beschaffenheit des Untergrundes und ihre diesbezüglichen Erfahrungen nicht notwendig gewesen; sie sei ihr auch nicht zumutbar gewesen. Die Klageforderung sei nicht verjährt.

Die beklagte Partei erklärte, der Höhe nach gegen die Forderungen der klagenden Partei keine Einwendungen zu erheben, bestritt diese Forderungen aber dem Grunde nach. Obgleich die klagende Partei verpflichtet gewesen sei, die Baugrubenböschungen derart anzulegen und zu sichern, daß sie bei ungünstigen Witterungsverhältnissen in keiner Weise ihre Standfestigkeit verlieren (Position 14 des Leistungsverzeichnisses), und bezüglich der Standfestigkeit der Böschung die alleinige Verantwortung zu tragen (Punkt B II der Allgemeinen Vertragsbedingungen und technischen Vorschriften), habe sie eine Bodenuntersuchung, zu deren Vornahme sie verpflichtet gewesen wäre, unterlassen und trotz wochenlanger Regenfälle nichts zur möglichen Absicherung der Baugrube unternommen, sodaß von einem unabwendbaren Ereignis oder höherer Gewalt keine Rede sein könne. Da die Arbeiten der klagenden Partei im Zusammenhang mit der Beseitigung des Baugrubeneinbruches von der ursprünglichen Vereinbarung nicht umfaßt und bereits 1981

abgeschlossen gewesen seien, sei die Klageforderung überdies verjährt. Hilfsweise werde eine Pönaleforderung von 180.000 S wegen Bauzeitüberschreitung aufrechnungsweise eingewendet. Beide Vorinstanzen wiesen die Klage, ausgehend von dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, ab.

Das Erstgericht führte in rechtlicher Hinsicht aus, nach dem Bauvertrag habe die klagende Partei die Verantwortung für die Standfestigkeit der Baugrubenböschungen übernommen, wobei die Standfestigkeit auch bei ungünstigen Witterungsverhältnissen gesichert sein sollte. Diese Bestimmung des Bauvertrages gehe der einschränkenden Bestimmung der Ö-Norm, die im Falle eines unabwendbaren Ereignisses dem Bauunternehmer einen Ersatzanspruch gegenüber dem Auftraggeber einräume, vor. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, auf die Ö-Norm also Bedacht zu nehmen wäre, läge jedenfalls kein unabwendbares Ereignis in diesem Sinne vor, weil die klagende Partei nicht alle zur Abwehr eines solchen Ereignisses notwendigen und zumutbaren Maßnahmen getroffen habe. Bei Einholung eines Baugrundgutachtens wäre die Gefahr der Hangrutschung zu erkennen gewesen und hätten geeignete Vorbeugungsmaßnahmen getroffen werden können. Die Einholung eines solchen Baugrundgutachtens wäre der klagenden Partei zumutbar gewesen; zumindest hätte sie die Einholung eines solchen Gutachtens bei der beklagten Partei anzuregen gehabt.

Das Berufungsgericht nahm zur Rechtsrüge der klagenden Partei wie folgt Stellung:

Die klagende Partei habe zufolge Position 14 des Leistungsverzeichnisses, das Vertragsbestandteil sei, die Verpflichtung übernommen, die Baugrubenböschung derart anzulegen, daß sie bei ungünstigen Witterungsverhältnissen in keiner Weise ihre Standfestigkeit verliert, wobei gegebenenfalls etappenweise ausgehoben werden mußte. Sie habe zudem laut Punkt B II der Allgemeinen Vertragsbedingungen und technischen Vorschriften, die ebenfalls Vertragsbestandteil seien, erklärt, bezüglich der Standfestigkeit der Böschung die alleinige Verantwortung zu übernehmen. Unter der Standfestigkeit einer Böschung könne sowohl nach der Übung des redlichen Verkehrs allgemein als auch nach dem speziellen Vertragszweck nicht nur verstanden werden, daß die Böschung als solche durch ausreichende innere Festigkeit standfest zu sein habe; eine Böschung habe darüber hinaus zwangsläufig auch die Funktion, das angrenzende gewachsene Erdreich abzustützen. Besonders aus dem gegenständlichen Vertrag (und den gegebenen örtlichen Verhältnissen) sei klar abzuleiten, daß die Standfestigkeit der Böschung auch unter Bedachtnahme auf diese Stützfunktion gegeben sein sollte. Zum einen hätte es nämlich keiner speziellen Bestimmung

bedurfte, daß die klagende Partei die alleinige Verantwortung für die Standfestigkeit der Böschung hätte, wenn sich dies nur auf das Böschungswerk als solches bezogen hätte (als reiner der Auftragnehmersphäre zugehörender Werkteil bestehende diesbezüglich schon kraft Gesetzes alleinige Verantwortung des Auftragnehmers); zum anderen wäre die Vertragsbestimmung, daß gegebenenfalls etappenweise ausgehoben werden müsse, völlig unverständlich, weil eine solche Vorgangsweise nur mit Bezug auf die Stützfunktion gegenüber dem angrenzenden Hang Sinn erhalte. Daß beide Parteien abweichend und übereinstimmend die Vertragsbestimmung entgegen diesem objektiven Erklärungswert, auf den es gemäß § 914 ABGB ankomme, verstanden hätten, ergebe sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht; zumindest die beklagte Partei habe ganz offenkundig diese Vertragsbestimmung dem objektiven Sinn entsprechend verstanden.

Damit habe nach dem zwischen den Parteien bestehenden Vertrag eine Risikoverlagerung bezüglich der Standfestigkeit der Böschung über das dispositiv-gesetzliche Ausmaß (§§ 1168, 1168 a ABGB) hinaus stattgefunden, die auch gewisse sonst der Sphäre des Bestellers zuzählende Risiken (möglicherweise, wie im folgenden noch dargelegt werde, mit Ausnahme unabwendbarer Ereignisse und höherer Gewalt) in die Sphäre des Werkunternehmers übertrage. Schon deshalb gingen die Berufungsausführungen der klagenden Partei zur Warnpflicht ins Leere; nach dieser Risikoverlagerung habe nicht nur eine Warnpflicht der klagenden Partei in den im § 1168 a ABGB vorgesehenen Fällen bestanden.

An dieser Risikoverlagerung auf die klagende Partei habe auch die Anordnung des Statikers Dipl.Ing. B\*\*\*, die sich die beklagte Partei, weil sie sich seiner als eines Erfüllungsgehilfen bedient habe,zurechnen lassen müsse, nichts geändert. Die Anordnung B\*\*\* nämlich, doch die gesamte Baugrube in einem auszuheben, habe von der klagenden Partei bei verständiger Würdigung aller Umstände keinesfalls dahin verstanden werden können, daß damit eine Vertragsänderung in bezug auf das Risiko der Standfestigkeit der Böschung erfolgen sollte. Über dieses Problem sei aus diesem Anlaß überhaupt nicht gesprochen worden; die Erklärung B\*\*\* sei auch von Ing. L\*\*\* nicht so aufgefaßt worden; es werde dies von der klagenden Partei auch gar nicht behauptet. Im übrigen habe selbst die Verknüpfung der Rechtsfolge des Gefahrenüberganges nach § 1168 a ABGB auf den Besteller infolge offenbar unrichtiger Anweisungen seinerseits ihren dogmatischen Grund darin, daß unter den dort geforderten Umständen (Warnung seitens des Auftragnehmers) klargestellt sei, daß der Besteller das Risiko übernehme (Krejci in Rummel, ABGB, Rz 32 zu § 1168 a). Davon, daß durch diese Anordnung des Statikers Dipl.Ing. B\*\*\* eine klare, dem schriftlichen Vertrag widersprechende Risikorückverlagerung auf die beklagte Partei entstanden wäre, könne keine Rede sein.

Wegen der vertraglichen Verlagerung des Risikos der Standfestigkeit der Böschung auf die klagende Partei könne auch nach dem festgestellten Sachverhalt ein Verschulden der beklagten Partei am eingetretenen Schaden nicht vorliegen. Ein solches hätte zur Voraussetzung, daß die beklagte Partei oder der von ihr mit der Ausschreibung beauftragte Techniker in Kenntnis der Gefahr der Hangrutschung die Ausschreibung so (nämlich mit bloßer Sicherung des Hanges durch Böschung, nicht durch andere, vom Sachverständigen beispielsweise angeführte Sicherungsmaßnahmen) verfaßt und der klagenden Partei keine Mitteilung von ihrer Kenntnis der Gefahr der Hangrutschung gemacht hätte. Das Gegenteil stehe fest. Daß allenfalls die beklagte Partei die Gefahr der Hangrutschung hätte kennen müssen, könne der beklagten Partei im Sinne eines Schuldvorwurfs nur vorgehalten werden, wenn ihrerseits eine Sorgfaltspflicht bestanden hätte. Durch das Überwälzen des Risikos der Standfestigkeit der Böschung auf die klagende Partei habe aber eine solche Sorgfaltspflicht der beklagten Partei nicht bestanden, sodaß ein Fahrlässigkeitsvorwurf, etwa wegen Unterlassens einer vorangehenden Bodenuntersuchung, der beklagten Partei nicht gemacht werden könne. Die Ö-Norm und die anderen in den Vertrag einbezogenen Regelwerke sagten nichts darüber aus, wer die dort angeführten Bodenuntersuchungen zu veranlassen habe; auch wenn dies nach den Feststellungen üblicherweise der Bauherr mache, habe im gegenständlichen Fall aufgrund der vertraglichen Verlagerung des Risikos der Standfestigkeit der Böschung auf die klagende Partei nicht für die beklagte Partei, sondern nur für die klagende Partei allenfalls die Veranlassung bestanden, die Bodenerkundung durchzuführen.

Ein Verschulden der klagenden Partei am Eintritt des Schadensfalles lasse sich hingegen aus dem festgestellten Sachverhalt durchaus ableiten. Die klagende Partei könne sich nämlich eben deshalb, weil die in den Vertrag mit einbezogenen Regelwerke (die ohnehin eine Zusammenfassung der üblichen Sorgfaltsanforderungen darstellten:

Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 5

zu § 1311) die Bodenerkundung vor solchen Erdarbeiten für erforderlich erachteten, nicht auf ihre Unkenntnis der

Gefahr berufen, weil nach den Feststellungen bei Vornahme einer solchen Bodenerkundung die Gefahr erkennbar gewesen wäre. Daß die Veranlassung einer solchen Bodenuntersuchung unzumutbar gewesen wäre, könne angesichts von Kosten in der Höhe von 50.000 S bis 100.000 S nicht gesagt werden, zumal es Sache der klagenden Partei gewesen wäre, angesichts der Risikoübernahme im Vertrag auch entsprechende Untersuchungskosten mit ins Angebot einzukalkulieren. Da die Gefahr des tatsächlich eingetretenen Schadens der klagenden Partei bei gebotener Sorgfalt erkennbar gewesen wäre und nach den Feststellungen dieser Gefahr auch hätte begegnet werden können, habe die klagende Partei schuldhaft und rechtswidrig den durch die Rutschung am Werk eingetretenen Schaden verursacht. Davon, daß ihr der nach § 1298 ABGB obliegende Beweis der Schuldlosigkeit an der Nichterfüllung ihrer Vertragspflicht, eine standsichere Böschung zu schaffen, gelungen wäre, könne nicht die Rede sein. Für die klagende Partei sei aber auch nichts gewonnen, ginge man davon aus, daß sie kein Verschulden am Einbruch der Baugrube treffe. Selbst wenn die Vermurung der Baugrube als zufälliges Ereignis angesehen würde, hätte die klagende Partei als Unternehmer gemäß § 1168 a ABGB die Preisgefahr bis zur Übergabe des Werkes zu tragen gehabt, was im gegenständlichen Fall, weil sie auch das Material beizustellen hatte, bedeute, daß sämtliche Mehrkosten aufgrund der Vermurung von ihr selbst zu tragen wären. Zwar vertrete Krejci in Korinek-Krejci, Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts V - Mon-2, KSchG und Bauvertragsrecht IV D 2 die Ansicht, daß die Sphäre des Bauherrn angesprochen sei, wenn das Grundstück des Bauherrn durch einen Erdrutsch verschüttet und dadurch die bisherige Leistung des Bauunternehmers vernichtet werde, und daß dann § 1168 ABGB und nicht § 1168 a ABGB anwendbar sei, sodaß also der Bauherr die Gefahr trage, doch meine er damit offenkundig einen im Sinne höherer Gewalt tatsächlich von außen kommenden Erdrutsch, wofür das weiter unten Ausgeführte zu gelten habe. Nach § 1168 a ABGB bestünden zwar Ausnahmen vom Grundsatz, daß für zufälligen Untergang des Werkes vor seiner Übernahme durch den Besteller der Unternehmer kein Entgelt verlangen könne, doch lägen diese im gegenständlichen Fall nicht vor. Von diesen Ausnahmen (siehe dazu Krejci aaO IV D 2 sowie in Rummel, ABGB, Rz 16 zu § 1168 a) kämen hier allenfalls in Frage die Lieferung eines offenbar untauglichen Stoffes oder die Übergabe einer offenbar untauglichen Sache zur Bearbeitung durch den Besteller, die Erteilung offenbar unrichtiger Anweisungen durch den Besteller oder überhaupt Umstände auf Seiten des Bestellers, die für den Untergang des Werkes kausal seien. Der Boden, auf dem ein Bauwerk errichtet werde, stelle zwar den Stoff im Sinne des § 1168 a ABGB dar (SZ 52/15 und Entscheidungen 35 bis 39 zu § 1168 a ABGB in MGA32); gemeint sei damit aber der Boden, auf dem gebaut werde, nicht das angrenzende Erdreich; selbst wenn das angrenzende Erdreich gemeint wäre, sei im gegenständlichen Fall nicht dieses, sondern die von der klagenden Partei zu seiner Abstützung errichtete Böschung untauglich gewesen. Von der beklagten Partei und ihren Erfüllungsgehilfen erteilte offenbar unrichtige Anweisungen hätten nach dem oben Ausgeführten aufgrund der vertraglichen Risikoverlagerung auf die klagende Partei an der Verantwortlichkeit der klagenden Partei nichts ändern können. Die infolge der Wasserübersättigung gegebene Labilität des Hanges stelle zwar einen Umstand auf Seite des Bestellers dar, der für den Untergang des Werkes mit kausal gewesen sei, doch könne dies im gegenständlichen Fall trotzdem nicht zur Ausnahme vom Grundsatz des § 1168 a ABGB führen, weil im Vertrag die Verantwortlichkeit für die ausreichende Absicherung durch entsprechende Standfestigkeit der Böschung ausdrücklich auf die klagende Partei übertragen worden sei. Selbst ohne Verschulden also hätte die klagende Partei die gesamten gen im Zusammenhang mit der Mure selbst zu tragen.

Allerdings sei § 1168 a ABGB dispositives Recht (Krejci in Rummel, ABGB, Rz 2 zu § 1168 a). Er könne zur Regelung dieses Falles daher nur dann herangezogen werden, wenn der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht eine gegenteilige Regelung treffe. Zum Vertrag gehöre auch Punkt 12.2.2. der Ö-Norm B 2110, wonach dann, wenn die Bauleistung oder Teile hievon durch ein unabwendbares Ereignis beschädigt oder zerstört würden und der Auftragnehmer alle zur Abwehr solcher Ereignisse bzw. ihrer Folgen notwendigen und ihm zumutbaren Maßnahmen getroffen habe, der Auftraggeber die Gefahr trage. Weiters gehörten zum Vertragsinhalt auch die Punkte 12.221. und 12.224. der rechtlichen Vertragsbedingungen für die Straßenbauten, wonach dann, wenn die Bauleistung oder Teile hievon durch Umstände, die auf Seiten des Auftraggebers liegen, oder durch höhere Gewalt beschädigt oder zerstört würden, und der Auftragnehmer alle zur Abwehr solcher Ereignisse bzw. ihrer Folgen notwendigen und ihm zumutbaren Maßnahmen getroffen habe, ebenfalls der Auftraggeber die Gefahr trage, wobei als höhere Gewalt unter anderem "Rutschungen größerer Ausmaßes", nicht aber "Niederschläge welcher Art und welchen Ausmaßes immer" gälten. Das Erstgericht habe die Ansicht vertreten, daß diese Bestimmungen der Ö-Norm und der rechtlichen Vertragsbedingungen für Straßenbauten im Widerspruch zu Position 14 des Leistungsverzeichnisses und Punkt B II der Allgemeinen Vertragsbedingungen und technischen Vorschriften stünden und daher deshalb, weil sie der Reihenfolge

nach im Falle von Widersprüchen diesen Vertragsteilen nachstünden, nicht Vertragsinhalt seien. Dies erscheine jedoch fraglich. Daß die Verantwortung für die Standfestigkeit der Böschung auch im Falle eines echten unabwendbaren Ereignisses oder im Falle höherer Gewalt allein bei der klagenden Partei liegen sollte, sei umso weniger selbstverständlich, als die jedenfalls grundsätzlich in den Vertrag mit einbezogenen Allgemeinen Vertragsbedingungen Gegenteiliges bestimmten, die gesetzliche Regelung des § 1168 ABGB dort, wo die unabwendbaren Ereignisse der Sphäre des Bauherrn zuzuzählen sind, ebenfalls Gegenteiliges bestimme und durchaus denkbar sei, daß auch nach dem Willen der Vertragsparteien eine Risikobefreiung der klagenden Partei in solchen Fällen entsprechend den Allgemeinen Vertragsbedingungen eintreten sollte. Diese Frage sei in erster Instanz nicht erörtert worden, sodaß der diesbezügliche Parteiwillen nicht feststehe. Eine Erörterung habe allerdings unterbleiben können, weil im gegenständlichen Fall weder ein unabwendbares Ereignis noch höhere Gewalt vorgelegen sei.

Was ein unabwendbares Ereignis sei, beschreibe die Ö-Norm nicht. Der Begriff sei aber ein gesetzestechnischer Begriff, der im § 9 Abs 2 EKHG umschrieben sei. Wenngleich der dort entwickelte Begriff nicht ohne weiteres auf Werkvertragsfälle angewendet werden könne, könne die gesetzliche Begriffsbestimmung immerhin prima facie eine nützliche Orientierung für das Verständnis des Begriffes insoweit geben, als darunter ein Ereignis zu verstehen sein werde, das trotz Anwendung aller erdenklichen Sachkunde und Vorsicht eingetreten sei (Krejci in Korinek-Krejci, Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts aaO IV D 1; Koziol-Welser8 I 456). Um ein unabwendbares Ereignis in diesem Sinne habe es sich bei der gegenständlichen Rutschung nach dem festgestellten Sachverhalt nicht gehandelt. Bei entsprechender und zumutbarer Sorgfalt hätte das Ereignis abgewendet werden können. Auch der Begriff der höheren Gewalt sei ein Gesetzesbegriff, der im § 1 a RHG, aber auch im Berggesetz 1954 und im Atomhaftpflichtgesetz verwendet werde. Auch hier möge die völlige Übernahme der Definition des Gesetzesbegriffes durch Lehre und Rechtsprechung für den Werkvertragsbereich problematisch erscheinen, insbesondere dort, wo eine enge Auslegung des Ausdruckes im Hinblick auf das Ziel der Haftpflichtgesetze gefordert werde, nämlich dafür zu sorgen, daß die aus dem Betrieb eines trotz seiner Gefährlichkeit gestatteten Unternehmens entstehenden Schäden ersetzt werden sollen (SZ 22/103). Immerhin werde auch zum Verständnis des in den rechtlichen Vertragsbedingungen für Straßenbauten verwendeten Begriffes der höheren Gewalt, soferne dort nicht überhaupt eine Erläuterung stattfinde, auf den in Lehre und Rechtsprechung zum entsprechenden Gesetzesbegriff entwickelten Kern des Begriffes Bedacht zu nehmen sein. Die heute in der deutschen und österreichischen Lehre und Rechtsprechung übliche Definition sei dabei folgende: "Höhere Gewalt sei ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar sei, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden könne und nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen sei" (siehe dazu SZ 57/86 mwN;

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht2 II 421 mwN). In der in SZ 57/86 dargelegten Entwicklung des Begriffes in Lehre und Rechtsprechung könne es als stets unstrittig angesehen werden, daß als höhere Gewalt nur ein von außen in den Betrieb eingreifendes, also betriebsfremdes Ereignis angesehen werden könne. Dieses Begriffsmerkmal gehöre also zweifellos zum Kern des Begriffes (siehe dazu auch SZ 26/139). Daß in den rechtlichen Vertragsbedingungen für Straßenbauten unter höherer Gewalt nicht einmal diese Grundbedingung des Begriffes vorausgesetzt wäre, könne nicht angenommen werden. Mit Ausnahme der "Rutschungen größeren Ausmaßes" seien auch sämtliche dort in Punkt 12.224. angeführten Beispiele höherer Gewalt solche durchaus und ausschließlich von außen kommende Ereignisse. Daß eine Rutschung, auch größeren Ausmaßes, die ihre Wurzel in der Sphäre des Werkunternehmers selbst habe (weil die von ihm zu deren Verhinderung zu errichtende Böschung keine ausreichende Standfestigkeit aufweise), von den Verfassern der rechtlichen Vertragsbedingungen für Straßenbauten als höhere Gewalt angesehen wurde, erscheine daher unmöglich. Der Begriff "Rutschungen größeren Ausmaßes" bedürfe daher einer einschränkenden Auslegung im Umfang des Kernes des Begriffes der höheren Gewalt, und zwar umso mehr deshalb, weil die Rutschungen größeren Ausmaßes als Beispiele für "höhere Gewalt im Sinne von Punkt 12.221" aufgezählt würden. Dieser gebotenen einschränkenden Auslegung entsprechend sei aber in der gegenständlichen Vermurung der Baugrube keine höhere Gewalt zu erblicken.

Dies führe zu dem Ergebnis, daß auch bei Geltung des Punktes 12.2.2. der Ö-Norm B 2110 und der Punkte 12.221. und 12.224. der rechtlichen Vertragsbedingungen für Straßenbauten als Vertragsbestandteil das gegenständliche Ereignis zumindest nicht der dispositiv-rechtlichen Regelung des § 1168 a ABGB entzogen werde, sodaß, soferne der klagenden

Partei nicht ohnehin ein Verschulden an der Herbeiführung des Schadens durch die Mure vorzuwerfen sei, ihre Haftung jedenfalls nach § 1168 a ABGB für den damit verbundenen Aufwand vorliege. Damit fehle der Klageforderung die Rechtsgrundlage. Auf die Frage ihrer Verjährung sei daher ebensowenig einzugehen wie auf die Frage, ob der beklagten Partei eine Gegenforderung aus der Pönalevereinbarung zustehe.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich die auf den Revisionsgrund des§ 503 Abs 1 Z 4 ZPO gestützte Revision der klagenden Partei mit dem Antrag, in Abänderung der Urteile der Vorinstanzen der Klage zur Gänze, in eventu zur Hälfte statzugeben. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Der auf die Wintererschwernisse gegründete Teil der Klageforderung (220.000 S zuzüglich 18 % Umsatzsteuer samt Anhang) wurde schon deshalb mit Recht abgewiesen, weil die Vorinstanzen, vom Obersten Gerichtshof nicht mehr überprüfbar, auf der Sachverhaltsebene übereinstimmend davon ausgegangen sind, es lasse sich nicht feststellen, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang die Vermurung der Baugrube und die dadurch bedingte Verzögerung der Fertigstellung des Bauwerkes für die eingetretenen Wintererschwernisse ursächlich war, wobei die Frage der Ursächlichkeit den von der beklagten Partei bestrittenen Anspruchsgrund betrifft.

Bei Zugrundelegung des von den Vorinstanzen erhobenen Sachverhaltsbildes muß der Rechtsrügen der klagenden Partei aber auch hinsichtlich des übrigen Teils der Klageforderung der Erfolg versagt bleiben.

Die klagende Partei führt im wesentlichen aus, daß das Bodenrisiko  
(das Risiko, daß sich die Untergrundverhältnisse anders erweisen,  
als vorher angenommen wurde bzw. angenommen werden mußte) in die  
Sphäre des Bauherrn falle, wobei unter Boden nicht nur der Boden,  
auf dem das Bauwerk errichtet wird, sondern auch das angrenzende  
Erdreich zu verstehen sei. Eine erforderliche Bodenuntersuchung sei  
demnach nicht nur üblicherweise, sondern nach der ausdrücklichen  
Bestimmung des Punktes 1.2. der Ö-Norm B 2205 vor der Ausschreibung  
und somit vom Bauherrn durchzuführen. Wenn der Bauherr eine der  
Ausschreibung vorangehende Bodenuntersuchung nicht für notwendig  
halte, dann bestehe auch für die aufgrund dieser Ausschreibung  
anbietenden Bauunternehmer keine Veranlassung hiezu, wenn sich  
aufgrund des langjährigen Erfahrungsstandes gegen die vorgesehene  
Ausführung des Bauwerkes ohne Bodenerkundung keine fachlichen  
Bedenken ergeben. Die Baugrubenböschung sei nicht zur Verhinderung  
einer außerhalb bzw. 15 bis 20 m oberhalb der Böschung auftretenden  
Rutschung errichtet worden; zur Abstützung des angrenzenden  
Erdreiches sei eine Böschung (im Unterschied zu einer Stützmauer)  
auch in keiner Weise geeignet. Bei der gegenständlichen Böschung  
habe es sich um eine relativ kurzzeitige, nur vorübergehende  
werkherstellungsbedingte Bausituation gehandelt, bei der sich die  
Standfestigkeit der Böschung naturgemäß zwangsläufig darauf  
beschränke, daß sie einen technisch ausreichend dimensionierten

Böschungswinkel aufweise. Durch die Position 14 des Leistungsverzeichnisses sei die Gefahrtragung nur hinsichtlich der Standfestigkeit der Böschung selbst auf die klagende Partei überwälzt worden. Eine Überwälzung des Bodenrisikos und der Verpflichtung des Bauherrn zur Bodenuntersuchung auf die klagende Partei habe damit nicht stattgefunden; solches sei von der beklagten Partei in erster Instanz auch gar nicht behauptet worden. Ob die Gefahr der gegenständlichen Hangrutschung im Falle einer Bodenuntersuchung vor Baubeginn erkennbar gewesen wäre, sei überdies mehr als zweifelhaft. Träfen das Bodenrisiko und die Verpflichtung zur Bodenuntersuchung allein den Bauherrn und seien dieses Risiko und diese Verpflichtung auch nicht auf den Bauunternehmer überwälzt worden, dann käme für seine Haftung nur mehr eine schuldhafte Verletzung seiner Warnpflicht in Betracht, die aber hier mangels Offenkundigkeit der Gefahr zu verneinen sei. Im Falle ihrer Offenkundigkeit trüfe beide Streitteile ein Verschulden. Schließlich lägen die Tatbestandsvoraussetzungen für die Annahme eines unabwendbaren Ereignisses bzw. höherer Gewalt vor; die Hangrutschung sei unvorhersehbar und unabwendbar gewesen. Diesen Ausführungen ist nachstehendes zu erwidern:

Der klagenden Partei ist einzuräumen, daß das Bodenrisiko mangels abweichender Vereinbarung - die §§ 1168, 1168 a ABGB sind dispositives Recht (Krejci in Rummel, ABGB, Rz 3 zu § 1168 und Rz 2 zu § 1168 a) - vom Bauherrn zu tragen ist und aus Punkt 1.2. der Ö-Norm B 2205, wonach vor der Ausschreibung Untersuchungen der Boden- und Grundwasserverhältnisse durchgeführt werden sollen, abzuleiten ist, daß die Pflicht zur Durchführung erforderlicher Bodenuntersuchungen mangels abweichender Vereinbarungen den Bauherrn trifft (vgl. Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB 363 Rz 668). Im gegenständlichen Fall hat aber die klagende Partei, die gemäß Punkt A 1 und 5 der Allgemeinen Vertragsbedingungen und technischen Vorschriften durch die Unterzeichnung ihres Anbotes erklärt hatte, durch Besichtigung der Baustelle die örtlichen Gegebenheiten und die Arbeitsbedingungen festgestellt und sich über alle preisbildenden Faktoren unterrichtet zu haben, wobei nach Punkt B I lit. f der genannten Bedingungen und Vorschriften besondere Umstände, welche die Ausführung der Arbeiten erschweren können, in den Pauschal- und Fixpreisen des Anbotes inbegriffen sein sollten, so insbesondere

Erschwernisse durch ungünstige Witterung, laut Position 14 des Leistungsverzeichnisses die Verpflichtung übernommen, die Baugrubenböschungen derart anzulegen und zu sichern, daß sie bei ungünstigen Witterungsverhältnissen in keiner Weise ihre Standfestigkeit verlieren, wobei gegebenenfalls etappenweise ausgehoben werden muß. Nach Punkt B II der Allgemeinen Vertragsbedingungen und technischen Vorschriften trägt die klagende Partei bezüglich der Standfestigkeit der Böschung die alleinige Verantwortung. Der Oberste Gerichtshof pflichtet dem Berufungsgericht aus dessen Überlegungen darin bei, daß eine Auslegung dieser Vertragsbestimmungen unter Bedachtnahme auf die örtlichen Verhältnisse nach § 914 ABGB ergibt, daß die klagende Partei die alleinige Verantwortung für die Errichtung von Baugrubenböschungen übernommen hat, die derart angelegt und gesichert sind, daß sie nicht nur als solche standfest, sondern auch in der Lage sind, das angrenzende gewachsene Erdreich selbst bei ungünstigen Witterungsverhältnissen abzustützen, mag diese Stützfunktion auch nur eine vorübergehende und werkherstellungsbedingte gewesen sein, soll dadurch doch auch verhindert werden, daß die Baugrube während des Bauvorganges durch Erdrutschungen verschüttet wird. Damit wurde keineswegs etwas tatsächlich Unmögliches oder wirtschaftlich Uner schwingliches bedungen, weil nach den Feststellungen eine mit Auslagen von 50.000 S bis 100.000 S verbundene Bodenerkundung Ergebnisse erbracht hätte, die unter Umständen kostengünstige Maßnahmen gegen ein Abrutschen der Baugrube ermöglicht hätten. Dem Berufungsgericht ist auch darin beizustimmen, daß keine Rede davon sein kann, daß die klagende Partei den ihr nach § 1298 ABGB obliegenden Beweis der Schuldlosigkeit an der Nichterfüllung ihrer Vertragspflicht, eine im vorerwähnten Sinn standsichere Böschung zu schaffen, erbracht hat.

Es steht fest, daß die klagende Partei bei Vornahme einer Bodenerkundung vor Baubeginn in Form von Aufschlußbohrungen oder Schürfproben aufgrund des Hangwasserspiegels und der Bodeneigenschaften die Gefahr einer Rutschung infolge Hangwasseranreicherung erkennen hätte können; die Notwendigkeit einer solchen Bodenuntersuchung vor Durchführung der im gegenständlichen Fall übernommenen Erdarbeiten mußte ihr aufgrund des von ihr zu prästierenden Fachwissens (§ 1299 ABGB) bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt - die in den Vertrag mit einbezogenen Regelwerke stellen, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, eine Zusammenfassung der üblichen Sorgfaltsanforderungen dar - bekannt sein. Bei dieser Sach- und vertraglich gestalteten Rechtslage kommt die Anwendung der gesetzlichen Regelung der Gefahrtragung beim Werkvertrag nach der Sphärentheorie, wonach jeder Teil den Zufall zu tragen hat, der sich in seiner Sphäre ereignet (und den Werkunternehmer überdies der sich in der neutralen Sphäre ereignende Zufall trifft), nicht in Betracht (zur gesetzlichen Regelung vgl. Koziol-Welser 8 I 376 ff; Krejci in Rummel, ABGB, Erläuterungen zu den §§ 1168 und 1168 a, insbesondere Rz 6 zu § 1168 a; SZ 54/128, SZ 58/41,

1 Ob 42/86 uva). Im übrigen wären Umstände, die in die Sphäre des Bestellers gehören, nicht als solche zu werten, wenn sie auf schuldhaftes Verhalten des Werkunternehmers zurückzuführen sind (Krejci in Rummel, ABGB, Rz 8 zu § 1168). Die klagende Partei kann sich daher ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht unter Berufung darauf entziehen, daß das Bodenrisiko den Bauherrn treffe. Da sie die alleinige Verantwortung für die Standfestigkeit der Baugrubenböschungen übernommen hat, kann sie auch nicht geltend machen, die beklagte Partei als Bauherr wäre zur Vornahme einer Bodenuntersuchung verpflichtet gewesen. Für die klagende Partei wäre selbst dann nichts gewonnen, wenn man annehmen wollte, die den Besteller treffende Nebenpflicht, den Werkunternehmer über alle Umstände zu informieren, aus welchen Gefahren für das Gelingen des Werkes hervorgehen können (vgl. JBl. 1984, 556), sei durch diese vertragliche Regelung nicht aufgehoben worden. Diesfalls müßte nämlich in der in Rede stehenden vertraglichen Regelung eine - zulässige - Freizeichnung von der Verantwortlichkeit für eine leicht fahrlässige Verletzung dieser Nebenpflicht - und mehr könnte der beklagten Partei angesichts des festgestellten Sachverhaltes aus der Unterlassung einer Bodenuntersuchung nicht vorgeworfen werden - erblickt werden. Damit ist auch allen Revisionsausführungen der klagenden Partei, die davon ausgehen, daß das Bodenrisiko und die Verpflichtung zur Bodenuntersuchung im gegenständlichen Vertrag nicht auf sie überwälzt worden seien, insbesondere ihren Ausführungen, daß die beklagte Partei an der Unterlassung einer Bodenuntersuchung ein Mitverschulden treffe, der Boden entzogen.

Mit Recht hat das Berufungsgericht hervorgehoben, es könne fraglich sein, ob die klagende Partei die alleinige Verantwortung für die Standfestigkeit der Baugrubenböschungen nach der vertraglichen Regelung auch im Falle eines unabwendbaren Ereignisses oder im Falle höherer Gewalt tragen sollte, und daher untersucht, ob die Vermurung der Baugrube unter einen dieser Begriffe fällt. Der Oberste Gerichtshof kommt gleich dem Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß dies nicht der Fall ist: Der Begriff des unabwendbaren Ereignisses erfaßt auch die Fälle höherer Gewalt; ersterer Begriff ist weiter als jener der höheren Gewalt, weil letztere nur bei Vorliegen eines außergewöhnlichen, von außen kommenden Ereignisses anzunehmen ist, während diese beiden Kriterien nicht Voraussetzung für das unabwendbare Ereignis sind (Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II 546 f). Eine Befreiung von der Haftung für ein unabwendbares Ereignis tritt nur dann ein, wenn jede gebotene (die äußerste nach den Umständen des Falles mögliche) Sorgfalt eingehalten wurde, wobei als Maßstab die Sorgfalt eines sachkundigen, erfahrenen Fachmannes heranzuziehen ist; verlangt wird eine über die gewöhnliche Sorgfalt hinausgehende besondere Aufmerksamkeit und Umsicht. Es muß schon vorher die besondere Sorgfalt angewendet worden sein, um jene Situation zu vermeiden, aus der eine Gefahr entstehen kann; es genügt allerdings das Ergreifen jener Maßnahmen, die vor dem Ereignis nach den Umständen des Falles geboten waren, nicht erforderlich sind jene Maßnahmen, die rückblickend zu einer Vermeidung des Ereignisses hätten führen können (Koziol aaO 551 f). Auch Punkt 12.2.2. der Ö-Norm 2110 läßt eine Befreiung des Auftragnehmers von der Haftung für ein unabwendbares Ereignis nur dann eintreten, wenn dieser alle zur Abwehr solcher Ereignisse bzw. ihrer Folgen notwendigen und ihm zumutbaren Maßnahmen getroffen hat. Höhere Gewalt setzt ein von außen kommendes Elementarereignis voraus, das auch durch die äußerste Sorgfalt nicht zu verhindern war und so außergewöhnlich ist, daß es nicht als typische Betriebsgefahr anzusehen ist (Koziol aaO 421). Punkt 12.2.21. der rechtlichen Vertragsbedingungen für Straßenbauten macht die Befreiung des Auftragnehmers von der Haftung und die Gefahrtragung durch den Auftraggeber im Falle höherer Gewalt gleichfalls davon abhängig, daß der Auftragnehmer alle zur Abwehr solcher Ereignisse bzw. ihrer Folgen notwendigen und ihm zumutbaren Maßnahmen getroffen hat. Schon aus dem oben Ausgeführten ergibt sich, daß die klagende Partei die an sie zu stellenden

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