

# TE OGH 1987/4/27 1Ob42/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.04.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert, Dr. Hofmann, Dr. Schlosser und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\*- und T\*\*\* Gesellschaft mbH, Fohnsdorf,

Haldengasse 12, vertreten durch Dr. Robert Hyrohs, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1.) Ed. A\*\*\* & Co. Baugesellschaft mbH, Graz, Burgring 16, 2.) A\*\*\* B\*\*\* A. P\*\*\* Aktiengesellschaft, Wien 3., Rennweg 12, beide vertreten durch Dr. Alfred Strommer, Dr. Johannes Reich-Rohrwig und Dr. Georg Karasek, Rechtsanwälte in Wien, sowie des Nebenintervenienten auf Seite der beklagten Parteien Ö\*\*\* B\*\*\*, Wien 1.,

vertreten durch die Finanzprokurator, Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen S 25,635.552,23 s.A. infolge Revision der klagenden Partei sowie der beklagten Parteien und des Nebenintervenienten gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 25. Juni 1986, GZ 1 R 255/85-63, womit infolge Berufung der beklagten Parteien und des Nebenintervenienten das Teil- und Teilzwischenurteil des Handelsgerichtes Wien vom 2. September 1985, GZ 15 Cg 130/81-55, teilweise bestätigt, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung I. zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Revisionen der beklagten Parteien und des Nebenintervenienten wird nicht Folge gegeben.

II. den

Beschluß

gefaßt:

Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben und das angefochtene Urteil insoweit, als das Teilbegehren von S 5,759.301,83 s.A. abgewiesen wurde, aufgehoben und die Rechtssache in diesem Umfang zur neuen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Ö\*\*\* B\*\*\* (im folgenden NI) als Bauherr

planten als Ersatz für ihr altes Kraftwerk Schönberg in Fulpmes, Tirol, zur Stromerzeugung ein neues "Ruetzkraftwerk Fulpmes", bestehend aus einem rund 180 m tiefen lotrechten Schacht mit einem lichten Durchmesser von 7 m (Ausbruch 8,4 m) zur Aufnahme des Druckstollens, eines Aufzuges, einer darunter liegenden Kraftwerkskaverne mit

den Turbinen sowie einem rund 5,2 km langen, horizontalen Unterwasserstollen zur Ableitung des abgearbeiteten Wassers zurück in den Ruetzbach. Der NI hat zur Erforschung der Untergrundverhältnisse geotechnische Vorarbeiten vornehmen lassen, deren Ergebnisse bei der Anboterstellung und Baudurchführung zu berücksichtigen waren. Es handelte sich um refraktionsseismische Messungen im Bereich möglicher Stollenführungen durch Dr. B\*\*\*, Wien, deren Ergebnisse im Bericht vom 10.6.1974 zusammengefaßt sind. Danach war mit einer Schuttüberlagerung der Felsoberfläche im Talgrund nahe der künftigen Wasserfassung von 70 m und mehr Mächtigkeit zu rechnen. Weiters wurden durch die Firma G\*\*\*, Wr.Neustadt, eine seismische Bohrlochmessung zur Bestimmung des Verlaufs der Felsoberfläche und durch die Firma A\*\*\*, Graz, vier Aufschlußbohrungen entlang der gewählten Schacht- und Stollenstraße zur Erhärtung der Ergebnisse der Seismik vorgenommen. Die dem künftigen Schacht zunächst gelegenen Bohrungen erbrachten folgendes Ergebnis: Bohrloch 1 - im Schachtquerschnitt 203 m tief, Schluffe und Sande bis 95 m Tiefe, anschließend Dolomite, Endteufe in MH rund 690 m, d.s. rund 10 m unter dem tiefsten Kavernenausbruch; Bohrloch 1a im Schachtquerschnitt 30 m tief, Schluffe und Sande. Weiters wurde von Dr. Konrad Mignon ein Gutachten über die geologische Beurteilung des künftigen Baugeländes und seiner Untergrundverhältnisse erstattet (im folgenden Gutachten Mignon) und wegen der mächtigen Überlagerung im Schachtbereich eine grundbautechnische Beurteilung durch UnivProf. Dr. Walter Schober der Universität Innsbruck mit grundbautechnischem Gutachten (im folgenden Gutachten Schober) eingeholt. Auf Grund der Gutachten Mignon und Schober, die auf den Aufschlußbohrungen der Firma A\*\*\* beruhten, war im gesamten Schachtbereich bis zum Erreichen der felsigen Talsohle lediglich mit Fein-, Mittel- und Grobsanden zu rechnen. Die größten Komponenten lagen nach dem Gutachten Mignon im Bereich von Fein- und Mittelkies; Gerölle von 5 - 6 cm Durchmesser wären nur vereinzelt in den Sanden eingelagert. In 85 m Teufe waren nach dem Gutachten auch gröbere Ablagerungen (Bachgeschiebe) anzutreffen. Insgesamt beurteilte der Gutachter Dr. Konrad Mignon die anstehenden Gesteinsformationen als mächtige Lockermassenablagerungen, weshalb das Abteufen des Schachts mehr ein Problem der Bodenmechanik als der Baugeologie sei. Das auf Grund dieses Gutachtens erstattete Gutachten Schober gelangte zum Schluß, der Steinanteil sei auf der ganzen Bohrstrecke gering, größere Blöcke oder Findlinge fehlten überhaupt. Für die Errichtung des Schachts in der Überlagerung lägen günstige Bodenverhältnisse vor. Der Gefrierschachtung mit Injektionsschacht-Variante könne eine hohe Zuverlässigkeit bescheinigt werden; die Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit seien günstig, die Anpassungsfähigkeit an abweichende Bodenverhältnisse sei gut.

Der NI wendete sich vor Ausschreibung der Bauarbeiten an mehrere bekannte Fachfirmen, so an die klagende und die erstbeklagte Partei. In der beschränkten Ausschreibung des NI vom 10.12.1976 (Beilage I) wurde den Anbietern anheimgestellt, sich wegen eventueller bodenmechanischer und geologischer Fragen an die Berater UnivProf. Dr. Walter Schober und Dr. Konrad Mignon zu wenden. Die beklagten Parteien schlossen sich zum Zwecke der Ausführung der ihnen dann von den ÖBB übertragenen Arbeiten zu einer Arbeitsgemeinschaft (im folgenden: ARGE) zusammen; geschäftsführende Gesellschaft war die erstbeklagte Partei, technischer Geschäftsführer und bevollmächtigter Vertreter war Ing. Josef L\*\*\* (Beilage II). Dem Angebot der ARGE an den NI vom 28.2.1977 (Beilage III) lagen zugrunde: Angebots- und Vertragsbedingungen der ÖBB (Beilage IV, im folgenden: AVB), Ergänzende Technische Bedingungen (Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis, Beilage V, im folgenden: ETB), Technischer Bericht der ARGE (Beilage VI), Bericht Gefrierverfahren der ARGE und Methoden zur Schachtabteufung der ARGE (Beilagen VII und VIII). Dem Bauvertrag der ARGE mit dem NI vom 2.5.1977 lagen zugrunde der Schlußbrief Beilage IX, die AVB Beilage X (wie Beilage IV), die ETB Beilage XI (zum Teil gegenüber den ETB Beilage V geändert), Auszug aus dem Leistungsverzeichnis (Beilage XII, im folgenden LV), Bauprogramm (Beilage XIII), Ausschreibungspläne (Beilage XIV), die Gutachten Mignon und Schober (Beilagen B und C), Angebotsbedingungen und Vertragsbestimmungen der ÖBB für die Ausführung von Bauleistungen (Beilage XV, im folgenden BH 701), alle einschlägigen technischen ÖNORMEN und, soweit solche nicht erschienen sind, die entsprechenden deutschen Normen (DIN). Die beklagten Parteien beauftragten als Hauptunternehmer am 21.4.1977 (Beilage D), somit noch vor dem Vertragsabschluß mit dem NI die klagende Partei, eine Tochtergesellschaft der deutschen T\*\*\*-Schachtbaugesellschaft mbH, als Subunternehmer mit dem Abteufen des Schachts in der Überlagerung und im Fels einschließlich der Gefrierarbeiten sowie mit den für die Gefrierarbeiten notwendigen Bohrarbeiten zum Bruttotopauschalpreis von S 24,114.308,90. Es sollte in der Überlagerung (sedimentäre Zone bis zur felsigen Talsohle, d.h. bis Teufe 88 m) und noch rund 10 m im Fels selbst nach der sogenannten Gefriermethode rund um den eigentlichen Schacht mit 28 Gefrierbohrlöchern der Boden gefroren und dann geteuft werden; im Fels (Dolomit) sollte der Vortrieb mit einem Alimak-Gerät nach der sogenannten Pilotschachtmethode erfolgen. Grundlagen des Vertrages zwischen der klagenden Partei und der ARGE waren in der nachstehenden

Reihenfolge: das Auftragschreiben (Beilage D) samt Leistungsverzeichnis (im folgenden: LV), Anhang zum LV, das Bauprogramm des Hauptunternehmers vom 2.4.1977, die Ausschreibung der ÖBB samt Beilagen (incl. BH 701 und ETB samt Änderungen und Berichtigungen, die Gutachten Mignon und Schober, weiters Ausschreibungspläne und Anbot der klagenden Partei, die behördlich genehmigten oder zu genehmigenden Bau- und Konstruktionspläne samt technischen Unterlagen und der rechtskräftigen Baubewilligung sowie die Ausführungs- und Detailpläne, weiters allgemeine Bedingungen für Professionistenleistungen der VIBÖ samt Baustellenordnung (Beilage 17) sowie die einschlägigen ÖNORMEN und DIN. Punkt 6 des Auftragschreibens der ARGE (Beilage D) lautet: "Nachforderungen werden dem SU (Subunternehmer) höchstens in jenem Ausmaß vergütet, als sie dem HU (Hauptunternehmer) vom Bauherrn vergütet werden".

Die ETB sehen im einzelnen vor:

5.12 Die ÖBB überlassen es dem Bieter bzw. Auftragnehmer sowohl die Vortriebsmethode als auch die Vortriebsrichtung vorzuschlagen und anzuwenden. Bei Arbeiten im fallenden Trum bzw. bei Abteufungen sind deshalb alle Erschwernisse, insbesondere jene für Wasserandrang und Wasserableitung mit den Einheitspreisen abgegolten. Die im LV enthaltenen Wasserzuschläge gelten nur für Herstellungen im steigenden Trum.

5.14 (als Beilage zur Ausschreibung):

5.14 Beim Zugangsschacht liegt nach den Bodenaufschlüssen die Felsoberfläche rd. 95 m unter einer sandigen Überlagerung. Zur Überwindung der Überlagerungsstrecke ist ein Verfahren anzuwenden, das sowohl eine sichere und möglichst risikofreie, aber auch wirtschaftliche Baudurchführung gewährleistet. Die ÖBB überlassen es dem Bieter bzw. Auftragnehmer, eine geeignete Vortriebsmethode vorzuschlagen und anzuwenden. Im Technischen Bericht lt. AVB, Pkt. 2.5, ist die vorgesehene Schachtbaumethode ausführlich zu erläutern; dabei sind Ausführungsbeispiele, Referenzen, Subunternehmer, Risiko, einbezogene Nebenleistungen, Sicherheitsmaßnahmen, Vorkehrungen gegen Wasserandrang, Wasserabfuhr udgl. anzuführen. Ferner ist anzugeben, ob über den Rahmen des Leistungsverzeichnisses hinaus allenfalls weitere Leistungen und Kosten bei der vorgeschlagenen Schachtbaumethode anfallen können. Ist dies der Fall, ist dem Angebot eine Ergänzung des Leistungsverzeichnisses mit Mengen und Preisen beizugeben.

5.14

(als Vertragsinhalt):

5.14 Beim Zugangsschacht liegt nach den Bodenaufschlüssen die Felsoberfläche rd. 95 m unter einer Überlagerung aus Lockerböden. Zur Überwindung dieser Überlagerung ist ein Verfahren anzuwenden, das sowohl eine sichere und möglichst risikofreie, aber auch wirtschaftliche Baudurchführung gewährleistet. Vom Auftragnehmer wird daher für die Schachtabteufung in der Überlagerungszone das Gefrierverfahren vorgesehen. Grundlage dieser auszuführenden Methode bilden das Grundbautechnische Gutachten von Professor Schober vom 23.9.1975 und der geologische Bericht des Herrn Dr. Mignon vom Mai 1976.

Die vom Antragnehmer gewählte Anzahl von

Gefrierbohrungen, nämlich 28 Stück, steht im Gegensatz zu Literaturangaben, die bei solchen Schächten zwischen 30 und 38 liegt. Der Auftragnehmer erklärte hiezu ausdrücklich, daß er unter Zugrundelegung des größten, sondierten K-Wertes 10 -5 und dem ungünstigsten Fließgefälles  $J = 1$  das Auslangen findet. Überdies erklärt der Auftragnehmer, daß der im techn. Bericht über das Gefrierverfahren auf Seite 1 enthaltene 3.Absatz (Der Grundwasserspiegel liegt dicht unter Gelände. Da die Durchlässigkeit der anstehenden Lockerschichten gering ist (max.  $k = 1 \times 10^{-5}$  m/Sek.) ist mit Grundwasserbewegungen nicht zu rechnen.) entfällt.

5.2 Gebirgsgüteklassen, Regelprofile, Lichte Querschnitte

5.21 Nach der geologischen Beurteilung des zu durchörternden Gebirges ist in erster Linie mit standfestem bis leicht gebrächem Fels zu rechnen. Gebräches bis druckhaftes Gebirge ist nur in Störungszonen bzw. in Oberflächennähe zu erwarten. Im Schachtbereich steht eine rd. 95 m mächtige Überlagerung aus Schluffen und Sanden an. Dementsprechend sehen das LV und die Pläne in Anlehnung an die Ö-Norm B 2203 mehrere Gebirgsgüteklassen (Ausbruchsklassen) vor.

5.6. Wassererschwernisse, Wasserableitung

5.61 Wassererschwernisse bei den Ausbruchsarbeiten werden nur im jeweils angegebenen Umfang gemäß LV vergütet, die Zuschläge gelten für alle Gebirgsklassen. Der Auftragnehmer hat durch geeignete Wassermessungen nachzuweisen, daß die Voraussetzungen für die Abgeltung von Erschwernissen vorhanden sind;

dies schließt die Errichtung und Erhaltung notwendiger Meßstellen ein. Für den Beginn und das Ende einer Erschwernisstrecke ist nicht die Lage der Meßstelle, sondern der Ort, an dem die Erschwernisse beginnen, sich verändern oder enden, maßgebend.

5.63 Die Kosten der Wassererschwernisse und für die Wasserableitung beim Ausbruch des Zugangsschachtes (Überlagerungs- und Felsbereich) sind bei der vom Auftragnehmer vorgesehenen Baumethode einbezogen und damit mit den Ausbruchspreisen abgegolten.

Die klagende Partei beauftragte die Firma T\*\*\*-Schachtbau mit der Herstellung und Erhaltung des Frostkörpers, diese wiederum die von der ARGE und dem NI akzeptierte Firma A\*\*\* mit dem Bohren der Gefrierbohrlöcher; das Teufen des Schachts nahm die klagende Partei selbst vor.

Am 7.10.1977 schrieb die ARGE an den NI (Beilage E): "Auf Grund der Schwierigkeiten, die bisher bei Herstellung der Gefrierbohrungen aufgetreten sind, haben wir am 6.10.1977 eine Besprechung mit den Herren der Ö\*\*\* und T\*\*\* durchgeführt. Es wurde uns mitgeteilt, daß infolge der Stein- und Gerölleinlagen ab einer Tiefe von ca. 30 m der dem Angebot zugrundeliegende Bohrfortschritt bei weitem nicht erreicht wird. Damit der vertragliche Bautermin eingehalten werden kann, hat sich die Firma S\*\*\* verpflichtet, ein zweites und wenn erforderlich noch ein drittes Bohrgerät zum Einsatz zu bringen. Wir sind der Meinung, daß die beim Bohren der Gefrierlöcher angetroffenen Stein- und Geröllagen laut den geologischen und bodenmechanischen Gutachten, die dem Vertrag zugrundeliegen, nicht vorhersehbar waren. Die zur Bewältigung dieser Erschwernisse notwendigen Maßnahmen erfordern Mehrkosten, die wir uns erlauben, hiemit anzumelden."

Nach Erörterungen und Korrespondenzen kam es am 1.8.1978 zwischen den Streitteilen zu folgender Vereinbarung (Blg G):

"Die Arbeitsgemeinschaft Kraftwerk Fulpmes A\*\*\*-P\*\*\* und das Österreichische Schacht- und Tiefbauunternehmen GmbH Ö\*\*\* erklären hiemit gemeinschaftlich, sich der von Herrn Professor Dr. Holzer durchgeführten Beweissicherung in Form einer exakten geologischen Aufnahme des Istzustandes des durchörterten Gebirges im Gefrierschacht Ruetz-Kraftwerk Fulpmes vorbehaltlos zu unterwerfen. Die Feststellungen von Herrn Professor Dr. Holzer sind für die Entscheidung über die Nachforderungen der Ö\*\*\* für den Gefrierschachtteil und deren Vergütung verbindlich. Weiters erklären sie sich damit einverstanden, daß Herr Dr. Mignon jederzeit mit Herrn Professor Dr. Holzer bzw. seinen Beauftragten bezüglich der Istaufnahme Kontakt pflegen kann."

Auch zwischen dem NI und den beklagten Parteien wurde eine entsprechende Beweissicherungsvereinbarung getroffen. Im Gutachten des Univ.Prof. Dr.Herwig Holzer (Beilage G') wird ausgeführt:

"Ab einer Teufe von 22 m liegt der Schacht durchwegs in groben bis gröbsten Sedimenten (Kiese) mit einem wechselnden Gehalt an Steinen, die Durchmesser bis 1,5 m erreichen können. In diesem Abschnitt sind zT starke Oxydationserscheinungen sowie eisgefüllte Hohlräume zwischen den einzelnen Komponenten häufig, was auf eine zumindest zeitweise intensivere Wasserführung in bestimmten Horizonten hinweist. Sande treten stark zurück und beschränken sich nur auf geringmächtige Linsen und Lagen (vorwiegend dm-Bereich) bzw. bilden die Matrix der grobkörnigeren Sedimente."

Am 13.11.1978 erörterte die klagende Partei mit der ARGE die erforderlichen Mehrkosten und legte am 22.11.1978 ein Nachtragsangebot mit LV.

Am 16.12.1978 kam es bei Ausbrucharbeiten des Mauerfußes und bei Erreichen der tiefsten Schachtsohle in 108 m Teufe zu einem starken Wassereintritt, der den Gefrierkörper gefährdete. Die klagende Partei nahm Sicherungsmaßnahmen vor, um ein Auftauen des Gefrierkörpers zu vermeiden. Mit Schreiben vom Jänner 1979 meldete die klagende Partei gegenüber der ARGE eine nachträgliche Kostenforderung für Wassererschwernisse an. Die ARGE leistete am 25.4.1979 "auf noch nicht verhandelte Nachtragsforderungen" den Betrag von S 1,500.000,-.

Am 4.5.1979 wurden die von der klagenden Partei laut Vertrag vom 21.4.1977 durchgeführten Arbeiten förmlich abgenommen; Mängel wurden keine festgestellt (Beilage K).

Die klagende Partei trat mit Schreiben vom 5.5.1980 (Beilage P) unter ausdrücklichem Vorbehalt aller Ansprüche und Rechte vom Vertrag mit der Begründung zurück, daß die Arbeiten aus von der ARGE zu vertretenden Gründen bis dahin unterbrochen gewesen seien. Am 11.6.1980 (Beilage Q) vereinbarten die klagende Partei und die ARGE ohne jede präjudizierende Wirkung für die von der klagenden Partei angemeldeten Ansprüche u.a., daß der von der klagenden Partei am 5.5.1980 erklärte Vertragsrücktritt nach einvernehmlicher Meinung rechtswirksam ist und die klagende Partei sowie die ARGE unwiderruflich auf alle denkbaren Ansprüche aus dem erklärten Rücktritt mit Ausnahme der aus den Ziffern 11.41 und 11.42 der Angebotsbedingungen BH 701 herrührenden Ansprüche verzichten. Die ARGE teilte dem NI mit Schreiben vom 3.7.1980 mit, daß auf Grund der Vertragslage das geologische Risiko vom Auftraggeber zu tragen sei. Die Mehrkosten für die Erschwernisse, die sich aus der unvorhergesehenen Schwierigkeit des zu durchörternden Bodens ergeben hätten, müßten daher vom NI vergütet werden. Der NI lehnte dies mit Schreiben vom 11.8.1980 ab.

Die klagende Partei legte am 31.Dezember 1980/20.Jänner 1981 der ARGE zwei Teilschlußrechnungen:

1. Teilschlußrechnung Nr.80.180 (Beilage W) über die auf Grund des Auftrags vom 21.April 1977 durchgeführten Arbeiten über insgesamt 21,827.090,49 S abzüglich des vereinbarten Haftrücklasses von 2 % von 436.541,80 S; von der Zwischensumme von 21,390.548,69 S werden 26 Abschlagszahlungen von insgesamt 17,033.024,40 S abgezogen, was den Restbetrag von 4,357.524,29 S brutto ergibt.

2. Teilschlußrechnung Nr.80.181 (Beilage U) "Für Erschwernisse beim Bohren, Gefrieren, Teufen, bei der Wasserhaltung und für Gutachten"

1.) Erschwernisse beim Bohren	S 10,766.400
Erschwernisse beim Gefrieren	S 1,426.866
Erschwernisse beim Teufen	S 4,651.014
2.) Schutzmaßnahmen im Schacht	S 3,179.926
3.) Wasserhaltungskosten	S 54.771
	S 719.224
Frostkörper-Erhaltung	S 301.782
4.) Gutachtenerstattung	S 898.843,27
	S 28.000
Zwischensumme	S 22,026,826,27
18 % Umsatzsteuer	S 3,964.828,73
Summe	S 25,991.655

abzüglich der Abschlagszahlung der ARGE von 1,500.000 S, ergibt einen offenen Restbetrag von 24,491.655 S.

Punkt 1.) der 2. Teilschlußrechnung entspricht inhaltlich der Rechnung der klagenden Partei Nr.79074 an die ARGE vom 27.Juni 1979 (Beilage M). In der 2. Teilschlußrechnung beziehen sich folgende Positionen auf Maßnahmen nach dem Wassereinbruch:

2.) Schutzmaßnahmen im Schacht	S 3,179.926
3.) Wasserhaltungskosten	S 54.771
Wasserhaltungskosten	S 719.224
Summe	S 3,953.921
18 % Umsatzsteuer	S 711.705,78
Summe	S 4,665.626,78

Die klagende Partei begehrt

a) aus der 1. Teilschlußrechnung den restlichen Werklohn von

S 4,357.524,29 zuzüglich S 436.541,80 Haftrücklaß, weil die klagende Partei den beklagten Parteien hiefür vereinbarungsgemäß eine Bankgarantie der CA-BV erbracht habe;

b) aus der 2. Teilschlußrechnung restliche S 24,491.655. Zu der den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden Forderung aus der 2. Teilschlußrechnung brachte die klagende Partei vor, sie habe von den Gutachten Mignon und Schober als wesentlichen Vertragsgrundlagen ausgehen können. Tatsächlich sei die geologische Situation wesentlich ungünstiger gewesen. Durch die Wechsellagerung von Lockergestein und größer dimensionierten Steinbrocken und durch den unvermutet hohen Anteil von Grobsteinen in den Lockermassen sei die Einhaltung der für Gefrierbohrungen erforderlichen und notwendigen Zielgenauigkeit mit dem vertragsgemäß eingehaltenen Bohrverfahren und dem eingesetzten Bohrgerät unmöglich gewesen. Die von den Gutachten Mignon und Schober abweichenden geologischen Verhältnisse stellten eine Änderung der Geschäftsgrundlage dar. Die klagende Partei habe die beklagten Parteien sofort nach den ersten Bohrungen von den abweichenden geologischen Verhältnissen und dem dadurch bedingten Mehraufwand verständigt, worauf die beklagten Parteien die Ansprüche der klagenden Partei gegen den NI als gerechtfertigt geltend gemacht hätten. Die beklagten Parteien hätten darauf bestanden, daß die von der klagenden Partei übernommenen Arbeiten fortgeführt würden. Dies sei geschehen, doch habe die klagende Partei bei geänderter Geschäftsgrundlage Anspruch auf Anpassung und auf Ersatz der Mehraufwendungen. Die Berufung der beklagten Parteien auf Punkt 6 des Auftragschreibens (Beilage D) widerspreche Treu und Glauben, weil die beklagten Parteien damit trotz erlangter Kenntnis von der sachlichen Unrichtigkeit der Gutachten Mignon und Schober versuchten, das Kostenrisiko auf die klagende Partei zu überwälzen. Die Mehraufwendungen der klagenden Partei beträfen Leistungen, die bei Vertragsabschluß nicht vorhersehbar gewesen und überdies auf ausdrückliches Verlangen der beklagten Parteien erbracht worden seien. Vor Vertragsabschluß sei auch zwischen den Streitparteien besprochen worden, daß Punkt 6 des Auftragschreibens einer Forderung von Mehrkosten, die sich aus Abweichungen in der zu erwartenden Geologie ergäben, nicht entgegenstehe. Die beklagten Parteien hätten im Frühjahr 1979 in Kenntnis der ablehnenden Haltung des NI (Schreiben vom 21.2.1979) als Anzahlung auf die erheblichen Mehrleistungen einen Teilbetrag von S 1,5 Millionen bezahlt, um die klagende Partei zur Fortsetzung der Arbeiten zu veranlassen. Die beklagten Parteien hätten sich auch ausdrücklich den Ergebnissen der Befundaufnahme des UnivProf. Dr. Herwig Holzer unterworfen. Das als Abteufmethode gewählte Gefrierverfahren sei im Einvernehmen mit den beklagten Parteien als das offenbar geeignetste und sicherste Verfahren ausgewählt worden und bilde einen Vertragsbestandteil für den Schachtbau in der Überlagerungszone. Was die Schutzmaßnahmen im Schacht nach dem Wassereintritt betreffe, so habe die klagende Partei mit Zustimmung der beklagten Parteien wegen der Gefährdung des Gefrierkörpers und damit der gesamten Bohrung notwendige Sanierungsmaßnahmen durchgeführt. Auf Grund der Vertragsunterlagen habe mit einem erheblichen Wasserzufluß in den Schacht nicht gerechnet werden müssen. Gemäß Punkt 5.63 der ETB hätten zwar die Kosten der Wassererschwernisse und -ableitung mit den Ausbruchskosten abgegolten sein sollen, dies jedoch nur unter der Voraussetzung der Richtigkeit der Gutachten Mignon und Schober, wonach wesentliche Wasserzuflüsse im Dolomitbereich nicht zu erwarten gewesen seien. Wasserzuflüsse von mehr als 100 Liter/min. könnten nicht mehr als unwesentlich bezeichnet werden. Hätte die klagende Partei mit derartigen reichlichen Wasserzuflüssen rechnen müssen, hätte sie sich nicht für das Gefrierverfahren entschieden. Auf Grund anderer geologischer Verhältnisse habe die Aufrechterhaltung des Frostkörpers und das Teufen im Gefrierschachtteil nicht unter Anwendung der zunächst vereinbarten Technik erfolgen können.

Die beklagten Parteien beantragten Abweisung des Klagebegehrens und brachten vor: Die 1. Teilschlußrechnung sei nur mit dem Betrag von S 20,850.345,50 gerechtfertigt; von diesem Betrag seien Zahlungen der beklagten Parteien von S 17,033.024,40 und die weitere Zahlung von S 1,5 Millionen sowie die in der Klage angeführten Beträge von S 46.261,94 und S 21.564,50 in Abzug zu bringen. Den beklagten Parteien stünden aber wegen der von der klagenden Partei verschuldeter Bauzeitverlängerung und Mehrkosten, die zufolge der unsachgemäßen Abteufung des Schachtes den beklagten Parteien erwachsen seien, Gegenforderungen zu, unter deren Berücksichtigung sich eine Überzahlung der beklagten Parteien von S 983.791,62 ergebe. Zum Wassereintritt sei es gekommen, weil die klagende Partei den Schacht tiefer abgeteuft habe, um das ringförmig auszuführende Fundament für die Schachtauskleidung im Überlagerungsbereich unterhalb des Frostkörpers herstellen zu können. Als Gegenmaßnahme habe die klagende Partei im Schacht eine Betonplombe als Bauhilfsmaßnahme zur Stabilisierung des Zustandes vorgesehen und dazu zunächst oberhalb des angefallenen Ausbruchsmaterials eine Filterkiesschicht geschüttet. Nach Aufbringen der

Betonplombe über die Filterschicht sei letztere samt dem Ausbruchsmaterial durch Injektionen verpreßt worden. Die Arbeit (Verpressen) sei, weil die klagende Partei hiezu nicht in der Lage gewesen sei, im Auftrag der ARGE wegen Gefahr im Verzug durch die Firma A\*\*\* durchgeführt worden. Als endgültige Problemlösung habe die klagende Partei einen zusätzlichen, nach Tiefe und allen Seiten umfangreicheren Dichtungsschirm mit Injektionsarbeiten im Fels machen wollen, um in dessen Schutz den Fundamentring unterhalb des Gefrierkörpers herstellen zu können. Diese Lösung hätte ein Mehrfaches der im Vertrag vorgesehenen Kosten verursacht. Da der NI nicht bereit gewesen sei, Mehrkosten für eine solche Lösung zu übernehmen, sei das Vertragsverhältnis zwischen den Streitparteien gelöst worden. In der Folge sei der Felsausbruch für die Herstellung des Ringfundaments im Bereich des Frostkörpers von der ARGE händisch durchgeführt worden. Zur Fortsetzung der Teufung im Fels nach Herstellung des Fundaments für die Schachtauskleidung im Überlagerungsbereich seien die Betonplomben und der Injektionskörper dann wieder ausgebrochen worden. Die durch diese Maßnahme entstandenen Mehrkosten fielen der klagenden Partei zur Last, weil die von ihr vorgeschlagene Arbeitsweise nicht zielführend gewesen sei. Ihre Fehlleistung habe darin bestanden, daß sie die Teufung unterhalb des Frostkörpers fortgesetzt habe, statt das Fundament im Wirkungsbereich des Frostkörpers herzustellen. Dadurch wären der Wassereintritt und alle Dichtungs- und Stabilisierungsmaßnahmen (Betonplombe, Injektionen etc.) vermieden worden. Was die

2. Teilschlußrechnung betreffe, so habe die klagende Partei in eigener Verantwortung und auf eigenes Unternehmerrisiko ein Werk herzustellen gehabt, das im Auftragschreiben eindeutig umschrieben gewesen sei. Die Entscheidung über das Bohrverfahren und das einzusetzende Bohrgerät sei ausschließlich der klagenden Partei obliegen. Es habe darüber keine Vereinbarung der Streitparteien gegeben, so daß auch nicht von einem "vertragsmäßig eingehaltenen" Bohrverfahren gesprochen werden könne. Die Details der Arbeitsleistung der klagenden Partei seien im Vertrag nicht definiert worden, der klagenden Partei sei die Wahl der Mittel überlassen gewesen, die sie zur zeitgerechten Herstellung des Werkes einzusetzen hatte. Die klagende Partei habe auch alle zur Beurteilung der Boden- und Wasserverhältnisse erforderlichen Vorkehrungen zu treffen gehabt. Die durch ihre Unterlassungen entstandenen Mehrkosten könne sie ebensowenig begehren wie die Mehrkosten, die dadurch entstanden seien, daß die von ihr als Subunternehmer herangezogenen Bohrfirmen Schwierigkeiten gehabt hätten. Gemäß Punkt 5.14 der ETB habe der Anbieter anzugeben gehabt, ob über den Rahmen des LV hinaus weitere Leistungen und Kosten bei der vorgeschlagenen Schachtbaumethode anfallen könnten; gegebenenfalls wäre eine Ergänzung des LV mit Mengen und Preisen beizulegen gewesen; eine solche Ergänzung des LV sei nicht erfolgt. Planung und Durchführung der Gefrierlochbohrungen sei ausschließlich Sache der klagenden Partei gewesen. Sie könne daher nicht geltend machen, daß diese Bohrungen, das Verfahren zur Aufrechterhaltung des Gefrierkörpers und das Teufen im Gefrierschachtteil abweichend von der ursprünglichen Planung, in einem anderen Verfahren und mit anderen Bohrgeräten hätte durchgeführt werden müssen. Ein Anspruch der klagenden Partei auf Nachtragsforderungen sei ihr nur für den Fall und in dem Umfang zugestanden worden, als den beklagten Parteien vom NI Vergütung geleistet werde. Aus dem Wortlaut des Punktes 6 des Auftragschreibens (Beilage D) gehe eindeutig der Parteiwille hervor, daß die klagende Partei das volle Unternehmerrisiko zu tragen habe. Die beklagten Parteien hätten nur im Interesse der klagenden Partei wegen behaupteter Erschwernisse Nachtragsangebote an den NI weitergeleitet und sich um deren Anerkennung bemüht; diese Nachtragsforderungen seien aber als unberechtigt zurückgewiesen worden. Die Vereinbarung vom 1.8.1978, wonach die Feststellungen von UnivProf. Dr. Herwig Holzer für die Entscheidung über die Nachforderungen der klagenden Partei für den Gefrierschachtteil verbindlich sein sollen, betreffen nur die tatsächlichen Feststellungen des Befundes. Die Zuordnung der Zahlung von S 1,5 Millionen auf noch nicht verhandelte Nachtragsforderungen der 2. Teilschlußrechnung sei unzulässig, weil mangels Anerkennung durch den NI von der klagenden Partei überhaupt keine Nachtragsforderungen erhoben werden können. Die Zahlung sei nur erfolgt, weil die klagende Partei den beklagten Parteien mit der Baueinstellung für den Fall gedroht habe, daß keine Einigung erzielt werde; angesichts der Gefährdung des Gefrierkörpers hätten die beklagten Parteien diese Zahlung unter Druck geleistet. Die beklagten Parteien hätten zwar der Erbringung der den Nachtragsforderungen zugrundeliegenden Leistungen zugestimmt, ohne damit aber eine von Punkt 6 des Auftragschreibens abweichende Verantwortung für die Abgeltung zu übernehmen. Die beklagten Parteien hätten der klagenden Partei niemals eine Vergütung für Zusatzleistungen, sondern stets nur ihre Verwendung beim NI zugesagt; nur dazu hätten sie von der klagenden Partei detaillierte Nachweise verlangt. Die beklagten Parteien hätten nicht eine Weiterführung der Arbeiten verlangt, sondern auf Vertragserfüllung bestanden. Die Kosten der Wassererschwernisse seien mit den Ausbruchspreisen abgegolten, sodaß die diesbezügliche Nachforderung schon aus diesem Grund unberechtigt sei.

Der NI brachte zur 2. Teilschlußrechnung vor, die beklagten Parteien hätten schon knapp vor dem Austausch des Subunternehmers A\*\*\* wegen geänderter geologischer Verhältnisse Mehrkosten angekündigt und in der Folge vier Nachtragsangebote vorgelegt, von denen sich eines auf die Bohrungen, die anderen auf Mehrkosten der Schachtabteufung im Überlagerungsbereich gegen Wassereintritt und andere Erschwernisse bezogen hätten. Keines dieser Angebote sei vom NI angenommen worden, die Angebote seien vielmehr unter Hinweis auf die Vertragslage, wonach die erforderlichen Arbeiten durch die Bausumme abgegolten seien, zurückgewiesen worden. Die Gutachten Mignon und Schober seien nicht fehlerhaft. Aus dem Gutachten Mignon ergäben sich Hinweise auf Steinlagen, das Gutachten Schober bezeichnet sich selbst als groben Anhalt. Im Hinblick auf die von der ARGE angebotene und vom NI nicht vorgeschriebene Schachtmethode hätten die ARGE bzw. deren Subunternehmer eine weitergehende geologische Aufschließung verlangen können bzw. verlangen müssen, wenn sie Zweifel gehabt hätten und nicht bereit gewesen seien, die durch die Gutachtenslage offen gelassenen Risiken zu übernehmen. Die Bieter hätten zu beurteilen gehabt, ob die Unterlagen für die von ihnen vorgeschlagene Baumethode ausreichend seien. Vorbehalte betreffend das Risiko oder allfällige Mehrkosten seien nicht gemacht worden. Die Zusammensetzung des Untergrunds im Überlagerungsbereich sei belanglos, weil die ARGE in ihrem technischen Bericht zum Gefrierverfahren erklärt habe, daß die gegebenen Inhomogenitäten im Baugrund den Erfolg nicht gefährden könnten. Es sei der klagenden Partei bewußt gewesen, mit welcher Zusammensetzung im Überlagerungsbereich zu rechnen sei, weil im technischen Bericht ihres Subunternehmers T\*\*\*-Schachtbau die Schichtfolge und Gesteinsausbildung richtig beschrieben worden sei. Eine Interpretation, die dem Aufbau der Schuttüberlagerung gemäß den Aufschlußbohrungen eine besondere Bedeutung für die Schachtbaumethode zumesse, werde der Vertragslage nicht gerecht. Bei der Erstattung des Gutachtens Schober sei nicht festgestanden, welche Methode beim Schachtbau zur Anwendung kommen werde. Im übrigen unterscheide Univ.Prof. Dr. Walter Schober in seiner Zusammenfassung zwischen einem zuverlässigen Aufschluß in den obersten 30 m der Felsüberlagerung und gründe dann darauf seine Schlüsse, die er aber im Hinblick auf den gestörten Bohrvorgang selbst nur als "grobe Anhalt" bezeichne. Als einziges Risiko, das dem NI von der ARGE genannt worden sei, sei eine gegenüber den Gutachtensannahmen erhöhte Grundwasserfließgeschwindigkeit gewesen; es sei deshalb im Bauvertrag auch eine Grenze in Punkt 5.14 der ETB vorgesehen worden. Der Ersatz von Mehrkosten wegen Wassererschwernissen sei nach der Vertragslage (Punkt 5.6 der ETB) ausgeschlossen. Die beklagten Parteien und bei Überbindung der Vertragslage auf die klagende Partei als Subunternehmerin auch diese seien gemäß Punkt 1.3.3 der ÖNORM B 2110 vertraglich verpflichtet gewesen, die zur Verfügung gestellten Unterlagen auf ihre Anwendbarkeit für die vorgeschlagene Schachtbaumethode zu überprüfen. Es seien aber keine Einwände oder Änderungsvorschläge gemacht worden. Die klagende Partei als Fachunternehmen wäre auch auf Grund der Vertragslage verpflichtet gewesen, weitere geologische Aufschlüsse zu verlangen, weil nur ein einziges Bohrloch bis zur Felstiefe geführt worden sei und zudem das zur Beurteilung gewonnene Material aus einem gestörten Bohrvorgang gestammt habe. Darüber hinaus wäre sie verpflichtet gewesen, Risiken, die bei den vorhandenen Gutachtensunterlagen nicht auszuschließen gewesen seien, darzutun und in Form eines Zusatzanbots zu quantifizieren. Zuzufolge der Unterlassung einer solchen Quantifizierung habe sie das geologische Risiko übernommen und voll zu tragen. Die Schwierigkeiten bei der Schachtfußherstellung seien ausschließlich darauf zurückzuführen, daß die Schachtabteufung auch unterhalb des Frostkörpers betrieben worden sei. Dies stelle eine wesentliche Änderung des technischen Konzepts dar, die ausschließlich von den Auftragnehmern des NI zu vertreten sei.

Das Erstgericht erkannte mit Teil- und Teilzwischenurteil die beklagten Parteien schuldig, den Betrag von S 3,896.502,62 s.A. zu bezahlen und sprach aus, daß eine weitere Klagsteilforderung von S 24,491.655,- dem Grund nach zu Recht bestehe.

Das Erstgericht stellte fest: Bei den dem Vertragsabschluß zwischen den beklagten Parteien und dem NI vorangegangenen Besprechungen hätten Mitarbeiter der erstbeklagten Partei vorgebracht, daß ihrer Meinung nach die beiden in der Nähe des zu teufenden Schachtes vorgenommenen Aufschlußbohrungen (Bohrlöcher 1 und 1a) zu wenig aufschlußreich seien. Dipl.Ing. Friedrich W\*\*\* von den ÖBB habe erklärt, man habe bereits von sich aus Univ.Prof. Dr. Walter Schober darüber befragt, der aber habe erklärt, daß die beiden Bohrungen ausreichende Beurteilungsgrundlagen seien; auf Grund dieser Mitteilung reichten diese Grundlagen auch den ÖBB. Auch die klagende Partei habe gegenüber dem NI Einwände in dieser Richtung erhoben. Schließlich hätten die beklagten Parteien dem NI erklärt, daß die übergebenen Unterlagen für die Durchführung der Arbeit ausreichten. Die Bohrlöcher 1 und 1a lägen 16,4 bzw. 11,4 m vom tatsächlich ausgeführten Schachtquerschnitt entfernt; bei einer derartigen Entfernung sei die Wahrscheinlichkeit eines anderen Gesteinsaufbaues im abzuteufenden Schacht fast Null.



Verfälschungsmöglichkeiten des Bohrgutes, wie etwa die Zerstörung oder das Beiseiteschieben größerer Steine durch die verwendeten Bohrgeräte, wären aus den Bohrtagesberichten erkennbar gewesen. Gleiches gelte für andere Verfälschungsmöglichkeiten wie etwa durch Sandauftrieb, durch den sich eingebettete große Steine der Feststellung entziehen konnten. Vor Vertragsabschluß habe der Geschäftsführer der erstbeklagten Partei Dipl.Ing. Gernot W\*\*\* bei allgemeinen Gesprächen über die Geologie zu Mitarbeitern der klagenden Partei gemeint, wenn etwas ganz anders sei, dann könne man Nachforderungen stellen; das Bodenrisiko liege beim Bauherrn. Bis zum Vertragsabschluß wäre die Einholung eines weiteren geologischen Gutachtens nicht mehr möglich gewesen, weil die Angebotsfrist sonst nicht hätte eingehalten werden können; insbesondere wäre zwischen Ausschreibung und Ende der Angebotsfrist keine Zeit für weitere Probebohrungen gewesen. Bei Gesprächen vor der Auftragserteilung an die ARGE sei vom NI verlangt worden, daß alle Nebenleistungen und Erschwernisse mitbedacht und einbezogen würden. Dabei habe sich herausgestellt, daß die einzige Gefahr für die Gefriermethode die Grundwasserströmung sein könne. Es sei die zu erwartende Strömungsgeschwindigkeit besprochen worden, die außer vom Gefälle auch von der Dichtigkeit des Untergrundes, dem sogenannten K-Wert, abhängig sei. Nach den dem NI zur Verfügung gestandenen bodenmechanischen Werten habe sich ergeben, daß eine solche Gefährdung durch die Strömung im konkreten Fall nicht zu erwarten sei. Der NI habe daher vorgeschlagen, die ARGE solle das gesamte Risiko dafür übernehmen, was jedoch abgelehnt worden sei. Schließlich sei in die ETB die Bestimmung aufgenommen worden, daß der K-Wert nicht über ein gewisses Maß hinausgehen solle. Nach diesem Gespräch sei für alle Beteiligten klar gewesen, daß andere Schwierigkeiten als aus der Grundwasserströmung nicht aktuell werden konnten, weil dies bei der Gefriermethode durch die verwendete schützende Eisumhüllung ausgeschlossen werde. Wassererschwernisse im Überlagerungs- und Felsbereich sollten mit den Preisen abgegolten sein. Falls die ARGE mit Erschwernissen rechnete, sollte sie zugleich mit dem Vertragsanbot ein Zusatzanbot legen; ein solches Anbot sei nicht erstattet worden. Punkt 6 des Auftragschreibens (Beilage D) sei von der ARGE textiert worden. Walter ARH von der klagenden Partei habe die Repräsentanten der ARGE auf die Gefahr dieser vertraglichen Bestimmung hingewiesen, weil die beklagten Parteien das Interesse der klagenden Partei nicht voll vertreten müßten, da sie kein Risiko trügen. Die Repräsentanten der ARGE hätten erklärt, der Vertragspunkt 6 bedeute nur, daß die klagende Partei wegen der in den Gutachten Schober und Mignon enthaltenen Verhältnisse keine Nachforderungen stellen dürfe; bei geänderten Verhältnissen sei dieser Vertragspunkt nicht anwendbar. Ergäben sich andere Verhältnisse als in den Gutachten, dann könne die klagende Partei Mehrkosten geltend machen. Den Vorschlag eines Mitarbeiters der Firma T\*\*\*-Schachtbau, einen entsprechenden Vorbehalt in das endgültige Anbot der ARGE an die ÖBB aufzunehmen, hätten die Mitarbeiter der ARGE als taktisch unklug und möglicherweise ihre Position schwächend abgelehnt. Auf dem Weg zu einer Besprechung mit Mitarbeitern des NI habe ein Mitarbeiter der ARGE gemeint, es habe keinen Sinn, über die ohnehin klare Geologie zu reden, wenn diese sich ändere, ändere sich auch die Arbeit. Die Geologie sei ohnedies Vertragsgrundlage.

Die von der klagenden Partei mit den Bohrarbeiten betraute, von der ARGE und dem NI akzeptierte Fachfirma A\*\*\* sei zunächst mit den Bohrarbeiten zügig vorangekommen, doch hätten sich bald Schwierigkeiten eingestellt. Das eingesetzte Bohrgerät AM 50 Alpine Miner habe bis 35 m Tiefe funktioniert, ab etwa 30 m sei die Bohrung durch Einlagerung größerer Steine problematisch geworden. Der NI habe die ARGE als ihren Vertragspartner im Sinne der geltenden ÖNORMEN auf mehr Geräte- und Mannschaftseinsatz gedrängt. Die beklagten Parteien hätten dem NI gegenüber bestätigt, daß sie von der klagenden Partei den Einsatz von mehr Geräten verlangt hätten, was auch geschehen sei. Die Firma A\*\*\* habe vor Regulierung der Mehrkosten für die Erschwernisse die Weiterarbeit abgelehnt. Bei einer Besprechung zwischen den Streitparteien am 6.10.1977 habe die klagende Partei weitere Maßnahmen zur Beschleunigung der Arbeiten und zur Aufholung eines bereits eingetretenen Verzuges zugesagt. Die klagende Partei habe zunächst am 14.10.1977 eine Schlumberger-Messung über den Gebirgsaufbau erstellen lassen, deren Ergebnisse von der ARGE aber nicht anerkannt worden seien. Folge dieser Schlumberger-Messung sei die Ersetzung der Firma A\*\*\* durch die Firma G\*\*\* gewesen; der Austausch der Subunternehmer der klagenden Partei sei von der ARGE genehmigt worden, eine Stellungnahme des NI sei nicht eingeholt worden. Die Firma G\*\*\* habe drei Geräte eingesetzt und die Arbeiten zu Ende geführt. Mitarbeiter der klagenden Partei hätten Mitarbeitern der ARGE die Mehrkosten vorgehalten, worauf erklärt worden sei, wenn die klagende Partei die Abweichungen in der Geologie beweisen könne, würden die Mehrkosten bezahlt. Daraufhin hätten sich die Streitparteien auf die Begutachtung durch UnivProf. Dr. Herwig Holzer geeinigt. Dieses Gutachten sollte zwischen den Streitparteien kein Präjudiz darstellen, aber Grundlage von Nachforderungen der klagenden Partei sein, falls solche berechtigt wären.

Bei einer Schachtkontrolle am 16.12.1978 sei aufsteigendes Wasser festgestellt worden; in der Folge seien Zuflüsse von

400 l bis 500 l/min festgestellt worden. Die klagende Partei habe darauf erklärt, nicht weiterzuarbeiten, wenn die ARGE auf ihre Mehrforderungen nicht reagiere. Dies habe zur Überweisung des Betrages von S 1,5 Millionen an die klagende Partei geführt; die Formulierung des Zahlungszweckes "noch nicht verhandelte Nachtragsforderungen" stamme von der ARGE. Die ARGE habe die Nachforderungen der klagenden Partei jeweils an den NI weitergeleitet, doch seien diese Nachforderungen abgelehnt worden. Ein Rückgriff der beteiligten Baufirmen auf die Prämissen der Gutachten Mignon und Schober sei zulässig und geboten gewesen, es wäre jedoch für Fachleute wie die Streitteile bei Begutachtung des Bohrgutes und Studium der Bohrberichte erkennbar gewesen, daß die Tiefenbohrung wegen der mit ihr verbundenen zahlreichen Schwierigkeiten keine repräsentative Bohrgutausbeute geliefert habe. Wasser an der Schachtsohle sei nach dem Ergebnis der einen Tiefenbohrung nicht vorhersehbar gewesen; bei Vornahme einer zweiten Probebohrung im Schachtmittelpunkt wären Hinweise auf das Auftreten von Wasser wahrscheinlicher gewesen. Die Ergebnisse der Gutachten Schober und Holzer widersprächen einander vor allem in Ansehung des bohrtechnisch ungünstigen Grobsteingehalts eindeutig. In wörtlicher Auslegung der Gutachten Mignon und Schober habe die klagende Partei zur Auffassung gelangen können, daß in den Lockermassen, durch die die Gefrierbohrungen abzustößen gewesen seien, zumindest bis 85 m Teufe keine oder nur so wenige Grobsteineinschaltungen zu erwarten seien, daß der Bohrarbeit keine besonderen Erschwernisse entgegenstünden. Folgerichtig habe sie ihre Arbeitsdispositionen auf diese Erwartungen abstellen können. Der in den Gutachten Mignon und Schober verwendete Begriff "gering" sei nicht im Sinne der ÖNORM 4023 zu verstehen. Die bei den Bohrarbeiten aufgetretenen Schwierigkeiten seien auf den erst von UnivProf. Dr. Herwig Holzer nachgewiesenen, unvermutet hohen Anteil an Grobsteinen in den Lockermassen zurückzuführen. Aus all diesen Erschwernissen habe sich ein beträchtlicher Mehraufwand für die klagende Partei ergeben. In rechtlicher Hinsicht führte der Erstrichter aus, den den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Streitteilen zugrundeliegenden Gutachten Schober und Mignon habe die klagende Partei nicht entnehmen müssen, daß sie mit den ihrer Kalkulation zugrundegelegten Methoden sowohl für die Schachtabteufung als auch für den Schachtausbruch nicht einmal annähernd werde durchkommen können. Es habe auch zwischen den Streitteilen bei Vertragsabschluß Übereinstimmung in der Richtung geherrscht, daß das Bodenrisiko beim Bauherrn liege und eine geänderte Geologie auch andere Preise bedinge. Die Vertragslage stehe einer Vertragsanpassung nicht entgegen, zumal zwischen den Streitteilen auch noch vereinbart worden sei, daß die Feststellungen des UnivProf. Dr. Herwig Holzer für die Entscheidung über die Nachforderungen der klagenden Partei für den Gefrierschachtteil und deren Vergütung verbindlich sein sollten. Auch die Zahlung von S 1,5 Millionen auf noch nicht verhandelte Nachtragsforderungen erweise, daß sich die Streitteile bei Abschluß der Vereinbarung über die Einholung eines Gutachtens durch UnivProf. Dr. Herwig Holzer grundsätzlich darüber einig gewesen seien, daß es Nachforderungen geben werde. Die getroffene Vereinbarung beziehe sich jedoch schon ihrem Wortlaut nach nicht auf Nachforderungen aus Wassererschwernissen. Die Gutachten Schober bzw. Mignon hätten aber auch zur Beurteilung dieser Frage herangezogen werden können. Das Bohrloch 1 habe immerhin bis in eine Tiefe von 203 m gereicht, also wesentlich tiefer als der Bereich, in dem dann die Wassererschwernisse aufgetreten seien. Daß die Gutachten nicht primär die Frage von Wassererschwernissen zu behandeln gehabt hätten, ändere nichts daran, daß die klagende Partei auch in dieser Frage von der Richtigkeit der Aussagen in den Gutachten habe ausgehen können. Es gelte aber auch hier wieder das, was die Streitteile vor Vertragsabschluß über das Bodenrisiko und die geänderte Geologie gesagt hätten. Der klagenden Partei stünden Mehrkosten dem Grunde nach auch deshalb zu, weil Mitarbeiter der ARGE in Gegenwart des Geschäftsführers Dipl.Ing. Gernot W\*\*\* erklärt hätten, wenn die klagende Partei die Abweichungen in der Geologie beweisen könne, würden die Mehrkosten bezahlt; solche bedeutende Abweichungen seien ohne Zweifel erwiesen. Zu einer Prüfung des bei den Bohrungen zutagegeförderten Bohrgutes und der Bohrtagesberichte sei die klagende Partei nicht verpflichtet gewesen. Die Forderung aus der 1. Teilschlußrechnung sei unter Berücksichtigung des Haftrücklasses mit dem Betrag von S 3,986.502,62 gerechtfertigt. Der Betrag von S 1,5 Millionen könne hievon nicht in Abzug gebracht werden, weil er einverständlich auf Nachtragsforderungen der klagenden Partei zu verrechnen sei. Die Forderung laut der 2. Teilschlußrechnung (S 25,991.655 abzüglich der Teilzahlung von S 1,5 Millionen), im Betrag von S 24,491.655 bestehe dem Grunde nach zu Recht, sodaß insoweit ein Teilzwischenurteil zu fällen sei. Über das restliche Begehren (auf Zuspruch von insgesamt S 29,285.721,09) werde im fortgesetzten Verfahren zu entscheiden sein.

Das Berufungsgericht gab den Berufungen der beklagten Parteien und des NI teilweise Folge und bestätigte das angefochtene Teilurteil in Ansehung des Teilbetrages von S 933.215,30 s.A., hob es im übrigen auf und verwies die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Das angefochtene Teilzwischenurteil wurde insoweit, als die Forderung von S 19,876.250,40 s.A. als dem Grunde nach zu Recht

bestehend erkannt wurde, bestätigt, das Begehren auf Zuspruch eines Betrages von S 5,759.301,83 s.A. wurde abgewiesen; im übrigen wurde das angefochtene Urteil aufgehoben und die Rechtssache zur Ergänzung der Verhandlung und neuen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Der 2. Teilschlußrechnung der klagenden Partei, über die mit dem Teilzwischenurteil abgesprochen worden sei, lägen mehrere Ansprüche zugrunde, und zwar: a) Mehraufwendungen der klagenden Partei beim Bohren, Gefrieren und Teufen infolge der unerwarteten geologischen Situation, b) Aufwendungen als Folge des Wassereintruchs ab 16.12.1978, c) weitere Kosten, von denen nicht geklärt sei, welcher Position sie zuzuordnen seien und d) Gutachterskosten. Was den Mehraufwand beim Bohren, Gefrieren und Teufen betreffe (lit. a), so sei ein solcher, wenn er auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sei, dem Werkunternehmer selbst dann zu vergüten, wenn der Vertrag unter Zugrundelegung eines Kostenvoranschlags mit ausdrücklicher Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit (§ 1170 a ABGB) abgeschlossen worden wäre. Daß das abzuteufende Gestein entgegen den Erwartungen der Streitteile, die auf den vom NI eingeholten und dem Vertrag ausdrücklich zugrundegelegten Gutachten Mignon und Schober, zweier anerkannter Experten, basierten, schwieriger gewesen sei, falle in die Sphäre der beklagten Parteien und des NI, zumal dieser als Bauherr selbst die erforderliche Baugrunduntersuchung vorgenommen und deren letztlich unzutreffenden Ergebnisse dem Bauvertrag zugrundegelegt habe. Die Feststellung des Erstgerichtes, bei den vorvertraglichen Gesprächen mit den Angestellten der klagenden Partei sei darauf hingewiesen worden, daß bei geänderter Geologie Nachforderungen gestellt werden können, seien unbedenklich. Eine vertragliche Vereinbarung in der Richtung, der klagenden Partei würden Mehrkosten bezahlt, wenn sie Abweichungen in der Geologie nachweise, sei aber schon deshalb nicht zustande gekommen, weil nur Ing. Josef L\*\*\* Geschäftsführer der ARGE gewesen sei und deshalb Erklärungen von Mitarbeitern der ARGE, seien sie auch in Gegenwart des Geschäftsführers der erstbeklagten Partei abgegeben worden, die ARGE nicht binden könnten. Auf Punkt 6 des Auftragschreibens könnten sich die beklagten Parteien nicht berufen, weil vereinbart worden sei, daß die Begutachtung durch UnivProf. Dr. Herwig Holzer verbindlich sein solle und die beklagten Parteien darüber hinaus den Betrag von S 1,5 Millionen auf noch nicht verhandelte Nachtragsforderungen bezahlten, obwohl zu diesem Zeitpunkt eine Stellungnahme des NI dahin, daß Mehraufwendungen bezahlt würden, fehlte. Es ergebe sich im Gegenteil aus dem Schreiben des NI vom 24.3.1980 (Beilage O) die ablehnende Haltung zu Nachforderungen; dies sei dem Geschäftsführer der ARGE, Ing. Josef L\*\*\*, auch am 19.3.1980 mündlich mitgeteilt worden. Keine Bedenken bestünden auch gegen die auf dem Gutachten des Dr. Georg Horninger basierenden Urteilsannahmen, daß nach den Gutachten Mignon und Schober eine günstigere geologische Situation habe erwartet werden können, als sie dann tatsächlich angetroffen worden sei. Unbedenklich sei auch die Feststellung, der Begriff "Steine" im Gutachten Mignon sei nur als Materialbegriff und nicht im Sinne einer gewissen Größenordnung zu verstehen. Auch die bekämpfte Feststellung, daß bei der gegebenen Entfernung der Bohrlöcher 1 und 1a vom Schacht die Wahrscheinlichkeit eines anderen Gesteinsaufbaus bei den Bohrungen, als sie dann beim Schacht angetroffen worden sei, gleich Null sei, sei zu übernehmen. Der Berechtigung des Begehrens der klagenden Partei stehe auch nicht die im Anbot der beklagten Parteien an den NI enthaltene, der klagenden Partei überbundene Erklärung entgegen, die vorliegenden Unterlagen genügten zur Anbotstellung, weil die klagende Partei nicht verpflichtet gewesen sei, die Grundlagen der Gutachten Mignon und Schober und damit diese Gutachten selbst zu überprüfen. Im technischen Bericht zum Anbot seien zwar ein eventuelles Risiko sowie zusätzliche Leistungen anzugeben gewesen, doch setzte dies ein Erkennen des Risikos voraus. Habe die klagende Partei aber auf die Richtigkeit der Gutachten Mignon und Schober vertrauen dürfen, so könne die unterlassene Angabe des Risikos nicht gegen die Berechtigung der erhobenen Nachtragsforderungen geltend gemacht werden. Die klagende Partei habe auch eine ihr selbst sachkundigen Bestellern gegenüber obliegende Warnpflicht nicht verletzt. Umfangreiche, technisch schwierige und kostenintensive Untersuchungen habe der Werkunternehmer zur Erfüllung seiner Warnpflicht nur dann durchzuführen, wenn dies besonders vereinbart worden sei. Vertraglich sei eine besondere Prüfungspflicht durch die klagende Partei nicht übernommen worden, sie wäre auch selbst gar nicht in der Lage gewesen, zusätzliche Probebohrungen vorzunehmen. Die Auftragsgrundlage hätten die Gutachten Mignon und Schober gebildet, die nicht so beschaffen gewesen seien, daß die klagende Partei von sich aus ohne weitere eingehende Nachprüfungen Bedenken hätte haben müssen. Es könne dann unerörtert bleiben, ob die beklagten Parteien einen ausdrücklichen Auftrag zu den den Mehraufwendungen zugrundeliegenden Arbeiten erteilt haben. Die mit S 19,876.250,40 bezifferte Forderung der klagenden Partei für Erschwernisse beim Bohren, Gefrieren und Teufen bestehe somit dem Grunde nach zu Recht.

Anders als bei den vorgenannten Mehraufwendungen sei bei den Aufwendungen der klagenden Partei als Folge des

Wassereintritt ab 16.12.1978 das hydrologische Risiko nach der Vertragslage in der Sphäre der klagenden Partei gelegen. Gemäß Punkt 5.61 der ETB würden Wassererschwernisse bei den Ausbruchsarbeiten jeweils nur im angegebenen Umfang gemäß LV vergütet. In Punkt 5.63 der ETB werde darauf verwiesen, daß das LV die Einbeziehung solcher Kosten in die Ausbruchspreise vorsehe. Ein Zusatzangebot für Wassererschwernisse bzw. die Wasserableitung im Schacht, wie dies gemäß Punkt 5.63 der ETB bei voraussichtlichen Mehraufwendungen vorgesehen gewesen sei, sei nicht erstattet worden. Ausgenommen vom hydrologischen Risiko sei aber die Überschreitung des K-Wertes gewesen. Daß dies die Ursache des Wassereintritts und der damit im Zusammenhang stehenden Arbeiten der klagenden Partei gewesen wäre, sei nicht behauptet worden. Damit fielen aber diese Kosten in den Risikorahmen der klagenden Partei. Dies habe umso mehr zu gelten, als im Gutachten Mignon ein Hinweis auf die Wasserführung fehle. Die Wassererschwernisse seien dann aber mit den vereinbarten Pauschalpreisen abgegolten. Bei dieser Sachlage müsse nicht geprüft werden, ob es zutrefte, wie dies das Erstgericht angenommen habe, daß nach den Regeln des Gefrierschachtbaus der Schachtfuß unterhalb des Gefrierbereiches liegen müsse und die klagende Partei den Schacht unterhalb der Gefrierzone abgeteufelt habe. Was die Kosten der Frostkörperhaltung (lit. c) betreffe, so könne zu diesem Aufwand noch nicht Stellung bezogen werden, weil nicht geklärt sei, welchen tatsächlichen Ereignissen diese Kosten zuzurechnen seien. Zu den angesprochenen Gutachtenskosten (lit. d) fehle jedes Vorbringen der klagenden Partei in erster Instanz, namentlich für welche Gutachten diese Kosten aufgelaufen seien und ob diese Beträge aus dem Titel des Schadenersatzes oder einer getroffenen Vereinbarung angesprochen werden. Das Teilbegehren von S 926.843,27 zuzüglich 18 % Umsatzsteuer von S 166.831,78, insgesamt somit von S 1.093.675,05 sei daher un schlüssig und abzuweisen.

Gegen die Sachentscheidung des Berufungsgerichtes, soweit sie das Teilzwischenurteil des Erstrichters betrifft, wenden sich die Revisionen der Streitparteien und des Nebenintervenienten. Der Revision der klagenden Partei kommt Berechtigung zu, die Revisionen der beklagten Parteien und des Nebenintervenienten sind nicht gerechtfertigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegenstand der Revision der Streitparteien ist die Entscheidung des Berufungsgerichtes über den von der klagenden Partei mit der

2. Teilschlußrechnung (Beilage U) geforderten Betrag von (brutto)

S 19.876.250,40 für Erschwernisse beim Bohren, Gefrieren und Teufen (Revision der beklagten Parteien und des Nebenintervenienten) und von (brutto) S 5.759.301,83 für Mehraufwendungen als Folge des Wassereintritts und für Gutachtenskosten (Revision der klagenden Partei).

I. Zur Revision der beklagten Parteien und des Nebenintervenienten:

Die Berechtigung des Klagebegehrens für den von der klagenden Partei behaupteten Mehraufwand hängt primär davon ab, welchen der Vertragsteile das Risiko dafür trifft, daß sich die geologischen Verhältnisse anders darstellen, als die klagende Partei dies nach den dem Vertragsabschluß zugrundegelegten Gutachten Mignon und Schober erwarten durfte. Die Frage, welchen der Vertragsteile beim Werkvertrag die Gefahr trifft, wird im österreichischen Recht nach der Sphärentheorie beantwortet (EvBl.1986/27 = SZ 58/41; SZ 54/128; Adler-Höllner in Klang Kommentar 2 V 400; Koziol-Welser, Grundriß 7 I 355). Danach hat jeder Teil den Zufall zu tragen, der sich in seiner Sphäre ereignet. Diese Risikoverteilung kommt insbesondere in der Bestimmung des § 1168 Abs.1 ABGB zum Ausdruck, wonach dem Unternehmer das Entgelt gebührt, wenn das Werk zufolge von Umständen, die auf Seite des Bestellers liegen, unterbleibt. Dem Unternehmer gebührt weiters (§ 1168 Abs.1 letzter Satz ABGB) eine angemessene Entschädigung, wenn er infolge solcher Umstände (auf Seiten des Bestellers) durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt wurde. Nicht immer müssen aber die hindernden Umstände auf der Bestellerseite gerade zu einer Verzögerung der Werkerstellung führen. Es kann auch sein, daß diese Umstände den Unternehmer zu erhöhtem Arbeitseinsatz und zu erhöhten Aufwendungen zwingen. Auch hierfür gebührt ihm unter der dargestellten Voraussetzung eine Entschädigung durch Aufstockung des Werklohns (Krejci in Rummel, ABGB, Rz 25, 28 zu § 1168).

Der Sphäre des Werkbestellers gehören der von ihm beigestellte Stoff und die von ihm erteilten Anweisungen (§ 1168a letzter Satz ABGB) und alle sonstigen die Werkerstellung störenden, auf der Seite des Bestellers gelegenen Umstände an (Krejci a.a.O. Rz 25 zu § 1168a ABGB). Seit jeher wird in der Rechtsprechung und Lehre vertreten, daß der Ausdruck "Stoff" weit auszulegen ist; es wird darunter alles verstanden, aus dem oder mit dessen Hilfe ein Werk herzustellen ist (SZ 54/128; SZ 52/15; JBl.1973, 151; SZ 45/75; Krejci a.a.O. Rz 18 zu § 1168a ABGB). Das Baugrundrisiko fällt daher

grundsätzlich in die Sphäre des Bestellers, wenn auch unbeschadet der den Unternehmer unter Umständen treffenden Warnpflicht (SZ 52/15; Adler-Höller a. a.O. 408; Kühne in Kühne, Leistungsbestimmung im Bauvertrag 48; Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages, 60), insbesondere wenn bei Bauarbeiten auf einem Grundstück derartige Mengen von Grundwasser anfallen, daß der Bau dadurch wesentlich erschwert oder verteuert wird (Fikentscher a.a.O. 65 und die dort zitierte Entscheidung des BGH).

Den Besteller trifft, wenn das Werk auf der Grundlage von ihm beigestellter, bereits vorhandener Gutachten erstellt werden soll, auch die Pflicht, dem Werkunternehmer, ungeachtet dessen Warnpflicht, zuverlässige Gutachten zur Verfügung zu stellen (SZ 57/18), die dann, wenn ihre Berücksichtigung vertraglich vereinbart wird, als Anweisungen im Sinne des § 1168a ABGB verstanden werden können. Allfällige Mängel solcher vom Auftraggeber eingeholter (geologischer, hydrologischer, boden- oder felsmechanischer) Gutachten und Untersuchungsbefunde sind grundsätzlich der Sphäre des Bestellers zuzurechnen (vgl. Kühne a. a.O. 47). Den Unternehmer trifft das volle Risiko unrichtiger Gutachten nur dann, wenn er vertraglich diese Gefahr übernommen hat (Krejci a.a.O. Rz

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)