

23. Hat nach österreichischem Recht der Besteller eines Baues die Mängel des ihm gehörigen Bauplatzes zu vertreten, wenn diese den gänzlichen oder teilweisen Untergang des Werkes verursacht haben, ohne daß den Besteller wegen der Nichtkenntnis dieser Mängel ein Verschulden trifft?

ABGB. §§ 1168, 1168a.

VIII. Zivilsenat. Beschl. v. 26. Februar 1941 i. S. Kreditkasse M. GmbH. (Kl.) w. Stadt M.-D. (Bekl.). VIII 63/40.

I. Kreisgericht Mährisch-Ostrow.

II. Deutsches Oberlandesgericht Prag.

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden, zugleich den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Als Rechtsnachfolger des Baumeisters S. verlangt die Klägerin von der Beklagten 9729,40 K. und 1635 K. als Schadenersatz, 94990,70 K. für Mehrarbeiten oder unbvorhergesehene neue Arbeiten nach den allgemeinen und besonderen Vergabebedingungen, durch die dem S. der Bau einer Entfäuerungsanlage des Wasserwerkes der Beklagten im Frühjahr 1934 übertragen worden war. Bei der Ausführung dieses Baues war es, als beim Aushub der Grube eine Tiefe von etwa 7,5 m erreicht war, zu einem Einsturz der oberen Lettenschichten bis zu einer Tiefe von 3,5 m gekommen. Die in der Klage geltend gemachten Ansprüche betreffen einerseits den Ersatz für das Holz, aus welchem die bei dem Einsturz zertrümmerte Ver-schalung errichtet war, und das Gerät, welches bei den Aufräumungsarbeiten vernichtet wurde oder verloren ging, andererseits die infolge des Einsturzes notwendig gewordenen Arbeiten zur Wiederherstellung des begonnenen Werkes. Die Klägerin macht die Beklagte für diese Kosten unter anderem aus folgendem Grunde verantwortlich: Ihr Rechtsvorgänger, der Unternehmer S., sei irreführt worden, denn die Beklagte habe ihm das Vorhandensein einer zweiten schiefen, in einem Winkel von etwa 50° unter der Baugrube verlaufenden Lettenschicht verheimlicht und habe der Bauaus-schreibung nur die Ergebnisse früherer hydrogeologischer Untersuchungen zugrunde gelegt, so daß mit einer waagerechten Schichtung des Erdreiches zu rechnen gewesen sei. Den Einsturz hätten aber die dem Unternehmer unbekannt schiefe untere Lettenschicht, ferner die ausgiebigen Regengüsse der vorhergegangenen Tage und die Erschütterungen der elektrischen Pumpe verursacht, welche die beklagte Gemeinde auf dem Gerüst des Unternehmers aufgestellt habe.

Das Kreisgericht hat die Klage abgewiesen und festgestellt, daß die Beklagte dem Unternehmer weder die zweite untere Lettenschicht

verheimlicht noch ihm zu Unrecht eine normale Verschalung der Baugrube vorgeschrieben habe. Sie habe ihm bei der Vergebung des Baues nur jene Erkenntnisse mitgeteilt, die sie auf Grund einer in früheren Jahren von dem Ingenieur Gu. und von Professor Ha. durchgeführten Sondierung zum Zwecke der Feststellung der hydrogeologischen Unterlagen für die Erweiterung des Wasserwerkes in N. gehabt habe und die auch in den Plänen eingezeichnet seien, in denen die Zusammensetzung der Lagerung des Bodens ersichtlich gemacht worden sei. Der Voranschlag und die technische Beschreibung seien vollständig richtig und genügend gewesen, in der Zusammensetzung des Ausschubes seien keine Abweichungen von der technischen Beschreibung und dem Voranschlage vorgekommen, und auf das Vorhandensein eines unterirdischen Mergelvorkommens mit einem starken, unter die Arbeitsstelle des Baues gehenden Gefälle sei man erst nach dem Unglück gekommen. Diese Tatsache sei sowohl der Gemeinde als auch dem Unternehmer unbekannt gewesen. Ihr Einwirken bei dem Einsturz der Baugrube sei als höhere Gewalt anzusehen. Die Gemeinde habe also nichts verschuldet; die Einwirkung des Regens habe sie nicht zu vertreten. Hinsichtlich der behaupteten Erschütterungen durch die elektrische Pumpe hat das Kreisgericht festgestellt, daß diese sehr ruhig arbeitete und etwaige Erschütterungen auf den Einsturz des Erdreiches keinen Einfluß hatten. Das Berufungsgericht hat dieses Urteil bestätigt. Der Erdsturz sei durch Ereignisse und Umstände herbeigeführt worden, die als höhere Gewalt zu werten seien. Ein Verschulden der Beklagten sei nicht nachgewiesen worden. Ein solches sei auch nicht darin zu erblicken, daß die Beklagte das vom Baumeister S. geplante Abtragen der oberen Lehmschichten im natürlichen Pange nicht gestattet habe; denn dieses Verbot sei durch die Umstände begründet gewesen und habe der Ausführung des Werkes nicht im Wege gestanden. Überflüssig sei es daher, zu untersuchen, ob der Bauunternehmer S. ein Verschulden treffe. § 1168a ABGB. bringe zum Ausdruck, daß der Leistungspflichtige die Gefahr der Zerstörung des begonnenen oder vollendeten Werkes bis zur Übernahme durch den Besteller zu tragen habe. Die Klägerin habe nicht bewiesen, daß die Zerstörung des begonnenen Werkes durch schuldhafte, unrichtige Anweisungen oder Auskünfte der Beklagten verursacht worden sei. Daher habe die schädigenden Folgen des Einsturzes der Unternehmer zu tragen.

Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung der Urteile der Vorgerichte und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Es handelt sich um einen Werkvertrag, der einerseits nach den Vertragsbestimmungen (Vergabungsbedingungen), andererseits nach dem Gesetze zu beurteilen ist. Gegenstand des Rechtsstreits ist der Ersatz der Kosten, welche durch die teilweise Zerstörung des begonnenen Werkes verursacht worden sind. Das Gesetz enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung, regelt aber in § 1168a ABGB. den Fall des Unterganges des Werkes durch Zufall vor seiner Übernahme. Für diesen Fall kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Unternehmer trägt also bis zur Übernahme des Werkes durch den Besteller die Gefahr, die auf diesen erst mit der Übernahme übergeht. Demgemäß erhält er grundsätzlich, wenn das Werk vorher durch Zufall zugrunde geht, für seine Arbeit nichts und hat auch keinen Anspruch auf Ersatz für seine Auslagen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen, der ihn beigelegt hat, d. h. der Unternehmer erhält keinen Ersatz für den von ihm zur Ausführung des Werkes gelieferten Stoff, er muß aber auch dem Besteller den von diesem hergegebenen, jetzt zugrunde gegangenen oder wertlos gewordenen Stoff nicht ersetzen. An Stelle der Übernahme des Werkes ist seine Vollendung maßgebend, wenn sich die zu bearbeitende Sache im Besitze des Bestellers befindet, wie dies z. B. bei Ausbesserungen an einem Hause der Fall ist. Entscheidend ist dann der Zeitpunkt, in dem das vollendete Werk aus den Händen des Unternehmers dem ungestörten Gebrauch durch den Besteller wieder zugänglich wird.

Allein der Grundsatz des § 1168a ABGB., wonach der Unternehmer bis zur Übernahme oder bis zur Vollendung des Werkes die Gefahr des (gänzlichen oder teilweisen) Unterganges durch Zufall trägt, gilt nicht ausnahmslos. Gesetz und Rechtslehre lassen hiervon vielmehr folgende Ausnahmen zu: a) Wenn der Besteller mit der Übernahme des Werkes in Verzug ist, so treffen ihn nach § 1419 ABGB. die widrigen Folgen dieses Verzuges. b) Wenn das Werk infolge offenerer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers mißlingt, so trifft den Besteller die Haftung unter der Voraussetzung, daß ihn der Unternehmer gewarnt hat (§ 1168a Satz 3 ABGB.). c) Wenn das Werk durch Umstände zugrunde gegangen ist, die auf Seiten des Bestellers liegen, so geht dies zu Lasten des Bestellers.

Dieser Grundsatz ergibt sich aus § 1168 Abs. 1 ABGB., der dem Unternehmer das vereinbarte Entgelt (unter Anrechnung gewisser Vorteile) dann zuerkennt, wenn zwar die Ausführung des Werkes unterbleibt, der Unternehmer aber zur Leistung bereit und durch Umstände, die auf seiten des Bestellers liegen, daran verhindert war. Gebührt also im Falle des § 1168 Abs. 1 ABGB. dem Unternehmer sogar das Entgelt für eine nicht geleistete Arbeit, so muß ihm dieser Anspruch auf Entgelt um so mehr zustehen, wenn die Arbeit schon ganz oder teilweise geleistet wurde, das Werk aber durch Umstände, die auf seiten des Bestellers liegen, ganz oder teilweise zugrunde gegangen ist. Die gegenteilige Auslegung würde zu dem unhaltbaren Widerspruch führen, daß der Unternehmer einen Anspruch, den er bei Verhinderung durch solche auf seiten des Bestellers liegende Umstände vor Beginn des Werkes hat, verlieren würde, wenn diese Umstände erst nach Beginn des Werkes, aber vor dessen Übernahme eintreten.

Daher ist vor allem zu prüfen, ob einer dieser Ausnahmefälle zugunsten des Rechtsvorgängers der Klägerin gegeben ist. In dieser Hinsicht scheidet der unter a) angeführte Fall ohne weiteres aus. Aber auch der Fall b) kommt nicht in Betracht; denn wenn auch die Klägerin auf die Unersahrenheit und das unrichtige Vorgehen des Ingenieurs M. der Beklagten hingewiesen hat, so ist doch festgestellt worden, daß der Voranschlag und die technische Beschreibung richtig und ausreichend waren. Es käme hier höchstens das Verbot der Beklagten in Betracht, die oberen Schichten nach dem natürlichen Gang abzutragen, aber dieses Verbot war nach den Feststellungen der Vorberichterichte durch die Umstände begründet und stand der Ausführung des Werkes nicht im Wege. Somit kann hier von einer offenbar unrichtigen Anweisung des Bestellers nicht gesprochen werden.

Daher bleibt lediglich der unter c) genannte Fall zu erörtern, ob der teilweise Untergang des Werkes und insolgedessen die für die Wiederherstellung notwendigen Arbeiten durch Umstände verursacht worden sind, die auf seiten des Bestellers lagen. Die Bejahung dieser Frage erfordert durchaus nicht, daß Umstände vorliegen, die der Besteller verschuldet hat. Dieser Fall hat mit der Verschuldensfrage nichts zu tun. Es genügt vielmehr, daß die Umstände, auf die der teilweise Untergang des Werkes zurückzuführen ist, auf seiten des

Bestellers liegen. Dies kann aber nach dem von den Vorbergerichten festgestellten Sachverhalte nicht bestritten werden.

Die Vorbergerichte haben in Übereinstimmung mit dem Sachverständigengutachten angenommen, daß beiden Vertragsteilen das Vorhandensein eines unterirdischen Lettenhügels mit starkem Gefälle in der Richtung unter die Baustelle unbekannt war und daß dessen Einwirkung bei dem Hergange des Einsturzes der Baugrube ebenso wie die starken Regenfälle an drei Tagen vor dem Unglück als höhere Gewalt anzusehen seien. Daß die beklagte Partei von dem Vorhandensein der zweiten unteren schiefen Lettenschicht nichts gewußt hat, kann ihr nach den Ergebnissen des Sachverständigenbeweises auch nicht als Verschulden angerechnet werden. Denn der Sachverständige S. hat ausdrücklich erklärt, daß die Beklagte eine richtige Sondierung hatte, welche bei den früheren Feststellungen für eine Fläche von 742 qm als vollkommen genügend angesehen werden mußte. Daher waren auch der Voranschlag und die technische Beschreibung richtig und ausreichend. Aber wenn auch die Beklagte kein Verschulden an ihrer Unkenntnis von dieser Lettenschicht trägt, so wird doch dadurch nicht der Umstand beseitigt, daß diese Lettenschicht einen wesentlichen Einfluß auf den Einsturz der Baugrube hatte und daher im ursächlichen Zusammenhange damit gestanden hat. Der Sachverständige stellt insbesondere fest, daß ihr Vorhandensein die Ursache der Ungleichartigkeit der Gesteine in der Grubensohle und auch die Ursache der nicht gleichmäßigen Bewegung der vom Grundwasser durchtränkten und flüssig gewordenen Schichten war, und widerspricht ausdrücklich der Behauptung der beklagten Partei, daß das Vorhandensein dieser Lehmschicht auf die Standfestigkeit des Baues keinen Einfluß gehabt hätte; er sagt im Gegenteil, daß sie einen großen Einfluß auf die Standfestigkeit der einzelnen Verschalungswände und der Erdblöcke hinter diesen Wänden hatte und daß gerade in der ungleichen Festigkeit des Gesteins hinter den einzelnen Verschalungswänden ihre eigentliche und weitreichende Bedeutung festzustellen sei. Der Einfluß dieser Schichten auf die Art des Eindringens der Sandmassen in die Grube außerhalb der Verschalung war nicht voraussehbar, aber sehr bedeutsam. Demnach hatte das Vorhandensein der Lettenschicht tatsächlich einen großen Einfluß auf den Einsturz der Baugrube. Das Vorhandensein dieser Ursache ist ein Umstand, der auf seiten des Bestellers liegt; denn es handelt sich um die Be-

schaffenheit des vom Besteller zur Ausführung des Werkes zur Verfügung gestellten Bauplatzes.

Daß diese Beschaffenheit des Bauplatzes von dem Bauunternehmer nochmals vor Beginn des Werkes festzustellen und zu prüfen gewesen wäre, kann nach dem Sachverständigengutachten, das die Untersuchungen der Beklagten als ausreichend anerkennt, nicht angenommen werden; der Unternehmer hat auch vertraglich keine Verpflichtungen zur Durchführung neuer Nachprüfungen übernommen. Wenn die Untersuchungen zwar nach den allgemeinen Erfahrungen als voraussichtlich ausreichend anzusehen, im einzelnen Fall aber dennoch unzulänglich waren, weil die wahre Beschaffenheit der Erdschichten an der Baustelle durch sie nicht ermittelt wurde, so ist auch dies ein Umstand auf Seiten der beklagten Gemeinde, da ja sie die Untersuchungen vorgenommen und solche an den Unternehmer nicht vergeben oder aufgetragen hat, dieser sich aber auf ihre Richtigkeit verlassen konnte. Daß der Rechtsvorgänger der Klägerin bei Vergebung des Baues bestätigt hat, ihm seien die örtlichen Verhältnisse bekannt, kann vernünftigerweise in keinem weiteren Umfang ausgelegt werden, als diese Kenntnis auch nach den Prüfungsergebnissen der Beklagten genügend war und den Annahmen beider Teile über den voraussichtlichen Umfang der Bauarbeiten entsprach.

Die eben dargelegten Umstände würden also dafür sprechen, daß der Einsturz auf Gründe zurückzuführen ist, die auf Seiten des Bestellers liegen. In einem solchen Falle wäre der Anspruch des Unternehmers auf das Entgelt entgegen der allgemeinen Regel des § 1168a ABGB. nicht ausgeschlossen. Es wäre daher von diesem Gesichtspunkt aus an und für sich nicht notwendig, zu untersuchen, ob außerdem noch ein Verschulden der Beklagten vorliegt.

Durch § 8 der besonderen Bedingungen für die Vergebung des Baues der Entfäuerungsanlage des Wasserwerkes in N. hat aber der Unternehmer die alleinige Haftung für seine Arbeiten vom bau-, sicherheits- und gesundheitspolizeilichen Standpunkt aus übernommen. Dazu hat die Beklagte behauptet, daß es zu dem Einsturz durch Verschulden des Unternehmers gekommen sei, und zwar einerseits dadurch, daß er die Verschalung ungenügend und unsachgemäß durchgeführt, andererseits dadurch, daß er nicht genügend Vorsicht bei dem Einlassen dieser Verschalung beobachtet habe. Der Sachverständige S. hat hierzu erklärt, er stimme der Behauptung der Beklagten zu,

daß der Einsturz der oberen Lehmschichten durch eine entsprechende, fachmännisch angelegte Verschalung hätte verhindert werden können und daß dazu die Abtragung der oberen Schichten nicht notwendig gewesen sei. Mit Rücksicht auf die richtigen Angaben des Voranschlages wäre es nach seiner Meinung notwendig gewesen, 3,5 m lange Pfosten vorzubereiten, welche die gelbe Lehmschicht (3 m) gedeckt hätten, nachdem sie allmählich hinter die Pfähle des achteckigen Rahmens eingesetzt worden wären, während es nach Erreichung einer Tiefe von 3,5 m unter der Oberfläche zweckmäßig gewesen wäre, in dem lockeren Gestein eine getriebene Verschalung mit kurzen Pfählen auszuführen, wodurch die Ausfoderung des Schotterers durch die eingelassenen und fallenden langen Pfosten vermieden worden wäre. Die Vorberichter haben zu diesem Teile des Gutachtens nicht Stellung genommen und keine Feststellungen getroffen, weil sie die Frage des Verschuldens des Bauunternehmers von ihrem Rechtsstandpunkt aus für unerheblich hielten. Daher steht nicht fest, ob durch die von dem Sachverständigen angegebene, vom Unternehmer jedoch nicht eingehaltene Art der Verschalung der Einsturz vermieden worden wäre und ob ein Verschulden des Rechtsvorgängers der Klägerin vorliegt, wenn er die von dem Sachverständigen angegebene Art und Weise der Verschalung bei dem ersten Aushub nicht angewendet hat. Läge ein solches Verschulden vor, hätte also der Unternehmer nicht die vom baulichen oder sicherheitspolizeilichen Standpunkt notwendigen Vorkehrungen und Maßnahmen bei der Ausführung des Baues getroffen, obwohl hierzu schon nach den Angaben des Voranschlages Veranlassung gewesen wäre und ihm die Schichtung des Erdreiches oberhalb der Grubensohle bekannt war, so könnte er sich zur Geltendmachung seines Anspruches nicht mehr darauf berufen, daß Umstände auf seiten des Bestellers den Untergang des Werkes verursacht hätten. Wohl aber läme dann in Frage, inwieweit ein Mitverschulden der Beklagten gegeben wäre.

Die Revision sieht dieses Verschulden der Beklagten außer in der Verwendung der hydrogeologischen Sonden und der Unzulänglichkeit der Beschreibung auch in der Überlassung der Bauaufsicht an das Städtische Wasserwerk und in der Mangelhaftigkeit der von der Beklagten selbst durchgeführten Pumparbeiten. Allein, daß die Bauaufsicht durch das Wasserwerk irgendwie den Einsturz der Baugrube veranlaßt oder herbeigeführt hätte, läßt sich den Beweisergebnissen

nicht entnehmen. Bezüglich der Pumparbeiten meint allerdings das Berufungsgericht zu Unrecht, daß das Vorbringen hierüber in der Berufungsschrift wegen des Neuerungsverbotés nicht berücksichtigt werden könne und daß hierdurch die Frage des Verschuldens auf eine ganz neue rechtliche und tatsächliche Grundlage gestellt würde. Denn schon das Erstgericht hat den Sachverständigenbeweis auch in dieser Richtung durchgeführt. Danach hat aber die elektrische Pumpe sehr ruhig gearbeitet, keine Erschütterungen ausgelöst, und selbst der Umstand, daß sie wenig Wasser und dies nur in größeren Zwischenräumen auspumpte und daß sie an der Verschalung befestigt war, hat keinen Einfluß auf deren Standfestigkeit gehabt. Dagegen wäre es bedeutsam, ob die Unterbrechung des Pumpens den Einsturz der Baugrube verursacht oder wenigstens mit verursacht hat. Diese Frage ist von den Vordergerichten bisher nicht beantwortet worden, obwohl auch die Unterbrechung des Pumpens schon Gegenstand der Erörterung im ersten Rechtszuge war und die Klägerin das Pumpen als mangelhaft gerügt hat. Wird in der Unterbrechung des Pumpens ein von der Beklagten zu vertretendes Verschulden festgestellt, so wird gegebenenfalls das Maß des beiderseitigen Verschuldens gegeneinander abzuwägen sein. Da die Vordergerichte die Sache von diesem Gesichtspunkt aus nicht geprüft und erörtert haben, ist die Sache zur Entscheidung noch nicht reif.