

57

VII ZR 141/60

Verkündet
am 23. November 1961
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma F.J. M. [REDACTED] oHG., Rohrleitungsbau,
R. [REDACTED] bei B. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED] vertreten durch
ihren persönlich haftenden Gesellschafter, den Ingenieur
Friedrich M. [REDACTED] in R. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Finanz-
minister, dieser vertreten durch den Oberfinanzpräsidenten
in D. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. November 1961 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 4. März 1960 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Monaten Juni bis September 1956 für das verklagte Land die Außenwasserleitung zu dem "Neuen Depot V [REDACTED]" gebaut und dafür den vereinbarten Festpreis von 256.201,18 DM erhalten. Davon entfielen vereinbarungsgemäß auf die Erd- und Maurerarbeiten 61.520,99 DM. Mit der Klage verlangt sie - nunmehr noch - weitere 30.798,71 DM nebst Zinsen.

Sie behauptet, wolkenbruchartige Regenfälle hätten die Arbeiten schwieriger gestaltet als vorauszusehen gewesen sei. Die Gräben seien vielfach eingestürzt und hätten von Hand wieder ausgehoben werden müssen. Die Muffen bereits verlegter Rohre habe sie für die Druckprobe vom Schlamm der Grabensohle freilegen müssen. Nach den dem Bauvertrag zugrundegelegten Bestimmungen der VOB habe das verklagte Land als Auftraggeber die Folgen der außergewöhnlichen Witterungseinflüsse zu tragen.

Das Land hat aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg gehabt. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Klaganspruch weiter. Das Land bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 644 BGB trägt grundsätzlich der Unternehmer bis zur Abnahme des Werks die Gefahr. Er kann also bei dessen zufälliger Beschädigung

- 3 -

oder Zerstörung für seine Arbeit keine Vergütung verlangen. Von diesem Grundsatz geht auch die VOB (B) in § 12 Ziff. 6 aus.

Ausnahmsweise trägt jedoch nach § 7 Ziff. 1 VOB (B) der Auftraggeber die Gefahr schon vor der Abnahme, wenn die Bauleistung "durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere unabwendbare, vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört" wird. In diesen Fällen hat der Auftraggeber nach § 7 Ziff. 1 in Verbindung mit § 6 Ziff. 5 trotz der Beschädigung oder Zerstörung der Bauleistung den Teil der vertraglichen Vergütung zu zahlen, der auf die bis zur Beschädigung oder Zerstörung ausgeführte Leistungen entfällt; er hat ferner die Kosten zu ersetzen, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind.

Zwar wird der Bauvertrag, wenn die Bauleistung durch höhere Gewalt oder ein unabwendbares Ereignis beschädigt oder zerstört wird, in seinem rechtlichen Bestand grundsätzlich nicht berührt. Der Auftragnehmer bleibt in der Regel ebenso, wie wenn er die Gefahr trägt, verpflichtet, die vereinbarte Bauleistung zu erbringen, also das Werk fertigzustellen. Der Auftraggeber hat ihm aber die beschädigten oder zerstörten Teile der Bauleistung, die bei der Fertigstellung des Werks nochmals ausgeführt werden müssen, zusätzlich zu vergüten.

Hierzu meint das Berufungsgericht allerdings, diese Verpflichtung des Auftraggebers sei an die weiteren Voraussetzungen des § 2 Ziff. 6 oder 7 VOB (B) gebunden; aus § 7 Ziff. 1 folge nur die Pflicht, die zerstörte oder beschädigte Bauleistung als solche zu vergüten. Ob dem

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



zu folgen ist, oder ob die Verpflichtung, die nochmals ausgeführte Bauleistung zu bezahlen, unmittelbar aus § 7 Ziff. 1 und dem fortbestehenden Vertrag herzuleiten ist, braucht nicht entschieden zu werden; denn die Voraussetzungen des § 7 Ziff. 1 sind nicht gegeben.

II.

Nach den von der Klägerin vorgelegten Aufstellungen des Wetteramts Essen haben in Viersen die Regenmengen im Juni 187 %, im Juli 177 %, im August 107 %, und im September 1956 163 % des langjährigen Mittelwerts betragen. Die Klägerin weist darauf hin, daß am 12. und 29. Juni, 10. und 20. Juli und 27. September die Regenmengen besonders groß waren. Gegen diese schweren Regenfälle seien keine Abwehrmaßnahmen möglich gewesen. In dem völlig ebenen Gelände habe das Wasser keinen Abfluß gefunden, sich in den ausgehobenen Gräben gesammelt und diese überflutet. Nachdem das Wasser abgeflossen oder ausgepumpt gewesen sei, habe sich gezeigt, daß die Gräben teilweise eingestürzt und stark verschlammt waren. Sie hätten von Hand neu ausgehoben werden müssen. Es habe Tage gedauert, um wieder auf den Arbeitsstand vor den Regenfällen zu gelangen.

1.) Das Berufungsgericht führt aus, daß unter den gegebenen Umständen die von der Klägerin geschilderten Regenfälle nicht als höhere Gewalt im Sinne des § 7 Ziff. 1 angesehen werden könnten. Wolkenbruchartige Niederschläge bei der Aushebung von Gräben stellten keine betriebsfremde, sondern eine arteigene Gefahr dar. Damit will das Berufungsgericht, wie den sonstigen Ausführungen des Urteils zu entnehmen ist, sagen, Regenfälle der behaupteten Stärke seien nicht so außergewöhnlich, daß die Klägerin deren Auswirkungen auf ihre Arbeit nicht hätte in Rechnung stellen müssen.

2.) Die Revision erstrebt nicht die Wertung der Regenfälle als höhere Gewalt, rügt aber, das Berufungsgericht habe übersehen, daß § 7 Ziff. 1 außer von höherer Gewalt auch von "unabwendbaren, vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Umständen" spreche. Die Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmals hat das Berufungsgericht jedoch ebenfalls geprüft (BU. S. 9 ff) und verneint, weil die Klägerin mit den Auswirkungen starker Regenfälle auf ihre Arbeit habe rechnen müssen.

3.) Unter höherer Gewalt wird in der Rechtsprechung ein von außen auf den Betrieb einwirkendes außergewöhnliches Ereignis verstanden, das unvorhersehbar ist, selbst bei Anwendung äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung des wirtschaftlichen Erfolgs des Unternehmens nicht abgewendet werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit von dem Betriebsunternehmer in Rechnung zu stellen und mit in Kauf zu nehmen ist (u.a. RGZ 93, 66; 101, 94, 104, 150; 109, 172; 117, 12; JW 1931, 865; OGH britz 3, 189; BGHZ 7, 338). Diese Überwiegend zu den §§ 1, 1 a HaftpflG entwickelte Rechtsprechung ist unbedenklich auch zur Auslegung des Begriffs der höheren Gewalt im Sinne des § 7 Ziff. 1 VOB (B) heranzuziehen.

Der Begriff des unabwendbaren, vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Umstands ist weiter als der Begriff der höheren Gewalt. So umfaßt er auch Ereignisse, die nicht von außerhalb des Betriebs einwirken (vgl. Geigel, Der Haftpflichtprozeß, 10. Aufl. Kap. 19 Nr. 28 zu § 7 StVG m. weit. Nachw.). Er setzt aber, und das hat er mit dem Begriff der höheren Gewalt gemein, ebenfalls Ereignisse voraus, die nach menschlicher Einsicht und Erfahrung in dem Sinne unvorhersehbar sind, daß sie oder

ihre Auswirkungen trotz Anwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel durch die äußerste nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt nicht verhütbar oder in ihren Wirkungen bis auf ein erträgliches Maß unschädlich zu machen sind.

4.) Regenfälle sind im Rohrleitungsbau keine sich aus dem Betrieb selbst ergebenden Ereignisse; ebensowenig haben sie ihren Grund im Betrieb oder seinen Einrichtungen (vgl. RGZ 95, 64, 66). Allerdings sind sie bei stärkerem Auftreten geeignet, die Bauleistung zu beschädigen. Gleichwohl stellen sie aber eine für den Rohrleitungsbau im offenen Gelände typische Schadensursache dar und gerade deshalb können sie in der Regel weder als höhere Gewalt noch als ein unabwendbarer Umstand i.S. des § 7 Ziff. 1 angesehen werden.

Das Berufungsgericht ist nicht, wie die Revision meint, der Ansicht, daß Witterungseinflüsse in keinem Falle unter diese Begriffe fallen könnten. Es stellt vielmehr zutreffend auf deren voraussehbare Auswirkungen im Einzelfalle ab (vgl. § 6 Ziff. 2 Abs. 2 VOB (B)). Dazu sagt es, daß die Rohrgräben in einem ebenen Gelände ohne Abfluß für auftretendes Wasser zu einer Jahreszeit auszuheben waren, in der mit Gewitter und starkem Regen, auch sog. Wolkenbrüchen gerechnet werden mußte und daß es dort schon in den beiden vorangegangenen Sommern besonders reichlich geregnet hatte. Nach der Aufstellung des Wetteramts Essen hatten in Viersen die monatlichen Niederschlagsmengen in den gleichen Monaten der Jahre 1954 und 1955, von den Monaten Juli und August 1955 abgesehen, ebenfalls die langjährigen Mittelwerte der Jahre 1891 - 1930 beträchtlich überstiegen. Das Gleiche hat sich nach dieser Aufstellung in den Monaten Juni bis September des Jahres

1957 wiederholt. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die von der Klägerin behaupteten Regenfälle nicht als völlig außergewöhnlich und einmalig angesehen werden können, begegnet daher keinen Bedenken.

Darüber, daß im Rohrleitungsbau Beschädigungen und Zerstörungen eines ausgehobenen Grabens durch Regenfälle in ihrem Umfang beschränkt werden können, wenn der Auftragnehmer nur kurze Grabenstücke aushebt, dann die Rohre verlegt, die Druckprobe ausführt und den Graben wieder auffüllt, sind sich die Parteien einig. Nur über die Mindestlänge, die aus technischen Gründen jeweils ausgehoben werden muß, sind sie verschiedener Meinung. Die Klägerin als Fachunternehmerin für Rohrleitungsbau muß diese Mindestlänge kennen. Mit Beschädigung eines Grabenstücks dieser Länge durch Regenfälle in den Sommermonaten muß sie also rechnen und dadurch bedingte mögliche Mehrkosten von vornherein in Rechnung stellen. Daß durch die Einteilung in kürzere Abschnitte die Arbeit möglicherweise erschwert wird, ist für die Frage, ob die Regenfälle als unabwendbare Ereignisse zu werten sind, rechtlich ohne Belang. Erschwerungen und Behinderungen, die der Auftraggeber nicht zu vertreten hat, gehen nach § 6 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) zu Lasten des Auftragnehmers.

Die Klägerin hat zwar behauptet, die Berücksichtigung solcher Witterungseinflüsse müsse zu einer wirtschaftlich unvernünftigen Kostensteigerung führen. Tatsachen hat sie hierfür jedoch nicht angeführt. Ein Gutachten hierüber einzuholen, hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, zumal das Angebot des nach der Klägerin billigsten Bieters das Angebot der Klägerin für die Erd- und Maurerarbeiten um mehr als den Klagebetrag überstieg.

Die Schwierigkeit, Regenfälle im Einzelfalle ihrem Ausmaße nach als noch abwendbare oder unabwendbare Umstände von einander abzugrenzen, hätte die Klägerin durch eine Vereinbarung gemäß § 10 Ziff. 4 Abs. 2 VOB (A) vermeiden können.

III.

Das Berufungsgericht hat noch anhand der Entscheidung des erkennenden Senats VII ZR 293/56 vom 27. Juni 1957 geprüft, ob sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) günstigere Folgerungen für die Klägerin herleiten lassen. Auch das hat es zu Recht verneint.

1.) Wenn die Parteien, wie hier, die Vorschriften der VOB zum Inhalt ihres Vertrags gemacht haben und deshalb die streitige Frage, wer hinsichtlich der Auswirkung von Regenfällen auf die Bauleistung die Gefahr trägt, anhand der Bestimmungen der VOB zu entscheiden ist, so bleibt daneben für eine Anwendung des § 242 BGB allenfalls unter ganz schwerwiegenden Umständen Raum. Denn damit ist im wesentlichen entschieden, ob der Auftragnehmer etwa im Hinblick auf Besonderheiten des Falles nach Treu und Glauben ausnahmsweise eine Erhöhung des vertraglich vereinbarten Festpreises verlangen kann.

2.) Hiervon abgesehen kann aber auch der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entgegengetreten werden, daß die bei der Arbeit aufgetretenen Schwierigkeiten nicht jedes bei Eingehung des Vertrags voraussehbare Maß überstiegen und die Klägerin durch die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen zu Aufwendungen gezwungen hätten, die zu dem vereinbarten Festpreis in keinem vertretbaren Verhältnis standen. Es handelt sich insoweit im wesentlichen um tatsächliche, das Revisionsgericht bindende Feststellungen.

Insbesondere kann keine Rede davon sein, daß die von der Klägerin behaupteten Mehraufwendungen von 30.798,71 DM - nicht 34.535,20 DM, wie die Revision vorträgt - (vgl. Anl. zum Schrifts. der Klägerin vom 20. Januar 1960) außer jedem Verhältnis zu dem Festpreis von 256.201,18 DM ständen. Namentlich hat die Klägerin nichts dafür vorgebracht, daß die in Folge der Regenfälle entstandenen Mehrkosten in Anbetracht ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse und des Umfangs ihres Unternehmens im Verhältnis zu dem vereinbarten Festpreis so hoch gewesen seien, daß ihr ein Festhalten an dem Vertrag schlechterdings nicht zuzumuten gewesen sei (vgl. BGH VII ZR 126/59 vom 20. Oktober 1960; VII ZR 96/60 vom 10. Juli 1961 = BB 1961, 1179).

IV.

Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke