

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 11/67

URTEIL

Verkündet am

12. Dezember 1968
H o r n
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma August H [REDACTED] KG, vertreten durch den allein
persönlich haftenden Gesellschafter August H [REDACTED] sen.,
O [REDACTED] / Rheinland, D [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das
Land Niedersachsen, dieses wiederum vertreten durch das
Niedersächsische Landesverwaltungsamt - Straßenbau -,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Schmidt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 18. November 1966 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erhielt Anfang Mai 1956 auf Grund ihres Angebots vom 7. März 1956 den Zuschlag für die öffentlich ausgeschriebenen Tiefbauarbeiten im sog. Erdlos 9 der zwischen Northeim und Seesen vorgesehenen Bundesautobahnstrecke. Am 7. Mai 1956 begann sie mit den Arbeiten. Von Juni bis zum Jahresende fielen ungewöhnlich starke Niederschläge, weswegen die Klägerin an zahlreichen Tagen nicht oder nur behindert arbeiten

- 3 -

konnte. Am 29. Oktober 1956 legte sie mit Zustimmung der Straßenbaudirektion die Baustelle still. Mit Schreiben vom 1. März 1957 kündigte sie den Bauvertrag.

Die Schlußrechnung der Klägerin vom 30. Mai 1957 über 742.526,22 DM hat die Beklagte bis auf 33.296,17 DM bezahlt. Von dem Restbetrag hat die Klägerin 5.000 DM eingeklagt. Sie hat ferner für Stillienzeiten von der Beklagten über 900.000 DM verlangt und hiervon einen Teilbetrag von 15.000 DM, insgesamt also 20.000 DM nebst Zinsen mit der Klage geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die eingeklagten Teilansprüche weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Kosten des Vorflutschlitzes

Die Klägerin hat am 28. August 1956 vom zuständigen Autobahn-Neubauamt (= ANA) den Auftrag erhalten, ca. 3.000 m³ auseinanderfließenden Schlamm Boden zum Preise von 1,50 DM/m³ als Vorflutschlitze zu lösen und seitlich zwischenzulagern. Sie hat nach ihrer Behauptung fast 28.000 m³ baggern müssen und dafür 41.908,59 DM in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat 5.241 m³ anerkannt



und bezahlt. Die eingeklagten 5.000 DM stellen einen Teil des darüber hinaus gehenden Betrags dar.

1.) Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß sich die Beklagte zur Zahlung der Mehrarbeiten nicht verpflichtet habe. Auf die Anfrage der Klägerin vom 1. Oktober 1956, ob mit der Ausbaggerung des Hangschlitzes zur Grundwasserabsenkung - einer zusätzlichen Leistung - begonnen werden könne und auf welche Weise die Abrechnung erfolgen solle, habe das ANA am 9. Oktober 1956 geantwortet, daß für eine etwaige Baggerung eines Hangschlitzes vorerst keine Vergütung gewährt werden könne. Mit weiterem Schreiben vom 30. Oktober 1956 habe das ANA geantwortet, es habe sich zwar mit der Herstellung eines Hangschlitzes als vorbereitende Maßnahme einverstanden erklärt. Der Hang führe aber überhaupt kein Wasser; die Ausbaggerung könne deshalb nicht als zusätzliche Leistung gesondert vergütet werden. Das Berufungsgericht entnimmt ferner den dem Vertrag zugrunde gelegten Technischen Vorschriften für die Ausführung von Erdarbeiten im Straßenbau (TVE 1949), daß der Unternehmer in Einschnitten das Niederschlags- und Grundwasser auf seine Kosten abzuführen habe. Diese Leistung habe die Klägerin auch in ihrer Arbeitsbeschreibung übernommen. Der Zusatzauftrag vom 28. August 1956 sei auf 3.000 m³ Schlamm Boden als Vorflutschlitz begrenzt gewesen und habe die Klägerin nicht berechtigt, weitere Arbeiten in Rechnung zu stellen. Eine mündliche Zusage behaupte die Klägerin nicht; sie wäre auch unerheblich, weil nach Abschnitt B 1 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen die Vergütung aller Bauleistungen vor Ausführung habe schriftlich zugesagt werden müssen.

2.) Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen sind nicht gerechtfertigt.

a) Die Klägerin hatte nach dem Vertrag auftretendes Niederschlags- und Grundwasser auf ihre Kosten zu beseitigen. Das Berufungsgericht brauchte deshalb dem begrenzten entgeltlichen Auftrag vom 28. August 1956 nicht zu entnehmen, daß das ANA darüber hinaus der Beklagten unter Befreiung von ihrer vertraglich übernommenen Verpflichtung einen entgeltlichen Auftrag erteilt hat. Zudem war im Schreiben des ANA vom 9. Oktober 1956 eine Vergütung abgelehnt worden.

b) Zwar ist es richtig, daß die Klägerin in der Berufungsbegründung (S. 28) behauptet hat, sie habe die zusätzlichen Arbeiten auf Grund eines ihr mündlich vom ANA erteilten Auftrags ausgeführt. Sie hat aber weder vorgetragen, daß ihr eine Vergütung zugesagt wurde, noch angegeben, welche Person ihr den Auftrag mündlich erteilt habe. Die Ansicht des Berufungsgerichts, es könne aus diesem Grunde nicht geprüft werden, ob jemand ermächtigt gewesen sei, unter Abweichung von der vereinbarten Schriftform eine so weitgehende Vereinbarung mit der Klägerin mündlich zu treffen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

B. Die Stilliegekosten

I.

1.) In Ziff. 24 Abs. 2 der Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis heißt es:

"Bei der Aufstellung des Bauzeitplanes ist zu berücksichtigen, daß die klimatischen Verhältnisse im westlichen Harzvorland nicht besonders günstig sind. Die zu baggernden Böden bestehen zum Teil aus Feinstsand und Schluffen, die gegen feuchte Witterung empfindlich sind. Es dürfte sich daher empfehlen, den Schwerpunkt der Arbeit von vornherein in die günstigen Monate zu legen."

Ferner hat das ANA sämtlichen in der Ausschreibung beteiligten Unternehmern mit Einschreibebrief vom 2. März 1956 u.a. bekanntgegeben:

"Bauzeit. In Ergänzung des Punktes 24 der Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis teile ich mit, daß für witterungsbedingte und alle sonstigen vom AG nicht zu vertretenden Stillienzeiten eine Vergütung nicht bezahlt wird, auch wenn die Ausfalltage vom AG anerkannt worden sein sollten.

Ich bitte, die vorgenannten zusätzlichen Mitteilungen bei der Kalkulation zu berücksichtigen."

Das Schreiben vom 2. März 1956 ist, so stellt das Berufungsgericht fest, Bestandteil des Vertrags der Parteien geworden. Hiergegen bestehen keine Bedenken; auch die Revision findet sich damit ab.

2.) Die Voraussetzungen dieser vertraglichen Bestimmungen hält das Berufungsgericht für gegeben; die Stillienzeiten seien nach dem eigenen Vortrag der Klägerin Folge des sehr schlechten Wetters, also witterungsbedingt gewesen.

Auch damit stimmt die Revision überein.

II.

Der Ansicht der Klägerin, die unerwartet hohen Niederschläge hätten die Geschäftsgrundlage entfallen lassen, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Nach Ziff. 4 Abs. 2 der Vorbemerkung zum Leistungsverzeichnis und der sich aus dem Schreiben des ANA vom 23. März 1956 ergebenden Ergänzung habe die Klägerin, so führt es aus, das Risiko der Witterung getragen. Nicht nur sei eine Vergütung für witterungsbedingte Stilliegekosten ausgeschlossen, sondern die Klägerin auch ausdrücklich angewiesen worden, diesen Gesichtspunkt ihrer Kalkulation zugrunde zu legen. Daß die Böden dauernd nicht verarbeitbar gewesen seien, treffe nicht zu.

Die Angriffe der Revision hiergegen, die auch meint, daß die Geschäftsgrundlage von Anfang an gefehlt habe, haben keinen Erfolg.

1.) Die in Ziff. 24 Abs. 2 aaO gewählte Formulierung, daß die klimatischen Verhältnisse im westlichen Harzvorland nicht besonders günstig seien, nennt das Berufungsgericht zwar zurückhaltend, doch besage sie, daß die Witterung im Baugebiet ungünstiger als sonst, oder ungünstiger als normal, oder auch überdurchschnittlich ungünstig sei. Der Hinweis müsse zusammen mit dem nächsten Satz gelesen werden, in dem die Böden als gegen feuchte Witterung empfindliche Feinstsande und Schluffe bezeichnet sind. Daraus habe sich deutlich die Notwendigkeit ganz besonderer Vorsicht ergeben. Die Klägerin habe somit nicht nur mit erheblichen Niederschlägen, sondern auch damit rechnen müssen, daß deren Wirkung sich

durch die Wasserempfindlichkeit der Böden vervielfachte. Durch den Ausschluß jeglicher Vergütung für witterungsbedingte Stilliegezeiten habe ihr klar sein müssen, daß sie das Risiko der Witterung übernahm und es zu ihren Lasten ging, wenn heftige Regenfälle, die für Erdarbeiten eine typische Schadensursache darstellen, bei dem wasserempfindlichen Boden zu Stilliegezeiten führten.

2.) Daß die Klägerin im Hinblick auf die zurückhaltende Formulierung in der Ausschreibung nicht mit völlig außergewöhnlichen Niederschlägen habe rechnen können, kann der Revision nicht zugestanden werden. Dem ein Angebot abgebenden Bauunternehmer kann nicht unklar sein, daß in einer Ausschreibung nichts darüber gesagt werden kann, ob in der Bauzeit ungewöhnlich starke Niederschläge fallen werden. Es kann darin nur, wie es die Beklagte auch getan hat, allgemein auf die örtlichen Witterungsverhältnisse hingewiesen werden. Es ist also nicht so, daß die Klägerin im Hinblick auf die Ausschreibung nicht mit außergewöhnlich hohen Niederschlägen zu rechnen brauchte. Wohl aber war ihr, namentlich wegen der Beschaffenheit der Böden, das gegebenenfalls damit verbundene Risiko, daß die Arbeiten längere Zeit eingestellt werden müßten und sie die dadurch entstehenden Unkosten zu tragen haben würde, völlig eindeutig übertragen.

Das Berufungsgericht enthält insoweit, entgegen der Meinung der Revision, keinen Widerspruch. Daß die Parteien mit den starken Niederschlägen nicht gerechnet haben, davon geht das Berufungsgericht (BU S. 18) aus, daß die Klägerin nicht damit rechnen konnte, sagt es jedoch nicht. Insoweit brauchte es auch nicht der gegen-

teiligen Ansicht des Sachverständigen Dr. Jensen in dessen Gutachten zu folgen.

3.) Der von der Beklagten als Zeuge benannte Oberregierungsrat Dr. Sch[REDACTED] ist vor seiner im Beweisbeschluß vom 11. Februar 1964 angeordneten Vernehmung gestorben und deshalb in diesem Rechtsstreit nicht vernommen worden. Ein Protokoll über eine Vernehmung vom 27. Februar 1964, auf das sich die Revision stützt, befindet sich nicht in den Akten. Diese und das angefochtene Urteil ergeben auch nicht, daß ein solches Protokoll zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden ist. Das gleiche gilt von dem von der Revision ebenfalls angeführten Protokoll vom selben Tag über eine Vernehmung des Bauamtmanns Hermann.

4.) Die Revision weist keine Behauptung der Klägerin nach, wonach das Angebot der Klägerin ersichtlich für die Beklagte deshalb besonders günstig gewesen sei, weil die Klägerin Schürffzüge habe einsetzen wollen, was bei außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen nicht möglich sei.

5.) Daß die Beklagte ebenso kalkuliert habe wie die Klägerin, ist nicht festgestellt; auch eine dahingehende Behauptung der Klägerin weist die Revision nicht nach. Gegebenenfalls stände dies aber auch nicht der Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, daß die Klägerin das Unternehmerrisiko ausdrücklich übernommen habe. Es ist ferner nichts dafür vorgetragen, daß das Risiko der Klägerin bis zu einer bestimmten Schwankungsbreite, wie die Revision sagt, habe beschränkt sein sollen.

6.) Aus der Bestimmung in Pos. 14 des Leistungsverzeichnisses, wonach sämtliche geförderten Massen spätestens innerhalb von 24 Stunden nach der Schüttung verdichtet sein mußten, folgt lediglich, daß die Klägerin die gelösten Erdmassen nicht der Gefahr der Durchnässung durch Regen aussetzen durfte und deshalb jeweils nur soviel Erdmassen lösen sollte, als unter Berücksichtigung der Wetterlage innerhalb der 24 Stunden wieder verdichtet werden konnten.

7.) Für ihre auch von der Revision wieder aufgenommenen Behauptung in der Berufungsbegründung (S. 5), sie habe mehr Grundwasser angetroffen als die Ausschreibung ergeben habe, hat sich die Klägerin auf die Niederschrift des ANA vom 16. August 1956 berufen. Die Beklagte hat jedoch in der Berufungserwiderung darauf hingewiesen, daß es in der Niederschrift nicht "Grundwasser", sondern "Regenwasser" heißen müsse. Dem ist die Klägerin nicht mehr entgegen getreten. Auch nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Jensen (S. 5) handelt es sich nicht um Grundwasser, sondern um Sickerwasser aus den Niederschlägen.

8.) Die Niederschrift ergibt auch nicht, daß nach der Abtragung des Mutterbodens keine bindigen, sondern wasserreiche Böden vorgefunden wurden, die nach der Darstellung der Klägerin sogar ohne die Einwirkung der ungewöhnlichen Regenfälle nicht einbaufähig gewesen wären. Auf Grund des Beweisantrags der Klägerin in der Berufungsbegründung (S. 6) hat das Berufungsgericht auch hierzu den Sachverständigen sich äußern lassen. Nach dessen Gutachten (S. 3) hat es sich um bindige Böden gehandelt, und sind die oberen Bodenlagen durch die starken Regenfälle durch-

näßt worden (Gutachten S. 3, 5 und 9). Dem hat sich das Berufungsgericht angeschlossen, nachdem die Klägerin nichts Wesentliches mehr vorgebracht hatte und auf ihre weiteren Beweisanträge (Zeugen) nicht mehr zurückgekommen war.

9.) Das Wetter an der Baustelle sei zwar, so stellt das Berufungsgericht fest, im Sommer und Herbst 1956 ungewöhnlich ungünstig gewesen. Es habe aber nicht außerhalb jeder Voraussicht gelegen; von "katastrophalem" Wetter, wie die Klägerin meine, könne nicht die Rede sein. Die Klägerin habe die ihr hinreichend deutlich aufgezeigten Gefahren unterschätzt.

Diese Ausführungen stehen nicht, wie die Revision meint, im Widerspruch zur Feststellung, die Beklagte habe in der Ausschreibung eine zurückhaltende Formulierung gewählt. Die Formulierung war, wie das Berufungsgericht feststellt, so zu verstehen, daß mit überdurchschnittlich ungünstiger Witterung gerechnet werden mußte. Ihre Tragweite ergab sich aus dem Hinweis auf die wasserempfindlichen Böden und dem Ausschluß jeglicher Vergütung für witterungsbedingte Stilliegezeiten (vgl. oben II, 1).

10.) Die Angriffe der Revision gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts, auf die es seine Ansicht stützt, daß die unerwartet starken Niederschläge die Geschäftsgrundlage nicht hätten entfallen lassen, erweisen sich somit als unbegründet. Bei dem gegebenen Sachverhalt ist es aber auch sachlich-rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen für das Fehlen oder für den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht für ge-

geben erachtet. Die Witterungsverhältnisse waren nicht so grundlegend anders, als die Parteien, insbesondere die Klägerin sie sich vorgestellt hatten; jedenfalls lagen sie nicht außerhalb des von der Klägerin vertraglich ausdrücklich übernommenen Risikos.

III.

Eine Haftung der Beklagten wegen Verschuldens bei Vertragsschluß, auf das die Klägerin ihren Anspruch auf Erstattung der Stilliegekosten stützen möchte, konnte das Berufungsgericht in Anbetracht der Hinweise in Ziff. 24 der Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis und im Schreiben des ANA vom 2. März 1956 ohne Rechtsfehler verneinen.

In Pos. 14 des Leistungsverzeichnisses ist nicht gesagt, der Boden sei, wie die Revision es darstellt, innerhalb von 24 Stunden nach der Schüttung verdichtbar, sondern es wird dort verlangt, daß er innerhalb dieses Zeitraums verdichtet wurde. Das aber oblag der Klägerin (vgl. oben II, 6).

IV.

Da die Klägerin, wie oben II, 2 ausgeführt, das Risiko der Witterung ausdrücklich übernommen hatte, brauchte das Berufungsgericht keine durch Auslegung zu schließende Vertragslücke für gegeben zu erachten.

V.

Dine die Beklagte zum Ersatz der Stilliegekosten verpflichtende positive Vertragsverletzung sieht die Klägerin darin, daß trotz ihrer Anfrage im Schreiben vom 30. Juli 1956 das ANA nicht bestimmt habe, unter welchen Bedingungen der Boden in Anbetracht seiner Nässe habe eingebaut werden können oder ausgesetzt, d. h. beiseitegeschafft und anderer Boden habe herangefahren werden sollen. Das Berufungsgericht hält die Antwort des ANA vom 14. August 1956, daß die Klägerin mit dem Fördern des Bodens jederzeit beginnen könne, sofern sie die technischen Möglichkeiten für das Lösen, Transportieren und Verdichten für gegeben erachte, zwar für unklar, doch sieht es darin weder ein Verschulden der Beklagten noch eine Schadensursache. Eine Anordnung, den Boden auszusetzen, wäre nur bei dauernd nicht einbaufähigen Böden in Betracht gekommen. Ob aber nur vom Regen durchfeuchtete Böden hätten eingebaut werden können, habe die Klägerin selbst an der Baustelle je nach Wetterlage entscheiden müssen.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ebenfalls ohne Erfolg.

1.) Auch eine Niederschrift über die Vernehmung eines Zeugen H. vom 19. März 1964, die die Revision als nicht berücksichtigt rügt, befindet sich nicht in den Akten.

2.) Die Revision geht nicht auf die Unterscheidung des Berufungsgerichts zwischen dauernd und nur vorübergehend nicht einbaufähigen Böden ein. Dauernd nicht einbaufähige Böden waren nach der Feststellung des Berufungs-

gerichts (S. 12) nicht gegeben. Nur bei solchen war aber die Entscheidung der Baubehörde der Beklagten vorgesehen (BU S. 15). Die von der Revision angeführte Entscheidung BGH VI ZR 116/54 (S. 12) vom 9. Juli 1955 ergibt nichts Gegenteiliges.

3.) Zusätzlich verneint das Berufungsgericht die Ursächlichkeit der unterlassenen Entscheidung der Beklagten, weil die Klägerin nicht behauptet habe, daß andere oder vom Regen weniger durchfeuchtete Böden zur Verfügung gestanden hätten.

Zu Unrecht rügt die Revision, die Beklagte habe dartun müssen, daß einbaubarer Boden vorhanden gewesen sei. Die Klägerin will daraus, daß die Beklagte über die Einbaufähigkeit des nassen Bodens nicht entschieden hat, einen Schadensersatzanspruch herleiten. Dessen Voraussetzungen muß aber sie beweisen.

VI.

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin aus § 645 BGB verneint hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Daß der Boden nicht von Natur wasserreich und einbauunfähig war, hat das Berufungsgericht ohne Verfahrensverstoß festgestellt (vgl. oben II, 8).

Die Richtigkeit der Bodenaufschlüsse - sofern es auf sie, wie die Revision meint, nach § 645 BGB überhaupt ankommt - wurde von der Beklagten nur für den Ort des Aufschlusses selbst gewährleistet. Die Beurteilung der Verhältnisse zwischen den einzelnen Aufschlüssen oblag dagegen der Klägerin. Von ihrem vertraglichen Recht, weitere Aufschlüsse zu verlangen, hat sie keinen Gebrauch gemacht, vielmehr wiederholt anerkannt, daß die ihr zugänglich gemachten Unterlagen für die Beurteilung der Bodenart im gesamten Losabschnitt ausreichend seien (BU S. 13). Nachträgliche Einwendungen waren in Pos. 14 des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossen worden (vgl. auch BGH NJW 1966, 498).

Daß der von der Beklagten verlangte Böschungswinkel zu Mehrleistungen Anlaß gegeben habe, hat die Klägerin in der von der Revision angeführten Stelle nicht vorgetragen.

VII.

Der Boden war infolge der Nässe nur vorübergehend nicht verarbeitbar; ein anderer Unternehmer hat nach dem Ausscheiden der Klägerin die Arbeiten zu Ende geführt. Auf Grund dieser Feststellung hat das Berufungsgericht die von der Klägerin behauptete Unmöglichkeit, die von ihr übernommene Leistung zu erbringen, aus der die Klägerin anscheinend nach § 324 BGB ihren Anspruch auf Ersatz der Stillliegekosten herleiten will - ohne Rechtsfehler verneint. Im übrigen ist diese Vorschrift nur anwendbar, wenn der Gegner die (nachträgliche) Unmöglichkeit verschuldet hat; dafür trägt die Revision nichts vor.

C.

Da auch im übrigen kein die Klägerin beschwerender Rechtsfehler erkennbar ist, ist ihre Revision zurückzuweisen.

Nach § 97 ZPO hat sie die Kosten der Revision zu tragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt