

Erfolgs-, Baugrund- und Systemrisiko – Eine Beispielsammlung für den Spezialtiefbau

Der vorliegende Beitrag behandelt die rechtlichen Rahmenbedingungen der Beziehung Auftragnehmer (AN, Baufirma) und Auftraggeber (AG, Bauherr) in Bezug auf die Frage, wer bestimmte Risiken zu tragen hat. Der Fokus liegt dabei auf dem geschuldeten Werkerfolg (Erfolgsrisiko) sowie dem Baugrund- und Systemrisiko. Nach einer Einführung werden sechs fiktive Beispiele aus dem Bereich des Spezialtiefbaus vorgestellt, die sowohl einfache als auch komplexe Fälle mit Sondervorschlägen und Risikoverschiebungen abdecken. Neben den fiktiven Beispielen wird anhand der aktuellen Rechtsprechungspraxis schließlich gezeigt, wie die Zuordnung von Baugrund- und Systemrisiken von den Gerichten gesehen wird.

Performance, geotechnical and systemic risks – Ground engineering case studies. *This paper deals with the legal framework of the relationship between contractor (AN) and client (AG) with respect to the allocation of certain construction risks. It focuses on the risk of successful performance of the contractor as a result of service contracts as well as geotechnical and systemic risks. After the legal and practical definition of these risks, six ground engineering case studies are presented that range from straightforward to complex cases including variant design solutions and transfer of risk allocation. After that court rulings are presented to give insights into judicial practice.*

1 Einleitung

Ein Wesenszug des Tief- und Tunnelbaus und somit auch des Spezialtiefbaus, um den es in diesem Artikel geht, ist die Interaktion von Bauwerk und Baugrund. Dadurch ergeben sich Unwägbarkeiten, die diese Disziplin so spannend machen, aber auch zu Konflikten führen, wenn es zu klären gilt, welcher Vertragspartner die negativen Folgen (Kosten, Stillstände etc.) dieser Unwägbarkeiten zu tragen hat. Der vorliegende Artikel soll helfen zu entscheiden, wer welches Risiko (Unwägbarkeit) zu verantworten hat, wobei die Möglichkeiten auf den Auftragnehmer (AN, Baufirma) oder den Auftraggeber (AG, Bauherr) beschränkt werden. Im Sinne der Konfliktvermeidung ist es von großer Bedeutung, dass die auf der Baustelle verantwortlichen Personen (z. B. Projektleiter, Bauleiter) den Großteil der auftretenden Probleme selbstständig realistisch einschätzen können, um einerseits sinnlose Nachtragsforderungen, andererseits ein Gefühl des Sich-über-den-Tisch-gezogen-Fühlens zu vermeiden und stattdessen Verantwortung für die Risiken zu übernehmen, die man

zu tragen hat. Darüber hinaus leiden insbesondere Großprojekte oft unter sehr komplexen oder langsamen Entscheidungsfindungsprozessen. Eine zuverlässige Lageeinschätzung des verantwortlichen Personals hinsichtlich der Risikozuordnung kann helfen, auftretende Probleme frühzeitig zu lösen und dadurch den Projektfortschritt sicherzustellen.

Dieser Artikel richtet sich somit an praktisch tätige Ingenieure auf deutschen Baustellen. Das bedingt notwendige Vereinfachungen, die der Komplexität des Baurechts nicht immer gerecht werden. Für ein tiefergehendes Verständnis wird daher auf einschlägige Literatur verwiesen. Im Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts von *Englert* et al. [1], das als Standardwerk bezeichnet werden kann, werden juristische Fragestellungen umfassend erläutert. Im Baurecht-Taschenbuch von *Boley* et al. [2] wird insbesondere auf Fragen im Zusammenhang mit Sonderverfahren eingegangen. Juristische Erläuterungen von Baugrund- und Systemrisiko für die Baupraxis sind bei *Fuchs* und *Englert* [3], [4] oder *Karstedt* [5] zu finden. Das für den Spezialtiefbau unverzichtbare Thema der Sondervorschläge oder Nebenangebote (wird synonym verwendet) wird bei *Schalk* [6] umfassend behandelt. Eine ingenieurmäßige Betrachtung der Anforderungen an ein Baugrundgutachten wurde von *Borchert* et al. [7] angegeben. Die Auseinandersetzung mit diesem Thema ist von grundlegender Bedeutung, um Probleme im Bereich des Baugrund- oder Systemrisikos erst gar nicht entstehen zu lassen.

2 Risiko und dessen Verteilung

2.1 Der Werkvertrag und das Erfolgsrisiko

Bauverträge sind Werkverträge im Sinne von § 631 Abs. 1 BGB: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“ Darüber hinaus wird i. Allg. die VOB/B, welche Rechte, Pflichten und Ansprüche für das Bauwesen regelt, vertraglich vereinbart. Sie besagt in § 1 Abs. 1, dass die auszuführende Leistung nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt wird. Ein Bauunternehmen (AN) schuldet also nicht das zur Verfügung stellen seiner Arbeitskraft, sondern den Erfolg (mangelfreies Werk). Der AN trägt daher das Erfolgsrisiko.

Ein Abweichen davon ist nur unter bestimmten Voraussetzungen, die in § 645 Abs. 1 BGB (Verantwortlich-

keit des Bestellers) geregelt sind, möglich. Die entsprechenden Regelungen der VOB/B sind in § 4 Abs. 3 (Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung) und § 13 Abs. 3 zu finden. Demnach besteht die Möglichkeit zur Haftungsbefreiung, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung oder Anordnungen des Auftraggebers (AG), auf die von ihm gelieferten Stoffe (z. B. Baugrund) oder die Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen sind. Daraus lassen sich das Baugrundrisiko und das Systemrisiko ableiten, die – im Gegensatz zum erwähnten Erfolgsrisiko – vom AG zu tragen sind. Änderungen der Risikoverteilung können vertraglich vereinbart werden oder ggf. durch Sondervorschläge zustande kommen.

2.2 Baugrundrisiko

Das Baugrundrisiko, einer der wesentlichen Begriffe des Baurechts, wird in der DIN 4020:2010-12 (Geotechnische Untersuchungen für bautechnischen Zwecke) wie folgt definiert: „Ein in der Natur der Sache liegendes, unvermeidbares Restrisiko, das bei Inanspruchnahme des Baugrundes zu unvorhersehbaren Wirkungen bzw. Erschwerissen, z. B. Bauschäden oder Bauverzögerungen, führen kann, obwohl derjenige, der den Baugrund zur Verfügung stellt, seiner Verpflichtung zur Untersuchung und Beschreibung der Baugrund- und Grundwasserhältnisse nach den Regeln der Technik zuvor vollständig nachgekommen ist, und obwohl der Bauausführende seiner eigenen Prüfungs- und Hinweispflicht Genüge getan hat.“ Nachdem der Baugrund ein vom AG beigestellter Stoff ist, trägt dieser im Allgemeinen das Baugrundrisiko.

2.3 Systemrisiko

Der Begriff des Systemrisikos ist im Vergleich zum Baugrundrisiko wesentlich weniger gefestigt und wird daher ausführlicher erläutert. Das Systemrisiko beschreibt nach *Englert et al.* [1] die Gefahr, „[...] dass bei der Herstellung von (Tief-)Bauwerken niemals sämtliche naturwissenschaftliche Reaktionen des zur Anwendung gelangenden Bausystems [...] mit absoluter Sicherheit vorhergesagt oder vorausberechnet werden und deshalb trotz bestmöglicher Vorgaben und optimaler Ausführung Mängel und Schäden auftreten können.“ Die Verwirklichung des Systemrisikos bedingt daher, dass AG und AN alles richtig gemacht haben (insbesondere keine Planungsfehler sowie Einhalten der anerkannten Regeln der Technik) und dass der Baugrund seiner Beschreibung entspricht (kein Baugrundrisiko). Das Systemrisiko umfasst somit Schäden, die trotz sorgfältiger Planung und Ausführung nicht vermeidbar waren.

§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A („Dem AN darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.“) und § 7 Abs. 1 VOB/B („[...] objektiv unabwendbare vom AN nicht zu vertretende Umstände [...]“) ordnen das Systemrisiko dem AG zu. Darüber hinaus finden sich auch in der VOB/C zahlreiche Abschnitte, die das Systemrisiko explizit dem AG zuordnen. Demnach sind die zu treffenden Maßnahmen für das Ziehen

einer festsitzenden Verrohrung bei Bohrarbeiten nach DIN 18301 besondere Leistungen. In DIN 18319 werden sinngemäß zahlreiche Unwägbarkeiten des Rohrvortriebs als besondere Leistungen definiert. Ein weiteres Beispiel ist in Abschnitt 3.2.2 von DIN 18321 (Düsenstrahlarbeiten) zu finden: „Werden die Zielgrößen des Düsenvorgangs nicht erreicht, ist der Auftraggeber unverzüglich zu unterrichten. Die zu treffenden Maßnahmen sind gemeinsam festzulegen. Diese Maßnahmen sind Besondere Leistungen, sofern sie nicht der Auftragnehmer zu vertreten hat.“ Das Nichterreichen von Zielgrößen (trotz Einhalten der anerkannten Regeln der Technik) wird hier als Systemrisiko definiert und der Sphäre des AG zugeordnet. Damit wird den systemimmanenten Unsicherheiten des Düsenstrahlverfahrens Rechnung getragen.

Die Beispiele der VOB/C zeigen, dass die Verwirklichung eines Systemrisikos am ehesten dort auftritt, wo es große Unwägbarkeiten gibt, die vom AN im Vorhinein nicht kalkuliert werden können. Das trifft z. B. auf Bauverfahren mit komplexen Bodeninteraktionen (Injektionen, DSV) zu. Das Systemrisiko kann aber auch dort schlagend werden, wo die Grenzen eines Verfahrens erreicht werden, z. B. die Herstellung von Verbaulementen mit außergewöhnlich großen Abmessungen kombiniert mit schwierigen Bodenverhältnissen, das Einrammen von langen Spundbohlen in schwer rambaren Böden oder eine Bodenvereisung bei hohen Grundwasserströmungsgeschwindigkeiten.

2.4 Risikoubergang bei Sondervorschlägen

Nebenangebote und Sondervorschläge sind ein fester Bestandteil des Spezialtiefbaus und tragen maßgeblich dazu bei, optimierte und innovative Lösungen zu finden, von denen alle Vertragspartner profitieren. Sie führen zumeist zu einer Änderung der Risikoverteilung zwischen AG und AN (Risikoubergang). Der AG stellt dem AN einen Baugrund zur Verfügung und ist für dessen ordnungsgemäße Erkundung verantwortlich. Sondervorschläge, welche die Voraussetzungen dieser Erkundung verlassen (örtlich oder qualitativ, z. B. andere Bodenkennwerte), können einen Übergang des Baugrundrisikos zum AN zur Folge haben. Baugrundrisiken, die sich auch bei der Umsetzung des Bauherrenentwurfs verwirklicht hätten, verbleiben jedoch in der Risikosphäre des AG.

Analog dazu verschiebt sich das Systemrisiko in die Sphäre des AN, wenn es sich aufgrund von Umständen verwirklicht, die nicht Vorgabe des AG waren. Sehr häufig werden baupraktische Probleme, welche die Folgen einer Systemrisikoverwirklichung sind, daher vom AN zu schultern sein. Hätte sich ein eingetretenes Systemrisiko auch im Bauherrenentwurf verwirklicht, so steht der AN nur für jene Folgen ein, die über jene hinausgehen, die ohnehin hätten eintreten können.

2.5 Grundlagen für die Falllösung

Die für die nachfolgenden Beispiele relevanten Risiken und deren Verteilung wurden in den vorigen Abschnitten beschrieben. Mit diesem Wissen kann nun ein Flussdiagramm gezeichnet werden (Bild 1), anhand dessen die präsentierten Fälle gelöst werden.

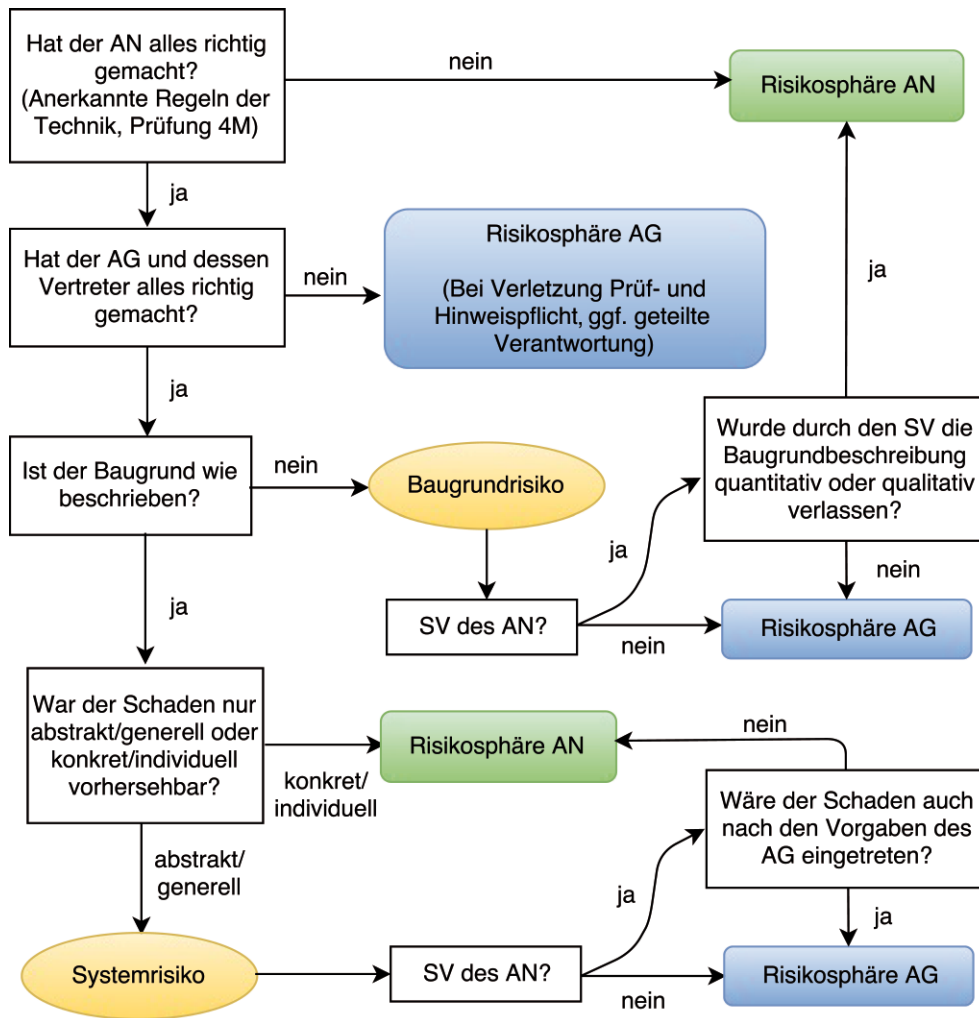


Bild 1. Flussdiagramm zur Bestimmung der Risikozuordnung unter Berücksichtigung von Sondervorschlägen (SV) des Auftragnehmers (AN, Baufirma)

Fig. 1. Flow chart for the determination of risk allocation considering variant solutions (SV) of the contractor (AN)

Zunächst ist die Frage: „Hat der AN alles richtig gemacht?“, zu beantworten. Dabei ist zu bewerten, ob die anerkannten Regeln der Technik eingehalten wurden und ob der AN – falls zutreffend – seiner Prüf- und Hinweispflicht nachgekommen ist (§ 4 Nr. 3 VOB/B). Zur Klärung der Ursache von Mängeln eignet sich die 5M-Methode (Mensch, Maschine, Material, Methode, Medium Baugrund [1]), wobei die ersten vier M dem AN und das fünfte M dem AG (Baugrundrisiko) zugeordnet werden. Die Frage, ob der AN alles richtig gemacht hat, wird in der Praxis maßgeblich von der Dokumentation seiner Leistungen, inkl. einer entsprechenden Qualitätssicherung, abhängen. Die zweite Frage: „Hat der AG und dessen Vertreter alles richtig gemacht?“, bezieht sich bspw. auf fehlende/mangelhafte Unterlagen oder Planungsfehler. Die vierte Frage dient der Klärung, ob eine Verwirklichung des Baugrundrisikos vorliegt (5M). Ist das nicht der Fall, so besteht die Möglichkeit der Verwirklichung eines Systemrisikos. Und zwar dann, wenn der Schaden nur abstrakt/generell, nicht jedoch konkret/individuell vorhersehbar war. Schließlich sind für den Fall des Baugrund- und Systemrisikos die Differenzierungen für Sondervorschläge enthalten, die im Abschnitt 2.4 beschrieben wurden.

Für alle nachfolgenden Beispiele wird angenommen, dass die Risikoverteilung gemäß den Beschreibungen in

diesem Abschnitt gilt und nicht durch vertragliche Vereinbarungen geändert wurde. Die Gültigkeit der VOB/B (somit auch VOB/C) wird vorausgesetzt. Des Weiteren wird angenommen, dass es ein nach den Vorgaben der DIN 4020 erstelltes Bodengutachten gibt, das Vertragsbestandteil ist. Der zugrunde gelegte Vertrag ist ein Einheitspreis- oder Detailpauschalvertrag (§ 2 Abs. 4 bis 6 VOB/B gelten unverändert), der Zeitpunkt der angenommenen Schäden ist vor der Abnahme.

3 Fallbeispiele

3.1 Fall A – Nicht bestandene Abnahmeprüfung bei Verpressankern

In einer Baugrube werden zwei Lagen Verpresslitzenanker hergestellt, die vor dem Festlegen einer Abnahmeprüfung zu unterziehen sind (Bild 2). Die Anker bestehen die Abnahmeprüfung nicht.

Fall A1: Anker 1 bindet in eine Tonlinse ein, die im Baugrundgutachten nicht beschrieben war. Bei der Herstellung des Ankers wurde der AG darüber informiert, dass eine Tonlinse angetroffen wurde. Die weiteren Maßnahmen (z. B. verlängerte Wartezeit bis zur Abnahmeprüfung) wurden festgelegt. Die Folgen der negativen Abnahmeprüfung liegen in der Sphäre des AG.

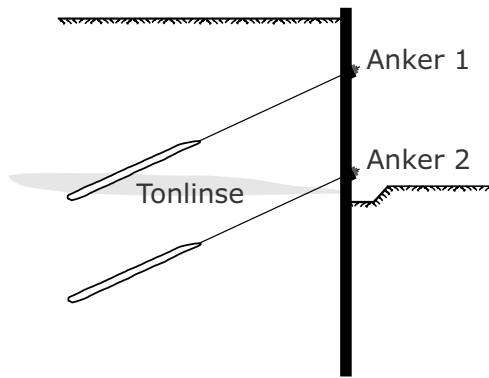


Bild 2. Baugrube mit zwei Ankerlagen; die Verpressstrecke von Anker 1 liegt in einer Tonlinse (1), jene von Anker 2 im Kies (2)

Fig. 2. Construction pit with two anchor layers; the grouted section of anchor 1 is in a clay lens (1) whereas anchor 2 is in gravel (2)

Fall A2: Tonlinsen waren im Baugrundgutachten beschrieben. Im Falle einer konkret/individuellen Beschreibung (z. B. Bohrkern, aus denen die Tonlinse hervorgeht oder Beschreibung der Lage im Gutachten) liegen die Folgen in der Risikosphäre des AN, im Falle einer abstrakt/generellen Beschreibung (z. B. mit Tonlinsen ist zu rechnen) beim AG.

Fall A3: Im Herstellerprotokoll von Anker 2 finden sich keine Auffälligkeiten (z. B. ungewöhnliche Bodenverhältnisse). Trotzdem ist die Abnahmeprüfung negativ. Die Folgen werden nur dann vom AG zu tragen sein, wenn der AN nachweisen kann, dass Fehler bei Mensch, Maschine, Material und Methode (4M) auszuschließen sind. Nachdem diese Hürde im vorliegenden Fall sehr hoch ist, werden die Folgen im Allgemeinen vom AN zu tragen sein.

Fall A4: Im Zuge der Abnahmeprüfung eines Ankers versagt das Tragglied bereits bei relativ geringer Last aufgrund eines Materialfehlers. Die Folgen liegen in der Risikosphäre des AN, denn er schuldet den Erfolg (Werkvertrag). Der Lieferant des AN wiederum schuldet die Lieferung des eingekauften Produkts (Kaufvertrag) und muss den schadhafte Anker ersetzen. Eine darüber hinaus gehende Abwälzung von entstandenen Kosten an den Lieferanten (Schadenersatz) ist nur möglich, wenn schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden kann, was im Allgemeinen schwierig ist.

Zusammenfassung Fall A: Es liegt auf der Hand, dass häufig nicht eindeutig bestimmt werden kann, wer für die Folgen eines Mangels einzustehen hat. In vielen Fällen ist es daher sinnvoll, die Verantwortung zu teilen. Im Falle der abstrakt/generell oder konkret/individuell beschriebenen Tonlinse (Fall A2), wäre es – falls keine Einigung erzielt werden kann – als Kompromiss denkbar, die Kosten für die erneute Herstellung eines Ankers den AN tragen zu lassen, die Folgen aus der Verzögerung (z. B. Bauzeitverlängerung) wiederum den AG.

3.2 Fall B – Schlitzwand: Greifer oder Fräse?

Der AG schreibt die Herstellung einer Verbauwand als Schlitzwand aus. Im Langtext der Schlitzwandposition

steht: Verfahren nach Wahl AN (Greifer oder Fräse). Der AN entscheidet sich für den Einsatz eines Schlitzwandgreifers. Während der Ausführung kommt er in einen Bereich mit verfestigten Sand-/Kiesbänken, in dem es mit dem Greifer kein wirtschaftliches Vorankommen mehr gibt. Der AN will eine geänderte Leistung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund geänderter Bodenverhältnisse geltend machen.

Fall B1: Wenn der Baugrund vom Baugrundgutachten nicht abweicht, hätte die Fachfirma wahrscheinlich wissen müssen, dass es Bereiche gibt, in denen ein Schlitzwandgreifer nicht mehr sinnvoll zum Einsatz gebracht werden kann. Die Folgen liegen dann in der Sphäre des AN. Es kommt erschwerend hinzu, dass eine Schlitzwandfräse ggf. gar nicht verfügbar ist. In diesem Fall müsste u. U. eine Umplanung (z. B. Bohrpfehlwand) durchgeführt werden.

Fall B2: Konnte aber der Kalkulator aufgrund des Bodengutachtens berechtigt annehmen, dass der Boden mit einem Greifer ausgehoben werden kann, so verwirklicht sich das Baugrundrisiko (Sphäre AG). Der Hinweis, dass der Einsatz einer Fräse mit dem LV-Longtext „Greifer oder Fräse“ bereits abgedeckt war, ändert nichts daran, dass geänderte Verhältnisse vorliegen. Ein Fräseinsatz ist daher mit dem vereinbarten Einheitspreis nicht abgedeckt, es liegt eine Leistungsänderung vor.

3.3 Fall C – Festsitzende Verrohrung

Bei der Herstellung eines Bohrpfahls kann die Verrohrung nicht mehr gezogen werden, die Bohrröhre sitzen fest. Wenn die Ursache auf Eigenschaften des Baugrunds zurückzuführen ist, die von der Beschreibung im Bodengutachten abweichen (**Fall C1**), liegt eine Verwirklichung des Baugrundrisikos vor. Die Folgen sind durch den AG zu tragen. Entspricht der Baugrund der Beschreibung, so muss der AN zeigen, dass er nach den anerkannten Regeln der Technik gearbeitet hat (5M-Methode, z. B. Ist das gewählte Gerät für die Aufgabe angemessen?). Ist das nicht der Fall (**Fall C2**), liegen die Folgen in der Sphäre des AN. Wenn die anerkannten Regeln der Technik eingehalten wurden (**Fall C3**), so liegt eine Verwirklichung des Systemrisikos vor. Das vorliegende Systemrisikobeispiel gehört zu jenen, die in der VOB/C dezidiert geregelt sind (vgl. DIN 18301:2015-08, Abschnitt 3.3).

3.4 Fall D – DSV-Düsschatten

In einer Baugrube soll eine tief liegende wasserundurchlässige Sohle mittels Düsenstrahlverfahren hergestellt werden. Laut Bodengutachten sind im Bereich der Dichtsohle Steine zu erwarten. Der AN meldet Bedenken an, weil er die Entstehung von Düsschatten befürchtet. Bei der Herstellung von Probesäulen bestätigen sich die Bedenken. Die Folgen (Umplanung, Bauzeitverlängerung, etc.) sind durch den AG zu tragen (**Fall D1**).

Hätte der AN keine Bedenken angemeldet, so muss die Frage gestellt werden, ob die Fachfirma erkennen hätte müssen, dass das Verfahren für den vorliegenden Baugrund ungeeignet ist. Wenn diese Frage mit Ja beantwortet wird (**Fall D2**), liegt eine Verletzung der Prüf- und Hinweispflicht vor, der AN ist tlw. mit in der Verantwortung.

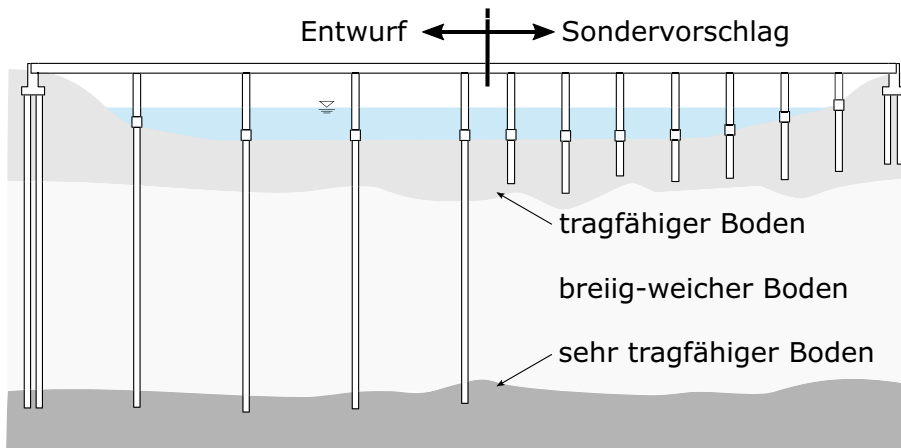


Bild 3. Pfahlgründung einer Brücke; Entwurf (links) und Sondervorschlag (rechts)
 Fig. 3. Pile foundation of a bridge; original design (left) and contractors variant solution (right)

Wird die Frage mit Nein beantwortet (*Fall D3*), ist von einer Verwirklichung des Systemrisikos (Sphäre AG) auszugehen. Voraussetzung dafür ist, dass der angetroffene Baugrund der Beschreibung entspricht und dass sowohl AN als auch AG alles richtig gemacht haben. Die Verwirklichung des Systemrisikos bei DSV-Arbeiten wurde bereits im Abschnitt 2.3 behandelt.

3.5 Fall E – Sondervorschlag Spundwand statt Pfahlwand

Für die Herstellung einer Verbauwand sieht der Bauherrenentwurf Bohrpfähle vor. Der AN reicht einen Sondervorschlag in Verbindung mit Minderkosten ein, bei dem die Verbauwand in Spundwandbauweise hergestellt werden soll. Der AG beauftragt die Ausführung des Sondervorschlags.

Fall E1: Bei der Herstellung der Spundwand werden Rammhindernisse angetroffen, die im Zuge der ordnungsgemäß durchgeführten Erkundung nicht gefunden wurden. Das Baugrundrisiko verwirklicht sich. Um festzustellen, in wessen Sphäre es liegt, gilt es zu klären, ob der vom AG erkundete Baugrund quantitativ oder qualitativ verlassen wurde. Nachdem sich die Verbauwand am gleichen Ort befindet, ist Ersteres zu verneinen. Nachdem im Bodengutachten ein Boden beschrieben war, aus dem sich eine gute Rammbarkeit ableiten lässt, ist auch Letzteres zu verneinen. Das Baugrundrisiko verbleibt somit in der Sphäre des AG, die Folgen sind durch ihn zu tragen.

Fall E2: Der Sondervorschlag wurde bereits im Zuge der Angebotsabgabe eingereicht. Die Auftragserteilung erfolgte aufgrund des daraus entstandenen preislichen Vorteils. Im Zuge der Ausführung zeigt sich, dass der Sondervorschlag aufgrund von Rammhindernissen nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden kann. Die Rammhindernisse waren im Bodengutachten beschrieben, wurden aber vom AN trotzdem als geringfügig eingeschätzt. Die Folgen liegen in der Risikosphäre des AN.

Fall E3: Nach der Beauftragung des Bauherrenentwurfs schlägt der AN dem AG vor, die Bohrpfahlwand durch eine Spundwand zu ersetzen. Er weist darauf hin, dass ein gewisses (geringes) Risiko von Rammhindernissen besteht. Im Zuge der Ausführung kommt es zu erheblichen Problemen und Mehrkosten. Der AN stellt eine

Nachtragsforderung über die Differenzkosten (Minderkosten) zum Bauherrenentwurf (Sowieso-Kosten). Es sind die Kosten, die der AG ohnehin zu tragen gehabt hätte, wenn es den Sondervorschlag nicht gegeben hätte. Der AG bezahlt die Nachtragsforderung, darüber hinaus gehende Kosten sowie Verzögerungen liegen jedoch in der Sphäre des AN.

3.6 Fall F – Sondervorschlag Pfahlgründung

Für die Gründung einer Brücke sieht der Bauherrenentwurf tiefe Bohrpfähle vor, die in eine sehr tragfähige Bodenschicht einbinden. Der AN hält die ausgeschriebene Lösung für nicht ausführbar, weil er ein Stabilitätsversagen der schlanken Pfähle befürchtet und bietet nach Auftragserteilung einen Sondervorschlag an, bei dem die Anzahl der Pfähle erhöht, deren Länge jedoch stark gekürzt wird. In dieser Tiefe befindet sich eine Bodenschicht, die als ausreichend tragfähig, jedoch relativ heterogen eingestuft wird. Im Zuge der Ausführung des Sondervorschlags kommt es zu Setzungsdifferenzen, deren Ausgleich Sondermaßnahmen notwendig machen (die Idee für dieses Beispiel stammt von einem Projekt in Afrika [8], der Fall ist jedoch 100 % fiktiv).

Fall F1: Der vorgefundene Baugrund entspricht der Beschreibung im Bodengutachten. Der AN beweist mithilfe eines Gutachters, dass einerseits die Umsetzung des Bauherrenentwurfs nicht funktioniert hätte und dass andererseits der Sondervorschlag des AN richtig geplant wurde und trotz der Behebung der Setzungsdifferenzen die günstigste Variante ist. Der AN bekommt die Leistungen vollumfänglich vergütet.

Fall F2: Der vorgefundene Baugrund entspricht der Beschreibung im Bodengutachten. Der AN schafft es nicht, schlüssig darzulegen, dass die Umsetzung des Entwurfs nicht funktioniert hätte. Für Sondermaßnahmen, die über die Kosten des Entwurfs (Sowieso-Kosten) hinausgehen, muss der AN aufkommen.

Fall F3: Der vorgefundene Baugrund entspricht der Beschreibung im Bodengutachten. Nach eingehender Analyse der Setzungsdifferenzen zeigt sich, dass der Sondervorschlag eine ungeeignete Lösung war. Der AN hatte durch die Unterbreitung des Sondervorschlags ein Pla-

nungsrisiko übernommen und muss nun für die Folgen einstehen.

4 Rechtsprechung

So klar die in §§ 631 ff. BGB und in der VOB Teile B und C getroffenen Bestimmungen auch sind, kommt es anstatt der Anwendung bestehender Regelungen immer wieder zu unnötigen (und oft auch falschen) Vertragsauslegungen. Besonders die Thematik des Baugrundrisikos ruft immer wieder Verwirrung hervor. Folgende Entscheidungen jüngerer Datums illustrieren die z. T. sehr unterschiedliche Sichtweise, die in der Instanzgerichtsbarkeit vertreten wird:

OLG München vom 10.12.2013 (Az. 28 U 732/11): „Die Auffassung, der Baugrund sei vom Auftraggeber gestellter Baustoff, für dessen Beschaffenheit der Auftraggeber stets einzustehen habe und woran auch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen und die funktionale Ausrichtung eines Werkvertrages nicht ändern könnten, kann nicht nur keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen, sondern ist vielmehr unzutreffend. Auch wenn es um Bauverträge geht, deren Durchführung und Erfüllung von gegebenen, möglicherweise ungeklärten Bodenverhältnissen abhängen, sind die Hauptpflichten aus dem werkvertraglichen Verpflichtungsvertrag entscheidend und somit vorrangig zu bestimmen. Ein spezifisches Baugrundrisiko, welches bedeuten würde, dass der Auftraggeber für dessen, wie auch immer geartete Verwirklichung stets einzustehen hätte, ist nicht existent. Entscheidend sind vielmehr der Inhalt des vereinbarten Bausolls bzw. Bauziels und der vom Auftraggeber hierfür geschuldete Werklohn, also die getroffenen, rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen und die konkreten Umstände des Einzelfalles.“

Demgegenüber stehen aber die Urteile vom OLG Naumburg vom 30.07.2014 und OLG Jena vom 10.04.2013:

OLG Naumburg, Urteil vom 30.07.2014 (Az. 1 U 15/14) „[...] das Auffinden von Wasser und damit das erfolgreiche Fördern von Wasser mittels Brunnenanlage schuldete der Beklagte eben nicht. Aus dem Angebot, welches Vertragsgrundlage ist, lässt sich nicht ersehen, dass der Beklagte den Erfolg des Auffindens von wasserführenden Schichten schuldete. Hierbei handelt es sich vielmehr um ein Baugrundrisiko des Auftraggebers [...] welches ausschließlich in seine Risikosphäre fällt.“

OLG Jena, Urteil vom 10.04.2013 (Az. 2 U 571/11): „Baugrund und Bauausführung wirken zusammen. Das Baugrundrisiko trägt aber grundsätzlich der Auftraggeber (*Mertens in Kapellmann/Messerschmidt*, § 4 VOB/B Rn. 78). Eine Prüf- und Hinweispflicht des Beklagten bestand nicht. In dem Vertrag findet sich keine Pflicht des Beklagten, den Baugrund zu prüfen.“

Die herrschende Rechtsprechung ist jedoch völlig eindeutig in ihrer Ansicht hinsichtlich des Baugrundrisikos und in der Anwendung der werkvertraglichen BGB-Regelungen und der VOB/B und VOB/C. Die Rechtsprechung des BGH zu dieser Thematik ist als eindeutig in diesem Zusammenhang zu bezeichnen:

In seinem Urteil vom 16.10.1997 (Az. VII ZR 64/96) erklärt er § 645 BGB unmissverständlich für VOB/B-Verträge anwendbar. Klar gestellt wird dies nochmals in dem

BGH-Urteil vom 20.08.2009 (Az. VII ZR 205/07), in dem noch einmal völlig eindeutig festgestellt wird, dass das Baugrundrisiko existiert und es vom Auftraggeber – sofern vertraglich keine abweichende Regelung getroffen wurde – zu tragen ist.

Kuffer [9], der für die BGH-Entscheidung zuständige Berichtersteller, erläutert die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2009 wie folgt: „Aus dieser Entscheidung lässt sich keineswegs entnehmen, dass der BGH angenommen hat, es gäbe kein Baugrundrisiko. Das Gegenteil ist der Fall. Der BGH bejaht inzident ein „Baugrundrisiko“, wendet sich nur gegen die fehlerhafte Verwendung des Begriffs zur Problemlösung und betont den Vorrang der Vertragsauslegung.“ Die Rechtsprechung des OLG München ist daher in diesem Zusammenhang als Ausreißer-Rechtsprechung zu bezeichnen; sie illustriert aber die Schwierigkeiten, die auch einem erfahrenen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in der Praxis begegnen.

Neben dem Baugrundrisiko ist auch die Thematik des Systemrisikos in der gerichtlichen Praxis schwer zu fassen. Das OLG Köln stellt das Systemrisiko jedoch völlig zutreffend dar, wenn es in seinem Urteil vom 22.03.2013, Az. I-19 U 11/12 ausführt, dass dem Auftraggeber ein im Baugrund liegendes Risiko über die Grundsätze des Baugrund- und Systemrisikos nur zugewiesen werden kann, wenn trotz technisch bestmöglicher, d. h. insbesondere nach allen anerkannten Regeln der Technik ausgeführter, Leistung Schäden eintreten. Dass jedoch im konkreten Fall die Dinge dann für den Auftragnehmer nicht so einfach liegen wie man auf den ersten Blick bei der Thematik des Systemrisikos annehmen könnte, zeigt allerdings auch dieses Urteil des OLG Köln exemplarisch: „[...] Dass durch die vorgefundene alte Spundwanddiele erhöhte Risiko der nicht vollständigen Betonabdichtung Schlitzwand wurde von Auftraggeber und Auftragnehmer erkannt [...], die Beklagte selbst hat ein Konzept zum Umgang mit der Problemstelle entwickelt [...] Sie hat sich dann aber nicht an dieses Konzept gehalten. Insofern sind keine Gründe ersichtlich, dem Bauherrn eine Mitverantwortung im Sinne von § 254 BGB für die Fehlstelle zuzuschreiben, denn das Risiko war beherrschbar und die Beklagte [...] hat sich der Lösung des Problems angenommen und keine Einwände mehr geltend gemacht. [...]“

Die Rechtsfigur des Systemrisikos wird weiterhin auch vom OLG München in seinem Urteil vom 15.10.2003, Az. 27 U 89/01 bestätigt: „Die Mängel an der Leistung der Beklagten gehen auf den von dem Kläger gestellten Stoff sowie die planerische Vorgabe und nicht auf die Beklagte zurück. Der Senat stellt den Müllkörper und die darin enthaltenen Abfallstoffe dem Baugrund gleich. Es handelt sich entgegen der Auffassung des Klägers nicht um einen Stoff, dessen Bearbeitung der Beklagten oblag, sondern die Beklagte baute auf diesen Stoff auf. Dessen Konsistenz hat sich infolge der biologischen Abbauprozesse verändert, was zu einem „Verbrauch des Müllkörpers“ und damit zu dessen Absinken geführt hat. [...] Das von dem Kläger gewählte System enthält damit [...] ein Systemrisiko, das nicht zu Lasten des Beklagten, sondern des Klägers geht. Wenn ein Unternehmer auch bei einem vom Auftraggeber vorgegebenen System nach den Regeln des Werkvertrages zur Erreichung des Erfolgs verpflichtet ist, kennt diese Erfolgsverpflichtung in dem Umfang ihre

Grenzen, als der Erfolg von unbeherrschbaren Faktoren des vom Auftraggeber gestellten Stoffs abhängt. [...]“.

5 Diskussion

Die Fälle A bis F sind fiktive Beispiele, wie sie auf jeder Spezialtiefbaubaustelle vorkommen könnten. Die Reihenfolge der Fälle spiegelt den zunehmenden Grad der Komplexität wider, wobei insbesondere Sondervorschläge (Fall E und F) die Komplexität sprunghaft erhöhen. Reale Probleme sind meistens noch facettenreicher und somit komplexer als die fiktiven Beispiele. Eine solide Kenntnis der Risikoverteilung verringert daher zwar das Konfliktpotenzial, reicht aber für die Lösung praktischer Probleme oft nicht aus. Es bedarf darüber hinaus Verhandlungsgeschick, Kooperation und Kompromissbereitschaft.

Kooperation und Innovation sind wesentliche Eckpfeiler erfolgreicher und wirtschaftlicher Projekte. Die Lehre von der Risikoverteilung steht der Förderung dieser Eigenschaften manchmal entgegen. Wenn der AN bspw. Bedenken gegen die Art der Ausführung anmeldet, so kann er den AG unter Druck setzen, ggf. aber vor großem Schaden bewahren. Die (berechtigte) Bedenkenanzeige bringt den AN i. d. R. in eine vertraglich vorteilhafte Situation. Die Bedenkenanzeige in Verbindung mit Alternativvorschlägen wiederum kann für den AN in einem vertraglichen Desaster enden, obwohl sie für die Projektabwicklung wesentlich konstruktiver, kooperativer, ggf. sogar innovativer ist. Aus rechtlicher Sicht erscheint ein Risikoübergang bei Alternativvorschlägen logisch, weil der AN Aufgaben übernimmt, die eigentlich dem AG vorbehalten sind. Somit übernimmt er auch (tlw.) dessen Risiken. Baupraktisch erscheint es jedoch ungerecht und stellt ein effektives Hemmnis für kooperatives Verhalten von Baufirmen dar. Es ist offensichtlich, dass der destruktive AN, der jedes Risiko meidet und somit auch keine konstruktiven Alternativvorschläge macht, kein guter Vertragspartner ist. In der rechtlichen und bauwirtschaftlichen Bewertung sollte daher immer berücksichtigt werden, dass sich Kooperation und Innovation auszahlen müssen und nicht bestraft werden sollten.

6 Fazit

Es wurde gezeigt, dass Baufirmen grundsätzlich den Werkerfolg schulden. Dieses Erfolgsrisiko wird insbesondere durch Baugrund- oder Systemrisiken, die durch den Bauherrn zu tragen sind, eingeschränkt. Eine Verschiebung dieser Standardrisikoverteilung (Risikoübergang) ergibt sich häufig durch Sondervorschläge, die im Spezialtiefbau zum täglichen Geschäft gehören. Anhand eines Flussdia-

gramms wurde zunächst theoretisch gezeigt, wie festgestellt werden kann, wer für die Folgen einer Risikoverwirklichung verantwortlich ist. Darauf basierend wurden sechs fiktive baupraktische Fälle vorgestellt, die das praktische Verständnis der Lehre von der Risikoverteilung vertiefen sollen. Anschließend wurde die aktuelle Rechtsprechung zu den Themen Baugrund- und Systemrisiko vorgestellt. Zu guter Letzt wurde in der Diskussion aufgezeigt, dass für erfolgreiche Konfliktvermeidung und -lösung neben dem Verständnis der rechtlichen Grundlagen auch kooperatives Verhalten nötig ist und dass vertraglich verhindert werden sollte, dass sich kooperatives Verhalten durch ungerechtfertigte Risikoübergänge nachteilig auswirkt.

Literatur

- [1] *Englert, K., Grauwogl, J., Maurer, M.*: Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts. Köln: Werner, 2016.
- [2] *Boley, C., Englert, K., Fuchs, B., Schalk, G.*: Sonderverfahren Tiefbau, Technische Erläuterungen – Rechtliche Lösungen. In: Baurecht-Taschenbuch: Berlin: Ernst & Sohn, 2010.
- [3] *Fuchs, B., Englert, S.*: Risikoverteilung im Bauvertrag – Baugrund- und Systemrisiko unter besonderer Berücksichtigung von Sondervorschlägen und Nebenangeboten – Teil 1: Baugrundrisiko. Tiefbau (2008), H. 9, S. 558–562.
- [4] *Fuchs, B., Englert, S.*: Risikoverteilung im Bauvertrag – Baugrund- und Systemrisiko unter besonderer Berücksichtigung von Sondervorschlägen und Nebenangeboten – Teil 2: Systemrisiko. Tiefbau (2008), H. 10, S. 634–636.
- [5] *Karstedt, J.*: Baugrund- und Systemrisiko. Tiefbau (2002), H. 5, S. 252–256.
- [6] *Schalk, G.*: Handbuch Nebenangebote. Köln: Werner, 2013.
- [7] *Borchert, K., Placzek, D., Lächler, W.*: Anforderungen an Baugrundgutachten zur Beherrschung der Risiken. Beratende Ingenieure 31 (2001), H. 7/8, S. 15–22.
- [8] *Schwarz, J., Lange, U.*: Brückengründung mit 70 m tiefen flüssigkeitsgestützten gebohrten Pfählen in Benin/Afrika. 19. Christian Veder Kolloquium (2004), S. 73–89.
- [9] *Kuffer, J.*: Es lebt doch: das Baugrundrisiko. Geheimnisse des Baugrunds – Festschrift für Klaus Englert zum 65. Geburtstag (2014), S. 247–254.

Autoren

Dipl.-Ing. Dr. mont. Martin Entacher
Vorgartenstraße 221
A-1020 Wien
martin.entacher@gmail.com

RA Prof. Dr. jur. Bastian Fuchs LL.M. (CWSL)
TOPJUS Rechtsanwälte
Wehrlestraße 13
81679 München
fuchs@topjus.de