

Baugrund – Wer trägt das Risiko?

Nahezu bei jeder Baumaßnahme stellt sich die Frage nach den Baugrundverhältnissen. Diese sind im Voraus nicht lückenlos bestimmbar, da eine alle Risiken umfassende Analyse der geologischen Beschaffenheit des Baugrundes nicht lückenlos möglich ist. Dies führt häufig dazu, dass eine vom Bauvertrag abweichende Bauausführung erforderlich wird, da die Erwartungen der Vertragsparteien an den Baugrund und die letztendlich vorgefundenen Baugrundverhältnisse auseinanderfallen. Meinungsverschiedenheiten der Bauvertragsparteien sind vorprogrammiert. Wer trägt die mit der geänderten oder zusätzlichen Leistung verbundenen finanziellen und zeitlichen Folgen? Gilt dabei immer noch der altbekannte Grundsatz: Das Baugrundrisiko trägt der Auftraggeber?

1 Definition des Baugrundrisikos

In der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung werden Vorschriften des BGB, des Vergaberechtes und der VOB/B für die Zuweisung des Baugrundrisikos herangezogen. Nach herrschender Meinung und jüngerer obergerichtlicher Rechtsprechung (zuletzt OLG Hamburg, Urteil vom 22.1.2021 – 6 U 197/21) stellt der Baugrund einen vom Auftraggeber gelieferten Baustoff im Sinne von § 645 BGB dar, was seine Verantwortlichkeit begründen soll. Zudem wird aus einer Vielzahl von ATV DIN 18299 ff. der VOB/C eine Risikozuweisung zum Auftraggeber konstruiert. Die Definition des Baugrundrisikos in DIN 4020 spricht allerdings dagegen:

„Baugrundrisiko ist ein in der Natur der Sache liegendes, unvermeidbares Restrisiko, das bei Inanspruchnahme des Baugrundes zu unvorhersehbaren Wirkungen bzw. Erschwernissen, zum Beispiel 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 seine eigenen Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht Genüge getan hat.“

Der Baugrund weist diverse Risiken auf, die nicht pauschal einer Vertragspartei zugewiesen werden können.

Eine konkrete Zuweisung des Baugrundrisikos ergibt sich auch nicht aus dem Vergaberecht. Zwar darf der öffentliche Auftraggeber einem Auftragnehmer nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kein ungewöhnliches Wagnis auferlegen. Die Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses liegt jedoch nur dann vor, wenn dem Auftragnehmer Risiken aufgebürdet werden, die er nach der im jeweiligen Vertragstyp üblicherweise geltenden Risikoverteilung an sich nicht zu tragen hätte. § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A findet deshalb von vorneherein auf solche Risiken keine Anwendung, die vertragstypisch ohnehin von einer Bauvertragspartei zu tragen sind (vgl. OLG Düsseldorf, Senat, Beschluss vom 19.9.2001 – Verg 28/01). Nahezu jeder Bauvertrag hat ein Baugrundrisiko zu berücksichtigen, das ein unvermeidbares Restrisiko enthält. Folglich kann das Baugrundrisiko auch nicht als ungewöhnliches Wagnis im Sinne der vergaberechtlichen Vorschriften aufgefasst werden.

Eine generelle vom Einzelfall losgelöste Risikozuweisung des Baugrundrisikos auf Seiten des Auftraggebers ergibt sich damit weder aus § 645 BGB noch den vergaberechtlichen Grundsätzen oder dem technischen Regelwerk. Die Vielfalt der Baugrundrisiken erfordert deshalb eine differenzierte rechtliche Bewertung.

2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Zu diesem Ergebnis gelangt auch der Bundesgerichtshof und hat in einer vielbeachteten Entscheidung vom 20.8.2009 festgehalten, dass „*Mehrkosten wegen von der Vorstellung des Auftragnehmers abweichender Bodenverhältnisse nicht mit der allgemeinen Erwägung geltend gemacht werden (können), den Bauherrn treffe das Baugrundrisiko*“ (vgl. BGH, Urteil vom 20.8.2009 – VII ZR 205/07). Laut Bundesgerichtshof ist vielmehr von den konkreten Umständen des Einzelfalls und den getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Entsprechend hat der Bundesgerichtshof auch in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 2016 der häufigen Praxis einen Riegel vorgeschoben, dass dem Bauherrn im Vertrag grundsätzlich das Baugrundrisiko einseitig aufgebürdet wird. So sind Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kranunternehmers, mit denen dem Auftraggeber einschränkungslos und ohne Festlegung von Mitwirkungspflichten des Kranunternehmers die Verantwortlichkeit für die Eignung der Bodenverhältnisse für den vereinbarten Kraneinsatz auferlegt werden, unwirksam, da dies den Auftraggeber unangemessen benachteiligt (vgl. BGH, Urteil vom 28.1.2016 – I ZR 60/14).

Aus dieser Rechtsprechung lässt sich für die Praxis ableiten, dass der althergebrachte Grundsatz einer Zuweisung des Baugrundrisikos bei dem Auftraggeber überholt ist. Vielmehr ist maßgeblich, welche Vereinbarung die Parteien zur Beschaffenheit des Baugrundes und der Risikotragung getroffen haben. Die aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ersichtliche Tendenz, zukünftig von der herrschenden Meinung abzuweichen und einzelfallbezogen eine

■ Verfasser

Volker Römer

roemer@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB

Schaarsteinwegsbrücke 2

20459 Hamburg

Risikozuweisung vorzunehmen, erfordert deshalb zwingend, im Bauvertrag zum Baugrundrisiko eine unmissverständliche Vereinbarung zu treffen. Danach richten sich dann die Rechtsfolgen im Falle von Abweichungen des Baugrundes und die Übernahme daraus resultierender Mehrkosten. Vielfach finden sich allerdings in Bauverträgen schlicht keinerlei Regelungen für den Fall, dass sich die Baugrundverhältnisse anders darstellen als vom Auftragnehmer angenommen. In diesen Fällen bedarf es einer Vertragsauslegung gemäß der §§ 157, 133 BGB.

3 Typische Fallgestaltungen

- a) Der öffentliche Auftraggeber hat in der Leistungsbeschreibung für den Ausbau einer Kreisstraße eine Schadstoffbelastung des auszuhebenden und zu entfernenden Bodens nicht ausgeschrieben. Tatsächlich wurde vom Auftragnehmer kontaminiertes Aushubmaterial angetroffen. Laut Bundesgerichtshof sind vom Auftraggeber Schadstoffbelastungen nach den Erfordernissen des Einzelfalls anzugeben. Sind erforderliche Angaben zu Bodenkontaminationen nicht vorhanden, kann der Bieter daraus den Schluss ziehen, dass ein schadstofffreier Boden auszuheben und zu entfernen ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.03.2013 – VII ZR 122/11). Bei vorstehender Fallkonstellation ist maßgeblich die Auslegung der Leistungsbeschreibung. So darf der Auftragnehmer dann nicht von einem unbelasteten Baugrund ausgehen, wenn aus dem der Ausschreibung beigelegten Baugrundgutachten hervorgeht, dass mit Kontaminationen gerechnet werden muss (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 18.7.2019 - 8 U 21/17). Das OLG Naumburg hat es zudem abgelehnt, die vom Auftragnehmer geltend gemachten Kosten der Bauverzögerung zuzusprechen, die er aufgrund von Überprüfungen des Aushubs auf Kontaminationen in Form von Ausfallzeiten des Baggers geltend gemacht hatte. Maßgeblich war wiederum die Auslegung der Leistungsbeschreibung, wonach zum Leistungsinhalt die Untersuchung des Aushubs auf Kontaminationen gehörte. Ein Mehrvergütungsanspruch wegen Gerätestillstand bestand deshalb nicht (vgl. OLG Naumburg, a. a. O.).
- b) Auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber die Erstellung einer Baugrube für ein Schleusenbauwerk ausschreibt, führen abweichende Bodenverhältnisse nicht mit der allgemeinen Erwägung zum Mehrvergütungsanspruch, dass den Bauherrn das Baugrundrisiko treffe. Auszugehen ist vielmehr von den konkreten Umständen des Einzelfalls und den getroffenen Vereinbarungen (vgl. BGH, Urteil vom 20.8.2009 – VII ZR 205/07). Laut BGH stellen die in einem der Ausschreibung beiliegenden Bodengutachten beschriebenen Bodenverhältnisse regelmäßig den Leistungsinhalt dar, wenn sie für die Leistungen des Auftragnehmers und damit auch für seine Kalkulation erheblich sind. Stellen sich die zur Leistungspflicht erhobenen Bodenverhältnisse jedoch anders dar, so ist die Anordnung des Auftraggebers, die Leistung trotz der veränderten Umstände zu erbringen, eine Änderung des Bauentwurfs (siehe § 1 Abs. 3 VOB/B) mit der Folge, dass ein neuer Preis nach Maßstab des § 2 Abs. 5 VOB/B zu bilden ist.
- c) Keinen Fall eines der Auftraggeberin grundsätzlich aufzuerlegenden Baugrundrisikos stellen auch geotechnische Beschaffenheiten des Baugrundes dar, mit denen der Auftragnehmer rechnen muss, ohne dass dies ausdrücklich in den Vergabeunterlagen vermerkt ist. So hat das OLG Frankfurt einen Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 5 VOB/B abgelehnt, weil allgemein bekannt gewesen sei, dass sich im Boden des Baugebietes Torf befindet und

schon der Name des Baugebietes auf das Vorhandensein von Torf hindeute (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 19.8.2019 – 13 U 249/17). Diese Rechtsprechung liegt auf der Linie des Bundesgerichtshofes, der bereits in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2011 darauf hingewiesen hatte, dass bei der Auslegung der Leistungspflichten auch über die Ausschreibungsunterlagen hinausgehende, dem Auftragnehmer erkennbare Umstände zur Bestimmung der Leistungspflicht heranzuziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2011 – VII ZR 67/11). Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte es der öffentliche Auftraggeber unterlassen darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Aushub unterhalb einer Ortsdurchfahrt um schadstoffhaltigen Boden handele. Grundsätzlich ist zwar der öffentliche Auftraggeber gehalten, ihm mögliche und zumutbare Angaben zur Kontamination eines zum Aushub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens zu machen. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Kontaminierung des Aushubs ist allerdings dann nicht notwendig, wenn sich dies aus den Umständen klar und eindeutig ergibt, weil der im Leistungsverzeichnis beschriebene Boden regelmäßig kontaminiert ist. Bei Boden unterhalb einer teerhaltigen Asphaltdecke muss der Unternehmer immer mit einer Kontamination rechnen. Bei dieser Sachlage hat ein Bieter laut Bundesgerichtshof grundsätzlich keinen Grund zur Annahme, der gemeinsam mit der Entfernung der Asphaltdecke ausgeschriebene Bodenaushub unterhalb dieser Decke sei schadstofffrei (vgl. BGH, a. a. O.).

d) Eindeutig sind die Fallkonstellationen, in denen der Auftraggeber die Ausführung der Leistung konkret unter Bezugnahme auf den Baugrund ausschreibt, etwa in Form einer Tiefgründung eines Widerlagers. Der Auftragnehmer kann in diesen Fällen davon ausgehen, dass das in der Ausschreibung beschriebene Gründungssystem bei mangelfreier Ausführung durch den Auftragnehmer auch gründungstechnisch gemäß Ausschreibung realisiert werden kann. In diesen Fällen kann sich der Auftragnehmer seiner Risikoübernahme wegen abweichender Baugrundverhältnisse nur durch einen entsprechenden Hinweis entziehen. Der Auftragnehmer kann nicht ohne entsprechende Bedenkenanmeldung eine von der Ausschreibung abweichende, aus

seiner Sicht regelgerechte Bauausführung vornehmen (§ 4 Abs. 3 VOB/B).

- e) Zu Konflikten führt eine Ausschreibung dann, wenn der Auftraggeber lediglich das Leistungsziel im Sinne einer funktionalen Baubeschreibung vorgibt. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Wasserhaltung nach Wahl des Auftragnehmers oder eine Gründung des Widerlagers nach Wahl des Auftragnehmers ausgeschrieben wird. Zielsetzung des Auftraggebers ist es in diesen Fällen, dem Auftragnehmer das Risiko für das von ihm angebotene System zu übertragen. In diesen Fällen führt weder die Zuschlagserteilung bzw. Beauftragung noch eine Planprüfung und Freigabe zur Risikoübertragung auf den Auftraggeber. Anders liegt der Fall nur dann, wenn trotz funktionaler Leistungsbeschreibung und vorgesehenem Wahlrecht für den Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung der Auftraggeber sich in der von ihm zu stellenden Ausführungsplanung für ein bestimmtes System, etwa eine offene Wasserhaltung oder eine Flachgründung des Widerlagers entscheidet. Daraus resultierende Risiken des Baugrundes gehen dann zu Lasten des Auftraggebers.
- f) Baugrundgutachten enthalten häufig sogenannte „Angstklauseln“, die dem Haftungsausschluss des Bodengutachters dienen sollen. Sie sind für die im Vertrag vorgesehene Zuweisung des Baugrundrisikos irrelevant. Vorbehalte in Baugrundgutachten können allenfalls dann den Bodengutachter vor Schadensersatzansprüchen und den Bauherrn vor der Übernahme des Baugrundrisikos bewahren, wenn sie nicht allgemein gehalten sind. Insbesondere müssen solche Vorbehalte derart deutlich und eindringlich abgefasst sein, dass sowohl der Bauherr als auch der Architekt und Auftragnehmer zu der Überzeugung gelangen können, dass das Gutachten allein – ohne weitere Einbeziehung des Bodengutachters – nur als vorläufig zu betrachten und nicht als Grundlage für die Festlegung einer Tiefbaumaßnahme heranzuziehen ist (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.1997 – 13 U 3/96; BGH, Beschluss vom 8.10.1998 – VII ZR 301/97).
- g) Bisher nicht durch den Bundesgerichtshof entschieden sind die Fallkonstellationen, in denen der Auftraggeber rein gar nichts zur geotechnischen Beschaffenheit des Baugrundes in die Aus-

schreibung aufgenommen hat und wenn sich auch im Übrigen keine Anhaltspunkte für eine bestimmte Baugrundbeschaffenheit ergeben. Zwar ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber in diesem Fall ein Risiko für den Baugrund nicht übernehmen möchte. Allerdings wird der Auftragnehmer in diesem Fall von einem geotechnisch unauffälligen Baugrund als Kalkulationsgrundlage ausgehen können, wenn keine anderen Begleitumstände für außergewöhnliche Risiken heranzuziehen sind. Eine generelle Übernahme des Baugrundrisikos durch den Auftraggeber rechtfertigt dies allerdings nicht.

4 Zusammenfassung

Es existiert keine gesetzliche Regelung, wonach das Baugrundrisiko generell vom Auftraggeber oder Auftragnehmer zu tragen ist. Dies folgt insbesondere nicht aus § 645 BGB. Auch der vergaberechtliche Grundsatz, dass ein ungewöhnliches Wagnis dem Bieter nicht aufzubürden ist, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die aus dem Baugrund resultierenden unvermeidbaren Restrisiken stellen sich nicht als ungewöhnlich im Sinne vergaberechtlicher Grundsätze dar. Aus dem technischen Regelwerk der ATV DIN 18299 ff. der VOB/C lässt sich generell keine Risikozuweisung an einzelne Baubeteiligte ableiten. In diesem Sinne lehnt der Bundesgerichtshof Mehrvergütungsansprüche eines Auftragnehmers wegen vom Vertrag abweichender Baugrundverhältnisse ab, die dieser damit begründet hatte, dass den Bauherrn grundsätzlich das Baugrundrisiko treffe. Maßgeblich ist die zwischen den Bauvertragsparteien getroffene Vereinbarung und in Zweifelsfällen die Auslegung des Vertrages nach den §§ 157, 133 BGB. Grundsätzlich hat ein Auftragnehmer allerdings auch außerhalb des Vertrages liegende Umstände hinreichend zu berücksichtigen.

Im Ergebnis kann deshalb beiden Bauvertragsparteien nur geraten werden, mit „offenem Visier“ etwaige geotechnische Besonderheiten zum Gegenstand des Vertrages zu machen. Eine spekulative Angebotsabgabe, die sich auf eine vermeintliche Lücke im Leistungsverzeichnis stützt, kann sich als Trugschluss erweisen, wenn die vorgefundenen Baugrundverhältnisse aus sonstigen Umständen als bekannt vorausgesetzt werden könnten. ■