

**O    Rechtliche Gefahren und Chancen bei Verwendung bauseits verlangter oder gestellter Baustoffe**

RA Prof. Dr. jur. Klaus D. Kapellmann, Mönchengladbach

## Rechtliche Gefahren und Chancen bei Verwendung bauseits verlangter oder gestellter Baustoffe

RA Prof. Dr. jur. Klaus D. Kapellmann, Rechtsanwalt in Mönchengladbach,  
Honorarprofessor an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen

### Die rechtliche Beurteilung komplexer technischer Sachverhalte

Sie haben auf Ihrer kurz vor ihrem Abschluss stehenden 21. Fachtagung „den Stand der Kenntnisse und den Stand der Technik bei der Verwendung von Geokunststoffen in Oberflächenabdichtungssystemen“ erörtert mit dem Ziel, zu zeigen, „wie mit Geokunststoffen Dichtungssysteme auf die projektbezogenen Anforderungen abgestimmt werden können“. Angesichts dieser sehr fachlichen Thematik muss ich den Mut der Veranstalter bewundern, einen Baurechtler einzuladen, der wahrscheinlich als einziger hier ganz bestimmt nicht weiß, ob und wie mit Geokunststoffen Oberflächenabdichtungssysteme herzustellen sind; wenigstens erklärt das aber die Ehre, dass ich als Letzter vortragen darf: Ich vermute, der Veranstalter will Ihnen angesichts eines juristischen Themas schon einmal vorsichtshalber Fluchtmöglichkeiten einräumen.

Die Tatsache, dass ich von Geokunststoffen bei Deponien fachlich nichts verstehe, kann allerdings leicht den Blick dafür verstellen, dass genau diese Situation unser und mein Alltag ist:

Ich musste mich im Schürmannbauprozess mit komplizierten geotechnischen und hydraulischen Themen – und erst recht mit Anforderungen an eine insoweit richtige Planung – befassen; ich habe gerade mit einem Geotechniker der RWTH Aachen eine Abhandlung über Störfallkataloge beim Tunnelbau mit Schildvortrieb veröffentlicht. Oder anders ausgedrückt: Für eine rechtliche Bewertung muss man selbstverständlich solche technischen Sachverhalte verstehen, aber die Aufgabe des Juristen ist es, das gewissermaßen **abstrakte Rechtsproblem** zu erkennen - und da ist es eben so, dass es ungeachtet technischer Details im Prinzip nahezu immer bekannte Problemstellungen und Antworten gibt, hier im Bereich des Werkvertragsrechts. Deshalb stellt sich sofort die Frage, ob die rechtliche Beurteilung insbesondere von Gefahren aus der Verwendung bauseits verlangter Baustoffe gerade bei Deponien juristisch irgendwas Besonderes ist. Verblüffenderweise ist die Antwort: Jedenfalls zum Teil ja. Deponien haben nämlich eine Eigenschaft, die für Bauwerke ungewöhnlich ist: Sie „leben“, das heißt, sie verändern sich. Folglich teilen wir unser Thema, und zwar in standardmäßige Probleme bei der Verwendung bauseits verlangter oder gestellter Baustoffe und in deponiespezifische Probleme bei der Verwendung solcher Baustoffe.

## Standardmäßige Probleme

a)

Beispiel: Der Auftraggeber schreibt in sein Leistungsverzeichnis, zur Abdichtung der Deponie sei die Folie „Geotex grün S40“ zu verwenden. Zwei Jahre nach Abnahme reißt die Folie aus unbekannter Ursache. Ist das ein Sachmangel, für den der Unternehmer haftet?

Im Folgenden gehen wir davon aus, dass die VOB/B vereinbart war, wie es für öffentliche Auftraggeber zwingend ist.

Wenn eine Folie reißt, die abdichten soll, so ist das grundsätzlich und selbstverständlich **ein Mangel** des Werks (§ 13 Nr. 1 a, b VOB/B, ebenso § 633 Abs. 2 BGB).

Der Unternehmer haftet generell für Mängel des Werkes **ohne Rücksicht auf Verschulden**, nur für Schadensersatzansprüche des Auftraggebers käme es auf Verschulden des Unternehmens an (§ 13 Nr. 5-7 VOB/B, ebenso § 634 ff. BGB).

Hätte der Auftragnehmer für den Fall, dass der Auftraggeber eine bestimmte Folie **nicht** vorgeschrieben hätte, von sich aus diese Folie eingebaut, so haftete er also ohne jede Rücksicht darauf, ob er den Mangel der Folie hätte erkennen müssen oder nicht. Er kann wohl bei dem Verkäufer der Folie (Lieferanten) Regress nehmen, die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gegen den Verkäufer ist heute mit der Verjährungsfrist für Ansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer so gut wie in allen Fällen synchronisiert (§ 438 Abs. 1 Nr.2 b BGB).

Spielt es eine Rolle, dass in unserem Fall der Auftraggeber aber die Verwendung einer bestimmten Folie, eben „Geotex grün S40“, **vorgeschrieben** hat? Bevor wir uns in juristische Einzelheiten stürzen, eine Frage an Ihr Gerechtigkeitsempfinden: Halten Sie die Haftung des Auftraggebers immer noch für richtig? Bitte Vorsicht: **Einer** ist immer der Dumme. Wenn also im ersten Fall der Auftragnehmer haftet, muss es für eine jetzt gegenteilige Annahme schon gute Gründe geben. Die könnten in § 13 Nr. 3 VOB/B zu finden sein: Ist ein Mangel zurückzuführen auf die vom Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen **Stoffe**, haftet der Auftragnehmer dann nicht, wenn er seine Prüfpflicht und Mitteilungspflicht beachtet hat.

Dass die Folie „**Stoff**“ ist, bedarf keiner Erörterung. Sie ist vom Auftraggeber **vorgeschrieben**, weil der Auftraggeber eine bestimmte Materialmarke ohne Ausweichmöglichkeit vorgeschrieben hat.<sup>1</sup>

Bei der geschuldeten Prüfung hätte – das unterstellen wir lebensnah – der Auftragnehmer den Mangel der Folie nicht erkennen können; er hat also keine Mitteilungspflicht verletzt, weil

<sup>1</sup> OLG Stuttgart BauR 1989, 475; Weyer, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 2003, B § 13, Rdn. 66; Merl, in: Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Auflage 2005, § 12, Rdn. 122.

nichts mitzuteilen war. Somit lautet das Ergebnis: Der Auftragnehmer hat Glück, er kommt aus der Haftung heraus, weil die Folie vom Auftraggeber vorgeschrieben ist – und so hat auch der Bundesgerichtshof 1973 entschieden.<sup>2</sup> Aber ist das wirklich richtig? Hätte der Auftragnehmer selbst dieselbe Folie ausgesucht, würde er haften! Die Haftungsentlastung wäre also tatsächlich reines Glück, aber sachlich schwer verständlich. 23 Jahre später hat der Bundesgerichtshof die Diskrepanz aufgelöst und genau umgekehrt entschieden:<sup>3</sup> Bestimmt der Auftraggeber nur **generell**, welcher Stoff verwendet werden soll, hat der Auftraggeber nur dafür einzustehen, dass der Stoff **generell** für den vorgesehenen Zweck geeignet ist. Ist er das, kommt es aber ausnahmsweise trotzdem zu einem Mangel, einem „Ausreißer“, haftet der Auftragnehmer weiter,<sup>4</sup> **genauso**, wie er auch bei selbst ausgesuchtem Material gehaftet hätte.

Hätte allerdings der Auftraggeber nicht generell den Stoff vorgeschrieben, sondern eine spezielle Charge (Beispiel: Sonderposten) ausgesucht, würde für Materialmängel dann der Auftraggeber haften.

Gegebenenfalls muss der Auftraggeber beweisen, dass der Stoff, also hier die Folie, generell tauglich ist, dass die Folie also „vielfach bewährt“ ist.

Übrigens gilt laut BGH beim BGB-Vertrag nichts anderes.

b)

Wir haben bisher nur die Haftungskette Auftraggeber-Auftragnehmer-Lieferant betrachtet. Je nach Einzelheiten des Falles kommt auch ein unmittelbarer Anspruch des Eigners der Depone gegen den Hersteller der Folie in Betracht, allerdings nicht hinsichtlich des Schadens selbst, aber insoweit, als es um so genannte „weiterfressende Schäden“ geht. Die von der Rechtsprechung als deliktischer Anspruch gemäß § 823 **BGB** entwickelte Produkthaftung setzt allerdings schuldhafte Fehler des Herstellers bei „Konstruktion, Produktion oder Instruktion“ voraus. Auf den ersten Blick erscheint es für den Eigner unmöglich, einen schuldhaften Produktionsfehler zu beweisen, aber zum einen stellt die Rechtsprechung sehr hohe Sorgfaltsanforderungen an den Hersteller<sup>5</sup>, vor allem aber hat sie sich für eine Umkehr der Beweislast entschieden: Nicht der Eigner muss im Ergebnis die schuldhafte Sorgfaltsverletzung des Herstellers beweisen, sondern der Hersteller muss die Einhaltung höchster Sorgfalt und mangelndes Verschulden beweisen; bleibt diese Frage offen, zieht infolge dieser Beweis-

---

<sup>2</sup> BGH BauR 1973, 188.

<sup>3</sup> BGH BauR 1996, 702; kritisch Merl a.a.O., Rdn. 125, unzutreffend Englert BauR 1996, 763, 770.

<sup>4</sup> Dazu Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 4. Auflage 2000, Rdn. 764.

<sup>5</sup> Zu den sehr differenzierten Anforderungen der Rechtsprechung vgl. als erste Übersicht Palandt/Sprau, BGB 64. Auflage 2005, § 823, Rdn. 184, 183.

lastverteilung der Hersteller den Kürzeren.

Dazu ein bezeichnendes Beispiel, das Sie bestimmt alle kennen: Irgendwann zwischen 1968 und 1973 verwendet ein Dachdecker fachgerecht zur Abdichtung eines Flachdaches Filz-pappe, dann Dampfsperre, dann Wärmedämmschicht und schließlich als oberste Lage eine 0,8 mm starke Trocal-Folie Typ S aus PVC.

Ab etwa 1976 treten zahlreiche Risse in der Trocal-Folie auf, durch eindringende Feuchtigkeit wird die ganze Dachkonstruktion zerstört. Der Dachdecker ist in Konkurs. Der Hauseigentümer verklagt den Hersteller. Wie heute bekannt, war Ursache der Risse eine Versprödung der Folie infolge Weichmacherwanderung. Der Bundesgerichtshof billigt dem Eigentümer einen Schadensersatzanspruch wegen der Zerstörung des sonstigen Dachaufbaus im Grundsatz zu, die Sache wird aber an das Oberlandesgericht zurückverwiesen zur Aufklärung der Frage, ob die Folie „aufgrund eines Konstruktionsfehlers“ für die Dachabdeckung ungeeignet war.<sup>6</sup>

Ein anderes Beispiel: Ein ungeeignetes Grundierungsmittel in einem dreischichtigen Fensterbeschichtungssystem führt zur Zerstörung der Fenster.<sup>7</sup>

Es gibt übrigens auch ein eigenes Produkthaftungsgesetz, aber das regelt nur Ansprüche im Zusammenhang mit Sachen, die für den privaten Verbrauch bestimmt sind. Schulbeispiel: Die explodierende Sprudelflasche.

c)

Warum erwähnt die Überschrift zu diesem Beitrag übrigens auch „Chancen“ – Mängel geben im eigentlichen Sinn ja keine Chancen. Aber ich meine, dass angesichts dieser zutreffenden Rechtsprechung ein Geschädigter alle Chancen hat, Ersatz von einem Beteiligten zu erhalten, und dass der Auftragnehmer alle Chancen hat, von ihm nicht verursachte Mängel nicht beseitigen zu müssen.

Alles in allem handelt es sich um allgemeine Werkvertragsthemen.

## **Deponiespezifische Probleme**

a)

Viel spannender ist die Konstellation, die es so nach meiner Beurteilung nur bei Deponien gibt. Während es bei normalen Bauvorhaben selbst hinsichtlich der Baugrundbeanspruchung

<sup>6</sup> BGH „Trocal Folie“ NJW 1985, 194.

<sup>7</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 2001, 459.

nur „statische Risiken“ gibt – nach Errichtung des Gebäudes sind, abgesehen von einer relativ kurzen Periode, Baugrund und Gebäude stabil -, birgt eine Deponie „dynamische Risiken“.<sup>8</sup> Aufbauprozesse führen zu einer Setzung der Deponie, das Bauwerk Deponie ist deshalb „dynamisch“. Es kommt zur Gasbildung, dieses muss kontinuierlich abgeleitet werden, nämlich durch ein ständig funktionierendes Gasableitungssystem; die Deponie muss schon deshalb nach Herstellung weiter „behandelt“ oder „betrieben“ werden.

Deshalb steht bei einer Deponie nicht nur die Freiheit von Sachmängeln im Zeitpunkt der Abnahme im Blickpunkt, sondern insbesondere auch die **Erhaltung** der Sachmangelfreiheit ungeachtet der **dynamischen** Veränderung.<sup>9</sup>

b)

Das Problem demonstriert am besten ein Fall des OLG München:<sup>10</sup> Ein Deponiebetreiber und ein Fachunternehmen schließen 1989 einen Vertrag u.a. über die Erstellung einer Entgasungsanlage auf der Basis einer auftraggeberseitigen Planung. Diese sieht u.a. vor, die Entgasungsleitungen mit einem nach damaligen Maßstäben richtigen Gefälle von 3 % zu verlegen. Die starren HDPE-Rohrleitungen sind über flexible Schläuche, also Kompensatoren, an den Gasbrunnen angeschlossen. Die flexible Ausbildung der Kompensatoren hat den Zweck, Setzungen des Mittelkörpers auszugleichen. Nach dem Sachverhalt der Entscheidung, belegt durch eingeholte Sachverständigengutachten, versagt während der Gewährleistungszeit die Entgasungsanlage; Ursache ist, dass es in der Deponie zu völlig unterschiedlichen lokalen und zu generellen Setzungen gekommen ist; dadurch knicken die Kompensatoren ungeachtet ihrer Flexibilität unterschiedlich, aber jeweils über ein durch die Flexibilität noch auszugleichendes Maß hinaus ab, z. B. ein Kompensator 50 cm nach dem Anschluss in einem Winkel von 25 °, ein anderer 70 cm nach dem Anschluss, wiederum andere mit unterschiedlichen Knicks. Dadurch bilden sich „Siphons“, Kondenswasser läuft ein, die wassergefüllten Siphons verschließen das Gasableitungssystem. Der Deponiebetreiber verlangt vom Auftragnehmer Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 174.583,34 (damals) DM. Gewinnt er?

Man kann den Fall abwandeln, z. B. – mindestens jedenfalls hypothetisch – so, dass eine aufgebrachte Abdichtungsfolie infolge unvorhersehbarer Setzungsschäden beschädigt wird, wobei man dann wieder unterscheiden kann, ob es sich um eine auftraggeberseitig vorgeschriebene Folie handelt oder um eine vom Auftragnehmer ausgesuchte.

<sup>8</sup> Formulierung nach Motzke, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2005, S. 73, 82.

<sup>9</sup> So zutreffend Motzke, a.a.O., S. 82.

<sup>10</sup> Urteil vom 15.10.2003, NZBau 2004, 274 = BauR 2004, 680.

Laut Gutachten im Prozess kann man die kleinräumigen Setzungen nicht prognostizieren; es gibt auch kein solche Erscheinungen absolut sicherndes Gasableitungssystem; die Anlage bedarf der regelmäßigen Prüfung.

c)

Für die weitere Beurteilung ist ein Zwischenhinweis erforderlich: Wie immer, muss der Vertrag der Parteien genau geprüft werden, was eigentlich das **Leistungssoll** des Auftragnehmers ist. Würde als Leistung die „Entgasung“ der Deponie vereinbart sein, so müsste der Auftragnehmer – solange er nicht auf der Basis falscher auftraggeberseitiger Angaben geplant hätte – im Rahmen der Vertragserfüllung für das Problem einstehen. Wenn keine bestimmte Zeitdauer vereinbart wäre, wäre möglicherweise das Gesamtwerk „Bau und Betrieb der Entgasungsanlage“ erst nach Beendigung des Setzungsprozesses der Deponie abnahmereif.<sup>11</sup>

d)

Aber unser Auftragnehmer hatte nur **eine** Vertragsleistung zu erbringen: **Bau** der Entgasungsanlage. Ein Gasableitungssystem, das nicht ableitet, ist mangelhaft; eine Abdichtungsfolie, die nicht abdichtet, auch. Die vertraglich vorausgesetzte wie die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit fehlen oder sind eingeschränkt, deshalb Mangel gemäß § 13 VOB/B, so jedenfalls das OLG München. Die Feststellung der Mangelhaftigkeit ist unberührt von der weiteren Frage, wer für den Mangel einzustehen hat; darüber zu streiten, ist sinnlos, das Problem ist schon vor Jahrzehnten ausführlich behandelt im „Blasbachtalbrückenfall“.<sup>12</sup>

e)

Aber spielt es nicht eine Rolle, dass der Mangel nur deshalb eingetreten ist, weil das an sich funktionstüchtige Werk nachträglich durch „fremde“ Einwirkungen, durch Setzungen, beschädigt worden ist?

Das kann, jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht entscheidend sein. Wenn der Dachdecker Dachplanen deckt und der Wind sie abdeckt, so hätte er sie besser befestigen müssen; er weiß ja, dass ab und zu Wind herrscht. Der Auftragnehmer schuldet nicht nur punktuell zum Zeitpunkt der Abnahme ein mangelfreies Werk, er schuldet ein **dauerhaft** mangelfreies Werk.<sup>13</sup> Aber auch das kann nicht wörtlich gelten: Das Werk wird altern, wird verschleifen, wird irgendwann den vorgesehenen Zweck nicht mehr erfüllen. Dass allerdings eine Entga-

<sup>11</sup> So jedenfalls Motzke, a.a.O., S. 84.

<sup>12</sup> OLG Frankfurt NJW 1983, 456, Revision vom BGH nicht angenommen. Vgl. zur Mangelhaftigkeit aber e) am Ende.

sungsanlage, jedenfalls in der Gewährleistungsfrist, den Zweck „Entgasung“ erfüllen muss, ist unzweifelhaft.

Aber muss die Entgasungsanlage gewissermaßen unter allen denkbaren Umständen funktionieren? Offensichtlich kommt es auf eine Definition der zu erreichenden Funktion an. Dann gilt: Die Entgasungsanlage ist (im Prinzip) für eine bestimmte Gasmenge und eine bestimmte Gasbeschaffenheit unter **bestimmten vorausgesetzten Parametern ausgelegt**; welche „Leistung“ sie schaffen muss, welche Beanspruchungen sie aushalten muss, wird durch die vertraglichen Beschaffenheitsangaben zur Deponie oder vertragliche Anforderungen definiert; diese finden sich (möglicherweise) in den Beschaffenheitsvorgaben des Leistungsverzeichnisses und den Einzelheiten der Planunterlagen. Der Unternehmer schuldet jedenfalls nicht **irgendeinen** Erfolg, sondern er schuldet nur einen **durch den Vertrag** definierten Erfolg.<sup>14</sup>

Wenn der Rohbauer laut Vertrag eine Decke mit Tragfähigkeit 150 kg/dm<sup>2</sup> bauen soll, ist die Decke nicht mangelhaft, wenn sie 250 kg/dm<sup>2</sup> nicht trägt.

Der Auftragnehmer schuldet nur ein Werk, das **die** Nutzung (Funktion) ermöglicht bzw. den Beanspruchungen standhält, die gemäß den Vertragsunterlagen definiert sind **oder** denen mit in der Nutzungsphase abschätzbaren Kosten und durch entsprechende Konstruktion und Baustoffe unter Beachtung der anerkannten Regeln der Technik begegnet werden kann;<sup>15</sup> der Auftraggeber muss insoweit zwar alle **bei Vertragsschluss erkennbaren** Probleme in der Nutzungsphase bewältigen, aber **nur** diese. Auf „außergewöhnliche“ „Lastfälle“ muss das Werk nur **ausgelegt** sein, wenn das vertraglich so vorgesehen ist.<sup>16</sup>

Ob unter diesen Umständen überhaupt ein Mangel zu bejahen ist, ist insoweit entgegen der Entscheidung des OLG München schon zweifelhaft. Wenn von der Anlage nämlich eine Leistungsfähigkeit verlangt würde, die gar nicht geschuldet ist, auf die sie nicht **ausgelegt** ist, ist das kein Mangel.

Ob allerdings aus den Vertragsunterlagen tatsächlich konkrete Anforderungen an die „Beschaffenheit“ herausgelesen werden können, ist von Fall zu Fall zu beurteilen.

---

<sup>13</sup> BGH BauR 2001, 823; BGH BauR 2000, 1330.

<sup>14</sup> Näher und ausführlich Kapellmann, NJW 2005, Heft 4 (Seitenzahl zum Zeitpunkt der Manuskripterstellung noch nicht festgelegt) im Zusammenhang mit dem „Konsolträger-Fall“ des BGH NZBau 2003, 324 = BauR 2002, 1246.

<sup>15</sup> Zutreffend Motzke, a.a.O., S. 99.

<sup>16</sup> OLG München, a.a.O. unter Hinweis auf Kapellmann, in: Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 1999, S. 27.



f)

Hilft das nicht weiter, so kommt jedenfalls eine Parallele zu der Beurteilung von Baugrundrisiken in Betracht. Und jetzt kommen wir wieder, wenn auch in überraschendem Zusammenhang, auf „Stoffe“ zurück, diesmal vom **Auftraggeber** nicht gelieferte, sondern **gestellte Stoffe**. Der Begriff „vom Auftraggeber gelieferter Stoff“ findet sich in § 645 BGB im Zusammenhang mit der so genannten „Preisgefahr“.<sup>17</sup>

Nach in diesem Zusammenhang erörterter allgemeiner Auffassung ist auch der **Baugrund** „vom Auftraggeber gelieferter Stoff“.<sup>18</sup>

Die Entgasungsanlage ist in dem vom Auftraggeber gestellten Deponiekörper zu errichten; auch dieser **Deponiekörper** ist „vom Auftraggeber gestellter Stoff“.<sup>19</sup>

Die Baugrundproblematik betrifft allerdings einen vor Beginn der Bauarbeiten vorhandenen und dann unveränderten, also statischen, Baustoff; der Müllkörper ist dagegen ein nach Errichtung des Baus sich verändernder, dynamischer Baustoff – identisch ist die Problematik also nicht, aber vergleichbar: Wenn eine bauliche Anlage – hier die Entgasungsanlage – durch **Baugrundeinwirkungen** beschädigt oder zerstört wird, deren Eintritt – wie festgestellt – nicht konkret prognostizierbar ist und deren Auswirkungen zudem nach heutigen technischen Möglichkeiten nicht durch Ausgestaltung der Anlage beherrschbar sind, so trägt **jedenfalls dann** der Auftraggeber dieses Risiko, wenn der „Baugrund“ (der Deponiekörper) mangelhaft ist; „Mangel“ ist nicht als generelles „Unwerturteil“ zu verstehen, sondern als Abweichung von einem definierten Zustand; der Deponiekörper ist „mangelhaft“, wenn die Ist-Beschaffenheit des Baugrundes abweicht von der **Soll**-Beschaffenheit. Letztere wird definiert durch die **Angaben des Auftraggebers**, z. B. in einem geotechnischen Gutachten zu Aufbau, Beschaffenheit und Eigenschaften des Baugrunds;<sup>20</sup> wenn die **Eigenschaften** des Baugrunds also in der Realität negativ abweichend sind von der Prognose, ist das ein Mangel des Stoffes „Baugrund“; dieses **Abweichungsrisiko** trägt der Auftraggeber, was in der ganz überwiegenden Mehrzahl von Fällen eben bedeutet, dass der Auftraggeber „das Baugrundrisiko“ trägt.<sup>21</sup> Gibt es keine vertragliche Bestimmung der Soll-Beschaffenheit, so wird

<sup>17</sup> Näher Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, B § 2, Rdn. 43.

<sup>18</sup> Z. B. Englert, NZBau 2000, 113; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 710.

<sup>19</sup> OLG München, a.a.O.; zustimmend Motzke, a.a.O.; Palandt/Sprau, BGB, § 645, Rdn. 7.

<sup>20</sup> Vgl. DIN 4020-2003-09, Abschnitt 1 Absatz 2.

<sup>21</sup> Einzelheiten Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 714, 715.

Entgegen der vor allem von Englert/Grauvogl/Maurer, Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 3. Auflage 2004, Rdn. 933 vertretenen Ansicht trägt der Auftraggeber **nicht** generell das Baugrundrisiko, sondern in Analogie zu § 645 BGB nur bei „Mangelhaftigkeit“ des Baugrundes (ebenso z. B. Motzke a.a.O.; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 10. Auflage 2004, VOB/B § 2, Rdn. 113). Wenn also die „Eigenschaften“ des Baugrundes in der Realität doch so sind wie prognostiziert und dennoch ein negatives „Zufallsereignis“ eintritt, trägt **dieses** typisch werkvertragliche Risiko der Auftragnehmer.

diese Soll-Beschaffenheit festgelegt auf der Basis dessen, **was der Auftraggeber mit seinen Möglichkeiten und ohne eigene Untersuchungen erkennen kann.**<sup>22</sup>

Übertragen auf den Müllkörper: Durch die Planung und die sonstigen Vertragsangaben ist als Soll beschrieben, wie der Auftraggeber das Entgasungsproblem lösen will. Er beschreibt (individuell) die Eigenschaften des Müllkörpers, sich zu setzen und die Lösung so, dass flexible Kompensatoren ausreichen, die Setzungen aufzufangen. Entwickelt der Müllkörper von diesem Soll **abweichende Eigenschaften**, ist das ein Risiko, das zu Lasten des Auftraggebers geht. Auch und gerade wenn dieses Risiko dem System „Entsorgungsanlage“ immanent ist, ändert sich daran nichts.<sup>23</sup>

g)

Das OLG München erwähnt ergänzend, dass im Ergebnis bei gegenteiliger Entscheidung dem Auftragnehmer eine Wartungs-, Beobachtungs- und Pflegeverpflichtung zugeschoben würde, die er nicht schuldet. Anders ausgedrückt: Das **Betreiberrisiko** würde zum Teil auf den Auftragnehmer verlagert, ohne dass der Auftragnehmer einen Betreibervertrag geschlossen hätte.

h)

Als Letztes und nur der Vollständigkeit halber:

Wäre das Problem schon mit richtiger, besserer Planung zu lösen gewesen und hätte der Auftragnehmer den Planungsfehler seinerseits nicht erkennen müssen, würde der Auftragnehmer wegen § 13 Nr. 3 VOB/B nicht haften. Der Auftraggeber hätte seinerseits Mängelhaftungsansprüche gegen den Planer, wobei sich allerdings sogleich das Problem der „Sowie-sokosten“ stellte. Aber der Witz unseres Problems ist, dass die Schäden **trotz richtiger** Planung auftreten.

Soviel Jura, so spät und auch noch gar nicht so ganz einfach: Das erfordert Durchhaltevermögen. Dieses bescheinige ich Ihnen hiermit – vielen Dank.

---

<sup>22</sup> Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 736, 742-753.

<sup>23</sup> Motzke, a.a.O., S. 95 nennt das ein bedingtes Systemrisiko.