
Risikoverteilung beim Global-Pauschalvertrag, Planungsverantwortung des Auftragnehmers

1. Die Regelung, dass der Auftragnehmer keine zusätzliche Vergütung für Leistungen beanspruchen kann, die durch nach Vertragsschluss ergehende Auflagen und Nebenbestimmungen der zuständigen Baugenehmigungsbehörde im Rahmen gesetzlicher Vorgaben erforderlich werden, ist zulässig. Der Auftragnehmer übernimmt das strukturell im Vertrag angelegte Risiko, den nicht in seine planerische Verantwortung gegebenen Inhalt der noch ausstehenden Baugenehmigung auch insoweit entschädigungslos umsetzen zu müssen, wie sich hieraus nicht kalkulierter Mehraufwand ergibt.

2. Bei einem Vertrag, mit welchem der Auftragnehmer neben der Ausführung auch die Planung der Gründung des Bauwerkes übernommen hat, sind von diesem zusätzliche Erkundungsmaßnahmen des Baugrundes durchzuführen, wenn er Zweifel an den Baugrunduntersuchungen des Auftraggebers hat. Daneben trägt der Unternehmer das Risiko, ob die vorgesehene Gründungsvariante im auftraggeberseitigen Baugrundgutachten auch tatsächlich technisch realisierbar ist.

(Leitsätze des Einsenders)

BGB §§ 341 Abs. 1, 631; VOB/B §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6, 11 Nr. 1, 2; AGBG § 1.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Juli 2006

– I-5 U 89/05 –.

Zum Sachverhalt:

Der Kläger beansprucht als Insolvenzverwalter zusätzlichen Werklohn für die schlüsselfertige Erstellung eines Einkaufszentrums. Die Parteien streiten im Wesentlichen um Nachtragsforderungen i.H.v. 639 847,66 € wegen Gründung des Gebäudes, die ursprünglich als Flachgründung geplant und kalkuliert worden war und schließlich als Bohrpfahlgründung ausgeführt wurde. Streitig ist außerdem ein Nachtrag hinsichtlich der Erhöhung der Balkonbrüstung und der Begrünung der Fassade i.H.v. 37 855,49 €.

Die Beklagte hat eingewendet, dass die zur Begründung der Nachträge herangezogenen Arbeiten bereits nach dem Generalübernehmervertrag geschuldet waren und deshalb durch Bezahlung des vertraglich vereinbarten Pauschalpreises abgegolten sind. Eine abweichende Ausführung der Gründung ist jedenfalls dem vertraglich übernommenen Risiko der Klägerin zuzuordnen. Im Übrigen hält die Beklagte die Vertragsstrafe i.H.v. 153 387,56 € entgegen. Die Bauzeitverlängerung wurde maßgeblich durch die Umstellung der Gründung verursacht.

Als Auftraggeberin oblag der Beklagten die Erstellung der Genehmigungsplanung, wo hingegen die Auftragnehmerin mit Planungsaufgaben ab Leistungsphase 5 gemäß § 15 HOAI beauftragt war. Der Vertrag beinhaltet folgende Komplexvereinbarung in § 3 Nr. 8:

„Dem (GÜ) ist bekannt, dass die Baugenehmigung von dem Bauvorbescheid abweichende Festsetzungen und Bestimmungen enthalten kann.

Wenn und soweit durch diesen Vertrag, seine Anlagen und Grundlagen der vom (GÜ) geschuldete Leistungsumfang nicht abschließend oder nicht zweifelsfrei bestimmt sein sollte, wird hiermit vorsorglich vereinbart, dass der (GÜ) in Ergänzung des vor- und nachstehend beschriebenen Leistungsumfangs verpflichtet ist, zu dem vereinbarten Pauschalpreis alle Lieferungen, Werk- und Dienstleistungen sowie alle hierzu gehörigen Nebenleistungen zu erbringen, die zu einer schlüsselfertigen, für den vorgesehenen Zweck – Einkaufszentrum mit SB-Warenhaus einschließlich Shops, Büroräumen, einer Gaststätte und Parkierungsanlage nebst Außenanlagen – erforderlichen funktionsfähigen, betriebsbereiten, vermietungsreifen und behördlich genehmigten Erstellung des Bauvorhabens entsprechend den übrigen vereinbarten Ausführungs- und Qualitätsstandards erforderlich sind.“

In § 5 Nr. 1 Abs. 3 (Vergütung) heißt es:

„In dem vereinbarten Pauschalpreis ist alles inbegriffen und mit dem Pauschalpreis ist alles abgegolten, was zur vollständigen, ordnungsgemäßen und mangelfreien Ausführung und Lieferung der vertragsgemäß geschuldeten Leistungen und zur Herbeiführung des vertraglich vereinbarten Erfolges notwendig ist, einschließlich aller hiermit in Zusammenhang stehenden Kosten, Gebühren (z.B. Baugenehmigungsgebühren, alle Prüf- und Abnahmegebühren etc.) und sonstigen finanziellen Anforderungen.

Bauauflagen und Nebenbestimmungen (auch soweit sie nachträglich ergehen) und/oder eine eventuelle

Änderung bereits gemachter Auflagen und Nebenbestimmungen seitens der Baugenehmigungsbehörde, der Brandschutz- bzw. Gewerbeaufsicht etc. oder seitens der Versorgungsunternehmen stellen keinen Grund zur Anpassung der Pauschalvergütung dar.

Zusätzliche Kosten, die aus solchen Auflagen in der Baugenehmigung resultieren, die über gesetzliche Bestimmungen hinausgehen bzw. nicht in Verordnungen und Richtlinien ihre Ursache haben und für den (GÜ) zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrages nicht vorhersehbar sind, sind von dem in § 5 Nr. 1 vereinbarten Pauschalpreis dagegen nicht umfasst und vom (AG) zusätzlich zu vergüten.“

Zur Verteilung des Risikos aus dem Baugrund haben die Parteien in § 3 Nr. 7 des Vertrages geregelt:

„Dem (GÜ) wurde zur Beurteilung der Baugrundverhältnisse das Baugrundgutachten des geotechnischen Instituts Prof. Dr. M. vom 14.9.1989 übergeben. Sämtliche Gründungsmaßnahmen, deren Notwendigkeit sich aus dem Baugrundgutachten ergibt, einschließlich hiermit im Zusammenhang stehender eventuell erforderlicher zusätzlicher Gründungsmaßnahmen, sind von dem in § 5 Nr. 1 genannten Pauschalpreis umfasst.

Der (GÜ) hat nur dann einen Anspruch auf Vergütung von Mehrkosten, wenn die tatsächlichen Gründungsbedingungen vor Ort nachteilig von den in dem Baugrundgutachten aufgeführten Bedingungen abweichen und dem (GÜ) auf Grund der Erschwernisse nachweisbare Mehrkosten entstehen.“

In § 4 Nr. 2 des Vertrages haben die Vertragsparteien die ausbedungene Vertragsstrafe an die Überschreitung der in § 4 Nr. 1 des Vertrages vereinbarten Vertragsfrist für die Fertigstellung der vertraglich vereinbarten Werkleistungen und die Übergabe des Bauwerkes geknüpft.

Das Landgericht hat die Beklagte mit Teil- und Grundurteil vom 1.7.2005 zur Zahlung eines Betrages i.H.v. 183 649,68 € verurteilt und unter Abweisung der Klage im Übrigen festgestellt, dass die Beklagte dem Grunde nach verpflichtet sei, dem Kläger diejenigen Mehrkosten zu erstatten, die durch die anstelle der ursprünglich kalkulierten tiefen Flachgründung durch Bohrpfahlgründung entstanden sind. Der ausgeteilte Betrag setzt sich aus dem Vertragsstrafeinbehalt und der lediglich um einen Mängelbeseitigungsaufwand gekürzten Nachtragsforderung hinsichtlich Brüstung und Begrünung der Fassade zusammen.

Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten will die Klage insgesamt als abgewiesen wissen.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die von dem Kläger geltend gemachten Mehrvergütungsansprüche der Gemeinschuldnerin sind

nicht gerechtfertigt. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Gemeinschuldnerin über den bereits nach dem Generalübernehmervertrag vergütungspflichtigen Leistungsumfang hinaus weitere Leistungen erbracht hat, für die sie eine gesonderte Vergütung beanspruchen kann.

a) Anknüpfungspunkt für die Beantwortung der streitentscheidenden Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang der Gemeinschuldnerin Nachtragsforderungen zustehen sind der Inhalt des Generalunternehmervertrages und der danach zum Pauschalpreis geschuldete Leistungsumfang. Insofern hält der Senat zunächst folgende grundlegenden Ausführungen für veranlasst:

Die Parteien haben einen Global-Pauschal-Vertrag geschlossen, mit dem sich die Gemeinschuldnerin zur schlüsselfertigen Herstellung des Objekts nach den im Vertrag niedergelegten Vorgaben der Beklagten verpflichtet hat. Die Besonderheit des Vertrages besteht darin, dass der Beklagten als Auftraggeberin die Erstellung der Genehmigungsplanung oblag, wohingegen die Gemeinschuldnerin lediglich mit Planungsaufgaben ab Lph 5 gemäß § 15 HOAI beauftragt war (vgl. § 3 Nr. 1 b, 2 a; Abs. 4 des Generalübernehmervertrages). Vor diesem Hintergrund enthält der Generalübernehmervertrag konkrete Regelungen für die Ausgestaltung der in der Schlüsselfertigkeitsabrede manifestierten Komplexitätsvereinbarung.

Die Baugenehmigung lag bei Vertragsschluss noch nicht vor, wohl aber ein Bauvorbescheid vom 3.8.1998. Beide, künftige Baugenehmigung und Bauvorbescheid, sind durch § 2 Nr. 1 zur Vertragsgrundlage erhoben worden, ebenso die Baugenehmigungsplanung der Projektgemeinschaft S. + M., freie Architekten, Stand 25.9.1998. In dieser Planung waren die hier in Rede stehenden Leistungen nicht konkret vorgesehen. Sie fanden erst nach Vertragsschluss Eingang in die endgültige Baugenehmigungsplanung, Stand 10.2.1999, und wurden schließlich Bestandteil der Baugenehmigung vom 11.3.1999.

Jedenfalls bei den oben genannten Vertragsklauseln handelt es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen, weil der Vertrag insoweit unabhängig von den an den Vertragsverhandlungen beteiligten (juristischen) Personen im zumindest billigenden Einvernehmen der Vertragsparteien individuell gestaltet und offenkundig nur auf das konkrete Bauvorhaben zugeschnitten ist – § 1 Abs. 2 AGBG [1]. Für eine Mehrfachverwendung bestand kein ersichtlicher Anlass, weil der Gemeinschuldnerin als Generalunternehmerin die gesamte Bauplanung und -ausführung – soweit nicht von der Beklagten selbst zu erbringen – übertragen war (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG). In Erwägung dessen hat

der Senat keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der hier interessierenden vertraglichen Abreden, die allenfalls als Allgemeine Geschäftsbedingungen eine unzulässige Risikoüberbürdung beinhalten könnten [2].

b) Nachtrag 02

Die Parteien streiten darum, ob die Gemeinschuldnerin die als Nachtrag 02 in der Schlussrechnung in Ansatz gebrachten Beträge für die Herstellung von Pflanztrögen, Lisenen (Fassadenteile) und die Erhöhung von Betonbrüstungen zusätzlich zum vertraglichen Pauschalpreis verlangen kann.

Die Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Nachtrag ergibt sich allenfalls aus den Vorschriften in §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B i. V. m. mit den oben genannten vertraglichen Regelungen. Unterstellt man mit dem Kläger, dass die in Rede stehenden Arbeiten nicht vom ursprünglichen Bausoll (= nach dem Generalübernehmervertrag vergütungspflichtiger Leistungsumfang) umfasst waren, so handelt es sich jedenfalls bei den in Zeitpunkt des Vertragsschlusses unstreitig noch nicht planerisch vorgegebenen Pflanztrögen und den Lisenen um Zusatzleistungen i. S. des § 1 Nr. 4 VOB/B, deren Ausführung durch die Vorgaben der Baugenehmigung erforderlich geworden war. Nichts anderes gilt im Ergebnis für die Erhöhung der Betonbrüstungen, die nach Auffassung des Senats als lediglich quantitativer Mehraufwand ebenfalls keine Bauplanänderung i. S. des § 1 Nr. 3 VOB/B darstellen [3]. Letztlich kommt es auf die Abgrenzung zwischen § 2 Nr. 6 und 2 Nr. 5 VOB/B hier nicht an, weil der Mehrvergütungsanspruch des Klägers in beiden Fällen eine nachträgliche Abweichung vom vergütungspflichtigen Bausoll voraussetzt. Daran fehlt es.

Maßgebend für die Ermittlung des vergütungspflichtigen Bausolls ist der Bauvertrag einschließlich aller dort in Bezug genommenen Pläne und Unterlagen [4]. Sind die sich so ergebenden vertraglichen Regelungen nicht eindeutig, muss der Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers im Wege der Auslegung nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB ermittelt werden [5]. So auch hier, weil dem Vertrag nicht unmittelbar zu entnehmen ist, welche Leistungen die Gemeinschuldnerin konkret für die vertraglich vereinbarte

[1] Vgl. BGH, NJW-RR 2002, 13.

[2] Vgl. hierzu: Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB-Kom., Teil B, § 2 Rdnr. 267 ff.

[3] Zur Abgrenzung zwischen § 2 Nr. 6 und 2 Nr. 5 VOB/B in diesen Fällen: Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB-Kom., Teil B, § 2 Rdnr. 183.

[4] Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB-Kommentar, Teil B, § 2 Rdnr. 64; vgl. auch: OLG Koblenz, BauR 1997, 143.

[5] Eingehend hierzu m. zahlr. N.: Markus, Jahrbuch Baurecht 2004, 3 ff.

Vergütung zu erbringen hatte. Das hat auch das Landgericht richtig gesehen. Seine hieran anknüpfenden Erwägungen greifen indes zu kurz.

Im Ausgangspunkt zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass die in Rede stehenden Leistungen in der bei Vertragsschluss vorliegenden, zum Vertragsinhalt erhobenen Baugenehmigungsplanung vom 25.9.1998 unstreitig nicht vorgesehen waren. Allein daraus folgt allerdings nicht, dass sie nicht zum Bausoll gehörten, wie sich unzweifelhaft aus § 3 Nr. 8 und § 5 Nr. 1 Abs. 3 des Vertrages ergibt. Danach schuldete die Gemeinschaftsdnerin grundsätzlich unabhängig vom damaligen Planungsstand alle Leistungen, die für eine funktionsgerechte, den baubehördlichen Vorgaben entsprechende Herstellung des Gewerkes erforderlich waren. In diesem Zusammenhang haben die Vertragsparteien insbesondere in § 3 Nr. 8 ausdrücklich geregelt, dass der Inhalt der künftig zu erteilenden Baugenehmigung selbst dann maßgeblich sein sollte für den Inhalt der durch den Pauschalpreis abgegolten Leistungsverpflichtung, wenn sich hieraus Abweichungen zu den bei Vertragsschluss vorliegenden Planungsvorgaben, insbesondere zum Bauvorbescheid, ergeben sollten. Dabei war den Vertragsparteien ersichtlich bewusst, dass die Gemeinschaftsdnerin nicht kalkulierten Mehraufwand ggf. ohne zusätzliche Vergütung würde betreiben müssen, soweit dieser durch die Vorgaben der Baugenehmigung erforderlich werden würde. Eigens für diesen Fall haben sie die in § 5 Nr. 1 Abs. 3 niedergelegte Vergütungsregelung getroffen. Dort setzt auch das Landgericht an, ohne allerdings den Regelungsgehalt der Klausel vollständig erfasst zu haben.

§ 5 Nr. 1 Abs. 3 des Vertrages bestimmt ausdrücklich, dass die Gemeinschaftsdnerin keine zusätzliche Vergütung für Leistungen beanspruchen können sollte, die durch nachträgliche – gemeint ist nach Vertragsschluss ergangene – Auflagen und Nebenbestimmungen der zuständigen Baugenehmigungsbehörde erforderlich werden würden. Damit hat die Gemeinschaftsdnerin das strukturell im Vertrag angelegte Risiko übernommen, den nicht in ihre planerische Verantwortung gegebenen Inhalt der noch ausstehenden Baugenehmigung auch insoweit entschädigungslos umsetzen zu müssen, wie sich hieraus nicht kalkulierter Mehraufwand ergab. Eine Ausnahme sollte nach oben genannter Vertragsklausel nur für solche baubehördlichen Auflagen gelten, die nicht durch gesetzliche Bestimmungen, Verordnungen oder Richtlinien veranlasst und für die Gemeinschaftsdnerin bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar waren. Vor diesem Hintergrund ist hinsichtlich der hier streitigen Nachtragsleistungen zu unterscheiden.

Nach dem Vorbringen der Beklagten war die Erhöhung der Balkonbrüstungen bauordnungsrechtlich erforderlich und solcherart zwingende Voraussetzung für die Erteilung der Baugenehmigung. Dem ist der Kläger nicht entgegengetreten. Auch sonst ist nichts Gegenteiliges ersichtlich. Dann aber greift jedenfalls für diese Nachtragsleistungen die vorerwähnte Ausnahmeklausel für abseits der bauordnungsrechtlichen Notwendigkeiten durch die Baugenehmigung vorgegebene Mehrleistungen nicht. Es bleibt also bei der vertraglich vereinbarten Zuweisung des Vergütungsrisikos an die Gemeinschaftsdnerin, worin sich zugleich die für die Auslegung des Vertrages entscheidende Erkenntnis repräsentiert, dass jene Leistungen zum vergütungspflichtigen Bausoll zu rechnen sind.

Nichts anderes gilt im Ergebnis für den Mehraufwand betreffend die Herstellung von Pflanztrögen und Lisenen im Fassadenbereich. Mit Recht weist die Beklagte in diesem Zusammenhang auf den zum Vertragsgegenstand erhobenen Bauvorbescheid vom 3.8.1998 hin, der in den als Anlage 2 beigefügten Nebenbestimmungen unter Nr. 9 folgende Vorgabe enthält:

„Die den benachbarten Grundstücksflächen zugewandten Seiten des Einkaufszentrums sind ansprechend, in Abstimmung mit der Baurechtsbehörde zu gestalten. Insbesondere auch einer ansprechenden Begründung ist Sorge zu tragen.“

Genau darum ging es bei den in Rede stehenden Leistungen, nämlich um die Fassadengestaltung und deren Begründung. Dann aber lässt sich nicht feststellen, dass der hierdurch bedingte Mehraufwand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Gemeinschaftsdnerin nicht vorhersehbar war, wie es § 5 Nr. 1 Abs. 3 für die ausnahmsweise Zubilligung einer zusätzlichen Vergütung ausdrücklich voraussetzt. Im Gegenteil: Die Gemeinschaftsdnerin wusste bei Vertragsschluss oder hätte zumindest wissen müssen, dass gerade hinsichtlich der Fassadengestaltung bis dato nicht kalkulierte Leistungen erforderlich werden konnten, die abseits bauordnungsrechtlicher Notwendigkeiten allein auf Grund fakultativer Vorgaben der Baugenehmigungsbehörde zu beachten waren. Dieses Risiko hat sie bewusst übernommen. Dementsprechend gelangt die gebotene Auslegung des Vertrages auch in diesem Punkt zu dem Ergebnis, dass die streitigen Mehrleistungen vom vergütungspflichtigen Bausoll umfasst waren. Dass die Gemeinschaftsdnerin die Leistungen unter dem 10.2.1999 angeboten haben will, ändert an alledem nichts, weil weder dargetan noch sonst ersichtlich ist, dass die Beklagte abweichend vom Generalübernehmervertrag einen entsprechenden vergütungspflichtigen Zusatzauftrag

erteilt hat Zur Anordnung des unter dem 6.4.1999 gestellten Nachtrages, war sie nicht verpflichtet.

c) Nachträge 06, 07, 14 – Gründungsmehraufwand

Die soeben erörterten Auslegungsgrundsätze gelten auf gleicher Vertragsgrundlage auch für die Entscheidung über den im Zentrum der gerichtlichen Auseinandersetzung stehenden Mehraufwand für die Gründung des Gebäudes, den die Beklagte ebenfalls nur dann gemäß §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B vergüten muss, wenn die Mehrleistungen nicht bereits vom vergütungspflichtigen Bausoll umfasst waren. Hierfür sind im Ausgangspunkt folgende Umstände maßgebend:

aa) Der Vertrag enthält keine konkreten Vorgaben für die Gründung des Gebäudes, die vielmehr eigenverantwortlich von der Gemeinschuldnerin funktionsgerecht zu planen und auszuführen war. Welche in diesem Sinne erforderlichen Gründungsmaßnahmen ausgeführt werden mussten, hängt naturgemäß von der Bodenbeschaffenheit im Baubereich ab. Hierüber verhält sich das freilich schon Jahre zuvor und für ganz andere Zwecke (Errichtung einer Tiefgarage) von der Auftraggeberseite eingeholte Baugrundgutachten des Geotechnischen Instituts Prof. Dr. M. (im Folgenden: GMP) vom 14.9.1989, das die Vertragsparteien gemäß § 2 Nr. 1 lit.r) ausdrücklich zum Gegenstand des Generalübernehmervertrages gemacht haben. Daraus lässt sich allerdings nicht der Schluss ziehen, dass die Gemeinschuldnerin die von GMP im oben genannten Gutachten angesprochenen Gründungsvorschläge umsetzen sollte, und zwar schon deshalb nicht, weil die dahingehenden Ausführungen der GMP auf die seinerzeit geplante Errichtung einer Tiefgarage bezogen waren, die offenkundig anderen statischen Voraussetzungen unterlegen hätten, als sie für die Herstellung eines Einkaufszentrums zu gelten haben. Vielmehr bleibt es im Ausgangspunkt dabei, dass die Gemeinschuldnerin jedwede funktionsgerechte Gründung zum Vertragspreis erbringen musste. Dieses, letztlich durch die Komplettheitsabrede bedingte Vergütungsrisiko haben die Parteien gesehen und in § 3 Nr. 7 des Vertrages besonders geregelt.

Die Klausel kann bei sinnwahrer Auslegung nur als Einschränkung des weiterhin bei der Gemeinschuldnerin als Generalübernehmerin verbliebenen allgemeinen Planungs- und Vergütungsrisikos verstanden werden. Vergütungspflichtiges Bausoll waren demnach all diejenigen Gründungsmaßnahmen, die auf der Grundlage der als richtig unterstellten Feststellungen der GMP zur Bodenbeschaffenheit für die Erreichung des vertraglich geschuldeten Werkerfolgs erforderlich waren. Demgegenüber hat die Beklagte (lediglich) das (unechte) Baugrundrisiko übernommen, was im Übrigen

auch gerecht ist, weil die sich aus dem oben genannten Gutachten ergebenden Vorgaben aus ihrem Verantwortungsbereich stammten. Aus alledem lassen sich im Zusammenspiel mit Abs. 2 der oben genannten Vertragsklausel die folgenden Voraussetzungen für die zusätzliche Abrechnung nicht kalkulierten Gründungsaufwandes ableiten:

- Die tatsächlich vorgefundenen Bodenverhältnisse dürfen nicht den im Gutachten GMP genannten entsprochen haben

und

- es muss aufseiten der Gemeinschuldnerin gerade durch die solcherart von den vertraglichen Vorgaben abweichenden Bodenverhältnisse erschwernisbedingter Mehraufwand im Zusammenhang mit der Herstellung einer funktionsstauglichen Gründung entstanden sein.

Diesen, durch verständige Auslegung des Vertrages gewonnenen Grundsätzen, tragen die Erwägungen des Landgerichts nicht angemessen Rechnung.

Der Kläger macht geltend, die Gemeinschuldnerin habe auf der Grundlage der von GMP vorgelegten Bodenanalyse eine tiefe Flachgründung geplant und kalkuliert. Tatsächlich sei eine Bohrpfahlgründung mit erheblichem Mehraufwand erforderlich gewesen, weil die Bodenverhältnisse nach den Feststellungen in einem von der Auftraggeberseite kurz vor Vertragsschluss beigebrachten Bodengutachten der Gesellschaft für Mess- und Filtertechnik (im Folgenden: GMF) vom 12.11.1998 nicht denen im Gutachten der GMP entsprochen hätten, vielmehr schlechter gewesen seien und die geplante tiefe Flachgründung nicht (mehr) zugelassen hätten. Dem ist das Landgericht im Ergebnis gefolgt. Der Senat teilt die darin zum Ausdruck kommende Beurteilung der Vertrags- und Rechtslage nicht.

bb) Dabei kann zunächst dahinstehen, ob und wenn ja, mit welchen Auswirkungen für die Gründung des Gebäudes die Feststellungen in den oben genannten Gutachten zu den maßgeblichen Bodenverhältnissen voneinander abweichen. Entscheidend ist vielmehr gemäß § 3 Nr. 7 Abs. 1, 2 des Vertrages, inwieweit die von GMP zugrunde gelegten Bodenparameter objektiv falsch waren. Anders ausgedrückt: Der von der Gemeinschuldnerin beanspruchte Nachtrag ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn das GMF-Gutachten richtig und das GMP-Gutachten falsch ist. Darlegungs- und beweispflichtig hierfür ist nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger. Diese Zusammenhänge hat auch das Landgericht zunächst richtig erkannt, wie sich aus der Beweisfrage unter Nr. 1. des Ergänzungsbeschlusses vom 11.7.2003 ergibt. In-

des: Der Kläger hat den ihm nach obigen Grundsätzen obliegenden Beweis für die Fehlerhaftigkeit des GMP-Gutachtens nicht geführt. So hat der gerichtliche Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H. in seinem schriftlichen Gutachten vom 20.1.2004 einleitend ausgeführt, dass die tatsächlichen Bodenverhältnisse im überbauten Raum nicht mehr, jedenfalls nicht mehr mit vertretbarem Aufwand feststellbar seien. Im Rahmen des anschließenden Vergleichs der beiden Bodengutachten ist der Sachverständige zu der Erkenntnis gelangt, dass sich Unterschiede lediglich in der Beschreibung und Auswertung der Bodenkennwerte (Scherfestigkeit, Steifenmodul/Tragfähigkeit) ergeben, die im GMF-Gutachten ungünstiger ausfallen. Sodann hat sich der Sachverständige um eine Plausibilitätsbewertung bemüht, die mit im Gesamtzusammenhang überzeugenden Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Bewertung der GMP „nachvollziehbarer, sachgerechter und besser belegt erscheint als die im Gutachten GMF“. Gleichwohl hat der Senat im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens Anlass gesehen, sich durch abermalige Anhörung des Sachverständigen Klarheit darüber zu verschaffen, ob dessen schriftlich niedergelegte Einschätzung näherer Nachprüfung standhält und auch abseits der Feststellungen im GMF-Gutachten keine Möglichkeiten bestehen, die damals tatsächlich vorhandene Beschaffenheit des Baugrundes weiter aufzuklären. Die solcherart motivierten mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen im Termin am 18.5.2005 sind eindeutig: Sie bestätigen, dass dem Inhalt des GMF-Gutachtens jedenfalls keine höhere Verlässlichkeit hinsichtlich der richtigen Beurteilung der Baugrundbeschaffenheit zum maßgeblichen Zeitpunkt zugebilligt werden kann, als sie den Feststellungen des Sachverständigen Magar im GMP-Gutachten zukommt. Im Gegenteil: Die für alle Beteiligten offenkundig wohlwogeneren und zur Gewissheit des Senats überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen lassen keinen vernünftigen Zweifel daran, dass die dem GMP-Gutachten zugrunde liegenden Verfahren zur Analyse der Bodenbeschaffenheit umfassender und damit grundsätzlich verlässlicher waren, als es die nachfolgend von der GMF veranlagten Bodenuntersuchungen und die daraus gewonnenen Erkenntnisse hätten sein können. Dem folgt der Senat jedenfalls insoweit, wie die entscheidungserheblich Frage zu verneinen ist, dass die Feststellungen im GMF-Gutachten hinreichend sichere Anhaltspunkte für Annahme liefern können, dass die sich aus dem GMP-Gutachten ergebende Bodenqualität nicht der tatsächlich im entscheidenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen Bodenbeschaffenheit entsprach. Des Weiteren ist nach den auch insoweit überzeugungskräftigen Ausführungen des Sachverständigen davon auszugehen, dass sich die damals angetroffene Bodenbeschaffenheit mit Rücksicht auf die zwei-

schzeitlich nicht zuletzt durch die Bebauung bedingten Veränderungen des Baugrundes heute auch anderweitig nicht mehr feststellen lässt, insbesondere nicht mithilfe der von der Klägerin hierzu benannten Zeugen, deren Kenntnisse sich notwendig in einer subjektiven Einschätzung der Qualität des in ihrem Beisein geförderten Erdreichs erschöpfen und schon deshalb nicht Gegenstand einer wissenschaftlich fundierten Bodenanalyse sein können. Gleiches gilt im Ergebnis für seinerzeit genommene Bodenproben, deren Aussagewert ebenfalls von den nicht mehr aufklärbaren Umständen ihrer Gewinnung abhängt und zudem nicht beeinflusst ist von zeitablaufbedingten Veränderungen ihrer Zusammensetzung.

Aus alledem folgt, dass die Feststellungen im GMF-Gutachten nicht geeignet sind den Nachweis für die Fehlerhaftigkeit der Bodenanalyse im GMP-Gutachten zu erbringen. Auch sonst lässt sich diese Erkenntnis nicht, jedenfalls nicht mit ausreichender Sicherheit gewinnen. Dann aber steht der Gemeinschuldnerin der vom Kläger geltend gemachte Nachtrag in Ansehung der soeben erläuterten vertraglichen Regelung in § 3 Nr. 7 des Generalübernehmervertrages schon in Ermangelung einer feststellbaren Abweichung der Bodenwerte von den Vorgaben des GMP-Gutachtens nicht zu.

cc) Das Landgericht gelangt zur gegenteiligen Auffassung, indem es der Vertragsklausel in § 3 Nr. 7 im Wege der Auslegung einen anderen Erklärungswert beimisst, als er im Wortlaut der Regelung seinen Niederschlag gefunden hat. Danach soll der in § 3 Nr. 7 Abs. 2 vorbehaltene Mehrvergütungsanspruch vor dem Hintergrund des kurz vor Vertragsschluss vorgelegten GMF-Gutachtens interessenrechtlich dahin zu verstehen sein, dass die Vertragsparteien die Bewilligung einer Zusatzvergütung nicht mehr an abweichende tatsächliche Bodenverhältnisse, sondern an die sich aus den Feststellungen im GMF-Gutachten ergebenden Gründungsbedingungen hätten knüpfen wollen.

Damit verkennt das Landgericht die Interessenlage. Der Gemeinschuldnerin sollte durch die Regelung in § 3 Nr. 7 nicht die ihr als Generalübernehmerin zugewiesene Planungsverantwortung für die erforderlichen Gründungsmaßnahmen abgenommen werden. Die hierfür zu treffenden Entscheidungen hingen maßgeblich von den Gründungsbedingungen, also von den Bodenverhältnissen ab. Diese im Rahmen der ihr überlassenen Planungsverantwortung verlässlich zu ermitteln, war Sache der Gemeinschuldnerin. Das belegt gerade die oben genannte Regelung in § 3 Nr. 7. Denn der dortigen Mehrvergütungsregelung bedurfte es nur deshalb, weil die Vertragsparteien erkennbar davon ausgingen, dass die Bodenverhältnisse durch das GMP-Gutachten noch nicht verlässlich und verbindlich

geklärt waren, vielmehr die Gemeinschaftschuldnerin im Rahmen der ihr obliegenden Planungsverantwortung zu entscheiden hatte, ob sie auf der Grundlage der von GMP ermittelten Bodenwerte bauen konnte oder nicht. Lediglich das Vergütungsrisiko der Gemeinschaftschuldnerin sollte auf den Erkenntniswert des ihrer Angebotskalkulation zugrunde liegenden GMP-Gutachtens beschränkt sein, um ihr hinsichtlich der nach dem erkennbaren Verständnis beider Vertragsparteien nur unvollkommen aufgeklärten Gründungsbedingungen kein unkalkulierbares Vertragsrisiko aufzubürden. Darin bestand – jedenfalls im Ausgangspunkt – das in § 3 Nr. 7 zu Tage tretende übereinstimmende Vertragsinteresse der Parteien und nicht in der Festlegung der maßgeblichen Bodenverhältnisse nebst einer damit einhergehenden teilweisen Verschiebung der Planungsverantwortung.

Daran könnte sich durch die Vorlage des GMF-Gutachtens nur dann etwas geändert haben, wenn die Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertrages übereinstimmend und feststellbar davon ausgegangen wären, dass der Baumaßnahme die Baugrundbeurteilung der GMF verbindlich zugrunde zu legen gewesen wäre. Dann hätte also die Beklagte die Gewähr für die Richtigkeit dieses Baugrundgutachtens übernommen und die Gemeinschaftschuldnerin hätte sich verpflichtet, auf der Grundlage der sich so ergebenden Erkenntnisse über die Gründungsbedingungen zu bauen. Ein dahin gehender Vertragswille hat in den vertraglichen Regelungen indes keinen Anklang gefunden. Denn dann hätte es nahe gelegen, das GMF-Gutachten anstelle desjenigen der GMP zur Vertragsgrundlage zu machen oder – zur Vermeidung einer Neukalkulation der bereits auf der Grundlage des GMP-Gutachtens geplanten Gründung – den Mehrvergütungsanspruch der Gemeinschaftschuldnerin ausdrücklich an eine nachteilige Abweichung der nach dem GMF-Gutachten erforderlichen von den sich aus dem GMP-Gutachten ergebenden Gründungsbedingungen zu koppeln. Gerade das ist in § 3 Nr. 7 des Generalübernehmervertrages nicht geschehen. Vielmehr haben die Vertragsparteien bewusst auf eine Einbeziehung des GMF-Gutachtens in den zu diesem Zeitpunkt bereits konzipierten Vertrag verzichtet, wie sich aus den Schreiben der Beklagten vom 1.12.1998 und 2.12.1998 ergibt. Über die Gründe hierfür streiten die Parteien. Nach der Darstellung des Klägers soll die Beklagte die Mitteilung der Gemeinschaftschuldnerin, die Überprüfung des Gutachtens dauere mindestens 14 Tage, angesichts des bestehenden Zeitdrucks zum Anlass genommen haben, von der Einbeziehung des Gutachtens in den Vertrag Abstand zu nehmen, wo hingegen die Beklagte eine – nach Auffassung des Landgerichts nicht bewiesene – telefonische Erklärung des Geschäftsführers der Gemeinschaftschuldnerin, aus dem GMF-Gutachten ergäben sich keine anderen Erkenntnis-

se für die Gründung als aus dem GMP-Gutachten, sodass wie kalkuliert (tiefe Flachgründung) gebaut werden solle, als Grund für den Verzicht auf die Aufnahme des GMF-Gutachtens in die Vertragsunterlagen anführt. Im letztgenannten Fall läge es auf der Hand, dass der Regelungsgehalt der Klausel in § 3 Nr. 7 des Generalübernehmervertrages dem oben Gesagten entspricht. Denn dann wären die Vertragsparteien übereinstimmend davon ausgegangen, dass sich aus dem GMF-Gutachten kein Regelungsbedarf ergab und die für den Mehrvergütungsanspruch maßgebliche Abweichung von den Feststellungen im GMP-Gutachten könnte sinngemäß nur auf die tatsächlichen Bodenverhältnisse bezogen werden. War es hingegen so, dass die Gemeinschaftschuldnerin der Einbeziehung des GMF-Gutachtens in den Vertrag entgegengetreten ist, weil nicht genug Zeit bestand, das Gutachten zu prüfen und die Gründung ggf. neu zu planen und zu kalkulieren, so hätte diesem Umstand im Vertrag dadurch Rechnung getragen werden können, in § 3 Nr. 7 als Bezugsgröße für den Mehrvergütungsanspruch der Gemeinschaftschuldnerin nicht die tatsächlichen, sondern die im GMF-Gutachten festgestellten Bodenverhältnisse zu benennen. Denn dann hätte die Gemeinschaftschuldnerin bei gleichzeitiger Festlegung der für die Vertragsabwicklung maßgeblichen Gründungsbedingungen ohne zusätzliches Kalkulations- und Vergütungsrisiko nachträglich prüfen und entscheiden können, ob die Vorgaben im GMF-Gutachten zu Gründungsmehraufwand führen würden oder nicht. So aber kann aus der tatsächlich in § 3 Nr. 7 getroffenen Vertragsabrede nur der Schluss gezogen werden, dass die Vertragsparteien bewusst darauf verzichtet haben, einen eventuellen Mehraufwand für die Gründung des Gebäudes an eventuelle Abweichungen zwischen dem GMP- und dem GMF-Gutachten zu koppeln. Das war im Übrigen auch sachgerecht, weil bei objektiver Betrachtungsweise für die Vertragsparteien kein vernünftiger Grund für die gesicherte Annahme bestehen konnte, dass gerade die vom GMF ermittelten Bodenwerte richtig und die von GMP festgestellten falsch waren. Deshalb machte es Sinn, die Beantwortung dieser Frage der Gemeinschaftschuldnerin im Rahmen ihrer Planungstätigkeit zu überlassen und ihr lediglich das durch die bewusst in Kauf genommenen Unklarheiten über die Bodenverhältnisse bedingte Vergütungsrisiko zu nehmen. So geschehen in § 3 Nr. 7 des Generalübernehmervertrages.

Diese Zusammenhänge hat das Landgericht nicht, jedenfalls nicht hinreichend gewürdigt. Richtig ist zwar, dass die Gemeinschaftschuldnerin das Gutachten nicht ignorieren durfte. Gleichwohl musste sie aus den bereits dargelegten Gründen weiterhin in eigener Planungsverantwortung entscheiden, von welchen Bodenverhältnissen sie für die Gründung ausgehen wollte. Hatte sie hinsichtlich des einen

oder des anderen Gutachtens Bedenken, hätte sie als Generalübernehmerin und nicht, wie das Landgericht meint, die Beklagte, die Bodenverhältnisse eigenverantwortlich prüfen und bewerten lassen müssen. Dass die Beklagte zuvor beide Gutachten, beigebracht hatte, erlangt allenfalls im Rahmen der Sachmängelhaftung aus dem Gesichtspunkt einer möglichen Mitverursachung Bedeutung. Damit muss sich der Senat indes nicht befassen. Für die hier gebotene Auslegung des Vertrages bleibt dieser Umstand hingegen ohne Belang.

Bereits aus alledem folgt, dass der Gemeinschuldnerin kein Mehrvergütungsanspruch aus §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B für die tatsächlich ausgeführte Bohrpfahlgründung zustand, den der Kläger nun geltend machen könnte. Auf die darüber hinaus zwischen den Parteien streitigen Voraussetzungen für die Geltendmachung der Nachträge 06, 07, 14 betreffend die Gründung des Gebäudes kommt es somit nicht an.

2. Vertragsstrafe 153 387,56 €

Der nach alledem allenfalls noch offene Restwerklohn von 153 387,56 € steht dem Kläger ebenfalls nicht zu. In dieser Höhe ist der Vergütungsanspruch der Gemeinschuldnerin durch Aufrechnung mit einem Vertragsstrafenanspruch der Beklagten in nämllicher Höhe erloschen – § 389 BGB.

a) Die Vertragsparteien haben die in § 4 Nr. 2 des Generalübernehmervertrages ausbedungene Vertragsstrafe an die Überschreitung der in § 4 Nr. 1 des Vertrages vereinbarte Vertragsfrist für die Fertigstellung der vertraglich vereinbarten Werkleistungen und die Übergabe des Bauwerkes geknüpft. Es handelt sich also um eine Vertragsstrafe für die nicht gehörige (nicht zeitgerechte) Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten i.S. des § 341 BGB. Die diesen Vertragsstrafenanspruch betreffenden Vertragsklauseln in § 4 des Generalübernehmervertrages sind wirksam, und zwar auch unter Berücksichtigung der von dem Kläger für seine gegenteilige Auffassung herangezogenen Bestimmungen des AGBG.

Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die aufseiten der Beklagten von der OMG Objekt Marketing GmbH für Projektentwicklung (im Folgenden: OMG) wahrgenommenen Vertragsverhandlungen auf der Grundlage eines zur Akte gereichten Entwurfs der Gemeinschuldnerin für einen Generalübernehmervertrag (Anlagenordner) geführt wurden. Der Senat geht in Ermangelung gegenteiliger tatsächlicher und rechtlicher Anhaltspunkte mit dem Kläger davon aus, dass dieser Entwurf – jedenfalls im Wesentlichen – für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, mithin Formulklauseln i.S. des § 1 Abs. 1 Satz 1

AGBG enthielt. Soweit der Vertragsentwurf – insbesondere betreffend den in § 4 Nr. 2 niedergelegten Verzicht auf einen Vertragsstrafenvorbehalt – inhaltlich unveränderten Eingang in den unter dem 4./11.12.1998 geschlossenen Generalübernehmervertrag gefunden hat, kann der Kläger hieraus für die nach Maßgabe der §§ 9 ff. AGBG vorzunehmende Inhaltskontrolle gleichwohl nichts zu seinen Gunsten herleiten. Denn auch in Ansehung der von der OMG im Rahmen der Vertragsverhandlungen veranlagten Änderungen und Ergänzungen des Vertragsentwurfs bleibt es jedenfalls hinsichtlich der aus dem ursprünglichen Vertragsentwurf in den Generalübernehmervertrag übernommenen Formularbedingungen dabei, dass deren Einbeziehung auf die Initiative der Gemeinschuldnerin zurückgeht und nicht etwa der Beklagten zugerechnet werden kann. Daraus folgt, dass die Gemeinschuldnerin auch noch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Verwenderin dieser Klauseln war [6] und deshalb gemäß § 9 Abs. 1 AGBG gehindert ist, sich unter Hinweis auf eine unangemessene Benachteiligung auf die Unwirksamkeit dieser von ihr selbst gestellten Klauseln zu berufen. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die Beklagte im Zusammenhang mit den von der OMG geführten Vertragsverhandlungen zu erkennen gegeben hätte, sich die von der Gemeinschuldnerin eingeführten Allgemeinen Geschäftsbedingungen insgesamt als solche zu eigen machen zu wollen [7]. Konkrete Anhaltspunkte für eine dahin gehende Annahme lassen sich bei gebotener objektiver Betrachtungsweise indes nicht finden. Vielmehr war es offenkundig das durch die Verhandlungsbemühungen der OMG manifestierte Bestreben der Beklagten, die ursprünglich von der Gemeinschuldnerin vorgegeben Vertragsbedingungen ihren Bedürfnissen und Vorstellungen anzupassen. Dass sie darüber hinaus ein nachvollziehbares Interesse daran hätte haben können, die von ihr akzeptierten und deshalb unverändert gebliebenen vertraglichen Regelungen aus dem Vertragsentwurf der Gemeinschuldnerin nunmehr als eigene Formulklauseln in den Vertrag einzuführen, ist nicht ersichtlich.

Soweit der Generalübernehmervertrag vom 4./11.12.1998 in § 4 Regelungen enthält, die nicht den Vertragsklauseln im oben genannten Vertragsentwurf der Gemeinschuldnerin entsprechen, sind diese Änderungen unstrittig und aus den von dem Kläger vorgelegten weiteren Vertragsentwürfen ohne Weiteres ersichtlich das Ergebnis der Vertragsverhandlungen der Gemeinschuldnerin mit der OMG. Sie sind u.a. hinsichtlich der Vertragsstra-

[6] Vgl. zu den Anforderungen an die Einbeziehung durch den Verwender: BGH, NJW 1985, 2477; BGH, WM 1984, 240, 241.

[7] Vgl.: OLG Köln, VersR 2000, 730; Berger, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kom., 2006, § 305 Rdnr. 8.

fenregelungen nach dem insoweit unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten am 11.8.1998 im Einzelnen ausgehandelt worden und erweisen sich solcherart gemäß § 1 Abs.2 AGBG als Individualvereinbarungen, die nicht den Inhaltsbeschränkungen des AGBG unterliegen. Dass es sich bei jenen vertraglichen Regelungen jedenfalls nicht um von der Beklagten gestellte, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Formularbedingungen i.S. des § 1 Abs.1 Satz 1 AGBG handelt, liegt auf der Hand und bedarf keiner näheren Begründung.

b) Nach alledem schuldet die Gemeinschuldnerin gemäß § 4 Nr.2 des Generalübernehmervertrages i.V.m. §§ 341 Abs.1 BGB; 11 Nr.1, 2, VOB/B eine Vertragsstrafe von 5000,- DM pro Kalendertag für die Überschreitung des in § 4 Nr.1 als verbindliche Vertragsfrist vereinbarten Fertigstellungs- und Übergabetermins. Diese, nach obigen Ausführungen als Individualabrede ausgehandelte Regelung ist wirksam. Sie führt dazu, dass die Gemeinschuldnerin für jeden Kalendertag der Fristüberschreitung einen Betrag i.H.v. ca. 0,0004% der Nettoauftragssumme zu zahlen hat, insgesamt nicht mehr als 5% des Vertragspreises. Die solcherart festgelegte Höhe der Vertragsstrafe hält der rechtlichen Überprüfung anhand der maßgeblichen Vorschriften in §§ 134, 138 BGB stand. Sie beinhaltet eine im Ergebnis moderate, jedenfalls angemessene Überbürdung des Verzögerungsrisikos auf die Gemeinschuldnerin und ist insbesondere vor diesem Hintergrund nicht schon deshalb sittenwidrig, weil die Verwirkung der Vertragsstrafe auch an Sonn- und Feiertage geknüpft ist [8].

Die Gemeinschuldnerin hat den im Vertrag ausdrücklich als verbindliche Vertragsfrist vereinbarten Fertigstellungstermin nicht eingehalten. In § 4 Nr.1 des Generalübernehmervertrages ist festgelegt, dass das Vertragsobjekt spätestens 50 Wochen nach Übersendung der vollzugsfähigen Baugenehmigung vollständig fertig gestellt sein und übergeben werden sollte. Die Baugenehmigung lag der Gemeinschuldnerin am 11.3.1999 (Donnerstag) vor. Die Fertigstellungsfrist endete demnach mit Ablauf des 24.2.2000 (§§ 187 Abs.1, 188 Abs.2 BGB). Sie war nicht deshalb gemäß § 6 Nr.2 VOB/B zu verlängern, weil die Gemeinschuldnerin anstelle der ursprünglich geplanten tiefen Flachgründung eine Bohrpfehlgründung ausgeführt hat. Auf die von den Parteien ausgebreitet diskutierten Auswirkungen der vorgefundenen Bodenverhältnisse auf die Gründung kommt es auch in diesem Zusammenhang nicht an, weil die hierfür maßgeblichen Umstände aus den bereits unter 1.c) dargelegten Gründen allein der Risikosphäre der Gemeinschuldnerin zuzuordnen waren und einen Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit ungeachtet der Regelungen in § 3 Nr.7 des Generalübernehmer-

vertrages schon deshalb nicht zu rechtfertigen vermochten.

c) Das von der Gemeinschuldnerin zu errichtende Bauobjekt war unstreitig erst am 5.5.2000 fertig gestellt. Die Beklagte beansprucht die vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe für den Zeitraum vom 3.3.2000 bis zum 5.5.2000, also für 60 Kalendertage. Das ist nicht zu beanstanden.

Ob die Gemeinschuldnerin sich während dieses Zeitraums in Verzug befand, ist für die hier zu treffende Entscheidung letztlich ohne Belang. Die Vertragsparteien haben den Vertragsstrafenanspruch der Beklagten lediglich an die Überschreitung der vertraglichen Fertigstellungsfrist geknüpft und durch die Regelung in § 4 Nr.2 Abs.1 des Generalübernehmervertrages unmissverständlich klargestellt, dass nur höhere Gewalt oder von der Beklagten zu vertretenden Gründen die Gemeinschuldnerin von der Verwirkung der Vertragsstrafe entlasten können. Daraus folgt bei gebotener sinnwahrer Auslegung der Klausel (§§ 133, 157 BGB), dass die Vertragsstrafe nach dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien abweichend von den Vorschriften der §§ 339, 286 Abs.4 BGB; 11 Nr.2 VOB/B [9] nicht davon abhängen sollte, ob die Gemeinschuldnerin ein Verschulden an der Nichteinhaltung der verbindlichen Vertragsfrist trifft. Die solcherart zum Ausdruck kommende Abstandnahme vom Erfordernis des (schuldhaften) Verzuges ist – als Individualabrede – wirksam [10]. Deshalb bedarf es auch an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung der Gründe für die unstreitige Verzögerung der Fertigstellung, die aus den Erwägungen unter 1.c) weder der Risikosphäre der Beklagten zuzuordnen sind, noch auf höhere Gewalt zurückgeführt werden können.

Auf einen Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme der Bauleistungen kommt es vorliegend nicht an, weil das Erfordernis des Vertragsstrafenvorbehalts (§ 1 Nr.4 VOB/B) in § 4 Nr.2 des Generalübernehmervertrages wirksam abbedungen ist [11].

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt Rainer Pietschmann, Berlin)

Anmerkung:

Der 5. Zivilsenat des OLG Düsseldorf unterstellt im Urteil vom 6.7.2006, dass es den „Global-Pauschalvertrag“ als institutionalisierten Vertragstypus gibt. Er lehnt sich insoweit an die Begriffsbestim-

[8] Vgl.: Langen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kom.; Teil B, § 11 Rdnr.41.

[9] Zur Geltung des § 11 Nr.2 in diesem Zusammenhang vgl. BGH, BauR 2002, 782.

[10] BGHZ 72, 178; BGHZ 82, 402; BGH, NJW-RR 1997, 686, 688.

[11] Vgl. BGH, BauR 1983, 80, 82.

mung von Kapellmann an [12]. Ob zutreffend oder nicht, ist der Begriff nur Sammelbecken für mehr oder weniger funktional beschriebene Leistungspflichten, i. d. R. verbunden mit der Übernahme von Planungsleistungen. Will man eine Art „Normalfall“ des Global-Pauschalvertrages annehmen, wäre dies wohl ein solcher, der auf einer Entwurfsplanung und einem Raumbuch oder sonstigen funktionalen Leistungsbeschreibungen beruht. Die Genehmigungs- und Ausführungsplanung liegen typischerweise in den Händen des Unternehmers [13].

Besondere weitere Probleme entstehen, wenn die funktional beschriebene Leistung den Vertragsumfang definiert, andererseits aber die Konkretisierung im Zuge der Ausführungs- und Detailplanung in den Händen des Auftraggebers verbleibt. Insofern ergibt sich daraus regelmäßig ein nach billigem Ermessen auszuübendes Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers.

Dies widerspricht allerdings der typischen Risikoverteilung des „Normalfalles“ des Global-Pauschalpreisvertrages in der Konkretisierung und Vervollständigung liegt auch die Chance der wirtschaftlichen Umsetzung, mithin die Erfüllung des funktional beschriebenen Leistungserfolges mit möglichst geringem Aufwand in der Realisierungsphase [14].

Das Oberlandesgericht hatte sich nun mit einem Global-Pauschalvertrag auseinanderzusetzen, in welchem die Baugenehmigung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon beantragt war, jedoch die Erteilung noch ausstand. Allerdings sollte der Auftragnehmer auch solche Leistungen erbringen, welche nicht konkret Gegenstand der Genehmigungsplanung waren, aber durch Auflagen oder nachträgliche Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung erforderlich werden könnten, wenn diese Anforderungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhten [15].

Der Unternehmer soll hiernach also für Planungsleistungen die wirtschaftliche Verantwortung übernehmen, welche nicht von ihm selbst erstellt wurden. Dies ist im Übrigen eine immer häufiger anzutreffende Konstellation, nämlich dass im Rahmen von pauschalisierten Bauleistungsverträgen der Unternehmer vertraglich das Risiko für die vom Auftraggeber beauftragten Planer und Fachplaner übernimmt.

Die Besonderheit des Generalübernehmervertrages liegt allerdings darin, dass eine regelmäßig hiermit verbundene „Komplettgarantie“ oder sonstige Vervollständigungsregelung die Frage der Vorteilsausgleichung bei getrennter Vergabe von Planungs- und Ausführungsleistungen („Sowieso-Kosten“) zulasten des Unternehmers löst: Dieses sonst verbleibende Risiko des Bauherrn aus An-

passungen der Planung im Zuge der Konkretisierung des Entwurfs werden vom Generalübernehmer übernommen. Insofern hat der Generalübernehmervertrag den rechtlichen Charakter einer selbstständigen Garantie.

Der 5. Senat des Oberlandesgerichtes hatte sich zugleich mit den Auswirkungen der funktional beschriebenen Leistung auf das Baugrundrisiko [16] auseinanderzusetzen. Der Senat weist, insoweit konsequent, die Planungsverantwortung für die erforderlichen Gründungsmaßnahmen vollständig dem Auftragnehmer zu. Alleine auf die Verlässlichkeit der Angaben der auftraggeberseitig gestellten Baugrundsondierungen durfte nach Ansicht des Senats der Unternehmer vertrauen.

Der Unternehmer trägt hiernach also bei dieser Konstellation das Ausführungs- und Vergütungsrisiko, wenn die Analysen der Baugrundsondierungen und ihre Bewertungen ex post betrachtet richtig waren, sich aber infolge weiterer Erkenntnisse im Zuge der Konkretisierung der Planung und Ausführung als unzureichend erwiesen haben. Dies dürfte nach Auffassung des Senats jedenfalls dann gelten, wenn auftretende Erschwernisse im Rahmen der Vorhersehbarkeit und Erkennbarkeit liegen.

Der Senat geht dann aber in der Risikoverteilung im Rahmen des Gründungsrisikos noch weiter und erlegt dem Unternehmer unter Bezugnahme auf seine Planungsverantwortung eine umfangreiche Prüfungspflicht auf:

„Diese Zusammenhänge hat das Landgericht nicht, jedenfalls nicht hinreichend gewürdigt. Richtig ist zwar, dass (der Auftragnehmer) das Gutachten nicht ignorieren durfte. Gleichwohl musste (er) aus den bereits dargelegten Gründen weiterhin in eige-

[12] Kapellmann/Schiffers: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2: Pauschalvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 11 mit Verweis auf Fußn. 3; „Unsere Formulierungen haben Eingang in die Praxis gefunden“.

[13] Kapellmann/Schiffers: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2: Pauschalvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 443–446; Verschiebung mindestens einzelner Planungsfunktionen vom AG auf den AN als notwendiges Charakteristikum des Global-Pauschalvertrages; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdnr. 1189.

[14] So auch Vygen, in: FS für Mantscheff, S. 459, 472, der darauf hinweist, dass ein AN im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung im Globalpauschalvertrag über Inhalt und Umfang aller Details des Bauwerks selbst entscheiden kann.

[15] § 5 Nr. 1 Abs. 3 (Vergütung) des streitgegenständlichen Vertrags; nach Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, Kommentar München 2003, § 2 VOB/B Rdnr. 260, stellt der Vertragsbestandteil „noch zu erteilende Baugenehmigung einschließlich aller Auflagen“ als individuelle Regelung eine besondere Risikoübernahme des AN dar. Gehört allerdings eine auftraggeberseitige Entwurfs- und Genehmigungsplanung zu den Vertragsunterlagen, so dürfe der AN von deren Richtigkeit ausgehen. Falsche Planung dürfe nicht auf den AN abgewälzt werden.

[16] Zum Begriff ausführlich: Englert/Grauvogl/Maurer, Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 832 ff.

ner Planungsverantwortung entscheiden, von welchen Bodenverhältnissen (er) für die Gründung ausgehen wollte. Hatte (er) hinsichtlich des einen oder des anderen Gutachtens Bedenken, hätte (er) als Generalübernehmer und nicht, wie das Landgericht meint, die Beklagte, die Bodenverhältnisse eigenverantwortlich prüfen und bewerten lassen müssen. Dass die Beklagte zuvor beide Gutachten beigebracht hatte, erlangt allenfalls im Rahmen der Sachmängelhaftung aus dem Gesichtspunkt einer möglichen Mitverursachung Bedeutung.“

Über die Planungsverantwortung geht damit ein Teil des Bodenrisikos auf den Auftragnehmer über, nämlich das Risiko, ob die Bodenbeschaffenheit die vorgesehene Gründung zulässt. Allein die Richtigkeit der Sondierungsergebnisse/Baugrundaufschlüsse verbleibt hiernach beim Auftraggeber. Die hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen müssen schon bei Angebotsabgabe vom Auftragnehmer geprüft und planerisch nachvollzogen werden.

Die Auslegung und Risikozuordnung erscheint bei einem Generalübernehmervertrag folgerichtig: Geschuldet ist im Rahmen der Gründung die plane-

risch-konstruktive Lösung des Unternehmers. Verlass bieten nach Ansicht des Oberlandesgerichts allein die Sondierungsergebnisse; die Unwägbarkeiten der Interpolierung – also die Rückschlüsse aus Einzelsondierungen auf den gesamten Baugrund – liegen beim Unternehmer.

Offen bleibt allerdings, wo hier die Grenze zu ziehen ist, also wann nach Treu und Glauben trotz ordnungsgemäßer Baugrunduntersuchung, Erschwernisse oder Unwägbarkeiten nicht mehr der Risikosphäre des Unternehmers zuzuordnen sind. Hier bietet es sich an, auf den gleichen Maßstab, welcher auch für den Sorgfalts- und Pflichtenmaßstab der Fachplaner auf Auftraggeberseite gilt, abzustellen.

Treten Umstände im Zuge der Ausführung auf, welche auch bei ordnungsgemäßer Baugrunduntersuchung nicht absehbar waren, muss dieses such beim Generalübernehmervertrag gelten. Eine „versteckte“ Risikozuweisung über die Planungsverantwortung kann nicht das „echte“ Baugrundrisiko auf den Unternehmer verschieben.