

Rundschreiben 12/2011

Thema: Das Wechselspiel zwischen Wartung und Verjährung / Baurecht

1. Einleitung

Das Wechselspiel zwischen Wartung und Verjährung wirft zahlreiche Rechtsfragen auf. Es setzt sich auch zunehmend in Deutschland die Erkenntnis durch, dass auch Bauwerke und Bauwerksteile einer Wartung bedürfen. Die Folgen für die Verjährung sind dabei unterschiedlich. Es ist bereits eine Weichenstellung, ob ein BGB-Werkvertrag oder ein VOB-Werkvertrag vereinbart wird. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, um welche Anlage es sich handelt, wer Partner des Wartungsvertrages ist, welchen Inhalt dieser hat und zu welchem Zeitpunkt er geschlossen wird.

2. Unterscheidung BGB und VOB/B Werkvertrag

Nachfolgende Übersicht zeigt auf, dass beim BGB-Werkvertrag im Gegensatz zum VOB/B Werkvertrag der Abschluss eines Wartungsvertrages keinen Einfluss auf die Dauer der Verjährung für Mängelansprüche hat.

	BGB Werkvertrag	VOB Werkvertrag
Mit Wartung	5 Jahre	4 Jahre (5 Jahre)
Ohne Wartung	5 Jahre	2 Jahre

Daraus folgt, dass für die weitere Betrachtung, ob die Wartung Einfluss auf die Verjährung hat, nur der VOB/B - Werkvertrag von Bedeutung ist. Das Wechselspiel wird dort näher untersucht. Hintergrund der Regelung war die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten. Die Schnittstelle Wartung und Verjährungsfrist für Mängelansprüche ist eine Besonderheit im deutschen Recht.

3. Die 2-jährige Verjährungsfrist - Vergabe *ohne* Wartungsvertrag

Bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, die nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B als Bauwerksleistungen zu qualifizieren sind, verkürzt sich die Verjährungsfrist für die Mängelansprüche auf 2 Jahre, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

3.1 Anlagenbegriff

Unter maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen sind z. B. Aufzugsanlagen, Rolltreppen, Rollbänder, ähnliche fördertechnische Anlagen, Mess- und Steuer- und Regelungseinrichtungen, Anlagen der Gebäudeleittechnik, Gefahrenmeldeanlagen zu verstehen.

Die Zuordnung der Anlagen der Gebäudeleittechnik dehnt den Anwendungsbereich der Bestimmung des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B weiter aus, da die Ausrüstung von Gebäuden mit betriebstechnischen Anlagen, deren Leitung die Aufgabe einer Gebäudeleittechnik-Anlage ist, ständig zunimmt. Sofern sich zum Anschluss an Anlagen der Gebäudeleittechnik alle betriebstechnischen Anlagen, wie z. B. heiztechnische Anlagen, kältetechnische Anlagen, raumlufttechnische Anlagen, sanitärtechnische Anlagen, elektrotechnische Anlagen, nachrichtentechnische Anlagen, fördertechnische Anlagen und Sonderanlagen, eignen, entsteht ein weiterer Anwendungsbereich für § 13 Abs 4 Nr. 2 VOB/B.

Konsequent führt § 13 Abs.4 Nr. 2 VOB/B im Bereich klassischer Bauleistungen wie z. B. der DIN 18 380 (Heizanlagen und zentrale Wassererwärmungsanlage) und DIN 18 381 (Gas-, Wasser- und Abwasser-Installationsanlagen innerhalb von Gebäuden) dazu, dass im Bereich der Mess-, Steuer- und Regeleinrichtungen sowie Gebäudeleittechnik (Abschnitt 2.7 der DIN 18 380 und Abschnitt 3.3 der DIN 18 381) ohne entsprechenden Wartungsvertrag im Vergleich zu den sonstigen Leistungen bei einem Vertrag für ein Bauvorhaben unterschiedliche Verjährungsfristen gelten. Dies ergibt sich aus § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B, der ausdrücklich erklärt, dass die Verjährungsfrist anderer Bauteile durch eine etwaige Verkürzung nicht berührt werden.

Beispiel:

Für das Leitungssystem, die Anschlüsse, die Querschnitte, die abgestimmte Auswahl der dazu gehörigen Pumpen usw. gilt die gewöhnliche Frist von 4 Jahren.

Für die Mess-, Steuer- und Regeleinrichtungen gilt eine Verjährungsfrist von 2 Jahren, sofern nicht ein Wartungsvertrag vereinbart wurde, dann gilt wieder die gewöhnliche Gewährleistungsfrist.

3.2 Wartung hat Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit

Der Wartungsvertrag ist für die Erhaltung der 4-jährigen Verjährungsfrist notwendig, wenn die Wartung die Sicherheit und die Funktionsfähigkeit der Anlage beeinflusst.

Hierüber ist nach fachtechnischen Gesichtspunkten zu befinden. Maßgeblich ist, ob die Wartung für die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Funktionstauglichkeit nach abstrakten Maßstäben geboten ist.

Es bedarf deshalb stets einer Unterscheidung, ob die betreffende Anlage bzw. Anlagenteil aus dem maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Bereich durch die Wartung in Bezug auf:

- Sicherheit
- Funktion

beeinflusst werden kann.

Die Frage der Wartungsbedürftigkeit entscheidet sich nach objektiven Gesichtspunkten, d. h. es kommt auf die Anschauung der betroffenen Fachkreise an. Im Streitfall wird dies durch einen Sachverständigen geklärt.

3.3 Wartungsvertrag nicht vereinbart

Der mit einer Bauleistung beauftragte Auftragnehmer wurde hinsichtlich der Anlagenteile nicht durch den Auftraggeber mit der Wartung beauftragt. Es ist eine Identität der Parteien zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer des Bauvertrags und des Wartungsvertrages notwendig.

Die Vergabe der Wartung durch den Auftraggeber an einen Dritten hindert die Verkürzung der Frist auf 2 Jahre nicht. Denn die Verkürzung auf 2 Jahre tritt ein, wenn sich der Auftraggeber dafür entschlossen hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen. Auftragnehmer ist wörtlich zu verstehen.

Neben dieser Unternehmeridentität ist weiter erforderlich, dass der Wartungsvertrag zeitlich die Dauer der Verjährungsfrist abdeckt.

Diese Zeitidentität ist nur gegeben, wenn der Wartungsvertrag spätestens mit dem Beginn der Verjährungsfrist zustande kommt. Demnach sollte der Wartungsvertrag bereits zusammen mit dem Bauvertrag geschlossen werden, spätestens bei der Abnahme.

Der Wortlaut des § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B verlangt eine Entscheidung des Auftraggebers, die Wartung zu übertragen oder nicht zu übertragen.

Dies setzt nach überwiegender Meinung voraus, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber, die Wartung so rechtzeitig vor Abnahme angeboten hat, damit der Auftraggeber sich noch entscheiden kann, ob er diese beauftragt oder nicht beauftragt.

Fraglich ist, welche Wirkung eine spätere Beauftragung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber auslöst. Die Vorschrift regelt dies nicht. Es wird die Auffassung vertreten, dass auch eine nachträgliche Beauftragung des Auftragnehmers noch Einfluss auf die Dauer der Verjährung nehmen kann. Zum Schutz des Auftragnehmers vor willkürlicher Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche soll dies aber noch in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Abnahme erfolgen. Als in diesem Sinne angemessener und in der Praxis praktikabler Zeitpunkt, ist eine zeitliche Differenz von bis zu 3 Wochen nach Abnahme in Erwägung zu ziehen. Die Einzelheiten sind umstritten und höchst richterlich nicht geklärt.

Einig ist man sich aber darin, dass der Verjährungsbeginn dadurch nicht beeinflusst wird. Die Verjährung selbst beginnt mit der rechtsgeschäftlichen Abnahme.

4. Die 4-jährige Verjährungsfrist - Vergabe *mit* Wartungsvertrag

Für maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionstauglichkeit hat, gilt die 4-jährige Verjährungsfrist nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B nur, wenn mit dem Auftragnehmer der entsprechenden Bauleistungen auch ein Wartungsvertrag über die Dauer der Verjährungsfrist geschlossen worden ist. Sinn und Zweck der Regelung ist es, dass der Auftragnehmer seine eigene Leistung und die damit verbundene Mängelhaftung während der Dauer der Verjährungsfrist durch eigene laufende Kontrollen „quasi“ in der Hand behält.

Der Vertragspartner des Bau- und des Wartungsvertrages muss damit *identisch* sein. Dabei kommt es auf eine Unternehmeridentität im rechtlichen Sinn an.

Eine bloße wirtschaftliche Identität genügt nicht.

Betreibt folglich der Auftragnehmer zugleich unter einer anderen Firma ein Wartungsunternehmen, genügt dessen Beauftragung seitens des Auftraggebers mit dem Wartungsvertrag für die Beibehaltung der 4-jährigen Verjährungsfrist grundsätzlich nicht. Die Einschaltung eines solchen Serviceunternehmens als Nachunternehmer des Auftragnehmers schadet dagegen nicht.

Beauftragt der Auftraggeber externe Dritte bzw. führt er selbst die Wartung durch, liegt ebenfalls keine Unternehmeridentität vor, so dass sich die Verjährung mangels Wartung durch den Auftragnehmer verkürzt. Anders soll dies sein, wenn die Beauftragung des Dritten mit Zustimmung des Auftragnehmers erfolgt.

Neben der „Unternehmeridentität“ ist eine „Zeitidentität“ erforderlich.

Der Wartungsvertrag muss notwendig den Zeitraum der Gewährleistungsfrist abdecken.

Folglich muss deshalb dieser Wartungsvertrag spätestens zum Zeitpunkt der rechtsgeschäftlichen Abnahme der Bauleistung zustande kommen und den Verjährungszeitraum abdecken, was ein rechtzeitiges Angebot des Auftragnehmers voraussetzt.

Haben Auftraggeber und Auftragnehmer im Bauvertrag als Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche bezüglich solcher Anlagen und Anlagenteile, die § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B unterfallen, eine die 4-Jahresfrist übersteigende Verjährungsfrist vereinbart, gilt die Regelung ebenso. Bereits zur VOB/B 2002 vertrat der überwiegende Teil der Literatur die Auffassung, dass diese Regelung auch bei Vereinbarung längerer Fristen als der Regelverjährungsfrist zur Anwendung kommt. Mit der Änderung der VOB/B 2006 ist die Streitfrage ausdrücklich geregelt worden.

Fraglich ist, welche Auswirkung eine Kündigung des Wartungsvertrages auf die Dauer der Gewährleistungsfrist hat. Sinn und Zweck der Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche mit Abschluss eines Wartungsvertrages würde verloren gehen, wenn der Vertrag nicht über die Dauer der Verjährungsfrist hinaus erhalten bleibt. Höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu existiert ebenfalls nicht. Im Sinne eines Interessenausgleiches wird man wohl wie folgt differenzieren müssen:

Bei Kündigung des Wartungsvertrages durch den Auftraggeber muss wiederum unterschieden werden zwischen einer ordentlichen (freien) Kündigung und einer außerordentlichen Kündigung.

Bei einer ordentlichen Kündigung wird man als Auftragnehmer argumentieren können, dass in diesem Fall sich der Auftraggeber so behandeln lassen muss, als habe er sich gegen die Übertragung eines Wartungsvertrages entschieden. Es kommt dann zu einer nachträglichen Verkürzung der Verjährungsfrist auf 2 Jahre. Kündigt der Auftraggeber nach einer Laufzeit von 2 Jahren, aber noch vor Ablauf der 4-jährigen Verjährungsfrist (bzw. 5-jährigen Verjährungsfrist) für Mängelansprüche, verjähren etwaige Mängelansprüche mit dem Wirksamwerden der Kündigung.

Kündigt der Auftraggeber außerordentlich fristlos wegen Pflichtverstößen des Auftragnehmers, wird man die Haftung des Auftragnehmers für Mängelansprüche bis zum Ende der ursprünglichen 4-jährigen Verjährungsfrist annehmen müssen. Der Auftragnehmer hat die Ursache für die vorzeitige Beendigung des Wartungsvertrages gesetzt, so dass er nicht hierdurch zusätzliche Vorteile erhalten soll.

Bei Kündigung des Wartungsvertrags durch den Auftragnehmer muss man ebenfalls zwischen der ordentlichen (freien) Kündigung und der außerordentlichen Kündigung unterscheiden.

Eine ordentliche Kündigung wird nicht in Betracht kommen, da beim Werkvertragsrecht eine freie Kündigung dem Auftragnehmer nicht eingeräumt wird.

Bei einer außerordentlichen Kündigung, wenn der Auftraggeber die Ursache gesetzt hat, muss dies zu einer nachträglichen Verkürzung der ursprünglichen 4-jährigen Verjährungsfrist zu Gunsten des Auftragnehmers führen. Muss der Auftragnehmer den Wartungsvertrag nach einer Laufzeit von 2 Jahren, aber noch vor dem Ablauf der 4-jährigen Verjährungsfrist kündigen, sollen etwaige Mängelansprüche zu Lasten des Auftraggebers mit Zugang der Kündigungserklärung verjähren.

Die vorstehenden Ausführungen beruhen auf Meinungen in der Literatur und sind durch die Rechtsprechung nicht abgedeckt.

5. Auftritt von Mängelsymptomen

Treten innerhalb der Verjährungsfrist Mängelsymptome in Erscheinung, beurteilt sich dieser ausschließlich nach den Regeln des geschlossenen Bauvertrages. Dem Wartungsvertrag kommt keine eigenständige Bedeutung für die Beurteilung des Sachverhalts zu.

Der Sachverhalt ist allein nach den Regeln des Bauvertrages zu beurteilen. Der Wartungsvertrag hat primär Bedeutung nur für die Dauer der Verjährungsfrist.

Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Auftragnehmers ist, dass der Mangel auf der Vertragswidrigkeit der Leistung des Auftragnehmers beruht; § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B.

Der Wartungsvertrag führt zu Lasten des Auftragnehmers zu allenfalls zu einem Einwendungsausschluss:

Der häufige Einwand des Auftragnehmers auf eine Mängelrüge hin, dass das Werk nicht ordnungsgemäß gepflegt und gewartet worden sei und dies die Ursache für den Mangel bilde, greift nicht durch.

Im Einzelfall kann sich eine Abwicklung einer Störung nach Dienst- oder Werkvertragsregeln des Wartungsvertrages ergeben, wenn der Beweis misslingt, dass der Keim für den Mangel bereits zurzeit der Abnahme vorhanden war, aber die Ursache in Wartungsunzulänglichkeiten gesehen werden kann.

6. Checkliste Wartungsvertrag

CHECKLISTE	
Bauvertragstyp	VOB / B
Anlage bzw. Anlagenteil	Bereich: - maschinelle - elektrotechnische - elektronische Einfluss: - Sicherheit - Funktion
Wartungsvertrag	Abschluss: - ja keine Verkürzung - nein Verkürzung
Parteien	Unternehmeridentität bei AG und AN bezüglich - Bauvertrag - Wartungsvertrag
Zeitdauer	Zeitidentität zwischen: - Bauvertrag - Wartungsvertrag
Zeitpunkt	Vereinbarung Wartungsvertrag spätestens bis Abnahme Bauvertrag

7. Zusammenfassung

Die Ausführungen belegen, dass es eine Reihe von rechtlichen Schwierigkeiten im Wechselspiel zwischen Wartung und Verjährung gibt, die es zu beachten gilt.