

## Rundschreiben 02/2013

### Thema: Das Märchen vom versteckten oder verdeckten Mangel / Baurecht

#### 1. Einleitung

Das Märchen vom „versteckten“ Mangel wird von einer Generation Baumensch an die nächste Generation Baumensch weitergegeben. Die bloße Wiederholung macht dieses Märchen nicht realistischer. Das Deutsche Recht, d.h. weder das BGB-Werkvertragsrecht, noch die VOB/B, kennen einen so genannten „verdeckten“ Mangel, der zu einer verlängerten Verjährungsfrist für Mängelansprüche führt. Nach Ablauf von 5 Jahren (BGB-Werkvertrag) bzw. in der Regel 4 Jahre (VOB/B-Vertrag), gerechnet ab Abnahme der Leistung des Auftragnehmers, sind Mängelansprüche des Auftraggebers verjährt. Der Auftraggeber hat nur dann eine Chance, wenn ein Mangel arglistig verschwiegen wurde oder die Grundsätze des Organisationsverschuldens greifen.

#### 2. Verjährungsfristen nach VOB/B

Die Dauer der Verjährung ist in § 13 Abs. 4 VOB/B geregelt. Die regelmäßigen Verjährungsfristen ergeben sich aus nachfolgender Übersicht:

Verjährung nach VOB/B	
Dauer	Leistungsgegenstand
4 Jahre	Bauwerke und Arbeiten an Bauwerken
2 Jahre	Arbeiten an einem Grundstück
2 Jahre	vom Feuer berührte Teile von Feuerungsanlagen
2 Jahre	Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat und der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Wartung <u>nicht</u> übertragen hat.
1 Jahr	feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Fertigungsanlagen

Die vorstehenden Verjährungsfristen beginnen mit der Abnahme der Leistung des Auftragnehmers. Es ist für beide Seiten empfehlenswert, die Abnahme schriftlich zu dokumentieren, d. h. eine förmliche Abnahme durchzuführen.

Eine Besonderheit der VOB/B ist die Regelung des § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B.

Nach dieser Vorschrift beginnt eine neue Verjährungsfrist von 2 Jahren, wenn der Auftraggeber einen Mangel schriftlich rügt – aber nur bezogen auf das gerügte Mangelsymptom. Diese Wirkung tritt mit Zugang des Mängelbeseitigungsverlangens beim Auftragnehmer ein, mit diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährungsfrist erneut. Maßgeblich ist dabei, dass nur die erste schriftli-

che Rüge zum Neubeginn der Verjährungsfrist führt<sup>1</sup>. Das Planungsbüro ist gut beraten, wenn es diese Mängelrüge beweisbar zugehen lässt.

Diese Regelung darf natürlich nicht zu einer Verkürzung der Verjährungsfrist führen, wenn der Auftraggeber bereits kurz nach Abnahme den Mangel gerügt hat. Deshalb bestimmt die Vorschrift, dass der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel nicht vor Ablauf der Regelfrist nach § 13 Abs. 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist verjährt. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass, wenn ein Mangel 3 oder 4 Jahre nach Abnahme schriftlich gerügt wird, die Verjährungsfrist für die Mängelansprüche bezüglich dieses Symptoms erst 2 Jahre später, und damit sogar länger als nach der gesetzlichen Verjährungsfrist von 5 Jahren endet. Wurde im Vertrag sogar eine Verjährungsfrist von 5 Jahren für die Mängelansprüche vereinbart, so kann durch die schriftliche Mängelrüge eine Verjährungsfrist von bis zu 7 Jahren – je nach dem Zeitpunkt der schriftlichen Mängelrüge – eintreten.

### **3. Was gilt bei versteckten oder verdeckten Mängeln?**

Bei versteckten oder verdeckten Mängeln, also nicht sichtbaren Mängeln, gibt es keine besondere Regelung. Bereits durch eine einfache Überlegung müsste den am Bau Beteiligten klar sein, dass die bloße Nichtsichtbarkeit eines Mangelsymptoms nicht bedeutet, dass dann Verjährungsfristen nicht greifen. Wäre dies der Fall, könnte das BGB bzw. die VOB/B getrost auf eine Verjährungsfrist verzichten. Es ist geradezu der Regelfall, dass ein Mangel, der im Übrigen bereits bei Abnahme vorhanden sein muss bzw. dem Keime nach vorhanden sein muss, nicht sichtbar ist. Falls ein sichtbarer Mangel vorliegt, ist dies häufig ein bekannter Mangel. Der Auftraggeber muss sich aber sowohl beim BGB-Vertrag als auch beim VOB/B-Vertrag bekannte Mängel bei der Abnahme vorbehalten, ansonsten verliert er einen Teil seiner Mängelansprüche, vgl. § 640 Abs. 2 BGB. Es ist zwar einzuräumen, dass ein sichtbarer Mangel nicht unbedingt auch ein bekannter Mangel sein muss, der Anwendungsbereich von Verjährungsvorschriften wäre aber dennoch äußerst gering. Es gäbe dann gar keine sinnvollen Verjährungsfristen mehr.

Sinn und Zweck einer Verjährungsvorschrift ist es, dass Rechtsfrieden zwischen den Beteiligten eintritt. Dem Auftraggeber wird eine bestimmte Zeitspanne je nach Leistungsgegenstand zugebilligt, innerhalb derer er den Auftragnehmer in Anspruch nehmen kann, wenn er möchte. Läuft diese Zeitspanne ab, kann der Auftraggeber Mängelrechte nicht mehr durchsetzen. Verjährungsfristen sind also Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen, haben aber nichts mit Haltbarkeit zu tun. In der Praxis ist häufig eine Verwechslung von Verjährungsfristen mit Haltbarkeitsfristen festzustellen. Es besteht der Irrtum, dass jedes auftretende, nachteilige Symptom innerhalb der Verjährungsfrist automatisch dem Auftragnehmer zuzurechnen ist. Dies ist falsch. Der Auftraggeber muss sogar nachweisen, dass das aufgetretene Symptom tatsächlich ein Mangel im Rechtssinn ist, d. h. bei Abnahme (wenn auch noch nicht sichtbar) vorhanden war bzw. zumindest dem Keime nach.

Ein weiterer weit verbreiteter Irrtum ist es, dass bei einem so genannten versteckten oder verdeckten Mangel, den das Recht gar nicht kennt, eine Verjährungsfrist von 30 Jahren greift. Eine 30jährige Verjährungsfrist für Mängel kennt weder das BGB-Vertragsrecht, noch die VOB/B.

### **4. Die Haftung wegen Arglist/Organisationsverschulden. Ein Ausweg?**

Fakt ist, dass es den so genannten verdeckten oder versteckten Mangel nicht gibt. Dennoch hat dieses Märchen eine gewisse reale Wurzel. Gemeint ist die Haftung wegen Arglist bzw. Organisationsverschulden.

Früher betrug die Haftung des Auftragnehmers für arglistig verschwiegene Mängel tatsächlich 30 Jahre<sup>2</sup>. Seit der Schuldrechtsreform, d. h. dem 01.01.2002, ist die Sachlage anders.

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf BauR 1998, 549

<sup>2</sup> OLG München, BauR 1998, 129

Nach § 634a Abs. 3 BGB, der auch im Rahmen eines VOB/B-Vertrages zu berücksichtigen ist, verjähren Ansprüche wegen arglistig verschwiegener Mängel innerhalb der Regelverjährungsfrist von 3 Jahren, wenn nicht sowieso eine längere Verjährungsfrist gilt. Dann bleibt es natürlich bei der anderen gesetzlichen bzw. vertraglichen Verjährungsfrist. Diese Verjährung beginnt erst, wenn der Auftraggeber Kenntnis vom Mangel hat bzw. nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht hat.

Arglist lag und liegt vor, wenn der Auftragnehmer oder dessen Beauftragter sich bewusst ist, dass eine bestimmte Tatsache für die Entscheidung seines Auftraggebers erheblich ist, dass er also nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und dies dennoch nicht macht<sup>3</sup>. Verschweigt der Auftragnehmer, dass bei dem von ihm errichteten Bauwerk die vereinbarte Beschaffenheit fehlt, handelt er arglistig. Sofern der Auftragnehmer die Durchführung einer von ihm geschuldeten Leistung vortäuscht, die er tatsächlich nicht ausgeführt hat, ist dies ebenfalls wie eine arglistige Täuschung zu behandeln. Arglist liegt auch vor, sofern der Auftragnehmer dem Auftraggeber vorspiegelt, eine Leistung entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen ausgeführt und dies auch zu den Vertragspreisen abgerechnet zu haben, tatsächlich aber eine ganz andere Ausführung gewählt hat<sup>4</sup>. Auch der Auftragnehmer, der bewusst abweicht vom Vertrag oder einen nicht erprobten Baustoff verwendet, handelt arglistig<sup>5</sup>.

Das Problem in der Baupraxis liegt darin, dass der Auftraggeber die Beweislast für ein arglistiges Verhalten des Auftragnehmers hat. Meist sind Jahre vergangen, Unterlagen verschwunden oder Zeugennamen unbekannt.

In der Baupraxis Arglist nachzuweisen, ist äußerst schwierig. Deshalb wurde seitens der Rechtsprechung das Institut des Organisationsverschuldens des Auftragnehmers entwickelt. Danach haftet der Auftragnehmer wie bei Arglist, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Die dem Auftragnehmer obliegende Pflicht zur Offenbarung von Mängeln soll nicht dadurch ausgehöhlt werden, in dem sich dieser erfolgreich auf eine fehlende Kenntnis der entsprechenden Mängel berufen kann.<sup>6</sup> Es ist denkbar, dass sich der Auftragnehmer bewusst in die Lage versetzt, in dem er aufgrund organisatorischer Maßnahmen dafür sorgt, dass ihm die gebotene Kenntnis nicht mehr zur Verfügung steht bzw. sogar so weit geht, sich nicht mehr der erforderlichen Mitarbeiter bedient, die er normalerweise benötigen würde, um seiner Pflicht, Mängel zu offenbaren, nachzukommen. Daher ist der Auftragnehmer in der Pflicht, die erforderlichen organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, eine sachgerechte Überprüfung des Werks vornehmen zu können.

Sofern der Auftragnehmer gegen diesen Grundsatz verstößt, insbesondere, wenn er das Bauwerk arbeitsteilig herstellen lässt, ohne die organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, die erforderlich sind, um selbst sachgerecht beurteilen zu können, ob das Bauwerk bei der Abnahme mangelfrei ist, soll der Auftragnehmer nach Auffassung des BGH genauso behandelt werden, als ob ihm eine arglistige Täuschung vorzuwerfen wäre.<sup>7</sup>

Voraussetzungen für ein Organisationsverschulden sind:

- Mangelnde/mangelhafte Sicherstellung einer ausreichenden Überwachung oder Überprüfung durch den Auftragnehmer oder seiner Erfüllungsgehilfen.
- Als Folge davon: Der Auftragnehmer kann seiner vertraglichen Nebenpflicht nicht nachkommen, dem Auftraggeber Mängel zu offenbaren.

---

<sup>3</sup> BGH BauR 1986, 215

<sup>4</sup> BGH NJW 1967, 340, 342

<sup>5</sup> BGH BauR 2002, 1401, 1402

<sup>6</sup> Thüringisches OLG, Baurecht 2001, 1124

<sup>7</sup> BGH, Baurecht 1992, 500; Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 143, 2003

## **5. Zusammenfassung**

Im Ergebnis kann das Planungsbüro für den Auftraggeber den Auftragnehmer nur dann erfolgversprechend in Anspruch nehmen, wenn die Verjährungsfrist abgelaufen ist und wenn eine Arglisthaftung oder ein Organisationsverschulden des Auftragnehmers vorliegt. Die Voraussetzungen sind im Einzelfall schwierig nachzuweisen.