

Rundschreiben 11/2016

Thema: Unterscheidung Gewährleistung und Garantie / Baurecht

1. Einleitung

Die nachfolgende Darstellung, insbesondere auch das angefügte Informationsblatt, dienen der Aufklärung zum Themenkomplex Abgrenzung Mängel, Verschleiß und Garantie. Gleichzeitig geht die Darstellung darauf ein, dass die Beweislast meist streitentscheidend ist und dass die Abnahme hinsichtlich der Beweislast ein Dreh- und Angelpunkt am Bau ist. Schließlich wird auch auf die Bedeutung der Verjährungsfristen eingegangen, die keine Haltbarkeitsfristen darstellen, sondern vielmehr „Rechtsfriedensfristen“ sind. Sie bezeichnen den Zeitraum, der einem Auftraggeber zur Verfügung steht, um – gegebenenfalls mit gerichtlicher Hilfe – den Auftragnehmer in Anspruch zu nehmen.

Die Darstellung endet mit Ausführungen zur Arglist und dem so genannten Organisationsverschulden. Das so genannte angebliche „Haftungsinstitut des versteckten Mangels“ wird als Märchen entlarvt. Im Einzelnen:

2. Unterschiede Mängel, Verschleiß, Garantie

In der Baupraxis werden die Begriffe Mangel, Garantie und Verschleiß selbst von erfahrenen Bauleitern sowohl auf Auftraggeber als auch Auftragnehmerseite missverstanden. Die Begriffe „Gewährleistung“ und „Garantie“ werden synonym verwandt, ohne dass auch nur ein Gedanke an mögliche Unterschiede verschwendet wird.

Ein **Mangel** liegt nur vor, wenn dieser bei der Abnahme bereits vorhanden bzw. dieser dem Keime nach angelegt war.

Ein **Verschleiß** liegt vor, wenn nach Abnahme durch Abnutzung oder Witterung nachteilige Veränderungen auftreten.

Eine **Garantie** liegt vor, wenn unabhängig vom Zeitpunkt der Abnahme durch den Auftragnehmer beispielsweise eine besondere Eigenschaft oder eine Mangelfreiheit für einen bestimmten Zeitraum versprochen wird.

Häufig werden diese Begriffe nicht scharf voneinander getrennt, wobei insbesondere die Auftragnehmerseite häufig in Unkenntnis der tatsächlichen Rechtslage von einer gesetzlichen Verpflichtung zur Mängelbeseitigung ausgeht.

Aber auch die Auftraggeberseite setzt häufig jede nachteilige Erscheinung am Bau, unabhängig vom Zeitpunkt ihres Auftretens, automatisch mit der gesetzlichen Mängelhaftung gleich. Bewusst oder unbewusst wird zwar von Mängeln gesprochen, tatsächlich aber vom Auftragnehmer eine Garantie gefordert.

Beispiel:

4 Jahre nach Abnahme zeigen sich am Bauvorhaben Risse im Putz.
Ursache dieser Risse ist eine zu dünn aufgetragene Putzschicht.

Im vorstehenden Beispiel handelt es sich um einen Mangel, da bereits zum Zeitpunkt der Abnahme die Leistung des Auftragnehmers nicht vertragsgemäß war. Die Risse waren zwar zum Zeitpunkt der Abnahme noch nicht sichtbar, sie haben aber ihre Ursache in einem Fehler des Auftragnehmers, der bereits vor Abnahme gesetzt war, nämlich die zu dünne Putzschicht. In diesem Beispiel ist der Auftragnehmer in der Mängelhaftung, sofern der Mangel innerhalb der Verjährungsfrist aufgetreten und der Auftraggeber rechtzeitig vorgegangen ist.

Beispiel:

4 Jahre nach Abnahme zeigen sich bei einer elastischen Fuge am Bauvorhaben Risse.
Ursache hierfür sind Witterungseinflüsse.

Im vorstehend gezeigten Beispiel haftet der Auftragnehmer nicht, da es sich um Verschleiß handelt. Ursache der „Mängelscheinung“ ist der Witterungseinfluss, nicht eine fehlerhafte Leistung des Auftragnehmers. Dabei ist es gänzlich gleichgültig, wann diese Verschleißerscheinung aufgetreten ist, d.h. innerhalb der Verjährungsfrist oder außerhalb der Verjährungsfrist. Der Auftragnehmer haftet nicht.

Beispiel:

4 Jahre nach Abnahme zeigen sich bei einer elastischen Fuge Risse. Der Auftragnehmer hat im Bauvertrag erklärt, dass er 5 Jahre für die Rissfreiheit der Fugen eintritt.
Ursache der Risse sind Witterungseinflüsse.

Im vorstehenden Beispiel haftet der Auftragnehmer aufgrund der vertraglich dem Auftraggeber eingeräumten Garantie. Der Auftragnehmer haftet nicht nach der gesetzlichen Mängelhaftung, da es sich eigentlich naturgemäß um eine Verschleißerscheinung handelt. Im vorliegenden Fall hat aber der Auftragnehmer freiwillig über die gesetzlichen Vorschriften hinaus eine zusätzliche vertragliche Verpflichtung übernommen, in dem er die Rissfreiheit garantiert hat.

Bei der Garantie, sofern sie in dieser Form abgegeben wird, haftet der Auftragnehmer verschuldensunabhängig innerhalb des garantierten Zeitraums.

HINWEIS:

Die Unterscheidung dieser Begriffe ist äußerst wichtig. Beim Auftreten von „Mängelsymptomen“ wird man häufig zunächst nicht eindeutig sagen können, ob hier eine Mängelhaftung, eine Verschleißerscheinung oder aber eine Garantiehafung vorliegt. Gerade bei der Abgrenzung zwischen der gesetzlichen Mängelhaftung und der Verschleißerscheinung bestehen naturgemäß unterschiedliche Auffassungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, die im Streitfall nur durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden können. Dabei ist die Feststellung der Ursache das entscheidende Abgrenzungskriterium. Gelingt es dem Auftraggeber nach der Abnahme nicht, mittels eines Sachverständigengutachtens nachzuweisen, dass der Mangel bei der Abnahme bereits vorhanden oder zumindest dem Keime nach angelegt war, wird der Auftragnehmer meist den Mangel zurecht zurückweisen können.

Nach der Abnahme gehen Zweifel zu Lasten des Auftraggebers, da dieser nun die Beweislast für die Mangelhaftigkeit des Werkes trägt.

Aus den vorstehenden Ausführungen wird auch ein weiteres häufiges Märchen vom sogenannten „verdeckten Mangel“ deutlich.

Viele am Bau Beteiligte gehen automatisch beim Auftreten von Mängelerscheinungen nach Abnahme davon aus, dass angeblich der Auftragnehmer einer 30jährigen Haftung unterliegt, weil es sich um einen „verdeckten bzw. versteckten“ Mangel handelt.

Dies ist falsch! Die meisten Mängel sind zunächst nicht sichtbar, somit dem Begriff nach versteckt bzw. verdeckt. Würde dies stets eine 30jährige Verjährungsfrist nach sich ziehen, würde es der gesetzlichen Verjährungsfrist von 5 Jahren bzw. nach VOB von 4 Jahren gar nicht bedürfen. Der Auftragnehmer würde dann immer die „gerühmten 30 Jahre“ haften.

In diesen Fällen wird die Mängelhaftung mit der Haftung wegen Organisationsverschulden vermengt (vgl. später unter Verjährung).

3. Zeitpunkt der Mangelfreiheit

Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob eine Leistung mangelfrei ist, ist der Zeitpunkt der Abnahme.

Es lohnt sich aus Auftragnehmersicht auch bei Mängeln am Bau nicht, die Abnahme zu verzögern!

Nicht maßgeblich ist der Zeitpunkt des

- Vertragsschlusses und der
- Leistungsausführung.

Ein Mangel liegt nur vor, wenn im Zeitpunkt der Abnahme ein Mangel vorliegt. Treten innerhalb der Verjährungsfrist „Mängelsymptome“ auf, so ist stets zu fragen, ob diese auf Mängel zum Zeitpunkt der Abnahme zurückzuführen sind!

Beruhet das später in Erscheinung tretende Symptom ausschließlich auf den vertragsgerechten Gebrauch (natürliche Abnutzung) oder auf einen außergewöhnlichen überobligatorischen/unsachgemäßen Gebrauch des Auftraggebers, handelt es sich um **Verschleiß- und Abnutzungserscheinungen**, die nicht auf Mängel des Werkes im Zeitpunkt der Abnahme beruhen und damit **keinen Sachmangel** darstellen!¹

HINWEIS:

Dies wird von vielen am Baubeteiligten nicht erkannt. Es besteht landläufig die Meinung, dass jeder innerhalb der Verjährungsfrist auftretende Mangelsymptom durch den Auftragnehmer zu beseitigen ist. Falsch! **Keine Haftung für Verschleiß oder Abnutzung!**

War der Mangel bereits im Keim zum Zeitpunkt der Abnahme angelegt, dann haftet der Auftragnehmer tatsächlich innerhalb der Verjährungsfrist.

Ist dies nicht der Fall, haftet der Auftragnehmer nicht. **Es handelt sich eben nicht um eine Garantie!** Nur bei einer Garantie wird innerhalb einer bestimmten vereinbarten Frist unabhängig von der Ursache für das Auftreten von Mängeln gehaftet. Eine derartige Garantie sehen das BGB und die VOB/B grundsätzlich nicht vor.

¹ Der DVA hat angeregt, zukünftig gewerkspezifisch in den einzelnen DIN-Normen zu regeln, wann in den einzelnen Leistungsbereichen typischerweise Verschleiß oder Abnutzung vorliegen.

4. Beweislast

Gleichgültig, ob BGB-Bauvertrag oder VOB/B-Bauvertrag, gilt für die Beweislastverteilung folgendes:

Beweislast	
vor der Abnahme	Auftragnehmer
nach der Abnahme	Auftraggeber
bei der Abnahme vorbehaltener Mängel	Auftragnehmer

HINWEIS:

Auftraggebern, aber auch den Auftragnehmern, ist zu empfehlen, gerade im Hinblick auf die damit verbundene Beweislastumkehr bei der Abnahme des Bauwerks einen Sachverständigen bzw. einen Architekten zu Rate zu ziehen. Nicht am falschen Ende sparen!

Mängel können so frühzeitig erkannt werden, bei gravierenden Mängeln kann die **Abnahme verweigert** werden, bei kleineren Mängeln kann bei der Abnahme ein **Vorbehalt erklärt** werden.

Ein **schriftliches Abnahmeprotokoll** ist für beide Seiten unbedingt empfehlenswert.

5. Verjährung der Mängelansprüche nach BGB und VOB/B

5.1. Verjährungsfristen im Baurecht

Nachfolgende Tabelle stellt die Änderungen alt (vor 2002)/neu (ab 2002), die im Bereich des Bauvertrags relevant sind, gegenüber:

Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
Mängelansprüche BGB	<p>1 Jahr: Arbeiten an Grundstücken</p> <p>5 Jahre: Arbeit bei Bauwerk²</p> <p>§ 638 BGB</p>	<p>2 Jahre: bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht.</p> <p>5 Jahre: bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür besteht.</p> <p>§ 634 a Abs. 1 Nr.1, 2 BGB</p>	<p>Die Frist beginnt mit der Abnahme.</p> <p>Eine schriftliche Mängelrüge führt im BGB weder zu einer Hemmung noch zu einem Neubeginn.</p> <p>Nachbesserungsarbeiten unterliegen im BGB keiner gesonderten Verjährung, d. h. verkürzter Verjährung.</p>

² Bauwerk ist die Neuerrichtung von Gebäuden. Veränderungen der Gebäudesubstanz, z. B. Reparatur, Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk nur, wenn sie für Konstruktion, Bestand und Erhaltung oder Nutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden.

Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
Mängelansprüche VOB/B	<p>2 Jahre: für Bauwerke und für Holzkrankungen</p> <p>1 Jahr: für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen</p> <p>1 Jahr: bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, wenn der AN dem AG die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht übertragen hat, sonst 2 Jahre.</p> <p>§ 13 Nr. 4 VOB/B</p>	<p>4 Jahre: für Bauwerke Nicht gegenüber Verbrauchern!</p> <p>2 Jahre: für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen</p> <p>2 Jahre: bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionalität hat, wenn der AG dem AN während der Verjährungsfrist nicht die Wartung übertragen hat, sonst 4 Jahre.</p> <p>1 Jahr: für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen.</p> <p>5 Jahre: gegenüber Verbrauchern § 13 Abs. 4 VOB/B</p>	<p>Die Frist beginnt mit der Abnahme. Eine schriftliche Mängelrüge führt bei der VOB/B zu einer Quasi-Verjährungsneubeginn. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist von 4 Jahren oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Abgenommene Nachbesserungsarbeiten unterliegen ihrerseits einer eigenständiger 2 jährigen Verjährung, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist von 4 Jahren oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.</p>
Haftung wegen Arglist/ Organisationsverschulden BGB und VOB/B	<p>30 Jahre: Arglist³ setzt grundsätzlich vorsätzliches Handeln voraus. Der BGH hat die verlängerte Haftung für Arglist auch dann angewendet, wenn der Bauunternehmer in seinem Betrieb nicht organisatorisch sichergestellt hatte, dass im Rahmen einer Qualitätskontrolle vor der Abnahme Mängel festgestellt wurden (Organisationsverschulden)</p>	<p>3 Jahre: Regelfrist</p> <p>nicht vor Ablauf 5 Jahre: bei Bauwerken und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, da ansonsten die Verjährungsfrist wegen Arglist/ Organisationsverschulden kürzer wäre, als die normale Verjährungsfrist. Obergrenzen: <i>Gesundheitsschäden:</i> spätesten 30 Jahren ab Pflichtverletzung <i>sonstige Schäden:</i> spätestens 10 Jahren ab Entstehung des Schadens,</p>	<p>Frist beginnt mit Ablauf des Jahres in dem Anspruch entstanden ist, und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.</p>

³ Arglist liegt vor, wenn der Auftragnehmer sich darüber bewusst ist, dass bestimmte Umstände für Entscheidungen des Auftraggebers von erheblicher Bedeutung sind, so dass er nach Treu und Glauben dazu verpflichtet wäre, dem Auftraggeber Mitteilung über diese Umstände zu machen; BGH BauR 1986, 215. Arglist liegt auch vor, wenn der Auftraggeber vortäuscht, eine geschuldete Leistung erbracht zu haben, obwohl diese tatsächlich nicht ausgeführt wurde. Gleiches gilt, sofern ein Auftraggeber vorspiegelt, eine Leistung entsprechend den vertraglichen Leistungen ausgeführt und diese auch zu Vertragspreisen abgerechnet zu haben, tatsächlich aber eine ganz andere Art der Ausführung wählt.

Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
	§ 638 BGB	spätestens jedoch in 30 Jahren ab Pflichtverletzung §§ 634a Abs. 3, 195 BGB	
Positive Vertragsverletzung (pVV)	30 Jahre: Schäden, die sich als entfernte Folge eines Mangels darstellten, waren nicht nach § 635 BGB a. F., sondern nach den Grundsätzen der im Gesetz nicht geregelten pVV zu erstatten. § 195 BGB	3 Jahre: Regelfrist Allerdings unterfallen nunmehr enge und entfernte Mangelfolgeschäden unter den Begriff des Sachmangels, so dass insoweit auf die Verjährungsfristen bei Mängelansprüche BGB Mängelansprüche VOB/B zu verweisen ist. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB	pVV nun in §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB gesetzlich geregelt Unterscheidung zwischen Mangelschaden, nahem und entferntem Mangelfolgeschaden entfällt. Eines der schwierigsten Abgrenzungsprobleme wurde damit größtenteils beseitigt. Die Wertung der Rechtsprechung war in diesem Bereich früher nicht vorhersehbar.

Die vorstehend genannten Verjährungsfristen betreffen Mängelrechte nach Abnahme. Die werkvertraglichen Mängelansprüche des Auftraggebers unterliegen nach einer Entscheidung des BGH⁴ auch dann der Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F., wenn sie vor der Abnahme entstanden sind. Die Verjährungsfrist beginnt erst zu laufen, wenn die Abnahme erfolgt oder endgültig verweigert wird⁵. Offen gelassen wurde, ob dies auch für § 634a BGB gilt⁶.

HINWEIS:

- Bei der Verjährung der Mängelansprüche kann die Abgrenzung zwischen Arbeiten am Bauwerk (5 Jahre) und reinen Instandsetzungs- und Änderungsarbeiten am Bauwerk (2 Jahre) schwierig sein. Unter einem Bauwerk versteht die Gesetzesbegründung in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Dazu gehören auch Arbeiten, die für Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind, wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden.
Maßgeblich ist somit, inwieweit die Arbeiten für die Erneuerung und den Bestand des Hauses **von wesentlicher Bedeutung** sind.
- Beim VOB/B Vertrag kann der Auftraggeber versuchen, im **Bauvertrag eine anderweitige Verjährungsfrist**, meist **5 Jahre**, zu vereinbaren. Dadurch kann der Auftraggeber erreichen, die Verjährungsfrist für erkannte und gerügte Mängel bis zu 7 Jahre zu erreichen.⁷
Entscheidend ist die vertragliche Vereinbarung! Sorgfältig sollte auch geprüft werden, ob nicht bei fehlenden vertraglichen Verjährungsfristen, eine ältere Fassung der VOB/B mit den noch kürzeren Verjährungsfristen vorliegt bzw. vereinbart ist. Gerade in der Übergangsphase ist noch mit älteren ausgehändigten VOB/B Fassungen zu rechnen!
- Beim VOB-Bauvertrag sollte der **Auftragnehmer** darauf achten, dass die **VOB/B insgesamt** vereinbart ist, da die kurze Verjährung in der VOB/B einer „isolierten

⁴ BGH Urteil vom 08.07.2010, Aktenzeichen VII ZR 171/08 in Abkehr von BGH IBR 2000, 30

⁵ BGH Urteil vom 08.07.2010, Aktenzeichen VII ZR 171/08 in Abkehr von BGH IBR 2000, 30

⁶ Dafür: Acker/Roskosny, BauR 2003, 1279, 1286; Preussner, Festschrift für Kraus, 179, 200; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 12. Teil, Rn. 506, 3. Auflage 2008

⁷ Nachteil könnte sein, dass hierdurch von der VOB/B abgewichen wird, mit der Konsequenz, dass eine Reihe für den Auftraggeber günstige Klauseln der VOB/B gegenüber dem Auftragnehmer unwirksam wären. In diesem Sinne, aber wenig überzeugend OLG München IBR 1994, 361 und OLG Hamm IBR 1995, 293. Anders dagegen OLG Düsseldorf BauR 1995, 111 sowie beispielsweise Kapellmann, Langen, Einführung in die VOB/B, Rn. 287, 17. Auflage 2008

Inhaltskontrolle“ nicht standhalten dürfte.⁸ Gegenüber Verbrauchern gilt dies spätestens seit dem Forderungssicherungsgesetz ab 01.01.2009 nicht mehr. Hier gelten 5 Jahre, es sei denn, der Verbraucher selbst bezieht die VOB/B in den Vertrag ein.

4. Die **Bedeutung** der **Haftung wegen Arglist und Organisationsverschulden** dürfte durch die drastische Verkürzung der Verjährungsfrist **weiter abnehmen**, zumal auch diese neue Frist auf alte Bauverträge anzuwenden ist und grundsätzlich die kürzere Verjährungsfrist gilt.
5. In der Baupraxis ist häufig **das Märchen vom „verdeckten Mangel“** zu hören. Viele am Bau Beteiligten glauben, dass bei Nichtsichtbarkeit des Mangels, so genannter „verdeckter Mangel“, die Verjährungsfristen von 5 Jahren bei BGB bzw. 2 Jahren bei VOB/B⁹ nicht gelten, sondern automatisch die Frist von 30 Jahren. Diese landläufige Meinung ist falsch und verwechselt dies mit der Haftung wegen Arglist bzw. Organisationsverschulden. Diese greift aber nur, wenn deren Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Würde das bloße nicht erkennen können eines Mangels bei Abnahme genügen, dann würden die normalen Verjährungsfristen selten greifen, da es normal ist, dass die meisten Mängel zunächst nicht sichtbar sind und erst später auftreten. Die Erkennbarkeit eines Mangels bei Abnahme spielt auch keinerlei Rolle für den Beginn der Verjährung für die Ansprüche wegen Mängel.¹⁰

5.2. Verjährung bei arglistig verschwiegenen Mängeln

Nach neuem Recht greift gegenüber der früheren Verjährung von 30 Jahren mit einer etwas umständlichen Formulierung nach § 634 a Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB die für Bauwerke normale 5 Jahresverjährungsfrist. Hintergrund ist der, dass der arglistig handelnde Auftragnehmer nicht noch mit der kürzeren regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren belohnt werden sollte. Damit hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, dass grundsätzlich von der Dauer der Verjährungsfrist gesehen, ein arglistig Täuschender nicht länger als der „bloß“ mangelhaft ausführende Auftragnehmer haftet.

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 macht¹¹. 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 hat¹². Auch der Auftragnehmer, der bewusst abweicht vom Vertrag oder einen nicht erprobten Baustoff verwendet, handelt arglistig¹³.

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 Zeugnennamen unbekannt. Hier kann dem Auftraggeber beispielsweise folgendes geraten werden:

- Prüfung, ob Mangel in Dokumenten auftaucht (Protokolle, Notizen, Bautagebücher, Faxe, etc.) Sichtung aller Unterlagen

⁸ Kemper BauR 2002, 1614, 1617

⁹ nach den Altfassungen der VOB/B

¹⁰ Trapp/Stratmann-Zürbig, Privates Baurecht, Rn. 98, 2003

¹¹ BGH BauR 1986, 215; Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 128, 2003

¹² BGH NJW 1967, 340, 342

¹³ BGH BauR 2002, 1401, 1402

- Zeugen (mit Vor- und Nachname, Anschrift), bekannt, die den Mangel bestätigen können?
- Lassen sich aus dem Mangelbild „vertuschte“ Mängel erkennen, d.h. wurde offensichtlich versucht, den Mangel zu verheimlichen?
- Ist der Mangel so krass, dass es überhaupt nicht möglich war, dass der Auftragnehmer diesen nicht bemerkt hat (eklatanter Verstoß gegen die Regeln der Baukunst)?

Bereits dies zeigt, dass der Nachweis eines arglistigen Verhaltens des Auftragnehmers nicht einfach ist.

Ein Sonderproblem im Zusammenhang mit der Arglist ist es, ob sich der Auftragnehmer ein **arglistiges Verhalten** seiner Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss. Dabei ist nach der Aufgabenstellung der jeweiligen Erfüllungsgehilfen zu differenzieren.

Dem Auftragnehmer kann jedenfalls nicht schon die Kenntnis bzw. das Verheimlichen von Mängeln jedes bei der Herstellung des Bauwerks von ihm Beschäftigten als arglistiges Verhalten angelastet werden¹⁴.

Dem Auftragnehmer zuzurechnen ist das arglistige Verhalten derjenigen Hilfspersonen, die für ihn die Abnahmeverhandlungen führen oder ihn zumindest dabei unterstützen¹⁵. Gleiches gilt für die vom Auftragnehmer mit der selbständigen Leistungsausführung oder Leistungsüberwachung beauftragten Person, deren arglistiges Verhalten sich der Auftragnehmer ebenfalls zurechnen lassen muss¹⁶.

In der Baupraxis bedeutet dies, dass der Auftragnehmer davon ausgehen muss, dass der örtliche Bauleiter grundsätzlich derartige Offenbarungspflichten hat¹⁷. Dagegen wird ein Polier in der Regel davon ausgehen müssen, dass ihm solche Pflichten zumindest dann nicht obliegen, wenn vor Ort ein Bauleiter anwesend ist.¹⁸ Fehlt ein derartiger Bauleiter vor Ort, kann die Offenbarungspflicht aber auch den Kolonnenführer treffen, sofern diesem die selbständige Ausführung der Arbeiten überlassen wurde.¹⁹

Der Einsatz von Nachunternehmern durch den Auftragnehmer führt zu keiner Entlastung. Grundsätzlich wird sich hier der Auftragnehmer die Arglist des Nachunternehmers zurechnen lassen müssen.²⁰

HINWEIS:

Beim Vorliegen von Arglist wird die Prüfung aller Unterlagen unausweichlich sein, um Anhaltspunkte für eine Arglist zu finden. Auch die Einschaltung eines Sachverständigen oder Architekten/Ingenieurs ist sinnvoll, da diese am ehesten nachweisen können, ob „vertuschte“ Mängel vorliegen bzw. ein eklatanter Verstoß gegen Regeln der Baukunst vorliegt, die schlichtweg nicht unbemerkt bleiben können.

¹⁴ Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 137, 2003

¹⁵ BGHZ 62, 63, 66; OLG Köln, BauR 1984, 525 f; Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 137, 2003

¹⁶ BGH BauR 1992, 412; Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 137, 2003

¹⁷ Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B, § 13 Nr. 4 VOB/B, Rn. 120, 16. Auflage 2007

¹⁸ Heiermann/Riedel/Rusam, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, § 13 VOB/B, Rn. 82, 11. Auflage, 2008

¹⁹ Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 138, 2003

²⁰ Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 140, 2003

5.3. Verjährung bei Organisationsverschulden

In der Baupraxis Arglist nachzuweisen, ist äußerst schwierig. Deshalb wurde seitens der Rechtsprechung das Institut des Organisationsverschuldens des Auftragnehmers entwickelt. 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.²¹ 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 soweit 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.²²

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.

Aufgrund äußerer Umstände wird ein Rückschluss auf das Fehlverhalten des Auftragnehmers vorgenommen. Hierzu können eine Reihe von Indizien herangezogen werden, wie z.B. besonders krasse Mängel²³, besonders gravierende, augenfällige Mängel an wichtigen Gewerken²⁴, besonders augenfällige Mängel an weniger wichtigen Gewerken²⁵, besonders schwierige konstruktive Anforderungen²⁶, deutlich sichtbare und wesentliche Mängel, die während der Ausführungsarbeiten bei hinreichender Organisation und Prüfung ohne weiteres bemerkbar gewesen wären, bei Abnahme aber nicht mehr festgestellt werden können²⁷ und Mängel werden so schnell durch Nachfolgearbeiten überdeckt, dass eine effektive Kontrolle hätte gewährleistet werden müssen²⁸.

Indiz für eine Anwendung des Organisationsverschuldens ist somit die **Wesentlichkeit des Mangels** und seine **objektive Erkennbarkeit**. Der Rückschluss, dass bereits jeder „dicke“ Mangel oder jegliches Fehlverhalten bereits in Organisationsverschulden begründet, ist aber unzulässig.²⁹

Der Auftragnehmer kann den Vorwurf des Organisationsverschuldens dadurch entkräften, indem er nachweist, dass er einen Bauleiter eingesetzt hat, somit eine hinreichende Organisation vor Ort geschaffen wurde. In der Baupraxis ist für den Auftragnehmer daher hilfreich, ausführlich zu eingesetzten Bauleitern und Sonderfachleuten vorzutragen und diese auch als hinreichend qualifiziert darzustellen.³⁰

²¹ Thüringisches OLG, Baurecht 2001, 1124

²² BGH, Baurecht 1992, 500; Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 143, 2003

²³ OLG Hamm, IBR 1999, 53

²⁴ OLG Brandenburg, IBR 1999, 414, OLG Braunschweig, Baurecht 2000, 109, 110

²⁵ OLG Braunschweig, Baurecht 2000, 109, 111

²⁶ OLG Frankfurt, IBR 1997, 232

²⁷ OLG Frankfurt am Main, OLGR Frankfurt 1998, 287

²⁸ OLG Frankfurt am Main, MDR 1999, 90

²⁹ Neuhaus, MDR 2002, 131, 134

³⁰ Neuhaus, MDR 2002, 131, 135

Als Hinweis und kleine Rechtsprechungstabelle zum Organisationsverschulden nach Gewerken gegliedert folgende Aufstellung³¹

Gewerk	ja/nein	Fundstelle
Abdichtung von Sohleplatte und Mauerwerk	nein	OLG Celle, IBR 1999, 577
Abdichtungsarbeiten	ja	OLG Frankfurt, IBR 1997, 232
Bauwerkabdichtung, seltene Grundwasserhöchststände	ja	OLG Düsseldorf, IBR 2005, 223
Betonboden	nein	OLG Brandenburg, IBR 1999, 414
Betonhohlplatten (für ein Hallendach)	ja	OLG Stuttgart, IBR 1997, 234
Bodenaufbau	nein	OLG Frankfurt/am Main, IBR 1998, 475
Deckenverkleidung	ja	OLG Celle, NJW-RR 1995, 1486
Flachdach	nein	OLG Hamm, IBR 1999, 53
Flachdach, Trapezbleche,	ja	OLG Frankfurt am Main, IBR 1998, 532
Innenputz (ohne Spritzbewurf)	nein	OLG Hamm, IBR 2000, 166
Kanal im Gegengefälle	nein	OLG Bamberg, IBR 2000, 374
Kellerabdichtung Hochwassergebiet	ja	OLG Naumburg, IBR 2004, 563
Kupfer-Zink-Mischinstallation	nein	LG Karlsruhe, IBR 2006, 553
Schwimmboden	nein	LG Verden, IBR 1996, 57
Wärmedämmung	nein	OLG Schleswig, IBR 2004, 308

Hinsichtlich der **Beweislast** ist grundsätzlich der **Auftraggeber** dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass die vorgenannten Voraussetzungen für ein Organisationsverschulden im Einzelfall vorliegen.³² Da der Auftraggeber regelmäßig keinen Einblick in die Organisation des Auftragnehmers hat, reicht es aber aus, dass der Auftraggeber vorträgt, dieser habe die Überwachung des Herstellungsprozesses nicht oder nicht richtig organisiert, so dass der Mangel nicht erkannt wurde.³³ Diese Behauptung muss entsprechend substantiiert werden, d.h. die Art des Mangels und sonstige Begleitumstände müssten konkret vorgetragen werden, um den behaupteten Schluss auf eine mangelhafte Organisation bzw. Überwachung und Überprüfung vornehmen zu können.

Dem **Auftragnehmer** obliegt es dann, **darzulegen**, welche organisatorischen Maßnahmen er innerhalb seines Betriebes getroffen hat, um sowohl die Herstellung des Werkes selbst auch dessen vertragsgerechten Zustand unmittelbar vor der Abnahme zu prüfen.³⁴

Im Ergebnis ist der mangels nachweisbarer Arglist häufig ins Feld geführte Rettungsanker „Organisationsverschulden“ gleichfalls schwierig durchzusetzen. Die Bedeutung des Organisationsverschuldens als Rettungsanker dürfte auch deshalb abnehmen, da durch die erhebliche Verkürzung der Verjährungsfrist die Sonderrolle dieses Instituts an Bedeutung verlieren dürfte. Die Entwicklung der Rechtsprechung ist hier aber abzuwarten.

HINWEIS:

Die Schuldrechtsreform hat zwar grundsätzlich zum 01.01.2002 für das Baurecht die früher noch in manchen Fällen mögliche 30jährige Verjährungsfrist, so z.B. bei Arglist und Organisationsverschulden, zugunsten kürzerer Zeiträume abgeschafft. Allerdings findet nach Artikel 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB das neue Verjährungsrecht auf die am 01.01.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung.

Nach der Überleitungsvorschrift gilt nach einer **Faustformel grundsätzlich die kürzere Frist**, je nachdem, was zunächst abläuft. Die alte Verjährungsfrist von 30 Jahren oder die neuere kürzere Verjährungsfrist. Die gemäß Artikel 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB kürzere neue Verjährungsfrist wird ab 01.01.2002 an berechnet, wenn die alte Verjährungsfrist länger war.

³¹ entnommen aus Neuhaus, MDR 2002, 131, 135

³² Heiermann/Riedel/Rusam, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, § 13 VOB/B, Rn. 83, 11. Auflage 2008

³³ BGH NJW 1992, 1754

³⁴ Schliemann, Mängelansprüche im Bauvertrag, Rn. 145, 2003

Dies bedeutet, dass Auftraggeber den verbleibenden Zeitraum bis 31.12.2004 unbedingt nutzen mussten, um mögliche etwaige Ansprüche aus Organisationsverschulden noch geltend zu machen. Die Darstellung des neuen Verjährungsrechts und deren Überleitungsvorschriften ist eine höchst komplizierte Materie und würde die Darstellung dieses Skriptes sprengen, weshalb von einer Wiedergabe abgesehen wird.³⁵

6. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass ein erheblicher Unterschied zwischen dem Fristpaar „Gewährleistung“ und „Garantie“ besteht. Die gesetzliche Mängelhaftung wird mit einem freiwillig übernommenen, zusätzlichen Garantieverprechen verwechselt. Im Gegensatz zur Meinung vieler Auftraggeber finden sich Auftragnehmer im Zeitraum nach Abnahme in einer besseren Position als dies allgemein angenommen wird. Natürlich muss der Auftragnehmer bei jedem Mängelsymptom abschätzen, wie hoch das Risiko ist, dass es dem Auftraggeber gelingt nachzuweisen, dass die Ursache der Mangelerscheinung bereits bis zum Zeitpunkt der Abnahme gesetzt wurde. In derartigen Fällen hilft es wenig, einen Streit mit dem Auftraggeber zu provozieren, da dann nur zusätzliche Kosten produziert werden. Der Auftragnehmer muss also stets im Einzelfall entscheiden, wie er auf eine Rüge des Auftraggebers reagiert. Beide Seiten sollten aber darüber Klarheit haben, welche Regeln tatsächlich gelten. Das ebenfalls diesem Rundschreiben beigefügte „Informationsblatt“ versucht in aller Kürze Auftraggeber aufzuklären.

³⁵ ausführlich zur Schuldrechtsreform/Inkrafttreten und Überleitungsvorschriften das Skript RAe Kuchenreuter & Dr. Stangl, Schuldrechtsreform – in der Unternehmenspraxis -, Erläuterungen, Übersichten, Beispiele, Seite 5 ff.