



NewsLetter

2013-7 Seite 1

Schäferstraße 7
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Bauvertragsrecht

§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B

Nach der Entscheidung des BGH über die Nichtzulassung der Revision ist nunmehr folgendes Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Karlsruhe vom 24. März 2011 (Az. 9 U 94/10) bestandskräftig:

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) mit Bauarbeiten an einer Autobahn beauftragt. Der AN verlangte von dem AG nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B Zahlung von mehr als 150.000,00 € als Ausgleich für Mengenunterschreitungen.

Das OLG entschied, dass sich der AN auf seinen Mehrvergütungsanspruch wegen Unterschreitung der Massen bei den einen Positionen als Ausgleich die zusätzlich erwirtschafteten AGK und BGK aufgrund der Mehrmassen bei den anderen Positionen und bei den beauftragten Nachträgen „anrechnen“ lassen müsse, § 2 Abs. 3 Nr. 3 S. 1 Halbsatz 2 VOB/B; auch dann, wenn die Mehrmassen und Nachträge andere - *nicht* vergleichbare - Leistungen betreffen als die, bei denen es zu den Mindermengen gekommen sei. Denn der Ausgleich erfolge auftrags-, nicht einzelpositionsbezogen.

Praxishinweise

Das OLG wies darauf hin, dass es Zweck der Ausgleichsregelung des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B sei zu verhindern, dass die Erhöhung des EP wegen Mengenminderung zu einer Überdeckung ins-

besondere der BGK und der AGK führe. Das aber wäre der Fall, wenn diese Kosten bereits infolge von Mehrmengen bei anderen (und nicht nur bei gleichen oder vergleichbaren) Positionen oder auch durch Nachtragsleistungen gedeckt werden.

Der AN soll also durch Mindermengen nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden, als er ohne die Mindermengen stünde.

Darüber hinaus deutete das OLG an, dass diese „Anrechnung“ auch dann zu erfolgen habe, wenn es durch die Mehrleistungen oder Nachtragsleistungen auch noch zu einer Bauzeitverlängerung gekommen ist, wenn bzw. soweit der AN also gerade durch die Bauzeitverlängerung zusätzliche BGK und (wenn er sie umsatz- und nicht auftragsbezogen kalkuliert hat) zusätzliche AGK erwirtschaftet hat.

RA Dr. Christian Schwertfeger

Werkvertragsrecht

Gewährleistung bei Arglist

Auch folgendes Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Hamm vom 14. März 2012 (Az. 12 U 118/10) ist nunmehr bestandskräftig geworden:

Der Auftragnehmer (AN) hatte durch einen seiner Mitarbeiter am Haus des Auftraggebers (AG) ein Satteldach aus Zinkblech aufgebracht. Wie sich später herausstellen sollte, war die Bauleistung mangelhaft, denn die Festhafter hatten einen Abstand von bis zu 190 cm anstelle des maximal zulässigen Abstands von 50 cm.

Im Jahr 2001 bezahlte der AG die Schlussrechnung des AN. Bei einem Sturm in 2003 löste sich die Dacheindeckung teilweise. Der AN beseitigte die Schäden und legte dem AG dafür Rechnung über einen „Sturmschaden“. Bei einem weiteren Sturm in 2008 nahm die Dacheindeckung erneut Schaden. Daraufhin führte der AG in 2008 ein selbständiges Beweisverfahren durch, welches den Mangel aufdeckte. In 2009 erhob er Klage gegen den AN, der daraufhin Verjährung einwandte.

Zu Unrecht! Die 5-jährige Verjährung nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB sei abgelaufen, nicht jedoch die (früher 30-jährige, seit 2002 nur noch) 3-jährige Verjährung wegen Arglist nach § 634a Abs. 3 BGB, die neben der Entstehung des Mangels auch die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des AG von dem Anspruch voraussetzt.

Bei dem Mitarbeiter des AN, der das Dach montiert hatte, sei Arglist anzunehmen. Bei einem so groben Mangel wie hier sei von einem vorsätzlichen Verstoß gegen die einschlägigen technischen Regeln auszugehen. „Die konsequente Missachtung der Mindestabstände auf dem gesamten Dach bei teilweise gravierenden Abweichungen vom Sollwert lässt sich mit einem nur fahrlässigen Einmalversagen nicht erklären.“

Sollte der AN diesen Mitarbeiter auch mit der Prüfung des Werks auf Mangelfreiheit betraut haben, so wäre dem AG die Arglist seines Mitarbeiters wie eigene Arglist zuzurechnen.

Wenn er ihn hingegen lediglich mit der eigentlichen Bauleistung betraut haben sollte, käme es auf die Arglist des Mitarbeiters nicht an. Arglist beim AN wird aber wegen der arbeitsteiligen Erbringung der Bauleistung in der Regel fehlen.

Dann jedoch greift die von der Rechtsprechung entwickelte Figur des „Organisationsverschuldens“. Danach sei es der Arglist gleichzustellen, wenn der Unternehmer, der die Bauleistung nicht persönlich erbringe, nicht die zur Beurteilung der Qualität des Werks erforderlichen Kontrollen entweder selbst durchführe oder die Durchführung dieser Kontrollen durch Dritte organisiere. Auch jahrzehntelang beanstandungsfrei arbeitende Mitarbeiter seien zumindest stichprobenartig zu kontrollieren, ob die erforderliche Qualität auch vorliegend eingehalten wurde.

Hier sei davon auszugehen, dass der AN die Arbeit seines Mitarbeiters weder selbst noch durch Dritte überprüft habe. Das ergebe sich aus der Schwere des Mangels. „Die ... Abstände ... weichen soweit ... ab, dass dieser Schluss zwingend erscheint. Die Mangelhaftigkeit hätte bei einer auch nur oberflächlichen Überprüfung ansonsten nicht verborgen bleiben können.“

Praxishinweise

Arglist setzt u. a. positive Kenntnis vom Mangel voraus, also einen Umstand, der sich „im Kopf“ abspielt und damit nur schwer bewiesen werden kann. Deshalb wird auf Indizien abgestellt, wobei die Schwere des Mangels ein Indiz sowohl für die Arglist als auch für die Fehlerhaftigkeit der Organisation des AN ist.

Das OLG stellte im Übrigen noch fest, dass ein Abzug „neu für alt“ nicht in Betracht komme. Nach Treu und Glauben dürfe es dem AN im Falle der Arglisthaftung nicht zum Vorteil gereichen, dass ein pflichtwidrig nicht offenbarer Mangel langen Jahre unrepariert geblieben sei.

RA Dr. Christian Schwertfeger