
Datum: 21.05.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-19 U 2/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0521.I19U2.10.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 4 O 356/08
Schlagworte: Arglist, Verjährung, Werkvertrag, Werkunternehmer
Normen: §§ 195, 199 Abs. 1, 214 Abs. 2, 222 Abs. 1, 633 Abs. 3, 634 Abs. 3 Satz 1 BGB
Leitsätze:
Zu den Voraussetzungen arglistigen Verhaltens des Werkunternehmers bei Erstellung einer Tragschicht für Pflasterarbeiten aus Recyclingschotter.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 23. September 2009 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hagen wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus den nachfolgenden Ausführungen nichts anderes ergibt (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Klägerin habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Erstattung von Kosten der Ersatzvornahme, da etwaige Gewährleistungsansprüche verjährt seien. Zwischen den Parteien bestehe Einigkeit darüber, dass Gewährleistungsansprüche nur dann nicht verjährt wären, wenn der Beklagten arglistiges Verhalten bei der Bauausführung vorzuwerfen wäre. Ein arglistiges Verhalten ergebe sich nach Auffassung der Kammer nicht hinreichend aus den Darlegungen der Klägerin. Insbesondere sei aufgrund des Vorbringens der darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin nicht festzustellen, dass die Beklagte einen Mangel arglistig verschwiegen habe.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung macht die Klägerin geltend, entgegen der Ansicht des Landgerichts seien Gewährleistungsansprüche nicht verjährt, da alle Kriterien für den Arglisttatbestand gegeben seien. Nach dem Privatgutachten des Sachverständigen K sei das für die Herstellung des Unterbaus verwendete Material von vornherein ungeeignet gewesen; dies habe sogar einem Laien sofort auffallen müssen. Es hätte hiernach der Beklagten oblegen, substantiiert darzulegen, weshalb ihr dies entweder nicht bewusst gewesen sei oder aus welchen Gründen sie das Material dennoch habe verwenden dürfen. Sie habe ohne jede Mitteilung Material verwendet, von dem sie genau gewusst habe, dass es für die Erstellung des Werks ungeeignet war. Entgegen der Auffassung des Landgerichts komme es nicht darauf an, ob ein bestimmtes Material vertraglich vereinbart wurde.

Der Höhe nach reduziert die Klägerin die Klageforderung auf die Nettobeträge der verauslagten Rechnungen und macht zusätzlich die ihr aus der Ergänzungsrechnung des Sachverständigen K vom 01.04.2009 entstandenen Kosten in Höhe von 286,43 Euro netto geltend.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 19.434,09 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.06.2008, weitere 2.873,12 Euro nebst Zinsen in gleicher Höhe seit dem 14.12.2007, weitere 286,43 Euro nebst Zinsen in gleicher Höhe seit Rechtshängigkeit und 911,80 Euro an vorgerichtlichen Anwaltsgebühren nebst Zinsen in gleicher Höhe seit dem 03.03.2008 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte bestreitet, arglistig gehandelt zu haben, und macht geltend, sowohl die Aufbereitung des Abbruchmaterials als auch der Einbau seien in aller Offenheit geschehen. Die Klägerin habe hierdurch Kosten in einer Größenordnung von 200.000,00 DM für die Entsorgung erspart. Das von der Klägerin entsprechend der Auflage des Umweltamtes eingeschaltete geologische Büro H habe den Wiedereinbau des Abbruchmaterials überwacht,

und zwar auch dessen mechanische Geeignetheit. Die Verwendung des Materials sei ferner mit dem Architekten der Klägerin abgestimmt worden.

Der von dem Privatgutachter kritisierte Feinkornanteil im Bereich der Tragschicht sei nur bei ganz bestimmten Umgebungsparametern problematisch – starker Bodenfrost und gleichzeitige Schneeentfernung mit anschließender Tauperiode. Das angesprochene Verdrücken der Betonpflastersteine könne nur problematisch werden, wenn die Fahrbahn nicht instand gehalten und gepflegt werde. Die Kornverteilung von Recyclingschotter sei bei der Anlieferung bzw. beim Einbau nur schwer zu bewerten. Aus dem jetzt festgestellten Zustand könne keinesfalls auf subjektive Tatbestandsmerkmale vor zehn Jahren geschlossen werden. 12

Die Kosten außergerichtlich eingeholter Sachverständigengutachten seien nicht selbständig einklagbar, sondern im Kostenfestsetzungsverfahren geltend zu machen. 13

II. 14

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, jedoch nicht begründet. 15

Auf die Rechtsbeziehung der Parteien ist das Schuldrecht in der vor dem 01.01.2002 gültigen Fassung anwendbar, da die Verträge vor diesem Zeitpunkt geschlossen worden sind. Dahin gestellt bleiben kann, ob entsprechend dem Inhalt der Verträge die VOB/Teil B wirksam vereinbart worden ist, da davon auszugehen ist, dass die geltend gemachten Ansprüche auf Erstattung von Kosten der Ersatzvornahme sowohl aus dem hier in Betracht kommenden § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/Teil B als auch § 633 Abs. 3 BGB a.F. verjährt sind und die Beklagte deshalb berechtigt ist, die Leistung zu verweigern (§§ 222 Abs. 1 BGB a.F., 214 Abs. 2 BGB n.F.). 16

Die Parteien haben eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vertraglich vereinbart. Gemäß §§ 638 Abs. 1 Satz 2, 187 Abs. 1 BGB a.F. hat die Frist am 03.10.1998 zu laufen begonnen, nachdem die Abnahme am 02.10.1998 stattgefunden hat. Nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ist das Verjährungsrecht in der Fassung vom 01.01.2002 anwendbar, soweit Hemmungstatbestände eingreifen. Die insoweit darlegungsbelastete Klägerin hat Hemmungstatbestände im Sinne von § 639 Abs. 2, 203 ff BGB nur für den Zeitraum der Mangelbeseitigungsarbeiten vom 01.07.2003 bis 07.07.2003 (sieben Tage) vorgetragen. Die Ansprüche wären hiernach mit Ablauf des 10.10.2003 vor Klageerhebung am 06.10.2008 verjährt, sofern die Beklagte nicht arglistig gehandelt hat. 17

Bei arglistigem Verhalten verjähren die Ansprüche nach altem Recht in der Regelfrist von 30 Jahren (§§ 638, 195 BGB a.F.). Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 634 Abs. 3 Satz 1, 195, 199 Abs. 1 BGB ist deshalb die kürzere Regelfrist nach neuem Recht maßgeblich. Die Ansprüche verjähren hiernach bei arglistigem Verhalten in einer Frist von drei Jahren ab Kenntnis der Klägerin von den den Anspruch begründenden Umständen bzw. ab grob fahrlässiger Unkenntnis dieser Umstände. 18

Die Klägerin behauptet, Kenntnis von den Umständen, die aus ihrer Sicht den Arglistvorwurf begründen, erst durch das Privatgutachten des Sachverständigen K vom 14.12.2007 erlangt zu haben. Der Senat ist indessen in Übereinstimmung mit dem Landgericht der Auffassung, dass ein arglistiges Verhalten der Beklagten nach dem Vorbringen der Klägerin und dem unstreitigen Sachverhalt angesichts der hier vorliegenden Umstände nicht festgestellt werden kann. 19

Arglistig handelt der Werkunternehmer dann, wenn ihm ein Mangel der Arbeiten bei Abnahme bekannt ist und er ihn gleichwohl nicht offenbart. Hierbei reicht es aus, wenn er die vertragswidrige Ausführung kannte oder wenn er wissentlich abweichend von Auflagen der Genehmigungsbehörde baut und dies verschweigt. Nicht arglistig handelt der Unternehmer jedoch dann, wenn ihm lediglich aus Fahrlässigkeit die Mängel unbekannt sind (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil Rdnr. 93 m.w.N.).

Arglistiges Verhalten von Mitarbeitern, deren sich der Werkunternehmer bei Erfüllung seiner Offenbarungspflicht bedient, muss er sich nach § 278 BGB zurechnen lassen, nicht aber die Kenntnis derjenigen Mitarbeiter, deren er sich lediglich bei der Herstellung bedient, also der Arbeiter (Kniffka/Koeble, a.a.O., Rdnr. 94). 21

Die Darlegungs- und Beweislast für arglistiges Verhalten hat die Klägerin; ihr können jedoch unter bestimmten Voraussetzungen Beweiserleichterungen zugute kommen. 22

Unter Berücksichtigung dieser in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Grundsätze ergibt sich hier Folgendes: 23

Es ist unstreitig, dass bei der Herstellung der Tragschicht kontaminierter Bauschutt und Abbruchmaterial in Kenntnis der Klägerin unter der ordnungsbehördlich angeordneten Überwachung der von der Klägerin beauftragten Firma H GmbH verwendet worden ist. Die Beklagte hat der Klägerin nicht heimlich kontaminiertes und ungeeignetes Material untergeschoben. Ansatz für einen Arglistvorwurf kann deshalb nur die rein tatsächliche Ungeeignetheit des Materials und des Untergrunds sein. 24

Konkrete Tatsachen für vorsätzlich fehlerhafte Arbeit oder positive Kenntnis der Beklagten von Mängeln hat die Klägerin nicht vorgetragen oder unter Beweis gestellt. Die Behauptung, dass der damalige Bauleiter der Beklagten in der erstinstanzlichen Sitzung am 13.02.2009 ausgeführt habe, er hätte das Material niemals verwendet, wenn es die Klägerin nicht ausdrücklich autorisiert hätte, reicht hierzu nicht aus. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass er mit einer solchen Äußerung nur zum Ausdruck bringen wollte, dass er angesichts der abfallrechtlichen Vorbelastungen den Einbau nur ausdrücklich freigegebenen Materials veranlasst hat. 25

Die Ausführung der Arbeiten ist nicht deshalb vertragswidrig und mangelhaft, weil sie einer bestimmten Vereinbarung widersprach. Im Gegenteil wurde das Abbruchmaterial einvernehmlich verwendet. Nach unwidersprochenem Vortrag der Beklagten hat hierdurch die Klägerin nicht unerhebliche Einsparungen erzielt. Zwar verlangt Arglist keine Schädigungsabsicht oder einen eigenen Vorteil des Unternehmers (BGH BauR 2002, 1401). Jedoch ist das Fehlen von Anhaltspunkten für einen Vorteil der Beklagten und das Vorhandensein eines Vorteils der Klägerin – in welcher finanziellen Höhe auch immer – als Indiz gegen eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten bzw. ihrer Vertreter zu werten. 26

Für etwaige Verstöße gegen Umweltauflagen der Stadt I in ihrem Bescheid vom 02.12.1997 ist die Beklagte nicht verantwortlich; die Arbeiten sind auflagengemäß im Auftrag der Klägerin von der Firma H begleitet und überwacht worden. Nach deren Abschlussbericht wurden Geländeauffüllungen in Abstimmung mit der zuständigen Ordnungsbehörde wieder eingebaut. Soweit der Privatgutachter K einen Verstoß darin sieht, dass als Parkplatzdecke Pflaster und nicht Asphalt verwendet worden ist (S. 9, 10 des Gutachtens), trägt die Klägerin selbst vor, dass die ausgesprochene Befürchtung gegenstandslos sei, weil alle schadstoffrelevanten Böden seinerzeit entsorgt worden seien (Bl. 71 d.A.). 27

Als Indiz gegen eine besondere Schwere von Vertragsverstößen der Beklagten und gegen arglistiges Verhalten ist der Umstand zu werten, dass erst im Juli 2003, d.h. nach 4 ¾ Jahren, Mängel aufgetreten sind und dass nach den Mängelbeseitigungsarbeiten die Klägerin sich erst im November 2007, also weitere vier Jahre später, veranlasst sah, das Gutachten in Auftrag zu geben. Von diesen Zeiträumen ist mangels anderweitigen substantiierten Vorbringens der Klägerin auszugehen. Hinzu kommt, dass nach dem Inhalt des Privatgutachtens nur eine Fläche von 270 qm von insgesamt – so die Klägerin in der Sitzung des Senats – 900 bis 1.000 qm schadhaft ist. Der Sachverständige hat Bereiche registriert, die in einem guten Zustand waren. Keine Schäden wurden im Bereich der Rampe für den Pkw- und Lkw-Verkehr festgestellt. Hierbei handelt es sich um besonders belastete Bereiche. Auch diese Tatsachen deuten darauf hin, dass die Beklagte sich durchaus bemüht hat, die Arbeiten fachgerecht durchzuführen und nur aus Fahrlässigkeit in bestimmten Bereichen einen nicht geeigneten Untergrundbaubau erstellt hat.

Allerdings ist anerkannt, dass Beweiserleichterungen dann zugunsten des Auftraggebers eingreifen, wenn ein Mangel so augenfällig und schwerwiegend ist, dass ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die Baustelle nicht richtig organisiert war und der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Hierbei lässt nicht jeder schwere Mangel den Schluss auf ein Organisationsverschulden zu. Es kommt vielmehr darauf an, ob nach Art und Erscheinungsform des Mangels nach aller Lebenserfahrung bis zur Abnahme der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Der Organisationsfehler muss derart schwerwiegend sein, dass dem Unternehmer der Vorwurf gemacht werden kann, er habe durch fehlerhafte Organisation die Arglisthaftung vermeiden wollen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist es Sache des Unternehmers, den Anschein fehlender Organisation und vorhandener Kausalität zu widerlegen, indem er nachweist, dass er die Baustelle richtig organisiert hat (vgl. BGHZ 117, 318; OLG Jena BauR 2001, 1124; Kniffka ZfBR 1993, 255; Kniffka/Koeble a.a.O. Rdnr. 96, 97).

29

Der Senat geht davon aus, dass die Klägerin gegenüber der Behauptung der Beklagten, es seien Instandhaltungs- und Pflegeversäumnisse für die Schäden an der Fahrbahndecke ursächlich, einen schwerwiegenden Mangel der Arbeiten auf der Grundlage des vorgelegten Privatgutachtens hinreichend dargelegt hat. Dort ist ausgeführt, es sei ganz eindeutig, dass der Baubetrieb allein wegen der augenscheinlichen Korngrößenverteilung und der Zusammensetzung des offensichtlich ungeeigneten Materials Bedenken gegen den Einsatz als Tragschicht unter einer Verkehrsfläche hätte anmelden müssen. Dass ein solches Material völlig unzureichend sei und keinerlei Anforderungen entspreche, sei klar ins Auge springend und habe keinerlei besonderer Fachkenntnisse oder Untersuchungen bedurft.

30

Das von der Klägerin in erster Instanz behauptete Vorhandensein einer Betonplatte im Untergrund ist dagegen bei der Bewertung der Schweregrads des Mangels nicht zu berücksichtigen. Die Beklagte hat das Vorhandensein im Zeitpunkt der Bauarbeiten in erster Instanz ausdrücklich bestritten. Die Klägerin hat keinen Beweis angetreten und diesen Gesichtspunkt in zweiter Instanz in der Berufungsbegründung nicht ausdrücklich aufgegriffen.

31

Die hiernach in Betracht kommende Schwere des Mangels rechtfertigt jedoch aus Sicht des Senats bei Würdigung der hier gegebenen Gesamtumstände und der dargelegten Besonderheiten – offene und vereinbarungsgemäße Verwendung des Abbruchmaterials; Arbeiten nicht durchgängig fehlerhaft, sondern überwiegend mangelfrei; kein erkennbarer Vorteil der Beklagten, dagegen finanzielle Ersparnisse der Klägerin – nicht ohne Weiteres den Schluss auf Arglist. Als Ursache der Mängel ist neben unzureichender Organisation hier genauso denkbar, dass die Verantwortlichen der Beklagten aus reiner Fahrlässigkeit in

32

bestimmten Bereichen die Ungeeignetheit des Materials nicht erkannt haben, oder dass die Arbeitnehmer, die keine Erfüllungsgehilfen der Beklagten sind, ungeeignetes Material an bestimmten Stellen eingebaut haben, ohne dass der Bauleiter dies bemerkt hat bzw. dass dem Bauleiter insoweit nur fahrlässiges Verhalten zur Last gelegt werden kann. Eine Bauleitung war unstreitig eingesetzt und ist an der Baustelle unter Überwachung eines Architekten der Klägerin und der geologischen Firma tätig geworden. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass es insoweit während der Ausführung der Arbeiten im Hinblick auf die Präsenz oder die fachliche Kompetenz der Bauleitung Grund zu Beanstandungen gegeben hat. Die Gesamtumstände sprechen nach Ansicht des Senats eher dagegen, dass der Beklagten der Vorwurf gemacht werden kann, sie habe durch fehlerhafte Organisation die Arglisthaftung vermeiden wollen. Jedenfalls kann dies auch bei Berücksichtigung der behaupteten Schwere und Augenfälligkeit des Mangels nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden.

Da die Voraussetzungen arglistigen Verhaltens der Beklagten und von Beweiserleichterungen aufgrund des Vorbringens der Klägerin nicht festgestellt werden können, bedarf es einer Beweisaufnahme über den Schweregrad des Mangels durch Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens und über die richtige Organisation der Baustelle durch Vernehmung von Zeugen sowie über die Höhe der für die Beseitigung von Mängeln erforderlichen Aufwendungen nicht. 33

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 34

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO sieht der Senat nicht als gegeben an. Es handelt sich um die Entscheidung von Rechtsfragen auf der Grundlage der obergerichtlichen Rechtsprechung unter Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls. 35