



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 272/05

Verkündet am:
12. Oktober 2006
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 638 a.F.

- a) Dem Unternehmer kann die Kenntnis eines mit der Prüfung des Werkes beauftragten Mitarbeiters eines Subunternehmers auch dann zuzurechnen sein, wenn er einen Bauleiter zur Überwachung eingesetzt hat.
- b) Das ist der Fall, wenn der Mangel auch bei ordnungsgemäßer Bauüberwachung vom Bauleiter nicht wahrgenommen werden kann, weil er bei der Kontrolle der Leistung vom Bauleiter infolge weiter geführter Arbeiten nicht zu bemerken war.

BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 - VII ZR 272/05 - OLG München

LG Traunstein

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka, Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 13. September 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln der Bauleistung der Beklagten geltend. Diese hatte 1995 für den Vater der Klägerin ein Einfamilienhaus mit Garage errichtet. Fliesen im Erdgeschoss weisen Risse auf, die dadurch entstanden sind, dass die Randfugen mit Mörtel ausgefüllt waren. Mit der im Jahre 2004 erhobenen Klage verlangt die Klägerin Vorschuss auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten und Ersatz der Kosten eines Privatgutachters.

2 Die Beklagte hat sich auch mit der Einrede der Verjährung verteidigt. Dieser ist die Klägerin mit der Behauptung entgegengetreten, die Erfüllungshelfen der Beklagten hätten den Mangel arglistig verschwiegen und die Beklagte habe die Überwachung der Baustelle nicht richtig organisiert.

3 Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 6.000 € nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten ist die Klage abgewiesen worden. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

5 Das Berufungsgericht führt aus, die Ansprüche der Klägerin seien verjährt. Die Abnahme habe am 24. November 1995 stattgefunden, die Mängel seien erst nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist geltend gemacht worden.

6 Nach den Feststellungen des Landgerichts habe der Bauleiter der Beklagten die mangelhafte Ausführung der Randfugen nicht bemerkt. Ein arglistiges Verschweigen durch den von der Beklagten eingesetzten Subunternehmer

komme nicht in Betracht, weil sich die Beklagte zur Erfüllung ihrer Offenbarungspflicht gegenüber dem Auftraggeber nicht des Subunternehmers, sondern des Bauleiters bedient habe.

- 7 Ein Organisationsverschulden der Beklagten liege nicht vor. Die Beklagte habe einen sachkundigen Bauleiter für den Bau des Einfamilienhauses mit Garage eingesetzt. Darüber hinaus seien keine organisatorischen Maßnahmen geboten gewesen. Soweit von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte teilweise zur Entkräftung der Vermutung eines Organisationsverschuldens ins einzelne gehende Darlegungen gefordert würden, wie oft, wann und bei welchem Arbeitsstand Kontrollen durchgeführt worden seien, werde dem nicht gefolgt. Zur Klärung der Frage der Darlegungslast werde die Revision zugelassen.

II.

- 8 Das Berufungsurteil hält der Überprüfung nicht stand. Nach den Feststellungen des Landgerichts liegen die behaupteten Mängel vor und es besteht ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte in Höhe von 6.000 €. Die von der Beklagten mit der Berufung allein weiter verfolgte Einrede der Verjährung kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unbegründet sein.

- 9 1. Ohne Erfolg macht die Revision allerdings geltend, das Berufungsgericht habe nicht annehmen dürfen, der Bauleiter der Beklagten, dessen Kenntnis ihr zuzurechnen sei, habe die mangelhafte Ausführung der Randfugen nicht bemerkt.

- 10 Es kommt nicht darauf an, ob das Landgericht das bereits hat feststellen wollen, wie das Berufungsgericht annimmt. Jedenfalls hat die Klägerin den ihr obliegenden Beweis nicht führen können. Der Bauleiter hat ausgesagt, er habe

die mangelhafte Ausführung nicht wahrgenommen. Weiteren Beweis hat die Klägerin nicht angetreten.

11 2. Der Revision kann auch nicht gefolgt werden, soweit sie meint, ein arglistiges Verhalten des Bauleiters müsse schon dann angenommen werden, wenn zwar eine positive Kenntnis von einem Mangel nicht nachgewiesen werden könne, der Mangel für einen Fachkundigen jedoch auf der Hand liege. Denn arglistig handelt nur derjenige, der bewusst einen offenbarungspflichtigen Umstand verschweigt (so schon BGH, Urteil vom 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 66; Urteil vom 30. November 2004 - X ZR 43/03, BauR 2005, 550). Dieses Bewusstsein fehlt, wenn ein Mangel nicht als solcher wahrgenommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2001 - V ZR 14/00, BauR 2001, 1431, 1432 = NZBau 2001, 494). Allein der Umstand, dass der Bauleiter bei einer ordnungsgemäßen Kontrolle den Mangel hätte feststellen können, begründet nicht den Vorwurf der Arglist.

12 3. Auch kann die Arglist der Beklagten nicht daraus abgeleitet werden, dass ihr Bauleiter über eine möglicherweise unzureichende Bauüberwachung nicht aufgeklärt habe. Zu Unrecht beruft sich die Klägerin insoweit auf eine Entscheidung des Senats (BGH, Beschluss vom 17. Juni 2004 - VII ZR 345/03, BauR 2004, 1476). In diesem Fall hatte der Unternehmer die Bauüberwachung als vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Besteller übernommen, jedoch nicht durchgeführt. Er hat darüber bei der Abnahme seiner Überwachungsleistung nicht aufgeklärt und deshalb den Mangel seiner Leistung arglistig verschwiegen. So liegt der Fall hier nicht. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Beklagte ihrem Vertragspartner eine Bauüberwachung schuldete und dass der Bauleiter der Beklagten seinerseits einen eventuellen Mangel seiner Leistung als solchen wahrgenommen hat.

- 13 4. Zu beanstanden ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, ein etwaiges arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Subunternehmer der Beklagten wäre der Beklagten nicht zuzurechnen, weil sie sich zur Erfüllung ihrer Offenbarungspflicht gegenüber dem Auftraggeber nicht des Subunternehmers, sondern des Bauleiters bedient habe. In der Revision ist die Behauptung der Klägerin als richtig zu unterstellen, die mangelhafte Ausbildung der Randfugen sei von dem Subunternehmer der Beklagten bemerkt und verschwiegen worden. Der Einsatz eines Bauleiters schließt es nicht aus, dem Unternehmer die Arglist des Subunternehmers zuzurechnen.
- 14 a) Im Rahmen des § 638 BGB wird einem Unternehmer grundsätzlich nur die Arglist solcher Mitarbeiter zugerechnet, deren er sich bei der Erfüllung seiner Pflicht bedient, dem Besteller die Mängel seiner Leistung zu offenbaren. Erfüllungsgehilfe in diesem Sinne ist in der Regel derjenige, der mit der Ablieferung des Werkes an den Besteller betraut ist oder dabei mitwirkt (BGH, Urteil vom 12. März 1992 - VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318, 320; Urteil vom 30. November 2004 - X ZR 43/03, BauR 2005, 550). Dazu gehört in aller Regel der von dem Unternehmer zur Überwachung der Bauleistungen eingesetzte Bauleiter (BGH, Urteil vom 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 69). In Betracht kommt aber auch die Zurechnung anderer zur Erfüllung der Offenbarungspflicht herangezogener Hilfspersonen. Setzt allein das Wissen und die Mitteilung von mit der Herstellung befassten Mitarbeitern den Unternehmer in Stand, seine Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller zu erfüllen, so kann es geboten sein, ihm deren Kenntnisse zuzurechnen, wenn sie auch mit der Prüfung des Werkes auf Mangelfreiheit betraut sind. Je schwieriger und je kürzer ein Mangel während der Ausführung der Leistung zu entdecken ist, desto eher muss die Kenntnis einer mit Prüfungsaufgaben betrauten Hilfsperson des Unternehmers diesem zugerechnet werden. Auf dieser Grundlage hat es der Senat für möglich gehalten, dass dem Unternehmer die Kennt-

nis des arglistigen Subunternehmers (BGH, Urteil vom 15. Januar 1976 - VII ZR 96/74, BGHZ 66, 43, 45) oder eines arglistigen Kolonnenführers (BGH, Urteil vom 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 70) jedenfalls dann zugerechnet wird, wenn deren Leistungen nicht überwacht werden.

- 15 b) Aus diesen Urteilen kann nicht entnommen werden, dass die fehlende Überwachung Voraussetzung für die Zurechnung der Arglist ist. Jedenfalls für solche Mängel, die auch im Rahmen einer sorgfältig organisierten Bauüberwachung nicht entdeckt werden können, bedient sich der Unternehmer des hierzu eingesetzten Bauleiters nicht zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht. Wäre es anders, wäre der arbeitsteilig organisierte Unternehmer allein mit dem Vortrag entlastet, er habe die Überwachung des Herstellungsprozesses ordnungsgemäß organisiert. Damit würde den Interessen des Bestellers, im Hinblick auf die Zurechnung der Arglist keine unangemessenen Nachteile durch die arbeitsteilige Organisation erdulden zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 68; Urteil vom 12. März 1992 - VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318, 320; Urteil vom 30. November 2004 - X ZR 43/03, BauR 2005, 550, 551), nicht ausreichend Rechnung getragen. Denn es gibt Fälle, in denen auch bei einer ordnungsgemäßen Organisation und pflichtgemäßen Durchführung der Bauleitung der Mangel durch diese nicht entdeckt werden kann. So ist es denkbar, dass einzelne Gewerke abgeschlossen sind, ohne dass die Bauleitung die Mangelfreiheit vollständig hat prüfen können. Das ist z.B. dann der Fall, wenn der Bauleiter für ein Einfamilienhaus die Baustelle nur in gewissen Abständen besucht und Arbeiten in seiner Abwesenheit nicht nur abgeschlossen, sondern durch weitere Leistungen überdeckt werden. In diesen Fällen ist es nicht gerechtfertigt, auf die von vornherein ausgeschlossene Kenntnis der Bauleitung abzustellen. Vielmehr muss es dann die Möglichkeit geben, auch auf die Kenntnisse anderer Mitarbeiter zurückzugreifen, die an Stelle des abwesenden Bauleiters mit der Prüfung des Werkes auf Mangelfreiheit betraut sind und

deshalb Gehilfen bei der Erfüllung der Offenbarungspflicht sein können. Es ist deshalb auch dann, wenn der Unternehmer eine einwandfreie Organisation der Bauüberwachung nachweist, im Einzelfall zu prüfen, ob ihm ausnahmsweise die Kenntnis seines Subunternehmers oder seiner bzw. dessen für die Prüfung der Leistung verantwortlichen Mitarbeiter zuzurechnen ist.

III.

16 Das Berufungsgericht hat die gebotene Prüfung des Einzelfalles nicht vorgenommen. Das Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

17 1. Gegenstand der Prüfung im Revisionsverfahren war nicht die Frage, ob die Beklagte die Überwachung des Herstellungsprozesses ausreichend organisiert hat, so dass keine verlängerte Verjährungsfrist gemäß § 638 BGB angenommen werden kann (dazu BGH, Urteil vom 12. März 1992 - VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318, 320; Urteil vom 30. November 2004 - X ZR 43/03, BauR 2005, 550). Die Revision hat keine Verfahrensrügen gegen die Würdigung des Berufungsgerichts erhoben, die Baustellenüberwachung sei ausreichend organisiert gewesen. Aus Rechtsgründen ist nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht seine Auffassung allein darauf stützt, dass die Beklagte einen erfahrenen und sachkundigen Bauleiter für die Überwachung des Einfamilienhauses mit Garage eingesetzt hat. Insbesondere kommt es für die Prüfung der Organisationspflichtverletzung grundsätzlich nicht darauf an, inwieweit der Bauleiter die Baustelle tatsächlich besichtigt hat (tendenziell abweichend die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen OLG Oldenburg, BauR 1995, 105 und OLG Köln, BauR 1995, 107). Die konkrete Ausübung der bauleitenden Tätigkeit

im Einzelfall ist in aller Regel keine Frage der Organisation der Bauüberwachung. Etwas anderes kann z.B. gelten, wenn die Bauüberwachung vom Unternehmer in einer Weise organisiert ist, die es dem Bauleiter nicht möglich macht, die ihm obliegenden Aufgaben zu erfüllen.

- 18 2. Nach der Darstellung der Beklagten war der Bauleiter nicht in der Lage, die mangelhafte Ausführung der Randfugen zu erkennen, weil die Fliesenverlegung einschließlich der Verschließung der Randfugen in einer Zeit erfolgt sei, in der der Bauleiter die Baustelle nicht besichtigt habe. Ausgehend davon, dass sich die Klägerin diesen Vortrag jedenfalls hilfsweise zu Eigen gemacht hat, kommt es auf die Kenntnisse des Subunternehmers oder eines etwa von ihm mit Prüfungsaufgaben betrauten Mitarbeiters an.

Dressler

Kuffer

Kniffka

Bauner

Safari Chabestari

Vorinstanzen:

LG Traunstein, Entscheidung vom 11.04.2005 - 3 O 1231/04 -

OLG München, Entscheidung vom 13.09.2005 - 13 U 3001/05 -