



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 116/10

Verkündet am:
8. März 2012
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB § 638 Abs. 1 Satz 1 a.F.

Ein Bauunternehmer verschweigt einen Gründungsmangel arglistig, wenn er in Kenntnis seiner dahingehenden vertraglichen Verpflichtung die zur Vermeidung einer fehlerhaften Gründung gebotene Bodenuntersuchung nicht vorgenommen hat und er den Besteller bei der Abnahme des Hauses darauf und auf die damit verbundenen Risiken nicht hinweist.

BGH, Urteil vom 8. März 2012 - VII ZR 116/10 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Dr. Eick und den Richter Prof. Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 29. Oktober 2009 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger hat von den Beklagten zu 1 und 2 als Erben des am 25. Juni 2008 verstorbenen Bauunternehmers Sch. und Rechtsanwältin S. als Nachlasspflegerin für dessen unbekannte Erben Schadensersatz wegen mangelhafter Gründung des von Sch. errichteten Reihenhauses sowie Feststellung der Ersatzpflicht für alle weiteren sich aus diesem Mangel ergebenden Schäden verlangt.
- 2 Mit notariellem Vertrag vom 15. Oktober 1987 erwarb der Kläger von Sch. das Grundstück S.-Hof 26 in O. mit einem darauf erst noch zu errichten-

den Reihenmittelhaus zum Preis von 265.660 DM. Die Vertragsparteien vereinbarten eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren. Die Übergabe des Hauses an den Kläger erfolgte am 25. April 1988.

3 Das Grundstück des Klägers liegt im Baugebiet H.-Viertel, einer Industriebrache, auf der früher eine Textilfabrik betrieben wurde. Sch. hatte auf diesem Gelände bereits mehrere Häuserzeilen errichtet, bevor das Reihenmittelhaus des Klägers gebaut wurde. Das Reihenhaus des Klägers weist, ebenso wie das Reihenendhaus S.-Hof 27, eine erhebliche Rissbildung auf.

4 Der Kläger ist der Auffassung, es handele sich - ebenso wie bei den Rissen des Reihenendhauses - um Setzrisse aufgrund einer unzureichenden Gründung. Er hat mit am 30. Dezember 2004 beim Landgericht eingegangener und Sch. am 25. Januar 2005 zugestellter Klage unter anderem die Feststellung begehrt, dass dieser alle Schäden zu ersetzen habe, die durch die nicht ausreichende Gründung seines Reihenhauses entstanden sind und in Zukunft entstehen werden. Nachdem Sch. verstorben war, hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu 1 bis 3 zu verurteilen, an ihn 116.000 € nebst Zinsen zu zahlen und festzustellen, dass diese auch verpflichtet sind, ihm weitere aus der unzureichenden Gründung resultierende Schäden zu ersetzen.

5 Das Landgericht hat die Beklagten zu 1 bis 3 antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Es hat weiter festgestellt, dass sie dem Kläger darüber hinaus alle weiteren Schäden zu ersetzen haben, die durch die nicht ausreichende Gründung in Zukunft entstehen werden. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 bis 3 hat das Berufungsgericht die Klage wegen Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Klägers abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wieder-

herstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, soweit sie gegen die Beklagten zu 1 und 2 ergangen ist.

- 6 Die auf den Anteil der potentiellen Erbin S. Sch. beschränkte Nachlasspflegschaft ist während des Revisionsverfahrens aufgehoben worden, nachdem die Beklagten zu 1 und 2 nach Ausschlagung der Erbschaft durch S. Sch. als alleinige Erben des Sch. festgestellt worden waren. Der Kläger hat daraufhin den Rechtsstreit hinsichtlich der Beklagten zu 3 in der Hauptsache für erledigt erklärt. Diese hat der Erledigungserklärung nicht zugestimmt und insoweit die Abweisung der Klage als unzulässig beantragt.

Entscheidungsgründe:

- 7 Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerechts (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO).
- 8 Auf das Rechtsverhältnis der Parteien findet das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 EGBGB).

I.

- 9 Das Berufungsgericht nimmt an, der Schadensersatzanspruch des Klägers sei verjährt, da Sch. weder ein arglistiges Verhalten noch ein Organisationsverschulden anzulasten sei. Es könne dahinstehen, ob die umfangreichen

Rissbildungen an dem Reihenhaus des Klägers die Folge einer mangelhaften Gründung auf einem nicht hinreichend tragfähigen Boden seien oder es sich um übliche hinzunehmende Schwindrisse handele. Es sei davon auszugehen, dass die Baugrundverhältnisse im H.-Viertel aufgrund der unterschiedlichen vorherigen Nutzung von Grundstück zu Grundstück verschieden gewesen seien. Die örtlichen Erfahrungen aus den zuvor erstellten Reihenhauszeilen in diesem Viertel hätten daher allenfalls bedingt auf das Grundstück des Klägers übertragen werden können. Arglist könne Sch. aber nur vorgeworfen werden, wenn er hinsichtlich des vom Kläger erworbenen Grundstücks Gründungsmängel für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hätte. Das könne nicht festgestellt werden. Sch. sei davon ausgegangen, dass es ausreiche, die Baugrube bis unterhalb der Sohlplatte auszuheben, dort eine Schotter- und Sandschicht von etwa 50 cm Stärke einzubringen und zu verdichten und die Reihenhäuser auf einer ca. 25 cm starken, in zwei Teilen gegossenen Stahlbetonsohlplatte zu gründen. Weiter sei er davon ausgegangen, dass die Stahlbetonsohle etwaige punktuelle Lockerstellen problemlos und statisch unbedenklich überbrücken könne. Diese Vorgehensweise nach Erfahrungswerten sei zwar nach Beurteilung des Sachverständigen H. fehlerhaft, begründe aber in rechtlicher Hinsicht nicht den Vorwurf der Arglist.

II.

- 10 Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.
- 11 Die Verjährung des vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruchs kann nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung bejaht werden.

- 12 1. Das Berufungsgericht hat den Streit der Parteien, ob es sich bei den umfangreichen Rissbildungen, die das Reihenhaus des Klägers aufweist, um übliche hinzunehmende Schwindrisse handelt oder ob die Risse Folge einer mangelhaften Gründung des Reihenhauses auf einem nicht hinreichend tragfähigen Boden sind, offen gelassen. Zugunsten des Klägers ist daher im Revisionsverfahren davon auszugehen, dass entsprechend den Ausführungen des Sachverständigen H. die waagrecht, senkrecht und treppenförmig verlaufenden Risse auf ungleichmäßige Setzungen der unterhalb der Sohlplatte befindlichen Böden - ungeeignete und/oder sehr locker gelagerte eng gestufte Sande mit zum Teil humosen Einschlüssen - zurückzuführen sind. Dies hatte zur Folge, dass sich mit der Sohlplatte sowohl die straßenseitige Außenwand als auch die senkrecht zu ihr verlaufenden Querwände im Keller abgesenkt haben.
- 13 2. Auf dieser Grundlage erweist sich das Werk des Sch. als mangelhaft, so dass dem Kläger ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB zusteht. Das Bauwerk ist infolge der fehlerhaften Gründung nicht in der Lage, die vorausgesetzte Funktion zu erfüllen. Denn es musste dauerhaft standsicher errichtet werden.
- 14 3. Darin erschöpft sich die Pflichtverletzung des Sch. jedoch nicht. Vielmehr ist in der Revision davon auszugehen, dass Sch. es vertragswidrig unterlassen hat, notwendige Bodenuntersuchungen vorzunehmen, die dazu geführt hätten, dass die Gründung nicht mangelhaft vorgenommen worden wäre.
- 15 a) Die Vertragsparteien haben in § 2 des Erwerbsvertrags vom 15. Oktober 1987 vereinbart, dass für die Ausführung des Bauvorhabens die technischen Bestimmungen der VOB und alle bestehenden DIN-Vorschriften maßgebend sind. Sch. musste danach sicherstellen, dass eine den Bodenverhältnissen entsprechende Gründung gewählt wurde, durch die die Bauwerks-

kräfte sicher in den Baugrund abgeleitet werden konnten (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 1971 - VII ZR 204/69, BauR 1971, 265, 267; Urteil vom 15. Juni 2000 - VII ZR 212/99, BauR 2000, 1330 = NZBau 2000, 433 = ZfBR 2000, 484). Dazu waren gemäß DIN 1054 (1976) Art, Beschaffenheit, Ausdehnung, Lagerung und Mächtigkeit der Bodenschichten durch Schürfe, Bohrungen und Sondierungen festzustellen, sofern die örtlichen Erfahrungen keinen ausreichenden Aufschluss gaben. Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, dass die örtlichen Erfahrungen einen ausreichenden Aufschluss über die von Sch. vorausgesetzten Bodenverhältnisse für die Gründung gaben. Es stellt lediglich fest, dass Sch. aufgrund seiner Erfahrungen davon ausging, dass die Stahlbetonsohle so beschaffen sei, dass sie etwaige punktuelle Lockerstellen problemlos und statisch unbedenklich überbrücken könne. Das besagt jedoch weder dazu etwas, von welchen Bodenverhältnissen Sch. überhaupt ausgegangen ist, noch dazu, ob seine Annahme ausreichende Grundlage in den örtlichen Erfahrungen hatte.

- 16 b) Jedenfalls in der Revision ist davon auszugehen, dass Sch. verpflichtet war, Bodenuntersuchungen vorzunehmen, um das Risiko einer fehlerhaften Gründung gering zu halten. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, waren die Baugrundverhältnisse im H.-Viertel aufgrund der unterschiedlichen vorherigen Nutzung von Grundstück zu Grundstück verschieden. Es handelte sich teilweise um Gartengelände und teilweise um Gelände, auf dem zuvor Industriegebäude gestanden hatten. Im Hinblick auf deren vollständigen Abriss musste - wie das Landgericht zu Recht angenommen hat - mit den unterschiedlichsten Bodenverhältnissen gerechnet werden, insbesondere mit Resten von Fundamenten und Mauerwerk, mit Bauschuttablagerungen, mit aufgefüllten Bereichen und gewachsenem Boden. Die von Sch. aus den zuvor im H.-Viertel erstellten Reihenhauszeilen gewonnenen örtlichen Erfahrungen konnten dementsprechend auf das Grundstück des Klägers nicht ohne weiteres übertragen

werden. Dies ergab sich bereits aus dem Umstand, dass über dieses Grundstück ein breites, tiefgehendes Fundament einer früheren Werkshalle verlief. Zudem konnten die bisher gewonnenen Erfahrungen vermutlich nichts zur Beschaffenheit des Bodens unterhalb der Gründungsebene beitragen. Lagen Sch. keine anderen belastbaren Erkenntnisse über den Boden vor, so war eine Untersuchung des Bodens auf seine Tragfähigkeit erforderlich. Insoweit konnten Erkenntnisse nur durch Probebohrungen erlangt werden. Nach den Ausführungen des Sachverständigen H. war nach der damals einschlägigen DIN 4022 der Ausgabe Geotechnische Untersuchung für bautechnische Zwecke, Ausgabe 0753, bei Flachgründungen die Erkundungstiefe das 1,5-fache der geringsten Plattenbreite. Der Baugrund hätte daher bis zu einer Tiefe von 6 m untersucht werden müssen. Wäre der Baugrund in diesem Umfang untersucht worden, wäre die fehlende Tragfähigkeit des Bodens erkannt worden.

17 4. Auf dieser Grundlage kann die Auffassung des Berufungsgerichts, Sch. habe einen Mangel seiner Bauleistung im Hinblick auf die Gründung nicht arglistig verschwiegen, keinen Bestand haben.

18 a) Ein Unternehmer verschweigt einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig, wenn ihm dieser bei der Abnahme bekannt ist und er ihn dennoch nicht offenbart (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32). Dabei reicht es für die Kenntnis des Mangels aus, dass der Unternehmer die für den Mangel ursächliche, vertragswidrige Ausführung der Werkleistung erkannt hat (BGH, Urteil vom 23. Mai 2002 - VII ZR 219/01, BauR 2002, 1401 = NZBau 2002, 503 = ZfBR 2002, 680; vgl. auch BGH, Urteil vom 20. April 2004 - X ZR 141/01, BauR 2004, 1776 = NJW-RR 2004, 1350).

19 b) Diese Voraussetzungen können vorliegen. In der Revision ist davon auszugehen, dass Sch. bewusst war, dass eine ordnungsgemäße Gründung

nur durch eine Bodenuntersuchung gewährleistet werden konnte. Ihm war bekannt, dass es sich bei dem Baugebiet um eine Industriebrache handelte, bei der mit unterschiedlichsten Bodenverhältnissen zu rechnen war. Ebenso hatte er Kenntnis davon, dass sich auf dem Grundstück des Klägers breite und tiefgehende Fundamentreste befanden. Er hat des Weiteren angenommen, dass im Gründungsbereich zumindest Lockerstellen anzutreffen sein könnten. Es ist ohne weiteres auch davon auszugehen, dass Sch. als einem bereits Jahrzehnte im Baugeschäft tätigen Unternehmer bekannt war, dass nach DIN 1054 in einem solchen Gebiet ohne vorherige eingehende Baugrunduntersuchung mit Probebohrungen eine Flachgründung nicht ausgeführt werden durfte, sofern die örtlichen Erfahrungen keinen ausreichenden Aufschluss gaben. Wenn er trotz dieser Kenntnis von einer erforderlichen Baugrunduntersuchung Abstand genommen hat, handelt es sich um einen vorsätzlichen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik mit der Folge, dass das Risiko bestand, dass der Boden nicht hinreichend tragfähig sein könnte und die Bauwerkskräfte deshalb nicht - wie erforderlich - sicher in den Baugrund abgeleitet werden könnten. Der Senat hat bereits entschieden (BGH, Urteil vom 23. Mai 2002 - VII ZR 219/01, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Dezember 1985 - VII ZR 5/85, BauR 1986, 215 = ZfBR 1986, 69), dass ein Bauunternehmer, der bewusst abweichend vom Vertrag einen nicht erprobten Baustoff verwendet, arglistig handelt, wenn er den Auftraggeber treuwidrig hierauf und auf das mit der Verwendung dieses Baustoffs verbundene Risiko nicht hinweist. Dementsprechend ist auch das Verhalten des Sch. zu bewerten. Er musste unter den in der Revision anzunehmenden Voraussetzungen nach Treu und Glauben im Hinblick auf die überragende Bedeutung einer mangelfreien Gründung auf den Verstoß gegen die insoweit nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien des Erwerbsvertrags einzuhaltenden technischen Vorschriften und das damit verbundene Risiko hinweisen; tat er dies nicht, handelte er arglistig. Das gilt im Übrigen auch, wenn er

den Verstoß gegen die Pflicht zur Bodenuntersuchung nicht bewusst begangen, jedoch billigend in Kauf genommen hat.

20 Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Sch. nach seiner vom Berufungsgericht als glaubhaft bewerteten Einlassung angenommen hat, es reiche aus, nach Aushebung der Baugrube und Entfernung der Fundamentreste eine Schotter- und Sandschicht von etwa 50 cm Stärke einzubringen und zu verdichten, das Haus zusammen mit den weiteren Reihenhäusern auf einer ca. 25 cm starken, in zwei Teilen gegossenen Stahlbetonsohlplatte zu gründen und dadurch etwaige punktuelle Lockerstellen problemlos und statisch unbedenklich überbrücken zu können. Denn für die Annahme des arglistigen Verschweigens eines Mangels ist es nicht erforderlich, dass der Unternehmer bewusst die Folgen der vertragswidrigen Ausführung in Kauf genommen hat (BGH, Urteil vom 23. Mai 2002 - VII ZR 219/01, aaO). Es reicht aus, dass er die Vertragswidrigkeit der Ausführung und das sich daraus ergebende Risiko erkannt und seinem Vertragspartner treuwidrig nicht mitgeteilt hat. Sofern Sch. daher angenommen haben sollte, dass sich das in der ohne hinreichende Überprüfung des Baugrundes vorgenommenen Gründung liegende Risiko nicht verwirklichen werde, handelte es sich um eine bloße Hoffnung. Dies lässt die Arglist im Hinblick auf die unterlassene Aufklärung über die regelwidrig nicht erfolgte Bodenuntersuchung und deren mögliche Folgen nicht entfallen.

III.

21 1. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts Gebrauch gemacht, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO. In der neuen

Verhandlung wird das Berufungsgericht die Voraussetzungen des arglistigen Verschweigens des Gründungsmangels nach Maßgabe der Beurteilung durch den Senat erneut zu prüfen haben. Sollte das Berufungsgericht eine Arglist auf dieser Grundlage nicht feststellen können, dürfte auch eine nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gleichstehende Verletzung der Organisationsobliegenheit (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32) nicht vorliegen. In diesem Fall wird das Berufungsgericht aber die weiteren Einwendungen des Klägers gegen die Verneinung der Arglist zu prüfen haben.

22 2. Die Klage gegen die Beklagte zu 3 ist nicht - wie die Revisionserwid-
rung meint - als unzulässig deshalb abzuweisen, weil die neben den Beklagten
zu 1 und 2 allein als weitere Erbin in Betracht kommende S. Sch. die Erbschaft
ausgeschlagen hat, sie damit nie Erbin geworden ist und die Nachlasspflegerin
damit eine nicht existente Partei vertreten hätte.

23 Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers ist als Klageänderung in
der Revisionsinstanz zulässig (BGH, Urteil vom 7. Juni 2001 - I ZR 157/98,
NJW 2002, 442; Urteil vom 8. Februar 1989 - IVa ZR 98/87, BGHZ 106, 359).
Sie ist auf die Feststellung gerichtet, dass hinsichtlich der Beklagten zu 3 der
Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, also ein Umstand eingetreten ist, der
die ursprünglich zulässige und begründete Klage nachträglich unzulässig oder
unbegründet gemacht hat.

24 a) Die Revisionserwid-
erung geht zu Recht davon aus, dass die Nach-
lasspflegerin Vertreterin der unbekannt-
en Erben des Sch. war (vgl. BGH, Urteil
vom 8. Dezember 2004 - IV ZR 199/03, BGHZ 161, 281, 286 m.w.N.;
MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl., § 1960 Rn. 62), hier beschränkt auf den
Erbteil der S. Sch.

- 25 b) Die insoweit erhobene Klage war gemäß § 1960 Abs. 3, § 1958 BGB zulässig. Die Zulässigkeit ist nicht dadurch entfallen, dass die als testamentarisch berufene Erbin S. Sch. die Erbschaft ausgeschlagen hat und der Anfall der Erbschaft damit gemäß § 1953 Abs. 1 BGB an sie als nicht erfolgt gilt. Die auf den Erbfall zurückwirkende Ausschlagung hat auf die ursprüngliche Zulässigkeit der Klage keine Auswirkungen.
- 26 3. Auch auf die ursprüngliche Begründetheit der Klage wirkt sich der Umstand, dass infolge der Ausschlagung der S. Sch. der Anfall der Erbschaft an sie als nicht erfolgt gilt, nicht aus. Die Klage ist insoweit - sofern ihr ohne die Ausschlagung der Erbschaft durch S. Sch. hätte stattgegeben werden müssen - erst mit der Feststellung, dass es neben den Beklagten zu 1 und 2 keine

weiteren Erben gibt und der deshalb erfolgten Aufhebung der Nachlasspflegschaft unbegründet geworden, weil sie sich materiell erledigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1989 - IVa ZR 98/87, BGHZ 106, 359, 366).

Kniffka

Kuffer

Safari Chabestari

Eick

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Osnabrück, Entscheidung vom 27.03.2009 - 7 O 3996/04 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 29.10.2009 - 8 U 103/09 -