

42
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 278, 638

Zur Frage arglistigen Verschweigens eines Mangels durch
Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1973 - VII ZR 184/72 - OLG Hamm
LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 184/72

URTEIL

Verkündet am
20. Dezember 1973
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Bauunternehmers Hans H [REDACTED], F [REDACTED],
Ha [REDACTED],
2. der Firma Joseph S p [REDACTED], Bauunternehmung, P [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED], Inhaber Dipl.-Ing. Hans He [REDACTED], ebenda,
3. der Firma S [REDACTED] & W o [REDACTED] KG, Bauunternehmung,
D [REDACTED], Sch [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die persön-
lich haftenden Gesellschafter Franz Wo [REDACTED], Anton Wo [REDACTED]
und Josef Wo [REDACTED], ebenda,
4. der Firma Alfred R [REDACTED] GmbH, E [REDACTED]-Kr [REDACTED], Er [REDACTED]-
straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Peter R [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Hermann S c [REDACTED] KG, E [REDACTED], Ma [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Kaufmann Wilhelm Sc [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 4. Mai 1972 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin ließ in den Jahren 1956 bis 1960 auf ihrem Grundstück in E- AL- , Hö-straße - , zwei Lagerhäuser in vier zeitlich aufeinander folgenden Bauabschnitten errichten. Jeder Beklagte führte für je einen Bauabschnitt die Maurer- und Stahlbetonarbeiten aus. In den Verträgen war vereinbart, daß für die Gewährleistung die Bestimmungen des BGB und im übrigen die der VOB gelten sollten.

Die Klägerin nahm die Werkleistungen bis spätestens 1960 ab und vermietete die Räume der Lagerhäuser.

Seit Herbst 1967 traten an Betonstützen und -querbalken der Gebäude zunehmend Abplatzungen des Betons auf.



Ferner zeigten sich Wand- und Fugenrisse. Die Klägerin ließ über die Ursachen der Mängel Untersuchungen durch die Sachverständigen Ra[REDACTED] und Ma[REDACTED] anstellen. In seinem Gutachten vom 28. Mai 1969 kam Ma[REDACTED] zu dem Ergebnis, die Mängel seien auf schwere Fehler bei den Arbeiten der Beklagten zurückzuführen, die insbesondere zu unzureichender Betondeckung der Stahleinlagen und dadurch zu deren Korrosion sowie zu Betonabsprengungen geführt hätten.

Am 23. Juni 1969 übermittelte die Klägerin den Beklagten das Gutachten Ma[REDACTED], forderte sie zur Mängelbeseitigung bis zum 20. September 1969 auf und drohte an, nach fruchtlosem Fristablauf die Nachbesserung abzulehnen. Die Beklagten verweigerten die Nachbesserung, hielten das Gutachten Ma[REDACTED] für unrichtig und beriefen sich auf Verjährung.

Die Klägerin hat mit der im Januar 1970 erhobenen Klage von den Beklagten die Zahlung folgender Beträge nebst Zinsen zur Mängelbeseitigung sowie als Ersatz der für Gutachten und Nebenarbeiten entstandenen Kosten verlangt: 59.687,22 DM von H[REDACTED], 50.908,41 DM von der Firma Sp[REDACTED], 85.411,03 DM von der Firma S[REDACTED] und Wo[REDACTED] und 50.944,91 DM von der Firma R[REDACTED] GmbH. Ferner hat sie beantragt, die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des weiteren Schadens festzustellen. Sie hat vorgetragen, die Beklagten hätten ihr die Mangelhaftigkeit ihrer Arbeiten arglistig verschwiegen. Sie müßten sich das Wissen ihrer Kolonnenführer anrechnen lassen, denen die "Pfuscharbeit" bekannt gewesen sei. Die Ansprüche wegen Schadensersatzes seien daher nicht verjährt.

person des Unternehmers, auch ohne daß sie mit der Ablieferung des Werks befaßt ist, als "Erfüllungsgehilfe des Unternehmers bei der Offenbarungspflicht" anzusehen ist, weil allein ihr Wissen und ihre Mitteilung an den Unternehmer diesen überhaupt in stand setzt, seine Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller zu erfüllen. In solchen Fällen kann es unter Umständen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) untragbar erscheinen, ein "arglistiges Verschweigen" z.B. nur deswegen zu verneinen, weil - angesichts der stark arbeitsteiligen Organisation eines Großbetriebs - die eine Hilfsperson, welche prüft, den Mangel entdeckt und verschweigt, mit der Ablieferung nichts zu tun hat, während die andere Hilfsperson, welche bei der Ablieferung und Abnahme des Werks mitwirkt, nicht mit der Prüfung befaßt war und daher den Mangel nicht kennt. In solchen Fällen kann sich der Unternehmer nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, die von ihm als "Prüfer" eingesetzte Hilfsperson sei mit der Ablieferung nicht befaßt, und er brauche sich daher deren Kenntnis nicht gemäß § 278 BGB als "arglistiges Verschweigen" anrechnen zu lassen.

Die Entscheidung darüber, ob dem Unternehmer das Verhalten einer Hilfsperson als arglistiges Verschweigen anzurechnen ist, kann insoweit nur nach den Umständen des Einzelfalles getroffen werden und obliegt daher dem Tatrichter. Hier hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen dafür rechtsfehlerfrei bejaht. Es hat dabei die Grenzen beachtet, wie sie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergeben:

a) Die Bezeichnung als "Polier" besagt für sich allein für die hier zu entscheidende Frage nichts. Nicht

Die Beklagten haben bestritten, daß ihre Leute unsachgemäß gearbeitet hätten, und haben sich weiterhin auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat - unter Klagabweisung im übrigen - die Beklagten zur Zahlung folgender Beträge - nebst Zinsen aus einem Teil des jeweiligen Betrages - verurteilt: H. [REDACTED] zu 38.696 DM, Firma Sp. [REDACTED] zu 27.578 DM, Firma S. [REDACTED] und Wo. [REDACTED] zu 52.026 DM und die Firma R. [REDACTED] GmbH zu 19.216 DM. Ferner hat es festgestellt, daß jeder Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der mangelhaften Betondeckung der Stahleinlagen in den Stützbalken und Querriegeln des von ihm errichteten Bauteils entstehe.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt, den Darlegungen des Sachverständigen Schild folgend, fest, in allen Bauteilen der beiden Gebäude seien die Stahleinlagen der Stützbalken und Querriegel nur unzureichend, in einer der DIN 1045 (§ 14 Nr. 3) nicht entsprechenden Weise mit Beton überdeckt, was die Korrosion und die Betonabsprengungen zur Folge habe. Dies sei nicht auf Einwirkungen des Bergbaus oder auf Immissionen zurückzuführen, sondern darauf, daß

die Arbeiter der Beklagten beim Betonieren zumindest teilweise keine Abstandhalter ("Betonklötzchen" o.ä. nach DIN 1045 § 11 Nr. 2) zwischen Stahleinlagen und Verschalung angebracht hätten. Diese Mängel fielen ausschließlich in den Verantwortungsbereich der Beklagten. Die Voraussetzungen von § 634 BGB lägen hier vor, da die Klägerin die Beklagten vergeblich unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung zur Beseitigung der Mängel aufgefordert habe. Die Beklagten seien der Klägerin gemäß § 635 BGB schadensersatzpflichtig.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

II.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Schadensersatzanspruch der Klägerin sei nicht verjährt. Es gelte nicht die Verjährungsfrist von fünf, sondern die von 30 Jahren, da die Beklagten arglistig verschwiegen hätten (§§ 638, 195 BGB), daß zumindest teilweise ohne Abstandhalter betoniert worden sei. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, daß die Kolonnenführer (Poliere) der Beklagten die offensichtlich fehlerhafte Arbeit ihrer (aus Eisenflechtern und Einschaltern bestehenden) Kolonnen erkannt und geduldet hätten, um den Arbeitern die von diesen erstrebten höheren Akkordlöhne zu ermöglichen. Diese Kenntnis ihrer Kolonnenführer müßten die Beklagten gemäß § 278 BGB gegen sich gelten lassen, da sie sich, um ihrer Offenbarungspflicht gegenüber der Klägerin genügen zu können, zur Überprüfung der Arbeiten der Kolonnenführer bedient hätten. Dem stehe nicht entgegen, daß die Kolonnenführer nicht damit be-

traut gewesen seien, die Mängel der Klägerin gegenüber zu offenbaren. Es reiche aus, daß sie den Beklagten als ihren Arbeitgebern die Prüfungsergebnisse hätten mitteilen müssen, damit diese dann ihrer Offenbarungspflicht gegenüber der Klägerin hätten nachkommen können.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. "Arglistig verschweigt", wer sich bewußt ist, daß ein bestimmter Umstand für die Entschliebung seines Vertragsgegners von Erheblichkeit ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart (vgl. u.a. Urteile des Senats vom 2. Mai 1963 - VII ZR 233/61 - = Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 230, und vom 4. Mai 1970 - VII ZR 134/68 - = WM 1970, 964 = Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 435).

Diese Voraussetzungen arglistigen Verschweigens können auch bei einer Hilfsperson vorliegen, so daß sich der Werkunternehmer dann so behandeln lassen muß, als hätte er selbst den Mangel arglistig verschwiegen (§ 278 BGB). Das trifft vor allem dann zu, wenn sich der Unternehmer des Gehilfen gerade zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht gegenüber dem Vertragspartner bedient hat (wie z.B. in dem vom Reichsgericht in WarnRspr 1934, 14 entschiedenen Fall, wo die Arglist jedoch im Ergebnis deswegen verneint ist, weil sich der Erfüllungsgehilfe der Erheblichkeit des Mangels nicht bewußt war).

2. Andererseits kann einem Werkunternehmer nicht schon die Kenntnis und das Verheimlichen von Fertigungsmängeln durch bei der Herstellung des Werks mitwirkende Beschäftigte als "arglistiges Verschweigen" der Mängel

gegenüber dem Besteller angerechnet werden. Solche Personen sind zwar Erfüllungsgehilfen des Unternehmers bei der Herstellung des Werks, aber nicht seine Erfüllungsgehilfen in Bezug auf seine Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller.

a) Demgemäß hat der Bundesgerichtshof in einem Falle, in dem eine Hilfsperson des Werkunternehmers bei der serienmäßigen Herstellung einer Maschine einen Maschinenteil verbotswidrig geschweißt und dies verheimlicht hatte, ein dem Unternehmer zuzurechnendes "arglistiges Verschweigen" verneint, weil der Unternehmer zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller sich nicht des Gehilfen bedient hatte, den er zwar mit der Herstellung der Maschine, nicht jedoch mit deren Auslieferung an den Besteller betraut hatte (Urteil vom 8. Mai 1968 -VIII ZR 62/66 - = LM BGB Nr. 13 zu § 463).

b) Ebenso hat das Kammergericht arglistiges Verschweigen durch Erfüllungsgehilfen in einem Fall abgelehnt, in dem eine Putzer-Kolonne bei Herstellung des Außenputzes dem Mörtel Gips beigemischt hatte (BauR 1970, 242). Es hat ausgeführt, arglistiges Verschweigen durch die Verputzer liege nicht vor, weil der Werkunternehmer sich dieser Arbeiter nur zur Herstellung des Werkes, nicht aber zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht bedient habe. Gleiches gelte für den Lagerverwalter, der den Gips herausgegeben habe. Als Erfüllungsgehilfe bei Offenbarung der Werkmängel komme allerdings der von dem Werkunternehmer eingesetzte Baustellenleiter in Betracht, falls dieser an der Abnahmeverhandlung mitgewirkt habe; dessen Kenntnis von der Gipsbeimischung sei aber nicht nachgewiesen.

c) Das Schrifttum hat sich überwiegend dieser Auffassung angeschlossen (vgl. u.a. Soergel/Siebert/Ballerstedt BGB 10. Aufl., § 638 Rn. 6; RGRK BGB 11. Aufl., § 638 Anm. 1; Staudinger/Riedel BGB 11. Aufl., § 638 Rn. 11; Palandt/Heinrichs BGB 33. Aufl., § 278 Anm. 4 a, bb). Allerdings wird auch zum Teil die Ansicht vertreten, der Werkunternehmer müsse sich die Kenntnis einer jeden, bei der Herstellung des Werkes mitwirkenden Hilfsperson von einem Werkmangel so anrechnen lassen, als hätte er diese mit der Erfüllung der Offenbarungspflicht betraut (Hoffmann JZ 1969, 372 und Jagenburg NJW 1971, 1425).

Eine derart weitgehende Haftung des Schuldners für Personen, die er nicht mit der Aufgabe betraut hat, an seiner Stelle etwaige für den Besteller erhebliche Mängel zu offenbaren, erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Sie ist mit dem in § 278 BGB zum Ausdruck gekommenen Gedanken nicht vereinbar, wonach der Schuldner für das Verschulden Dritter deswegen einzustehen hat, weil er ihnen die Erfüllung bestimmter Vertragspflichten anvertraut hat.

3. In der Regel kann daher nur der als "Erfüllungsgehilfe des Unternehmers bei der Offenbarungspflicht" und daher als "Erfüllungsgehilfe beim arglistigen Verschweigen" angesehen werden, der mit der Ablieferung des Werks an den Besteller betraut ist oder dabei mitwirkt. Denn erst die Ablieferung des Werks ist der Zeitpunkt, in welchem sich das "arglistige Verschweigen" des Unternehmers endgültig verwirklicht.

Diese Regel gilt jedoch nicht ausnahmslos. Es gibt Fälle - und der vorliegende gehört nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt dazu -, in denen eine mit der Prüfung des Werks auf Mangelfreiheit befaßte Hilfs-

jeder Polier ist schon ohne weiteres Erfüllungsgehilfe des Unternehmers in Bezug auf "arglistiges Verschweigen". Es kommt immer auf den Aufgabenbereich des Poliers im Einzelfall an.

b) Im Großbetrieb wird es vielfach mehrere einander über- und untergeordnete "Prüfer" geben, die, von unten nach oben gesehen, zunächst nur einen kleinen Teilabschnitt und dann einen immer größeren Bereich der Fertigung zu überwachen und zu prüfen haben. Nicht schon jeder kleine "Prüfer", der im Großbetrieb - sei es neben seiner eigenen Fertigungsarbeit, sei es auch als einzige Aufgabe - einige Mitarbeiter zu überwachen und zu beaufsichtigen hat, ist Erfüllungsgehilfe des Unternehmers in Bezug auf arglistiges Verschweigen. Auf der Baustelle eines Großbauunternehmers z.B., wird in der Regel der vom Unternehmer dort eingesetzte "örtliche Bauleiter" als der an dieser Baustelle oberste verantwortliche Mann des Unternehmers anzusehen sein. (Er wird übrigens in der Regel auch bei der Ablieferung und Abnahme des Bauwerks mitwirken.) Sein arglistiges Verschweigen wird sich der Unternehmer in der Regel nach § 278 BGB anrechnen lassen müssen. Dagegen wird arglistiges Verschweigen von unter dem örtlichen Bauleiter arbeitenden, für einen kleineren Bereich mit Prüfungsaufgaben betrauten Personen vielfach nicht ausreichen, um es über § 278 BGB dem Unternehmer anzulasten.

Im vorliegenden Fall war von den Beklagten kein örtlicher Bauleiter eingesetzt.

c) Von Bedeutung ist weiter, ob ein Mangel leicht oder nur schwer zu entdecken ist, sowie, ob er nur kurze oder längere Zeit wahrnehmbar ist. Je schwieriger und je kürzer

ein Mangel zu entdecken ist, desto eher wird es zu rechtfertigen sein, die Kenntnis einer an diesem Arbeitsabschnitt als "Prüfer" beteiligten Hilfsperson des Unternehmers diesem als arglistiges Verschweigen zuzurechnen.

Das zeigt gerade der vorliegende Fall. Ob hier die in die Schalung eingelegten Drahtmatten mit Abstandhaltern versehen waren oder nicht, ließ sich nur ganz kurze Zeit feststellen. Nach dem Eingießen des Betons war das Mattengeflecht verdeckt und der Fehler nicht mehr sichtbar. Die einzigen, die - bei Fehlen eines örtlichen Bauleiters - im Betrieb der Beklagten die Aufgabe hatten und praktisch allein überhaupt in der Lage waren, das Vorhandensein von Abstandhaltern zu überprüfen und ihr Fehlen zu entdecken, waren die Kolonnenführer der Verschaler- und Drahtflechterkolonnen. Zu ihren speziellen Aufgaben gehörte es gerade, darauf zu achten, daß solche Abstandhalter ordnungsgemäß angebracht wurden. Bei dieser Sachlage ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht hier der Beklagten das "arglistige Verschweigen" ihrer Kolonnenführer gemäß § 278 BGB zurechnet.

d) Auch die übrigen Voraussetzungen "arglistigen Verschweigens durch Erfüllungsgehilfen" liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier vor. Insbesondere waren sich die Kolonnenführer bewußt, daß die von ihnen geduldete "Pfuscharbeit", die später zu den Betonabsprengungen führte, für die Entschließung der Klägerin bei Abnahme des Werkes erheblich war, ferner, daß sie ohne Rücksicht auf nachlässige Bauaufsicht durch den Architekten der Klägerin zur Mitteilung der Herstellungsmängel gegenüber den Beklagten verpflichtet waren, um auf diese Weise die Unterrichtung der Klägerin zu ermöglichen, sowie, daß sie diese Pflicht verletzten.

4. Unrichtig ist die Ansicht der Revision, die Beklagten wären der Offenbarungspflicht dadurch enthoben gewesen, daß die Klägerin ihren Architekten mit der Bauaufsicht beauftragt habe. Der Bauunternehmer, der mangelhaft arbeitet, kann sich nicht darauf berufen, nicht genügend beaufsichtigt worden zu sein. Die sich aus der mangelhaften Werkleistung ergebende Offenbarungspflicht des Unternehmers kann daher durch unzulängliche Bauaufsicht des Bauherrn oder seines Architekten nicht berührt werden.

III.

1. Das Berufungsgericht legt der Berechnung des durch die unzureichende Betondeckung eingetretenen Schadens die Kosten zugrunde, die zur Beseitigung der Mängel erforderlich und - im geringeren Umfange durch Gutachten und Nebenarbeiten - bereits entstanden sind. Es führt aus, die noch erforderlichen Kosten seien auf der Grundlage des Gutachtens Kolb ermittelt worden, das der Sachverständige Schild überprüft und für sachgerecht bezeichnet habe.

Die tatrichterliche Würdigung der Gutachten durch das Berufungsgericht läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht der Feststellungsklage stattgegeben hat. Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist schon deshalb nicht zu verneinen, weil der Umfang des Schadens, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum feststellt, noch nicht beziffert werden kann (z.B. nicht wegen der Mietausfälle, Umräumungskosten u.ä. bei Mängel-

beseitigung) und die zuerkannten Zahlungsansprüche nur den jetzt bezifferbaren Teil des Schadens umfassen. Das Feststellungsurteil enthält in seinem Tenor zwar keine ausdrückliche Begrenzung auf den "weiteren, über die Zahlungsansprüche hinausgehenden" Schaden. So ist es aber zu verstehen, wie auch die Entscheidungsgründe des Berufungsgerichts deutlich ergeben.

IV.

Die Revision hat zahlreiche Verfahrensrügen erhoben. Der Senat hat sie geprüft, aber für nicht begründet erachtet (Art. 1 Nr. 4 EntlG).

Die Revision ist zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Doerry