

## Kommentare zur aktuellen Rechtsprechung für die Bauwirtschaft



RA Michael Werner, Leiter Hauptabteilung Wirtschaft im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Berlin

### Arglistiges Verschweigen des Nachunternehmers ist dem GU zurechenbar!

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 12. Oktober 2006 – VII ZR 272/05- ([www.ibr-online.de](http://www.ibr-online.de)) Folgendes entschieden:

1. Dem Unternehmer kann die Kenntnis eines mit der Prüfung des Werkes beauftragten Mitarbeiters eines Nachunternehmers auch dann zuzurechnen sein, wenn er einen Bauleiter zur Objektüberwachung eingesetzt hat.
2. 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.

Ein Erwerber (E) verklagte im Jahr 2004 den Generalunternehmer (GU) auf Kostenvorschuss für die Beseitigung von Rissen in Fliesen des im Jahre 1995 errichteten und abgenommenen Einfamilienhauses.

Gegen die Verjährungseinrede argumentierte E, der GU habe die Überwachung der Baustelle durch seinen Bauleiter falsch organisiert und seine Erfüllungsgehilfen hätten den Mangel arglistig verschwiegen. Das OLG hatte die Klage wegen Verjährung abgewiesen und betont, eine Zurechnung der Kenntnis des Nachunternehmers und seiner Mitarbeiter komme nicht in Betracht, weil sich der GU zur Erfüllung der Offenbarungspflicht eines Bauleiters bedient habe; dieser habe den Mangel nicht bemerkt.

Der BGH ist hier anderer Auffassung als das vorinstanzliche OLG. Er teilt nicht die Auffassung des Berufungsgericht, ein etwaiges arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Nachunternehmer des GU wäre dem GU nicht zuzurechnen, weil er sich zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht gegenüber dem Auftraggeber nicht des Nachunternehmers, sondern des Bauleiters bedient habe. Der Einsatz eines Bauleiters schließe es nicht aus, dem Unternehmer die Arglist des Nachunternehmers zuzurechnen.

Im Rahmen des § 638 BGB werde einem Unternehmer grundsätzlich nur die Arglist solcher Mitarbeiter zugerechnet, deren er sich bei der Erfüllung seiner Pflicht bediene, dem Besteller die Mängel seiner Leistung zu offenbaren. Erfüllungsgehilfe in diesem Sinne sei in der Regel derjenige, der mit der Ablieferung des Werks an den Besteller betraut sei oder dabei mitwirke. Dazu gehöre in aller Regel der vom Unternehmer zur Überwachung der Bauleistung eingesetzte Bauleiter. In Betracht komme aber auch die Zurechnung anderer zur Erfüllung der Offenbarungspflicht herangezogener Hilfspersonen. Setze allein das Wissen und die Mitteilung von mit der Herstellung befassten Mitarbeitern den Unternehmer instand, seine Offenbarungspflicht gegenüber dem Besteller zu erfüllen, so könne es geboten sein, ihm deren Kenntnisse zuzurechnen, wenn sie auch mit der Prüfung des Werks auf Mangelfreiheit betraut seien. Je schwieriger und je kürzer ein Mangel während der Ausführung der Leis-

tung zu entdecken sei, desto eher müsste die Kenntnis einer mit Prüfungsaufgaben betrauten Hilfsperson des Unternehmers diesem zugerechnet werden. Bereits nach früherer Rechtsprechung habe es der BGH für möglich gehalten, dem Unternehmer die Kenntnis des arglistigen Subunternehmers oder eines arglistigen Kolonnenführers jedenfalls dann zuzurechnen, wenn deren Leistungen nicht überwacht würden. Zum Schutze des Bestellers vor unangemessenen Nachteilen der arbeitsteiligen Organisation des Unternehmers gelte dies auch dann, wenn der Unternehmer eine einwandfreie Organisation der Bauüberwachung nachweise, der Bauleiter den Mangel aber dennoch nicht habe entdecken können. Auf Kenntnisse anderer Personen könne also zurückgegriffen werden, wenn sie anstelle des abwesenden Bauleiters mit der Prüfung auf Mangelfreiheit betraut seien.

### Anmerkung

Nach langjähriger Rechtsprechung des BGH lässt ein gravierender Mangel an besonders wichtigen Gewerken ebenso wie ein besonders auffälliger Mangel an weniger wichtigen Bauteilen den Schluss auf eine mangelhafte Organisation von Überwachung und Überprüfung zu.

Ebenfalls seit lang bestehender Rechtsprechung des BGH ist ein arglistiges Verschweigen eines Mangels durch einen Nachunternehmer dem Auftragnehmer im Rahmen seiner Offenbarungspflicht gemäß § 278 BGB zuzurechnen, wenn diesem Nachunternehmer das Werk zur eigenverantwortlichen Ausführung übertragen war und deren Leistung vom Auftragnehmer nicht überwacht wurde. Mit der Entscheidung vom 12.10.2006 stellt der BGH nun klar, dass die Haftung gemäß § 278 BGB nicht nur dann gilt, wenn der arglistige Unternehmer nicht überwacht wird. Wenn der überwachende Bauleiter des Auftragnehmers einen Mangel etwa deshalb nicht finden kann, weil er in Kontrollpausen entstanden ist oder durch andere Leistungen überdeckt ist, haftet der Auftragnehmer für den Nachunternehmer. Wenn im Verhältnis Nachunternehmer zum Auftragnehmer insoweit eine Offenbarungspflicht besteht, darf die Zurechnungskette nicht an dieser Stelle enden, weil der Auftraggeber im Hinblick auf die Zurechnung der Arglist keine unangemessenen Nachteile durch eine arbeitsteilige Organisation des Auftragnehmers erleiden darf.