

# Die 30-jährige Gewährleistungshaftung des Werkunternehmers und ihre Bewältigung in der Praxis<sup>1</sup>

## 1. Einleitung

Die praktische Relevanz der Rechtsprechung des BGH zur 30-jährigen Gewährleistungshaftung<sup>2</sup> des Werkunternehmers läßt sich noch nicht abschätzen. Die bisherige oberlandesgerichtliche Judikatur<sup>3</sup> läßt jedoch erwarten, daß von dieser Rechtsprechung nicht nur die krassen Mißbrauchsfälle erfaßt werden (was hinnehmbar wäre), sondern daß ein Einfallstor für eine Verlängerung der 5-jährigen Gewährleistungsfrist geschaffen wurde. Dem Tatrichter wurde vom BGH ein Gerechtigkeitskorrektiv an die Hand gegeben, das aufgrund seiner Unbestimmtheit eine einheitliche Rechtsanwendung von vornherein ausschließt. Die Verjährung von Forderungen ist materiell ungerecht, jedoch aus Gründen des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit zu rechtfertigen. Das subjektive Empfinden des Tatrichters und des Sachverständigen über die Schwere eines Mangels wird künftig wesentlich darüber entscheiden, ob der Bauunternehmer die zu kurzen fünf oder die viel zu langen 30 Jahre haftet.

Kritikwürdig erscheint vor allem der vom BGH angenommene Anscheinsbeweis, nach dem schon beim Vorliegen schwerer Mängel ein arglistiges Organisationsverschulden des Bauunternehmers vermutet wird. Der Unternehmer muß sich durch umfassende Darlegung seiner Qualitätsorganisation exkulpieren. Ein Anscheinsbeweis kann dagegen nach unserer Auffassung und entgegen dieser Rechtsprechung nur angenommen werden, wenn weitere Anhaltspunkte für eine Arglist *zurechenbarer* Gehilfen festgestellt werden können. Der Aufsatz untersucht auch die Möglichkeiten des Bauunternehmers, dieser gefährlichen Haftung etwa durch die Anwendung von Qualitätsmanagementsystemen zu entgehen.

## 2. Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zur Arglist am Bau

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arglist am Bau war bisher durchaus überschaubar:

Grundlage sind die §§ 637, 638 Abs. 1 S. 1 BGB. § 638 BGB erklärt die regelmäßigen Verjährungsfristen im Falle des arglistigen Verschweigens von Mängeln für unanwendbar. Arglist liegt vor, wenn der Unternehmer die Mangelhaftigkeit seiner Arbeit erkennt und sich bewußt ist, daß dadurch die Bauleistung erheblich beeinträchtigt wird oder jedenfalls erheblich beeinträchtigt werden könnte. Grundsätzlich kommt es bei der Kenntnis auf den Auftragnehmer bzw. dessen Organe selbst an.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat der BGH bereits in den siebziger Jahren entwickelt<sup>4</sup>. Dem Bauunternehmer ist danach die Arglist seiner "Abnahmegehilfen" zuzurechnen<sup>5</sup>. Abnahmegehilfe sind alle Personen, denen sich der Bauunternehmer zur Abnahme bedient. Analoges gilt für die "Prüfungsgehilfen", deren Mangelkenntnis dem Bauunternehmer zugerechnet wird<sup>6</sup>. Prüfungsgehilfen sind Mitarbeiter, die mit der Prüfung des Werkes auf Mangelfreiheit betraut waren oder deren Wissen und Mitteilung allein den Unternehmer in die Lage versetzen kann, seine Offenbarungspflicht gegenüber dem Vertragspartner zu erfüllen. Dies können der Oberbauleiter, der Bauleiter und im Einzelfall auch ein Polier sein. Das arglistige Verschweigen eines Mangels durch den *Subunternehmer* wird dem HU, GU, GÜ ebenfalls zugerechnet<sup>7</sup>. Weiter wird in der Literatur vertreten, daß arglistiges Verhalten des Auftragnehmers vorliege, wenn er die Mangelfreiheit des Werkes "in das Blaue" hinein behauptet<sup>8</sup>.

## 3. Grundsatzurteil vom 12.03.1992, BGH VII ZR 5/91 = BGHZ 117, 318<sup>9</sup>

### 3.1 Die inhaltlichen Aussagen

Die inhaltlichen Aussagen des Urteils könnten mit folgenden Stichworten wiedergegeben werden:

Die neue Rechtsprechung des BGH gilt für den arbeitsteilig vorgehenden Unternehmer. Im entschiedenen Fall ging es nur um die Herstellungskontrolle. Eine mögliche Erweiterung auf die Abnahmekontrolle wird aber insbesondere im Leitsatz bereits angedeutet.

Unterläßt es der Unternehmer, eine den Umständen nach angemessene Organisation aufzubauen, mit der er in der Lage wäre, etwaig entstehende Mängel zu entdecken, kann ihn der Arglistvorwurf mit der Rechtsfolge einer dreißigjährigen Gewährleistungshaftung treffen. Weitere Voraussetzung ist allerdings, daß der Mangel bei gehöriger Organisation entdeckt worden wäre.

Liegt ein schwerer Mangel (d.h. laut BGH: ein augenfälliger Mangel an einem weniger wichtigen Bauteil oder ein gravierender Mangel an einem besonders wichtigen Gewerk) vor, so wird eine Fehlorganisation widerleglich vermutet. Rechtssystematisch sieht der BGH dies als Ausnahme, nicht als Regel an.

Der BGH lehnt die Literaturmeinung ausdrücklich ab, nach der dem Unternehmer die Kenntnis jeder Hilfsperson zuzurechnen wäre, derer er sich bei der Herstellung des Werkes bedient. Genau bezüglich dieser Frage konnte der Senat vermutlich keine Einigung finden.

1 Dieser Aufsatz wurde in leicht veränderter Form als Vortrag vor dem Arbeitskreis Bauvertragsrecht Bayern der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V. am 27.9.1996 gehalten. Die Ziffer 5. wurde neu eingefügt.

2 BGH vom 12.03.1992, VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318

3 OLG Oldenburg, BauR 1995, 105 = IBR 1995, 151; OLG Köln, NJW-RR 1995, 180 = BauR 1995, 107; OLG Celle, NJW-RR 1995, 1486

4 Quack, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum privaten Baurecht, 1993, S. 82 f.

5 BHGZ 62, 63 = NJW 1974, 673

6 BHGZ 62, 63 = NJW 1974, 673; BGHZ 66, 43

7 BGHZ 66, 43

8 Staudinger/Peters, 13. Bearbeitung § 638 Rz. 31; Gassen BauR 1990, 314; wohl auch BGH in S/F/H Nr. 2 zu § 123 BGB

9 Franke, Qualitätsmanagement und Bauvertrag, Festschrift Heiermann, 1995; Kniffka, Dreißigjährige Gewährleistung des Bauunternehmers bei pflichtwidriger Organisation der Überwachung und Prüfung eines Werkes nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes VII 5/91 vom 12.03.1992, ZfBR 1993, 255, 257; Portz, Qualitätssicherung für Freie Berufe am Beispiel des Architekten - Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen, Festschrift Heiermann, 1995; Rutkowski, Zum Organisationsverschulden des Bauunternehmers als Arglist im Sinne von § 638 BGB, ZfBR 1994, 201; Schlechtriem, Organisationsverschulden als zentrales Zurechnungskriterium, Festschrift Heiermann, 1995; Siegburg, Dreißigjährige Haftung des Bauunternehmers aufgrund Organisationsverschuldens, Düsseldorf 1995; Werner / Pastor, Der Bauprozeß, 8. Auflage; Wirth, Dreißigjährige Gewährleistungshaftung des Unternehmers - Wird der Bundesgerichtshof unzutreffend interpretiert?, BauR 1994, 33

### 3.2 Was hat sich durch diese Rechtsprechung geändert?

Der BGH läßt die Umkehr der Beweislast zu: Liegt ein schwerer Mangel vor, wird die Arglist widerleglich vermutet. Damit werden reflexartig die Anforderungen an die Schlüssigkeit des Sachvortrags deutlich herabgesetzt. Nicht einmal der Vortrag des konkreten Organisationsmangels ist erforderlich.

Auch die Darlegungslast wird weitgehend dem Bauunternehmer überbürdet. Ein arglistiges Fehlverhalten einer konkreten Person muß nicht benannt werden. Der Vortrag eines schweren Mangels genügt. Der Unternehmer hat sich dann zu entlasten und darzulegen, daß seine Qualitätsorganisation pflichtgemäß war.

Weitere Konsequenzen sind wahrscheinlich. Eine besonders interessante Folge ergibt sich aus § 637 BGB. Im Falle der Arglist erklärt er vertragliche Haftungsbeschränkungen für unwirksam. Die Haftungsbeschränkungen des § 13 Nr. 7 VOB/B wären - auch innerhalb der gesetzlichen bzw. der VOB/B-Verjährungsfrist - nichtig. Der Bauherr könnte daher im Falle schwerer Mängel in aller Regel entgegen § 13 Nr. 7 VOB/B vollen Schadensersatz fordern!

### 3.3 Welche "Hintertürchen" hat der BGH (sich) noch offen gelassen?

Der BGH läßt offen, wer für die Kausalitätsfrage, ob bei gehöriger Organisation der Mangel entdeckt worden wäre, die Darlegungs- und Beweislast trägt. Für den Fall, daß kein schwerer Mangel vorliegt, hat der BGH noch keine Aussagen getroffen. Von Interesse ist besonders, wer mit der Beweislast einer fehlerhaften Qualitätsorganisation belastet werden wird. Der BGH stellt ausdrücklich fest, daß es dem Tatrichter überlassen bleibt, anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, wie weit der Besteller Organisationsmängel konkret darzulegen hat.

Der BGH hat keine konkreten Hinweise gegeben, welche Kontrollpflichten der Bauunternehmer im Rahmen seiner Qualitätssicherungsorganisation erfüllen muß, um dem Vorwurf der arglistig fehlerhaften Organisation zu entgehen ("eine den Umständen nach angemessene Überwachung und Prüfung").

### 3.4 Der mutmaßliche Inhalt der Kontrollpflichten

- Kniffka<sup>10</sup> schlägt vor, zur Konkretisierung der Kontrollpflichten auf die Rechtsprechung im Hinblick auf die Haftung des Architekten bei der Objektüberwachung zurückzugreifen. Hier wird tatsächlich eine weitgehende Deckungsgleichheit festzustellen sein. Folgende Grundsätze wären danach maßgeblich:

- Erforderlich ist die sorgfältige Auswahl und stichprobenartige Kontrolle der Personen, denen die Überwachung des entstehenden Werkes anvertraut wird. Auch sonstiges eigenes Personal ist sorgfältig auszusuchen und zu überwachen.
- Soweit die eigenen Kenntnisse nicht reichen, sind externe Spezialisten beizuziehen.
- Auch bei Subunternehmern kann ein Auswahlverschulden vorwerfbar werden. Besonders schwierige Gewerke können es etwa erfordern, sich Referenzen geben zu lassen.
- Typische Gefahrenquellen müssen beobachtet und überprüft werden.
- Gleiches gilt für kritische Bauabschnitte, von denen das Gelingen des gesamten Werkes abhängt und für Gewerke, die durch die weitere Ausführung verdeckt werden.

### 3.5 Wie kann der Bauunternehmer auf diese Rechtsprechung reagieren?

Die Aufbewahrung der relevanten Unterlagen ist für dreißig Jahre ab der Abnahme zu empfehlen.

Sinnvoll ist auch die Erstellung und konsequente Anwendung von Checklisten, die von dem Bauleiter für jede Baustelle auszufüllen sind. Ziel dieser Checklisten wird es sein, eine Gefahren-evaluierung vorzunehmen, typische Reaktionsmöglichkeiten aufzuzeigen und eine Dokumentation herbeizuführen.

Vertragliche Regelungen, die die dreißigjährige Gewährleistungshaftung gegenüber dem Bauherren einschränken, dürften unzulässig sein (§ 637 BGB). Allenfalls eine deklaratorische Festlegung der Organisationspflichten wird zulässig sein. Sofern der Bauherr das Qualitätssicherungssystem des Bauunternehmers baubegleitend aktiv überwacht, wird der Arglistvorwurf nur erschwert erhoben werden können.

Eine Verlagerung der Haftung erscheint denkbar, wenn der Bauunternehmer die Erfüllung derjenigen Pflichten, die die neue Rechtsprechung aufgestellt hat, einem qualifizierten Dritten (z.B. einem unabhängigen freien Ingenieur) überträgt. Der Dritte wird regelmäßig nicht länger als zehn Jahre für den internen Regreß zur Verfügung stehen, wenn ihm Leistungen der Leistungsphase 9 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI übertragen werden und keine Zwischenabnahme vereinbart wird<sup>11</sup>. Ein Regreß ist nur dann über § 426 BGB 30 Jahre lang möglich, wenn vertraglich ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Bauunternehmer und seinem externen Bauüberwacher herbeigeführt wird. Dies erfordert, daß der Bauüberwacher ähnlich dem "engineer" der F.I.D.I.C.-Bedingungen auch Verpflichtungen gegenüber dem Bauherren eingeht, also eine "neutrale" Mittelstellung zwischen Bauherrn und Bauunternehmer einnimmt. Der Dritte würde dann sogar Versicherungsschutz genießen, so daß der Bauunternehmer hierdurch mittelbar über dreißig Jahre Versicherungsdeckung erhalte, da den externen Bauüberwacher im Innenverhältnis zum Bauunternehmer die überwiegende Haftung treffen würde.

Fraglich ist bei diesem Modell bereits, ob sich der Arglistvorwurf aufrecht erhalten läßt, wenn ein externer Qualitätssicherungsbefragter umfassend und eigenverantwortlich mit der Erfüllung der Kontrollpflichten von dem Bauunternehmer beauftragt wird. Den Bauunternehmer selbst wird zwar weiterhin die Organisationspflicht treffen, für den Arglistvorwurf wird jedoch im wesentlichen nur ein Auswahl- oder ein Überwachungsverschulden verbleiben.

Schließlich bleiben Möglichkeiten der Problembewältigung im Zusammenhang mit der DIN EN ISO 9001, die folgend näher zu behandeln sind:

## 4. Das Qualitätssicherungssystem nach der DIN EN ISO 9001<sup>12</sup>

a) Auf der Grundlage eines Qualitätshandbuches wird eine systematische Qualitätsorganisation aufgebaut und dargelegt.<sup>13</sup> Das QS-Handbuch ist für sich gesehen regelmäßig wenig aussagekräftig. Die ergänzenden Verfahrens- und Arbeitsanweisungen sowie sonstige mitgeltende Dokumente geben den betrieblichen Adressaten Hilfestellungen und schreiben Verfahrensschritte und Dokumentationsverpflichtungen vor.

Theoretisches Ziel all dieser Unterlagen ist der Aufbau und die Darlegung einer umfassenden Qualitätsorganisation. Dies ist vorliegend von besonderer Bedeutung, da der BGH die auf dreißig Jahre verlängerte Haftung nicht an die Tatsache eines Mangels anknüpft, sondern zunächst an den Vorwurf fehlender oder mangelhafter Organisation. Die Tatsache, daß die Qualitätssicherungsfähigkeit der betrieblichen Organisation und nicht die Qualität des Produktes im Zentrum der DIN EN ISO 9001 steht, ist daher in diesem speziellen Zusammenhang kein Argument gegen die Implementierung der Norm.

<sup>10</sup> Quack, a.a.O.

<sup>11</sup> Kniffka, a.a.O. S. 257

<sup>12</sup> Die Gewährleistung des Architekten läuft selbstverständlich gemäß § 638 BGB ebenfalls fünf Jahre. Da die Abnahme jedoch auf das Ende der Gewährleistungsfrist des Bauunternehmers gelegt werden kann, beginnt die Verjährungsfrist erst mit dem Ende der Gewährleistung des Bauunternehmers.

Die DIN EN ISO 9001 sieht alle Elemente vor, die erforderlich sind, um den organisatorischen Nachweis entsprechend der oben aufgeführten Prüf- und Überwachungspflichten umfassend zu führen. Sie geht sogar noch darüber hinaus. Einige der in diesem Zusammenhang wesentlichen QS-Elemente seien beispielhaft genannt:

- Beschaffung (Beurteilung von Unterauftragnehmern, Prüfung von beschafften Produkten)
- Prüfungen (Eingangsprüfung, Zwischenprüfung, Endprüfung, Prüfaufzeichnung)
- Lenkung fehlerhafter Produkte
- Korrektur und Vorbeugungsmaßnahmen
- Interne Qualitätsaudits
- Schulung
- Statistische Methoden

Da die Norm keinen Standard für die "Qualität der Qualitätsorganisation" vorgibt, es also dem Unternehmen überlassen bleibt, qualitativ hochwertige und praktisch geeignete Verfahrens- und Arbeitsanweisungen zu erstellen, kann das erreichte Zertifikat als solches keine Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast nach sich ziehen. Auch auditiert die Zertifizierungsstelle gerade nicht die "Qualität einer Qualitätsorganisation". Geprüft wird nur die Vollständigkeit der Qualitätsorganisation im Hinblick auf die Vorgaben der Norm und die Konformität zwischen der im Handbuch beschriebenen mit der tatsächlich existenten Organisation. Die bloße Erfüllung der Norm gewährleistet keine Qualitätsorganisation, die in jeder Hinsicht den (mutmaßlichen) Vorgaben der Rechtsprechung genügen wird. Hierfür sind wesentliche Schritte in Richtung auf ein Total Quality Management erforderlich.

b) Für den *Bauherren* hat die Zertifizierung seines Unternehmers wesentliche Vorteile. Er erhält einen umfassenden und nicht nur ausschnittweisen Einblick in die Organisation des Auftragnehmers. Nachträgliche Beschönigungen werden wesentlich erschwert, da die Hemmschwelle ein schriftliches Dokument zu fälschen höher sein dürfte, als die mündliche idealisierte Darlegung einer Qualitätsorganisation aus einer zeitlichen Entfernung von u.U. drei Jahrzehnten. Er wird in die Lage versetzt, konkrete Organisationsmängel zu rügen und hypothetische Kausalitätsketten plausibel vorzutragen. Er erhält Überblick, was zu dokumentieren war und wo sich diese Dokumente befinden. Er kann daher gezielt nachfragen.

Für den *Bauunternehmer* bietet die Zertifizierung bei entsprechender (rechtlicher) Qualität seines Qualitätssicherungssystems die Chance, den vom BGH geforderten Sachvortrag geordnet, vollständig und damit schlüssig darlegen zu können. Der wesentliche Vorteil eines derartigen Qualitätssicherungssystems ist, daß die gesamte Qualitätsorganisation *methodisch* erfolgt. Es kann daher bei entsprechender Aufmerksamkeit und Fachkenntnis eine *umfassende* Organisation zur Fehlervermeidung aufgebaut werden, die alle Elemente vom Vertragsschluß über die Schulung bis hin zur Mängelbeseitigung nach der Abnahme berücksichtigen kann. Leider wird es in dem harten Wettbewerb der Bauunternehmen zu teuer sein, die Vorgaben des BGH umfassend zu erfüllen.

c) Die Vorlage der gesamten QS-Unterlagen, die Einfluß auf die mängelfreie Errichtung haben können, würde den Auftraggeber in die Lage versetzen, konkret zu rügen, welcher Organisationsmangel zu dem Werkmangel geführt hat. Die innere Rechtfertigung für die Umkehr der Beweislast, nämlich die regelmäßige Unkenntnis des Bestellers von der Qualitätsorganisation des Unternehmers, entfällt mit Vorlage der QS-Unterlagen. Der Unternehmer sollte im Einzelfall sogar überlegen, ob er dem Besteller diese Kenntnis aus taktischen Gründen nicht schon bei Vertragsschluß verschafft.

Bereits die Darlegung und der Nachweis der *allgemeinen*, für alle Baustellen geltenden Organisation führt also dazu, daß der Besteller zu rügen hat, welche Versäumnisse der Organisation er erkennt. Dabei bleibt ihm die Wahl vorzutragen, daß die Fehlervermeidungsorganisation allgemein, d.h. betriebsweit, schwere Lücken oder Fehler enthielt, oder daß die Organisationsanweisungen *konkret* an der streitigen Baustelle nicht umge-

setzt wurden, so daß konkret zu benennende Organisationsfehler vorlagen. Gelingt ihm der Nachweis einer bereits im allgemeinen mangelhaften Organisation, so bleibt der Anscheinsbeweis eines schweren Werkmangel aufrecht erhalten. Er wird sogar noch verstärkt, da schwere allgemeine Organisationsmängel und ein schwerer Werkmangel im Zusammenspiel den Ursachenzusammenhang zwischen Organisations- und Werkmangel nahelegen werden. Auf die Rüge eines konkreten Organisationsfehlers hin muß der Bauunternehmer substantiiert bestreiten und Beweis anbieten.

Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast würde zu einer "Waffengleichheit" der Parteien führen, namentlich zur Erforderlichkeit eines Sachvortrags *beider* Parteien zur Organisation des Unternehmers. Ist der konkrete Organisationsfehler weder von einem Überwachungsgehilfen noch von einem Abnahmegehilfen verschuldet, scheidet eine Zurechnung nach den bisherigen Grundsätzen der Rechtsprechung aus.

d) Es wird der weiteren Entwicklung überlassen werden müssen, ob der richtige Rat an den Bauunternehmer sein muß, die Zertifizierung oder jedenfalls mängelrelevante Aussagen in seinem Handbuch zu umgehen oder, ob der Schwerpunkt der Beratung auf der inhaltlichen Abfassung geeigneter Verfahrens-, Arbeitsanweisungen und Checklisten liegen wird.

Es ist wohl davon auszugehen, daß letzteres der Fall sein wird, da ohne Organisationshandbuch die vom BGH geforderten Nachweise in der Praxis kaum zu erbringen sein werden und die Zertifizierung zunehmend gewerbeüblich wird. Zu betonen ist abschließend, daß eine Zertifizierung, also ein umfassendes Qualitätsmanagement, nicht erforderlich ist, um die Vorgaben der Rechtsprechung zu erfüllen, wohl aber ein umfassendes Management zur Fehlervermeidung.

## 5. Kritik

Das Urteil des BGH ist mißverständlich. In dem praktisch besonders relevanten Punkt, dem Anscheinsbeweis, nach dem bereits bei schweren Mängeln eine Organisationsarglist vermutet wird, ist das Urteil zu knapp und undifferenziert gehalten; im Ansatz jedoch zutreffend.

Der augenfällige oder gravierende Mangel kann grundsätzlich einen Anscheinsbeweis für zurechenbare Arglist begründen. Es kommt dabei im Ausgangspunkt nicht auf die Arglist des Herstellungsgehilfen an, sondern auf die des Prüfungsgehilfen, der es unterlassen hat, das Werk in angemessenem Umfang auf Mängel zu untersuchen.

Bei *augenfälligen Mängeln* an weniger wichtigen Gewerken liegt es nahe, daß der Prüfungsgehilfe selbst die einfache Sichtkontrolle unterlassen hat. Da es aber an nahezu jedem Bauwerk augenfällige Mängel geben dürfte, kann aus dieser Tatsache allein kein Arglistschluß gerechtfertigt werden. Hierdurch würden Arglist und Fahrlässigkeit, die bereits nach dem Wortsinn ein Gegensatzpaar darstellen, in ein kaum trennbares Näheverhältnis gebracht.

13 Vgl. hierzu: Anker/Sinz, Die rechtliche Bedeutung der Normenreihe DIN EN ISO 9000 - 9004 unter besonderer Berücksichtigung der 30-jährigen Gewährleistungshaftung wegen arglistig verschwiegener Mängel

14 Vgl. z.B. auch § 19 I WHG "Fachbetrieb"

*Gravierende Mängel* an Bauteilen, die für das Gelingen des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind, legen es nach der Lebenserfahrung nahe, daß die zwingend erforderliche Überwachung durch den Prüfungsgehilfen unterlassen wurde.

Aus der Tatsache, daß eine vertragliche Pflicht nicht erfüllt wurde, kann aber nicht ohne weiteres auf Arglist geschlossen werden. Die Ursachen für die mangelnde Kontrolle muß keine fehlerhafte Organisation - erst recht keine arglistig fehlerhafte Organisation sein. Hier müssen *weitere Anhaltspunkte* gegeben sein. Diese mögen etwa vorliegen, wenn die augenfälligen Mängel derart gehäuft auftreten, daß der Prüfungsgehilfe seine Augen vor den Mängeln verschlossen haben muß. Auch läßt sich der Arglistvorwurf erheben, wenn ein zentrales Bauteil nicht nur gravierend mangelhaft ist, sondern auch jede Art von Dokumentation oder zumindest eine Dokumentation der wesentlichen Umstände fehlt (z.B. undichte weiße Wanne liegt vor; Lieferscheine des Betons sind nicht aufzufinden und die Außentemperatur ist ausnahmsweise nicht im Bautagebuch vermerkt). Dies ist eine Frage des Einzelfalls, die es jeweils sorgfältig zu prüfen gilt.

#### 6. Zusammenfassung

- Entgegen der vom BGH vertretenen Auffassung kann allein durch einen augenfälligen oder gravierenden Mangel kein Anschein begründet werden, daß eine Arglist eines zurechenbaren Gehilfen vorliegt. Neben der Beschaffenheit des Mangels müssen *weitere Umstände* gegeben sein, durch die sich die Arglist der fehlerhaften Organisation aufdrängt.

- Die Einführung eines QS-Systems stellt für den Bauunternehmer eine geeignete Methode dar, die Anforderungen des Bundesgerichtshofs zur Entlastung von dem Vorwurf einer Organisationsarglist zu erfüllen, sofern die Organisation ausreichend dicht gestrickt wird. Die Dokumentationspflichten werden sich auch für die Bauherren vorteilhaft auswirken.
- Der Anscheinsbeweis, der von einem schweren Mangel ausgeht, kann nicht aufrecht erhalten bleiben, wenn der Bauunternehmer seine *allgemeine* Qualitätsorganisation aufdeckt. Der Auftraggeber muß dann die allgemeinen oder konkreten Organisationsmängel darlegen, die zu dem Werkmangel geführt haben sollen.
- Das Zertifikat nach den DIN EN ISO 9001 - 9003 ist als solches ohne relevante Aussagekraft und ohne rechtliche Bedeutung.
- Die Haftungsbegrenzung des § 13 Nr. 7 VOB/B wird nach unserer Auffassung aufgrund der neuen Rechtsprechung regelmäßig gemäß § 637 *nichtig* sein, wenn schwere Mängel festgestellt wurden. Es wird daher künftig im Rahmen der VOB/B bei schweren Mängeln regelmäßig voller Schadensersatz gefordert werden können!
- Die strenge Gewährleistungshaftung kann durch die Einsetzung eines externen Prüfers verlagert werden. Durch diese Konstruktion wird sogar mittelbar Versicherungsschutz für die dreißigjährige Gewährleistungshaftung erreicht.