



WISSEN,
DAS ANKOMMT.

Leseprobe zum Download



Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

tagtäglich müssen Sie wichtige Entscheidungen treffen, Mitarbeiter führen oder sich technischen Herausforderungen stellen. Dazu brauchen Sie verlässliche Informationen, direkt einsetzbare Arbeitshilfen und Tipps aus der Praxis.

Es ist unser Ziel, Ihnen genau das zu liefern. Dafür steht seit mehr als 25 Jahren die FORUM VERLAG HERKERT GMBH.

Zusammen mit Fachexperten und Praktikern entwickeln wir unser Portfolio ständig weiter, basierend auf Ihren speziellen Bedürfnissen.

Überzeugen Sie sich selbst von der Aktualität und vom hohen Praxisnutzen unseres Angebots.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „In den Warenkorb“ oder wenden sich bitte direkt an:

FORUM VERLAG HERKERT GMBH

Mandichostr. 18

86504 Merching

Telefon: 08233 / 381-123

Telefax: 08233 / 381-222

E-Mail: service@forum-verlag.com

www.forum-verlag.com



Beweisführung bei Baumängeln: Eine lückenlose Dokumentation ist meist unverzichtbar.

Beweisführung bei Baumängeln

Wer trägt die Beweislast bei Mängeln? Welche Anforderungen werden an die Dokumentation gestellt?

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit den Fragen, die sich rund um das Thema Beweisführung bei Mängeln stellen. Wie praxisrelevant dieses Thema ist, verdeutlichen die folgenden Beispielfälle.

■ Von Katharina Orthmann

Fall 1:

Während der Bauarbeiten hat der Auftraggeber Bedenken, ob die Estricharbeiten ordnungsgemäß ausgeführt wurden. Er rügt Mängel, der Auftragnehmer bestreitet die Mängel. Welche Möglichkeiten hat der Auftraggeber, die Mangelhaftigkeit der Leistung überprüfen zu lassen?

Fall 2:

Nach der Abnahme rügt der Auftraggeber Mängel an der Ausführung der Bauleistung. Der Auftragnehmer bestreitet die Mängel und lehnt eine Beseitigung ab. Der Auftraggeber lässt den Mangel beseitigen. Er verklagt den Auftragnehmer auf Kostenersatzung der ihm durch die Ersatzvor-

nahme entstandenen Kosten. Der Auftragnehmer bestreitet während des Prozesses weiterhin die Mangelhaftigkeit. Welche Möglichkeiten gibt es, die Mangelhaftigkeit der ursprünglichen Leistung zu beweisen, und was geschieht, wenn ein solcher Beweis nicht mehr möglich ist?

Fall 3:

Nach der Abnahme rügt der Auftraggeber einen Mangel, wobei er die von ihm wahrgenommene Beanstandung beschreibt. Der Unternehmer verlangt vom Auftraggeber einen Nachweis dafür, dass er für die Beanstandung verantwortlich sei. Erst dann werde er sich den Zustand vor Ort ansehen. Schließlich trage der Auftraggeber die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels.

In all diesen drei Ausgangsfällen geht es um die Frage, wer mit welchen Möglichkeiten den Zustand von Bauleistungen sichern kann und muss und welche Risiken bei einer nicht ausreichenden Dokumentation bestehen. Die Antworten auf diese Fragen hängen davon ab, welche Anforderungen in einem eventuellen späteren Zivilprozess an die Beweisführung gestellt werden. Daher werden nachfolgend zunächst die Fragen der Beweislast und Beweismöglichkeiten dargestellt. Anschließend wird auf die konkreten Dokumentationsmöglichkeiten bei Mängeln eingegangen.

Beweislast und Beweismöglichkeiten

Im Bauvertrag wird unterschieden zwischen der sogenannten Erfüllungsphase und der Gewährleistungsphase. Durch die Abnahme geht der Vertrag von der Erfüllungsphase in die Gewährleistungsphase über. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die Beweislastverteilung. Bis zur Abnahme ist es Sache des

Auftragnehmers, die Mangelfreiheit seiner Leistungen nachzuweisen. Nach der Abnahme ist es hingegen Sache des Auftraggebers, nachzuweisen, dass ein Mangel vorliegt. Er muss neben der Mangelercheinung auch den Beweis dafür erbringen, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Abnahme vorlag und insofern nicht durch eine andere Ursache nach Abnahme entstanden ist. Für die bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel bleibt die Beweislast beim Auftragnehmer.

Aber was bedeutet Beweislast eigentlich?

Wenn in einem Zivilprozess eine Tatsache bestritten wird und es auf diese Tatsache ankommt, regelt die formelle Beweislast, wer den Beweis anbieten muss, das heißt, wer beweisbelastet ist. Von der materiellen Beweislast wiederum hängt der Prozessgewinn ab. Denn diese entscheidet darüber, wer das Risiko trägt, dass eine streitige Tatsache unaufklärbar bleibt, sich also nicht beweisen lässt. Diese Situation wird im Beweisrecht als „non liquet“ bezeichnet. Kann der Beweisbelastete den Beweis nicht führen (= „non liquet“), wird diese Tatsache nicht gewürdigt. Das heißt, ein Kläger, der die Voraussetzungen der für ihn günstigen Anspruchsgrundlage nicht beweisen kann, verliert den Prozess, die Klage wird aufgrund der materiellen Beweislastregeln als unbegründet abgewiesen. Kann hingegen der Beklagte eine Einwendung oder Einrede nicht beweisen („non liquet“), verliert er den Prozess, der Klage würde stattgegeben.

Welche Beweismittel gibt es im Zivilprozess?

Folgende Beweismittel sind zugelassen:

- Zeugenbeweis
- Sachverständigenbeweis
- Urkundenbeweis
- Inaugenscheinnahme
- Parteivernehmung

Im Zivilprozess bietet die beweisbelastete Person dem Richter die möglichen Beweise an, und der Richter entscheidet sodann im eigenen Ermessen über die geeigneten Beweismittel. In diesem Beitrag geht es darum, welche Möglichkeiten es gibt, den Zustand bei streitigen Mängelfragen zu dokumentieren.

Dokumentationsmöglichkeiten

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, den Zustand einer Sache vorprozessual zu dokumentieren:

- Privatgutachten
- Schiedsgutachten
- Selbständiges Beweisverfahren
- Fotodokumentation
- Zeugen

Ein **Privatgutachten** steht einem gerichtlich eingeholten Gutachten nicht gleich, der Inhalt des Gutachtens stellt allerdings einen qualifizierten Parteivortrag dar, mit dem sich das Gericht auseinandersetzen muss. Zudem kann der Privatsachverständige als sachverständiger Zeuge über Tatsachen gehört werden, die er im Rahmen seiner Begutachtung festgestellt hat. Auch wenn das Privatgutachten somit kein Gutachten eines gerichtlich bestellten Sachverständigen ist, kann ihm erhebliches Gewicht zukommen.

Ein **Schiedsgutachten** kann eingeholt werden, wenn sich die Parteien im Rahmen einer sogenannten Schiedsgutachtenabrede darauf verständigt haben, die streitige Tatsachenfrage verbindlich durch einen Schiedsgutachter klären zu lassen. Folge einer solch schiedsgutachterlichen Vereinbarung ist, dass der Inhalt des Gutachtens nur in eingeschränktem Maß durch ein Gericht überprüft werden kann, wenn eine grobe Unbilligkeit im Sinne von § 319 BGB vorliegt. In diesem Sinne kann gerichtlich überprüft werden, ob

- der Schiedsgutachter von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist,
- er sein Ermessen ausgeübt hat und
- er hierbei von den Grundsätzen und Maßstäben ausgegangen ist, die im Vertrag zwischen den Parteien vereinbart sind, oder
- er bei Fehlen einer Vereinbarung den Zweck berücksichtigt hat, den die Vertragsschließenden verfolgt haben.

Für das Beweismittel „Sachverständigenbeweis“ gibt es im Zivilprozess eine Besonderheit. Dieser Beweis kann auch ohne eine Klage als eigenständiges Verfahren eingeholt werden und gilt für den Fall eines

späteren Hauptprozesses sodann als gerichtliches Beweismittel. Für die Einleitung eines solchen selbstständigen Beweisverfahrens (§§ 485 ZPO) muss ein entsprechender Antrag bei Gericht mit den Fragen an den Sachverständigen gestellt werden. Rechtsfragen werden in diesem Verfahren nicht geklärt, sondern es geht ausschließlich um die Beweiserhebung durch Sachverständige.

Der Zustand einer Sache, hier eine vermeintlich mangelhafte Sache, kann zudem fotografisch (**Fotodokumentation**) festgehalten werden. Dies wird von eingeschalteten Sachverständigen regelmäßig ebenfalls gemacht. Dennoch empfiehlt es sich, den Zustand, die Bauzwischen Schritte und einzelne Schritte der Ersatzvornahme selbst fotografisch festzuhalten. Eine solche Fotodokumentation kann in einem späteren Prozess durch Zeugen oder Sachverständigenbeweis bestätigt und verwertet werden. Wichtig hierbei ist, dass nachgewiesen werden kann, wann die Fotos durch wen an welcher Stelle aufgenommen wurden. Hier können z. B. Pläne verwendet werden, in denen eingezeichnet wird, welches Foto sich auf welche Ecke bezieht.

Dem **Zeugenbeweis** kommt in Bauprozessen eine erhebliche Bedeutung zu. Bei Mängeln sollten sich die Vor- und Nachnamen derjenigen, die über den Zustand der Sache und/oder die Durchführung der Ersatzvornahme aussagen könnten, dokumentiert werden, damit diese für den Fall eines späteren Prozesses als Zeugenbeweis angeboten werden können. Da die Zeugenvernehmung häufig erst Jahre später stattfindet, ist es ratsam, potenzielle Zeugen darüber zu informieren, dass sie gegebenenfalls als Zeuge aussagen müssen und sie sich Notizen über die Baustelle, den Zustand der Sache und etwaige Abreden machen sollen, um Erinnerungslücken auszuschließen. Solche Aufzeichnungen werden vom Gericht auf Nachfrage, wie man sich auf die Zeugenaussage vorbereitet hat, als zulässig angesehen und unterstützen die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage.

Inhalt und Tiefe der Dokumentation

Welche Tiefe muss eine Dokumentation über Mängel haben? Für diese Frage ist zu

unterscheiden, worum es den Parteien geht. Es ist zudem zwischen Darlegungs- und Beweislast zu unterscheiden.

Für die Rüge eines Mangels ist es nicht erforderlich, die Mangelursache im Einzelnen dokumentiert zu haben. Auch nicht, wenn der Auftraggeber nach der Abnahme beweisbelastet ist. Grundsätzlich reicht es aus, wenn der Auftraggeber im Rahmen einer Mangelrüge das Symptom des Mangels beschreibt, das heißt, für die Darlegung reicht es, die von ihm wahrgenommene Beanstandung zu beschreiben (sogenannte Symptomrechtsprechung des Bundesgerichtshofs).

Für eine ordnungsgemäße Mangelrüge reicht somit im Fall 3 die Beschreibung des Mangels durch den Auftraggeber aus. Er muss konkret das von ihm wahrgenommene Symptom beschreiben und ist nicht verpflichtet, durch Gutachten oder Ähnliches den Nachweis zu führen, dass der Unternehmer verantwortlich ist. Er ist seiner Darlegungslast damit ausreichend nachgekommen.

Sollte es hingegen zu einem gerichtlichen Prozess kommen, z. B. wegen der bei der Ersatzvornahme entstandenen Kosten, müsste der Auftraggeber nicht nur den Mangel dem Symptom nach darlegen (Darlegungslast), sondern auch den Beweis führen, dass der Mangel vom Unternehmer verursacht wurde (Beweislast). Gleiches gilt für den Unternehmer, der im Prozess bei einem Mangel vor Abnahme den Nachweis führen möchte, dass kein Mangel vorlag.

Wenn der Zustand nicht mehr durch einen vom Gericht eingeschalteten Sachverständigen überprüfbar ist, kommt es somit darauf an, inwieweit der Mangel dokumentiert ist. Inhalt einer solchen Dokumentation sollte zunächst der sichtbare Zustand des Mangelsymptoms sein. Aus der Dokumentation sollte sich daher Folgendes ergeben:

- örtliche Lage des Mangels (z. B. durch Einzeichnen in Pläne)
- optischer Zustand des bemängelten Bauteils (z. B. durch Fotos)
- Feststellungen nach Bauteilöffnungen zur Ursache des Mangels
- gegebenenfalls Aufbewahrung von Materialproben

- nach Durchführung der Ersatzvornahme: Nachweis der durchgeführten Maßnahmen (Fotos, Schlussrechnung der Drittfirma, Zeugen der ausführenden Mitarbeiter der Drittfirma)

Die Frage der Tiefe der Dokumentation hängt aber auch davon ab, ob mehrere oder nur ein Verantwortlicher in Betracht kommen. Hat ein Auftraggeber beispielsweise einen Generalunternehmer beauftragt, reicht es für eine erfolgreiche Inanspruchnahme, dass er nachweist, dass ein Mangel (z. B. Eindringen von Wasser) vorliegt und keine nachträglichen Ersatzursachen hierfür verantwortlich sein können. Welches Gewerk für den Mangel verantwortlich ist, ist für den Auftraggeber in diesem Fall unerheblich. Dies kann allerdings für den Generalunternehmer von Bedeutung sein, denn dieser hat ein höheres Interesse an einer vertieften Mängeldokumentation als der Auftraggeber.

Im Fall 2 wäre ein Sachverständigenbeweis bzw. eine Inaugenscheinnahme nicht mehr möglich, weil der Auftraggeber den Zustand bereits verändert hat. Der Auftraggeber hatte allerdings die Möglichkeit, vor Durchführung der Ersatzvornahme ein Privatgutachten über den Zustand des Estrichs einzuholen. Alternativ könnte gemeinsam mit dem Auftragnehmer ein Schiedsgutachten eingeholt werden. Zudem wäre eine Dokumentation des Zustands durch Fotos, Materialprüfungen und Zeugenbeweis der Drittfirma möglich.

Im Fall 1 könnte der Auftraggeber ein selbstständiges Beweisverfahren einleiten. In diesem Fall müsste er jedoch den Zustand während des selbstständigen Beweisverfahrens unverändert lassen. Da solche Verfahren oft mehrere Jahre andauern, ist dieses Vorgehen selten praktikabel, insbesondere wenn erhebliche Schäden wegen einer verspäteten Fertigstellung drohen. Ihm ist daher zu empfehlen, ein Privatgutachten oder ein Schiedsgutachten einzuholen. Vor Durchführung einer Ersatzvornahme hätte er nach Mängelrüge mit Kündigungsandrohung den Vertrag bzw. Teile davon zu kündigen.

Für die Parteien ist neben der reinen Feststellung und Dokumentation von Mängeln häufig von großem Interesse, die Art und

Weise der Mängelbeseitigungsmaßnahmen und die dadurch entstehenden Kosten zu erfahren. Auch diese Fragen können eingeschaltete Sachverständige, sei es als Privat-, Schieds- oder gerichtlich beauftragter Sachverständiger, beantworten. Folgende Fragestellungen an den Sachverständigen bieten sich regelmäßig an:

- Bestehen die behaupteten Mangelerscheinungen/Schadensbilder?
- Erstrecken sich die Mangelerscheinungen/Schäden auch auf darüber hinaus gehende, nicht erkennbare Bereiche? Wenn ja, in welchem Umfang?
- Was sind die Ursachen für die Mangelerscheinungen/Schäden?
- Wer ist aus technischer Sicht verantwortlich für den Mangel (Planer, Bauüberwachender, Unternehmer, welches Gewerk etc.)?
- Wie können die Mängel und Schäden beseitigt werden? Ist eine Baugenehmigung erforderlich? Mit welchen Nutzungseinschränkungen ist zu rechnen?
- Was kostet die Beseitigung?
- Welcher merkantile Minderwert verbleibt nach Durchführung der Arbeiten?

Dem Sachverständigen sind zur Beantwortung der Fragen sämtliche Unterlagen zu überreichen, die er für die Klärung der oben genannten Fragen benötigt. Wichtig sind hier v. a. die Unterlagen für die vertraglich geschuldete Beschaffenheit. Ein Mangel liegt gemäß § 633 BGB vor, wenn die Bauleistung nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit keine Beschaffenheit vertraglich vereinbart ist, ist die Bauleistung frei von Mängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte sonst gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art des Werks erwarten kann. Der Sachverständige muss also bei der Erstellung seiner Gutachten wissen, ob die Parteien eine konkrete Beschaffenheit vereinbart haben und welche Verwendung die Bauleistung nach dem Vertrag haben sollte.

Beweislastumkehr

Von dem Grundsatz, dass der Auftragnehmer bis zur Abnahme die Mangelfreiheit seiner Leistung beweisen muss, gibt es Ausnahmen. Wenn beispielsweise der

Auftraggeber den Mangel beseitigt hat, ohne dem Unternehmer vorher die Gelegenheit zu geben, eine Beweissicherung vorzunehmen, kann eine Beweisvereitelung vorliegen mit der Folge, dass dem Auftragnehmer Beweiserleichterung, das heißt, dass er trotz Beweislast nicht alle Tatsachen beweisen muss, unter Umständen sogar eine Umkehr der Beweislast zugutekommt.

Würde beispielsweise in Fall 1 der Auftraggeber den Mangel am Estrich beseitigen und gegen einen Werklohnanspruch des Unternehmers mit den Ersatzvorkosten aufrechnen, müsste der Auftragnehmer beweisen, dass kein von ihm verursachter Mangel am Estrich vorlag. Wenn der Auftraggeber vor Durchführung der Ersatzvorkosten dem Auftragnehmer keine Gelegenheit gegeben hatte, eine Beweissicherung durchzuführen, kann sich die Beweislast dahingehend umdrehen, dass es nun am Auftraggeber wäre, den Beweis der Mangelhaftigkeit des Estrichs zu führen.

Daher ist es wichtig, dass in solchen Fällen der Auftraggeber eine Beweissicherung durch Fotos, Materialverwahrung und/oder Privatgutachten vorgenommen hat, auch wenn er von einer Beweislast des Unternehmers ausgegangen war.

Anscheinsbeweis

In einigen Fällen kommen dem Auftraggeber Beweiserleichterungen nach dem Grundsatz des Anscheinsbeweises zu. Hierbei werden mithilfe der allgemeinen Lebenserfahrung fehlende konkrete Indizien bzw. Informationslücken bei der Beweiswürdigung überbrückt. Bei Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis kommt es faktisch zu einer Verlagerung der Darlegungslast. Der Auftragnehmer muss dann Umstände vortragen, mit denen der gezogene Schluss erschüttert werden kann. Die Anwendung eines Anscheinsbeweises kommt insbesondere bei folgenden Konstellationen in Betracht:

- Es war nur ein Unternehmer tätig und aufgrund der Art des aufgetretenen Bauschadens ist es ausgeschlossen, dass ein Dritter den Bauschaden nachträglich verursacht hat.
- Verletzung der Bauaufsichtspflicht durch den Architekten bei Arbeiten, die für

das Bauwerk von erheblicher Bedeutung sind und eine gesteigerte Bauaufsicht erfordern

- Verwendung risikoträchtiger Materialien oder riskantes Verhalten (Brand durch Schweißarbeiten)
- Verstoß gegen DIN-Vorschriften/ähnliche Regelwerke

Kosten der Beweissicherung

Die Kosten für ein Privatgutachten können in einem späteren Klageverfahren im Kostenfestsetzungsverfahren angesetzt werden, wenn es sich um notwendige Kosten im Sinne von § 91 Satz 1 ZPO handelt. Dies ist der Fall, wenn eine verständige und wirtschaftlich vernünftig denkende Partei aus der Rückschau die Einholung eines Privatgutachtens als sachdienlich ansehen darf. Dies ist auch der Fall, wenn das Privatgutachten prozessbezogen ist, unabhängig davon, ob es vor oder während des Klageverfahrens eingeholt wird und die Partei nicht über eigene ausreichende Sachkenntnisse verfügt. Neben diesem prozessualen Kostenerstattungsanspruch kommt ein materieller Kostenerstattungsanspruch infrage, das heißt, die Kosten können gegebenenfalls als Mangelfolgeschäden geltend gemacht werden.

Fazit

Für die erfolgreiche Durchsetzung von Mängelansprüchen empfiehlt es sich für den Auftraggeber, vor Veränderung des Zustands sorgfältig zu dokumentieren, worin der Mangel liegt und welche Maßnahmen zur Mangelbeseitigung zu ergreifen sind. Gleiches gilt für den Unternehmer, der das Nichtvorliegen eines Mangels nachweisen möchte. Die Wahl der Beweissicherung hängt davon ab, wie viel Zeit den Parteien verbleibt. Wenn eine zügige Mangelbeseitigung erforderlich ist, ist die Einholung eines Privatgutachtens mit anschließendem Klageverfahren empfehlenswerter als die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens. Dies stellt zwar – anders als das Privatgutachten – ein taugliches Beweismittel im Sinne der ZPO dar, allerdings dauern die Verfahren oft mehrere Jahre, sodass diese Verfahren selten praktikabel sind. Die Einholung eines Schiedsgutachtens kann zu einer schnellen Lösung führen, setzt

allerdings eine Einigung der Parteien voraus und birgt die Gefahr, dass aufgrund der Verbindlichkeit auch unrichtige Schiedsgutachten gelten, wenn keine offensichtliche Fehlerhaftigkeit vorliegt, die gerichtlich angegriffen werden kann. ■

Literatur

Symptomrechtsprechung des Bundesgerichtshofs: u. a. BGH, Urt. v. 26.03.1992, VII ZR 258/90

Beweisvereitelung bei Ersatzvorkosten ohne Mängeldokumentation: BGH, Urt. v. 23.10.2008, VII ZR 64/07

Anscheinsbeweis bei Verletzung der Bauaufsichtspflicht: BGH, Urt. v. 16.05.2002, VII ZR 81/00

Anscheinsbeweis bei Ausführung durch einen Unternehmer: OLG Bremen, Urt. v. 09.07.2004, 4 U 64/03

Anscheinsbeweis bei riskantem Verhalten, hier Brand nach Schweißarbeiten: OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.01.2011, 23 U 28/10

Anscheinsbeweis wegen DIN-Verstoßen: BGH, Urt. v. 22.03.1984, VII ZR 286,82

Zur Person



Katharina Orthmann, LL.M.

Rechtsanwältin Orthmann ist Partnerin in der Rechtsanwaltskanzlei Rembert Rechtsanwälte und berät bundesweit Bauträger, Investoren, Architekten und Ingenieure sowie Bauunternehmen zu allen Fragen des privaten Baurechts.

Kontakt:

REMBERT.Rechtsanwälte
Tel.: 040 4132290
www.rembert-rechtsanwaelte.de
kanzlei@rembert-rechtsanwaelte.de



WISSEN,
DAS ANKOMMT.

Bestellmöglichkeiten



Lassen Sie sich überzeugen vom Expertenwissen erfahrener Praktiker, von anschaulichen Schadensbeispielen, praxistauglichen Planungs- und Sanierungslösungen sowie zielführenden Entscheidungshilfen – und bestellen Sie **der bauschaden** noch heute!

Für weitere Produktinformationen oder zum Bestellen hilft Ihnen unser Kundenservice gerne weiter:

Kundenservice

☎ **Telefon: 08233 / 381-123**

✉ **E-Mail: service@forum-verlag.com**

Oder nutzen Sie bequem die Informations- und Bestellmöglichkeiten zu diesem Produkt in unserem Online-Shop:

Internet

🌐 **<http://www.forum-verlag.com/details/index/id/5894>**