

AKTUELLES AUS DER BAUBERATUNG

Sichtbeton – Umkehr der Beweislast bei Beschädigungen trotz nicht erfolgter Abnahme

Thomas Hildebrandt, Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB, Hamburg
Lutz Pisarsky, DBV, Braak

Einleitung

Es kommt immer wieder vor, dass vertragsgerecht hergestellte Sichtbetonflächen vor der Abnahme durch Nachfolgewerke beschädigt werden. Dem Rohbauunternehmer wird dann vom Auftraggeber nicht selten vorgehalten, dass es in seinem Verantwortungsbereich liege, seine Leistung bis zur Abnahme zu schützen und dass er den nun vorliegenden Mangel zu beseitigen habe. Ebenfalls erwartet der Auftraggeber, dass der Schutz der Leistung bis zur Abnahme ohne Kosten für ihn vom Auftragnehmer zu erbringen ist, sofern es dazu keine andere Vereinbarung gibt. Mit Inkrafttreten der Änderungen im BGB zum 1. Januar 2018 eröffnen sich dem Auftragnehmer neue Möglichkeiten. Auch wenn eine Abnahme nicht erteilt wird, kann der Auftragnehmer eine Zustandsfeststellung verlangen. Ist ein offenkundiger Mangel in der Zustandsfeststellung nicht angegeben, wird zunächst vermutet, dass dieser vom Besteller zu vertreten ist.

Technischer Hintergrund

Die Herstellung von Sichtbetonflächen – Betonflächen mit Anforderungen an das Aussehen – gehört zu den anspruchsvollen Bauaufgaben. Sichtbetonflächen sind in Relation zum Gesamtfertigstellungstermin eines Bauwerks i.d.R. bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt fertiggestellt. Ein wirksamer Schutz der Sichtbetonflächen vor Beschädigungen stört i. d.R. den weiteren baubetrieblichen Ablauf und ist mit erheblichen Kosten verbunden. Oft wird aus diesen Gründen auf einen vollflächigen Schutz der Sichtbetonflächen verzichtet. Hilfsweise werden Sichtbetonflächen mit Hinweisschildern „Achtung Sichtbeton“ versehen. Selbst bei größter Rücksicht-



Bild 1. Schutz der Leistung „Sichtbeton“ durch Anbringen von Hinweisschildern

nahme der Nachfolgewerke (z.B. Putzarbeiten oder Malerarbeiten), die aber auf Baustellen nicht unbedingt üblich ist, lassen sich einzelne Beschädigungen der Flächen kaum vermeiden. Den Beweis anzutreten, wer tatsächlich die Beschädigung verursacht hat, ist auf einer Baustelle sehr schwierig.

Im Folgenden wird allein der Fall betrachtet, dass der Auftragnehmer nur mit den Rohbauarbeiten beauftragt ist und der Auftraggeber den Ausbau in eigener Regie durchführt. In diesem Fall hat der Auftragnehmer keinen direkten vertraglichen Zugriff auf die Ausbaugewerke. Kommt es zu einer Beschädigung der Sichtbetonflächen durch den Auftraggeber, einen von ihm beauftragten Dritten im Rahmen dessen Ausführung oder etwa einem Lieferanten, stellt sich die Frage, ob der Auf-

» weiter auf Seite 3

Fließfähige Betone mit erhöhter Pump- und Rüttelstabilität
– Betonentwurf, Verarbeitungstechnik, Regelung
Seite 7

Neues DBV-Merkblatt
„Brückenmonitoring“
erschienen
Seite 13

Deutscher Bautechnik-Tag –
Programm veröffentlicht.
Jetzt anmelden!
Seite 16

» Fortsetzung von Seite 1



Foto: © Th. Rathay

EDITORIAL

„Wandel braucht Visionen und Macher.“

So lautet das Motto des Deutschen Bautechnik-Tages am 7. und 8. März 2019 in Stuttgart. Der Wandel in der Bauwirtschaft braucht unsere schonungslose Analyse des Ist-Zustands, er braucht unsere Fähigkeit, Neues zu denken und neue Lösungen zu entwickeln. Wir müssen bereit sein zuzuhören, wir müssen die neuen Technologien kreativ und einfallsreich mit allen anderen zusammen für uns nutzen. Der Wandel wird gelingen, wenn wir neugierig sind auf das Neue, wenn wir den Wandel als Chance sehen und wenn wir als Multiplikatoren alle anderen mitnehmen.

Mit dem Deutschen Bautechnik-Tag 2019 wollen wir dafür die richtigen Impulse setzen. Wir erwarten mehr als 1 500 Teilnehmer zu Ausstellung und Kongress in Stuttgart. Das Kongresszentrum ICS Stuttgart bot bereits 2017 mit seinen perfekt ausgestatteten Räumen und der hervorragenden Verkehrsanbindung optimale Bedingungen für die Auseinandersetzung mit aktuellen Fachthemen, für einen umfassenden Wissens- und Erfahrungsaustausch und für ein erfolgreiches Netzwerken. Ein guter Grund für Sie wiederzukommen!

Ich lade Sie herzlich ein zu einem abwechslungsreichen Programm mit einer Vielzahl spannender Projekte für Auftraggeber, Betreiber, Bauausführende, Planer und alle Teilnehmer aus Verwaltung und Wissenschaft. Weitere Informationen finden Sie ab S. 16.

Lassen Sie sich von neuen Ideen inspirieren.

Wir freuen uns auf Sie!

Dipl.-Ing. Klaus Pöllath
Vorsitzender

tragnehmer vor der Abnahme die Sichtbetonfläche neu herstellen bzw. bearbeiten muss, dafür eine Vergütung erhält bzw. seine Leistungen vor dem Zugriff Dritter schützen muss.

Maßgebend für die Einordnung ist zunächst, ob es sich um einen BGB-Vertrag oder einen Vertrag handelt, in den die VOB/B einbezogen wurde.

Ohne Einbeziehung der VOB/B oder sonstiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen in das Vertragsverhältnis sind allein die allgemeinen Gefahrtragungsregeln der §§ 644, 645 BGB anwendbar. Daran hat die Einführung des neuen Bauvertragsrechts, das für Verträge, die ab dem 1. Januar 2018 geschlossen worden sind, Anwendung findet, auch nichts geändert. Nach § 644 BGB trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Mit der Gefahrtragung nach § 644 BGB werden beim Werkvertrag also Risiken zugeteilt. Es geht dabei um die Frage, wer das Risiko trägt, wenn das nicht fertige Werk beschädigt oder zerstört wird (Leistungsgefahr) sowie um die Frage, ob bzw. inwieweit der Vergütungsanspruch des Unternehmers bestehen bleibt, wenn das Werk untergeht oder verschlechtert wird (Vergütungsgefahr). Mit „Gefahr“ ist gemeint, dass das begonnene oder teilweise fertig gestellte Werk untergeht oder verschlechtert wird. Dabei geht es nur um Störungen, die von den Vertragsparteien nicht zu vertreten sind, also auf Zufall beruhen [1]. Mit der Abnahme nach § 640 BGB gehen diese Gefahren auf den Besteller über.

Unter „Zufall“ versteht man höhere Gewalt, die vorliegt, wenn das Ereignis auch durch die äußerste, billigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht vorausgesehen oder verhindert werden konnte [2].

Erfasst werden davon auch nicht abwendbare Eingriffe Dritter, z. B. Vandalismus oder Zerstörung [3]. Soweit trotz zumutbarer bzw. geschuldeter Maßnahmen nicht abwendbare Eingriffe Dritter zu dem Untergang oder der Verschlechterung des Werkes führen, sind diese von keiner Partei zu vertreten, sodass § 644 BGB anwendbar bleibt. Dann muss der Unternehmer das Werk neu herstellen bzw. wiederherstellen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Verschulden eines Dritten dem Besteller wie eigenes Verschulden zuzurechnen ist. In diesen Fällen werden dem Unternehmer gegenüber dem Dritten vertragliche Ersatzansprüche mangels vertraglicher Beziehungen jedoch nicht zustehen.

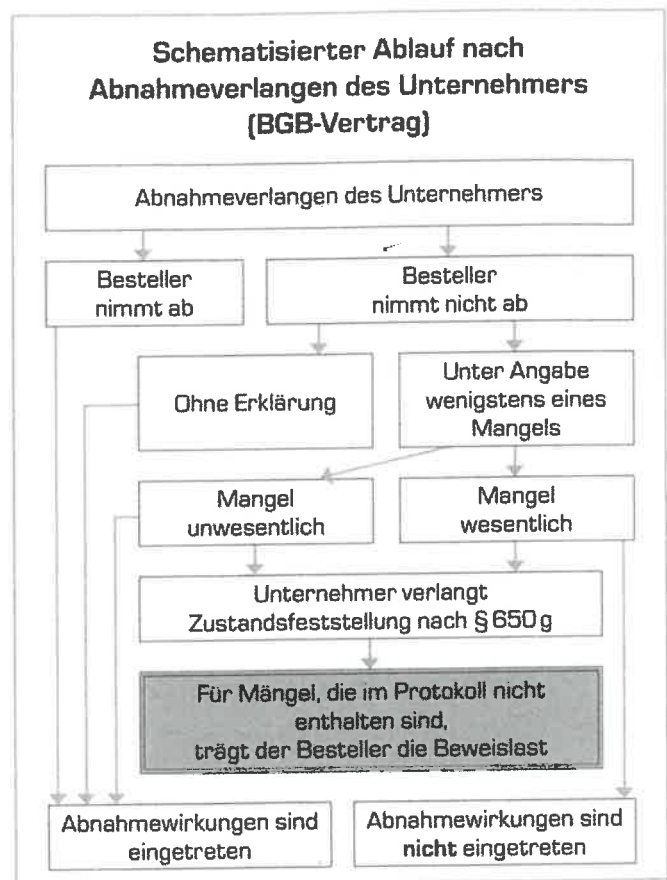
Möglich sind allerdings Ansprüche des Unternehmers aus Besitzverletzung, was jedoch voraussetzt, dass zum Zeitpunkt des Schadensereignisses der Unternehmer noch Besitzer der Werkleistung war. In diesem Fall können die Wiederherstellungskosten sowie der darauf entfallene Gewinn unmittelbar von dem Unternehmer gegen den Drittschädiger geltend gemacht werden [4].

In der Regel kann der Schädiger jedoch nicht identifiziert werden. In solchen Fällen bleibt der Unternehmer dennoch verpflichtet, dem Besteller gegenüber eine mangelhafte Leistung zu erbringen und folglich „auf seinem Schaden sitzen“.

Bei einem Vertrag, bei dem die VOB/B einbezogen wurde, werden die Gefahrtragungsregeln gegenüber den §§ 644, 645 BGB modifiziert. Das liegt daran, dass beim Bauwerkvertrag die Leistung in der Regel nicht mehr im Betrieb des Unternehmers (in der VOB/B Auftragnehmer genannt), sondern auf dem Grundstück des Bestellers (in der VOB/B Auftraggeber genannt) erbracht werden sowie in der regelmäßig langen Verfahrensdauer. Hinzu kommt, dass in § 4 VOB/B Pflichten für beide Vertragsparteien für den Zeitraum ab Beginn der Leistung bis zur Abnahme geregelt werden. Hervorzuheben ist hier insbesondere die Verpflichtung des Auftragnehmers aus § 4 Abs. 5 Satz 1 VOB/B, die von ihm ausgeführte Leistung und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen. Diese Schutzpflicht kennt das BGB weder in der alten noch in der neuen Fassung. Umfassend geregelt wird die Verteilung der Gefahr in § 7 VOB/B. Die Vergütungsgefahr wird in § 7 VOB/B gegenüber dem BGB modifiziert, und zwar zu Ungunsten des Auftraggebers.

Mit der Abnahme der Leistung durch den Auftraggeber geht die Gefahr auf ihn über. Ab diesem Zeitpunkt muss er darlegen und beweisen, dass etwaige Mängel der Leistungen des Auftragnehmers vorliegen und von ihm (dem Auftragnehmer) verursacht worden sind. Maßgebend ist also der Zeitpunkt der Abnahme bzw. des Eintritts der Abnahmewirkungen. Durch diese verlagert sich die Gefahr auf den Auftraggeber. Durch die Einführung des neuen Bauvertragsrechts, das für Verträge anwendbar ist, die ab dem 1. Januar 2018 geschlossen worden sind, kommt es zu einer Erleichterung für den Auftragnehmer. Festzuhalten bleibt jedoch, dass sich auch durch die Einführung des neuen Bauvertragsrechts an den Grundsätzen der Gefahrtragungsregeln weder im BGB noch nach der VOB/B etwas geändert hat. Dafür bestand auch kein Bedürfnis. Entscheidender Zeitpunkt bleibt daher die Abnahme, wobei im neuen Bauvertragsrecht das zusätzliche Korrektiv der Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme nach § 650g BGB aufgenommen worden ist. Ausgangspunkt ist die Nichtabnahme oder die Verweigerung der Abnahme des Auftraggebers bei einer fertiggestellten – das bedeutet abnahmereifen – Leistung des Auftragnehmers. Verweigert der Auftraggeber die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er nach § 650g BGB auf Verlangen des Auftragnehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werkes mitzuwirken. Hintergrund der Neuregelung zur Zustandsfeststellung in § 650g BGB bilden Streitigkeiten der Bauvertragsparteien über das Vorliegen von Mängeln und einer bestehenden Abnahmereife nach § 640 Abs. 1 BGB sowie die Frage der Gefahrtragung nach § 644 BGB bis zur Klärung der Streitfragen [5].

a) Kommt es nicht zu einer Abnahme der Leistungen des Auftragnehmers, weil die Vertragspartner über die Abnahmereife des Werkes streiten, war der Auftragnehmer bisher gezwungen, ein Klagverfahren auf Werklohnzahlung bei festzustellender Abnahmereife einzuleiten. Beruft sich der Auftraggeber, dem das Werk trotz verweigerter Abnahme bereits verschafft worden ist und



dieses nutzt oder das Bauvorhaben fortführt, im Verlauf des weiteren Verfahrens auf bestehende Mängel, musste der Auftragnehmer bisher beweisen, dass die (später) gerügten Mängel zum Zeitpunkt seines Abnahmeverlangens nicht vorgelegen haben und erst später durch den Auftraggeber oder einen Dritten herbeigeführt worden sind. Um dem gesteigerten Bedürfnis des Auftragnehmers an einer Dokumentation des Zustands des Werkes zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens Rechnung zu tragen und ihm insoweit die Sachaufklärung in einem späteren Prozessverfahren zu erleichtern, regelt der neue § 650g Abs. 1 BGB eine Obliegenheit des Auftraggebers zur Mitwirkung an einer Zustandsfeststellung. Diese Zustandsfeststellung ersetzt aber nicht die Abnahme und hat auch sonst keine Ausschlusswirkungen. Sie dient lediglich der Dokumentation des Zustands des Werkes, um späteren Streit vorzubeugen. Findet eine Zustandsfeststellung statt, entfaltet die Regelung auf der Rechtsfolgenseite eine Begünstigung des Auftragnehmers im Bereich der Gefahrtragung in Ergänzung zu § 644 BGB [6].

b) Voraussetzung für die Obliegenheit des Auftraggebers zur Mitwirkung an der Zustandsfeststellung ist, dass der Besteller die Abnahme des Bauwerks bzw. der Leistungen des Auftragnehmers unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Das ist zunächst dann der Fall, wenn der Auftragnehmer nach Fertigstellung der Leistungen den Auftraggeber nach § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB unter angemessener Fristsetzung zur Abnahme aufgefordert hat und der Auftraggeber die Abnahme innerhalb der gesetzten Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Neben dem Anwendungsbereich des

§ 640 Abs. 2 BGB muss vom Auftragnehmer auch dann eine Zustandsfeststellung verlangt werden können, wenn der Auftraggeber von sich aus – ohne Fristsetzung des Auftragnehmers – die Abnahme unter Hinweis auf vorliegende Mängel verweigert hat [7].

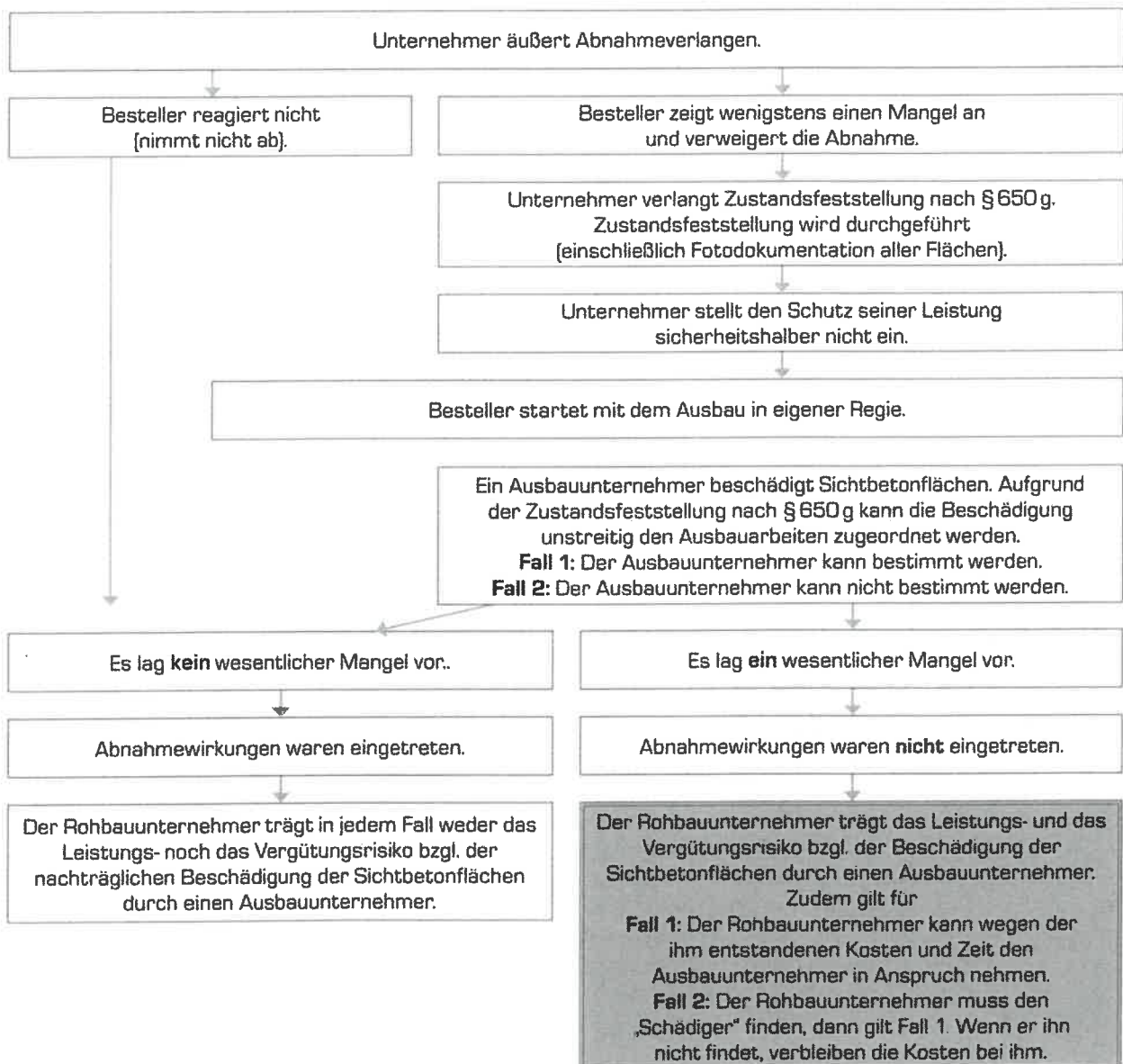
Das gilt auch dann, wenn die Parteien die Durchführung einer förmlichen Abnahme vereinbart haben. Verweigert in diesem Fall der Auftraggeber die Abnahme im Zuge der förmlichen Abnahmebegehung, ist der Anwendungsbereich des § 650g Abs. 1 BGB – also die Zustandsfeststellung – ebenfalls eröffnet.

Ohne Relevanz ist schließlich, ob der Auftragnehmer das Vorliegen der Abnahmereife behauptet bzw. der Auftraggeber die Abnahme in diesem Fall ausdrücklich verweigert hat. Ist das Werk bereits in den Einflussbereich des Auftraggebers übergegangen und wird von ihm zur Fortführung des Bauverlaufs genutzt, besteht ein Bedürfnis

zur Dokumentation des Zustands auch dann, wenn die Vertragsparteien sich einig sind, dass das Werk noch nicht abnahmereif ist [8].

- c) Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben. Ein Streit um den bestehenden Zustand kann beim hier betrachteten Fall „Sichtbetonflächen“ durch eine fotografische Dokumentation der Leistungen aufgelöst werden.
- d) Maßgebend ist jedoch auch, dass der Auftragnehmer – wenn der Auftraggeber einem Termin zur gemeinsamen Zustandsfeststellung fernbleibt oder vereitelt – nach den Voraussetzungen aus § 650g Abs. 2 BGB berechtigt ist, eine einseitige Zustandsfeststellung durchzuführen, die gleichermaßen die Rechtswirkungen – die Vermutung, dass ein offenkundiger Mangel nach der Zustandsfeststellung eingetreten ist – auszulösen vermag. Vorausset-

**Ablaufschema – Abnahme der Rohbauarbeiten mit Zustandsfeststellungen nach BGB
(Fallbetrachtung:
Der Unternehmer hat allein den Auftrag für Rohbauarbeiten mit Sichtbetonflächen)**



zung ist insoweit, dass die Parteien auf das Verlangen des Auftragnehmers hin entweder einen Termin zur gemeinsamen Zustandsfeststellung vereinbart haben bzw. der Auftraggeber zu dem vom Auftragnehmer vorgegebenen Termin vor Ort nicht erscheint. Das Gleiche gilt, wenn der Auftraggeber an der gemeinsamen Zustandsfeststellung zwar teilnimmt, sich aber grundlos weigert, das erstellte Protokoll zu unterschreiben. Der Auftragnehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tags der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Auftraggeber eine Abschrift dieser einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen [9].

- e) Ist das Werk dem Auftraggeber verschafft worden, befindet sich das Bauwerk oder die Außenanlage also bereits in dem Einflussbereich des Auftraggebers und wird von diesem zur Fortführung der Baumaßnahme weiter genutzt, ist das vom Auftragnehmer erstellte Werk der Gefahr von Beeinträchtigungen durch den Auftraggeber oder Dritten ausgesetzt. Da der Auftragnehmer nach § 644 Abs. 1 BGB bis zur Abnahme die Preis- und Leistungsgefahr trägt – also weiterhin zur Herstellung eines vollständig mangelfreien Werkes verpflichtet ist, muss er auch zwischenzeitlich aufgetretene Mängel/Beeinträchtigungen beseitigen. Dieser Grundsatz aus § 644 BGB erfährt dann eine Einschränkung, wenn die spätere Beeinträchtigung des Werkes vom Auftraggeber selbst verursacht worden und zu vertreten ist. In der Praxis ist es für den Auftragnehmer nur im Ausnahmefall möglich gewesen, diesen Ausnahmetatbestand darzulegen und zu beweisen. Um insoweit die Rechtsposition des Auftragnehmers zu stärken, wird die Gefahrtragungsregelung in § 640 Abs. 1 BGB nunmehr zugunsten des Auftragnehmers eingeschränkt. Ist das Werk dem Auftraggeber verschafft worden und hat eine Zustandsfeststellung nach Abs. 1 oder Abs. 2 stattgefunden, gilt die Vermutung, dass ein offenkundiger Mangel, der in der Zustandsfeststellung nicht angegeben wurde, nach Zustandsfeststellung entstanden und vom Auftraggeber zu vertreten ist. Das gilt allerdings nicht für solche Mängel, die nach ihrer Art nicht vom Auftraggeber verursacht worden sein können. Nach der Gesetzesbegründung ist dies beispielsweise der Fall, wenn es sich um einen Materialfehler handelt oder der Mangel darin besteht, dass das Werk nicht nach den Planungsvorgaben hergestellt worden ist. Es kommt also darauf an, ob die Beeinträchtigungen durch die nutzungsbedingte Einwirkung des Auftraggebers auf das Werk oder – im Zuge der Fortführung der Bauarbeiten – durch Dritte herbeigeführt sein können. Die Vermutungswirkung aus § 650g Abs. 3 BGB geht dahin, dass der offenkundig erkennbare Mangel erst nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass dem Auftraggeber auf diesem Wege auch von Dritten verursachte Beeinträchtigungen zugerechnet werden, wenn er die Vermutung nicht widerlegen kann. Insoweit muss der Auftraggeber darlegen und beweisen, dass die Beeinträchtigung nicht von einem baubeteiligten Dritten ausgegangen ist bzw. nicht von diesem zu vertreten ist.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass durch die Neuregelung in § 650g BGB eine Vereinfachung für den Auftragnehmer eingetreten ist. Voraussetzung ist und bleibt jedoch, dass der Auftragnehmer eine Abnahme seiner Leistungen nach Fertigstellung verlangt. Sobald die Leistung also fertiggestellt ist, was bedeutet, dass keine wesentlichen Mängel oder Restleistungen mehr vorliegen, sollte der Auftragnehmer eine Abnahme verlangen. Wird diese durch den Auftraggeber nicht innerhalb der gesetzten Frist vorgenommen oder unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert, sollte der Auftragnehmer eine Zustandsfeststellung nach § 650g BGB beantragen. Diese Zustandsfeststellung ersetzt zwar nicht die Abnahme. Sie führt jedoch zu einer Beweislastumkehr für diejenigen Mängel, die bei der Zustandsfeststellung nicht aufgenommen worden sind.

Schrifttum

- [1] Merkens in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage, § 644, Rn. 2
- [2] Merkens: a. a. O., Rn. 17
- [3] so auch Kniffka, *ibr-online-Kommentar*, § 644, Rn. 19
- [4] BGH, a. a. O.; Merkens, a. a. O.
- [5] von Kiedrowski in: Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, § 650g, Rn. 1
- [6] vgl. zu allem: von Kiedrowski, a. a. O.
- [7] Leinemann, NJW 2017, 3113, 3118
- [8] von Kiedrowski, a. a. O., Rn. 3
- [9] vgl. zu allem: von Kiedrowski, a. a. O., Rn. 11 ff



Kontakt:

Dr. Lutz Pisarsky

Telefon: 040 67519370 – pisarsky@betonverein.de



Dr. Thomas Hildebrandt

ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt

für Vergaberecht und seit 2004 am Hamburger Standort der Sozietät Leinemann Partner Rechtsanwälte tätig. Seine Schwerpunkte liegen in der begleitenden Rechtsberatung von größeren Bauvorhaben, der Beratung von Vergabeverfahren, der Durchführung von Nachprüfungsverfahren sowie in der Führung von Bauprozessen vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten. Er ist als Schiedsrichter und Schlichter nach der SOBau ARGE Bau-recht tätig und wird in der Streitlöserliste der DGfB und des DBV sowie in der Streitlöserliste der Deutschen Gesellschaft für Außergerichtliche Streitbeilegung in der Bau- und Immobilienwirtschaft e.V. geführt.