

Die Fertigstellungsbescheinigung im Baurecht

Neuer Abnahme-Ersatz

*Dr. Hans-Michael Dimanski**

Nach den BGB-Neuregelungen zum Werkvertragsrecht aus dem Mai letzten Jahres, häufen sich die Anfragen von SHK-Firmen nicht nur zum Wert dieser Gesetzesnovelle, sondern auch zur praktischen Relevanz der Fertigstellungsbescheinigung. Von Juristen werden die Festlegungen zur Fertigstellungsbescheinigung als Kern der Novelle bezeichnet. Der nachfolgende Beitrag informiert über Voraussetzungen, Möglichkeiten und Grenzen dieses neuen Rechtsinstituts.

Einer der schönsten Augenblicke im Betriebsalltag eines Werkunternehmers besteht sicher in der Feststellung, daß für eine fertiggestellte Leistung die Zahlung geflossen ist. An diesem Glück muß er kräftig mitarbeiten. Nicht nur die korrekte handwerkliche Arbeit wird dem Unternehmer abverlangt, sondern auch betriebswirtschaftliche und juristische Kopfarbeit sowie ein entsprechendes Handeln. Eine der wichtigen Voraussetzungen für die Fälligkeit des Werklohnes ist bekanntlich die Abnahme. Aus diesem Grund muß sich der Unternehmer stets – und zwar bei Strafe der Verzögerung der Werklohnforderung auf den Sanktnimmerleinstag – um eine unzweifelhafte Abnahme bemühen. Ohne Abnahme keine Werklohnfälligkeit, ohne Fälligkeit kein Zahlungsanspruch. Das wissen inzwischen auch mehr Auftraggeber, als Auftragnehmer glauben.

Es liegt in der Natur der Sache, daß der Auftraggeber hinsichtlich der Bezahlung ganz andere Interessen hat als der Auftragnehmer. Das gereicht dann häufig zu dem Stoff, aus dem handfeste, für beide Seiten belastende und schließlich unbefriedigende Prozesse gemacht werden. Dem kreativen Schuldner steht eine ganze Anzahl von Ver-

* Dr. jur. Hans-Michael Dimanski ist Geschäftsführer im Fachverband Sanitär, Heizung, Klima Sachsen-Anhalt und als Rechtsanwalt Gesellschafter der überörtlichen Sozietät Dimanski, Pieper & Partner, Gustav-Ricker-Straße 62, 39120 Magdeburg, Telefon (03 91) 6 26 97 10, Telefax (03 91) 6 26 97 29. Die Tätigkeitsschwerpunkte seiner juristischen Arbeit liegen im Baurecht und im Arbeitsrecht.

Per Einschreiben/Rückschein
 [alternativ: per Boten, Übergabe oder Einwurf in den Briefkasten durch einen Mitarbeiter des Auftragnehmers und anschließende Protokollierung]

Anschrift des Auftraggebers _____ Datum _____

Werkvertrag vom _____ über ausgeführte Installationsarbeiten
 hier: **Abnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich habe die Installationsarbeiten am Bauobjekt _____ am _____ vertragsgerecht fertiggestellt.

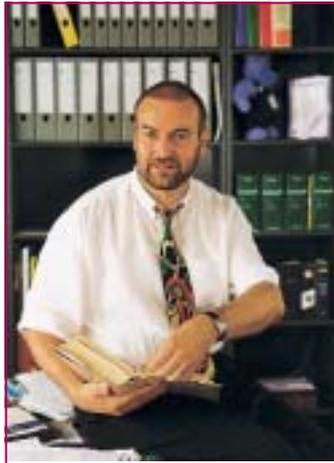
Hiermit beantrage ich die Abnahme der Werkleistung. Als Termin für die Abnahme schlage ich den _____ vor.

Für den Fall Ihrer Verhinderung können Sie einen bevollmächtigten Vertreter bestimmen oder telefonisch mit mir einen neuen Termin vereinbaren. Ich wäre Ihnen sehr verbunden, wenn wir die Abnahme bis spätestens zum _____ durchführen könnten, damit ich die Sache abschließen und auch meine Rechnung stellen kann.

Mit freundlichen Grüßen

 (Firmenstempel/Unterschrift)

Muster eines Abnahmeverlangens bei einem BGB-Werkvertrag



Dr. Hans-Michael Dimanski zu den wichtigsten Knackpunkten der neuen Fertigstellungsbescheinigung im Baurecht

weigerungs- bzw. Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung, um Abnahmen und damit Zahlungen hinauszuzögern. Völlig zu Recht wird hier von „Justizkrediten“ gesprochen. Vorgeschobene Mängel, Nichterscheinen zum Abnahmetermin, Bezugnahme auf Aufschubklauseln usw. Das Repertoire ließe sich umfangreich erweitern.

Seit Mai 2000 sind Änderungen des BGB in Kraft (Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen BGBI. I S. 330), die mit dem Ziel verabschiedet wurden, derartige Unsitten einzudämmen. Die Kritik an der Gesetzesänderung ist grundlegend und geht nach sehr kurzer Zeit dahin, daß mit der Novelle eine Möglichkeit vertan wurde, das Übel der Zahlungs(un)moral tatsächlich an der Wurzel zu packen. Eine Neuheit im Werkvertragsrecht ist die Einführung des Rechtsinstituts „Fertigstellungsbescheinigung“, gewissermaßen als ein Abnahmeersatz. Was hat die Baupraxis von diesem Konstrukt zu erwarten?

Dreh- und Angelpunkt

Unter Abnahme versteht man die Entgegennahme des fertiggestellten Werkes und seine Anerkennung als im wesentlichen vertragsgerechte Leistung. Die Abnahme – das wird insbesondere gern auf Auftraggeberseite vergessen – ist neben der Vergütungspflicht eine Hauptpflicht des Auftraggebers (§ 640 Abs. I BGB). Der Auftragnehmer hat einen Rechtsanspruch auf Abnahme. Dieser Anspruch ist notfalls einklagbar (§§ 894, 888 ZPO). Die Betonung sollte auf „notfalls“ liegen, da es bekanntlich mit dem Klagen so eine Sache ist. Das alte Sprichwort, daß man sich auf hoher See und vor Gericht allein in Gottes Hand befinde, hat einen bemerkenswert schlichten Hintergrund. Recht bekommt nicht unbedingt der, der es verdienen würde, sondern der, der seinen Anspruch beweisen kann. Der nachlässige Umgang mit

Gutgemeinte Variante mit Überraschungen

SBZ: Was ist denn nun eigentlich die neue Fertigstellungsbescheinigung, nur ein anderer Begriff für die Abnahme?

Dr. Dimanski: Mit der Fertigstellungsbescheinigung hat der Gesetzgeber eine weitere Variante für den Eintritt der Rechtswirkungen einer Abnahme eingerichtet. Die Fertigstellungsbescheinigung ist eine von einem Sach-

verständigen ausgestellte Bescheinigung darüber, daß eine Werkleistung oder ein Teil davon fertiggestellt ist und Mängel, die der Besteller behauptet oder die für den Gutachter feststellbar hätten sein müssen, nicht vorliegen.

SBZ: Was sind die grundlegenden Unterschiede zwischen Fertigstellungsbescheinigung und Abnahme?

Dr. Dimanski: Kurioserweise definiert weder das BGB, noch die VOB/B und auch nicht die Werkvertragsrechtsnovelle aus dem letzten Jahr den Begriff Abnahme. Was den Zweck sowohl der Abnahme als auch der Fertigstellungsbescheinigung angeht, ist praktisch kein wesentlicher Unterschied zu erkennen. Die Fertigstellungsbescheinigung ist eine Form zur Erreichung der Abnahmewirkungen. So gesehen ist der Unterschied für den Praktiker rein formeller Natur.

SBZ: Stimmt es, daß mit der Fertigstellungsbescheinigung die Rechtsfolgen einer Abnahme erzielt werden können, obwohl der Auftraggeber die Werkleistung gar nicht abgenommen hat?

Dr. Dimanski: Ja. Das ist die erklärte Absicht des Gesetzgebers für die Neuregelung gewesen. Die Quintessenz ist, daß die Ungewißheit, ob das Werk nun schon abnahmefähig war oder nicht, relativ früh durch Gutachteraussage geklärt werden kann und nicht auf den St. Nimmerleinstag durch lange Prozesse verschoben wird.

SBZ: Ist die Fertigstellungsbescheinigung ein probates Mittel zur Bekämpfung des sogenannten Justizkredits?

Dr. Dimanski: Man sollte die Erwartungen nicht zu hoch schrauben. Unter Umständen kann man mit einer Fertigstel-

lungsbescheinigung prozessuale Vorteile erringen. Allerdings ist der Weg zur Erreichung einer solchen Bescheinigung von Erschwernissen begleitet. Da sind nicht nur die Formvorschriften zu beachten, sondern auch der Fakt, daß sich Gutachter, wenn sie nicht ohnehin schon zeitlich überlastet sind, möglicherweise aufgrund von Haftpflichtrisiken schwertun, die Bescheinigung auszustellen.

SBZ: Wie sehen denn die eben von Ihnen erwähnten prozessualen Vorteile für den Handwerker aus?

Dr. Dimanski: Mit der Fertigstellungsbescheinigung eines Gutachters kann ein Urkundenprozeß geführt werden, mit dem Vorteil daß möglicherweise ohne mündliche Verhandlung aufgrund der vorliegenden Dokumente relativ schnell ein Vorbehaltsurteil (§ 599 ZPO) erstritten werden kann und demzufolge Zahlungen an den Handwerker zügig fließen. Das ist zwar die gesetzgeberische Absicht, die Realität wird aber wohl eine Reihe von Überraschungen bereithalten, die den Handwerker enttäuschen. Nachverfahren, einstweilige Verfügungen etc. sind nämlich nicht ausgeschlossen um den „schnellen Erfolg“ des Handwerkers zu blockieren. Insofern kann man den Vorteil nicht pauschal feststellen. Wozu die Fertigstellungsbescheinigung allerdings zweifelsohne beitragen wird ist, daß sich der Auftraggeber seine Einwendungen reiflich überlegen wird, da letztlich auch für ihn ein Kostenrisiko aus Nachfolgeprozessen entsteht. Leider glänzt die gesetzliche Neuregelung auch in diesem Punkt nicht gerade durch Klarheit.

SBZ: Gibt es Gründe, die Sachverständige bei der Ausstellung einer Fertigstellungsbescheinigung zur Vorsicht zwingen?

Dr. Dimanski: Dem Sachverständigen wird mit der Erstellung einer Fertigstellungsbescheinigung ein schweres Los aufgegeben. Insbesondere die deutliche Trennung zwischen Sach- und Rechtsfragen wird Schwierigkeiten bringen und die Haftungsrisiken für den Sachverständigen erhöhen. Die Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Mängeln sehe ich hier ebenso als Problem an, wie die eindeutige Feststellung zur Soll- und Istbeschaffenheit des Werkes.

dem Thema Abnahme muß also zwangsläufig zu Rechtsnachteilen führen.

Die Abnahme ist, wie schon oft beschrieben, der Dreh- und Angelpunkt im Baurecht. Bei einer Werklohnklage schaut jeder Richter als erstes nach dem Nachweis für das Vorliegen einer Abnahme. Fehlt dieser Nachweis, sind Richter und Werkunternehmer schnell fertig – der Richter mit seiner Arbeit, der Werkunternehmer mit sich und der Welt. Denn: Ohne Abnahme keine Vergütung. Obgleich der Abnahme bekanntermaßen eine rechtlich so erhebliche Bedeutung zukommt, wird ihr in der Baupraxis leider selten genug der entsprechende Respekt gezollt. Vertragliche Vereinbarungen hinsichtlich der Abnahme werden außer acht gelassen, Abnahmen nur sehr oberflächlich durchgeführt, Protokolle vergessen oder verlegt. Wer als Werkunternehmer dem Irrglauben verfällt, es werde schon alles gut gehen und schließlich bleibe noch die fiktive Abnahme, muß einkalkulieren, daß er sich eine „Lernbeule“ einfängt. Vielfach werden Bauprozesse nicht deshalb verloren, weil der Unternehmer schlecht gearbeitet hat, sondern weil er Formvorschriften des Gesetzes bzw. aus dem Vertrag außer acht ließ.

Förmlich, vergessen und fiktiv

Die Abnahmearten sind im Werkvertragsrecht variabel. Zunächst ist zwischen der förmlichen und der fiktiven Abnahme zu unterscheiden. Geregelt ist die Abnahme in § 640 BGB oder, sofern die VOB/B wirksam in das Vertragsverhältnis einbezogen wurde, in § 12 VOB/B. Es kann also eine förmliche Abnahme geben oder aber eine Abnahme durch konkludentes, d. h. schlüssiges Verhalten.

Förmliche Abnahme: Eine förmliche Abnahme besteht darin, daß Auftraggeber und Auftragnehmer zusammen eine Begutachtung des Werkes durchführen und deren Ergebnis in einem gemeinsamen Protokoll aufzeichnen. Eine förmliche Abnahme fordert das BGB nicht, wohl aber ist dies eine der Alternativen aus der VOB/B. Das Protokoll der förmlichen Abnahme hat die noch vorliegenden Mängel konkret zu bezeichnen, Vorbehalte des Auftraggebers wegen bekannter Mängel oder etwaiger Vertragsstrafenansprüche aufzulisten und mögliche

Muster eines Abnahmeverlangens bei einem VOB-Vertrag

Einwendungen des Auftragnehmers festzuhalten. Beide Parteien können hierbei die Möglichkeit nutzen, die für sie wichtigen Belange zu fixieren und Meinungsverschiedenheiten festzuhalten. Da beide Parteien eine Ausfertigung des Protokolls erhalten, bietet sich für den Unternehmer hier eine hervorragende Chance zur Fixierung rechtserheblicher Fakten zur Sicherung seiner Rechtspositionen in einem Dokument. Vergessene Argumente oder Einwendungen verschwinden in der Versenkung. Werden bei der Abnahme bekannte Mängel nicht in das Abnahmeprotokoll aufgenommen, kann der Auftraggeber diesbezüglich keine Nachbesserungs- oder Minderungsansprüche geltend machen.

Ist eine förmliche Abnahme vertraglich vereinbart, muß sie grundsätzlich auch durchgeführt werden. Dazu sollte der Unternehmer nicht warten bis er vom Auftraggeber aufgefordert wird, sondern unmittelbar nach Fertigstellung seiner Leistungen das Ver-

langen zur gemeinsamen Abnahme schriftlich an seinen Vertragspartner richten. Eine förmliche Abnahme kann von jeder Partei zu jedem Zeitpunkt der Vertragsdurchführung verlangt werden. Die Durchführung einer förmlichen Abnahme hängt letztlich nicht davon ab, ob der Vertragspartner zum Abnahmetermin erscheint. Damit sich im Falle dieses Versäumnisses dann doch noch die Abnahmewirkungen entfalten, ist der Nachweis, den Vertragspartner zur gemeinsamen Abnahme mit zumutbarer Frist erfolglos aufgefordert zu haben, entscheidend. Gerichtsfest ist ein Nachweis dann, wenn er schriftlich vorliegt und der Zugang dieses Nachweises beim Vertragspartner bewiesen werden kann.

Per Einschreiben/Rückschein
[alternativ: per Boten, Übergabe oder Einwurf in den Briefkasten durch einen Mitarbeiter des Auftragnehmers und anschließende Protokollierung]

Anschrift des Auftraggebers _____

Datum _____

Werkvertrag vom _____ über ausgeführte Installationsarbeiten

hier: Abnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

gemäß § 12 Nr. 1 VOB/B hat der Auftraggeber die Abnahme der Leistung binnen 12 Werktagen durchzuführen, wenn dies der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - verlangt.

(Gemäß § 12 Nr. 2 VOB/B sind auf Verlangen besonders abzunehmen:
a) in sich abgeschlossene Teile einer Leistung,
b) andere Teile der Leistung, wenn sie durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden.)

Dementsprechend bitten wir hiermit um Abnahme

- der gesamten vertraglichen Leistung
- folgender iSv. § 12 Nr. 2 a VOB/B abgeschlossener Teile der Leistung:
 - 1.) _____
 - 2.) _____
- folgender Teile der Leistung, die iSv. § 12 Nr. 2 b VOB/B durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden:
 - 1.) _____
 - 2.) _____

innerhalb von 12 Werktagen.

Als Termin zur Abnahme wird der _____ vorgeschlagen.
Wir bitten um Bestätigung des vorgenannten oder Abstimmung eines anderen Termins bis zum _____.

Mit freundlichen Grüßen

(Firmenstempel/Unterschrift)

Vergessene Abnahme: Ob gewollt oder ungewollt, die ursprünglich vereinbarte förmliche Abnahme wird mitunter von beiden Parteien „vergessen“. Die Beklemmungen des Auftragnehmers zum Thema Abnahme können ja bekanntlich vielfältig sein. Weniger vielfältig sind hingegen die Motivationen des Auftraggebers, einer förmlichen Abnahme aus dem Weg zu gehen. Schließlich würde sich letzterer gern darauf berufen, der Zahlungsanspruch sei noch gar nicht entstanden, weil ja zunächst erst einmal eine förmliche Abnahme stattfinden müsse. Hat über ca. zwei Monate keine der Parteien zum Thema Abnahme „gezuckt“, sehen die Gerichte ein Berufen auf die fehlende förmliche Abnahme als treuwidrig an.

Fiktive Abnahme: Die fiktive Abnahme stellt auf die Billigung der Werkleistung nach Ablauf einer bestimmten Frist ab. Die Abnahme wird gewissermaßen unterstellt. Geregelt ist diese Abnahmevariante in § 12 Nr. 5 VOB/B. Danach gilt das Werk als abgenommen, wenn 12 Werktagen nach einer schriftlichen Fertigstellungsanzeige (das kann eine schriftliche Information an den Auftraggeber über die Erledigung des Auftrags oder aber auch die Überreichung einer Schlußrechnung sein) vergangen sind oder aber der AG das Werk seit 6 Werktagen in Benutzung genommen hat. Eine fiktive Abnahme kann nur dann greifen, wenn keine der Parteien eine förmliche Abnahme verlangt hat, bzw. wenn keine der Parteien die Abnahme förmlich und begründet verweigert.

Erhebliche Wirkungen

Von der Abnahme gehen erhebliche Rechtswirkungen aus. Mit der Abnahme wird die Vergütung fällig (§ 641 I BGB). Das gilt auch für den VOB/B-Vertrag. Allerdings ist hier zu beachten, daß als weitere Fälligkeitsvoraussetzung die Prüfbarkeit der Rechnung hinzukommt und die zweimonatige Frist für die Prüfung der Schlußrechnung abgelaufen sein muß.

Mit der Abnahme setzt die Beweislastumkehr hinsichtlich etwaiger Mängel ein. Ist der Unternehmer bis zur Abnahme in der Pflicht, zu beweisen, daß er ein mangel freies Werk erstellt hat, hat nach der Abnahme der Auftraggeber den Beweis zu erbringen, daß das Werk zum Zeitpunkt der Abnahme mit Mängeln behaftet war, die in den Haftungsbereich des Auftragnehmers fallen.

Die Gefahr des zufälligen Untergangs der Leistung bzw. ihrer Verschlechterung oder Beschädigung geht mit der Abnahme auf den Auftraggeber über (§ 644 I BGB). Schließlich beginnt mit der Abnahme der Lauf der Gewährleistungsfrist.

Fertigstellungsbescheinigung

Seit Mai 2000 gibt es nun eine Neuregelung hinsichtlich der Abnahmeproblematik. In das BGB wurde das Rechtsinstitut „Fertigstellungsbescheinigung“ (§ 641 a BGB) eingefügt. Diese Regelung gilt nur für den BGB-Bauvertrag, nicht für VOB-Verträge. Die VOB/B enthält eigene und abschließende rechtliche Festlegung zum Thema Abnahme. Neu ist an der BGB-Regelung, daß es der Abnahme gleichgesetzt wird, wenn der Unternehmer eine Gutachterbescheinigung beibringt, er habe das Werk oder Teile davon hergestellt

und zwar frei von Mängeln, die der Besteller möglicherweise einwendet, bzw. die für den Gutachter bei der Besichtigung feststellbar waren. Es handelt sich also um eine Abnahmefiktion in Form eines Privatgutachtens, welches die Rechtswirkungen der Abnahme auslösen soll, ohne daß tatsächlich eine Abnahme der Werkleistung durch den Auftraggeber erfolgt ist. Das ist zwar mutig, allerdings – vor dem Hintergrund des prozessualen Sprengstoffs einer solchen Regelung – wohl auch etwas blauäugig vom Gesetzgeber formuliert worden.

Bei BGB-Werkverträgen bringt diese Regelung für den Unternehmer eine neue Ausgangslage was den Inhalt der Abnahmevoraussetzungen und zudem prozeßtaktische Belange angeht. Bauprozesse dauern auch deshalb so lange, weil in aufwendigen Beweisverfahren um Vorliegen und Nichtvorliegen von Mängeln gestritten wird. Das könnte jetzt anders werden. Die Fertig-

Per Einschreiben/Rückschein
[alternativ: per Boten, Übergabe oder Einwurf in den Briefkasten durch einen Mitarbeiter des Auftragnehmers und anschließende Protokollierung]

Anschrift des Auftraggebers _____

Datum _____

Werkvertrag vom über ausgeführte Installationsarbeiten

hier: Anmahnung der Abnahme mit Nachfristsetzung

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom _____ haben wir um Abnahme unserer Leistungen gemäß § 12 VOB/B innerhalb einer Frist von 12 Werktagen gebeten und als Abnahmetermin den _____ vorgeschlagen. Bisher hat weder die Abnahme stattgefunden noch wurde, wie erbeten, ein Ausweichtermin vereinbart.

Deshalb wird Ihnen hiermit letztmalig eine Nachfrist zur Durchführung der Abnahme bis zum _____ gesetzt. (Dazu schlagen wir nochmals folgende Termine vor.)

Da die Abnahme der Leistung zu den Hauptpflichten des Auftraggebers zählt, befinden Sie sich nach fruchtlosem Fristablauf in Schuldnerverzug und gehen die daraus entstehenden Nachteile zu Ihren Lasten.

Mit freundlichen Grüßen

(Firmenstempel/Unterschrift)

Anmahnung einer Abnahme

stellungsbescheinigung sei eine Urkunde, mit der in einem Urkundenprozeß (§§ 592 ZPO) flink ein Vorbehaltsurteil (§ 599 ZPO) erreichbar wäre, was zur Beschleunigung der Werklohnzahlung beitrage, liest man in der Begründung zur Gesetzesnovelle. Wenn der Auftraggeber hier nicht ein bereits vorhandenes Gutachten als Gegenbeweis einführen kann, hat er zumindest bis zum Anschlußprozeß schlechte Karten. Demnach werden sich Besteller zukünftig nicht mehr auf unwesentliche Restmängel berufen können und diese zur Verzögerung der Zahlungspflicht bemühen, hofft der Gesetzgeber.

Das vertraglich vereinbarte Werk muß fertiggestellt sein. Streit besteht unter den Fachleuten nun schon darüber, ob das Fehlen unbedeutender Restarbeiten zur Aus-

stellung einer Fertigstellungsbescheinigung berechtigen soll oder nicht. Diese Meinungsverschiedenheit ist nicht rein akademischer Art, weil nämlich eine andere Neuerung im BGB aussagt: „wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden“ (§ 640 Abs. 1, Satz 2 BGB). Das würde also zu der praxisrelevanten Schlußfolgerung führen, daß ein solches (noch nicht ganz fertiges) Werk mit einer Fertigstellungsbescheinigung bedacht werden könnte. Fragt sich nur, was ein unwesentlicher Mangel oder eine unbedeutende Restarbeit ist? Nach der neuen Gesetzeslage sieht es so aus, als wolle man die Entscheidung über diese Fragen nicht den Richtern, sondern den Sachverständigen

aufbürden. Das wird neuen Stoff für Gerichtsprozesse liefern und die Haftpflichtversicherungen der Gutachter zum Aufschrei bringen.

Schweres Los

Der Sachverständige wird es mit einer Fertigstellungsbescheinigung nicht leicht haben. Ähnlich wie im Märchen vom tapferen Schneiderlein, muß er „mehrere Fliegen mit einer Klappe erschlagen“. Er hat das Werk unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu beurteilen, wobei ein Besichtigungstermin stattfinden muß, zu dem 14 Tage vorher eingeladen wurde. Der Besteller hat diese Besichtigung zu dulden, anderenfalls wird eine vertragsgerechte Herstellung des Werks unterstellt. Der Sachverständige klärt dann, was versprochen war – wie die Juristen sagen – was die geschuldete Soll-Beschaffenheit des Werkes ausmacht. Dazu liegen dem Gutachter erfahrungsgemäß mehr oder weniger präzise Vertragsunterlagen vor. Die Schwachstelle vertraglicher Praxis, das Fehlen schriftlicher Vereinbarungen, weist deutlich die Richtung: Wer sich zukünftig auf die BGB-Neuheiten berufen will, ist gut beraten, schriftliche und vor allem präzise Verträge abzuschließen.

Doch zurück zum Gutachterauftrag. Die schriftlichen Unterlagen hat der Gutachter auszulegen, was in der Regel für ihn eine Überforderung darstellt, weil es sich hier auch um diffizile Rechtsfragen handeln kann. Natürlich wird die Partei, die durch die Auslegung belastet wird, ihren Anwalt „von der Kette“ lassen und die Chance ergreifen, Befangenheits- oder Abweisungsanträge zu stellen. Zudem behält sich gern das Gericht die Antwort auf Auslegungsfragen vor, um juristischen Sachverstand unter Beweis zu stellen. Neben der Leistungsbeschreibung hat sich der Sachverständige an den anerkannten Regeln der Technik zu orientieren. Das ist nichts Neues aber auch nichts Profanes. Des weiteren sieht sich der Gutachter mit der Unsitte der Parteien konfrontiert, Zusatzarbeiten auf dem Bau meist nur mündlich zu verabreden. Auch hier mündet die Beurteilung des Gutachters in eine Rechtsfrage, die er eigentlich nicht zu entscheiden hat: Welche Zusatzleistung ist wann durch wen verbindlich als Vertragsinhalt vereinbart worden?

Abnahmeprotokoll

Bauvorhaben: _____

Gewerk: _____

Bauvertrag vom _____ einschließlich sämtlicher Nachträge

Auftraggeber/Bevollmächtigte(r) des Auftraggebers/vertreten durch: _____

Auftragnehmer/Bevollmächtigte(r) des Auftragnehmers/vertreten durch: _____

Abnahmegegenstand:

- Gesamtleistung
- Folgende Teilleistung(en): _____

Bei der Abnahme wurde(n) folgende Feststellung(en) getroffen:

- Die Leistung ist mangelfrei.
- Es liegen folgende/die in der Anlage bezeichneten Beanstandungen/Mängel/Schäden vor:

▪ Folgende Arbeiten sind noch durchzuführen: _____

▪ Vorbehalte: _____

Die Leistung befindet sich (im übrigen) in vertragsgemäßigem Zustand.

_____, den _____ (Tag der Abnahme)

(Unterschrift AG/Bauherr/Bevollmächtigter)

(Unterschrift AN/Bevollmächtigter)

Muster eines Abnahmeprotokolls

Anlage zum Abnahmeprotokoll vom _____

Liste der Beanstandungen/Mängel

Lfd. Nr.	Mangel/Schaden an	Art des Mangels/Schadens	Frist zur Behebung bis
----------	-------------------	--------------------------	------------------------

Folgende Beanstandungen des Auftraggebers werden vom Auftragnehmer nicht anerkannt:

Lfd. Nrn.

(Unterschrift AG)

(Unterschrift AN)

Muster einer Anlage zu einem Abnahmeprotokoll

Bei der Beurteilung der Ist-Beschaffenheit wird es nicht leichter. Auch die Abnahme-reife einer Teilleistung kann nunmehr nach dem BGB per Fertigstellungsbescheinigung dokumentiert werden – allerdings nur für in sich abgeschlossene Teile des Werkes. Was in sich abgeschlossene Teile des Werkes ganz konkret sind, wird die Rechtsprechung erst noch zu beurteilen haben. Als Richtschnur könnte gelten: Eine Leistung, die für sich abgrenzbar und für sich funktionsfähig ist. Der Gutachter hat das Werk neben der Frage was noch fehlt, auf Mängel zu untersuchen, die der Besteller bereits behauptet oder die für ihn erkennbar sind. Das kann zu weitreichenden Untersuchungen führen, wenn sich dafür Anhaltspunkte aus erkannten Mängeln ergeben. Mit der Antwort auf die Rechtsfrage, ob ein Mangel „wesentlich“ oder „unwesentlich“ ist, wird der Gutachter wiederum in das Sperrfeuer der Anwälte geraten. Eine nicht gerade beneidenswerte Situation.

In der Rechtsprechung ist der Begriff „unwesentlicher Mangel“ leider nur sehr unbestimmt geblieben. Abhängig vom Einzelfall wird sich der Richter hier an Art und Umfang des Mangels und den Auswirkungen auf den Wert und die Gebrauchstauglichkeit, an der Höhe etwaiger Nachbesserungskosten und dem Grad des Verschuldens des Auftragnehmers orientieren. Während sich also die Rechtsprechung in dieser Frage generös zurückhält, soll jetzt dem Gutachter der schwarzen Peter zugeschoben werden. Mit zur Zeit unklar abschätzbaren Folgen, legt das Gesetz nun die Beurteilung eines Mangels in die Hand des Sachverständigen. Entscheidet sich der Sachverständige „aus dem hohlen Bauch“,

Per Einschreiben/Rückschein
 [alternativ: per Boten, Übergabe oder Einwurf in den Briefkasten durch einen Mitarbeiter des Auftragnehmers und anschließende Protokollierung]

Anschrift des Auftraggebers

Datum

Werkvertrag vom über ausgeführte Installationsarbeiten

hier: **Fertigstellungsmitteilung**

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiernit wird mitgeteilt, daß wir die von uns vertragsgemäß zu erbringenden Leistungen am _____

- im wesentlichen fertiggestellt haben.
- bis auf folgende noch auszuführende Restarbeiten fertiggestellt haben:

- 1.) _____
- 2.) _____
- 3.) _____

Mit freundlichen Grüßen

 (Firmenstempel/Unterschrift)

Fertigstellungsmitteilung

drohen nachfolgend Rechtsstreit und Regreß. Schadenersatzpflichtig macht sich ein Gutachter, wenn er Mängel übersieht oder fehlerhaft bewertet und der Auftraggeber auf der Grundlage seiner fehlerhaften Fertigstellungsbescheinigung im Urkundenprozeß verurteilt wird.

Die Sachverständigen laufen Gefahr, daß die Schwachpunkte im Gesetz auf ihrem Rücken ausgetragen werden. Die Anwälte der Auftraggeberschaft müssen nicht einmal besonders gut sein, um die Angriffspunkte einer Fertigstellungsbescheinigung ausfindig zu machen und den Spieß gegen den Gutachter zu richten. Das trägt nicht gera-

de zu einer Vereinfachung der Sachlage im Sinne beschleunigter Zahlungen auf fällige Forderungen bei.

Kompetent oder ahnungslos?

Im § 641 a, Abs. 2 bis 4 ist gleich auch die Prozedur geregelt, die zur Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung führt. Die Parteien können sich auf einen von ihnen gewählten Gutachter einigen. Das sollte zu Nachweiszwecken schriftlich festgehalten werden. Ohne Einigung zwischen den Parteien darf ein Gutachter keine (einseitige) Fertigstellungsbescheinigung für eine Partei erteilen. Ob der Gutachter kompetent ist oder von fachlicher Ahnungslosigkeit geschlagen ist, spielt bei einer Einigung keine Rolle. Anders indes bei der Beantragung zur Bestimmung eines Sachverständigen durch die zuständige Industrie- und Handelskammer, die Handwerkskammer oder

die Ingenieur- und Architektenkammer. Der Sachverständige muß öffentlich bestellt und vereidigt sein. Der angerufenen Kammer kann eine Auswahlhaftung drohen, wenn der Sachverständige nachweislich ungeeignet ist und Fehler bei der Begutachtung macht.

Die eigene Auswahl eines Sachverständigen aus dem gut bekannten Kollegenkreis kann sich der Auftragnehmer abschminken, das haben Verbraucherschützer – nicht ganz zu Unrecht – zu verhindern gewußt. Die angerufene Kammer bestimmt den Sachverständigen unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien. Wie die Kammer das tun soll, wird das Geheimnis des Gesetzgebers bleiben. Die Tatsache, das die Kammer den Sachverständigen zu bestimmen hat, sagt noch nichts darüber aus, in welcher Zeitspanne dies zu erfolgen hat und was passiert, wenn der Besteller den bestimmten Sachverständigen ablehnt.

Den Auftrag erhält der Gutachter schließlich vom Auftragnehmer. Abgesehen von Planungsleistungen nach HOAI, ist die Höhe der Vergütung frei aushandelbar, allerdings zunächst vom Auftragnehmer zu zahlen. Das hat zur Folge, daß sich der begrenzte Kreis der Sachverständigen aufgrund vermehrter Nachfrage von den „Hungersätzen“ des Zeugen- und Sachverständigen-Entschädigungsgesetzes (ZSEG) verabschieden wird. Für den Handwerker, der um seine Vergütung kämpft, ist dieser Umstand hoffentlich nur zeitweise schmerzlich, weil er die Kosten einer Fertigstellungsbescheinigung an den Auftraggeber weiterberechnen kann, wenn sich dieser – wegen zu Unrecht erfolgter Abnahmeverweigerung – in Schuldnerverzug (§ 286 BGB) befindet und noch liquide ist.

Fazit

Die ausschließlich auf BGB-Verträge anwendbare Regelung über die Fertigstellungsbescheinigung zwingt den Unternehmer zunächst zu Vertragsklarheit. Ein Grund zum Zurücklehnen bei der Verfolgung von Zahlungsansprüchen oder ein Allheilmittel zur Bekämpfung schlechter Zahlungsmoral können in dem Rechtsinstitut Fertigstellungsbescheinigung nicht entdeckt werden. Der Unternehmer ist auch nach den Neuregelungen des Werkvertragsrechts im BGB gehalten, die Abnahmeproblematik streng im Auge zu behalten.

Fertigstellungsbescheinigung gem. § 641 a BGB

In dem Bauvorhaben: _____ (genaue Anschrift, Bezeichnung)

ist das Werk: _____ (genaue Bezeichnung oder Eingrenzung)

von: _____ (Auftragnehmer)

für: _____ (Auftraggeber)

errichtet worden.

1. Der Auftrag zur Ausstellung einer Fertigstellungsbescheinigung wurde von:

- dem Auftragnehmer
- beiden Vertragsparteien

erteilt.

2. Aufgrund des Auftrages habe ich o.g. Werk besichtigt und untersucht. Als Unterlagen wurden mir ausgehändigt:

- Der Vertrag vom _____
- Die Leistungsbeschreibung vom _____
- Das Angebot vom _____
- _____
- _____

3. Eine Ortsbesichtigung hat am _____ stattgefunden.

Die Einladung zur Ortsbesichtigung ist am _____ an die Parteien versandt worden.

An der Ortsbesichtigung haben folgende Personen teilgenommen:

4. Das Werk entspricht den Vorgaben im Vertrag

Die vom Auftraggeber vorgetragene(n) Mängel sind nicht begründet, weil: (kurze Begründung)

- _____
- _____

5. Das Werk entspricht nicht den Vorgaben im Vertrag

Die vom Auftraggeber behaupteten Mängel sind gegeben, weil: (kurze Begründung)

- _____
- _____

6. Aufmaß und Stundenlohnabrechnung sind nicht zu beanstanden.

7. Aufmaß und Stundenlohnabrechnungen sind zu beanstanden, weil: (kurze Begründung)

- _____
- _____

8. Die Fertigstellungsbescheinigung

wird erteilt

wird nicht erteilt

9. Der Auftraggeber erhält eine Abschrift dieser Bescheinigung.

Ort, Datum

Unterschrift

Stempel

Muster einer Fertigstellungsbescheinigung gemäß § 641 a BGB

Das Novum der Fertigstellungsbescheinigung ist eher eine Notlösung, die Rechtswirkungen einer Abnahme ersatzweise zu erreichen. Zu einem verlässlichen juristischen Mittel muß sich die Fertigstellungsbescheinigung im Baurecht erst noch ent-

wickeln. Bis dahin werden all jene die „Entwicklungskosten“ zu zahlen haben, die sich von der Fertigstellungsbescheinigung zu viel erhoffen.