

## **Gesetzentwurf**

### **der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

#### **Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen**

##### **A. Problem**

Geldforderungen werden in zunehmendem Maße zögerlich beglichen. Diese Entwicklung führt bei den betroffenen Unternehmen zu Liquiditätsschwierigkeiten, zur Beeinträchtigung ihrer Rentabilität und zu einer Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit. In vielen Fällen werden lebensfähige Unternehmen insolvent, weil sie unberechtigte Außenstände nicht über lange Zeit hinweg vorfinanzieren können.

##### **B. Lösung**

Es sollen deshalb Maßnahmen ergriffen werden, die die Verzögerung von Zahlungen wirtschaftlich unattraktiv machen und die Möglichkeiten, fällige Ansprüche zügig gerichtlich geltend zu machen, verbessern. Dazu sollen insbesondere der gesetzliche Verzugszinssatz deutlich angehoben und eine Gutachterbescheinigung eingeführt werden, durch die die Vergütung von Werkleistungen schnell und sicher fällig gestellt werden kann. Sie wird auch eine belastbare Grundlage für die Finanzierung bestrittener Werklohnforderungen geben.

##### **C. Alternativen**

Keine

##### **D. Kosten**

Keine. Es ist im Gegenteil zu erwarten, daß die beabsichtigten Maßnahmen zu einer gewissen Entlastung der Gerichte und damit tendenziell zu einer Einsparung von Haushaltsmitteln führen werden.

##### **E. Sonstige Kosten**

Auswirkungen auf die Verbraucherpreise ergeben sich nicht. Die Maßnahmen zielen darauf ab, daß fällige Ansprüche schneller und zügiger durchgesetzt werden können. Dies erspart den betroffenen Unternehmen Kosten und trägt auch dazu bei, Insolvenzen zu vermeiden und Arbeitsplätze zu sichern.

## Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2 veröffentlichten, bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 288 Abs. 1 Satz 1 wird wie folgt gefaßt:

„Eine Geldschuld ist während des Verzugs für das Jahr mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242) zu verzinsen.“

2. Nach § 632 wird folgender § 632a eingefügt:

#### „§ 632a

Der Unternehmer kann von dem Besteller für in sich abgeschlossene Teile des Werks auf Grund von Teilrechnungen Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsmäßigen Leistungen verlangen. Dies gilt auch für Stoffe oder Bauteile, die eigens angefertigt oder angeliefert sind, wenn Sicherheit geleistet wird.“

3. Dem § 640 Abs. 1 werden folgende Sätze angefügt:

„Wegen geringfügiger Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das abnahmefähige Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt.“

4. § 641 wird wie folgt geändert:

- a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Kann der Besteller die Beseitigung von Mängeln verlangen, so kann er die Zahlung der Vergütung in Höhe mindestens des Dreifachen der für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten verweigern.“

- b) Nach Absatz 2 werden folgende Absätze angefügt:

„(3) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig, soweit der Besteller von dem Dritten für dieses Werk eine Vergütung erhalten hat.

(4) Die Vergütung wird bei einem schriftlichen Vertrag auch fällig, soweit dem Unternehmer eine Fertigstellungsbescheinigung nach § 641a erteilt wird. Werden im Verfahren nach § 641a Mängel festgestellt, kann der Unternehmer sich von dem Gutachter bescheinigen lassen, wie hoch der Aufwand zur Mängelbeseitigung ist. Die Vergütung wird fällig, wenn der Unternehmer für das Dreifache der aus dieser Bescheinigung ersichtlichen Mängelbeseitigungskosten Sicherheit leistet.“

5. Nach § 641 wird folgender § 641a eingefügt:

#### „§ 641a

„(1) Die Fertigstellungsbescheinigung wird dem Unternehmer von einem öffentlich bestellten und vereidigten Gutachter erteilt, wenn das versprochene Werk oder ein in sich abgeschlossener Teil davon hergestellt und

1. nicht mit Mängeln behaftet ist, die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind,
2. nicht mit den vom Besteller behaupteten Mängeln behaftet ist und
3. ein nach dem Vertrag für die Berechnung der Vergütung erforderliches Aufmaß zutrifft.

Auf Antrag des Unternehmers bestimmt eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer oder eine vergleichbare andere öffentlich-rechtliche Körperschaft einen Sachverständigen, der eine unparteiische und unabhängige Erledigung des betroffenen Einzelfalls erwarten läßt.

(2) Der Gutachter wird vom Unternehmer beauftragt. Er ist diesem und dem Besteller des zu begutachtenden Werks gegenüber verpflichtet, die Bescheinigung unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen und den aus einer Verletzung dieser Pflicht entstehenden Schaden zu ersetzen. Der Gutachter soll mindestens einen Besichtigungstermin abhalten, zu dem er auch den Besteller mindestens zwei Wochen vorher einladen soll.

(3) Der Besteller ist verpflichtet, eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben durch den Gutachter zu gestatten. Verweigert er die Untersuchung ohne hinreichenden Grund, wird vermutet, daß das zu untersuchende Werk oder der zu untersuchende Teil des Werks vertragsgemäß hergestellt worden ist; die Bescheinigung nach Absatz 1 ist zu erteilen.“

6. § 648a wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

- aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Vorleistungen“ die Wörter „einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen“ eingefügt.

- bb) Satz 2 wird wie folgt gefaßt:

„Sicherheit kann bis zur Höhe des vorausgerichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit zehn vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen.“

- b) Absatz 5 wird folgender Satz angefügt:

„Es wird vermutet, daß der Schaden fünf vom Hundert der Vergütung beträgt.“

**Artikel 2**

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Bonn, den 23. Juni 1999

**Dr. Peter Struck und Fraktion**  
**Kerstin Müller (Köln), Rezzo Schlauch und Fraktion**

## Begründung

### Allgemeine Begründung

1. Die Zeiträume, innerhalb derer fällige Forderungen beglichen werden, werden immer länger. Das führt vor allem kleine und mittlere Betriebe immer öfter in Bedrängnis, da sie die größer werdenden Außenstände immer schwerer finanziell überbrücken können. Besondere Probleme ergeben sich dabei in der Bauwirtschaft. Hier werden fällige Zahlungen oft unter Berufung auf angebliche Mängel zurückgehalten, die dann in einer umfangreichen Beweisaufnahme aufgeklärt werden müssen. Das verzögert den Zahlungseingang deutlich stärker als das in anderen Branchen der Fall ist.
2. Eine vom Bundesministerium der Justiz durchgeführte Praxisanhörung hat ergeben, daß die wesentlichen Maßnahmen, die die Fraktion der CDU/CSU in ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Forderungen der Bauhandwerker (Bauvertragsgesetz – BauVertrG) in Drucksache 14/673 vorschlägt, zur schnelleren Begleichung und Durchsetzung von Forderungen allerdings kaum nennenswert beitragen können:

#### Wiederbelebung des Gesetzes zur Sicherung von Bauforderungen

Mit dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU wird vorgeschlagen, das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren. Dieses Gesetz wird weitgehend nicht beachtet und hat bisher nur eine gewisse Bedeutung erlangt, um im Einzelfall eine Durchgriffshaftung auf Organe einer Besteller-AG oder -GmbH zu eröffnen. Dieses Gesetz führt nicht zu einer beschleunigten Zahlung, da das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen lediglich dazu verpflichtet, eingehende Baugelder und ihre Verwendung in Baubüchern festzuhalten. Es besagt aber nichts darüber, ob und aus welchen Gründen Baugelder zurückgehalten werden können. Das ist aber das eigentliche Problem des „Justizkredits“, womit das planmäßige Hinauszögern von Zahlungen apostrophiert wird. Eine Wiederbelebung des Gesetzes zur Sicherung von Bauforderungen würde den Bauhandwerkern auch nicht ohne weiteres deutlich machen, ob der Bauträger, mit dem sie einen Vertrag schließen wollen, für einen zügigen Mittelabschluß sorgt oder nicht. Denn das würde voraussetzen, daß die Baubücher jedermann zur Einsicht offenstehen und damit auch jedermann deutlich wird, wie der einzelne Bau finanziert wird und welche Gewinnspannen und Preise bei den am Bau Beteiligten vereinbart werden.

### Richterliche Vorabverfügung

Die Einführung einer richterlichen Vorabverfügung wird den von ihr angestrebten Zweck nicht erzielen. Nach dem Vorschlag soll der Richter die Möglichkeit haben, schon vor Durchführung einer Beweisaufnahme Teile der eingeklagten Werklohnforderungen zuzusprechen. Dieses Instrument würde zu einer beschleunigten Zahlung nur dann beitragen können, wenn die Gerichte von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Das ist zweifelhaft. Die Vorabverfügung ist nicht gesondert anfechtbar. Kriterien dafür, wann sie erlassen werden soll, enthält der Vorschlag nicht. Es ist deshalb zu erwarten, daß die Gerichte von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen, um sich nicht dem Vorwurf der Willkür auszusetzen und die Führung des eigentlichen Bauprozesses zu erschweren.

3. Eine beschleunigte Erfüllung von Zahlungsforderungen ist nur durch folgendes Maßnahmenbündel zu erreichen:
  - a) Im Gesetz sollte deutlich werden, daß der Zahlungsverzug für den Schuldner einschneidende Folgen hat. Deshalb sollte der reguläre Verzugszins von 4 auf mindestens 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz angehoben werden.
  - b) Der Besteller von Werkleistungen sollte verpflichtet werden, für abgeschlossene Teile seiner Leistung und insbesondere für das vom Unternehmer beschaffte teure Material Abschlagszahlungen bzw. Vorschüsse zu zahlen.
  - c) Die Abnahme erbrachter Werkleistungen sollte der Besteller nicht mehr verweigern können, wenn nur noch geringfügige oder die Gebrauchstauglichkeit nicht beeinträchtigende Mängel vorliegen.
  - d) Dem Unternehmer sollte die Möglichkeit eröffnet werden, die Vergütung für erbrachte mangelfreie Werkleistungen auch ohne eine Abnahmeprozedur fällig zu stellen. Die Vergütung für Werkleistungen sollte auch fällig werden, wenn der Unternehmer einen schriftlichen Vertrag vorlegt und eine unabhängige Stelle bescheinigt, daß er die versprochene Werkleistung oder in sich abgeschlossene Teile hiervon mangelfrei erbracht oder nach ihrer Überprüfung etwa vorhandene Mängel beseitigt hat.
  - e) Bei der Bauhandwerkerversicherungsbürgschaft (§ 648a BGB) sollte für den Fall des Rücktritts wegen Verweigerung der Bürgschaft eine Schadensersatzpauschale von 5 % der Auftragssumme vorgesehen werden.

## Begründung der einzelnen Vorschriften

### Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

#### Zu Nummer 1 (Neufassung von § 288 Abs. 1 Satz 1)

Nach § 288 Abs. 1 Satz 1 erhält der Gläubiger beim Verzug des Schuldners mit der Erfüllung einer Geldforderung ohne nähere Darlegung 4 % Zinsen per annum. Dieser Zinssatz entspricht dem gesetzlichen Zinssatz des § 246, der immer zu zahlen ist, wenn das Gesetz eine Zinspflicht vorsieht. Die Kosten des Gläubigers beim Verzug des Schuldners mit einer Geldforderung liegen aber heutzutage deutlich über diesem Betrag.

Nach § 288 Abs. 2 i.V.m. § 286 Abs. 1 ist die Geltendmachung eines solchen weitergehenden Zinsschadens nicht ausgeschlossen. Der Gläubiger muß diesen Zinsschaden aber darlegen und – im Bestreitensfall – auch beweisen. Ein solcher Nachweis läßt sich in aller Regel mit einer Bescheinigung der Hausbank des Gläubigers führen. Die Regelung zwingt den Gläubiger allerdings dazu, seine finanziellen Verhältnisse zumindest teilweise offenzulegen. Viele Unternehmen scheuen das, weil sie um ihren Ruf fürchten.

Die geltende Regelung hat die ihr zugedachte bewußtseinsprägende Wirkung im Laufe der Jahre verloren. Mit § 288 Abs. 1 sollte der Schuldner zur beschleunigten Begleichung fälliger Geldforderungen bewegt werden. Bei Schaffung des BGB war es auch ein gewisses Drohpotential, wenn der Schuldner im Verzugsfall nicht nur den tatsächlichen entstehenden Schaden, sondern unabhängig hiervon auf jeden Fall den gesetzlichen Zinssatz zu zahlen hatte, auch wenn der Gläubiger seiner Geldforderung tatsächlich gar keinen Zinsschaden hatte. Diese Wirkung hat sich im Laufe der Jahre verflüchtigt. Es gibt heute kaum noch einen Gläubiger, der beim Verzug des Schuldners mit der Bezahlung einer Geldforderung keinen Schaden erleidet. Der Schaden des Gläubigers im Verzugsfall liegt auch in der Regel deutlich über 4 %. Die Vorschrift gewährt dem Gläubiger auch einen Anspruch auf Ersatz dieses weitergehenden Schadens. Das hat sich aber im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung nicht durchgesetzt, weil die Vorschrift ausdrücklich nur den niedrigen Pauschalzins erwähnt, die Pflicht zum Ersatz weitergehenden Schadens aber durch eine dem Laien nicht offenbar werdende Verweisung auf § 286 Abs. 1 erreicht. Vielen Rechtsunterworfenen ist deshalb heute gar nicht mehr bewußt, daß man im Verzug auch einen weitergehenden Schaden zu ersetzen haben kann. So wirkt die Vorschrift heute vielfach als eine Einladung, statt des teuren Bankkredits lieber den billigeren „Gläubigerkredit“ in Anspruch zu nehmen.

Dem soll durch eine deutliche Anhebung des gesetzlichen Zinssatzes entgegengewirkt werden. Die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts hatte 1991 vorgeschlagen, nicht nur den Verzugszins, sondern generell den gesetzlichen Zins auf 2% über dem damals noch geltenden Diskontsatz (heute: Basiszinssatz), mindestens aber 6 % festzusetzen. Rechtstechnisch sollte dies durch eine Änderung des § 246, nicht jedoch durch eine Änderung des § 288 Abs. 1 geschehen. Dies ist sowohl vom Betrag

als auch von der Konstruktion her nicht geeignet, das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung zu ändern. Der gesetzliche Zinssatz ist der Zinssatz, der immer zu zahlen ist, wenn das Gesetz überhaupt eine Zinspflicht vorsieht. Eine solche Regelung ist schon im Ansatz nicht geeignet, dem Schuldner deutlich zu machen, daß der Verzug mit einer Geldforderung einschneidende Folgen hat. Hinzu kommt, daß der Betrag von 2 % über dem Basiszinssatz, mindestens aber 6 % in aller Regel hinter dem tatsächlichen Verzugschaden zurückbleibt und deshalb ebenfalls nicht geeignet ist, die ihm zugedachte verzugsvermeidende Wirkung zu erzeugen. Der Entwurf orientiert sich deshalb stärker an der Regelung des § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B, der schon heute einen variablen Verzugszinssatz vorsieht, der über dem gesetzlichen Verzugszinssatz liegt. Er beträgt dort einen Prozentpunkt über dem Lombardsatz, der mit der Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung vom 18. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3819) durch den Spitzenrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank ersetzt worden ist. Dieser beträgt derzeit 3,5 %. Bei der Bemessung des hier anzusetzenden Zinssatzes sollte auch der Stand der Beratungen über den Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr nicht unberücksichtigt bleiben. Die Kommission hat in ihrem ursprünglichen Vorschlag einen Zinssatz von 8 % über der Einlagefazilität der Europäischen Zentralbank vorgeschlagen, was derzeit etwa 10 % entspricht. Nach gegenwärtigem Stand spricht viel dafür, daß sich der Ministerrat auf einen Zinssatz von 6 % über dem Refinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank für 2 Wochen mit festgesetztem Zinssatz entscheidet, was etwa 9 % entspricht. Dabei soll dessen Stand am 2. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres maßgeblich sein. Dieser Zinssatz deutet die Richtung an. Er steht aber noch nicht fest. Deshalb erscheint es zweckmäßig, einen in dieser Größenordnung liegenden variablen Zinssatz zu wählen, der schon in der Praxis erprobt ist. Das ist der Verzugszinssatz nach § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes: 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Dieser Zinssatz beruht auf den sehr günstigen Refinanzierungsbedingungen der Kreditwirtschaft und läßt erwarten, daß er sich dauerhaft mit dem tatsächlich entstandenen Verzugszinsschaden deckt. Kein Schuldner würde deshalb gezwungen, höhere Zinsen zu zahlen als er nach derzeitiger Rechtslage schuldet. Ziel der Regelung ist vielmehr eine Vereinfachung der Zinsermittlung und eine Verdeutlichung der Verzugsfolgen.

#### Zu Nummer 2 (Einfügung von § 632a neu)

#### Vorbemerkung

Nach § 631 ist der Unternehmer des BGB-Werkvertrages in vollem Umfang vorleistungspflichtig. Dies ändert sich gewöhnlich nur, wenn die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B, (VOB/B) vereinbart wird, nach deren § 16 Nr. 1 der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen verlangen kann. Die uneingeschränkte Vorleistungspflicht des Unternehmers ist unter den heutigen finanziellen Rahmenbedingungen nicht mehr zumutbar. Werkleistungen werden in großem Umfang von kleinen und mittleren Betrieben durchgeführt, die nicht in der Lage sind, teure Materialien und

abgeschlossene Teile des Werkes über längere Zeit hinweg vorzufinanzieren. Deshalb soll die Abschlagszahlungsregelung in § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B in das gesetzliche Leitbild des BGB-Werkvertrages übernommen werden.

#### Zu § 632a Abs. 1

Mit Absatz 1 führt der Entwurf die Regelung des § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 VOB/B mit leichten Einschränkungen in das gesetzliche Leitbild des BGB-Werkvertrages ein. Nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B kann der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen unter Einschluß der Umsatzsteuer verlangen. Der Nachweis ist nach Absatz 1 Satz 2 durch eine prüfbare Aufstellung zu führen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistung erlaubt.

Abschlagszahlungen sind danach für in sich abgeschlossene Teile des Werkes möglich. Denkbar ist eine Abschlagszahlung aber auch für Leistungen, die nicht zu einem in sich abgeschlossenen Werk oder Teil desselben geführt haben. Voraussetzung hierfür ist, daß sie nach dem Vertrag gesondert zu vergüten sind und einen eigenständigen nachprüfaren Wert haben. Als Beispiel lassen sich aufwendigere Bodenuntersuchungen nennen, die im Zusammenhang mit der Herstellung des Kellers eines größeren Bauwerkes durchzuführen sind.

Diese Regelung soll mit einer an die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs angepaßten redaktionellen Fassung übernommen werden. Hierbei wird ein gesetzlicher Anspruch auf Abschlagszahlungen aber nur für in sich abgeschlossene Teile des Werks begründet. Dies deckt sich mit anderer Formulierung weitgehend mit den praktischen Ergebnissen des § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B. Allerdings läßt letzterer auch andere Fälle eines Anspruchs auf Abschlagszahlungen zu. Der Grund für die Einschränkung des neuen § 632a liegt darin, daß die Vorschrift hier nicht nur für Bauleistungen, sondern – wie das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst – generell für alle Werkverträge gelten soll. Generell läßt sich die Regelung aber nur rechtfertigen, wenn es sich um abgeschlossene Teilleistungen handelt. In anderen Fällen ist die Werthaltigkeit der Leistung für den Besteller nicht gesichert.

Abschlagszahlungen können nur für eine vertragsmäßige, d. h. eine mängelfreie Leistung gefordert werden. Vertragsmäßig ist die Leistung auch nur, wenn der Unternehmer bereit und in der Lage ist, die von ihm versprochenen Leistungen auch zu Ende zu führen. Es wäre also nicht möglich, daß der Unternehmer etwa für die Einrichtung der Baustelle eine Abschlagszahlung verlangt und dann keinerlei Leistungen mehr durchführt.

Als einen besonderen Fall von Abschlagszahlungen hebt Satz 2 die Lieferung von Bauteilen und Stoffen hervor. Die Vorschrift ist § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/B nachgebildet, soll aber auch in anderen Bereichen gelten. Sie soll sicherstellen, daß der Unternehmer Abschlagszahlungen auf jeden Fall für eigens hergestellte Bauteile und gelieferte Stoffe und Bauteile erhält. Der erste Fall ist das eigens für die geforderte Leistung hergestellte Bauteil. Zu denken ist hier etwa an ein nach den Entwür-

fen des Bestellers hergestelltes Tor oder Geländer, das der Unternehmer auch einzubauen hat. Auch andere Bauteile, wie z. B. eine besonders gestaltete Schaltanlage oder ähnliches, kommen in Betracht. Abschlagszahlungen können auch für Bauteile verlangt werden, die nicht eigens für die Leistung an den Besteller hergestellt worden sind. Hier ist etwa zu denken an die Beschaffung von Marmorplatten für einen zu verlegenden Marmorfußboden, Dachziegel für ein Dach oder auch ein teurer Stoff für ein Kleid. Hier soll der Unternehmer vom Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Stoffes oder Bauteilwertes verlangen können. Voraussetzung hierfür ist nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, daß er dem Besteller entweder das Eigentum oder eine Sicherheit für das Eigentum an den Bauteilen oder Stoffen verschafft. Diese Bedingung erscheint für die Übernahme der Vorschrift in das Leitbild des Werkvertrags im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausreichend. Zu bedenken ist, daß das Material beim Einbau beschädigt oder zerstört werden könnte. Deshalb sieht Satz 2 vor, daß die Abschlagszahlung für Material nur verlangt werden kann, wenn in Höhe der Abschlagszahlung Sicherheit dafür geleistet wird, daß das Material beim Einbau nicht beschädigt oder zerstört wird. Es handelt sich praktisch um eine Gewährleistungsbürgschaft. Die Regelung gilt nicht nur für Bauverträge, sondern auch für andere Werkverträge.

#### Zu Nummer 3 (Änderung von § 640 Abs. 1)

Nach § 640 Abs. 1 ist der Besteller verpflichtet, das vom Unternehmer hergestellte Werk abzunehmen. Die Abnahmeverpflichtung ist eine Hauptleistungspflicht, die zusammen mit dem Anspruch auf Vergütung geltend gemacht werden kann. Voraussetzung für die Abnahme ist die Abnahmefähigkeit des Werks. In der Praxis wird die Abnahmefähigkeit regelmäßig der Mängelfreiheit gleichgesetzt, was aber nicht zutrifft. Abnahmefähig ist ein Werk schon dann, wenn es kleinere Mängel aufweist. Diese Mängel müssen zwar im Rahmen der Nacherfüllung beseitigt werden. Sie berechtigen den Besteller aber nicht dazu, den gesamten Werklohn zurückzuhalten. Zurückgehalten werden können nur die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Teile des Werklohns nebst einem Druckzuschlag, der unterschiedlich bemessen ist.

Der Werkunternehmer ist nach geltendem Werkvertragsrecht des BGB-Werkvertrages in einer sehr schwachen Position, weil er das Werk vollständig herstellen und der Besteller vor vollständiger Herstellung die Vergütung nicht zu zahlen hat. Die Rechtsstellung des Unternehmers soll verbessert werden, um auch eine beschleunigtere Zahlung der tatsächlich verdienten Vergütung zu erreichen. Dazu sollen mit dem neuen § 632a ein Anspruch auf Abschlagszahlungen eingeführt und mit der hier in Rede stehenden Änderung des § 640 klargestellt werden, daß die Abnahme des Werks nur wegen mehr als geringfügiger Mängel versagt werden kann.

Nach dem neu anzufügenden Satz 3 steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller die Abnahme nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist vornimmt. Diese neue Regelung zieht die Konsequenzen aus der Unklarheit der geltenden Rechtslage.

Gegenwärtig ist aus dem Gesetz nicht ablesbar, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Besteller das (abnahmefähige) Werk nicht abnimmt, und wie sich der Unternehmer in diesem Fall zu verhalten hat. Einigkeit besteht darüber, daß die Abnahme eine Hauptpflicht des Bestellers ist. Streit besteht unter den Gerichten aber schon darüber, ob eine Werklohnklage nur schlüssig ist, wenn die Abnahme ausdrücklich behauptet wird. Das hat erhebliche Bedeutung für das Versäumnisverfahren (§ 331 Abs. 1 und 2 ZPO). Fehlt die Abnahme, so besteht insbesondere unter den Instanzgerichten Uneinigkeit darüber, ob eine Werklohnklage mangels Abnahme abgewiesen werden muß, ob Tatsachenvortrag des Unternehmers zur Mängelfreiheit die Werklohnklage schlüssig macht oder ob gar in jeder Werklohnklage die stillschweigende Behauptung liegt, die Abnahme werde zu Unrecht verweigert. Mehrheitlich wird die Klage auf Vergütung bei fehlender Abnahme als schlüssig angesehen, wenn der Unternehmer zum einen vorträgt, daß das Werk fertiggestellt, also in der Hauptsache mangelfrei hergestellt worden, und zum anderen eine von ihm gesetzte angemessene Frist zur Abnahme verstrichen sei. Daraus folgt, daß der Werkunternehmer zur Schlüssigkeit seiner Werklohnklage entweder vortragen muß, daß sein abnahmebedürftiges Werk vom Besteller abgenommen sei oder daß die beiden Voraussetzungen der mangelfreien Fertigstellung sowie des Ablaufs der Abnahmefrist vorlägen. Dies soll, um Klarheit zu schaffen, im Gesetz ausdrücklich geregelt werden. Die Regelung entspricht dem Vorschlag der Schuldrechtsreformkommission, die allerdings noch weitergehen und die Abnahme als Regelvoraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung abschaffen will. Dieser Schritt erscheint hier (noch) nicht angezeit.

#### **Zu Nummer 4** (Änderung von § 641)

##### **Zu Buchstabe a** (Änderung von Absatz 1)

Nach ständiger Rechtsprechung darf der Besteller, der Mängelbeseitigung verlangen kann, die Zahlung der Vergütung nicht nur in Höhe des Betrages verweigern, der den erforderlichen Kosten der Mängelbeseitigung entspricht. Die Rechtsprechung billigt dem Besteller vielmehr einen sog. Druckzuschlag zu. Dessen Höhe wird im allgemeinen mit dem Doppelten bis Dreifachen der Kosten angesetzt. Es gibt aber auch Entscheidungen, die zu anderen Beträgen kommen. An dem Druckzuschlag sollen die Änderungen bei der Abnahme nichts ändern. Um dies zu verdeutlichen, soll der Druckzuschlag im Gesetz ausdrücklich erwähnt werden. Hierbei soll aber auch eine Vereinheitlichung seiner Bemessung vorgenommen werden. Die Höhe des Druckzuschlags orientiert sich an der herrschenden Rechtsprechung, die bisher in aller Regel das Zwei- bis Dreifache der Mängelbeseitigungskosten als erforderlich, aber auch ausreichend ansieht, um auf den Unternehmer Druck auszuüben. Hier soll als Minimum das Dreifache angesetzt werden. Dieses kann besonders bei Forderungen über einen geringen Betrag nicht ausreichend sein. Deshalb läßt die Vorschrift zu, daß ein höherer Druckzuschlag angesetzt wird. Die Vorschrift schließt nicht aus, daß der Druckzuschlag auch bei größeren Forderungen über dem Dreifachen angesetzt wird.

#### **Zu Buchstabe b** (Anfügung der Absätze 3 und 4)

##### **Vorbemerkung**

Nach § 641 ist die Vergütung des Unternehmers im BGB-Werkvertrag erst fällig, wenn das Werk abgenommen ist. Denn der Unternehmer hat zwar nach § 640 einen Anspruch gegen den Besteller auf Abnahme. Er ist auch berechtigt, die Klage auf Vergütung mit der Klage auf Abnahme zu verbinden. Diese Konstruktion hat für den Unternehmer aber zwei gravierende Nachteile, die sich gerade für kleine und mittlere Unternehmen im Bereich des Handwerks oft als unüberwindbar erweisen:

- Zum einen muß der Unternehmer nicht nur seine eigene Leistung, sondern auch die für die Herstellung des Werkes erforderlichen Materialien und Stoffe selbst beschaffen und vorfinanzieren.
- Zum anderen erhält der Unternehmer seine Vergütung nur, wenn er dem Besteller jeden behaupteten Mangel seines Werkes widerlegt.

Der ersten Schwierigkeit soll durch die Einführung einer Abschlagszahlungsregelung mit dem neuen § 632a entgegengewirkt werden. Sie führt dazu, daß der Unternehmer zumindest die Materialien und Stoffe nicht mehr vorfinanzieren muß, sondern hierfür schon während der Ausführung des Werkes Abschlagszahlungen erhält. Der zweiten Schwierigkeit soll mit der Ergänzung des § 641 um die Absätze 3 und 4 entgegengewirkt werden.

##### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 regelt den besonderen Fall, daß der Besteller das vom Unternehmer hergestellte Werk seinerseits einem Dritten versprochen hat und vom Unternehmer herstellen läßt. Solche Situationen treten typischerweise beim Bauträger- oder Generalübernehmervertrag auf. Der Bauträger ist gegenüber dem Unternehmer, der das Werk letztlich herstellt, Besteller, gegenüber dem Erwerber, dem er es versprochen hat, aber Unternehmer. Beim Bauträgervertrag ist durch § 3 der Makler- und Bauträgerverordnung gesetzlich vorgeschrieben, daß der Erwerber nur nach Baufortschritt zu zahlen hat. Entsprechendes ist beim Generalübernehmervertrag zwar nicht gesetzlich vorgeschrieben, aber üblich. In der Praxis ist immer wieder zu beobachten, daß der Bauträger/Generalübernehmer nach Herstellung der einzelnen Gewerke die Raten vom Erwerber einfordert und auch erhält, aber nicht an die Handwerker weiterleitet, die das Werk eigentlich hergestellt haben. Ihnen gegenüber werden Mängel geltend gemacht. Ein solches Verhalten ist widersprüchlich, weil der Bauträger die Mängel, die er seinen Handwerkern entgegenhält, auch sich selbst entgegenhalten müßte und von dem Erwerber keine Raten einfordern dürfte. Deshalb bestimmt Absatz 3, daß mit Eingang der für das jeweilige Gewerk anfallenden Raten auch die Vergütung der Handwerker fällig wird, die die Werkleistung eigentlich erbracht haben.

##### **Zu Absatz 4**

Nach § 641 Abs. 1 wird der Werklohn erst mit der Abnahme fällig. Die Abnahme wird vom Besteller aber oft wegen tatsächlich vorhandener oder vorgegeblicher Män-

gel verweigert. Der Unternehmer kann in einem solchen Fall die Klage auf Vergütung mit der Klage auf Abnahme verbinden. Im praktischen Ergebnis hilft ihm diese prozessuale Möglichkeit aber nicht weiter. Der Unternehmer erhält nämlich in diesem Fall seine Vergütung erst dann, wenn er im gerichtlichen Verfahren sämtliche Mängelinwände des Bestellers widerlegt hat. Das ist regelmäßig nur durch Einholung eines oder mehrerer Sachverständigengutachten und nach längerer Prozeßdauer möglich. Das ist für kleine und mittlere Unternehmen jedenfalls nicht mehr darzustellen, wenn die streitig gestellten Forderungen einen namhaften Betrag erreichen. Erschwerend kommt hinzu, daß der Werkunternehmer bei verweigerter Abnahme keine Möglichkeit hat, eine vorläufige Titulierung zu erreichen. Das Zivilprozeßrecht stellt hierfür vor allem den Urkundenprozeß und das Vorbehaltsurteil zur Verfügung, die er nicht nutzen kann. Eine Geltendmachung der Ansprüche im Urkundenverfahren scheidet auch dann aus, wenn der Werkvertrag schriftlich abgeschlossen worden ist. Denn Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns ist bei verweigerter Abnahme die Begründetheit des Abnahmeanspruchs, die aber nach geltendem Recht nicht durch eine Urkunde dargelegt, sondern nur durch ein Sachverständigengutachten bewiesen werden kann, was im Urkundenprozeß nicht zulässig ist. Auch ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO scheidet aus, weil die Begründetheit des Abnahmeanspruchs Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns ist und deshalb nicht vorbehalten werden kann.

Für den Unternehmer wäre es aber praktisch wichtig, wenn er die Möglichkeit hätte, seinen Vergütungsanspruch einer schnellen vorläufigen Titulierung zuzuführen. Denn mit einer solchen schnellen vorläufigen Titulierung verlöre der Besteller den Anreiz, den Bauprozeß durch mutwillige Mängelinreden in die Länge zu ziehen. Er würde sich dann auf die berechtigten Einwände beschränken. Eine solche vorläufige Titulierung soll in dem Entwurf der Fraktion der CDU/CSU für ein Bauvertragsgesetz (Drucksache 14/673) durch eine richterliche Vorabverfügung erreicht werden. Danach soll der Richter die Möglichkeit haben, schon vor Durchführung einer Beweisaufnahme nach Art eines Vorbehaltsurteils über den Vergütungsanspruch zu entscheiden und dem Besteller gewissermaßen die Geltendmachung von Einwänden vorzubehalten. Diese Konstruktion ist prozessual nicht einfach zu bewältigen, weil die Geltendmachung von Mängelinreden den Grund des Vergütungsanspruchs berühren und sich von den üblichen vorbehaltbaren Fragen deutlich unterscheidet. Das Hauptproblem dieser Regelung besteht darin, daß der Richter ohne Durchführung einer Beweisaufnahme nicht feststellen kann, ob die vom Besteller geltend gemachten Mängelinwände berechtigt sind oder nicht. Es muß deshalb ein Weg gefunden werden, der dem Unternehmer die schnelle vorläufige Titulierung seines Anspruchs erlaubt, gleichzeitig aber eine Grundlage für die Beurteilung von evtl. Mängeln bildet. Das soll mit Absatz 4 und dem neuen § 641a erreicht werden.

Absatz 4 bestimmt, daß bei schriftlich abgeschlossenen Werkverträgen die Fälligkeit der Vergütung auch dann eintreten soll, wenn dem Unternehmer eine Fertigstel-

lungsbescheinigung nach § 641a erteilt wird (Satz 1). Allerdings ist es möglich, daß der Gutachter im Verfahren nach § 641a zum Ergebnis kommt, daß der Unternehmer seine Leistung tatsächlich nicht mängelfrei erbracht hat. Er hat aber nicht zu prüfen, ob die vorhandenen Mängel geringfügig sind und eine Abnahme erlauben oder ob sie von Gewicht sind und eine Abnahme nicht erlauben. Er hat festzustellen, ob überhaupt Mängel vorhanden sind. Die neue Vorschrift erlaubt dem Unternehmer ein alternatives Vorgehen: Er kann alle Mängel beseitigen und sich von dem Gutachter eine Fertigstellungsbescheinigung erteilen lassen. Er kann die Beseitigung von Mängeln aber auch zurückstellen und sich von dem Gutachter bescheinigen lassen, wie hoch der Aufwand zur Mängelbeseitigung ist. Dann wird die Vergütung fällig, wenn der Unternehmer für das Dreifache der Mängelbeseitigungskosten Sicherheit leistet. Die fällig werdende Vergütung bestimmt sich nach dem Umfang des Werkes, das der Gutachter in Augenschein nehmen soll. Ist die Werkleistung vollständig erbracht und soll ihre vertragsgemäße Herstellung insgesamt bescheinigt werden, dann wird im Fall der Verweigerung einer Besichtigung der gesamte Werklohn fällig. Sind dagegen nur Teile eines Werkes in Augenschein zu nehmen, wird auch nur die hierauf entfallende Vergütung fällig.

**Zu Nummer 5** (Einfügung von § 641a neu)

#### **Vorbemerkung**

§ 641a regelt die Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung. Sie ist prozessual eine Urkunde, bei deren Vorliegen die Vergütung des Unternehmers fällig wird. Diese Urkunde eröffnet zusammen mit dem schriftlichen Vertrag, auf den § 641 Abs. 4 Satz 1 abstellt, den Weg in den Urkundenprozeß. Im Urkundenprozeß kann der Besteller nur urkundliche und solche Einwendungen geltend machen, die sich mit einer Parteivernehmung des Unternehmers beweisen lassen (§ 595 Abs. 2 ZPO). Er wird dazu regelmäßig nicht in der Lage sein; ihm wird deshalb nach § 599 Abs. 1 ZPO die Ausführung seiner Rechte (im Nachverfahren) vorzubehalten sein. Dieser Vorbehalt führt aber nach § 708 Nr. 4 ZPO nicht dazu, daß die Vollstreckung – wie bei anderen Urteilen – nur gegen Sicherheitsleistung stattfinden könnte. Die Vollstreckung aus dem Urkundenvorbehaltsurteil ist vielmehr ohne Sicherheitsleistung möglich. Der Besteller kann die Vollstreckung aber nach § 711 ZPO abwenden, indem er seinerseits Sicherheit leistet, sofern nicht der Unternehmer zuvor Sicherheit geleistet hat. Diese Regelung zwingt den Besteller dazu, sich reiflich zu überlegen, welche Einwendung er im Nachverfahren geltend machen will. Gerade das wiederum ist das einzige wirksame Mittel zu verhindern, daß mutwillige Einwendungen vorgetragen und dann mühsam und zeitaufwendig, letztlich aber doch überflüssigerweise aufgeklärt werden müssen. Ein in dieser Weise schneidiges Verfahren kann man dem Unternehmer aber nur eröffnen, wenn sein Anspruch zuvor ernsthaft und effektiv auf seine wirkliche Berechtigung überprüft wird. Denn nicht jeder Unternehmer arbeitet mängelfrei, und nicht jeder Einwand des Bestellers ist von vornherein nur eine

Schutzbehauptung. Und diesem Zweck dient die Fertigstellungsbescheinigung, die deshalb inhaltlich auch die Prüfungstiefe eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens hat und haben soll, ohne aber formal ein solches Gutachten zu sein.

Über diese prozessualen Möglichkeiten hinaus bietet die Fertigstellungsbescheinigung dem Unternehmer noch weitere Vorteile. Das entscheidende Problem besteht bisher darin, daß der Unternehmer keine greifbaren und belastbaren Anhaltspunkte dafür hat, in welchem Umfang seine Forderung voraussichtlich begründet ist oder nicht. Das macht sein Risiko schwer kalkulierbar und eröffnet dem Besteller auch die Möglichkeit, durch Geltendmachung unter Umständen auch unbegründeter Mängel den Prozeß in die Länge zu ziehen. Auch die Aufnahme von Krediten auf die Forderung oder der Verkauf der Forderungen im Factoring scheidet heute vorwiegend deshalb aus, weil das Mängelrisiko nicht zu kalkulieren ist. Das wird mit der hier vorgesehenen Fertigstellungsbescheinigung grundlegend anders. Diese Bescheinigung wird zwar aufgrund eines Vertrages erteilt, den der Unternehmer mit dem Gutachter abschließt. Es handelt sich aber nicht um das bisher übliche Parteigutachten. Dieses hat bisher die beiden Grundschwächen, daß der mögliche Vertragsinhalt von einer Seite vorgegeben und der Gutachter nur der ihn beauftragenden Seite des Vertrages zur Wahrheit verpflichtet ist.

#### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 Satz 1 beschreibt die sachlichen Voraussetzungen der Fertigstellungsbescheinigung. Das ist zunächst die Herstellung des Werks oder in sich abgeschlossener Teile desselben. Herstellung meint hier die Vollendung, also die Erbringung der versprochenen Leistungen ohne Rücksicht darauf, ob sie mit Mängeln behaftet sind oder nicht. Es dürfen dazu allenfalls unbedeutende Restarbeiten fehlen.

Ferner darf das Werk nicht mit den unter Satz 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Fehlern behaftet sein. Es ist erwogen worden, den Gutachter das Werk schlechthin auf Fehler untersuchen zu lassen. Dies würde aber dazu führen, daß u. U. aufwendige Untersuchungen wegen möglicher Mängel durchzuführen wären, die am Ende keiner geltend macht. Deshalb sollen zum einen die Mängel überprüft werden, die der Besteller selbst rügt. Da der Besteller in der Regel nicht sachkundig ist und der Wert der Fertigstellungsbescheinigung in ihrer Objektivität besteht, soll es dabei sein Bewenden nicht haben. Der Gutachter soll vielmehr auch die Mängel prüfen, die für ihn als Sachverständigen bei einer Besichtigung feststellbar sind. Im Ergebnis kann der Besteller sicher sein, daß alle bei Besichtigung feststellbaren Mängel auch überprüft worden sind, unabhängig davon, ob sie ihm als Laien aufgefallen sind oder nicht.

Die Fertigstellungsbescheinigung wird dem Unternehmer erteilt, der den Gutachter nach Absatz 2 Satz 1 zu beauftragen und damit auch zu bezahlen hat. Das heißt aber nicht, daß der Gutachter nur dem Unternehmer

verpflichtet wäre. Nach Absatz 1 Satz 1 muß der Gutachter öffentlich bestellt und vereidigt sein.

Nach Absatz 1 Satz 2 kann der Unternehmer sich den Gutachter auch nicht frei auswählen. Das Benennungsrecht liegt danach ausschließlich bei einer Industrie- und Handelskammer, einer Handwerkskammer oder einer vergleichbaren öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Vergleichbar sind öffentlich-rechtliche Körperschaften, wenn sie aus eigener Kenntnis in der Lage sind, Gutachter zu benennen. Dies würde etwa für Ingenieur- oder Architektenkammern, aber z. B. für Rechtsanwaltskammern nur zutreffen, wenn es zufällig um die Bewertung einer juristischen Werkleistung gehen würde. Diese Fremdbestimmung des Gutachters ist für einen Gutachtervertrag etwas ungewöhnlich. Sie ist aber nötig, um die Interessen des Bestellers zu wahren. Dieser soll sicher sein können, daß die Fertigstellungsbescheinigung mit ihren einschneidenden Wirkungen nur von einem wirklich unabhängigen Gutachter erteilt wird, der auch seine Interessen im Blick hat und berücksichtigt. Deshalb soll seine Auswahl auf fachlich einschlägige öffentlich-rechtliche und damit an Gesetz und Recht gebundene Stellen verlagert und dort monopolisiert werden. Um die nötige Flexibilität zu erreichen, wird aber für jeden Ort jede Stelle dieser Art zugelassen, ohne Rücksicht darauf, wie sonst die Zuständigkeitsabgrenzungen bestehen. Der Unternehmer kann auch selbst entscheiden, an welche Stelle er sich wendet. In der Regel wird sich die Eingrenzung aus der Sache von selbst ergeben. Die Kammer muß einen Gutachter auswählen, der eine gegenüber dem Unternehmer und gegenüber dem Besteller unparteiische und unabhängige Erledigung des betroffenen Einzelfalls gewährleistet.

Nicht immer genügen die Prüfung von Fehlern und die Bescheinigung ihres Nichtvorhandensein zur Titulierung der Vergütung im Urkundsverfahren. Ist etwa ein Einheitspreisvertrag abgeschlossen worden, muß der Unternehmer ein Aufmaß vorlegen, das zur schlüssigen Darlegung seines Anspruchs gehört. Auch insoweit sollte eine Vorprüfung stattfinden, weil sich hier erhebliche Fehlbetragsrisiken allein durch Aufmaßfehler ergeben können. Deshalb sieht Satz 1 Nr. 3 vor, daß auch die Richtigkeit des Aufmaßes zu bescheinigen ist, wenn ein solches Aufmaß nach dem Vertrag erforderlich ist.

#### **Zu Absatz 2**

Nach Absatz 2 Satz 1 wird der Gutachter vom Unternehmer beauftragt und bezahlt. Der Besteller kann allerdings zur Übernahme der Kosten verpflichtet sein. Das ist der Fall, wenn er sich mit der Zahlung des Werklohns und/oder der Abnahme in Schuldnerverzug befindet und Mängel geltend gemacht hat. Unabhängig hiervon ist der Gutachter trotz seiner Beauftragung durch den Unternehmer nach Absatz 2 Satz 2 nicht an Weisungen des Unternehmers zur Prüfung des Werks gebunden. Er ist vielmehr unabhängig und dem Besteller genauso zu Schadensersatz verpflichtet wie dem Unternehmer, wenn er sein Gutachten nicht nach den Regeln der gutachterlichen Kunst ausrichtet. Tut er das aber, haftet er beiden gegenüber nicht, unabhängig davon, zu welchem Ergebnis er gelangt. Der Grund für diese Regelung liegt

im folgendem: Der Gutachter wird zwar wie bei einem herkömmlichen Parteigutachten nur von einer Seite beauftragt. Er hat aber anders als bisher Schutzpflichten gegenüber dem anderen Teil. Die Fertigstellungsbescheinigung führt zur vorzeitigen Fälligkeit der Vergütung des Unternehmers und damit zu einem Nachteil gegenüber dem Besteller. Aus dem Vertrag über die Erstellung der Fertigstellungsbescheinigung erwächst dem Gutachter deshalb zwangsläufig eine Schutzpflicht gegenüber dem Besteller. Ihr Inhalt besteht darin, die Bescheinigung nur dann zu erteilen, wenn sie sachlich berechtigt ist. Der Gutachter wird die Bescheinigung also nur dann erteilen, wenn seine Feststellungen auch aus der Sicht beider Parteien „belastbar“ sind. Damit aber ist diese Fertigstellungsbescheinigung eine verlässliche Grundlage für die Beurteilung der Werthaltigkeit der Forderung bzw. der Werthaltigkeit der geltend gemachten Mängel. Auf ihrer Grundlage läßt sich das Prozeßrisiko für beide Parteien gut kalkulieren. Der Unternehmer wird nur die Vergütung einklagen, die er mit der Bescheinigung auch tatsächlich belegen kann. Der Besteller wird sich auf die Mängel konzentrieren, über die ernsthaft gestritten werden muß. Die Fertigstellungsbescheinigung kann aber auch als Grundlage für eine Kreditierung der Forderung oder für ein Factoring dienen, weil sie die innere Werthaltigkeit eines Sachverständigengutachtens hat.

Nach Absatz 2 Satz 3 hat der Gutachter das Werk zu besichtigen, was ohnehin Voraussetzung für eine Aussage über Mängel ist. Dazu muß er aber auch den Besteller einladen, und zwar 2 Wochen vorher, damit sich dieser darauf einstellen und vorbereiten kann. Die Einladung an den Besteller und die Möglichkeit zur Teilnahme an dem Besichtigungstermin sollen auch sicherstellen, daß der Besteller seine Mängelinwendungen vorbringen kann mit der Folge, daß sie von dem Gutachter zu prüfen sind (Absatz 1 Satz 1 Nr. 2). Wegen der großen Bedeutung der Bescheinigung wird der Gutachter grundsätzlich auf Terminwünsche des Bestellers, z. B. auf seine Ferienabwesenheit, einzugehen haben. Andererseits gelten insoweit die Grenzen von Treu und Glauben. Der Besichtigungstermin kann nicht ständig verschoben werden.

### **Zu Absatz 3**

Der Gutachter wird die Bescheinigung nur ausstellen können, wenn er zuvor Gelegenheit hatte, das Werk in Augenschein zu nehmen. Das bereitet keine Schwierigkeiten, wenn sich das Werk noch beim Unternehmer befindet. Dieser Fall wird aber eher die Ausnahme sein. Nach § 631 Abs. 1 ist der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller die Übertragung des Eigentums an dem Werk anzubieten. Vielfach wird die Werkleistung auch auf dem Grundstück oder an einem Gebäude des Bestellers durchzuführen sein. In aller Regel wird sich das Werk deshalb im Zeitpunkt der anstehenden Begutachtung im Besitze des Bestellers befinden. Der Unternehmer kann das Instrument der Fertigstellungsbescheinigung aber nur nutzen, wenn der Gutachter freien Zugang zu dem Werk hat. Deshalb sieht Absatz 3 Satz 1 vor, daß der

Besteller kraft Gesetzes verpflichtet ist, die Besichtigung des Werks zu dulden. Diesen Duldungsanspruch könnte der Unternehmer im Verweigerungsfall eigenständig durchsetzen. Das würde allerdings die Geltendmachung seines Vergütungsanspruchs nicht beschleunigen, sondern tendenziell erschweren. Deshalb bestimmt Absatz 3 Satz 2, daß in diesem Fall die mangelfreie Herstellung vermutet wird. Die Fertigstellungsbescheinigung kann der Gutachter dann ohne die Gefahr einer Haftung erteilen (Absatz 2 Satz 2).

**Zu Nummer 6** (Änderung von § 648a)

**Zu Buchstabe a** (Änderung von Absatz 1)

**Zu Doppelbuchstabe aa** (Änderung von Satz 1)

Mit der Ergänzung von Absatz 1 Satz 1 soll die Verpflichtung des Bestellers, dem Unternehmer eine Sicherheit zu leisten, auch auf Nebenforderungen wie z. B. Zinsen ausgedehnt werden. Denn auch insoweit ergibt sich ein Sicherheitsbedürfnis.

**Zu Doppelbuchstabe bb** (Neufassung von Satz 2)

Soll die Sicherheit auch Nebenforderungen umfassen, stellt sich die Frage ihrer Bemessung. Um hier nicht unnötig Streit aufkommen zu lassen, bestimmt Satz 2, daß die dafür anzusetzenden Kosten 10 % der zu sichernden Vergütung beträgt. Das bedeutet allerdings nicht, daß der Unternehmer nach Herstellung des Werks ohne weitere Darlegung auch 10 % zusätzlich beanspruchen kann. Seinen Anspruch muß er dann nach den allgemeinen Vorschriften darlegen und beweisen. Es geht hier nur um die Berechnung der Sicherheitsleistung.

**Zu Buchstabe b – Änderung von Absatz 5**

§ 648a bestimmt, daß der Unternehmer vom Besteller zu seiner Absicherung gegen dessen Konkurs die Stellung einer Bürgschaft beanspruchen kann. Lehnt der Besteller die Stellung der Bürgschaft ab, so darf der Unternehmer den Vertrag kündigen und Schadensersatz verlangen. Die Darlegung dieses Schadensersatzes ist schwierig und mit großen Unsicherheiten behaftet, weshalb die Unternehmer von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch machen. Die Aussicht, Schadensersatz leisten zu müssen, ist aber oft das einzige Mittel, mit dem Besteller dazu bewegt werden können, dem Unternehmer die ihm gesetzlich zustehende Bürgschaft zu verschaffen. Diese Aussicht besteht in der Praxis derzeit nicht, weil der Unternehmer regelmäßig seinen Schaden nicht darlegen kann. Es soll deshalb eine Pauschale eingeführt werden, die dem Unternehmer die Darlegung seines Schadens erlaubt. Sie erscheint mit 5 % der Auftragssumme angemessen bewertet.

**Zu Artikel 2** (Inkrafttreten)

Das Gesetz soll am Tage nach seiner Verkündung in Kraft treten.

