

# **Merkblatt für Sachverständige, die eine Fertigstellungsbescheinigung nach dem "Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen" ausstellen.**

## **1. Fertigstellungsbescheinigung - eine neue Aufgabe für Sachverständige**

Das "Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen" vom 30.03.2000 (BGBl. I, S. 330) tritt zum 01.05.2000 in Kraft. Es sieht in einem neuen § 641 a BGB vor, dass die Abnahme eines Werkes (z.B. eines Bauwerks) dadurch ersetzt werden kann, dass ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger dem Unternehmer bescheinigt, dass das Werk hergestellt und frei von Mängeln ist. Der Sachverständige muss von einer Kammer bestimmt werden. Er kann aber auch dadurch beauftragt werden, dass sich Unternehmer und Besteller auf einen bestimmten Sachverständigen einigen. Diese von ihm zu erteilende Bescheinigung wird Fertigstellungsbescheinigung genannt. Die neue gesetzliche Aufgabe dürfte insbesondere den Bausachverständigen bekannt sein, die bisher schon im Auftrag des Bestellers bei der Abnahme seines neu gebauten Hauses Beratungs- und Begutachtungsaufgaben durchgeführt haben. Hier wird der Sachverständige jedoch im Auftrag des Unternehmers tätig, der durch die Einschaltung des Sachverständigen zu einer schnellen Abnahme und damit zu einer unverzüglichen Zahlung seiner Vergütung kommen möchte. Dies bedeutet aber nicht, dass der Sachverständige den Wünschen und Weisungen des ihn beauftragenden Unternehmers Folge leisten muss, sondern dass er in besonderer Weise objektiv und neutral den Bescheinigungsauftrag zu erledigen hat. Deshalb fordert § 641a Abs. 2, dass der Sachverständige dem Unternehmer und dem Besteller gegenüber in gleicher Weise verpflichtet ist, die Fertigstellungsbescheinigung unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen. Öffentlich bestellte Sachverständige müssen ohnehin die Vorschriften der Sachverständigenordnung beachten und auch gegenüber ihren Auftraggebern unparteiisch und weisungsfrei arbeiten.

Mit dem neuen Gesetz wird einer seit langem von der Bauwirtschaft erhobenen Forderung entsprochen. Die Sachverständigen sollten daher zur Übernahme der neuen Aufgabe bereit sein, damit der Gesetzeszweck, nämlich eine schnelle Bezahlung fälliger Forderungen zu erreichen, erfüllt werden kann. Das Haftungsrisiko ist ähnlich groß oder klein wie bei gutachterlicher Tätigkeit im Rahmen der Bauüberwachung und Abnahmeberatung. Da jeder Sachverständige über eine angemessene Berufshaftpflichtversicherung verfügen sollte, sollte die "Haftungsangst" nicht überhandnehmen. Das neue Gesetz beschränkt die Tätigkeit des Sachverständigen nicht auf den Baubereich, sondern erstreckt sie auf alle Objekte, auf die das Werkvertragsrecht des BGB Anwendung findet.

## **2. Welcher Problemstellung sieht sich der Sachverständige gegenüber?**

Die Aufgabenstellung des Sachverständigen wird in § 641 a BGB detailliert vorgegeben. Sie gleicht der bisher schon von vielen Sachverständigen begleitenden Gutachtentätigkeit bei der Abnahme eines Werkes, wenn er vom Besteller gebeten wird, bei der Abnahme dabei zu sein und auf Mängel aufmerksam zu machen. Auch bei der in § 641 a BGB vorgegebenen Aufgabenstellung muss der Sachverständige - allerdings im Auftrag des Unternehmers, nicht des Bestellers - feststellen, ob das Werk oder Teile des Werks frei von Mängeln hergestellt ist. Dabei muss sich der Sachverständige auf die Feststellung solcher Mängel beschränken, die der Besteller

ihm gegenüber behauptet hat oder die für den Sachverständigen bei der Besichtigung feststellbar waren. Über diese Feststellungen hat der Sachverständige dem Unternehmer anschließend eine Bescheinigung zu erteilen. In dieser sog. Fertigstellungsbescheinigung hat der Sachverständige gem. § 641 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB festzustellen, ob das Werk hergestellt und frei von Mängeln ist.

Er muss sich weiter zum Aufmaß und zur Stundenlohnabrechnung äußern, weil deren Richtigkeit vermutet wird, wenn der Sachverständige dies in der Bescheinigung bestätigt. Die Fertigstellungsbescheinigung soll nach der Gesetzesbegründung (BT.Drs. 14/1246 S. 9, linke Spalte) die Prüfungstiefe eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens haben, ohne formal ein solches Gutachten zu sein.

Der Gutachter soll die Bescheinigung erteilen, wenn das Werk vertragsgemäß ist. Probleme können sich hierbei in den Fällen ergeben, in denen der Umfang der vertraglichen Vereinbarung für den Gutachter nicht klar erkennbar ist. Deshalb muss der Unternehmer dafür sorgen, dass im Vertrag klare Abreden getroffen werden, was auch für spätere Vertragsergänzungen oder Vertragsänderungen gelten muss. Grundsatz bleibt jedoch, dass der Sachverständige in erster Linie die Eigenschaften des Werks zu prüfen hat, die sich aus schriftlichen Vereinbarungen der Vertragsparteien ergeben. Diese Vereinbarungen werden normalerweise eine Beschreibung des herzustellenden Werkes enthalten, die einen Vergleich der Ist-Beschaffenheit mit der Soll-Beschaffenheit des Werkes und damit eine Überprüfung seiner Mängelfreiheit erlauben. Es kommt allerdings immer wieder vor, dass die Vertragsparteien das Gewollte nur grob umreißen und nicht detailliert beschreiben. Hier kann dann mit einem Rückgriff auf die einschlägigen technischen Normen geholfen werden. Deshalb sieht § 641a Abs. 3 Satz 3 vor, dass der Sachverständige in solchen Fällen auf die einschlägigen technischen Normen zurückgreifen soll.

### 3. Wer benennt und wer beauftragt den Sachverständigen?

Der Sachverständige wird gem. § 641 a Abs. 2 BGB vom Unternehmer beauftragt. Er ist sowohl dem Unternehmer als auch dem Besteller gegenüber verpflichtet, die Bescheinigung unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen.

Für die Einschaltung des Sachverständigen bietet das Gesetz zwei Möglichkeiten an:

- ❖ Unternehmer und Besteller einigen sich auf einen bestimmten Sachverständigen. Dieser muss nicht unbedingt öffentlich bestellt und vereidigt sein.

oder

- Auf Antrag des Unternehmers wird der Sachverständige durch eine Handwerkskammer, Industrie- und Handelskammer, Architektenkammer oder Ingenieurkammer bestimmt. Dieser Sachverständige muß **öffentlich bestellt und vereidigt** sein, und zwar für den Sachbereich, der begutachtet werden soll.

In beiden Fallgruppen muss der anschließende Auftrag an den Sachverständigen durch den Unternehmer, nicht durch den Besteller erfolgen.

Verfügt der einzelne Sachverständige nicht über die erforderliche fachliche Kompetenz für das gesamte Werk, müssen mehrere Sachverständige eingeschaltet werden. Jeder muss dann für das einzelne Gewerk eine Bescheinigung ausstellen. Das steht zwar nicht im Gesetz, ergibt sich aber aus der Logik des mit dem Gesetz verfolgten Zieles, durch die Bescheinigung eine Abnahme zu ersetzen.

#### **4. Muß mit dem Sachverständigen ein Vertrag geschlossen werden?**

In § 641 a Abs. 2 zweiter Satz BGB wird bestimmt, dass der Sachverständige vom Unternehmer beauftragt wird. Das bedeutet, dass er mit dem Sachverständigen einen Vertrag schließen muss. Der Vertrag ist wie jeder "normale" Sachverständigenvertrag ein Werkvertrag. Er hat zum Inhalt, dass der Sachverständige das in Frage stehende Werk besichtigt, untersucht und anschließend anstelle eines Gutachtens eine Bescheinigung erteilt. Darin hat er festzustellen, dass das Werk frei von Mängeln ist, die vom Besteller behauptet wurden oder aufgrund der Besichtigung festgestellt werden konnten. Wenn keine Mängelfreiheit festgestellt werden kann, muss der Gutachter dokumentieren, welche Mängel er festgestellt hat.

In einem solchen Vertrag sollten zumindest folgende Punkte geregelt werden:

- das zu begutachtende Werk
- Aufgabenstellung: Feststellung, ob das versprochene Werk fertiggestellt und frei von Mängeln ist, die der Besteller behauptet hat oder die für den Sachverständigen bei der Besichtigung feststellbar sind. Bei Feststellung von Mängeln muss der Gutachter sich dahin äußern, ob diese wesentlich oder unwesentlich sind.
- Vorlage des zugrundeliegenden Vertrags zwischen Unternehmer und Besteller
- die vom Besteller behaupteten Mängel, soweit sie vom Unternehmer dem Sachverständigen mitgeteilt werden können
- die Frist, innerhalb der die Besichtigung durchgeführt und die Bescheinigung erteilt sein muss
- Beschränkung der Nutzung der Bescheinigung nur auf das Verhältnis Unternehmer - Besteller
- Pflichtenkatalog, sofern der Sachverständige nicht öffentlich bestellt ist (Der Pflichtenkatalog der öffentlich bestellten Sachverständigen findet sich in der jeweiligen Sachverständigenordnung der Bestellungskörperschaft)
- Umfang und Höhe der Vergütung, eventuell eine Vorleistungspflicht oder Abschlagszahlung

Der Sachverständige ist nicht zum Vertragsschluß verpflichtet. Ist der Unternehmer als Auftraggeber beispielsweise nicht bereit, die Vertragsbedingungen des Sachverständigen, insbesondere seine Vergütungsforderung, zu akzeptieren, kann der Sachverständige den Auftrag zurückweisen. Als öffentlich bestellter Sachverständiger sollte er jedoch nach Möglichkeit bereit sein, für den Unternehmer

und - indirekt - für den Besteller tätig zu werden. Ohne sachlich gerechtfertigte Gründe darf ein öffentlich bestellter Sachverständiger einen an ihn ergangenen Auftrag nicht ablehnen.

## **5. Welche Pflichten hat der Sachverständige?**

Zwei wesentliche Pflichten werden in § 641 a Abs. 2 BGB ausdrücklich genannt: Unparteilichkeit und Gewissenhaftigkeit. Er muss die Bescheinigung unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erteilen. Diese beiden Pflichten bestehen sowohl gegenüber dem Unternehmer als auch gegenüber dem Besteller. War der Sachverständige also bereits im Vorfeld der Werkerstellung für eine der beiden Vertragsparteien tätig, scheidet er als Sachverständiger aus. Gleiches gilt, wenn er für eine der beiden Vertragsparteien bereits früher des öfteren tätig war. Dagegen bestehen keine Bedenken, wenn der Sachverständige für denselben Unternehmer des öfteren Fertigstellungsbescheinigungen erstellt hat, weil er ja in jedem Einzelfall Unternehmer und Besteller gegenüber in gleicher Weise zur Unparteilichkeit verpflichtet ist und für fehlerhafte Bescheinigungen auch dem Besteller gegenüber haftet.

Ist der beauftragte Sachverständige öffentlich bestellt, hat er zusätzlich alle Pflichten, die in der Sachverständigenordnung (Satzung) der zuständigen Bestellungskörperschaft normiert sind. Es sind dies insbesondere die Pflichten zur Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Gewissenhaftigkeit, Weisungsfreiheit, persönlichen Leistungserbringung und die Schweigepflicht.

Der Sachverständige sollte besonders berücksichtigen, dass er zwar vom Unternehmer beauftragt wird, dass er damit aber nicht zum Interessenvertreter des Unternehmers wird, auch wenn ihn dieser am Ende bezahlen muß. Er muss ein absolut neutrales Verhalten an den Tag legen und sollte sich als eine Art "Schiedsgutachter" betrachten, der für beide Vertragspartner des Ausgangsvertrages, Unternehmer und Besteller, bindend eine neutrale und objektive Feststellung in Form einer Bescheinigung trifft. Das ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass das Gesetz ihn verpflichtet, auch die vom Besteller vorgebrachten Mängelbehauptungen zu prüfen; nach Abschluß der Besichtigung darf er diese aber nicht mehr berücksichtigen. Daher muss er beiden Parteien gegenüber erklären, wann die Besichtigung abgeschlossen ist. Die übrigen Pflichten des Sachverständigen werden in den Absätzen 3 und 4 von § 641 a ausdrücklich formuliert und sind unter Punkt 7 des Merkblattes erläutert. Wird das Verfahren nach den Absätzen 2 - 4 nicht eingehalten, kann die Fertigstellungsbescheinigung die Abnahme nicht ersetzen. Sie ist dann wirkungslos, der Sachverständige hat dann keinen Anspruch auf Vergütung und sieht sich evtl. Haftungsansprüchen gegenüber.

## **6. Wie muß der Auftrag durchgeführt werden?**

Auch hierfür finden sich in § 641 a BGB eindeutige Vorgaben:

- Der Sachverständige muss mindestens einen Besichtigungstermin abhalten.
- Dazu muss er den Unternehmer und vor allem auch den Besteller mindestens zwei Wochen vorher einladen (zu empfehlen: eingeschriebener Brief gegen Rückschein). Dabei kommt es nicht auf den Abgang des Schreibens, sondern auf

den Zugang beim Adressaten an. Der Termin sollte mit dem Besteller vorher abgesprochen werden, weil er verpflichtet ist, die Untersuchung zu ermöglichen und ihm daher kein Termin "zur Unzeit" zugemutet werden darf. Dabei sollte der Besteller darauf hingewiesen werden, dass bei einer Verweigerung der Untersuchung die Rechtsfolgen des § 641 a Abs. 4 Satz 2 eintreten. Danach wird vermutet, dass das Werk vertragsmäßig hergestellt wurde und es wird bestimmt, dass auch dann die Fertigstellungsbescheinigung erteilt werden muss. Schließlich soll der Besteller um Mitteilung gebeten werden, welche Mängel er geltend macht und dass solche Mängel nicht mehr berücksichtigt werden können, die nach der Besichtigung vorgebracht werden.

- Vom Unternehmer muss er sich vorher den schriftlichen Vertrag mit dessen Besteller übergeben lassen, weil er anhand dieses Vertrages feststellen muss, ob das Werk frei von Mängeln ist. Änderungen dieses Vertrages über die Anforderungen an das Werk sind dabei nur dann zu berücksichtigen, wenn sie schriftlich vereinbart sind oder von den Vertragsparteien übereinstimmend gegenüber dem Sachverständigen vorgebracht werden.
- Wenn der Vertrag die für eine fachgemäße Beurteilung erforderlichen Angaben nicht enthält, sind die allgemein anerkannten Regeln der Technik zugrunde zu legen.
- Vom Besteller geltend gemachte Mängel bleiben bei der Erteilung der Bescheinigung unberücksichtigt, wenn sie nach Abschluß der Besichtigung vorgebracht werden.
- Der Besteller ist verpflichtet, die Untersuchung des Werkes durch den Sachverständigen zu gestatten. Der Sachverständige kann den Zugang zum zu untersuchenden Objekt aber nicht erzwingen. Verweigert der Besteller diesen Zugang, wird vermutet, dass das Werk vertragsgemäß hergestellt ist. Der Sachverständige muss dann die Bescheinigung in diesem Sinne - ohne Besichtigung - erteilen. Den Umstand der Verweigerung muss der Sachverständige in diesem Fall in der Bescheinigung vermerken.
- Im Übrigen beschränkt sich die Untersuchungspflicht des Sachverständigen auf folgende zwei Sachverhalte:
  - Mängel, die der Besteller gegenüber dem Unternehmer oder dem Sachverständigen behauptet hat
  - Mängel, die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind.
- Bei einer Besichtigung feststellbar bedeutet nicht, dass der Sachverständige beispielsweise Materialprüfungen, Öffnung von Bauteilen oder andere Aktivitäten vornehmen muss, um die Feststellbarkeit zu ermöglichen. Es geht vielmehr ausschließlich um sichtbare Mängel; dies gilt auch für die Mängel, die der Besteller behauptet hat.

## **7. Wie beendet der Sachverständige den Auftrag?**

Nach der Durchführung der Objektbesichtigung hat der Sachverständige kein Gutachten zu erstellen, sondern eine sog. **Fertigstellungsbescheinigung** auszustellen. Darin muss er zum Ausdruck bringen, dass das vom Unternehmer dem Besteller vertraglich zugesagte Werk hergestellt und frei von sichtbaren Mängeln ist. Ein Muster für eine solche Bescheinigung findet sich in der Anlage zu diesem Merkblatt.

Kommt er jedoch zu dem Ergebnis, daß Mängel vorhanden sind, darf er keine Bescheinigung erteilen. Er muss dann diese Mängel schriftlich vermerken und sie einzeln unter kurzer Beschreibung dokumentieren. Dabei hat er die Mängel zusätzlich zu qualifizieren (wesentlich oder unwesentlich), weil in § 640 Abs. 1 (neue Fassung) ausgeführt wird, dass die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden kann. Ob ein Mangel wesentlich ist, hängt von seiner Art, seinem Umfang und vor allem seinen Auswirkungen ab. Dies läßt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beurteilen. Für die Wesentlichkeit eines Mangels kommt es entscheidend auf die Auswirkungen des Mangels im Hinblick auf die Gebrauchstauglichkeit des Werkes im Rahmen seiner Zweckbestimmung an.

Dem Besteller ist vom Sachverständigen - unaufgefordert - eine Abschrift der Bescheinigung zu erteilen. Die rechtlichen Wirkungen der Bescheinigung treten erst mit ihrem Zugang beim Besteller ein. Deshalb sollte der Sachverständige die Bescheinigung per Einschreiben mit Rückschein versenden und dem Unternehmer darüber Mitteilung machen.

Das Gesetz verlangt nicht, dass der Sachverständige in der Bescheinigung Ausführungen darüber macht, wie die Mängel zu beseitigen sind, welche Zeit dafür aufzuwenden ist und was das zusätzlich kostet. Solche gutachterlichen Leistungen müssen zusätzlich angefordert und auch bezahlt werden. Nur dann wird sich der Sachverständige auch dazu gutachterlich äußern. Dieser Gutachtauftrag hat nichts mit dem Verfahren zur Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung zu tun.

## **8. Wie wird der Sachverständige vergütet?**

Das Gesetz sieht hierzu keine Regelung vor. Insbesondere kommt hier nicht das Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (ZSEG) zur Anwendung. Vielmehr kann der Sachverständige Berechnungsmodus und Umfang seiner Vergütung bei Abschluß des Vertrages frei vereinbaren. Eine Vorgabe in staatlichen Gebührenordnungen wie z.B. der HOAI dürfte es nicht geben, weil diese Tätigkeit erst neu vom Gesetzgeber eingeführt wird.

Da der Sachverständige vom Unternehmer beauftragt wird, muss ihn dieser auch bezahlen. Der Besteller kann allerdings dem Unternehmer gegenüber zur Übernahme der Kosten verpflichtet sein, beispielsweise wenn er mit der Abnahme oder der Zahlung des Werklohnes im Schuldnerverzug ist.

Wird eine Vereinbarung über die Vergütung bei Abschluß des Vertrages nicht getroffen, gilt gem. § 632 BGB die übliche Vergütung als vereinbart.

Hält der Sachverständige das Verfahren nach § 641 a Abs. 2 — 4 nicht ein oder stellt er eine fehlerhafte Bescheinigung aus, hat er keinen Anspruch auf Vergütung.

## 9. Wie haftet der Sachverständige?

Der Sachverständige haftet für die Erteilung einer fehlerhaften Bescheinigung in gleicher Weise wie für die Erstattung eines fehlerhaften Gutachtens bei Privatauftrag. Bei Verschulden hat er dem Geschädigten - Unternehmer oder Besteller - den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. Auch wenn der Vertrag nur mit dem Unternehmer geschlossen wurde, so haftet er nach Vertragsgrundsätzen auch dem Besteller gegenüber (sog. Dritthaftung).

Fraglich ist, ob und inwieweit ein Sachverständiger diese Haftung vertraglich ausschließen kann. Für die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen der Handwerkskammer sehen die Bestimmungen der Sachverständigenordnung vor, dass der Sachverständige seine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht ausschließen oder der Höhe nach beschränken darf. Will der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige einen Haftungsausschluss als allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) in den Sachverständigenvertrag aufnehmen, kommt etwa folgende Klausel in Betracht:

„Der Sachverständige haftet für einen Schaden – gleich aus welchem Rechtsgrund – nur dann, wenn er oder seine Erfüllungsgehilfen den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben. Die Haftung des Sachverständigen und seiner Erfüllungsgehilfen wegen Verletzung einer für die Erreichung des Vertragszwecks wesentlichen Pflicht sowie bei Leistungsvollzug und Unmöglichkeit der Leistung wird im Falle einfacher Fahrlässigkeit auf einen Betrag von max. .... DM\* pro Schadensfall beschränkt. Die Rechte des Auftraggebers aus Gewährleistung und wegen Haftung für zugesicherte Eigenschaften werden dadurch nicht berührt“.

- Hier ist ein bestimmter Betrag einzusetzen. Diese summenmäßige Haftungsbegrenzung muss in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko stehen. Sie sollte der Deckungssumme der von dem Sachverständigen abgeschlossenen Haftpflichtversicherung entsprechen.

Zu beachten ist jedoch, dass eine gesicherte Rechtsprechung zum Haftungsausschluss von Sachverständigen nicht existiert. Von den Gerichten wird bei sonstigen Haftungsausschlüssen in jedem Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen, so dass auch die o. g. Haftungsbeschränkung im Einzelfall möglicherweise nicht halten kann. Dies gilt um so mehr, als schon erste Stimmen in der Literatur bei Ausstellung einer Fertigstellungsbescheinigung eine Beschränkung der Haftung des Sachverständigen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit für unzulässig halten.

## 10. Literatur

Merkblatt zur Durchführung einer Ortsbesichtigung

Institut für Sachverständigenwesen, Köln, 2. Aufl. 2000