

konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ausschließen. Eine entsprechende Klausel in den AGB des Bestellers verstößt allerdings nur dann nicht gegen § 307, wenn für die förmliche Abnahme eine angemessene Frist nach Fertigstellung vorgesehen ist.¹¹⁶ Ebenso ist eine Klausel in Subunternehmerverträgen, wonach die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst mit der Abnahme durch den Bauherrn beginnen soll, regelmäßig nach § 307 unwirksam, wenn hierdurch der Fristbeginn auf unbestimmte Zeit aufgeschoben wird.¹¹⁷

2. Abnahmefiktion. Hinsichtlich der Wirksamkeit von Bestimmungen in den AGB des Unternehmers, wonach die Abnahme des Bestellers unter bestimmten Voraussetzungen als erteilt gilt, ist zu unterscheiden. Soll durch die Klausel lediglich die „angemessene Frist“ i.S.d. Abs. 1 S. 3 festgelegt werden, ist diese unbedenklich zulässig, weil bei einer zu kurzen Frist ohnehin eine angemessene Frist gilt (vgl. Rn 29).¹¹⁸ Problematisch ist dagegen eine Klausel, die den Fristablauf einer ausdrücklich erklärten Abnahme gleichstellt, sodass die Abnahmewirkungen auch bei fehlender Abnahmereife eintreten und der Gewährleistungsausschluss gem. Abs. 2 eingreift.¹¹⁹ In jedem Falle unzulässig ist eine Klausel, wonach die Abnahmefiktion mit der Mitteilung der Fertigstellung des Werkes eintritt, sofern dem Besteller keine angemessene Frist zur Verwahrung gegen die Abnahme eingeräumt und der Besteller nicht besonders auf die Folgen seines Schweigens hingewiesen wird (§ 308 Nr. 5).¹²⁰ Ein Ausschluss der gesetzlichen Abnahmefiktion nach Fristsetzung gem. Abs. 1 S. 3 in den AGB des Bestellers dürfte ebenfalls unwirksam sein, da die Vorschrift zu dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrags gehört, ein Ausschluss daher mit wesentlichen Grundgedanken der Regelung unvereinbar wäre (§ 307 Abs. 2 Nr. 1).¹²¹

3. Gewährleistungsausschluss. Klauseln, welche die Schwelle des Gewährleistungsausschlusses nach Abs. 2 herabsetzen (z.B. Ausschluss der Gewährleistungsrechte auch bei fahrlässiger Unkenntnis des Bestellers unter gleichzeitiger Aufstellung von Untersuchungsbefugnissen), müssen die Grenzen des § 309 Nr. 8 Buchst. b ee beachten. Eine Ausdehnung des Ausschlusses auf den Anspruch auf Schadensersatz dürfte dagegen selbst in AGB zulässig sein.¹²² Unzulässig gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 sind Klauseln in den AGB des Bestellers, welche vorsehen, dass auch bei vorbehaltloser Abnahme in Kenntnis der Mängel die Gewährleistungsrechte in vollem Umfang bestehen bleiben, da diese den Besteller von dem Erfordernis des Vorbehaltes befreien sollen.¹²³

§ 641

Fälligkeit der Vergütung

(1) ¹Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. ²Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

(2) ¹Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig, wenn und soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat. ²Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes Sicherheit geleistet, gilt dies nur, wenn der Unternehmer dem Besteller Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

(3) ¹Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

(4) ¹Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

Literatur: *Biebelheimer*, Die Darlegungs- und Beweislast bei Anwendung des § 641 III BGB, NZBau 2004, 124; *Breyer/Bohn*, § 641 Abs. 2 BGB – Durchgriffsfälligkeit oder Durchgriffszahlungspflicht?, BauR 2004, 1066; *Grimme*, Rechnungserteilung und Fälligkeit der Werklohnforderung, NJW 1987, 468; *Kohler*, Zurückbehaltungsrecht bei mangelhafter Werkleistung, BauR 2003, 1804; *Peters*, Die Fälligkeit der Werklohnforderung, in: FS Korbion 1986, S. 337; *Siegburg*, Zur Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung beim Werklohnanspruch, ZfR 2000, 841, 941; *Siens*, Die Vorleistungspflicht des Bauunternehmers: ein Trugbild?, BauR 2004, 10.

116 BGHZ 107, 75 = NJW 1989, 1602; BGH NJW 1996, 1346.

117 BGHZ 107, 75, 78 f.; BGH NJW 1996, 2155, 2156; BGH BauR 2001, 621, 622.

118 Bamberger/Roth/Voit, § 640 Rn 32; *Basty*, DNotZ 2000, 260, 270.

119 Für die Wirksamkeit einer solchen Klausel *Staudinger/Peters*, § 640 Rn 50 f.; a.A. *Bamberger/Roth/Voit*, § 640 Rn 12.

120 BGH NJW 1988, 55, 57. Eine solche Klausel verstößt zugleich gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und ist daher auch im kaufmännischen Verkehr unwirksam.

121 *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 231.

122 *Bamberger/Roth/Voit*, § 640 Rn 41 (in den Grenzen des § 639); *Staudinger/Peters*, § 640 Rn 64.

123 *Bamberger/Roth/Voit*, § 640 Rn 39; a.A. *Staudinger/Peters*, § 640 Rn 64.

A. Allgemeines	1	b) Leistung des Dritten an den Besteller	22
B. Regelungsgehalt	6	c) Sonstige Fälligkeitvoraussetzungen	27
I. Abnahme als Fälligkeitvoraussetzung	6	d) Darlegungs- und Beweislast	28
1. Grundsätze	6	3. Fälligkeit bei Mängeln des Werkes des	
2. Rechtsfolgen fehlender Abnahme	9	Subunternehmers	29
II. Fälligkeit ohne Abnahme	11	IV. Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers bei	
1. Gesetzlich geregelte Fälle	11	Mängeln des Werkes	31
2. Unberechtigte Verweigerung der Abnahme	12	1. Allgemeines	31
3. Mitwirkungsverweigerung des Bestellers	14	2. Leistungsverweigerung vor Abnahme	32
4. Ausschluss der Erfüllung	16	3. Leistungsverweigerung nach Abnahme	34
III. Fälligkeit beim Subunternehmervertrag (Durch-		a) Rechtsgrundlage	34
griffsfälligkeit, Abs. 2)	19	b) Voraussetzungen	36
1. Normzweck	19	c) Umfang	38
2. Voraussetzungen	21	d) Wirkung	40
a) Werkvertrag als Vertrag auf Leistung an		V. Verzinsung	42
einen Dritten	21		

A. Allgemeines

- § 641 regelt die Fälligkeit des Werklohnes. Die Vorschrift ist Ausdruck des das gesamte Werkvertragsrecht prägenden Grundsatzes, dass der Unternehmer das Risiko dafür trägt, dass seine Leistungsanstrengungen nicht zu dem von ihm geschuldeten Erfolg führen. Dementsprechend macht Abs. 1 das Recht des Unternehmers, den vereinbarten Werklohn zu verlangen, davon abhängig, dass der Besteller das Werk abgenommen und damit dessen vertragsmäßige Herstellung bestätigt hat. Das Gesetz erlegt also dem Unternehmer eine **Vorleistungspflicht** auf und durchbricht damit in Bezug auf den Werklohnanspruch den Grundsatz der §§ 320, 322, dass die eigene Leistung nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung geschuldet ist (vgl. auch Rn 9).
- Abs. 2 und 3 sind durch das **Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen**¹ neu eingefügt worden. Der bisherige Abs. 2 wurde infolgedessen zum Abs. 4. Abs. 2 n.F. regelt den Sonderfall der Fälligkeit des Werklohnes im Subunternehmervertrag (sog. Durchgriffsfälligkeit). Die Regelung soll verhindern, dass der Bauträger/Hauptunternehmer Zahlungen des Dritten erhält und auf diese Weise von der Werkleistung des Subunternehmers profitiert und gleichzeitig in seiner Eigenschaft als Besteller im Verhältnis zum Subunternehmer Mängel geltend macht und die Abnahme und die Zahlung des Werklohnes verweigert. Der Gesetzgeber war der Ansicht, dass ein solches Verhalten widersprüchlich sei. Mit Eingang der für das jeweilige Werk anfallenden Raten solle auch die Vergütung für die Handwerker fällig werden, die die eigentliche Werkleistung erbracht haben.²
- Mit der Einführung des Abs. 3 sollte die Rechtsprechung zu dem sog. **Druckzuschlag** festgeschrieben werden.³ Die Rechtsprechung hatte dem Besteller vor In-Kraft-Treten der Regelung das Recht zugebilligt, von dem Werklohn einen die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten übersteigenden Betrag einzubehalten, um den Druck auf den Unternehmer zu erhöhen und zu gewährleisten, dass die Mängel tatsächlich beseitigt werden.⁴ Wäre das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers auf den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten beschränkt, so könnte es für den Unternehmer mitunter günstiger sein, auf den einbehaltenen Werklohn ganz zu verzichten und sich dafür den Aufwand für die Beseitigung der Mängel zu sparen. Kann der Besteller einen deutlich größeren Betrag einbehalten, so schafft dies einen Anreiz für den Unternehmer, die Mängel zu beheben und damit die Voraussetzungen für die Auszahlung des Werklohnes zu schaffen.
- Der Entwurf eines **FoSiG** (vgl. vor § 631 Rn 8) sieht in Art. 1 Nr. 3 erhebliche Änderungen der Regelungen in Abs. 2 und 3 vor.⁵ Danach soll die Fälligkeit des Werklohnes nach Abs. 2 auch dann eintreten, wenn das Werk von dem Dritten abgenommen worden ist oder wenn der Unternehmer von dem Besteller erfolglos Auskunft darüber verlangt hat, ob der Dritte Zahlungen geleistet oder das Werk abgenommen hat. In Abs. 3 soll die Untergrenze für den Druckzuschlag herabgesetzt und weniger strikt formuliert werden. Als angemessener Teil der Vergütung soll danach „in der Regel das Doppelte“ der für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten anzusehen sein.
- Sonderregelungen** hinsichtlich der Fälligkeit finden sich für den Architektenvertrag in § 8 HOAI sowie für den VOB/B-Vertrag in §§ 12, 14 ff. VOB/B (vgl. Anhang „Der VOB/B-Bauvertrag“ Rn 49 ff.).

1 Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 (BGBl I S. 330).

2 BT-Drucks 14/1246, S. 7.

3 BT-Drucks 14/1246, S. 7.

4 Vgl. etwa BGH NJW 1981, 2801; 1982, 2494.

5 Art. 1 Nr. 3 des Entwurfes (Bundesrat) eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunteransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) vom 14.7.2004 (BT-Drucks 15/3594, S. 5).

B. Regelungsgehalt

I. Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung

1. Grundsätze. Nach Abs. 1 ist die Vergütung bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Mit der Abnahme wird der Anspruch des Unternehmers auf Zahlung des Werklohnes fällig. Dasselbe gilt, wenn und soweit das Gesetz den Eintritt bestimmter Umstände hinsichtlich der Rechtswirkungen einer Abnahme gleichstellt (§ 640 Abs. 1 S. 3, § 641a, § 646). Zu den Voraussetzungen der Abnahme vgl. § 640 Rn 5 ff. Die **Abnahme ist sowohl notwendige als auch hinreichende Voraussetzung** für die Fälligkeit. Dies bedeutet: Ohne Abnahme tritt grundsätzlich keine Fälligkeit ein, andererseits ist die Fälligkeit auch grundsätzlich von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig. Insbesondere hindern etwaige Mängel der Werkleistung nicht die Fälligkeit, selbst wenn sich der Besteller bei der Abnahme seine Rechte wegen dieser Mängel ausdrücklich vorbehalten.⁶ Dem Besteller kann aber in diesem Fall ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen (vgl. Rn 34 ff.). Die Übergabe einer (prüfbaren) **Schlussrechnung** ist im BGB-Werkvertrag – im Unterschied zum VOB/B-Vertrag (§ 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B) und zur HOAI (§ 8 Abs. 1)⁷ – ebenfalls keine Fälligkeitsvoraussetzung.⁸ Allerdings können die Parteien etwas Abweichendes (ausdrücklich oder konkludent) bestimmen (vgl. Rn 8). Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, ist der Besteller hinreichend dadurch geschützt, dass ihm bis zur Konkretisierung der Forderung durch den Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht zusteht (§ 273) und außerdem ein Schuldnerverzug (unabhängig von der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts) ausgeschlossen ist.⁹

Eine Fälligkeit von **Teilvergütungen** sieht Abs. 1 S. 2 vor. Voraussetzung ist, dass das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung in Teilen abzunehmen ist (vgl. § 640 Rn 18). Außerdem muss auch die Vergütung so bemessen sein, dass sie sich den einzelnen, getrennt abzunehmenden Teilen der Werkleistung zuordnen lässt. Liegen diese Voraussetzungen vor – wofür der Unternehmer die Beweislast trägt, wenn er die Fälligkeit der Teilvergütung geltend macht¹⁰ – so wird der Anspruch auf die Vergütung für den fertiggestellten Teil des Werkes mit dessen Abnahme fällig.

Den Parteien des Werkvertrags steht es frei, die Fälligkeitsvoraussetzungen **abweichend** von den gesetzlichen Bestimmungen **zu regeln**.¹¹ So können sie einerseits vorsehen, dass der Anspruch auf den Werklohn bereits vor der Abnahme fällig wird, etwa indem sie Abschlags- oder Vorauszahlungen vereinbaren.¹² Bestimmungen in den AGB des Unternehmers, die die Voraussetzungen an die Durchsetzbarkeit des Werklohnanspruchs herabsetzen, dürfen jedoch den Besteller nicht unangemessen benachteiligen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn dem Besteller jegliche Verteidigungsmöglichkeit, insbesondere der Einwand des Vorliegens von Mängeln des Werkes, abgeschnitten wird.¹³ Die Parteien können die Fälligkeit auch von weiteren Voraussetzungen abhängig machen. So können sie die Fälligkeit an die Erteilung einer prüffähigen (Schluss-)Rechnung knüpfen.¹⁴ Eine solche Vereinbarung kann auch konkludent getroffen werden.¹⁵ Allerdings ist bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass die Erteilung der Rechnung Voraussetzung für die Durchsetzbarkeit des Anspruches sein soll.¹⁶ Vielmehr bedarf es konkreter Anhaltspunkte für einen entsprechenden Parteiwillen im jeweiligen Einzelfall. Solche Anhaltspunkte können sich auch aus der Verkehrssitte, insbesondere aus den Gepflogenheiten in der jeweiligen Branche ergeben (§ 157).¹⁷

2. Rechtsfolgen fehlender Abnahme. Nach überwiegender, insbesondere von der Rechtsprechung vertretener Auffassung,¹⁸ stellt Abs. 1 eine echte Fälligkeitsregelung dar. Der Anspruch des Unternehmers auf Zahlung des Werklohnes entsteht demnach zwar mit Abschluss des Werkvertrags, ist aber vor der Abnahme – vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung – nicht durchsetzbar. Eine vor der Abnahme erhobene **Zahlungsklage** des

6 BGH NJW 2004, 502, 505.

7 Zu den Anforderungen an eine prüfbare Schlussrechnung nach § 8 Abs. 1 HOAI vgl. etwa BGH NJW-RR 2004, 445.

8 BGH NJW 1981, 814; 1982, 1815; OLG Bamberg BauR 2003, 1227, 1228.

9 OLG Frankfurt BauR 1997, 856 (zum Schuldnerverzug); Staudinger/Peters, § 641 Rn 27 (zum Zurückbehaltungsrecht).

10 Palandt/Sprau, § 641 Rn 6.

11 BGH MMR 2002, 700; Palandt/Sprau, § 641 Rn 9; MüKo/Soergel, § 641 Rn 2; Soergel/Teichmann, § 641 Rn 4.

12 Palandt/Sprau, § 641 Rn 9.

13 BGH NZBau 2002, 25: Eine Klausel in einer notariellen Urkunde, durch die sich der Besteller vor Abnahme der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft und die den Unternehmer berechtigt, sich

ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteiles erteilen zu lassen, verstoße gegen § 9 AGBG (jetzt § 307).

14 Palandt/Sprau, § 641 Rn 9; Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 3; vgl. auch OLG Koblenz NJW-RR 2002, 807: Erteilung einer Bescheinigung als Abnahmevoraussetzung.

15 OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 527; OLG Bamberg OLG 2003, 132.

16 BGH NJW 1981, 814; OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 527; OLG Frankfurt NJW-RR 2000, 755; OLG Köln BauR 1996, 725; Staudinger/Peters, § 641 Rn 27 (unter Aufgabe der bisher vertretenen abweichenden Auffassung).

17 Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 4.

18 BGHZ 61, 42, 44; BGH NJW 1995, 399, 400; 2002, 2640; Palandt/Sprau, § 641 Rn 2; Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 14.

Unternehmers ist dennoch nicht schlechthin, aber doch als **zur Zeit unbegründet** abzuweisen.¹⁹ Demgegenüber wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass Abs. 1 lediglich Ausdruck der synallagmatischen Verknüpfung der Leistungspflicht von Unternehmer und Besteller sei. Die Vorschrift solle das Prinzip des „do ut des“ absichern, damit der Besteller nur gegen Verschaffung des (mangelfreien) Werkes zur Zahlung verpflichtet sei. Demgemäß dürfe eine Zahlungsklage des Unternehmers auch nicht als derzeit unbegründet abgewiesen werden. Vielmehr sei der Besteller gem. §§ 320, 322 zur **Zahlung des Werklohnes Zug um Zug gegen Ablieferung des mangelfreien Werkes** bzw. gegen Beseitigung vorhandener Mängel zu verurteilen.²⁰ Doch erscheint die Ansicht der h.M. vorzugswürdig. Eine Zug-um-Zug-Verurteilung wirft zum einen praktische Probleme auf, weil gem. § 756 ZPO im Vollstreckungsverfahren geklärt werden müsste, ob das Werk nunmehr mangelfrei ist oder nicht.²¹ Für die h.M. sprechen außerdem der Wortlaut der Vorschrift sowie die Bemühungen des Gesetzgebers in neuerer Zeit, die Abhängigkeit der Werklohnforderung von der Abnahme durch den Besteller durch Abnahmesurrogate abzuschwächen (§ 640 Abs. 1 S. 3, § 641a). Hätte die Regelung in Abs. 1 lediglich die Bedeutung einer Absicherung des synallagmatischen Prinzips, so würde sich die Position des Unternehmers nicht wesentlich von derjenigen des Verkäufers unterscheiden, weil er stets zumindest eine Zug-um-Zug-Verurteilung des Bestellers erreichen könnte.²² Die genannten Regelungen deuten jedoch darauf hin, dass die Abnahme eine darüber hinausgehende Hürde für die Durchsetzung des Werklohnanspruchs darstellt, der Besteller also mit der Verweigerung der Abnahme nicht lediglich sein Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 geltend macht, sondern bereits die Fälligkeit der Werklohnforderung verhindert.

- 10** Dass der Anspruch auf den Werklohn erst mit Abnahme der Werkleistung fällig wird, bedeutet nicht, dass der Unternehmer dem Besteller das Werk zu verschaffen hat, ohne hierfür im Gegenzug die vereinbarte Gegenleistung fordern zu können. Vielmehr ist der Unternehmer zur **Übergabe des Werkes nur Zug um Zug gegen Zahlung des vereinbarten Werklohns** verpflichtet.²³ Für diese – mit der Konzeption des historischen Gesetzgebers übereinstimmende²⁴ – Ansicht spricht auch der Gesetzeswortlaut. Dort heißt es, dass der Werklohn „bei der Abnahme“, also nicht nach der Abnahme zu entrichten ist.²⁵ Die **Vorleistungspflicht** des Unternehmers beschränkt sich daher auf die **Herstellung des Werkes**. Insoweit ist es aber durchaus berechtigt, von einer Vorleistungspflicht zu sprechen, weil die mit dem Herstellungsvorgang verbundene Dienstleistung – anders als die Beschaffung der Sache beim Kaufvertrag – Teil der vertraglichen Leistungspflicht des Unternehmers ist (vgl. § 631 Abs. 2).²⁶

II. Fälligkeit ohne Abnahme

- 11 1. Gesetzlich geregelte Fälle.** In bestimmten gesetzlich geregelten Fällen bedarf es zur Fälligkeit des Werklohnes keiner Abnahme. So findet eine Abnahme nicht statt, wenn diese **aufgrund der Beschaffenheit des Werkes** ausgeschlossen ist. Hier wird der Anspruch auf den Werklohn bereits mit der Vollendung des Werkes fällig (§ 646). Ist eine Abnahme grundsätzlich möglich, ist diese vom Besteller aber nicht zu erreichen, etwa weil zwischen den Parteien Streit über die Vertragsgemäßheit des Werkes besteht, so stellt das Gesetz dem Unternehmer zwei Wege zur Verfügung, um ohne Abnahme die Fälligkeit herbeizuführen: einmal durch die Setzung einer angemessenen Frist für die Abnahme (§ 640 Abs. 1 S. 3), zum anderen dadurch, dass er sich im Verfahren nach § 641a die Mängelfreiheit von einem Gutachter bescheinigen lässt.
- 12 2. Unberechtigte Verweigerung der Abnahme.** Bereits vor Einführung der §§ 640 Abs. 1 S. 3, 641a war in der Rechtsprechung eine Reihe von weiteren Fällen anerkannt, in denen die **Fälligkeit auch ohne Abnahme des Werkes** eintreten konnte. Sofortige Fälligkeit der Werklohnforderung soll nach ständiger Rechtsprechung insbesondere dann eintreten, wenn der Besteller die **Abnahme** des fertiggestellten Werkes **ernsthaft und endgültig verweigert**, obwohl er hierzu verpflichtet ist, weil das Werk vertragsgemäß ist oder allenfalls unwesentliche Mängel (§ 640 Abs. 1 S. 2) aufweist.²⁷ Der Unternehmer soll in diesem Fall unmittelbar auf Zahlung des Werklohnes klagen können und nicht gezwungen sein, diese Klage mit einer Klage auf Abnahme des Werkes zu verbinden. Aufgrund der **Neuregelung** des § 640 Abs. 1 S. 3 ist **fraglich** geworden, ob an dieser Rechtsprechung festgehalten

19 BGHZ 61, 42, 44; BGH NJW 1995, 399, 400; 2002, 2640.

20 Vgl. Staudinger/Peters, § 641 Rn 3 f., 7; ebenso Soergel/Teichmann, § 641 Rn 9 für den Fall der berechtigten Abnahmeverweigerung wegen Mängeln des Werkes.

21 Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 9.

22 So denn auch Staudinger/Peters, § 641 Rn 2.

23 Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 2; Erman/Schwenker, § 641 Rn 4; Soergel/Teichmann, § 641 Rn 9; Staudinger/Peters, § 641 Rn 3; a.A. OLG Celle OLGZ 22, 311.

24 Motive II, S. 492.

25 Erman/Schwenker, § 641 Rn 4.

26 Anders Staudinger/Peters, § 641 Rn 3; ähnlich Sienz, Baur 2004, 10 ff.; dass bereits der Herstellungsvorgang Teil der vom Unternehmer geschuldeten Leistung ist, zeigen deutlich die Regelungen über den Teilvergütungsanspruch in §§ 643, 645, 649.

27 BGHZ 50, 175; BGH NJW 1996, 1280, 1281; OLG Köln NJW-RR 1999, 853, 854.

werden kann²⁸ oder ob der Unternehmer auch bei Abnahmeverweigerung durch den Besteller darauf verwiesen ist, eine angemessene Frist zu setzen, um die Fälligkeit herbeizuführen.²⁹ Der BGH hat die Frage bislang offen gelassen und lediglich entschieden, dass es einer Fristsetzung zumindest dann nicht bedarf, wenn bei In-Kraft-Treten der Neuregelung nach den Grundsätzen der früheren Rechtsprechung bereits Fälligkeit eingetreten war.³⁰

§ 640 Abs. 1 S. 3 steht einer Beibehaltung der Rechtsprechung zum Verzicht auf das Abnahmeerfordernis bei ernsthafter und endgültiger Abnahmeverweigerung durch den Besteller nicht entgegen. Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung der Vorschrift vor allem Rechtsklarheit schaffen, weil bis dahin aus dem Gesetz nicht ablesbar gewesen sei, wie sich der Unternehmer zu verhalten habe, wenn der Besteller das abnahmefähige Werk nicht abnehme. So war insbesondere streitig, welcher Sachvortrag zur Begründung einer schlüssigen Werklohnklage erforderlich war. Die Neuregelung sollte klarstellen, dass der Unternehmer hierfür entweder die Abnahme durch den Besteller oder die mangelfreie Herstellung des Werkes sowie den Ablauf der Abnahmefrist darlegen müsse.³¹ Hieraus lässt sich nicht schließen, dass bei einer ernsthaften und endgültigen Abnahmeverweigerung des Bestellers ebenfalls eine Frist gesetzt werden muss. Der Gesetzgeber hatte vor allem die Fälle im Blick, in denen der Besteller schlicht untätig bleibt oder die Abnahme immer wieder verzögert, ohne dass dem Unternehmer der Grund hierfür erkennbar ist. Die Regelung des § 640 Abs. 1 S. 3 kann im Gegenteil sogar als Grundlage für die frühere Rechtsprechung angesehen werden, bringt sie doch zum Ausdruck, dass die Wirkungen der Abnahme auch dann eintreten können, wenn der Besteller das Werk entgegen einer entsprechenden Verpflichtung nicht abnimmt. Zwar knüpft das Gesetz diese Rechtsfolge an den erfolglosen Fristablauf. Damit soll aber dem Besteller lediglich Gelegenheit gegeben werden, seiner Verpflichtung nachzukommen und die Abnahme vorzunehmen. Die Frist hat daher dieselbe Funktion wie die Mahnung in § 286 Abs. 1 oder die Nachfrist in § 281 Abs. 1 und § 323 Abs. 1. Dort macht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis, wenn der Schuldner die Vornahme der Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (vgl. § 281 Abs. 2, § 286 Abs. 2 Nr. 3, § 323 Abs. 2 Nr. 1). Zwar fehlt eine solche Einschränkung des Fristsetzungserfordernisses in § 640 Abs. 1. Doch wäre es ein kaum zu rechtfertigender Wertungswiderspruch, wenn der Unternehmer im Falle der Abnahmeverweigerung zu einer Fristsetzung gezwungen würde, obgleich diese von vornherein sinn- und zwecklos ist. Gerade vor dem Hintergrund der Wertungen des SchuldRModG spricht daher alles dafür, die bisherige Rechtsprechung beizubehalten und die Rechtsfolge des § 640 Abs. 1 S. 3 schon bei einer endgültigen und ernsthaften Verweigerung der Abnahme eintreten zu lassen.

3. Mitwirkungsverweigerung des Bestellers. Nach Ansicht der Rechtsprechung wird der Anspruch auf den Werklohn auch dann ohne Abnahme fällig, wenn der Besteller bereits vor **Fertigstellung des Werkes seine erforderliche Mitwirkung ernsthaft und endgültig verweigert**. Dies gilt einmal, wenn der Besteller vorab erklärt, das fertige Werk nicht abnehmen zu wollen (z.B. weil er für das Werk keine Verwendung mehr hat).³² Eine Abnahme ist danach aber auch entbehrlich, wenn der Besteller sich weigert, eine zur Herstellung des Werkes erforderliche Mitwirkungshandlung vorzunehmen.³³ Der BGH beruft sich insoweit darauf, dass es sinnlos sei, die Fälligkeit an die Abnahme zu knüpfen, wenn der Besteller erkennbar an der Fertigstellung des Werkes kein Interesse habe.

Der Rechtsprechung ist im Ergebnis zuzustimmen. Doch erscheint die hierfür gegebene Begründung zumindest fragwürdig.³⁴ Richtigerweise geht es nicht darum, dem Unternehmer einen durchsetzbaren Anspruch auf den vollen Werklohn zu geben, da er sich nach dem allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 326 Abs. 2 S. 2, 642 Abs. 2, 649 S. 2 zumindest die ihm durch die Weigerung des Bestellers entstehenden Vorteile anrechnen lassen muss.³⁵ Es geht vielmehr darum zu verhindern, dass dem Unternehmer infolge der Weigerung des Bestellers Nachteile entstehen. Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es aber nicht der Annahme, dass der Werklohn auch ohne vorherige Abnahme fällig wird. Die Verweigerung des Bestellers kann zum einen als (konkludente) Kündigung des Werkvertrags zu verstehen sein. In diesem Falle ergibt sich der Anspruch des Unternehmers auf Zahlung des Werklohnes bereits aus § 649 (vgl. § 649 Rn 13 ff.).³⁶ Lässt sich aus dem Verhalten des Bestellers bei verständiger Würdigung der Wille zur Kündigung des Werkvertrags nicht entnehmen, steht dem Unternehmer der Weg über § 643 offen. Ggf. kann der Unternehmer auch aus wichtigem Grund kündigen, ohne dass es einer erneuten Fristsetzung bedarf (vgl. § 643 Rn 13 ff.). Dem Unternehmer stehen dann außer dem Teilvergütungsanspruch aus § 645 Abs. 1 Ansprüche auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 zu, sofern der Besteller durch die Verweige-

28 Für eine Beibehaltung der Rspr. Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 5; Henkel, MDR 2003, 913, 916 f.; Motzke, NZBau 2000, 489, 495; Peters, NZBau 2000, 169, 171; wohl auch Erman/Schwenker, § 641 Rn 4; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Teil Rn 22 (vgl. aber auch 5. Teil Rn 157).

29 So Oetker/Maultzsch, § 8 G 11b; Palandt/Sprau, § 641 Rn 4; Roth, JZ 2001, 543, 550.

30 BGH NJW 2003, 200.

31 BT-Drucks 14/1246, S. 6 f.

32 BGH NJW 1990, 3008, 3009; zust. wohl Erman/Schwenker, § 641 Rn 4; Palandt/Sprau, § 641 Rn 5.

33 BGH NJW-RR 1986, 211 f.

34 Krit. auch Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 9; Staudinger/Peters, § 641 Rn 9.

35 Eine solche Anrechnung nimmt auch die Rspr. vor; vgl. BGH NJW 1990, 3008, 3009.

36 Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 9.

nung seiner Mitwirkung seine Pflichten aus dem Schuldverhältnis verletzt hat (vgl. § 642 Rn 17).³⁷ Handelt es sich bei der Mitwirkungshandlung um eine reine Obliegenheit, kommt eine entsprechende Anwendung des § 649 in Betracht (vgl. § 642 Rn 19).³⁸ Diese Lösung hat den Vorzug, dass der Unternehmer zunächst klare Verhältnisse im Hinblick auf die Fortsetzung des Werkvertrags schaffen muss. Zum anderen lässt sich die Anrechnung etwaiger Vorteile des Unternehmers zwanglos über die schadensrechtlichen Grundsätze der Vorteilsausgleichung oder über § 649 S. 2 begründen. Zur Behandlung des Werklohnanspruchs im Falle des **Annahmeverzuges** des Bestellers bezüglich der Beseitigung von Mängeln des Werkes vgl. Rn 33.

- 16 4. Ausschluss der Erfüllung.** Mit der Abnahme soll der Besteller die vertragsgemäße Herstellung des Werkes bestätigen (vgl. § 640 Rn 5). Es sind jedoch Situationen denkbar, in denen die mängelfreie Herstellung des Werkes ausgeschlossen ist, dem Unternehmer aber dennoch ein Anspruch auf den vereinbarten (Teil-)Werklohn zusteht. Hier wäre es wenig sinnvoll, die Fälligkeit des Anspruches an die Abnahme des Werkes zu knüpfen. Vielmehr **wird der Anspruch** auf den geschuldeten Werklohn **sofort fällig**.
- 17** Sofortige Fälligkeit tritt danach ein, wenn der Besteller nur noch **Gewährleistungsansprüche** geltend macht, die **auf Zahlung gerichtet** sind und eine (Nach-)Erfüllung ausschließen. Dies ist der Fall, wenn der Besteller wegen Mängeln des Werkes **Schadensersatz statt der Leistung** nach § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 (in der Form des kleinen Schadensersatzes) verlangt, da ab diesem Zeitpunkt der Anspruch auf die Leistung gem. § 281 Abs. 4 ausgeschlossen ist.³⁹ Gleiches gilt, wenn der Besteller von seinem Recht auf Minderung gem. § 634 Nr. 3, § 638 Gebrauch gemacht hat.⁴⁰
- 18** Nach verbreiteter Ansicht soll auch bei einer **Kündigung des Werkvertrags** der Anspruch des Unternehmers auf den Werklohn sofort fällig werden.⁴¹ Es ist jedoch mehr als zweifelhaft, ob hieran festgehalten werden kann, nachdem der BGH dem Unternehmer auch im Falle der Kündigung einen Anspruch auf Abnahme des (Teil-)Werkes zugesprochen und diesen damit begründet hat, dass der Abnahme im gekündigten Vertrag die gleiche Funktion zukomme wie im nicht gekündigten Vertrag.⁴² Ist eine Abnahme des bis zum Zeitpunkt der Kündigung erstellten Teilwerkes möglich (vgl. hierzu § 649 Rn 15), so ist nicht einzusehen, warum hinsichtlich der Fälligkeit des Werklohnes von der gesetzlichen Regelung in Abs. 1 abgewichen werden soll.⁴³ Gegen eine sofortige Fälligkeit des gesamten Werklohnes spricht auch, dass dem Besteller bei Mängeln der bereits erbrachten Werkleistung Gewährleistungsansprüche zustehen (vgl. § 649 Rn 17) und es kaum gerechtfertigt wäre, den Anspruch auf den Werklohn bereits vor Beseitigung der Mängel fällig werden zu lassen und den Unternehmer damit besser zu stellen als im nicht gekündigten Vertrag. Richtigerweise ist vielmehr – wie stets bei einer Kündigung des Werkvertrags – zwischen der Vergütung für die bereits erbrachte und derjenigen für die infolge der Kündigung ausbleibende Werkleistung zu unterscheiden. Während letztere sofort fällig wird, hängt die Fälligkeit der Vergütung für das bereits fertiggestellte (Teil-)Werk grundsätzlich von der Abnahme durch den Besteller ab.

III. Fälligkeit beim Subunternehmervertrag (Durchgriffsfälligkeit, Abs. 2)

- 19 1. Normzweck.** Abs. 2 regelt die Fälligkeit des Werklohnes im Verhältnis zwischen Unternehmer und Besteller, wenn der Besteller das vom Unternehmer hergestellte Werk seinerseits einem Dritten versprochen hat. Dem Besteller (der im Verhältnis zum Dritten seinerseits Unternehmer ist) soll im Verhältnis zum Unternehmer der Einwand mangelnder Fälligkeit dann abgeschnitten werden, wenn er von dem Dritten für die vom Unternehmer ausgeführte Werkleistung Zahlungen erhalten hat (vgl. zum Normzweck auch Rn 2). Für die Fälligkeit kommt es dann grundsätzlich nur noch darauf an, ob eine Zahlung des Dritten an den Besteller stattgefunden hat. Einer Abnahme durch den Besteller bedarf es nicht, ja es ist nicht einmal erforderlich, dass das Werk des Unternehmers abnahmefähig ist (vgl. aber auch Rn 29 f.). Der Begriff der „Durchgriffsfälligkeit“, der sich bereits in den Gesetzesmaterialien findet,⁴⁴ ist insofern nicht ganz glücklich gewählt, als es nicht darum geht, die Fälligkeit im Verhältnis zwischen Besteller und Drittem auf das Verhältnis zwischen dem Besteller und dem Unternehmer durch-

³⁷ Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 10.

³⁸ Vgl. auch OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1670; ausschließlich für eine Lösung über §§ 643, 649 Staudinger/Peters, § 641 Rn 9.

³⁹ BGH NJW 2003, 288; liegen die Voraussetzungen für die vom Besteller geltend gemachten Gewährleistungsrechte (z.B. mangels Fristsetzung) nicht vor und lässt der Besteller die Mängel durch einen Drittunternehmer beseitigen, so gelten dieselben Grundsätze wie im Falle der endgültigen Abnahmeverweigerung; vgl. hierzu OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1670 (§ 649 analog).

⁴⁰ BGHZ 142, 278, 281; BGH NJW 2002, 3019, 3020; 2003, 288. Das auf Herstellung des Werkes gerichtete Vertragsverhältnis wandelt sich in diesem Falle in ein rei-

nes Abrechnungsverhältnis um, auf das § 641 Abs. 2 nach seinem Sinn und Zweck keine Anwendung finden kann. Vielmehr gilt insoweit die allgemeine Regel des § 271 Abs. 1.

⁴¹ BGH NJW 1987, 382; OLG Köln NJW-RR 1999, 853; Palandt/Sprau, § 641 Rn 5; Soergel/Teichmann, § 641 Rn 15; Staudinger/Peters, § 641 Rn 8.

⁴² BGH NJW 2003, 1450, 1452; vgl. auch § 649 Rn 15 m.w.N.

⁴³ Ebenso Thode, ZfBR 1999, 116, 123; Kniffka, ZfBR 1998, 113, 116; wohl auch Brüggemann/Kenter, NJW 2003, 2121, 2122.

⁴⁴ Vgl. BT-Drucks 14/2752, S. 12.

schlagen zu lassen. Auf die Fälligkeit der Werklohnforderung des Bestellers gegen den Dritten kommt es nicht an; entscheidend ist allein, ob der Dritte tatsächlich an den Besteller geleistet hat.

Die Regelung des Abs. 2 hat berechtigte Kritik erfahren. Sie wirft zum einen **erhebliche praktische Probleme** auf, insbesondere wenn der Besteller zur Erbringung der Leistung an den Dritten mehrere Unternehmer eingeschaltet hat.⁴⁵ Zum anderen ist es auch **dogmatisch fragwürdig**, wenn der Gesetzgeber die Trennung der Rechtsverhältnisse von Unternehmer und Besteller einerseits und Besteller und Dritten andererseits zumindest partiell aufweicht.⁴⁶ Grundsätzlich geht nämlich den Unternehmer das Rechtsverhältnis des Bestellers zum Dritten nichts an, und zwar im Guten wie im Schlechten. So steht außer Zweifel, dass der Besteller dem Werklohnanspruch des Unternehmers nicht entgegenhalten kann, dass der Dritte noch nicht gezahlt habe. Er bleibt auch dann zur Abnahme und Zahlung verpflichtet. Warum im umgekehrten Fall dem Unternehmer aus der Zahlung des Dritten an den Besteller ein Vorteil erwachsen soll, leuchtet daher zumindest nicht ohne Weiteres ein.

2. Voraussetzungen. a) Werkvertrag als Vertrag auf Leistung an einen Dritten. Voraussetzung ist, dass der Besteller die Herstellung des Werkes einem Dritten versprochen hat. Die vom Unternehmer im Verhältnis zum Besteller zu erbringende Werkleistung muss also mit der vom Besteller dem Dritten geschuldeten Leistung **identisch** sein.⁴⁷ Unschädlich ist, wenn lediglich eine Teilidentität vorliegt, die vom Besteller geschuldete Leistung also in Inhalt und Umfang über die vom Unternehmer zu erbringende Leistung hinausgeht (z.B. weil der Besteller mehrere Unternehmer eingeschaltet hat, um seine Leistungspflichten gegenüber dem Dritten zu erfüllen). Bei dem Werkvertrag zwischen Unternehmer und Besteller handelt es sich in diesen Fällen um einen Vertrag auf Leistung an einen Dritten, der wiederum eine Erscheinungsform des ermächtigenden Vertrags zugunsten Dritter gem. § 328 Abs. 1 darstellt.⁴⁸ Hauptanwendungsbereich sind **Verträge von Baurägern oder Generalunternehmern mit Subunternehmern**.⁴⁹

b) Leistung des Dritten an den Besteller. Weitere Voraussetzung ist, dass der Besteller (Generalunternehmer/Bauräger) von dem Dritten den vereinbarten Werklohn ganz oder teilweise erhalten hat. Die Zahlung des Dritten ist allerdings nur relevant, wenn sie als Gegenleistung für eine Werkleistung erfolgt, die der Unternehmer für den Besteller zur Erfüllung von dessen Verpflichtung gegenüber dem Dritten erbracht hat. Die von dem Dritten gezahlte Vergütung muss daher **der von dem Unternehmer erbrachten Werkleistung zuzuordnen sein**.⁵⁰

Hat der Dritte den Werklohn vollständig gezahlt, so wird auch der Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller in vollem Umfang fällig. Handelt es sich lediglich um eine **Teilleistung** (z.B. bei Teilabnahme des Werkes nach Abs. 1 S. 2 oder bei Teilzahlungen auf die Schlussvergütung), so wird der Anspruch des Unternehmers nur insoweit fällig, wie dies seinem Anteil an der durch die Teilleistung des Dritten abgegoltenen Werkleistung entspricht (vgl. Abs. 2 S. 1: „wenn und soweit“).⁵¹ Hat der Besteller **mehrere Unternehmer** eingeschaltet, muss zusätzlich der Anteil der einzelnen Unternehmer an der von dem Dritten vergüteten Werkleistung ermittelt werden.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Abs. 2 auf **Abschlagszahlungen** ist zu unterscheiden. Im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Besteller begründen Zahlungen des Dritten weder einen Anspruch auf Zahlung eines Abschlags, noch lösen sie für sich genommen die Fälligkeit vereinbarter Abschlagszahlungen aus, selbst wenn die von dem Dritten gezahlte Vergütung einem von dem Unternehmer erstellten Teilwerk zugeordnet werden kann. Vielmehr setzt Abs. 2 voraus, dass der Unternehmer seine Leistung vollständig erbracht hat und betrifft somit nur den Anspruch auf die Schlusszahlung.⁵² Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob auch Abschlagszahlungen des Dritten an den Besteller die Fälligkeit des Werklohnanspruchs im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Besteller auslösen können. Diese Frage ist eindeutig zu bejahen.⁵³ Der Gesetzgeber wollte sicherstellen, dass jegliche Zahlung des Dritten, die im Hinblick auf eine vom Unternehmer erbrachte Werkleistung erfolgt, auch dem Unternehmer zugute kommt, ohne dass es auf die Art der Zahlung ankommt.⁵⁴

Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes eine **Sicherheitsleistung** erbracht, so wird der Anspruch des Unternehmers nur dann mit Zahlung des Dritten an den Besteller fällig, wenn der Unternehmer

45 Peters, NZBau 2000, 169, 172.

46 Peters, NZBau 2000, 169, 172.

47 Kniffka, ZfBR 2000, 227, 231; Palandt/Sprau, § 641 Rn 7.

48 Vgl. näher Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, S. 40 ff., 42.

49 Palandt/Sprau, § 641 Rn 7; vgl. auch BT-Drucks 14/1246, S. 7.

50 Palandt/Sprau, § 641 Rn 7; Kniffka, ZfBR 2000, 227, 231.

51 Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 18; Palandt/Sprau, § 641 Rn 8.

52 Kniffka, ZfBR 2000, 227, 231; Palandt/Sprau, § 641 Rn 7; hiervon geht offenbar auch die Gesetzesbegründung

aus; vgl. BT-Drucks 14/1246, S. 7, wo von dem „vom Unternehmer hergestellten Werk“ sowie von der „Herstellung der einzelnen Gewerke“ die Rede ist; a.A. offenbar Staudinger/Peters, § 641 Rn 39.

53 Kniffka, ZfBR 2000, 227, 231; Palandt/Sprau, § 641 Rn 7; Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 20 (allerdings ohne die hier vorgenommene Differenzierung).

54 Vgl. BT-Drucks 14/1246, S. 7 wo ausdrücklich auf die Zahlungen nach Baufortschritt gem. § 3 MaBV bezuggenommen wird. Bei diesen handelt es sich aber um Abschlagszahlungen; vgl. BGH NJW 2001, 818; Kniffka/Koebke, Kompendium des Baurechts, 11. Teil Rn 344.

dem Besteller seinerseits Sicherheit leistet. Diese auf Anregung des zuständigen Ausschusses⁵⁵ in das Gesetz aufgenommene Regelung beruht auf der Erwägung, dass der Besteller sich die Zahlung des Dritten durch die Sicherheitsleistung „erkaufte“. Es wäre daher für den Unternehmer ein unverdienter Vorteil, wenn er ohne eigenen Beitrag hiervon profitieren würde. Der Besteller hingegen liefe Gefahr, bei etwaigen Mängeln sowohl seine Sicherheitsleistung zu verlieren, als auch im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers mit etwaigen Rückgewähransprüchen auszufallen. Eine solch weitgehende Privilegierung des Unternehmers erschien dem Gesetzgeber nicht gerechtfertigt. Vielmehr sollte dem Besteller lediglich die Möglichkeit abgeschnitten werden, die wirtschaftlichen Vorteile der Werkleistung des Unternehmers in Anspruch zu nehmen, ohne dem Unternehmer den ihm zustehenden Anteil zukommen zu lassen.

- 26** Unklar ist, was das Gesetz mit einer Sicherheitsleistung **in entsprechender Höhe** meint.⁵⁶ Denkbar wäre zum einen, dass die Sicherheitsleistung des Unternehmers derjenigen entsprechen muss, die der Besteller gegenüber dem Dritten erbracht hat.⁵⁷ Der Besteller, der damit rechnen muss, dass er wegen eines vom Unternehmer zu vertretenden Mangels in Höhe der gewährten Sicherheit von dem Dritten in Anspruch genommen werden kann, wäre damit hinsichtlich etwaiger Regressansprüche abgesichert. Allerdings würde dies in Fällen, in denen die Leistung des Unternehmers nur einen kleinen Teil der von dem Besteller im Verhältnis zum Dritten geschuldeten Leistung ausmacht, dazu führen, dass der Unternehmer durch die Sicherheitsleistung – gemessen an dem zu beanspruchenden Werklohn – erheblich stärker belastet würde als der Besteller. Deshalb sollte sich die Sicherheitsleistung an dem Anteil des Unternehmers an der dem Dritten erbrachten Werkleistung orientieren.⁵⁸ Die **Art der Sicherheit** wird vom Gesetz nicht vorgegeben. Sie kann von der durch den Besteller gewährten Sicherheitsleistung abweichen, da sich das „Entsprechen“ nur auf die Höhe der Sicherheitsleistung bezieht. Es gilt daher § 232.⁵⁹
- 27 c) Sonstige Fälligkeitsvoraussetzungen.** Da die Parteien des Werkvertrags von der Regelung gem. Abs. 1 abweichen können, kann es vorkommen, dass die Fälligkeit des Werklohnanspruchs im Verhältnis von Unternehmer und Besteller nicht allein von der Abnahme des Werkes, sondern von weiteren Voraussetzungen abhängig ist (vgl. Rn 8). Solche **zusätzlichen Voraussetzungen hindern** jedoch bei Zahlung des Dritten an den Besteller **nicht die Fälligkeit** der Werklohnforderung des Unternehmers. Die Gesetzesformulierung, wonach die Vergütung „spätestens“ fällig werde, wenn der Besteller die Vergütung von dem Dritten erhalten habe, lässt erkennen, dass der Gesetzgeber die Fälligkeit der Werklohnforderung des Subunternehmers ausschließlich von der Zahlung des Dritten an den Besteller abhängig machen wollte. Andererseits ist der Wille der Vertragsparteien zu respektieren, dass der Besteller nur unter weiteren Voraussetzungen zur Zahlung gezwungen sein soll. Man wird dem Besteller daher zumindest ein Leistungsverweigerungsrecht zubilligen müssen, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen.⁶⁰
- 28 d) Darlegungs- und Beweislast.** Macht der Unternehmer geltend, dass seine Werklohnforderung auch ohne Abnahme fällig sei, weil der Besteller die Vergütung von dem Dritten erhalten habe, so trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die Fälligkeitsvoraussetzungen. Er muss daher beweisen, dass die von ihm erbrachte Werkleistung der Erfüllung einer Verpflichtung des Bestellers gegenüber dem Dritten diene, der Dritte zumindest einen Teil der Vergütung an den Besteller gezahlt hat sowie dass und inwieweit diese Vergütung seiner Werkleistung zuzuordnen ist.⁶¹ Insbesondere der Nachweis der Zahlung an den Besteller stellt den Unternehmer regelmäßig vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Dem Unternehmer steht daher ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Besteller hinsichtlich der an ihn geleisteten Vergütung zu.⁶² Allerdings muss im Streitfalle auch dieser Auskunftsanspruch zunächst gerichtlich durchgesetzt werden. Der Entwurf eines FoSiG (vgl. Rn 4) geht daher noch einen Schritt weiter. Nach dem neuen Abs. 2 S. 1 Nr. 3 des Entwurfes soll die Vergütung des Unternehmers spätestens dann fällig werden, wenn der Besteller dem Unternehmer nicht innerhalb einer vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist Auskunft über die von dem Dritten geleisteten Zahlungen erteilt hat.
- 29 3. Fälligkeit bei Mängeln des Werkes des Subunternehmers.** Umstritten ist, ob und inwieweit Mängel der Werkleistung des Unternehmers zu berücksichtigen sind, wenn **der Dritte trotz dieser Mängel die versprochene Vergütung an den Besteller zahlt**. Nach einer Ansicht steht dem Besteller auch in diesem Falle ein Leistungsverweigerungsrecht nach Abs. 3 zu. Dieses sei unabhängig davon, ob der Dritte seinerseits Mängel geltend gemacht habe oder nicht.⁶³ Nach a.A. ist eine Anwendung des Abs. 3 im Falle des Abs. 2 ausgeschlossen, da der Gesetzgeber dem Besteller den Einwand des Vorliegens von Werkmängeln generell abschneiden wollte und die Vor-

55 BT-Drucks 14/2752, S. 12.

56 Hierzu *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 232.

57 So Palandt/*Sprau*, § 641 Rn 7.

58 I.E. offen lassend *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 232; noch anders Bamberger/Roth/*Voit*, § 641 Rn 22: Sicherheitsleistung in Höhe des von dem Unternehmer geforderten Betrags; zust. Erman/*Schwenker*, § 641 Rn 15.

59 Bamberger/Roth/*Voit*, § 641 Rn 23.

60 Bamberger/Roth/*Voit*, § 641 Rn 25.

61 Erman/*Schwenker*, § 641 Rn 15; *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 232.

62 Palandt/*Sprau*, § 641 Rn 8; *Kiesel*, NJW 2000, 1673, 1678; Staudinger/*Peters*, § 641 Rn 41.

63 OLG Nürnberg NJW RR 2003, 1526; *Breyer/Bohn*, BauR 2004, 1066; Bamberger/Roth/*Voit*, § 641 Rn 24.

schrift für diese Fälle eigens um die Regelung des Abs. 2 S. 2 erweitert habe. Solange der Dritte nicht die Zahlung des Werklohnes unter Berufung auf die Mängel verweigere, stehe dieses Recht daher auch dem Besteller nicht zu. Allerdings könne der Besteller mit eigenen Zahlungsansprüchen, die sich aus den Gewährleistungsrechten ergeben (z.B. Ansprüche auf Vorschuss gem. § 637 Abs. 3 oder auf Schadensersatz gem. § 634 Nr. 4, §§ 280 ff.), gegen den Werklohnanspruch des Unternehmers aufrechnen.⁶⁴

Ein **Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts** lässt sich dem Gesetz freilich **nicht entnehmen**. Abs. 2 regelt nur die Fälligkeit des Werklohnanspruchs und soll verhindern, dass der Besteller durch die Verweigerung der Abnahme den Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen vereitelt und gleichzeitig die Vergütung von dem Dritten kassiert. Wäre dem Besteller zusätzlich das Recht verwehrt, die Zahlung des Werklohns wegen bestehender Mängel gem. §§ 320, 641 Abs. 3 zu verweigern, stünde er aber schlechter, als wenn er das Werk (unter Vorbehalt der Mängelrechte) abgenommen hätte. Hingegen das Leistungsverweigerungsrecht davon ab, dass auch der Dritte Mängel geltend macht, würde man zudem die ohnehin fragwürdige (vgl. Rn 20) Aufweichung der Trennung zwischen den beiden Rechtsverhältnissen noch ausweiten. Der Besteller wäre u.U. geradezu gezwungen, den Dritten auf die Mängel hinzuweisen, um seinerseits die Zahlung gegenüber dem Subunternehmer verweigern zu können. Der Verweis auf etwaige aufrechenbare Zahlungsansprüche ist wenig überzeugend. Zum einen liegen die Voraussetzungen für solche Zahlungsansprüche regelmäßig nicht vor, wenn und solange der Unternehmer zur Nacherfüllung bereit und in der Lage ist. Zum anderen wird auch den Interessen des Unternehmers nicht gedient, weil hierdurch für den Besteller geradezu ein Anreiz gesetzt wird, dem Unternehmer möglichst schnell die Nacherfüllung abzuschneiden, um auf etwaige Sekundäransprüche zurückgreifen zu können. Auch in den Fällen des Abs. 2 steht daher dem Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht nach §§ 320, 641 Abs. 3 zu, wenn das Werk des Subunternehmers Mängel aufweist.

IV. Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers bei Mängeln des Werkes

1. Allgemeines. Der Unternehmer ist nach § 633 Abs. 1 zur mangelfreien Herstellung des Werkes verpflichtet. Kommt der Unternehmer dieser Pflicht nicht nach, so stehen dem Besteller – neben dem Erfüllungsanspruch aus §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1 – die Rechte aus §§ 280 ff., 323, 326 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5 zu. Nach der Abnahme richten sich die Rechte des Bestellers nach §§ 634 ff. (vgl. § 634 Rn 27 ff., § 640 Rn 1). Ein Mangel des Werkes lässt den Anspruch des Unternehmers auf den Werklohn jedoch nicht automatisch entfallen. Der **Anspruch erlischt** vielmehr **erst**, wenn der Besteller von einem **Rücktrittsrecht** Gebrauch macht oder **Schadensersatz** statt der Leistung **verlangt** (§ 281 Abs. 4). Bis dahin stellt sich die Frage, ob der Besteller die Zahlung des Werklohnes bei Vorliegen von Mängeln ganz oder teilweise verweigern kann.

2. Leistungsverweigerung vor Abnahme. Weist das fertiggestellte Werk (mehr als unwesentliche) Mängel auf, so ist der **Besteller nicht verpflichtet, das Werk abzunehmen**. Er kann daher schon die Abnahme verweigern und auf vertragsgemäßer Herstellung bestehen (vgl. § 640 Rn 22). Ohne die Abnahme ist aber der Anspruch auf den **Werklohn** gem. Abs. 1 **nicht fällig**. Auf die fehlende Fälligkeit kann sich der Besteller auch dann berufen, wenn er das Werk bereits in Gebrauch genommen hat.⁶⁵ Eine entsprechende Zahlungsklage des Unternehmers ist als z.Zt. unbegründet abzuweisen, sodass es eines Leistungsverweigerungsrechts nicht bedarf.⁶⁶

Bietet der Unternehmer die Beseitigung der Mängel bzw. die Neuherstellung des Werkes an, so gerät der Besteller in **Annahmeverzug**, wenn er hierauf nicht reagiert und seine Mitwirkung versagt. Ein solcher Annahmeverzug führt – zumindest sofern es sich nicht um eine endgültige und ernsthafte Verweigerung der Mitwirkung durch den Besteller handelt (hierzu Rn 14 f.) – nicht ohne weiteres zur Fälligkeit der Werklohnforderung.⁶⁷ Der Unternehmer hat aber die Möglichkeit, gem. § 322 Abs. 2 auf **Zahlung des Werklohnes nach Herstellung des mangelfreien Werkes** zu klagen.⁶⁸ Gem. §§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 kann der Unternehmer aus einem solchen Urteil ohne Erbringung der Gegenleistung vollstrecken, wenn der Besteller weiterhin die Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer ablehnt.

3. Leistungsverweigerung nach Abnahme. a) Rechtsgrundlage. Hat der Besteller das Werk abgenommen, so wird der Werklohnanspruch gem. Abs. 1 fällig. Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller aber auch nach der Abnahme – vorbehaltlich des § 640 Abs. 2 – auf Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder Neuherstellung des Werkes gem. §§ 634 Nr. 1, 635 bestehen. Im Hinblick hierauf gesteht die ganz h.M. dem Besteller auch ein **Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Werklohnanspruch** des Unternehmers zu. Umstritten ist, auf welche Rechtsgrundlage sich dieses stützen lässt. Zum Teil wird das Leistungsverweigerungsrecht als Ausprägung des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts aus § 273 angesehen.⁶⁹ Überwiegend wird die Rechtsgrundlage

64 Kniffka, ZfBR 2000, 227, 232; Palandt/Sprau, § 641 Rn 8.

65 BGH NJW-RR 2004, 591.

66 BGHZ 149, 289, 292.

67 BGHZ 149, 289, 292.

68 BGHZ 149, 289, 292 f.; OLG Celle NZBau 2004, 328;

OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.7.2003 – 23 U 78/02 – Juris

Dok.Nr. KORE 44537 2003; Palandt/Sprau, § 641 Rn 4.

69 BGHZ 53, 122, 125 nennt § 273 neben § 320.

hierfür jedoch in § 320 gesehen.⁷⁰ Vereinzelt wird angenommen, dass nach Einführung des Abs. 3 diese Vorschrift die alleinige Rechtsgrundlage für das Leistungsverweigerungsrecht sei.⁷¹

- 35** Zutreffend erscheint es, das Leistungsverweigerungsrecht auf § 320 zu stützen. Es findet seine Grundlage in dem Nacherfüllungsanspruch des Bestellers aus § 635. Der Nacherfüllungsanspruch ist aber nichts anderes als der primäre Erfüllungsanspruch des Bestellers in einer durch die Gewährleistungsvorschriften modifizierten Gestalt. Er steht daher zum Anspruch des Unternehmers auf den Werklohn in einem synallagmatischen Verhältnis, sodass nicht § 273, sondern § 320 *sedes materiae* ist. Der Rückgriff auf § 320 ist auch nicht infolge der Einführung des Abs. 3 ausgeschlossen. Der Gesetzgeber wollte mit der Vorschrift im Wesentlichen die Rechtsprechung zum Druckzuschlag bestätigen und für eine Vereinheitlichung sorgen.⁷² Der BGH hatte vor Einführung der Vorschrift das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers auf § 320 gestützt.⁷³ Der von der Rechtsprechung anerkannte Druckzuschlag diente der Konkretisierung des § 320 Abs. 2. Diese Funktion kommt nunmehr dem Abs. 3 zu. Auch wenn sein Wortlaut auf eine allgemeine Normierung des Leistungsverweigerungsrechts hindeutet („kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern“), beschränkt sich sein originärer Regelungsgehalt im Wesentlichen darauf, für den Spezialfall des Werkvertrags festzulegen, unter welchen Voraussetzungen der Einbehalt des Bestellers sich i.S.v. § 320 Abs. 2 in den Grenzen von Treu und Glauben bewegt.
- 36 b) Voraussetzungen.** Das Leistungsverweigerungsrecht setzt voraus, dass dem Besteller ein **Anspruch auf Nacherfüllung** aus § 635 zusteht. Besteht der Anspruch auf Nacherfüllung nicht mehr, so erlischt auch das Leistungsverweigerungsrecht. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Beseitigung des Mangels ausgeschlossen ist (§ 275 Abs. 1) oder der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert hat (§ 275 Abs. 2 und 3, § 635 Abs. 3).⁷⁴ Gleiches gilt, wenn der Besteller vom Vertrag zurückgetreten ist, den Werklohn gemindert hat oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt.⁷⁵ Der Besteller kann dann allenfalls noch mit auf Zahlung gerichteten Ansprüchen gegen einen fortbestehenden Werklohnanspruch aufrechnen.⁷⁶ Die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs lässt dagegen das Leistungsverweigerungsrecht unberührt.⁷⁷ Das Leistungsverweigerungsrecht steht dem Besteller auch dann zu, wenn er sich hinsichtlich der Mängelbeseitigung in **Annahmeverzug** befindet. Allerdings reduziert sich der Umfang dessen, was der Besteller bis zur ordnungsgemäßen Erfüllung einbehalten kann (vgl. Rn 39).
- 37 Berechtigt** zur Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts ist stets **der Besteller** als Schuldner der Werklohnforderung. Dies gilt auch, wenn das Werk einem Dritten zugute kommen soll oder der Besteller den Anspruch auf mangelfreie Herstellung sogar an einen Dritten abgetreten hat (z.B. der Bauträger an den Erwerber des Bauwerkes).⁷⁸
- 38 c) Umfang.** Der Besteller kann einen **angemessenen Teil** der Vergütung einbehalten. Als **Mindestgrenze** nennt das Gesetz das **Dreifache** der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.⁷⁹ Dies bedeutet, dass im Einzelfall auch ein deutlich höherer Betrag angemessen sein kann.⁸⁰ Ein höherer Einbehalt kann insbesondere dann zulässig sein, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung gering sind, sodass ohne einen solchen Zuschlag kein ausreichender Anreiz zur Beseitigung der Mängel für den Unternehmer besteht. Haben die Parteien vereinbart, dass der Besteller berechtigt sein soll, von der Schlussrechnung einen bestimmten Betrag als **Sicherungseinbehalt** zurückzuhalten,⁸¹ so schließt dies das Leistungsverweigerungsrecht nicht aus. Der Sicherungseinbehalt ist jedoch im Rahmen des Abs. 3 zu berücksichtigen, so dass sich der nach dieser Vorschrift einzubehaltende Betrag um den vertraglich vereinbarten Sicherungseinbehalt vermindern kann.⁸²
- 39** Fraglich ist, ob Fälle denkbar sind, in denen der zulässige Einbehalt unterhalb des Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten liegt. Die Frage stellt sich vor allem, wenn der Besteller sich hinsichtlich der Mängelbeseitigung in **Annahmeverzug** befindet. Hier hielt die Rechtsprechung vor Einführung des Abs. 3 nur einen Einbehalt in Höhe der einfachen Mängelbeseitigungskosten für gerechtfertigt.⁸³ Der Wortlaut des Abs. 3 scheint dies nunmehr aus-

70 BGHZ 55, 354, 356 ff.; 61, 42, 43; OLG Dresden BauR 2001, 1261; Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 27; Palandt/Sprau, § 641 Rn 10; Jauernig/Mansel, § 641 Rn 6.

71 Kohler, BauR 2003, 1804, 1806 f.

72 BT-Drucks 14/1246, S. 7.

73 BGHZ 55, 358.

74 BGH NJW 2003, 288; 2004, 502, 506.

75 Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 27.

76 Zu Einzelheiten, auch zu prozessualen Problemen, vgl. Kniffka/Koebke, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rn 212 ff.

77 BGH BauR 2003, 1584.

78 BGHZ 55, 354, 358; Palandt/Sprau, § 641 Rn 10; Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 29; vgl. auch Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, S. 513 m.w.N.

79 Die frühere Rspr. hatte den Einbehalt „in der Regel“ auf das Zwei- bis Dreifache der Mängelbeseitigungskosten beziffert; vgl. BGH NJW 1992, 1632, 1633. Ähnlich nunmehr der Änderungsvorschlag im Entwurf des FoSIG, vgl. Rn 4.

80 Vgl. etwa OLG Oldenburg NJW-RR 1996, 817.

81 Hierzu Kniffka/Koebke, Kompendium des Baurechts, 10. Teil Rn 76 ff.; zur Zulässigkeit eines Sicherungseinhalts in AGB vgl. OLG Düsseldorf BauR 2003, 1585.

82 BGH NJW 1982, 2494.

83 OLG Hamm OLGR 1994, 194; OLG Naumburg OLGR 1997, 303.

zuschließen. Auch die Gesetzesbegründung spricht davon, dass „als Minimum das Dreifache angesetzt werden“ solle.⁸⁴ Dennoch vertritt die Rechtsprechung die Ansicht, dass auch nach der Einfügung des Abs. 3 bei Annahmeverzug des Bestellers eine Ausnahme von der gesetzlich festgelegten Mindestgrenze gelten müsse und der Besteller nur die einfachen Kosten der Nacherfüllung zurückbehalten dürfe.⁸⁵ Dem ist zuzustimmen. Der in Abs. 3 geregelte Druckzuschlag soll dem Besteller die Möglichkeit geben, den Unternehmer zur Erfüllung seiner primären Leistungspflicht zu zwingen. Ein solches Zwangsmittel ist aber nicht erforderlich, wenn die Nacherfüllung alleine an dem Besteller scheitert. Die Vorschrift bedarf daher insofern einer teleologischen Reduktion. Maßgeblich für die Höhe des Einbehaltes ist dann die Grundnorm des § 320 Abs. 2. Der in Annahmeverzug befindliche Besteller muss in diesem Falle nur dagegen abgesichert werden, dass er die Beseitigung der Mängel selbst vornehmen oder einen anderen Unternehmer damit beauftragen muss und aufgrund der Vorleistung auf den entstehenden Kosten sitzen bleibt. Hierfür genügt es jedoch, wenn er den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten einbehalten kann. Damit ist den Interessen des Unternehmers ausreichend Rechnung getragen. Ein vollständiger Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts ist selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn der Besteller die Feststellung der Mängel hinauszögert.⁸⁶

d) Wirkung. Bereits das Vorliegen der Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts hindert für sich genommen den Eintritt des Schuldnerverzuges des Bestellers hinsichtlich des Werklohnanspruchs.⁸⁷ Erhebt der Unternehmer Klage auf Zahlung des Werklohnes und macht der Besteller zu Recht das Leistungsverweigerungsrecht geltend, erfolgt eine Verurteilung zur **Zahlung Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel** (§§ 320, 322 Abs. 1).⁸⁸ Ist der Unternehmer seinerseits nur gegen **Sicherheitsleistung** zur Nacherfüllung verpflichtet (z.B. wegen einer Beteiligung des Bestellers an den „Sowieso-Kosten“ oder im Falle des § 648a Abs. 1 S. 1), so kommt es, wenn der Besteller die Sicherheit nicht bestellt, zu einer doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung.⁸⁹ Der Besteller wird dann zur Zahlung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung verurteilt, wobei die Mängelbeseitigung ebenfalls nur Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung zu erfolgen hat. Will der Unternehmer aus diesem Titel vollstrecken, muss er den Besteller auffordern, die Sicherheit zu leisten oder zu hinterlegen. Geschieht dies nicht, kann der Unternehmer aus dem Zahlungstitel ohne vorherige Nacherfüllung vollstrecken (§§ 756, 765 ZPO).⁹⁰ Der Unternehmer kann die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts durch den Besteller nicht durch eine eigene Sicherheitsleistung abwenden; **§ 273 Abs. 3** findet **keine Anwendung** (§ 320 Abs. 1 S. 3).⁹¹ Eine solche Befugnis des Unternehmers stünde in Widerspruch zu dem Zweck des Abs. 3, den Unternehmer zur Erfüllung seiner primären Hauptpflicht zu zwingen.⁹²

Soweit der Werklohnanspruch den Betrag übersteigt, den der Besteller nach Abs. 3 einbehalten darf, kann der Unternehmer uneingeschränkte Zahlung verlangen. Da das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 den Gläubiger grundsätzlich zur vollständigen Verweigerung der Gegenleistung berechtigt, die Beschränkung auf einen angemessenen Teil der Vergütung in Abs. 3 demnach eine Ausnahmenvorschrift darstellt, trägt der Unternehmer die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass der vom Besteller vorgenommene Einbehalt hinsichtlich der Höhe unberechtigt ist.⁹³ Es ist also Sache des Unternehmers, die Kosten für die Mängelbeseitigung darzulegen und nachzuweisen, dass diese – auch unter Berücksichtigung des Druckzuschlages – unterhalb des vom Besteller zurückgehaltenen Betrages liegen. Für diese Lösung spricht auch, dass dem Unternehmer gem. § 635 Abs. 1 das Wahlrecht hinsichtlich der Art und Weise der Nacherfüllung zusteht, die Höhe der Mängelbeseitigungskosten aber wesentlich davon abhängt, ob eine Beseitigung des Mangels möglich oder eine Neuherstellung erforderlich ist.⁹⁴ Der Besteller hingegen trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts sowie dafür, dass ein höherer als der im Gesetz genannte Druckzuschlag angemessen ist. Umgekehrt trägt der Unternehmer die Beweislast, wenn er sich darauf beruft, dass entgegen der Regelung in Abs. 3 ein Druckzuschlag – z.B. wegen Annahmeverzuges des Bestellers – nicht oder in geringerem Umfang gerechtfertigt ist.⁹⁵

84 BT-Drucks 14/1246, S. 7.

85 BGH NJW-RR 2002, 1025; OLG Celle NZBau 2004, 328, 329; ebenso Palandt/Sprau, § 641 Rn 12; *Biebelheimer*, NZBau 2004, 124, 127; *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 232; i.E. ähnlich Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 28: Unterschreitung der Mindestgrenze nicht zulässig, aber dem Besteller sei eine Berufung auf das Leistungsverweigerungsrecht nach Treu und Glauben verwehrt; a.A. Erman/Schwenker, § 641 Rn 17.

86 A.A. OLG Celle NJW-RR 2004, 1669.

87 OLG Hamm BauR 2004, 690, 692.

88 BGHZ 61, 42, 45; 90, 354, 356.

89 BGHZ 90, 354, 357 ff.; OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 1316.

90 BGHZ 90, 354, 359; OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 1316.

91 *Kohler*, BauR 2003, 1804, 1807 f.; a.A. *Heiland*, BauR 2004, 1209, 1212 ff.; vgl. auch Palandt/Sprau, § 641 Rn 13.

92 *Kohler*, BauR 2003, 1804, 1808.

93 BGH NJW-RR 1997, 18, 19.

94 Zu diesem Argument auch *Biebelheimer*, NZBau 2004, 124, 126 f., der allerdings dem Besteller die Beweislast auferlegen will und lediglich eine „sekundäre Darlegungslast“ des Unternehmers annimmt, der verpflichtet sei, gegenüber dem Besteller die notwendigen Angaben zu machen, damit dieser zur Höhe der Mängelbeseitigungskosten vortragen kann.

95 *Biebelheimer*, NZBau 2004, 124, 127; Palandt/Sprau, § 641 Rn 14.

V. Verzinsung

- 42** Sofern die dem Unternehmer für die Herstellung des Werkes zu entrichtende Vergütung in Geld bestimmt ist, ist diese mit der Abnahme zu verzinsen (Abs. 4). Voraussetzung ist allerdings, dass der **Anspruch** mit der Abnahme auch fällig wird. Die Verzinsungspflicht besteht daher nicht, wenn trotz Abnahme keine Fälligkeit eintritt. Das Gesetz erwähnt selbst die Stundungsvereinbarung. Denkbar ist aber auch, dass die Parteien die Fälligkeit von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht haben (vgl. Rn 8). Eine Verzinsung entfällt außerdem, wenn dem Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht (etwa aus § 320 Abs. 1) zusteht.⁹⁶
- 43** Die Verzinsungspflicht kann auch **ohne Abnahme** entstehen, sofern das Gesetz den Eintritt bestimmter Umstände einer Abnahme durch den Besteller gleichstellt (§§ 640 Abs. 1 S. 3, 641a Abs. 1). Im Falle des § 641a beginnt allerdings die Verzinsung erst mit dem Zugang der Fertigstellungsbescheinigung beim Besteller (§ 641a Abs. 5 S. 2). Wird der Anspruch auf den Werklohn ausnahmsweise ohne Abnahme (und ohne Vorliegen eines Abnahmesurrogates) fällig (vgl. Rn 11 ff.), findet Abs. 4 keine Anwendung. Vielmehr richtet sich die Frage der Verzinsung nach den allgemeinen Vorschriften.⁹⁷
- 44** Die **Höhe der Zinsen** bestimmt sich nach dem gesetzlichen Zinssatz (§ 246 bzw. § 352 HGB). Soweit sich aus anderen Vorschriften Ansprüche auf höhere Zinsen ergeben, werden diese nicht ausgeschlossen. Denkbar sind insbesondere Ansprüche auf Verzugszinsen (§ 288 Abs. 1 und 2, § 286) bzw. auf einen darüber hinausgehenden Zinsschaden (vgl. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 Abs. 4).

§ 641a**Fertigstellungsbescheinigung**

(1) ¹Der Abnahme steht es gleich, wenn dem Unternehmer von einem Gutachter eine Bescheinigung darüber erteilt wird, dass

1. das versprochene Werk, im Falle des § 641 Abs. 1 Satz 2 auch ein Teil desselben, hergestellt ist und
2. das Werk frei von Mängeln ist, die der Besteller gegenüber dem Gutachter behauptet hat oder die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind,

(Fertigstellungsbescheinigung). ²Das gilt nicht, wenn das Verfahren nach den Absätzen 2 bis 4 nicht eingehalten worden ist oder wenn die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht gegeben waren; im Streitfall hat dies der Besteller zu beweisen. ³§ 640 Abs. 2 ist nicht anzuwenden. ⁴Es wird vermutet, dass ein Aufmaß oder eine Stundenlohnabrechnung, die der Unternehmer seiner Rechnung zugrunde legt, zutreffen, wenn der Gutachter dies in der Fertigstellungsbescheinigung bestätigt.

(2) ¹Gutachter kann sein

1. ein Sachverständiger, auf den sich Unternehmer und Besteller verständigt haben, oder
2. ein auf Antrag des Unternehmers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architektenkammer oder eine Ingenieurkammer bestimmter öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger.

²Der Gutachter wird vom Unternehmer beauftragt. ³Er ist diesem und dem Besteller des zu begutachtenden Werkes gegenüber verpflichtet, die Bescheinigung unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen.

(3) ¹Der Gutachter muss mindestens einen Besichtigungstermin abhalten; eine Einladung hierzu unter Angabe des Anlasses muss dem Besteller mindestens zwei Wochen vorher zugehen. ²Ob das Werk frei von Mängeln ist, beurteilt der Gutachter nach einem schriftlichen Vertrag, den ihm der Unternehmer vorzulegen hat. ³Änderungen dieses Vertrags sind dabei nur zu berücksichtigen, wenn sie schriftlich vereinbart sind oder von den Vertragsteilen übereinstimmend gegenüber dem Gutachter vorgebracht werden. ⁴Wenn der Vertrag entsprechende Angaben nicht enthält, sind die allgemein anerkannten Regeln der Technik zugrunde zu legen. ⁵Vom Besteller geltend gemachte Mängel bleiben bei der Erteilung der Bescheinigung unberücksichtigt, wenn sie nach Abschluss der Besichtigung vorgebracht werden.

(4) ¹Der Besteller ist verpflichtet, eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben durch den Gutachter zu gestatten. ²Verweigert er die Untersuchung, wird vermutet, dass das zu untersuchende Werk vertragsgemäß hergestellt worden ist; die Bescheinigung nach Absatz 1 ist zu erteilen.

(5) ¹Dem Besteller ist vom Gutachter eine Abschrift der Bescheinigung zu erteilen. ²In Ansehung von Fristen, Zinsen und Gefahrübergang treten die Wirkungen der Bescheinigung erst mit ihrem Zugang beim Besteller ein.

⁹⁶ OLG Düsseldorf NJW 1971, 2310; Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 31; Palandt/Sprau, § 641 Rn 15.

⁹⁷ Bamberger/Roth/Voit, § 641 Rn 31.

Literatur: Henkel, Der schriftliche Vertrag i.S. von § 641a Abs. 3 Satz 2 BGB und sein Verhältnis zu § 126 BGB, BauR 2003, 322; Jaeger/Palm, Die Fertigstellungsbescheinigung gemäß § 641a BGB – kurzer Prozess im Baurecht, BB 2000, 1102; Kniffka, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – Neuregelung des Bauvertragsrechts und seine Folgen, ZfBR 2000, 227; Korbion, Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – Neuregelungen im Werkvertragsrecht, ZPO und AGBG, MDR 2000, 932; Motzke, Abschlagszahlung, Abnahme und Gutachterverfahren nach dem Beschleunigungsgesetz, NZBau 2000, 489; Niemöller, Abnahme und Abnahmefiktionen nach dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BauR 2001, 481; Seewald, § 641a BGB: Die Fertigstellungsbescheinigung im Werkvertragsrecht, ZfBR 2000, 219; Stapenhorst, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, DB 2000, 909.

A. Allgemeines	1	a) Auswahl des Gutachters	21
B. Regelungsgehalt	5	b) Persönliche Voraussetzungen	24
I. Bedeutung der Fertigstellungsbescheinigung	5	c) Rechtsstellung des Gutachters	26
II. Anwendungsbereich	6	2. Besichtigung des Werkes	28
III. Voraussetzungen der Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung	9	a) Bestimmung des Termins und Ladung (Abs. 3 S. 1)	28
1. Herstellung des Werkes	9	b) Gestattung durch den Besteller (Abs. 4 S. 1)	30
2. Mängelfreiheit des Werkes	10	c) Durchführung	31
a) Arten von Mängeln	10	V. Wirkungen der Bescheinigung	32
b) Maßstab	11	1. Gleichstellung mit der Abnahme	32
c) Feststellung der Mängelfreiheit	16	2. Abrechnungsbestätigung	36
3. Abrechnungsbescheinigung (Abs. 1 S. 4)	19	VI. Beweislast	37
IV. Verfahren	21		
1. Der Gutachter (Abs. 2)	21		

A. Allgemeines

§ 641a ist durch das **Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen**¹ in das BGB eingefügt worden. Ziel des Gesetzes war es, den Problemen zu begegnen, die vor allem für kleine und mittlere Unternehmen entstehen, wenn Zahlungen für bereits erbrachte Leistungen ausbleiben.² Im Werkvertragsrecht stellt sich dieses Problem vor allem dann, wenn der **Besteller die Abnahme des Werkes zu Unrecht verweigert**, da an die Abnahme die Fälligkeit des Werklohnanspruchs gekoppelt ist (§ 641 Abs. 1).

Das Gesetz sieht daher die Möglichkeit vor, dass sich der Unternehmer die Abnahmefähigkeit des Werkes durch einen Gutachter bescheinigen lassen kann mit der Folge, dass **die Bescheinigung an die Stelle der Abnahme** tritt und der Anspruch auf den Werklohn fällig wird. Die Bescheinigung eröffnet dem Unternehmer darüber hinaus den Weg in den **Urkundenprozess** (§§ 592 ff. ZPO), da er bei Vorliegen der Bescheinigung sämtliche Voraussetzungen des Werklohnanspruchs durch Urkunden belegen kann.³

Die Vorschrift bringt freilich **für den Besteller gewisse Gefahren** mit sich. So wird er bei Erteilung der Bescheinigung im Urkundenprozess kaum in der Lage sein, den Gegenbeweis zu führen. Vielmehr wird er hierfür in der Regel auf das Nachverfahren (§§ 599, 600 ZPO) angewiesen sein. Der Unternehmer hingegen kann zunächst aus dem im Urkundenprozess ergangenen Urteil ohne Sicherheitsleistung vollstrecken (§ 708 Nr. 4 ZPO). Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass dem Unternehmer ein solch „schneidiges Verfahren“ nur dann eröffnet werden sollte, wenn der Anspruch zuvor „ernsthaft und effektiv auf seine wirkliche Berechtigung überprüft“ worden ist.⁴ Ob das Verfahren nach § 641a eine solche Prüfung gewährleistet, erscheint allerdings zweifelhaft. Problematisch ist vor allem, dass der Gutachter im Rahmen der Erteilung der Bescheinigung teilweise auch Rechtsfragen mit beantworten muss (vgl. Rn 11).⁵

Die Neuregelung hat in der Praxis bisher wenig Bedeutung erlangt,⁶ wie auch das Fehlen veröffentlichter Entscheidungen zu Fragen der Fertigstellungsbescheinigung zeigt. Selbst aus den gesetzgebenden Organen wird die Ansicht geäußert, dass sich die Vorschrift nicht bewährt habe.⁷ Der Entwurf eines FoSiG⁸ (vgl. Vorbem. zu §§ 631 ff. Rn 8) sieht in Art. 1 Nr. 4 die Streichung der Regelung vor.

1 Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 (BGBl I S. 330); zur Entstehungsgeschichte vgl. den Gesetzesentwurf BT-Drucks 14/1246 sowie die Beschlussempfehlung BT-Drucks 14/2752.

2 Gesetzesentwurf, BT-Drucks 14/1246, S. 4.

3 BT-Drucks 14/1246, S. 8.

4 BT-Drucks 14/1246, S. 8.

5 Zur Kritik vgl. etwa Motzke, NZBau 2000, 489, 499; Staudinger/Peters, § 649a Rn 5.

6 Zu den Gründen vgl. etwa Staudinger/Peters, § 641a Rn 5.

7 Vgl. die Äußerungen der Abgeordneten Manzewski und Voßhoff in der ersten Lesung des FoSiG, Plenarprotokoll 15/133 vom 22.10.2004, S. 12194 ff.

8 Entwurf (Bundesrat) eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsge-
setz – FoSiG) vom 14.7.2004, BT-Drucks 15/3594, S. 5.

B. Regelungsgehalt

I. Bedeutung der Fertigstellungsbescheinigung

- 5 Die Fertigstellungsbescheinigung ist eine **Privaturkunde** i.S.d. § 416 ZPO.⁹ Sie liefert also prozessual lediglich den Beweis dafür, dass der Gutachter die Herstellung und die Mängelfreiheit des Werkes (Abs. 1 S. 1) sowie ggf. die Richtigkeit der maßgeblichen Abrechnungsgrundlagen (Abs. 1 S. 4) bestätigt hat. Ihre Bedeutung für den Prozess um die Zahlung des Werklohnes erlangt die Urkunde nicht aus ihrer eigenen Beweiskraft, sondern dadurch, dass das Gesetz die Ausstellung der Urkunde einer Abnahme durch den Besteller gleichstellt bzw. hieran eine Richtigkeitsvermutung knüpft (Abs. 1 S. 4).

II. Anwendungsbereich

- 6 Wie sich aus der systematischen Stellung der Vorschrift ergibt, findet diese nur auf **Werkverträge** Anwendung. Sie gilt daher **nicht für Herstellungsverträge**, die nach § 651 dem Kaufrecht unterliegen. Da § 641a in der Aufzählung der anwendbaren werkvertraglichen Vorschriften in § 651 S. 3 nicht genannt ist, ist eine Anwendung auch bei Verträgen über die Herstellung nicht vertretbarer Sachen ausgeschlossen.
- 7 Da die Fertigstellungsbescheinigung die Abnahme ersetzt, gilt § 641a nur, wenn das Werk **einer Abnahme zugänglich** ist. Ist dagegen die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen (§§ 640 Abs. 1 S. 1, 646), scheidet auch eine Fertigstellungsbescheinigung i.S.d. § 641a aus. Wie sich aus Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ergibt, ist die Erteilung einer Bescheinigung für einen **Teil des Werkes** möglich, sofern die Parteien eine Teilabnahme vereinbart haben.
- 8 Der **zeitliche Anwendungsbereich** der Vorschrift erfasst Verträge, die ab dem 1.5.2000 geschlossen worden sind (Art. 229 § 1 Abs. 2 EGBGB). Für Verträge, die nach § 651 a.F. als Werklieferungsverträge dem Werkvertragsrecht unterfallen, gilt § 641a nur, wenn sie vor dem 1.1.2002 geschlossen worden sind (Art. 229 § 5 EGBGB).

III. Voraussetzungen der Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung

- 9 **1. Herstellung des Werkes.** Die Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung setzt zunächst voraus, dass das versprochene Werk hergestellt worden ist. Die Herstellung ist **nicht mit der Vollendung i.S.d. § 646 gleichzusetzen**,¹⁰ da letztere bei verkörperten Werkleistungen typischerweise die Übergabe des Werkes an den Besteller erfordert (vgl. § 646 Rn 5). Eine Übergabe des Werkes kann im Falle des § 641a schon deshalb nicht gefordert worden, weil der Besteller es ansonsten in der Hand hätte, den Eintritt der Abnahmevoraussetzungen zu verhindern, was dem Zweck der Vorschrift widersprechen würde. Für die „Herstellung“ i.S.d. Abs. 1 muss es daher genügen, dass der Unternehmer alles getan hat, was von seiner Seite zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolges erforderlich ist. Sofern keine Teilabnahme vereinbart ist, muss das Werk **vollständig** hergestellt sein. Entsprechend den für die Abnahme geltenden Grundsätzen steht allerdings das Ausstehen „unbedeutender Restarbeiten“ der Erteilung der Bescheinigung nicht entgegen (vgl. § 640 Rn 23).¹¹ Die **Mängelfreiheit** ist keine Voraussetzung für die Herstellung, sondern gem. Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Gegenstand einer besonderen Feststellung.
- 10 **2. Mängelfreiheit des Werkes. a) Arten von Mängeln.** Die Fertigstellungsbescheinigung darf nur ausgestellt werden, wenn das Werk frei von Mängeln ist. Zu berücksichtigen sind zum einen **Sachmängel** i.S.d. § 633 Abs. 2. Fraglich ist, ob dasselbe auch für **Rechtsmängel** gilt.¹² Das SchuldRModG hat gem. § 633 Abs. 1 und 3 Sach- und Rechtsmängel hinsichtlich der Rechtsfolgen gleichgestellt. Dabei ist offenbar der Zusammenhang mit dem kurze Zeit zuvor eingeführten § 641a nicht bedacht worden. Bei der Schaffung dieser Regelung war in keiner Weise daran gedacht, dass der Gutachter Rechtsfragen entscheiden soll, zumal ihm hierzu im Regelfalle die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten fehlen.¹³ Aus diesem Grunde kann die Fertigstellungsbescheinigung nicht die Freiheit von Rechtsmängeln umfassen.¹⁴ Dies darf andererseits nicht dazu führen, dass der Gutachter die Erteilung der Bescheinigung mangels Kompetenz schon dann ablehnen müsste, wenn der Besteller irgendeinen Rechtsmangel geltend macht. Vielmehr ist der Gegenstand der Feststellung von vornherein auf Sachmängel zu begrenzen. Dies hat freilich zur Folge, dass auch die Wirkungen der Bescheinigung entsprechend begrenzt sind (vgl. Rn 33).
- 11 **b) Maßstab.** Bei der Beurteilung der Mängelfreiheit hat der Gutachter den Maßstab des § 633 Abs. 2 zugrunde zu legen. Maßgeblich ist danach, ob das Werk die vereinbarte Beschaffenheit hat, ob also **die Ist-Beschaffenheit mit der Soll-Beschaffenheit übereinstimmt**. Grundlage für die Ermittlung der Soll-Beschaffenheit ist die vertragliche Vereinbarung, sofern sich hieraus Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das Werk eine bestimmte Beschaffenheit aufweisen (§ 633 Abs. 2 S. 1) oder sich zumindest für einen bestimmten Vertragszweck eignen muss

9 Palandt/*Sprau*, § 641a Rn 3.

10 Missverständlich deshalb die Gesetzesbegründung, BT-Drucks 14/1246, S. 9, wo von „Vollendung“ die Rede ist.

11 BT-Drucks 14/1246, S. 9.

12 Vorsichtig bejahend Palandt/*Sprau*, § 641a Rn 5; *Mundt*, NZBau 2003, 73, 78.

13 Zutreffend *Thode*, NZBau 2002, 297, 303.

14 Ebenso Bamberger/Roth/*Voit*, § 641a Rn 20, 25; *Thode*, NZBau 2002, 297, 303.

(§ 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1). Dem Gutachter kommt damit freilich über die reinen tatsächlichen Feststellungen hinaus die Aufgabe zu, den Vertragsinhalt im Wege der Auslegung zu ermitteln, was ihn nicht selten überfordern wird und über die Aufgaben eines Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren hinausgeht.¹⁵ Ohne Feststellungen zum Vertragsinhalt lässt sich andererseits die Mängelfreiheit nicht beurteilen, sodass man dem Gutachter diese Vorprüfkompetenz wird zubilligen müssen.

Gem. Abs. 3 S. 2 darf der Gutachter nur einen **schriftlichen Vertrag** berücksichtigen. Ist dem Unternehmer der Auftrag nur mündlich erteilt worden, scheidet daher in der Regel die Erteilung einer Feststellungsbescheinigung aus.¹⁶ Auch spätere Vertragsänderungen sind nur einzubeziehen, wenn sie schriftlich vorgenommen werden. Eine Ausnahme macht das Gesetz allerdings, wenn die Vertragsparteien dem Gutachter übereinstimmend mitteilen, dass eine mündliche Vertragsänderung erfolgt sei (Abs. 3 S. 3). Eine mündliche Vertragsänderung hat auch dann Bedeutung, wenn zwischen den Parteien unstreitig ist, dass der schriftliche Vertrag in einem bestimmten Punkt abgeändert wurde, die Parteien aber über den Inhalt der Änderung unterschiedlicher Auffassung sind. In diesem Falle steht zumindest fest, dass der schriftliche Vertrag keine verlässliche Grundlage für die Ermittlung der Soll-Beschaffenheit ist. Eine Fertigstellungsbescheinigung darf daher nicht erteilt werden.¹⁷

Fraglich ist, ob mit „schriftlich“ die **Schriftform des § 126** gemeint ist. Hieran bestehen im Hinblick auf den Zweck der Regelung Zweifel. Durch die Schriftlichkeit soll gewährleistet werden, dass dem Gutachter eine klare und nicht anzweifelbare Beurteilungsgrundlage zur Verfügung steht.¹⁸ Dies verlangt nicht notwendigerweise eine eigenhändige Unterzeichnung des Vertrags durch beide Parteien wie es für die Schriftform des § 126 Abs. 1 erforderlich ist. Vielmehr sollte es genügen, wenn der Vertragsinhalt in einer Urkunde niedergelegt ist und beide Parteien darüber einig sind, dass die Urkunde den Vertragsinhalt zutreffend wiedergibt.¹⁹ Zweifelhaft erscheint dagegen, ob auch ein von den Parteien des Werkvertrags übereinstimmend mündlich vorgebrachter Vertragsinhalt zu berücksichtigen ist.²⁰ Hierfür könnte die Gleichbehandlung mit der Berücksichtigung späterer Vertragsänderungen sprechen (Abs. 3 S. 3). Andererseits deutet die Trennung zwischen dem Vertragsinhalt und etwaigen späteren Änderungen darauf hin, dass der Gesetzgeber bewusst eine unterschiedliche Regelung treffen wollte.

Sofern der Vertrag keine konkreten Vereinbarungen enthält, die eine Feststellung der Soll-Beschaffenheit zulassen, hat der Gutachter die allgemein **anerkannten Regeln der Technik** zugrunde zu legen (Abs. 3 S. 4).²¹ Diese bestimmen letztlich die Beschaffenheit, die i.S.v. § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 bei Werken dieser Art üblich ist und vom Besteller erwartet werden kann.

Umstritten ist, ob die Fertigstellungsbescheinigung erteilt werden darf, wenn das Werk lediglich **unwesentliche Mängel** i.S.d. § 640 Abs. 1 S. 2 aufweist.²² Das Gesetz ist insoweit nicht eindeutig. Einerseits spricht Abs. 1 S. 1 Nr. 2 davon, dass das Werk „frei von Mängeln“ sein müsse, enthält also keinerlei Einschränkung. Andererseits verweist Abs. 1 S. 2 auch auf § 640 Abs. 1 S. 2 mit der Folge, dass die Fertigstellungsbescheinigung einer Abnahme nur dann nicht gleichsteht, wenn das Werk mehr als unwesentliche Mängel aufweist. Für die Zulässigkeit der Erteilung der Bescheinigung bei lediglich unwesentlichen Mängeln spricht auch, dass die Bescheinigung ein Abnahmesurrogat darstellt und es deshalb widersprüchlich wäre, wenn der Gutachter die Erteilung der Bescheinigung in Fällen verweigern dürfte, in denen dem Unternehmer ein Anspruch gegen den Besteller auf Abnahme des Werkes zusteht.²³ Das Werk ist daher i.S.d. Abs. 1 S. 1 Nr. 2 auch dann als mängelfrei anzusehen, wenn das Werk i.S.d. § 640 Abs. 1 S. 2 nur unwesentliche Mängel aufweist.

c) Feststellung der Mängelfreiheit. Um die Mängelfreiheit festzustellen, hat der Gutachter das Werk zu **besichtigen** (Abs. 3 S. 1). Hinsichtlich der vom Gutachter zu berücksichtigenden Mängel unterscheidet das Gesetz zwischen Mängeln, die vom Besteller geltend gemacht werden (Abs. 3 S. 5) und sonstigen Mängeln. Soweit der Besteller keine Mängel rügt, besteht seitens des Gutachters nur eine **beschränkte Überprüfungspflicht**. Der Gutachter kann sich weitgehend auf eine Sichtprüfung beschränken. Eingehendere Untersuchungen sind nur erforderlich, wenn aufgrund der ersten Prüfung Anhaltspunkte für Mängel vorliegen.²⁴ In bestimmten Fällen kann eine Funktionsprüfung erforderlich sein, wenn sich die Vertragsgemäßheit anders nicht feststellen lässt (z.B. bei Ver-

15 Mit Recht krit. daher *Motzke*, NZBau 2000, 489, 499.

16 Palandt/*Sprau*, § 641a Rn 6.

17 Bamberger/Roth/*Voit*, § 641a Rn 18; Palandt/*Sprau*, § 641a Rn 6.

18 Beschlussempfehlung, BT-Drucks 14/2752, S. 13.

19 *Henkel*, BauR 2003, 322, 324 ff.; Palandt/*Sprau*, § 641a Rn 6; *Parmentier*, BauR 2001, 1813 ff.; a.A. *Erman/Schwenker*, § 641a Rn 10.

20 So Bamberger/Roth/*Voit*, § 641a Rn 17.

21 Krit. zur Terminologie *Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, 4. Teil Rn 28, die darauf hinweisen, dass die

VOB/B nur den Begriff „anerkannte Regeln der Technik“ kenne.

22 Dafür Bamberger/Roth/*Voit*, § 641a Rn 24; *Motzke*, NZBau 2000, 489, 500; *Stapenhorst*, DB 2000, 909, 913; a.A. *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 233; Palandt/*Sprau*, § 641a Rn 5, der der Gegenansicht allerdings „gute Gründe“ attestiert.

23 *Motzke*, NZBau 2000, 489, 500.

24 *Erman/Schwenker*, § 641a Rn 4; Palandt/*Sprau*, § 641a Rn 5; *Motzke*, NZBau 2000, 489, 496.

trägen, die die Herstellung von Software oder die Reparatur von Maschinen zum Gegenstand haben).²⁵ Lässt sich die Mängelfreiheit nicht zweifelsfrei feststellen, darf der Gutachter die Fertigstellungsbescheinigung nicht erteilen.²⁶

- 17 Macht der Besteller Mängel geltend.** ist der Gutachter von vornherein zu einer eingehenderen Prüfung verpflichtet.²⁷ Umfangreiche Untersuchungen, insbesondere solche, die erhebliche Kosten verursachen oder zu Substanzbeeinträchtigungen führen, darf der Gutachter aber im Regelfalle nur mit Zustimmung des Unternehmers durchführen, da diesem die Kosten zur Last fallen (vgl. Rn 26). Auch hier gilt, dass verbleibende Zweifel die Erteilung der Bescheinigung ausschließen. Der Besteller kann sich bei der Geltendmachung von Mängeln darauf beschränken, tatsächliche Anhaltspunkte zu nennen, die auf einen vertragswidrigen Zustand hindeuten.²⁸ Zeitlich ist die Geltendmachung auf den Zeitraum **bis zum Abschluss der Besichtigung** begrenzt (Abs. 3 S. 5). Dadurch soll verhindert werden, dass der Besteller durch immer neue Mängelrügen das Verfahren in die Länge zieht und damit dessen Zweck vereitelt.²⁹
- 18 Die Mängelfreiheit** des Werkes wird gem. Abs. 4 S. 2 **vermutet**, wenn der Besteller die Untersuchung (zu Unrecht) verweigert. Der Besteller muss sich also so behandeln lassen, als habe der Gutachter das Werk untersucht und keine Mängel feststellen können.³⁰ Der Gutachter hat in diesem Falle die Fertigstellungsbescheinigung zu erteilen (Abs. 4 S. 2 Hs. 2); eine Widerlegung der Vermutung im Erteilungsverfahren ist demnach ausgeschlossen. Dies ist konsequent, da sich ansonsten ein Wertungswiderspruch zu Abs. 3 S. 5 ergäbe, weil der Besteller durch die Verweigerung der Untersuchung die Möglichkeit erhalte, Mängel noch zu einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen.
- 19 3. Abrechnungsbescheinigung (Abs. 1 S. 4).** Nach Abs. 1 S. 4 kann der Gutachter in der Fertigstellungsbescheinigung die **Richtigkeit eines Aufmaßes oder einer Stundenlohnabrechnung** bestätigen, die der Unternehmer seiner Abrechnung zugrunde legt. An eine solche Bestätigung knüpft das Gesetz die Vermutung, dass Aufmaß und Stundenlohnabrechnung zutreffen. Die Einbeziehung dieser beiden Abrechnungsgrößen ist insofern etwas überraschend, als sie in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Vollständigkeit oder Mängelfreiheit des Werkes stehen, sondern in erster Linie für die vom Unternehmer zu beanspruchende Gegenleistung von Bedeutung sind.³¹ Hintergrund der Regelung ist, dass der Gesetzgeber dem Unternehmer im Falle des Einheitspreisvertrags den **Nachweis der Berechnungsgrundlagen** (vor allem im Urkundenprozess) durch eine gutachterliche „Vorprüfung“ erleichtern wollte.³² Sinnvoll ist die Regelung aber allenfalls in Bezug auf das Aufmaß. Dieses kann vom Gutachter anhand der tatsächlichen Gegebenheiten überprüft werden. Hingegen kann der Gutachter kaum feststellen, wie viele Stunden von dem Unternehmer tatsächlich geleistet worden sind, sondern allenfalls ein Urteil darüber abgeben, welche Stundenzahl im Hinblick auf Art und Umfang des Werkes üblich und angemessen wäre. Nur hierauf kann sich die Bescheinigung beziehen.³³ Es ist aber fraglich, inwieweit dies dem Unternehmer im Vergütungsprozess weiterhilft.
- 20** Da die Abrechnungsbescheinigung nicht erforderlich ist, um die Abnahmewirkung herbeizuführen, ist der Gutachter zur Erteilung nur verpflichtet, wenn dies vom Unternehmer gewünscht wird.³⁴ Voraussetzung für die Erteilung der Bescheinigung ist, dass der Unternehmer eine **prüfbare Abrechnung** vorlegt.³⁵ **Verweigert der Besteller die Untersuchung**, so findet Abs. 4 S. 2 keine Anwendung, da dort nur von der Vertragsmäßigkeit des Werkes die Rede ist.³⁶ Der Gutachter muss dann die Erteilung der Bescheinigung ablehnen.

IV. Verfahren

- 21 1. Der Gutachter (Abs. 2). a) Auswahl des Gutachters.** Zur Bestimmung der Person des Gutachters sieht das Gesetz **zwei Wege** vor. Zum einen können sich die Parteien auf einen Gutachter verständigen. Zum anderen kann der Sachverständige auf Antrag des Unternehmers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architektenkammer oder eine Ingenieurkammer bestimmt werden. Sinn des Verfahrens ist es, die Unparteilichkeit des Sachverständigen sicherzustellen. Diese sieht das Gesetz als gewährleistet an, wenn entweder die Parteien einen Konsens erzielen oder die Kammern als neutrale Stellen die Auswahl vornehmen.

25 Zutreffend Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 23.

26 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 21; Palandt/Sprau, § 641a Rn 5; Staudinger/Peters, § 641a Rn 10.

27 Erman/Schwenker, § 641a Rn 4; Palandt/Sprau, § 641a Rn 5.

28 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 21; Erman/Schwenker, § 641a Rn 4.

29 Beschlussempfehlung, BT-Drucks 14/2752, S. 13.

30 Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgedanken, dass sich derjenige, der den Eintritt für ihn nachteiliger Umstände treuwidrig vereitelt, so behandeln lassen muss, als seien diese Umstände eingetreten; vgl. etwa § 162

sowie die Grundsätze über die Vereitelung des Zuganges einer Willenserklärung (hierzu BGHZ 137, 205, 208 ff.).

31 Staudinger/Peters, § 641a Rn 11.

32 BT-Drucks 14/1246, S. 9.

33 Erman/Schwenker, § 641a Rn 15; Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 30; Palandt/Sprau, § 641a Rn 8; Staudinger/Peters, § 641a Rn 11.

34 Staudinger/Peters, § 641a Rn 11 meint sogar, dass der Gutachter die Feststellung verweigern dürfe.

35 Palandt/Sprau, § 641a Rn 8.

36 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 31; Palandt/Sprau, § 641a Rn 8.

Eine **Einigung der Parteien** über die Person des Sachverständigen kann einmal im konkreten Streitfall erfolgen. Die Parteien können sich aber auch schon im Vertrag oder im Rahmen des Vertragsschlusses auf eine bestimmte Person als Gutachter verständigen.³⁷ Eine Klausel in den AGB des Unternehmers, die eine bestimmte Person als Gutachter benennt oder dem Unternehmer ein **einseitiges Bestimmungsrecht** einräumt, ist jedoch gem. § 307 Abs. 1 **unwirksam**, weil sie eine unangemessene Benachteiligung des Bestellers darstellt.³⁸ Dagegen wäre eine solche Klausel in den AGB des Bestellers unproblematisch,³⁹ weil der Unternehmer jederzeit die Möglichkeit hat, einen Gutachter nach Abs. 2 S. 1 Nr. 2 bestimmen zu lassen und diesen mit der Prüfung zu beauftragen (vgl. Rn 23).

22

Den **Antrag bei einer der** in Abs. 2 S. 1 Nr. 2 genannten **Kammern** kann nur der Unternehmer stellen. Bei der Auswahl der Kammer ist der Unternehmer im Grundsatz frei.⁴⁰ Die Kammer ist allerdings berechtigt, die Bestimmung des Gutachters zu verweigern, wenn sie nicht in der Lage ist, einen geeigneten Gutachter zu benennen (z.B. weil die Angelegenheit außerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches liegt).⁴¹ Der Unternehmer kann den Antrag auch dann stellen, wenn er sich zuvor mit dem Besteller auf einen Gutachter verständigt hatte.⁴² Dies ist etwa dann von Bedeutung, wenn die Parteien sich bereits im Vertrag auf einen Gutachter verständigt hatten, der Unternehmer aber nunmehr einen anderen Gutachter einschalten möchte und der Besteller hiermit nicht einverstanden ist. Eine Bindung an den in der Einigung mit dem Besteller benannten Sachverständigen besteht nicht, weil das Gesetz die beiden möglichen Wege zur Bestimmung des Gutachters alternativ zur Verfügung stellt („oder“).

23

b) Persönliche Voraussetzungen. Im Verfahren nach Abs. 2 S. 1 Nr. 2 kann die Kammer nur einen **öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen** zum Gutachter bestellen. Die Kammer ist außerdem verpflichtet, eine Person auszuwählen, die für die Begutachtung des konkreten Werkes die fachlichen Voraussetzungen mitbringt und über die erforderliche Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verfügt.⁴³ Ein Recht des Bestellers, den von der Kammer bestimmten Gutachter wegen **Befangenheit abzulehnen**, sieht das Gesetz nicht vor; ein solches Ablehnungsrecht lässt sich auch nicht im Wege der Rechtsfortbildung begründen, weil hierfür das Bedürfnis fehlt. Die Interessen des Bestellers sind durch die Pflicht der Kammer zur sorgfältigen Auswahl hinreichend gewahrt.⁴⁴ Verletzt die Kammer diese Pflicht, etwa indem sie einen Sachverständigen bestimmt, obwohl Ablehnungsgründe i.S.v. § 406 Abs. 1 ZPO vorliegen, so handelt sich um einen Verfahrensfehler, der gem. Abs. 1 S. 2 verhindert, dass die Abnahmewirkungen eintreten.⁴⁵ Der Verfahrensfehler kann vom Besteller allerdings im Regelfalle nicht im Urkundenprozess, sondern erst im Nachverfahren geltend gemacht werden.

24

Einigen sich die Parteien auf einen Sachverständigen, so stellt der Gesetzeswortlaut keine weiteren Anforderungen an die fachliche und persönliche Eignung. Doch muss die Person, auf die sich die Parteien verständigen, doch zumindest ein „Sachverständiger“ sein. Die in § 641a vorgesehenen Rechtswirkungen treten folglich nur ein, wenn die als Gutachter vorgesehene Person hinsichtlich des zu begutachtenden Werkes über eine besondere Sachkunde verfügt, die über die Kenntnisse und Fähigkeiten eines durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers hinausgehen.

25

c) Rechtsstellung des Gutachters. Gem. Abs. 2 S. 2 wird der Gutachter **von dem Unternehmer beauftragt**. Ein Vertragsverhältnis besteht folglich nur zwischen dem Gutachter und dem Unternehmer. Im Regelfalle dürfte es sich dabei um einen Werkvertrag i.S.v. § 631 handeln.⁴⁶ Der Vertrag kommt mit der Einigung zwischen dem Unternehmer und dem Sachverständigen über die Erstellung einer Fertigstellungsbescheinigung zustande. Die Erstellung einer Abrechnungsbescheinigung ist vom Auftragsumfang nicht automatisch, sondern nur dann umfasst, wenn der Unternehmer dies ausdrücklich oder konkludent (etwa durch Überlassung von Abrechnungsunterlagen) zum Ausdruck bringt.⁴⁷ Den Anspruch auf die **Vergütung** kann der Gutachter nur gegenüber dem Unternehmer als seinem Auftraggeber geltend machen. Dem Unternehmer kann jedoch aus seinem Verhältnis zum Besteller ein Anspruch auf Kostenerstattung zustehen (etwa aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286, wenn sich der Besteller hinsichtlich der Abnahme in Schuldnerverzug befindet).⁴⁸

26

37 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 31; Palandt/Sprau, § 641a Rn 8.

38 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 3 meint, dass eine solche Klausel zudem häufig überraschend sei und deshalb gem. § 305c nicht Vertragsbestandteil werde; nur § 305c für einschlägig hält Erman/Schwenker, § 641a Rn 7.

39 A.A. Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 3, der auch eine Bestimmung in den AGB des Bestellers für unwirksam hält.

40 BT-Drucks 14/1246, S. 9; Palandt/Sprau, § 641a Rn 9; a.A. Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 5.

41 Palandt/Sprau, § 641a Rn 9.

42 A.A. Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 4; Die Bestimmung durch die Kammer sei „subsidiär“.

43 BT-Drucks 14/1246, S. 9.

44 Wie hier Palandt/Sprau, § 641a Rn 9; Erman/Schwenker, § 641a Rn 7; Kniffka, ZfBR 2000, 229, 235; Staudinger/Peters, § 641a Rn 23; a.A. Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 7; Stapenhorst, DB 2000, 909, 914.

45 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 7; Kniffka, ZfBR 2000, 229, 235; Staudinger/Peters, § 641a Rn 23.

46 Palandt/Sprau, § 641a Rn 10.

47 Palandt/Sprau, § 641a Rn 10; a.A. Seewald, ZfBR 2000, 219, 224.

48 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 10; Palandt/Sprau, § 641a Rn 10.

- 27** Der Gutachter ist gem. Abs. 2 S. 3 verpflichtet, die Bescheinigung **unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen** zu erteilen. Verletzt er diese Pflicht, so ist er gem. § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 zum **Ersatz des hieraus entstehenden Schadens** verpflichtet. Die Verpflichtung besteht nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes auch gegenüber dem Besteller, sodass der Gutachter auch diesem im Falle der Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 haftet. Hierfür bedarf es nicht der Konstruktion eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, da das Gesetz durch die Regelung in Abs. 2 S. 3 selbst ein Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht begründet (§ 311 Abs. 3).⁴⁹ Ob eine **Beschränkung der Haftung** auf grobe Fahrlässigkeit entsprechend den für Schiedsgutachten anerkannten Grundsätzen⁵⁰ in Betracht kommt, ist umstritten;⁵¹ die besseren Gründe sprechen dagegen. Eine zwischen dem Unternehmer und dem Gutachter vereinbarte vertragliche Haftungsbeschränkung entfaltet jedenfalls keine Wirkung im Verhältnis zum Besteller, da zwischen diesem und dem Gutachter ein selbständiges Schuldverhältnis besteht.⁵² Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Gutachter sind daher für den Besteller nur verbindlich, wenn er diesen zugestimmt hat.
- 28** **2. Besichtigung des Werkes. a) Bestimmung des Termins und Ladung (Abs. 3 S. 1).** Gem. Abs. 3 S. 1 muss der Gutachter **mindestens einen Termin** abhalten. Implizit ist damit vorausgesetzt, dass auch die Bestimmung des Termins **durch den Gutachter** erfolgt. Er ist dabei im Grundsatz frei, ist jedoch verpflichtet, auf die Belange von Unternehmer und Besteller Rücksicht zu nehmen. Vor allem der Besteller hat ein erhebliches Interesse daran, bei der Besichtigung anwesend zu sein, weil danach die Geltendmachung von Mängeln (zumindest im Rahmen des Verfahrens über die Erteilung der Bescheinigung) präkludiert ist (Abs. 3 S. 5). In der Gesetzesbegründung heißt es, dass der Gutachter grundsätzlich auf Terminwünsche des Bestellers, z.B. auf seine Ferienabwesenheit, einzugehen habe, sofern das Verhalten des Bestellers nicht gegen Treu und Glauben verstoße.⁵³ Dies erscheint allerdings etwas zu weitgehend. Grundsätzlich ist der Besteller verpflichtet, seine Anwesenheit zu dem vom Gutachter ins Auge gefassten Termin zu ermöglichen. Nur wenn dies aus bestimmten Gründen ausgeschlossen oder dem Besteller zumindest nicht zuzumuten ist, ist der Gutachter verpflichtet, nach einem Ausweichtermin zu suchen.
- 29** Der Gutachter hat die Vertragsparteien zu dem Besichtigungstermin zu **laden**.⁵⁴ Die Ladung muss dem Besteller mindestens zwei Wochen vor dem Termin zugehen und den Anlass der Besichtigung bezeichnen. Eine bestimmte **Form** ist nicht vorgesehen. Doch empfiehlt es sich schon aus Beweisgründen, eine Benachrichtigungsform zu wählen, welche den Nachweis des Zuganges und des Zugangszeitpunktes ermöglicht.⁵⁵ Die Nichteinhaltung der Ladungsfrist stellt ebenso wie eine Terminbestimmung, die auf die Belange des Bestellers keine Rücksicht nimmt, einen **Verfahrensfehler** i.S.d. Abs. 1 S. 2 dar.
- 30** **b) Gestattung durch den Besteller (Abs. 4 S. 1).** Ist der Besteller im Besitz des Werkes, so ist er verpflichtet, die Untersuchung des Werkes durch den Gutachter zu gestatten (Abs. 4 S. 1). Es handelt sich um eine reine **Duldungsobliegenheit**.⁵⁶ Der Besteller ist folglich nicht gehalten, besondere Anstrengungen zu unternehmen, etwa Veränderungen an dem Werk durchzuführen, um dem Gutachter die Untersuchung möglich zu machen. Voraussetzung für die Duldungsobliegenheit ist, dass eine ordnungsgemäße Ladung erfolgt ist. Verweigert der Besteller zu Unrecht die Untersuchung, so wird **vermutet**, dass das Werk keine Mängel aufweist (Abs. 4 S. 2). Diese Vermutung erstreckt sich allerdings nicht auf die Richtigkeit des Aufmaßes oder einer Stundenlohnabrechnung nach Abs. 1 S. 4 (vgl. Rn 20).
- 31** **c) Durchführung.** Der Gutachter hat das Werk auf etwa vorhandene Sachmängel (nicht auf Rechtsmängel vgl. Rn 10) sowie – sofern dies vom Auftrag umfasst ist – auf die Richtigkeit der Abrechnungsgrundlagen (Abs. 1 S. 4) hin zu überprüfen. Aus der Tatsache, dass das Gesetz die Möglichkeit mehrerer Termine vorsieht („mindestens“), wird man folgern können, dass der Gutachter dem Unternehmer Gelegenheit geben darf, etwaige bei der ersten

49 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 9; überwiegend wird dagegen der Schadensersatzanspruch damit begründet, dass der Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Gutachter Schutzwirkung zugunsten des Bestellers entfalte, vgl. Palandt/Sprau, § 641a Rn 10; Erman/Schwenker, § 641a Rn 8; Stapenhorst, DB 2000, 909, 913; Staudinger/Peters, § 641a Rn 24; vgl. auch BT-Drucks 14/1246, S. 10.

50 Hierzu Palandt/Heinrichs, § 319 Rn 4.

51 Für eine Haftungsbeschränkung Palandt/Sprau § 641a Rn 10; Seewald, ZfBR 2000, 219, 225; a.A. Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 9; Stapenhorst, DB 2000, 909, 913.

52 Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 9; i.E. auch Erman/Schwenker, § 641a Rn 8, der den Anspruch des Bestellers auf einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte stützt und annimmt, dass § 334 stillschweigend abbedungen sei.

53 BT-Drucks 14/1246, S. 10.

54 Die Ladungspflicht besteht auch gegenüber dem nicht ausdrücklich genannten Unternehmer. Diese Pflicht ergibt sich schon aus dem mit dem Unternehmer bestehenden Vertragsverhältnis.

55 Denkbar wären Einschreiben mit Rückschein, Fax oder E-Mail mit Empfangsbestätigung; vgl. Palandt/Sprau, § 641a Rn 11; Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 11.

56 Bamberger/Roth/Voit, § 641a, Rn 12, der zu Recht von einer Obliegenheit spricht, weil die Gestattung nicht erzwingbar ist, sondern der Verstoß lediglich die Vermutung der Vertragsmäßigkeit des Werkes zur Folge hat, also einen Nachteil für den Besteller mit sich bringt.

Besichtigung festgestellte Mängel zu beseitigen, und die Bescheinigung aufgrund eines späteren Termins erteilen kann.⁵⁷

V. Wirkungen der Bescheinigung

1. Gleichstellung mit der Abnahme. Die Fertigstellungsbescheinigung steht in ihren Wirkungen einer Abnahme durch den Besteller gleich (zu den Wirkungen der Abnahme vgl. § 640 Rn 1 ff.). Eine Ausnahme gilt gem. Abs. 1 S. 3 hinsichtlich des Gewährleistungsausschlusses nach § 640 Abs. 2. Dem Besteller stehen also Rechte wegen Mängeln, von denen er bei Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung Kenntnis hatte, auch dann zu, wenn er sich diese nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Allerdings kann er die Mängel erst in einem späteren gerichtlichen Verfahren (im Falle des Urkundenprozesses im Regelfalle erst im Nachverfahren) geltend machen (Abs. 3 S. 5).

Soweit der Besteller in einem **späteren gerichtlichen Verfahren** geltend macht, dass das Werk entgegen der Bescheinigung des Gutachters mehr als unwesentliche Mängel aufweist, trägt er hierfür die **Beweislast**, da der Unternehmer die Mangelfreiheit nur bis zur Abnahme des Werkes (bzw. bis zum Eintritt eines Abnahmesurrogates) nachweisen muss (vgl. § 633 Rn 52).⁵⁸ Dies gilt allerdings nur für Sachmängel. Macht der Besteller **Rechtsmängel** geltend, so ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung der Mangelfreiheit sich nicht hierauf erstreckt (vgl. Rn 10). Sofern der Besteller das Vorliegen von Rechtsmängeln schlüssig behauptet, trägt daher der Unternehmer nach wie vor die Beweislast dafür, dass das Werk frei von Rechtsmängeln ist.

Die Abnahmewirkungen treten nicht ein, wenn **die Verfahrensvorschriften nach Abs. 2 bis 4 nicht beachtet** worden sind (Abs. 1 S. 2). Voraussetzung ist allerdings, dass der Besteller durch den Verfahrensfehler beschwert ist. Dies ist etwa der Fall, wenn die Auswahl des Gutachters durch die Kammer fehlerhaft war (Rn 24), der Besteller nicht ordnungsgemäß zu dem Besichtigungstermin geladen worden ist (Rn 29), der Gutachter falsche Beurteilungsmaßstäbe (Abs. 3 S. 2 bis 4) zugrunde gelegt oder nicht alle vom Besteller (rechtzeitig) gerügten Mängel (Abs. 3 S. 5) berücksichtigt hat.

Die Wirkungen der Abnahme treten grundsätzlich **mit Aushändigung der Bescheinigung an den Unternehmer** ein (Abs. 1 S. 1). Dies gilt insbesondere für die Fälligkeit des Werklohnanspruchs. Hiervon macht allerdings Abs. 5 S. 2 eine Ausnahme hinsichtlich der Fristen (§ 634a), Zinsen (§ 641 Abs. 4) und des Gefahrüberganges (§ 644). Diese mit der Abnahme verbundenen Rechtsfolgen treten erst ein, wenn dem Besteller eine Abschrift der Bescheinigung zugegangen ist. Der Besteller soll insoweit Rechtsnachteile erst dann befürchten müssen, wenn der Gutachter ihm gegenüber bestätigt hat, dass das Werk keine (wesentlichen) Mängel aufweist. Dies spricht dafür, dass die Übermittlung der Abschrift durch den Gutachter nicht dadurch ersetzt werden kann, dass der Unternehmer dem Besteller eine Kopie der ihm ausgehändigten Bescheinigung zusendet.⁵⁹

2. Abrechnungsbestätigung. Sofern der Gutachter in der Fertigstellungsbescheinigung bestätigt hat, dass das Aufmaß und die Stundenlohnabrechnung zutreffen (Abs. 1 S. 4), wird vermutet, dass das vom Unternehmer genommene Aufmaß richtig ist und die aufgeführten Arbeitsstunden zur Anfertigung des Werkes üblich und angemessen sind (vgl. Rn 19). Der Besteller kann diese Vermutung im Prozess widerlegen.

VI. Beweislast

Damit das Gericht in einem Prozess den Eintritt der Abnahmewirkungen zugrundelegen kann, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass ein Gutachter bestimmt worden ist und dieser eine Fertigstellungsbescheinigung ausgestellt hat. Soweit die Wirkungen der Bescheinigung davon abhängen, dass dem Besteller eine Abschrift zugegangen ist (Abs. 5 S. 2), hat der Unternehmer auch den Zugang zu beweisen. Der Besteller trägt hingegen die Beweislast für Verstöße gegen die Verfahrensgrundsätze gem. Abs. 2 bis 4 (vgl. Abs. 1 S. 2 Hs. 2).

§ 642

Mitwirkung des Bestellers

(1) ¹Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) ¹Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

⁵⁷ Palandt/Sprau, § 641a Rn 11.

⁵⁸ Palandt/Sprau, § 641a Rn 17.

⁵⁹ Bamberger/Roth/Voit, § 641a Rn 29.