



HANDWERKSKAMMER CHEMNITZ · Limbacher Straße 195 · 09116 Chemnitz

DEUTSCHER BUNDESTAG  
Rechtsausschuss  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Per E-Mail: [rechtsausschuss@bundestag.de](mailto:rechtsausschuss@bundestag.de)

Postfach 4 15 · 09004 Chemnitz  
Telefon: 0371 5364-0  
Telefax: 0371 5364-222  
Internet: <http://www.hwk-chemnitz.de>

Ansprechpartner: Dr. Frederik Karsten  
Durchwahl: 0371 5364-246  
Telefax: 0371 5364-508  
E-Mail: [f.karsten@hwk-chemnitz.de](mailto:f.karsten@hwk-chemnitz.de)

Chemnitz, den 21. Mai 2008

**Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) BT-Drucksache 16/511  
Hier: Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 26. Mai 2008**

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Einladung zur Sachverständigenanhörung zum Forderungssicherungsgesetz danke ich. Die Möglichkeit, vorab eine schriftliche Stellungnahme abzugeben, nehme ich gerne wahr.

## **I. Vorbemerkung**

Dem Bundesratsentwurf liegt insgesamt ein schlüssiges Konzept zugrunde. Vorgesehen sind Änderungen im Werkvertragsrecht, bei der Baugeldhaftung und in der Zivilprozessordnung. Damit reagiert der Gesetzgeber angemessen auf die Schwierigkeiten, die ein Bauunternehmer bei der Durchsetzung seiner Werklohnforderungen hat. Sie bestehen im Werkvertragsrecht, weil ein vorleistungspflichtiger Unternehmer auf der Grundlage des BGB keine Abschlagszahlungen beanspruchen kann und er durch den sog. Druckzuschlag in der jetzigen Höhe regelmäßig benachteiligt wird. Ein Handwerksbetrieb kann sich außerdem nicht auf das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen berufen, denn die Baugeldhaftung beschränkt sich auf überschaubare Konstellationen. Schließlich ermöglicht das Zivilprozessrecht einem zahlungsunwilligen Besteller, den Ausgang eines Rechtsstreits solange zu verzögern, bis der Unternehmer

keine Aussichten auf eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung hat. Das Forderungssicherungsgesetz hält für diese Probleme die richtigen und angemessenen Lösungen parat.

Gesetzliche Änderungen sind im Werkvertragsrecht, bei der Baugeldhaftung sowie der Zivilprozessordnung auch erforderlich. Im ersten Halbjahr 2007 waren in Sachsen von 957 Unternehmensinsolvenzen allein 258 Betriebe aus dem Baugewerbe betroffen; kein anderer Wirtschaftszweig ist mit einem so starken Insolvenzrisiko belastet (Quelle: Statistisches Landesamt des Freistaates Sachsen). Eine repräsentative Umfrage bei Insolvenzverwaltern hat ergeben, dass für diesen deutschlandweiten Trend die schlechte Zahlungsmoral bei den Kunden der wichtigste externe Einflussfaktor ist (Quelle: Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e. V.).

Zu den wichtigsten Regelungen:

## **II. Werkvertragsrecht**

### **1. Abschlagszahlungen (§ 632a BGB)**

Der mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte § 632a BGB ist in der Praxis gescheitert. Abschlagszahlungen hängen nach § 632a S. 1 BGB von der Erbringung in sich abgeschlossener Teilleistungen ab. Damit beschränkt sich die geltende Fassung auf seltene Ausnahmefälle. Außerdem dürfen Abschlagszahlungen nach jetzigem Recht nur dann von einem Unternehmer verlangt werden, wenn dem Besteller Eigentum verschafft oder eine Sicherheit geleistet wurde (§ 632a S. 3 BGB). Eine Eigentumsübertragung findet aber nicht statt, wenn es sich bei dem Besteller um einen Generalunternehmer handelt, dem das zu bebauende Grundstück nicht gehört. Gerade gegenüber einem Generalunternehmer kann es für einen Nachunternehmer sehr wichtig sein, auch ohne vertragliche Grundlage einen Anspruch auf Abschlagszahlungen zu haben.

Nach dem Bundesratsentwurf zu § 632a Abs. 1 S. 1 BGB-E kann ein Unternehmer von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäß erbrachten Leistungen verlangen, die ihm in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt wurden. Ob nach der jetzigen Fassung eine Abschlagszahlung des Nachunternehmers an die Adresse eines Generalunternehmers möglich wäre, ist umstritten (vgl. einerseits *Ganten*, ZfBR 2006, 203, 204; *Möller*, BauR 2005, 1849, 1851; andererseits *Koebler*, BauR 2006, 1566). Es wäre daher wünschenswert, wenn in der Geset-

zesbegründung klargestellt wird, dass der Nachunternehmer auch an den Generalunternehmer „in nicht entziehbarer Weise“ eine Leistung zur Verfügung stellen kann.

## **2. Durchgriffsfälligkeit (§ 641 Abs. 2 BGB)**

Die Durchgriffsfälligkeit betrifft die Vertragskette zwischen Bauherrn, Generalunternehmer und Nachunternehmer. Der Bauherr beauftragt den Generalunternehmer, der wiederum dem Nachunternehmer einen Auftrag über ein Teil-Los erteilt. Aufgrund der geplanten Änderungen in § 641 Abs. 2 BGB-E soll die Vergütung des Nachunternehmers spätestens fällig werden, wenn der Generalunternehmer seine Vergütung für das versprochene Werk wegen der Herstellung oder Teile davon erhalten hat (§ 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB-E), wenn das Werk des Generalunternehmers von dem Bauherrn abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt (§ 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB-E) oder wenn der Nachunternehmer dem Generalunternehmer eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat (§ 641 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB-E). Der geplante Auskunftsanspruch ist eine sinnvolle Ergänzung zur bestehenden Regelung.

Die Durchgriffsfälligkeit könnte wegen der geänderten Rechtsprechung zur Vorteilsanrechnung eine etwas stärkere Bedeutung als bisher erlangen. Wenn das Werk des Nachunternehmers mangelhaft ist, der Bauherr aber gleichwohl den Werklohn an den Generalunternehmer ausgezahlt hat, stellt sich die Frage, wem dieser Vorteil zugute kommen soll. Entsprechendes gilt, wenn sich Bauherr und Generalunternehmer auf einen Schadensausgleich geeinigt haben, der unterhalb der Kosten liegt, die der Generalunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer geltend macht. Die bisherige Rechtsprechung rechnete den Vorteil dem Generalunternehmer zu, obwohl bei ihm kein endgültiger oder kein vollständiger Schaden entstanden war (hierzu *Schiemann*, NJW 2007, 3037, 3038). Er konnte sich gegenüber der Werklohnforderung des Nachunternehmers auf dessen mangelhafte Werkleistung berufen und es war unerheblich, ob er vom Bauherrn wegen etwaiger Mängel in Anspruch genommen wurde oder in welcher Höhe er sich mit dem Bauherrn auf eine Schadensregulierung geeinigt hatte. Nach der neueren Rechtsprechung besteht lediglich in den Fällen, in denen der Generalunternehmer selbst auch Mängelansprüchen des Bauherrn ausgesetzt ist, ein Bedürfnis nach einem Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Nachunternehmer. Sollten die tatsächlichen Mängel dem Bauherrn unbekannt geblieben sein oder nicht geltend gemacht werden, ist ein Zurückbehaltungsrecht des Generalunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer nicht gegeben (hierzu *Reichert*, BauR 2008, 749, 753 unter Berufung auf BGH, BauR 2007, 1564). Damit steht dem

Nachunternehmer in diesen Konstellationen ein Werklohnanspruch zu, bei dessen Durchsetzung § 641 Abs. 2 Nr. 4 BGB-E hilfreich sein wird.

### **3. Druckzuschlag (§ 641 Abs. 3 BGB)**

Wenn der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen kann, darf er die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern. Diese Rechtslage bestand seit eh und je. Erst durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wurde festgelegt, dass der sog. „Druckzuschlag“ mindestens in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten besteht (§ 641 Abs. 3 BGB). Der Inhalt dieser Regelung steht im Widerspruch zu der bis dahin ergangenen Rechtsprechung. Zwar hatte der BGH des Öfteren das Zwei- bis Dreifache der voraussichtlichen Nachbesserungskosten als angemessen bezeichnet, sich aber nie auf einen Mindestbetrag für den Druckzuschlag festgelegt (BGH, NJW 1992, 1632, 1633).

Die jetzige Fassung des § 641 Abs. 3 BGB gilt nach allgemeiner Auffassung als verfehlt. Sie benachteiligt insbesondere Bauhandwerker. In der Praxis muss man feststellen, dass Besteller das Tatbestandsmerkmal „mindestens“ in § 641 Abs. 3 BGB wörtlich nehmen und oft ein Vielfaches der Mängelbeseitigungskosten einbehalten. Kleine und mittelständische Unternehmen können das nicht auf Dauer verkraften und werden so an den Rand ihrer wirtschaftlichen Existenz gebracht. Durch die Neufassung des § 641 Abs. 3 BGB wird dieser Missstand behoben. Die geplante Änderung, nach der als angemessener Einbehalt „in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten“ gilt, wird daher befürwortet.

### **4. Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB)**

Die Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Die geplante Streichung des § 641a BGB wird daher befürwortet.

### **5. Sicherheitsleistung (§ 648a BGB)**

Mit der geplanten Änderung in § 648a Abs. 1 S. 1 BGB-E erhält der Unternehmer einen selbstständigen und durchsetzbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung. Damit wird der Druck auf den Besteller erhöht. Mit der Einführung dieses Anspruchs sollte auch gewährleistet sein, dass ein Insolvenzverwalter die Sicherheitsleistung nicht über §§ 130, 131 In-

sO im Wege einer Insolvenzanfechtung zurückverlangen kann. Hierfür wäre ein klarstelter Hinweis in der Gesetzesbegründung notwendig.

Eine weitere Verbesserung ist die Bemessung der Sicherheitsleistung. Sie orientiert sich wie bisher an der noch nicht gezahlten Vergütung einschließlich der dazugehörigen Nebenforderungen, die mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs angemessen pauschaliert werden. Aber neu und zu begrüßen ist, dass aufrechenbare Ansprüche des Bestellers bei der Berechnung der Vergütung (und damit auch bei der Berechnung der Sicherheitsleistung) nur berücksichtigt werden, wenn sie unstrittig oder rechtskräftig festgestellt worden sind. Dem Besteller wird somit die Möglichkeit genommen, mit aus der Luft gegriffenen Schadensersatzforderungen das Sicherheitsverlangen des Unternehmers zu nichte zu machen.

Zu begrüßen ist auch, dass nach § 648a BGB-E ein Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat (Ausschussdrucksache Nr. 16 (6) 199). Der Bundesgerichtshof hatte hierzu bereits 2004 entschieden, dass sich der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auch auf die Zeit nach der Abnahme erstreckt (BGH, BauR 2004, 826). Eine Klarstellung ist schon deshalb sinnvoll, weil das Sicherheitsverlangen nun als eigener Anspruch ausgestaltet wird.

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage muss nach § 648a Abs. 1 S. 1 BGB-E das Sicherheitsverlangen nicht mehr mit der Erklärung des Unternehmers verbunden werden, dass er nach Ablauf einer von ihm gesetzten Frist seine Leistung verweigere. Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessenen Frist zur Leistung der Sicherheit gesetzt, soll der Unternehmer nach § 648 Abs. 5 S. 1 BGB-E die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen können. Nach geltendem Recht ist für eine Kündigung eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung (§§ 648a Abs. 5, 643 BGB) erforderlich. Hierauf soll zukünftig verzichtet werden. Diese Änderungen sind sinnvolle Erleichterungen für kleinere Handwerksbetriebe.

### **III. Baugeldhaftung**

#### **1. Erweiterung des Baugeldbegriffs**

Der Geschäftsführer einer GmbH unterliegt umfangreichen Pflichten im Rahmen der Unternehmensführung. Diese Pflichten bestehen nicht nur gegenüber der GmbH, sondern

auch gegenüber besonders schutzwürdigen Gläubigergruppen. Hierzu zählen nicht nur die Sozialversicherungsträger und der Fiskus, sondern auch die Bauhandwerker als Baugläubiger im Sinne des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BauFordSiG). Gerade bei Bauhandwerkern zeigen sich die Grenzen des Gläubigerschutzes im Gesellschaftsrecht. Häufig haben sie den Werkvertrag lange vor dem Insolvenzverfahren der GmbH geschlossen. Bauhandwerker können dann kaum nachweisen, dass der Vertrag zu einem Zeitpunkt geschlossen wurde, in dem die GmbH bereits zahlungsunfähig oder überschuldet war. Sie sind daher eben keine „Neugläubiger“ und können einen Geschäftsführer auch nicht über eine Insolvenzverschleppungshaftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 64 Abs. 1 GmbHG/§ 15a Abs. 1 InsO-E in Anspruch nehmen (BGH, NJW 1994, 2220, 2222). Die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG sieht keinen stärkeren Gläubigerschutz für Bauhandwerker vor. Sie werden den Geschäftsführer auch weiterhin nicht aus Insolvenzverschleppung in die Haftung nehmen können.

Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 BauFordSiG-E sollen Baugeld zukünftig auch Geldbeträge sein, die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Unternehmer (§ 14 BGB) auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren (so die Ausschussdrucksache 16 (6)199). Mit dieser Änderung würden alle Gelder der Baugeldverwendungspflicht unterliegen, die ein Unternehmer erhält, der seinerseits Nachunternehmer (häufig Bauhandwerker) beauftragt hat. Neben den Generalunternehmern wären nun auch die mit einem Teil des Baues beauftragten Unternehmer oder Subunternehmer Empfänger von Baugeld (zur aktuellen Rechtslage s. BGH, NJW 2000, 956). Damit würde eine nachhaltige Verbesserung für Handwerker geschaffen, die am Ende einer Lieferkette stehen. GmbH-Geschäftsführer müssten stärker als bisher beachten, dass Werklohnforderungen der Auftragnehmer bezahlt werden, denn ihnen droht eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 BauFordSiG-E. Unter Berücksichtigung des § 302 Nr. 1 InsO könnten die Geschäftsführer nicht auf eine Restschuldbefreiung spekulieren.

## **2. Beweislastverteilung**

Die Erweiterung des Baugeldbegriffs wird von einer Beweiserleichterung flankiert. Der zukünftige § 1 Abs. 4 BauFordSiG-E besagt, dass die Beweislast den Empfänger trifft, wenn die Baugeldeigenschaft oder die Verwendung des Baugelds streitig ist. Die Beweiserleichterung ist sachgerecht. Ein Nachunternehmer hat keine Möglichkeit, sich über die Interna seines Auftraggebers zu informieren.

Aufgrund der Regelung in § 1 Abs. 4 BauFordSiG-E ist eine gesetzliche Verpflichtung zur Führung eines Baubuchs aus der Sicht eines Baugläubigers nicht mehr notwendig. Nach geltendem Recht ist der Baugeldempfänger zur Führung eines Baubuchs gemäß § 2 BauFordSiG verpflichtet. Verletzt der Baugeldempfänger die Verpflichtung zur Führung eines Baubuchs, wird ein Verstoß gegen die Verwendungspflicht des § 1 BauFordSiG vermutet (*Stammkötter*, BauR 1999, 1363, 1371). Diese Vermutung wird durch die Beweiserleichterung in § 1 Abs. 4 BauFordSiG-E ersetzt.

#### IV. Zivilprozessrecht

##### 1. Teilurteil

Nach dem jetzigen Recht kann der Erlass eines Teilurteils unterbleiben, wenn es das Gericht nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet (§ 301 Abs. 2 ZPO). Durch die geplante Änderung wird der Ermessensspielraum des Richters erheblich eingeschränkt. Laut § 301 Abs. 2 ZPO-E *kann* der Erlass eines Teilurteils unterbleiben, wenn der entscheidungsreife Teil im Verhältnis zum übrigen Gegenstand des Rechtsstreits geringfügig ist oder wenn abzusehen ist, dass auch dieser alsbald entscheidungsreif sein wird. Erst aus der Begründung (BT-Drucks. 16/511, S. 18) geht hervor, dass ein Teilurteil *nur* noch in den eben genannten Ausnahmefällen unterbleiben darf. Im Gegensatz zum geltenden Recht kann ein Gericht den Antrag auf Erlass eines Teilurteils nicht mehr kommentarlos ignorieren. Liegen die Voraussetzungen eines Teilurteils nicht vor, ist nach § 301 Abs. 3 ZPO-E für den Nichterlass eines Teilurteils ein kurz zu begründender Beschluss zu erlassen, der jedoch nicht anfechtbar ist.

Die Rechtspraxis macht bisher von den sich in § 301 ZPO bietenden Möglichkeiten nicht in dem gebotenen Umfang Gebrauch (hierzu *Klose*, MDR 2007, 1351, 1252; *Musielak*, FS Lücke, S. 562). Mit den geplanten Änderungen wird das Teilurteil aber an Bedeutung gewinnen. Dies ist im Sinne eines Bauhandwerkers, denn das Teilurteil dient, richtig eingesetzt, der Vereinfachung und Beschleunigung der Entscheidungen durch eine für die Instanz abschließende Teilerledigung des Rechtsstreits (*Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 301 Rn. 1a).

Auch nach der durch das Forderungssicherungsgesetz beabsichtigten Änderung ist ein Teilurteil aber nur zulässig, wenn die Entscheidung über den betreffenden Teil unabhängig davon ist, wie der Streit über den Rest ausgehen wird. Um die Gefahr widersprüchli-

cher Entscheidungen zu vermeiden, sieht § 301 Abs. 1 S. 2 ZPO vor, dass über einen Teil eines einheitlichen Anspruchs nur entschieden wird, wenn zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil des Anspruchs ergeht. Diese Regelung betrifft auch einen Bauprozess. Über einen Teil einer Schlussrechnungsforderung, die nach Grund und Höhe streitig ist, kann oft durch Teilurteil nur entschieden werden, wenn zugleich ein Grundurteil über den restlichen Teil des Anspruchs ergeht (vgl. BGH, BauR 2003, 536). Das Nebeneinander von Teil- und Grundurteil kann sich für den Kläger auch in Hinblick auf die Kosten und die Verfahrensdauer als nachteilig erweisen. Ob er diese Nachteile für eine Vollstreckung aus einem Teilurteil in Kauf nimmt, kann der Kläger aber (anwaltlich vertreten) selbst entscheiden.

## **2. Vorbehaltsurteil**

Die Prozessaufrechnung ist ein vielfach genutztes Mittel, um bei einer sonst nicht gegebenen Erfolgsaussicht der Rechtsverteidigung einen Zahlungstitel für geraume Zeit hinauszuschieben. Deswegen ist es ein wesentlicher Zweck des Vorbehaltsurteils, der Prozessverschleppung durch missbräuchliche Aufrechnungserklärungen entgegenzuwirken (Saenger in Hk/ZPO, § 302 Rn. 13). Mit der geplanten Änderung des § 302 Abs. 1 S. 2 ZPO-E soll ein Vorbehaltsurteil unterbleiben, wenn abzusehen ist, dass die Aufrechnung alsbald zur Entscheidung reif sein wird (wie auch beim Teilurteil steht das „nur“ nicht in § 302 Abs. 1 S. 2 ZPO-E, sondern ergibt sich erst aus der Begründung, vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 18). Diese Änderung ist sinnvoll und liegt auf einer Linie mit den Verbesserungen zum Teilurteil.

Es liegt auf der Hand, dass die Vollstreckung aus einem Vorbehaltsurteil für den Kläger riskant sein kann. Sollte sich die zur Aufrechnung gestellte Forderung als tatsächlich bestehend erweisen, droht ihm eine Schadensersatzpflicht aus § 302 Abs. 3 S. 3 ZPO. Ob er dieses Risiko eingehen möchte, kann indes der Kläger entscheiden. Er wird selbst beurteilen können, ob die gegen ihn erhobenen Ansprüche eine rechtliche und tatsächliche Grundlage haben. Der Beklagte kann über eine Sicherheitsleistung hinreichend abgesichert werden.

## **3. Vorläufige Zahlungsanordnung**

Ein zentraler Bestandteil des Forderungssicherungsgesetzes ist die vorläufige Zahlungsanordnung. Auf Antrag des Klägers soll das Gericht nach § 302a Abs. 1 ZPO-E wegen einer Geldforderung eine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen können, soweit *erstens*



die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat und *zweitens* die Anordnung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile gerechtfertigt ist, die sich für den Kläger aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben.

Hinsichtlich der abzuwägenden Interessen genügt die Glaubhaftmachung. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, erlässt das Gericht aufgrund einer mündlichen Verhandlung einen (nur kurz) zu begründenden Beschluss. Im Einklang mit den geplanten Änderungen zum Teil- und Vorbehaltsurteil ist auch dieser Beschluss nicht isoliert anfechtbar. Die vorläufige Zahlungsanordnung steht nach § 302a Abs. 3 ZPO-E einem Endurteil gleich und ist, da § 708 ZPO nicht geändert werden soll, nur gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Zu den Anforderungen an eine vorläufige Zahlungsanordnung finden sich in der Begründung des Gesetzentwurfs zahlreiche Leitlinien. Einem Richter wird sicherlich keine einfache Prognoseentscheidung abverlangt. Dies ist für ihn so ungewöhnlich nicht. Auch bei der Bewilligung von Prozesskostenhilfe muss der Richter einen Blick in die Zukunft wagen und nach § 114 S. 1 ZPO einschätzen, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Freilich ist das erforderliche Maß der richterlichen Überzeugung bei der Prozesskostenhilfe wesentlich geringer als bei der vorläufigen Zahlungsanordnung (statt „hinreichende Aussicht auf Erfolg“ nun „hohe Aussicht auf Erfolg“). Der Richter entscheidet bei der vorläufigen Zahlungsanordnung aber auf einer erheblich gesicherteren Tatsachenbasis. Hat er im PKH-Verfahren eine Beweisantizipation durchzuführen und auf den Abschluss des PKH-Verfahrens schon vor Antragstellung im Hauptsacheverfahren und in der Beweiserhebung hinzuwirken (BVerfG, NJW-RR 1993, 382), ist die Prognose bei einer vorläufigen Zahlungsanordnung auf das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme und dabei oft auf ein qualifiziertes Sachverständigengutachten zu stützen.

Die vorläufige Zahlungsanordnung ist auch bei den geplanten Änderungen in § 301 ZPO sinnvoll. Die für das Teilurteil bestehenden prozessualen Schranken (selbstständiger Teil des Streitgegenstandes, das Gebot der Widerspruchsfreiheit zum Schlussurteil und der damit oft verbundene Zwang zum Erlass eines Grundurteils) bestehen eben wegen des vorläufigen Charakters bei einer vorläufigen Zahlungsanordnung nicht.

Mit guten Gründen wird man auch davon ausgehen dürfen, dass sich die vorläufige Zahlungsanordnung positiv auf die Verteidigungstaktik in einem Bauprozess auswirken wird.

Wer als Beklagter allzu fantasievoll Mängel und Schadensersatzansprüche geltend macht, riskiert, dass ein Richter bei einer umfangreichen Beweisaufnahme ausgerechnet den Mangel oder die Schadensposition als erstes begutachten lässt, die nur aus prozesstaktischen Gründen vorgeschoben wurde. Bestätigt das Gutachten den Vortrag des Beklagten nicht, liegen genau die Umstände vor, die nach der Gesetzesbegründung für den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung sprechen können (BT-Drucks. 16/511, S. 20). Die vorläufige Zahlungsanordnung wird so Beklagte verstärkt davon abhalten, in missbräuchlicher Weise einen Rechtsstreit mit Angriffs- oder Verteidigungsmitteln zu verzögern.

Eine wesentliche Stärke der geplanten vorläufigen Zahlungsanordnung liegt in der Möglichkeit, einen Vollstreckungstitel zu erlassen, der im Gegensatz zu einem Teil- oder Vorbehaltsurteil nicht isoliert anfechtbar ist und der mit einem vergleichsweise geringeren Arbeitsaufwand verbunden ist.

Gleichwohl ist der Beklagte geschützt: Die von dem Kläger zu stellende Sicherheitsleistung wird so bemessen sein, dass Schäden aus einer im Nachhinein ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung ausgeglichen werden. Kein Richter wird sehenden Auges eine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen, bei der er davon ausgehen muss, dass diese durch Endentscheidung erheblich korrigiert werden muss.

Positiv ist weiterhin, dass der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung ausschließlich im Rahmen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens stattfinden soll. In einem früheren Entwurf war noch vorgesehen, die vorläufige Zahlungsanordnung im Wege einer einstweiligen Verfügung zu erlassen. Dies hätte in der Tat zu einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte geführt.

Die vorläufige Zahlungsanordnung wurde vom ersten Baugerichtstag (mit nur knapper Mehrheit) abgelehnt. Der nun in der Diskussion stehende Entwurf basiert auf den intensiven Arbeiten der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Zahlungsmoral“. Er kommt also seitens der Justiz selbst und man darf davon ausgehen, dass hier auch die Richter ihre Erfahrungen aus Bauprozessen eingebracht haben. Die vorläufige Zahlungsanordnung kann und wird helfen, umfangreiche und komplexe Bauprozesse eher zu beenden (so auch *Ganten*, ZfBR 2004, 746; s. auch *Grauer*, BauR 2006, 1557, 1559 f.).

Mit der vorläufigen Zahlungsanordnung wird man letztlich auch die Erfahrungen sammeln, um die Grundlage für ein zwingendes und summarisches Verfahren zur außergerichtli-

chen Streitbeilegung (Adjudication) zu schaffen, mit dem sich der nächste Baugerichtstag intensiv befassen wird.

Das Forderungssicherungsgesetz wird dazu führen, dass Unternehmen ihre berechtigten Forderungen spürbar schneller durchsetzen können. Ein Handwerksbetrieb ist gegenüber einem Auftraggeber in einer schwachen Verhandlungsposition. Gerade um die Vertragsfreiheit zu schützen, steht der Staat in der Pflicht, ein strukturelles Ungleichgewicht durch geeignete Regelungen zu beseitigen. Hierfür leistet das Forderungssicherungsgesetz einen wichtigen Beitrag.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Frederik Karsten  
Geschäftsführer Recht