

Protokoll^{*)}
der 101. Sitzung

am 26. Mai 2008, 15.00 Uhr
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Raum E 400

Beginn der Sitzung: 15.04 Uhr

Vorsitz: Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim), MdB

Öffentliche Anhörung

Gesetzentwurf des Bundesrates

S. 1 - 56

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz - FoSiG)

BT-Drucksache 16/511

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Meine sehr geehrten Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen. Ich darf Sie sehr herzlich begrüßen zu unserer Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen. Ich bedanke mich sehr bei den Sachverständigen, dass Sie uns Ihr Wissen zur Verfügung stellen. Wir haben vereinbart, dass wir – wie bei uns üblich – mit einer Statementrunde beginnen und die Statements auf je fünf Minuten begrenzen, damit wir ausreichend Zeit haben, im Anschluss an Ihre Ausführungen Fragen zu stellen. Ich schlage vor, dass wir mit Frau Heinrich beginnen, Sachverständige für Verbraucherschutzfragen im Bereich Bauen und Wohnen, Bonn. Bitte schön, Sie haben das Wort.

SV Gabriele Heinrich: Vielen Dank, dass ich hier als Sachverständige eingeladen worden bin. Besonders auch deswegen, weil sonst kein weiterer Vertreter von Verbraucherorganisationen geladen ist und ich die Position der Verbraucherorganisation – besonders die des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv) – mit vertreten werde. Zu meiner Person: Ich selbst war zehn Jahre Referentin für Bauen und Wohnen beim vzbv und habe mich in dieser Zeit sehr viel mit Bauverträgen auseinandergesetzt. Wir haben eine Reihe von Studien über Vertragsprüfungen, über Baurechtsberatung, über Baubeschreibungen durchgeführt und dabei festgestellt, dass es gerade auch im Werkvertragsrecht Defizite gibt, die sich eben nicht durch die Beratung ersetzen lassen, sondern die ein Verbraucherbaurecht, Bauvertragsrecht erforderlich machen und haben dann auf Grund der Defizite, die wir festgestellt haben, entsprechende Forderungen aufgestellt und diese als Vorschläge immer wieder eingereicht. Ich sage „immer wieder“, denn das geht zurück bis Ende der 90er Jahre und es gab immer wieder – das habe ich in meiner Stellungnahme auch aufgeführt – eine Reihe von Absichtserklärungen verschiedener Bundesregierungen, in der Hinsicht tätig zu werden. Es gibt seit Jahren diese Initiative für ein Forderungssicherungsgesetz, das Änderungen im Werkvertragsrecht bringen soll, leider aber nicht mit der Intention, erforderliche Schutzregelungen für Verbraucher einzuführen. Obwohl es, wie gesagt, diese Absichtserklärungen immer gab und obwohl es auch so ist, dass viele – auch Unternehmen, Generalübernehmer – zum Teil auf die Verdingungsordnung für Bauleistungen ausweichen und die zugrunde gelegt haben. Die haben sie natürlich

auch deswegen zugrunde gelegt, weil sie gewisse Vorteile brachte, auch was die Gewährleistungsfristen anging, aber auch, weil es zu wenig Regelungen gab, um die Verträge über Bauvorhaben, Einfamilienhäuser etc., rechtlich zu gestalten und abzuwickeln. Auf Grund der fehlenden Initiativen erlaube ich mir noch einmal die wichtigsten Forderungen für ein Bauvertragsrecht kurz zu benennen, zumal ich auch in der Stellungnahme zum Gesetzentwurf gelesen habe, dass es – aus meiner Sicht – häufig keine nachvollziehbaren und gut begründeten Argumente gegen eine weitere Ausgestaltung gab. Nach der Begründung sieht es ja so aus, als wenn es da keine weiteren Initiativen für ein Verbraucherbaurecht geben sollte. Also das Hauptargument ist letztendlich immer, dass es heißt, Verbraucher sollen die Verträge individuell und persönlich regeln. Ansonsten würde es ja die Möglichkeit der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz geben. Es bleibt beim Status quo und dem Verbraucher wird letztendlich gesagt, er soll im Problemfall den Rechtsweg einschlagen. Es bleibt also bei so einer Art Einzelfallgerechtigkeit. Deswegen mein Fazit, dass es eigentlich wenige Konsum- und Investitionsbereiche gibt, in denen so wenige Schutzregelungen für Verbraucher getroffen sind, wie im Baubereich. Und was den Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) angeht, ist eigentlich meine Bewertung, dass es da eine Schieflage zu Ungunsten der Verbraucher gibt.

Zum Einzelnen jetzt. Ich gehe nur auf die ein, die wirklich Verbraucher betreffen. Zur vorläufigen Zahlungsanordnung meine ich, dass sie für Verbraucherverträge unangemessen ist, weil dadurch das betriebswirtschaftliche Risiko des Unternehmers auf dem Rücken des verklagten Verbrauchers ausgetragen wird – wobei ich mir nicht ganz sicher bin, wie häufig die vorläufige Zahlungsanordnung mit Verbrauchern überhaupt zum Tragen kommt, denn die klagenden Unternehmen müssen ja Sicherheiten hinterlegen. Von daher glaube ich gar nicht mal, dass sie das so häufig in Anspruch nehmen werden. Aber – was wichtig ist – es bedeutet ein nicht zu unterschätzendes Droh- und Einschüchterungspotenzial, das Unternehmen sagen können: Entweder du zahlst jetzt oder wir werden eine vorläufige Zahlungsanordnung erwirken und dann hast du noch zusätzliche Kosten. Aus diesem Grunde lehne ich das ab. Dieser Bereich, diese vorläufige Zahlungsanordnung sollte für Verbraucherverträge nicht gelten.

Was ich sehr begrüße, ist die Aufhebung der Privilegierung der VOB für Verbraucherverträge. Das ist eine jahrelange Forderung der Verbraucherverbände, der die Bundesregierung jetzt mit ihrem Vorschlag nachkommt und ich denke, es ist gerade deswegen auch so wichtig, weil bei Bauverträgen mit Generalübernehmern, also im Einfamilienhausbereich – so schätze ich, konkrete Zahlen gibt es natürlich nicht – etwa bei 80 bis 90 Prozent die VOB zu Grunde gelegt wird.

Jetzt zum § 632a Abs. 3 BGB-E, Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes. Wir begrüßen die erstmalige Einführung einer Bestellersicherheit für Verbraucher natürlich, gerade um das Insolvenzrisiko für Verbraucher zu begrenzen, damit sie auch die Mehrkosten aufbringen können, wenn der Unternehmer in Insolvenz geht und weitere Mängel zu beseitigen sind. Oftmals ist es ja so, dass vor einer Insolvenz die Bauvorhaben häufig mit Mängeln nur so bestückt sind, weil die Subunternehmer, also die Handwerker, mehrfach wechseln und keiner mehr den geregelten Ablauf verfolgt, so dass es eben nachher nicht nur darum geht, das Bauvorhaben fertig zu stellen, sondern auch darum, weitere oder entstandene Mängel beseitigen zu lassen. Die Zeitverzögerung ist zudem ein Kostenfaktor. Aber die fünf Prozent, die hier angesetzt werden, sind aus meiner Sicht zu niedrig. Sie sind, denke ich, auf der Grundlage der VOB festgesetzt worden, aber in Geschäftsverträgen üblich sind zehn Prozent. Angesichts der Tatsache, dass Verbraucher hier bei der Gestaltung und Abwicklung von Verträgen wenig Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten haben, jedenfalls weniger als Unternehmen, muss auch die Sicherheit höher sein, wenn man sie mit den öffentlichen Auftraggebern vergleicht. Aus diesem Grund bin ich der Meinung, dass zehn Prozent erforderlich und angemessen sind. Darüber hinaus wäre es wichtig, eine Informationspflicht einzuführen, dass Unternehmen Verbraucher über diese Sicherheitsleistungen informieren, weil viele Verbraucher gar nicht wissen, dass sie die Möglichkeit haben, so etwas zu erlangen.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Frau Heinrich, darf ich Sie unterbrechen. Wir haben uns auf fünf Minuten verständigt, Sie sind jetzt fast bei zehn.

SV Gabriele Heinrich: Noch eine kurze Anmerkung, dann mache ich Schluss. Diese Sicherheitsleistungen müssten auch für die Zeit der Gewährleistung erweitert werden

und da wären fünf Prozent ausreichend. Warum das nicht in den Gesetzentwurf aufgenommen worden ist, erklärt sich mir nicht. Es gibt auch keine Begründung dazu. Aber dabei belasse ich es erstmal.

SV Dr. Peter Danckert: Zur Geschäftsordnung. Vielleicht können wir uns darauf verständigen, dass wirklich akzentuiert nur das vorgetragen wird, was nicht bereits in den Papieren steht.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Das hatten wir ja gerade gemacht.

SV Dr. Peter Danckert: Es wird ja nur das, was schriftlich hier vorliegt, wiederholt. Da bekommen wir dann Schwierigkeiten.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Jetzt hat das Wort Herr Dr. Karsten, Handwerkskammer Chemnitz.

SV Dr. Frederik Karsten: Sehr geehrter Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren. Auch Handwerker haben große Schwierigkeiten bei der Durchsetzung ihrer Werklohnforderungen. Deswegen gab es das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen. Das war für uns alle eine Enttäuschung. Das heute zur Diskussion stehende Forderungssicherungsgesetz ist da von ganz anderer Qualität. Ich verweise auf meine Stellungnahme und konzentriere mich auf einen Punkt, der uns ganz besonders wichtig ist, und das ist die Baugeldhaftung, wo das Forderungssicherungsgesetz sehr weitreichende Verbesserungen des Gläubigerschutzes parat hält. Wie sieht es jetzt aus? Baugeld kommt zunächst immer von einer Bank. Eine Bank leiht einem Besteller Geld und sichert ihren Rückzahlungsanspruch durch eine Hypothek auf dem zu bebauenden Grundstück ab. Der Besteller beauftragt einen Bauherrn, der Bauherr beauftragt einen Generalunternehmer. Der Generalunternehmer vergibt ein Teillos an einen Nachunternehmer und der Nachunternehmer wiederum beauftragt den Handwerker. Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen (GSB) möchte absichern, dass das Geld von der Bank letzten Endes bei dem Bauhandwerker ankommt. Deswegen gibt es eine Baugeldverwendungspflicht. Diese Baugeldverwendungspflicht scheitert in der Praxis häufig daran, dass eben diese Kette, die ich vorher dargestellt habe –

Bank, Bauherr, Generalunternehmer, Nachunternehmer und Handwerker – bereits dann unterbrochen wird, wenn nur der mit dem Teil eines Bauvorhabens beauftragte Unternehmer in dieser Kette drin ist. Der kann dann schon nicht mehr Baugeldempfänger sein. Und der Handwerker, der hinter diesem nur mit dem Teil beauftragten Unternehmer steht, der kann keinen Schadensersatzanspruch auf Grund der Baugeldhaftung geltend machen. Dieser Schadensersatzanspruch ist ganz besonders wichtig, denn wenn ein Unternehmen in der Kette insolvent wird und es sich um eine GmbH handelt, dann kann dieser Schadensersatzanspruch in der Insolvenz des Unternehmens gegen den GmbH-Geschäftsführer geltend gemacht werden. Deswegen befürworten wir mit Nachdruck die Erweiterung der Baugeldhaftung. Was soll sich jetzt durch das Forderungssicherungsgesetz ändern? Sie erinnern sich an die Kette, die ich Ihnen gerade genannt habe. Bank, Besteller, Generalunternehmer, Nachunternehmer und dann der Handwerker. Das erste, was sich daran ändert, ist, dass am Anfang dieser Kette nicht mehr eine Bank stehen muss, das können auch die Eigenmittel des Bauherrn sein. Das Weitere, was sich daran ändert ist, dass, wenn in dieser Kette ein Glied ein nur zum Teil beauftragter Nachunternehmer ist, auch alle Unternehmer, die danach kommen, also auch der Handwerker, die Möglichkeit haben, einen Schadensersatzanspruch aus dem GSB herzuleiten. Und diese beiden Änderungen durch die Erweiterung der Baugeldhaftung halte ich für so groß, dass es letzten Endes auch dazu führen wird, dass ein Baugeldgläubiger entgegen der bisherigen Situation, wesentlich leichter den Nachweis dafür erbringen kann, dass ein vorsätzlicher Verstoß gegen die Baugeldverwendungshaftung vorliegt. Darauf möchte ich mich hier zunächst beschränken. Ich freue mich auf die Diskussion und vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, jetzt hat das Wort Frau Prof. Dr. Petra Kirberger, Fachanwältin für Baurecht und Architektenrecht sowie Honorarprofessorin für Bau- und Architektenrecht an der Universität Siegen. Bitte schön.

SV Prof. Dr. Petra Kirberger: Guten Tag. Ich darf mich auch erst einmal bedanken für die Teilnahme hier in diesem Kreise. Ich werde mich auf die Dinge beschränken, die in der Praxis aus meiner Sicht die größere Problematik darstellen. Dabei sind bei mir weder die Verbraucherinteressen noch die Interessen der Unternehmer vorrangig.

Ich sehe das Problem am Bau eigentlich mehr in dem Miteinander der beiderseitigen Interessen, denn wir dürfen den Verbraucher nicht als armen Schutzlosen einerseits und den Unternehmer als den absolut nicht Schutzbedürftigen andererseits darstellen. Wir haben in der Praxis auf der Unternehmerseite einen ganz breiten Kreis, der reicht vom kleinsten Handwerksbetrieb bis zum größten Bauunternehmen mit mehreren 1000 Mitarbeitern. Und auch der Handwerksbetrieb hat dieselben Probleme wie der Verbraucher. Er kennt sich in all diesen Bereichen auch nicht so gut aus und ist deshalb in vielen Bereichen mindestens so schutzwürdig wie der Verbraucher, der sich inzwischen ja glücklicherweise auch durch öffentliche Maßnahmen etwas besser bilden und schulen kann. Ich habe in meiner Stellungnahme das, was mich besonders umtreibt, nämlich die vorläufige Zahlungsanordnung, eingehend dargelegt. Ich meine, um das Ergebnis zusammenzufassen, dass sie nicht nur rechtsstaatlich bedenklich ist, da wir in unserem bisherigen Rechtssystem an sich eine endgültige Zahlung auf Grund einstweiliger Maßnahmen nur unter ganz engen Voraussetzungen kennen und die vorläufige Zahlungsanordnung jetzt in diesen Kreis hineingehen würde und entsprechende Interessen, wie wir sie bisher beispielsweise bei Unterhaltszahlungen kennen, bei der Sicherung von Werklohnforderungen sicherlich nicht in Frage stehen. Ich halte sie aber darüber hinaus auch für nicht besonders praktikabel, weil ich in Bausachen nicht sehe, dass irgendwann zu Beginn eines Prozesses schon eine vorläufige Anordnung ergehen könnte. Wir haben in Bausachen das Problem – und das verzögert sie natürlich –, dass wir häufig Tatsachen durch Sachverständigenbeweis, durch viele Zeugen aufklären müssen und das lässt sich nun mal nicht abkürzen. Der Richter hat nur zwei Möglichkeiten. Entweder er nimmt seine Sache ernst, dann kann er vor einer weitgehenden Aufklärung keine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen, oder er nimmt seine Sache nicht so ernst, dann läuft es auf eine Abwägung der Schutzwürdigkeit der beiden Prozessparteien hinaus und das hat mit Juristerei dann wahrscheinlich nichts mehr zu tun. Dabei möchte ich es in diesem Zusammenhang bewenden lassen und nur darauf hinweisen, dass ich ein ganz großes Problem bei der Vollstreckung sehe. Ich sehe Lücken, die es ermöglichen, dass der Unternehmer auf Grund einer vorläufigen Zahlungsanordnung ohne Sicherheitsleistung vollstrecken kann. Das heißt, wenn er im nächsten Augenblick insolvent wird, haben wir einen schutzlosen Endverbraucher, einen

Auftraggeber, der sein Geld nicht mehr sehen wird. Der Unternehmer sollte deshalb besser schon im Vorfeld geschützt werden.

Die Abschlagszahlung muss im Interesse aller dringend bearbeitet werden. Ich sehe die augenblickliche Regelung, die hier zur Diskussion steht, nicht als ausreichend an. Ich sehe sie als besser an, als die bisherige, aber der Begriff „Wertzuwachs“ ist ein Begriff, den wir aus dem Vertragsrecht nicht kennen. Das ist ein Begriff aus dem Bereicherungsrecht. Es würde bedeuten, dass wir, wenn wir uns fragen, ob die Abschlagszahlung auf der Gegenposition einen Wertzuwachs hat, Momente untersuchen müssten, die mit dem Vertragsrecht nichts zu tun haben. Denn die Parteien können unglückliche Preise vereinbart haben, der Bauherr kann etwas beauftragt haben, was überhaupt keinen Wertzuwachs auf seinem Grundstück bedeutet. Wie ist es bei Abrissmaßnahmen, bei Maßnahmen des Erstaushubs? Sind das wirklich wertverbessernde Maßnahmen? Ich bitte dringend, noch einmal darüber nachzudenken und auch darüber, in das Gesetz das aufzunehmen, was in der Begründung steht. Dass nämlich Abschlagszahlungen bei wesentlichen Mängeln ausgeschlossen sind, aber die wesentlichen Mängel sich auf diesen abgerechneten Teil der Leistungen beziehen müssen. Das ist in der Begründung ausdrücklich gesagt, aber im Gesetzestext so nicht enthalten. Wir haben das Problem, dass alles, was im Gesetzestext nicht eindeutig genug gesagt wird, der Praxis in der Erprobung vorbehalten bleibt und damit diejenigen, die den leidvollen Weg eines Prozesses gehen, die Erfahrungen sammeln müssen. Das sollten wir ihnen eigentlich ohne Not nicht antun. Deshalb würde ich bei dem § 632a BGE-E der Neureglung dringend bitten, den Wertzuwachs wegzulassen. Das Beste wäre, wir würden uns auf die VOB-Regelung beschränken. Das geht aber nur, wenn keine anderen Vertragsarten als Bauverträge in § 632a BGB-E geregelt sind.

Deshalb das letzte Votum von mir: Bitte ein neues Bauvertragsrecht, das das Institut für Baurecht, dessen Vorstand ich angehöre, schon vor Jahren entwickelt hat. Das, glaube ich, würde unsere Probleme am Besten lösen. Danke schön.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Herzlichen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Kniffka, Richter am Bundesgerichtshof Karlsruhe und Präsident des Deutschen Baugerichtstages. Bitte schön.

SV Prof. Dr. Rolf Kniffka: Herr Vorsitzender, vielen Dank. Meine Damen und Herren, ich begrüße Sie recht herzlich. Ich freue mich auch, dass ich hier gehört werde. Ich möchte verweisen auf das, was ich Ihnen geschrieben habe und auch nur punktuell zwei, drei Dinge hervorheben.

Ich schließe mich dem Vorschlag von Prof. Kirberger an. Wir brauchen auch ein Bauvertragsrecht, was nicht bedeutet, dass das Forderungssicherungsgesetz überflüssig ist. Das zweite, vielleicht nur für Sie zur Information, es geht hier darum, dass der Handwerker schneller an sein Geld kommen soll. Ob da Regelungen materiellen Rechts oder des Prozessrechts, wie sie hier vorgesehen sind, letztlich so durchschlagend sind, wage ich zu bezweifeln. Die Tendenz außerhalb dieser Diskussion geht ganz woanders hin. Da sind nämlich Verfahren zu etablieren, die frühzeitig dem Handwerker das Geld beschaffen. Das sind Schlichtungsverfahren. Der Deutsche Baugerichtstag, dessen Präsident ich bin, wird sich jetzt auf dem Zweiten Deutschen Baugerichtstag zum Beispiel mit einem Verfahren zur Adjudikation beschäftigen. Da gibt es Vorbilder aus England, die alle das Ziel haben, zeitnah zum Konflikt eine Entscheidung herbeizuführen, die auch zu einem Geldfluss führt. Dann müssen wir uns über diese Dinge, die uns hier Kopfzerbrechen machen, nicht mehr lange unterhalten. Das, wie gesagt, nur zur Information. Überflüssig ist das Forderungssicherungsgesetz jedenfalls im materiellrechtlichen Teil nicht, weil es ganz erhebliche Fehler des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlung korrigiert. Da stimme ich also voll zu.

Ich möchte aus meiner schriftlichen Stellungnahme allerdings zwei Dinge hervorheben. Ich stimme nicht mit Ihnen überein, Frau Prof. Kirberger, dass wir bei einer Abschlagszahlungsregelung wegen wesentlicher Mängel soweit gehen sollten, dass die Abschlagszahlungen verweigert werden können. Das ist für mich nicht gut nachvollziehbar. Die Bundesregierung kennt meine Stellungnahme schon seit langem. Wir haben eine Rechtsprechung zur VOB-Regelung, die herangezogen wird, die Sie einfach ignorieren. Diese Rechtsprechung ist allein interessengerecht. Ich plädiere nachhaltig dafür, dass Sie diese Rechtsprechung übernehmen. Die Bedenken der Bundesregierung, ich habe es Ihnen geschrieben, kann ich nicht nachvollziehen und teile sie auch nicht, weil nämlich das Recht zur

Abschlagszahlung ja gerade dafür sorgen soll, dass der Unternehmer frühzeitig an sein Geld kommt. Die Regelung zur Abnahme ist eine antiquierte Regelung, die ohnehin von einigen auch in Frage gestellt wird. Das liegt mir sehr am Herzen.

Ein zweites handwerklicher Art liegt mir am Herzen. Wenn Sie § 648a BGB-E so ändern, wie es im Entwurf steht, wogegen ich nichts hätte, dann müssten Sie allerdings wirklich überdenken, ob Sie die Regelung, dass alles, was im § 648a Abs. 1 bis 5 BGB-E als zwingendes Recht ausgestaltet ist, so lassen können. Ich habe es Ihnen in meiner Stellungnahme dargelegt. Bitte bedenken Sie das! Es wird ein Problem geben. Ich frage mich immer, wie würde ich entscheiden, wenn es mal bei uns ankommt? Und da hätte ich, wie ich Ihnen geschrieben habe, doch ein erhebliches Problem.

Die prozessualen Regelungen, die Regelungen zum Teilurteil, Vorbehaltsurteil und zur vorläufigen Zahlungsanordnung, sehe ich mit einigem Vorbehalt. Ich will es hier einfach mal auf den Punkt bringen. Sie haben auch – und vielleicht sogar ganz überwiegend – die vorläufige Zahlungsanordnung im Visier, um die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unzulässigkeit von Teilurteilen zu überspielen. Das mag irgendwo einen Sinn haben, weil die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit des Teilurteils mit der Präjudizialität ja möglicherweise auch nicht so überzeugend ist. Aber, bevor Sie das mit einer vorläufigen Zahlungsanordnung machen, bitte ich Sie zu überlegen, ob Sie nicht die Regelung zum Teilurteil noch einmal neu überarbeiten müssten. Alles andere habe ich Ihnen geschrieben. Darauf nehme ich Bezug. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Prof. Dr. Kniffka. Jetzt hat das Wort Herr Dr. Koeble, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Reutlingen.

SV Dr. Wolfgang Koeble: Ich bin seit 34 Jahren theoretisch mit dem Baurecht und praktisch mit Bausachen befasst und sehe die Angelegenheit nicht aus der Sicht einer Partei, ich bin völlig ungebunden. Das, was es im Voraus zu sagen gibt, ist, dass diese gesetzliche Regelung meines Erachtens die Möglichkeiten ausschöpft, welche dem Bundesgesetzgeber für eine Verbesserung der Situation sowohl des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers zur Verfügung stehen. Das

Instrumentarium ist meines Erachtens vollständig, wenn man nicht den Weg, den andere Länder über Versicherungen, über Totalabsicherungen gehen, im Voraus gehen will. Dann hat man hier die richtigen Maßnahmen ergriffen. Ob sie denn alle notwendig sind, ist eine andere Frage.

Ich halte, um anzuknüpfen an das, was gerade gesagt wurde, die vorläufige Zahlungsanordnung nicht für erforderlich, und ich halte sie auch für sehr gefährlich. Ich habe die Gründe im Einzelnen in meiner Stellungnahme genannt. Ich will zwei Dinge daraus noch hervorheben. Erster Gesichtspunkt: Was passiert, wenn der Bauunternehmer Vergütungsansprüche geltend macht und diesen Mängelansprüche gegenüber gestellt werden? Dann muss hinsichtlich dieser Mängelansprüche ebenso in diesem cursorischen Verfahren eine hinreichende Erfolgsaussicht geprüft werden. Wenn nun der Richter über diese vorläufige Zahlungsanordnung sowohl hinsichtlich der Vergütung als auch der Gegenansprüche nicht nur über Mängel, sondern auch über Verzug oder anderes entscheiden muss und da nur pauschal urteilen soll, dann haben wir ein Pauschalurteil in großer klassischer Breite. Zweiter Gesichtspunkt: Nachdem es dafür auch Gebühren gibt und Gerichtskosten und Prozesskostenhilfe mit Sicherheit anfallen werden, wird diese vorläufige Zahlungsanordnung in der Praxis nicht nur bei dem gewissenhaften Parteivertreter, sondern bei allen eine erhebliche Rolle spielen. Es wird Formularbücher geben, in denen als erstes bei einer Vergütungsklage des Bauunternehmers gleichzeitig der Antrag auf vorläufige Zahlungsanordnung mitgestellt werden wird. Da bin ich sicher. Dieses führt zu einer Verzögerung des Bauprozesses, denn es wird vorab in einem ersten Termin nicht über die Sache entschieden, sondern es wird verhandelt, um eine Entscheidung über die vorläufige Zahlungsanordnung treffen zu können. Das sind zwei Gesichtspunkte, die zu denken geben. Die anderen habe ich alle aufgeschrieben. Meines Erachtens sollten Sie dieses aus dem Gesetzspaket herausstreichen. Wir bekommen auch Rechtsunsicherheit, weil diese vorläufige Zahlungsanordnung später mal wieder aufgehoben und auch abgeändert werden kann. Da bekommen wir Kriegsschauplätze im Bauprozess, der schon ohnehin genügend Verfahrensszenarien hat, die wir nicht zusätzlich wollen.

Zum materiellen Recht etwas, was ich bisher noch nicht angesprochen habe, nämlich der § 632a BGB-E. Da liegt der Vorschlag vor, dass man statt der bisherigen

Formulierung im Entwurf den Wertzuwachs als maßgebend ansehen will. Ich bitte zu überlegen, ob man nicht bei der bisherigen Formulierung bleibt, denn es könnte folgendes passieren: Die HOAI hat bisher eine eigene Abschlagszahlungsregelung. Aber Sie wissen wahrscheinlich, dass es hier einen Referentenentwurf gibt, wonach der § 8 HOAI wegfallen soll: Fälligkeit der Schlusszahlung und Abschlagszahlung, beides soll wegfallen. Dann fallen die Architekten und die gesamten Ingenieure auch unter den § 632a BGB-E. Dann muss man sich einmal überlegen, wann diese Personengruppen – und die darf man nicht vergessen – eine Abschlagszahlung erlangen können. Erst in dem Augenblick, in dem Wertzuwachs beim Auftraggeber im Grundstück entsteht, also letzten Endes gebaut wird. Wie viele Leistungen erbringt der Architekt und Ingenieur im Voraus? Mehr als 60 Prozent seiner Gesamtleistung werden im Voraus erbracht. Er bekommt Abschlagszahlungen, nachdem er diese mehr als 60 Prozent erbracht hat.

Ein Letztes. Auch ich bin der Meinung, dass man den § 632a Satz 2 BGB-E streichen muss. Wir können hier nicht vergleichen mit der Abnahme des Gesamtwerks und mit der Mangelhaftigkeit der Gesamtleistung. Natürlich ist der Auftraggeber berechtigt zu sagen, ich nehme nicht ab, wenn ein wesentlicher Mangel vorliegt. Aber hier geht es um die Wertsteigerung und die kann bei jeder einzelnen Leistung trotzdem eintreten, obwohl an anderer Stelle vielleicht Mängel vorliegen. Man könnte noch vieles sagen, doch die Zeit ist beschränkt und die Kollegen wollen auch etwas Wichtiges sagen und deswegen, vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Herzlichen Dank Herr Dr. Koeble. Jetzt hat das Wort Herr Dr. Meiringer, Rechtsanwalt, Vorstand der Rechtsanwaltskammer Karlsruhe.

SV Dr. Eberhardt Meiringer: Herzlichen Dank für die Einladung. Etwas Wichtiges beizutragen nach solchen Vorrednern, ist sehr schwierig. Ich möchte mich auf drei Punkte beschränken. Das Eine, die Privilegierung der VOB halte ich über das Gesetz hinaus für sehr wichtig, weil es für Unternehmer, die in Deutschland investieren, in der Wahl des Rechtes gegenüber englischem Recht das deutsche Recht wieder attraktiver macht. Ausländische Investoren – ich habe auch in meiner Praxis einige Fälle dieser Art erlebt – bevorzugen merkwürdigerweise englisches Recht, weil sie

Angst vor den Inhaltskontrollen unseres AGB-Gesetzes haben. Wenn man Fälle findet, in denen die VOB wirklich uneingeschränkt und ohne Einschränkung vereinbart wird – und da muss die Praxis erst lernen, wie man das macht, denn im Moment gibt es kaum einen Werkvertrag, jedenfalls nicht in meiner Praxis, der nicht irgendwelche Änderungen erföhre –, dann würde man hier der Inhaltskontrolle entgehen. Ich glaube, das ist für Ausländer und für die Rechtswahl im Wettbewerb zu englischem Recht über das Gesetz hinaus wichtig.

Das Problem des Wertzuwachses ist vorhin schon angesprochen worden. Das sehe ich genauso. Insofern darf ich, um nicht doppelt vorzutragen, auf das verweisen, was Frau Prof. Dr. Kirberger, insbesondere Herr Prof. Dr. Kniffka schon gesagt haben.

Zu § 632 a BGB-E möchte ich einen Hinweis aufgrund verschiedener Verfahren, die ich derzeit führe, geben. Der Verbraucherschutz in Abs. 3 geht ersichtlich von dem wirtschaftlich schutzwürdigen Verbraucher aus. Es ist dort vom Umbau eines Hauses, nicht etwa von einem Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung die Rede. Das heißt, jede Immobilie, die von einem solchen Verbraucher gebaut wird, würde zu diesen Sicherheitsleistungsverpflichtungen führen. Wir haben sehr viele Auftraggeber in Verfahren, die für Millionen riesige Objekte errichten. Sie machen geltend, das sei private Vermögensanlage außerhalb ihrer beruflichen Tätigkeit. Und anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – dort war es zufällig eine Gruppe von Anwälten, die ein solches Objekt geplant haben, und der Anwalt ist wohl vielleicht auch im Sinne der BGH-Rechtsprechung schon per se ein Verbraucher – kann man sehen, dass hier durchaus große Volumina als Auftragssummen auftreten können. Diese Auftraggeber, wenn sie nicht eindeutig dem gewerblichen Bereich zugeordnet worden sind, stellen sich als Verbraucher dar. Und damit die Handwerker, deren Schutz ja das Gesetz im Auge hat, und die im Grunde genommen die Vorleistungen für Material, für Lohn tragen müssen, damit diese die erste Abschlagszahlung bekommen, sie müssen noch einmal eine Sicherheit bieten, die sie in der Regel dann gerade, wenn sie schutzwürdig sind und wenn sie um Liquidität kämpfen, gar nicht stellen können. Deswegen bin ich der Meinung, dass man hier an der Stelle nochmals überlegen sollte, ob man den Begriff des Verbrauchers vielleicht dadurch ergänzt, dass man das Volumen des Objektes – z. B. Einfamilienhaus – dort hinein nimmt, um solche Fälle auszuschließen, die ich eben genannt habe.

Ich habe den wesentlichen Schwerpunkt, den Kern des Gesetzes, auch in meiner schriftlichen Stellungnahme unabhängig von den sonstigen Fragen auf die vorläufige Zahlungsanordnung gelegt. Ich möchte noch einmal im Rechtsvergleich darauf hinweisen. Wir kennen solch ein Verfahren in Italien. Dort übrigens auch ohne Rechtsmittel. Wir kennen das Verfahren in Frankreich – ich hatte darauf schon hingewiesen –, dort sind die Verfahren berufungsfähig. Die Verfahren sind aber ausgegliedert, sie sind einem Hauptsacheverfahren vorgeschaltet. Ich habe den Vorschlag eigentlich so verstanden, dass man anhand der grundlegenden Entscheidung des 7. Senates, der diese Durchbrechung des Synallagmas von Werkanspruch und Einbindungen materiell-rechtlich nicht für richtig hält – und diese Auffassung teile ich auch –, jetzt in einer prozessualen Vorschrift, in dieser vorläufigen Zahlungsanordnung, einkleidet. Ich bin wirklich der Meinung, eine neue, mit einer fünfjährigen Evaluierungsphase eingeführte zusätzliche Verfahrensform wird uns in der Praxis wahnsinnige Schwierigkeiten bereiten. Es kostet gerade die, die geschützt werden sollen, viel mehr Geld. Sie müssen zur Glaubhaftmachung ihrer Situation betriebswirtschaftliche Gutachten einreichen. Die Anwälte werden sich darauf stürzen, was Dr. Koeble schon gesagt hat, wir werden das Verfahren am Anfang mit Dingen belasten, die mit eigentlichem Werkvertragsrecht nichts zu tun haben. Man darf auch nicht übersehen, dass längst nicht mehr alle Einwendungen, die im Bauprozess geltend gemacht werden, per se immer unbegründet sind. Die Zeiten, in denen Bauträger in den Prozessen „herangesuchte“ Einwendungen in Mengen vorgetragen haben, sind in meiner Praxis vorbei. Wir haben völlig andere Verfahren in den letzten Jahren betreut. Deswegen denke ich, dass wir an der Stelle eine Abwägung vornehmen sollten und den § 302 ZPO, wenn der Gesetzgeber sich dazu entschließt, das Synallagma zu unterbrechen, stärken sollten. Dort habe ich auch eine Berufungsfähigkeit. Dort habe ich die ganzen Probleme nicht, die ich durch den Druck einer vorläufigen Zahlungsanordnung hätte. Und um die Verbraucher oder die Interessen der Handwerksbetriebe anzusprechen: Ich habe in meiner Praxis kaum einen großen Bauprozess in den letzten 30 Jahren geführt, bei dem wir nicht eine Mehrgliedrigkeit gehabt hätten, gesamtschuldnerisch haftende Architekten, andere ausführende Unternehmer, alle sind verwoben. Die Versicherungen, die dahinter stehen, kümmern sich überhaupt nicht darum, solange sie nicht selber im Feuer stehen. Wenn der Kläger sich zufällig einen Handwerksbetrieb herausucht –

und der Handwerksbetrieb kann auch auf Beklagtenseite sein –, und er eine vorläufige Zahlungsanordnung erwirkt, dann zahlt der Handwerksbetrieb, der in einer mehrgliedrigen Bauabwicklung als Subunternehmer eingeschaltet ist, die Zeche. Die Versicherungen der Ingenieure und Architekten, die vielleicht Planungsfehler zu vertreten haben, äußern sich überhaupt nicht, treten auch nicht bei und warten die fünf Jahre ab, bis der Hauptprozess entschieden ist. Bis dahin ist die Sache vielleicht erledigt. Sie brauchen gar nicht zu zahlen. Man darf nicht den Fehler begehen immer anzunehmen, nur der Handwerker ist auf Klägerseite und der nicht schutzwürdige Unternehmer auf der Beklagtenseite. Das ist längst nicht mehr der Fall.

Wir sehen es auch in den anderen, sehr sachgerechten Vorschriften, in der Weitergabe von Zahlungen des Bauherrn an den Generalunternehmer. Das halte ich für ganz wichtig, obwohl ich auch Einzelheiten für verbesserungsfähig halte. Das führt jetzt zu weit, weil ich meine Redezeit überschreiten würde. Denken Sie daran, jeder spielt die Rolle des Klägers und des Beklagten. Es ist nicht immer der schwache Handwerksbetrieb auf Klägerseite. Wenn er mit einer einstweiligen Zahlungsanordnung überzogen und gegen Sicherheitsleistungen vollstreckt wird, und er es durch eigene Sicherheitsleistungen nicht abwenden kann, dann ist das Unternehmen möglicherweise insolvent; die Arbeitsplätze sind weg, obwohl seine Einwendungen begründet waren. Der Richter kann das technische Verständnis beim summarischen Verfahren nicht vorweg nehmen. Er weiß ja noch gar nicht, ob es ein großer Schaden ist. Wir kennen die Symptomrechtsprechung. Die kleine Mangelrüge kann in Wahrheit einen wirklich berechtigten, großen technischen Fehler offenbaren und der wird vom Tisch gewischt, weil der Richter als Jurist das natürlich nicht beurteilen kann. Ich danke für Ihre Geduld.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Palige, Leiter der Rechtsabteilung des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks e. V. Berlin.

SV Ass. Dirk Palige: Zunächst vielen Dank für die Einladung, hier für den ZDH sprechen zu können. Erlauben Sie mir vielleicht auch vorab noch zwei kurze Anmerkungen. Zum Einen: Wir haben uns für unsere Stellungnahme heute mit dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes insoweit abgestimmt, als ich hier auch

inhaltlich dessen Position wiedergeben kann. Inhaltlich möchte ich mir erlauben, auf die Stellungnahme von Herr Dr. Karsten von der Handwerkskammer Chemnitz hinzuweisen. Insofern: Handwerk wird sich dort nicht widersprechen.

Uns ist von Handwerksseite wichtig, dass ein Forderungssicherungsgesetz kommt, dass es möglichst bald kommt, dass wir nicht wieder diese Hängepartie erleben müssen, die wir in der vergangenen Legislaturperiode bis heute gehabt haben. Wir sehen in der Praxis, dass die Handwerksunternehmen mit erheblichen Schwierigkeiten am Markt zu leiden haben, insbesondere was ihre Rechtsdurchsetzung betrifft. Von daher sehen wir Regelungsansätze im Forderungssicherungsgesetz, so wie es vorgeschlagen ist, die wir nachhaltig unterstützen und die wir uns nach Möglichkeit für eine Umsetzung auch wünschen. Das betrifft – ich werde das nur stichwortartig erwähnen – als wesentliche Punkte die Abschlagszahlung gemäß § 632a BGB-E, § 641 Abs. 2 BGB-E, die Durchgriffsfälligkeit und § 641 Abs. 3 BGB-E, die Neuregelung des Druckzuschlags, die aus unserer Sicht äußerst wichtig ist. Sie betrifft genauso § 648 a BGB-E, die Sicherheitsleistung. Hier sehen wir endlich die Möglichkeit, auch für den Handwerksunternehmer einen einklagbaren Anspruch auf Sicherheit zu bekommen. Insofern ist dies eine Übernahme der Rechtsprechung des BGH.

In prozessualer Hinsicht sehen wir die Notwendigkeit erfüllt, auch prozessual die materiell-rechtlichen Änderungen zu begleiten, insbesondere durch die Neugestaltung des Teilurteils. Auch hier sehen wir eine Stärkung letztendlich des Handwerksunternehmers, der in der Tat vielleicht auch zunehmend auf Beklagtenseite anzutreffen ist. Dennoch sehen wir die Notwendigkeit, ihn vor allem auch als Kläger – es ist hier mehrfach angeklungen –, auch in der Kette letztendlich als Nachunternehmer oder Subunternehmer zu stärken. Von daher möchten wir Sie ganz besonders nachdrücklich noch einmal auffordern, das vorliegende Forderungssicherungsgesetz nach Möglichkeit zu verabschieden. Die wesentlichen Punkte aus Handwerkssicht sind Ihnen bekannt. Sie finden damit unsere volle Unterstützung. Danke.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Palige. Jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Peters, Richter am Oberlandesgericht a. D., Hochschullehrer an der Universität Hamburg.

SV Prof. Dr. Frank Peters: Ich danke zunächst für die Einladung und möchte einige grundsätzliche Überlegungen äußern. Es geht um die Zahlungsmoral, vorzugsweise die des Bauträgers. Diese Menschen handeln durchaus rational. Wir müssen davon ausgehen, dass sie finanziell klamm sind, wenn denn die Zahlungen seiner Abnehmer noch in ungewisser Ferne liegen. Da sehen sie sich dann drei Gruppen von Gläubigern gegenüber. Den Banken einerseits, Finanzamt und Trägern der Sozialversicherung andererseits und eben den Bauhandwerkern. Die Banken können Druck ausüben, indem sie den Geldhahn zudrehen. Das Finanzamt und die Sozialversicherung titulieren ihre Forderung selbst. Dann ist natürlich der Bauhandwerker der Schwächste in der Kette. Er braucht also ein konkurrenzfähiges, eigenes Druckmittel im Kreise dieser Gläubiger. Das kann nur das Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB sein. Das gilt zunächst für die Abschlagszahlungen. Ein Anspruch auf Abschlagszahlung wird als solcher schon aus zeitlichen Gründen nur ganz selten gerichtlich durchgesetzt. Aber es ist die latente Drohung mit der Einstellung der Arbeiten, die Druck erzeugt, Abschlagsrechnungen zu bedienen. Insofern also braucht man einen effektiven Anspruch auf Abschlagszahlungen. Das ist richtig an dem Gesetzentwurf. Woran es dann im Wesentlichen hapert, ist die zeitnahe Bedienung der Schlussforderung. Die wird der Bauträger hinauszögern wollen. Und das kann er nach dem gegenwärtigen Rechtszustand auch, denn nach dem allgemeinen und auch von dieser Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ nicht angezweifelte Verständnis des § 641 BGB wird die Schlusszahlung erst nach der Abnahme fällig. Man bekommt also erst einmal die Werkleistung und dann darf man noch über die Rechnung nachdenken. Das zieht sich alles hin. Mir tut es schon sprachlich weh, wenn so nonchalant aus dem „bei der Abnahme“ des § 641 BGB ein „nach der Abnahme“ gemacht wird. Die Haare sträuben sich mir endgültig, wenn ich in die Motive zum BGB schaue. Denn dort hat sich der historische Gesetzgeber ausdrücklich für ein „bei“ und gegen ein „nach“ der Abnahme entschieden. Der Unternehmer sei nicht verpflichtet, das Werk aus der Hand zu geben, bevor er die Gegenleistung empfangen hat. Alles andere würde den Unternehmer – ich zitiere wörtlich: „in eine

schlimme Lage bringen und das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht verkümmern“. Rechtsprechung und Literatur haben den Unternehmer in eben diese schlimme Lage versetzt. Ganz bewusst hat der historische Gesetzgeber an dieser Stelle auf das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB gesetzt. Das gilt es – und das über den Gesetzentwurf hinaus – zu reaktivieren. Mein Vorschlag für eine Neufassung des § 641 Abs. 1 BGB also: „Dem Besteller steht das Werk nicht ohne die Entrichtung des Werklohns zu.“

Noch eine weitere über den Gesetzesentwurf hinausgehende Überlegung. Bekanntlich ist die Bauhandwerkersicherungshypothek, § 648 BGB, als solche wertlos und dabei wird in der Zwangsversteigerung der Erlös durch die Leistungen der Bauhandwerker nachhaltig positiv beeinflusst. Es ist nicht einzusehen, warum dieser Mehrwert durch die finanzierenden Banken mit ihren Grundpfandrechten sollte abgeschöpft werden können. Natürlich hat auch er zur Wertsteigerung beigetragen. Es ist deshalb dringend in Betracht zu ziehen, in § 10 Abs. 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (ZVG), in dem die Gläubiger in der Reihenfolge aufgeführt sind, die Bauhandwerker einzubeziehen, soweit ihre Leistungen den Wert des Objekts erhöht haben. In diesem Sinne ist die Bestimmung kürzlich in ihrer Nr. 2 wegen rückständiger Beiträge zum Wohnungseigentum ergänzt worden. Was ich hier vorschlage, hat ein Vorbild in den Artikeln 839 ff. des schweizerischen ZGB. Soviel zu meinen Überlegungen allgemein. Abschlagszahlungen ansonsten ja, natürlich. Prima, dass § 641a BGB gestrichen werden soll.

Zum Prozessrecht. Es wurde schon gesagt, dass diese Bestimmung des § 302a BGB-E eigentlich unseriös ist. Und wenn ich hier aus der Praxis höre, dass das eher verzögern könnte, bestärkt mich das nur in meiner massiven Ablehnung einer Bestimmung dieser Art. Ich war 40 Jahre lang Richter und ich wüsste auch gar nicht, wann ich eigentlich eine solche Zahlungsanordnung im Prozessablauf hätte erlassen sollen. Ich bin da ratlos.

In der Ausschussdrucksache gibt es noch Überlegungen zur Privilegierung der VOB/B, dass man sie den Verbrauchern nicht zumuten will. Das sehe ich auch so. Ich frage mich eigentlich, warum sie überhaupt privilegiert werden soll. Dadurch

entsteht keine Rechtsunsicherheit. Denn der 7. Senat würde sie ja wohl zurechtstutzen. Dann gäbe es wieder ein neues Verständnis und vielleicht käme sogar auch mal der Verdingungsausschuss für Bauleistungen, obwohl er begriffsstutzig ist, auf die Idee, da ein hieb- und stichfestes Werk vorzulegen. Das, was da drin steht mehr und mehr zu Lasten des Unternehmers und zugunsten des Bestellers, das kann man doch alles streichen. Davon geht die Welt nicht unter, wenn man die bedenklichen Bestimmungen der VOB endlich einmal kippt. Sei es über den Verdingungsausschuss, sei es über die Rechtsprechung. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank, Herr Prof. Dr. Peters. Jetzt abschließend Herr Dr. Stammkötter, Rechtsanwalt in Leipzig. Bitte schön.

SV Dr. Andreas Stammkötter: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich freue mich, dass ich diesen geballten Sachverstand abschließen darf in dieser Runde. Ich habe in meiner schriftlichen Stellungnahme schon kurz geschrieben, ich bin hier gefragt als Mann für das GSB und beschränke meine Ausführungen auch darauf. Ich denke, das passt ganz gut, weil zu den anderen Fragen schon ausreichend Stellungnahmen abgegeben wurden. Ich bin Rechtsanwalt, kein Wissenschaftler, das heißt, ich bin ein Mann aus der Praxis und möchte vielleicht ganz am Anfang noch einmal für mich mit diesem Gerücht wirklich aufräumen, dass das GSB keinen praktischen Anwendungsbereich hätte. In manchen Diskussionen habe ich das Gefühl, dass ich der einzige Anwalt bin, der irgendwelche GSB-Fälle auf dem Schreibtisch hat. Ich frage mich dann aber, warum wurden seit dem Jahr 2000 41 Entscheidungen vom OLG oder BGH erlassen, also auf höchster Ebene, obwohl dieses Gesetz einen sehr, sehr hohen Vergleichsdruck hat. Warum, das habe ich Ihnen in meiner Stellungnahme auch geschrieben. Insofern habe ich mich sehr gefreut über die Stellungnahme von Herrn Dr. Karsten, der hier die Handwerkskammern vertritt, der auch aus der Praxis Bedarf an der Modernisierung dieses Gesetzes angemeldet hat. Dieses Gesetz hat natürlich einen etwas eingeschränkten Anwendungsbereich. Das ist überhaupt nicht zu verhehlen, das soll auch an dieser Stelle nicht verhehlt werden. Aber es gibt Situationen, und die sind gar nicht selten, in denen das GSB sehr wohl seine Berechtigung hat. Man unterstellt immer, wenn eine GmbH – meistens sind es ja GmbH's – in die Insolvenz fällt, dass dann gleichzeitig auch die Geschäftsführer das persönliche Schicksal der GmbH

teilen. Dann macht das GSB in der Tat keinen Sinn, dann sollte man auch die Finger davon lassen. Aber es gibt auch nicht wenige Fälle – das muss man ganz klar sagen –, in denen die GmbH abgemeldet wird und die Geschäftsführer leben in munterem Reichtum weiter und freuen sich, dass der Insolvenzverwalter den Rest klärt. Gerade für diese Fälle ist das GSB gemacht, und glauben Sie mir, in der Praxis ist es kein stumpfes Schwert. Mir fällt so als Beispiel ein, dass jeder von uns die Damen Kleider, die Herren wahrscheinlich gute Anzüge tragen. Die kann man auch nicht jede Woche oder jeden Tag anziehen. Aber nur, weil ein Kleid oder ein Anzug vielleicht nicht bei jedem Anlass passt, vielleicht nicht zu jedem Anlass herausgeholt wird, besteht kein Grund, ihn von Motten zerfressen zu lassen, die Knöpfe abfallen zu lassen, sondern dann sagt man auch, wir pflegen den Anzug so, dass, wenn wir ihn brauchen, er auch seinen Dienst erfüllt. Ich glaube, wir reden hier über eine ganz grundlegende Entscheidung. Das GSB lebt von einem – wie ich finde – ganz hervorragenden Rechtsgedanken. Es soll sicherstellen, dass das Geld, was für eine Baustelle zur Verfügung gestellt wird, in dieser verbleibt. Das hat seinen Sinn. Denn insbesondere ist es bei den hinteren Leuten in der Vertragskette so, dass die schon ganz schlechte Erfahrungen machen mussten. Ich finde, es ist ein guter Gedanke. Mir konnte noch keiner erklären, warum es denn möglich sein soll, sanktionslos, auch soweit wir jetzt über § 823 Abs. 2 BGB reden, die zweckdienliche Verwendung von Baugeld einfach zu dulden. Das ist das „Löcherstopfen“ und das sind natürlich die Anschaffung von anderen Dingen. All das tut den Handwerkern sehr, sehr weh. Insofern – noch einmal meine Bitte – modernisieren Sie dieses Gesetz! Was ich bis jetzt gelesen habe, ist im Wesentlichen das, was ich auch an anderer Stelle schon häufig vertreten habe. Der Baugeldbegriff ist zu eng. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass er erweitert wird, das finde ich sehr gut. In meiner Stellungnahme habe ich geschrieben, dass man da sogar noch einen Schritt weitergehen könnte.

Das Zweite, was mir an Ihrem Gesetzentwurf sehr gut gefällt, ist, dass dieses Baubuch abgeschafft wird. Das ist von der praktischen Bedeutsamkeit so ähnlich wie die Fertigstellungsbescheinigung. Die ist gleich Null. Deshalb sollte man sagen, auch hier kommt eine Änderung hin, das ist jetzt geregelt durch eine Beweislastumkehr. Mir persönlich wäre ein Auskunftsanspruch lieber gewesen, aber es ist auf jeden Fall schon ein Schritt in die richtige Richtung. Und auch aus meiner Sicht ein Schritt, der die Anwendbarkeit dieses Gesetzes noch deutlich verbessern wird. Danke.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Dr. Stammkötter. Vielen Dank meine Damen und Herren Sachverständigen. Wir treten dann in die erste Fragerunde ein. Zum Verfahren folgenden Hinweis. Entsprechend dem im Rechtsausschuss üblichen Verfahren sammeln wir zunächst Fragen der Kollegen. Jede Kollegin, jeder Kollege hat in einer ersten Runde die Möglichkeit, zwei Fragen zu stellen. Jede Frage an maximal zwei Sachverständige. Wenn Sie Adressat einer Frage sind, bitte ich Sie, sich eine kurze Notiz zu machen, weil wir die Fragen sammeln und dann in einer Gesamtrunde auch beantworten werden. Es hat sich zunächst der Kollege Manzewski gemeldet.

Dirk Manzewski (SPD): Schönen Dank, Herr Vorsitzender. Meine erste Frage richtet sich an Herrn Prof. Dr. Kniffka und an Herrn Prof. Dr. Peters und bezieht sich auf die vorläufige Zahlungsanordnung. Es wird suggeriert, dass Handwerker, wenn es denn das Problem der Zahlungsmoral gibt, über dieses Institut tatsächlich schneller zu ihrem Geld kommen werden. Wenn man sich das Gesetz dann anschaut, muss man deutlich sagen, dass es so eigentlich gar nicht gedacht ist, sondern nur in Ausnahmefällen, wenn das Verfahren ein bisschen länger dauert als üblich und so weiter. In diesem Zusammenhang ist mir mein letzter Fall eingefallen, den ich nicht mehr entscheiden musste, weil ich dann in den Deutschen Bundestag gewählt worden bin. Ich habe mir ein Haus angesehen, in dem das Holzparkett relativ wellig war. Laienhaft hätte ich gesagt, dass das Parkett nicht richtig verlegt worden ist, weil der Estrich vielleicht nicht richtig war. Im Nachhinein ist dann allerdings herausgekommen, dass das Fundament nicht winterfest war. Das heißt, das Fundament war gebrochen, das Haus war eine Bauruine. Ich als Richter hätte selbständig gar nicht einschätzen können, wie groß eigentlich der Schaden ist. Das kann man nicht. Und das hat mir eigentlich deutlich gemacht, weil ich mich immer an diesen Fall erinnern muss, dass wir natürlich – und das haben Sie auch in Ihren Stellungnahmen angedeutet – eigentlich von Fällen reden, die sehr kompliziert sind und wo ich in der Regel einen Sachverständigen brauche, der mir im Grunde genommen in diesen baurechtlichen Fragen weiterhilft. Das gilt auch für andere Bereiche. Sie kennen alle die Fälle, wenn es um Wasserschäden geht oder eine feuchte Decke. Das kann etwas mit schlechtem Lüften zu tun haben, kann aber auch etwas damit zu tun haben, dass das gesamte Dachgeschoss falsch aufgesetzt

worden ist. Das heißt, ich kann das nicht einschätzen. Ich behaupte einmal, und das würde ich Sie gerne fragen in diesem Zusammenhang, dass ein Richter in diesen Fällen den Teufel tun und pi mal Daumen entscheiden wird, dass hier diese oder jene Forderung berechtigt ist. Herr Prof. Kniffka hat dankenswerterweise ein, zwei Fälle aufgelistet in seiner Stellungnahme, bei denen er sich das gleichwohl vorstellen könnte. Prof. Kniffka, der eine Fall, in dem Sie gesagt haben, die streiten nur über die Höhe dieser Entschädigung, aber dem Grunde nach sind sie sich eigentlich einig, da ist meine Auffassung, dass das eigentlich in der Praxis durch ein Anerkenntnis geregelt wird, so dass das in der Regel gar nicht streitig sein dürfte, um Kosten des Prozesses eigentlich zu verringern. Ich habe mich vor einiger Zeit, als dieser Gesetzentwurf bekannt wurde, in meinem Wahlkreis mit Handwerkern zusammengesetzt, die sich mit mir über das Problem Zahlungsmoral unterhalten wollten. Auch da hat sich relativ deutlich ergeben, dass in keinem von diesen Fällen, die an mich herangetragen wurden, in irgendeiner Form dem Handwerker durch diese vorläufige Zahlungsanordnung geholfen worden wäre. Ich hätte gerne noch einmal von Ihnen eine umfassende Stellungnahme zu Ihren persönlichen Erfahrungen aus der ersten Instanz, insbesondere zu solchen, die ein bisschen weiter zurückliegen.

Meine zweite Frage richtet sich an Herrn Dr. Koeble und an Herrn Dr. Meiringer. Man könnte nun sagen, okay, schaffen wir möglicherweise ein Institut, das nicht viel bringt, aber auch nicht schadet. So könnte man auch argumentieren. Ich habe da erhebliche Bedenken, weil ich davon ausgehe – Sie beide sind ja auch Rechtsanwälte –, dass Sie meiner Auffassung nach gezwungen sein werden, alleine um nicht gegebenenfalls in Regress genommen zu werden, dieses Institut anzuwenden. Denn wenn ein Verfahren lange dauert, kann es möglicherweise damit enden, dass Sie zwar Recht bekommen, der Beklagte aber schon gar nicht mehr vorhanden ist, weil er mittlerweile in die Insolvenz gegangen ist. Und um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, nicht alle gesetzlichen Möglichkeiten ausgenutzt zu haben, um vorläufig an das Geld zu kommen, behaupte ich – und ich hätte ganz gerne von Ihnen gehört, wie Sie das sehen –, dass Sie dieses Instrument ziehen müssen. Schon alleine, um sich selbst zu schützen. Und in diesem Zusammenhang dann auch noch einmal meine Frage, weil das hier so abgetan worden ist: Es wird immer so getan, als ob dieses Verfahren relativ schnell läuft. Als wenn der Richter

sich nur hinstellen müsste und ganz kurz mal maximal einen Termin macht und dann eine Entscheidung trifft. Ich glaube, das ist mit viel, viel größeren Schwierigkeiten verbunden. Auch dazu hätte ich gerne Ihre Meinung.

Sabine Zimmermann (DIE LINKE.): Ich bin seit siebzehn Jahren ehrenamtlich in der Handwerkskammer Chemnitz tätig und kenne die Sorgen und Nöte der Unternehmen. Deswegen geht meine erste Frage an Herrn Dr. Karsten. Sie haben vorhin davon gesprochen, dass die Baugeldhaftung ein Handwerker herleiten kann. Also wir kennen viele Probleme, dass viele Angst vor der Klage haben, weil die Geld kostet oder sie dann auch keine Nachfolgeaufträge mehr bekommen werden. Ausgehend davon möchte ich Sie bitten, die Vorschläge, die im FoSiG enthalten sind, noch einmal zu bewerten und dazu Stellung zu nehmen, ob Sie wirklich für den Unternehmer, für den kleinen Handwerker, fürs letzte Glied sozusagen in der Kette, die Sie ansprachen, da einen Mehrwert erkennen können. Das wäre meine erste Frage.

Die zweite Frage geht an Herrn Palige. Grund für die vorgeschlagene Regelung ist die angestrebte Verbesserung der sogenannten Zahlungsmoral, die aus meiner Sicht wirklich vorhanden ist. Halten Sie es für möglich, Sie sprachen vorhin von einigen Änderungspunkten, dass eine signifikante Verbesserung eintreten könnte, wenn man die Macht von Bauträgern berücksichtigt, dass sozusagen das letzte Glied in der Kette dann wirklich auch zu seinem Geld kommt? Das wäre meine zweite Frage, Danke.

Andrea Astrid Voßhoff (CDU/CSU): Nachdem der Kollege Manzewski noch einmal aus Sicht der Richter gefragt hat, ob es nicht doch irgendwelche praktischen Fälle oder einen Praxisbezug gibt, die für eine vorläufige Zahlungsanordnung prädestiniert wären, würde ich gerne aus Sicht des Handwerks auch Herrn Dr. Karsten befragen oder auch Herrn Palige, ob Sie aus Ihrer Erfahrung heraus, was an Sie herangetragen wird, entsprechende Fälle oder Praxisbezug kennen, der den Versuch, eine vorläufige Zahlungsanordnung zu installieren – Versuch sage ich deshalb, weil er zunächst einmal auf fünf Jahre befristet ist, um ihn zu testen – ein Stück weit rechtfertigt. Ich darf an der Stelle noch ergänzend hinweisen, obwohl das nun heute nicht primär unser Thema ist, dass diese vorläufige Zahlungsanordnung

auch in anderen Bereichen des Zivilrechtes – z. B. im Bereich von Schadensersatzansprüchen, Schmerzensgeldansprüchen – einsetzbar wäre. Ich bitte unter Berücksichtigung dieser Diskussion, dass man das dabei nicht ganz vergessen sollte. Dass es nun in keiner Weise Fallkonstellationen gäbe, für die die vorläufige Zahlungsanordnung nicht doch ein interessantes Instrument wäre, ist daher für mich etwas fragwürdig, nehme ich aber gerne zur Kenntnis.

Ich habe noch eine ergänzende Frage an Herrn Dr. Karsten und an Herrn Dr. Stammkötter zum Thema GSB. Die von Herrn Dr. Karsten begrüßte Erweiterung des Baugeldbegriffs kann ich nur unterstreichen, halte ich für sinnvoll, weil ich ebenso glaube, dass das GSB so ein bisschen aus dem Schattendasein herausgeholt werden muss, um dadurch auch die Sicherheit am Ende der Kette für die Handwerker zu erhöhen. Es ist keine Garantie und es ist auch kein Zugriff des Handwerkes auf Geld, aber die Sicherheit könnte es doch unter Umständen erhöhen. Aber ich höre auch, dass es durchaus in der Wirtschaft Kritik an der Erweiterung des Baugeldbegriffes gibt, schwerpunktmäßig wie man sich denken kann, natürlich zum Beispiel im Bereich der Generalunternehmerschaft, die jetzt durch den erweiterten Begriff – wenn sie nach sich noch Subunternehmer haben – dann mit dem Problem der normierten und auch mit Sanktionen versehenen „Baugeldverwendungspflicht“ konfrontiert werden. Teilen Sie beide diese Bedenken und wenn, sind sie hinnehmbar?

Und dann darf ich bitte noch eine halbe Frage an Prof. Kniffka in diesem Zusammenhang stellen, weil auch Sie, Prof. Kniffka, in Ihrem Statement zum Thema GSB, wenn ich das noch richtig in Erinnerung habe, den Satz gebracht haben, dass die Erweiterung uns zu mehr Problemen führt. Frage an Sie, welches sind diese Probleme und ließen sich die nicht lösen im Interesse des zielführenden Einsatzes oder verbesserten Einsatzes des GSB?

Mechthild Dyckmans (FDP): Wir haben jetzt schon sehr viel zur vorläufigen Zahlungsanordnung gehört und die Mehrheit lehnt, so habe ich das verstanden und zumindest auch den schriftlichen Stellungnahmen entnommen, sie ja ab. Auf der anderen Seite sind wir uns darüber einig, dass die Handwerker nicht zu Unrecht über die fehlende Zahlungsmoral klagen und dass wir – das ist ja auch der Sinn dieses

Gesetzes –, dass wir etwas tun wollen, um dies zu verbessern. Meine erste Frage geht an Herrn Prof. Dr. Kniffka und Herrn Dr. Meiringer. Sie haben beide – der eine zum Vorbehaltsurteil, der andere zum Teilurteil – gesagt, wir müssten eigentlich die bestehenden Instrumente verbessern. Mich würde ein Vorschlag interessieren, was kann man denn, Herr Prof. Kniffka, beim Teilurteil überdenken? Was könnte man denn da tatsächlich ändern? Herr Dr. Meiringer zum Vorbehaltsurteil: Was wären da Ihre Vorschläge, wenn Sie die bitte noch einmal aufzeigen würden. Denn mir scheint doch, bevor man ein völlig neues Instrument schafft – wobei die Frau Kollegin Voßhoff zu Recht drauf hinweist, dass das ja dann nicht nur für Bauleistungen gilt, sondern insgesamt und dies in das System, wie ich meine, nicht reinpasst – sollte man vielleicht überlegen, was kann man da machen?

Meine zweite Frage geht an Herrn Dr. Karsten. Ich habe mich natürlich auch bei der Beschäftigung mit diesem Gesetz mit vielen Handwerker in meinem Wahlkreis und mit Vertretern von Handwerkskammern unterhalten. Ich habe dann immer gefragt, warum werden eigentlich die bisherigen Möglichkeiten, die man hat, so wenig genutzt? Insbesondere z. B. die Bauhandwerkersicherung. Die wird zum Teil in der Praxis gar nicht angenommen. Frage: Warum? Ich könnte es gleich beantworten. Ich weiß warum, weil natürlich jeder Handwerker befürchtet, der Konkurrent sagt dem Bauunternehmer, bei mir kriegst du es ohne diese Sicherung. Für mich stellt sich die Frage, was tun eigentlich die Kammern, um diesen Instrumenten etwas mehr Bedeutung zukommen zu lassen? Oder sehen Sie da gar keine Möglichkeit? Das wären zunächst meine Fragen.

Dr. Peter Danckert (SPD): Meine Damen und Herren Sachverständigen. Ich muss mich zunächst einmal outen. Ich bin zwar Volljurist, aber seit etwa 35 Jahren in meiner beruflichen Tätigkeit als Strafverteidiger tätig, deshalb bin ich nicht Ihr eigentlicher Gesprächspartner. Ich bin hier nur in der Rolle des Mitberichterstatters. Aus dieser Erfahrung als Strafverteidiger will ich hier eine Eingangsbemerkung machen dürfen. Wir haben häufig in dieser Tätigkeit am Beginn eines Ermittlungsverfahrens mit einem Haftbefehl zu tun. Und da wird neben der Anwendung der Strafnorm darauf verwiesen, dass Fluchtgefahr wegen der Höhe der zu erwartenden Strafe gegeben ist. Und das bei einem Fall, in dem eine Beweisaufnahme überhaupt noch nicht stattgefunden hat, wo rechtliches Gehör noch

nicht stattgefunden hat. Da wird sozusagen jemand weggeschlossen, weil behauptet wird, die Höhe der zu erwartenden Strafe rechtfertige die Fluchtgefahr. So, vergessen Sie das gleich wieder. Ich habe jetzt eine Frage an Prof. Dr. Peters und vielleicht an Dr. Meiringer. Haben wir irgend etwas falsch gemacht bei dem bisherigen Entwurf, auch in der Vorschrift des § 302 a ZPO-E? Steht da irgend etwas drinnen, das sozusagen der Kläger oder Antragsteller zu entscheiden hat? Ist es nicht vielmehr so, dass der Richter, wenn ein solcher Antrag gestellt wird - von mir aus auch rein vorsorglich – derjenige ist, der es zu entscheiden hat? Und steht da nicht irgendwo drinnen, dass nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg gegeben sein muss? Bedeutet das nicht, dass – anders als mein Freund und Kollege Dirk Manzewski das hier suggeriert – am Beginn des Verfahrens sozusagen eine Prozesssituation entsteht, in der schon entschieden werden muss? Vielleicht haben wir das handwerklich nicht gut genug gemacht, Herr Prof. Dr. Peters. Steht im Gesetzentwurf nicht drin, dass die Anordnung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger gerechtfertigt sein muss? Ist da nicht sehr viel vorbeugend, vorsorgend gemacht worden? Und liegt die Entscheidung, auch das könnte ja sein, dass hier ein Fehler in der Formulierung dieses Entwurfes steckt, nicht beim Richter, der entscheiden kann und nicht entscheiden kann? Der das sozusagen in der Hand hat. Alles das, was hier als „Probleme aus der Praxis“ bezeichnet wird, dass ein Anwalt rein vorsorglich zur Vermeidung von Haftpflichtansprüchen das mit beantragen kann. Das kann ja alles sein. Aber ist es nicht am Ende des Tages der Richter, der nach den Vorschriften des vorgesehenen § 302 a Abs. 1 Ziffer 1 und Ziffer 2 ZPO-E eine solche Anordnung treffen muss? Habe ich irgendetwas übersehen, was hier noch zusätzlich bedacht werden muss, damit Sie vielleicht diesen Gedanken, den wir hier implantieren und den wir uns ja deshalb überlegt haben, weil es gerade aus dem Kreis der betroffenen Handwerker immer wieder zu Klagen gekommen ist, dass durch die Verzögerung dieser Verfahren, durch die Probleme, die mit dem Teilurteil zusammenhängen, es am Ende zu einer Durchsetzung der Forderung dann nicht kommt.

Frank Spieth (DIE LINKE.): Ich möchte dem Kollegen Dr. Danckert nachfolgend auch Herrn Prof. Dr. Peters befragen. Ich habe mir erlaubt, von der Handwerkskammer und über den Handwerkerverbund eine Reihe von Handwerkern, die betroffen sind, heute hierher einzuladen. Ist es denn in der Praxis nicht eigentlich eher so, dass vor

den Gerichten oder in den Gerichtsverhandlungen, wenn es denn dazu nach längerer Zeit kommt, sehr häufig in erster Linie ein Vergleich und keine Entscheidung angestrebt wird, weil man sonst wirklich tief in die Materie einsteigen müsste? Sind Sie der Auffassung, dass mit dem hier vorliegenden Gesetzentwurf das Problem tatsächlich gelöst wird, nämlich die Scheu genommen wird, in die Tiefe der Auseinandersetzung einzusteigen und dann eher den Vergleich zu suchen? Ich will das kurz skizzieren an einem Beispiel, was mir ein Innungsoberrmeister aus Thüringen geschildert hat, der noch 70.000 D-Mark Forderungen hatte, der dann in einem Vergleich nach langem Bemühungen 50.000 DM angeboten bekam. Nachdem er dann den Titel hatte, musste er erleben, dass der Beklagte nichts mehr hatte und dem Handwerker verblieben nicht nur die Gerichts- und die Anwaltskosten für sich selbst, sondern auch noch die Gerichtskosten für den Beklagten plus dem Forderungsausfall. Die Folge war, dass er dann im Rating der Bank immer schlechter wurde, weil ihm das schon zwei, drei Mal passiert ist und er anstatt der sechs oder sieben Prozent Refinanzierungskosten dann am Ende dreizehn Prozent zahlen musste. Das sind praktische Fälle, die mir im Wahlkreis geschildert werden. Glauben Sie also, dass das zukünftig mit diesem Gesetz ausgeschlossen wird?

An Herrn Palige folgende Frage: Der Zentralverband des Deutschen Bauhandwerks (ZDB) hat seit 2003 ein Modell eines sogenannten Direktzahlungsanspruchs analog den Vorschlägen, die vor allen Dingen in Frankreich diskutiert werden, gefordert. Wie stehen Sie dazu? Halten Sie dies für eine notwendige Ergänzung dieses Gesetzentwurfs auch im Sinne der möglichen Durchsetzung von Ansprüchen der Bauhandwerker?

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Ich sehe keine weiteren Wortmeldungen in dieser Fragerunde. Damit treten wir in die erste Antwortrunde ein. Wir beginnen jetzt mit Herrn Dr. Stammkötter. Ihnen liegt eine Frage der Kollegin Voßhoff vor. Bitte schön.

SV Dr. Andreas Stammkötter: Die Frage war, ob Bedenken gegen die Erweiterung des Baugeldbegriffes bestehen. Ob die von mir geteilt werden. Um die Antwort vorwegzunehmen: Nein. Die Begründung ist relativ einleuchtend. Was wegfällt, ist das Baugeldmerkmal „dingliche Sicherung“ und das auch nicht komplett, sondern

erst ab der Stufe unterhalb des Bauherrns. Also in der Regel ab der Stufe Generalunternehmer. Ich kritisiere schon seit langem, dass der Baugeldbegriff zu eng ist und habe auch schon sehr viele Diskussionen geführt mit sehr kompetenten Leuten und habe wirklich versucht, mir gute Argumente anzuhören, warum überhaupt dieses Baugeldmerkmal „dingliche Sicherung“ noch enthalten ist. Mich hat kein Argument überzeugt. Ich behaupte mal, es gibt auch kein Argument, an dieser dinglichen Sicherung festzuhalten. Es hat rein historische Gründe. Das Gesetz heißt ja auch noch „Gesetz über die Sicherung der Bauforderung“, obwohl es überhaupt keine Sicherungsfunktion hat. Es soll allein die persönliche Inanspruchnahme von Organen ermöglichen und das ist ein Relikt noch aus dieser alten – noch vor BGB-Zeiten – historischen Ableitung des Gesetzes als Sicherungsgesetz. Insofern kenne ich keinen Grund, der dafür spricht, diese dingliche Sicherung beizubehalten. Ich würde sogar noch weiter gehen.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Peters auf die Fragen der Kollegen Manzewski, Dr. Danckert und Spieth.

SV Prof. Dr. Frank Peters: Vielen Dank für die Fragen. Wenn ich mich an meine richterliche Tätigkeit erinnere, dann war es bei Bauprozessen so, dass ich im ersten Anlauf überhaupt nicht wusste, worauf es hinaus läuft. Klage, Klageerwiderung und Duplik sagten gar nichts, weil die Mängel aufgebauscht sein konnten. Nur die Werklohnforderung kann man als solche vielleicht über den Daumen peilend beurteilen. Vielleicht waren die Mängel sogar größer als der Besteller das annahm. Im ersten Termin oder zu Beginn des Prozesses kann man also auf einen Vergleich nur hinwirken, in dem man die Parteien fragt, ob es eine Basis gibt, auf der sie sich einigen können. Regelmäßig muss man eigentlich als Richter einen fundierten Vergleichsvorschlag machen, der so in etwa das spätere Urteil vorwegnimmt – nach dem gegenwärtigen Stand. Man kann also zu Beginn eines Bauprozesses als Richter keinen sinnvollen Vergleichsvorschlag machen, sondern durchschaut erst die Angelegenheit, wenn ein Sachverständigengutachten vorliegt. Und bei dem Sachverständigengutachten gibt es nun die beiden Möglichkeiten, dass es plausibel klingt, überzeugend ist – dann kann man auch gleich das endgültige Urteil schreiben –, oder den Sachverständigen noch einmal zuhören. Das dauert dann oder es überzeugt mich nicht. Dann fehlt mir wiederum die Basis für eine vorläufige

Zahlungsanordnung, dann muss ich mit der Beweisaufnahme fortfahren. Ich sehe also nicht, wo das konkret werden könnte im Ablauf des Prozesses. Auf Verdacht hin schafft man als Zivilrichter einen Vollstreckungstitel im Wege des dinglichen Arrestes, aber gegen den ist ein Rechtsmittel vorgesehen. Und dann kann die zweite Instanz auch noch einmal darüber nachdenken. Außerdem führt der Arrest bloß zur vorläufigen Sicherung, während hier eben voll durchvollstreckt werden kann mit dieser Zahlungsanordnung. Vergleichsobjekt muss doch eben der dingliche Arrest der § 916 ff. ZPO sein. Und dem entspricht diese vorläufige Zahlungsanordnung meines Erachtens nicht. Bei geringeren Voraussetzungen wird doch schärfer geschossen als da. Das geht nicht. Die Anwälte werden natürlich am Anfang gar keinen Antrag in dieser Hinsicht stellen können, weil

(Unverständlicher Zwischenruf)

– gut sie stellen ihn, wissen aber, dass er gleich abgelehnt wird. Oder spekulieren Sie darauf, dass ein Richter so etwas macht zu Beginn des Prozesses? Ich glaube, ich habe die Fragen beantwortet.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Palige zur Beantwortung der Fragen der Kollegen Zimmermann, Voßhoff und Spieth.

SV Dirk Palige: Vielen Dank. Rückwärts anfangend bei Herrn Spieth, Sie hatten eine Frage zum Vorschlag des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes gestellt. In der Tat, der ZDB hatte vorgeschlagen zu überlegen, ob man nicht einen Direktzahlungszahlungsanspruch wie aus dem Werkvertragsrecht in Frankreich konstruieren sollte. Das im Zusammenhang mit den Überlegungen zum Gesetz zum Schutz von Bauforderungen. Wir hatten uns mit dem ZDB insoweit abgestimmt, dass wir im jetzigen Zeitpunkt der Diskussion das Forderungssicherungsgesetz, so wie es vorliegt, unterstützen. Wir seitens des ZDH setzen zunächst einmal auf eine Änderung entsprechend auch des GSB, um hier weiter voranzukommen und jetzt nicht eine neue Flanke aufzumachen in der Gesamtdiskussion. Wir meinen, dass auch eine Änderung beim Baugeld entsprechende Fortschritte bringen wird. Wir werden natürlich auch über den weiteren Verlauf hinweg, wenn jetzt ein Forderungssicherungsgesetz beschlossen werden sollte, schauen, wie es sich

konkret in der Praxis auswirkt, um auch später noch unsere eigene Argumentation letztendlich überprüfen zu können und gegebenenfalls weitere Formulierungen vorzuschlagen. Insofern unterstützen wir die vorgesehenen Änderungen im GSB, soweit sie sich auf das Baugeld oder auch auf die Erweiterung des Baugeldbegriffs beziehen.

Frau Zimmermann, Sie hatten im Zusammenhang Zahlungsmoralverbesserung gefragt, ob es möglich sei, durch die vorgeschlagenen Änderungen signifikante Verbesserungen zu erreichen, dass auch der Handwerker als letztes Glied zu seinem Geld kommt. Wir meinen: Ja. Es gibt eine Reihe vor allem von materiell-rechtlichen Änderungen, die dem Bauhandwerker letztendlich helfen werden. Das sind im Wesentlichen folgende Punkte: Änderung bei der Abschlagszahlung, § 632a BGB-E. Da ist die bisherige Regelung relativ ins Leere gelaufen. Wenn jetzt für vertragsmäßig erbrachte Leistungen Abschlagszahlungen möglich sein sollen, sehen wir darin einen nicht zu unterschätzenden Fortschritt. Gleiches gilt für die Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 2 BGB-E. Auch da ist es gerade im Verhältnis zwischen Nach- oder Subunternehmer in der Kette nach oben sinnvoll, eine solche Änderung bei der Fälligkeit durchzusetzen oder einzuführen. Ganz wesentlich aus unserer Sicht natürlich auch der so genannte Druckzuschlag, § 641 Abs. 3. BGB-E, in der Regel das Doppelte. Das halten wir für sinnvoll, um auch so dem kleinen Handwerker letztendlich zu helfen, seine Forderungen durchzusetzen. Ein weiterer wesentlicher Punkt bei dem materiellen Recht ist § 648a BGB-E, die Sicherheitsleistung. Da sehen wir nun wirklich einen Weg, auch dem Handwerker einen einklagbaren Anspruch auf Sicherheiten zu geben. Insofern meinen wir, dass wir mit diesem Paket, was wir im materiellen Recht haben, was uns vorliegt, durchaus signifikante Verbesserungen für die Handwerker erreichen können. Das flankiert auch durch vorgeschlagene Änderungen im prozessualen Recht, in der ZPO. Wir meinen, dass wir insgesamt ein Bündel an Gesetzgebungsmaßnahmen haben, die es den Kleineren – sprich den Handwerkern – möglich machen, ihre Forderungen durchsetzen und insofern auch zu einer Verbesserung der Zahlungsmoral, wenn man von einer Zahlungsmoral in den Bereich sprechen kann, verhelfen.

Frau Voßhoff, Sie hatten gefragt, ob es tatsächlich gerechtfertigt sei, in einem Versuch den § 302a ZPO-E, die vorläufige Zahlungsanordnung, zu installieren. Wir meinen: Ja. Wir haben uns da auch noch einmal mit dem Zentralverband Deutsches Baugewerbe zusammengesetzt. Wir sind der Auffassung, dass, wenn wir schon – und das ist dringend notwendig – auch an das Teilurteil gehen, an das Vorbehaltsurteil, da auch flankierend den § 302a ZPO-E einführen, um – und sei es nur gegebenenfalls – entsprechend ein Instrumentarium für die Kleinen an die Hand zu bekommen und auch gerichtlich vorgehen zu können. Auch auf diesem Wege vorgehen zu können, um letztendlich ihre Ansprüche durchzusetzen.

Frau Dyckmans hatte zwar an andere Sachverständige die Frage gestellt, woran es denn nun läge, dass Handwerker die Klage scheuen. Gerichtsverfahren sind nun mal teuer, umständlich, gerade für die Kleinen, die nicht lange warten können, um ihr Geld zu bekommen. Insofern setzen wir gemeinsam auch mit dem Baugewerbe auf eine solche Vorschrift, um schneller die Forderungen durchsetzen zu können.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Dr. Meiringer auf die Fragen der Kollegen Manzewski, Dyckmans und Dr. Danckert.

SV Dr. Eberhardt Meiringer: Herzlichen Dank. Herr Manzewski, ich darf mit Ihren Fragen beginnen. Wenn das neue Verfahren vielleicht, sagen Sie, gar nicht so in der Praxis Anwendung findet, schadet es denn dann? Es wird mit Sicherheit schaden, denn es wird keinen Bauprozess geben – in meinen Augen –, in dem nicht die Anwälte auf Klägerseite von vornherein versuchen werden, diese Anträge zu stellen. Es wäre sehr einfach zu sagen, sie werden sie schon deswegen stellen, weil sie dadurch Gebühren verdienen. Die bauprozessualen Anwälte, ich bin seit 30 Jahren nur im Baurecht tätig, vermissen die Beweisgebühr schmerzlich, weil das der Schwerpunkt unserer Tätigkeit ist, die nicht mehr vergütet wird. Sie werden hier ein neues Feld sehen. Es wird keinen Bauprozess geben, in dem nicht dieser Antrag gestellt wird. Herr Kollege Koeble hatte schon zu Recht darauf hingewiesen, dass wir in den Formularbüchern sofort finden werden, wie man sie am besten gleich einreicht. Und es wird auf Grund der gebotenen Abwägung und der vorgesehenen Möglichkeiten der Glaubhaftmachung für jeden Richter, gerade auch am Anfang, wo er es noch gar nicht beurteilen kann, eine Fülle von Papier geben, mit dem er sich

auseinandersetzen muss. Denn ich habe zwei Stufen. Ich habe die Stufe im Werkvertragsrecht oder, wenn ich ein anderes Rechtsgebiet im Arzthaftpflichtrecht oder dem Verkehrsrecht nehme, habe ich die materiell-rechtliche Stufe. In der materiell-rechtlichen Stufe muss ich prüfen, ob wirklich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Einwendungen gar nicht berücksichtigt werden. Das haben wir im französischen Recht auch. Die nicht contestablen Einwendungen werden dort ja auch materiell-rechtlich geprüft. Und zu dieser materiell-rechtlichen Prüfung werden sogenannte qualifizierte Gutachten, dieser neue Begriff, vorgelegt werden, und zwar von beiden Seiten. Der Kläger wird ein Privatgutachten einreichen, das für sich schlüssig ist, das einen Ortstermin aufweist, der ausgiebig durchgeführt worden ist. Der Beklagte auch. Was soll der Richter anderes tun, als diese Gutachten lesen und sich dabei natürlich völlig vom Prozessstoff entfernen. Er kann keine Prozess leitenden Maßnahmen ergreifen, er kann keinen Beweisbeschluss sachgerecht vorbereiten, weil er erst einmal überfallen wird mit diesen Dingen. Das ist nur die materiell-rechtliche Frage. Und das darf ich jetzt in Vorwegnahme auf die Frage von Herrn Dr. Danckert sagen, dass man das am Anfang natürlich nicht beurteilen kann. Das Technische ist uns Juristen grundlegend fremd. Jeder Jurist, der sich mit Halbwissen in die Rolle des Sachverständigen begibt, macht große Fehler. Also wird er sich auf die gutachtlichen Stellungnahmen qualifizierter Privatgutachter verlassen müssen und steht vor zwei aufgebauchten Ergebnissen. Während wir nach der jetzigen Rechtslage eine relativ entspannte Situation haben, weil der Richter genau weiß, er muss erst die Einwendungen prüfen lassen, um beurteilen zu können, ob sie Hintergrund haben oder nicht. Ob das Durchbiegen eines Unterzuges ein Hinweis auf einen Tragwerksfehler ist oder ob es ein Ergebnis eines Schwindens des Betons ist und harmlos ist. Das kann der Richter nicht beurteilen. Aber die Anwälte werden es tun müssen. Denn, Ihre Frage: Sie müssen den sichersten Weg raten. Ich bin seit 30 Jahren tätig. Ich muss meinem Mandanten sagen, wenn er Kläger ist, dass wir die Möglichkeit haben, jetzt nach dem neuen Gesetz diesen Antrag zu stellen. Und er wird immer wieder und wieder und wieder gestellt werden im Laufe des Verfahrens, weil das Gesetz auch vorsieht, dass je nach Verfahrensfortschritt die vorläufige Zahlungsanordnung entweder abgeändert oder auch immer wieder neu beantragt werden kann. Wir bürden dem Richter etwas auf, wo er materiell-rechtlich eine Vorwegnahmeentscheidung treffen soll, die er nicht treffen kann.

Herr Danckert, Sie haben darauf hingewiesen, es ist eigentlich handwerklich kein Fehler gemacht worden. Man hat doch die Abwägung der beiderseitigen Interessen aufgenommen. Das stimmt. Aber die Abwägung der beiderseitigen Interessen betrifft nicht die werkvertragliche Prüfung, sondern die wirtschaftlichen Folgen. Und da sehe ich eine Fülle von Gutachten kommen, von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, die auch dort ein Geschäft machen werden, und auch die muss der Richter prüfen. Und sein Werkvertragsprozess oder sein Arzthaftpflichtprozess oder die eigentliche Forderung, um die es geht, die geht immer mehr in den Hintergrund. Ich meine, es wird schaden. Es im Rahmen einer Evaluierungsphase durchlaufen zu lassen, halte ich persönlich für einen Fehler. Ich bin ganz sicher, dass in 80 Prozent meiner Bauprozesse, obwohl die nicht so gelagert sind, jeder versuchen wird, die Situation so darzustellen, dass die Einwendungen des Beklagten offensichtlich natürlich aus der Luft gegriffen sind, hahnebüchend sind und deswegen widerlegt werden können, damit ich an diese vorläufige Zahlungsanordnung komme. Das versucht heute keiner, weil jeder genau weiß, es muss erst die Beweisaufnahme durchgeführt werden, es muss in Ruhe geprüft werden und da ist gar kein Anreiz zu etwas.

Frau Dyckmans, Sie hatten mich gefragt, wo man eine solche Regelung ansiedeln kann. Prof. Kniffka hat offensichtlich in der Stellungnahme an den § 301 ZPO-E gedacht. Ich habe mich am § 302 ZPO-E einfach deswegen orientiert, weil ich immer noch das Gefühl habe, dass der Vorschlag eigentlich vom Siebten Senat des Bundesgerichtshofes kreiert worden ist, auch wenn Herr Prof. Kniffka das jetzt natürlich wahrscheinlich gar nicht so sehen wird. In der grundlegenden Entscheidung, in der für den Ausnahmefall – und da bin ich ganz bei Ihnen, Frau Prof. Kirberger – wir haben eine Leistungsverfügung, die wir nur in ganz engen Ausnahmen haben. Diese Leistungsverfügung wird zur Norm gemacht. Und dabei geht man in einer zivilprozessualen Vorschrift daran, die materiell-rechtlichen Synallagmen zu trennen. Der Bundesgerichtshof, so verstehe ich ihn mit meinem schwachen Verstand des Anwalts aus der Provinz, sagt, die Forderung besteht ja nur in der Höhe, in der sie nicht durch Einwendungen von vornherein beschränkt ist. Die frühere Verrechnungsrechtsprechung, die die Aufrechnung im Grunde ausgeschlossen hat, ist dogmatisch richtig dargestellt worden. Und jetzt sagt der Gesetzgeber, ich wollte ursprünglich mit meinem Gesetz, dass Aufrechnungen in

Ruhe geprüft werden können. Aber dass das Vorbehaltsurteil erlassen werden kann, um zum Zuge zu verhelfen – dieses Gesetz soll jetzt in anderer Gestalt wieder kommen. Dann soll man aber doch einfach dem Richter eben das Vorbehaltsurteil nach dem § 302 ZPO-E geben. Und ich meine, es ist eher ein Vorbehalt, weil ein Teilurteil ist ja, wenn ich einen Teil als entscheidungsreif sehe. Hier weiß ich ja, dass das möglicherweise gar keinen Bestand hat – es ist eben nur vorläufig – dass das Vorbehaltsurteil in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird, ein rechtsmittelfähiger Titel ist, der gegen Sicherheitsleistung vollstreckt werden kann. Damit kann der Handwerker, wenn der Gegner nicht auch abwenden kann, immerhin sein Geld durchsetzen oder eine Sicherheit schaffen. Allerdings bin ich, das möchte ich noch einmal sagen, immer noch der Meinung – und das hat Herr Dr. Koeble schon vor drei Jahren in einer Veröffentlichung in den Vordergrund gestellt; ich meine sehr zu Recht –, letztlich führt dieses Instrument nur zu einer Sicherung. Und wenn der Handwerker den § 648a BGB-E, der unabdingbar ist und der ihm an die Hand gegeben ist, versäumt und dann hinterher im Prozess keine Sicherheit hat, dann meine ich, wird es hiermit in einer rechtsstaatlich problematischen und für das Verfahren irrsinnig belastenden Form korrigiert. Wir schaffen hier Probleme an einer Stelle, die keinem der Beteiligten etwas nützen. Deswegen meine ich, der § 302 ZPO-E sollte durch einen Absatz ergänzt werden, der genau das, was der BGH als Ausnahmefall geregelt hat, als Fall in die Hand des Richters gibt. Und ich habe das Vertrauen, dass die Richter, wenn sie nicht mit Tatbestandsvoraussetzungen überschüttet werden, die sie im Einzelnen prüfen müssen, sondern wenn sie nach dem Ermessen einen solchen Fall beurteilen können, in der Praxis zu sachgerechten Ergebnissen kommen. Diese sachgerechten Ergebnisse haben wir in dem „Référé Provision“-Verfahren in Frankreich. Das haben wir auch in Italien. Dort sind diese Entscheidungen genauso ohne tatbestandsmäßige Voraussetzungen, ohne dass ich wirtschaftliche Abwägungen, qualifizierte Gutachten oder Ähnliches brauche. Wenn der erfahrene Richter – und da nehme ich natürlich in Kauf, dass der unerfahrene Richter es möglicherweise fehl gebrauchen kann – eine solche eindeutige Lage sieht, mag er in seinem Ermessen ein Vorbehaltsurteil erlassen, ich habe einen Titel und es kann überprüft werden. Vielen Dank für Ihre Geduld.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Dr. Meiringer. Jetzt hat das Wort Herr Dr. Koeble auf die Frage des Kollegen Manzewski.

SV Dr. Wolfgang Koeble: Herr Manzewski hat natürlich zu Recht die Frage gestellt, ob diese Regelung der vorläufigen Zahlungsanordnung nicht schadet. Die Frage kam auch von hier. Kann man sie nicht unter diesem Gesichtspunkt einfach einführen und fünf Jahre ausprobieren. Meine Erachtens eindeutig nein. Die Gründe sind hier schon bei Herrn Dr. Meiringer angeklungen. Zwei weitere Gesichtspunkte, warum diese vorläufige Zahlungsanordnung schadet, will ich noch zusätzlich nennen. Erster Grund: Nehmen Sie an, diese vorläufige Zahlungsanordnung, die absolut jedes Mal gestellt werden muss, wird abgelehnt, weil der Richter seine normale Entscheidungsgrundlage nicht hat, die er gewöhnt ist, nämlich Entscheidungsreife. Welche Folge entsteht daraus für den Handwerker, der den Antrag gestellt hat? Der muss seiner Bank mitteilen, er habe zwar in seiner Bilanz eine Forderung von 70.000 Euro aus Ihrem Beispielsfall, aber jetzt hat ein Gericht darüber entschieden, dass diese Forderung nicht einmal sicherungswürdig ist. Dann wird der Handwerker unter Umständen alleine deshalb, weil die Entscheidung ablehnend ist, daraus wirtschaftliche Nachteile haben. Andere Geschichte. Umgekehrte Situation. Nehmen Sie den Auftraggeber, nehmen Sie den Verbraucher. Sie werden sich wahrscheinlich freuen, Frau Zimmermann und auch Sie, Frau Heinrich. Der Verbraucher kriegt eine vorläufige Zahlungsanordnung auf den Tisch. Er hat sich in diesem Prozess mit Mängelansprüchen gewehrt. Leider sind die nicht so gut beurteilt worden vom Gericht wie die Vergütungsforderung des Klägers. Wie sieht es denn aus? Hat er diese Möglichkeit einer Sicherheitsleistung überhaupt? Hat er nicht seine Finanzierung so eingerichtet, dass er keine zusätzliche Finanzierung bekommen kann? Sagt die Bank denn nicht: In unserem Vertrag steht drin, dass die Sache mangelfrei sein muss und erst dann diese Rate fällig wird. Dieser Verbraucher bekommt die Sicherheit gar nicht. Eine Gefahr, die ebenfalls in der bisherigen Regelung steckt. Letzter Satz. Selbstverständlich wird jeder Rechtsanwalt den Antrag stellen. Darauf haben Sie, Herr Dr. Meiringer, hingewiesen. Das muss jeder machen. Diese Verfahren werden zur Normalität.

Ich will noch ein weiteres Szenario an die Wand malen. Der Kläger, der Bauhandwerker, wird heute gar nicht mehr klagen können, ohne ein Sachverständigengutachten für seine Vergütungsforderung vorlegen zu müssen. Was muss der Beklagte machen? Der Beklagte muss, um dieses

Privatsachverständigengutachten zu entkräften und nicht Gefahr zu laufen, die Zahlungsanordnung zu kriegen, ebenfalls ein Gutachten vorlegen. Nun geht es in der zweiten Etappe dieses Rechtsstreits um die Frage der Mängel, die gegen die Vergütungsansprüche gestellt werden. Da wird nun der Bauherr ein privates Gutachten vorlegen. Und was muss dann der Unternehmer machen? Wir haben also insgesamt – ich kürze es ab – vier Privatsachverständigengutachten, die möglich sind. Es ist vielleicht nicht die Regel, aber sie sind möglich. Ein Szenario, das ich im Vorfeld eines ohnehin lange dauernden Prozesses nicht auch noch haben möchte.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Kniffka zur Beantwortung der Fragen der Kollegen Manzewski, Voßhoff und Dyckmans.

SV Prof. Dr. Rolf Kniffka: Ich kann da gleich anknüpfen, denn die Frage von Herrn Manzewski war ja die, welchen Anwendungsbereich wir überhaupt für den § 302a ZPO-E sehen. Die Probleme sind hier schon auf den Tisch gelegt worden. Die positiven Anwendungsbereiche sehe ich gleichwohl noch. Vorweg aber vielleicht eines. Ich als Richter am Bundesgerichtshof würde mich von vornherein gegen eine Darstellung wehren, die sagt, wir machen eine Änderung der ZPO zum Schutz des Handwerks. Das kann es nicht sein. Wir ändern hier ein Gesetzeswerk, das für den gesamten Prozess gilt. Sie haben schon richtig darauf hingewiesen, Frau Voßhoff. Wir müssen also auch andere Prozesse im Auge haben. Und ich weiß nicht, ich sehe hier eigentlich hauptsächlich Baurechtler. Ob wir hier so ausreichend vertreten sind, wenn es dann noch um andere Prozesse geht, also um Arzthaftungsprozesse, Kaufprozesse und ähnliches. Ich möchte allerdings, weil ich auch die Erfahrung hauptsächlich im Baurecht gesammelt habe, auch jetzt für das Baurecht sprechen. Da ist es so, wir haben eine Erfolgsprognose und eine Interessenabwägung. Ich glaube, das Gesetz, wenn wir da eine Vermutung anstellen sollten, wird, was die Erfolgsprognose angeht, keine große Wirkung haben. Da stimme ich Ihnen mit Ihrem Beispiel zu. Der Richter wird, wenn er sagt, also welcher Sachverständige hat denn Recht, hat der Kläger oder der Beklagte Recht? Gibt es da eine überwiegende Wahrscheinlichkeit? Da wird er sich hoffentlich – kann ich nur sagen – zurückhalten. Es wird also mehr oder weniger darauf hinauslaufen, dass er nur in den sicheren Fällen überhaupt so eine vorläufige Zahlungsanordnung in Erwägung zieht. Und das

sind die Fälle, die ich gemeint habe. Da kommt eigentlich eher das Teilurteil in Betracht. Da ist also zum Beispiel der Fall, dass er ein Gutachten erhält, dass häufig nicht nur einen Mangel, sondern viele Mängel beschreibt und drei Mängel sind unbestritten, aber fünfzehn andere sind bestritten. Deshalb geht die Sache noch mal zum Gutachter. Ganz selten ergeht in solchen Fällen ein Teilurteil und es kann auch aus prozessualen Gründen nur ganz selten ergehen. Da wird er natürlich sagen, warum soll ich nicht die Kosten für diese drei Mängel schon mal ausurteilen. Dann übergeht er aber unsere Rechtsprechung zur Unzulässigkeit des Teilurteils. Dazu dient das.

Zwischenfrage Frau Dyckmans: Was können wir als Gesetzgeber ändern?

Das Hauptproblem bei der Unzulässigkeit des Teilurteils ist, dass wir natürlich erst einmal einen abtrennbaren Streitstoff haben müssen. Das sind verschiedene Mängel, um beim Beispiel zu bleiben. Da brauchen Sie gar nichts zu ändern. Die Rechtsprechung hat gemäß § 301 ZPO entschieden, dass ein Teilurteil auch dann nicht ergehen kann, wenn eine präjudizielle Vorfrage im Teilurteil entschieden wird, die auch für den verbleibenden Teil gleiche Bedeutung hat. Ich hatte Ihnen in meiner Stellungnahme hereingeschrieben, nehmen wir an, die Einrede der Verjährung wird erhoben und das Landgericht sagt, es ist nicht verjährt und entscheidet dann mit Teilurteil über einen Teil dieses Prozesses. Es verbleibt aber ein weiterer Teil, für den die Verjährungsfrage gleichermaßen erheblich ist. Dann müssen sie also noch einmal über dieselbe Verjährungsfrage entscheiden, denn das Teilurteil ist insoweit ja keiner Rechtskraft fähig. Da sagt die Rechtsprechung, nein das geht dann nicht. Und wir haben fast in jedem Bauprozess vielerlei präjudizielle Rechtsfragen, so dass in den Bauprozessen Teilurteile praktisch nicht in Betracht kommen. Sie sind als Gesetzgeber durchaus in der Lage, den BGH zu überstimmen. Es gibt auch viele Stimmen die sagen, diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geht zu weit. Wir brauchen das nicht mit dieser Präjudizialität. Das wäre eine Richtung, in die Sie denken können. Dann brauchen Sie auch die vorläufige Zahlungsanordnung nicht. Denn ich glaube schon, dass Sie sich auf diese Fälle letztlich beschränken wird. Abgesehen davon glaube ich auch, dass die vorläufige Zahlungsanordnung, das ist hier eigentlich nur am Rande erörtert worden, schon häufig deshalb nicht erlassen

wird, weil diese Interessenabwägung – nämlich überwiegende Interessen des Klägers unter Berücksichtigung der Dauer des Verfahrens –

(Zwischenfrage unverständlich)

Aber entschuldigen Sie bitte, wenn ich das so sage. Man kann doch nicht sagen, ich mache ein Gesetz, das vielleicht nur in einem ganz geringen Anwendungsfall eine Rolle spielen wird, weil es nicht schadet. Da könnte ich mir viele Gesetze bei Ihnen vorstellen, die Sie machen. Das hielte ich jedenfalls jetzt auch aus unserer Sicht für nicht gerade sehr angemessen, denn Sie haben hier von den anderen Sachverständigen gehört, dass das Verfahren dadurch ganz erheblich belastet wird. Ich stimme da im Übrigen voll zu. Es wird zu einer Verzögerung der Verfahren kommen, es wird zu einer Verteuerung der Verfahren kommen und insofern schadet es schon. Ich glaube, Ihre Frage Frau Dyckmans und Ihre Frage Herr Manzewski habe ich beantwortet.

Frau Voßhoff hatte noch eine Frage zu den Mehrproblemen durch das GSB gestellt. Die sind durch die Rechtsprechung zu lösen. Es geht nämlich um folgendes. Sie haben die Verwendungspflicht des Baugeldes im § 1 GSB. Die bleibt bestehen. Der Empfänger von Baugeld ist also verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung der nachfolgenden Unternehmer zu verwenden. Jetzt definieren Sie Baugeld als solches, das ein Generalunternehmer zur Finanzierung des Baues erhält. Die Frage ist, an wen muss er zahlen? Muss er gleichmäßig verteilen, kann er an irgendeinen Nachunternehmer zahlen? Das sind Dinge, die wir jetzt auch schon haben und die können wir in der Tat mit der Rechtsprechung dann über die Jahre auch lösen. Das wäre nicht so das Entscheidende.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank Herr Prof. Dr. Kniffka. Jetzt hat das Wort abschließend Herr Dr. Karsten zur Beantwortung der Fragen der Kollegen Zimmermann, Voßhoff und Dyckmans.

SV Dr. Frederik Karsten: Vielen Dank. Zunächst zur Frage von Frau Zimmermann. Handwerker haben Angst, einen Auftrag nicht mehr zu bekommen. Macht dann die Erweiterung der Baugeldhaftung überhaupt Sinn? Ja! Denn wir reden hier über

Konstellationen bei der Baugeldhaftung, wo die GmbH in die Insolvenz gegangen ist. Und von dieser GmbH möchte der Handwerker keinen Auftrag mehr haben. Was er mit dieser Baugeldhaftung machen möchte, ist, dass er für seine Arbeit Geld bekommt. Und wenn das nicht mehr die GmbH auf Grund ihrer Insolvenz ist, dann eben von dem Geschäftsführer, der maßgeblich dafür verantwortlich ist, dass die GmbH in die Insolvenz gegangen ist. Deswegen sehe ich gerade vor dem Hintergrund, was Sie gesagt haben, eine sehr hohe Bedeutung darin, dass die Baugeldhaftung erweitert wird. Es wird auch so sein, dass der Geschäftsführer einer GmbH dann sehr viel mehr Respekt vor dem kleinen Handwerker haben wird. Wenn Sie sich mit GmbH-Geschäftsführern unterhalten, und ich mache auch Seminare für GmbH-Geschäftsführer im Gesellschaftsrecht, dann fürchten die sich natürlich als erstes vor den Finanzämtern und vor den Sozialversicherungsträgern. Da knüpfe ich an das an, was Herr Prof. Peters gesagt hat. Gegenüber den Finanzämtern haften sie über die Abgabenordnung, vor den Sozialversicherungsträgern aus § 823 BGB Abs. 2 in Verbindung mit § 266a StGB. Und in dieses Feld rückt dann der Handwerker sozusagen mit hinein, wenn die Baugeldhaftung stark erweitert wird. Und dass das Ganze so notwendig ist, möchte ich gerne kurz noch mit einem Hinweis ergänzen. Es hat hier am 23. Januar 2008 die Anhörung zur GmbH-Reform gegeben. Dort ist auch das Stichwort des KBV-Urteils gefallen: „Existenzvernichtender Eingriff“ die Geschäftsführerhaftung, die in einer Einzelrechtsprechung erweitert werden sollte. Der BGH hat davon wieder ein bisschen Abstand genommen. Wenn Sie sich den Tatbestand dieses Urteils durchlesen, da steht auch wieder ein Werkunternehmer drinnen. Und das ist genau der Werkunternehmer, den Sie hier heute mit dem Forderungssicherungsgesetz schützen wollen.

Zur Frage von Frau Voßhoff zum Praxisbezug. Gibt es Beispielfälle, die den Versuch einer vorläufigen Zahlungsanordnung rechtfertigen? Ja! Es gibt Praxisbeispielfälle. Es ist dann letzten Endes ähnlich wie in der Stellungnahme auch von Herrn Prof. Kniffka. Das sind dann die Spitzen des Eisbergs. Und da ist es erst einmal so, dass, wenn ich da nachfrage, nicht nur bei Handwerkern, sondern auch bei Richtern in der ersten Instanz, dann sagen die mir auf die Frage: Gibt es ein Problem mit der Zahlungsmoral? Ja, das gibt es, und zwar ein definitives Ja. Die sagen, dass sich das Verteidigungsverhalten eines Generalunternehmers, wenn er denn kurz vor der

Insolvenz steht, ändert. Der Richter, mit dem ich mich da zum Beispiel unterhalten habe, hat mir dann genau einen Generalunternehmer genannt – den Namen werde ich jetzt nicht sagen – und hat gesagt, dass konnte man ja ahnen. Das konnte man ja an Hand seines Parteivortrags ahnen, dass das jetzt noch maximal ein Jahr gut geht. Da werden dann Mängel aufgebauscht. Und Richter in den einzelnen Landsgerichtskammern unterhalten sich natürlich auch darüber und sagen, Mensch hast du den schon? Dessen Verteidigungstaktik läuft doch darauf hinaus, dass er den Prozess immer weiter verzögert. Das zeigt sich schon ein halbes Jahr bis ein Jahr vor der Insolvenz, das ist ganz wichtig. Wenn in dem Moment ein Vollstreckungstitel erlassen würde, unabhängig, ob das jetzt eine vorläufige Zahlungsanordnung ist oder ein Teilurteil, dann hat davon ein Handwerker einen spürbaren Erfolg, weil er in dieser Zeit, ein halbes Jahr oder ein Jahr vor der Insolvenz, nicht mit den erleichterten Insolvenzanfechtungsvorschriften konfrontiert wird, die gerade für das Handwerk sehr nachteilig sind. Wie wird jetzt ein Prozess verzögert und welche Mängel werden dabei gerügt? Das hat mir dieser Richter an einem sehr charmanten Beispiel gezeigt. Da ging es um ein Wohngebäude in Chemnitz auf dem Kaßberg, es hätte ebenso gut auch in Karlsruhe Waldstadt stehen können. Es waren mehrere Eigentumswohnungen, die dort von diesem Unternehmer in Stand gesetzt wurden. Er hatte unter anderem den Auftrag, auch Heizkörper in diesen Wohnungen zu montieren. Neben vielen weiteren Mängeln wurde dann unter anderem auch als Mangel gerügt, dass die Heizkörper in der ersten Etage eine andere Farbe hatten als die Heizkörper in der dritten Etage. Ich kann mir nicht vorstellen, dass z. B. der Käufer dieser Eigentumswohnung in der ersten Etage wirklich als Mangel geltend machen würde, dass seine Heizkörper eine andere Farbe hätten als die in der dritten Etage. Insoweit vorgeschobener Mangel. In der Beweisaufnahme hat sich dann auch noch gezeigt, dass diese Abweichung gar nicht gegeben war. Das war aufgebauscht. Nachdem der Sachverständige von der ersten Beweisaufnahme zurückgekommen ist, wurden neue Mängel vorgeschoben. Also das, was Sie vom Arbeitsgericht kennen, dieses Nachschieben von Gründen, was nicht erlaubt ist, das haben Sie im Bauprozess gerade nicht, da können Sie dann wieder neue Mängel nennen. Und als nächster Mangel, der dann genannt wurde, um den Prozess noch ein bisschen zu verzögern – da war man schon so ziemlich am Boden, man hatte mehr oder weniger alles abgearbeitet –, war die Beanstandung, dass unten in der Waschküche noch Haken für Wäscheleinen gefunden wurden, die

nicht lotgerecht eingedübelt worden seien. Und wieder musste ein Sachverständigengutachter mit einem Winkelmaß hingehen und schauen, ob das denn jetzt ein Mangel ist oder nicht. So können Sie den Prozess verzögern. Da ist es in der Tat so, dass man sich überlegen kann, wie hier der Gesetzgeber ein geeignetes gesetzliches Instrumentarium findet. Da kann ich einen Richter schon verstehen, wenn er sagt, da hätte ich gerne etwas. Das kann die vorläufige Zahlungsanordnung sein. Das ist ein Vorschlag, den wir befürworten. Es ist natürlich auch so, dass, wenn man sich die Gutachten der Sachverständigen durchliest, auch neue Erkenntnisse reifen. Ich habe mit großem Interesse gelesen, was Prof. Dr. Kniffka geschrieben hat. Ich habe mit großem Interesse gelesen, was Dr. Meiringer geschrieben hat. Das sind zwei Möglichkeiten, wie man auch dieses Problem lösen kann. Ich möchte nur noch an der Stelle, bevor man diese Diskussion weiterführt, kurz anregen: Wenn man diese Änderungen macht, und diese Änderungen sollen sich dann auch wirklich in der Praxis bewahrheiten, dann wäre es notwendig, zum Beispiel bei dem Vorschlag von Prof. Dr. Kniffka noch eine Regelung einzubauen, in der steht: Wenn der Richter die Voraussetzungen für ein Teilurteil nicht für gegeben hält, soll er hierüber einen Beschluss erlassen, der dann rechtsmittelfähig ist. Denn dann hätten Sie auch wirklich – meine ich – die Garantie dafür, dass diese Gesetzesänderung auch in die Tat umgesetzt wird. Ansonsten wäre es so, dass ich befürchten müsste, dass der Antrag auf Teilurteil, genauso wie es heute sehr häufig ist, kommentarlos vom Richter entgegengenommen wird.

(unverständliche Zwischenbemerkung)

Ja, weil es nicht zulässig ist. Aber, wenn Sie die Zulässigkeiten ändern, Herr Prof. Dr. Kniffka, habe ich immer noch die Sorge, dass man es dann nicht macht. Ich denke, dass ist auch nicht so ganz von der Hand zu weisen.

Zur Frage von Frau Voßhoff, zum Baugeld. Da hat es Kritik aus der Bauwirtschaft gegeben. Teile ich diese Bedenken? Natürlich ist es so – auch wieder anknüpfend an das, was Herr Dr. Meiringer gesagt hat – Handwerker sind nicht nur Kläger, Handwerker sind auch Beklagte. Auch Handwerker beauftragen Subunternehmer. Auch Handwerker haben GmbHs und auch diese Handwerker werden die Baugeldhaftung dann beachten müssen. Also wir haben das letzten Endes, was man

als Handwerkskammer Chemnitz machen kann, auch im Ehrenamt besprochen. Ich habe mich dort auch mit Generalunternehmern unterhalten und zumindest die haben das befürwortet. Ich kann an der Stelle natürlich nicht für alle Generalunternehmer sprechen, die insoweit organisiert sind.

Dann noch etwas, wenn man als Alternative – und Sie haben das auch mit ins Spiel gebracht – sich die Regelung in Frankreich ansieht: Da ist es so, Partnerkammer der Handwerkskammer Chemnitz ist die Kammer Paris Seine-Saint-Denis, dort habe ich mich auch mit Handwerkern unterhalten. Die haben mir wirklich gesagt, sie hätten da weniger Schwierigkeiten, weil offensichtlich in Frankreich die Kultur, Sicherheitsleistungen zu stellen, sehr viel weiter verbreitet ist. Wenn Sie sich aber dann den Art. 1779 des Code Civil français durchlesen, dann steht da am Schluss „... so lange keine Sicherheit gestellt wird“ – also vorher werden verschiedene Sicherheiten dargestellt – „... so lange keine Sicherheit gestellt worden ist und die vom Unternehmer ausgeführten Werkleistungen unbezahlt bleiben, kann dieser die Ausführungen der Arbeiten unterbrechen, wenn eine zuvor gesetzte Frist von 15 Tagen erfolglos verstrichen ist.“ Das erinnert ehrlich gesagt so ein bisschen an den § 648a BGB-E. Diese Regelung in Frankreich ist ganz was anderes als die Baugeldhaftung. Die Regelung in Frankreich ist Vertragsrecht. Darüber kann man sich dann wieder unterhalten, wenn es zum Bauvertragsrecht kommt. Die Änderungen im GSB sind Deliktsrecht, da geht es um die Geschäftsführerhaftung.

Frau Dyckmans hat gefragt, warum die bisherigen Möglichkeiten nicht genutzt werden und was die Handwerkskammern tun, um dieses Instrument bekannt zu machen. Die Handwerkskammer Chemnitz ist auch eine Beratungskammer. Wir haben eine Rechtsabteilung. In dieser Rechtsabteilung gibt es mit Herrn Harald Kleinhempel einen Rechtsberater, der im Baurecht berät und mit Herrn Lorbeer den zweiten. Wir schreiben Broschüren über das effiziente Forderungsmanagement. Wir machen Schulungen. Herr Kleinhempel macht immer Tagesseminare. Herr Lorbeer macht Vier-Stunden-Seminare. Wir haben eine große Internetpräsenz und wenn Sie sich die ansehen – www.HWK-Chemnitz.de – dann werden Sie auch die beiden Musterschreiben sehen, die man für eine Sicherheitsleistung nach § 648a BGB braucht. Ich bin mir auch sicher, dass die richtig sind, das haben wir mit dem sächsischen Baugewerbeverband abgesprochen, es war ein Fachanwalt für

Baurecht, der sich darum gekümmert hat. Wir informieren regelmäßig auf diese Art und Weise. Diese Rechtsberatung steht den Mitgliedsbetrieben auch werktags immer zur Verfügung. Also da gibt es Möglichkeiten und ich bin der Meinung, wir können kaum noch etwas anderes tun, um diese Vorschrift noch bekannter zu machen. Wir sehen, und das ist eben die Schwäche beim § 648a BGB, wir sehen es so, dass sich Handwerker häufig einfach nicht in der wirtschaftlichen Situation sehen, sich auf diese Vorschrift wirklich zu berufen. Die können das nicht. Es ist genau so, wie sie gesagt haben: Der andere macht es ohne Sicherheitsleistung, der kriegt dann auch den Auftrag. Und letzten Endes, um das dann zu korrigieren, diese wirtschaftliche Entscheidung zu sagen, ich verzichte auf die Sicherheitsleistung, kann man das – meine ich – nicht im BGB machen, sondern nur in einer Gesetzesordnung, die eingreift, wenn klar ist, dass diese Risikoentscheidung falsch war. Und das ist eben dann der Prozess und das ist dann die vorläufige Zahlungsanordnung bzw. die hier in der Diskussion stehenden Erleichterungen für den Erlass eines Teilurteiles oder Vorbehaltsurteils. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank für diese erste Antwortrunde. Es gibt weitere Wortmeldungen. Wir beginnen dann mit der zweiten Fragerunde. Zunächst hat sich Herr Kollege Spieth gemeldet.

Frank Spieth (DIE LINKE.): Ich möchte Herrn Prof. Dr. Kniffka noch einmal befragen. Sie haben auf Seite zehn Ihrer schriftlichen Ausführungen eine kleine Aufzählung von notwendigen Maßnahmen vorgeschlagen, die zum Teil über das bestehende Gesetz hinausgehen. Auch das Thema der vorläufigen Zahlungsanforderung haben Sie da ein Stück erweitert. Können Sie das noch einmal auf wesentliche Punkte konzentriert erläutern und in dem Zusammenhang auch noch einmal die Vorteile aus Ihrer Sicht des sogenannten „französischen Modells“ darstellen? Da haben wir ja jetzt einiges gehört.

Eine Bitte an Herrn Palige: Noch einmal kurz und knapp die Pro- und Contraargumente dieses Elementes der Direktzahlung darzustellen. Selbst wenn ich verstehe, dass Sie es jetzt hier in diesem Gesetzgebungszusammenhang nicht als „Störmoment“ behandelt sehen wollen, wäre es dennoch interessant zu erfahren, wie Sie dieses beurteilen.

Jerzy Montag (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe eine Frage an Herrn Dr. Koeble und an Herrn Dr. Meiringer. Ich habe Ihre Ausführungen angehört, habe auch die Stellungnahmen gelesen und ich habe so einen Déjà-vu-Effekt. Wir haben hier schon zweimal eine Anhörung zu dem gleichen Gesetzentwurf durchgeführt und jedes Mal reden wir über diese vorläufige Zahlungsanordnung und jedes Mal gibt es aus meiner Sicht relativ überzeugende, mehrheitlich kritische Bemerkungen aus prozessualer Sicht – aus der ZPO-Sicht. Und jetzt müssen wir uns wieder damit beschäftigen. Ich habe den Eindruck, dass die Befürworter einer solchen vorläufigen Zahlungsanordnung, insbesondere konkret im Baurecht und noch konkreter – politisch ist es auch wichtig sozusagen aus Deutschlands Osten im Wesentlichen – aus einer „Nachhineinsicht“ argumentieren. Es gibt jede Menge Fälle, wo Handwerker ordentlich und anständig gearbeitet haben, das steht fest, und ihnen das Geld, obwohl es ihnen zusteht, vorenthalten worden ist. Das steht auch fest. Und das Ganze ist eigentlich unter dem Strich eine Sauerei. Es ist kein Einzelfall, sondern es ist signifikant oft. Jetzt sucht man für diese Fälle, die – jedenfalls subjektiv nach dem Wissen derjenigen, die das erzählen, feststehen, so als ob das schon alles rechtskräftig entschieden wäre – nach einer ZPO-Regel, die denjenigen hilft, von denen man jetzt schon weiß, dass sie im Recht sind. Mein Problem als Rechtspolitiker ist, dass ich glaube, dass die Regeln in der ZPO so gemacht werden müssen, dass sie sozusagen nicht von vornherein das Urteil schon antezipieren, wem es zu helfen gilt, sondern sie müssen sich ganz vorsichtig als Regularien beide Seiten des Prozesses bedenkend als ein Werkzeug entpuppen, das dem Richter hilft, zum Schluss eine Entscheidung zu treffen. Wenn man also, Herr Dr. Koeble und Herr Dr. Meiringer, nicht von vornherein weiß und auch nicht wissen soll, das ist ja die Struktur der ZPO – wenn eine Klage erhoben wird, wer hat jetzt Recht. Der, der klagt oder der Beklagte? Wenn Sie sagen, die vorläufige Zahlungsanordnung ist nicht das richtige Werkzeug, können Sie uns sagen, welche Möglichkeiten Sie sehen bei einem gerechten und billigen Ausgleich der beidseitigen Interessen in jedem Zivilprozess zu einer Beschleunigung des Verfahrens und vorläufigen Sicherung der Ansprüche, einen positiven Beitrag zu leisten? Ich erkenne einerseits das politische Problem oder die reale Situation aber auf der anderen Seite bin ich, nachdem was ich bisher gehört habe, wirklich 100 Prozent der Auffassung, dass wir den § 302a ZPO-E nicht beschließen dürfen. Ich will aber nicht in der Situation verharren und

sagen, ich lehne das zum dritten Mal ab. Sondern ich frage Sie, ob Sie uns mit konkreten Vorschlägen dienlich sein können?

Andrea Voßhoff (CDU/CSU): Ein Teil meiner Frage hat sich erledigt, weil der Kollege Montag das schon gefragt hat. Ich habe noch eine kurze Frage an Herrn Dr. Koeble und an Herrn Dr. Stammkötter im Zusammenhang mit dem GSB. Wenn wir jetzt darüber nachdenken, den Baugeldbegriff zu erweitern, dann ist ja auch die Frage des Verwendungsnachweises gegeben. Halten Sie die Beweislast- und Vermutungsregelung so, wie sie angedacht ist, in diesem Zusammenhang für ausreichend?

Sabine Zimmermann (DIE LINKE.): Ich will noch einmal auf die Verbraucher eingehen und Frau Heinrich fragen. Sie haben dargestellt, dass die vorläufige Zahlungsanordnung und die Kürzung des Druckzuschlags nicht nur aus Verbrauchersicht ein Problem darstellen. Können Sie vielleicht noch mal darauf eingehen, ob die Neuregelung Ihrer Ansicht nach vertretbar wäre, wenn die Zahlungsanordnung für den Fall einer Verbraucherbeteiligung nicht anwendbar wäre und welche Regelung Sie konkret zur Änderung des so genannten Druckzuschlages vorschlagen würden? Danke.

Dirk Manzewski (SPD): Herr Vorsitzender, ich gehe davon aus, das ist die letzte Fragerunde, so dass ich abschließend drei Fragen stellen möchte. Die erste Frage richtet sich an Herrn Dr. Karsten. Herr Dr. Karsten, ich erkenne das Problem. Ich bin auch Wahlkreisabgeordneter von vielen Handwerksbetrieben und beschäftige mich sehr intensiv mit der Problematik. In der Zielrichtung sind wir uns da völlig einig. Ganz ehrlich: Sind Sie wirklich der Auffassung, dass dieser Gesetzentwurf signifikant an das Problem Zahlungsmoral tatsächlich herangehen kann? Dass sich wirklich signifikant etwas ändern würde? Oder meinen Sie nicht, dass man auch in Handwerkskreisen langsam ehrlich sein müsste und insbesondere auf die Problemlage hinweisen müsste, die sich oft im Vorfeld eines Gerichtsverfahrens abspielt? Die etwas damit zu tun hat, wie die Kollegin Dyckmans völlig zu Recht sagt, dass oft die bestehenden Möglichkeiten nicht genutzt werden. Dass der Gesetzgeber nichts dagegen machen kann, wenn sich Handwerker oft ewig lange vertrösten lassen, immer mit dem Hinweis, es gebe möglicherweise einen Folgeauftrag. Dass

es ja teilweise schon in den kriminellen Bereich hinein geht, dass Handwerker damit konfrontiert werden, dass gesagt wird: „Du pass mal auf, eigentlich habe ich kein Geld und muss Insolvenz anmelden, wenn du aber bereit bist, einen großen Abschlag zu nehmen, dann bekommst du das Geld sofort morgen in bar.“ Dass das nicht eigentlich die Probleme sind, die man dann auch gegebenenfalls mit der Handwerkerschaft vernünftig eruieren sollte.

Die zweite Frage richtet sich an Herrn Dr. Koeble und an Herrn Prof. Dr. Peters. Wir haben ein Fallbeispiel gehört von Herrn Dr. Karsten. Meinen Sie nicht auch, dass im Grunde genommen die Problemlage, die dort geschildert worden ist, eigentlich auch durch den Richter umgangen werden kann? Wenn mir solche Probleme damals erzählt worden wären, immer vor dem Hintergrund, dass ist möglicherweise ein Bagalut (Schuft), der behauptet, die Farbe sei unterschiedlich, dann hätte ich doch gar kein Sachverständigengutachten gebraucht. Dann hätte ich die Möglichkeit, direkt vor Ort zu gehen und dort eine entsprechende Entscheidung zu treffen. Wenn wir von der vorläufigen Zahlungsanordnung reden, ergibt sich das meiner Auffassung nach aus dem Gesetz. Wir sollten tatsächlich von den Problemfällen reden, bei denen ich dann wirklich nicht umhin komme, den Sachverständigen heranzuziehen.

Die dritte Frage richtet sich an Herrn Prof. Dr. Peters und an Herrn Prof. Dr. Kniffka. Wenn man sich jetzt, im Jahre 2008, mit der Materie BGB, aber auch insbesondere mit der Thematik ZPO beschäftigt – ich muss das öfter machen, weil das mein Bereich ist –, dann stelle ich eigentlich immer mit Verwunderung fest, wie hervorragend doch unsere Urväter, die sich damals damit beschäftigt haben, die das damals installiert haben, wie weiträumig die gedacht und was die doch eigentlich für relativ gute Lösungen damals schon in die Gesetze geschrieben haben. Ich bin zu der Erkenntnis gekommen, dass man nur etwas ändern sollte, sowohl im BGB als auch in der ZPO – das ist seit langem mein fester Standpunkt –, wenn man wirklich eine Verbesserung der Situation erreicht. Ich stelle mir die Frage – und möchte ganz gerne von Ihnen hören –, ob Sie diese Auffassung teilen und die vorläufige Zahlungsanordnung eher weglassen würden, als hier wieder aus politischen Gründen an der ZPO herumzubasteln, ohne dass da in irgendeiner Form tatsächlich der Erfolg eintreten wird, den man damit suggeriert.

Mechthild Dyckmans (FDP): Ich habe nur noch eine Frage an Herrn Dr. Karsten und Herrn Prof. Dr. Kniffka. Herr Dr. Karsten, Sie hatten im Zusammenhang mit der Bauhandwerkersicherung Probleme mit der Insolvenzordnung angesprochen. Ich bitte Sie, die noch einmal zu erklären, insbesondere – mein Hauptgebiet ist nicht die Insolvenzordnung – wie das zurzeit geregelt ist und wie es nach der Neuregelung sein wird? Wo sehen Sie da den Handlungsbedarf?

Herr Prof. Kniffka, vielleicht können Sie auch dazu etwas sagen. Muss man da dann etwas ändern? Sehen Sie im Rahmen der §§ 130, 131 Insolvenzordnung eine Notwendigkeit? Denn wenn wir zu Änderungen kommen, dann müssen wir das gleich mit bedenken.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Frau Heinrich auf die Frage der Kollegin Zimmermann.

SV Gabriele Heinrich: Frau Zimmermann hat die vorläufige Zahlungsanordnung angesprochen und den Druckzuschlag. Ich denke, das sind zwei verschiedene Instrumente, die erst einmal wenig miteinander zu tun haben. Beim Druckzuschlag – ich denke mal, Sie meinen den § 641 BGB – geht es um einen Einbehalt zur Mängelbeseitigung. Ich kann z. B. als Verbraucher bei einer Abnahme eines Werkes sagen, das und das muss noch gemacht werden, ich behalte einen Teil der Vergütung zurück, bis die Mängel beseitigt sind. Im bisherigen Gesetz steht, dass mindestens das Dreifache der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zurückbehalten werden können. Das soll jetzt geändert werden, indem nur noch das Doppelte der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten angesetzt werden können. Ich kann nachvollziehen, dass dieser Begriff „mindestens“ gestrichen wird, weil der zu unbestimmt und unklar ist. Was ich nicht begrüße bzw. ich bin dagegen, dass es vom Dreifachen auf das Doppelte reduziert wird, weil besonders bei kleinen Mängeln es so ist, dass der Einbehalt wirklich nur ein Druckzuschlag sein soll. Wenn auch bei kleinen Mängeln jetzt auf das Doppelte nur reduziert werden soll, habe ich nicht mehr die Mittel, dass auch wirklich zügig die Mängelbeseitigung durchgezogen wird. Ich würde das gerne dabei belassen, ich denke, zur vorläufigen Zahlungsanordnung ist schon genug gesagt worden.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt Herr Dr. Karsten auf die Fragen des Kollegen Manzewski und der Kollegin Dyckmans.

SV Dr. Frederik Karsten: Vielen Dank. Wird das Forderungssicherungsgesetz eine signifikante Verbesserung bringen, muss man nicht auch unter Handwerkskreisen ehrlich sein? Dass das Problem vielleicht woanders liegt? Werden die Krisensignale nicht rechtzeitig gesehen? Das waren die Fragen von Herrn Manzewski. Ich meine, ganz unabhängig davon, wie man das jetzt betrachten will, wir haben die Werkunternehmer und die gesetzlichen Regelungen, und beides passt nicht so recht zusammen. Jetzt kann man überlegen, was man ändern soll, die Werkunternehmer oder die Gesetze. Ich denke, auf jeden Fall beides. Ich hatte vorhin schon dargelegt, was wir alles dafür tun, damit die Werkunternehmer auch ihre berechtigten Werkunternehmeransprüche geltend machen. Aber letzten Endes so ganz ohne die Hilfe des Gesetzgebers werden wir da nicht auskommen. Sicherlich haben Sie auch Recht, wenn Sie sagen, vieles könnte man schon durch einen Augenscheinbeweis klären. Das machen Richter aber – zumindest nach dem, was mir gesagt worden ist – wirklich sehr selten. Die bleiben eher in ihrem Büro. Mir wurde von Handwerkern berichtet, dass sie es gerade vermissen, dass das so selten gemacht wird.

Wird das Forderungssicherungsgesetz eine signifikante Verbesserung bringen? Ich meine ja. Ich meine auch für diese Beispielfälle mit den 30 Handwerkern, die Sie mal erwähnt haben. Es wird der Druckzuschlag geändert werden. Das wird sich schon fast in jedem Baustreit signifikant bemerkbar machen, weil es nicht mehr auf mindestens das Dreifache, sondern in der Regel nur noch auf das Doppelte der Kosten beschränkt wird. Das bedeutet für die Handwerksbetriebe tatsächlich Liquidität. Dann meine ich, dass als weitere signifikante Verbesserung auch die Baugeldhaftung anzuführen ist. Ich hatte es bereits erwähnt. Drittens: Signifikante Verbesserung: Das, was sich abzeichnet an zivilprozessualen Lösungen, sei es die vorläufige Zahlungsanordnung, die in einzelnen Fällen sehr sinnvoll sein kann, seien es die vorgeschlagenen Änderungen zum Teilurteil oder Vorbehaltsurteil. Wobei letztere natürlich noch den Charme haben, dass, wenn diese Regelungen erweitert werden und man schneller zu einem Titel kommt, dass das im Gegensatz zur vorläufigen Zahlungsanordnung nicht mit einem zusätzlichen Vergütungsanspruch

verbunden ist – das ist insbesondere für kleine Handwerksbetriebe wesentlich –, sondern dass sie praktisch diese Gesetzesänderung „frei Haus“ bekommen.

Zur Frage von Frau Dyckmans. Derzeit ist es so geregelt, dass, wenn die Sicherheitsleistung, für die es im Moment keinen ausdrücklich geregelten Anspruch gibt, geleistet wird, es dem Insolvenzverwalter unter erleichterten Voraussetzungen möglich ist, das anzufechten. Das ist die sogenannte inkongruente Deckung, diese Rückschlagsperre drei Monate vor Insolvenzantrag. Das Ganze ist im Detail wirklich sehr umstritten. Mir ging es darum, auch in meiner Stellungnahme darauf hinzuweisen, hier bitte für Klarheit zu sorgen, dass eben dieser Anspruch da ist und dass man letzten Endes sich auch darüber Gedanken macht, inwieweit dann dieser Anspruch insolvenzfest ist oder nicht. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt Herr Prof. Dr. Kniffka auf die Fragen der Kollegen Spieth, Manzewski und Dyckmans.

SV Prof. Dr. Rolf Kniffka: Ich will eigentlich erst einmal die Frage von Herrn Manzewski beantworten. Verbesserung der Situation durch § 302a ZPO-E, weil die anderen Fragen ja alle irgendwie damit zusammen hängen. Dazu ist viel gesagt worden. Ich möchte noch einmal nachhaltig darauf hinweisen, dass, wenn wir den § 302a ZPO-E als prozessuale Regelung ändern, wir erst einmal eine Breitenwirkung haben und ich nicht so genau weiß, ob wir die überall brauchen. Insbesondere möchte ich aber auch darauf hinweisen, dass wir hier sozusagen das Ende der Fahnenstange erreicht haben. Wir sind schon in einem Prozess. Der Geldanspruch entsteht in dem Augenblick, wo die Abnahme erfolgt und auch verweigert worden ist. Das ist meistens schon in den Fällen, von denen wir hier reden, vier, fünf Jahre früher. Was erreichen wir eigentlich durch eine vorläufige Zahlungsanordnung? Wir erreichen, dass der Kläger vielleicht drei, vier Monate von diesen vier, fünf Jahren gewinnt. Das möchte ich nur noch mal zum Ausdruck bringen. In Anbetracht dessen, dass ich den ganzen Aufwand dieses Gesetzes am Erfolg messen lassen möchte, ist das möglicherweise doch ein viel zu geringer Erfolg. Wir erreichen Verbesserungen durch die materiell-rechtlichen Regelungen. Ich hatte schon gesagt, wir haben Fehler des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen auszubessern. Und damit komme ich zur Beantwortung Ihrer Frage. Wir alle sind hier schon ganz lange im

Baurecht tätig und befassen uns mit diesen Fragen, die Sie jetzt gerade konkret stellen, schon sehr, sehr lange. Ich stelle eigentlich fest, dass alles, was gesetzgeberisch gemacht worden ist im Baurecht – ich darf es jetzt einfach mal so sagen –, nicht besonders erfolgreich gewesen ist. Das sind Aktivitäten gewesen, die einfach nicht hintergründig genug gewesen sind. Ich würde auch dieses Forderungssicherungsgesetz in gewissem Maße, weil es ja wieder nur für eine Gruppe initiiert worden ist, da einordnen. Eine Änderung der ZPO sollte man nicht im Hinblick auf eine Gruppe anstellen, sondern man sollte sich sorgfältig überlegen, wer ist denn überhaupt Prozesspartei und was brauchen die insgesamt? Also, das BGB ist schon in Ordnung gewesen. Ich würde mir allerdings ein Bauvertragsrecht wünschen, weil man die bauvertragsrechtlichen Probleme – wie komme ich schnell an das Geld – nicht durch prozessuale Regelungen, nicht durch Vorbehaltsurteile, Teilurteil, vorläufige Zahlungsanordnung ändern kann, sondern die lassen sich einfach durch gute vertragliche Regelungen besser ändern. Hier ist auch die Abschlagszahlung genannt worden. Auch da muss ich allen Rednern zustimmen. Häufig nutzt der Auftragnehmer aus ganz verständlichen Gründen nicht die Möglichkeit, nach einer nicht erfolgten Abschlagszahlung die Leistung einzustellen und damit Druck auszuüben. Wir müssen nicht so tun, als wüssten wir alle nicht, wovon wir reden. Welcher Auftragnehmer will den Fortgang des Bauvorhabens gefährden? Er macht erst einmal weiter im Vertrauen darauf, dass das Geld dann doch kommt. Das hinterher mit einer vorläufigen Zahlungsanordnung zu korrigieren, das ist Ihre Entscheidung. Da will ich gar nicht reinreden. Aber ich meine, das muss gut durchdacht sein.

Andere Möglichkeiten? Das war Ihre Frage. Ich habe zunächst einmal auf dieser Seite zehn, die ist ja den anderen verborgen, im Wesentlichen geschrieben, wir müssen über Möglichkeiten der prozessualen Beschleunigung im Prozess nachdenken, und das gilt jetzt allgemein. Das gilt nicht nur für den Bauprozess. Und ich selbst mit langjähriger Erfahrung als Richter meine, dass es noch gewisse gesetzgeberische Möglichkeiten gibt, wenngleich die auch schon sehr beschränkt sind, weil rechtsstaatliche Erfordernisse natürlich auch im Hintergrund stehen. Das ist insbesondere bei der Führung und Ausbildung von Sachverständigen und der Qualitätskontrolle von Sachverständigen der Fall. Viele Prozesse verzögern sich, weil die Sachverständigen zu lange brauchen. Darüber muss man natürlich erstmal

nachdenken, welche gesetzgeberischen Maßnahmen möglich sind. Ich möchte noch einmal – und das war auch eine Forderung des Baugerichtstags, die Sie als Gesetzgeber möglicherweise so direkt gar nichts angeht, sondern mehr die Länder – die Fortbildung der Richter ansprechen. Wir haben nämlich das Problem, was hier immer wieder durchgeschienen ist, sind wir denn eigentlich bei den Richtern gut aufgehoben? Wir haben das Problem, das will ich gar nicht wegdiskutieren, wenn ich auch hier an dieser Stelle mal sagen möchte, wir sollten uns nicht von Einzelbeispielen leiten lassen. Es werden immer die schlechten Beispiele erzählt. Die guten, wo es funktioniert, und zwar sehr gut in unserer Justiz, die werden als selbstverständlich hingenommen. Ich meine, wir haben sehr gute Richterinnen und Richter. Aber natürlich gibt es auch mal Fälle, wo es schief geht. Das wollen wir doch gar nicht verneinen. Was ich als Problem ansehe ist, dass wir sehr große Fluktuation in der Richterschaft haben. Dass wir auch den Allround-Richter haben, der alles können muss. Der macht um 9.00 Uhr Mietsachen, um 9.05 Uhr Bausachen und um 9.30 Uhr Arzthaftungsrecht. Wir haben die Forderung erhoben, dass Spezialkammern zwingend einzurichten sind. Dann haben wir Spezialisten. Die Fortbildungspflicht, die leider nicht im deutschen Richtergesetz steht, ist gescheitert, weil die nur die Bundesrichter betroffen hätte und bei den Ländern anzusiedeln wäre. Das zu diesen Vorschlägen.

Was das französische Modell angeht, Direktzahlung, das hat mehr mit Sicherheit zu tun. Wir müssen unterscheiden zwischen Zahlung, schneller Zahlung und Sicherheit. Das sind ja zwei Bedürfnisse, die die Handwerker haben. Einmal wollen sie das Geld schnell haben, aber wenn sie es schon nicht schnell bekommen, dann wollen sie wenigstens gesichert sein. Diese Direktzahlung, die betrifft die Zahlung, die Handwerker kriegen das Geld sofort in Frankreich und das ist zweifellos, gegenüber allem was wir hier andenken, das bessere Modell. Eine Sicherheit gibt es da auch, wenn nicht direkt gezahlt werden kann, weil keine Bank finanziert, dann muss der Auftraggeber eine Bürgschaft stellen. Das ist also die Zwangsbürgschaft, die Zwangssicherung im Vergleich zu § 648a BGB-E. Aber da ist ja dann kein großer Unterschied mehr, weil er die Sicherheit fordern kann. Ein Unterschied besteht aber doch: Dem Unternehmer wird der Rechtfertigungszwang genommen. Er muss sich nicht damit auseinandersetzen, nicht die Befürchtung haben, keinen neuen Auftrag zu bekommen, wenn er eine Sicherheit fordert. „Wenn Du mir jetzt hier eine

Sicherheit andrehst, also ich eine Sicherheit leisten soll, dann ist das Dein letzter Auftrag gewesen.“ Mit so etwas muss der sich gar nicht mehr auseinandersetzen. Und deshalb ist dieses französische Modell vielleicht auch von Vorteil.

Handlungsbedarf sehe ich hinsichtlich der Insolvenz. Das haben Sie schon völlig richtig gesagt. Der BGH hat es noch nicht abschließend entschieden. Es gibt da ein Problem. Ist diese Sicherheit, wenn sie gestellt wird, dann auch anfechtbar, weil kein Anspruch besteht? Möglicherweise. Die Rechtsprechung des Neunten Senats deutet darauf hin. Da wäre eine Klärung, wie sie jetzt durch den Anspruch erfolgt, schon ganz gut. Im Übrigen ist das ja sozusagen ein Paradigmenwechsel. Sie haben sich am Anfang mit dem § 648a BGB-E vorsichtig herangetastet und jetzt machen Sie Nägel mit Köpfen und sagen, es ist ein Anspruch und damit auch eine Pflichtverletzung, wenn die Sicherheit nicht erfolgt mit allen Konsequenzen, die daraus folgen. Das kann man so machen, da habe ich überhaupt keine Einwände.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Herzlichen Dank. Jetzt Herr Dr. Koeble zur Beantwortung der Fragen der Kollegen Montag, Voßhoff und Manzewski.

SV Dr. Wolfgang Koeble: Herr Montag hat zunächst die Frage gestellt, wie oft man verhandelt hat über diese gesetzliche Regelung. Ich kann bestätigen, das war zwei Mal. Ich habe zwei Mal auch Ihre Stellungnahmen gelesen und ich erinnere mich, dass Sie beides Mal kritisch waren im Hinblick auf eine vorläufige Zahlungsanordnung. Das nur am Anfang zur Abrundung. Aber Sie haben natürlich Recht. Was kann der Bundesgesetzgeber tun, um für am Bau Beteiligte, für Handwerker, Unternehmer auch Architekten, Ingenieure Sicherheit zu gewähren? Meines Erachtens prozessual nicht viel. Teilurteil ist die eine Möglichkeit. Da müsste man dann in den § 301 ZPO-E aufnehmen: „Ein Teilurteil kann auch dann ergehen,“ – ich sage es mal ohne es ausformuliert zu haben – „wenn die Gefahr besteht, dass es später im Widerspruch zum Endurteil steht.“ Kann man so was hineinschreiben? Ich bin skeptisch, ob an dieser Stelle etwas geändert werden kann. Das ist das Problem, was Herr Dr. Prof. Kniffka angesprochen hat. Wo etwas geändert werden könnte, ist beim Vorbehaltsurteil. Da müsste man in den § 302 ZPO-E salopp gesagt reinschreiben: „Ein Vorbehaltsurteil kann auch dann ergehen, wenn der Vertragspartner aus dem gleichen Vertragsverhältnis Mängelansprüche

entgegenhält.“ Will man das haben? Will man die möglicherweise berechtigten Mängelansprüche außen vorlassen und vorläufig vollstrecken können – aus dem gleichen Vertragsverhältnis? Also meines Erachtens ist das inhaltlich nicht gerechtfertigt. Das Dritte ist die vorläufige Zahlungsanordnung. Dazu kennen Sie meine Meinung. Derjenige, der etwas tun kann, um diese von Ihnen allen natürlich zu Recht angesprochenen Missbrauchsfälle zwar nicht zu beseitigen, aber einzuschränken, ist nicht der Bundesgesetzgeber, sondern der Landesgesetzgeber. Das ist hier auch bereits angeklungen. Der Landesgesetzgeber, indem er die Richter in baurechtlichen Fragen fortbildet, indem er Baukammern und Bausenate bei den Landgerichten beziehungsweise Oberlandesgerichten schafft, indem er eben mehr Richter zu Verfügung stellt, weil diese Bauprozesse einfach kompliziert und umfangreich sind. Wir können und wollen das hier nicht vertiefen, was der Landesgesetzgeber machen könnte, aber für den Bundesgesetzgeber sehe ich außer dem, was hier angesprochen wurde, keine zusätzlichen Möglichkeiten. Ich meine, dass der Entwurf gelungen ist.

Frau Voßhoff hat zum GSB gefragt. Ich freue mich, dass ich auch dazu etwas sagen kann, denn ich habe diese Rechtsgrundlage, die irgendwo mal geschlummert hat in den achtziger Jahren, als Anspruchsgrundlage mit ausgegraben. Und ich freue mich auch insoweit – und da halte ich die gesetzliche Regelung im Entwurf für voll gelungen –, dass jetzt das Hauptproblem der Ansprüche für die am Bau Beteiligten beseitigt wird, indem man den Baugeldbegriff erweitert. Denn bisher musste es hypothekarisch gesichertes Geld sein. Das muss es jetzt nicht mehr sein. Und vor allem die Kenntnis davon muss nicht mehr gegeben sein. Das ist der entscheidende Schritt in die richtige Richtung. In Fällen also, in denen ausnahmsweise die Geschäftsführer von Generalunternehmern und von Bauträgern nicht redlich sind und die am Bau Beteiligten nicht nach Leistungsstand bezahlen, haften sie am Ende persönlich. Eine Hilfskrücke natürlich – Schutz im Nachhinein – aber immerhin meines Erachtens eine hervorragende Regelung in diesem Entwurf.

Herr Manzewski, Ihre Fragen zum Missbrauch und auch der Fall, der hier vom Kollegen Dr. Karsten genannt wurde, ist bereits besprochen, meines Erachtens auch damit abgedeckt, was ich bisher gesagt habe.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt Herr Dr. Meiringer auf die Frage des Kollegen Montag.

SV Dr. Eberhardt Meiringer: Herr Montag, ich bin vollkommen mit Ihnen einer Meinung. Ich möchte auch aufgreifen, was Herr Manzewski dazu gesagt hat. In schneller Folge Gesetze zu ändern, die sich siebzig, achtzig Jahre lang überwiegend bewährt haben oder einhundert Jahre lang beim BGB, ist immer problematisch. Gesetze zu machen, die für eine Evaluierungsphase erlassen werden, bei denen man sich schon bei Erlass nicht so ganz sicher ist, ob es in fünf Jahren auch noch das Richtige ist, halte ich für problematisch. Da sollte man – meine ich – die Zweifel an der Wurzel packen und sich fragen, ob es nicht eine andere Lösung gibt. Ich bin der Meinung, das Teilurteil ist eine angesprochene Lösung.

Ich bin der Auffassung, das Vorbehaltsurteil ist eigentlich die konsequentere Lösung, weil ich beim Vorbehaltsurteil schon vom Inhalt her sage, ich gebe jetzt mal vorbehaltlich einer späteren Überprüfung und auch einer späteren Korrektur eine Zwischenbeurteilung. Der erkennende Richter, wir sprechen ja vom erkennenden Richter, er erkennt eben in einem gewissen Zeitpunkt das Recht als solches. Ich bin der Auffassung, wir können vielmehr Vertrauen in die Justiz haben und in die praktischen Richter – bis auf wenige Ausnahmen. Das ist wirklich so. Das schwarze Schaf wird natürlich gesehen. Die bad news werden erzählt, die good news nicht. Auch in meiner Praxis im landgerichtlichen Bereich, im OLG-Bereich, ist es so, dass wir gerade in den letzten Jahren bis auf wenige Ausnahmen immer qualifizierte und auch immer engagierte Richter gehabt haben. Es wäre besser, wir hätten überall Spezialekammern, baurechtliche Kammern oder Arzthaftungskammern, die auch ein entsprechendes Spezialwissen haben. Ich halte es für das Beste, wenn der Gesetzgeber sagt, wir wollen hier in einer prozessualen Vorschrift letztlich eine materiell-rechtliche Regelung durchsetzen, denn der Eingriff in Abhängigkeit zwischen Forderung und Einwendung ist eigentlich eine materiell-rechtliche Frage. In der Zivilprozessordnung möchte ich dem Richter eine Möglichkeit geben, nach seinem Ermessen zu entscheiden: Das hier ist ein Fall, der schreit danach, dass man einen Titel erlässt, dann soll er nach seinem Ermessen, ohne dass er tausenderlei Folgerungen wirtschaftlicher Art abwägen und prüfen muss, in der Materie entscheiden, in der er sich auskennt, nämlich im Recht. Er soll sagen, ich beurteile

nach meinem Dafürhalten heute den beidseitigen Vortrag so, dass es wahrscheinlich richtig ist, den Beklagten zu verurteilen, weil dessen Einwendungen gesucht oder an den Haaren herbeigezogen sind. Wie man das auch immer formulieren will. Und dann erlasse ich ein Vorbehaltsurteil. Das ist, meine ich, der prozessual gebotene Weg. Dann bewegen wir uns auch in einer bewährten Materie. Auch die Bevölkerung hat ein Vertrauen darauf, dass das jetzt nicht nur ein paar Jahre gilt, sondern dass wir den § 302 ZPO ergänzen und der – eine langjährig bestehende Vorschrift – an Sachverhalte angepasst worden ist und auch auf Dauer Bestand haben kann. Das würde ich persönlich für die richtige Lösung halten. Wenn der Gesetzgeber diese Entscheidung trifft und sagt, die Einwendungen werden aus dem Synallagma gelöst und man kann sich dafür entscheiden zu sagen, ich tituliere das jetzt, dann werden die Richter in den immer noch wenigen Fällen, in denen es so offensichtlich ist, nach ihrem Ermessen das auch so entscheiden können. Ich bin nicht der Meinung, dass es die Spitze des Eisberges ist, aber ich glaube, Sie haben auch etwas anderes gemeint. Ich meine, es ist nur eine kleine Spitze der Fälle, in denen es so ist, dass ein Richter schon zu Beginn oder am Anfang eines Verfahrens feststellen wird, das ist offensichtlich, das sind Einwände wie Sie es im Beispiel gebracht haben, die haben wir alle schon erlebt und man kann es mit den Händen greifen, dass nichts dran ist. Aber es sind nicht mehr als zehn oder fünfzehn Prozent. Vielen Dank.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt hat das Wort Herr Prof. Dr. Peters zur Beantwortung der Frage des Kollegen Manzewski.

SV Prof. Dr. Frank Peters: Ich meine, missbräuchliche Mängelrügen sind nicht das ganz große praktische Problem. Bei evidenten Fällen, kann man die Schlüssigkeit verneinen. Im Übrigen wird der Sachverständige das schnell abtun. Man muss es dem Sachverständigen überlassen, denn sofern der Mangel theoretisch nur mit mehr als einem Euro zu veranschlagen sein könnte, kann man leider nicht so drüber hinweggehen.

Ob und was zu einer Verbesserung führen kann? Ich bin bei § 302a ZPO-E skeptisch und wir sind, glaube ich, alle gebrannte Kinder, was das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen angeht, was nichts gebracht hat. Es besteht bei § 302a ZPO-E eben die Gefahr, dass gerade in den Fällen der Verärgerung über solche

missbräuchlichen Mängelrügen dann aus der Laune heraus ein schrecklicher Titel geschaffen wird. Vielleicht ist unter den zahllosen Mängelrügen ja doch eine von Gewicht und Bedeutung. Das appelliert also nicht an die besten Teile im Richter. Jedenfalls würde ich mir von § 302a ZPO-E keine Verbesserung versprechen.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Vielen Dank. Jetzt abschließend Herr Dr. Stammkötter zur Beantwortung der noch offenen Frage der Kollegin Voßhoff.

SV Dr. Andreas Stammkötter: Die Frage von Frau Voßhoff war, ob die Beweislastregelung ausreichend ist. Die Rechtslage ist bis jetzt so, dass die Umkehr der Beweislast eigentlich jetzt schon da ist, aber an das fehlende Baubuch anknüpft. Ich habe gerade schon gesagt, ich bin eigentlich ein Befürworter dessen, dass das Baubuch abgeschafft wird. Man muss sich fragen, woran knüpft die Beweislastumkehr jetzt an? Wenn man den Entwurf des neuen § 1 Abs. 4 Bauforderungssicherungsgesetz (BauFG) liest, stellt man fest, dass eigentlich überhaupt kein Anknüpfungsmerkmal da ist. Dann wird man mal schauen, wie sich das auf die Vortrags- und Darlegungslast auswirkt. Ich meine, es wird auch in Zukunft einem Kläger, der auf Grundlage des GSB seine Ansprüche geltend macht, nicht erspart bleiben, ins Grundbuch zu schauen, um festzustellen und vortragen zu können – das ist ja dann schon ersichtlich – wer finanzierende Bank ist. Anhand der Grundschulden auch vor dem Hintergrund, dass sie natürlich abstrakt sind, hat man zumindest schon eine Vorahnung, in welcher Höhe denn hier Baugeld geflossen sein kann. Da wird immer noch ein bisschen Detektivarbeit, die zum Teil übrigens sehr spannend ist, übrig bleiben. Insofern möchte ich das nochmal ausdrücklich begrüßen. Wir haben ein Problem, dass auch in dem neuen § 1 Abs. 4 BauFG-E nur die Eigenschaft des Baugeldes vermutet wird. Das entspricht auch jetzt der aktuellen Rechtsprechung. Auch dieses berühmte BGH-Urteil aus dem Jahr 1987, was immer noch anwendbar ist, vermutet nur die Baugeldeigenschaft. Das wird sehr häufig übersehen. Es ist auch in der Praxis oft sehr mühsam herauszufinden, wie es denn mit der Höhe des Baugeldes steht. Das bleibt auch beim Gesetzentwurf dem Antragsteller, dem Kläger nicht erspart. Insofern hätte ich mich gefreut, wenn da auch noch ein Wort mit zur Höhe gestanden hätte. Aber das verstehen Sie bitte als konstruktive Kritik. Es ist schon ein Schritt in die richtige Richtung.

Vorsitzender Andreas Schmidt (Mülheim): Herzlichen Dank meine sehr geehrten Damen und Herren, dass Sie so lange ausgehalten und uns Ihren Sachverstand so ausführlich zur Verfügung gestellt haben. Ich bedanke mich sehr und schließe die Sitzung. Vielen Dank.

Ende der Sitzung: 17.31 Uhr

Andreas Schmidt (Mülheim), MdB
Vorsitzender