

RiOLG a. D Prof. Dr. Frank Peters

Stellungnahme zu dem Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG)

BT.-Drucks. 16/511

einschließlich der Ausschussdrucksache Nr. 16(6)199

I. Das Zahlungsverhalten des Bauträgers

Es geht um die Zahlungsmoral – vorzugsweise die des Bauträgers, auf den wir uns dann auch konzentrieren wollen.

Er handelt durchaus rational. Wir müssen davon ausgehen, daß er finanziell klamm ist, wenn denn die Zahlungen seiner Abnehmer noch in ungewisser Ferne liegen. Da sieht er sich dann drei Gruppen von Gläubigern gegenüber, den Banken einerseits, dem Finanzamt und den Trägern der Sozialversicherung andererseits und schließlich den Bauhandwerkern. Er wird jene Gläubiger zuerst bedienen, die Druck auf ihn ausüben können. Ein Druckmittel steht den Banken zur Verfügung, die den Geldhahn zudrehen können, dem Finanzamt und den Trägern der Sozialversicherung, die sich ihre Forderungen selbst titulieren und schon vorab mit einem Insolvenzantrag drohen können. Es nimmt nicht wunder, daß der Bauhandwerker der schwächste in der Konkurrenz der Gläubiger ist, wenn ihm denn – jedenfalls gegenwärtig – ein besonderes Druckmittel fehlt.

II. Das Druckmittel des Bauhandwerkers

Wenn der Bauhandwerker ein Druckmittel braucht, kann es nur das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB sein.

1. Abschlagszahlungen

Ein Anspruch auf Abschlagszahlungen wird als solcher – schon aus zeitlichen Gründen – nur selten gerichtlich durchgesetzt. Aber die latente Drohung mit der Einstellung der Arbeiten erzeugt einen gehörigen Druck, Abschlagszahlungen zu bedienen. Damit braucht der Bauhandwerker – erstes Ergebnis – einen effektiven Anspruch auf Abschlagszahlungen.

2. Schlußzahlungen

Woran es in der Praxis weiterhin hapert, ist die zeitnahe Bedienung der Schlußforderungen. Sie wird der Bauträger hinauszögern wollen. Nach dem gegenwärtig praktizierten Rechtszustand kann er das auch. Denn die Schlußzahlung wird nach dem allgemeinen und auch von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ nicht angezweifelte Verständnis des § 641 BGB erst nach der Abnahme fällig. Da erhält der Bauträger also vorab die Werkleistung und muß sie noch besonders billigen. Bei der regelmäßigen Vereinbarung der VOB/B steht ihm außerdem noch vorab eine Schlußrechnung zu, über der er dann nach § 16 Nr. 3 VOB/B noch zwei Monate brüten kann.

Es tut schon sprachlich weh, wenn so nonchalant aus dem „bei der Abnahme“ des § 641 BGB ein „nach der Abnahme“ gemacht wird. Und die Haare sträuben sich endgültig, wenn man in die Motive des BGB schaut. Denn dort (Mot. II, 492) hat sich der historische Gesetzgeber ausdrücklich für ein „bei“ und gegen ein „nach“ entschieden. Der Unternehmer sei nicht verpflichtet, das Werk aus der Hand zu geben, bevor er die Gegenleistung empfangen hat. Alles andere würde den Unternehmer „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 des Unternehmers aus § 320 BGB gesetzt.

Das gilt es – zweites über den vorliegenden Gesetzentwurf hinausgehendes Ergebnis – zu reaktivieren. Vorschlag für eine Neufassung des § 641 I BGB also:

„Dem Besteller steht das Werk nicht ohne die Errichtung des Werklohns zu“.

Natürlich braucht der Besteller den Werklohn nicht ohne eine prüfungsfähige Rechnung zu begleichen. Aber ihre Aufstellung und Prüfung ist dann vorzuverlagern in den Zeitraum vor dem Leistungsaustausch, der dann Zug um Zug zu erfolgen hat. Das Regelwerk, das die VOB/B für die Schlußzahlung vorhält, benachteiligt den Unternehmer unangemessen und ist dringend zu überarbeiten.

III. Dingliche Absicherung

Noch eine weitere, über den Gesetzesentwurf hinausgehende, Überlegung.

Bekanntlich ist die Bauhandwerkersicherungshypothek des § 648 BGB wegen der regelmäßig vorausgehenden massiven Belastungen des Objekts als solche recht wertlos. Doch wird in der Zwangsversteigerung der Erlös durch die Leistungen der Bauhandwerker nachhaltig positiv beeinflusst. Es ist nicht einzusehen, warum dieser Mehrwert durch die Grundpfandrechte der finanzierenden Bank sollte abgeschöpft werden können. Natürlich hat auch sie zur Wertsteigerung beigetragen, aber einerseits kann sie eher auf anderweitige Sicherheiten zurückgreifen, andererseits wäre es nicht von Übel, wenn sie von der Finanzierung waghalsiger Projekte absähe.

Dringend in Betracht zu ziehen ist es deshalb, in der Bestimmung des § 10 I ZVG, die die Rangverhältnisse regelt, vorn die Bauhandwerker einzubeziehen, soweit ihre Leistungen den

Wert des Objekts erhöht haben. In diesem Sinne ist die Bestimmung kürzlich mit ihrer neuen Nr. 2 wegen rückständiger Beiträge zum Wohnungseigentum ergänzt worden. Und nicht das schlechteste Vorbild für den hiesigen Vorschlag sind die Artt. 839 ff. des schweizerischen ZGB.

IV. Zum Gesetzesentwurf im einzelnen

1) Abschlagszahlungen

Ein effektiver Anspruch auf Abschlagszahlungen ist zu begrüßen, s. o. Die Bestimmung könnte in enger Anlehnung an § 16 Nr. 1 VOB/B schlanker gefaßt werden. Abs. 1 S. 2, 3 zu Mängeln verstehen sich eigentlich von selbst. Die Zahl der Abschlagsrechnungen (Abs. 2) bedarf eigentlich keiner Regelung. Die Sicherheit für den Verbraucher nach Abs. 3 hinterläßt einen ambivalenten Eindruck. Für den Fall, daß eine der beiden Seiten zurücktritt oder kündigt, paßt sie nicht. Wenn der Bauträger zögerlich leistet oder gar in Vermögensverfall gerät, wird die Sicherheit zu niedrig bemessen sein. Es liegt also letztlich eine „Mischkalkulation“ vor, die auf keinen Fall so richtig paßt. Da spricht es nicht zuletzt für einen Verzicht auf die Regelung, daß das die Dinge vereinfacht. – In Abs. 4 sollte das Ablösungsrecht des Unternehmers gegenüber dem Einbehalt klargestellt werden, vgl. § 17 Nr. 3 VOB/B.

2. Durchgriffsfälligkeit, § 641 II BGB

§ 641 II BGB wird auch mit der Umgestaltung nicht zu praktischer Bedeutung verholfen werden können. Es bleiben massive technische Probleme, abgesehen davon, daß es eigentlich auch nicht gerechtfertigt werden kann, daß eine Vergütung früher fällig wird, als sie verdient ist.

Letzte praktische Bedeutung nimmt der Bestimmung ein effektiver Anspruch auf Abschlagszahlungen.

3. Druckzuschlag, § 641 III BGB

Die Bestimmung kann getilgt werden. Ihr Gehalt folgt schon aus § 320 II BGB, mit dem die Praxis – soweit ersichtlich – immer vernünftig umgegangen ist.

4. Richtig die Tilgung des § 641a BGB.

5. § 648a BGB

Die vorgeschlagenen Änderungen verbessern die Bestimmung.

6. § 649 S. 3 BGB

Die 5 % der Bestimmung sind insofern zweifelhaft, als die Gewinnmargen nach Branchen stark variieren. Immerhin bringt die Vermutung, wie sie ja von beiden Seiten widerlegt werden kann, sicherlich eine erhebliche praktische Vereinfachung.

7. Teilurteil, § 301 ZPO

Die vorgeschlagenen Änderungen gängeln den Richter.

Bei Teilurteilen ist zu bedenken, daß sie erfahrungsgemäß zu einem hohen Prozentsatz unzulässig sind; das wird auch § 301 I 2 ZPO nicht abgestellt haben. Danach sind sie nicht förderungswürdig.

Im übrigen zwingt es entweder zu doppelter Aktenführung oder veranlaßt ein Hin und Her der Akten, wenn der Rechtsstreit bei eingelegtem Rechtsmittel in der unteren Instanz fortgeführt wird. Ob die Gerichte das annehmen, ist fraglich. Und sie werden auch den zusätzlichen Arbeitsaufwand ungern sehen, den die Zurückweisung von Anträgen auf Erlaß eines Teilurteils verursacht.

8. Vorbehaltsurteil, § 302 ZPO

Letzteres gilt auch für den Antrag auf Erlaß eines Vorbehaltsurteils.

Speziell im Baubereich ist es die typische Konstellation, daß sich der Besteller gegen den Werklohnanspruch mit Mängeln verteidigt. Soweit es um Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung geht, scheidet ein Vorbehaltsurteil ohnehin aus. Da würde es nicht befriedigen, wenn der Schadensersatzanspruch des Bestellers, der doch sein stärkstes Recht darstellt, schlechter behandelt wird, als seine sonstigen Rechte; bei der gegenwärtigen Kann-Regelung hält der BGH ein Vorbehaltsurteil für untunlich. Aber auch bei den beiden Zahlungsansprüchen des § 637 BGB ist doch der Werklohn letztlich nicht voll verdient; ihn gleichwohl uneingeschränkt zu titulieren erweckt Unbehagen.

Paßt so der Gesetzesvorschlag gerade im Baubereich nicht, so ist zu bedenken, daß er weit über diesen hinausreicht. Das bedürfte der näheren Evaluation, bei der jedenfalls zu berück-

sichtigen ist, daß es dem natürlichen Empfinden des Richters widerspricht, mit dem ersten Urteil Hüh und mit dem zweiten Urteil Hott zu sagen. Die Schadensersatzpflicht des § 302 IV 3 ZPO tut ein Übriges dazu, das Vorbehaltsurteil zu einer riskanten Sache zu machen.

9. Vorläufige Zahlungsanordnung, § 302a ZPO

Der vorläufigen Zahlungsanordnung des § 302a ZPO entspricht im geltenden Recht der dingliche Arrest der §§ 916 ff. ZPO. Letzterer ist freilich weniger leicht zu erreichen, wenn nach § 917 I ZPO vorausgesetzt wird, daß ohne ihn die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, während für § 302a ZPO besondere Nachteile aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer genügen sollen, § 302a I Nr. 2 S. 1 ZPO. Der Arrest reicht außerdem weniger weit, wenn er nur – immerhin – zur Beschlagnahme schuldnerischen Vermögens – in der Praxis des Bankkontos – führt, während die vorläufige Zahlungsanordnung zur Befriedigung führt. Bei ihr wird das Bankkonto also nicht nur gesperrt, sondern auch geleert.

Der dingliche Arrest bietet sich deshalb zum Vergleich an, weil in den Fällen des § 302a ZPO bislang eine zur Befriedigung führende Leistungsverfügung nicht zu erreichen wäre. Denn es geht nicht wie bei Unterlassungsansprüchen darum, daß ohne den gerichtlichen Eingriff der Anspruch überhaupt vereitelt würde, oder wie bei Unterhalt um elementare Bedürfnisse.

So geht es um einen Schritt weit über das geltende Recht hinaus, der dadurch noch bedenklicher wird, daß Arrest und einstweilige Verfügungen im Falle der mündlichen Verhandlung – wie sie hier § 302a II ZPO zwingend vorschreibt – erstens durch Urteil zu begründen sind, nicht nur mit der kurzen Begründung des § 302a VII ZPO, und daß zweitens dieses Urteil dann natürlich auch gesondert anfechtbar ist; Rechtsmittel gegen den Beschluß nach § 302a ZPO schließt Abs. 7 gerade aus.

Fragt man sich ganz praktisch, wann der Beschluß im Ablauf des Bauprozesses ergehen soll, stellt sich Ratlosigkeit ein. In meiner richterlichen Tätigkeit haben Klage, Replik und Duplik immer nur vage Ahnungen vom Ausgang des Prozesses ausgelöst. Es geht also nicht ohne ein schriftliches Sachverständigengutachten. Wirkt es verlässlich, kann man auch noch die beantragte Sachverständigenanhörung abwarten. Hegt der Richter Zweifel am Gutachten, könnte eine vorläufige Zahlungsanordnung ohnehin nicht ergehen. – An dieser Stelle haben die Ent-

wurfsverfasser selbst Zweifel, wenn denn § 302a IV ZPO mit einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse rechnet.

Nun ist § 302a ZPO nicht auf den Baubereich beschränkt – aus systematischen Gründen ginge das auch gar nicht. Überhaupt nicht evaluiert sind die Auswirkungen, die die Bestimmung anderweitig haben könnte.

Gegenüber der überlangen Dauer mancher Bauprozesse bleibt die triviale Forderung nach spezialisierten Spruchkörpern, die man dann auch ordentlich ausstatten möge. Das kostet freilich Geld.

10. §§ 756, 765 ZPO

Zum Nachweis der Zug um Zug zu erbringenden Nacherfüllung soll die Fertigstellungsbescheinigung des § 641a BGB abgespeckt fortleben. Das geht an dieser Stelle wohl an.

11. Befristung, § 29 EGZPO

Die Regelung des § 302a ZPO soll nur befristet gelten. Das ist jedenfalls zu begrüßen. Aber auch das Experiment sollte man nicht befristet wagen.

12. Bauforderungsgesetz

Hier sind Randkorrekturen vorgesehen, die als solche nicht zu beanstanden sind.

Allerdings fristet das Gesetz ein Schattendasein. Es ist nicht einfach, es sich im Rahmen des § 823 II BGB zunutze zu machen, so daß es dann auch eher zufällig ist, welcher Gläubiger von ihm profitiert. Zu einer Erhöhung der zur Verfügung stehenden Haftungsmasse führt das Regelwerk insofern, als die eben genannte deliktische Anspruchsgrundlage über § 830 BGB den Zugriff auf Mittäter, Anstifter und Gehilfen erlaubt. Eben das macht es dann aber auch gefährlich. Einerseits tut mir da die in alles eingeweihte Sekretärin leid, andererseits ist es eine dogmatische Grundsatzfrage, ob die Enttäuschung vertraglich begründeter Erwartungen deliktisch sanktioniert werden soll. Letzteres würde ich eher verneinen mögen, wenn es nur darum geht, noch weitere Personen haftbar machen zu können.

M. E. ist die Lücke ohne weiteres tragbar, die eine Aufhebung des Gesetzes verursachen würde.

V. Zusammenfassung des Wesentlichsten

1. Ein strengerer § 632a BGB ist im Grundsatz zu begrüßen.
2. In § 641 BGB sollte der Gedanke des historischen Gesetzgebers eines Leistungsaustausches Zug um Zug gegenüber dem herrschenden Verständnis wiederhergestellt werden.
3. Der Bauhandwerker bedarf der dinglichen Absicherung vorn im Katalog des § 10 I ZVG.
4. Dringend abzuraten ist von Änderungen an den §§ 301 und 302 ZPO.
5. Die vorläufige Zahlungsanordnung des § 302a ZPO kann nicht verantwortet werden.

VI. Nachtrag zur Ausschussdrucksache Nr. 16(6)199

Wesentlicher Kern der in der Drucksache angestellten Überlegungen ist es, die Privilegierung der VOB/B im Rechtsverkehr mit Verbrauchern aufzuheben, sie aber für den unternehmerischen Bereich beizubehalten.

1. Der Vorschlag ist nicht auf der Höhe der Zeit. Zur Einbeziehung der VOB/B heißt es in der Begründung (S. 15), sie erfolge als Ganze, wenn sie „ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen“ übernommen werde. Tatsächlich sieht die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung eine Einbeziehung als Ganzes schon durch jegliche Abweichung als ausgeschlossen an. Danach fällt also alles ins Gewicht.
2. Die Privilegierung der VOB/B bei der Verwendung gegenüber Verbrauchern aufzuheben ist sinnvoll.
3. Behält man sie demgegenüber im unternehmerischen Bereich bei, gibt es nebeneinander eine kontrollierte und eine nicht kontrollierte Fassung. Das ist dem Bürger schwer zu vermitteln.
4. Richtigerweise sollte eine Kontrolle aber immer möglich sein.
 - a) Die VOB/B enthält Intransparentes, z. B. in § 2 Nr. 8 zu eigenmächtigen Leistungen, deren Abs. 1 und 3 sich klar widersprechen.
 - b) In einer Reihe von Bestimmungen finden sich unangemessene Benachteiligungen der Gegenseite. Die Idee, dass sich das kompensiert, trifft nicht zu. Vielmehr überwiegen weit die Benachteiligungen des Unternehmers. Im Laufe der Zeit haben sich die Dinge zu seinen Las-

ten verschoben; vgl. näher Peters, Die VOB/B – Fassung 1926 und Fassung 2002 im Vergleich, in: Festschrift für Motzke (2006), S. 337. „Bonbon“ der VOB/B für den Unternehmer war immer die kurze Gewährleistungsfrist. Die Abweichung vom BGB in diesem Punkt ist nicht mehr erheblich.

Unangemessen sind z. B.

- die Regelung über die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung, § 16 Nr. 3 Abs. 2 ff.,
- die zweimonatige Prüfungsfrist für die Schlußrechnung in § 16 Nr. 3 Abs. 1 auch in Fällen, in denen dieser Zeitraum nicht benötigt wird, vgl. demgegenüber die Frist von 30 Tagen in § 286 Abs. 3 BGB,
- die Zurückdrängung des Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB in § 16 Nr. 5 Abs. 5.

c) § 13 Nr. 3 VOB/B suggeriert, dass der Unternehmer, der erkennbare Mängel der Planung nicht beanstandet hat, für die Folgen voll einzustehen hat. Tatsächlich wird in entsprechender Anwendung des § 254 BGB abgewogen.

Es ist mir nicht verständlich, warum derlei hingenommen werden soll. Vorteile sind nicht ersichtlich.

5. Bedenken weckt schließlich der dynamische Charakter der Befreiung. Die Befreiung soll gelten, wenn die VOB/B in ihrer jeweils gültigen Fassung einbezogen wird. Damit stellt der Gesetzgeber dem Verdingungsausschuß für Bauleistungen einen Freibrief aus. Das ist unabhängig von der Frage bedenklich, ob der Verdingungsausschuß Vertrauen verdient. Denn dem Verdingungsausschuß fehlt die demokratische Legitimation. Wird die Geltung der VOB/B zwischen den Vertragsparteien aber nur durch ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingungen legitimiert, so bedarf es auch der entsprechenden AGB-Kontrolle durch BGB.