

Prof.Dr. Petra Kirberger

Rechtsanwältin
Fachanwältin für
Bau- und Architektenrecht
Honorarprofessorin für
Bau- und Architektenrecht
a. d. Univ. Siegen

Siegen, den 21. Mai 2008

Stellungnahme zum Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes

BT-Drs. 16/511

I.

Es ist nicht zu bestreiten, dass Werkunternehmer in Deutschland darunter leiden, dass bei Streitigkeiten über die Berechtigung von Werklohnforderungen die lange Dauer der gerichtlichen Verfahren zur Durchsetzung der Forderungen erhebliche finanzielle Probleme auf Unternehmerseite hervorruft. Andererseits ist auch nicht zu verkennen, dass die Erfahrung mit Bauprozessen über einen jahrzehntelangen Zeitraum zeigt, dass sich derartige Werklohnforderungen auch nach jahrelangem Rechtsstreit keinesfalls als „im Regelfalle“ berechtigt erweisen. Im Ergebnis wird vielmehr eher selten dem Werkunternehmer die von ihm geltend gemachte Forderung ganz oder auch nur zu weit überwiegenden Teilen zugesprochen.

Das Problem besteht daher darin, einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem berechtigten Interesse des Unternehmers an der Realisierung seiner Forderung einerseits und den gegebenenfalls berechtigten Gegenansprüchen des beauftragenden Bauherrn andererseits zu finden, die zu einer teilweisen Aufzehrung der Werklohnansprüche führen. Bei einem solchen Interessenausgleich kann allein die Zügigkeit, mit welcher der Unternehmer ohne Ansehung schutzwürdiger Gegenrechte des Bauherrn einen Titel sollte erlangen können, ersichtlich nicht das Maß der Dinge sein.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass eine Verbesserung der Situation auch ohne weitere gesetzliche Initiativen zu einem großen Teil bereits dadurch erreicht werden könnte, dass die gerichtlichen Verfahren in Bausachen effizienter geführt werden. Von einer befriedigenden Behandlung derartiger Verfahren kann nämlich in der Praxis nur selten gesprochen werden.

Dies ist zum einen dadurch bedingt, dass zwar auf Seiten der Prozessvertreter durch die Fachanwaltsausbildungen eine deutlich kompetentere Behandlung der Angelegenheiten zu verzeichnen ist, auf Seiten der Gerichte aber vor allem in erster Instanz keine entsprechende Spezialisierung besteht und selbst bereitwillige Einarbeitungen der Richter in dieses Gebiet dauerhaft nicht fruchtbar gemacht werden können, weil ein ständiger personeller Wechsel innerhalb der gerichtlichen Spruchkörper stattfindet.

Zudem werden Bauprozesse unnötig dadurch aufgebläht, dass die Gerichte sich – zum Teil offensichtlich auch deshalb, weil diese Leistungen im Pensen-schlüssel keine Berücksichtigung finden – mit der Überprüfung und Erarbeitung von Beweisfragen sowohl im selbständigen Beweisverfahren wie auch in einem streitigen Verfahren nicht ausreichend beschäftigen, sondern unbesehen und ungeprüft unsubstantiierte, auf Ausforschung gerichtete Fragestellungen in ihre Beschlüsse aufnehmen. Konsequenz derartiger undeutlicher, zumeist weit ausschweifender Beweisfragen ist ein vielfach kaum noch lesbares, vor allem aber nicht verwertbares Beweisergebnis, das zu neuen Fragestellungen Anlass gibt, die wiederum zu einer weiteren Verzögerung des Rechtsstreits führen.

Über Verbesserungen in diesem Bereich sollte daher unbedingt – ebenfalls – nachgedacht werden.

II.

Der vorliegende Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes versucht die Beschleunigung von Bauprozessen zugunsten des Unternehmers insbesondere durch die Einführung einer sog. vorläufigen Zahlungsanordnung zu erzielen.

Der Unternehmer soll damit die Möglichkeit erhalten, bereits vor endgültiger Entscheidungsreife des Prozesses einen vorläufig vollstreckbaren Titel zu erwirken.

Eine solche vorläufige Zahlungsanordnung unterliegt vielfältigen Bedenken:

1. Abgesehen von besonderen Ausnahmefällen gilt der rechtsstaatliche Grundsatz, dass im Wege einstweiliger Maßnahmen aufgrund noch nicht gesicherter Erkenntnislage eine Befriedigung des Gläubigers in Form einer Zahlungsdurchsetzung grundsätzlich nicht erreicht werden soll. Diesen Grundsatz durchbricht die vorläufige Zahlungsanordnung. Anders als etwa bei Unterhaltszahlungen, bei denen eine derartige Durchbrechung aus besonderen Gründen vertretbar erscheint, gibt es entsprechend gewichtige Gründe zur Durchbrechung des rechtsstaatlichen Grundsatzes zugunsten des Werkunternehmens bei der Durchsetzung seiner Werklohnforderungen ebenso wenig wie im übrigen kaufmännischen Verkehr.
2. Der Unternehmer ist keineswegs schutzlos der Entwicklung bis hin zu einer für ihn nicht durchsetzbaren Werklohnforderung ausgesetzt. Er hat vielmehr im Laufe der Entwicklung seines Vertragsverhältnisses zum Bauherren vielfältige Möglichkeiten, die Konsequenz einer letztlich nicht ohne Schwierigkeiten durchsetzbaren Forderung möglichst zu vermeiden. Von diesen Möglichkeiten wird in der Baupraxis zumeist zu wenig Gebrauch gemacht.

- a. Der Unternehmer kann – im Verhältnis zu einem Verbraucher allerdings nur mit Einschränkungen – belastbare vertragliche Regelungen treffen, die sowohl seinem Sicherstellungsbedürfnis Rechnung tragen wie auch seiner Notwendigkeit, zu liquiden Zahlungsmitteln zu gelangen.
- b. Er hat die Möglichkeit, sich durch ordnungsgemäß erstellte Abschlagsrechnungen in kurzen Abständen Gewissheit darüber zu verschaffen, ob sein Auftraggeber willens und in der Lage ist, berechtigten Forderungen nachzukommen.

Insoweit ist es dankenswert, dass der Entwurf die Möglichkeiten einer Stellung von Abschlagsrechnungen verbessert. Bedauerlich bleibt allerdings, dass der Entwurf sich nicht in vollem Umfang an die seit langem bewährte Regelung von Abschlagszahlungen in der VOB/B, § 16 Nr. 1 Abs. 1, anlehnt.

- c. Der Unternehmer kann darüber hinaus für den Fall, dass ihm während der Abwicklung des Bauvertrages Bedenken hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit seines Kunden kommen sollten, kurzfristig reagieren und Sorge dafür tragen, dass er zumindest nicht ohne entsprechende Sicherstellung weitere Leistungen erbringen muß:

Die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB hat sich in diesem Zusammenhang – entgegen anfänglichen Schwierigkeiten bei der Praktizierung dieser Vorschrift – als probates Mittel erwiesen, ohne nennenswertes rechtliches Risiko entweder eine Sicherstellung zu erlangen oder aber zumindest nicht weitere Leistungen bei ungesicherter Zahlungssituation erbringen zu müssen.

Bedauerlich ist allerdings, dass auch der Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes nach wie vor die Möglichkeit der Forderung einer Sicherheit nach § 648a BGB bei Einfamilienhausbauten (§ 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB) verwehrt (Ausnahme: Einschaltung eines Baubetreuers). Aus meiner Sicht ist dafür keinerlei Grund ersichtlich. Da grundsätzlich auch der private Einfamilienhausbauer auf gesicherter Grundlage bauen sollte und deshalb dringlich vor Beginn seiner Baumaßnahme einer Sicherstellung der Finanzmittel bedarf, ist es auch für den privaten Bauherren, der lediglich ein Einfamilienhaus baut, unschwer möglich, über seine finanzierende Bank eine Sicherung nach § 648a BGB zu erlangen. Es ist deshalb nicht einsichtig, weshalb er von dem Erfordernis der Sicherstellung des Bauunternehmers befreit sein soll. Ein privater Bauherr, der die Mittel für seinen Einfamilienhausbau nicht solide finanziert hat, verdient keinen besonderen gesetzlichen Schutz, schon gar nicht zu Lasten des leistenden Werkunternehmers.

- d. Letztlich kann der Unternehmer durch eine möglichst solide Werkleistung, ein geschäftsmäßiges Handhaben von Abnahmen und Rechnungsstellungen bereits während der Baumaßnahme den Grundstein dafür legen, dass der Durchsetzung seiner Schlussrechnungsforderung so wenig wie möglich Hindernisse entgegenstehen.

Es ist daher aus meiner Sicht das falsche Zeichen an den Werkunternehmer, ihn in dem Glauben zu lassen, er brauche sich auch weiterhin bei Vertragsabschluss und Durchführung der Baumaßnahme nicht mit dem Problem der späteren Durchsetzungsmöglichkeit seiner Forderungen und deren Sicherstellung zu beschäftigen. Er sollte gerade nicht auch noch vom Gesetzgeber in der in der Praxis häufig anzutreffenden sachfremden Erwartung unterstützt werden, „die Juristen würden ihm schon seine vertraglichen Unzulänglichkeiten nachsehen und im Nachhinein dafür sorgen, dass er dennoch kurzfristig „zu seinem Recht“ kommt.“

Dies gilt umso mehr, als die jahrzehntelange praktische Erfahrung zeigt, dass gerade Unternehmer, die wirtschaftlich in Schwierigkeiten geraten sind, dazu neigen, um ihrer kreditgebenden Bank den Eindruck umfänglich vorhandener, durchsetzbarer Forderungen zu vermitteln, unberechtigte bzw. überhöhte Forderungsstellungen aufzumachen und diese sodann auch noch bei Gericht versuchsweise durchzusetzen. Gerade dieser Unternehmerkreis darf durch eine gesetzliche Maßnahme nicht noch unterstützt werden.

Abgesehen von den rechtsstaatlichen Bedenken sowie dem falschen Signal an die Unternehmer mit Inaussichtstellung eines trotz nicht abschließend geklärt Rechtslage kurzfristig durchsetzbaren Titels scheint auch die Möglichkeit des Erlasses einer vorläufigen Zahlungsanordnung in Bausachen prozessual von vornherein nur eingeschränkt denkbar. Streitigkeiten in Bausachen sind nämlich geprägt durch folgende Problemschwerpunkte:

- Nachtragsforderungen des Unternehmers
- Mängelinwendungen des Bauherren
- Ansprüche wegen verzögerter Fertigstellung der Baumaßnahme

In allen diesen drei Hauptproblemfeldern in Bauprozessen ist die juristische – rechtsstaatlich korrekte – Klärung nur nach eingehender Beweisaufnahme möglich. Zu den behaupteten Nachträgen und Verzügen müssen Zeugen angehört und gegebenenfalls Sachverständige um gutachterliche Stellungnahme gebeten werden. Mängelinwendungen sind regelmäßig nur nach umfänglichen gutachterlichen Stellungnahmen klärbar.

In all diesen Fällen kann sich der Richter regelmäßig nicht – wie es mit der Regelung zur vorläufigen Zahlungsanordnung in § 302a ZPO eigentlich ange-dacht ist – bereits vor Durchführung einer Beweisaufnahme eine belastbare Vorstellung darüber bilden, ob die Klage – insbesondere angesichts der Gegen-

einwendungen – eine „hohe Aussicht auf Erfolg“ hat. Der seriös und unpartei-lich den Rechtsstreit bearbeitende Richter wird sich daher verständlicherweise vor einer Beweisaufnahme nicht in der Lage sehen, die Aussichten der Kläger-seite ernsthaft einzuschätzen. Die vorläufige Zahlungsanordnung kann daher in diesen Fällen nicht greifen.

Lässt das Gericht diesen Gesichtspunkt der hohen Erfolgsaussicht, da er für das Gericht häufig nicht greifbar sein wird, weitgehend außer Betracht und kon-zentriert sich stattdessen auf das weitere Tatbestandserfordernis der Regelung zur vorläufigen Zahlungsanordnung in § 302a ZPO, nämlich die Abwägung der beiderseitigen Interessen – insbesondere im Hinblick auf die voraussichtlich verbleibende Verfahrensdauer –, ist das Ergebnis dieser Abwägung letztlich kein juristisch begründetes; der Prozess läuft allein auf die Fragestellung an den Richter heraus, wen er in diesem Fall für stärker bzw. weniger schutzbe-dürftig erachtet.

In Bausachen wird daher eine zumindest teilweise Durchführung der Beweis-aufnahme immer erforderlich sein, bevor über eine Anwendung des § 302a ZPO nachgedacht werden kann.

Da allerdings bekannt ist, dass vor allem Sachverständigengutachten vielfach berechtigterweise in ihren Aussagen angreifbar sind, wird das Gericht häufig auch nach Vorliegen einer gutachterlichen Stellungnahme noch nicht seine vor-läufige Meinung bilden können und dürfen. Es muß vielmehr zunächst berech-tigten Zweifeln an der Sachverständigenaussage nachgehen. Geschieht dies, ist der Rechtsstreit zumeist ohnehin in absehbarer Zeit entscheidungsreif und kann auch ohne eine vorläufige Zahlungsanordnung endgültig entschieden werden.

Die vorläufige Zahlungsanordnung ist daher als Mittel einer kurzfristigeren Durchsetzung von Werklohnforderungen in Bausachen unter den vielfältigsten Gesichtspunkten ungeeignet.

III.

Wenn man dennoch das Instrument der vorläufigen Zahlungsanordnung zulassen sollte, müßte zumindest mit absoluter Sicherheit Sorge dafür getragen werden, dass Zahlungen aufgrund einer derartigen vorläufigen Zahlungsanordnung abgesichert sind, damit der Bauherr, wenn sich im weiteren Verlauf des Verfahrens die fehlende oder lediglich teilweise Berechtigung der vorläufigen Zahlungsanordnung herausstellen sollte, gezahlte Beträge in jedem Fall zurückerhält. Dies ist nach dem augenblicklichen Entwurf nicht sichergestellt.

Zwar steht nach § 302a Abs. 3 ZPO die vorläufige Zahlungsanordnung einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil gleich und ist daher bei erstinstanzlichen Entscheidungen im Regelfalle eine Vollstreckung lediglich gegen Sicherheitsleistung (§709 ZPO) möglich. § 710 ZPO eröffnet allerdings in Fällen der vorläufigen Zahlungsanordnung vielfach unschwer die Möglichkeit für den Unternehmer, die Sicherheit nicht leisten zu müssen und dennoch vollstrecken zu dürfen. § 710 ZPO erlaubt nämlich dem Gläubiger, im Falle eines nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteils das Urteil auch ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklären zu lassen, wenn er die Sicherheit nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten leisten kann, die Aussetzung der Vollstreckung aber für ihn einen schwer zu ersetzenden Nachteil bringen würde, etwa weil er die Leistung für seine Erwerbstätigkeit dringend benötigt.

Der finanziell nicht gut aufgestellte Unternehmer, der eine vorläufige Zahlungsanordnung erwirkt, dürfte damit – allemal im Hinblick auf das mit der Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung verfolgte Ziel, dem Werkunternehmer aus wirtschaftlichen Gründen zu einer frühzeitigen Zahlung zu verhelfen – im Regelfall mit einem Antrag nach § 710 ZPO, die vorläufige Zahlungsanordnung für ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar zu erklären, erfolgreich sein.

Der Schuldner hat demgegenüber nur noch die Möglichkeit eines Schutzantrages nach § 712 ZPO, die, wenn man der Begründung des Entwurfs, Seite 21, folgt, offensichtlich eine nicht besonders aussichtsreiche ist. Vieles spricht dafür, dass regelmäßig die Gläubigerinteressen in diesem Zusammenhang als vorrangig eingestuft werden.

Der Schuldner läuft damit Gefahr, ohne hinreichende Sicherheit leisten zu müssen und im Falle einer gegebenenfalls im weiteren Verlauf des Verfahrens zu seinen Gunsten revidierten gerichtlichen Entscheidung möglicherweise keine Chance mehr zu haben, das von ihm Gezahlte zurückzuerhalten, wenn man aus der Erfahrung der vergangenen Jahre in Betracht zieht, wie häufig Bauunternehmen im Laufe eines gerichtlichen Verfahrens insolvent werden. Dies kann aber nicht der Preis für eine kurzzeitige Verbesserung der finanziellen Situation des Unternehmers sein.

IV.

Fazit ist daher, dass m. E. die vorhandenen rechtlichen Grundlagen zur Durchsetzung von Werklohnforderungen grundsätzlich ausreichen und es nicht des zusätzlichen fragwürdigen Instruments einer vorläufigen Zahlungsanordnung bedarf. Handlungsnotwendigkeiten sind eher im Rahmen der Regelung von Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistungen (§ 632a BGB, § 648a Abs. 6 BGB) zu sehen. Die juristische Situation des fordernden Werkunternehmers ist jedenfalls nicht so schwach, dass er unter Aufgabe rechtsstaatlicher Grundsätze durch gesetzgeberische Maßnahmen zusätzliche Durchsetzungsmöglichkeiten für seine Forderung erhalten müsste.

Prof. Dr. P. Kirberger