

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von  
Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von  
Forderungen (Forderungssicherungsgesetz - FoSiG)  
- Bundestagsdrucksache 16/511 mit Stellungnahme der Bundesregierung in  
Anlage 2 -**

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung durch den Rechtsausschuss des  
Deutschen Bundestages am 26. Mai 2008 in Berlin.

I. Zusammenfassende Vorbemerkung

Der Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes verfolgt das Ziel, die Zahlungsmoral durch ein Bündel von Maßnahmen zu stärken. Dazu werden Veränderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Gesetzes zur Sicherung von Bauforderungen einerseits und eine grundlegende Änderung der Zivilprozessordnung durch Einführung eines Verfahrens zur Erlangung einer vorläufigen Zahlungsanordnung andererseits vorgeschlagen.

Das Gesetz will in Wahrheit nicht die Zahlungsmoral stärken, sondern die Stellung des Werkunternehmers dadurch verbessern, dass ihm Möglichkeiten eingeräumt werden, einen Zahlungsanspruch leichter durchzusetzen. Außerdem werden ihm durch die Änderungen des § 632a BGB und des § 648a BGB erweiterte Druckmittel an die Hand gegeben, sowie auch Sicherungsmöglichkeiten eingeräumt.

1. Vorschläge zum materiellen Recht

Die Vorschläge zum materiellen Recht sind zum großen Teil notwendige Korrekturen, die die handwerklichen Fehler des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts beseitigen. Insoweit sind sie zu begrüßen. Sie werden jedoch, abgesehen von der Regelung zur Abschlagszahlung, keine wesentliche Verbesserung für die Handwerker bringen.

Ein Forderungssicherungsgesetz wird den Gesetzgeber nicht von der Verpflichtung entbinden, die Notwendigkeit eines Bauvertragsgesetzes zu prüfen und gegebenenfalls ein solches Gesetz zu erlassen.

a) § 632a BGB

Der Entwurf zur Regelung der Abschlagszahlungen, § 632a BGB, enthält allerdings einen erneuten handwerklichen Fehler, der unbedingt beseitigt werden muss. Nach dem Entwurf kann die Abschlagszahlung in vollem Umfang verweigert werden, wenn die abgerechnete Leistung einen wesentlichen Mangel hat. Das ist verfehlt. Damit wird nicht nur der Streit um die Frage provoziert, ob ein eventueller Mangel wesentlich ist. Vielmehr entspricht diese Regelung nicht der Systematik, wie sie der Bundesgerichtshof in jahrzehntelang gefestigter Rechtsprechung zur vergleichbaren Regelung des § 16 VOB/B entwickelt hat. Danach hat der Auftragnehmer auch dann einen Anspruch auf Abschlagszahlung, wenn die

abgerechnete Leistung Mängel aufweist. Der Auftraggeber hat jedoch das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht, das nach dem Entwurf zum Forderungssicherungsgesetz in der Regel das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten beträgt. Die von der Begründung zum Entwurf vorgebrachten systematischen Bedenken (aus der Regelung des § 640 BGB) bestehen nicht. Wird der Entwurf zu § 632a Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB Gesetz, ist das ein großer Schaden für die Werkunternehmer, die dann vergegenwärtigen müssen, dass Abschlagszahlungen komplett mit der Behauptung einbehalten werden, dass wesentliche Mängel vorliegen. Der Deutsche Baugerichtstag hat deshalb mit deutlich überwiegender Zustimmung eine Regelung empfohlen, die der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht (BauR 2006, 1573).

Die Regelungen des § 632a Abs. 3 BGB sind ein begrüßenswerter Schritt in Richtung Verbraucherschutz, wie er - neben anderen Maßnahmen - auch vom Deutschen Baugerichtstag empfohlen worden ist (BauR 2006, 1631).

#### b) § 641 Abs. 2 und 3 BGB

Die Regelungen des § 641 Abs. 2 BGB ist überflüssig und führt praktisch zu keiner Verbesserung der Stellung des Nachunternehmers. Sie belastet das Gesetz unnötig und wird Scheingefechte auslösen. Wenn die Leistung des Nachunternehmers mangelfrei erbracht ist, kann er ohnehin Zahlung vom Hauptunternehmer verlangen, jedenfalls kann er eine Frist zu Abnahme setzen, so dass seine Vergütung fällig wird. Es kommt nicht darauf an, ob der Hauptunternehmer seinerseits Zahlungen erhalten hat oder ihm die Abnahme erklärt worden ist. Wenn die Leistung mangelhaft ist, hat der Hauptunternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, allerdings in aller Regel mit und ohne die Regelung des § 641 Abs. 2 BGB nur in Höhe des in der Regel Doppelten der Mängelbeseitigungskosten, § 641 Abs. 3 BGB.

#### c) § 641a BGB

Zu begrüßen ist, dass der mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte § 641a BGB aufgehoben werden soll. Diese Regelung soll dem Unternehmer über den Urkundenprozess aufgrund einer sachverständigen Stellungnahme einen Titel mit nur eingeschränkter richterlicher Kontrolle verschaffen. Das ist in vielerlei Hinsicht bedenklich. Die Regelung hat in der Praxis keine Bedeutung erlangt und sollte unabhängig davon abgeschafft werden, wie zur vorläufigen Zahlungsanordnung entschieden wird.

## 2. Vorschläge zu Verfahrensregelungen

Die vom Entwurf vorgesehenen Verfahrensregelungen sind wohl nur in geringem Umfang zielführend. Hervorzuheben ist, dass möglicherweise Fehlvorstellungen dazu bestehen, warum die Gerichte nur wenige Teilurteile und Vorbehaltsurteile in Bausachen erlassen. Der Grund liegt in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die die Möglichkeiten, einen Rechtsstreit durch Teilurteile und Vorbehaltsurteile abzuschichten, deutlich beschränkt. Die neuen Regelungen ändern an dieser Rechtsprechung nichts und werden deshalb den Anteil der Teil- und Vorbehaltsurteile nicht nennenswert vermehren.

Die Regelung zur vorläufigen Zahlungsanordnung ist eine einschneidende Änderung des deutschen Prozessrechts. Sie will einem Kläger die Chance eröffnen, bereits im Vorfeld der Entscheidungsreife einen vollstreckbaren Titel zu erlangen.

In der Sache geht es teilweise darum, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur beschränkten Möglichkeit von Teilurteilen zu umgehen. Hier erscheint es sachgerechter, die Regelungen zum Teilurteil zu ändern.

Es geht aber auch darum, Prognoseentscheidungen zu ermöglichen. Insoweit bietet der Entwurf einen interessanten Ansatz, der dem Richter allerdings nur in wenigen Ausnahmefällen die Möglichkeit einer vorläufigen Zahlungsanordnung einräumt. Dazu wird ein Verfahren im Verfahren geschaffen, das vermutlich nahezu jeden Prozess belasten wird. Es stellt sich die Frage, ob dieser Aufwand den beabsichtigten Erfolg rechtfertigt.

Der Deutsche Baugerichtstag hat sich knapp gegen den Entwurf ausgesprochen und hilfsweise empfohlen, ein Rechtsmittel gegen die vorläufige Zahlungsanordnung vorzusehen (BauR 2006, 1574).

## II. Stellungnahme zu den Vorschlägen im Einzelnen:

### 1. Materiellrechtliche Regelungen

a) Privilegierung der VOB/B nach dem Vorschlag der Bundesregierung (Änderung der §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 b) ff) und 310 BGB).

Die Bundesregierung weist zu Recht auf den Streit darüber hin, ob nach den Änderungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts noch davon ausgegangen werden kann, dass die VOB/B durch die in der Sache unveränderten Regelungen des Gesetzes privilegiert, d.h. der Inhaltskontrolle entzogen ist, wenn sie als Ganzes vereinbart worden ist. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht insoweit aus. Der Vorschlag der Bundesregierung bewirkt Klarheit. Aus ihm ergibt sich, dass die insgesamt vereinbarten Regelungen der VOB/B der Inhaltskontrolle entzogen sind, wenn sie gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Diese "Privilegierung der VOB/B" unterliegt jedoch der richterlichen Kontrolle, soweit die Ausgewogenheit der VOB/B insgesamt zur Überprüfung steht. Das entspricht der Rechtsprechung zum Recht vor der Schuldrechtsmodernisierung (BGH, Urt. v. 16.12.1983 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 140; BGH, Urt. v. 22.1.2004 - VII ZR 419/02; BGH, Urt. v. 15.4.2004 - VII ZR 129/02, BGZ 157, 346; Urt. v. 10.5.2007 – VII ZR 226/05, BauR 2007, 1404), zu dem es jedoch noch keine gesicherte gesetzliche Grundlage gibt (Richterrecht).

Die VOB/B ist nach dem Vorschlag der Bundesregierung nicht privilegiert, soweit sie gegenüber Verbrauchern verwendet wird. Gegen diese Regelung bestehen keine rechtlichen Einwendungen. Ob es überhaupt rechtspolitisch sinnvoll ist, ein bestimmtes Klauselwerk zu Bauverträgen unter der gerichtlich nachprüfaren Voraussetzung der Inhaltskontrolle zu entziehen, dass es insgesamt ausgewogen ist, steht hier nicht zur Beurteilung.

b) § 632a BGB

Nachdem die misslungene Regelung des § 632a BGB aus dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen von der Praxis nicht angenommen worden ist, sieht sich der Entwurf zu Recht veranlasst, diesen Paragraphen zu ändern. Die Neuregelung ist an § 16 VOB/B angeglichen.

(1) Es ist jedoch zu wünschen, dass auf die Vorlage einer "prüfbar" Aufstellung verzichtet wird, weil dies als Fälligkeitsregelung verstanden werden könnte. Es würden sich dann dieselben - ganz erheblichen - Probleme ergeben, die daraus entstehen, dass in der VOB/B eine prüfbare Rechnung zur Fälligkeitsregelung erhoben wird. Es kann auf die Prüfbarkeit als Fälligkeitsvoraussetzung verzichtet werden. Das entspricht der Regelung des Gesetzes, soweit es um die Forderung auf Schlusszahlung geht.

(2) Mit der Formulierung in § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB soll sicher gestellt werden, dass der Besteller nur einen verbleibenden Wertzuwachs bezahlen muss. Dass sollte zum Ausdruck gebracht werden.

(3) Im Entwurf muss § 632a Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB gestrichen werden. Eine Regelung, nach der Abschlagszahlungen bei wesentlichen Mängeln nicht gezahlt werden müssen, führt zu einer erheblichen Benachteiligung der Auftragnehmer. Kann der Auftragnehmer z.B. eine Abschlagszahlung von 100.000 € fordern und liegt ein wesentlicher Mangel vor, dessen Beseitigung 10.000 € kostet, erhält der Auftragnehmer nach dem Entwurf keine Zahlung. Nach der Rechtsprechung zu § 16 VOB/B erhält er eine Zahlung von 80.000 € (BGH, Ur. v. 21.4.1988 - VII ZR 65/87, BauR 1988, 474; Ur. v. 9.7.1981 - VII ZR 40/80, BauR 1981, 577). 20.000 € könnte der Besteller zurückhalten bis der Mangel beseitigt ist. Darauf baut auch die Rechtsprechung auf, nach der der Unternehmer im Falle der zu Recht verweigerten Abnahme Abschlagszahlungen verlangen kann, wenn diese vereinbart sind (vgl. (BGH, Ur. v. 15. Juni 2000 - VII ZR 30/99, BauR 2000, 1482). Mit dieser Rechtsprechung wird dem Besteller der Anreiz genommen, die gesamte Zahlung wegen einiger Mängel zu verweigern. Dieser von der bewährten Rechtsprechung herbeigeführte Interessenausgleich würde zerstört.

Das alles ist schon beim Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen nicht gesehen worden, wie sich aus der Begründung ergibt (BT-Drucksache 14/1246 S. 6). Der Fehler darf sich nicht fortsetzen, denn er führt dazu, dass die Weigerung, Abschlagszahlungen wegen Mängeln zu leisten, von den Gerichten akzeptiert wird (vgl. OLG Schleswig, IBR 2007, 299). Der Begründung zum Entwurf, es widerspreche der in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Wertung, Abschlagszahlungen auch dann leisten zu müssen, wenn das Werk einen wesentlichen Mangel hat, kann nicht gefolgt werden. Mit § 632a BGB hat ein Zahlungssystem Eingang ins Gesetz gefunden, dass vom Rechtsgedanken des § 640 Abs. 1 Satz 2 und des § 641 BGB gar nicht erfasst wird. Ihm liegt zugrunde, dass der Unternehmer von den Risiken des § 641 BGB befreit werden soll, die darin liegen, dass er bis zur Abnahme überhaupt keine Zahlung erhält. Er soll vielmehr auch ohne Abnahme Zahlungen für seine Leistungen bekommen. Dann ist es systematisch naheliegend, ihn so zu stellen, als sei die Abnahme erfolgt. In diesem Fall greift das Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB.

Allenfalls müsste über eine Änderung der §§ 640, 641 BGB nachgedacht werden. Sie scheint jedoch nicht zwingend erforderlich. Die Bedeutung des § 640 Abs. 1 BGB, wonach die Abnahme wegen wesentlicher Mängel verweigert werden kann, hat sich mit der Einführung des gesetzlichen Anspruchs auf Abschlagszahlung wesentlich verringert. Wird die Abnahme wegen wesentlicher Mängel verweigert, kann der Besteller nach der derzeitigen Regelung keine Schlusszahlung fordern, also nicht den Betrag, der nach Begleichung der Abschlagszahlungen noch übrig bleibt. Insoweit kann es hingenommen werden, dass der Auftragnehmer lediglich Restzahlung verlangen kann, wenn er die Mängel beseitigt. Den größten Teil des Geldes hat er ja bereits bekommen oder jedenfalls verlangen können. Würde ihm, wie der Entwurf es vorsieht, dieser Teil vorenthalten, weil Mängel

vorhanden sind, wäre nicht nur der von der Rechtsprechung erzielte und in der Praxis bewährte Interessenausgleich zerstört. Auch würde die Liquidität des Unternehmers erheblich beeinträchtigt (mit weiterer Gefährdung für das Bauvorhaben) und dem Ziel des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen entgegengewirkt werden. Es ist vielmehr sinnvoll und allein gerechtfertigt, dem Besteller das Recht einzuräumen, wegen Mängeln einen Teil der Abschlagszahlungen zurückzuhalten. Es bietet sich an, dass dieser Teil in gleicher Weise bemessen wird wie in § 641 Abs. 3 BGB. Die das ermöglichende Regelung könnte in Satz 2 lauten:

"Wegen Mängeln steht dem Besteller ein Leistungsverweigerungsrecht in entsprechender Anwendung des § 641 Abs. 3 zu." (in Anlehnung an den Vorschlag von Herrn Dr. Koeble im Thesenpapier zum Deutschen Baugerichtstag, BauR 2006, 1566)

(4) Ob in § 632a Abs. 3 BGB der Betrag von 5 % ausreichend ist, erscheint nicht gesichert. Die Erfahrungen des öffentlichen Auftraggebers können insoweit nicht maßgeblich sein. Die Regelung betrifft Verbraucherverträge. Hinzuweisen ist darauf, dass marktstarke Auftraggeber in ihren Verträgen häufig eine Vertragserfüllungssicherheit von 10 % vereinbaren.

(5) Nicht deutlich wird, warum dem Verbraucher kein Gewährleistungseinbehalt zugestanden wird, der durch Sicherheit ablösbar ist. Eine derartige Sicherheit würde die Bereitschaft zur Abnahme und auch zur Zahlung entscheidend fördern. So wird es weiter dabei bleiben, dass der Erwerber die letzte Rate unter Vorschützung von Mängeln einbehält und es dann zum unseligen Streit kommt, ob diese Mängel vorliegen.

#### c) § 641 BGB

(1) § 641 Abs. 2 BGB ist durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen aufgenommen worden. Es ist vorweg zu schicken, dass diese Regelung in der Praxis keine Bedeutung erlangt hat. Das liegt daran, dass das Gesetz an sich überflüssig ist. Das Gesetz regelt - wie sich aus seiner systematischen Stellung ergibt - allein den Anspruch des Unternehmers auf Schlussvergütung nach Fertigstellung der Arbeiten, also nicht seinen Anspruch auf Abschlagszahlung. Nach Fertigstellung der Arbeiten steht dem Unternehmer seine Vergütung zu, wenn die Leistung abgenommen ist, § 641 Abs. 1 BGB. Ist sie im Wesentlichen mangelfrei erbracht, hat der Unternehmer Anspruch auf Abnahme, § 640 Abs. 1 BGB. Verweigert der Besteller (Hauptunternehmer, Generalunternehmer) die Abnahme zu Unrecht, kann der Unternehmer eine angemessene Frist zur Abnahme setzen. Danach wird die Abnahme fingert, § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Wird die Abnahme endgültig verweigert, ist nach der Rechtsprechung sogar die Fristsetzung entbehrlich (BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05, BauR 2008, 344 Rdn. 29). Der Unternehmer (Nachunternehmer) kann also seinen Vergütungsanspruch rechtlich auch ohne § 641 Abs. 2 BGB durchsetzen, wenn er mangelfrei gearbeitet hat. Auf die Frage, ob sein Auftraggeber (Hauptunternehmer) eine Vergütung erhalten hat oder ob ihm die Abnahme erklärt worden ist, kommt es dann nicht an.

Das Gesetz erlangt nur scheinbar eine Bedeutung, wenn der Hauptunternehmer die Bezahlung wegen wesentlicher Mängel verweigert. Mit der Regelung des § 641 Abs. 2 BGB ist sicher gestellt, dass er in den dort aufgeführten Fällen wegen der Mängel lediglich ein eingeschränktes Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB hat. Das ist aber nur scheinbar anders, wenn es die Regelung des § 641 Abs. 2 BGB nicht gäbe. Dann könnte er wegen wesentlicher Mängel die Abnahme verweigern und dementsprechend auch seine

gesamte Schlusszahlung zurückhalten, solange die Mängel nicht beseitigt sind. Jedoch löst - was im Gesetzgebungsverfahren bisher offenbar übersehen worden ist - die Abnahmeverweigerung das Recht aus, für die Leistung Abschlagszahlungen zu verlangen. Bei den Abschlagszahlungen wird der Mangel nur in Höhe des Leistungsverweigerungsrechts nach § 641 Abs. 3 BGB berücksichtigt (vgl. (BGH, Urt. v. 15. Juni 2000 - VII ZR 30/99, BauR 2000, 1482). Die Regelung des § 641 Abs. 2 BGB bietet dem Unternehmer also keine Vorteile. Anders wäre das allenfalls dann, wenn entgegen meiner Forderung § 632a Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB nicht geändert würden.

Es scheint nicht geboten, die ohnehin überflüssige Regelung weiterzuverfolgen.

(2) § 641 Abs. 3 BGB soll dahin geändert werden, dass das Leistungsverweigerungsrecht nach der Abnahme in der Regel nur noch das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten beträgt, nicht das mindestens Dreifache. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen das Leistungsverweigerungsrecht nach der Abnahme auf das mindestens Dreifache der Mängelbeseitigungskosten unter fehlerhafter Berufung auf die Rechtsprechung festgesetzt. Die Rechtsprechung hat mit Bedacht von einer Untergrenze abgesehen und diese auch niemals mit dem Dreifachen angegeben. Im Gegenteil hat sie betont, dass die Höhe des Zurückbehaltungsrechts von den Umständen des Einzelfalles abhängt (BGH, Urt. v. 8.7.1982 - VII ZR 96/81, BauR 1982, 579, 580; Urt. v. 9.7.1981 - VII ZR 40/80, BauR 1981, 577, 580). Es ist zu begrüßen, dass nunmehr annähernd der durch die Rechtsprechung geschaffene Zustand wiederhergestellt wird. Die geltende Regelung ist unausgewogen. Die vorgeschlagene Regelung erlaubt eine flexiblere Handhabung. Hinzuweisen ist darauf, dass der Gesetzgeber nur den Druckzuschlag nach der Abnahme geregelt hat. Notwendig ist auch eine Regelung des Druckzuschlags vor der Abnahme (vgl. oben zu § 632a BGB).

#### d) § 648a BGB

§ 648a BGB soll grundlegend geändert werden. Der Unternehmer soll einen Anspruch auf Einräumung der Sicherheit bekommen. Wird der Anspruch in angemessener Frist nicht erfüllt, so kann der Unternehmer die Leistung einstellen oder den Vertrag kündigen. Damit wird die undurchsichtige alte Regelung abgeschafft. Die neue Regelung, die nach dem Vorschlag der Bundesregierung formuliert sein sollte, hat zur Folge, dass der Anspruch auf Sicherheit durchsetzbar und einklagbar ist. Der Entwurf behandelt das Nichtstellen der Sicherheit konsequent als Vertragsverletzung mit den sich daraus ergebenden Kündigungsrechten.

Durch Einräumung eines Rechts auf Sicherung stellt sich das Problem, ob § 648 Abs. 7 BGB so aufrecht erhalten bleiben kann. Danach sind von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarungen unwirksam. Da nach der Rechtsprechung auch nicht von Vorschriften abgewichen werden kann, die den Unternehmer begünstigen (vgl. BGH, Beschl. v. 24.2.2005 – VII ZR 86/04, BauR 2005, 1019), kann das bedeuten, dass Sicherungsvereinbarungen in Verträgen, die von § 648a Abs. 2 und 3 BGB abweichen (z.B.: Der Auftraggeber stellt eine Bürgschaft auf erstes Anfordern, deren Kosten er trägt), unwirksam sind. Das ist sicher nicht gewollt, so dass § 648a Abs. 7 BGB wohl geändert werden muss.

#### e) § 649 BGB

§ 649 Abs. 2 BGB soll eine widerlegliche Vermutung enthalten, dass dem Unternehmer 5 % der vereinbarten, noch nicht verdienten Vergütung (gemeint ist 5 % der Vergütung für die noch nicht erbrachte Leistung) zustehen. Diese Regelung wird begründet mit Klagen der Unternehmer, nach denen die Rechtsprechung die Anforderungen an die Darlegung des abzusetzenden ersparten Aufwandes so hoch angesetzt habe, dass er praktisch kaum darzustellen sei. Hiervon sei die Rechtsprechung teilweise wieder abgerückt. Der Unternehmer habe aber Schwierigkeiten, seinen verbleibenden Vergütungsanspruch durchzusetzen.

Der Entwurf setzt sich nicht mit der Frage auseinander, warum der Unternehmer Schwierigkeiten hat, seinen Vergütungsanspruch nach einer freien Kündigung durchzusetzen. Diese Schwierigkeiten liegen darin begründet, dass die Abrechnung der Ersparnis häufig gar nicht oder sehr unzureichend erfolgt. Kein anderer als der Unternehmer ist in der Lage, die Ersparnis darzulegen. Die Anforderungen an die erforderliche Darlegung sind nach der modifizierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht überhöht. Sie dienen dem Schutz des Bestellers, der sich immer wieder Unternehmerforderungen nach einer Kündigung ausgesetzt sieht, die überzogen sind und zum Ziel haben, dem Unternehmer einen ungerechtfertigten Gewinn nach der Kündigung zu verschaffen.

Es gibt an sich keinen Grund, dem Unternehmer Vorteile einzuräumen, weil er nicht richtig abrechnet. Es besteht auch die Gefahr, dass der Unternehmer mit diesen 5 % in den Fällen überbezahlt wird, in denen er den Vertrag mit hohem Verlust kalkuliert hat. Nimmt man dieses Risiko hin, kann auch die vorgesehene Pauschalierung von 5 % hingenommen werden. Denn zu den nicht ersparten Aufwendungen gehören nicht nur der Gewinn, der in den letzten Jahren für Bauhandwerker in vielen Fällen deutlich unter diesem Prozentsatz liegen soll, sondern auch die Allgemeinen Geschäftskosten und in vielen Fällen jedenfalls auch die in den Herstellungskosten enthaltenen Personalkosten.

#### f) Baugeldsicherung

Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen, das nunmehr Bauforderungssicherungsgesetz genannt werden soll (warum eigentlich?), verschafft dem Handwerker keine weiteren Zugriffsmöglichkeiten auf das Vermögen des Vertragspartners. Sein vermeintlicher Reiz besteht darin, dass auf das persönliche Vermögen von Organen zugegriffen werden kann, wenn sie gegen das Gesetz verstoßen. In der Praxis läuft das Gesetz häufig ins Leere, weil einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen sehr eng sind und trotz deutlicher Beweiserleichterungen durch die Rechtsprechung selten ein vorsätzlicher Verstoß nachgewiesen werden kann. Zudem ist bei den persönlich haftenden Organen der häufig insolventen Vertragspartner meistens auch nichts zu holen, so dass selbst erfolgreich erstrittene Titel nicht vollstreckt werden können.

Die vorgeschlagenen Änderungen sind nur eine "Schlichtlösung" gegenüber anderen Änderungen, die im Rahmen der Vorbereitung des Entwurfs zum Forderungssicherungsgesetz vorgeschlagen worden waren. Eine wirkliche Durchdringung der mit dem Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen verbundenen Problematik liegt nicht vor, so dass auch dem Vorschlag der Bundesregierung näher getreten werden könnte, die vorgeschlagenen Änderungen zurückzustellen.

Die entscheidende Änderung befindet sich in § 1 Abs. 3 BauFG. Baugeld ist nach Nr. 1 das durch Grundpfandrechte auf dem bebauten Grundstück gesicherte Geld. Das ist nicht neu. Baugeld sind nach Nr. 2 aber auch Geldbeträge, die der Empfänger von einem Dritten für ein

Werk, dessen Herstellung der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an der Herstellung des Werkes andere Unternehmer auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt waren. Mit dieser Regelung wird eine bisher nicht bestehende Verwendungspflicht für den Hauptunternehmer zugunsten der Nachunternehmer festgeschrieben und werden die Organe des Hauptunternehmers in die persönliche Haftung genommen, wenn sie gegen diese Verwendungspflicht verstoßen. Der Hauptunternehmer ist verpflichtet, das vom Auftraggeber erhaltene Geld, auch Abschlagszahlungen, zur Befriedigung der Nachunternehmer zu verwenden. Dabei wird allerdings keine direkte Zuordnung vorgenommen. Insgesamt ist zu erwarten, dass diese Verwendungspflicht zu einer Vielzahl von Problemen und gerichtlichen Auseinandersetzungen führen wird.

Der Deutsche Baugerichtstag hat diese Regelung, sowie auch die Regelung zur Abschaffung des Bautagebuchs, mit deutlich überwiegender Zustimmung begrüßt (BauR 2006, 1575). Er hat aber auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die geplante Neuregelung des Gesetzes nichts daran ändern kann, dass darin keine echte Anspruchssicherung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers liegt. Er empfiehlt deshalb dem Gesetzgeber, Modelle des europäischen Auslands, die einen besseren Schutz des Unternehmers gewährleisten, dahingehend zu überprüfen, inwieweit sie in das deutsche Recht übernommen werden können. In Frankreich bestehen z.B. eine ganze Reihe von gesetzlichen Regelungen, die den Vorzug haben, dass sie von vornherein den Fehlgebrauch von Baugeld und die Nichtbezahlung der ausführenden Unternehmer verhindern, statt umständlich über Schadensersatzregelungen zu versuchen, das zu retten, was nicht mehr zu retten ist (vgl. Hofmann, BauR 2006, 1564).

## 2. Prozessuale Regelungen

### a) § 301 ZPO

Teilurteile sind prozessual sinnvoll, weil sie den Streitstoff abschichten. In aller Regel ist deshalb auch Richtern daran gelegen, soweit wie möglich, Teilurteile zu erlassen. Das gilt insbesondere in komplexen Streitigkeiten. Die Richter sind jedoch gerade in komplexen Streitigkeiten häufig aus prozessualen Gründen gehindert, ein Teilurteil zu erlassen. Abgesehen davon, dass die entschiedenen Teile der Streitgegenstände teilbar sein müssen, kommt ein Teilurteil nicht in Betracht, wenn die Gefahr besteht, dass es zwischen Teil- und Schlussurteil zu widersprüchlichen Entscheidungen kommt. Das ist schon dann der Fall, wenn über rechtliche Vorfragen, die für beide Teile des Prozesses entschieden werden müssen, eine Entscheidung im Teilurteil ergeht, ohne dass sicher gestellt ist, dass sie in gleicher Weise im Schlussurteil ergeht. Sicher gestellt ist das nach der weit gehenden Rechtsprechung auch dann nicht, wenn die (regelmäßig zu bejahende) Möglichkeit besteht, dass Instanzgerichte zu abweichenden Entscheidungen kommen.

Beispiel: Der Auftraggeber verteidigt sich gegen die Werklohnklage mit dem Einwand fehlender Abnahme, Einwendungen gegen einzelne Positionen der Schlussrechnung und mit der Einrede der Verjährung. Auch wenn das Gericht der Auffassung ist, dass ein Teil der Forderung bereits entscheidungsreif ist, ist ein Teilurteil nicht möglich, weil die Frage der Abnahme und Verjährung auch für den Rest entscheidungserheblich ist.

Die Möglichkeiten, ein Teilurteil und über den Rest des Anspruchs ein Grundurteil zu erlassen, sind beschränkt. Gegen die vorgesehene Regelung, die den Zwang zur Begründung der Abweisung eines Antrags auf Teilurteil (mit Grundurteil) und den Zwang zur Fortsetzung des Verfahrens über den verbliebenen Teil ausspricht, ist nichts einzuwenden. Sie wird

jedoch nicht wesentlich zu einer Beschleunigung der Titelerlangung beitragen. Vielmehr wird es zu Verzögerungen kommen, weil nunmehr das Gericht die Ablehnung des Teilurteils (kurz) begründen muss.

Im Hinblick darauf, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von Einigen als zu restriktiv empfunden wird, sollte jedoch auch darüber nachgedacht werden, ob sie in eine andere Richtung gelenkt wird, die die Möglichkeit von Teilurteilen auch dann zulässt, wenn über für den verbliebenen Teil erhebliche Vorfragen im Teilurteil entschieden wird. Die Gefahr, dass ein Gericht insoweit eine abweichende Entscheidung trifft, ist ohnehin gering. Diese Entscheidung könnte zudem im Rechtsmittelzug korrigiert werden. Unberücksichtigt kann auch bleiben, wie das Rechtsmittelgericht zu den Vorfragen entscheiden könnte. Denn insoweit bleibt immer die Kontrolle durch die Rechtsmittelinstanz.

Beispiel: Hat das Landgericht im obigen Beispielfall in einem Teilurteil die Abnahme bejaht und die Verjährung verneint (das Teilurteil wäre nach geltender Rechtslage unzulässig), so wird es in aller Regel diese Rechtsfragen in gleicher Weise im Schlussurteil entscheiden. Weicht es aus irgendeinem Grunde im Schlussurteil davon ab und bejaht die Verjährung, so kann der unterlegene Kläger diese Meinung in der Berufung überprüfen lassen. Umgekehrt hat der unterlegene Beklagte die Möglichkeit, gegen das Teilurteil Berufung einzulegen. In den Fällen, in denen eine Berufung nicht zulässig ist, müsste die mögliche Divergenz hingenommen werden.

#### b) § 302 ZPO

Die Möglichkeiten eines Vorbehaltsurteils sind in Bausachen ohnehin stark beschränkt, wenn mit der Aufrechnung das Synallagma des Vertrages hergestellt werden soll (BGH, Urt. v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134). Bei Aufrechnungen mit Mängelbeseitigungskosten, wie sie an der Tagesordnung sind, ist ein Vorbehaltsurteil in der Regel unzulässig. Es kann nicht hingenommen werden, dass der Werkunternehmer einen vorläufig vollstreckbaren Titel erhält, obwohl der Besteller der Sache nach einwendet, dass er den Werklohn nicht verdient hat. Eine davon abweichende gesetzgeberische Lösung wäre nicht hinnehmbar. Sie würde die Interessen des Werkunternehmers einseitig begünstigen. Der Bundesgerichtshof hat insoweit die Wirkung der Änderung des § 302 ZPO im Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlung deutlich beschränkt.

Gegen die im Entwurf vorgeschlagene Regelung ist nichts einzuwenden. Auf die mit dem Begründungszwang verursachte Verzögerung wird erneut hingewiesen.

#### c) § 302a ZPO

Die vorläufige Zahlungsanordnung hängt ab von einer Erfolgsprognose und einer Interessenabwägung. Sie wird, darüber dürfte Einigkeit bestehen, zu einem "Verfahren im Verfahren" führen. Bei der Entscheidung, ob ein solches Verfahren gewünscht ist, sollte vor allem gesehen werden, welchen Erfolg man, gemessen am Aufwand, mit einem Verfahren zur Erlangung einer vorläufigen Zahlungsanordnung erzielen kann.

Der Aufwand wird nicht zu unterschätzen sein. Insbesondere werden die Parteien heftig um die Frage kämpfen, warum das Interesse des Klägers an einer vorläufigen Zahlungsanordnung das Interesse des Beklagten an einer normalen Fortführung des Prozesses überwiegt. Die Anwälte haben bereits angekündigt, dass in (komplexen)

Streitigkeiten aus anwaltlicher Fürsorge stets ein Antrag auf vorläufige Zahlungsanordnung gestellt wird. Das Verfahren wird durch diese Anträge erheblich verteuert.

Der Erfolg wird wohl eher bescheiden sein. Die vorläufige Zahlungsanordnung wird nach den strengen gesetzlichen Voraussetzungen (Hohe Aussicht auf Erfolg/besonderer Nachteil des Klägers) wohl eher die Ausnahme bleiben. Diese Ausnahmefälle werden zudem nur das Prozessausfallrisiko für einen relativ kurzen Zeitraum bis zur Endentscheidung abdecken. Denn wenn die Prognoseentscheidung möglich ist, wird der Prozess in aller Regel auch bald entscheidungsreif sein. Außerdem ist zu bedenken, dass die Vollstreckung Risiken birgt, die nicht jeder Kläger eingehen wird. Zudem kann er in der Regel nur gegen Sicherheitsleistung vollstrecken, die die Kreditlinie zusätzlich belastet.

Bei der Frage, ob es gesetzgeberisches Ziel sein soll, ein relativ komplexes und für die Zivilprozessordnung neuartiges Verfahren für die zu erwartenden Ausnahmefälle zu schaffen, wird auch zu erwägen sein, inwieweit ein Schutzbedürfnis für die jeweiligen Kläger besteht. Insbesondere in Bausachen haben Bauhandwerker in vielen Fällen den Anspruch auf Sicherheit nach § 648a BGB. Der Umstand, dass von diesem Recht kein Gebrauch gemacht wird, muss nicht dazu führen, dass prozessuale Schutzregelungen nachgeschoben werden.

Zu erwägen ist auch, dass die Probleme der überlangen Verfahrensdauern in komplexen Streitigkeiten durch die Komplexität der Verfahren vorgegeben sind. Das ist ein Phänomen, dem man nicht dadurch beikommt, dass ein Entscheidungsverfahren geschaffen wird, das Richter auch zum Anlass nehmen könnten, die Komplexität durch eine vorläufige Zahlungsanordnung zu reduzieren. Es sind andere Maßnahmen vonnöten, wie z.B. Regelungen zur weiteren Straffung der Gerichtsverfahren (z.B. keine wiederholten Schriftsatzfristverlängerungen, zwingende Fristen für Sachverständige, Anpassung der Gebühren für Sachverständige, um Anreize für beschleunigte Erledigungen zu finden, straffe Führung und Ausbildung von Sachverständigen, Qualitätskontrolle für Sachverständige, Zwang zur Fortbildung für Richter und Finanzierungszwang für die Länder, Zwingende Einrichtung von Spezialspruchkörpern unter bestimmten Voraussetzungen, Maßnahmen gegen Verzögerungen in unteren Instanzen usw.).

Soweit das Verfahren zur vorläufigen Zahlungsanordnung geschaffen werden soll, um vorläufig vollstreckbare Titel zu ermöglichen, die wegen der restriktiven Rechtsprechung zum Teilurteil nicht möglich sind, dürfte es eher geboten sein, die Regelungen zum Teilurteil zu modifizieren. Es ist jedenfalls nicht leicht einsehbar, dass der Gesetzgeber ein neues Institut schafft, um ein Gesetz zu umgehen, dass er selbst abändern könnte.

Ein großer Teil der Verzögerungen ist nicht zu vermeiden. In dieser Erkenntnis gehen die Vertragsparteien ganz verstärkt dazu über, nach Möglichkeiten zu suchen, Konflikte in komplexen Verfahren außergerichtlich zu lösen. Diese Lösungsmöglichkeiten haben in aller Regel den Vorteil, dass sie gerichtliche Verfahren vermeiden sollen und zu schnellen, häufig auch freiwilligen Lösungen führen. Der Deutsche Baugerichtstag beschäftigt sich zur Zeit mit solchen Strategien in zwei Arbeitskreisen: in einem werden die Möglichkeiten einer (gerichtlichen) Mediation behandelt, in einem anderen wird die Frage nach einem gesetzlich zwingend vorzuschreibenden Verfahren der Adjudikation nach englischem Vorbild gestellt (vgl. dazu BauR 2007, 1949 ff.). Außerdem nehmen Vertragsparteien verstärkt außergerichtliche Schlichtungsverfahren in Anspruch genommen. Dazu werden zahlreiche Lösungsmodelle, u.a. auch von den Verbänden vorgestellt. Zudem werden Vertragsgestaltungen gesucht, die Konflikte möglichst vermeiden (Stichwort: Partnering).

Möglicherweise wäre es sinnvoller, diese Maßnahmen gesetzgeberisch zu begleiten, weil der mit ihnen erzielte Erfolg weitaus größer ist, als der durch eine vorläufige Zahlungsanordnung erreichte Erfolg.

Bei allen Bedenken bleibt festzuhalten, dass mit der vorläufigen Zahlungsanordnung einige Fälle befriedigend gelöst werden können, soweit man dafür noch einen Bedarf sieht und solange § 301 ZPO nicht grundsätzlich geändert wird. Das sind die Fälle, in denen allein aus prozessualen Gründen eine Entscheidung noch nicht ergehen kann, der Richter jedoch keinen ernsthaften Zweifel daran hat, dass ein bestimmter Betrag letztlich auszurteilen ist. Das kann z.B. der Fall sein, wenn nach einem Gutachten, möglicherweise auch nach einem bei Prozessbeginn vorgelegten, überzeugenden Privatgutachten, die Mängelbeseitigungskosten in einer bestimmten Höhe geschätzt werden, das Gutachten aber angefochten wird, so dass noch ein ergänzendes Gutachten eingeholt werden muss. Der Richter kann in einem schnellen Termin dann die Zahlung derjenigen Mängelbeseitigungskosten vorläufig anordnen, die auch unter Berücksichtigung der Angriffe gegen das Gutachten wahrscheinlich verbleiben. Gleiches gilt, wenn mehrere Mängel geltend gemacht werden und nur noch die Aufklärung weniger restlicher Mängel notwendig ist, die möglicherweise sehr zeitaufwendig ist. Auch in den Fällen, in denen eine Partei den Prozess mit nachgeschobenen Behauptungen, die nicht aus prozessualen Gründen zurückgewiesen werden, verzögert, kann eine vorläufige Zahlungsanordnung ein wirksames Mittel sein. Schließlich kann auch die Vergütung auf Grundlage eines insoweit schlüssigen Vortrags schon zum Teil feststehen, so dass z.B. vor der Beweisaufnahme über Nachträge eine vorläufige Zahlungsanordnung ergehen kann.

Eine erhebliche Klippe ist in diesen Fällen allerdings immer noch der Nachweis der "besonderen Nachteile". Zu denken wäre daran, die Möglichkeit einer vorläufigen Zahlungsanordnung allein von einer Interessenabwägung abhängig zu machen. Die Forderung der Glaubhaftmachung "besonderer Nachteile" verengt den Anwendungsbereich sehr.

Ein Schwachpunkt des Entwurfs dürfte sein, dass die Entscheidung des Richters unanfechtbar ist. Das ist schon deshalb von Nachteil, weil sich dann keine gefestigten, einheitlichen Grundsätze zur neuen Regelung im gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes entwickeln. Es wäre wünschenswert, wenn diese wichtige prozessuale Regelung zu einem Rechtsinstitut würde, das einheitlich und damit auch für die Parteien voraussehbar behandelt wird. Die mit einer Beschwerde verbundene Verzögerung könnte eventuell dadurch vermindert werden, dass dem Beschwerdegericht auferlegt wird, binnen einer kurzen Frist, z.B. von 5 Wochen, zu entscheiden, vgl. z.B. § 113 GWB. Mit der Zulassung der Beschwerde würde auch den Bedenken derjenigen die Spitze genommen, die mit der Möglichkeit einer in das Ermessen des Richters gestellten vorläufigen Zahlungsanordnung sich allzu sehr dessen Willkür ausgesetzt sehen. Damit ist allerdings ein wesentlicher Punkt angesprochen. Das Rechtsinstitut der vorläufigen Zahlungsanordnung kann dazu beitragen, eine schnelle und gerechte Entscheidung herbeizuführen. Es muss aber mit Augenmaß und großer Verantwortung benutzt werden. Es darf nicht dazu führen, dass Richter unter Missachtung des Sachaufklärungsgebots vorschnell und ohne ausreichende Grundlage vorläufige Zahlungsanordnungen aussprechen. Das gilt auch, wenn Unternehmer Werklohn geltend machen. Das Gesetz will in erster Linie den Unternehmern helfen, ihre berechtigten Forderungen schneller durchzusetzen. Das ist aber keine Legitimation dafür, Unternehmerinteressen vor berechnete Bestellerinteressen zu stellen. Dort wo Aufklärung zu Gunsten der einen oder anderen Seite notwendig ist, wird sie weiterhin erfolgen müssen,

bevor ein vollstreckbarer Titel geschaffen wird. Auch zur Kontrolle, ob die Neuregelung nicht missbraucht wird, ist die vorgesehene Befristung des Gesetzes zu begrüßen.

#### d) § 756

Dem Vorschlag der Bundesregierung folgend sollte von der Änderung des § 756 abgesehen werden.

### III. Abschließende Bemerkung

Die materiellrechtlichen Regelungen sollten nach den notwendigen Korrekturen verabschiedet werden, weil sie weitgehend Fehler des bestehenden Rechts korrigieren. Diese Änderung des materiellen Rechts sollte jedoch nur als notwendiger Zwischenschritt angesehen werden. Zur Prüfung steht, ob es eines Bauvertragsrechts bedarf. Insoweit hat die Bundesregierung Initiativen ergriffen. Deren Zwischenergebnisse sollten vorgestellt werden. Weitgehend Einigkeit besteht bereits jetzt darüber, dass sowohl das Recht des Bau- und Architektenvertrages als auch das Recht des Bauträgervertrages keine geeignete Grundlage in den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches haben. Das Recht besteht insoweit weitgehend aus nicht geschriebenem Richterrecht. Das ist der Bedeutung dieser Rechtsgebiete nicht angemessen. Es dürfte deshalb geboten sein, Gesetzgebungsmaßnahmen in Angriff zu nehmen, die die Entwicklung eines eigenständigen Bauvertragsrechts einschließlich des Rechts des Bauträgervertrages zum Gegenstand haben. Der Deutsche Bundestag wird ersucht, insoweit frühzeitig die Hilfe von Experten in Angriff zu nehmen, damit Fehler vermieden werden, wie sie bereits beim Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen gemacht worden sind und wie sie sich zum Teil auch beim Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und bei dem Entwurf zum Forderungssicherungsgesetz fortsetzen. Die Entwicklung des gesetzlichen Werkvertragsrechts und des Bauvertragsrecht kann nicht vereinzelt interessengebundenen Initiativen überlassen bleiben.

Sofern die prozessualen Regelungen verabschiedet werden, sollte ebenfalls Klarheit darüber herrschen, dass diese Änderungen keinen wesentlichen Erfolg bringen können. Die Möglichkeiten abgeschichteter Prozessentscheidungen sind m.E. noch nicht ausgeschöpft. Insbesondere muss über eine Änderung der Regelungen zum Teilurteil nachgedacht werden. Hier scheint sich die Rechtsprechung "festgefahren" zu haben.

Insbesondere in Bausachen besteht aus den bekannten Gründen eine starke Tendenz, Gerichtsverfahren soweit wie möglich zu meiden. Wie erwähnt, wird in deutlich vermehrtem Maße und mit großem Engagement über außergerichtliche Lösungen nachgedacht. Im Vordergrund stehen Schlichtungsverfahren. Von großem Interesse ist ein Adjudikationsverfahren nach englischem Vorbild. In Großbritannien hat sich dieses Verfahren in der Weise bewährt, dass die Anzahl der Prozesse vor den staatlichen Gerichten in Bausachen um bis zu 90 Prozent zurückgegangen ist. Inwieweit ein solches oder ein ähnliches Verfahren in Deutschland empfohlen werden sollte, steht zur Zeit zur Überprüfung. Das Ergebnis liegt nach dem Deutschen Baugerichtstag am 14. Juni 2008 vor.

Karlsruhe, 16. Mai 2008

Prof. Dr. Rolf Kniffka