

Dr. Wolfgang Koeble
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

72764 Reutlingen, Kaiserpassage 8
Telefon: 07121/3831-11
Telefax: 07121/3831-33
www.koeble-kollegen.de

**Vorlage zur Sitzung des Rechtsausschusses des
Deutschen Bundestages vom 26. Mai 2008
betreffend das FoSiG (BT-Drucks. 16/511)**

I.

Materiell-rechtliche Regelungen

Die mit dem Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vorgesehenen Änderungen in §§ 632a, 641, 641a und 648a BGB sind vom Grundsatz her zu begrüßen. Einige Modifizierungen und Ergänzungen sowie Streichungen werden das Gesetzespaket optimieren.

1. Abschlagszahlungen (§ 632a BGB-E)

a) Die Änderungen in Abs. 1 sind zum großen Teil zielführend.

Die Streichung der Wörter „für in sich abgeschlossene Teile des Werks“ ist genauso zu akzeptieren, wie das Ziel der Anpassung an § 16 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB (B), wonach Abschlagszahlungen „in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen, vertragsgemäß erbrachten Leistungen“ gewährt werden müssen.

Zur Absicherung des Auftraggebers ist auch der Passus, dass die Leistungen „in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt sein müssen“ zutreffend. Die Kritik, wonach die Formulierung unklar und für Subunternehmerverträge ungeeignet sei¹ ist nicht berechtigt. In nicht mehr entziehbarer Weise deckt sowohl rechtliche Sachverhalte (Eigentumsübergang nach § 946 BGB) als auch tatsächliche Sachverhalte (z.B. Installation einer EDV-Anlage) ab und im Verhältnis zwischen dem Subunternehmer und dem Generalunternehmer kommt es darauf an, in welcher Weise die Leistung dem Hauptauftraggeber (Dritter) zur Verfügung gestellt wurde (Eigentumsübergang ebenfalls nach § 946 BGB).

¹ so Ganten ZfBR 2006, 203

Bei Abs. 1 S. 1 sollte ergänzt werden, dass Abschlagszahlungen „in angemessenen zeitlichen Abständen“ geleistet werden, wie in § 8 Abs. 2 HOAI. Damit wird die ständige Anforderung von Abschlagszahlungen vermieden.

Z.T. wird vertreten, dass in Abs. 1, S. 2 eine Differenzierung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Mängeln nicht erforderlich ist und der Begriff „unwesentlicher“ gestrichen werden sollte, sodass Abschlagszahlungen auch bei wesentlichen Mängeln geleistet werden müssten und insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden könnte². Dagegen könnte man argumentieren, es müsse eine Gleichschaltung mit der Schlusszahlung bzw. Abnahme (§ 640 Abs.1 S. 2 BGB) erfolgen. Auf den ersten Blick erscheint es auch nicht richtig, den Auftragnehmer, der eine Abschlagszahlung geltend macht, gegenüber einem Auftragnehmer, der die Schlusszahlung anfordert, besser zu stellen. Würde man aber wesentliche Mängel als Hindernis für die Fälligkeit von Abschlagszahlungen ansehen, dann wäre der gesetzgeberische Zweck, überhaupt Abschlagszahlungen zu gewähren, gefährdet (Streit über die Wesentlichkeit von Mängeln). Eine Streichung des Wortes „unwesentlicher“ ist deshalb sinnvoll. Ob dies ausreicht, muss überlegt werden. In Abs. 1 S. 1 ist als Voraussetzung geregelt ist, dass die Leistungen „vertragsgemäß erbracht“ sind. Ein Teil der Literatur³ vertritt die Auffassung, die Leistung sei nur dann vertragsgemäß erbracht, wenn sie „im Wesentlichen mangelfrei“ ist⁴. Eine Klarstellung könnte so aussehen, dass in S. 2 der Besteller wegen Mängeln auf ein Zurückbehaltungsrecht verwiesen wird:

„Wegen Mängeln steht dem Besteller ein Zurückbehaltungsrecht in entsprechender Anwendung des § 641 Abs. 3 zu“.

² vgl. z.B. Frerick ZfBR 2004, 627 f; Ganten aaO

³ z.B. Palandt/Sprau, § 632a, Rdn. 5

⁴ a.A. Kniffka, ZfBR 2000, 229; ders. BauR 2005, 732; ders. ibr-online-Kommentar, § 632a Rdn. 6 ff; Motzke NZBau 2000, 489, die wegen aller Arten von Mängeln ein Zurückbehaltungsrecht gewähren

Der bisherige AS. 2 kann dann entfallen. Mit dieser, hier vorgeschlagenen Regelung wäre dann die – vom Gesetzgeber gewollte – Anpassung an § 16 Nr. 1 Abs. 2 VOB (B) erfolgt. Zu dieser Vorschrift hat nämlich der BGH entschieden, dass Abschlagszahlungen trotz Vorliegens wesentlicher Mängel geltend gemacht werden können und der Auftraggeber – neben den Rechten aus § 4 Nr. 7 VOB (B) – auf ein Zurückbehaltungsrecht verwiesen ist⁵.

- b) Gegen die Einführung des S. 4 bestehen keine Bedenken. Auch wenn die „Prüfbarkeit“ bisher in gesetzliche Regelungen keinen Eingang gefunden hat, so ist sie dem Baurecht nicht fremd (§ 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB (B) und § 8 Abs. 1 HOAI). Auch für Architekten- und Ingenieurhonorarforderungen ist entschieden worden, dass Abschlagszahlungen in prüfbarer Form abgerechnet werden müssen⁶. Die Prüfbarkeit bemisst sich ja im übrigen nach den Informations- und Kontrollinteressen des Auftraggebers.

2. Durchgriffsfälligkeit (§ 641 Abs. 2 BGB-E)

Die Neuregelung der Durchgriffsfälligkeit kann für Subunternehmer und Subplaner Vorteile bringen:

- Wie bisher wird die Vergütung des Sub fällig bei Zahlung des Hauptauftraggebers („... von dem Dritten ...“) nach § 641 Abs. 2 Nr. 1 BGB.
- Vorteile könnte die Neuregelung in § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB bringen, wonach Fälligkeit für den Sub auch dann eintritt, wenn der Hauptauftraggeber die Abnahme erklärt.
- Ebenfalls neu ist die Regelung in § 641 Abs. 2 Nr. 3 BGB, wonach Fälligkeit eintritt, wenn der Besteller innerhalb angemessener Frist keine Auskunft über Zahlung/Abnahme erteilt.

⁵ BGH BauR 1991, 81 (83); Frerick ZfBR 2004, 627 (628); Möller BauR 2005, 1849 (1851)

⁶ so XII Senat BGH BauR 2005, 1951 und VII Senat BGH BauR 1999, 267 = NJW 1999, 713

In der Literatur steht man den Neuregelungen mit Skepsis gegenüber⁷. Die Vorschriften könnten aber einen gewissen Schutz für Subplaner und Subunternehmer bringen und können deshalb ins Gesetz übernommen werden. Jedoch sollte gestrichen werden, dass die Vergütung „spätestens“ fällig wird, wenn einer der drei Sachverhalte vorliegt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass es keine „spätere“ Fälligkeit mehr geben kann, wenn zusätzliche Voraussetzungen für die Fälligkeit erst später eintreten⁸. Statt der Formulierung „spätestens fällig“ sollte „... auch fällig ...“ formuliert werden.

In der Literatur werden Bedenken geäußert, dass mit der vorgesehenen Fassung die Rechte des Bestellers ausgeschlossen würden⁹. Diese Bedenken halte ich nicht für berechtigt, weil die Vorschrift nur die Fälligkeit regelt und Gegenrechte nicht abschneidet. Z.T. wird angeregt, nicht nur die Durchgriffsfälligkeit zu regeln, sondern auch Gegenrechte auszuschließen. Das ist jedoch angesichts der Relativität von Vertragsverhältnissen und der vertraglichen Eigendynamik nicht gerechtfertigt.

3. Druckzuschlag (§ 641 Abs. 3 BGB-E)

Die neue Vorschrift betreffend den Druckzuschlag ist zu begrüßen. Richtig ist insbesondere, dass es sich nicht um einen Mindestbetrag handelt, sondern das Zweifache der Mangelbeseitigungskosten „in der Regel“ angesetzt werden kann. Zu betonen ist, dass jeder Besteller das Zurückbehaltungsrecht ausüben kann und zwar auch dann, wenn der Hauptauftraggeber (Dritter) abgenommen oder bezahlt hat.

4. Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB a.F.)

Diese Vorschrift kann mangels Praxisrelevanz auch dann entfallen, wenn die vorläufige Zahlungsanordnung nicht eingeführt wird.

5. Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB-E)

⁷ so Peters NZBau 2004, 1 (7) und Möller BauR 2005, 1852

⁸ so mit Recht Ganten, aaO, S. 206

⁹ Ganten aaO; Möller BauR 2005, 1849 (1852)

- a) Zur Neuregelung in Abs. 1 ist vorweg zu sagen, dass die sprachliche Fassung aus dem Entwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 16/511, S. 29) verwendet werden sollte.

Die wichtigste Neuerung in Abs. 1 ist, dass jetzt Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein klagbarer Anspruch auf die Sicherheit besteht („der Unternehmer ... kann vom Besteller Sicherheit ... verlangen...“). Die Bedeutung dieser Regelung wird in der Literatur verschiedentlich verkannt. Sie liegt in zwei verschiedenen Umständen:

- Der Auftragnehmer muss nicht mehr den Weg über das Zurückbehaltungsrecht bzw. über die Kündigung gehen, welche ihm beide Nachteile bringen können. Von der Vollstreckung aus einem Titel über die Stellung einer Sicherheit darf man sich allerdings nicht zu viel versprechen.
- Die insolvenzrechtliche Bedeutung darf nicht unterschätzt werden. Zweifelhafte ist nämlich, ob die Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB in der geltenden Fassung in den letzten drei bzw. ein Monat(en) vor Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens insolvenzfest ist. Zwar verneint der BGH¹⁰ eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht bei einer für Nachträge vereinbarten Abtretung von Ansprüchen eines Generalunternehmers gegen den Bauherrn an seinen Subunternehmer. Die Besonderheit des Falles war aber, dass die Abtretung vorher vereinbart war. Ob eine kongruente Deckung (§ 130 InsO) oder eine inkongruente Deckung (§ 131 InsO) vorliegt, wurde nicht entschieden. In der Literatur wird dies angesichts der geltenden Fassung des § 648a BGB z.T. verneint, weil eben kein Anspruch auf die Sicherheit bestehe, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht.

Der Anspruch auf Sicherheit besteht auch nach der Abnahme. Damit wird die Rechtsprechung des BGH ins Gesetz übernommen. Die Regelung ist sinnvoll. Hinsichtlich der weiteren grundlegenden Aussagen des BGH bedarf es keiner Aufnahme in Abs. 1.

¹⁰ Urt.v.18.11.2004 – IX ZR 299/00 = BauR 2005, 1321

Die Sicherheit gilt auch für Ansprüche, die „anstelle der Vergütungsansprüche treten“, wovon insbesondere Schadenersatzansprüche statt der Leistung erfasst sind. Auch Nebenforderungen zum Vergütungsanspruch werden mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs bei der Höhe der Sicherheit angesetzt. Beides ist zu begrüßen.

b) Neu und zu begrüßen ist das Wahlrecht des Unternehmers nach Abs. 5:

- Zunächst hat er die Möglichkeit, weiter zu arbeiten und Klage auf die Sicherheit zu erheben und aus einem Urteil ggf. zu vollstrecken (die Zwangsvollstreckung wegen einer nicht vertretbaren Handlung könnte dann allerdings zum Insolvenzantrag des Schuldners führen).
- Darüber hinaus hat er die Möglichkeit, die Arbeit einzustellen.
- Schließlich eröffnet ihm die Neuregelung die Möglichkeit zur Kündigung.

Nach der jetzigen Fassung von Abs. 5 genügt der fruchtlose Ablauf einer angemessenen Frist. Das erscheint im Hinblick auf die Arbeitseinstellung (Leistungsverweigerungsrecht) und die Kündigung problematisch. Es sollte deshalb aufgenommen werden, dass die Arbeitseinstellung und die Kündigung nur ausgesprochen werden können, wenn sie vorher angedroht waren.

Zu begrüßen ist auch die Neuregelung, wonach die Kündigung ausgesprochen werden muss und nicht schon mit der Kündigungsandrohung und dem entsprechenden Fristablauf als erfolgt gilt. Sinnvollerweise sollte als Voraussetzung noch die Androhung der Kündigung im Aufforderungsschreiben verlangt werden (vgl. oben).

Hinsichtlich der Kündigungsfolgen wird § 648a BGB von §§ 643, 645 Abs. 1 BGB zu Recht abgekoppelt. Statt den getätigten Investitionen und dem Vertrauensschaden (§ 648a Abs. 5 S. 2 BGB a.F.) wird eine dem § 649 S. 2 BGB entsprechende Regelung eingeführt. Es erscheint sinnvoll, wenn dies durch

Verweisung auf diese Vorschrift geschieht, zumal hier gesicherte Rechtsprechung und umfassende Kommentarliteratur zu dieser Vorschrift vorliegt.

In S. 3 wird eine Vermutung aufgenommen, wonach 5 % der Restvergütung zu bezahlen ist. Es sollte allerdings nicht von der „noch nicht verdienten Vergütung“ die Rede sein, sondern wie bisher in § 649 S. 2 BGB, sondern „noch nicht erbrachte Leistungen“ heißen. Darüber hinaus sollten auch Architekten und Ingenieure als Unternehmer berücksichtigt werden, zumal ihnen – im Unterschied zu § 648 BGB – schon mit Vertragsabschluss ein Anspruch auf Sicherheit zusteht¹¹. Die Regelung in S. 3 sollte folgendermaßen lauten:

„Es wird vermutet, dass dem Unternehmer 5 % sowie Architekten und Ingenieuren für Planungs- und Überwachungsleistungen bei Bauwerken, Außenanlagen oder eines Teils davon 40 % der Vergütung für noch nicht erbrachte Leistungen zustehen.“

Der Ansatz der 40 % kommt aus den RBBau-Vertragsmustern sowie allen sonstigen öffentlichen Vertragsmustern und auch denjenigen der Kirchen. Es gibt hier Erfahrungswerte, die auch im Gesetz genutzt werden sollten.

- c) Von verschiedenen Verfassern¹² wird gefordert, dass die Ausnahme von der Sicherheitsleistung für Verbraucher, welche ein Einfamilienhaus (mit oder ohne Einliegerwohnung) bauen, entfallen müsse. Zur Begründung wird auf die „zunehmenden Verbraucherinsolvenzen“ hingewiesen und auch darauf, dass diese „den Bauhandwerkern besonders zusetzen“. So lange hier keine gesicherten Erfahrungswerte vorliegen, sollte m.E. auf eine Streichung von Abs. 6 Nr. 2 verzichtet werden.
- d) Der zwingende Charakter der Regelungen in § 648a BGB sollte in Abs. 7 wie bisher beibehalten bleiben, Abweichungen zu Gunsten des Unternehmers sollten zugelassen werden.

¹¹ h.M.; OLG Düsseldorf BauR 2005, 585

¹² z.B. Ganten ZfBR 2006, 203 (208)

6. Kündigungsfolgen (§ 649 BGB-E)

Hier soll ein dem § 648a Abs. 5 S. 3 BGB entsprechender Satz eingeführt werden. Vom Ergebnis her ist die Vorschrift zu begrüßen, jedoch sollte sie direkt in § 649 als S. 3 stehen und sowohl hinsichtlich § 649 S. 2 als auch hinsichtlich § 649 S. 3 BGB von dort auf hier verwiesen werden.

II.

Prozessuale Neuregelungen

Im Hinblick auf die prozessualen Neuregelungen muss zuvor nicht nur über andere Varianten der Sicherung (z.B. französisches Modell) nachgedacht werden. Vielmehr muss man sich vergegenwärtigen, welche Probleme überhaupt durch gesetzliche Regelungen gelöst werden können:

- Das Liquiditätsproblem ist weder materiell-rechtlich noch prozessual vor der Rechtskraft des Endurteils abschließend zu klären. Durch vorläufige Entscheidungen jeder Art kann entweder nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckt werden oder die Vollstreckung durch Sicherheit des Gegners abgewendet werden. Im Falle der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung ändert die Zahlung des Gegners am Kreditlimit des Gläubigers nichts, weil ja die Sicherheit noch aussteht. Die Lösung dieses Problems kann nur durch Verfahrensbeschleunigung bei allen Beteiligten (Parteien, Rechtsanwälte, Gerichte und Sachverständige) gelöst werden.
- Das Insolvenzrisiko kann dagegen durch materiell-rechtliche Regelungen eingeschränkt werden (z.B. § 648a BGB). Zu klären ist aber, wo es überhaupt typischerweise auftritt. Das ist nicht beim öffentlichen Auftraggeber der Fall und selten beim privaten Auftraggeber (Verbraucher). Hier ist demgemäß auch das Missbrauchsrisiko im Hinblick auf Mängel und sonstige Leistungsstörungen sowie im Hinblick auf Prozessverschleppung nicht sehr groß. Anders sieht es bei gewerblichen Auftraggebern aus. Hier können neben der Absicherung durch § 648a BGB auch prozessuale Maßnahmen erfolgreich sein. Allerdings darf man davon keine Wunder erwarten.

1. Teilurteil (§ 301 ZPO-E)

Die zum Teilurteil vorgesehenen Neuregelungen können akzeptiert werden¹³.
Erläuternd und ergänzend ist Folgendes zu sagen:

- Die Neufassung des Abs. 2 mit einer Pflicht des Gerichts zum Erlass eines Teilurteils bei Vorliegen der Voraussetzungen ist sinnvoll, auch die Aufnahme von nur noch zwei Ausnahmen, bei denen nach Ermessen des Gerichts entschieden werden kann (entscheidungsreifer Teil ist geringfügig und restlicher Gegenstand ist „alsbald entscheidungsreif“).
- Richtig ist auch die Neuregelung in Abs. 3, wonach den Parteien ein Antragsrecht zusteht und sich damit das Gericht mit der Sache auf jeden Fall befassen muss. Akzeptiert werden kann auch, dass die Zurückweisung eines Antrags durch Beschluss, der „kurz zu begründen“ ist, erfolgen kann.
- Die Neuregelung in Abs. 4 betrifft den Fortgang des nicht entschiedenen Teils in der Instanz.

Das Problem des Teilurteils ist allerdings die Zulässigkeit: Nötig ist nämlich eine Unabhängigkeit des entschiedenen Teils vom restlichen Verfahrensgegenstand. Der Grund liegt darin, dass kein Widerspruch zwischen Teilurteil und Endurteil entstehen können soll. Ob diese von der Rechtsprechung entwickelte und von der h.M. getragene Voraussetzung aus rechtsstaatlichen Gründen akzeptiert werden muss, ist zu überlegen. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Teilurteils – oder auch des Vorbehaltsurteils – hätte gegenüber der vorläufigen Zahlungsanordnung den Vorteil, dass Entscheidungsreife hinsichtlich der Hauptforderung vorliegen müsste. Nach bisheriger Rechtslage wäre das Teilurteil auch in der Neufassung nicht von erheblicher praktischer Bedeutung.

¹³ vgl. Sonntag NZBau 2006, 91

2. Vorbehaltssurteil (§ 302 ZPO-E)

Vom Verfahren ist hier beim Vorbehaltssurteil eine dem § 301 ZPO entsprechende Regelung vorgesehen. Das Gericht muss entscheiden und die Parteien haben ein Antragsrecht.

Die Probleme des Vorbehaltssurteils in den letzten Jahren bestanden darin, dass verschiedene Oberlandesgerichte „Verrechnung“ mit Gegenansprüchen angenommen hatten und dieses Rechtsinstitut ausgeweitet worden war. Die Folge davon war, dass § 302 ZPO nicht anwendbar war. Dem ist der BGH¹⁴ zu Recht entgegengetreten. Er hat erklärt, dass Verrechnung nicht in allen Fällen möglich sei, sondern vom Grundsatz her nur bei großem Schadensersatz nach Differenzmethode. Im April-Heft der NZBau hatte ein Autor¹⁵ nach dieser Entscheidung noch erfreut festgestellt, dass nun dem Instanzrichter mit dem Vorbehaltssurteil „schon heute das Instrument für zügige Titulierungen an die Hand gegeben“ sei.

Dabei konnte aber offensichtlich ein Urteil des BGH¹⁶ bei Abfassung des Aufsatzes noch nicht berücksichtigt werden. Danach ist nämlich zu Recht ein Vorbehaltssurteil grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Besteller gegenüber einer Werklohnforderung mit einem Anspruch auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung oder der Fertigstellung aufrechnet. Nur ausnahmsweise, wenn die Gegenansprüche geringe Aussicht auf Erfolg haben und nach Interessenabwägung sowie der voraussichtlichen Verfahrensdauer es angezeigt erscheint, dem Unternehmer Liquidität oder Sicherheit zu verschaffen, ist nach dieser Entscheidung ein Vorbehaltssurteil zulässig. Die Entscheidung ist sicher zutreffend, weil sonst der aufrechnende Besteller gegenüber demjenigen, der ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, benachteiligt wäre.

Ob eine Lösung durch den Gesetzgeber, das Vorbehaltssurteil allein bei Entscheidungsreife der Klagforderung zuzulassen, gerechtfertigt wäre, möchte ich bezwei-

¹⁴ Urt.v.23.6.2005 – VII ZR 197/03 = BauR 2005, 1477 = NJW 2005, 2771

¹⁵ Schäfer NZBau 2006, 206

¹⁶ v. 24.11.2005 – VII ZR 304/04 = BauR 2006, 411 = NZBau 2006, 169

feln. Speziell für Bausachen eine solche Regelung aufzunehmen, erschiene mir ebenfalls nicht sachgerecht. Im Ergebnis ist damit aber das Vorbehaltsurteil nicht die Lösung für den am Bau Beteiligten, eher noch das Teilurteil in einer Form, welche die Unabhängigkeit des Rechts nicht als zwingende Voraussetzung kennt. Probleme ergeben sich dann aber hinsichtlich der Beständigkeit von gerichtlichen Entscheidungen und im Hinblick auf die vorläufige Zwangsvollstreckung aus solchen Urteilen.

3. Vorläufige Zahlungsanordnung (§ 302a ZPO-E)

Am meisten in der Diskussion steht die vorläufige Zahlungsanordnung.

a) Die Argumente „Pro und Contra“ sind – zusammengefasst – folgende:

- Dem Auftragnehmer soll Liquidität zugeführt werden, um Insolvenzen infolge Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden. Dieses Ziel kann die vorläufige Zahlungsanordnung aber nicht erfüllen, weil die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung (§ 709 ZPO) möglich ist und eine Vollstreckungsregelung, welche über die Möglichkeiten bei Endurteilen hinausgeht, nicht angemessen wäre. Mit der Sicherheitsleistung bleibt für den Auftragnehmer die Belastung seines Kreditlimits.
- Den Gebührenmehreinnahmen von Staat und Rechtsanwälten steht ein erhöhter Verfahrensaufwand gegenüber und es wird auch mehr Prozesskostenhilfe zu zahlen sei.
- Ob die Drohung mit der vorläufigen Zahlungsanordnung die Vergleichsbereitschaft vor allem des Auftraggebers fördert, wäre zu entscheiden. Der nahezu insolvente Auftraggeber wird es „ohnehin darauf ankommen lassen“. Der solvente Auftraggeber wird die Zahlung gegen Sicherheitsleistung erbringen, ohne dass sich dadurch in der Einstellung zum Gesamtrechtsstreit etwas ändert.

- Ob die Zahl der Bauinsolvenzen – auf lange Sicht – verringert wird, was dann auch für die öffentlichen Haushalte angeblich geringere Folgekosten nach sich ziehe, bezweifle ich.
- M.E. wird über die vorläufige Zahlungsanordnung allenfalls eine zusätzliche Sicherheit für später rechtskräftig festgestellte Ansprüche geschaffen. Diese Sicherheit hätte sich der Auftragnehmer nach § 648a BGB längst vorher verschaffen können. Das gilt nach neuem Recht vor allem auch deshalb, weil ein Anspruch auf die Sicherheit besteht und im Wege der Klage ein Titel leicht beschafft sowie daraus vollstreckt werden kann. Der Anspruch besteht auch noch nach der Abnahme, sodass eine optimale Absicherung – falls sie vom Auftraggeber geleistet werden kann – durchgesetzt werden kann. Mehr lässt sich über die vorläufige Zahlungsanordnung ebenfalls nicht erreichen. Ob hier noch ein „rechtliches Interesse“ besteht, ist zweifelhaft.
- Hinzu kommt, dass die Sicherheit nur einen bestimmten, allerdings riskanten Zeitraum abdeckt. Nur diejenigen Fälle, in denen der Auftraggeber während des Rechtsstreits zahlungsunfähig wird und zuvor noch die Zahlung auf vorläufige Zahlungsanordnung geleistet hat, sind erfasst.
- Durch die vorläufige Vollstreckung kann der Auftraggeber – auf der Grundlage eines „kursorischen Verfahrens“ – in die Insolvenz getrieben werden. Das gilt auch für einen privaten Auftraggeber. Ob diesem nämlich bei Vorliegen von Mängeln die Bank zusätzliche Sicherheit stellt, ist fraglich. Die Voraussetzungen für Auszahlungen des Darlehens liegen bei Mängeln nicht vor. Ob eine Sicherheit durch die finanzierende Bank für den Auftraggeber nicht zusätzlich den Kreditrahmen belastet, müsste geklärt werden.
- Wenn der Auftragnehmer auf der Grundlage einer vorläufigen Zahlungsanordnung die eidesstattliche Versicherung beantragt oder ein Insolvenzverfahren einleitet, riskiert er Schadensersatzansprüche (ohne Verschulden) nach § 302a Abs. 8 ZPO.

- Jeder Rechtsanwalt wird als Interessenvertreter in jedem Prozess versuchen bzw. versuchen müssen, im ersten Termin einen Antrag auf vorläufige Zahlungsanordnung zu stellen (Vorschläge in Prozessformularbüchern). Das führt zu Mehrarbeit beim Gericht und zu Verzögerungen des Rechtsstreits, vor allem dann, wenn man die Beschwerde zulässt, was aber wohl sinnvoll wäre (Rechtssicherheit durch Entscheidungen übergeordneter Gerichte). Die (eigentlich akzeptable) Regelung, wonach vorläufige Zahlungsanordnungen abgeändert werden können, führt zu einer Fortsetzung des Kampfes um die vorläufige Zahlungsanordnung.
- Mit der Entscheidung über den Antrag auf vorläufige Zahlungsanordnung können Wertungen sowohl hinsichtlich des Vergütungsanspruchs als auch hinsichtlich der Qualität von Mängelansprüchen des Auftraggebers verbunden sein, obwohl ohne Beweisaufnahme über beide Ansprüche nichts Abschließendes gesagt werden kann. Die bloße Vorlage eines Privatgutachtens für eine Vergütungsforderung ist angesichts der – in Bausachen – bekannten Schwäche von Privatgutachten ungeeignet. Es besteht die Gefahr, dass bei Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung die Gegenansprüche zunächst einmal als „missbräuchlich“ abgestempelt werden. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass mit der Entscheidung auch Festlegungen für das Endurteil getroffen werden.
- Der gewissenhafte und sorgfältige Richter wird bei Zweifeln die Anforderungen an die vorläufige Zahlungsanordnung höher stecken und den Antrag im Zweifel abweisen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass – im Unterschied zum Teilurteil und zum Vorbehaltsurteil – Änderungen von gerichtlichen Entscheidungen häufiger vorkommen werden. Das dürfte aus rechtsstaatlichen Gründen nicht erwünscht sein.

b) Daneben gibt es auch inhaltliche Bedenken:

- Es ist rechtsstaatlich problematisch, ohne Entscheidungsreife einen Titel zu schaffen und die „hohe Aussicht auf Erfolg“, kombiniert allerdings mit einer Interessenabwägung, ausreichen zu lassen. Wegen der Unsicherheiten in

einem solchen Fall wird man die sofortige Beschwerde zulassen müssen, was dann wiederum zu Verzögerungen führt. Eine Beschränkung der Frist für die Entscheidung der zweiten Instanz – ähnlich wie im Vergabeverfahren – m.E. im Zivilprozess problematisch.

- Soweit z.T. angeregt wird, die Wörter „besondere Nachteile“ durch die Wörter „von Nachteilen“ zu ersetzen, würde dies zu einem erleichterten Erlass von vorläufigen Zahlungsanordnungen führen. Allerdings meine ich, dass diese Änderung nicht gerechtfertigt ist, weil die bloße Erwähnung von Nachteilen keine tatbestandliche Voraussetzung mehr darstellt. Es ist für jeden Auftragnehmer immer nachteilig, keine Zahlungen zu erhalten, so dass der Begriff „von Nachteilen“ nur noch eine Worthülse wäre. Die Besonderheit muss sich m.E. aus anderen Umständen, ggf. aus der konkreten Situation oder drohenden Veränderungen ergeben.
- Z.T. wird ein Sondervollstreckungsrecht für die vorläufige Zahlungsanordnung gefordert. Statt der §§ 708 – 712 ZPO soll die vorläufige Zahlungsanordnung nach dieser Meinung stets gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar sein. Diese Auffassung ist jedoch zu weitgehend. M.E. ist es nicht erforderlich, einen besseren Vollstreckungsschutz zur Verfügung zu stellen. Nach § 709 ZPO ist die vorläufige Zahlungsanordnung – wie ein rechtskräftiges Endurteil – gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar. Es ist ein Schutzantrag des Schuldners nur unter den (engen) Voraussetzungen des § 712 ZPO möglich (wenn die „Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil“ bringen würde, könnte die Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung verlangt werden und nur, wenn dem Schuldner die Sicherheitsleistung nicht möglich ist, kann entweder die Vollstreckbarkeit beseitigt oder nur die Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO zugelassen werden). Eine Besserstellung der vorläufigen Zahlungsanordnung gegenüber noch nicht rechtskräftigen Endurteilen, Teilurteilen und Vorbehaltsurteilen ist nicht gerechtfertigt.
- Die sofortige Beschwerde muss wegen des cursorischen Verfahrens und wegen der Schaffung einheitlicher Grundlagen möglich sein.

III. Änderung des GSB

Das von der Literatur und Rechtsprechung Ende der 70er Jahre wieder ausgegrabene GSB ist kein umfassendes Sicherungsmittel. Es soll nur in besonderen Fällen den Haftungsdurchgriff auf Organe von Vertragspartnern ermöglichen, wenn diese als Vergütung für Bauhandwerker u.ä. bestimmtes Baugeld zweckwidrig verwendet haben. Es handelt sich hier um eine Ausnahmesituation, weshalb von den Bestimmungen des GSB von vornherein nicht eine Generallösung erwartet werden darf. Zum Gesetzentwurf sind folgende Anmerkungen zu machen:

- Eine Namensänderung von „GSB“ auf „BauFG“ (vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 23) ist nicht angezeigt.
- Die Eingliederung des GSB in das BGB bringt keinerlei erkennbaren Vorteile. Im Übrigen wäre dies für eine Strafvorschrift auch systematisch bedenklich. Das GSB stellt ein Schutzgesetz i.S. § 823 Abs. 2 BGB dar und bei anderen Schutzgesetzen hat sich noch niemand Gedanken gemacht, ob sie nicht in das BGB eingegliedert werden sollen.
- Das Problem von Ansprüchen auf der Grundlage des GSB war bisher die Baugeldeigenschaft und – vor allem – damit zusammenhängend die Kenntnis der Organe davon. Letzteres war deshalb von erheblicher Bedeutung, weil nur der vorsätzliche Verstoß strafbar war (§ 5 GSB) und deshalb nur unter diesen Voraussetzungen Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden konnten. Es war bisher nicht nachvollziehbar, weshalb Baugeld nur dann vorliegen sollte, wenn es durch Grundschuld oder Hypothek abgesichert war. In Rechtsstreiten konnte Baugeldverwendern praktisch nicht nachgewiesen werden, dass sie Kenntnis davon hatten, welche Teile der Zahlungen nun dinglich abgesichert waren¹⁷. Das wird nun durch eine Erstreckung des Baugeldbegriffs auch auf Eigenkapital des Bauherrn sowie auf Fördergelder korrigiert. Es muss für jeden, gewerblich am Bau Be-

¹⁷ vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 10. Teil Rdn. 122, 139

teiligten klar sein, dass Mittel des Bauherrn für die Bauerrichtung bestimmt sind, egal, aus welcher Quelle sie kommen.

- Die Bestimmungen über das Baubuch können nach der Neuregelung entfallen. Die Rechtsprechung des BGH hatte zwar hier schon eine praktikable Lösung gefunden (Beweislastumkehr bei Verweigerung von Auskünften bzw. der Herausgabe des Baubuchs). Mit der Neufassung des § 1 Abs. 4 – hier konkret „Verwendung des Baugeldes“ – wird gesetzgeberisch das gleiche Ergebnis erzielt. Falls eine solche Beweislastvermutung in einer Strafnorm möglich und wirksam ist, kann dem Gesetzentwurf zugestimmt werden. Andernfalls müsste die Vorschrift über das Baubuch – ggf. etwas reformiert – beibehalten werden, weil sonst die Baugeldverwendung durch den Auftraggeber nicht dargelegt werden könnte.
- Wenn die Neuregelung des Baugeldbegriffs und die Vermutung hinsichtlich der Baugeldverwendung wirksam geregelt werden können, bedarf es keiner Erweiterung der Strafbarkeit auf grobe Fahrlässigkeit. Andernfalls müsste darüber nachgedacht werden.

IV.

Resümee

M.E. sollte man nicht gesetzliche Regelungen einführen, die „möglicherweise“ einen Fortschritt bringen. Vielmehr müssten schon „gewichtige Gründe“ für die vorläufige Zahlungsanordnung sprechen. Als politischer Akt scheint mir die vorläufige Zahlungsanordnung ungeeignet zu sein.

Das für die Anspruchssicherung zur Verfügung stehende rechtliche Instrumentarium ist ausreichend. Die Einführung neuer Rechtsinstitute ist weder in materiell-rechtlicher noch in prozessualer Hinsicht erforderlich bzw. geboten. Dagegen ist es notwendig, einzelne bestehende gesetzliche Regelungen zu verbessern. Das geschieht mit den – nach den obigen Anregungen zu optimierenden – Vorschlägen im Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes.