

Caemmerer Lenz Postfach 11 03 55 76053 Karlsruhe

Deutscher Bundestag
- Rechtsausschuss -
Leiterin des Sekretariats
Frau Anita Deneke
Platz der Republik
11011 Berlin
per Telefax: 030-227-36081
per E-Mail rechtsausschuss@bundestag.de

Karlsruhe, den 21.05.08
1145/08M50ME/kr
Sekretariat RA Dr. Meiringer
Durchwahl 91 25 0-105 +106

Gesetzentwurf des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz - FoSiG) BT-Drucksache 16-511 sowie Ausschussdrucksache 16 (6) 199

hier: Anhörung des Rechtsausschusses am Montag, den 26.05.2008

Sehr geehrte Frau Deneke,

auf die Einladung zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am kommenden Montag, dem 26.05.2008, habe ich innerhalb der von Ihnen vorgesehenen Frist eine Stellungnahme zur Vorbereitung der Anhörung in der **Anlage** beigefügt.

Karlsruhe

Rechtsanwälte:
Dr. Hans Caemmerer
Dr. Eberhardt Meiringer
Dr. Michael Pap
Dr. Oliver Melber
Alexander Doll
Hartmut Wichmann
Christian Walz
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Hartmut Stegmaier
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Gisbert Reel lic. jur. (Basel)
Stefan Flaig
Fachanwalt für Familienrecht
Karen Fiege
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Dr. Michael Artner
Ulrich Eidenmüller
Christian Schlemmer
Matthias Klein
Severine Deutsch
Martin Eigenberger
Jörg Schröder
Marc Pflüger
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Holger Wagner
Dr. Rico Faller

Wirtschaftsprüfer • Steuerberater:

Oliver Buch Dipl.-Kfm.
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Dr. Michael Ohmer Dipl.-Kfm.
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Stefan von Langsdorff Dipl.-Kfm.
Steuerberater
angestellt gemäß § 58 StBerG

Basel

Advokaten • Notariat:
Dr. Peter Lenz, Notar
Dr. Felix Iselin, Notar
Dr. Dieter Riggenbach
Dr. Gert Thoenen LL.M. (Houston)
Dr. Benedikt A. Suter, Notar
Dr. Caroline Cron
Dr. Martin Lenz, Notar
Dr. Beat Eisner
Dr. Nicolas Meyer
Dr. Cristina von Holzen

Mannheim

Rechtsanwälte:
Bernd Schmitz
Tina Neff
Steuerberater:
Winfried Alff Dipl.-Betriebswirt
Steuerberater

Erfurt

Rechtsanwälte:
Bernd Gindorf
Jan Helge Kestel
Dr. Ingo Vollgraf

Karlsruhe

Douglasstr. 11-15
76133 Karlsruhe
Telefon +49 / 721 / 91 25 00
Telefax +49 / 721 / 91 25 022
E-Mail karlsruhe@caemmerer-lenz.de
www.caemmerer-lenz.de

Basel

Elisabethenstr. 15
4010 Basel / Schweiz
Telefon +41 / 61 / 272 13 30
Telefax +41 / 61 / 272 15 95
E-Mail lc@lclaw.ch
www.lclaw.ch

Mannheim

Augustaanlage 32
68165 Mannheim
Telefon +49 / 621 / 12 79 70
Telefax +49 / 621 / 12 79 770
E-Mail mannheim@caemmerer-lenz.de
www.caemmerer-lenz.de

Erfurt

Anger 78/79
99084 Erfurt
Telefon +49 / 361 / 55 80 60
Telefax +49 / 361 / 55 80 666
E-Mail erfurt@caemmerer-lenz.de
www.caemmerer-lenz.de

Ich erlaube mir, Ihnen dieses Schreiben und die Anlage gleichzeitig per Telefax und per E-Mail zu angegebenen E-Mail-Adresse rechtsausschuss@bundestag.de zu übermitteln.

Die erbetene Einverständniserklärung, die Stellungnahme auch auf der Internetseite des Bundestages zu veröffentlichen, darf ich nochmals ausdrücklich erklären.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Eberhard Meffinger
Rechtsanwalt

Dr. Eberhardt Meiringer
Rechtsanwalt
Vorstand Rechtsanwaltskammer Karlsruhe

STELLUNGNAHME

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

Gesetzesentwurf des Bundesrates, Bundestags Drucksache 16-511, Drucksache des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages 16 (6) 199

hier: zu den vorgesehenen Änderungen der Zivilprozessordnung, § 302 a - (Neueinfügung) und § 302 ZPO

1. Zweckverfehlung der Regelungen in § 302 a - ZPO-E

1.1

Die Neuschaffung des Rechtsinstituts der vorläufigen Zahlungsanordnung im Sinne des § 302 a ZPO-E soll, orientiert an dem Gedanken des vorläufigen Rechtsschutzes im Sinne einer Leistungsverfügung nach den bisherigen Bestimmungen der ZPO, darüber hinausgehen. Die neue Vorschrift sieht eine für das deutsche Prozessrecht insoweit zusätzliche Verfahrensform vor, die sich nach der Entwicklung der Entwürfe vor allem an den Verfahrenszeiten, insbesondere im Bauprozess, aber auch im Arzthaftpflichtprozess und im Prozess zur Regulierung von Schäden im Verkehrsrecht orientiert, da in all diesen Fällen in aller Regel erst nach langer Beweisaufnahme und Erhebung von gerichtlichen Sachverständigengutachten Entscheidungsreife auch über die Einwendungen und Einreden des Schuldners eintritt.

Durch die zwischenzeitlichen Änderungen der Formulierungen des Entwurfes soll die neue im Hauptsacheprozess eingebettete Verfahrensform für alle Forderungsverfahren Geltung haben.

Der dem Entwurf zugrunde liegende Gedanke, in langwierigen Prozessverfahren auf der Grundlage einer summarischen Entscheidung eine schnelle, vorläufige Titulierung herbeizuführen, ist dem deutschen Prozessrecht nicht fremd. Auch vorläufige summarische Entscheidungen im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sind in der Praxis bewährt.

Der Unterschied des Regelungszwecks der neuen Bestimmung des § 302 a ZPO-E zu der einstweiligen Verfügung ist aber der, dass durch das neue Verfahren in einem vorläufig vollstreckbaren Titel in erster Instanz, aber auch parallel in der Berufungsinstanz eine Entscheidung ergeht, die nicht nur auf Sequestration und Sicherung gerichtet ist, sondern von der Intention des Gesetzgebers her die Auskehr der geschuldeten und nach der mehrstufigen gebotenen, vorläufigen Prüfung des Richters überwiegend begründet Zahlungsansprüche bezwecken soll. Im Ergebnis ist es das Ziel der Entwürfe, nicht nur eine Sicherung des Gläubigers, etwa wie bei Vollstreckungsmöglichkeiten nach § 720 a ZPO herbeizuführen, sondern Liquidität zu schaffen.

Der zugrunde liegende rechtspolitische Gedanke ist gerechtfertigt durch beschäftigungspolitische Ziele. Gerade der im Mittelstand betroffene Auftragnehmer, der ein kleineres oder mittelständisches, handwerksorientiertes Unternehmen betreibt, soll im Hinblick auf die Existenzsicherung dieses Unternehmens und des Schutzes der dort bestehenden Arbeitsplätze davor bewahrt werden, dass ihm durch offenbar unbegründete oder konstruierte Einwendungen in einem langjährigen Prozessverfahren Liquidität entzogen wird.

Mit der Neuregelung kann dieser angestrebte Erfolg unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Praxis nicht erzielt werden.

1.2 Verzögerung und Belastung des Rechtsstreites statt Beschleunigung

Nach der Gesetzesbegründung, die auch in der Praxis nach Inkrafttreten der Bestimmung wesentlich für die Ausgestaltung der Verfahren durch die Gerichte und die Prozessanwälte herangezogen werden würde, setzt der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung ein mehrstufiges, zusätzliches Prüfungsverfahren innerhalb des Hauptsacheprozesses voraus:

In der ersten Stufe soll das Gericht nach dem bisherigen Sach- und Streitstand und nach vorläufiger Würdigung eine positive Erfolgsprognose stellen. Diese eigenständige Beurteilung kann der mit der Entscheidung im Hauptsacheprozess befasste Richter aber nicht gleichzeitig mit anderen prozessleitenden Verfügungen prüfen und beurteilen, so dass die Konzentration des Gerichts sich in diesen Fällen zunächst auf die summarische Prüfung der positiven Erfolgsprognose konzentrieren wird und damit andere prozessleitende Verfügungen, die sonst im Hauptsacheprozess ergehen würden, eher zurückgestellt werden. Das Gericht muss sich mit Frage befassen, ob die etwa zur Stützung der Klageforderung vorgelegten Privatgutachten als besonders qualifizierte Gutachten bewertet werden können, so dass eine umfassende, weitergehende Prüfung dieser Gutachten vor allen weiteren prozessleitenden Verfügungen werden wird. Zu der objektiven Prüfung der Aussicht auf Erfolg der Klage gehört aber hier auch schon eine sehr eingehende Prüfung des Vortrages der Beklagten, gleichviel ob es sich um Aufrechnungsforderungen, Zurückbehaltungsrechte oder sonstige Einwendungen handelt. Denn nicht nur die hohe Wahrscheinlichkeit der Berechtigung der geltend gemachten Klage und der dazu vorgetragenen Privatgutachten ist Voraussetzung der Abwägung der hohen Aussicht auf Erfolg der Klage, sondern gleichfalls auch die summarische, aber auch umfassende Prüfung aller Argumente des Beklagten. Der gesamte Zeitaufwand für diese Prüfung in der ersten Stufe wird das Verfahren erheblich belasten, solange werden weitere, die eigentliche Klageforderung fordernden prozessleitenden Maßnahmen zurückgestellt oder verzögert.

Wesentlich ist aber, dass in der zweiten Stufe eine umfassende Abwägung der Interessen der Parteien auch in Bezug auf die besonderen Nachteile für den Kläger, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben würden, unter Abwägung des Erfolgsmomentes notwendig werden. Der Entwurf spricht hier davon, dass abzuwägende Interessen durch eine Glaubhaftmachung unterstützt werden können. Das führt dazu, dass das Gericht Hinweise erteilen muss, die Anlass zu umfassenden Schriftsätzen geben werden. Wenn der Kläger konkret dartun muss, welche Auswirkungen die Verzögerungen für ihn haben, wenn er

darlegen und glaubhaft machen soll, welchen Liquiditätsausfall er durch die Verzögerung erleidet, oder welches Risiko einer Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit des Beklagten befürchtet wird, so muss der klagende Unternehmer, wie dies auch in der Begründung des Gesetzesentwurfes, Drucksache 16-511, Seite 20, ausführlich dargelegt worden ist, umfassend alle Aspekte der Eigenart seines Betriebes darlegen, insbesondere Auftragsstruktur, Personal- oder Materialkosten und auch betriebswirtschaftlich belegen, inwieweit nach seiner Betriebsgröße Außenstände besser oder schlechter verkraftet werden können. Die Relation zur Größe und Umsatz des Betriebes im Verhältnis zur streitgegenständlichen Forderung soll berücksichtigen und in allen Auswirkungen in betriebswirtschaftlicher Hinsicht begründet werden, damit eine Existenzbedrohung, und damit auch eine Bedrohung der beim Kläger unterhaltenen Arbeitsplätze bei der Abwägung der hier in der zweiten Stufe zu berücksichtigenden Interessen der Parteien durch das Gericht im Rahmen der vorläufigen summarischen Prüfung und nach Glaubhaftung zur Überzeugung des Richters festgestellt werden können.

Die Begründung des Gesetzesentwurfes weist darauf hin, dass dann, wenn die rasche Durchsetzung der Forderung von existenzieller, wirtschaftlicher Bedeutung für den Betrieb des Klägers ist, schon eine verhältnismäßig kurze Verzögerung der Titulierung einen besonderen Nachteil darstellen könne, der den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung rechtfertigen werde. Diese vielfältigen, zusätzlichen Aspekte der Prüfung der Interessenabwägung in der zweiten Stufe (Zeitmoment) werden in der Praxis dazu führen, dass die im Hauptsacheprozess verfahrensbeteiligten Anwälte Anlass sehen müssen, in breiter Form umfassend zu allen wirtschaftlichen Aspekten des Unternehmens auf Klägerseite vorzutragen, um dem Gericht eine Beurteilung zu ermöglichen. Wenn der Kläger darlegen muss, welche besonderen Nachteile für ihn das fortlaufende Prozessverfahren und dessen Dauer haben wird, muss der Anwalt des Klägers umfassende, betriebswirtschaftliche Aspekte zu Lohn-, Finanzierungs-, Personal- und Organisationsstruktur des klagenden Betriebes vortragen und dazu unter Umständen auch noch weitergehende, betriebswirtschaftliche, private Gutachten des Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers des klagenden Betriebes in den Prozess einführen. Die Befassung des Richters mit diesen Unterlagen und einem derartigen Vortrag entfernt das Gericht bei der Sachverhalts- und Rechtsprüfung von dem Hauptgegenstand des Verfahrens und belastet dieses in der Praxis derart, dass die entscheidenden prozessleitenden Verfügungen, etwa die Vorbereitung und der Erlass umfassender Beweisbeschlüsse zur sachgerechten Vorgabe für den gerichtlich vorgesehenen Sachverständigenbeweis in den Hintergrund geschoben werden und eine erhebliche Prozessverzögerung eintritt.

Das wird umso mehr der Fall sein, als dann im Rahmen dieses Verfahrens auch der Prozessbevollmächtigte der Beklagten seinerseits alle wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Betrieb des Beklagten in gleicher Weise darlegen und umfassend vortragen wird. Auch hier ist zu erwarten, dass die Anwälte der Beklagten zu den Lohn-, Finanzierungs-, Personal- und Organisationsstrukturen des beklagten Betriebes vortragen werden, auch für diesen betriebswirtschaftliche Gutachten von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern vorlegen werden, um glaubhaft zu machen, dass der Betrieb des Beklagten bei einer sofortigen Zahlung auf eine vorläufige Zahlungsanordnung existenzbedroht sein wird, dass die Gefahr der Insolvenz die Vernichtung der Arbeitsplätze im Betrieb der Beklagten zur Folge haben wird und die Anwälte auf Beklagtenseite werden auch gezwungen sein darzulegen, ob in der Relation zur Größe des Umsatzes und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des beklagten Betriebes eine Verpflichtung zur sofortigen Zahlung durch Sicherheitsleistung nicht abgewendet werden kann, weil etwa der beklagte Betrieb keine wirtschaftlich ausreichenden Reserven aufweisen kann, die etwa durch Belastung vorhandener Immobilien im Rahmen der schon vorliegenden Belastungsgrenzen eine weitere Absicherung von Avalen ermöglicht.

Auch auf Seiten des Beklagten wird also ein umfassender Prozessvortrag, der sonst im werkvertraglichen Hauptsacheprozess nicht gehalten worden wäre, zu einer massiven Verzögerung und Belastung der Rechtsstreite führen. Die Nachteile, die der Schuldner im Falle einer vorläufigen Vollstreckbarkeit eines solchen Titels erleiden würde, werden dazu führen, dass weit über den Umfang eines Schutzantrages nach § 712 ZPO von den Anwälten des Bestellers wirtschaftliche Interna über Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bestellers vorgetragen und belegt werden. Da das Gericht nach dem Gesetzesentwurf die Interessen abzuwägen hat, muss sich der Richter im Rahmen des summarischen Verfahrens umfassend mit allen dadurch zusätzlich vorgetragenen Tatsachen befassen, ggf. weitere Hinweise zur Aufklärung geben und ggf., soweit Aspekte durch die Parteien nicht erkannt oder angesprochen werden, sogar noch schriftliche Hinweise erteilen, die zur ergänzenden Aufklärung des Vortrages insoweit notwendig sind.

Das Hauptziel der Beschleunigung der Prozessverfahren wird daher nicht erreicht. Es wird in der Praxis im Gegenteil verfehlt werden.

1.3 Liquiditätssicherung tritt nicht ein

Ein weiterer Hauptzweck der Gesetzesregelung kann darüber hinaus auch nicht erreicht werden. Auch insoweit wird das Gesetz in der Praxis sein Ziel verfehlen:

Motiv für die Bestimmung war, die Liquidität kleinerer und mittlerer Handwerksunternehmen zur Existenzsicherung und zur Sicherung der Arbeitsplätze zu schützen. Eine Liquiditätssicherung ist aber mit den Bestimmungen gerade nicht möglich.

Denn die Vollstreckung der vorläufigen Zahlungsanordnung setzt nach den bisherigen Regelungsentwürfen voraus, dass der Gläubiger Sicherheiten stellt. Nach § 302 a ZPO-E Abs. 3 steht die vorläufige Zahlungsanordnung einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil gleich.

§ 713 ZPO findet keine Anwendung.

Gemäß § 709 ZPO hat der Gläubiger, wie bei jedem vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil erster Instanz zur Erlangung der Auskehr des titulierten Betrages Sicherheit zu leisten. Die Möglichkeit des § 720 a ZPO der Sicherungsvollstreckung bleibt dem Gläubiger zwar, diese Möglichkeit ist aber unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes zur vernachlässigen, da damit gerade keine Liquidität geschaffen wird, sondern nur Sicherheit gewährt wird.

Es ist aber in der Praxis nicht zu erwarten, dass bei der in der zweiten Prüfungsstufe nach dem Gesetzesentwurf gebotenen wirtschaftlichen Abwägung der betriebswirtschaftlichen Folgen für den klägerischen Betrieb und bei der gebotenen Abwägung der Interessen beider Parteien eine vorläufige Zahlungsanordnung ergehen kann, ohne dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen des Betriebes des Klägers so angespannt sind, dass er gar keine Vermögenswerte zur Absicherung einer Bürgschaft mehr anbinden kann. Denn nur, wenn es dem Kläger gelingt, das Gericht im summarischen Verfahren davon zu überzeugen, dass die weitere Prozessdauer, auch wenn sie nicht unbedingt von mehrjähriger Dauer ist, die Existenz des Betriebes des Klägers gefährdet, kommt eine vorläufige Zahlungsanordnung in Betracht. Ein Betrieb, der über weitreichende Sicherheiten verfügt, etwa Immobilien oder sonstige Werte, die noch nicht über die Beleihbarkeitsgrenze hinaus durch Kredite oder Avale ausgenutzt sind, kann aber kaum zu Überzeugung des Gerichts mittels eines Privatgutachtens des Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers das Gericht vortragen, dass bei der hier gebotenen Abwägung der Interessen in der zweiten Stufe die vorläufige Durchsetzung der bestrittenen Ansprüche zur Existenzwahrung des klagenden Betriebes notwendig ist.

Der Betrieb, der bedroht ist und dessen Arbeitsplätze in Gefahr sind, wird keinerlei Reserven für Sicherheiten den Banken gegenüber haben. Dieser Betrieb kann dann auch keine

Sicherheit leisten, er erlangt eine vorläufige Zahlungsanordnung, um den hohen Preis einer erheblichen Verzögerung des Prozessverfahrens, und um den hohen Preis weiterer Anwaltskosten und Gerichtskosten die durch diesen zusätzlichen Verfahrensgang entstehen, ohne dass eigentliche Ziel erreichen zu können:

Aus dem erlangten Titel der vorläufigen Zahlungsanordnung wird er keine Liquidität erlangen, weil er die dafür erforderliche Sicherheit zur Voraussetzung der Zwangsvollstreckung nicht stellen kann.

Der Betrieb des Klägers und die dortigen Arbeitsplätze würde aber auch dadurch nicht gesichert, dass mit der vorläufigen Zahlungsanordnung eine Sicherheitsleistung bewirkt wird. Damit könnte in der Bilanz des klagenden Betriebes möglicherweise die streitbefangene Forderung höher bewertet werden, sie kann aber aufgrund der Prozessrisiken nach dem bilanzrechtlichen Vorsichtsprinzip nicht voll bewertet in die Bilanz eingestellt werden und ist daher auch insoweit kein geeignetes Mittel, den Rahmen möglicher Kreditaufnahmen des klägerischen Betriebes effektiv zu erweitern. Auch dadurch entsteht deshalb keine Liquidität beim klägerischen Betrieb.

1.4 Gefährdung der Existenz von Betrieben auf Beklagtenseite

Diese Bedenken gelten auch im Hinblick auf die Auswirkungen der neuen Verfahrensform im Hinblick auf die Betriebe, die in den Prozessverfahren verklagt werden. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass regelmäßig immer nur auf Klägerseite schutzwürdige, kleinere Handwerksbetriebe oder mittelständische Unternehmen betroffen sind, deren Arbeitsplätze in Gefahr sein könnten. Die gleichen rechtspolitischen Aspekte müssen auch zugunsten der Betriebe gelten, die verklagt werden. Denn gerade die Praxis des Bauprozesses bei mittleren und größeren Bauvorhaben zeigt, dass eine Mehrgliedrigkeit der Beteiligten dazu führt, dass in den meisten Fällen mehrere kleinere oder mittelständische Handwerksbetriebe im Vertragsverhältnis hintereinander zur Realisierung des Bauvorhabens tätig sind, so dass in einer Vielzahl der Prozessverfahren das beklagte Unternehmen in gleicher Weise dem Bereich kleinerer und mittelständischer Handwerksbetriebe zugeordnet werden kann, wie der Betrieb des Klägers auch.

Sieht sich das beklagte Unternehmen zweifelhaften Einwendungen und Einreden seines Vertragspartners, etwa eines Generalunternehmers, Generalübernehmers oder auch direkt des Bauherren gegenüber, so würde sich der beklagte mittelständische Betrieb bei einer summarischen vorläufigen Abwägung vor einer Existenzvernichtung sehen, wenn das

Gericht des Hauptsacheprozesses im Verfahren auf vorläufige Zahlungsanordnung zu dem Ergebnis käme, dass die Einwendungen des Generalunternehmers oder Generalübernehmers oder des Auftraggebers, die sich der beklagte Betrieb zu Eigen machen muss, weil er selbst keine Zahlung erhält, überwiegend ohne Erfolgsaussichten sind. Dann droht auch dem mittelständigen Unternehmen des Beklagten die Existenzvernichtung, wenn dieses Unternehmen nach Stellung einer Sicherheitsleistung durch den Gläubiger nicht in der Lage ist, Sicherheit zur Abwehr der Zwangsvollstreckung im Sinne der Schuldnerschutzvorschriften des § 712 ZPO zu stellen. Es kann aber nicht das Ziel der Vorschrift sein, je nachdem, in welcher Reihenfolge die Handwerksbetriebe oder mittelständischen Unternehmen in der Vertragsgestaltung für die Realisierung des Bauvorhabens eingebunden sind, dass der eine Betrieb in seiner Existenz geschützt wird und dessen Arbeitsplätze gesichert werden, durch die vorläufige Zahlungsanordnung aber ein anderer Betrieb und dessen Arbeitsplätze gefährdet oder in der Existenz vernichtet werden.

Es darf nicht von vornherein unterstellt werden, dass Einwendungen des Bestellers im Bauprozess immer oder von vornherein oder überwiegend konstruiert und unbegründet sind und der Zahlungsverzögerung dienen. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung der letzten Jahre hat in vielfältiger Form deutlich gemacht, dass die Interessen des Auftraggebers und Bestellers, insbesondere aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses von Forderung von Einwendungen aus dem gleichen Vertragsverhältnis und sicher auch die Interessen von Verbrauchern auf Auftraggeberseite dazu führen müssen, dass eine Abwägung stattfindet. Arbeitsmarktpolitische Überlegungen, die den Schutz der Arbeitsplätze im Mittelstand und Handwerksbetrieben in den Vordergrund stellen, sind vollkommen berechtigt. Diese Aspekte müssen aber in gleicher Weise auch für den Betrieb des Beklagten gelten, der in aller Regel auch diesem Kreis zugeordnet sein wird, wenn man langjährige Erfahrungen im Bereich von Bauprozessen berücksichtigt.

Die Abwägung im Einzelfall, die dem Richter auch nach der neu vorgesehenen Verfahrensart nicht erspart bleibt, sieht aber vor, dass neben einer vor der Beweisaufnahme kaum in seriöser Form bewertbaren Prognosebeurteilung vor allem diese Abwägung der Interessen der Parteien in wirtschaftlicher Hinsicht im Hinblick auf die Auswirkungen der Prozessdauer vorgenommen werden muss. Alle damit verbundenen Risiken der Entscheidung, die letztlich auch maßgeblich von der persönlichen Erfahrung des zuständigen Richters abhängig sind, können in vielen Fällen zu einer Existenzvernichtung auch des beklagten Betriebes führen.

1.5 Bestehende gesetzliche Rechte des Gläubigers

Der Zweck der Vorschrift erscheint aber auch im Hinblick auf die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des § 648 a BGB, verfehlt. Ergeht nach Abwägung der wechselseitigen wirtschaftlichen Aspekte der Existenzbedrohung der beteiligten Betriebe, die vorläufige Anordnung und sind beide Betriebe in der Lage, Sicherheitsleistung zu stellen, so findet eine Liquiditätsauskehr nicht statt. Das Verfahren führt aber zu einer erheblichen Mehrbelastung des Gerichts und der Geschäftsstelle, die Justiz wird nicht entlastet, sondern durch ein zusätzliches Verfahren gebunden, das Prozessverfahren verzögert sich und wird nicht beschleunigt. Der Gläubiger erhält im Ergebnis aber nicht mehr als er nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen als Sicherheitsleistung schon vorgerichtlich nach § 648 a BGB hätte erlangen können.

Insoweit ist insbesondere den bereits veröffentlichten Auffassungen zuzustimmen, dass der Gläubiger darauf zu verweisen ist, dass er alle gesetzlichen Möglichkeiten gemäß § 648 a BGB ausschöpfen muss und insoweit seine schützenswerten Interessen zur Absicherung wahren und verfolgen muss und hat er aber, insbesondere nach der vorgesehenen weiteren praxisorientierten Vereinfachung der Bestimmung des § 648 a BGB Sicherheit durch Bürgschaft erlangt, für er die er im Gegensatz zur Vollstreckung aus der vorläufigen Zahlungsanordnung keinen eigenen Avalrahmen binden muss, kann eine Existenzgefährdung durch das Ausbleiben der sofortigen Zahlung und einer späteren Klärung der Forderung im Hauptsacheprozess nicht mehr geltend gemacht werden.

Wenn der Betrieb aber nach Sicherheitsleistung das Prozessverfahren nicht übersteht, kann überwiegend davon ausgegangen werden, dass andere Gründe, die nicht in der Verfahrensdauer begründet sind, die Existenz des klagenden Betriebes bedrohen und dessen Arbeitsplätze gefährden.

Auch aus diesem Grunde ist der Gläubiger auf die vollständige Nutzung seiner gesetzlichen Rechte nach § 648 a BGB zu verweisen, ohne dass deshalb einer zusätzlicher Verfahren mit all den oben bereits geschilderten prozessualen Nachteilen und Belastungen für die Justiz zusätzlich eingeführt werden muss.

1.6 Verzögerung durch unterbleibende Einbeziehung Dritter

Das Ziel einer Beschleunigung wird insbesondere auch im Bauprozess durch eine nur zwischen Hauptparteien erlassene vorläufige Zahlungsanordnung verfehlt.

Die Prozesspraxis der letzten Jahre zeigt, dass kaum ein Bauprozess zweigliedrig geführt wird. Auf Klägersseite und auf Beklagtenseite ist die Streitverkündung die Regel geworden. Umfassende Einwendungen des Bauherren, Zurückbehaltungsrechte, Schadenersatzansprüche, die zur Aufrechnung gestellt werden, Mängelrügen machen erforderlich, dass das Zusammenspiel umfassender Verantwortlichkeiten einer Vielzahl am Bau Beteiligter geklärt werden muss.

Der Entwurf berücksichtigt nicht, dass in aller Regel Prozessvergleiche in komplizierten und mit einer langjährigen Verfahrensdauer bedrohten Prozessen auch deshalb zeitnah zustande kommen, weil im Rahmen einer Streitverkündung auch weitere zahlungspflichtige Parteien in das Prozessverfahren einbezogen werden können.

Macht der Auftragnehmer eine Werklohnforderung geltend, die der Auftraggeber, der Bauherr oder Generalunternehmer nicht bezahlt, weil Mängel und Schäden am Bauwerk entstanden sind, für die der ausführende Unternehmer möglicherweise nicht oder nicht alleine verantwortlich ist, weil Planungsfehler aus dem Bereich der Architektenleistungen oder der statischen Berechnung für die Zielabweichung des Bauvorhabens maßgeblich sind, dann werden in aller Regel die Vermögenshaftpflichtversicherungen der streitverkündeten Architekten, Statiker, Sonderfachingenieure oder sonstiger am Bauvorhaben beteiligter dritter Fachunternehmen erst dann bereit sein, den, je nach der Haftungsquote und einer Prognoseberechnung wahrscheinlich geschuldeten Teilbetrag im Rahmen eines Gesamtvergleiches zur Verfügung zu stellen, wenn sie zuvor durch eine Streitverkündung des Versicherungsnehmers gezwungen sind, sich mit dem Prozessstoff intensiv zu befassen.

Ergeht aber zwischen dem klagenden Handwerksbetrieb, der die Leistungen ausgeführt hat und dem beklagten mittelständischen Unternehmen, das selbst mehrere Gewerke zur Ausführung übernommen hat und den klägerischen Betrieb als Subunternehmer beauftragt hat, eine vorläufige Zahlungsanordnung, dann besteht im Rahmen der Erörterung vor der Kammer des zuständigen Landgerichts in aller Regel kein Druck mehr in Bezug auf die Streitverkündeten, sich ihrerseits auch sofort und zeitgleich in einer angemessenen Quote an der Zahlung zu beteiligen. Hat der Beklagte aufgrund einer vorläufigen Zahlungsanordnung bezahlt, mindert sich der durch den Hauptsacheprozess im Rahmen eines sonst vorgesehenen Gesamtvergleichsgesprächs entstehende Druck auf die dritten Parteien und deren Haftpflichtversicherer erheblich. In der Praxis ist zu erwarten, dass alle streitverkündeten Sonderfachingenieure, Architekten, Planer und sonst mit der Ausführung

des Bauvorhabens befassten Dritten und deren Vermögenshaftpflichtversicherer im Hinblick auf den bereits ergangenen Titel abwarten werden, bis in erster Instanz ein Endurteil ergeht.

Bis dahin trägt aber nur der Betrieb auf Beklagtenseite das volle Liquiditätsrisiko, ohne sich durch entsprechende Weitergabe derartige Zahlungsansprüche wirtschaftlich entlasten zu können. Auch das spricht dafür, dass der Entwurf übersieht, dass viele mittelständische Betriebe, die im regelmäßigen Bauprozess auf Beklagtenseite stehen, durch die vorläufige Zahlungsanordnung in ihrer Existenz weit mehr bedroht werden können, weil der Rückgriff auf die Streitverkündeten nicht in gleicher Weise durch eine eigene vorläufige Zahlungsanordnung möglich ist. Denn das Rechtsverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Streitverkündeten ist im Sinne der Vorschriften kein Hauptsachverfahren, in dem dann die Beklagten jeweils ebenfalls im Wege der vorläufigen Zahlungsanordnung von den möglicherweise überwiegend oder ganz zahlungspflichtigen, streitverkündeten Dritten eine sofortige Zahlung durch entsprechende Titel verlangen könnten.

Gerade der Bauprozess als in aller Regel mehrgliedriges Verfahren, an dem eine Reihe von Fachingenieuren und ausführenden Betrieben beteiligt sind, wird daher nicht beschleunigt. Der umfassende prozessbeendende Vergleich, der in der Praxis häufig, nach vorläufiger Beweisaufnahme zustande kommt und bei dem sich alle beteiligten Dritten, insbesondere deren Haftpflichtversicherer durch entsprechende Teilbeiträge beteiligen, wodurch dann überhaupt wirtschaftlich erst der Vergleich zustande kommt, wird also durch die Regelung eher verlängert und belastet und nicht verkürzt.

1.7 Persönlicher Erfolg des zuständigen Richters

Auch eine nicht ausschließbare Überforderung der mit der Entscheidung belasteten Richter, muss in der Praxis berücksichtigt werden. In allen vorliegenden Stellungnahmen, die diesen Aspekt aufgreifen und in der Begründung zum Gesetzesentwurf wird deutlich, welch hohes Maß an Verantwortung und welcher hoher Maßstab an die Sorgfalt bei Prüfung und Abwägung der Interessen der Beteiligten sowohl im Hinblick auf das Erfolgsmoment, als auch im Hinblick auf das Zeitmoment, vor Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung gestellt werden. Die Zuständigkeit des Gerichts führt aber dazu, dass nicht notwendigerweise im Bauprozess Erfarene über den Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung entscheiden müssen. Soweit bei den betroffenen Landgerichten keine Fachkammern mit der Zuständigkeit für Bauprozesse eingerichtet sind und durch die Geschäftsverteilung der Landgerichte regelmäßig auch Richter mit einer solchen Entscheidung befasst werden, die aufgrund kurzer Dienstzeit noch gar keine langjährigen

Erfahrungen machen konnten, besteht hier in besonderer Weise die Gefahr einer aus der Sicht der Prozessparteien entstehenden Willkür der Beurteilung. Droht dem Anwalt der beklagten Partei die Gefahr, dass das Gericht aufgrund einer vorläufig geäußerten Rechtsmeinung zum Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung neigt, wird der Anwalt auf Seiten der Beklagten gezwungen sein, seinen Mandanten zu einem sachlich sonst nicht vertretbaren Vergleich und einer Zahlung zu raten, um einer sonst unter Umständen existenzbedrohenden, vorläufigen Zahlungsanordnung gegenüber dem Beklagten zu entgehen.

Diese Gefahr wird insbesondere nicht zu unterschätzen sein, wenn die gesetzliche Bestimmung auch insoweit umgesetzt wird, dass nach § 302 a Abs. 7 die Entscheidung über die vorläufige Zahlungsanordnung durch kurz zu begründenden Beschluss ergehen soll, der nicht anfechtbar ist. Unabhängig von der Frage, ob rechtsstaatliche Bedenken gegen eine derartige, möglicherweise über Jahre hinweg entstehende Titelwirkung ohne Rechtsmittelfähigkeit bestehen, birgt die mangelnde Anfechtbarkeit, vor allem aus der Sicht der Praxis, die Gefahr, dass die Prozessbevollmächtigten der Beklagten unter Umständen ihren Mandanten zu Vergleichen raten müssen, um eine existenzvernichtende vorläufige Zahlungsanordnung zu vermeiden, ohne dass dabei Regressansprüche gegenüber etwa Dritten am Bau Beteiligten gleichzeitig durchgesetzt werden können. Diese Gefahr besteht insbesondere in den Fällen, in denen noch unerfahrene oder mit der Prozessmaterie weniger befasste Richter die Voraussetzungen der vorläufigen Zahlungsanordnung verkennen und dem Anspruch an die gebotene Abwägung nicht gerecht werden.

In der Hand eines langjährig erfahrenen Richters in einer Baurechtskammer beim Landgericht ist das Instrument der vorläufigen Zahlungsanordnung sicherlich anders zu bewerten, als in der Hand des Einzelrichters, der als Berufsstarter im ersten großen komplexen Bauprozess über die Existenz der beteiligten Betriebe und damit ihrer Arbeitsplätze mittelbar entscheiden soll.

Bedenken dagegen, dass die Entscheidung der vorläufigen Zahlungsanordnung nach dem jetzigen Entwurf nicht rechtsmittelfähig ist, sind bereits geltend gemacht worden. Neben dem Aspekt, dass nur Rechtsmittelfähigkeit auch eine einheitliche obergerichtliche Spruchpraxis sichert, weil Oberlandesgerichte oder der Bundesgerichtshof, keine einheitliche Rechtsregelung schaffen können, sind auch weiterreichende Gesichtspunkte zu würdigen, die eine Rechtsmittelfähigkeit erforderlich machen. Der Rechtsvergleich mit den Erfahrungen in Frankreich seit Jahren eingeführter vergleichbarer Verfahren, gebietet die Rechtsmittelfähigkeit vorzusehen. Die einschlägigen Bestimmungen der französischen

Zivilprozessordnung („Nouveau Code de Procédure Civile“) zum „Référé Provision“-Verfahren ergeben, dass in Frankreich ein vergleichbares Verfahren als summarisches Verfahren sowohl vor dem Amtsgericht, als auch dem Landgericht und dem nach dem französischen Prozessrecht eingerichteten Handelsgericht auf Antrag durchgeführt werden kann und in der Praxis häufig ist.

Art. 809 der französischen Zivilprozessordnung sieht vor, dass durch den dafür zuständigen Richter in einem summarischen Verfahren eine Forderung tituliert werden kann, wenn die Einwendungen nicht erheblich erscheinen und die Verpflichtung nicht ernsthaft in Frage gestellt werden kann („Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ...“). Nach dem französischen Prozessrecht ergeht in diesem Verfahren ein Beschluss und kein Urteil („ordonnance“). Dieser Beschluss ist ein vollstreckbarer Titel, der ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar, aber anfechtbar ist.

Dabei ist der Richter nach französischem Recht in diesem Verfahren nicht identisch mit dem Richter eines Hauptsacheprozesses. Wenn sich im summarischen Verfahren ergibt, dass die streitgegenständliche Forderung durchaus mit erheblichen Einwendungen in Frage gestellt werden kann und das summarische Verfahren nicht zur Überzeugung des Richters Anlass für einen solchen Beschluss gibt, endet die Zuständigkeit dieses Richters. Er wird unzuständig und das Verfahren muss in einen förmlichen Hauptsacheprozess übergeleitet werden. Diese Regelungen gelten für alle vorgenannten Verfahrenswege in Frankreich.

Der Vergleich zeigt, dass das Interesse bei der Abwägung widerstreitender Interessen des Gläubigers und des Schuldners zu einem angemessenen Ausgleich und einer gebotenen Titulierungsform zu kommen, in der seit Jahren in der französischen Rechtspraxis geübten Form praktiziert wird, und zwar ohne zeitliche Begrenzung des Gesetzes.

Der Vergleich zeigt aber auch, dass nur dann, wenn wirklich keine ernsthaften Einwendungen gegen die Forderung geltend gemacht werden können, im summarischen Verfahren ein vollstreckbarer Titel durch einen Beschluss ergehen kann und dass die französische Zivilprozessordnung auch die Überprüfung durch eine Rechtsmittelfähigkeit vorsieht und auf ein solches Rechtsmittel nicht verzichtet hat und nach langjähriger Prozesspraxis auch keinen Anlass sieht, darauf zu verzichten.

Die Möglichkeit eines Rechtsmittels würde dem Anwalt der beklagten Betriebe vor der Gefahr schützen, aus wirtschaftlichen Gründen seiner Partei zu einem Vergleich zu raten, der möglicherweise berechnete Einwendungen und Einreden der Beklagten ausschließt, nur weil

die wirtschaftlichen Folgen einer nicht anfechtbaren Entscheidung über eine vorläufige Zahlungsanordnung sonst den Betrieb des Beklagten in der Existenz bedroht. Die Schaffung einer Rechtsmittelmöglichkeit erscheint deshalb sowohl unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, als auch unter praxisorientierten Erwägungen in jedem Fall geboten. Gerade in Verfahren, in denen der Richter noch keine ausreichenden Erfahrungen machen konnte, oder noch nicht über weitreichende Fachkenntnisse und der besonderen Anforderung im Werkvertragsprozess verfügt, besteht die Gefahr, dass durch eine nicht mehr justitiable Fülle von Sachvortrag zu unzähligen Einzelleistungen und unterschiedlichen Gewerken, wie das häufig im Bauprozess beobachtet werden kann, der durch den Druck des Verfahrens im Einzelfall etwa überforderte und überlastete Richter in dem Instrument der vorläufigen Zahlungsanordnung ein Mittel sieht, Vergleichsvorschläge durchzusetzen und den Prozess durch einen abschließenden Prozess zwischen den Hauptparteien zu beenden, weil eine Überprüfungsmöglichkeit nicht besteht.

2. Weitergehende Neuregelung des § 302 ZPO als gebotene Alternative

Es erscheint vorzugswürdig, das bereits bestehende Rechtsinstitut des Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO zu stärken und über die durch die Rechtsprechung entstandenen Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO hinaus auszuweiten.

2.1 Bisherige Einschränkungen des Anwendungsbereichs des § 302 ZPO durch die Rechtsprechung

Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.03.2000 (Bundesgesetzblatt I, Seite 330) hat mit Wirkung vom 01.05.2000 zur Änderung des § 302 ZPO geführt, weil der Gesetzgeber durch den Verzicht des Erfordernisses des rechtlichen Zusammenhanges eine schnellere, wenn auch vorläufige Titulierung erreichen wollte.

Nach dieser Neuregelung hat der 7. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit dem insoweit grundlegenden Urteil vom 24.11.2005, AZ: VII ZR 304/04, aufgezeigt, dass zwar nicht mehr die begriffliche Unterscheidung der Aufrechnung im Unterschied zur so genannten Verrechnung den Anwendungsbereich des § 302 ZPO einschränkt, das aber das Wesen der synallagmatischen Abhängigkeit von Forderung und Einwendungen in aller Regel dem Erlass eines Vorbehaltsurteils nach § 302 Abs. 1 ZPO entgegensteht.

Statt der Schaffung eines zusätzlichen summarischen Verfahrens auf Erlass der vorläufigen Zahlungsanordnung innerhalb des Hauptsacheprozesses, dass die oben bereits geschilderten, erheblichen Bedenken begründet und das Hauptsacheverfahren belasten und verzögern und für die Parteien verteuern wird, erscheint es daher eher überlegenswert, die gesetzgeberischen Ziele, die auch schon durch das vorgenannte Gesetz vom 30.03.2000 deutlich geworden waren, in der Praxis durch eine Änderung und Ergänzung des § 302 ZPO über den Entwurf hinaus durchzusetzen. Der Bundesgerichtshof hat in der zitierten Entscheidung darauf hingewiesen, dass mit Wirkung vom 01.05.2000 durch die seit dem geltende Neufassung des § 302 Abs. 1 ZPO dem Gericht im Gegensatz zur vorigen Fassung die Möglichkeit gegeben hat, im Rahmen der Ermessensentscheidung auch dann ein Vorbehaltsurteil zu erlassen, wenn die zur Aufrechnung gestellten Forderungen in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Klageforderung stehen. Auch in dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes wurde betont, dass die Gesetzesänderung die Möglichkeit verbessern sollte, fällige Ansprüche zügig zu titulieren. Damit sollte vor allem dem Missstand begegnet werden, dass ein Besteller mit unberechtigten Gegenforderungen die frühzeitige Titulierung einer Werklohnforderung von Bauunternehmen verhindert. Da das Vorbehaltsurteil zu einer vorübergehenden Aussetzung der Wirkung einer materiellrechtlich begründeten Aufrechnung führen kann und damit der Kläger vorläufig einen Titel über eine Forderung erhält, die er möglicherweise tatsächlich aufgrund der geltend gemachten Einwendungen und Aufrechnungen gar nicht zurecht durchgesetzt hat, hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dem werkvertraglichen Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung entsprechend klar gestellt, dass die Werklohnforderung dem Grund und der Höhe durch die dem Vertragsverhältnis immanenten Gegenforderungen auf Zahlung von Mängelbeseitigungskosten oder Schadenersatzansprüche begrenzt werden. Die synallagmatische Verknüpfung der Werklohnforderung mit der Forderung auf mangelfrei Erfüllung des Vertrages findet ihren Ausdruck nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes in einem Leistungsverweigerungsrecht, aus dem eine auf Zahlung gerichtete Gegenforderung erwachsen kann. Unter Bestätigung des Urteils vom 25.06.2005 (AZ: VII ZR 197/03) und des Urteils vom 22.09.2005 (AZ: VII ZR 117/03) hat es der 7. Senat des Bundesgerichtshofes als nicht ohne Weiteres interessengerecht angesehen, dem Unternehmer die Möglichkeit zu verschaffen eine Werklohnforderung ohne Erbringung der Gegenleistung durchzusetzen.

Der Zweck, den Kläger vor einer ungerechtfertigten Verzögerung des Verfahrens zu schützen, könne die Bestimmung des § 302 ZPO nicht verfolgen, wenn eine berechtigte Gegenforderung vorliege, auch wenn das zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbar sei. Diese Unsicherheit gehe grundsätzlich zu Lasten des Unternehmers, wenn der Besteller mit

Ansprüchen in Höhe der Mängelbeseitigungskosten oder Fertigstellungsmehrkosten aufrechne.

2.2 Hinweise der Rechtsprechung zur erweiterten Anwendung des § 302 ZPO im Ausnahmefall

Der Bundesgerichtshof hat aber in dieser Entscheidung einen Ausblick gegeben, der auch Anregung zur Gestaltung der neuen Verfahrensform der vorläufigen Zahlungsanordnung gewesen sein mag. Der Senat führte aus, dass nach § 302 Abs. 1 ZPO auch in der Neufassung, wenn auch nur in wenigen Ausnahmefällen, im Rahmen der Grenzen des Ermessens des Gerichts ein Vorbehaltsurteil zulässig sei, wenn trotz Aufrechnung mit Ansprüchen auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten und Fertigstellungsmehrkosten - orientiert an dem Zweck des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen - auf der Grundlage des gesamten Streitstoffes vom Gericht die Einschätzung gewonnen sein kann, dass die Gegenansprüche nur geringe Aussicht auf Erfolg haben. Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und der voraussichtlichen Dauer des weiteren Verfahrens könne es nach dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes auch auf der Grundlage des vorliegenden Instruments des § 302 Abs. 1 ZPO im **Ausnahmefall** angezeigt erscheinen, dem Unternehmer durch einen Titel die Möglichkeit zu eröffnen, sich sofortige Liquidität zu verschaffen, oder jedenfalls eine Sicherheit vom Besteller zu erzwingen. Dies sei dann gegeben, wenn die Gegenforderung bei Würdigung des Parteivortrages oder der bisherigen Beweisergebnisse, z.B. eines überzeugenden Privatgutachtens oder Ergebnisse eines selbstständigen Beweisverfahrens wahrscheinlich nicht besteht, oder im Verhältnis zur Werklohnforderung nach der vorläufigen Einschätzung nur geringes Gewicht haben werde und die weitere Aufklärung so lange dauern wird, dass es nicht hinnehmbar sei, dem klagenden Unternehmer die Möglichkeit einer Vollstreckung vorzuenthalten.

2.3 Ergänzungsvorschlag zu § 302 ZPO

Diesen Überlegungen ist in vollem Umfange zuzustimmen. Wenn der Bundesgerichtshof schon nach der bestehenden Rechtslage dieser Vorschrift in der Zivilprozessordnung, wenn auch im Ausnahmefall eine Entscheidung eines Gerichts für zulässig hält, die nach dem materiellen Recht bestehende synallagmatische Verknüpfung der Werklohnforderung mit der Forderung auf mangelfreie Erfüllung des Werkvertrages zu durchbrechen, dann muss diese rechtliche Konsequenz erstrecht dem Gesetzgeber zustehen. Im Ergebnis ist unter rechtlich dogmatischen Gesichtspunkten das Verfahren der vorläufigen Zahlungsanordnung auch darauf gerichtet, dass Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung im

Werkvertragsrecht in diesen Fällen zu verschieben. Dieses gesetzgeberische Ziel macht es aber nicht erforderlich, eine zusätzliche Verfahrensform einzuführen mit allen damit verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Belastungen für die Prozessbeteiligten. Sehr viel einfacher und zweckmäßiger erscheint es deshalb, diese Vorgaben der Rechtsprechung durch eine Ergänzung zu § 302 ZPO zu regeln, die dann auch nicht nur vorläufig und zeitlich begrenzt für eine Evaluierungsphase, sondern auf Dauer gesetzliche Grundlage in der ZPO bleiben könnte. Damit würde auch sicher gestellt, dass sich der Rechtsverkehr zuverlässig auf die gesetzlichen Grundlagen einer Rechtsänderung einrichten könne. Eine Evaluierungsphase von fünf Jahren für eine derartige Gesetzesänderung erscheint im Hinblick auf die meist mehrjährigen Prozess bei größeren Bauprojekten ohnehin deshalb nicht angemessen.

Es erscheint daher vorzugswürdig durch eine Ergänzung zu § 302 ZPO in Abs. 1 Satz 2 wie folgt aufzunehmen:

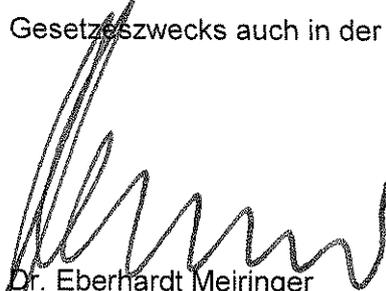
Das Gericht kann nach seinem Ermessen ein Vorbehaltsurteil auch dann erlassen, wenn auf der Grundlage des bisherigen gesamten Streitstoffes und der durch das Gericht vorgenommenen Einschätzung die Gegenansprüche geringe Aussicht auf Erfolg haben und es, unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und der voraussichtlichen Dauer des weiteren Verfahrens, geboten erscheint, dem Kläger durch einen Titel die Möglichkeit zu eröffnen, sich sofort Liquidität oder Sicherheit zu verschaffen.

Der Vorteil einer solchen Alternative bestünde darin, dass keine weiteren neuen Rechtsmittelmöglichkeiten geschaffen werden müssen, weil das Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO auch nach bestehenden rechtlichen Bestimmungen durch die Berufung anfechtbar und auch im Hinblick auf die vorgenannte Ermessensentscheidung überprüfbar ist, womit auch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung bundesweit gewahrt bleiben würde.

3.

Im Übrigen darf ich zu den weiteren Regelungsgegenständen des Entwurfs auf die Stellungnahme verweisen, die ich bereits über die Rechtsanwaltskammer Karlsruhe veröffentlicht habe.

Insbesondere ist die Aufhebung der Vorschrift des § 641 a BGB zu begrüßen, da aufgrund der bereits vielfach aufgezeigten praktischen Probleme eine effiziente Umsetzung des Gesetzeszwecks auch in der Zukunft nicht zu erwarten ist.



Dr. Eberhardt Meiringer
Rechtsanwalt