

Modifizierter Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes – der wesentliche Inhalt

I. Einleitung

In der letzten Legislaturperiode hatte der Bundesrat auf Initiative der Bundesländer Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes in den Deutschen Bundestag eingebracht (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen – Forderungssicherungsgesetz – FoSiG, BT-Drucksache 14/9848 vom 01.08.2002). Aufgrund des Grundsatzes der Diskontinuität wurde der seinerzeitige Gesetzentwurf im Deutschen Bundestag nicht mehr beraten. Am 20. Dezember 2002 wurde der seinerzeitige Bundesratsentwurf des Forderungssicherungsgesetzes auf Antrag der Länder Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt dem Bundesrat erneut zur Einbringung in den Deutschen Bundestag vorgeschlagen (vgl. BR-Drucksache 902/02).

Der Bundesrat sah jedoch zunächst davon ab, den Gesetzentwurf im Deutschen Bundestageinzubringen, um die Ergebnisse der Beratungen der beim Bundesjustizministerium bestehenden Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ abzuwarten und berücksichtigen zu können (vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ vom 03.09.2003, kostenpflichtig abrufbar unter www.ibr-on-line.de/



RA Michael Frerick, Geschäftsführer des BHKs

IBRMATERIALIEN/index.php; vgl. hierzu auch Peters, NZBau 2004, S. 1 ff.; Kniffka, IBR 2003, S. 714 ff.).

Nachdem die Bund-Länder-Arbeitsgruppe die Ergebnisse ihrer Beratungen vorgelegt hatte, hat der Bundesrat am 11.06.2004 unter Berücksichtigung der Vorschläge und Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe einige Änderungen des Gesetzentwurfs für ein Forderungssicherungsgesetz beschlossen. Der überarbeitete und vom Bundesrat beschlossene Gesetzentwurf (BR-Drucksache 458/04 – Beschluss –, abrufbar unter www.bundesrat.de unter den Links „Drucksachen“ und „Volltexte“) wurde inzwischen beim Deutschen Bundestag eingebracht (vgl. BT-Drucksache 15/3594, abrufbar unter www.bundestag.de unter dem Link „Parlaments-Drucksachen“). Die Bundesregierung hat den überarbeiteten Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes in ihrer Stellungnahme

zur Gesetzesvorlage des Bundesrates im Wesentlichen befürwortet (vgl. BT-Drucksache 15/3594, S. 66 ff.).

Der Gesetzentwurf bezweckt eine Verbesserung der Zahlungsmoral durch zahlreiche Gesetzesänderungen; Handwerksbetriebe und mittelständische Unternehmen, insbesondere der Baubranche, sollen in die Lage versetzt werden, ihre Werklohnforderungen effektiver als bislang durchzusetzen.

Der modifizierte Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

II. Änderungen des Werkvertragsrechts des BGB

1. Abschlagszahlungen, § 632 a BGB-E

- a) Die Regelung soll dahingehend geändert werden, dass Abschlagszahlungen nicht mehr nur – wie bislang – für in sich abgeschlossene Teile des Werkes, sondern in Anlehnung an die Formulierung in § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B „in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäß erbrachten Leistungen“ verlangt werden können sollen. Die geplante Gesetzesänderung ist insoweit insbesondere aus Sicht der haustechnischen Gewerke uneingeschränkt zu begrüßen, da nach der geltenden Gesetzesfassung Abschlagszahlungen in den haustechnischen Gewerken weit gehend ausgeschlossen sind (vgl.

Motzke NZBau 2000, S. 489, 490).

Abweichend von § 16 Nr. 1 VOB/B setzt der Anspruch auf Abschlagszahlungen aber darüber hinaus voraus, dass die Leistungen dem Besteller (Auftraggeber) „in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt wurden“. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs dient diese Regelung der Klarstellung. Bei anderen Werkverträgen als Bauverträgen sollen Teilleistungen zwar einen Abschlagszahlungsanspruch auch auslösen können, wenn keine Eigentumsübertragung am Teilwerk erfolge, wie beispielsweise bei der Erstellung von individuellen EDV-Programmen. Dann jedoch setze eine „nachgewiesene vertragsgemäße Leistung“ im Sinne des Satzes 1 voraus, dass die Teilleistung für den Besteller einen Wert darstelle und ihm „in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt“ werde (vgl. BR-Drucksache 458/04 – Beschluss, S. 26). Nach der Gesetzesbegründung soll der vorgenannte Textpassus somit bei Bauverträgen keine eigenständige Bedeutung erlangen. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung insoweit künftig keine andere Auffassung vertritt.

- b) Des Weiteren wurde in § 632 a Abs. 1 Satz 2 BGB-E ausdrücklich die Regelung eingefügt, dass die Abschlagszahlung wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden kann. Durch einen Verweis auf § 641 Abs. 3 BGB soll der Auftraggeber darüber hinaus bei Mängeln ein Leistungsverweigerungsrecht bezüglich der Abschlagszahlung haben. Nach der Gesetzesbe-

gründung soll durch die vorgenannten Regelungen klargestellt werden, dass Abschlagszahlungen nicht nur für völlig mangelfreie Leistungen, sondern auch für solche mit lediglich unwesentlichen Mängeln gefordert werden können (vgl. BR-Drucksache 458/04 – Beschluss, S. 27). Bei allenfalls unwesentlichen Mängeln soll der Auftraggeber gegenüber der Forderung nach Abschlagszahlung ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des in der Regel Doppelten der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten haben. Sind die Mängel jedoch wesentlich, soll dem Auftragnehmer überhaupt kein Anspruch auf Abschlagszahlungen zustehen.

Damit würde die künftige gesetzliche Regelung der Abschlagszahlung gem. § 632 a BGB von der Regelung über Abschlagszahlungen in § 16 Nr. 1 VOB/B abweichen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 16 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B führen auch wesentliche Mängel nicht zu einem vollständigen Ausschluss des Anspruchs auf Abschlagszahlungen, sondern gewähren dem Auftraggeber gegenüber den Abschlagszahlungsforderungen des Auftragnehmers neben den Rechten gem. § 4 Nr. 7 VOB/B nur ein Zurückbehaltungsrecht in angemessener Höhe, in der Regel dem Zwei- bis Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten vgl. BGH Baurecht 1991, S. 81, 83; Baurecht 1988, S. 474, 475; Baurecht 1979, S. 159, 161; Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, Kommentar, 2003, § 16 VOB/B Rz. 134.

Die geplante Neuregelung würde also dazu führen, dass bei wesentlichen Mängeln ein Anspruch des Auftragnehmers auf Abschlagszahlung überhaupt gar nicht erst entsteht, auch nicht, soweit die Mängelbeseitigungskosten zuzüglich des so genannten „Druckzuschlags“ übersteigt. Diese Konsequenz ist jedoch völlig unangemessen, zumal die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln häufig schwer zu treffen ist. Die unmittelbare Verknüpfung zwischen dem Abschlagszahlungsanspruch des Auftragnehmers und seiner Mängelhaftung widerspricht auch der Systematik des Werkvertragsrechts (so bereits zum Beschleunigungsgesetz: Motzke, NZBau 2000, S. 484, S. 490; vgl. auch Kniffka, *ibr-online* Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 11.06.2004, § 632 a Rz. 6). Die Zielsetzung des Forderungssicherungsgesetzes, dem Auftragnehmer zur verbesserten Durchsetzung seiner Forderungen zu verhelfen, wird durch diese Regelung konterkariert. Stattdessen sollte sich die Abschlagszahlungsregelung des § 632 a BGB strikt an § 16 Nr. 1 VOB/B orientieren.

- c) Im Übrigen hat der Auftragnehmer die erbrachten Leistungen durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen. Abschlagszahlungen können ferner auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile verlangt werden, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereit gestellt wurden, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl entweder das Eigentum hieran übertragen oder entsprechende Sicherheit geleistet wurde.

Beide Neuregelungen entsprechen § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 VOB/B.

- d) Bei Verträgen mit Verbrauchern über die Einrichtung oder den Umbau eines Hauses oder vergleichbarer Bauwerke ist dem Auftraggeber bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs zu stellen (§ 632 a Abs. 3 BGB-E). Nach der Gesetzesbegründung soll die Sicherheit die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche, soweit diese die im Wesentlichen mangelfreie und rechtzeitige Herstellung betreffen, sichern (vgl. BR-Drucksache 458/04 – Beschluss -, S. 29). In der Sache handelt es sich daher um eine Sicherheit für die Vertragserfüllung. Über die Art der Sicherheitsleistung entscheidet gem. § 232 BGB der Auftragnehmer, in Betracht kommen also insbesondere die Hinterlegung von Geld oder die Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft. Auf Verlangen des Auftragnehmers kann die Sicherheitsleistung auch durch Einbehalt von der Abschlagszahlung verlangt werden, wobei der Auftraggeber die Abschlagszahlung bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhalten darf (§ 632 a Abs. 3 Satz 3 BGB-E). Darüber hinaus kann Sicherheit auch durch eine Garantie oder sonstiges Zahlungsverprechen eines Kreditinstituts bzw. Kreditversicherers geleistet werden (§ 632 a Abs. 4 BGB-E). Der Anspruch auf Sicherheitsleistung besteht nur bei Verbraucherverträgen, die die Errichtung oder

den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben (§ 632 a Abs. 3 Satz 1 BGB-E). Ob hier nach beispielsweise auch Heizungsbaufirmen bei Verträgen mit Verbrauchern über die Installation einer Heizungs- und Sanitäranlage zur Sicherheitsleistung verpflichtet sind, ist fraglich, aber wohl zu bejahen. Denn jedenfalls bei der kompletten Neuinstallation einer Heizungs- bzw. Sanitäranlage in ein Gebäude dürfte es sich um die Errichtung bzw. den Umbau eines vergleichbaren Bauwerkes im Sinne des § 632 a Abs. 3 Satz 1 BGB-E handeln. Hier kann die Rechtsprechung des BGH zu § 638 BGB a.F. herangezogen werden, wonach die Installation einer technischen Anlage zu den Arbeiten bei Bauwerken gehört, wenn die Anlage der Errichtung des Gebäudes dient, in das sie eingefügt wurde (vgl. BGH NZBau 2002, S. 389; Baurecht 1997, S. 1018, 1019). Die Gesetzesbegründung ist insofern unergiebig, allerdings greift der Schutzzweck der Neuregelung zugunsten des Verbraucherschutzes jedenfalls auch bei Verträgen mit Verbrauchern über die Installation einer kompletten Heizungs- bzw. Sanitäranlage ein.

Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung gem. § 632 a Abs. 3 hat der Auftraggeber nur, wenn er Verbraucher ist; zugunsten öffentlicher oder gewerblicher Auftraggeber besteht der vorgenannte Anspruch auf Sicherheitsleistung hingegen nicht. Die Sicherheit ist „bei der ersten Abschlagszahlung“

seitens des Auftragnehmers zu leisten. Da nach dem Gesetzeswortlaut ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers nicht erforderlich ist, muss man davon ausgehen, dass der Auftragnehmer die Sicherheit also ohne Aufforderung durch den Auftraggeber von sich aus erbringen muss. So lange der Auftragnehmer die Sicherheit nicht leistet, hat der Verbraucher gem. § 273 Abs. 1 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Forderung des Auftragnehmers nach Abschlagszahlung, sodass der Verbraucher insoweit auch mit der Abschlagszahlung nicht in Verzug gerät.

2. „Durchgriffsfälligkeit“, § 641 Abs. 2 BGB-E

- a) Die so genannte Durchgriffsfälligkeit der Vergütung von Nachunternehmern wird zunächst erweitert um den Fall der Abnahme der Leistung des Generalunternehmers durch dessen Auftraggeber. Die Vergütung des Nachunternehmers wird hiernach fällig, soweit die Leistung des Generalunternehmers/Hauptauftragnehmers von dessen Auftraggeber abgenommen worden ist bzw. als abgenommen gilt. Darüber hinaus soll die Vergütung des Nachunternehmers auch dann fällig werden, wenn er seinem Auftraggeber, also dem Generalunternehmer bzw. Hauptauftragnehmer, erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über Zahlungen an den Generalunternehmer/Hauptauftragnehmer oder über die Abnahme der Leistungen des Generalunternehmers/Hauptauftragnehmers seitens dessen Auftraggebers gesetzt hat.

Ziel der Regelung ist es, die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Regelung zur Durchgriffsfähigkeit gem. § 641 Abs. 2 BGB zu verbessern und vor allem zu verhindern, dass Generalunternehmer von ihren Auftraggebern Geld einnehmen, dieses aber nicht an die Nachunternehmer weiterleiten, die die einzelnen Gewerke ausgeführt haben (vgl. BR-Drucksache 458/04 – Beschluss –, S. 30). So nachvollziehbar und durchaus begrüßenswert diese gesetzgeberische Intention für die Ausweitung der so genannten Durchgriffsfähigkeit auch ist, so problematisch erweist sie sich jedoch in der Praxis vor allem bei VOB-Bauverträgen.

Im Einzelnen:

Gem. § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E wird die Vergütung des Nachunternehmers fällig, soweit die Leistungen des Generalunternehmers/Hauptauftragnehmers von dessen Auftraggeber abgenommen worden sind oder als abgenommen gelten. Bei einem VOB-Bauvertrag zwischen Generalunternehmer und Nachunternehmer stellt sich damit die Frage, ob der Anspruch des Nachunternehmers auf die Schlusszahlung gem. § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B die Stellung einer prüfaren Schlussrechnung und den Ablauf der Zweimonatsfrist voraussetzt oder ob – bei Abnahme des Werkes des Generalunternehmers durch dessen Auftraggeber – die Vergütung des Nachunternehmers gem. § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB sofort fällig wird, ohne dass der Nachunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer eine prüf-

bare Schlussrechnung stellen und die Zweimonatsfrist ablaufen müsste. Letzteres hätte zur Folge, dass der Anspruch des Nachunternehmers auf die Schlusszahlung unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B (prüfbare Schlussrechnung, Ablauf der Zweimonatsfrist) mit der Abnahme der Leistung des Generalunternehmers durch dessen Auftraggeber fällig würde.

Auch die Durchgriffsfähigkeit bei erfolgloser Fristsetzung des Nachunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer zwecks Auskunfterteilung über Zahlungen an den Generalunternehmer oder die Abnahme dessen Leistungen durch den Bauherrn wirft einige Fragen auf. Unklar bleibt beispielsweise, ob unter einer erfolglosen Fristsetzung zur Auskunfterteilung nur eine unterbliebene Auskunft des Generalunternehmers über die vorgenannten Umstände oder auch schon eine unzutreffende Auskunft über die vorgenannten Sachverhalte zu verstehen ist. Nach der Gesetzesbegründung soll Fälligkeit offenbar nur eintreten, wenn keine Auskunft erteilt worden ist (vgl. BR-Drucksache 458/04, S. 30).

- b) In der Begründung des Gesetzentwurfs wird schließlich klargestellt, dass durch die Erweiterung der so genannten „Durchgriffsfähigkeit“ gem. § 641 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ein Leistungsverweigerungsrecht des Generalunternehmers/Hauptauftragnehmers gem. § 641 Abs. 3 BGB gegenüber seinem Nachun-

ternehmer wegen Mängeln nicht ausgeschlossen wird (vgl. Gesetzentwurf, a.a.O., S. 31). Nimmt also beispielsweise der Bauherr die Leistung des Generalunternehmers unter Vorbehalt diverser Mängel ab, wird der Vergütungsanspruch des Nachunternehmers gem. § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E fällig. Ist der Nachunternehmer für die Mängel jedoch verantwortlich, so hat der Generalunternehmer gegenüber dem Vergütungsanspruch des Nachunternehmers gem. § 641 Abs. 3 ein Leistungsverweigerungsrecht. Hinsichtlich der geltenden Fassung des § 641 Abs. 2 BGB ist umstritten, ob im Falle der Durchgriffsfähigkeit dem Generalunternehmer/Hauptauftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 641 Abs. 3 BGB gegenüber dem Vergütungsanspruch des Nachunternehmers bei von diesem zu verantwortenden Mängeln zusteht (bejahend: OLG Nürnberg Baurecht 2004, S. 516, 517 ff.; verneinend: Kniffka, ZfBR 2000, S. 227, 231).

3. Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers bei Mängeln, § 641 Abs. 3 BGB

Das Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers im Falle eines Mängelbeseitigungsanspruchs wird flexibel in Höhe eines „angemessenen Teils der Vergütung“ ausgestaltet, in der Regel besteht es in Höhe des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten (§ 641 Abs. 3 BGB-E). Die geltende, durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ vom 30.03.2000 eingefügte Gesetzesfassung („mindestens in Höhe des Dreifachen“) ist unangemessen und korrekturbedürftig (so auch Kniffka, ZfBR 2000,

S. 227, 232; IBR 2003, S. 714, 716; Peters, NZBau 2004, S. 1, 7). Mit der jetzt vorgeschlagenen flexiblen Regelung der Höhe des Leistungsverweigerungsrechts und Druckzuschlages wird wieder zu der Rechtsprechung vor der Gesetzesänderung durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ zurückgekehrt (vgl. insoweit BGH Baurecht 1992, S. 401, 402; OLG Düsseldorf, Baurecht 1998, S. 126, 128).

4. Fertigstellungs-

bescheinigung, § 641 a BGB

Das durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ vom 30. 3. 2000 eingeführte Institut der Fertigstellungsbescheinigung wird abgeschafft, da es sich in der Praxis nicht bewährt hat.

5. Bauhandwerkersicherung, § 648 a BGB

Die Regelung der Bauhandwerkersicherung wird in mehrfacher Hinsicht modifiziert.

a) Zunächst erhält der Auftragnehmer einen Rechtsanspruch auf eine Bauhandwerkersicherung; bislang gewährt § 648 a Abs. 1 BGB dem Auftragnehmer ein Recht zur Leistungsverweigerung, wenn der Auftraggeber nicht innerhalb angemessener Frist eine Sicherung stellt. Darüber hinaus wird durch eine Änderung des Gesetzestextes auch klargestellt, dass der Auftragnehmer auch nach der Abnahme einen Anspruch auf Sicherheitsleistung einräumt. Dies entspricht allerdings mittlerweile der höchststrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur geltenden Fassung des § 648 a (vgl. BGH Baurecht 2004, S. 826, 827 ff.).

b) Bedeutsamer ist die ausdrückliche Ergänzung

im Gesetzestext, dass der Auftragnehmer auch dann Sicherheitsleistung vom Auftraggeber verlangen kann, wenn dieser Mängelrechte geltend machen kann (§ 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB-E). Nach der Gesetzesbegründung ist die Konsequenz, dass der Auftraggeber trotz Geltendmachung von Mängelansprüchen Sicherheit leisten muss, bedacht worden, die Regelung werde jedoch im Hinblick auf die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers für sachgerecht und angemessen erachtet (vgl. BR-Drucksache 458/04 – Beschluss –, S. 33). Ein Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers gegenüber dem Sicherungsverlangen des Auftragnehmers wegen etwaiger Mängelansprüche soll damit offensichtlich ausgeschlossen werden. Damit würde die Rechtsposition des Auftragnehmers im Vergleich zur bisherigen Regelung des § 648 a und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH Baurecht 2004, S. 826, 828 ff.) erheblich verbessert.

Des Weiteren soll auch die Aufrechnung des Auftraggebers mit etwaigen Schadensersatzansprüchen gegen den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nur dann Einfluss auf die Höhe des Sicherungsanspruchs haben, wenn der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist. Nach der Gesetzesbegründung würde es dem Zweck der Bauhandwerkersicherung zuwiderlaufen, wenn der Auftragnehmer im Streit über die Sicherung gezwungen wäre, sich mit der Berechtigung des zur Aufrechnung gestellten

Anspruchs des Auftraggebers auseinanderzusetzen (vgl. Gesetzesbegründung, a.a.O., S. 33). Auch dies stellt eine deutliche Verbesserung der Rechtsposition des Auftragnehmers dar.

c) Die Rechtsfolgen einer nicht fristgemäßen Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber werden zugunsten des Auftragnehmers verbessert und vereinfacht. Künftig kann der Auftragnehmer, wenn er dem Auftraggeber erfolglos eine angemessene Frist zur Sicherheitsleistung gesetzt hat, seine Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Entscheidet er sich für die Kündigung, hat er Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen (§ 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB-E). Es wird – widerlegbar – vermutet, dass dem Auftragnehmer bezüglich der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen 5 % der vereinbarten, noch nicht verdienten Vergütung zustehen (§ 648 a Abs. 5 Satz 3 BGB-E).

6. Kündigungsrecht des Auftraggebers, § 649 BGB

Auch § 649 BGB wird um die widerlegbare Vermutung ergänzt, dass dem Auftragnehmer im Fall der freien Kündigung durch den Auftraggeber bezüglich der nicht erbrachten Leistungen 5 % der vereinbarten, noch nicht verdienten Vergütung zustehen.

Da die Methode zur Abrechnung von gem. § 649 Satz 1 BGB frei gekündigten Werkverträgen umstritten ist, könnte die beabsichtigte Neuregelung ebenso wie die identische Neuregelung in § 648 a Abs. 5 Satz 3 zu dem Missverständnis Anlass geben, dass die widerlegbare

5 %-ige Pauschale sich im Falle der Vertragskündigung durch den Auftraggeber auf die Gesamtvergütung des Auftragnehmers und nicht lediglich auf die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen bezieht. (So offensichtlich Peters, NZBau 2004, S. 1, 8: „Die 5 % sollen verbleiben, wenn man von der Werklohnforderung die ersparten Aufwendungen abzieht“; vgl. zum Streitstand: Messerschmidt/Kapellmann, a.a.O., § 8 VOB/B Rz. 24; Ingenstau/Korbion VOB, 15. Aufl. 2003, § 8 VOB/B Rz. 24.)

Eine solche Interpretation würde jedoch der gesetzgeberischen Intention nicht gerecht werden. Die Neuregelung in § 649 Satz 3 BGB-E dient – ebenso wie in § 648 a Abs. 5 Satz 3 BGB-E – ausweislich der Gesetzesbegründung der Verbesserung der Rechtsposition des Auftragnehmers im Falle der Kündigung nach § 649 BGB. Letzterer soll in die Lage versetzt werden, angesichts der hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Darlegung der Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen abzüglich der ersparten Aufwendungen insoweit seinen Vergütungsanspruch effektiver als bislang durchzusetzen (vgl. Gesetzesbegründung, a.a.O., S. 35). Mit dieser gesetzgeberischen Intention, dem Auftragnehmer zu einer effektiveren Durchsetzung seines Vergütungsanspruchs für die nicht erbrachten Leistungen zu verhelfen, lässt sich nur eine Auslegung vereinbaren, welche die Neuregelung des § 649 Satz 3 BGB-E ebenso wie die des § 648 a Abs. 5 Satz 3 BGB-E ausschließlich auf die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen und nicht auf die gesamte Vergütung bezieht. Denn nach der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 649 BGB,

welche dem Gesetzgeber bekannt ist, sind bekanntlich bei der Abrechnung eines gekündigten Bau- wie auch Architekten- und Ingenieurvertrages zunächst die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen von den nicht ausgeführten Leistungen abzugrenzen. Die Abrechnung nach der vereinbarten Vergütung und der Abzug der Ersparnisse usw. bezieht sich nach der Rechtsprechung des BGH nur auf die noch nicht ausgeführten Leistungsteile (vgl. BGH NZBau 2002, S. 507; Baurecht 1996, S. 846, 848). Nach der Rechtsprechung betrifft somit der Vergütungsanspruch nach § 649 Satz 2 BGB nur die nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen. Der Vergütungsanspruch für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen ergibt sich grundsätzlich aus § 631 Abs. 1 BGB, unabhängig davon, ob die Kündigung aus § 649 Satz 1 oder aus wichtigem Grund hergeleitet wird (vgl. BGH Baurecht 1999, S. 632, 633; Kniffka, Jahrbuch Baurecht 2000, S. 3). Da dem Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH bekannt ist (vgl. Gesetzentwurf, a.a.O., S. 35), muss davon ausgegangen werden, dass die in § 649 Satz 3 BGB-E vorgesehene Pauschale von 5 % nur die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen betrifft.

Hierfür spricht schließlich auch der Wortlaut dieser vorgesehenen Neuregelung, wonach dem Auftragnehmer 5 % der vereinbarten, „noch nicht verdienten“ Vergütung zustehen soll. Für erbrachte Leistungen dürfte die Vergütung grundsätzlich im vorgenannten Sinne „verdient“ sein. Würde man hingegen die 5 %-ige Pauschale auf die Gesamtvergütung beziehen, so würden die erbrachten Leistungen im Ergebnis letztlich nicht vergütet, da

die Pauschale an die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen anknüpft. Ein solches Ergebnis widerspricht offensichtlich der gesetzgeberischen Intention.

Im Ergebnis bezieht sich also die vorgesehene Neuregelung des § 649 Satz 3 BGB-E, ebenso wie die Neuregelung in § 648 a Abs. 5 Satz 3 mit der 5 %-igen Pauschale ausschließlich auf die Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen.

III. Änderungen des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG-E)

Der modifizierte Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes enthält diverse Änderungen des BauFG, welche die Anwendung des Gesetzes praktikabler machen und den Schutz der Bauunternehmen ausweiten sollen.

1. Zunächst wird der Baugeldbegriff in § 1 Abs. 3 Nr. 2 BauFG-E erheblich erweitert. Künftig sind alle Geldbeträge als Baugeld anzusehen, die ein Unternehmer in der Herstellungskette nach dem Bauherrn erhält. Dies können auch Eigenmittel des Bauherrn sein. Nach geltendem Recht handelt es sich um Baugeld nur bei Fremdmitteln, die zur Finanzierung von Baukosten auf der Grundlage eines Darlehensvertrages und gegen Grundpfandrechtliche Sicherung (Hypothek/Grundschuld) am zu bebauenden Grundstück gewährt werden. Eigenmittel sowie öffentliche Fördermittel, die als so genannte „verlorene Zuschüsse“ zur Finanzierung von Baukosten gewährt werden, stellen nach geltender Rechtslage kein Baugeld dar (vgl. BGH ZfBR 2000, S. 482, 483; In-

genstau/Korbion, a.a.O., Anhang 2 Rz. 218). Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 BauFG-E dürften auch solche öffentlichen Fördermittel zukünftig als Baugeld anzusehen sein.

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 Nr. 2 BauFG-E ist darüber hinaus offen, ob Unternehmen, die nur mit einem Teil des Baus beauftragt sind, wie insbesondere Nachunternehmer, zukünftig als Baugeldempfänger im Sinne des BauFG anzusehen sind. Nach der geltenden Fassung des § 1 BauFG sind Unternehmen, die lediglich einen Teil der Bauwerksleistung erbringen, keine Baugeldempfänger, unabhängig davon, ob sie unmittelbar vom Bauherrn oder vom Generalunternehmer als Nachunternehmer beauftragt werden (vgl. BGH ZfBR 2000, S. 178, 183; Ingenstau/Korbion, a.a.O., Anhang 2 Rz. 228). Der Wortlaut der vorgeschlagenen Neuregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 BauFG-E ließe eine Ausdehnung auch auf Nachunternehmer oder anderen nur mit Teilen des Baus beauftragte Firmen ohne Weiteres zu. Eine derartige Auslegung hätte für die betroffenen Nachunternehmer etc. vor allem die Verwendungspflicht der erlangten Gelder gem. § 1 Abs. 1 BauFG zur Folge, allerdings mit den Einschränkungen des § 1 Abs. 2 bezüglich der Verwendung der erhaltenen Vergütung für die selbst erbrachten Leistungen. Folge einer solchen Auslegung wäre beispielsweise auch eine Haftung des Nachunternehmers etc., wenn er mit dem empfangenen Werklohn nicht seine Lieferanten oder Arbeitnehmer bezahlen würde. Denn nach dem BauFG muss Baugeld auch zur Befriedigung von Personen verwendet werden, die an der Herstellung des Baus auf Grund von Dienst- oder

Kaufverträgen beteiligt sind (so BGH ZfBR 2000, S. 178, 183). Ob eine solch weit reichende Konsequenz zu Lasten der ausführenden Unternehmen vor allem in einer Nachunternehmerkette vom Gesetzgeber wirklich beabsichtigt ist, darf bezweifelt werden.

2. Ist die Baugeldeigenschaft oder die ordnungsgemäße Verwendung des Baugeldes gem. § 1 Abs. 1 BauFG streitig, so trifft die Beweislast den Baugeldempfänger (§ 1 Abs. 4 BauFG-E). Die Pflicht zur Führung eines Baubuchs gem. § 2 BauFG wird aufgehoben, da das Baubuch in der Praxis keine Bedeutung erlangt habe (vgl. Gesetzentwurf, a.a.O., S. 50).

IV. Änderung der Zivilprozessordnung (ZPO)

1. Teilurteil, § 301 ZPO-E

Der Entscheidung durch Teilurteil soll in der Praxis eine größere Bedeutung verschafft werden. Ein Teilurteil soll künftig bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen grundsätzlich ergehen, es sei denn, der entscheidungsreife Teil ist im Verhältnis zum übrigen Gegenstand des Rechtsstreits geringfügig oder es ist absehbar, dass auch dieser alsbald entscheidungsreif sein wird. Nur in den beiden letztgenannten Ausnahmefällen kann vom Erlass eines Teilurteils abgesehen werden. Ferner soll die praktische Bedeutung des Teilurteils durch die Einführung eines Antragsrechts der Parteien auf Erlass eines Teilurteils gestärkt werden (§ 302 Abs. 3 ZPO-E).

Ebenso wie beim Teilurteil sieht der Gesetzentwurf vor, dass auch der Erlass

des Vorbehaltsurteils bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zum Regelfall wird. Unterbleiben kann ein Vorbehaltsurteil nur noch, wenn alsbald die Entscheidungsreife der Aufrechnungsforderung gegeben ist (§ 302 Abs. 1 ZPO-E).

2. Vorläufige Zahlungsanordnung, § 302 a ZPO-E

Mit der vorläufigen Zahlungsanordnung schlägt der Gesetzentwurf ein neues Rechtsinstitut vor, das dem Kläger einen vorläufigen Vollstreckungstitel für seinen Zahlungsanspruch schon vor Entscheidungsreife des Rechtsstreits verschafft.

Das Verfahren zum Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung findet ausschließlich im Rahmen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens statt.

a) Eine solche vorläufige Zahlungsanordnung muss das Gericht auf Antrag des Klägers erlassen, soweit folgende beiden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Klage muss nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg haben und
- die Anordnung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger gerechtfertigt sein, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben.

Zu beiden Voraussetzungen hat das Gericht auf der Basis des jeweiligen Verfahrensstandes eine Prognose und anschließend eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Eine vorläu-

fige Zahlungsanordnung soll nach der Begründung des Gesetzentwurfs dann gerechtfertigt sein, wenn dem Kläger bei hoher Erfolgswahrscheinlichkeit seiner Klage ein weiteres Zuwarten auf die Entscheidung im Hauptsacheverfahren angesichts möglicher Verzögerungsfolgen auch bei Berücksichtigung berechtigter Belange des Beklagten nicht mehr zuzumuten ist (vgl. Gesetzentwurf, a.a.O., S. 39).

- b) Eine hohe Erfolgsaussicht der Klage kommt nach der Gesetzesbegründung beispielsweise bei Vorliegen eines „qualifizierten“ Privatgutachtens in Betracht (vgl. Gesetzentwurf a.a.O., S. 40). Um ein qualifiziertes Privatgutachten soll es sich dann handeln, wenn dem Gutachten eine erhöhte Richtigkeitsgewähr zukommt, etwa weil sich beide Parteien auf den zu begutachtenden Sachverständigen geeinigt haben oder das Privatgutachten auf der Grundlage eines Ortstermins gefertigt wurde und sich auch mit den dort vorgebrachten Einwänden des Beklagten auseinander gesetzt hat (vgl. a.a.O.). Auch die anerkannte Fachkompetenz der begutachtenden Person oder Stelle sollen auf die herausgehobene Qualität eines Privatgutachtens hindeuten können. Diese Ausführungen in der Gesetzesbegründung werfen jedoch mehr Fragen auf als sie beantworten. Ist beispielsweise bei öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen die anerkannte Fachkompetenz und damit eine erhöhte Richtigkeitsgewähr zu vermuten?

Eine hohe Erfolgsaussicht der Klage soll des Weiteren bestehen, wenn ein bereits vorliegendes gerichtliches Sachverständigengutachten die Tatsachenbehauptungen des Klägers stützt.

- c) Bezüglich der weiteren Voraussetzungen – besondere Nachteile für den Kläger aufgrund der voraussichtlichen Verfahrensdauer – hat dieser darzulegen, welche nachteiligen Folgen die voraussichtliche weitere Verfahrensdauer für ihn hätte und inwiefern der Erlass der vorläufigen Zahlungsanordnung geeignet wäre, diese Folgen abzuwenden. Nach der Gesetzesbegründung muss der Kläger im Einzelfall konkret vortragen, welche nachteiligen Folgen die noch zu erwartende Verfahrensdauer für ihn haben wird (vgl. Gesetzentwurf a. a. O., S. 41). Auf der anderen Seite sollen die Belange des Beklagten, die in die Abwägung der beiderseitigen Interessen einfließen sollen, von diesem darzulegen sein. Der Kläger soll beispielsweise auf den durch die Verfahrensdauer entstehenden Liquiditätsausfall oder das Risiko einer Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit des Beklagten verweisen können. Unter Bezugnahme auf die individuelle Struktur und Eigenart seines Unternehmens hat der Kläger dann darzulegen, warum er durch den Liquiditätsausfall besonders belastet wird. Nach der Gesetzesbegründung soll auch die Höhe der eingeklagten Forderung insbesondere in Relation zu Größe und Umsatz seines Unternehmens eine Rolle spielen. Hat die Forderung hiernach existenzielle wirtschaftliche Bedeutung für den Kläger,

so soll schon eine verhältnismäßig kurze Verfahrensdauer einen besonderen Nachteil zu Lasten des Klägers begründen können, der den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung rechtfertigt. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse auf der Beklagtenseite sollen in die Interessenabwägung einfließen können, etwa wenn der Beklagte durch die vorläufige Zahlung seinerseits in ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten geraten könnte (vgl. Gesetzesbegründung, a. a. O., S. 42).

- d) Die vorläufige Zahlungsanordnung steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil gleich und ergeht durch Beschluss, der unanfechtbar ist (§ 302 a Abs. 3 und 7 ZPO-E).

Ob die vorläufige Zahlungsanordnung in der Praxis auch entsprechend der Intention des Gesetzgebers zu einer schnelleren Befriedigung der Zahlungsansprüche der Gläubiger führen wird, bleibt abzuwarten. Angesichts der vorstehend dargestellten hohen Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung dürfte hier Skepsis angebracht sein.

Fazit:

Der modifizierte Bundesratsentwurf für ein Forderungssicherungsgesetz enthält aus Sicht der ausführenden Unternehmen einige durchaus positiv zu bewertende Regelungen, die zu einer Verbesserung der Rechtsposition der Auftragnehmer führen. Ob sie allerdings geeignet sind, das gesetzgeberische Ziel zu erreichen, die Zahlungsmoral zu stärken und insbesondere Auftragnehmer in die Lage zu versetzen, ihre Werklohnforderung effektiv zu sichern, bleibt abzuwarten.