

01.06.04**Empfehlungen
der Ausschüsse**R - AS - Fz - In - Wi - Wozu **Punkt 26** der 800. Sitzung des Bundesrates am 11. Juni 2004

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

- Antrag der Länder Thüringen, Sachsen, Sachsen-Anhalt -

A.

Der **federführende Rechtsausschuss (R)**,
der **Ausschuss für Arbeit und Sozialpolitik (AS)**,
der **Ausschuss für Innere Angelegenheiten (In)**,
der **Wirtschaftsausschuss (Wi)** und
der **Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung (Wo)**
empfehlen dem Bundesrat,

den Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 1 des Grundgesetzes nach Maßgabe folgender Änderungen beim Deutschen Bundestag einzubringen:

R
Wi
Wo

1. Zu Artikel 1 Nr. 01 - neu - (§ 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB)

In Artikel 1 ist vor Nummer 1 folgende Nummer 01 einzufügen:

'01. In § 204 Abs. 1 Nr. 8 werden die Wörter "oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a" gestrichen.'

Folgeänderung:

Vor der Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 1 ist folgende Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 01 einzufügen:

...

'Zu Nummer 01 (§ 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB)

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Institut der Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Dem entsprechend soll § 641a BGB aufgehoben werden. Als Folgeänderung ist in § 204 Abs. 1 Nr. 8 die "Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a" als Hemmungstatbestand zu streichen.'

Begründung (nur für das Plenum):

Da durch die von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" entwickelte vorläufige Zahlungsanordnung (§ 302a ZPO-E) künftig auf das Verfahren zur Erlangung einer Fertigstellungsbescheinigung verzichtet werden kann und deshalb § 641a BGB aufgehoben werden soll, ist als Folgeänderung § 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB zu ändern, der bislang die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a BGB als Hemmungstatbestand vorsieht.

R
Wi
Wo

2. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 632a BGB)

In Artikel 1 ist Nummer 1 § 632a wie folgt zu fassen:

'1. § 632a wird wie folgt gefasst:

"§ 632a

Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäß erbrachten Leistungen verlangen, die ihm in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt wurden. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Wenn der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.

(3) Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(4) Sicherheiten nach dieser Vorschrift können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. " "

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 1 ist wie folgt zu fassen:

'Zu Nummer 1 (§ 632a BGB)

Zu Absatz 1:

In Absatz 1 wird der bisherige § 632a BGB an die Parallelbestimmung des § 16 Nr. 1 VOB/B angeglichen. Dies führt zu einer Ausweitung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen. Bislang besteht ein Anspruch auf Abschlagszahlungen nur bei der Vorausleistung von Material und bei der Herstellung abgeschlossener Teile des Werks. In der Praxis ist es aber oft sehr schwierig zu beurteilen, ob

ein Teil des Werks abgeschlossen ist oder nicht. Daran scheitert häufig die Anwendung des § 632a BGB. Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, soll deshalb die offenere Formulierung des § 16 Nr. 1 VOB/B übernommen werden. Dies führt zu einer Anspruchsausweitung. So sollen Abschlagszahlungen nicht nur - wie bisher - bei der Lieferung von Material gefordert werden können, sondern auch dann, wenn eine selbständig abrechenbare Leistung erbracht worden ist. Bei anderen Werkverträgen als Bauverträgen sollen Teilleistungen einen Abschlagszahlungsanspruch auch auslösen, wenn keine Eigentumsübertragung am Teilwerk erfolgt oder dafür Sicherheit geleistet wird (denkbar z.B. im Fall der Entwicklung eines individuellen EDV-Programms oder bei Erstellung eines aus mehreren Teilen bestehenden Gutachtens). Eine "nachgewiesene vertragsgemäße Leistung" i.S.d. Satzes 1 der Neufassung setzt dann jedoch voraus, dass die Teilleistung für den Besteller einen Wert darstellt und ihm in einer nicht mehr entziehbaren Weise zur Verfügung gestellt wird. Dies wird durch den letzten Halbsatz in Satz 1 ausdrücklich klargestellt.

In Abweichung vom Wortlaut des § 16 Nr. 1 VOB/B wird in der Neufassung des § 632a BGB darauf verzichtet, ausdrücklich den Umsatzsteuerbetrag zu erwähnen. Nach den Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes ist in der nachzuweisenden Höhe des Wertes der vertragsgemäßen Leistungen die darauf entfallende Umsatzsteuer enthalten. Deshalb ist es nicht erforderlich, dies gesondert in Absatz 1 anzusprechen.

Eine Festlegung der Anzahl der Abschlagsforderungen ist erwogen worden, um möglichem missbräuchlichen Verlangen vorzubeugen, das darin bestehen kann, dass der Besteller ohne sachlichen Grund mit einer Vielzahl von Abschlagszahlungsforderungen konfrontiert wird. Die Anhörung der Praxis durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" hat jedoch ergeben, dass eine solche missbräuchliche Handhabung auch bei der Abschlagszahlungsregelung nach § 16 VOB/B nicht beobachtet und auch von Auftraggebern nicht bemängelt wird, so dass im Interesse einer möglichst flexiblen Handhabung der Abschlagszahlungen im Interesse der Parteien davon Abstand genommen worden ist. Die Bestimmung eines konkreten Zahlungsplans im Interesse des Verbrauchers, der die Abrufbarkeit möglicher Kredite planen muss, wird schon im Hinblick auf die Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen als nicht notwendig angesehen. Absatz 1 gilt für Generalübernehmerverträge und alle sonstigen Werkverträge.

In Anlehnung an die Regelung in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB sollen Abschlagszahlungen nicht nur für völlig mangelfreie Werke verlangt werden können, sondern auch für solche, die nur unwesentliche Mängel aufweisen. Das Erfordernis einer völlig mangelfreien Leistung, die auch keine unwesentlichen Mängel aufweisen darf, würde die Vorschrift weit gehend entwerten und unpraktikabel machen sowie der Absicht der gesetzlichen Regelung, die Situation des Bauhandwerkers zu verbessern, entgegenstehen. Deshalb sollen auch bei solchen Leistungen, die mit unwesentlichen Mängeln behaftet sind, Abschlagszahlungen verlangt werden können. Dem Auftraggeber steht jedoch ein Zurückbehaltungsrecht entsprechend § 641 Abs. 3 BGB zu (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rnr. 1218b m.w.N). Bei Mängeln, die den Grad der Unwesentlichkeit überschreiten, soll dem Auftragnehmer demgegenüber kein Recht auf Abschlagszahlungen zustehen, weil dieses der in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Wertung widerspricht.

Das in Satz 5 vorgesehene Wahlrecht zwischen Eigentumsübertragung und Sicherheit für den Besteller folgt dem Vorbild des § 16 VOB/B, der sich in der Praxis bewährt hat.

Wegen ihres vorläufigen Charakters stellen Abschlagszahlungen keine Teilabnahmen dar.

Zu Absatz 2:

Absatz 2 dient dazu, das Verhältnis zu anderen Abschlagszahlungsregelungen klarzustellen. In der vorgeschlagenen Fassung betrifft er Bauträgerverträge, für die die zulässigen Abschlagszahlungen in der Verordnung über die Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) unter Verweis auf die Makler und Bauträgerverordnung (MaBV) festgelegt sind. Der Hinweis ist allgemein gewählt worden, um auch zukünftigen Entwicklungen Rechnung zu tragen.

Soweit in Absatz 2 erweiternd auch der Umbau erwähnt wird, soll sich die Auslegung dieses Begriffs hier als auch in den entsprechenden Änderungen in Artikel 2 Nr. 2 und Artikel 8 Nr. 1 Buchstabe a des vorliegenden Entwurfs an der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 5 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) orientieren. Danach sind Umbauten Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion und Bestand. Unter diesen Voraussetzungen fallen entsprechend der Regelung in § 3 Nr. 6 HOAI auch Modernisierungen darunter.

Zu Absatz 3:

Absatz 3, der auch Bauträgerverträge erfasst, dient dem Verbraucherschutz. In beiden Fällen, sowohl beim Bauträgervertrag als auch beim Generalübernehmervertrag, hat sich in der Praxis die Frage ergeben, ob und in welchem Umfang dem Besteller eine Absicherung für seinen Erfüllungsanspruch zu verschaffen ist. Ein tatsächliches Bedürfnis, den Erfüllungsanspruch des Bestellers in gewisser Weise abzusichern, besteht. Durch die Regelungen über die Abschlagszahlungen in der Makler- und Bauträgerverordnung und durch eine entsprechende AGB-Kontrolle bei Generalübernehmerverträgen ist zwar sichergestellt, dass der Besteller nur für bereits erbrachte Leistungen zu zahlen hat. Dies deckt aber sein tatsächlich bestehendes Sicherheitsbedürfnis nicht voll ab. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass dem Besteller in der Regel erhebliche Mehraufwendungen entstehen, wenn das Bauwerk insbesondere im Fall der Insolvenz des Bauunternehmers nicht vollendet oder mangelhaft errichtet wird.

Es erscheint daher angezeigt, in § 632a BGB gesetzlich festzulegen, dass und in welchem Umfang der Besteller einen gesetzlichen Anspruch auf Absicherung seines Erfüllungsanspruchs hat, wenn der Werkvertrag die Errichtung eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks oder einen Umbau zum Gegenstand hat und Abschlagszahlungen vorgesehen werden. Dazu soll sich der Sicherungsumfang an § 14 Nr. 2 VOB/A anlehnen, der eine entsprechende Regelung für Bauaufträge der öffentlichen Hand bereits enthält. Hier wird das Sicherheitsbedürfnis des Bestellers mit fünf Prozent der Auftragssumme, was in der Diktion des BGB 5 Prozent der Vergütung entspricht, angesetzt. Diese Begrenzung hat sich im Bereich der öffentlichen Bauaufträge bewährt und kann als Basisregelung verallgemeinert werden. Das Bedürfnis nach einer höheren Sicherheit als 5 Prozent ist derzeit nicht quantifizierbar. Die Bestimmung einer festen Größe der Sicherheit ist aus Gründen der Rechtssicherheit dem Kriterium der Angemessenheit vorzuziehen. Deshalb bestimmt Absatz 3, dass der Besteller eine Sicherheitsleistung für seinen Erfüllungsanspruch in Höhe von 5 Prozent der Vergütung beanspruchen kann. Der Sicherungszweck der dem Besteller zu stellenden Sicherheit ist dahin gehend konkretisiert, dass Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel zu leisten ist. Das setzt die Abnahmereife, somit ein vollständiges, von unwesentlichen Mängeln abgesehen mangelfreies Werk voraus. Die Sicherheit soll somit alle Ansprüche abdecken, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt. Erfasst sein

sollen darüber hinaus aber auch die durch Überschreitung der Bauzeit entstehenden Ansprüche, da dem Verbraucher gerade bei Krisen von Bauunternehmern und Bauträgern Schäden häufig dadurch entstehen, dass das Bauwerk nicht rechtzeitig bezogen werden kann. Die Bürgschaft als Vertragserfüllungsbürgschaft sichert die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche. Nach der Abnahme ist die Bürgschaft zurückzugeben, es sei denn, die bei Abnahme vorbehaltenen Mängel sind noch nicht beseitigt (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1998, 554).

Ein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf Gewährleistungsansprüche soll nicht bestehen. Die Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft soll der individuellen Vertragsgestaltung überlassen bleiben.

Nach Satz 3 kann die Sicherheitsleistung in Anlehnung an die Regelung in § 17 Nr. 6 VOB/B auch in der Weise erbracht werden, dass auf Verlangen des Unternehmers ein Einbehalt erfolgen kann. Da dieser Einbehalt von den Parteien direkt geregelt werden kann, wird der mit der Einschaltung der Bank verbundene Organisations- und Kostenaufwand vermieden. Der Besteller kann im Falle einer solchen Vereinbarung die Abschlagszahlungen so lange zurückhalten, bis die geschuldete Sicherheit von 5 Prozent erbracht ist.

Zu Absatz 4:

Im Interesse eines Gleichlaufs mit § 648a BGB wird die Art der zu leistenden Sicherheit hier in gleicher Weise festgelegt.

Von einer zwingenden Ausgestaltung der Regelungen für Verbraucher bei Bauverträgen ist abgesehen worden. Bei anderen Werkverträgen als Bauverträgen sind die in der Praxis üblichen Vorauszahlungen (Reinigung, Eintrittskarten) individualvertraglich grundsätzlich zulässig und müssen sich im Falle formularmäßiger Regelung an den §§ 307 ff. BGB messen lassen. Auch in Bauverträgen kann es durchaus interessengerecht sein, von § 632a BGB abweichende Vereinbarungen zu treffen. Vor dem Hintergrund des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB wird eine entsprechende Vereinbarung im Regelfall an § 307 BGB zu messen sein, so dass der Schutz des Verbrauchers in ausreichender Weise gewährleistet ist (vgl. Werner/Pastor, a.a.O., Rnr. 1218d; Staudinger/Peters, BGB, 2003, § 632a Rnr. 13). Auch soll es dem Verbraucher weiterhin möglich sein, die VOB/B als Gesamtregelung zu vereinbaren, was im Falle einer zwingenden Ausgestaltung des Absatzes 3 nicht möglich wäre.'

Begründung (nur für das Plenum):

Der Änderungsantrag setzt die Ergebnisse der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" zu § 632a BGB um. So wird u.a. in Absatz 1 klargestellt, dass die Abschlagszahlung nicht wegen lediglich unwesentlicher Mängel verweigert werden kann, sondern dem Besteller nur ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der um den Druckzuschlag erhöhten voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zusteht. Aus der bisher vorgeschlagenen Fassung des Absatzes 1 Satz 1, "... nachgewiesenen vertragsgemäß erbrachten Leistungen ...", ergibt sich nicht, dass die Leistung in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt worden sein muss. Insoweit kann auch nicht auf § 16 VOB/B verwiesen werden. Denn dort wird beispielsweise, etwa ausweislich des Kommentars von Heiermann/Riedl/Rusam, 10. Aufl. 2003, eine Abschlagszahlung auch für das Herstellen oder für die Unterhaltung der Baustelleneinrichtung für zulässig erachtet (Rnr. 32 zu § 16). Daher muss im Gesetzestext ausdrücklich angeordnet werden, dass Leistungen in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt wurden. Der neu eingefügte Absatz 2 regelt das Verhältnis zwischen § 632a BGB-E und der auf Grund des Artikels 244 EGBGB erlassenen Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bau-trägerverträgen vom 23. Mai 2001. Der neu gefasste Absatz 3 (bisher Absatz 2) gestaltet genauer die Voraussetzungen aus, unter denen ein Verbraucher, gegen den ein Anspruch auf Abschlagszahlungen geltend gemacht wird, vom Bauunternehmer eine "Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel" verlangen kann. Der neu angefügte Absatz 4 schließlich erweitert - in Anlehnung an § 648a Abs. 2 Satz 1 BGB - den Kreis der möglichen Sicherheiten.

R
Wi
Wo

3. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§§ 632b - neu - bis 632e - neu - BGB),
Artikel 4 (§ 98 Abs. 3 Satz 1, § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO)

In Artikel 1 ist Nummer 2 zu streichen.

Folgeänderungen:

- a) Artikel 4 ist wie folgt zu fassen:*

'Artikel 4

Änderung der Insolvenzordnung

In § 98 Abs. 3 Satz 1 der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch ... geändert worden ist, wird die Angabe "910"

* Bei Annahme von Ziffer 15 oder 16 ist Artikel 4 zu streichen.

durch die Angabe "906, 909 Abs. 1 und 2, §§ 910" ersetzt.'

- b) Die Einzelbegründungen zu Artikel 1 Nr. 2 §§ 632b - neu - bis 632e - neu - und zu Artikel 4 Nr. 2 § 107 Abs. 2 Satz 1 sind zu streichen.

Begründung (nur für das Plenum):

Die im Gesetzesantrag vorgesehenen Vorschriften über die Einführung eines Eigentumsvorbehaltes für Werkunternehmer an wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks oder Gebäudes sind zu streichen, da sie zu einem Systembruch im Sachenrecht und damit zu einer Verteuerung der Baufinanzierung führen würden, ohne den Bauhandwerkern wirksam zu nützen.

Neben einem unmittelbaren Widerspruch zu den §§ 93, 94 und 946 BGB ergeben sich Wertungswidersprüche zu anderen Fällen des Einbaus einer Sache in eine andere (etwa bei der Reparatur beweglicher Sachen), bei denen der Einbau gemäß § 947 Abs. 2 und § 948 BGB zum Erlöschen eines Eigentumsvorbehaltes an dem eingebauten Teil führt. Der vorgeschlagene Eigentumsvorbehalt bewirkt, dass man bei eingebauten Bauteilen nicht mehr, wie das bisher nach den §§ 946 ff. BGB der Fall ist, davon ausgehen kann, dass sie zum Eigentum am Bauwerk und damit letztlich zum Grundeigentum gehören. Das ist für die Finanzierung von Bauvorhaben von wesentlicher Bedeutung. Der Wert von Sicherheiten, die für Immobiliendarlehensverträge zu stellen sind, hängt entscheidend davon ab, dass Einbauten zu einem Wertzuwachs führen. Dies soll nach dem Gesetzesantrag - mit nicht eindeutig zu überblickenden Ausnahmen - nicht mehr der Fall sein. Das wird dazu führen, dass Immobiliarsicherheiten neu bewertet und im Ergebnis Kredite verteuert werden.

Darüber hinaus ist die Regelung auch nicht geeignet, das Ziel eines wesentlich verbesserten Schutzes von Bauunternehmen vor Zahlungsverzögerungen und Zahlungsausfällen zu erreichen. Da Subunternehmer nicht in den Schutzbereich der Vorschriften einbezogen sind, hat von vornherein ein großer Teil der betroffenen Unternehmer keine Möglichkeit, von einer entsprechenden Neuregelung zu profitieren. Im Übrigen beschränkt sich der Anwendungsbereich eines Eigentumsvorbehaltes für Werkunternehmer im Wesentlichen auf Teile des Innenausbaus, weil die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes davon abhängig ist, ob eine Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde. Damit entsteht eine Ungleichbehandlung der einzelnen Handwerker. Erhebt der Besteller eine Mängelrüge, muss der Anspruch auf Herausgabe der unter Eigentumsvorbehalt eingebauten Sache im Klagewege geltend gemacht werden. In diesem Rechtsstreit stehen die gleichen Fragen zur Entscheidung an, wie in einem Rechtsstreit um die Vergütungsforderung selbst. Für den Unternehmer ist also im Ergebnis nichts gewonnen. Seinem berechtigten Sicherheitsinteresse kann vielmehr durch die von der Arbeitsgruppe empfohlene Neufassung der im Entwurf vorgesehenen Umgestaltung der Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB wesentlich effizienter Rechnung getragen werden.

R
Wi
Wo4. Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 641 Abs. 2, 3 BGB)

In Artikel 1 ist Nummer 3 § 641 Abs. 2, 3 wie folgt zu ändern:

a) Absatz 2 ist wie folgt zu ändern:

aa) In Satz 1 Nr. 2 ist nach den Wörtern "abgenommen worden ist" das Komma durch das Wort "oder" zu ersetzen und sind die Wörter "hierfür eine Vergütungsbescheinigung erteilt worden ist, oder" zu streichen.

bb) In Satz 2 sind die Wörter "Sicherheit in entsprechender Höhe" durch die Wörter "entsprechende Sicherheit" zu ersetzen.

b) In Absatz 3 Halbsatz 2 ist das Wort "mindestens" durch die Wörter "in der Regel" zu ersetzen.

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 3 § 641 Abs. 2, 3 ist wie folgt zu ändern:

a) Die Einzelbegründung zu Absatz 2 ist wie folgt zu ändern:

aa) In Absatz 4 ist nach den Wörtern "abgenommen hat" das Komma durch das Wort "oder" zu ersetzen und sind die Wörter "oder dafür eine Vergütungsbescheinigung erteilt worden ist" zu streichen.

bb) In Absatz 5 sind die Wörter "oder ob insoweit eine Vergütungsbescheinigung erteilt wurde" zu streichen.

cc) Absatz 6 ist wie folgt zu fassen:

Satz 2 entspricht von seiner Funktion dem bisherigen Absatz 2 Satz 2. Mit der Änderung der Formulierung soll allerdings zum Ausdruck gebracht werden, dass nicht nur die Höhe, sondern auch die Art der Sicherheit derjenigen entsprechen soll, die der Besteller dem Dritten geleistet hat.

b) Die Einzelbegründung zu Absatz 3 ist wie folgt zu fassen:

'Zu Absatz 3:

In der derzeit gültigen Fassung ist aus dem Gesetz nicht ablesbar, ob im Fall der - mit dem vorliegenden Entwurf erweiterten - Durchgriffsfälligkeit dem Hauptunternehmer ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Subun-

ternehmer zustehen kann, und zwar auch dann, wenn der Dritte (zunächst) vorbehaltlos abgenommen oder gezahlt hat. In Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2003, 1526; Werner/Pastor, a.a.O., Rnr. 1338 m.w.N.) ist ein solches Zurückbehaltungsrecht zum Teil bejaht worden, von der Praxis wird eine ausdrückliche Regelung gefordert. Sie erscheint angezeigt. Zunächst kann die Fälligkeit auf Grund der Abnahme oder Zahlung des Dritten keine weiter reichende Wirkung haben als die durch eine förmliche Abnahme ausgelöste Fälligkeit, was schon durch den Begriff "spätestens" im Gesetzestext deutlich wird. Schon dies ist ein gewichtiges Argument für ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht des Hauptunternehmers. Zu beachten ist auch Folgendes: Die Vertragspflichten des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer können weiter reichend sein, als die des Hauptunternehmers gegenüber dem Dritten, so dass die Leistung in dem zuletzt genannten Verhältnis mängelfrei ist, nicht aber in dem zuerst genannten. Schließlich können, was praktisch häufig der Fall ist, Mängel erst nach Zahlung oder Abnahme durch den Dritten auftauchen. In diesen Fällen dem Hauptunternehmer ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen, ist nicht zu rechtfertigen. Indem in Absatz 3 nunmehr statt auf die Abnahme allgemein auf die Fälligkeit abgestellt wird, ohne zwischen der Fälligkeit nach § 641 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu differenzieren, wird dieses hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.

Absatz 3 regelt den Einbehalt. Diese von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs ist mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in das geltende Recht aufgenommen worden. Um die Bemessung zu vereinfachen, war bestimmt worden, dass der Einbehalt mindestens das Dreifache der Mangelbeseitigungskosten beträgt.

Die Festlegung eines Druckzuschlags in dieser Höhe ist auf Kritik gestoßen. Wie Expertenanhörungen ergeben haben, ist im Regelfall ein Betrag in Höhe des Zweifachen der Mangelbeseitigungskosten auch für die Masse der gewöhnlichen Bauverträge ausreichend. Das Dreifache hatte sich in der Praxis zum Nachteil des Unternehmers ausgewirkt, der immer mit einem Einbehalt in dieser Höhe konfrontiert war. Der Druckzuschlag wird deshalb in Absatz 3 entsprechend reduziert. Sinnvoll erscheint zudem im Interesse einer möglichst flexiblen Handhabung, nicht einen Mindestbetrag festzuschreiben, sondern das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten als Regel-

fall vorzusehen. Zwar spricht für den Begriff "mindestens", dass damit der Besteller (Verbraucher) einen zuverlässigen Anknüpfungspunkt für die Höhe des Druckzuschlags hat, es gibt jedoch Sachverhalte, bei denen auch dieser Einbehalt unangemessen hoch ist (hohe Nachbesserungskosten im Verhältnis zum Wert des Objekts). Auch sind durchaus Sachverhalte denkbar, bei denen entsprechend der Funktion des einbehaltenen Betrages, den Unternehmer zur Nachbesserung zu veranlassen, mehr als der zweifache Einbehalt gerechtfertigt ist, dies etwa bei geringen Nachbesserungskosten. All diesen Sachverhalten wird die Annahme einer Regel besser gerecht als die Festsetzung einer Mindestgrenze. Entscheidendes Kriterium ist letztlich die Angemessenheit des Einhalts.'

Begründung (nur für das Plenum):

Der Änderungsantrag setzt die Ergebnisse der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" zu § 641 Abs. 2 und 3 BGB um.

Da auf Grund des neuen prozessrechtlichen Instituts einer vorläufigen Zahlungsanordnung das Verfahren zur Erlangung einer Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB) entfallen kann, muss insoweit auch § 641 Abs. 2 BGB-E entsprechend angepasst werden. Dies berücksichtigt der Änderungsantrag, indem er bei der Durchgriffsfälligkeit nicht mehr auf die Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung im Verhältnis zwischen dem Besteller und dem Dritten abstellt.

Zweitens wurde § 641 Abs. 2 Satz 2 BGB-E geändert, um klarzustellen, dass nicht nur die Höhe, sondern auch die Art der Sicherheit, die der Unternehmer dem Besteller zu erbringen hat, derjenigen Sicherheit zu entsprechen hat, die der Besteller seinerseits dem Dritten geleistet hat.

Drittens schließlich wurde auf Grund der Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe die Regelung zum Druckzuschlag (§ 641 Abs. 3 BGB-E) verändert.

R
Wi
Wo

5. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 641a BGB)

In Artikel 1 ist Nummer 4 § 641a wie folgt zu fassen:

"4. § 641a wird aufgehoben."

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 4 ist wie folgt zu fassen:

'Zu Nummer 4 (§ 641a BGB)

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Institut der Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Es leidet an zahlreichen Schwächen. Die Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral", insbesondere die von ihr durchgeführte Praxisanhörung, haben gezeigt, dass die Mängel struktureller Art sind und sich auch nicht durch Verbesserungen im Detail beheben lassen. Ziel des Instituts der Fertigstellungsbescheinigung war es, dem Handwerker über den Urkundenprozess einen schnellen Zahlungstitel für seine berechtigten Forderungen zu verschaffen. Mit Einführung des Instituts der vorläufigen Zahlungsanordnung steht hierfür ein geeigneterer Weg zur Verfügung. Von daher kann auf § 641a BGB verzichtet werden.'

Begründung (nur für das Plenum):

Mit der von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe entwickelten vorläufigen Zahlungsanordnung ist ein prozessrechtliches Institut geschaffen worden, das es dem Kläger ermöglichen soll, unter bestimmten Voraussetzungen rasch einen zunächst vorläufigen Zahlungstitel zu erlangen. Diese neue Konzeption dürfte sich insbesondere bei Werklohnklagen zu Gunsten der Bauhandwerker auswirken. Von daher kann künftig auf das Verfahren zur Erlangung einer Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB) verzichtet werden. Diese sollte im Urkundenprozess ihre Wirkung entfalten und so dem Handwerker schneller einen Zahlungstitel verschaffen. Mit Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung wird dieser umständlichere Weg nicht mehr nötig sein.

Für die Abschaffung des § 641a BGB spricht zudem der Umstand, dass sich die Fertigstellungsbescheinigung in der Praxis nicht bewährt hat. Wie die Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral", insbesondere die von ihr durchgeführte Praxisanhörung, gezeigt haben, sind die Mängel des § 641a BGB struktureller Art. Sie lassen sich deshalb auch nicht durch Verbesserungen im Detail beheben.

R
Wi
Wo

6. Zu Artikel 1 Nr. 5 (§ 641b BGB)

In Artikel 1 ist Nummer 5 § 641b zu streichen.

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 5 ist zu streichen.

Begründung (nur für das Plenum):

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Institut der Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Es leidet an zahlreichen Schwächen. Die Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral", insbesondere die von ihr durchgeführte Praxisanhörung, haben gezeigt, dass die Mängel struktureller Art sind und sich auch nicht durch Verbesserungen im Detail beheben lassen. Ziel des Instituts der Fertigstellungsbescheinigung war es, dem Handwerker über den Urkundenprozess einen schnellen Zahlungstitel für seine berechtigten Forderungen zu verschaffen. Mit Einführung des Instituts der vorläufigen Zahlungsanordnung steht hierfür ein geeigneterer Weg zur Verfügung. Von daher kann sowohl auf § 641a BGB als auch auf die ursprünglich in Artikel 1 Nr. 5 vorgesehene, den § 641a BGB ergänzende Regelung des § 641b BGB verzichtet werden.

R
Wi
Wo

7. Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 648a Abs. 1, 5, 7 BGB)

In Artikel 1 ist Nummer 6 § 648a wie folgt zu ändern:

- a) Buchstabe b ist zu streichen.
- b) Der bisherige Buchstabe c wird Buchstabe b und ist wie folgt zu ändern:

In Absatz 5 sind die Sätze 2 und 3 wie folgt zu fassen:

"Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer fünf Prozent der vereinbarten, noch nicht verdienten Vergütung zustehen."

- c) Buchstabe d ist zu streichen.

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 6 § 648a ist wie folgt zu fassen:

"Zu Nummer 6 (§ 648a BGB)

Durch die Neufassung des § 648a BGB soll die Bauhandwerkersicherung effektiver ausgestaltet werden.

Zu Absatz 1:

§ 648a Abs. 1 BGB-E entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 1. Die Vorschrift wird allerdings erweitert. Der Unternehmer ist sowohl vor als auch nach der Abnahme schützenswert, da er auch nach Abnahme im Falle eines Rechtsstreits über Mängel das Risiko der Insolvenz des Bestellers trägt. Aus diesem Grunde räumt Absatz 1 dem Besteller einen Anspruch auf Erteilung einer Sicherheit nicht nur bis zur Abnahme, sondern auch danach ein. Zwar hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 183/02 - (ZIP 2004, 617) § 648a Abs. 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung dahingehend ausgelegt, dass er dem Unternehmer auch nach der Abnahme das Recht gibt, eine Sicherheit zu verlangen, wenn der Besteller noch Erfüllung des Vertrages (Mängelbeseitigung) fordert, gleichwohl soll dies im Rahmen der Änderung des § 648a BGB im Gesetzestext klargestellt werden.

Einbezogen werden auch solche Ansprüche, die, wie etwa der Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung), an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten. Der Anspruch auf Erteilung der Bauhandwerkersicherung besteht auch dann, wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann. Die Konsequenz, dass der Auftraggeber noch Sicherheit leisten muss, wenn der Auftragnehmer mangelhaft gearbeitet hat oder das Verlangen nach Sicherheit erstmals nach einer Mängelrüge geltend macht, ist bedacht worden, die Regelung wird jedoch im Hinblick auf die Vorleistungspflicht des Unternehmers für sachgerecht und angemessen erachtet. Der Besteller kann allerdings nicht daran gehindert werden, mit möglichen Schadensersatzansprüchen gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen und so den Vergütungsanspruch, der nach § 648a BGB abgesichert werden soll, zu reduzieren. Dies soll aber keinen Einfluss auf die Höhe des Sicherungsanspruchs haben, es sei denn, der Anspruch, mit dem der Besteller aufrechnet, ist unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Ansonsten wäre der Unternehmer im Streit über die Sicherung gezwungen, sich mit der Berechtigung des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs des Bestellers auseinander zu setzen. Das würde dem Zweck der Bauhand-

werkersicherung zuwider laufen.

Die Geltendmachung des Anspruchs auf Gewährung einer Bauhandwerkersicherung wird vereinfacht. Bisher musste der Besteller den Anspruch mit der Ankündigung verbinden, bei Nichtbestellung der Sicherheit die (weitere) Leistung zu verweigern. Dieses Junktum zwischen Sicherheitsverlangen und Leistungsverweigerung ist nicht zweckmäßig und nach Abnahme als Druckmittel wirkungslos. Vorzuziehen ist es, dem Bauunternehmer die Wahl zu lassen, ob er bei Nichterfüllung des Sicherheitsanspruches klagt oder den Vertrag kündigt. Absatz 1 sieht deshalb einen Anspruch auf Leistung einer Bauhandwerkersicherung vor.

Zu Absatz 5:

§ 648a Abs. 5 BGB-E entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 5. Die Regelung wird aber technisch neu gestaltet. Der bisherige Absatz 5 nimmt auf die §§ 643 und 645 BGB Bezug, die sich für den Unternehmer vor allem in der Situation nach der Abnahme als nicht praktisch erweisen. Der Unternehmer ist nach bisherigem Recht gezwungen, dem Besteller eine Frist zur Stellung der Sicherheit zu bestimmen. Wurde die Sicherheit nicht fristgerecht erbracht, galt der Vertrag nach § 643 Satz 2 BGB als aufgehoben. Das ist für den Unternehmer vor allem dann ungünstig, wenn er seine Werkleistung erbracht hat und der Besteller Mängel einwendet. Deshalb soll der Unternehmer die Wahl erhalten, ob er die Sicherheit trotz Fristablaufs weiterhin verlangt oder vom Vertrag zurücktritt. Im Falle des Rücktritts soll ihm ein dem § 649 BGB entsprechender Anspruch zustehen, der dem Unternehmer die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung des Ersparten bzw. des durch anderweitigen Einsatz böswillig nicht Erzielten zuspricht. Diese Kündigungsfolgen im Gegensatz zu denen des § 645 BGB, der die Vergütung auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen beschränkt, sind angemessen. Da der Auftraggeber nach der Entwurfsfassung verpflichtet ist, eine Sicherheit zu stellen, ist die Nichtleistung der Sicherheit eine Vertragsverletzung, die daraufhin erfolgende Kündigung der Sache nach nichts anderes als eine außerordentliche Kündigung. Der Auftragnehmer hat daher Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistungen und Ersatz des entstandenen Schadens, somit einen § 649 Satz 2 BGB entsprechenden Anspruch.

Der bisherige Satz 2 soll entfallen, weil er überflüssig geworden ist. Bei seiner Einführung war zu bedenken, dass es eine dem Satz 2 (bisher Satz 3) entsprechende Pauschale in § 649 BGB nicht gab. Dies ließ befürchten, dass der Besteller nicht nach § 648a BGB, sondern nach § 649 BGB kündigt, um der in § 648a BGB geregelten Pauschale zu entgehen. Um dem entgegenzuwirken, war in dem bisherigen Satz 3 eine Regelung des Inhalts vorgesehen, dass eine Kündigung im Zweifel als Kündigung nach § 648a BGB anzusehen war. Diese Regelung ist jetzt entbehrlich. In § 649 BGB-E soll nämlich dieselbe Pauschale eingeführt werden, wie sie in Absatz 5 schon besteht. Damit ist ein Ausweichen in eine Kündigung nach § 649 BGB-E nicht mehr möglich. Die Vermutung ist widerlegbar.

Die Regelung des Absatzes 5 gilt nicht nur, wenn der Vertrag insgesamt gekündigt wird, sondern auch im Falle einer Teilkündigung.

Zu Absatz 6:

§ 648a Abs. 6 BGB-E entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Absatz 6. Die Ausnahme für juristische Personen des öffentlichen Rechts ist allerdings an die vergleichbare Regelung in § 651k Abs. 7 BGB angeglichen worden.

Begründung (nur für das Plenum):

Die Rechtsfolge für den Fall, dass der Besteller die geschuldete Bauhandwerkersicherung nicht erbringt und der Unternehmer darauf mit der Kündigung des Werkvertrages reagiert, soll mit dem Ergebnis der Bund-Länder-Arbeitsgruppe an diejenige bei der freien Bestellerkündigung gemäß § 649 BGB angeglichen werden. Rechtstechnisch sollte das dadurch geschehen, dass die Formulierung aus § 649 BGB übernommen wird. Diese Formulierung ist bewährt und den Rechtsanwendern vertraut. Es spricht nichts dafür, statt dessen eine neue Formulierung in § 648a Abs. 5 BGB einzuführen und anschließend auf diese in der Grundnorm des § 649 BGB zu verweisen.

R
Wi
Wo

8. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 648b BGB)

In Artikel 1 ist Nummer 7 § 648b zu streichen.

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 7 ist zu streichen.

Begründung (nur für das Plenum):

Die Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" haben gezeigt, dass eine grundlegende Reform des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen wegen ihrer weit reichenden Auswirkungen auf die Baufinanzierung noch sehr eingehender Prüfung bedarf. Da aber schon jetzt auf dem Gebiet der Baugeldsicherung ein großer Handlungsbedarf besteht, hat sich die Arbeitsgruppe entschieden, zunächst die dringendsten Fragen anzugehen. Hierzu genügen Änderungen im Rahmen des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen selbst. Von daher ist die ursprünglich beabsichtigte Einbindung in das BGB derzeit nicht erforderlich.

R
Wi
Wo

9. Zu Artikel 2 (Artikel 229 § 12 - neu -, Artikel 244 EGBGB)

Artikel 2 ist wie folgt zu fassen:

'Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. Dem Artikel 229 wird folgender § 12 angefügt:

"§ 12

Überleitungsvorschrift zum Forderungssicherungsgesetz

(1) Die Vorschriften der §§ 204, 632a, 641, 648a und 649 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung sind nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach diesem Tag entstanden sind.

(2) § 641a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auf Schuldverhältnisse, die vor dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] entstanden sind, in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung anzuwenden."

2. In Artikel 244 werden nach den Wörtern "die Errichtung" die Wörter "oder den Umbau" eingefügt.'

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 2 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)

Zu Nummer 1 (Artikel 229 § 12 - neu - EGBGB)

Artikel 229 § 12 - neu - EGBGB-E ist eine Überleitungsvorschrift. Nach Absatz 1 sollen die durch das Forderungssicherungsgesetz geänderten oder neu in das BGB eingefügten Vorschriften nur für Neuverträge gelten.

Für Schuldverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes entstanden sind, soll hingegen aus Gründen des Vertrauensschutzes weiterhin § 641a BGB gelten, der durch Artikel 1 Nr. 4 aufgehoben wird. Dies regelt Artikel 229 § 12 Abs. 2 - neu - EGBGB-E.

Zu Nummer 2 (Artikel 244 EGBGB)

Die Ergänzung in Artikel 244 folgt daraus, dass auch in § 632a Abs. 3 BGB-E der Umbau nunmehr ausdrücklich aufgeführt ist."

Begründung (nur für das Plenum):

Vor allem die Ergebnisse der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" erfordern mehrere Änderungen des Artikels 2.

Aus der Entscheidung, die modernisierten Regelungen des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) nicht in das BGB zu integrieren, sondern weiterhin eigenständig im BauFG zu belassen, folgt, dass aus Artikel 229 § 12 Abs. 1 - neu - EGBGB-E die Bestimmung des § 648b BGB-E herausgenommen werden muss, der die entsprechende BGB-Baugeldregelung enthielt.

Artikel 229 § 12 - neu - EGBGB-E ist auch im Hinblick auf den Wegfall der Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB) zu modifizieren. Dies gilt zunächst für Artikel 229 § 12 Abs. 1 - neu - (bislang Artikel 229 § 8) EGBGB-E, da im Ursprungsentwurf des Forderungssicherungsgesetzes vorgesehen war, die Regelungen über die Fertigstellungsbescheinigung zu verbessern (vgl. den bisherigen Artikel 1 Nr. 4 und 5), mithin für Altfälle eine Übergangsregelung vorzusehen war. Zudem soll infolge der Aufhebung des § 641a BGB die Vorschrift des § 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB, der bislang auf § 641a BGB Bezug nimmt, geändert werden. Daher ist auch insoweit eine Übergangsbestimmung erforderlich. Ferner muss aus Gründen des Vertrauensschutzes gewährleistet sein, dass der bisherige § 641a BGB auf Schuldverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes entstanden sind, weiterhin Anwendung findet. Dies regelt Artikel 229 § 12 Abs. 2 - neu - EGBGB-E.

Schließlich bedingt die vorgesehene Ergänzung des § 632a BGB (Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Umbaufälle) eine Änderung der Ermächtigungsnorm des Artikels 244 EGBGB ("Abschlagszahlungen beim Hausbau").

R
Wi
Wo

10. Zu Artikel 3 Nr. 01 - neu - (§ 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO)

In Artikel 3 ist vor Nummer 1 folgende Nummer 01 einzufügen:

'01. In § 127 Abs. 2 wird Satz 2 wie folgt gefasst:

"Im Übrigen findet die sofortige Beschwerde statt; dies gilt nicht, wenn

1. der Streitwert der Hauptsache den in § 511 genannten Betrag nicht übersteigt, es sei denn, das Gericht hat ausschließlich die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Prozesskostenhilfe verneint, oder
2. die Entscheidung über die Prozesskostenhilfe ein Verfahren auf Erlass, Aufhebung oder Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a betrifft." '

Folgeänderung:

Vor der Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 1 ist folgende Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 01 einzufügen:

"Zu Nummer 01 (§ 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO)

Im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung sollen Entscheidungen des Gerichts im Verfahren über den Erlass, die Aufhebung oder die Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a unanfechtbar sein (§ 302a Abs. 7 ZPO-E). Um die Erreichung dieses Zwecks nicht zu gefährden, soll durch die vorgeschlagene Änderung des § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO in Prozesskostenhilfverfahren, die Verfahren nach § 302a ZPO-E betreffen, die Beschwerde der Partei vollständig ausgeschlossen werden. Sie soll auch dann nicht statthaft sein, wenn das Gericht die beantragte Prozesskostenhilfe ausschließlich unter Hinweis auf die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen der Partei abgelehnt hat."

Begründung (nur für das Plenum):

Für Verfahren über den Erlass, die Aufhebung oder die Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung kann Prozesskostenhilfe beantragt werden. Im Interesse der Verfahrensbeschleunigung soll die Beschwerde der Partei gegen Entscheidungen in derartigen Prozesskostenhilfverfahren ausgeschlossen werden.

R
Wi
Wo

11. Zu Artikel 3 Nr. 1 (§ 227 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a - neu - ZPO)

In Artikel 3 ist Nummer 1 wie folgt zu fassen:

'1. In § 227 Abs. 3 Satz 2 wird nach Nummer 1 folgende Nummer 1a eingefügt:

'1a. Streitigkeiten, in denen der Erlass, die Aufhebung oder die Änderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a beantragt ist," '

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 1 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Nummer 1 (§ 227 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a - neu - ZPO)

In der Zeit vom 1. Juli bis zum 31. August eines Jahres sollen Verhandlungstermine in Streitigkeiten, in denen der Erlass, die Aufhebung oder die Änderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung beantragt worden ist, nicht auf bloßen Antrag einer Partei verlegt werden müssen. Dies widerspräche dem mit der Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung verfolgten Regelungszweck. Deshalb werden die Verfahren zur Entscheidung über eine vorläufige Zahlungsanordnung in die Aufzählung der eilbedürftigen Sachen in Absatz 3 Satz 2 aufgenommen."

Begründung (nur für das Plenum):

An Stelle des ursprünglich im Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vorgesehenen Voraburteils in Bausachen soll nach dem Ergebnis der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" das neue, auch in anderen Verfahren zum Tragen kommende Institut der vorläufigen Zahlungsanordnung in die Zivilprozessordnung eingestellt werden. Dies führt zu einer Folgeänderung bei Artikel 3 Nr. 1. Nunmehr soll das Verfahren über den Erlass, die Aufhebung oder die Änderung einer vorläufigen

Zahlungsanordnung zu den Ausnahmen zählen, bei denen es keine zwingende Terminsverlegung im Sinne des § 227 Abs. 3 Satz 1 ZPO geben kann.

R
Wi
Wo

12. Zu Artikel 3 Nr. 2 (§ 301 Abs. 2, 3 - neu -, 4 - neu - ZPO)

In Artikel 3 ist Nummer 2 wie folgt zu fassen:

'2. § 301 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

"(2) Der Erlass eines Teilurteils kann unterbleiben, wenn der entscheidungsreife Teil im Verhältnis zum übrigen Gegenstand des Rechtsstreits geringfügig ist oder wenn abzusehen ist, dass auch dieser alsbald entscheidungsreif sein wird."

b) Folgende Absätze 3 und 4 werden angefügt:

"(3) Die Parteien können den Erlass eines Teilurteils beantragen. Liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vor, weist das Gericht den Antrag durch kurz zu begründenden Beschluss zurück, der nicht anfechtbar ist. Ein Rechtsmittel kann nicht darauf gestützt werden, dass ein Teilurteil nicht ergangen ist.

(4) Das Gericht hat dem Rechtsstreit, soweit er nicht durch das Teilurteil entschieden ist, Fortgang zu geben, auch wenn gegen das Teilurteil ein Rechtsmittel eingelegt wird." '

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 2 ist wie folgt zu fassen:

'Zu Nummer 2 (§ 301 Abs. 2, 3 - neu -, 4 - neu - ZPO)

Um dem Teilurteil als Entscheidungsform in der Praxis größere Bedeutung zu verschaffen, sieht der Entwurf die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des Absatzes 2 vor. Ein Teilurteil hat deshalb künftig bei Vorliegen der Voraussetzungen - an denen sich nichts ändert - in der Regel zu ergehen.

Der Erlass eines Teilurteils kann nur noch in zwei Ausnahmefällen unterbleiben, in denen zweifelhaft ist, ob der Erlass eines Teilurteils einen Effizienzgewinn brächte - so, wenn der entscheidungsreife Teil im Verhältnis zum weiter im Streit bleibenden restlichen Gegenstand des Rechtsstreits geringfügig ist

oder wenn abzusehen ist, dass auch dieser alsbald entscheidungsreif ist. Mit "geringfügig" ist hier das Gleiche gemeint wie in § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Maßgeblicher Zeitpunkt für die anzustellende Prognose ist der Zeitpunkt, zu dem der Erlass eines Teilurteils frühestens möglich wäre. In diesen Fällen erscheint es angemessen, den Erlass eines Teilurteils wie bisher in das Ermessen des Gerichts zu stellen.

Nach dem neu einzufügenden Absatz 3 Satz 1 sollen die Parteien den Erlass eines Teilurteils beantragen und somit erreichen können, dass das Gericht sich mit dieser Frage befassen muss. Im Falle der Zurückweisung des Antrags entscheidet das Gericht durch kurz zu begründenden, nicht anfechtbaren Beschluss, in dem es darzulegen hat, weswegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vorliegen. Absatz 3 Satz 3 stellt klar, dass Rechtsmittel ausgeschlossen sind, die darauf gestützt werden, das Gericht habe eine Entscheidung durch Teilurteil prozessordnungswidrig unterlassen.

Absatz 4 - neu - fixiert schließlich die auch schon nach derzeitiger Rechtslage (vgl. OLG Karlsruhe, OLGR 2003, S. 145, 146; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 301 Rnr. 12 f.) bestehende Pflicht des Gerichts, den Rechtsstreit im Hinblick auf den durch das Teilurteil nicht entschiedenen Teil zu fördern. Die Förderung hat im Rahmen des prozessual Möglichen zu erfolgen. Das Gericht darf die Fortsetzung des Rechtsstreits insbesondere nicht mit der Begründung ablehnen, dass die Akten sich beim Rechtsmittelgericht befinden. Gegebenenfalls sind Zweitakten anzulegen. Unberührt bleibt die Regelung des § 254 ZPO. Unberührt bleibt auch die bisherige Rechtsprechung zum "Hochziehen" des restlichen Streitgegenstandes durch das Berufungsgericht (vgl. hierzu etwa Zöller/Vollkommer, ZPO, a.a.O.).'

Begründung (nur für das Plenum):

Die Änderungen sind das Ergebnis der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral".

R
Wi
Wo

13. Zu Artikel 3 Nr. 2a - neu - (§ 302 Abs. 1, 2a - neu - ZPO)

In Artikel 3 ist nach Nummer 2 folgende Nummer 2a einzufügen:

'2a. 302 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Das Wort "kann" wird durch das Wort "hat" ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

"Der Erlass eines Vorbehaltsurteils kann unterbleiben, wenn abzu-
sehen ist, dass die Aufrechnung alsbald zur Entscheidung reif sein
wird."

b) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 2a eingefügt:

"(2a) Der Kläger kann den Erlass eines Vorbehaltsurteils beantragen.
Liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Vorbehaltsurteils nicht
vor, weist das Gericht den Antrag durch kurz zu begründenden Be-
schluss zurück, der nicht anfechtbar ist. Ein Rechtsmittel kann nicht
darauf gestützt werden, dass ein Vorbehaltsurteil nicht ergangen ist." '

Folgeänderung:

Nach der Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 2 ist folgende Einzelbegründung
zu Artikel 3 Nr. 2a einzufügen:

"Zu Nummer 2a (§ 302 Abs. 1, 2a - neu - ZPO)

Ebenso wie beim Teilurteil sieht der Entwurf vor, dass auch der Erlass des Vor-
behaltsurteils bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zum Regelfall
wird. Unterbleiben kann ein Vorbehaltsurteil nur noch, wenn damit ein Effi-
zienzgewinn nicht verbunden wäre und dem Kläger daher ein Abwarten der
Entscheidungsreife der Aufrechnungsforderung zugemutet werden kann. Dies
kommt durch die Neuformulierung des Absatzes 1 zum Ausdruck.

Der neu eingefügte Absatz 2a sieht vor, dass der Kläger, der allein ein Interesse
am Erlass eines Vorbehaltsurteils haben wird, dies beantragen kann. Die Rege-
lung verfolgt dasselbe Ziel wie die Änderung zu § 301 Abs. 3 - neu - ZPO-E.
Die dortigen Ausführungen gelten entsprechend."

Begründung (nur für das Plenum):

Die Änderungen sind das Ergebnis der Beratungen der Bund-Länder-Arbeits-
gruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" zum Themenkomplex "Teilurteil/
Vorbehaltsurteil".

R
Wi
Wo

14. Zu Artikel 3 Nr. 3 (§ 302a - neu - ZPO)

In Artikel 3 ist Nummer 3 wie folgt zu fassen:

'3. Nach § 302 wird folgender § 302a eingefügt:

"§ 302a

Vorläufige Zahlungsanordnung

(1) Das Gericht erlässt auf Antrag des Klägers wegen einer Geldforderung eine vorläufige Zahlungsanordnung, soweit

1. die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat und
2. die Anordnung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger gerechtfertigt ist, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben. Hinsichtlich der abzuwägenden Interessen genügt die Glaubhaftmachung.

(2) Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden.

(3) Die vorläufige Zahlungsanordnung steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil gleich. § 713 findet keine Anwendung.

(4) Ändern sich die nach Absatz 1 maßgeblichen Verhältnisse wesentlich, so ist die vorläufige Zahlungsanordnung auf Antrag aufzuheben oder abzuändern.

(5) Die im Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung entstehenden Kosten sind Kosten der Hauptsache. § 96 gilt entsprechend.

(6) Die vorläufige Zahlungsanordnung tritt außer Kraft, soweit ein Endurteil ergeht, die Klage zurückgenommen oder eine anderweitige Regelung wirksam wird. Vollstreckungsmaßnahmen bleiben in der Höhe aufrecht erhalten, in der das Endurteil mit der vorläufigen Zahlungsanordnung übereinstimmt. Über die nach den Sätzen 1 und 2 eintretenden Wirkungen entscheidet das Gericht.

(7) Die Entscheidungen nach dieser Vorschrift ergehen durch kurz zu begründenden Beschluss, der nicht anfechtbar ist.

(8) Soweit dem Kläger nach dem Endurteil ein Anspruch in Höhe der vorläufigen Zahlungsanordnung nicht zusteht, hat er den Schaden zu ersetzen, der dem Beklagten durch die Vollstreckung der vorläufigen Zahlungsanordnung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. § 717 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend." '

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 3 ist wie folgt zu fassen:

'Zu Nummer 3 (§ 302a - neu - ZPO)

Zu Absatz 1:

Absatz 1 regelt die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung. Ihr Anwendungsbereich umfasst alle Zahlungsansprüche einschließlich etwaiger Nebenforderungen, soweit nicht - wie etwa bei Unterhaltsansprüchen (§ 644 ZPO) - Sonderregelungen eingreifen. Die gegenständliche Beschränkung auf Geldforderungen folgt aus der Zwecksetzung der vorläufigen Zahlungsanordnung: Sie soll bestimmten Belastungen entgegenwirken (insbesondere Liquiditätsschwierigkeiten, Insolvenzrisiko), von denen typischerweise Zahlungsgläubiger betroffen sind. Die Beschränkung auf Geldforderungen vermeidet zudem Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung vorläufiger Sachleistungen.

Das Verfahren zum Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung findet ausschließlich im Rahmen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens statt. Die systematische Stellung der Vorschrift macht deutlich, dass für dieses Verfahren vorbehaltlich abweichender Regelungen die allgemeinen Vorschriften gelten. Die vorläufige Zahlungsanordnung unterliegt der Dispositionsmaxime; der Kläger hat seinen Antrag allgemeinen Grundsätzen entsprechend zu beziffern. Eine vorläufige Zahlungsanordnung ist demnach auch im Rahmen einer Widerklage statthaft.

Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann über den gesamten oder nur über einen Teil des geltend gemachten Zahlungsanspruchs ergehen. Auch hinsichtlich des von ihr verfolgten Rechtsschutzziels ist sie daher streng akzessorisch zum Hauptsacheverfahren; ein gerichtlicher Entscheidungsspielraum, wie er etwa im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 938 ZPO eröffnet ist, besteht nicht. Soll die vorläufige Zahlungsanordnung nur einen Teilbetrag des

erhobenen Anspruchs umfassen, so ist sie im Gegensatz zum Teilurteil nicht an abgrenzbare Teile des Streitgegenstandes gebunden. Außerdem muss sie - da stets nur von vorläufiger Geltung - auf das Gebot der Widerspruchsfreiheit zu Schlussentscheidung und Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz (vgl. BGH, NJW 1996, 1478; 2000, 958, jeweils m.w.N.) keine Rücksicht nehmen. Eine vorläufige Zahlungsanordnung wird daher auch in Betracht kommen, wenn sich das Gericht aus prozessualen Gründen am Erlass eines Teilurteils gehindert sieht. Dem Gericht wird damit eine weitest mögliche Entscheidungsflexibilität im Einzelfall eröffnet.

Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann grundsätzlich nicht nur in der ersten, sondern auch in höherer Instanz ergehen (vgl. die §§ 525 und 555 ZPO). Dort wird allerdings ein Rechtsschutzbedürfnis nur anzuerkennen sein, soweit nicht bereits ein für den Kläger vorläufig vollstreckbarer Titel vorliegt.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung sind in zwei Stufen zu prüfen: Stellt das Gericht der Klage nach vorläufiger Würdigung des Sach- und Streitstandes eine positive Erfolgsprognose (Nummer 1), so tritt es anschließend in eine umfassende Abwägung der Interessen der Parteien ein, die neben dem objektiven "Erfolgsmoment" vor allem das "Zeitmoment" der weiteren Verfahrensdauer einzubeziehen hat (Nummer 2). Charakteristisch für die vorläufige Zahlungsanordnung ist somit, dass die hohen Erfolgsaussichten einer Klage zwar eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung für eine vorläufige Titulierung darstellen. Hinzu kommen muss vielmehr ein besonderer Nachteil des Klägers, der sich in dieser Prozesssituation aus einem weiteren Aufschub der Endentscheidung ergibt. Eine vorläufige Zahlungsanordnung ist danach gerechtfertigt, wenn dem Kläger bei hoher Erfolgswahrscheinlichkeit seiner Klage ein weiteres Zuwarten auf die Titulierung angesichts möglicher Verzögerungsfolgen auch bei Berücksichtigung berechtigter Belange des Beklagten nicht mehr zuzumuten ist.

- a) Nach Nummer 1 ist erste Voraussetzung, dass die Klage nach dem bis dahin erreichten Sach- und Streitstand, der insbesondere den bisherigen Vortrag der Parteien und die bisherigen Beweisergebnisse einschließt, nach Einschätzung des Gerichts hohe Aussicht auf Erfolg hat. Das soll der Fall sein, wenn das Gericht sich zu den einschlägigen tatsächlichen Fragen zwar noch keine dem Beweismaß des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO genügende Überzeugung gebildet hat, aber auf der Grundlage eines fundierten Zwischenergebnisses bereits eine Prognose über den Verfahrensausgang treffen kann. Die-

ser Prognose hat das Gericht seine Einschätzung zur Entscheidungserheblichkeit dieser Fragen, zum Maß der verbleibenden Unklarheit und gegebenenfalls zum Beweiswert noch nicht ausgeschöpfter Beweisangebote zu Grunde zu legen. In diesem Sinne liegt eine "hohe Aussicht auf Erfolg" vor, wenn die Klage nach der geschilderten prognostischen Würdigung Erfolg haben wird.

Anders als im einstweiligen Rechtsschutz nach den §§ 916 ff. ZPO orientiert sich das Verfahren der vorläufigen Zahlungsanordnung am Überzeugungsmaßstab des § 286 ZPO; damit ist insbesondere eine Beweisführung durch eidesstattliche Versicherung ausgeschlossen. Soweit die zu treffende Würdigung beweisantizipatorische Elemente aufweist, rechtfertigt sich dies durch den prognostischen Charakter der Entscheidung.

Eine hohe Erfolgsaussicht der Klage kommt danach beispielsweise in folgenden Fallgestaltungen in Betracht:

- "Qualifiziertes" Privatgutachten

Ein Privatgutachten, mit dem der Kläger seinen Sachvortrag substantiiert und dem der Beklagte seinerseits substantiierte Einwendungen entgegensetzt, kann grundsätzlich noch keine tragfähige Prognosebasis für das spätere Beweisergebnis bilden. Anderes kann aber ausnahmsweise gelten, wenn es sich um ein "qualifiziertes" Privatgutachten, also um eine Stellungnahme handelt, der nach Einschätzung des Gerichts eine erhöhte Richtigkeitsgewähr zukommt. Diese kann beispielsweise darauf beruhen, dass sich die Parteien auf den begutachtenden Sachverständigen geeinigt haben oder dass das Privatgutachten auf der Grundlage eines Ortstermins gefertigt wurde und sich auch mit den dort vorgebrachten Einwendungen des Beklagten auseinandersetzt. Auch die anerkannte Fachkompetenz der begutachtenden Person (etwa eines renommierten Wissenschaftlers) oder Stelle (z.B. Gutachterkommissionen bestimmter Berufsverbände) können auf die herausgehobene Qualität eines Privatgutachtens hindeuten.

- Gerichtliches Sachverständigengutachten

Auch wenn ein gerichtliches Sachverständigengutachten bereits vorliegt, kann es an der Entscheidungsreife fehlen, sei es, weil das Gutachten nach Ansicht des Gerichts noch der schriftlichen oder mündlichen Ergänzung bedarf, sei es, weil sich - möglicherweise erst auf Grund des Gutachtens - die Notwendigkeit der Zuziehung weiterer Sachverständiger ergeben hat.

Dennoch wird das Gutachten in solchen Fällen häufig schon ein substantielles Zwischenergebnis liefern, auch wenn der Abschluss des Verfahrens noch nicht absehbar ist. Auch in diesen Fällen soll der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung ermöglicht werden.

- Zweifelhafter Gegenbeweis

Allein die Tatsache, dass der Kläger den ihm obliegenden Hauptbeweis geführt hat, wird bei entsprechendem Gegenbeweisantritt des Beklagten regelmäßig noch keine fundierte Prognose des Beweisergebnisses zulassen. Etwas anders kann aber in Fällen gelten, in denen begründete Zweifel an der Substanzhaltigkeit des Gegenbeweises bestehen. Dies kommt nicht selten beim Zeugenbeweis vor, etwa wenn die Beziehungen eines Zeugen zu einer Partei, die Umstände seiner Benennung oder seine Ferne zum Beweisthema schon auf der Grundlage der Angaben des Beweisführers auf die Unergiebigkeit seiner Einvernahme hindeuten. Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann darüber hinaus gerechtfertigt sein, falls die Erhebung eines Gegenbeweises zwar prozessual unumgänglich ist, die Beschaffung des Gegenbeweismittels aber einen in Ansehung seines möglichen Beweiswertes außergewöhnlichen oder gar unverhältnismäßigen Aufwand verursacht. Das mag zum Beispiel bei Auslandszeugen oder bei der Erwirkung einer Urkundsvorlage durch Dritte der Fall sein.

- b) Bejaht das Gericht die hohe Erfolgsaussicht der Klage, so ist nach Nummer 2 eine umfassende Abwägung der Interessen des Klägers und des Beklagten vorzunehmen. Für die Abwägung nach Satz 1 ist zum einen die Einschätzung des Gerichts zum "Erfolgsmoment" nach Nummer 1 maßgeblich. Zum anderen hat das Gericht eine prognostische Entscheidung zum "Zeitmoment" zu treffen, also die voraussichtlich verbleibende Verfahrensdauer abzuschätzen.

Der Kläger hat darzulegen, welche nachteiligen Folgen die voraussichtliche weitere Verfahrensdauer für ihn hätte und inwiefern eine vorläufige Titulierung seines Zahlungsanspruchs geeignet wäre, diese Folgen abzuwenden. Das Erfordernis der "besonderen Nachteile" soll verdeutlichen, dass der Kläger im Einzelfall konkret vorzutragen hat, welche nachteiligen Folgen die noch zu erwartende Verfahrensdauer für ihn haben wird. Auf der anderen Seite sind Belange des Beklagten, die in die Abwägung einfließen

sollen, von diesem darzulegen.

Für die Darlegung besonderer Nachteile des Klägers kann allein der Verweis auf die Verfahrensdauer noch nicht ausreichen, weil die Parteien im Rahmen eines ordnungsgemäßen Prozessverlaufs grundsätzlich auch eine längere Verfahrensdauer hinzunehmen haben. Wenn der Kläger eine vorläufige Zahlungsanordnung ohne das volle Beweismaß des § 286 ZPO erlangen will, muss im Einzelfall geprüft werden, ob ein sachlicher Grund hierfür gegeben ist. Dazu muss der Kläger konkret dartun, welche Auswirkungen die Verzögerung für ihn hätte. Insoweit kann er beispielsweise auf einen durch die Verzögerung entstehenden Liquiditätsausfall oder auf das Risiko einer Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit des Beklagten verweisen. So wird ein klagender Unternehmer je nach der Eigenart seines Betriebes (insbesondere Auftragsstruktur, Personal- oder Materialkosten) oder nach seiner Betriebsgröße Außenstände besser oder schlechter verkraften können. Von großer Bedeutung für den Kläger kann ferner die Höhe der eingeklagten Forderung sein, die gegebenenfalls in Relation zu Größe und Umsatz seines Unternehmens zu sehen ist. Bei relativ unbedeutenden Beträgen wird ein längeres Zuwarten regelmäßig noch keinen besonderen Nachteil begründen, sofern der Zeitpunkt der Endentscheidung nicht völlig unabsehbar ist. Hat die rasche Durchsetzung der Forderung dagegen existenzielle wirtschaftliche Bedeutung für den Kläger, so kann schon eine verhältnismäßig kurze Verzögerung der Titulierung einen besonderen Nachteil darstellen, der den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung rechtfertigt.

Da eine Interessenabwägung zwischen den Parteien vorzunehmen ist, können sich aber auch Umstände auf Seiten des Beklagten entscheidend auf die Anforderungen, die im Einzelfall an die "besonderen Nachteile" zu stellen sind, auswirken. Bedeutsam kann in diesem Zusammenhang etwa werden, dass der Kläger in besonderem Maß auf eine Forderung angewiesen ist, die für den Beklagten nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen problemlos zu erfüllen wäre. In einem solchen Fall werden an das Gewicht der klägerischen Interessen geringere Anforderungen zu stellen sein als dann, wenn die vorläufige Zahlung den Beklagten seinerseits in ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten brächte.

Schließlich wird bei der Beurteilung der konkreten Auswirkungen der Verfahrensverzögerung auch das bisherige Prozessverhalten der Parteien zu berücksichtigen sein. So können sich aus dem bisherigen Verhalten des Be-

klagen tatsächliche Umstände ergeben, die den Schluss nahe legen, dass seine Einwendungen keine Zahlungsverzögerung oder Zahlungsverweigerung rechtfertigen. Im Bauprozess betrifft dies z. B. den Fall vorgeschobener Mängleinwendungen.

Demgegenüber bedarf es hier - anders als in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach den §§ 916 ff. ZPO - nicht der Darlegung einer klägerischen Notlage, wie sie namentlich bei der richterrechtlich entwickelten Leistungsverfügung vorausgesetzt wird. Aber auch von den Anforderungen des Anordnungsgrundes nach § 940 ZPO hebt sich die vorläufige Zahlungsanordnung wesentlich ab. Da sie ihrer Funktion nach ins Hauptsacheverfahren eingebunden ist, kann das Gericht hier auf sämtliche Verfahrensergebnisse der Hauptsache zurückgreifen; das rechtliche Gehör des Prozessgegners ist gewahrt. Vorläufige Zahlungsanordnungen beruhen deshalb nicht nur auf einer breiteren Erkenntnisgrundlage; diese ist auf Grund der Anforderungen an die richterlichen Prognoseentscheidungen - insbesondere im Bereich der Erfolgsaussichten - auch besser abgesichert als in Verfahren, in denen generell die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) genügt.

Eine Sondersituation entsteht in den Fällen, in denen das Gericht zwar eine dem § 286 ZPO entsprechende Überzeugung bereits gewonnen hat, sich aber gleichwohl aus prozessualen Gründen am Erlass eines Endurteils gehindert sieht, etwa weil die besonderen Voraussetzungen eines Teilurteils (abgrenzbarer Teil des Streitgegenstandes, Widerspruchsfreiheit) nicht gegeben sind. Die Interessenabwägung nach Nummer 2 wird hier zu Gunsten des Klägers ausfallen, weil ein zu dem "Erfolgsmoment" hinzutretendes "Zeitmoment" entbehrlich wird, soweit die Schwelle des § 286 ZPO erreicht ist. Der Beklagte kann in diesen Fällen regelmäßig keine schutzwürdigen Belange mehr vorweisen. Dann aber darf dem Kläger zumindest die vorläufige Titulierung seines Anspruchs nicht länger vorenthalten werden.

Soweit die Beibringungslast der Parteien im Hinblick auf die Interessenabwägung reicht, soll im Sinne einer möglichst umfassenden Berücksichtigung der Interessenlage und der Vermeidung weiterer Beweiserhebungen das Beweismaß der Glaubhaftmachung genügen (Satz 2). Die uneingeschränkte Geltung des Strengbeweiserfordernisses für alle Beweisfragen des Hauptsacheverfahrens bleibt hiervon unberührt.

Zu Absatz 2:

Nach Absatz 2 kann eine vorläufige Zahlungsanordnung nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung erlassen werden. Anders als in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach den §§ 916 ff. ZPO ist diese Voraussetzung unverzichtbar. Sie erscheint nicht nur deshalb wesentlich, weil es in der Sache um eine mindestens partielle Vorwegnahme der Hauptsachentscheidung geht. Das Erfordernis mündlicher Verhandlung sorgt auch dafür, dass der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung nicht vor einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt möglich ist, und sichert einer solchen Entscheidung damit ein Mindestmaß an Erkenntnisgrundlagen. Die Anberaumung eines gesonderten Verhandlungstermins ist allerdings nur erforderlich, soweit über den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung nicht bereits im Rahmen der Hauptsache mündlich verhandelt worden ist.

Für die Zurückweisung eines Antrags auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung verbleibt es bei dem Grundsatz des § 128 Abs. 4 ZPO.

Zu Absatz 3:

Die vorläufige Zahlungsanordnung soll dem Kläger einen Vollstreckungstitel bereits vor Erlass der Endentscheidung verschaffen. Daher werden die Vorschriften der §§ 708 ff. ZPO für anwendbar erklärt. Obwohl die vorläufige Zahlungsanordnung nach Absatz 7 unanfechtbar ist und damit die Voraussetzungen des § 713 ZPO seinem Wortlaut nach erfüllt, stellt sie doch keine endgültige Regelung dar. Der Ausschluss einer Abwendungsbefugnis des Schuldners nach § 713 ZPO wäre deshalb nicht zu rechtfertigen. Der Zahlungspflicht auf Grund einer vorläufigen Zahlungsanordnung wird der Schuldner gleichwohl nicht durch einen Schutzantrag nach § 712 ZPO entgehen können, wenn die Interessenabwägung nach § 712 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu seinen Lasten ausgeht. In den Fällen, in denen eine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen wird, dürfte das überwiegende Interesse des Gläubigers eine Vollstreckungsabwendung regelmäßig hindern.

Zu Absatz 4:

Ändern sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die dem Erlass einer vorläufigen Anordnung zu Grunde lagen, in wesentlichem Maße, so soll deren Aufhebung oder Änderung möglich sein. In Entsprechung zu dem Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung gilt auch hier das Antragerfordernis. Eine Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse kann etwa auf Grund des Er-

gebnisses einer weiteren Beweisaufnahme oder durch die Vorlage neuer Unterlagen durch eine Partei eintreten, wodurch die Erfolgsaussichten des der vorläufigen Zahlungsanordnung zu Grunde liegenden Klageanspruchs in einem neuen Licht erscheinen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass von einmal getroffenen Prognoseentscheidungen nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes abgewichen werden kann. Das bedeutet insbesondere, dass allein der seit der Erstentscheidung verstrichene Zeitraum auf eine erneute Prognose der voraussichtlichen Verfahrensdauer keinen Einfluss haben kann.

Nur wesentliche Änderungen der Verhältnisse begründen ein Rechtsschutzinteresse an einer Abänderung oder Aufhebung der vorläufigen Zahlungsanordnung. Würde jede Veränderung einen Anpassungsanspruch auslösen, so hätte das Prozessgericht ständig Folgeanträge zu gewärtigen, was eine unverträgliche Mehrbelastung der Justiz bedeuten würde. Wann eine Änderung "wesentlich" im Sinne dieser Vorschrift ist, lässt sich nicht schematisch beantworten. Als Anhaltspunkt mag die auch im Rahmen von § 120 Abs. 4 und § 323 ZPO gelegentlich herangezogene "10 %-Schwelle" dienen: Eine Anpassung ist danach veranlasst, sobald die Änderung der Verhältnisse zu einem um mehr als 10 % vom Ursprungsbetrag abweichenden Ergebnis führt.

Aus Absatz 2 folgt, dass die Entscheidung über eine Änderung der vorläufigen Zahlungsanordnung nur dann eine mündliche Verhandlung zwingend voraussetzt, wenn das Gericht die vorläufige Titulierung ausweiten möchte. Für einschränkende oder aufhebende Entscheidungen gilt dagegen der Ermessensgrundsatz des § 128 Abs. 4 ZPO.

Zu Absatz 5:

Satz 1 stellt klar, dass die Kosten des Verfahrens auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung Kosten des Hauptsacheverfahrens sind. Dieser Bestimmung kommt nur deklaratorische Bedeutung zu, weil das Verfahren auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung - wie seine systematische Stellung im Zweiten Buch der ZPO zeigt - kein eigenständiges Verfahren darstellt, sondern Teil des Hauptsacheverfahrens ist.

Aus dem Wortlaut des § 96 ZPO ist allerdings nicht ohne weiteres ersichtlich, ob Kosten, die durch einen abgelehnten Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung verursacht wurden, dieser Vorschrift unterfallen. Da der Rechtsgedanke des § 96 ZPO auch auf diesen Fall passt, ordnet Satz 2 seine entsprechende Anwendung an.

Zu Absatz 6:

Satz 1 legt fest, dass eine vorläufige Zahlungsanordnung - sofern sie nicht bereits nach Absatz 4 aufgehoben wird - höchstens für die Dauer der laufenden Instanz Bestand hat. Sie tritt - unabhängig vom Ergebnis - mit dem Erlass einer Endentscheidung (Endurteil einschließlich Vorbehaltsurteil, vgl. § 302 Abs. 2a - neu - ZPO-E), die sich auf ihren Regelungsgegenstand bezieht, ebenso außer Kraft wie mit einer diesbezüglichen Klagerücknahme oder anderweitigen Regelung (etwa Vergleich oder übereinstimmende Erledigungserklärung).

Wurden auf Grund der vorläufigen Zahlungsanordnung Vollstreckungsmaßnahmen getroffen und hat der Kläger hieraus Rechte erworben, so sollen ihm diese erhalten bleiben, soweit die Endentscheidung mit der nunmehr hinfälligen vorläufigen Zahlungsanordnung übereinstimmt. Im Gegensatz zu Satz 1 kommt es insoweit im Interesse der Wahrung klägerischer Rechte nicht auf die inhaltliche, sondern nur auf die betragsmäßige Kongruenz von vorläufiger Zahlungsanordnung und Endentscheidung an. Satz 2 ordnet insoweit den Fortbestand der einschlägigen Vollstreckungsmaßnahmen an. In allen anderen Fällen - also auch bei einer abweichenden Beurteilung des Rechtsstreits in der Rechtsmittelinstanz - gehen vorläufig in der Zwangsvollstreckung erworbene Rechte des Klägers dagegen verloren.

Im Interesse der Rechtsklarheit hat das Gericht die Wirkungen nach Satz 1 und 2 durch Beschluss (Absatz 7) deklaratorisch festzustellen.

Zu Absatz 7:

Absatz 7 schreibt für alle Entscheidungen nach § 302a ZPO-E die Beschlussform vor und erklärt diese Beschlüsse für unanfechtbar. Eine Anfechtbarkeit könnte - wie die Prozesspraxis des Teilurteils zeigt - den Fortgang des Hauptsacheverfahrens verzögern und wäre somit kontraproduktiv. Eine Unanfechtbarkeit erscheint auch unter Berücksichtigung der Interessen des Beklagten hinnehmbar, weil diesem grundsätzlich Sicherheit zu leisten ist und außerdem die Möglichkeit eines Vollstreckungsschutzantrages nach § 712 ZPO eröffnet ist.

Beschlüsse nach § 302a ZPO-E sind kurz zu begründen. Eine Begründung wäre zwar in Anbetracht der Unanfechtbarkeit und der fehlenden materiellen Rechtskraftwirkung der Entscheidung nicht zwingend geboten. Eine kurze Mitteilung der entscheidungserheblichen Erwägungen des Gerichts ist aber geeignet, den Parteien Klarheit über die derzeitige Rechts- und Tatsachenbewertung des Gerichts zu verschaffen. Das versetzt sie in die Lage, ihren weiteren Sachvortrag

auf den noch offenen Teil des Streitgegenstandes zu konzentrieren; es kann zudem ihre Einigungsbereitschaft hinsichtlich der vorläufig geregelten Prozessteile fördern. In Anlehnung an § 321a Abs. 4 Satz 4 ZPO soll allerdings - zumal bei ablehnenden Entscheidungen - eine "kurze" Begründung ausreichen, um den mit dem Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung entstehenden Mehraufwand für die Gerichte auf das Unumgängliche zu beschränken.

Zu Absatz 8:

Der Kläger, der aus einer vorläufigen Zahlungsanordnung vollstreckt, übernimmt das Risiko einer von der vorläufigen Titulierung abweichenden Endentscheidung. Soweit die instanzabschließende Entscheidung eine ergangene vorläufige Zahlungsanordnung betragsmäßig nicht abdeckt, hat der Kläger dem Beklagten für die Schadensfolgen unberechtigter Vollstreckungsmaßnahmen - § 302 Abs. 4 Satz 3, § 717 Abs. 2 und § 945 ZPO vergleichbar - verschuldensunabhängig einzustehen. Diese Ersatzpflicht dürfte auch geeignet sein, den Kläger von einer Titulierung unberechtigter Forderungen abzuhalten.

Der Schadensersatzanspruch nach Absatz 8 entsteht bereits mit Eintritt der dem Beklagten nachteiligen Vollstreckungsfolgen, steht jedoch unter der aufschiebenden Bedingung fehlender betragsmäßiger Deckung durch die instanzabschließende Entscheidung. Maßgeblich muss hier - wie bei Absatz 6 Satz 2 (Aufrechterhaltung von Vollstreckungsmaßnahmen) - ein rein betragsmäßiger Vergleich der vorläufigen Zahlungsanordnung mit dem instanzabschließenden Verfahrensergebnis sein. Steht dem Kläger danach ein Anspruch zu, jedoch aus einem anderen Grund als bei Erlass der vorläufigen Zahlungsanordnung angenommen, so darf dies nicht zu seiner Haftung führen.

Entsprechend § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO kann der Beklagte einen Anspruch schon im laufenden Verfahren (etwa im Wege der Widerklage) geltend machen, was eine zeitnähere Entscheidung ermöglicht und ein Folgeverfahren über diesen Anspruch entbehrlich macht.'

Begründung (nur für das Plenum):

Auf Grund der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" wird an Stelle des ursprünglich vorgesehenen Voraburteils in Bausachen als neues prozessrechtliches Institut die vorläufige Zahlungsanordnung vorgeschlagen. Sie bietet gegenüber dem bisherigen Konzept den Vorteil, nicht auf Bauprozesse beschränkt zu sein. Zudem liefert sie den Gerichten genauere Kriterien für die von ihnen zu treffende vorläufige Entscheidung. Bei der Erarbeitung der vorläufigen Zahlungsanordnung sind die Ergebnisse der

von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe durchgeführten Praxisanhörung berücksichtigt worden.

In
bei An-
nahme
entfällt
Ziffer 16;
ist bei
Annahme
der Ziffern
21 und 34
redaktionell
anzupassen

15. Zu Artikel 3 Nr. 4 (§ 750a - neu - ZPO),

Nr. 7 (§ 909 Abs. 1a - neu - ZPO),

Nr. 8 (§ 933 Satz 1 ZPO),

Artikel 4 Nr. 1 (§ 98 Abs. 3 Satz 1 InSO),

Artikel 6 (Änderung des Gerichtskostengesetzes),

Artikel 16 (Änderung sonstiger Vorschriften)

In Artikel 3 sind die Nummern 4 und 7 zu streichen.

Folgeänderungen:

- a) In Artikel 3 ist die Nummer 8 zu streichen.
- b) In Artikel 4 ist die Nummer 1 zu streichen.
- c) Die Artikel 6 und 16 sind zu streichen.
- d) Die Allgemeine Begründung ist wie folgt zu ändern:
Abschnitt "II. Allgemeine Zielsetzung des Entwurfs", Unterabschnitt "3. Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung und Festnahme/Auskunftserteilung" ist wie folgt zu ändern:
 - a) In der Überschrift sind die Wörter "Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung und Festnahme /" zu streichen.
 - b) Die Absätze 2 und 3 sind zu streichen.
 - c) In Absatz 4, letzter Satz sind die Wörter "und - als ultima ratio - der polizeiliche Vollzugsdienst auf Grund einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung" zu streichen.
- e) Die Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 4 § 750a, Nr. 7 § 909 Abs. 1a - neu - und Nr. 8 § 933 Satz 1, zu Artikel 4 Nr. 1 § 98 Abs. 3 Satz 1, zu Artikel 6 Änderung des Gerichtskostengesetzes und zu Artikel 16 Änderung sonstiger Vorschriften sind zu streichen.

Begründung (nur für das Plenum):

Die Ausschreibung eines Schuldners in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei zur Aufenthaltsermittlung sowie zur Festnahme erscheint - ungeachtet der Berechtigung des Anliegens, dem Gläubiger die Durchsetzung eines titulierten Anspruchs zu ermöglichen - unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bedenklich. Eine solche Maßnahme, bei der der Gesuchte in den Fahndungshilfsmitteln zusammen mit Straftätern aufgeführt wird, stellt einen erheblichen Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Dies ist bislang nur im Allgemeininteresse, insbesondere im Rahmen der Strafverfolgung zulässig. Es ist nicht ersichtlich, dass das Interesse des Gläubigers an der Ermittlung des Aufenthalts des Schuldners oder an seiner Festnahme zur Erzwungung der eidesstattlichen Versicherung einen derart gravierenden Eingriff rechtfertigt.

Zweifel bestehen zudem an der Geeignetheit der Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung. Die Polizei kann dem Gericht lediglich den Aufenthaltsort des Schuldners mitteilen, den dieser bei seiner Überprüfung (z.B. im Rahmen einer Verkehrskontrolle) angegeben hat. Eine Nachprüfung der Richtigkeit dieser Angabe durch die Polizei erfolgt nicht. Wenn der Schuldner seinen richtigen Aufenthaltsort angibt, ist er nicht gehindert, ihn anschließend zu ändern.

Schließlich bestehen Bedenken gegen die vorgesehene (Teil-) Aufgabenverlagerung der Sicherung und Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche auf die Polizeibehörden. Das geltende sog. Subsidiaritätsprinzip, das stets nur vorläufige, auf das unbedingt Erforderliche beschränkte Maßnahmen der Polizei zur Sicherung privater Rechte rechtfertigt, ist auch Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes betreffend die staatlichen (Zivil-) Gerichte einerseits und die Polizei- und Ordnungsbehörden andererseits.

R
Wi
Wo
entfällt bei
Annahme
von Ziffer 15

16. Zu Artikel 3 Nr. 4 (§ 750a - neu - ZPO),
Nr. 7 (§ 909 Abs. 1a - neu - ZPO),
Nr. 8 (§ 933 Satz 1 ZPO),
Artikel 4 Nr. 1 (§ 98 Abs. 3 Satz 1 InSO),
Artikel 16 (Änderung sonstiger Vorschriften)

In Artikel 3 sind die Nummern 4 und 7 zu streichen.

Folgeänderungen:

- a) In Artikel 3 ist die Nummer 8 zu streichen.
- b) In Artikel 4 ist die Nummer 1 zu streichen.
- c) Artikel 16 ist zu streichen.

- d) Die Einzelbegründungen zu Artikel 3 Nr. 4 § 750a, Nr. 7 § 909 Abs. 1a - neu - und Nr. 8 § 933 Satz 1, zu Artikel 4 Nr. 1 § 98 Abs. 3 Satz 1 und zu Artikel 16 Änderung sonstiger Vorschriften sind zu streichen.

Begründung (nur für das Plenum):

Die Ausschreibung eines Schuldners in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei zur Aufenthaltsermittlung sowie zur Festnahme erscheint - ungeachtet der Berechtigung des Anliegens, dem Gläubiger die Durchsetzung eines titulierten Anspruchs zu ermöglichen - unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bedenklich. Eine solche Maßnahme, bei der der Gesuchte in den Fahndungshilfsmitteln zusammen mit Straftätern aufgeführt wird, stellt einen erheblichen Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Dies ist bislang nur im Allgemeininteresse, insbesondere im Rahmen der Strafverfolgung, zulässig. Es ist nicht ersichtlich, dass das Interesse des Gläubigers an der Ermittlung des Aufenthalts des Schuldners oder an seiner Festnahme zur Erzwingung der eidesstattlichen Versicherung einen derart gravierenden Eingriff rechtfertigt.

Zweifel bestehen zudem an der Geeignetheit der Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung. Die Polizei kann dem Gericht lediglich den Aufenthaltsort des Schuldners mitteilen, den dieser bei seiner Überprüfung (z. B. im Rahmen einer Verkehrskontrolle) angegeben hat. Eine Nachprüfung der Richtigkeit dieser Angabe durch die Polizei erfolgt nicht. Wenn der Schuldner seinen richtigen Aufenthaltsort angibt, ist er nicht gehindert, ihn anschließend zu ändern.

Schließlich bestehen Bedenken gegen die vorgesehene (Teil-)Aufgabenverlagerung der Sicherung und Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche auf die Polizeibehörden. Das geltende sogenannte Subsidiaritätsprinzip, das stets nur vorläufige, auf das unbedingt Erforderliche beschränkte Maßnahmen der Polizei zur Sicherung privater Rechte rechtfertigt, ist auch Ausdruck des Gewaltenteilungsgrundsatzes betreffend die staatlichen (Zivil-)Gerichte einerseits und die Polizei- und Ordnungsbehörden andererseits.

R
Wi
Wo

17. Zu Artikel 3 Nr. 5 (§ 756 Abs. 1a - neu - ZPO)

In Artikel 3 ist Nummer 5 wie folgt zu fassen:

- '5. In § 756 wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

"(1a) Besteht die Zug um Zug zu bewirkende Leistung des Gläubigers in einer Nacherfüllung, so kann der Beweis, dass der Schuldner befriedigt ist, auch durch die Bescheinigung eines Gutachters erbracht werden. Gutachter kann sein

1. eine sachkundige Person oder Stelle, auf die sich Gläubiger und Schuldner nach Entstehen der Streitigkeit schriftlich verständigt haben, oder
2. ein auf Antrag des Gläubigers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architekten- oder Ingenieurkammer oder eine Landwirtschaftskammer bestimmter öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger.

Der Gutachter muss mindestens einen Besichtigungstermin abhalten; eine Einladung hierzu unter Angabe des Anlasses muss dem Schuldner mindestens zwei Wochen vorher zugehen. Der Schuldner ist verpflichtet, eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben durch den Gutachter zu gestatten. Verweigert er die Untersuchung, wird vermutet, dass die Nacherfüllung ordnungsgemäß erfolgt ist. In diesem Fall hat die Bescheinigung nach Satz 1 die Feststellung zu enthalten, dass wegen der Weigerung des Schuldners eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben nicht möglich war." '

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 5 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Nummer 5 (§ 756 Abs. 1a - neu - ZPO)

Nach Absatz 1a soll künftig die Bescheinigung eines Gutachters, dass die vom Gläubiger Zug um Zug zu bewirkende Nacherfüllung erbracht und der Schuldner dadurch befriedigt ist, einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde (Absatz 1) gleichstehen. Dabei beschränkt sich die Regelung nicht auf die Nacherfüllung im Rahmen von Werkverträgen, sondern bezieht auch die Nacherfüllung im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse, insbesondere bei Kaufverträgen (§ 439 BGB), ein. Sobald die Bescheinigung dem Schuldner zugestellt ist (Absatz 1 a.E.), kann die Zwangsvollstreckung beginnen.

Satz 2 regelt, wer Gutachter sein kann. Dessen Nummer 1 sieht dabei vor, dass die Verständigung der Parteien - in Anlehnung an § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO - nach Entstehen der Streitigkeit zu Stande gekommen ist und zu ihrer Wirksamkeit aus Gründen der Rechtssicherheit der Schriftform bedarf.

Nach Satz 3 muss der Gutachter - gegebenenfalls in Anwesenheit der Parteien - mindestens einen Besichtigungstermin abhalten.

Satz 4 regelt, dass der Schuldner die Untersuchung des Vertragsgegenstandes gestatten muss. Verweigert er sie, gilt nach Satz 5 die Nacherfüllung als erfolgt, und die Bescheinigung ist zu erteilen. In diesem Falle hat die Bescheinigung nach Satz 6 die Feststellung zu enthalten, dass wegen der Weigerung des Schuldners eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben nicht möglich war. Damit wird gegenüber redlichen Dritten hinreichend dokumentiert, dass das Werk vom Gutachter nicht untersucht werden konnte. Ein schützenswertes Vertrauen, das eine etwaige Gutachterhaftung gegenüber Dritten begründen könnte, kann auf diese Art und Weise nicht entstehen."

Begründung (nur für das Plenum):

Infolge der Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung (§ 302a - neu - ZPO-E) kann künftig auf das Verfahren zur Erteilung einer Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB) verzichtet werden. Dementsprechend sieht die Empfehlung zu Artikel 1 Nr. 4 die Aufhebung des § 641a BGB vor. Dies hat Folgewirkungen auf Artikel 3 Nr. 5, denn die bisherige Fassung des § 756 Abs. 1a ZPO-E nimmt auf bestimmte Regelungen des § 641a BGB Bezug. Da der Regelungszweck, der hinter § 756 Abs. 1a ZPO-E steht, jedoch unverändert beibehalten bleiben soll, ist es erforderlich, nunmehr in Absatz 1a selbst zu normieren, unter welchen Voraussetzungen der Nachweis der Nacherfüllung durch die Bescheinigung eines Gutachters erbracht werden kann. Die Sätze 2 bis 6 orientieren sich dabei an den entsprechenden Regelungen des bisherigen § 641a BGB, jedoch mit Präzisierungen und Verbesserungen an mehreren Stellen.

Die nach wie vor vorgesehene enge Anlehnung an den § 641a BGB ist trotz der beabsichtigten Aufhebung dieser Vorschrift weiterhin gerechtfertigt. Zwar hat sich § 641a BGB in der Praxis nicht bewährt, jedoch kann das hinter ihm stehende Konzept für den Nachweis der ordnungsgemäßen Nacherfüllung im Rahmen der Zwangsvollstreckung brauchbar gemacht werden. Dies zeigt der Vergleich mit der bisherigen Vollstreckungspraxis. So hat der Gerichtsvollzieher bei Zug-um-Zug-Verurteilungen - falls erforderlich - einen Sachverständigen hinzuzuziehen, um festzustellen, ob die Gegenleistung, etwa die Nachbesserung, ordnungsgemäß erbracht worden ist (vgl. Thomas/Putzo-Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 756 Rnr. 7; Zöller-Stöber, ZPO, 24. Aufl., § 756 Rnr. 7). Durch den neuen § 756 Abs. 1a ZPO-E entfällt dieses Erfordernis, sofern eine seinen Vorgaben entsprechende Gutachterbescheinigung vorliegt und dem Schuldner eine Abschrift dieser Bescheinigung vor der Vollstreckung bereits zugestellt ist oder ihm gleichzeitig zugestellt wird (§ 756 Abs. 1 a i.V.m. Abs. 1 ZPO-E).

R
Wi
Wo

18. Zu Artikel 3 Nr. 6 (§ 765 Satz 2 - neu - ZPO)

In Artikel 3 Nr. 6 § 765 Satz 2 ist die Angabe "§ 756 Abs. 1 Satz 2 und 3" durch die Angabe "§ 756 Abs. 1a" zu ersetzen.

Folgeänderung:

In der Einzelbegründung zu Artikel 3 Nr. 6 ist die Angabe "§ 756 Abs. 1 Satz 2 und 3" durch die Angabe "§ 756 Abs. 1a" zu ersetzen.

Begründung (nur für das Plenum):

Es handelt sich um eine Folgeänderung im Hinblick auf die Einfügung des Absatzes 1a in § 756 ZPO (Erleichterung des Nachweises der Nacherfüllung durch den Gläubiger bei Zug-um-Zug-Verurteilung).

R
Wi
Wo

19. Zu Artikel 3a - neu - (§ 29 - neu - EGZPO)

Nach Artikel 3 ist folgender Artikel 3a einzufügen:

'Artikel 3a

Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung

Dem Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird folgender § 29 angefügt:

"§ 29

§ 302a der Zivilprozessordnung ist mit Ablauf des 31. Dezember 2009 nicht mehr anzuwenden; Verfahren, in denen der Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung vor dem 1. Januar 2010 eingereicht wurde, bleiben hiervon unberührt." '

Begründung:

Das neue Rechtsinstrument der vorläufigen Zahlungsanordnung gemäß § 302a ZPO des Gesetzentwurfs stellt für das deutsche Prozessrecht eine einschneidende Neuerung dar. Die Vorschrift sollte daher auf fünf Jahre befristet werden, um während dieser Zeit ihre Praxistauglichkeit überprüfen zu können. Sollte sich ergeben, dass die Vorschrift in der gerichtlichen Praxis mehr Arbeit

verursacht als sie den Gläubigern Nutzen bringt, sollte die Vorschrift mit Ablauf der vorgeschlagenen Frist kraft Gesetzes unanwendbar werden, ohne dass es hierzu eines Gesetzgebungsaktes bedürfte. Vielmehr wäre der Gesetzgeber bei einer positiven Bewertung - wie auch bei anderen gesetzlichen Neuregelungen (vgl. etwa §§ 52a, 137k UrhG) - aufgerufen, durch einen bewussten Akt der Gesetzgebung die Anwendbarkeit der Vorschrift zu verlängern oder deren Befristung aufzuheben.

Soweit sich das neue Rechtsinstrument nicht bewähren sollte, sollte zu einem späteren Zeitpunkt das Gesetz durch Aufhebung des § 302a ZPO bereinigt werden. Dies gilt auch für die Folgeänderungen in § 127 Abs. 2 Satz 2, § 227 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a ZPO, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GKG nebst Nr. 1430 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1), § 16 Nr. 6, § 17 Nr. 4 Buchstabe b, § 48 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RVG nebst Nr. 3338 und 3339 des Vergütungsverzeichnisses (Anlage 1), deren Fortbestand über den 31. Dezember 2009 hinaus aber unschädlich ist, weil die genannten Vorschriften im Falle einer Unanwendbarkeit des § 302a ZPO gegenstandslos würden.

R
Wi
Wo

20. Zu Artikel 5 (Änderung des BauFG)

Artikel 5 wird wie folgt gefasst:

'Artikel 5

Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen

Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

"Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen - Bauforderungssicherungsgesetz (BauFG)"

2. § 1 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort "Herstellung" die Wörter " oder dem Umbau" eingefügt und wird das Wort "Lieferungsvertrags" durch das Wort "Kaufvertrags" ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

"Die Verpflichtung nach Satz 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die

Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist."

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

"(3) Baugeld sind Geldbeträge,

1. die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaues in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll oder
2. die der Empfänger von einem Dritten für ein Werk, dessen Herstellung der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an der Herstellung des Werkes andere Unternehmer (§ 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren.

Beträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt werden, sind insbesondere Abschlagszahlungen und solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschrittes des Baues erfolgen soll."

c) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

"(4) Ist die Baugeldeigenschaft oder die Verwendung des Baugeldes streitig, so trifft die Beweislast den Empfänger."

3. Die §§ 2, 3 und 6 werden aufgehoben.
4. Der bisherige § 5 wird § 2.'

Folgeänderungen:

a) Die Einzelbegründung zu Artikel 5 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 5 (Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen)

Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen bleibt in der Praxis weit gehend unbeachtet. Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf sollen deshalb die Regelungen dieses Gesetzes modernisiert, verbessert und insgesamt praktikabler gestaltet werden.

Zu Nummer 1

Im Zuge der Änderung wird ein Kurztitel und die Abkürzung "BauFG" als amtliche Abkürzung eingeführt.

Zu Nummer 2

Zu Absatz 1:

Die Definition des Baugeldgläubigers in Satz 1 soll entsprechend der bisherigen gesetzlichen Regelung beibehalten werden. Der Begriff des Liefervertrages wird der Terminologie des BGB angepasst und durch den Begriff des Kaufvertrages ersetzt. Satz 3 stellt klar, dass Baubetreuer, die nach der bisherigen Regelung bereits Baugeldempfänger waren, auch künftig der Baugeldverwendungspflicht unterliegen.

Zu Absatz 3:

Die derzeitige Regelung, nach der beim Bauherrn nur grundpfandrechtlich gesicherte Gelder als Baugeld gelten, da Baugeld insoweit nach objektiven Kriterien abgrenzbar sein muss, wird beibehalten. Auf das Erfordernis, dass die grundpfandrechtliche Sicherung an dem Baugrundstück bestellt ist, soll nicht verzichtet werden. Sinn und Zweck der Baugeldsicherung ist die Sicherung der Bauhandwerker, deren Bauhandwerkersicherungshypothek wegen der grundpfandrechtlichen Sicherung anderer Kreditgeber nachrangig ist und deshalb im Insolvenzfall wertlos werden könnte. Dies gilt bei der Sicherung an anderen als den zu bebauenden Grundstücken nicht.

Nach der zweiten Alternative in Ziffer 1 entsteht Baugeld weiterhin, wenn die Eigentumsübertragung am Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baus erfolgen soll. Damit ist der seltene Fall erfasst, dass der Darlehensgeber gleichzeitig der Grundstücksverkäufer ist. Der Grund der Regelung liegt darin, dass der Baugeldgläubiger mit seinen Leistungen den Wert des Grundstücks erhöht, ohne auf das Grundstück Zugriff nehmen zu können.

In Ziffer 2 wird der Baugeldbegriff erweitert und konkreter an der Neufassung des § 641 BGB ausgerichtet. Es sind alle Gelder erfasst, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält, auch Eigenmittel.

Absatz 3 Satz 2 erläutert näher, welches die Beträge sind, die zum Zwecke der Kosten eines Baus gewährt werden und stellt insbesondere klar, dass auch Abschlagszahlungen darunter fallen.

Zu Absatz 4:

Im Falle der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld steht dem Baugeldgläubiger ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zu, da § 1 Abs. 1 BauFG-E ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt. Um diesen Anspruch realisieren zu können, müsste er entsprechend den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln die Eigenschaft des Geldes als Baugeld und dessen zweckwidrige Verwendung dartun. Ohne Einsicht in die Buchführungsunterlagen wird dieses in vielen Fällen nur schwerlich möglich sein. Zu § 2 BauFG a.F., der mit vorliegendem Gesetzentwurf aufgehoben wird, hat die Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, dass bei fehlerhafter oder unterlassener Führung eines Baubuchs die Beweislast umgekehrt und vermutet wird, dass Baugeld zweckwidrig verwendet wurde. Diese Beweislastverteilung soll beibehalten und auch auf die Eigenschaft als Baugeld ausgeweitet werden. Dementsprechend wird in Absatz 4 eine entsprechende Beweislastregel aufgestellt.

Zu Nummer 3

§ 2 BauFG a.F. wird gestrichen. Der mit der Führung des Baubuchs verbundene Dokumentationsaufwand hat dazu geführt, dass das Baubuch in der Praxis keine Bedeutung erlangt hat. Das Führen eines Baubuchs erscheint auch in der heutigen Zeit nicht mehr erforderlich, da die in § 2 BauFG a.F. genannten Daten im Rahmen eines geordneten Geschäftsbetriebs ohnehin erfasst werden und mit moderner Bürotechnik leicht abrufbar sind. Im Hinblick darauf soll die Pflicht zum Führen eines Baubuchs nicht beibehalten werden. Die erwünschte Durchgriffshaftung der handelnden Organe juristischer Personen bei der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFG-E. Das teilweise vorgebrachte Argument, eine Streichung von § 2 sei im Hinblick auf die Bedeutung der darauf Bezug nehmenden Strafvorschrift des § 6 nicht angezeigt, weil diese Regelung in der staatsanwaltlichen Rechtspraxis eine erhebliche beweisrechtliche Bedeutung hat (vgl. Lemme, WiStra 1998, 41 ff.), überzeugt nicht. Allein die Praktikabilität strafrechtlicher Verfolgung rechtfertigt es nicht, überholte Dokumentationspflichten aufrecht zu erhalten. Als Folge der Streichung von § 2 werden auch § 3 und § 6 aufgehoben.

Zu Nummer 4

Es handelt sich um eine Folgeregelung zur Aufhebung der §§ 3 und 6."

- b) In der Einzelbegründung zu Artikel 8 Nr. 2 sind die Wörter ", der das BauFG aufhebt" zu streichen.

Begründung (nur für das Plenum):

Die Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" haben gezeigt, dass eine umfassende Reform der rechtlichen Vorgaben für die Baugeldverwendungspflicht wegen ihrer sehr tief greifenden Auswirkungen auf das bisherige System der Baufinanzierung weiterer intensiver und zeitaufwändiger Prüfungen bedarf. Da aber Handlungsbedarf besteht, hat das Gremium empfohlen, sich zunächst auf die bereits jetzt umsetzbaren Maßnahmen zu konzentrieren. Der vorliegende Änderungsantrag greift dies auf und beinhaltet die entsprechenden Vorschläge der Bund-Länder-Arbeitsgruppe.

R
Wi
Wo

21. Zu Artikel 6 (Änderung des GKG)

Artikel 6 ist wie folgt zu fassen:

'Artikel 6

Änderung des Gerichtskostengesetzes

Das Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 53 Abs. 1 Satz 1 wird Nummer 1 wie folgt gefasst:
 - "1. über einen Antrag auf Anordnung eines Arrests, auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder einer vorläufigen Zahlungsanordnung sowie über einen Antrag auf deren Abänderung oder Aufhebung,"
2. Das Kostenverzeichnis (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2) wird wie folgt geändert:
 - a) In der Gliederung wird der Angabe zu Teil 1 Hauptabschnitt 4 folgende Angabe zu Abschnitt 3 angefügt:

"Abschnitt 3 Vorläufige Zahlungsanordnung"
 - b) Nach Abschnitt 2 wird folgender Abschnitt 3 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebühr oder Satz der Gebühr nach § 34 GKG
"1430	Abschnitt 3 Vorläufige Zahlungsanordnung Verfahren im Allgemeinen Im Verfahren über den Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung und im Verfahren über den Antrag auf deren Aufhebung oder Abänderung wird die Gebühr jeweils gesondert erhoben.	1,0"

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 6 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 6 (Änderung des Gerichtskostengesetzes)

Das Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung erfordert eine intensive Befassung des Gerichts mit der Sach- und Rechtslage, die allerdings zu einer Arbeitersparnis im Hauptsacheverfahren führen kann. Zur Abgeltung des gerichtlichen Aufwands und zur Vermeidung missbräuchlicher Anträge wird für Verfahren über den Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung sowie über den Antrag auf deren Abänderung oder Aufhebung die Erhebung je einer vollen Gebühr erhoben (Nummer 1430 des Kostenverzeichnisses), die nicht auf die Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens angerechnet wird. Dem vorläufigen Charakter des Verfahrens wird auch durch die Änderung des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GKG Rechnung getragen, wonach der Streitwert der Verfahren nach § 302a ZPO-E vom Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen ist (§ 3 ZPO). Um eine Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden, wird die gerichtliche Tätigkeit nicht von der vorherigen Gebührenezahlung abhängig gemacht.

Begründung (nur für das Plenum):

Artikel 6 enthält zum einen die notwendigen kostenrechtlichen Folgeänderungen im Gerichtskostengesetz im Zusammenhang mit der Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a ZPO-E. Für derartige Verfahren sollen neben den Gebühren für das Hauptsacheverfahren zusätzliche Gerichtsgebühren entstehen.

R
Wi
Wo

22. Zu Artikel 7 (Änderung des RVG)

Artikel 7 ist wie folgt zu fassen:

'Artikel 7

Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 788), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 16 wird Nummer 6 wie folgt gefasst:
 - "6. das Verfahren über einen Antrag auf Anordnung eines Arrests, auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, einer vorläufigen Zahlungsanordnung, einer einstweiligen oder vorläufigen Anordnung, auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, auf Aufhebung der Vollziehung oder Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsakts und jedes Verfahren über deren Abänderung oder Aufhebung,"
2. In § 17 Nr. 4 Buchstabe b werden nach den Wörtern "einstweiligen Verfügung" die Wörter ", einer vorläufigen Zahlungsanordnung" eingefügt.
3. In § 48 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 werden nach den Wörtern "einstweilige Verfügung" die Wörter ", die vorläufige Zahlungsanordnung" eingefügt.
4. Im Vergütungsverzeichnis (Anlage 1 zu § 2 Abs. 2) werden nach Nummer 3337 folgende Nummern 3338 und 3339 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebühr oder Satz der Gebühr nach § 13 RVG
"3338	Verfahrensgebühr für Verfahren über Anträge auf Erlass, Abänderung oder Aufhebung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a ZPO	0,5
3339	Termingsgebühr in den in Nummer 3338 genannten Verfahren Die Gebühr entsteht nur, wenn eine abgesonderte mündliche Verhandlung über den Antrag stattfindet.	0,5" "

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 7 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 7 (Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes)

Zu Nummer 1, 2 und 3 (§ 16 Nr. 6, § 17 Nr. 4 Buchstabe b, § 48 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RVG)

Durch diese Änderungen wird klargestellt, dass - in Anlehnung an die gebührenrechtliche Behandlung der Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes - das Verfahren in der Hauptsache und das Verfahren über einen Antrag auf Erlass, Aufhebung oder Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung gebührenrechtlich verschiedene Angelegenheiten sind, jedoch das Verfahren über jeden dieser Anträge in einem Rechtszug gebührenrechtlich eine Einheit bildet.

Zu Nummer 4 (VV Nr. 3338 - neu - und 3339 - neu - RVG)

Die anwaltliche Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Erlass, der Aufhebung oder der Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung verursacht - wie beim Gericht - einen besonderen Aufwand (Antragstellung, Beurteilung der Erfolgsaussichten der Klage, Darlegung der jeweiligen Parteiinteressen, Terminswahrnehmung), der eigens abgegolten werden soll. Er ist jedoch deutlich geringer als der Bearbeitungsaufwand für das eigentliche Hauptsacheverfahren. Die Verfahrens- und die Termingsgebühr betragen deshalb jeweils lediglich eine halbe Gebühr. Die Termingsgebühr fällt nur an, wenn über einen Antrag auf Erlass, Aufhebung oder Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung geson-

dert, also nicht zusammen mit der Hauptsache, verhandelt wird.

In Verfahren über den Antrag auf Erlass, Abänderung oder Aufhebung einer vorläufigen Zahlungsanordnung vor dem Berufungsgericht sollen Gebühren in gleicher Höhe wie für Verfahren in erster Instanz entstehen."

Begründung (nur für das Plenum):

Artikel 7 enthält die notwendigen kostenrechtlichen Folgeänderungen im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz im Zusammenhang mit der Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a - neu - ZPO-E. Für derartige Verfahren sollen neben den Gebühren für das Hauptsacheverfahren zusätzliche Anwaltsgebühren entstehen.

R
Wi
Wo

23. Zu Artikel 8 Nr. 1 Buchstabe a (§ 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen)

In Artikel 8 Nr. 1 ist Buchstabe a wie folgt zu fassen:

'a) § 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort " Errichtung" die Wörter "oder den Umbau" eingefügt.

bb) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

"§ 632a Abs. 3 BGB findet Anwendung." '

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 8 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Nummer 1 (Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen)

Zu Buchstabe a

Der neue § 632a Abs. 2 und 3 BGB-E (vgl. Artikel 1 Nr. 1) erfasst auch Verträge, die den "Umbau" eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben. Da die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen auf Artikel 244 EGBGB fußt, auf den wiederum § 632a Abs. 2 Bezug nimmt, ist es erforderlich, auch den Anwendungsbereich des § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen auf Verträge auszuwei-

ten, die den "Umbau" eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben. Durch Buchstabe a wird die erforderliche Anpassung vorgenommen.

Nach § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen können bei einem Bauträgervertrag keine Sicherheiten verlangt werden, die über die in den §§ 3 und 7 der Makler- und Bauträgerverordnung vorgesehenen Sicherheiten hinaus gehen. Diese Regelung ist zu streichen und durch eine Verweisung auf den neuen § 632a Abs. 3 BGB-E zu ersetzen, der eine über die Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung hinausgehende Sicherheitsleistung vorsieht.

Zu Buchstabe b

Die Bestimmung des § 632a Abs. 3 BGB-E gilt auf Grund der Überleitungsvorschrift zu diesem Gesetz (vgl. Artikel 2) nur für Schuldverhältnisse, die nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind. Dementsprechend muss auf Schuldverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind, der bisherige § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen anwendbar bleiben. Dies wird durch die Übergangsregelung gewährleistet."

Begründung (nur für das Plenum):

Es handelt sich um Folgeänderungen zur Neufassung des § 632a BGB, die auf Grund der Empfehlungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" vorgenommen werden sollen.

R
Wi
Wo

24. Zu Artikel 9 (§ 76 Abs. 3 Satz 3 AktG)

Artikel 9 ist wie folgt zu fassen:

'Artikel 9

Änderung des Aktiengesetzes

In § 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), dass zuletzt durch ... geändert worden ist, wird nach der Angabe "§ 283d des Strafgesetzbuchs" die Angabe ", den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder den §§ 399 bis 401 Abs. 1 dieses Gesetzes oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Straftat nach den §§ 263 bis 264a, 265b bis

266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs oder nach § 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen" eingefügt.'

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 9 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 9 (§ 76 Abs. 3 Satz 3 AktG)

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe wegen bestimmter nach dem StGB, dem GmbH-Gesetz und dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen strafbarer Handlungen wird auf die Ausführungen zu Artikel 11 (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E) verwiesen.

Zu den Ausschlussgründen sollen nunmehr außerdem auch die im Aktiengesetz enthaltenen Straftatbestände der Mitteilung falscher Angaben gemäß § 399 AktG, der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 AktG und der vorsätzlichen Pflichtverletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit gemäß § 401 Abs. 1 AktG gehören. Im Hinblick auf den Aufgabenbereich und die Tragweite der Tätigkeit muss das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft uneingeschränkt zuverlässig sein.

Einer Schadensersatzregelung entsprechend § 6 Abs. 2 Satz 5 GmbHG-E bedarf es im Falle der Aktiengesellschaft nicht, da die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG durch den Aufsichtsrat bestellt werden und die Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft für eine Pflichtverletzung bereits nach den §§ 116 und 93 Abs. 2 AktG haften."

Begründung (nur für das Plenum):

Da nach dem Ergebnis der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) als eigenständige Vorschrift beibehalten werden soll, findet sich der einschlägige Straftatbestand der Benachteiligung von Baugeldgläubigern nicht - wie im Ursprungsentwurf vorgesehen - im Strafgesetzbuch, sondern in § 2 BauFG-E. Dementsprechend ist auch Artikel 9 anzupassen, da die Benachteiligung von Baugeldgläubigern künftig ebenfalls einen Ausschlussgrund im Sinne des § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG bilden soll.

R
Wi
Wo

25. Zu Artikel 10 (Einzelbegründung zu § 26e - neu - EGAktG)

Der Einzelbegründung zu Artikel 10 sind folgende Sätze anzufügen:

"Verurteilungen nach dem bisherigen § 6 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) brauchten in § 26e EGAktG-E nicht aufgenommen zu werden, da § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG-E nur Verurteilungen nach dem neuen § 2 BauFG erfasst. Dadurch wird aus Vertrauensschutzgesichtspunkten sichergestellt, dass eine Person, die Baugeld veruntreut hat, nur dann von der Funktion eines Vorstandsmitglieds ausgeschlossen ist, wenn sie nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig wegen der genannten Straftat verurteilt worden ist."

Begründung (nur für das Plenum):

Die Ergänzung der Begründung zu Artikel 10 dient der Klarstellung. Sie erläutert, warum es nicht erforderlich ist, in die Übergangsregelung des § 26e EGAktG-E den Straftatbestand der Benachteiligung von Baugeldgläubigern aufzunehmen.

R
Wi
Wo

26. Zu Artikel 11 Nr. 2 (§ 6 Abs. 2 Satz 3, 4 GmbHG)

In Artikel 11 ist Nummer 2 § 6 Abs. 2 wie folgt zu ändern:

a) Buchstabe a Satz 3 ist wie folgt zu fassen:

'a) In Satz 3 wird nach der Angabe "§ 283d des Strafgesetzbuchs" die Angabe ", den §§ 399 bis 401 Abs. 1 des Aktiengesetzes oder den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 dieses Gesetzes oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Straftat nach den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs oder nach § 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen" eingefügt.'

b) In Buchstabe b Satz 4 ist vor dem Wort "fahrlässig" das Wort "grob" einzufügen.

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 11 Nr. 2 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Nummer 2 (§ 6 Abs. 2 GmbHG)

Zu Buchstabe a:

Die bisherigen Ausschlussstatbestände in Satz 3 werden um Verurteilungen wegen der Straftatbestände des Betrugs gemäß § 263 StGB, des Computerbetrugs gemäß § 263a StGB, des Subventionsbetrugs gemäß § 264 StGB, des Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a StGB, des Kreditbetrugs gemäß § 265b StGB, der Untreue gemäß § 266 StGB, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB und die Strafvorschrift des § 2 BauFG-E erweitert. Die Erweiterung erstreckt sich auf zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts. Der Betrug wird in allen seinen Formen erfasst, ebenso der Straftatbestand der Untreue, um sowohl die vertretene Gesellschaft als auch ihre Vertragspartner vor Wiederholungstaten und damit Vermögensschäden zu bewahren. Dies gilt auch für die Erstreckung der Ausschlussgründe auf den Straftatbestand der Untreue.

Ebenso bedeutsam und im Interesse der Arbeitnehmer der Gesellschaft ist die Einstellung des Straftatbestands des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB in den Katalog der Ausschlussgründe. Diese Straftat wird häufig im Vorfeld der Insolvenz begangen. Auch die Aufnahme der Strafvorschrift wegen Zuwiderhandlung gegen die Baugeldverwendungspflicht aus dem BauFG in diesen Katalog ist angemessen, da das Interesse der Baugeldgläubiger an der zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld gleich gewichtig ist.

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe nach den §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG wird auf die Ausführungen zu Artikel 9 (§ 76 Abs. 3 AktG-E) verwiesen.

In die Ausschlussgründe einbezogen werden auch Verurteilungen nach den §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Wer als Gesellschafter oder Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft, der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals oder in öffentlichen Mitteilungen vorsätzlich falsche Angaben macht (§ 82 GmbHG) oder eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG begeht, ist für eine Geschäftsführertätigkeit nicht geeignet. Im Hinblick auf die Eingriffsintensität werden zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit fahrlässige Handlungen nach § 84 Abs. 2 GmbHG nicht als Ausschlussgrund erfasst. Des Weiteren ist hinsichtlich der allgemeinen Vermögensdelikte (§§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 und § 266 StGB) als Erheblichkeitsschwelle eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorgesehen.

Zu Buchstabe b:

Um zu verhindern, dass die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH durch die Einschaltung eines Strohmannes umgangen werden, wird ein neuer Satz 5 angefügt, der einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter normiert. Die gesamthänderische Haftung ist § 43 Abs. 2 GmbHG nachgebildet. Nach dieser Vorschrift haften Geschäftsführer der Gesellschaft solidarisch bei Verletzung ihrer Obliegenheiten nach § 43 Abs. 1 GmbHG für den daraus der Gesellschaft entstehenden Schaden. Diese Haftung wird auf die Gesellschafter für den Fall ausgedehnt, dass sie vorsätzlich oder grob fahrlässig eine Person, die die für eine Geschäftsführerstellung nach Satz 3 und 4 erforderlichen Zuverlässigkeitskriterien nicht erfüllt, zum Geschäftsführer bestellen, nicht abberufen oder ihr faktisch die Führung der Geschäfte überlassen und diese Person die ihr nach § 43 Abs. 1 GmbHG obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt.

Von der Regelung einer Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (sog. Durchgriffshaftung) wurde dagegen abgesehen, da Gesellschafter, die eine unzuverlässige Person als Gesellschafter bestellen, nicht die Rechtsform der juristischen Person missbrauchen, sondern nur wie diese für deren Handlungen einstehen sollen."

Begründung (nur für das Plenum):

Da nach dem Ergebnis der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) als eigenständige Vorschrift beibehalten werden soll, findet sich der einschlägige Straftatbestand der Benachteiligung von Baugeldgläubigern nicht - wie im Ursprungsentwurf vorgesehen - im Strafgesetzbuch, sondern in § 2 BauFG-E. Dementsprechend ist auch Artikel 11 anzupassen, da die Benachteiligung von Baugeldgläubigern künftig ebenfalls einen Ausschlussgrund im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG bilden soll.

Eine weitere Änderung betrifft den Haftungsmaßstab für eine Gesellschafterhaftung nach § 6 Abs. 2 Satz 5 GmbHG-E. Nach den Ergebnissen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe wäre es zu weit gehend, einen Gesellschafter in den dort genannten Fällen bereits wegen einfacher Fahrlässigkeit gegenüber der Gesellschaft haften zu lassen. Dementsprechend soll die Haftung nunmehr nur eingreifen, wenn der Gesellschafter vorsätzlich oder grob fahrlässig eine Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, zum Geschäftsführer bestellt oder nicht abberuft oder ihr tatsächlich die Führung der Geschäfte überlässt.

R
Wi
Wo27. Zu Artikel 12 (§ 46 Abs. 2 Satz 2, § 64 Abs. 6 Satz 2 ArbGG)

Artikel 12 ist wie folgt zu fassen:

'Artikel 12

Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

Das Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 46 Abs. 2 Satz 2 werden nach der Angabe "(§§ 275 bis 277 der Zivilprozessordnung)," die Wörter "über die vorläufige Zahlungsanordnung (§ 302a der Zivilprozessordnung)," eingefügt.
2. In § 64 Abs. 6 Satz 2 werden nach dem Wort "Vorschriften" die Wörter "über die vorläufige Zahlungsanordnung und" eingefügt.

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 12 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 12 (Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes)

Durch die Änderungen der §§ 46 und 64 ArbGG soll die Anwendung der Bestimmungen über die vorläufige Zahlungsanordnung (§ 302a ZPO-E) in Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen ausgeschlossen werden, da dort ein Bedürfnis für das neue Rechtsinstitut nicht besteht."

Begründung (nur für das Plenum):

Da nach dem Ergebnis der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) als eigenständige Vorschrift beibehalten werden soll, findet sich der einschlägige Straftatbestand der Benachteiligung von Baugeldgläubigern nunmehr in § 2 BauFG-E. Dementsprechend entfällt der bisherige Artikel 12, der die Übernahme des § 6 BauFG a.F. in das Strafgesetzbuch vorsah.

Als neuer Artikel 12 wird eine Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes eingefügt, mit der die Anwendbarkeit der Regelungen des § 302a ZPO-E im arbeitsgerichtlichen Verfahren ausgeschlossen wird. In der Arbeitsgerichtsbarkeit besteht für die vorläufige Zahlungsanordnung kein Bedürfnis.

R
AS
Wi
Wo

28. Zu Artikel 13 Nr. 2 (§ 68a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB X)

In Artikel 13 Nr. 2 § 68a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ist die Angabe "600 Euro" durch die Angabe "3 000 Euro" zu ersetzen.

Folgeänderung:

In der Einzelbegründung zu Artikel 13 Nr. 2, Absatz 2 Satz 1 ist die Angabe "600 Euro" durch die Angabe "3 000 Euro" zu ersetzen.

Begründung (nur für das Plenum):

Nach Auswertung der Praxisanhörung zum Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" erscheint es erforderlich, den Schwellenwert, ab dem ein Auskunftersuchen nach § 68a SGB X-E geltend gemacht werden kann, von 600 auf 3 000 Euro anzuheben. Damit wird zum einem dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen, und zum anderen werden die Sozialbehörden vor Auskunftersuchen in Bagatellsachen geschützt.

R
Wi
Wo

29. Zu Artikel 14 (§ 39 Abs. 4 - neu - StVG)

Artikel 14 ist wie folgt zu fassen:

'Artikel 14

Änderung des Straßenverkehrsgesetzes

Dem § 39 des Straßenverkehrsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (BGBl. I S. 310, 919), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird folgender Absatz 4 angefügt:

"(4) Absatz 3 Satz 1 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die in Absatz 1 Nr. 1 bis 4 angeführten Daten übermittelt werden, wenn der Empfänger unter Angabe von Fahrzeugdaten oder Personalien des Halters glaubhaft macht, dass er die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne von § 704 Abs. 1, von § 794 Abs. 1 und von § 801 der Zivilprozessordnung benötigt, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 3 000 Euro zu Grunde liegt." '

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 14 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 14 (Änderung des Straßenverkehrsgesetzes)

Nach § 39 Abs. 3 Satz 1 StVG dürfen Halterdaten übermittelt werden, wenn die Daten zur Geltendmachung, Sicherung oder Vollstreckung von nicht mit der Teilnahme am Straßenverkehr in Zusammenhang stehenden öffentlich-rechtlichen Ansprüchen oder von gemäß § 7 des Unterhaltsvorschussgesetzes oder § 91 BSHG übergegangenen Ansprüchen benötigt werden. Der neu anzufügende Absatz 4 erweitert die Auskunftsmöglichkeit auf privatrechtliche Titel gemäß § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1, § 801 ZPO. Entsprechendes gilt gemäß § 15a Abs. 6 Satz 2 EGZPO für die dort genannten Titel. Anders als bei den genannten öffentlich-rechtlichen Ansprüchen soll eine Auskunftserteilung aber nur möglich sein, soweit dies zur Vollstreckung eines bereits ergangenen Titels notwendig ist. Dem Titel muss ein Anspruch im Wert von mindestens 3 000 Euro zu Grunde liegen. Es kann sich um Geldforderungen, aber auch um andere geldwerte Ansprüche - etwa um Herausgabeansprüche - handeln. Im Übrigen gelten die Voraussetzungen des Satzes 1 entsprechend.

Durch den Verweis auf Absatz 3 Satz 1 wird klargestellt, dass das Auskunftsersuchen nur dann an die Zulassungsstelle bzw. das Kraftfahrt-Bundesamt gerichtet werden darf, wenn alle anderen Erkenntnismittel - etwa ein Ersuchen an die Meldebehörden (vgl. § 21 Abs. 1 MRRG) - erschöpft sind.

Auf Antrag des Schuldners ist eine Übermittlungssperre gemäß § 41 Abs. 2 StVG anzuordnen, wenn durch die Übermittlung der Daten seine schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt würden."

Begründung (nur für das Plenum):

Nach Auswertung der Praxisanhörung zum Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" erscheint es erforderlich, den Schwellenwert, ab dem ein Auskunftsersuchen nach § 39 Abs. 4 StVG-E geltend gemacht werden kann, von 600 Euro auf 3 000 Euro anzuheben. Damit wird zum einem dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen, und zum anderen werden die Zulassungsbehörden vor Auskunftsersuchen in Baggatellsachen geschützt.

R
Wi
Wo

30. Zu Artikel 17 (Einzelbegründung zur Überleitungsvorschrift zum GmbH-Gesetz)

Der Einzelbegründung zu Artikel 17 sind folgende Sätze anzufügen:

"Verurteilungen nach dem bisherigen § 6 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) brauchten in Artikel 16 Abs. 1 nicht aufgenommen zu werden, da § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E nur Verurteilungen nach dem neuen § 2 BauFG erfasst. Dadurch wird aus Vertrauensschutzgesichtspunkten sichergestellt, dass eine Person, die Baugeld veruntreut hat, nur dann von der Funktion eines GmbH-Geschäftsführers ausgeschlossen ist, wenn sie nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig wegen der genannten Straftat verurteilt worden ist."

Begründung (nur für das Plenum):

Die Ergänzung der Einzelbegründung zu Artikel 17 dient der Klarstellung. Sie erläutert, warum es nicht erforderlich ist, in die Übergangsregelung des Artikels 17 Abs. 1 den Straftatbestand der Benachteiligung von Baugeldgläubigern aufzunehmen.

R
Wi
Wo

31. Zu Artikel 18 (Inkrafttreten)

In Artikel 18 sind die Wörter "am Tage nach der Verkündung" durch die Wörter "am ersten Tag des dritten auf die Verkündung folgenden Monats" zu ersetzen.

Folgeänderung:

Die Einzelbegründung zu Artikel 18 ist wie folgt zu fassen:

"Zu Artikel 18 (Inkrafttreten)

Die Bestimmung regelt das Inkrafttreten."

Begründung (nur für das Plenum):

Damit sich die Rechtsanwender auf die Neuregelungen einstellen können, soll das Gesetz erst am ersten Tage des dritten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft treten. Dementsprechend ist die ursprüngliche Regelung zum Inkrafttreten anzupassen.

R
Wi
Wo

32. Zum Titel des Gesetzentwurfs

Im Titel des Gesetzentwurfs ist das Wort "dinglichen" zu streichen.

Begründung (nur für das Plenum):

Da der Gesetzentwurf verschiedene Arten von Sicherheiten umfasst, ist der bisherige Titel zu eng. Er ist deshalb anzupassen.

R
Wi
Wo

33. Zum Vorblatt

Das Vorblatt ist wie folgt zu fassen:

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

A. Problem und Ziel

Die wirtschaftliche Lage der Werkunternehmer, vor allem in der Baubranche, ist in den letzten Jahren immer schlechter geworden. Dies gilt insbesondere für die Situation in den neuen Ländern. Forderungsausfälle in Millionenhöhe und eine steigende Anzahl von Insolvenzen prägen das Bild. Diese Situation ist auch auf unzureichende rechtliche Rahmenbedingungen zurückzuführen. Das am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen (BGBl. I S. 330) hat hier keine Wende gebracht. Bei seiner Beschlussfassung über dieses Gesetz ging der Bundesrat bereits davon aus, dass weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der Zahlungsmoral notwendig sind. Der vorliegende Gesetzentwurf greift dieses Anliegen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" auf. Er verfolgt das Ziel, die Zahlungsmoral durch ein Bündel von Maßnahmen zu stärken. Zum einen sollen Handwerksbetriebe in die Lage versetzt werden, ihre Werklohnforderung effektiv zu sichern. Zum anderen sollen die verfahrensrechtlichen Vorschriften im Sinne einer einfacheren Titelerlangung geändert werden.

B. Lösung

Die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen kann, sollen erleichtert werden.

Die Möglichkeiten des Unternehmers, eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB zu erhalten, sollen klargestellt und deutlich erweitert werden.

Ferner wird das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen modernisiert und vereinfacht. Daneben werden verschiedene bislang unzureichend ausformulierte Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die im Rahmen des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, geändert und ergänzt, damit sie in der Praxis effektiver anwendbar sind. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur Fälligkeit von Vergütungsansprüchen des Subunternehmers.

Schließlich soll die Position des Gläubigers allgemein verbessert werden. Hierzu sind Änderungen des Erkenntnisverfahrens, insbesondere die Einführung einer vorläufigen Zahlungsanordnung, des Aktiengesetzes und des GmbH-Rechts vorgesehen.

C. Alternativen

Denkbar wäre, sich darauf zu beschränken, die im geltenden Recht bereits angelegten Rechtsinstitute auszubauen und zu stärken. Dies ist zwar notwendig, aber nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr, über das bisherige System hinaus gehend neue Möglichkeiten zur Titulierung und Vollstreckung von Ansprüchen zu schaffen.

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

(Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand/Vollzugsaufwand)

Die neuen Instrumentarien im Zivilprozessrecht, insbesondere das neue Verfahren auf Erlass der vorläufigen Zahlungsanordnung, werden in einer nicht quantifizierbaren Zahl von Fällen zu einem erhöhten Verfahrensaufwand bei den Gerichten und zum Teil auch zu Aufwendungen der Staatskasse für Prozesskostenhilfe führen. Dem werden Gebührenmehreinnahmen gegenüber stehen. Im Übrigen steht zu erwarten, dass das neue Institut der vorläufigen Zahlungsanordnung die Vergleichsbereitschaft in Einzelfällen

fördern und insoweit die Gerichte entlasten wird.

Soweit dieses Gesetz mit der rechtlichen auch die wirtschaftliche Situation der Bauunternehmer und Handwerker verbessert, ist auf lange Sicht ein Kostenentlastungseffekt für die öffentlichen Haushalte wahrscheinlich, denn die Zahl der Insolvenzen und die dadurch verursachten Folgekosten für die öffentlichen Haushalte werden sich verringern.

Wie sich die vorgenannten Faktoren in der Gesamtbilanz auf die öffentlichen Haushalte auswirken werden, lässt sich nicht vorhersagen.

E. Sonstige Kosten

Sonstige Kosten sind nicht zu erwarten."

Begründung (nur für das Plenum):

Die in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" seit ihrer Wiedereinberufung im Februar 2003 erzielten Ergebnisse erfordern mehrere Änderungen des ursprünglichen Gesetzentwurfs. Dem entsprechend ist auch das Vorblatt anzupassen und zu aktualisieren. Der im ursprünglichen Entwurf vorgesehene Hinweis auf das neue Institut eines "Eigentumsvorbehalts beim Bauvertrag" ist zu streichen, da dieses Institut keine befriedigenden Lösungen verspricht und aufgegeben werden soll.

R
Wi
Wo

34. Zur Begründung (Allgemeiner Teil)

Die Allgemeine Begründung ist wie folgt zu fassen:

'A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

Viele Handwerker und mittelständische Unternehmer beklagen eine zunehmende Verschlechterung des Zahlungsverhaltens ihrer Auftraggeber. In den letzten Jahren gingen Milliardenbeträge durch uneinbringliche Forderungen verloren. Aber auch länger dauernde hohe Außenstände führen vor allem Unternehmen des Baugewerbes in den neuen Ländern in teilweise existenzbedrohende Liquiditätsschwierigkeiten. Mitursächlich für diese Entwicklung sind neben einer häufig unzureichenden betrieblichen Kapitalausstattung auch strukturelle Schwächen des geltenden Werkvertrags-, Zivilverfahrens- und Vollstreckungsrechts sowie des Aktien- und des GmbH-

Rechts.

1. Die Regelung des § 632a BGB über Abschlagszahlungen kommt in der Praxis häufig deshalb nicht zum Tragen, weil ein "in sich abgeschlossener Teil des Werks" nicht gegeben ist oder Unklarheit herrscht, wie diese Anspruchsvoraussetzung aufzufassen ist.
2. § 641 Abs. 2 BGB sieht die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Subunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer dann vor, wenn der Bauherr an den Generalunternehmer gezahlt hat. Diese Vorschrift geht für den Subunternehmer insoweit ins Leere, als er keine Kenntnis davon erlangen kann, ob entsprechende Zahlungen erfolgt sind. Der Generalunternehmer kann dem Vergütungsverlangen des Subunternehmers leicht den nicht überprüfbaren Einwand entgegenhalten, der Besteller habe noch nicht gezahlt. Einen eigenen Auskunftsanspruch gegen den Dritten hat der Unternehmer nicht.
3. § 648a BGB, der durch das am 1. Mai 1993 in Kraft getretene Bauhandwerkersicherungsgesetz (BGBl. I S. 509) geschaffen wurde, gewährt dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Besteller innerhalb einer ihm zu setzenden Frist dem Verlangen auf Bestellung einer Sicherheit für den voraussichtlichen Vergütungsanspruch nicht nachkommt.

Die in diese gesetzliche Neuregelung gesetzten Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Gerade "kleinere" Unternehmen machen hiervon keinen Gebrauch, da sie damit rechnen müssen, dass sie ansonsten von einem "größeren" Auftraggeber nicht mehr mit Zusatz- oder Folgeaufträgen bedacht werden oder der Vertrag gekündigt wird.

4. Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (Bauforderungssicherungsgesetz - BauFG), das neben dem Anspruch auf Einräumung einer Sicherheitshypothek gemäß § 648 BGB den vorleistungspflichtigen Bauhandwerker schützen soll, hat dieses Ziel im Wesentlichen nicht erreicht.

Der Zweite Abschnitt des BauFG (Dingliche Sicherung der Bauforderungen) ist nicht anwendbar, da die nach § 9 BauFG erforderlichen landesrechtlichen Bestimmungen nicht erlassen worden sind und auch nicht praktikabel wären.

Der Erste Abschnitt des BauFG (Allgemeine Sicherungsmaßnahmen) ist zwar geltendes Recht. Die darin enthaltenen Bestimmungen über die Baugeldverwendungspflicht, die Pflicht zur Führung eines Baubuchs sowie über die Schadensersatzhaftung im Falle der Verletzung dieser Pflichten spielen in der Praxis jedoch nur eine geringe Rolle.

5. Das geltende Recht sieht in § 301 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Teilurteil zu erlassen hat. Hiervon kann es allerdings absehen, wenn es nach seinem nicht überprüfbareren Ermessen den Erlass eines Teilurteils nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet. Der Erlass des Teilurteils soll demnach bei Vorliegen der Voraussetzungen die Regel sein (vgl. Thomas, in: Thomas/Putzo, ZPO-Komm., 25. Aufl., § 301 Rnr. 4). Die Praxis macht aber von dieser Möglichkeit nur wenig Gebrauch. Die Schätzungen reichen von weniger als zwei Prozent bis zu fünf Prozent (vgl. Musielak, in: Festschrift für Lüke, 1997, S. 561 <562>). Diese allzu große Zurückhaltung der Rechtsprechung, die auch teilweise in der Literatur beklagt wird (vgl. Schneider, MDR 1976, S. 93; Musielak, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., § 301 Rnr. 18; Fenge, in: Alternativkommentar zur ZPO, § 301 Rnr. 4; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO-Komm., 21. Aufl., § 301 Rnr. 15 Fn. 88), führt dazu, dass der Klagepartei ein möglicher - frühzeitiger - Vollstreckungstitel vorenthalten wird.

Diese Überlegungen gelten für das Vorbehaltsurteil entsprechend. Verteidigt der Beklagte sich durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung, sieht bereits das geltende Recht die Möglichkeit vor, unter den Voraussetzungen des § 302 ZPO ein Vorbehaltsurteil zu erlassen und so bereits in einem frühen Verfahrensstadium einen Vollstreckungstitel zu schaffen. Der Erlass eines Vorbehaltsurteils liegt im Ermessen des Gerichts.

6. Zivilprozesse werden in Deutschland überwiegend zügig abgeschlossen. Zu einer längeren Verfahrensdauer kommt es dagegen typischerweise bei Prozessen, die eine sachverständige Begutachtung bestimmter Beweisfragen erfordern. Das ist besonders häufig bei Bauprozessen oder bei Schadensersatzstreitigkeiten (etwa Verkehrshaftpflicht, Arzthaftpflicht) der Fall. Hier können schon bis zum Abschluss der ersten Instanz mitunter mehrere Jahre vergehen.

Für den Gläubiger eines Zahlungsanspruchs kann die mit einer langen Verfahrensdauer verbundene Verzögerung der Titulierung erhebliche Belastungen mit sich bringen (etwa Liquiditätsausfall, erhöhtes Risiko einer Schuldnerinsolvenz), die bei ordnungsgemäßem Prozessverlauf gleichwohl unvermeidlich und daher grundsätzlich hinzunehmen sind. Besonders schwierig kann die Lage für den Gläubiger jedoch werden, wenn der Erfolg seiner Klage nach dem erreichten Verfahrensstand zwar schon nahe gerückt ist, die Entscheidungsreife aber gleichwohl noch nicht gegeben ist und sich auch in absehbarer Zeit noch nicht herstellen lässt, etwa weil das Gericht weiteren Beweisangeboten nachzugehen hat. Je höher in solchen Fällen die Erfolgswahrscheinlichkeit der Klage ist und je länger sich zugleich der Entscheidungszeitpunkt hinauszögert, desto schwerer wiegt die daraus folgende prozessuale Belastung des Gläubigers.

Das geltende Verfahrensrecht bietet zum Ausgleich solcher Belastungen keine überzeugenden Lösungen an. Die verfügbaren prozessualen Instrumente können die beschriebene Rechtsschutzlücke nicht ausfüllen:

Eine vorgezogene Beweisführung im Wege des selbständigen Beweisverfahrens (§§ 485 ff. ZPO) könnte dem Kläger zwar möglicherweise einen Zeitgewinn bei der Beweisaufnahme, nicht aber einen Titel verschaffen. Die Vorschriften über den Urkundsprozess (§§ 592 ff. ZPO) würden in Fällen sachverständiger Begutachtung nur dann weiterhelfen, wenn deren Ergebnis über das Beweismittel der Urkunde ins Verfahren eingeführt werden könnte. Gegen ein derartiges Konzept, das der im Jahre 2000 eingeführten Fertigstellungsbescheinigung nach § 641a BGB zu Grunde liegt, bestehen nicht nur grundsätzliche systematische Bedenken; es hat sich auch in der Rechtspraxis nicht bewährt.

Der herrschende Grundsatz, wonach eine Titulierung im Erkenntnisverfahren an die Entscheidungsreife des Rechtsstreits anknüpft, lässt Problemfälle der geschilderten Art außer Betracht. Die Entscheidungsformen des Teilurteils (§ 301 ZPO) und des Vorbehaltsurteils (§ 302 ZPO) setzen jeweils voraus, dass die Schwelle der Entscheidungsreife erreicht wird. Hinzu kommt, dass das Teilurteil an den Streitgegenstandsbegriff gebunden ist und als endgültige Entscheidung dem Gebot der Widerspruchsfreiheit zur Schlussentscheidung unterliegt, was seine

praktische Nutzbarkeit bei tatsächlich und rechtlich komplexen Sachverhalten stark einengt. Das Vorbehaltsurteil ist zudem in seiner derzeitigen Gestalt thematisch eng begrenzt.

Schließlich kann auch das geltende Recht des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 916 ff. ZPO) die beschriebenen Problemfälle nicht zuverlässig erfassen. Nach herkömmlichem Verständnis beschränkt sich die Aufgabe des einstweiligen Rechtsschutzes darauf, den status quo streitiger Rechtsverhältnisse so weit zu sichern, dass der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens nicht die rechtliche oder tatsächliche Grundlage entzogen wird. Aus dieser Sicherungsfunktion ergibt sich das grundsätzliche Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung. Soweit das Gesetz ausnahmsweise Fälle einer vorläufigen Anspruchsbefriedigung anerkennt (vgl. etwa § 1615o BGB, § 25 UWG, §§ 620 ff. ZPO), handelt es sich durchweg um Tatbestände, bei denen die sofortige Erbringung einer Leistung zwingend geboten erscheint, um eine dauerhafte Rechtsvereitelung abzuwenden. Vergleichbar enge Grenzen zieht die Rechtsprechung der auf der Grundlage der §§ 935 und 940 ZPO entwickelten richterrechtlichen Figur der Leistungsverfügung, nach der eine vorläufige Befriedigung gewährt wird, wenn der Anspruchsteller auf eine sofortige Leistung zur Abwendung unverhältnismäßiger Schadensfolgen dringend angewiesen ist. Mit Ausnahmefällen dieser Art ist die oben dargelegte besondere Belastungssituation des Klägers regelmäßig nicht vergleichbar. Dies ergibt sich schon aus der grundlegend anderen Verfahrenssituation. Leistungsverfügungen ergehen auf Grund selbständiger Eilverfahren, in denen die Gerichte häufig nur über einen cursorischen Sachvortrag (oft nur einer Partei) und über knappe Entscheidungsfristen verfügen. Zudem ist das Beweismaß auf eine bloße Glaubhaftmachung reduziert. Zur Bewältigung umfangreicher und komplexer Sachverhalte ist das Verfahren der Leistungsverfügung deshalb nicht geeignet.

7. Der Gesetzgeber hat im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und im Aktiengesetz (AktG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Mitglied des Vorstands normiert. Personen, die eine Insolvenzstraftat des Bankrotts, des besonders schweren Falls des Bankrotts, der Verletzung der Buchführungspflicht, der Gläubiger-

oder der Schuldnerbegünstigung gemäß den §§ 283 bis 283d StGB begangen haben und deswegen rechtskräftig verurteilt wurden, sind nach diesen Bestimmungen von Gesetzes wegen für fünf Jahre von der Geschäftsführertätigkeit und von der Tätigkeit als Vorstandsmitglied ausgeschlossen.

In den letzten Jahren ist die Anzahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaften sowie deren volkswirtschaftliche Bedeutung deutlich gestiegen. Die Entwicklung an den Aktienmärkten sowie die angekündigten Steuererleichterungen und Befreiungen für Gesellschaftsumwandlungen, Beteiligungen und Zusammenschlüsse werden dazu beitragen, dass sich auch künftig Unternehmen verstärkt für die Gründung einer solchen Gesellschaft oder Umwandlung ihres bestehenden Betriebes in eine GmbH oder AG entscheiden werden. Hinzu kommt, dass die Unternehmen sich durch Beteiligungen und Fusionen vergrößern und damit ihre Bedeutung im Wirtschaftsleben zunehmen wird. An die Zuverlässigkeit der vertretungsberechtigten Personen einer solchen Gesellschaft sind daher besonders hohe Anforderungen zu stellen. Sowohl die von diesen Personen vertretenen Gesellschaften als auch deren Vertragspartner müssen darauf vertrauen können, dass sie mit integeren Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern zusammenarbeiten.

Diesem Anforderungsprofil wird die gegenwärtig enge Beschränkung der gesetzlichen Ausschlussgründe auf die genannten Insolvenzstraftaten nicht mehr gerecht.

II. Allgemeine Zielsetzung des Entwurfs

Der vorliegende Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, die vorstehend unter I. aufgezeigten Defizite zu beheben und dadurch der schlechten Zahlungsmoral entgegenzuwirken. Er greift dabei größtenteils auch auf Überlegungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" zurück.

1. Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks soll nach dem Gesetzentwurf besser vor Forderungsausfällen ge-

schützt werden.

Dieses Ziel soll durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

a) Modernisierung des BauFG

Die Regelungen des BauFG über die Baugeldverwendung werden modernisiert und insgesamt praktikabler gestaltet. Die Baubuchführungspflicht (§ 2 BauFG) wird durch einen Auskunftsanspruch ersetzt.

b) Sonstige Änderungen

Daneben sollen einzelne Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die im Rahmen des am 1. Mai 1993 in Kraft getretenen Bauhandwerkersicherungsgesetzes und des am 1. Mai 2000 in Kraft getretenen Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, den Bedürfnissen der Praxis angepasst werden. Zu nennen sind insbesondere die Regelungen des

- § 632a BGB (Abschlagszahlungen)
- § 641 BGB (Fälligkeit der Vergütung)
- § 648a BGB (Bauhandwerkersicherung).

2. Änderungen der Zivilprozessordnung

a) Teilurteil

Der Entscheidung durch Teilurteil soll in der Praxis größere Bedeutung verschafft werden. Dies soll vor allem durch die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des § 301 Abs. 2 ZPO erreicht werden. Vom Erlass eines Teilurteils soll nur noch in zwei, im Gesetz ausdrücklich genannten Ausnahmefällen abgesehen werden können. Ferner soll die praktische Bedeutung des Teilurteils durch die Einführung eines Antragsrechts der Parteien gestärkt werden. Außerdem ist vorgesehen, die Förderungspflicht des Gerichts im Hinblick auf den nicht durch das Teilurteil entschiedenen Teil des Rechtsstreits im Gesetz ausdrücklich zu verankern.

b) Vorbehaltsurteil

Gestärkt werden soll auch die praktische Bedeutung des Vorbehaltsurteils. Ebenso wie beim Teilurteil soll sein Erlass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Regelfall sein und nur noch in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen unterbleiben können. Ferner soll dem Kläger das Recht eingeräumt werden, den Erlass eines Vorbehaltsurteils zu beantragen.

c) Vorläufige Zahlungsanordnung

Mit der vorläufigen Zahlungsanordnung schlägt der Entwurf ein neues Rechtsinstitut vor, das dem Kläger die Titulierung seines Zahlungsanspruchs auf Grund fundierter Prognosen schon vor Eintritt der Entscheidungsreife ermöglichen soll. Ziel dieses Instruments ist es, dem Kläger in den Fällen vorläufigen Rechtsschutz zu verschaffen, in denen ihm bei hoher Erfolgsaussicht seiner Klage ein weiteres Zuwarten auf die Titulierung angesichts der damit verbundenen Auswirkungen auch in Ansehung der Beklagteninteressen nicht mehr zugemutet werden soll. Die vorläufige Zahlungsanordnung ergänzt damit die bestehenden gerichtlichen Entscheidungsformen der §§ 300 ff. ZPO und eröffnet dem Gericht die Chance, bereits im Vorfeld der Entscheidungsreife den Streit durch eine vorläufige Titulierung zu befrieden.

Der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung soll allerdings nur dann möglich sein, wenn das "Erfolgsmoment" (hohe Erfolgsaussicht) und das "Zeitmoment" (voraussichtliche Verfahrensdauer) gemeinsam eine besondere Belastung des Klägers begründen. Zu diesen beiden Faktoren hat das Gericht im Einzelfall auf der Basis des jeweiligen Verfahrensstandes eine Prognose zu treffen. Anschließend hat es eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, die neben den Prognoseergebnissen die von den Parteien dargelegten und glaubhaft gemachten Interessen berücksichtigen wird.

Das Verfahren zum Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung ist in ein Hauptsacheverfahren eingebunden. Es wird auf Antrag des Klägers eingeleitet und schließt mit einem unanfechtbaren Beschluss, mit dem entweder eine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen oder eine solche abgelehnt wird. Eine vorläufige Zahlungs-

anordnung kann über den gesamten oder nur über einen Teil des geltend gemachten Zahlungsanspruchs ergehen. Im letzteren Fall ist sie im Gegensatz zum Teilurteil nicht an abtrennbare Teile des Streitgegenstandes gebunden, wodurch eine flexible Sachregelung im Einzelfall ermöglicht wird. Die vorläufige Zahlungsanordnung soll nur vorläufige, keine endgültigen Wirkungen entfalten. Sie tritt spätestens mit der instanzabschließenden Entscheidung außer Kraft. Damit wird nicht nur die Widerspruchsfreiheit zwischen beiden Entscheidungen gewährleistet; ihre gegenseitige rechtliche Unabhängigkeit sichert auch die Entscheidungsfreiheit des erkennenden Gerichts in weitest möglichem Umfang.

Aus den vorgenannten Gründen ist ein Fortbestand der vorläufigen Zahlungsanordnung auch nicht für den Fall vorgesehen, dass die Parteien bereit sind, deren Inhalt als endgültig zu akzeptieren. Hingegen gibt die vorläufige Zahlungsanordnung den Parteien Aufschluss über den voraussichtlichen Verfahrensausgang und fördert dadurch deren Einigungsbereitschaft.

Der vorläufigen Zahlungsanordnung wird durch die Gleichstellung mit einem vorläufig vollstreckbaren Endurteil Titelfunktion zuerkannt. Der Kläger, der auf der Grundlage einer vorläufigen Zahlungsanordnung die Zwangsvollstreckung betreibt, tut dies auf eigenes Risiko; eventuelle Vermögensverschiebungen stehen unter dem Vorbehalt einer abweichenden Hauptsacheentscheidung. Dennoch dürfte die Möglichkeit einer vorläufigen Titulierung für manchen Beklagten die Versuchung verringern, Angriffs- und Verteidigungsmittel in missbräuchlicher Weise zu Verfahrensverzögerungen einzusetzen.

3. Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und des Aktiengesetzes

Die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH und des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft (§ 76 Abs. 3 Satz 3 AktG und § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) sollen um die Betrugstatbestände, die Straftatbestände der Untreue, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, des im BauFG enthaltenen Straftatbestandes der Benachteiligung von Baugeldgläubigern

sowie die Straftatbestände der §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG beziehungsweise §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG erweitert werden.

Mit dieser Erweiterung der gesetzlichen Ausschlussgründe werden weitere Zuverlässigkeitskriterien für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und als Mitglied im Vorstand einer Aktiengesellschaft geschaffen. Die Ausdehnung der gesetzlichen Ausschlussgründe schließt zugleich bestehende gesetzliche Regelungslücken. So erfassen das im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung ausgesprochene Berufsverbot und eine Gewerbeuntersagung nach der Gewerbeordnung jeweils nur die von dem Verurteilten oder dem Betroffenen ausgeübten spezifischen Tätigkeitsbereiche. Ein solcher Ausschluss wirkt nur relativ und erstreckt sich damit nur auf den Unternehmensgegenstand der Gesellschaft, in der der Verurteilte vorher tätig war. Im Gegensatz hierzu wirkt der gesetzliche Ausschluss nach dem GmbH-Gesetz bzw. nach dem Aktiengesetz für alle Unternehmensgegenstände.

Gegenstand der Erweiterung der Ausschlussgründe sind jedoch nur entsprechend gewichtige Straftatbestände, deren Begehung ein Tätigwerden als GmbH-Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft von vornherein ausschließt. Bei derartigen Vorverurteilungen besteht regelmäßig keine Vertrauensbasis für eine ordnungsgemäße und entsprechend den Regeln des Wirtschaftslebens ausgerichtete Geschäftsführung. Die Ausschlussstatbestände sind speziell auf das Anforderungsprofil als GmbH-Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft zugeschnitten."

Begründung (nur für das Plenum):

Die in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" seit ihrer Wiedereinberufung im Februar 2003 erzielten Ergebnisse erfordern mehrere Änderungen des ursprünglichen Gesetzentwurfs. Dem entsprechend ist die allgemeine Begründung anzupassen, die sich auf die wesentlichen Punkte des Gesetzesvorhabens beschränken soll.

B.

35. Der **federführende Rechtsausschuss**

schlägt dem Bundesrat vor,

Staatsminister Dr. Thomas de Maizière (Sachsen)

gemäß § 33 der Geschäftsordnung des Bundesrates zum Beauftragten des Bundesrates für die Beratungen des Gesetzentwurfs im Deutschen Bundestag und seinen Ausschüssen zu bestellen.

C.

Der **Finanzausschuss** hat von einer Empfehlung an das Plenum abgesehen.