

Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zu den Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines
Forderungssicherungsgesetzes

erarbeitet vom
Schuldrechtsausschuss
und
ZPO/GVG-Ausschuss
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder Ausschuss Schuldrecht:

RA Dr. Volkert **Vorwerk**, Karlsruhe
Vorsitzender
RA Jürgen **Bestelmeyer**, München
Berichterstatter
RA Dr. Andreas **Eickhoff**, Bochum
RA Dr. Carsten **Harms**, Hamburg
RA Christian **Dahns**, BRAK, Berlin

Mitglieder Ausschuss ZPO/GVG:

RA Dr. Hermann **Büttner**, Karlsruhe
Vorsitzender
RAuN Horst **Droit**, Wallenhorst
RA Dr. Hans **Eichele**, Mainz
RA Dr. Gerold **Kantner**, Rostock
RA Heinz **Merk**, Peißenberg
RA Prof. Dr. Hubert **Schmidt**, Koblenz,
Berichterstatter
RA Lothar **Schmude**, Köln
RA Dr. Michael **Weigel**, Frankfurt/M.
RAuN Dr. Hans-Heinrich **Winte**, Hildesheim
RAin Barbara **Lach**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Bundesverband der Freien Berufe

Zu den Empfehlungen der Ausschüsse im Bundesrat zu dem Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (BR-Drucks. 458/04) nimmt die Bundesrechtsanwaltskammer wie folgt Stellung:

Anzumerken ist vorab, dass die Bundesrechtsanwaltskammer starke Bedenken gegen die Neuregelung im prozessualen Bereich des Gesetzentwurfs hat. Die Rechtsprechung hat bis jetzt aus gutem Grund – von existenziellen Sonderlagen vorwiegend im Familienrecht abgesehen – davon Abstand genommen, einstweilige Verfügungen mit dem Ziel einer „Vorwegnahme der Hauptsache“ zuzulassen. Arreste, die wegen Geldforderungen zulässig sind, führen ebenfalls nicht, und zwar auch nicht zu einer vorläufigen, Befriedigung, sondern lediglich zu einer Sicherung des Anspruchs. Daran sollte nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer festgehalten werden. Die Vorabentscheidung, wie sie der Gesetzentwurf vor Augen hat, ist dementsprechend ein nicht in die Systematik zivilprozessualer Entscheidungen integrierbarer Fremdkörper. Dies sollte auch nicht für eine „Testphase“ toleriert werden. Allein die Einführung einer solchen „Testphase“ lässt im Übrigen vermuten, dass den Entwurfsverfasser selbst die von ihm vorgeschlagene Maßnahme nicht völlig überzeugt.

Zu den Regelungen im einzelnen:

1. Art. 1 Nr. 1 § 632 a Abschlagszahlungen

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die Neufassung des § 632 a (in der Form der EMPFEHLUNGEN der Ausschüsse), da sie erstmals den Anspruch auf echte Abschlagszahlungen im Werkvertrags- und insbesondere Baurecht auf Grund gesetzlicher Regelung eröffnet. Die alte Fassung setzte die Fertigstellung "in sich abgeschlossener Teile des Werkes" voraus, was die bisherige Bestimmung praktisch leer laufen ließ.

a) Absatz 1 Der Gesetzestext in Abs. 1 entspricht nahezu wörtlich der Formulierung des § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B (Ausgabe 2002). Diese Regelung hat sich durchwegs bewährt. Es ist deshalb zu begrüßen, wenn diese Regelung als "gesetzliches Leitbild" übernommen wird.

aa)

Soweit die EMPFEHLUNGEN der Ausschüsse unter Verweis auf die Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes es nicht für erforderlich halten, den Zusatz der VOB-Regelung "einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrags" mit aufzunehmen, überzeugt dieser Verzicht nicht. Das BGB

als

"Leitbildfunk-

tion" sollte auch dem Verbraucher deutlich machen, dass Abschlagszahlungen inkl. Mehrwertsteuer zu leisten sind, ohne dass es besonderer weiterer Rechtskenntnisse, wie hier des Umsatzsteuerrechts, bedarf. Gerade weil die vorgesehene gesetzliche Neuregelung zu einer Anspruchsausweitung führt, muss schon aus dem Gesetzestext für jeden Laien der Umfang des Anspruchs ersichtlich sein.

bb)

Im Übrigen stimmt die Bundesrechtsanwaltskammer der Auffassung zu, dass eine Festlegung der Anzahl der Abschlagsforderungen wegen der Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen als nicht notwendig, aber auch als nicht wünschenswert angesehen wird. Der dispositiven Vertragsgestaltung soll ausreichender Raum verbleiben.

cc)

Der Hinweis auf § 641 III BGB (Zurückbehaltungsrecht wegen Mängel) wird als Klarstellung ausdrücklich begrüßt.

dd)

Allerdings wird der Auffassung der Ausschüsse widersprochen, wonach bei Mängeln, die den Grad der Unwesentlichkeit überschreiten, dem Auftragnehmer kein Recht auf Abschlagszahlungen zustehen solle. Der Hinweis auf § 640 I 2 BGB überzeugt nicht.

§ 632 a soll von der Zäsur der Abnahme befreien und dem Unternehmer Abschlagsforderungen auf noch nicht vollständig erbrachte Werkleistungen ermöglichen. Es wird Aufgabe des Bestellers sein, die Fehlerhaftigkeit der Leistungen zu überprüfen und zu bewerten und sodann bezüglich dieser von ihm erkannten Mängel sein Zurückbehaltungsrecht ausüben. Würde die Wesentlichkeit eines Mangels den Anspruch auf Abschlagszahlung verhindern, also nicht nur die Fälligkeit durch Ausübung einer Zurückbehaltungsrechts verlagern, muss damit gerechnet werden, dass wegen der unterschiedlichen Bewertung des Kriteriums "unwesentlicher - wesentlicher Mangel" die Gerichte befasst werden. Es handelt sich um eine Rechtsfrage, deren Beantwortung einem Sachverständigen nicht überlassen bleiben kann. Wird hingegen nur um die Höhe des Mängelbeseitigungsaufwandes gestritten, so können fachkundige Parteien oder beigezogene Sachverständige eher auf eine vorläufige Einigung hinwirken.

ee)

Schließlich fehlt eine Fälligkeitsregelung für den Anspruch auf Abschlagszahlung. Mangels konkreter Regelung gilt § 286 III 1 BGB, wonach der Besteller spätestens in

Verzug gerät, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet. Dieser Zeitraum erscheint für Abschlagszahlungen zu lang. Vorgeschlagen wird die Regelung der VOB/B, die in § 16 Nr. 1 Abs. 3 die Fälligkeit binnen 18 Werktagen nach Zugang der Aufstellung vorsieht. § 641 BGB kann hierzu weder direkt noch analog herangezogen werden. Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt deshalb **vor**, als Satz 5 folgende Regelung **zu ergänzen**:

Abschlagszahlungen werden binnen 18 Werktagen nach Zugang der Aufstellung fällig.

Der bisherige Satz 5 wird Satz 6.

b) Absatz 2 Die klarstellende Regelung in Absatz 2 für Bauträgerverträge erscheint erforderlich, aber auch ausreichend. Das gilt auch insoweit, als der Bauträgervertrag nur einen Umbau eines bereits bestehenden Hauses zum Gegenstand hat.

c) Absatz 3 Die Neuregelung einer Sicherheitsleistung ist grundsätzlich zu begrüßen, da bislang das BGB eine dem Grundgedanken des § 17 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 VOB/B entsprechende Bestimmung der gesetzlich geforderten Sicherheitsleistungen nicht kennt. Die Höhe der Sicherheitsleistung erscheint angemessen.

aaa) Bedenken bestehen hinsichtlich der Einschränkung "ohne wesentliche" Mängel. Liegen wesentliche Mängel vor, greift der Sicherungszweck ein und dem Besteller steht die Sicherheitsleistung für die noch zu beseitigenden wesentlichen Mängel zur Seite.

bbb) Häufig sind jedoch die Fälle, in denen eine Vielzahl von Mängeln, die nicht wesentlich sind, vorliegen. Für diesen Fall würde dann der Gesetzeswortlaut dem Besteller keine Sicherheit gewähren, da der Unternehmer sich darauf berufen könnte, dass jedenfalls das Werk "ohne wesentliche" Mängel sei. Dies führt wiederum dazu, dass der Besteller "wesentliche" Mängel behauptet. Dies stellt eine Rechtsfrage dar, die nur durch das Gericht zu klären ist, während das Vorhandensein von Mängeln in der Regel durch Sachverständige feststellbar ist.

ccc) Die Bundesrechtsanwaltskammer schlägt vor, in Abs. 3 S. 1 die Worte "ohne wesentliche Mängel" zu streichen. Hinter das Wort "rechtzeitige" sind die Worte "und mangelfreie" einzusetzen.

Da nach der Begründung der EMPFEHLUNGEN die Sicherheit **alle** Ansprüche abdecken soll, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich

vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurück bleibt, muss die Sicherheit für die **rechtzeitige und mangelfreie Herstellung des Werkes** gestellt werden. Die Bürgschaft soll als Vertragserfüllungsbürgschaft die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche absichern. Das beinhaltet neben etwaigen Verzugsansprüchen auch und gerade die Mangelfreiheit des Werks.

ddd) Das Wahlrecht des Unternehmers in Abs. 3 S. 3 erscheint ausreichend und angemessen.

d) Absatz 4 Der Aufnahme einer gem. § 648 a II 1 BGB gleichlautenden Bestimmung für die Art der zu leistenden Sicherheit sowie für die Ausgestaltung als "Wahlrecht" wird zugestimmt.

2. Art. 1 Nr. 2 (§§ 632 b - neu - bis 632 e - neu – BGB)

Der in den EMPFEHLUNGEN zum Ausdruck kommenden Streichung von Art. 1 Nr. 2 wird vorbehaltlos zugestimmt.

Den im Gesetzesentwurf beim Bauvertrag vorgesehenen Regelungen eines Eigentumsvorbehalts, eines Kündigungsrechts und einer Kostentragung sowie eines Zurückbehaltungsrechts des Bestellers konnte aus der Sicht der Anwaltschaft von Anfang an nicht zugestimmt werden. Derartige Vorschriften wären wenig praktikabel und im Sinne eines Unternehmerschutzes nicht hilfreich gewesen. Die Geltendmachung solcher Rechte hätte zu ungeklärten Rechtslagen auf der Baustelle geführt, da § 632 b im Wesentlichen nur für die Gewerke "technische Gebäudeausrüstung (TGA)" und dort auch nur bei Geräten gegriffen hätte, die wieder ausbaubar sind, ohne dass wesentliche Schäden am Gebäude entstehen. Eine zusätzliche Sicherstellung des Unternehmers **neben** § 648 a BGB erscheint nicht erforderlich. Das in § 632 c eingeräumte Kündigungsrecht hätte dem Unternehmer erhebliche Risiken überbürdet und daneben kein Wegnahmerecht eingeräumt, sondern nur den Herausgabeanspruch zugebilligt, der möglicherweise durch den Fortgang auf der Baustelle vereitelt worden wäre. Ein angemessener Entschädigungsanspruch stellt letztlich im Hinblick auf die ursprünglich klare Vergütungsforderung nur einen ungewissen Ersatzanspruch dar.

Viel weniger störanfällig und weniger schädlich für den Bauablauf erscheint demgegenüber die Regelung der Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB, die

sich bereits bewährt und eingelebt hat und die von den Verkehrskreisen auch angenommen ist. Die Streichung der vorgesehenen Neu-Regelungen (§ 632 b bis 632 e) ist daher zu begrüßen.

3. Art. 1 Nr. 3 § 641 Abs. 2 und 3 BGB

Es wird grundsätzlich begrüßt, dass die Fälligkeit der Vergütung des Unternehmers bei den häufig gegebenen Vertragsketten auch davon abhängig gemacht wird, dass der Auftraggeber des Bestellers diesem gegenüber für diese Leistung Zahlung erbracht hat. Es kommt allerdings nicht zweifelsfrei zum Ausdruck, dass es sich bei den Bestimmungen des Absatzes 2 **um zusätzliche Anforderungen** für die Fälligkeit handelt, während Absatz 3 ein Zurückbehaltungsrecht für beide Fallgruppen (Abs. 1 und Abs. 2) normiert.

3.1 Absatz 2

(1) Die vorgesehene Regelung eröffnet ihrem Verständnis nach die Fälligkeit des Vergütungsanspruches des Nachunternehmers, **ohne dass eine Abnahme seiner Leistung erfolgt ist.**

Nicht deutlich wird aber, dass der Unternehmer seine Leistung bereits im Rahmen einer Schlussrechnung abgerechnet haben muss.

Es wird deshalb angeregt, zu ergänzen:

... einem Dritten versprochen hat, wird - nach vorangegangener Stellung eine Schlussrechnung - spätestens fällig ...

(2) Die Fälligkeitsvoraussetzung sind in Ziff. 1, 2 oder 3 aufgeführt. Es ist jedoch nicht ausreichend dargestellt, ob es sich hierbei um **alternative** oder um **kumulative** Bedingungen handelt. Dies ist für die Ziff. 2 gegenüber der Ziff. 3 durch das Wort "oder" klargestellt. Hinsichtlich der Ziff. 1 zu Ziff. 2 fehlt eine solche Klarstellung.

Es wird deshalb **angeregt**, am Ende von Ziff. 1 **zu ergänzen**:

... davon erhalten hat, oder ...

Den übrigen Änderungen der EMPFEHLUNGEN wird zugestimmt.

3.2 Absatz 3

Der textlichen Veränderung statt "mindestens" nunmehr "in der Regel" wird zugestimmt.

Die übrige Formulierung des Gesetzestextes begegnet jedoch Bedenken:

(1) Die Regelung des Absatzes 3 soll nach verständiger Würdigung nicht nur für die Fälle gelten, in denen eine Abnahme erfolgt ist (§ 641 Abs. 1), sondern auch für solche Fälle, in denen sich die "Durchgriffsfälligkeit" über den Hauptunternehmer auf den Nachunternehmer auswirkt (§ 641 Abs. 2). Dies kommt jedoch durch den reinen Wortlaut des Gesetzestextes nicht zum Ausdruck. Auch aus den Änderungsvorschlägen der EMPFEHLUNGEN wird dies nicht deutlich, wenn auch in der Begründung (Blatt 11 Mitte) angedeutet.

Es wird deshalb **vorgeschlagen**, Absatz 3 wie folgt **zu ändern**:

Statt der Worte "nach der Abnahme" sind die Worte "trotz Fälligkeit" einzusetzen.

Dadurch wird im Absatz 3 nunmehr statt auf die Abnahme allgemein auf die Fälligkeit abgestellt, ohne zwischen der Fälligkeit nach § 641 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu differenzieren.

(2) Die **Herabsetzung** des Druckzuschlages von der Höhe des Dreifachen der Mangelbeseitigungskosten auf die Höhe des Zweifachen der Mangelbeseitigungskosten ist unbefriedigend. Die durch die EMPFEHLUNGEN eingebrachte Änderung "in der Regel" (anstatt "mindestens") eröffnet bereits ausreichend die Möglichkeit, den Regelfall zu unterschreiten, wenn der Sachverhalt dies hergibt. Es besteht aber keine Veranlassung seitens des Gesetzgebers, den durch die bisherige BGH-Rechtsprechung entwickelten dreifachen Einbehalt (als Regeleinbehalt) nunmehr in Kenntnis der Rechtsprechung herabzusetzen. Der angemessenen Öffnung nach unten wurde durch die Worte "in der Regel" ausreichend entsprochen.

Seitens der Anwaltschaft bestehen erhebliche Zweifel, ob ein ausreichender Druckzuschlag noch ausgeübt wird, wenn nur das Zweifache des Mängelbeseitigungsaufwandes als Regelbetrag zurückbehalten werden kann. Für den mängelbeseitigungsverpflichteten Unternehmer ist häufig der objektiv erforderliche Mängelbeseitigungsaufwand deutlich geringer als für ein Drittunternehmen, das weder mit der Baustelle vertraut ist (sich also oftmals erst in das Leistungsziel einarbeiten muss), das darüber hinaus gesonderte An- und Abfahrt für Überprüfungen und Untersuchungen über Inhalt und Ausmaß der erforderlichen

Mängelbeseitigungsmaßnahmen zusätzlich einkalkulieren muss, was sich der mängelbeseitigungsverpflichtete Unternehmer stets ersparen kann.

Es wird deshalb empfohlen, es neben der zu begrüßenden Formulierung "in der Regel" es bei der Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zu belassen.

4. Art. 1 Nr. 4 § 641 a BGB

Der EMPFEHLUNG, § 641 a BGB aufzuheben, wird vorbehaltlos zugestimmt. Diese Regelung hat sich in der Vergangenheit nicht bewährt. Vereinzelt tatsächlich erstellte Fertigstellungsbescheinigungen haben vor Gericht nicht standgehalten. Darüber hinaus hat die bisherige gesetzliche Bestimmung dem Gutachter überbürdet/ermöglicht, juristische Wertungen zur geschuldeten Leistung vorzunehmen, für die er nicht ausreichend ausgebildet ist und für die er auch keine fachliche Entscheidungskompetenz hat.

Die Kennzeichnung, dass § 641 a BGB (alte Fassung) Mängel struktureller Art aufweist, die auch durch Verbesserungen im Detail nicht behebbar sind, gilt in gleicher Weise für die vorgesehene Neufassung des § 641 a BGB (Vergütungsbescheinigung).

Der Aufhebung dieser Bestimmung in der alten Fassung wie in der Neufassung wird ausdrücklich zugestimmt.

5. Art. 1 Nr. 5 § 641 b BGB

Der EMPFEHLUNG, Art. 1 Nr. 5 (§ 641 b BGB) zu streichen, schließt sich die Bundesrechtsanwaltskammer zustimmend an.

Die neu einzuführende Regelung sollte die Bestimmung des § 641 a BGB ergänzen. Dieser Ergänzung bedarf es nicht mehr. Die Begründung in den EMPFEHLUNGEN ist zutreffend und wird von der Anwaltschaft geteilt.

6. Art. 1 Nr. 6 § 648 a Abs. 1, 5, 7 BGB

a) Absatz 1

(1) Die Neufassung des Absatzes 1 wird grundsätzlich begrüßt. Dies gilt insbesondere für die hierzu erfolgte Einzelbegründung der EMPFEHLUNGEN.

(2) Ungenügend erscheint die Regelung insoweit, als neben der vertraglich vereinbarten Auftragssumme nur die in "Zusatzaufträgen vereinbarte Vergütung" mit abgesichert wird.

Nicht abgesichert wird durch die neue gesetzliche Regelung der Vergütungsanspruch aus Nachtragforderungen, über den eine Vereinbarung nicht herbeigeführt wurde oder nicht herbeigeführt werden konnte. Dies gilt insbesondere für Fälle des § 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 VOB/B. Es ist auch an Fälle des § 2 Nr. 3 VOB/B zu denken. All diese Sachverhaltsgruppen treten auch außerhalb der VOB/B, also im BGB-Werkvertrag/-Bauvertrag auf (Mengenüberschreitung, Änderung des Bauentwurfs und zusätzlich geforderte aber bisher nicht vorgesehene Leistung).

Nach der alten Fassung des § 648 a BGB knüpfte der Anspruch auf Sicherheitsleistung **an die zu erbringenden** Vorleistungen an. Die beabsichtigte Neuregelung setzt jedoch die Einigung über den Mehrvergütungsanspruch voraus. Dies hat zur Folge, dass nunmehr der Besteller die Einigung über einen Mehrvergütungsanspruch verweigern kann und damit der erforderlichen Sicherheitsleistung für diese Vergütungsansprüche ausweichen kann.

Wir **empfehlen** deshalb statt der Worte "in Zusatzaufträgen vereinbarte" die Worte "... durch Zusatz- oder Änderungsleistungen geschuldete, aber ..." **zu ersetzen**.

b) Absatz 2

Der Buchstabe lit. b ist zu streichen. Dieser EMPFEHLUNG wird beigetreten.

c) Absatz 5

Dem Regelungsvorschlag der EMPFEHLUNGEN wird aus den dort genannten Einzelbegründungen zugestimmt.

Rechtsdogmatische Bedenken bestehen allerdings insoweit, als ein Werkvertrag, dessen Leistungen bereits abgenommen sind, nicht mehr gekündigt werden kann. Es verbleibt dann dem Unternehmer nur das Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der noch nicht erbrachten Vorleistungen (in der Regel Mängelbeseitigungsarbeiten).

d) Absatz 6

Der redaktionellen Neufassung des Absatz 6 wird zugestimmt.

e) Absatz 7

Den Änderungsvorschlägen des Gesetzesentwurfs wird nicht zugestimmt.

Zuzustimmen ist den EMPFEHLUNGEN, wonach Buchstabe d zu streichen ist, **mit der Maßgabe**, dass es beim alten Gesetzestext des § 648 a Abs. 7 (bisherige Fassung) verbleibt.

7. Art. 2 Art. 229 § 12 neu - Art. 244 EGBGB

Den Änderungsvorschlägen der EMPFEHLUNGEN wird zugestimmt.

8. Art. 3 Nr. 2 ff. – §§ 301f. ZPO

Die Änderung erscheint nicht praxisgerecht. In Bereichen, in denen Gerichte ohne die Gefahr einer widerstreitenden Entscheidung auch im Instanzenzug Teile des Streitstoffs durch Teilurteile erledigen konnten, haben sie dies bisher schon getan.

Es besteht zudem Zweifel, ob dem Teilurteil durch die Neufassung eine größere Bedeutung zukommen wird. Die Rechtsprechung des BGH zum Teilurteil ist äußerst restriktiv. Danach soll ein Teilurteil schon dann unterbleiben, wenn es in den Instanzen zu einer unterschiedlichen Beurteilung bloßer Urteilelemente, die nicht in Rechtskraft erwachsen, kommen kann (vgl. BGH NJW 1997, 453, 455). Teilurteile unterliegen in außergewöhnlich häufigem Umfang der Aufhebung. Aus diesem Grund ist eine große Unsicherheit in den Instanzen entstanden. Das Teilurteil, das eigentlich der Beschleunigung des Verfahrens dienen sollte, führt so praktisch sehr häufig zu einer ganz erheblichen Verzögerung. In der Berufungsinstanz wird das Teilurteil aufgehoben; der Rechtsstreit wird insgesamt an die erste Instanz zurückverwiesen. Von der Möglichkeit, den beim erstinstanzlichen Gericht anhängigen Teil des Rechtsstreits heraufzuziehen, wird so gut wie nie Gebrauch gemacht. Daher dürfte eine Reform des § 301 ZPO nicht sehr praxisrelevant werden.

Die Forderung eines zu begründenden Beschlusses durch das Gericht wird zu einer unnützen Zusatzbelastung der Gerichte führen. Auch ohne einen solchen Beschluss nehmen die Parteien zur Kenntnis, dass das Gericht ein Teilurteil nicht erlässt. Konsequenter wäre das Beschlusserfordernis nur dann, wenn ein Rechtsmittel gegen den Beschluss möglich wäre; dieses würde jedoch definitiv zu einer Verlängerung des Rechtsstreits führen.

9. Art. 3 Nr. 3 – § 302a ZPO

a) Statt der Einführung eines neuen Verfahrens der vorläufigen Zahlungsanordnung wäre es sinnvoller, die Prozessleitungspflicht der Tatrichter zu schärfen und dadurch auf eine Beschleunigung der Entscheidungsfindung in den Tatsacheninstanzen hinzuwirken. Die Vorabentscheidung wird das Gegenteil bewirken, nämlich eine zusätzliche Belastung der Gerichte hervorrufen, während der zeitliche Gewinn bei einer Erhöhung der Pflichten zur Verfahrensbeschleunigung gering ist:

Nach der Entwurfsformulierung des § 302a Abs. 1 und der Begründung soll die Entscheidung zwar prognostisch sein, jedoch auf einem „fundierten Zwischenergebnis“ beruhen. Die Überlegung, aufgrund eines fundierten Zwischenergebnisses könne eine Prognose über den Verfahrensausgang getroffen werden, würde voraussetzen, dass die Gerichte zu diesem Zeitpunkt bereits wüssten, wie der spätere Prozess ausgeht. In Bauprozessen ist regelmäßig vor der Endentscheidung kein Raum für eine hinreichend abgesicherte „Prognoseentscheidung“. Da die Vorabentscheidung erklärtermaßen aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergehen muss, verbietet sich im Umkehrschluss, dass die Vorabentscheidung bereits nach Eingang der Klageschrift und einer Schlüssigkeitsprüfung sowie dem Eingang der Klageerwiderung und einer Erheblichkeitsprüfung ergeht. Unterstellt man prozessleitende Maßnahmen (insbesondere Hinweise) spätestens nach der Klageerwiderung, muss dem Kläger natürlich im Wege der Replik, dem Beklagten ggf. im Wege der Duplik Raum gegeben werden, auf diese Hinweise zu reagieren.

Im allgemeinen wird der Richter in dieser Situation zudem noch nicht wissen, wie der Rechtsstreit ausgehen wird, sondern bestenfalls wissen, worüber die Parteien streiten und was beweiserheblich ist. Bevor nicht Beweis erhoben worden ist, also ein Gutachter bestellt wurde, ist kein Raum für eine hinreichend verlässliche Prognoseentscheidung. Daran ändert sich auch bei Vorlage eines „qualifizierten“ Privatgutachtens nichts, denn Privatgutachter sind Auftragnehmer einer Partei, weswegen es zu Recht bisher gängige Praxis ist, solche Privatgutachten als Parteivortrag zu werten. Die Überlegung, der Privatgutachter erfahre dadurch höheres Gewicht, weil die Parteien sich auf ihn geeinigt haben, wird allein deswegen fehlgehen, weil der Beklagte, wenn er, wie der Entwurf unterstellt, lediglich dilatorisch handelt, ein solches Einverständnis gerade nicht geben wird.

Im Übrigen ist nicht ausgeschlossen, dass ein „vereinbarter“ Gutachter Fehler macht. Frühestens nach Eingang des Gutachtens und dem Ablauf einer von den Parteien nicht genutzten Stellungnahmefrist zum Gutachten könnte also eine hinlänglich

verlässliche Prognoseentscheidung ergehen. In diesem Fall kann aber auch eine mündliche Verhandlung anberaumt und ggf. in einem „Stuhltrteil“ eine Entscheidung getroffen werden.

b) Durch die vorgesehene Vorabentscheidung wird der Rechtsstreit zusätzlich überfrachtet mit Zumutbarkeitsüberlegungen. Es darf auch nicht sein, dass sich – wie die Begründung zu den EMPFEHLUNGEN auf Seite 30 ausführt – aus Unterschieden bei „Auftragsstruktur, Personal- oder Materialkosten“ jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen im Zivilprozess ergeben. Schlimmstenfalls würde der geschäftsuntüchtige Unternehmer, der seine Liquiditätsschwierigkeiten selbst herbeigeführt hat, durch das Prozessrecht auch noch belohnt.

c) Zu einer weiteren Zusatzbelastung der Gerichte mit der Folge letztlich einer Verzögerung der Erledigung wird auch die Überprüfungsmöglichkeit wegen wesentlicher Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse führen, denn jeder – neue – Antrag des Klägers auf Erlass einer Vorabentscheidung wegen geänderter Verhältnisse setzt dessen Prüfung ggf. nach streitiger Auseinandersetzung im schriftlichen Verfahren und unter Umständen bei Erweiterung nach nochmaliger mündlicher Verhandlung voraus.

10. Art. 3 Nr. 5 – § 756 ZPO

Ob die in § 756 vorgesehenen Änderungen zu einer Beschleunigung führen werden, erscheint mehr als fraglich. Im allgemeinen ist die Arbeitsbelastung öffentlich bestellter Sachverständiger derart, dass zumeist mehrere Wochen vergehen, bis eine gutachterliche Stellungnahme vorliegt. Dies muss umso mehr gelten, wenn auch mit einer 14-tägigen Ladungsfrist mindestens ein Besichtigungstermin abgehalten werden muss.
