

20.02.02**Gesetzesantrag****der Freistaaten****Thüringen, Sachsen**

Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen 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 Bundesländern. Forderungsausfälle in Millionenhöhe und eine steigende Anzahl von Insolvenzen prägen das Bild. Diese Situation ist zu einem großen Teil auf unzureichende rechtliche Rahmenbedingungen zurückzuführen. Das am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat hier keine Wende gebracht. Gesetzgeberische Initiativen der Bundesregierung auf diesem Gebiet sind gleichwohl bislang ausgeblieben, obwohl bereits der Bundesrat bei seiner Beschlussfassung über das oben genannte Gesetz die Bundesregierung gebeten hatte, weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der Zahlungsmoral zu prüfen.

Der vorliegende Gesetzentwurf hat das Ziel, die Zahlungsmoral durch ein Bündel von Maßnahmen zu stärken. Zum einen sollen Subunternehmer und Handwerksbetriebe in die Lage versetzt werden, ihre Werklohnforderung effektiv dinglich zu sichern. Auf diese Weise soll das strukturelle rechtliche Ungleichgewicht, das zwischen den Subunternehmern und Handwerkern einerseits und den Generalunternehmern und Bauherren andererseits besteht, korrigiert werden. Zum anderen sollen die verfahrens- und strafrechtlichen Vorschriften im Sinne einer einfacheren Titelerlangung und Vollstreckung sowie strengerer strafrechtlicher Sanktionen geändert werden.

...

B. Lösung

Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines Teils eines Bauwerks bedarf einer besonderen dinglichen Sicherung seiner Werklohnforderung, unabhängig davon, ob er in vertraglicher Beziehung zum Bauherrn steht oder nicht (Subunternehmer).

Die dingliche Sicherung soll im Wesentlichen auf drei Arten bewirkt werden:

1. Die kaufrechtlichen Regelungen zum Eigentumsvorbehalt sollen nunmehr mit Modifikationen auch für den Werkunternehmer gelten und ihm bei Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Bestellers sein Eigentum an eingebauten Sachen sichern helfen.
2. Dem Subunternehmer soll gegenüber dem Generalunternehmer ein gesetzliches Pfandrecht an dessen Forderungen gegen den Besteller eingeräumt werden.
3. Der Bauunternehmer soll künftig leichter eine Sicherungshypothek erlangen können.

Außerdem werden die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmer eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB erhalten kann, erweitert. Ferner wird das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in geänderter Form in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Daneben werden noch einzelne und 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. Schließlich soll der Gläubigerschutz auch durch Änderungen des Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahrens, des Aktiengesellschafts- und GmbH-Rechts sowie des Strafrechts verbessert werden.

C. Alternativen

Denkbar wäre, auf die Einführung dinglicher Sicherungsmöglichkeiten zu verzichten und sich allein auf den Ausbau der bereits bestehenden Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB zu beschränken. Vorzugswürdig ist jedoch ein Bündel von Maß-

nahmen, da sich in der Praxis gezeigt hat, dass schuldrechtliche Ansprüche auf Einräumung von Sicherheiten oftmals leer laufen.

D. Kosten der öffentlichen Haushalte

Keine.

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

E. Sonstige Kosten

Sonstige Kosten sind nicht zu erwarten.

20.02.02

Gesetzesantrag

**der Freistaaten
Thüringen, Sachsen**

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

Freistaat Thüringen
Finanzministerium
Der Minister

Erfurt, den 19. Februar 2002

An den
Präsidenten des Bundesrates
Herrn Regierenden Bürgermeister
Klaus Wowereit

Sehr geehrter Herr Präsident,

die Landesregierung des Freistaats Thüringen und die Sächsische Staatsregierung haben beschlossen, dem Bundesrat den anliegenden

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

mit dem Antrag zuzuleiten, seine Einbringung beim Deutschen Bundestag gemäß Artikel 76 Abs. 1 des Grundgesetzes zu beschließen.

Ich bitte Sie, die Vorlage gemäß § 36 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Bundesrates auf die Tagesordnung der Sitzung des Bundesrates am 1. März 2002 zu setzen. Nach der Vorstellung im Plenum soll der Gesetzentwurf den Ausschüssen zur weiteren Beratung überwiesen werden.

Mit freundlichen Grüßen



Andreas Trautvetter
Stellvertretender Ministerpräsident

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

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42), zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:

1. Nach § 632a werden folgende §§ 632b bis 632e eingefügt:

„§ 632b

Eigentumsvorbehalt beim Bauvertrag

(1) Der Unternehmer kann sich zur Sicherung seiner Forderungen aus dem Vertrag das Eigentum an seinen beweglichen Sachen, die er zum Zwecke der Erfüllung eines Werkvertrags als wesentliche Bestandteile mit dem Grundstück oder Gebäude des Bestellers verbindet, bis zur vollständigen Zahlung des Werklohns vorbehalten. Der Vorbehalt des Eigentums wird unwirksam, wenn der Unternehmer Sicherheit auf andere Weise erlangt hat.

(2) Der Vorbehalt des Eigentums ist nur wirksam, wenn der Unternehmer dies gegenüber dem Besteller vor der Verbindung schriftlich erklärt.

(3) Der Vorbehalt des Eigentums ist unwirksam, soweit die Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde. Dabei sind die Wertverhältnisse vor dem Einbau maßgebend.

§ 632c

Kündigungsrecht des Unternehmers aufgrund des Eigentumsvorbehalts

(1) Hat sich der Unternehmer das Eigentum vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Eigentumserwerb des Bestellers durch Verbindung mit seiner Sache nur unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Werklohns erfolgt und dass der Unternehmer zur Kündigung des Vertrags berechtigt ist, wenn der Besteller mit der Zahlung in Verzug kommt.

(2) Kündigt der Werkunternehmer nach Absatz 1, sind die bisher von ihm erbrachten Werkleistungen abzurechnen. Mit Herausgabe der von ihm unter Eigentumsvorbehalt eingebauten Sachen erlischt sein Vergütungsanspruch einschließlich Nebenforderungen für die von ihm insoweit erbrachten Leistungen. Neben der nach Maßgabe der Sätze 1 und 2 zu berechnenden Vergütung kann der Werkunternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen. § 642 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grund eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Fall der Kündigung von dem Empfang der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten.

§ 632d

Kostentragung bei Entfernung der eingebauten Sache

Hat der Unternehmer aufgrund des vorbehaltenen Eigentums den Vertrag gekündigt und verlangt er die verbundene Sache heraus, so hat der Besteller die mit der Entfernung der Sache entstehenden Kosten zu tragen.

§ 632e

Zurückbehaltungsrecht des Bestellers

Der Besteller kann die Herausgabe der Sache des Unternehmers verweigern, wenn dies für ihn oder seine Familie zu unverhältnismäßigen Nachteilen führen würde. Der Unternehmer kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch vorläufige sichernde Maßnahmen, durch die den Belangen des Bestellers und seiner Familie Rechnung getragen wird, abwenden.“

2. § 641 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

"Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig, wenn und soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten oder der Dritte das Werk gegenüber dem Besteller abgenommen hat oder dem Besteller eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt wurde."

b) Dem Absatz 2 werden folgende Sätze angefügt:

"Der Besteller ist verpflichtet, auf Verlangen des Unternehmers Auskunft zu geben, ob und inwieweit er von dem Dritten seine Vergütung oder Teile davon erhalten oder der Dritte das Werk abgenommen hat oder ihm eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt wurde. Der Unternehmer kann dem Besteller für die Erteilung der Auskunft eine angemessene Frist setzen. Erteilt der Besteller die Auskunft nicht innerhalb der Frist, wird die Vergütung des Unternehmers mit Ablauf der Frist fällig. "

3. § 641a wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 wird nach dem Wort „sind“ das Komma durch ein Semikolon ersetzt und folgender Halbsatz angefügt:

„dabei bleiben unwesentliche Mängel außer Betracht,“

- b) Absatz 4 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

"Verweigert er die Untersuchung, wird vermutet, dass das zu untersuchende Werk vertragsgemäß hergestellt worden ist; die Bescheinigung des Gutachters hat die Feststellung zu enthalten, dass wegen der Weigerung des Bestellers eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben nicht möglich war. Sie hat in diesem Fall die gleichen Rechtswirkungen wie eine Bescheinigung nach Absatz 1."

4. Nach § 647 wird folgender § 647a eingefügt:

"§ 647a

Forderungspfandrecht des Herstellers

(1) Der Unternehmer eines Werkes, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, erwirbt in Höhe seines Vergütungsanspruchs ein Pfandrecht an dem Vergütungsanspruch des Bestellers gegen den Dritten, sobald sein Anspruch fällig geworden ist und er dies dem Dritten schriftlich angezeigt hat.

(2) Das Pfandrecht hat Vorrang vor bereits bestehenden vertraglichen Pfandrechten und erfolgten Forderungsabtretungen. Pfandrechte mehrerer Unternehmer haben den gleichen Rang."

5. § 648 Abs. 1 wird wie folgt geändert:

- a) In Satz 1 werden die Wörter "des Bestellers" gestrichen.

b) Es wird folgender Satz angefügt:

„Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Forderungen eines Unternehmers aus einem Vertrag mit dem Besteller, der sich gegenüber einem Dritten zur Errichtung eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks verpflichtet hat; die Forderung, für die Sicherung verlangt werden kann, verringert sich um die Vergütung, die der Eigentümer des Baugrundstücks bereits wegen der Werkleistung des Unternehmers entrichtet hat.“

6. § 648a wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Der Unternehmer kann die Sicherheit auch noch nach Abnahme oder bei vorzeitiger Beendigung des Vertrags verlangen, soweit der Vergütungsanspruch, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, vom Besteller noch nicht erfüllt ist. Solange der Besteller die Sicherheit nicht leistet, steht ihm ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zu.“

b) Die bisherigen Absätze 2 bis 7 werden die Absätze 3 bis 8.

7. Nach § 648a wird folgender § 648b eingefügt:

„§ 648b

Baugeldsicherung

(1) Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung seiner Baugeldgläubiger zu verwenden. Baugeld sind Beträge, die

1. zum Zwecke der Bestreitung der Kosten für die Herstellung eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon (Bau) gewährt werden und zu deren Sicherung eine Hypothek oder Grundschuld bestellt wird,
2. von einer juristischen Person als Zuschuss oder zinsverbilligtes Darlehen zur Bestreitung der Kosten für die Herstellung eines Baus gewährt werden oder

3. an eine Person, die an der Herstellung des Baus aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt ist, zur Befriedigung ihrer Forderungen aus diesem Vertrag gezahlt werden.

Als Empfänger von Baugeld gilt auch, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist. Baugeldgläubiger sind Personen, mit denen der Empfänger von Baugeld einen auf die Herstellung eines Baus bezogenen Werk-, Werklieferungs-, Dienst- oder Kaufvertrag geschlossen hat mit Ausnahme von Arbeitnehmern im Sinne von § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes.

(2) Der Empfänger von Baugeld, der seinerseits Personen zur Herstellung des Baus verpflichtet hat, wird von seiner Verpflichtung nach Absatz 1 Satz 1 frei, soweit er Baugeldgläubiger bereits aus anderen Mitteln befriedigt hat. Ist der Empfänger von Baugeld selbst an der Herstellung des Baus beteiligt, wird er in Höhe von 70 vom Hundert der vertraglich vereinbarten Vergütung seiner zur Herstellung des Baus erbrachten Leistung von der Verpflichtung nach Absatz 1 Satz 1 frei. Ist eine Vergütung nicht vereinbart, gilt § 632 Abs. 2 entsprechend.

(3) Verletzt der Empfänger von Baugeld schuldhaft die ihm nach Absatz 1 Satz 1 obliegende Pflicht, ist er insoweit den Baugeldgläubigern zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Ist der Empfänger von Baugeld eine juristische Person, richtet sich der Anspruch auch gegen deren vertretungsberechtigtes Organ oder das Mitglied eines solchen Organs.

(4) Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, gegenüber den Baugeldgläubigern auf Verlangen Rechenschaft über die vereinnahmten und verausgabten Baugelder abzulegen.

(5) Die Absätze 1 bis 4 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder

2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.“

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Dem Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061), das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird folgender § 8 angefügt:

„§ 8

Überleitungsvorschrift zum Forderungssicherungsgesetz

(1) Auf Verträge, die vor dem [einsetzen: Datum des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes] abgeschlossen worden sind, ist das Bürgerliche Gesetzbuch, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden.

(2) § 648a Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der ab dem [einsetzen: Datum des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung ist auch auf vorher abgeschlossene Verträge anzuwenden.“

Artikel 3

Änderung der Zivilprozessordnung

Die Zivilprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:

1. § 227 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 wird wie folgt gefasst:

"5. Bausachen, wenn ein Voraburteil beantragt ist oder über die Fortsetzung eines angefangenen Baus gestritten wird,"

2. § 301 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 wird der Punkt am Satzende durch ein Komma ersetzt und folgender Halbsatz angefügt:

"sofern dies nicht nach Lage der Sache unangemessen ist."

b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

"(2) Die Parteien können den Erlass eines Teilurteils beantragen. Liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vor, ist der Antrag durch kurz zu begründenden Beschluss zurückzuweisen."

c) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 angefügt:

"(3) Ein Rechtsmittel kann nicht darauf gestützt werden, dass ein Teilurteil nicht erlassen worden ist."

3. Der Dritte Titel des Zweiten Buches, Erster Abschnitt wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift erhält folgende Fassung:

„Dritter Titel Versäumnisurteil und Voraburteil in Bausachen“

b) Der bisherige Wortlaut wird der Erste Untertitel und erhält folgende Überschrift:

„I. Versäumnisurteil“

c) Nach § 347 wird folgender Zweiter Untertitel eingefügt:

"II. Voraburteil in Bausachen

§ 347a

[Voraburteil]

Zur Sicherung der Ansprüche aus Verträgen über die Errichtung eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon auf Vergütung, auf Vorschuss oder auf Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln und auf Schadensersatz kann im ersten Rechtszug auf Antrag des Klägers eine gerichtliche Zahlungsanordnung (Voraburteil) ergehen. Der Antrag kann schon in der Klageschrift gestellt werden.

§ 347b

[Vorbereitung des Termins]

(1) Das Gericht bestimmt alsbald einen umfassend vorbereiteten Termin zur Güteverhandlung (§ 278 Abs. 2), zur mündlichen Verhandlung, zur Beweisaufnahme und über den Erlass eines Voraburteils. § 273 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden. Das Gericht kann insbesondere anordnen, dass der Termin als Ortstermin zur Einnahme des Augenscheins und unter Hinzuziehung von Sachverständigen stattfindet (§ 144).

(2) Das Gericht kann von der Bestimmung eines Termins nach Absatz 1 absehen und den Antrag auf Erlass eines Voraburteils durch zu begründenden Beschluss zurückweisen, wenn nach den Umständen, insbesondere wegen der rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten der Sache, der Erlass eines Voraburteils nicht in Betracht kommt. Der Beschluss ist unanfechtbar.

§ 347c

[Weiteres Verfahren]

(1) Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, hat das Gericht nach §§ 300 bis 329 durch Urteil zu entscheiden.

(2) Ist nach dem Sach- und Streitstand der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif, erlässt das Gericht unter Berücksichtigung der bisherigen Ver-

handlung und Beweisaufnahme ein Voraburteil in dem Umfang, wie es billigem Ermessen entspricht. Das Gericht soll die seine Entscheidung tragenden Erwägungen in den Urteilsgründen erläutern; § 313a Abs. 1 ist entsprechend anzuwenden. Das Voraburteil ergeht unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Endentscheidung. Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, kann die Ergänzung des Urteils nach § 321 beantragt werden.

(3) Das Gericht kann auch nach Beweisaufnahme den Antrag auf Erlass eines Voraburteils zurückweisen, wenn es dessen Erlass aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht für angemessen erachtet. § 347b Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden.

§ 347d

[Vorläufige Vollstreckbarkeit gegen Sicherheitsleistung]

Das Voraburteil ist gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, bis es durch rechtskräftige Endentscheidung außer Kraft tritt oder nach § 347e Abs. 2 Satz 1 einem rechtskräftigen Endurteil gleichsteht. Die §§ 710 und 712 Abs. 2 sind nicht anzuwenden.

§ 347e

[Fortsetzung des Rechtsstreits]

(1) Das Voraburteil ist unanfechtbar. Jede Partei kann binnen einer Notfrist von drei Monaten, die mit der Zustellung des Voraburteils beginnt, durch Einreichen eines Schriftsatzes beim Gericht die Fortsetzung des Rechtsstreits beantragen. Ein verspätet gestellter Antrag ist durch Beschluss des Gerichts als unzulässig zu verwerfen. Der Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.

(2) Wird der Antrag nach Absatz 1 nicht gestellt oder verzichten beide Parteien durch schriftliche Anzeige an das Gericht auf die Fortsetzung des Rechtsstreits, steht das Voraburteil einem rechtskräftigen Endurteil gleich. Die Geschäftsstelle hat auf Antrag ein Zeugnis über den Eintritt dieser Wirkung auszustellen.

(3) Die Parteien sind mit der Zustellung des Voraburteils über die Folgen der Versäumung der in Absatz 1 Satz 2 bestimmten Frist zu belehren.

§ 347f

[Neue Entscheidung]

(1) Mit Eintritt der Rechtskraft der Endentscheidung tritt das Voraburteil außer Kraft. Erlässt das Gericht ein Teilurteil nach § 301, hat es darin auszusprechen, ob und in welchem Umfang das Voraburteil in Bezug auf den Teil des Streitgegenstandes aufrechterhalten bleibt, über den nicht im Teilurteil entschieden worden ist.

(2) In der Kostenentscheidung kann das Gericht die durch das Voraburteil entstandenen Kosten der obsiegenden Partei ganz oder teilweise auferlegen, wenn sie aufgrund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie bis zum Termin gemäß § 347b geltend zu machen im Stande war und das bei der Entscheidung über den Erlass eines Voraburteils hätte berücksichtigt werden können.

(3) § 717 gilt entsprechend."

4. Nach § 750 wird folgender § 750a eingefügt:

"§ 750a

[Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung]

(1) Auf Antrag des Gläubigers kann das Gericht anordnen, dass der Schuldner in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei zur Aufenthaltsermittlung ausgeschrieben wird, wenn er glaubhaft macht, dass er ohne die Ausschreibung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zur Vollstreckung eines Titels im Sinne des § 704 Abs. 1, des § 794 Abs. 1, und des § 801, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 3000 Euro zu Grunde liegt, in der Lage wäre. Die Anordnung erfolgt durch Beschluss des Amtsgerichts, in dessen Bezirk der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Sie unterbleibt, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls unangemessen wäre. Eine Öffentlichkeitsfahndung und eine internationale Fahndung sind unzulässig.

(2) Die polizeilichen Vollzugsorgane teilen das Ergebnis ihrer Ermittlungen dem Gericht und dem Gläubiger mit.

(3) Die Anordnung nach Absatz 1 ist aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht mehr vorliegen. Der Gläubiger hat dem Gericht unverzüglich den Wegfall der Voraussetzungen des Absatzes 1 mitzuteilen."

5. Dem § 756 Abs. 1 werden folgende Sätze angefügt:

"Der Nachweis der Befriedigung des Schuldners kann auch durch die Bescheinigung eines Sachverständigen erbracht werden, wenn die Zug um Zug zu bewirkende Leistung des Gläubigers in einer Nachbesserung besteht. § 641a Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend."

6. Dem § 765 wird folgender Satz angefügt:

"§ 756 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend."

7. § 909 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

"(2) Unter den Voraussetzungen des § 750a Abs. 1 Satz 1 darf das Gericht auf Antrag des Gläubigers zur Vollstreckung des Haftbefehls die Ausschreibung zur Festnahme anordnen. Mit dem Antrag hat der Gläubiger dem Gericht den Haftbefehl vorzulegen. § 750a Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2 und 3 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die Mitteilung der Verhaftung gegenüber dem Gericht unverzüglich zu erfolgen hat. Bei der Verhaftung ist dem Schuldner durch die polizeilichen Vollzugsorgane vorläufig mitzuteilen, weshalb er verhaftet wird. Das Gericht veranlasst unverzüglich nach Mitteilung der Verhaftung des Schuldners die Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Haftbefehls an den Schuldner."

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

8. In § 933 Satz 1 wird die Angabe „§§ 901, 904 bis 913“ durch die Angabe „§§ 901, 904 bis 908, 909 Abs. 1 und 3 sowie der §§ 910 bis 913“ ersetzt.

Artikel 4

Änderung der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:

1. In § 98 Abs. 3 Satz 1 wird die Angabe „§§ 904 bis 910, 913“ durch die Angabe „§§ 904 bis 908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910, 913“ ersetzt.
2. § 107 Abs. 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Hat vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft und vom Verkäufer den Besitz an der Sache erlangt oder wurde auf dem Grundstück eine bewegliche Sache als wesentlicher Bestandteil unter Eigentumsvorbehalt durch einen Unternehmer verbunden, so braucht der Insolvenzverwalter, den der Verkäufer oder Unternehmer zur Ausübung des Wahlrechts aufgefordert hat, die Erklärung nach § 103 Abs. 2 Satz 2 erst unverzüglich nach dem Berichtstermin abzugeben.“

Artikel 5

Änderung des Gerichtskostengesetzes

Anlage 1 zum des Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3047), das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Der Nummer 1211 wird folgender Buchstabe d angefügt:

"d) Nichtfortsetzen eines Rechtsstreits nach Erlass eines Voraburteils,"

2. Nach Nummer 1647 wird folgende Nummer 1648 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebührenbetrag oder Satz der Ge- bühr nach § 11 Abs. 2 GKG
„1648	Verfahren über Anträge auf Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung oder Festnahme gemäß §§ 750a, 909 Abs. 2 ZPO	30 EUR“

3. Nach Nummer 1659 wird folgende Nummer 1680 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebührenbetrag oder Satz der Ge- bühr nach § 11 Abs. 2 GKG
„1680	Voraburteil nach § 347c Abs. 2 ZPO	1,0“

Artikel 6

Änderung der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte

In § 37 Nr. 3 der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 368-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch [...] geändert worden ist, werden nach dem Wort "Zwischenstreite" ein Komma und die Worte "Verfahren zum Erlass eines Voraburteils" eingefügt.

Artikel 7

Änderung des Straßenverkehrsgesetzes

Dem § 39 des Straßenverkehrsgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 9231-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird folgender Absatz 4 angefügt:

"(4) Absatz 3 Satz 1 gilt entsprechend, wenn der Empfänger unter Angabe von Fahrzeugdaten oder Personalien des Halters glaubhaft macht, dass er die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne der § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1, § 801 der Zivilpro-

zessordnung, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 500 Euro zu Grunde liegt, benötigt."

Artikel 8

Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch

Das Zehnte Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2001 (BGBl. I S. 130), zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:

1. Dem § 64 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

"Abweichend von Satz 1 hat der Empfänger für die Entscheidung über eine Auskunft nach § 68a eine Gebühr von 5 Euro zu entrichten."

2. Nach § 68 wird folgender § 68a eingefügt:

"§ 68a

Übermittlung für die Vollstreckung privatrechtlicher Titel

(1) Die Anschrift eines Betroffenen und sein derzeitiger oder zukünftiger Aufenthalt dürfen übermittelt werden, wenn der Empfänger unter Angabe der Personalia des Betroffenen glaubhaft macht, dass er

1. die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne des § 704 Abs. 1, des § 794 Abs. 1, des § 801 der Zivilprozessordnung, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 500 Euro zu Grunde liegt, benötigt,
2. ohne Kenntnis dieser Daten zur Vollstreckung des Anspruchs nicht in der Lage wäre und
3. die Daten auf andere Weise entweder nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erlangen könnte.

Dies gilt nur, soweit kein Grund zu der Annahme besteht, dass dadurch schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden, und wenn das Ersuchen nicht länger als sechs Monate zurückliegt. § 68 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 gilt entsprechend.

(2) § 41 Abs. 2 des Straßenverkehrsgesetzes ist sinngemäß anzuwenden."

Artikel 9

Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:

1. Der Überschrift wird die Abkürzung „(GmbHG)“ angefügt.
2. § 6 Abs. 2 wird wie folgt geändert:

- a) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

"Wer wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs, 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 verurteilt worden ist, kann auf die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils nicht Geschäftsführer sein; in die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist."

- b) Nach Satz 4 wird folgender Satz angefügt:

„Gesellschafter, die eine Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, zum Geschäftsführer bestellen oder nicht abberufen oder ihr tatsächlich die Führung der Geschäfte überlassen, haften der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese ihre Obliegenheiten verletzt.“

Artikel 10

Änderung des Aktiengesetzes

§ 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

"Wer wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283d des Strafgesetzbuchs, 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 verurteilt worden ist, kann auf die Dauer von fünf Jahren seit der Rechtskraft des Urteils nicht Mitglied des Vorstands sein; in die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist."

Artikel 11

Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz

Nach § 26d des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1185), das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird folgender § 26e eingefügt:

„§ 26e

Übergangsregelung für die Leitung der Aktiengesellschaft

§ 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes in der vom [einfügen: Datum des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes] an geltenden Fassung ist auf Verurteilungen wegen Straftaten nach den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder den §§ 399 bis 401 Abs. 1 des Aktiengesetzes oder den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs, die vor diesem Tage rechtskräftig geworden sind, nicht anzuwenden."

Artikel 12

Änderung des Strafgesetzbuchs

Das Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:

1. Nach § 283d wird folgender § 283e eingefügt:

"§ 283e

Veruntreuung von Baugeld

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Baugeldempfänger entgegen § 648b des Bürgerlichen Gesetzbuchs Baugeld zum Nachteil seiner Gläubiger verwendet.

(2) § 283 Abs. 6 gilt entsprechend."

2. § 288 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

"(2) Wer sich bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, einer ihm bekannten Aufforderung zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, zu der er zivilrechtlich verpflichtet ist, entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft."

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

c) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 4 angefügt:

"(4) Das Gericht mildert im Fall des Absatzes 2 die Strafe (§ 49 Abs. 1) oder kann von Strafe nach dieser Vorschrift absehen, wenn der Schuldner die eidesstattliche Versicherung innerhalb einer Woche nach Ablauf des Termins, der vom Gerichtsvollzieher zur Abgabe derselben bestimmt wurde, vollständig und freiwillig abgibt."

Artikel 13

Aufhebung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen

(1) Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch [...], wird aufgehoben.

(2) Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen ist abweichend von Absatz 1 weiter anzuwenden, sofern die Pflicht zur Verwendung von Baugeld und die Pflicht zur Führung des Baubuchs vor dem In-Kraft-Treten des Forderungssicherungsgesetzes begründet wurden.

Artikel 14

Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung

In § 10 Abs. 6 der Makler- und Bauträgerverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. November 1990 (BGBl. I S. 2479), die zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird die Angabe „und die §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung in der jeweils geltenden Fassung“ gestrichen.

Artikel 15

Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang

Der auf Artikel 14 beruhende Teil der dort geänderten Rechtsverordnung kann aufgrund der einschlägigen Ermächtigung durch Rechtsverordnung geändert werden.

Artikel 16

Änderung sonstiger Vorschriften

1. Die Abgabenordnung vom 16. März 1976 (BGBl. I S. 613, 1977 I S. 269), zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:

- a) In § 284 Abs. 8 Satz 2 wird die Angabe „909 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2“ durch die Angabe „909 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3“ ersetzt.
 - b) In § 334 Abs. 3 Satz 2 wird die Angabe „909 und 910“ durch die Angabe „909 Abs. 1 und 3 sowie § 910“ ersetzt.
2. In § 15 Satz 1 des Ausführungsgesetzes zum deutsch-österreichischen Konkursvertrag vom 8. März 1985 (BGBl. I S. 535), das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird **[vorbehaltlich des Außer-Kraft-Tretens gemäß Artikel 44 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren]** die Angabe „904 bis 913“ durch die Angabe „904 bis 908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910 bis 913“ ersetzt.
3. Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch [...], wird wie folgt geändert:
- a) In § 33 Abs. 3 Satz 5 wird die Angabe „909 Abs. 1 und 2“ durch die Angabe „909 Abs. 1 und 3“ ersetzt.
 - b) In § 83 Abs. 2 wird die Angabe "§§ 901, 902, 904 bis 910, 912, 913" durch die Angabe "§§ 901, 902, 904 bis 908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910, 913" ersetzt.
4. In § 6 Abs. 1 Nr. 1 der Justizbeitreibungsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 365-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird die Angabe „910“ durch die Angabe „§§ 908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910“ ersetzt.
5. In § 90 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird die Angabe „§ 910“ durch die Angabe „§§ 908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910“ ersetzt.

6. In § 463b Abs. 3 Satz 2 der Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird die Angabe „§ 910“ durch die Angabe „§§ 908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910“ ersetzt.
7. In § 16 Abs. 3 des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 201-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch [...] geändert worden ist, wird die Angabe „§§ 901, 904 bis 911“ durch die Angabe „§§ 901, 904 bis 908, 909 Abs. 1 und 3, §§ 910 und 911“ ersetzt.

Artikel 17

Überleitungsvorschrift zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

(1) § 6 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der vom In-Kraft-Treten des Forderungssicherungsgesetzes an geltenden Fassung ist auf Verurteilungen wegen der §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder der §§ 399 bis 401 Abs.1 des Aktiengesetzes oder der §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 StGB, die vor dem Tag des In-Kraft-Tretens des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig werden, nicht anzuwenden.

(2) § 6 Abs. 2 Satz 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist hinsichtlich Obliegenheitsverletzungen, die vor dem Tag des In-Kraft-Tretens des Forderungssicherungsgesetzes erfolgt sind, nicht anzuwenden.

Artikel 18

In-Kraft-Treten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Begründung:

A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

Viele Unternehmen, insbesondere das Baugewerbe in den neuen Ländern, befinden sich in einer schwierigen wirtschaftlichen Situation. Hierzu hat wesentlich beigetragen, dass Handwerkern und mittelständischen Unternehmern in den letzten Jahren mehrere Milliarden Mark durch uneinbringliche Forderungen verloren gegangen sind. Nach wie vor klagen viele Unternehmen über erhebliche Außenstände mit der Folge von zum Teil existenzbedrohenden Liquiditätsengpässen. Begünstigt wurde die zunehmende Verschlechterung des Zahlungsverhaltens auch durch strukturelle Schwächen des geltenden Werkvertrags-, Zivilverfahrens- und Vollstreckungsrechts sowie des GmbH-Rechts:

1. Die Sicherung der Bauhandwerker für ihre Vorleistungen ist nach geltendem Recht immer noch unzureichend. Nach § 946 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) erstreckt sich das Eigentum an einem Grundstück auch auf bewegliche Sachen, die mit dem Grundstück in der Weise verbunden werden, dass sie wesentliche Bestandteile des Grundstücks werden. Ein etwaiger Eigentumsvorbehalt erlischt mit der Verbindung.
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. Hinzu kommt auch hier, dass der § 641 Abs. 2 BGB keinen zwingenden Charakter hat (vgl. Palandt-Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., § 641 Rn. 9 mit weiteren Nachweisen).

3. Das neu geschaffene Rechtsinstitut der Fertigstellungsbescheinigung in § 641a BGB soll dem Unternehmer durch die Fertigstellungsbescheinigung eine rasche Titulierung seines Vergütungsanspruchs im Urkundenprozess (§§ 592 ff. der Zivilprozessordnung - ZPO) ermöglichen. Gleichzeitig soll den Vertragsparteien im Falle des Vorhandenseins von Mängeln eine Grundlage für deren Beurteilung an die Hand gegeben werden. § 641a BGB erscheint für die Vertragspraxis zu umständlich und wenig handhabbar, um damit den vom Gesetzgeber beabsichtigten besseren Schutz der Handwerker zu gewährleisten. Dieser muss durch die Beauftragung eines Gutachters zunächst einmal auch finanziell in Vorlage treten; die Erstellung des Gutachtens wird eine bestimmte Zeit in Anspruch nehmen, die für den Handwerker nicht nutzbar ist und während der er nach wie vor dem Insolvenzrisiko des Bestellers ausgesetzt ist. Die bisher vorliegenden praktischen Erfahrungen mit diesem Rechtsinstitut haben gezeigt, dass insbesondere mittelständische und kleinere Handwerksbetriebe mit der Anwendung des § 641a BGB regelmäßig überfordert sind.

Auch den Gutachtern bereitet die Anwendung dieser Vorschrift insoweit Schwierigkeiten, als nach dem Gesetzeswortlaut eine Fertigstellungsbescheinigung mit dem Inhalt, dass das Werk frei von Mängeln sei, auch dann erteilt werden soll, wenn der Gutachter das Werk aufgrund der Weigerung des Bestellers gar nicht in Augenschein nehmen konnte. Im Übrigen ist die gesetzgeberische Wertung in § 640 Abs. 1 Satz 2 einerseits und § 641a BGB andererseits widersprüchlich. Während der Besteller die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigern kann, darf der Gutachter die Fertigstellungsbescheinigung nur dann erteilen, wenn das Werk „frei von Mängeln“ ist.

4. Das Unternehmerpfandrecht nach § 647 BGB ist seiner Rechtsnatur nach als gesetzliches Pfandrecht zwar ein dingliches Sicherungsmittel, doch setzt es voraus, dass die Sachen des Bestellers in den Besitz des Handwerkers gelangt sind. Dies gibt dem Unternehmer ein relativ effektives Sicherungsmittel, da er aufgrund des gesetzlichen Pfandrechts ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB hat.

Die Anknüpfung des Pfandrechts an den Besitz des Unternehmers begünstigt aber vor allem denjenigen Unternehmer, dem der Besteller zur Werkausführung typischerweise die zu reparierende Sache übergeben muss.

Die Rechtsprechung hat bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 647 BGB wiederholt die Stellung des Unternehmers, dem eine bestellerfremde Sache zur Reparatur übergeben wurde, gestärkt, in dem sie ihm zwar kein Pfandrecht nach § 647 BGB eingeräumt, ihm aber gegen den Eigentümer wegen der Reparatur einen Verwendungsersatzanspruch nach § 994 BGB gegeben hat, wenn der Besteller gegenüber dem Eigentümer sein Besitzrecht verloren hat (vgl. BGHZ 34, 122 ff.).

Von der Regelung des § 647 BGB konnten aber bislang diejenigen Unternehmer nicht profitieren, die zum Zwecke der Ausführung der Werkleistung typischerweise keinen Besitz an den Sachen des Bestellers erlangen. Dies sind insbesondere die Bauunternehmer und Subunternehmer. Es ist nicht einzusehen, warum diese nicht genauso dinglich geschützt werden sollen, wie beispielsweise die Unternehmer, die Kraftfahrzeuge reparieren.

5. Die Regelung des § 648 BGB läuft in der Praxis häufig leer. Der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek setzt die rechtliche Identität von Besteller und Grundstückseigentümer voraus. Der Gesetzgeber ist dabei davon ausgegangen, dass die Durchführung von Bauarbeiten auf einem Grundstück im Regelfall vom Grundstückseigentümer in Auftrag gegeben wird. Die Fallkonstellationen und rechtlichen Ausgestaltungen bei der Auftragsvergabe sind seit In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuchs jedoch wesentlich vielfältiger und komplexer geworden. Miet- und Eigentumswohnungen werden zum Beispiel häufig unter Einschaltung eines Bauträgers errichtet, der mit dem Grundstückseigentümer zwar wirtschaftlich eng verflochten, ihm gegenüber aber aus steuerlichen, haftungsrechtlichen oder organisatorischen Gründen rechtlich selbständig ist.

Zudem ist der Subunternehmer nicht anspruchsberechtigt, da er keine Forderungen aus einem Vertrag mit dem Bauherrn hat, sondern nur der Generalunternehmer.

mer/Generalübernehmer Unternehmer im Sinne des § 648 BGB ist (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess 9. Auflage 1998 Rn. 194, 197, 201, 1050).

Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die eine bloße wirtschaftliche Identität zwischen Bauherr und Grundstückseigentümer für einen dinglichen Zugriff auf das Grundstück nicht ausreichen lässt und nur für Ausnahmefälle eine Lösung über § 242 BGB sucht, schafft keine Abhilfe.

6. § 648a BGB, der durch das am 1. Mai 1993 in Kraft getretene Bauhandwerkersicherungsgesetz 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. Zum einen machen gerade "kleinere" Unternehmen 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. Des Weiteren ist ein Meinungsstreit darüber entstanden, ob dem Auftraggeber bis zur Leistung der Sicherheit ein vollumfängliches Leistungsverweigerungsrecht zusteht oder die Werklohnforderung nur insoweit als einredefrei zu behandeln ist, als sie die Nachbesserungskosten übersteigt.

7. Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen, nachfolgend kurz als BauFG bezeichnet, das neben dem Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB den vorleistungspflichtigen Bauhandwerker schützen soll, hat dieses Ziel im Wesentlichen nicht erreicht.

Der Zweite Abschnitt des Gesetzes (Dingliche Sicherung der Bauforderungen) ist nicht anwendbar, da die nach § 9 BauFG erforderlichen landesrechtlichen Bestimmungen nicht erlassen worden sind. Vorgesehen war ein komplexes und zeitaufwändiges Sicherungsverfahren, das auf die Zurückdrängung von Vorbelastungen auf dem Baugrundstück abzielte und an dem regelmäßig drei staatliche

Einrichtungen – Baugenehmigungsbehörde, Grundbuchamt und ein eigens zu errichtendes Bauschöffenamts – zu beteiligen waren. Die Baugenehmigung sollte unter anderem erst nach Eintragung eines rangwahrenden Bauvermerks zu Gunsten aller künftigen "Baubeteiligten" erteilt werden dürfen. Der Bauvermerk sollte nur auf Ersuchen des Bauschöffenamtes gelöscht werden können, wenn dieses nach einem förmlichen Anmeldeverfahren festgestellt hatte, dass keine unbeglichenen Bauforderungen mehr vorhanden sind, oder wenn es im Umfang der angemeldeten unbeglichenen Bauforderungen die Eintragungen einer Bauhypothek erwirkt hatte. Aus heutiger Sicht kann eine derartige verfahrensmäßige Ausgestaltung, die den lückenlosen Schutz privater Interessen zur behördlichen Aufgabe erklärt und alle Baumaßnahmen ohne Ernstfallbezug ausnahmslos belastet, nicht befürwortet werden.

Der Erste Abschnitt des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen (Allgemeine Sicherungsmaßregeln) 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 sind weitgehend unbekannt geblieben und spielen in der Praxis keine Rolle.

8. Die oftmals lange Dauer eines gerichtlichen Verfahrens in Bausachen führt häufig dazu, dass der Gläubiger aus einem Titel nicht mehr vollstrecken kann, weil letztlich beim Schuldner kein pfändbares Vermögen mehr vorhanden ist.

Ein Schuldner, der nicht willens oder in der Lage ist, eine Werklohnforderung zu bezahlen, erreicht schon dadurch eine Zahlungsverzögerung, dass er gegen die Werklohnklage tatsächlich nicht oder nicht in diesem Umfang bestehende Mängel einwendet (sogenannter „Justizkredit“). Denn das Gericht muss diesem Vorbringen wegen der Verpflichtung zur Erschöpfung des gesamten Sach- und Streitstoffes im Einzelnen nachgehen.

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 überprüfbaren 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 (Thomas in Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 23. Auflage, § 301 Rn. 4). Die Praxis macht aber von dieser Möglichkeit nur wenig Gebrauch. Die Schätzungen reichen von weniger als 2 % bis zu 5 % (vgl. Musielak in Festschrift für Lücke, 1997 S. 561 [562 Fn. 5]). Diese allzu große Zurückhaltung der Rechtsprechung, die auch teilweise in der Literatur beklagt wird (vgl. Schneider, MDR 1976, S. 93; Musielak in Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, § 301 Rn. 18; Fenge in Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung, § 301 Rn. 4; Leipold in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, § 301 Rn. 15 Fn. 88), führt dazu, dass der Klagepartei ein möglicher – frühzeitiger - Vollstreckungstitel vor-enthalten wird.

9. Oftmals sind Gläubiger nicht in der Lage, einen titulierten Anspruch tatsächlich durchzusetzen, da ihnen der Aufenthaltsort des Schuldners nicht bekannt ist. Teilweise versuchen Schuldner, sich der Vollstreckung zu entziehen, indem sie häufig ihren Aufenthaltsort wechseln und ihrer Meldepflicht nach den Meldegesetzen nicht nachkommen. Die Möglichkeiten der Gläubiger, den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln, sind nach dem geltenden Recht beschränkt. Neben – oftmals aufwändigen und teuren - privaten Nachforschungen (beispielsweise eigene Erkundigungen des Gläubigers im privaten und beruflichen Umfeld des Schuldners bis hin zur Einschaltung von Privatdetekteien) bleibt nur die Möglichkeit, eine Auskunft nach den Meldegesetzen zu beantragen.
10. 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 Geschäftsführungertätigkeit 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

1. Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks soll nach dem Gesetzentwurf besser vor Forderungsausfällen geschützt werden. Dabei geht der Gesetzentwurf davon aus, dass der Unternehmer, der in keiner vertraglichen Beziehung zum Bauherrn steht (Subunternehmer), in gleichem Maße schutzwürdig ist wie der Unternehmer, der eine vertragliche Bindung zum Bauherrn eingegangen ist (Hauptunternehmer).

Dieses Ziel soll durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

a) Einführung eines Eigentumsvorbehalts zugunsten des Bauhandwerkers

aa) Allgemeines

Grundlage für die Eigentumszuordnung von Bestandteilen bei Verbindung, Verarbeitung und Vermischung mit beweglichen und unbeweglichen Sachen sind die §§ 93 bis 95 BGB und die §§ 946 bis 951 BGB. Die gesetzlichen Regelungen sollen dabei verschiedene Zwecke verfolgen:

- Es soll größtmögliche Klarheit über die Zuordnung der Eigentumsrechte geschaffen werden.
- Es soll ein Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Beteiligten bewirkt werden.

Die in den §§ 946 ff. BGB angeordneten Rechtsfolgen treten kraft Gesetzes ein und bilden einen Fall originären Eigentumserwerbs. Ihr Eintritt ist unabhängig von der Willenslage der beteiligten Parteien; ob eine Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung vorliegt, soll allein nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden.

bb) Abdingbarkeit der §§ 946 ff. BGB?

Der Gesetzgeber ging vom zwingenden Charakter der in den §§ 946 ff. BGB getroffenen Regelungen aus (vgl. Staudinger-Wiegand, Vorbem. zu §§ 946 ff. RN 5). In der Folgezeit wurde immer wieder diskutiert, inwieweit die §§ 946 ff. BGB dispositiv sein können. Grundlage der Diskussion war stets die Erwägung, dass die §§ 946 ff. BGB einem Interessenausgleich dienen sollten. Wenn nun aber der gesetzliche Interessenausgleich nicht dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner entspricht, ist nicht einsehbar, warum dann nicht der übereinstimmende Wille der gesetzlichen Wertung vorgehen soll. Zudem führen die gesetzlichen Vorschriften keineswegs zu leicht durchschaubaren Eigentumsverhältnissen; es bleiben erhebliche Zweifel beispielsweise bei den §§ 946, 93 bis 95 BGB. Nach dieser Auffassung käme der gesetzlichen Regelung nur subsidiäre Funktion zu, sofern keine Parteivereinbarung getroffen wird.

Nach heute herrschender Meinung wird jedoch insbesondere § 946 BGB im Hinblick auf die notwendige Eindeutigkeit der Rechtsverhältnisse bei Grundstücken allgemein als zwingend betrachtet. Der Eigentumserwerb infolge Verbindung ist zwingend und kann nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Daher erlischt ein Eigentumsvorbehalt an Sachen, die wesentliche Bestandteile geworden sind (vgl. Staudinger-Wiegand, § 946 RN 10 m. w. N.). Jedoch sollen die Wirkungen des § 946 BGB dann nicht eintreten, wenn die Sachen nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden wurden. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich allein nach dem inneren Willen des Verbindenden/Einfügenden und nicht des Eigentümers (subjektives Element); dieser Wille muss aber mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt vereinbar sein (objektives Element). Die kaum übersehbare Vielfalt der hierzu ergangenen Entscheidungen zeigt die Abgrenzungsschwierigkeiten, die die gerichtliche Praxis mit der geltenden Regelung hat (Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 93 Rn. 5 und 6). Das Abstellen auf die Willensrichtung des Verbindenden und auf die Verkehrsauffassung sind die „offene Flanke“, die die jetzigen gesetzlichen Regelungen aufweisen und die nicht selten zu massiven Unsicherheiten über die Eigentumsverhältnisse führen.

cc) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die §§ 946 ff. BGB bei ihrer praktischen Anwendung und dogmatischen Ausformung erhebliche Rechtsunsicher-

heiten und Inkonsequenzen hervorgerufen haben, die es auch aus sachenrechtlicher Sicht vertretbar erscheinen lassen, für den Handwerker einen Eigentumsvorbehalt ausdrücklich zuzulassen. Sachenrechtlich findet durch die nach Artikel 1 einzuführenden §§ 632b bis 632e BGB kein Systembruch statt. Vielmehr ist es nur die konsequente Fortsetzung von bislang bereits vorhandenen Tendenzen in Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlicher Literatur.

Dass die Entfernung von verbundenen Sachen durch den Handwerker weder ein sachenrechtlicher noch ein schuldrechtlicher Fremdkörper in unserer Rechtsordnung ist, zeigt auch folgende Fallkonstellation:

Ein Handwerker baut in das Haus des Bestellers zum Zwecke der Herstellung des Werkes ihm gehörende Sachen als wesentliche Bestandteile ein. Nach jetziger Rechtslage verliert er nach § 946 BGB das Eigentum daran. Zeigt sich nach Fertigstellung oder bereits vorher, dass das Werk mangelhaft ist, so ist der Handwerker zur Nacherfüllung verpflichtet (§ 635 BGB). Ist die Nacherfüllung nur durch Neuherstellung möglich, so ist der Handwerker zu dieser Neuherstellung verpflichtet. Zu diesem Zweck ist der Handwerker berechtigt und verpflichtet, die in das Eigentum des Grundeigentümers übergegangene Sache wieder zu entfernen und durch eine neue zu ersetzen. Dazu ist er nach Werkvertragsrecht bei entsprechendem Anlass vor der Abnahme jederzeit ohne Zustimmung des Eigentümers in der Lage, soweit dieser auch Besteller ist, ferner nach der Abnahme, wenn Nacherfüllung verlangt wird und die Neuherstellung nach Entfernung in diesem Zusammenhang erforderlich ist. Der Rückerwerb bei Austausch erfolgt dabei nach den §§ 929 f. BGB (vgl. zu dieser Fallkonstellation Münchner Kommentar – Quack, § 946 Rn. 10 und 13). In der Regel wird man diesen Rückerwerb nur im Wege einer Fiktion annehmen können, denn ausdrückliche Vereinbarungen werden hierzu zwischen Handwerker und Besteller kaum getroffen werden. Die konkludente Eigentums(rück)übertragung durch den Besteller wird regelmäßig in seinem fehlenden Interesse an einem mangelhaften Werk zu sehen sein.

Ein anderes Beispiel illustriert, dass auch nach heutiger Rechtslage bereits an eingebauten Sachen ein Eigentumsvorbehalt möglich ist:

Ein Mieter lässt in seine Mietwohnung eine Einbauküche einbauen. Der Unternehmer liefert die Küche unter Eigentumsvorbehalt und baut sie ein. Der Sache nach handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag, weil der Unternehmer verpflichtet ist, das Werk (= die Küche) aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. § 651 BGB verweist hier (auch bei nicht vertretbaren Sachen) auf den § 449 BGB (vgl. Palandt-Sprau, a. a. O., § 651 Rn. 4). Die Küche ist als Scheinbestandteil im Sinne des § 95 Abs. 2 BGB nicht wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und damit des Grundstücks geworden. Konsequenterweise gibt § 539 Abs. 2 BGB dem Mieter ein Wegnahmerecht. Hätte nun aber der Grundstückseigentümer den Unternehmer mit dem Einbau beauftragt, so hätte dieser nach den §§ 946, 93, 94 BGB sein Eigentum verloren (vgl. das Beispiel in Medicus, Bürgerliches Recht 18. Aufl., Rn. 885). Das Interesse an einer dinglichen Sicherung besteht aber für den Unternehmer sowohl im Fall einer Beauftragung durch den Mieter als auch bei Beauftragung durch den Eigentümer. Die unterschiedliche Behandlung ist ein Wertungswiderspruch.

Gerade diese Beispiele zeigen, dass die Frage der Eigentumsverhältnisse an den verbundenen Gegenständen oftmals keine endgültigen sind. Endgültig werden sie erst, wenn der Werkvertrag vollständig abgewickelt worden ist. Wenn aber nach der bisherigen Rechtslage der Unternehmer bereits schuldrechtlich und sachenrechtlich zur Entfernung berechtigt und verpflichtet sein kann, ist es nur noch ein kurzer Schritt, um ihm generell die Möglichkeit zu geben, sich das Eigentum vorzubehalten.

dd) Der neue Eigentumsvorbehalt zugunsten des Bauhandwerkers

In Anlehnung an das bislang nur im Kaufrecht geregelte Institut des Eigentumsvorbehalts (§ 449 BGB) soll nunmehr auch dem Unternehmer eines Bauwerks die Möglichkeit eingeräumt werden, sich das Eigentum an den eingebauten Sachen bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorzubehalten. Ferner soll der Bauunternehmer berechtigt sein, den Werkvertrag zu kündigen, wenn der Auftraggeber mit den Zahlungen in Verzug gerät. Der Eigentumsvorbehalt soll lediglich in den Fällen unwirksam sein, in denen die Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde. Zudem ist zum Schutz

des Werkbestellers eine allgemeine Billigkeitsregelung vorgesehen, die übermäßige Härten verhindern soll.

Alternativ käme statt der Eigentumsvorbehaltslösung auch die Normierung eines Ausbauanspruchs für den Werkunternehmer in Betracht. Im Hinblick auf die bessere Rechtsposition des Werkunternehmers bei dinglicher Sicherung wurde jedoch der Einführung eines Eigentumsvorbehalts zugunsten des Auftragnehmers der Vorzug gegeben.

b) Gesetzliches Forderungspfandrecht des Subunternehmers an der Forderung des Hauptunternehmers ("New Yorker Modell")

In den für das Baugewerbe typischen Vertragsketten soll dem Hersteller eines Werkes (Subunternehmer) ein gesetzliches Pfandrecht an der Forderung seines "Vormannes" (Hauptunternehmer) gegen dessen Auftraggeber (Bauherrn) eingeräumt werden (§ 647a Abs. 1 BGB-E). Damit wird dem Bauhandwerker als Ausgleich für seine Vorleistungspflicht der Zugriff auf die Forderung seines "Vormannes" ermöglicht.

c) Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 648 BGB (Bauhandwerkersicherungshypothek)

Bereits im zweiten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz 1986) wurde im Leitsatz 10.1 (2) vorgeschlagen, den Kreis der Sicherungsverpflichteten auf den vom Besteller verschiedenen Eigentümer des Grundstücks auszuweiten, wenn der Eigentümer sein Einverständnis mit der Errichtung des Bauwerks auf seinem Grundstück dem Besteller oder dem Unternehmer in notariell beglaubigter Form erklärt hat.

Dagegen wollte die Kommission für Insolvenzrecht einen Zugriff des Subunternehmers auf das Grundstück nicht zulassen und befürwortete stattdessen eine Lösung über ein Pfandrecht des Subunternehmers an der Werklohnforderung des Bestellers (Leitsatz 10.2).

Der Gesetzentwurf sieht vor, das Erfordernis der Identität von Besteller und Grundstückseigentümer aufzugeben und dem Unternehmer stets den dinglichen Zugriff auf das Baugrundstück zu gestatten, da er mit seiner Werkleistung regelmäßig den Wert des Grundstücks erhöht und auch dessen Nutzungsmöglichkeiten verbessert. Da der Subunternehmer ebenso schutzbedürftig ist wie der Generalunternehmer/Generalübernehmer, soll auch er in den Kreis der Sicherungsberechtigten aufgenommen werden.

Diese Ausweitung des geschützten Personenkreises birgt für den Bauherrn die Gefahr einer Doppelbelastung wie beim "Schweizer Modell", wenn er den Anspruch des Hauptunternehmers erfüllt, dieser aber die Leistung der Subunternehmer nicht entlohnt hat. Das Risiko der Doppelbelastung soll dadurch verringert werden, dass sich die Forderung, für die Sicherung verlangt werden darf, um die Vergütung reduziert, die der Eigentümer des Baugrundstücks bereits wegen der Werkleistung des Unternehmers entrichtet hat.

d) Modernisierung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen

Die Regelungen des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen über die Baugeldverwendung werden in das Bürgerliche Gesetzbuch eingestellt (§ 648b BGB-E), modernisiert und insgesamt praktikabler gestaltet. Die Baubuchführungspflicht (§ 2 BauFG) wird durch einen Auskunftsanspruch ersetzt. § 5 BauFG wird in das Strafbuch übernommen und damit der Kodifizierungsgedanke gefördert.

e) 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 getreten Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, den Bedürfnissen der Praxis angepasst werden.

2. Änderung der Zivilprozessordnung

a) Voraburteil

Zur Erleichterung der gerichtlichen Durchsetzung von Geldforderungen in Bausachen sieht der Entwurf als neues Rechtsinstitut eine vorläufige richterliche Zahlungsanordnung (= Voraburteil) vor, die bereits vor Erreichen der Entscheidungsreife aufgrund einer ersten summarischen Prüfung des Sach- und Streitstandes gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen ergehen kann. Das Gericht des ersten Rechtszugs soll ein solches Voraburteil nach billigem Ermessen erlassen können, wenn nach Erörterung des Sach- und Streitstands und gegebenenfalls nach Erhebung der in einem ersten Termin - in der Regel einem Ortstermin - erreichbaren Beweismittel bereits eine summarische Prüfung des Sach- und Streitstands möglich ist.

Dadurch wird säumigen Schuldern der wirtschaftliche Anreiz genommen, sich in einem Bauprozess durch Verzögerungstaktik einen sogenannten "Justizkredit" zu verschaffen. Außerdem wird der Gläubiger besser vor den Risiken einer während eines langdauernden Streitverfahrens häufig eintretenden Insolvenz des Schuldners geschützt.

Ein dem Voraburteil verwandtes Rechtsinstitut, das "Interim Payment", existiert im englischen Recht seit 1969 und hat sich dort bewährt (Leipold/Zuckerman, Vereinfachung und Beschleunigung des Rechtsschutzes durch summarische Verfahren, 1998, S. 29 und 98). Eine Weiterentwicklung des deutschen Rechts unter Anknüpfung an dieses Rechtsinstitut wurde bereits als empfehlenswert bezeichnet (Leipold aaO S. 37).

Das Verfahren zum Erlass eines Voraburteils ist ein Zwischenverfahren in einem bereits anhängigen Rechtsstreit. Es wird auf Antrag des Klägers eingeleitet und endet in der Regel mit einer richterlichen Entscheidung über einen vorläufigen Titel (das Voraburteil). Das Verfahren soll aber auch zu einer endgültigen Entscheidung durch Urteil führen können, wenn sich nach dem ersten Termin herausstellt, dass der Rechtsstreit aufgrund der Beweiserhebung bereits zur Endentscheidung reif ist. Hierfür sprechen prozessökonomische Gründe. Sobald Entscheidungsreife eingetreten ist, wäre es nicht zweckmäßig, auch jetzt noch lediglich ein Voraburteil zu erlassen, obwohl bereits "durcherkannt" werden kann.

Darüber hinaus soll das Voraburteil auch dann den Rechtsstreit beenden und einem rechtskräftigen Urteil gleichstehen, wenn keine Partei einen Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits stellt. Durch ein solches Verhalten, über dessen Rechtsfolgen die Parteien zu belehren sind, geben sie zu erkennen, dass sie das Voraburteil als eine für sie verbindliche Entscheidung des Sach- und Streitstands gelten lassen wollen. Die dadurch eintretende Rechtslage entspricht in etwa der im Urkundenprozess nach einer unter Vorbehalt der Rechte im Nachverfahren ergangenen Entscheidung, wenn sich an die Entscheidung kein Nachverfahren anschließt.

Wenn eine Partei den Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits stellt, ergeht eine Endentscheidung, mit deren Rechtskraft das gesamte Voraburteil - auch in Bezug auf die Kosten - außer Kraft tritt. In der Endentscheidung ist in jedem Fall über den gesamten Anspruch und die Kosten neu zu befinden. Nur im Fall eines Teilurteils kann das Voraburteil teilweise aufrecht erhalten werden. Eine Aufrechterhaltung des Voraburteils in dem Umfang, in dem es mit der Endentscheidung übereinstimmt, wurde im Entwurf bewusst nicht vorgesehen. Insoweit besteht eine Abweichung von der in den §§ 343, 600 Abs. 2 ZPO geregelten Entscheidung über die Aufrechterhaltung eines Versäumnisurteils oder eines Vorbehaltsurteils im Urkundenprozess. Die insgesamt neu zu treffende Entscheidung ermöglicht eine einfachere und übersichtlichere Tenorierung. Das Gericht ist bei Erlass der Endentscheidung nicht an das Voraburteil gebunden und kann daher die Endentscheidung auch weitgehend unvoreingenommen erlassen.

b) Teilurteil

Des Weiteren soll der Entscheidungsmöglichkeit durch Teilurteil mehr Bedeutung verschafft werden. Dies soll zum einen durch die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des § 301 Abs. 2 ZPO und zum anderen durch das Recht der Parteien, den Erlass eines Teilurteils zu beantragen, erreicht werden. Ein Teilurteil muss danach bei Vorliegen der Voraussetzungen ergehen. Das Gericht soll aber die – als negatives Tatbestandsmerkmal ausgestaltete – Möglichkeit behalten, den Erlass eines Teilurteils – durch Beschluss - abzulehnen, wenn er nach Lage der Sache unangemessen ist.

c) Vollstreckung bei Zug-um-Zug-Leistung

Nach geltendem Recht kann der Gläubiger den Nachweis, dass der Schuldner befriedigt ist, nur mittels einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde führen (§ 756 Halbsatz 2, § 765 Nr. 1 ZPO). Die Bescheinigung eines Sachverständigen ist lediglich eine Privaturkunde. Schuldet der Gläubiger Nachbesserung, ist es ihm daher verwehrt, den geforderten Nachweis mit einer solchen Bescheinigung führen.

Stehen dem Gläubiger keine anderen qualifizierten Nachweismittel zur Verfügung, darf der Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung erst beginnen, wenn er dem Schuldner die Gegenleistung angeboten und ihn so in Annahmeverzug gesetzt hat (§ 756 Abs. 1 Halbsatz 1). Besteht die vom Gläubiger zu bewirkende Leistung in einer Mängelbeseitigung, hat sich der Gerichtsvollzieher vor dem Angebot davon überzeugen, dass diese ordnungsgemäß erbracht wurde. Fehlt ihm die dafür erforderliche Sachkunde, was in Bausachen regelmäßig der Fall ist, muss er einen Sachverständigen hinzuziehen. Dieses Verfahren ist umständlich und zeitaufwändig.

Soweit das Vollstreckungsgericht für die Durchführung von Vollstreckungsmaßnahmen zuständig ist, ist die Vollstreckung ohne den Nachweis der Befriedigung des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden – abgesehen vom Fall der Annahmeverweigerung - sogar ganz unmöglich (§ 765 ZPO).

Um dem Gläubiger die Durchsetzung eines Titels zu erleichtern, dessen Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Nachbesserung abhängt, soll er den Nachweis, dass der Schuldner befriedigt ist, auch mittels einer durch einen Sachverständigen ausgestellten Bescheinigung führen können. Der Gläubiger soll es damit durch zügige Ausführung der Nachbesserungsarbeiten und Beauftragung eines Gutachters selbst in der Hand haben, die Vollstreckung zu beschleunigen. Die Regelung lehnt sich an das Institut der Fertigstellungsbescheinigung gemäß § 641a BGB an.

3. Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung und Festnahme/Auskunftserteilung

Um dem Gläubiger die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Schuldners zu erleichtern, sieht der Gesetzentwurf unter bestimmten Voraussetzungen Auskunftsmöglichkeiten hinsichtlich weiterer öffentlicher Register – der Zulassungsbehörden gemäß § 1 Abs. 1 des Straßenverkehrsgesetzes (StVG), des Kraftfahrt-Bundesamtes und der Sozialbehörden - vor. Der Entwurf knüpft dabei an bestehende Regelungen für öffentlich-rechtliche Forderungen an (§ 39 Abs. 3 Satz 1 StVG und § 68 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch - SGB X -). Wie in diesen Fällen soll eine Auskunft nur erfolgen können, wenn es um Ansprüche in bestimmtem Umfang geht, wenn die Verfolgung des Anspruchs ohne die Übermittlung der Daten nicht möglich wäre und keine andere Möglichkeit besteht, den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln. Anders als bei den öffentlich-rechtlichen Forderungen soll eine Auskunft aber nur erteilt werden, wenn bereits ein vollstreckbarer Titel im Sinne der § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1, § 801 ZPO vorliegt.

Lässt sich auch durch Auskunft der vorgenannten Behörden der Aufenthaltsort des Schuldners nicht ermitteln, sieht der Entwurf als ultima ratio die Möglichkeit einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei (vgl. RiStBV 39-43) vor. Die Anordnung derselben soll dem Richter vorbehalten bleiben. Sie darf nicht ergehen, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls unangemessen wäre. Um dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot zu genügen, wird die Möglichkeit einer Öffentlichkeitsfahndung sowie einer internationalen Fahndung ausgeschlossen.

Wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung vorliegen, soll künftig zur Vollstreckung eines zivilrechtlichen Haftbefehls auch die Ausschreibung zur Festnahme möglich sein. In diesem Ausnahmefall kann die Verhaftung nicht mehr nur durch den Gerichtsvollzieher, sondern auch durch die polizeilichen Vollzugsorgane erfolgen. Damit soll den Fällen begegnet werden, in denen sich der Schuldner durch eine Ausreise oder einen ständigen Wechsel seines Aufenthaltsortes der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung zu entziehen versucht.

Diese Regelungen berücksichtigen auch das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung, das es dem Einzelnen überlässt, grundsätzlich selbst dar-

über zu entscheiden, ob, wann und innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Daten in die Öffentlichkeit gebracht werden. Denn diese Befugnis gilt nicht schrankenlos. Der Einzelne hat keine absolute, uneingeschränkte Herrschaft über "seine Daten"; er entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft. Der Einzelne muss daher grundsätzlich Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinnehmen, wenn sie von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls getragen werden und bei einer Gesamtabwägung der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist (BGH, NJW 1991, S. 1532 [1533]). Dabei betrifft die Veröffentlichung des Namens und der Anschrift einer Person grundsätzlich keine sensiblen Informationen (BGH aaO). In Ausnahmefällen kann ein überwiegendes Interesse einer Person an der Geheimhaltung persönlicher Daten durch Anordnung einer Übermittlungssperre geschützt werden. Die vorgeschlagene Regelung trägt dem Informationsbedürfnis des privaten Bereichs Rechnung. Sie geht davon aus, dass in unserer Gesellschaft mit ihren vielfältigen Kommunikationsformen und Zwängen sich niemand ohne triftigen Grund dem sozialen Gefüge gänzlich entziehen kann und darf. Er muss erreichbar bleiben und hinnehmen, dass andere Bürger notfalls staatliche Hilfe erwarten, um mit ihm Kontakt aufnehmen zu können (Medert/Süßmuth, Melderecht des Bundes und der Länder, § 21 MRRG, Rn. 5). Die Auskunftspflicht dient daher dem Gemeinwohl. Grundsätzlich sind zwar die Meldebehörden berufen, dieses Informationsbedürfnis der Mitbürger zu erfüllen (Medert/Süßmuth aaO). Sofern diese allerdings – wegen der Missachtung der Meldepflicht nach den Meldegesetzen - ihrer Aufgabe nicht nachkommen können, muss eine Befriedigung des Informationsbedürfnisses auf andere Weise möglich sein. Diese Auffangfunktion sollen nach dem Entwurf die Straßenverkehrs- und Sozialbehörden mit ihren Registern und – als ultima ratio – der polizeiliche Vollzugsdienst aufgrund einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung erfüllen.

4. 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 (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG) sollen um die Betrugstatbestände sowie die

Straftatbestände der Untreue, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt sowie die Straftatbestände der §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG beziehungsweise §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG 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.

5. Änderungen des Strafgesetzbuchs

a) § 283e

Durch § 283e StGB wird die in § 5 BauFG strafrechtlich sanktionierte Verletzung der Baugeldverwendungspflicht in das Strafgesetzbuch übernommen. Da den Baugeldempfänger gemäß § 5 BauFG eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nur im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens trifft, wird diese Vorschrift in den Abschnitt über

die Insolvenzstraftaten eingefügt. Dabei wird § 5 BauFG nicht wörtlich übernommen, sondern der Diktion des Strafgesetzbuchs angepasst.

Da der Gesetzentwurf die Baubuchführungspflicht gemäß § 2 BauFG durch einen Auskunftsanspruch ersetzt, wird die Strafvorschrift des § 6 BauFG nicht in das Strafgesetzbuch übernommen, sondern ersatzlos gestrichen.

b) § 288

Durch eine Ergänzung von § 288 StGB (Vereiteln der Zwangsvollstreckung) soll die Nichtabgabe der eidesstattlichen Versicherung unter Strafe gestellt werden. Zwar kann zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ein Haftbefehl erlassen werden (§ 901 ZPO), von der Vollstreckung wird aber in der Praxis wegen der Vorschusspflicht bezüglich der Haftkosten in der Regel abgesehen.

Um dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen, begrenzt der Gesetzentwurf das Höchstmaß der zu verhängenden Strafe auf sechs Monate und sieht vor, dass das Gericht die Strafe mildert oder von Strafe absehen kann, wenn der Schuldner die eidesstattliche Versicherung innerhalb einer Woche nach Ablauf des Termins, der vom Gerichtsvollzieher zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bestimmt wurde, vollständig und freiwillig abgibt.

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (§§ 632b bis 632e)

Zu § 632b

Nach § 632b Abs. 1 Satz 1 kann sich der Unternehmer das Eigentum an beweglichen Sachen, die durch den Einbau in das Grundstück oder in das Gebäude zu wesentlichen Bestandteilen werden, wirksam bis zur vollständigen Zahlung des Werklohns vorbehalten. Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass der Unternehmer sich nicht doppelt sichern darf, bestimmt Satz 2, dass der Vorbehalt des Eigentums dann unwirksam wird, wenn der Unternehmer auf andere Weise Sicherheit erlangt. Dies kann beispielsweise die Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 648 oder eine Sicherheitsleistung nach § 648a sein.

Es wurde davon abgesehen, den Subunternehmer in den Schutzbereich des § 632b einzubeziehen, damit sich der Grundstückseigentümer nicht mit einer Vielzahl von Einzelunternehmen auseinandersetzen muss, mit denen er in keiner Vertragsbeziehung steht.

Absatz 2 sieht aus Beweisgründen die Schriftform für die Erklärung des Eigentumsvorbehalts vor. Dem Unternehmer ist die schriftliche Erklärung des vorbehaltenen Eigentums zumutbar. Hierdurch wird von vornherein möglicher Streit über die Erklärung vermieden.

Die Regelung in Absatz 3 bestimmt die Grenzen der Herausgabeverpflichtung des Bestellers. Sie soll der sinnlosen Zerstörung wirtschaftlicher Werte entgegenwirken. Steht aufgrund der Natur des herzustellenden Werks von vornherein fest, dass eine Trennung nicht möglich ist, weil dadurch wirtschaftliche Werte zerstört werden, so kann dem Eigentumsvorbehalt keine Wirksamkeit zukommen. Typisches Beispiel sind Malerarbeiten. Ist die an die Wände eines Hauses aufgebrachte Farbe getrocknet, ist eine Trennung nicht mehr sinnvoll möglich; an der Trennung kann der

Unternehmer kein sinnvolles Interesse mehr haben. Ob die Voraussetzungen dieses Absatzes im Einzelfall vorliegen, entscheidet die Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben. Im Übrigen steht auch jedes Herausgabeverlangen des Bauunternehmers unter dem Vorbehalt der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zwar gibt es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung in einem angemessenen Verhältnis zu deren Schwere stehen müssen - auch eine geringfügige Fahrlässigkeit kann eine Schadensersatzpflicht in existenzvernichtender Höhe begründen -, aber soweit auf Pflichtverletzungen mehrere Reaktionen möglich sind, kann § 242, vor allem bei Bestehen einer engeren Bindung zwischen den Vertragspartnern, dazu verpflichten, die mildere Reaktion zu wählen (vgl. hierzu Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 242 Rn. 54). Der Unternehmer hat also stets zu prüfen, ob er die gesamte von ihm eingebaute Sache wieder herausverlangt oder nur einen funktionswichtigen Teil, der möglicherweise als milderes und angemesseneres Mittel nicht zu einer Zerstörung wirtschaftlicher Werte führt.

Durch die Einschränkung, dass der Vorbehalt nur „soweit“ unwirksam ist, als die Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde, wird klargestellt, dass sich in Fällen, in denen der Besteller mehrere Sachen eingebaut hat, von denen einzelne abtrennbar sind, andere hingegen nicht, die Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts nur auf die nicht abtrennbaren Sachen bezieht, also nicht auf sämtliche eingebauten Sachen.

Zu § 632c

Inhaltlich entspricht § 632c Abs. 1 dem § 455 in der vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts geltenden Fassung. Allerdings tritt an die Stelle des Rücktrittsrechts das Kündigungsrecht des Unternehmers. Die Regelung knüpft an § 9 Nr. 1 und 2 VOB/B an, wonach der Unternehmer ein Kündigungsrecht hat, wenn der Besteller eine fällige Zahlung nicht leistet oder sonst in Schuldnerverzug gerät.

In Absatz 2 wird im einzelnen festgelegt, wie die vom Werkunternehmer bisher erbrachten Werkleistungen im Falle einer aufgrund des Absatzes 1 erfolgten Kündi-

gung abzurechnen sind. So kann der Unternehmer für die von ihm erbrachten Teilleistungen eine entsprechende Vergütung verlangen. Hiervon ausgenommen ist jedoch der Werklohn (einschließlich der darin enthaltenen Materialkosten), den er für den Einbau der nunmehr von ihm aufgrund des Eigentumsvorbehalts wieder ausgebauten Teile an sich hätte verlangen können. Da der Bauhandwerker infolge der Kündigung keine weiteren Arbeiten mehr schuldet, kann er an sich – entgegen der ursprünglichen vertraglichen Absprache – auch keinen weiteren Werklohn verlangen. Dies ist jedoch nicht angemessen, da der Werkbesteller durch sein Zahlungsverhalten den Anlass zur Kündigung gegeben hat. Dementsprechend sieht Absatz 2 Satz 3 und 4 vor, dass dem Handwerker in entsprechender Anwendung des § 642 Abs. 2 ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zusteht.

Absatz 3 stellt klar, dass im Falle der Kündigung die §§ 987 bis 1003 Anwendung finden. Nach der Kündigung des Werkvertrags durch den Unternehmer wird der Besteller zum nachträglich nichtberechtigten Fremdbesitzer. Die §§ 987 bis 1003 sind nur anwendbar, soweit das Abwicklungsrecht auf sie verweist (vgl. Palandt–Bassenge, BGB, 60. Auflage, Vorbemerkung vor § 987 Rn. 9; Vorbem. vor § 994 Rn. 7).

Zu § 632d

Bei Ausübung des Rücktrittsrechts aus § 449 i.V.m. § 323 kann der Vorbehaltsverkäufer als Eigentümer nach § 985 die Herausgabe der Sache verlangen. Die Herausgabekosten trägt grundsätzlich der Besitzer. Die Kosten der Abholung vom Herausgabeort trägt der Eigentümer.

Diese Grundsätze müssen hier für den Fall der Kündigung des Unternehmers ergänzt werden, da in der Regel auch die Trennung der verbundenen Sache mit Kosten verbunden ist. Diese sind billigerweise vom Besteller zu tragen, da er den Kündigungsgrund und damit auch das Herausgabeverlangen durch sein Verhalten ausgelöst hat: er hat den Schuldnerverzug zu vertreten und haftet dem Unternehmer daher grundsätzlich auf Schadensersatz, der auch die Ausbaukosten erfassen würde. Daher erscheint es zweckmäßig, den Besteller von vornherein die Kosten des Ausbaus tragen zu lassen und nicht erst den Unternehmer für die Kosten des Ausbaus in

Vorlage treten zu lassen, um ihm dann über § 280 die Möglichkeit zu geben, die Kosten des Ausbaus als Schadensersatz vom Besteller verlangen zu können.

Zu § 632e

Die Billigkeitsklausel des § 632e gibt dem Besteller ein Einrederecht gegen das Herausgabeverlangen des Eigentümers und damit auch ein (vorläufiges) Besitzrecht im Sinne des § 986 Abs. 1. Es soll der Vermeidung von Notsituationen auf Seiten des Bestellers und dessen Familie dienen, die beispielsweise dadurch eintreten können, dass die Herausgabe von für ein menschenwürdiges Wohnen notwendigen Bestandteilen und Einrichtungen eines Hauses verlangt wird. Die Folge eines Herausgabeverlangens darf nicht dazu führen, dass der Besteller und seine Familie Hilfe der öffentlichen Hand in Anspruch nehmen müssen. Jedoch soll der Unternehmer die Möglichkeit haben, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dadurch abzuwenden, dass er vorläufige Maßnahmen zur Abwendung der dem Besteller und seiner Familie drohenden Nachteile trifft. Zu denken wäre etwa an die Zurverfügungstellung von Radiatoren bei einem Herausgabeverlangen bezüglich einer Heizungsanlage.

Zu Nummer 2 (§ 641)

Durch die Neufassung des Absatzes 2 Satz 1 soll die Durchgriffsfälligkeit um die Fallgruppen erweitert werden, dass der Dritte das Werk gegenüber dem Besteller abgenommen hat oder dem Besteller eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt wurde. Auch in diesen Fällen würde sich der Hauptunternehmer widersprüchlich verhalten, wenn er sich gegenüber dem Subunternehmer auf die mangelnde Fälligkeit seines Werklohnanspruchs berufen würde. Flankiert wird die Regelung durch einen Auskunftsanspruch (Absatz 2 Satz 3 und 4) des Subunternehmers gegen den Hauptunternehmer, denn der Subunternehmer hat regelmäßig keinen Einblick in das Vertragsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Subunternehmer. Wird die Auskunft nicht innerhalb der gesetzten angemessenen Frist erteilt, wird die Fälligkeit der Werklohnforderung fingiert.

Zu Nummer 3 (§ 641a)

Bislang kann eine Fertigstellungsbescheinigung nur dann erteilt werden, wenn das versprochene Werk hergestellt und frei von Mängeln ist (§ 641a Abs. 1 Satz 1). Das Erfordernis der mangelfreien Herstellung führt dazu, dass die Fertigstellungsbescheinigung in der Praxis nur selten erteilt werden kann (vgl. Hermann, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, DB 2000, 909, 912). Zudem besteht ein Wertungswiderspruch darin, dass gemäß § 640 Abs. 1 Satz 2 eine Abnahmepflicht des Bestellers auch bei Vorliegen unwesentlicher Mängel gegeben ist, andererseits aber dem Unternehmer über die Fertigstellungsbescheinigung nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, diese Wirkung auch bei Vorliegen unwesentlicher Mängel durch das Verfahren zur Erteilung der Fertigstellungsbescheinigung herbeizuführen. Durch die Neufassung des Absatzes 1 Satz 1 soll dieser Widerspruch behoben werden. So wird ein Gleichlauf zwischen Absatz 1 Satz 1 und § 640 Abs. 1 Satz 2 hergestellt. Außerdem wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei komplexen Bauvorhaben eine vollkommen mangelfreie Erstellung in der Praxis selten gegeben ist.

§ 641a Abs. 4 verpflichtet den Gutachter, die Bescheinigung nach Absatz 1 selbst dann zu erteilen, wenn der Besteller die Untersuchung des Werks verweigert hat. Dies bringt die Gutachter in eine schwierige Situation. Wie sollen sie die Mangelfreiheit eines Werks bescheinigen, das sie nicht untersucht haben? Eine solche Fertigstellungsbescheinigung kann für den Gutachter zudem weitergehende haftungsrechtliche Folgen haben. So ist es denkbar, dass eine solche Fertigstellungsbescheinigung auch gegenüber Dritten Verwendung findet, die auf diese gutachterliche Feststellung vertrauen, die in Wirklichkeit jeglicher realen Grundlage entbehrt (vgl. zur Haftung des Gutachters Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 328 Rn. 34). Unter diesen Umständen werden sich nach der derzeitigen Gesetzeslage kaum Gutachter bereit finden, bei Weigerung des Bestellers eine entsprechende Fertigstellungsbescheinigung auszustellen.

Deshalb soll künftig die Fertigstellungsbescheinigung im Fall der Weigerung des Bestellers, das Werk untersuchen zu lassen, nur und gerade diese Feststellung enthalten, die dann die gleichen Rechtswirkungen hat, wie eine nach Absatz 1 ausgestellte. Damit wird gegenüber redlichen Dritten hinreichend dokumentiert, dass das Werk vom Gutachter nicht untersucht werden konnte. Ein schützenswertes Vertrauen, das

eine etwaige Gutachterhaftung begründen könnte, kann auf diese Art und Weise nicht entstehen.

Zu Nummer 4 (§ 647a)

In den für das Baugewerbe typischen Vertragsketten wird dem Hersteller eines Werks (Subunternehmer) ein gesetzliches Pfandrecht an der Forderung seines "Vormannes" (Hauptunternehmer) gegen dessen Auftraggeber (Bauherrn) eingeräumt.

Der Regelungsvorschlag lehnt sich an das sogenannte "New Yorker Modell" an, das in verschiedenen Staaten der USA praktiziert wird und sich in der Praxis bewährt hat (vgl. Zobel, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 1982, 13 [109f.]). Der Grundgedanke des "New Yorker Modells" – dem Bauhandwerker soll als Ausgleich für seine Vorleistungspflicht der Zugriff auf die Forderung seines "Vormannes" ermöglicht werden - wurde von der im Jahre 1986 vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission für Insolvenzrecht aufgegriffen (vgl. 2. Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Leitsatz 10.2, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz 1986).

Das Pfandrecht soll nach Absatz 1 keine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Besteller voraussetzen, sondern kraft Gesetzes entstehen, und zwar sobald der zu sichernde Vergütungsanspruch beziehungsweise der Anspruch auf Abschlagszahlung fällig geworden ist und der Unternehmer dies dem Dritten schriftlich angezeigt hat.

Entstehungsvoraussetzung des gesetzlichen Pfandrechts ist die Fälligkeit des zu sichernden Vergütungsanspruchs beziehungsweise des Anspruchs auf Abschlagszahlung. Möglichkeiten zur Absicherung des bloß künftigen Pfandrechts sind nicht zu eröffnen. Vor Fälligkeit der Forderung des Subunternehmers gegen den Generalunternehmer bleibt damit die Relativität der Vertragsbeziehungen gewahrt. Der Dritte muss sich nur mit dem Generalunternehmer einigen. Beiden ist an einer weitgehend ungehinderten Durchführung ihres Vertragsverhältnisses gelegen. Würde man bereits mit Abschluss des Vertrages zwischen dem Generalunternehmer und dem Subunternehmer ein gesetzliches Forderungspfandrecht entstehen lassen, so würde dies

zu unabsehbaren Schwierigkeiten bei der Einziehung und Geltendmachung der Forderung des Generalunternehmers gegen den Dritten führen. Nach § 1281 in Verbindung mit § 1257 könnte der Dritte nur an den Subunternehmer als Pfandgläubiger und den Generalunternehmer als Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Dies wäre eine höchst unpraktikable Lösung.

Die schriftliche Fälligkeitsanzeige gegenüber dem Dritten lehnt sich an § 1280 an. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entstehung eines gesetzlichen Forderungspfandrechts ist die Anzeige der Fälligkeit der Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Drittschuldner. Abweichend von § 1280 hat diese Anzeige jedoch nicht durch den Generalunternehmer als Gläubiger des Dritten, sondern durch den Subunternehmer als Pfandgläubiger zu erfolgen.

Damit das Forderungspfandrecht des Herstellers nicht durch vorherige – in der Praxis zuweilen auch manipulierte – Forderungsabtretungen beziehungsweise im Kreditverkehr übliche Globalzessionen entwertet wird, sieht Absatz 2 vor, dass das Pfandrecht sachlichen Vorrang gegenüber zeitlich früher bestellten vertraglichen Pfandrechten sowie zeitlich früher vereinbarten Forderungsabtretungen genießt. Insoweit wird der Fall der Kollision von Globalzession oder vertraglichem Pfandrecht und gesetzlichem Forderungspfandrecht nicht nach dem Grundsatz der zeitlichen Priorität, sondern nach dem Grundsatz der sachlichen Priorität gelöst. Diese Lösung ist vorzugswürdig. Bei der Kollision von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt geht die Rechtsprechung vom Grundsatz der zeitlichen Priorität aus, greift aber im Einzelfall mithilfe der sogenannten Vertragsbruchtheorie korrigierend ein. Danach ist die Globalzession wegen Verleitung des Zedenten zu einer Täuschung und zu einem Vertragsbruch nichtig, wenn sie nach ihrem Vertragsinhalt alle oder praktisch alle künftigen Forderungen erfasst und der Zessionar weiß, dass der Zedent in der Regel von seinen Warenlieferanten ausschließlich unter Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts beliefert wird. Die der Vertragsbruchtheorie zugrunde liegenden Erwägungen lassen sich auf die Fallgestaltung der Kollision zwischen Globalzession/vertraglichem Pfandrecht und einem kraft Gesetzes entstehenden Pfandrecht nicht übertragen. Es bedarf deshalb eines gesetzlich angeordneten Vorrangs des Pfandrechts des Herstellers vor der Globalzession beziehungsweise vor dem

vertraglichen Pfandrecht, um dem Sicherungsinteresse des Bauhandwerkers Rechnung zu tragen und es vor einer Aushöhlung zu schützen.

Da die Subunternehmer, auch wenn sie in einer unterschiedlichen zeitlichen Abfolge an der Erstellung des Bauvorhabens beteiligt worden sind, gleich schutzbedürftig sind, sollen ihre Pfandrechte gleichen Rang haben.

Zu Nummer 5 (§ 648)

Durch die Streichung der Worte "des Bestellers" in Absatz 1 Satz 1 wird die bisherige Anspruchsvoraussetzung, dass sich der Pfandgegenstand im Eigentum des Bauherrn befinden muss, aufgegeben. Hierdurch wird dem seit In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuchs neu entwickelten Unternehmensformen und Vertragsgestaltungen, insbesondere den Bauträgermodellen, bei denen Besteller (Bauherr) und Grundstückseigentümer zwar rechtlich verschiedene, aber wirtschaftlich eng miteinander verbundene juristische Personen sind, Rechnung getragen.

Durch den in Absatz 1 angefügten neuen Satz 3 wird der Kreis der Sicherungsberechtigten auf den Subunternehmer erweitert. Dieser zählt nach der bisherigen Rechtslage nicht zu den Anspruchsberechtigten, da er keine Forderung aus einem Vertrag mit dem Bauherrn hat. Dies ist auch gerechtfertigt, da der Subunternehmer ebenso schutzbedürftig ist wie der Generalunternehmer/Generalübernehmer. Auch die Einräumung eines gesetzlichen Pfandrechts an der Werklohnforderung seines "Vormannes" (§ 647a-E) ist als Sicherungsmittel nicht ausreichend, da es keinen dinglichen Zugriff auf das Grundstück ermöglicht und deshalb nur eine flankierende Maßnahme sein kann.

Die Gefahr, dass der Grundstückseigentümer einer mehrfachen Belastung für dieselbe Wertschöpfung am Grundstück ausgesetzt ist, wird dadurch reduziert, dass sich die Forderung, für die Sicherung verlangt werden kann, um die Vergütung verringert, die der Grundstückseigentümer bereits wegen der Werkleistung des Unternehmers entrichtet hat, das heißt, es ist darauf abzustellen, ob er das jeweilige Gewerk bereits ganz oder teilweise bezahlt hat. Die Begünstigung des Subunternehmers durch die Einräumung einer Zugriffsmöglichkeit auf das Grundstück lässt sich nämlich nur mit

der den Eigentümer bereichernden Wertverbesserung des Grundstücks rechtfertigen. Sie fehlt, wenn er dafür bereits gezahlt hat (vgl. Schlechtriem ZfBR 1986, 108, 110).

Nicht praktikabel erscheint es, die Gefahr einer Doppelbelastung auf gesetzlichem Wege, etwa durch die Normierung von Sorgfaltsobliegenheiten, die der Bauherr zu beachten hat, weiter verringern zu wollen. So bleibt es etwa auch in der Schweiz dem Bauherrn überlassen, sich durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen gegen das Risiko einer Doppelbelastung abzusichern (vgl. Schlechtriem aaO, S. 109).

Zu Nummer 6 (§ 648a)

Durch das am 1. Mai 1993 in Kraft getretene Bauhandwerkersicherungsgesetz sollte dem Sicherungsbedürfnis des Unternehmers Rechnung getragen werden (vgl. BT-Drucks. 12/1836). Absatz 1 Satz 1 verleiht deshalb dem Unternehmer eines Bauwerks ein unabdingbares 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 Regelung gesetzten Erwartungen haben sich nicht erfüllt.

Dies liegt zum einen daran, dass ein Meinungsstreit darüber entstanden ist, ob dem Auftragnehmer bis zur Leistung der Sicherheit ein vollumfängliches Leistungsverweigerungsrecht zusteht (so OLG Naumburg IBR 2001, 257; OLG Rostock, Urteil vom 4.5.2000 – 7 U 105/97) oder die Werklohnforderung nur insoweit als einredefrei zu behandeln ist, als sie die Nachbesserungskosten übersteigt (vgl. OLG Dresden, OLG–NL 2000, 97 f.). Die Ansicht des OLG Dresden führt dazu, dass nach wie vor ein Sachverständigengutachten einzuholen ist, um die Höhe der Nachbesserungskosten festzustellen. Durch den vorliegenden Gesetzentwurf soll deshalb der Meinungsstreit im Sinne der erstgenannten Ansicht, die dem Gesetzeszweck des § 648a am ehesten entspricht, entschieden werden.

Ferner bestehen unterschiedliche Auffassungen zu der Frage, ob der Unternehmer auch nach der Abnahme noch nach § 648a vorgehen kann (zuletzt offen gelassen im

Urteil des 7. Zivilsenats des BGH vom 9. November 2000, Az.: VII ZR 82/99, BauR 2001, 386 ff.). Diese Streitfrage soll durch die Regelung des Absatzes 2 Satz 1 dahingehend gesetzlich entschieden werden, dass dem Unternehmer auch noch nach Abnahme oder bei vorzeitiger Beendigung des Vertrags die Rechte nach § 648a zustehen. Unter vorzeitiger Beendigung des Vertrags ist zum einen eine Kündigung des Vertrags durch den Besteller, zum anderen der Fall zu verstehen, dass der Vertrag nach Absatz 5 als aufgehoben gilt. Dagegen wird die Fallkonstellation, dass der Unternehmer die Leistung vollständig erbracht hat, aber keine Abnahme erfolgt ist und ein Streit hinsichtlich der Abnahmereife besteht, nicht von Absatz 2 Satz 1 erfasst. Dies ist auch nicht erforderlich, da es dem Unternehmer dann unbenommen bleibt, ein Sicherheitsverlangen nach Absatz 1 zu stellen und, wenn eine Sicherheit nicht erbracht wird, nach Absatz 5 in Verbindung mit § 643 vorzugehen. Der Vertrag gilt dann als aufgehoben und Absatz 2 Satz 1 findet unter dem Gesichtspunkt der "vorzeitigen Beendigung des Vertrages" wieder Anwendung.

Absatz 2 Satz 2 stellt klar, dass dem Unternehmer der Werklohnanspruch in voller Höhe zuzusprechen ist, solange der Auftraggeber die Sicherheit nicht leistet, auch wenn der Werklohnanspruch wegen eines Nachbesserungsanspruchs einredebehaftet ist.

Zu Nummer 7 (§ 648b)

Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen ist in der Praxis weitgehend unbekannt. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll die Regelung des § 1 BauFG in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen werden. Sie wird dabei modernisiert und insgesamt praktikabler gestaltet.

Absatz 1 sieht gegenüber § 1 BauFG eine Erweiterung des Baugeldbegriffs vor.

Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 erfasst auch "Über-Kreuz-Geschäfte", das heißt, die Grundschuld/Hypothek muss nicht notwendigerweise an dem Baugrundstück bestellt sein. Des Weiteren sind nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 auch Fördermittel in den Baugeldbegriff einbezogen.

Auf der "1. Stufe" (Absatz 1 Satz 2 Nr. 1, 2), das heißt beim Bauherrn, sollen nur grundpfandrechtlich gesicherte Gelder sowie Fördermittel als Baugeld gelten, da Baugeld wegen der in Absatz 4 normierten Schadensersatzpflicht von anderen Mitteln nach objektiven Kriterien abgrenzbar sein muss. Deshalb sieht Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 vor, dass Gelder, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält, erst ab der "2. Stufe" in die Baugeldverwendungspflicht einbezogen werden. Damit werden ab der „2. Stufe“ auch Eigenmittel des Bauherrn erfasst. Da es praktisch kaum vorkommt, dass der Generalunternehmer/Generalübernehmer neben Baugeld auch noch Eigenmittel einsetzt, bedarf es insoweit keiner gesetzlichen Regelung.

Die Legaldefinition "Bau" in Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 ist an § 648a Abs. 1 Satz 1 angelehnt. Demzufolge sind auch Abbrucharbeiten erfasst, soweit mit dem Abriss eines Bauwerks ein Neubau oder die Errichtung einer Außenanlage verbunden ist.

Absatz 1 Satz 3 stellt klar, dass Baubetreuer, die nach der bisherigen Regelung (§ 1 Abs. 3 BauFG) bereits Baugeldempfänger waren, auch künftig der Baugeldverwendungspflicht unterliegen.

Der Begriff der Baugeldgläubiger (Absatz 1 Satz 4) entspricht dem in § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFG bezeichneten Personenkreis; der Begriff des "Lieferungsvertrags", der nicht der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht, wurde durch den des "Werklieferungs- und Kaufvertrags" ersetzt.

Absatz 2 Satz 1 entspricht dem bisherigen § 1 Abs. 1 Satz 2 BauFG.

Absatz 2 Satz 2 ersetzt den bisherigen § 1 Abs. 2 BauFG. Da durch die Erweiterung des Baugeldbegriffs auf der "2. Stufe" nahezu sämtliche Finanzierungsmittel für das Bauvorhaben unter die Baugeldverwendungspflicht fallen, kann im Gegenzug die Befugnis zum Einbehalt von Geldern für selbst erbrachte Leistungen ausgedehnt werden. Während die Grenze für den Einbehalt bisher bei 50% lag, sollen künftig 70% der erbrachten Eigenleistung einbehalten werden dürfen.

Die Werterhöhung des Baus als Maßstab für die vom Baugeldempfänger erbrachte Eigenleistung erscheint wenig praktikabel. Statt dessen soll sich der Umfang der Befreiung von der Baugeldverwendungspflicht nach der mit dem Auftraggeber vertrag-

lich vereinbarten Vergütung richten. Diese lässt sich in der Regel einfach feststellen, da die Eigenleistung dem Auftraggeber üblicherweise in Rechnung gestellt wird. Den Unternehmergeinn soll der Baugeldempfänger erst behalten dürfen, wenn er das Baugeld ordnungsgemäß weitergeleitet hat. Aus Vereinfachungsgründen und um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im Baugewerbe teilweise Unterkalkulationen abgegeben werden, um den Auftrag zu erhalten, ist in Absatz 2 Satz 3 eine Pauschale von 30 % angesetzt worden. In Fällen, in denen es eine vertraglich vereinbarte Vergütung nicht gibt, wird auf die Regelung in § 632 Abs. 2 Bezug genommen.

Bei Verletzung der Baugeldverwendungspflicht ergibt sich nach geltendem Recht ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 1 BauFG. Um dogmatische Unklarheiten zu vermeiden, ob mit der Integration des zivilrechtlichen Teils des BauFG in das BGB die Eigenschaft als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 entfällt, wurde in Absatz 3 Satz 1 ein eigenständiger Schadensersatzanspruch geschaffen, wobei Absatz 3 Satz 2 – wie bereits das geltende Recht - den Durchgriff auf Organe einer juristischen Person ermöglicht. Der Schadensersatzanspruch ist der Höhe nach auf den Betrag des pflichtwidrig verwendeten Baugeldes begrenzt, was sich zum einen aus dem Schutzzweck der Norm sowie aus dem Wort "insoweit", das zur Klarstellung eingefügt wurde, ergibt.

Absatz 3 ist so gefasst, dass weiter hinten in der Auftragskette stehende Baugeldgläubiger nicht nur ihren unmittelbaren Auftraggeber, sondern auch vor diesem stehende Baugeldempfänger, die ihre Baugeldverwendungspflicht verletzt haben, auf Schadensersatz in Anspruch nehmen können. Dies führt auch in den Fällen zu keinem unbilligen Ergebnis, in denen ein Bauvorhaben von dem zuerst eingeschalteten Generalunternehmer/Generalübernehmer nicht beendet wird, und der Baugeldempfänger wegen Gewährleistungs-, Schadensersatzansprüchen oder Ersatzvornahmekosten diesem gegenüber die Aufrechnung erklären oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann. In diesen Fällen kann auch einem in der Kette weiter hinten stehenden Baugeldgläubiger entgegengehalten werden, dass insoweit die Baugeldverwendungspflicht nicht verletzt ist.

Nach § 2 BauFG hat jeder Baugeldempfänger ein Baubuch zu führen. Dieser Dokumentationsaufwand hat dazu beigetragen, dass in der Praxis das Baubuch keine Be-

deutung erlangt hat. Das Führen eines gesonderten Baubuchs erscheint in der heutigen Zeit auch nicht erforderlich, da die in § 2 BauFG genannten Daten im Rahmen eines geordneten Geschäftsbetriebes ohnehin erfasst werden und mit moderner Bürotechnik leicht abrufbar sind. Im Hinblick hierauf und im Interesse der Vermeidung überflüssiger Förmlichkeiten soll deshalb nach Absatz 4 die Pflicht zum Führen eines Baubuchs nicht beibehalten und stattdessen dem Baugeldempfänger lediglich die Pflicht auferlegt werden, auf Verlangen eines Baugeldgläubigers im Einzelfall Rechenschaft über die vereinnahmten Baugelder zu legen.

Der Anspruch auf Rechenschaftslegung dient in erster Linie der Feststellung und Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs im Falle einer zweckwidrigen Verwendung von Baugeld. Die Rechtsprechung hat zum geltenden § 2 BauFG den Grundsatz aufgestellt, dass sich bei fehlerhafter oder unterlassener Führung eines Baubuchs die Beweislast umkehrt und vermutet wird, dass Baugeld zweckwidrig verwendet wurde. Dieser Grundsatz ist auf die Regelung in Absatz 4 übertragbar, so dass es keiner besonderen Regelung der Darlegungs- und Beweislast bedarf.

Nach Absatz 5 sind - im Anschluss an die Regelung des § 648a Abs. 6 - juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliches Sondervermögen sowie natürliche Personen, die Bauarbeiten einschließlich der Arbeiten an Außenanlagen zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lassen, von der Baugeldverwendungspflicht ausgenommen. Denn im Falle einer Auftragserteilung durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen besteht für den Hersteller kein Insolvenzrisiko. Der Bau eines Einfamilienhauses ist in der Regel solide finanziert und durch die persönliche Haftung des Bestellers hinreichend abgesichert.

Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)

Grundsätzlich sollen die neuen Vorschriften nur für Neuverträge gelten. Dieses ergibt sich aus Absatz 1, wonach auf Verträge, die vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes abgeschlossen worden sind, das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden ist.

Eine Ausnahme soll nur hinsichtlich der Änderung des § 648a gelten, die auch auf Altverträge angewendet wird.

Zu Artikel 3 (Änderung der Zivilprozessordnung)

Zu Nummer 1 (§ 227)

In der Zeit vom 1. Juli bis zum 31. August eines Jahres sollen Verhandlungstermine in Baustreitigkeiten, in denen der Erlass eines Voraburteils beantragt worden ist, nicht auf bloßen Antrag einer Partei verlegt werden müssen. Dies widerspräche der durch die Einführung des Voraburteils beabsichtigten Beschleunigung. Der Zweck des Verfahrens, das zu einer (zumindest vorläufigen) Entscheidung nach einem vom Gericht umfassend vorbereiteten Termin führen soll, würde unterlaufen, wenn eine Partei frei über den Termin disponieren könnte. Aus diesem Grund werden die Verfahren zum Erlass eines Voraburteils in die Aufzählung der eilbedürftigen Sachen in Absatz 3 Satz 2 Nr. 5 aufgenommen.

Zu Nummer 2 (§ 301)

Um dem Teilurteil als Entscheidungsform in der Praxis mehr Geltung zu verschaffen, sieht der Entwurf die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des Absatzes 2 vor. Ein Teilurteil muss deshalb künftig bei Vorliegen der Voraussetzungen ergehen. Andererseits gibt es Fallgestaltungen, in denen der Erlass eines Teilurteils unangemessen wäre. Das trifft etwa zu, wenn zu erwarten ist, dass der Gesamtprozess alsbald entscheidungsreif ist oder wenn ein Teilurteil den Parteien die Berufungsmöglichkeit nehmen würde. Diesen Umständen soll durch ein negatives Tatbestandsmerkmal Rechnung getragen werden, wonach ein Teilurteil unterbleibt, sofern es nach Lage der Sache unangemessen ist (Absatz 1 Satz 1 letzter Halbsatz). Mit dieser Regelung wird klargestellt, dass bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Erlass eines Teilurteils die Regel ist, von der nur ausnahmsweise aus Gründen der Unangemessenheit abzuweichen ist.

Nach dem neu einzufügenden Absatz 2 sollen die Parteien den Erlass eines Teilurteils beantragen und dadurch erreichen können, dass sich das Gericht mit dieser Frage befassen muss. Hat eine Partei einen entsprechenden Antrag gestellt, liegen aber die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vor, muss das Gericht den Antrag durch kurz zu begründenden Beschluss zurückweisen. In diesem Beschluss hat das Gericht gegebenenfalls darzulegen, weshalb der Erlass eines Teilurteils – ausnahmsweise – untunlich im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 letzter Halbsatz ist.

Absatz 3 stellt klar, dass Rechtsmittel ausgeschlossen sind, die darauf gestützt werden, das Gericht habe es prozessordnungswidrig unterlassen, ein an sich zulässiges Teilurteil zu erlassen. Eine Nachprüfung der Entscheidung im Rechtsmittelwege würde den Beschleunigungseffekt, der mit der Änderung beabsichtigt ist, in sein Gegenteil verkehren.

Zu Nummer 3

Zu Buchstaben a) und b) (Änderung der Überschrift des Dritten Titels)

Es handelt sich um eine Folgeänderung. Diese ergibt sich daraus, dass im Dritten Titel in zwei Unterabschnitten die Vorschriften für zwei besondere Verfahrenslagen - Verfahren bei Säumnis und Verfahren nach Antrag auf Erlass eines Voraburteils - geregelt werden sollen.

Zu Buchstabe c) (Voraburteil in Bausachen)

Zu § 347a

Diese Vorschrift bezeichnet die Ansprüche, die im Verfahren zum Erlass eines Voraburteils geltend gemacht werden können. Meistens wird es um Ansprüche des Bauunternehmers auf Zahlung der Vergütung gehen. In dem Verfahren sollen aber auch die auf Geldleistungen gerichteten Ansprüche des Bestellers z. B. auf Vorschuss oder auf Ersatz der Aufwendungen zur Beseitigung von Mängeln (§§ 634 Nr. 2, 637 BGB) oder auf Schadensersatz (§§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281, 283, 311a BGB) geltend gemacht werden können. Dies gebieten der Grundsatz der "Waffengleichheit"

im Prozess sowie prozessökonomische Erwägungen. Ergibt sich zum Beispiel nach einer Beweisaufnahme in dem im Verfahren durchzuführenden Termin, dass die Gegenansprüche des Bestellers den Betrag der restlichen Vergütung übersteigen, soll im Wege des Voraburteils - wie im Streitverfahren auf eine Widerklage - eine Vorabentscheidung auch über die Ansprüche auf Vorschuss oder Schadensersatz ergehen können.

Das Verfahren zum Erlass eines Voraburteils ist auf den ersten Rechtszug beschränkt. Im Berufungsverfahren hält der Kläger entweder bereits einen vorläufig vollstreckbaren Titel in den Händen oder es ist - im Falle der Abweisung der Klage durch die Ausgangsinstanz – regelmäßig davon auszugehen, dass dem Beklagten erfolgversprechende Einwendungen zur Verfügung stehen, so dass eine vorläufige Zahlungsanordnung nicht gerechtfertigt ist.

Zu § 347b

Das Verfahren ist darauf ausgerichtet, dass das Gericht in einem Termin diejenigen rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen treffen soll, die eine zumindest vorläufige Beurteilung des Sach- und Streitstands - ggf. unter Zuhilfenahme eines im Termin anwesenden Sachverständigen - ermöglichen. Dies ist Voraussetzung dafür, dass ein Voraburteil in Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche ergehen kann.

Zu diesem Zweck bestimmt Absatz 1, dass das Gericht alsbald einen Termin zur Güteverhandlung, zur Verhandlung in der Sache, zur Beweisaufnahme und zur Erörterung über den Erlass eines Voraburteils anberaumen soll. Das Gericht kann hierzu alle ihm zweckmäßig erscheinenden prozessleitenden Anordnungen erlassen. Es kann auch ohne Antrag einer Partei anordnen, dass der Termin als Ortstermin zur Einnahme des Augenscheins stattfindet. Insoweit sind die Regelungen des § 144 anwendbar. Im Übrigen kann es alle in § 273 Abs. 2 vorgesehenen Maßnahmen treffen.

Absatz 2 lässt eine Zurückweisung des Antrags auf Erlass eines Voraburteils aus in der Regel verfahrensrechtlichen Gründen zu. Das in Absatz 1 bezeichnete Verfahren ist zur Erledigung der Sache nicht zweckmäßig, wenn vor einer Beweisaufnahme zahlreiche schwierige Rechtsfragen zu erörtern sind oder die Feststellung der ent-

scheidungserheblichen Tatsachen eine sehr umfängliche Beweisaufnahme erfordert, vor deren Abschluss eine auch nur summarische Prüfung der Begründetheit der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche und der Einwendungen des Beklagten nicht möglich ist. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Durchfeuchtung behauptet wird, zu deren Feststellung erst umfängliche Erdarbeiten ausgeführt werden müssen. Das Gleiche gilt, wenn die Eignung neuer Bauprodukte streitig ist und hierzu das Gutachten einer Materialprüfungsanstalt eingeholt werden muss.

Der Beschluss, mit dem das Gericht ein Voraburteil ablehnt, ist unanfechtbar. Es handelt sich um einen verfahrensleitenden Beschluss, der zu keinem Verlust materiell-rechtlicher Ansprüche führt, da der Rechtsstreit vor dem Prozessgericht anhängig bleibt und in der Hauptsache (weiter-) verhandelt wird.

Zu § 347c

§ 347c behandelt die drei Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts nach Durchführung des Termins nach § 347b.

Absatz 1 regelt die Fälle, in denen die Beweisaufnahme bereits die Entscheidungsreife herbeigeführt hat. Hier besteht kein Anlass mehr, lediglich ein Voraburteil zu erlassen. Das Gericht hat vielmehr über die Streitsache nach §§ 300 ff. durch Urteil zu erkennen.

Absatz 2 betrifft die Fälle, in denen der Rechtsstreit nach dem Termin zwar noch nicht zu einer Endentscheidung reif ist, aber auf Grund der summarischen Prüfung des bisherigen Sach- und Streitstandes der Erlass eines Voraburteils billigem Ermessen entspricht. Die Maßstäbe für das Voraburteil sind ähnlich denjenigen für die Kostenentscheidung bei übereinstimmender Erledigungserklärung ausgestaltet. Zum einen sind die in der bisherigen Verhandlung getroffenen Feststellungen zu berücksichtigen und die erhobenen Beweise entsprechend zu würdigen. Zum anderen erfolgt im Rahmen der Ausübung des billigen Ermessens eine Prognose über die Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs.

Der Ausspruch des Voraburteils richtet sich daher danach, wie nach überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Endentscheidung ausfallen würde. Das Gericht soll in den Urteilsgründen seine Entscheidung den Parteien erläutern. Hierbei kann es auf das Terminsprotokoll oder auf Erwägungen in einem schriftlich formulierten Vergleichsvorschlag Bezug nehmen.

Das Voraburteil regelt das Streitverhältnis bis zu einer rechtskräftigen Endentscheidung des Rechtsstreits. Es wird zur endgültigen Entscheidung, wenn es - wegen Nichtbetreibens des Rechtsstreits durch beide Parteien - einer rechtskräftigen Entscheidung gleichsteht.

Das Voraburteil hat - dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Vorschriften - auch einen Ausspruch über die Kosten zu enthalten. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist in § 347d besonders geregelt.

Absatz 3 behandelt schließlich die Fälle, in denen sich das Gericht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nach dem Termin außer Stande sieht, ein Voraburteil zu erlassen. In diesem Fall ist der Antrag durch einen zu begründenden, unanfechtbaren Beschluss zurückzuweisen; dies ergibt sich aus der Verweisung auf § 347b Abs. 2.

Zu § 347d

Das Voraburteil soll nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar sein, um dem Schutzbedürfnis des zur Zahlung Verpflichteten Rechnung zu tragen. Da Sicherheit jedoch in jedem Fall geleistet werden soll, wird die Anwendung des § 710, wonach das Urteil auf Antrag auch ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, ausgeschlossen. Der Schuldner hat nach § 712 Abs. 1 Satz 1 seinerseits die Möglichkeit, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, Sicherheit zu leisten, findet auch § 712 Abs. 1 Satz 2 Anwendung, d.h. die Vollstreckung ist auf die Pfändung beweglichen Vermögens oder die Eintragung einer Sicherungshypothek oder Schiffshypothek zu beschränken oder - als letzte und weitreichendste Möglichkeit - das Urteil ist nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die Anwendbarkeit von § 712 Abs. 1 ist vertretbar,

da diese Vorschrift strenge Voraussetzungen hat. So muss die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen. Die Versagung der Vollstreckbarerklärung ist das letzte Mittel, weil zunächst die Möglichkeit besteht, die Vollstreckung auf bestimmte Maßregeln zu beschränken. Der Schuldner ist zudem durch den Schadensersatzanspruch nach § 717 geschützt.

Zu § 347e

§ 347e regelt den Fortgang des Verfahrens nach Erlass eines Voraburteils.

Zu Absatz 1

Das Voraburteil selbst ist unanfechtbar. Jede Partei, die das Voraburteil nicht als endgültige Entscheidung anerkennen will, kann bei Gericht einen Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits stellen. Dieser Antrag muss allerdings innerhalb einer Notfrist von drei Monaten nach Zustellung des Voraburteils gestellt werden. Andernfalls ist der Antrag - ohne dass eine mündliche Verhandlung notwendig ist - durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen. Dem Antragsteller bleibt die Möglichkeit der Beschwerde gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2.

Zu Absatz 2

Wird der Antrag auf Fortsetzung des Rechtsstreits innerhalb der Frist von drei Monaten nicht gestellt, wird von Gesetzes wegen unterstellt, dass die Parteien das Voraburteil als endgültige Regelung des Streitverhältnisses akzeptieren. Die Parteien können auch durch schriftliche Anzeige an das Gericht auf die Fortsetzung des Rechtsstreits verzichten. Für diese Fälle ordnet der Entwurf deshalb den Eintritt der Rechtskraft an. Die Geschäftsstelle des Gerichts hat einer Partei auf Antrag ein Rechtskraftzeugnis zu erteilen.

Zu Absatz 3

Wegen der in Absatz 2 angeordneten weitreichenden Folge ist in Absatz 3 vorgesehen, dass die Parteien mit Zustellung des Voraburteils über die Folgen der Versäumung der 3-Monats-Frist zu belehren sind.

Zu § 347f

Zu Absatz 1

Wird der Rechtsstreit fortgesetzt, tritt das Voraburteil mit der Rechtskraft der Endentscheidung außer Kraft. Satz 2 betrifft den Erlass eines Teilurteils nach § 301. Hier muss das Gericht aussprechen, in welchem Umfang das Voraburteil fortbestehen oder außer Kraft treten soll.

Zu Absatz 2

In der Endentscheidung muss insgesamt über die Kosten des Rechtsstreits neu entschieden werden. Dies ist notwendig, weil das Voraburteil mit Eintritt der Rechtskraft der Endentscheidung außer Kraft tritt und davon auch die ursprüngliche Kostenentscheidung betroffen ist. Für die Kostenverteilung in der Endentscheidung gelten die allgemeinen Vorschriften.

In Anlehnung an den § 97 Abs. 2 zugrundeliegenden Rechtsgedanken soll das Gericht jedoch bezüglich der durch das Voraburteil entstandenen Kosten eine abweichende Entscheidung treffen können. Ein Kostentrennungstatbestand wird durch diese Regelung jedoch nicht geschaffen. Das Gericht kann die Verletzung der Prozessförderungspflicht durch eine Partei mit der abweichenden Kostenentscheidung sanktionieren. Diejenige Partei, die ein Voraburteil beantragt (meistens wird dies der auf Zahlung der Vergütung klagende Bauunternehmer sein), soll keine zusätzlichen Kostennachteile (Urteilsgebühr nach Nr. 1680 des KV) erleiden, wenn das Voraburteil aufgrund neuen Vorbringens der Gegenseite keinen Bestand hat (zum Beispiel Erhebung neuer Mängelrügen durch den Besteller, die dieser rechtzeitig bis zum Termin nach § 347b hätte vorbringen können und müssen).

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt die Fälle, in denen sich nach der Endentscheidung das Voraburteil als ungerechtfertigt erwiesen hat. Wie bei anderen vorläufig vollstreckbaren Titeln soll auch hier dem Gegner ein Anspruch auf Ersatz des Vollstreckungsschadens zustehen. Dieser Schadensersatzanspruch kann bereits im Streitverfahren im Wege der Aufrechnung oder der Widerklage anhängig gemacht werden. Wird er anhängig gemacht, so ist der Anspruch als im Zeitpunkt der Zahlung oder der Leistung rechtshängig geworden anzusehen.

Zu Nummer 4 (§ 750a)

Es wird Fälle geben, in denen dem Gläubiger trotz der erweiterten Auskunftsmöglichkeiten nach den Artikeln 7 und 8 die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Schuldners nicht möglich ist. Für diese Fälle sieht der neu einzufügende § 750a als ultima ratio die Möglichkeit vor, auf Antrag des Gläubigers die Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei (vgl. RiStBV 39-40) gerichtlich anzuordnen. Die Regelung lehnt sich an die Vorschrift des § 131a Abs. 1 StPO und des § 66 AsylVfG an, die eine Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung von Beschuldigten und Zeugen bzw. Ausländern zulassen.

Die Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung ist jedoch gegenüber allen anderen Möglichkeiten zur Ermittlung des Aufenthaltsortes, die keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern, wie in der Regel Auskunftersuchen an die Melde-, Zulassungs- und Sozialbehörde oder an das Kraftfahrt-Bundesamt, subsidiär (Absatz 1 Satz 1).

Die Voraussetzungen hat der Gläubiger glaubhaft zu machen. Im Rahmen der Glaubhaftmachung wird in der Regel zu verlangen sein, dass der Gläubiger eine Negativauskunft der Melde-, Zulassungs- und Sozialbehörde oder des Kraftfahrt-Bundesamtes vorlegt, wonach der Schuldner dort nicht erfasst oder sein Aufenthalt unbekannt ist.

Da es sich bei der Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung in den Fahndungshilfsmitteln der Polizei (wie auch bei der Ausschreibung zur Festnahme, § 909 Abs. 2 ZPO-E) um eine schwerwiegendere Einschränkung des Rechts auf infor-

mationelle Selbstbestimmung handelt als im Falle der Auskunft aus öffentlichen Registern (Artikel 7 und 8), ist der Schwellenwert von 3000 Euro, ab dem die Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung möglich ist, deutlich höher als bei der Auskunft aus öffentlichen Registern (500 Euro). Außerdem soll dadurch eine Überlastung der Gerichte und des polizeilichen Vollzugsdienstes mit ‚Bagatellsachen‘ verhindert werden.

Zuständig für die Anordnung der Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (Absatz 1 Satz 2). Der Richtervorbehalt ist angesichts der Bedeutung der Anordnung für den Betroffenen – er wird nun von der Polizei gesucht – erforderlich. Auch § 131a Abs. 1 StPO erlaubt eine solche Anordnung nur der Staatsanwaltschaft und lediglich bei Gefahr im Verzug deren Hilfsbeamten. Für die örtliche Zuständigkeit ist der allgemeine Gerichtsstand des Gläubigers maßgebend. Ein Abweichen von der Regel des § 764 Abs. 2 ist notwendig, da dem Gläubiger gerade nicht bekannt ist, in welchem Bezirk die Vollstreckung erfolgen soll.

Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Anordnung zu erlassen. Sie hat insbesondere zu unterbleiben, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls unangemessen wäre (Absatz 1 Satz 3). Dabei kann es sich beispielsweise um Fälle handeln, in denen eine Übermittlungssperre gemäß den §§ 21 Abs. 5 MRRG, 41 Abs. 2 StVG oder § 68a Abs. 2 SGB X vorliegt.

Unzulässig ist nach Absatz 1 Satz 4 die Anordnung einer Öffentlichkeitsfahndung (vgl. § 131a Abs. 3 StPO), also insbesondere die Veröffentlichung von Bildern des Schuldners, sowie einer internationalen Fahndung. Solche Maßnahmen wären nicht verhältnismäßig. Eine Festnahme des Schuldners im Ausland würde zudem erhebliche praktische Schwierigkeiten im Hinblick auf eine Überstellung an deutsche Behörden sowie im Hinblick darauf mit sich bringen, dass es dem Schuldner gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 ermöglicht werden muss, jederzeit die eidesstattliche Versicherung abzugeben.

Nach Absatz 2 haben die polizeilichen Vollzugsorgane die Ergebnisse ihrer Ermittlungstätigkeit - also insbesondere den Aufenthaltsort des Schuldners – dem Gericht

und dem Gläubiger mitzuteilen. Eine Mitteilung an das Gericht ist für dessen Entscheidung nach Absatz 3 erforderlich. Der Gläubiger ist unmittelbar zu benachrichtigen, damit er die Vollstreckung ohne weitere Verzögerung fortsetzen kann.

Absatz 3 stellt klar, dass die Anordnung aufzuheben ist, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht mehr vorliegen. Damit sind etwa Fälle gemeint, in denen nachträglich andere Möglichkeiten der Aufenthaltsermittlung bekannt werden, der Aufenthaltsort ermittelt wurde oder in denen sich die Anordnung durch freiwillige Zahlung oder erfolgreiche Durchführung der Vollstreckung erledigt. Da das Gericht nicht in jedem Fall vom Wegfall der Anordnungsvoraussetzungen nach Absatz 1 von Amts wegen erfährt, wird der Gläubiger verpflichtet, die ihm insoweit bekannt gewordenen Umstände unverzüglich dem Gericht mitzuteilen.

Zu Nummer 5 (§ 756)

Nach Absatz 1 Satz 2 soll künftig die Bescheinigung eines Sachverständigen, dass die vom Gläubiger Zug um Zug zu bewirkende Nachbesserungsleistung erbracht und der Gläubiger dadurch befriedigt ist, einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde gleichstehen. Dabei beschränkt sich die Regelung nicht auf die Mängelbeseitigung im Rahmen von Werkverträgen, sondern bezieht auch die "Nachbesserung" im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse, insbesondere bei Kaufverträgen (§ 476a BGB), ein. Sobald die Bescheinigung dem Gläubiger zugestellt ist (Satz 1 a.E.), kann die Zwangsvollstreckung beginnen.

Satz 3 verweist hinsichtlich des Verfahrens zur Erlangung einer Bescheinigung im Sinne des Satzes 2 auf einzelne Vorschriften des § 641a BGB. Für die Bestellung des Sachverständigen gilt § 641a Abs. 2 BGB entsprechend. Dadurch wird das Vorliegen der Sachkunde und Unparteilichkeit des Gutachters sichergestellt und den Interessen des Schuldners Rechnung getragen. Der Gutachter muss – gegebenenfalls in Anwesenheit der Parteien – mindestens einen Besichtigungstermin abhalten (§ 641a Abs. 3 Satz 1 BGB). Durch den Verweis auf § 641a Abs. 4 BGB wird klargestellt, dass der Schuldner die Untersuchung des nachzubessernden Vertragsgegenstandes gestatten muss; verweigert er sie, gilt die Nachbesserung als erfolgt und die Bescheinigung ist zu erteilen.

Zu Nummer 6 (§ 765)

Auch im Rahmen der Anordnung einer Vollstreckungsmaßregel durch das Vollstreckungsgericht gemäß § 765 soll künftig der Beweis der Befriedigung des Schuldners nicht nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, sondern auch durch die Bescheinigung eines Sachverständigen möglich sein. Der neue Satz 2 verweist daher auf § 756 Abs. 1 Satz 2 und 3.

Hinsichtlich der Zustellung der Bescheinigung gelten die allgemeinen Vorschriften von Satz 1 Nr. 1.

Zu Nummer 7 (§ 909)

In den Fällen, in denen die Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung nach § 750a angeordnet werden kann und ein Haftbefehl gemäß § 901 vorliegt, wäre es zu umständlich, den Gläubiger darauf zu verweisen, durch den polizeilichen Vollzugsdienst den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln und den Haftbefehl sodann durch den Gerichtsvollzieher vollziehen zu lassen. Für diesen Fall ist in einem neuen Absatz 2 eine Ausschreibung zur Festnahme vorgesehen; die Verhaftung kann hier, nachdem Verhaftungsversuche durch den Gerichtsvollzieher wiederholt fruchtlos verlaufen sind, ohne Hinzuziehung des Gerichtsvollzieher unmittelbar durch den polizeilichen Vollzugsdienst geschehen.

Erfolgt die Verhaftung durch die Polizei, ohne dass der Gerichtsvollzieher anwesend ist und dem Schuldner den Haftbefehl vorlegen kann, muss diesem wenigstens mitgeteilt werden, weshalb er verhaftet wird. Die Verhaftung ist dem Gericht unverzüglich mitzuteilen, das hierauf gemäß § 909 Abs. 2 Satz 4 unverzüglich die Zustellung einer beglaubigten Abschrift des Haftbefehls an den Schuldner veranlasst.

Da der Gläubiger, der einen Haftbefehl gemäß § 901 ZPO erwirkt, die Urschrift des Haftbefehls erhält, hat er diese gemäß § 909 Abs. 2 Satz 2 dem Gericht vorzulegen, damit es die dem Schuldner nach der Verhaftung zuzustellende beglaubigte Ausfertigung des Haftbefehls erstellen kann.

Zu Nummer 8 (§ 933)

Die neue Bestimmung von § 909 Abs. 2 i.V.m. § 750a ist auf § 933 Satz 1, der auf § 909 insgesamt Bezug nimmt, nicht anwendbar, da das einstweilige Verfügungsverfahren nicht das Vorliegen eines Titels i.S.d. §§ 704 Abs. 1, 794 Abs. 1, 801 voraussetzt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird dies in § 933 Satz 1 klargestellt.

Zu Artikel 4 (Änderung der Insolvenzordnung)

Zu Nummer 1

Die neue Bestimmung des § 909 Abs. 2 in Verbindung mit § 750a ZPO-E ist auf § 98 der Insolvenzordnung nicht anwendbar. Dies wird durch Artikel 4 Nr. 1 klargestellt.

Zu Nummer 2

Durch die Änderung des § 107 Abs. 2 Satz 1 soll der Unternehmer in der Insolvenz des Bestellers dem Vorbehaltsverkäufer in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers gleichgestellt werden. Das Anwartschaftsrecht des Bestellers und Schuldners an der verbundenen Sache gehört zur Masse. Der Insolvenzverwalter hat ein Wahlrecht aus § 103. Wählt er Erfüllung, so ist die Restwerklohnforderung Masseschuld im Sinne des § 55 Satz 1 Nr. 2, mit deren Erfüllung der Besteller das in die Masse fallende Eigentum erwirbt. Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung ab, so erlischt das Anwartschaftsrecht des Bestellers wegen Bedingungsausfall; der Unternehmer hat ein Aussonderungsrecht nach § 47 und nimmt mit der Schadensersatzforderung am Insolvenzverfahren teil.

Zu Artikel 5 (Änderung des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetzes)

Zu Nummer 1 und 3

In der KV-Nr. 1680 wird ein neuer Gebührentatbestand für den Erlass des Voraburteils geschaffen. Dies ist gerechtfertigt, weil das Verfahren zum Erlass des Vorabur-

teils und die schriftliche Erläuterung der das Voraburteil tragenden Erwägungen einen zusätzlichen Aufwand für den entscheidenden Richter bedeuten.

Geben sich die Parteien mit dem Voraburteil zufrieden und setzen sie den Rechtsstreit nicht fort, entfällt der Aufwand für das weitere Streitverfahren und die Begründung eines Urteils. Insoweit ist es angemessen, die Gebühr nach KV-Nr. 1211 (für das Verfahren im Allgemeinen) wie bei unstreitiger Erledigung nach Klagerücknahme, Verzicht, Anerkenntnis oder Vergleich auf einen Gebührenbetrag zu ermäßigen. In diesem Falle sind letztlich zwei Gebühren nach Nummer 1211 und Nummer 1680 angefallen, so dass diese Erledigung für die Parteien kostengünstiger ist als eine Beendigung des Prozesses durch streitiges Urteil.

Zu Nummer 2

In der KV-Nr. 1648 wird ein neuer Gebührentatbestand für die Entscheidung über Anträge auf Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung oder Festnahme gemäß §§ 750a, 909 Abs. 2 ZPO-E geschaffen. Angesichts der Bedeutung der Angelegenheit für den betroffenen Schuldner und der damit einhergehenden Pflicht des Gerichts zur Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen ist eine besondere Gebühr gerechtfertigt.

Zu Artikel 6 (Änderung der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte)

Mit der Änderung in § 37 Nr. 3 wird lediglich klargestellt, dass das (Zwischen-)Verfahren zum Erlass eines Voraburteils zum Rechtszug gehört. Der Anwalt kann über die in § 31 bezeichneten Gebühren hinaus keine zusätzlichen Gebühren erheben. Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil der Aufwand für den Anwalt nicht größer ist als bei der Durchführung eines Termins - ggf. mit Vernehmung von Zeugen und Anhörung eines Sachverständigen - in einem Rechtsstreit, in dem ein Antrag auf Erlass eines Voraburteils nicht gestellt wurde. Die in § 31 bezeichneten Gebühren entstehen im Verfahren zum Erlass eines Voraburteils in gleicher Weise wie bei der Verhandlung im Streitverfahren.

Zu Artikel 7 (Änderung des Straßenverkehrsgesetzes)

Nach § 39 Abs. 3 Satz 1 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 des Bundessozialhilfegesetzes 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 500 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 Auskunftersuchen 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 anzuordnen, wenn durch die Übermittlung der Daten seine schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt würden.

Zu Artikel 8 (Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch)

Zu Nummer 1 (§ 64 Abs. 1 Satz 2)

Hinsichtlich der Auskunft aus den Registern der Straßenverkehrsbehörden (§ 39 Abs. 3 Satz 2 StVG-E) besteht bereits eine Gebührevorschrift in Nummer 141 und 226 des Gebührentarifs für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebTSt) als Anlage zu § 1 Abs. 1 Satz 2 der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebOST) vom 26. Juni 1970 (BGBl. I S. 865, ber. S. 1298).

Hinsichtlich der Auskunft durch die Sozialbehörden gemäß § 68a SGB X-E bestünde ohne besondere Regelung Gebührenfreiheit, vgl. § 64 Abs. 1 SGB X. Für die Gebührenfreiheit der Entscheidung über eine Auskunft gemäß § 68a gibt es keine Rechtfertigung, da der Empfänger keine Sozialleistungen empfängt oder begehrt. Daher ist – entsprechend der Rechtslage bei Auskünften durch Meldebehörden oder Straßenverkehrsbehörden – eine Gebühr zu entrichten. Die Höhe orientiert sich an § 1 Abs. 1 Satz 2 der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr vom 26. Juni 1970 (BGBl. I S. 865, ber. S. 1298) i.V.m. Nummer 226 GebTSt, zuletzt geändert durch VO v. 20. 7. 2000, BGBl. I S. 1090.

Zu Nummer 2 (§ 68a)

Durch den neu einzufügenden § 68a soll dem Gläubiger eine weitere Möglichkeit an die Hand gegeben werden, um den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln. Die Regelung des Absatzes 1 lehnt sich dabei an die Vorschrift des § 68 an, wobei § 68a jedoch eine Mindestanspruchshöhe von 500 Euro vorsieht. Voraussetzung für die Erteilung einer Auskunft ist, dass vorher alle anderen Auskunftsmöglichkeiten, insbesondere ein Ersuchen bei den Meldebehörden (vgl. § 21 Abs. 1 MRRG), ausgeschöpft wurden.

Absatz 2 gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, zur Wahrung schutzwürdiger Interessen eine Übermittlungssperre zu veranlassen. Hierfür wird auf die Regelung des § 41 Abs. 2 StVG verwiesen. Ein Verweis auf die Regelung des § 41 Abs. 3 StVG ist unterblieben, weil kaum Fälle denkbar sind, in denen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Übermittlung trotz Übermittlungssperre besteht.

Zu Artikel 9 (Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Die bisherigen Ausschlussstatbestände in § 6 Abs. 2 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 und des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeits-

entgelt gemäß § 266a StGB 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.

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe nach §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG wird auf die Ausführungen zu Artikel 10 (§ 76 Abs. 3 AktG) verwiesen.

In die Ausschlussgründe einbezogen werden auch Verurteilungen nach §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2. 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) oder eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 begeht, ist für eine Geschäftsführertätigkeit nicht geeignet. Im Hinblick auf die Eingriffsintensität werden zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit fahrlässige Handlungen nach § 84 Abs. 2 nicht als Ausschlussgrund erfasst. Des Weiteren ist hinsichtlich der allgemeinen Vermögensdelikte (§§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 266 StGB) als Erheblichkeitsschwelle eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorgesehen.

Um zu verhindern, dass die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH durch die Einschaltung eines Strohmannes umgangen werden, wird nach § 6 Abs. 2 Satz 4 ein neuer Satz 5 angefügt, der einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter normiert. Die gesamthänderische Haftung ist § 43 Abs. 2 nachgebildet. Nach dieser Vorschrift haften Geschäftsführer der Gesellschaft solidarisch bei Verletzung ihrer Obliegenheiten nach § 43 Abs. 1 für den daraus der Gesellschaft entstehenden Schaden. Diese Haftung

wird auf die Gesellschafter für den Fall ausgedehnt, dass sie eine Person, die die für eine Geschäftsführerstellung nach § 6 Abs. 2 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 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.

Im Zuge der Änderung wird die Abkürzung „GmbHG“ als amtliche Abkürzung eingeführt.

Zu Artikel 10 (Änderung des Aktiengesetzes)

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe nach dem Strafgesetzbuch und nach dem GmbH-Gesetz wird auf die Ausführungen zu Artikel 8 (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E) verwiesen.

Bei den Ausschlussgründen werden nunmehr auch die Straftatbestände der Angabe falscher Angaben gemäß § 399, der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 und der vorsätzlichen Pflichtverletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit gemäß § 401 Abs. 1 erfasst. 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 durch den Aufsichtsrat bestellt werden und die Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft für eine Pflichtverletzung bereits nach §§ 116, 93 Abs. 2 haften.

Zu Artikel 11 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz)

Um dem Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, bestimmt § 26e, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgenommen und vor In-Kraft-Treten des Gesetzes rechtskräftig geworden sind, nicht – für die Dauer von fünf Jahren - zum Verlust der Befähigung führen sollen, Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zu sein.

Zu Artikel 12 (Änderung des Strafgesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (§ 283e)

Der neu in das Strafgesetzbuch eingefügte Straftatbestand des § 283e ersetzt die Strafvorschrift des § 5 BauFG. Er fügt sich in die Systematik der Insolvenzstraftaten ein und ist der Diktion des StGB angepasst. Ein legislativer Handlungsbedarf besteht gerade deshalb, weil die Fälle der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld in der Regel nicht als Betrug, Untreue, Unterschlagung oder Konkursdelikt verfolgt werden können. Strafrechtliche Folgen hat die Nichtbezahlung der Handwerker und Lieferanten für den Geschäftsführer der Generalunternehmer-GmbH in der Regel nur dann, wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass er bei Vertragsschluss gemäß § 263 StGB über die Zahlungswilligkeit bzw. Zahlungsfähigkeit der GmbH getäuscht hat. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs scheitert jedoch oftmals daran, dass keine Täuschung vorliegt, weil die Beauftragung noch zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Generalunternehmer-GmbH wirtschaftlich leistungsfähig war, oder weil ein diesbezüglicher Vorsatz nicht nachweisbar ist (vgl. Lemme, Wistra 1998, 41, 42).

Tathandlung ist gemäß Absatz 1 das Verwenden von Baugeld entgegen § 648b des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Nachteil der Gläubiger des Baugeldempfängers. Erweitert wird die Strafbarkeit des Baugeldempfängers im Vergleich zur bisherigen Regelung in § 5 BauFG dadurch, dass der Begriff des Baugelds in § 648 BGB-E erheblich ausgedehnt wird. Baugeld sind danach nicht nur Beträge, die unmittelbar vom Besteller oder vom finanzierenden Unternehmen an den Generalunternehmer fließen, sondern auch Beträge, die Generalunternehmer und die von ihnen beauftragten Subunternehmer von ihrem unmittelbar vorgeschalteten Auftraggeber erhalten haben

und wiederum an die nachgeordneten bauausführenden Personen weiterleiten sollen.

Durch den Verweis in Absatz 2 auf § 283 Abs. 6 wird, wie bereits in § 5 BauFG, die Strafbarkeit an die objektive Bedingung der Zahlungseinstellung, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder der Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse geknüpft.

Zu Nummer 2 (§ 288)

Durch eine Ergänzung von § 288 (Vereiteln der Zwangsvollstreckung) soll die Nichtabgabe der eidesstattlichen Versicherung unter Strafe gestellt werden. Zwar kann zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ein Haftbefehl erlassen werden (§ 901 ZPO), von der Vollstreckung wird aber in der Praxis wegen der Vorschusspflicht bezüglich der Haftkosten in der Regel abgesehen.

Um dem Übermaßverbot Rechnung zu tragen, wird das Höchstmaß der zu verhängenden Strafe auf sechs Monate begrenzt und die Möglichkeit vorgesehen, dass das Gericht die Strafe mildert oder von Strafe absehen kann, wenn der Schuldner die eidesstattliche Versicherung innerhalb einer Woche nach Ablauf des Termins, der vom Gerichtsvollzieher zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bestimmt wurde, vollständig und freiwillig abgibt.

Durch die Formulierung in Absatz 2 "zu der er zivilrechtlich verpflichtet ist" soll die zivilrechtliche Akzessorietät des Straftatbestandes sichergestellt werden. Das ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts erfordert es, dass mindestens alle zwangsvollstreckungsrechtlichen Voraussetzungen vorliegen (Titel, Klausel, Zustellung, Antrag, keine Vollstreckungshindernisse etc). Ferner soll zum Ausdruck kommen, dass durch die Strafvorschrift unzumutbare Vorkehrungen des Schuldners, sich für ein Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zur Verfügung zu halten, nicht eingeführt werden. Bloße Nachlässigkeit oder entschuldbare Umstände können hier berücksichtigt werden (zum Beispiel ein Verstoß gegen die Meldevorschriften).

Das Tatbestandsmerkmal des Sich-Entziehens findet sich auch in § 170 Abs. 1, weshalb an die dort entwickelte Auslegung und Rechtsprechung angeknüpft werden kann. Diese Vorschrift ist wie die des neuen Absatzes 2 ein echtes Unterlassungsdelikt, auch wenn der Täter durch bestimmte Maßnahmen seine Inanspruchnahme vereitelt (zum Beispiel die Vereitelung von Zustellungen durch Wohnsitzwechsel: Schönke/Schröder-Lenckner, Kommentar zum StGB, 26. Auflage 2001, § 170 Rn. 27).

Absatz 4 sieht einen persönlichen Strafaufhebungsgrund bzw. Strafmilderungsgrund in Form der tätigen Reue vor. Wie nach § 142 Abs. 4 soll dem Täter im Interesse des Gläubigers eine "goldene Brücke" gebaut werden.

Zu Artikel 13 (Aufhebung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen)

Da die Regelungen des § 1 BauFG in das Bürgerliche Gesetzbuch und des § 5 BauFG in das Strafgesetzbuch übernommen werden und die Baubuchführungspflicht (§ 2 BauFG) durch einen Auskunftsanspruch ersetzt wird, kann das Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen insgesamt aufgehoben werden.

Sofern die Pflicht zur Verwendung von Baugeld und die Pflicht zur Führung des Baubuchs vor dem In-Kraft-Treten dieses Gesetzes begründet wurden, bestimmt Absatz 2, dass das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen auf diese Fallgestaltungen weiter anzuwenden ist.

Zu den Artikeln 14 und 15

Bei Artikel 14 handelt es sich um eine Folgeregelung zu Artikel 13, der das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen aufhebt.

Artikel 15 gewährleistet, dass der Ordnungsgeber auch den gesetzesrangigen Teil der Rechtsverordnung aufgrund der einschlägigen Verordnungsermächtigung ändern kann.

Zu Artikel 16 (Änderung sonstiger Vorschriften)

Die neue Bestimmung von § 909 Abs. 2 i.V.m. § 750 a ZPO-E ist auf die in Artikel 16 aufgeführten Vorschriften, die auf § 909 ZPO insgesamt Bezug nehmen, nicht anwendbar. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird dies in den jeweiligen Vorschriften klargestellt.

Zu Artikel 17 (Überleitungsvorschrift zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Absatz 1 bestimmt, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG aufgenommen und vor In-Kraft-Treten dieses Gesetzes rechtskräftig geworden sind, nicht – für die Dauer von fünf Jahren - zum Verlust der Befähigung führen sollen, Geschäftsführer einer GmbH zu sein. Damit wird dem Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung getragen, indem an rechtskräftige Verurteilungen keine neuen, vom Angeklagten zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils nicht absehbaren Rechtsfolgen geknüpft werden.

Dasselbe gilt sinngemäß für die Neuregelung in § 6 Abs. 2 Satz 4 GmbHG. Damit sich die Gesellschafter einer GmbH auf die veränderte Rechtslage einstellen können, bestimmt Absatz 2, dass die Neuregelung nur auf Obliegenheitsverletzungen anzuwenden ist, die ein Geschäftsführer nach In-Kraft-Treten dieses Gesetzes begeht.

Zu Artikel 18 (In-Kraft-Treten)

Das Gesetz soll am Tag nach seiner Verkündung in Kraft treten.