Bundesrat Drucksache **168/02**

26.02.02

Gesetzesantrag
des Landes Sachsen-Anhalt

Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Absicherung der Vorleistungen von Bauhandwerkern (Vorleistungssicherungsgesetz - VorLeistSichG)

A. Problem

Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) hat der Gesetzgeber einen ersten notwendigen Schritt unternommen, die Erfüllung fälliger Zahlungen zu beschleunigen. Die dort angestoßenen Maßnahmen gehen in die richtige Richtung, können und müssen aber gerade im Bereich des Bauhandwerks hinsichtlich der Absicherung des Vorleistungsrisikos gegen Zahlungsverzögerung und Zahlungsausfall noch effizienter ausgestaltet werden. Grundlegende Änderungen des Systems, wie sie teilweise gefordert werden, sind dazu nicht erforderlich und auch nicht angezeigt.

B. Lösung

Die vornehmlich im Bauhandwerkerbereich erforderlichen Verbesserungen des vorhandenen Instrumentariums sollen vorgenommen werden.

C. Alternativen

Keine.

D. Kosten

Keine. Es ist im Gegenteil zu erwarten, dass die beabsichtigten Verbesserungen zu einer gewissen Entlastung der Gerichte und damit tendenziell zu einer Einsparung von Haushaltsmitteln führen werden.

E. Sonstige Kosten

Auswirkungen auf die Verbraucherpreise ergeben sich nicht. Die Maßnahmen zielen darauf ab, fällige Ansprüche schneller durchsetzen zu können. Dies erspart den Unternehmen unnötige Kosten und trägt auch dazu bei, deren finanzielle Ressourcen zu schonen.

Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 1320, 53003 Bonn
Telefon: 0228/3820840, Telefax: 0228/3820844
ISSN 0720-2946

Bundesrat Drucksache **168/02**

26.02.02

Gesetzesantrag
des Landes Sachsen-Anhalt

Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Absicherung der Vorleistungen von Bauhandwerkern (Vorleistungssicherungsgesetz - VorLeistSichG)

Der Ministerpräsident
des Landes Sachsen-Anhalt

Magdeburg, den 26. Februar 2002

An den
Präsidenten des Bundesrates
Herrn Regierenden Bürgermeister
Klaus Wowereit

Sehr geehrter Herr Präsident,

die Landesregierung Sachsen-Anhalt hat in ihrer Sitzung am 26. Februar 2002 beschlossen, dem Bundesrat den anliegenden

> Entwurf eines Gesetzes für eine bessere Absicherung der Vorleistungen von Bauhandwerkern (Vorleistungssicherungsgesetz - VorLeistSichG)

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

Dr. Reinhard Höppner

Drucksache 168/02

Entwurf

eines Gesetzes für eine bessere Absicherung der Vorleistungen von Bauhandwerkern (Vorleistungssicherungsgesetz — VorLeistSichG)

Der Bundestag hat 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. § 632a wird wie folgt gefasst:

„§ 632a Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages verlangen. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen erlaubt. Dies gilt auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die eigens angefertigt oder angeliefert sind, wenn dem Besteller Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Ist das herzustellende Werk ein Bauwerk, können die nach der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) oder die nach einer Verordnung nach Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche zulässigen Abschlagszahlungen vereinbart werden."

2. §§ 641 und 641a werden wie folgt gefasst:

„§ 641
Fälligkeit der Vergütung

(1) Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

(2) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,

1. wenn und soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,

2. wenn das Werk von dessen Besteller abgenommen worden ist, diesem gegenüber als abgenommen gilt oder hierfür eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt worden ist oder

3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in Nummer 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.

Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werkes Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist mindestens das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

(4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

§ 641a
Fertigstellungsbescheinigung

(1) Die Vergütung ist bei einem schriftlichen Vertrag auch zu entrichten, soweit dem Unternehmer von einem Gutachter eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt wird. Der Gutachter erteilt die Fertigstellungsbescheinigung über die ganze Vergütung oder, im Falle des § 641 Abs. 1 Satz 2, über die Vergütung für den betreffenden Teil des Werks, wenn das versproche-

ne Werk oder sein Teil hergestellt und frei von Mängeln ist, die der Besteller gegenüber dem Gutachter behauptet hat oder die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind. Stellt der Gutachter Mängel fest, erteilt er die Fertigstellungsbescheinigung für den Teil der Vergütung, der sich nach Abzug des Zweifachen der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung ergibt. Es wird vermutet, dass ein Aufmaß oder eine Stundenlohnabrechnung, die der Unternehmer seiner Rechnung zugrunde legt, zutreffen, wenn der Gutachter dies in der Fertigstellungsbescheinigung bestätigt.

(2) Gutachter kann sein

1. eine sachkundige Person oder Stelle, auf die sich Unternehmer und Besteller verständigt haben, oder

2 ein auf Antrag des Unternehmers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architektenkammer oder eine Ingenieurkammer bestimmter öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger.

Der Gutachter wird vom Unternehmer beauftragt. Aus dem Vertrag entstehen Pflichten nach § 241 Abs. 2 auch gegenüber dem Besteller. Diesem hat der Gutachter Ersatz für den aus einem Verstoß gegen das in dieser Vorschrift bestimmte Verfahren oder aus einer unrichtigen Begutachtung entstehenden Schaden nur zu leisten, wenn er die Pflichtverletzung vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen hat.

(3) Der Gutachter muss mindestens einen Besichtigungstermin abhalten; eine Einladung hierzu unter Angabe des Anlasses muss dem Besteller mindestens zwei Wochen vorher zugehen. Ob das Werk frei von Mängeln ist, beurteilt der Gutachter nach einem schriftlichen Vertrag, den ihm der Unternehmer vorzulegen hat. Änderungen dieses Vertrages sind dabei nur zu berücksichtigen, wenn sie schriftlich vereinbart sind oder von den Vertragsteilen übereinstimmend gegenüber dem Gutachter vorgebracht werden. Wenn der Vertrag entsprechende Angaben nicht enthält, ist § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 entsprechend anzuwenden. Vom Besteller geltend gemachte Mängel bleiben bei der Erteilung der Bescheinigung unberücksichtigt, wenn sie nach Abschluss der Besichtigung vorgebracht werden.

(4) Der Besteller ist verpflichtet, eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben durch den Gutachter zu gestatten. Verweigert er die Untersuchung, wird vermutet, dass das

zu untersuchende Werk vertragsgemäß hergestellt worden ist; die Bescheinigung nach Absatz 1 ist zu erteilen.

(5) Dem Besteller ist vom Gutachter eine Abschrift der Bescheinigung zu erteilen. In Ansehung von Fristen, Zinsen und Gefahrübergang treten die Wirkungen der Bescheinigung erst mit ihrem Zugang beim Besteller ein."

3. § 648a wird wie folgt gefasst:

„§ 648a
Bauhandwerkersicherung

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden sowie bereits erbrachten Vorleistungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen auch nach Abnahme verlangen. Sicherheit kann bis zur Höhe des noch nicht erfüllten Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, sowie wegen Nebenforderungen verlangt werden; die Nebenforderungen sind mit 10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch einen tauglichen Bürgen oder eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 ausgeschlossen.

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. Dasselbe gilt, wenn der Besteller in zeitlichem Zusammenhang mit dem Sicherheitsverlangen gemäß Absatz 1 kündigt, es sei denn, die Kündigung ist nicht erfolgt, um der Stellung der Sicherheit zu entgehen. Es wird vermutet, dass der Schaden 5 Prozent der Vergütung beträgt.

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

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder

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

Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam."

4. Dem § 649 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer mindestens 5 Prozent der vereinbarten Vergütung zustehen."

Artikel 2
Änderung des Einführungsgesetzes
zum Bürgerliche Gesetzbuche

Artikel 229 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1961), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird folgende Vorschrift angefügt:

„§ 8
Überleitungsvorschrift zum Gesetz
zur Verbesserung der Sicherung
von Bauhandwerkerforderungen

§ 632a Abs. 1 und die §§ 641, 641a, 648a und 649 in der seit dem [einsetzen das Datum des In-Kraft-Tretens] geltenden Fassung sind nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach jenem Tag entstanden sind. § 632a Abs. 2 ist in seiner seit dem [einsetzen das Datum des In-Kraft-Tretens] geltenden Fassung auch auf vor diesem Zeitpunkt entstandene Schuldverhältnisse anzuwenden, soweit dem nicht rechtskräftige Urteile oder eine endgültige Einigung der Beteiligten entgegenstehen."

Artikel 3
In-Kraft-Treten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach seiner Verkündung in Kraft.

Begründung

Allgemeine Begründung

1. Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) hat der Gesetzgeber auf die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung fälliger Forderungen reagiert, die gerade im Bereich der Bauwirtschaft besonders ausgeprägt sind. Diese Schwierigkeiten treffen kleine und mittlere Unternehmen besonders stark, weil sie die Ausfälle immer schwerer überbrücken können. In einem ersten Schritt hat der Gesetzgeber die Verzugsfolgen verschärft. Sie sind nach ihrer Ergänzung durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl I S. 3138) nicht mehr erweiterungsfähig. Um den besonderen Bedürfnissen der Bauhandwerker Rechnung zu tragen, hat er einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen und die Durchgriffsfälligkeit nach § 641 Abs. 3 BGB eingeführt. Mit der Einführung der Fertigstellungsbescheinigung hat er insbesondere für kleine und mittlere Bauhandwerksbetriebe eine Möglichkeit eröffnet, Vergütungsforderungen im Urkundenverfahren nach der Zivilprozessordnung geltend zu machen und zügig einen - ohne Sicherheitsleistung - vollstreckbaren Zahlungstitel zu erlangen.

2. Von den Ländern sind von Anfang an weitere gesetzliche Maßnahmen gefordert worden, um die Lage der Handwerker zu verbessern. Seit einiger Zeit werden in der Öffentlichkeit folgende Maßnahmen erörtert:

   - Vorabentscheidungsverfahren,
   - Erweiterung der Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB (sog. Schweizer Modell),
   - Eigentumsvorbehalt an eingebauten Sachen,
   - Wegnahmerecht an eingebauten Sachen,
   - gesetzliches Pfandrecht der Bauhandwerker an den Forderungen von Bauträgern und Generalübernehmern (sog. New Yorker Modell),
   - Erweiterung des Gesetzes zur Sicherung der Bauforderungen und seine Integration in das BGB.

3. Dieser Forderungskatalog ist im Rahmen der vom Bundesministerium der Justiz erneut einberufenen Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Zahlungsmoral“ am 5. und 6. Februar 2002 Gegenstand einer umfangreichen Anhörung von Sachverständigen gewesen. Sie hat ergeben, dass mit

diesen Maßnahmen eine Verbesserung der Lage der Handwerker nicht zu erreichen ist. Im Einzelnen stellt sich die Lage wie folgt dar:

- **Vorabentscheidungsverfahren**

  Für Bausachen soll eine neue Urteilsform für die erste Instanz in die ZPO eingeführt werden: das Voraburteil. Es

  - ist auf Antrag bei noch nicht entscheidungsreifen Bau-Prozessen zu erlassen;
  - spricht eine gerichtliche Zahlungsanordnung aus;
  - bedarf nur einer eingeschränkten Begründung (Wiedergabe „tragender Erwägungen");
  - berücksichtigt dabei die bisherige Verhandlung und Beweisaufnahme und ist in dem Umfang zu erlassen, wie es billigem Ermessen entspricht;
  - ist gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar;
  - ist unanfechtbar;
  - tritt aber (nur) außer Kraft, wenn eine Partei binnen drei Monaten einen Antrag auf Fortführung des Verfahrens stellt und daraufhin eine – rechtskräftige - Endentscheidung ergeht.

  Die Anhörung hat ergeben, dass dieses Instrument nicht nutzbar ist. Rechtlich problematisch ist, dass die einzig relativ sicher zu beurteilende Voraussetzung für den Erlass des Voraburteils der Umstand ist, dass die Entscheidungsreife des Rechtsstreits noch nicht eingetreten sein darf. Im Übrigen stellt der Vorschlag aber auf zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe („unter Berücksichtigung der bisherigen Verhandlung und Beweisaufnahme"; „in dem Umfang, wie es billigem Ermessen entspricht") ab. Dieses Verfahren lässt sich auch nicht, wie es gelegentlich geschieht, mit dem englischen Rechtsinstitut des interim payment vergleichen. Dessen Erlass ist im englischen Recht je nach Verfahrensgegenstand an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft, wie etwa eine weitgehend gesicherte Prognose über die Verurteilung des Beklagten im Hauptverfahren und dessen Zugehörigkeit zu einer vermögenden Gruppe (Versicherter, öffentliche Hand, Besitzer hinreichenden Vermögens). Darauf soll es aber beim Voraburteil gerade nicht ankommen. Für den Bauunternehmer bringt ein Voraburteil wirtschaftlich keinen Vorteil, auch wenn die Chance eröffnet wird, schneller als sonst zu einem vollstreckbaren Titel zu gelangen. Der Bauunternehmer, der seine Vorleistung in dem streitbefangenen Umfang erbracht und zur Vorfinanzierung seine Kreditlinie bei seiner Bank in An-

spruch genommen hat, muss im Umfang des ausgeurteilten Betrages als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung Sicherheit leisten und damit nochmals seinen Kreditrahmen in Anspruch nehmen. Diese Zusatzbelastung reduziert sich zunächst nur, soweit die Zwangsvollstreckung Erfolg hat und endgültig bei erfolgreichem, rechtskräftigen Verfahrensabschluss einschließlich Vollstreckung. Wirtschaftlich ist damit für den Unternehmer nichts gewonnen, von den mit einem solchen Verfahren für den Besteller verbundenen Risiken ganz abgesehen.

- **Erweiterung der Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB (sog. Schweizer Modell)**

Der Anwendungsbereich des geltenden § 648 BGB würde dabei erheblich erweitert werden. Der Unternehmer eines Bauwerks soll, abweichend vom geltenden Recht, die Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek auch an solchen Baugrundstücken verlangen können, die nicht dem Besteller, seinem Vertragspartner, gehören. Dadurch würde der Bauherr unerwartet, und ohne dass er hierauf Einfluss nehmen kann, mit Sicherungsrechten an seinem Grundstück belastet. Mit dem Gläubiger der Sicherungshypothek hat der Grundstückseigentümer nämlich keinerlei vertragliche Beziehung. Diese sehr weitgehenden Eingriffe in die Rechtsstellung des Bauherrn als Grundstückseigentümer ließen sich nur teilweise abmildern, wenn sich die Forderung, für die Sicherung verlangt werden kann, um den Betrag verringert, den der Bauherr (Grundstückseigentümer) an den Unternehmer geleistet hat.

Wirtschaftlich sinnvoll aus Sicht des Bauunternehmers wäre die Begründung solcher Pfandrechte nur, wenn sie den üblicherweise an erster Rangstelle eingetragenen Grundpfandrechten der finanzierenden Banken vorgehen. Das Schweizer Recht sieht insoweit vor, dass die Rechte der Bauhandwerker zwar ihrem Rang nach eingetragen werden (Artikel 839 des Schweizer Zivilgesetzbuchs). Die Gläubiger vorrangiger Grundpfandrechte sind aber nach Artikel 841 des Schweizer Zivilgesetzbuchs verpflichtet, die Bauhandwerker zu entschädigen, wenn diese in der Zwangsvollstreckung einen Ausfall erleiden und die Inhaber der vorrangigen Rechte erkennen konnten, dass die Bestellung ihres Pfandrechts die Bauhandwerker schädigen wird. Ein vergleichbares System lag dem Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen von 1909 im 2. Abschnitt, den §§ 9 - 67 zugrunde; dieser Teil ist aber niemals in Kraft gesetzt und vom systematischen Ansatz nicht weiterverfolgt worden. Dieses System lässt sich in das deutsche Recht jetzt nicht ohne weiteres und schon gar nicht neben oder zusätzlich zu dem seit Jahrzehnten

praktizierten Baufinanzierungssystem übernehmen. Ein faktischer Vorrang von nachrangig eingetragenen Pfandrechten würde die Grundlagen der in Deutschland seit langem üblichen Baufinanzierung in Frage stellen und zu deren Verteuerung führen. Diese beruht wesentlich darauf, dass das erstrangige Pfandrecht auch am Wertzuwachs profitiert. Würde dies durch einen Vollstreckungsvorrang nachrangiger Pfandrechte abgeschöpft, wäre die Wertigkeit des erstrangigen Pfandrechts und damit der Sicherungsumfang für den Bankkredit in Frage gestellt. Dies hätte auch erhebliche Rückwirkungen auf die aufsichtsrechtlichen Vorgaben der Hypothekenbanken, die in die Finanzierung regelmäßig eingeschaltet sind.

- **Eigentumsvorbehalt an eingebauten Sachen**

Bauhandwerker können nach geltendem Recht einen Eigentumsvorbehalt vereinbaren. Dieser Vorbehalt wird allerdings durch die Regelungen der §§ 946 ff. BGB überholt, die einen Eigentumsverlust bei Vermischung und Verbindung anordnen. Dieser Bestandteilsverbund soll nach diesem Vorschlag gelöst werden, wenn die eingebaute Sache wieder ausgebaut werden kann, ohne sie zu zerstören. Dies wird allenfalls bei einem Teil des Innenausbaus vorkommen. Soweit es um werthaltige Bestandteile geht, schwächt dies die Grundpfandrechte, die der Finanzierung des Objekts und damit der Finanzierung der Arbeiten der Unternehmer dienen.

- **Wegnahmerecht an eingebauten Sachen**

Vielfach wird ein „Ausbauanspruch“ gefordert. Danach soll der Unternehmer von dem Grundstückseigentümer die Duldung des Ausbaus solcher Teile eines Bauwerks verlangen können, die der Unternehmer aufgrund des Werkvertrags eingebaut hat. Verbreitet wird dieses Wegnahmerecht als eine Art „Selbsthilferecht“ verstanden. Ein derartiges Selbsthilferecht gesetzlich zu regeln, ist nicht vertretbar. Soweit über den Ausbauanspruch, wie vorgeschlagen, zunächst ein Titel erwirkt werden muss, wäre er davon abhängig, dass der Besteller mit der Entrichtung der vereinbarten Vergütung in Verzug geraten, zumindest aber zur Abnahme verpflichtet ist. Liegen Mängel vor, besteht ein fälliger Werklohnanspruch nicht und es kann auch kein Verzug vorliegen. Dasselbe gilt, wenn sich nach der Abnahme Mängel des Werks herausstellen: In einem Rechtsstreit über das Wegnahmerecht stünden die gleichen Fragen zur Entscheidung an wie in einem Rechtsstreit um die Vergütungsforderung selbst. Für den Handwerker ist dadurch nichts gewonnen.

- **Gesetzliches Pfandrecht der Bauhandwerker an den Forderungen von Bauträgern und Generalübernehmern (sog. New Yorker Modell)**

  Der Unternehmer eines Werks, dessen Herstellung der Besteller (Bauträger oder Generalübernehmer) einem Dritten versprochen hat, soll in Höhe seines Vergütungsanspruchs ein gesetzliches Pfandrecht an den Forderungen des Bestellers gegen den Dritten erwerben, sobald der Besteller mit der Entrichtung der Vergütung in Verzug kommt und der Unternehmer das Pfandrecht und den Verzug dem Dritten angezeigt hat. Der Unternehmer wird deshalb einen Rechtsstreit nicht vermeiden können, in dem die Mangelfreiheit des Werks als Voraussetzung für Fälligkeit seiner Vergütung und den Verzug des Bestellers (s. o.) geklärt wird. Durch ein Pfandrecht kraft Gesetzes würde die Rechtsstellung des Dritten verschlechtert, soweit dieser gegenüber der vom Unternehmer gepfändeten Forderung des Bestellers gegen ihn sich auf Mängel anderer Gewerke des Baus nicht berufen dürfte. Für den Besteller wäre seine Vergütungsforderung gegen den Dritten wirtschaftlich nur noch eingeschränkt als Kredit- und Sicherungsmittel verwertbar.
  All dies zeigt die wirtschaftliche Unbrauchbarkeit.

- **Erweiterung des Gesetzes zur Sicherung der Bauforderungen und seine Integration in das BGB**

  Das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen aus dem Jahre 1909 in seinem gegenwärtigen Bestand soll, verbunden mit einer Erweiterung des Baugeldbegriffs, in das BGB integriert werden. Dies kann jedenfalls keine Beschleunigung von Zahlungen bewirken. Die vorgesehene Ausweitung der Buchführungspflichten würde nichts daran ändern, unter welchen Voraussetzungen Baugeld an den Bauhandwerker ausgezahlt werden muss. Dies richtet sich vielmehr nach den Bestimmungen des BGB über den Werkvertrag und hier insbesondere nach den Vorschriften, die die Fälligkeit des Werklohnanspruchs regeln. Vergrößert würde letztlich nur der Buchführungsaufwand.

4. Demgegenüber hat sich bei der Anhörung ergeben, dass dem strukturellen Ungleichgewicht insbesondere zwischen Generalunternehmern und Bauhandwerkern als Subunternehmer durch einige gezielte Änderungen im geltenden Recht entgegengewirkt werden und so das Vorleistungsrisiko des Bauhandwerkers besser abgesichert werden kann. Dazu muss das geltende Recht in einigen Punkten technisch verbessert werden, um so praktische Hindernisse zu beseitigen. Im Einzelnen geht es um folgende Punkte:

- Die **Abschlagszahlungsregelung** des § 632a BGB sollte stärker an § 16 Nr. 1 VOB/B 2000 angeglichen werden. Außerdem sollte das Verhältnis dieser Vorschrift zur Makler- und Bauträgerverordnung deutlicher herausgestellt werden. Dies würde größere Rechtssicherheit geben und der Praxis Erleichterung verschaffen.

- Die **Durchgriffsfälligkeit**, die sich im Grundsatz bewährt hat, sollte erweitert werden. Wenn der Bauträger/Generalunternehmer seinen Besteller zu Abnahme bewogen hat, sollte diese Abnahme auch zu Gunsten des Handwerkers wirken, der das abgenommene Gewerk hergestellt hat. Dessen schon aus Treu und Glauben abzuleitender Anspruch auf Auskunft sollte zur Verdeutlichung ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Es könnte vorgesehen werden, dass die Fälligkeit des Werklohnes auch eintritt, wenn der Handwerker den Generalunternehmer erfolglos zur Auskunft darüber aufgefordert hat, ob im Verhältnis zu dessen Besteller eine Abnahme oder eine Zahlung erfolgt ist.

- Die **Fertigstellungsbescheinigung** sollte in ihrer praktischen Anwendung verbessert werden. Als hinderlich hat sich erwiesen, dass sie bisher nur für das vollständig mangelfreie Werk erteilt werden kann. Zudem erscheint die Haftung des Sachverständigen als zu weitgehend. Das Verfahren würde mehr leisten, wenn die Fertigstellungsbescheinigung auch für ein mangelhaftes Werk erteilt werden könnte. Die Bescheinigung sollte dann allerdings nicht für die volle Vergütung, sondern nur für den Teil erteilt werden, der das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten übersteigt. Mit Rücksicht auf die ohnehin bestehende Haftung des Unternehmers für ein auf einer falschen Fertigstellungsbescheinigung beruhendes Vorbehaltsurteil im Urkundenprozess könnte die Haftung des Sachverständigen reduziert werden.

- Die **Bauhandwerkersicherungsbürgschaft** sollte auch für die Zeit nach der Abnahme verlangt werden können, wie das ohnehin schon von Teilen der Rechtsprechung angenommen wird. In diesem Zusammenhang könnte auch die Effektivität dieses Anspruchs verstärkt werden. Derzeit ist der Anspruch auf Sicherheitsleistung mit der Ankündigung konditioniert, bei Nichterbringung die Arbeiten einzustellen. Dies ist hinderlich und insbesondere bei weitgehender Leistungserbringung wenig wirkungsvoll. Es wäre zweckmäßiger, wenn der Unternehmer einen uneingeschränkten Anspruch auf Leistung der Sicherheit und daneben die Möglichkeit haben würde, bei Nichterbringung zu kündigen oder aber auch die Arbeiten fortzusetzen.

- Schließlich sollte die Darlegung des dem Unternehmer bei bestellerseitiger Kündigung nach § 649 verbleibenden Vergütungsanspruchs erleichtert und eine **Pauschalierung von 5 %** eingeführt werden. Dem dagegen bisher vorgebrachten Einwand, eine solche Regelung unterstütze Unternehmer, die ihre Pflichten nicht einhalten, lässt sich mit dem neuen Leistungsstörungsrecht der §§ 280, 323 BGB n.F. begegnen.

Begründung der einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Zu Nummer 1 – Neufassung von § 632a

Vorbemerkung

Vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) am 1. Mai 2000 hatte der Unternehmer nach dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrages vollständig vorzuleisten. Diese Vorleistungspflicht des Unternehmers hat sich im Laufe der Zeit als wirtschaftlich nicht vertretbar erwiesen. Deshalb sind viele Unternehmer dazu übergegangen, Abschlagszahlungen zu vereinbaren. In einem sehr wichtigen Bereich des Werkvertragsrechts, bei den Bauwerkverträgen, die der VOB/B (2000) unterliegen, gibt es einen entsprechenden Anspruch aus § 16 Nr. 1 VOB/B, der allerdings nicht Bestandteil jedes Werkvertrages ist. Der Gesetzgeber hatte sich deshalb entschlossen, mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers aufzubrechen und einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen einzuführen. Es ist damals erwogen worden, § 16 Nr. 1 VOB/B (2000) wörtlich in das BGB zu übernehmen. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, weil § 632a für alle Werkverträge und nicht nur für Bauwerkverträge gilt. Er hat damit keine Einschränkung gegenüber der bisherigen Praxis vornehmen wollen. Die neugeschaffene Regelung ist aber teilweise dahin missverstanden worden, als sollten Einschränkungen vorgenommen werden. Mit der Neufassung sollen diese rechtlichen Unsicherheiten behoben werden.

Zu § 632a Abs. 1

§ 632a Abs. 1 entspricht funktionell dem bisherigen § 632a. Die Vorschrift wird nunmehr nahezu wörtlich an § 16 Nr. 1 VOB/B angeglichen und ist auch genauso wie diese Vorschrift auszulegen. Hierdurch ergibt sich eine inhaltliche Ausweitung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen. Bisher besteht ein Anspruch auf Abschlagszahlungen nur bei der Vorausleistung von Material und bei der Herstellung abgeschlossener Teile des Werks. Die Feststellung, ob ein Teil des Werks abgeschlossen ist oder nicht, bereitet aber in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten. Deshalb soll die offenere Formulierung des § 16 Nr. 1 VOB/B übernommen und hierbei auch eine Ausweitung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen vorgenommen werden. Abschlagszahlungen sollen wie bisher auch künftig bei der Lieferung von Material gefordert werden können. Sie sollen aber – anders als

bisher – auch gefordert werden können, wenn eine selbständig abrechenbare Leistung erbracht worden ist.

Zu § 632a Abs. 2

§ 632a war von vornherein nur für Verträge gedacht, die ein einzelnes Gewerk zum Gegenstand haben. Für die Errichtung ganzer Häuser war diese Vorschrift nicht gedacht. Insoweit sollte es bei den Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung bleiben. Abweichend davon ist in der Praxis teilweise die Auffassung vertreten worden, § 632a mache die Vereinbarung von Abschlagszahlungen nach dem Schema der Makler- und Bauträgerverordnung unmöglich. Um diesen Unsicherheiten zu begegnen, hat das Bundesministerium der Justiz auf der Grundlage des früheren § 27a des AGB-Gesetzes die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) erlassen. Die Neufassung der Vorschrift soll zum Anlass genommen werden, auch diesen Gesichtspunkt eindeutig zu regeln. Absatz 2 bestimmt deshalb, dass sich Abschlagszahlungen bei Verträgen zur Errichtung ganzer Häuser nicht nach § 632a Abs. 1, sondern nach der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen richten sollen. Diese Abschlagszahlungen gelten allerdings nicht bei Verträgen, die zwar auch die Errichtung eines ganzen Hauses zum Gegenstand haben, bei denen jedoch der Generalübernehmer das Eigentum an dem Grundstück nicht verschafft. Für diese soll allerdings auf der Grundlage von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine vergleichbare Regelung geschaffen werden. § 632a Abs. 2 bestimmt deshalb, dass für die Verträge zur Errichtung ganzer Häuser entweder die Verordnung vom 21. Mai 2001 oder aber eine andere Regelung auf der Grundlage von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch maßgeblich ist.

Zu Nummer 2 – Neufassung von §§ 641 und 641a

Zur Neufassung von § 641 – Fälligkeit der Vergütung

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht dem bisherigen Text und enthält keine inhaltlichen Änderungen.

Zu Absatz 2

In Absatz 2 soll die Durchgriffsfälligkeit verbessert werden, die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführt worden ist. Ziel der Regelung war und ist es zu verhindern, dass Generalübernehmer und Bauträger Gelder von ihren Auftraggebern einnehmen, diese aber nicht an

die Handwerker weiterleiten, die die Gewerke ausgeführt haben. Dies soll dadurch erreicht werden, dass der Anspruch der Handwerker auch ohne Abnahme für den Fall fälliggestellt wird, dass der Besteller dem Generalübernehmer oder Bauträger Zahlungen für bestimmte Gewerke geleistet hat. In der Praxis hat sich allerdings herausgestellt, dass die Regelung zwei Nachteile hat, die ihre Effizienz beeinträchtigen. Zum einen könnte sie ohne weiteres auch auf den Fall ausgedehnt werden, dass im Verhältnis des Generalübernehmers bzw. Bauträgers zu seinem Besteller zwar keine Zahlung, wohl aber eine Abnahme erfolgt ist. Das praktische Hauptproblem liegt aber darin, dass der Unternehmer bisher keine effiziente Möglichkeit hat, in Erfahrung zu bringen, ob der Besteller an den Generalübernehmer bzw. Bauträger gezahlt oder die erbrachten Gewerke abgenommen hat. Diesen beiden Anliegen soll entsprochen werden.

Nummer 1 des Absatzes 2 nimmt den bisherigen Wortlaut der Vorschrift auf. Danach wird die Werklohnforderung des Handwerkers fällig, wenn der Generalübernehmer oder Bauträger von seinem Auftraggeber Zahlungen erhalten hat. Neu ist Nummer 2. Danach wird der Werklohn des Handwerkers auch dann fällig, wenn zwar der Generalübernehmer oder Bauträger keine Zahlungen erhalten hat, sein Besteller aber die Werkleistung abgenommen hat. Mit Nummer 3 soll das Informationsproblem des Handwerkers gelöst werden. Es ist erwogen worden, dem Handwerker einen eigenständigen Anspruch auf Information einzuräumen. Ein solcher Anspruch allein würde allerdings nicht viel nützen, weil er selbständig eingeklagt werden muss und dem Handwerker zusätzliche Kosten verursacht. Dasselbe Ziel lässt sich effizienter erreichen. Nach Nummer 3 wird der Werklohn des Handwerkers nämlich auch fällig, wenn der Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist zur Rückäußerung keine Auskunft darüber gegeben hat, ob und gegebenenfalls welche Zahlungen er erhalten und welche Gewerke der Besteller abgenommen hat. Der Generalübernehmer und Bauträger wird diese Regelung zum Anlass nehmen, den Handwerker von sich aus über den Stand der Dinge zu unterrichten. Dies erspart dem Handwerker einen Rechtsstreit zur Erlangung der Auskünfte.

In vielen Fällen kann der Bauträger oder Generalübernehmer von dem Besteller Zahlungen nur erhalten, wenn er dafür Sicherheit leistet. Ohne die Regelung des Satzes 2 würde das bedeuten, dass die Zahlung des Bestellers an den Generalübernehmer oder Bauträger dazu führt, dass die Handwerkerrechnungen fällig werden, auch wenn diese keine Sicherheit gewährleistet haben. Das ist aber nicht gerechtfertigt, weil sie dann unter geringeren Anforderungen Vergütung beanspruchen können als der Bauträger oder Generalübernehmer selbst. Deshalb sollen sie – wie bisher – ihren Werklohn verlangen können, wenn auch sie Sicherheit stellen.

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt den so genannten Druckzuschlag. Diese Möglichkeit der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs ist in der Rechtsprechung entwickelt und mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in das geltende Recht aufgenommen worden. Seinerzeit war allerdings, um den Besteller nicht zu überfordern, bestimmt worden, dass der Druckzuschlag mindestens das Dreifache beträgt. Das entsprach zwar prinzipiell, aber nicht in allen Einzelheiten, der damals geltenden Rechtsprechung. Die Rechtsprechung hat im Wesentlichen das Zwei- bis Dreifache als Druckzuschlag anerkannt, ist in einzelnen Fällen aber auch darüber hinaus gegangen. Insbesondere bei Mängeln, die einen relativ geringen Mängelbeseitigungsaufwand erfordern, erweist sich ein höherer Druckzuschlag als unumgänglich. Ohne einen erheblichen Druckzuschlag ist der Unternehmer nämlich oft nicht dazu zu bewegen, solche geringfügigen Nachbesserungsarbeiten vorzunehmen. Der Druckzuschlag ist seinerzeit aber etwas zu hoch angesiedelt worden. Nach dem Ergebnis der Anhörung wäre es zweckmäßiger, den Druckzuschlag vom Dreifachen auf das Zweifache zu reduzieren. Dies geschieht mit Absatz 3.

Zu Absatz 4

Absatz 4 entspricht dem bisherigen Absatz 4 und ist inhaltlich unverändert.

Zur Neufassung von § 641a - Fertigstellungsbescheinigung

Vorbemerkung

§ 641a ist durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführt worden. Zweck der Vorschrift ist es, dem Unternehmer die Möglichkeit zu eröffnen, den Werklohn auch im Urkundenverfahren geltend zu machen. Diese Möglichkeit bestand bisher nicht, da der Werkunternehmer nicht in der Lage war, seinen Werklohnanspruch mit den im Urkundenverfahren nach der ZPO zur Verfügung stehenden Beweismitteln zu belegen. Voraussetzung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs war nämlich die Abnahme, die sich nur dann urkundlich belegen lässt, wenn sie auch tatsächlich erfolgt und schriftlich erklärt wird. In den streitigen Fällen wird die Abnahme aber nicht erklärt, so dass sie auch nicht mit urkundlichen Mitteln bewiesen werden kann. Hier setzt § 641a an. Er knüpft die Abnahmewirkung an das Vorliegen einer Bescheinigung und eröffnet damit den Weg in das Urkundenverfahren. Dieser Lösungsansatz ist in der Rechtspraxis nicht angenommen worden. Das hat einmal den Grund, dass die Regelungstechnik aus dem geltenden Text nicht klar hervorgeht. Vor allem aber liegt dies daran, weil das Verfahren nur für das mangelfreie Bauwerk zugelassen wird. Das bedeutet allerdings nicht, dass bei Auftreten von Baumängeln das Verfahren nach

§ 641a nicht möglich wäre. Die Schwierigkeit besteht nur darin, dass der Gutachter zunächst eine Begutachtung vornehmen und hinterher im Rahmen einer zweiten Begutachtung feststellen muss, ob die Mängel auch behoben sind. Für den Unternehmer bedeutet das einen doppelten Kostenaufwand. Der Besteller könnte auch versucht sein, den zweiten Termin dazu zu benutzen, zusätzliche Mängeleinwände vorzubringen, vor allem dann, wenn sich sein erstes Vorbringen nicht als tragfähig erwiesen hat. Dem soll dadurch abgeholfen werden, dass das Verfahren auch für mangelhafte Bauwerke zugelassen wird.

Zu Absatz 1

Absatz 1 folgt einer anderen Konstruktion als bisher, um das mit der Vorschrift angestrebte Ziel für die Rechtspraxis deutlicher zu machen. Die Fertigstellungsbescheinigung soll nicht mehr die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung darstellen. Vielmehr soll sie eine eigenständige Fälligkeitsvoraussetzung sein. Damit soll jetzt eindeutig geregelt werden, dass der Werklohnanspruch nach Vorliegen der Fertigstellungsbescheinigung im Urkundenverfahren durchgesetzt werden kann.

Die zweite Änderung besteht darin, dass das Verfahren nicht nur für das vollständig mangelfreie Werk, sondern auch für ein mangelhaftes Werk zulässig ist. Dazu werden zwei Lösungswege diskutiert:

- Ein Lösungsweg geht dahin, das Verfahren auch für unwesentliche Mängel zu eröffnen. Das würde bedeuten, dass die Fertigstellungsbescheinigung betragsmäßig uneingeschränkt erteilt wird, wenn entweder keine oder nur unwesentliche Mängel vorliegen. Liegen dagegen wesentliche Mängel vor, wird sie gar nicht erteilt.

- Eine andere Möglichkeit besteht darin, die Fertigstellungsbescheinigung grundsätzlich auch zu ermöglichen, wenn das Werk überhaupt irgendwelche Mängel hat, und zwar unabhängig davon, ob sie wesentlich oder unwesentlich sind. Soweit Mängel festgestellt werden, muss allerdings eine Regelung für die Mängelbeseitigungskosten nebst Druckzuschlag vorgesehen werden.

Der Entwurf entscheidet sich für den zweiten Weg. Die Frage, ob ein Mangel wesentlich oder unwesentlich ist, ist im Kern einer Rechtsfrage, mit deren Beantwortung der Gutachter überfordert würde. Im Übrigen wäre es auch ungerecht, wenn der Besteller im Urkundenverfahren mit der vollen Vergütungsforderung überzogen werden und die Zwangsvollstreckung nur durch eigene Sicherheitsleistung vermeiden kann, obwohl Mängel festgestellt worden sind. In diesem Zusammenhang muss

auch beachtet werden, dass die Haftung des Sachverständigen als zu streng angesehen wird und mit diesem Entwurf auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden soll. Auch dies ist bei dem ersten Lösungsmodell nicht vertretbar. Der Entwurf entscheidet sich deshalb für die zweite Lösung. Wenn Mängel festgestellt werden, kann dem Handwerker nicht die Möglichkeit verschafft werden, seinen vollständigen Vergütungsanspruch im Urkundenverfahren durchzusetzen. In der Praxis leicht handhabbar und interessengerecht erscheint der Ansatz, das Verfahren zwar einerseits generell für alle Mängel zu öffnen, bei Vorliegen von Mängeln allerdings eine Bescheinigung nur für den Teil der Vergütung zu erteilen, der nach Abzug des Doppelten der Mängelbeseitigungskosten übrig bleibt. Dies regelt Satz 2. Absatz 1 Satz 3 entspricht dem bisherigen Absatz 1 Satz 4.

Zu Absatz 2

Absatz 2 bestimmt in Satz 1, wer Gutachter sein kann. Diese Vorschrift wird im Wesentlichen unverändert übernommen; hier wird lediglich der Begriff „Sachverständiger" vermieden.

Nach Satz 2 soll der Gutachter – wie bisher – vom Unternehmer beauftragt werden. In den Sätzen 3 und 4 wird allerdings die Haftung etwas anders geregelt als bislang. Der Gutachter eines Verfahrens nach § 641a hat eine Sachwalterstellung, wie sie in § 311 Abs. 3 geregelt ist. Hieran lehnt sich Absatz 2 Satz 3 an, indem er auf § 241 Abs. 2 Bezug nimmt. Die entscheidende Veränderung liegt allerdings in Absatz 2 Satz 4. Bisher haftet der Gutachter auch dem Besteller gegenüber für jede Fahrlässigkeit. Das ist zu weitgehend und würde auch zu einer Haftungsverdoppelung führen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Unternehmer nach § 717 ZPO für den aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urkundenurteils entstehenden Schaden in vollem Umfang einzustehen hat. Es ist nicht notwendig, dass der Besteller zusätzlich auch den Gutachter in Anspruch nehmen kann. Insoweit genügt es, wenn er auf den Gutachter im Falle des Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit zurückgreifen kann. Die sonst in Sachwalterfällen übliche Beweislastumkehr erscheint bei dieser Sachlage nicht notwendig, weshalb sie mit Absatz 2 Satz 4 ausgeschlossen wird.

Zu Absatz 3

Absatz 3 entspricht im Aufbau im Wesentlichen dem bisherigen Absatz 3. Eine sachliche Änderung ergibt sich allerdings bei Absatz 3 Satz 4. Er betrifft den Fall, dass der Vertrag der Parteien keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, von welcher Beschaffenheit das herzustellende Werk sein soll. Bisher nimmt die Vorschrift auf die Regeln der Technik Bezug. Das ist für den Gutachter wenig hilfreich. Mit den Regeln der Technik lassen sich nämlich nur die technischen Anforderungen erschließen. Was die Parteien dagegen vereinbart haben werden, ist unter Rückgriff auf die Regeln

der Technik allein nicht festzustellen. Das Problem stellt sich aber schon bei der Definition der Mangelhaftigkeit und ist dort in § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 befriedigend gelöst. Auf diese Vorschrift soll nun an Stelle der Regeln der Technik zurückgegriffen werden.

Zu Absätzen 4 und 5

Die Absätze 4 und 5 sind unverändert.

Zu Nummer 4 – Neufassung von § 648a.

Vorbemerkung

Ein Bauhandwerker ist auf eine Insolvenzsicherung angewiesen. Er muss mehr oder weniger vorleisten und deshalb die Sicherheit haben, dass er nach erfolgter Vorleistung auch seine Vergütung erhält. 1993 ist zu diesem Zweck die Bauhandwerkersicherungsbürgschaft nach § 648a entwickelt worden. Sie erweist sich als wesentlich effizienter als die traditionellen Sicherungsmittel der Bauhandwerkersicherungshypothek und des Baubuchs nach dem Gesetz zur Sicherung der Bauforderungen. Das Instrument würde allerdings noch besser wirken, wenn man einige technische Veränderungen vornimmt.

Zu Absatz 1

Absatz 1 entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 1. Die Vorschrift wird allerdings erweitert. Bisher gilt die Vorschrift, wie auch das eingeräumte Leistungsverweigerungsrecht zeigt, nur bis zur Abnahme. Ihre innere Rechtfertigung liegt nämlich in der Vorleistungspflicht des Unternehmers. In der neueren Rechtsprechung ist allerdings zu bedenken gegeben worden, dass die Lage des Unternehmers nach Abnahme erst recht schützenswert sei, wenn sich der Besteller auf Mängel berufe und diese im gerichtlichen Verfahren geklärt werden müssten. Denn auch dann trägt er, obwohl er vollständig vorgeleistet hat, das Insolvenzrisiko des Bestellers für die Dauer des Verfahrens. Aus diesem Grunde soll Absatz 1 einen Anspruch auf Erteilung einer Sicherungsbürgschaft nicht nur bis zur Abnahme, sondern auch danach einräumen. Die Geltendmachung dieses Anspruchs wird vereinfacht. Bisher musste der Besteller den Anspruch mit der Ankündigung verbinden, bei Nichtbestellung der Bürgschaft die (weitere) Leistung zu verweigern. Dieses Junktim zwischen dem Bürgschaftsverlangen und Leistungsverweigerung ist nicht zweckmäßig und nach Abnahme als Druckmittel wirkungslos. Zweckmäßiger ist es, dem Bauunternehmer die Wahl zu lassen, ob er bei Nichterfüllung des Bürgschaftsanspruches klagt oder den Vertrag kündigt. Absatz 1 bestimmt deshalb

einen unkonditionierten Anspruch auf Leistung einer Bürgschaft. Deren Umfang wird in Absatz 1 Satz 2 und 3 unverändert festgelegt.

Zu Absatz 2

Der Absatz 2 entspricht inhaltlich unverändert dem bisherigen Absatz 2.

Zu Absatz 3

Der Absatz 3 entspricht dem bisherigen Absatz 3 und ist inhaltlich unverändert.

Zu Absatz 4

Der Absatz 4 entspricht dem bisherigen Absatz 4.

Zu Absatz 5

Absatz 5 entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 5. Die Regelung wird aber technisch neu gestaltet. Der bisherige Absatz 5 nimmt auf §§ 643 und 645 Bezug, die sich für den Unternehmer vor allem in der Situation nach der Abnahme als nicht praktisch erweisen. Der Unternehmer ist nach bisherigem Recht gezwungen, dem Besteller eine Frist zur Stellung der Sicherheit zu bestimmen. Wurde die Sicherheit nicht fristgerecht erbracht, galt der Vertrag nach § 643 Satz 2 als aufgehoben. Das ist für den Besteller vor allem dann ungünstig, wenn er seine Werkleistung erbracht hat und der Besteller Mängel einwendet. Deshalb soll der Unternehmer die Wahl erhalten, ob er die Sicherheit trotz Fristablaufs weiterhin verlangt oder vom Vertrag zurücktritt. Im Falle des Rücktritts soll ihm ein dem § 645 Abs. 1 nachgebildeter Ersatzanspruch zustehen, der auch die bereits mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Pauschale enthält.

Zu Absatz 6

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

Zu Absatz 7

Absatz 7 entspricht dem bisherigen Absatz 7 und ist inhaltlich unverändert geblieben.

Zu Nummer 5 – Änderung von § 649

Der Besteller kann einen Werkvertrag jederzeit wegen Leistungsstörungen des Unternehmers kündigen. Nach § 649 kann er den Vertrag aber auch kündigen, wenn eine Leistungsstörung nicht vorliegt und auch kein wichtiger Grund gegeben ist. Diese auf den ersten Blick überraschende Regelung ist deshalb vorgesehen worden, weil Werkleistungen oft mit Eingriffen in das Eigentum des Bestellers verbunden sind. Zum Ausgleich für das Recht, den Werkvertrag jederzeit zu kündigen, sieht § 649 Satz 2 einen Anspruch des Unternehmers auf Ersatz der entgangenen Vergütung vor. Die Rechtsprechung hatte allerdings in der Vergangenheit die Darlegungsanforderungen an diesen Anspruch hinsichtlich des abzusetzenden ersparten Aufwands so hoch angesetzt, dass er praktisch kaum darzustellen war. Hiervon ist die Rechtsprechung teilweise wieder abgerückt. Der Unternehmer hat aber immer noch größte Schwierigkeiten, seinen verbleibenden Vergütungsanspruch durchzusetzen. Eine vergleichbare Schwierigkeit ist bei § 648a Abs. 4 aufgetreten, der das Recht des Bestellers regelt, bei Verweigerung der Sicherungsbürgschaft vom Vertrag zurückzutreten. Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat der Gesetzgeber hier eine Pauschale von 5 % des Werklohns eingeführt, damit der Unternehmer eine feste Kalkulationsgrundlage hat.

Gegen die Einführung einer solchen Pauschale ist bisher eingewandt worden, dass sie zu einer Überforderung des Bestellers führen könnte. Gedacht war an den Fall eines Unternehmers, der seine Werkleistung überhaupt nicht erbringt und damit eine Kündigung des Bestellers provoziert. In einem solchen Fall könnte der Besteller allerdings nach § 634 in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und 3 sowie § 281 Abs. 2 ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall wäre § 649 gar nicht anwendbar. Deshalb soll mit dem neuen Satz 3 die Pauschale jetzt auch im Fall der Kündigung nach § 649 eingeführt werden. Der Nachweis geringerer Aufwendungen ist nicht ausgeschlossen.

Zu Artikel 2 – Änderung von Artikel 229 EGBGB

Die neuen Vorschriften sollen nur für neu entstandene Schuldverhältnisse gelten. Um das zu erreichen, muss in Artikel 229 EGBGB, der die Überleitungsvorschriften neueren Rechts regelt, eine entsprechende Vorschrift angefügt werden.

Sie bestimmt in Satz 1, dass die Neuregelungen grundsätzlich nur für neue Schuldverhältnisse gelten sollen. Satz 2 bestimmt eine Ausnahme für die Änderungen des § 632a Abs. 2. BGB. Die Regelung des § 632a Abs. 2 enthält eine Klarstellung, die gerade auch für Altfälle wichtig ist.

Zu Artikel 3 – In-Kraft-Treten

Das Gesetz soll am Tage nach der Verkündung in Kraft treten.