

18.06.02**Antrag**
des Landes
Mecklenburg-Vorpommern

Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz)**- Antrag der Länder Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt -**

TOP 28 der 777. Sitzung des Bundesrates am 21. Juni 2002

Der Bundesrat möge beschließen, den Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 1 des Grundgesetzes in folgender Fassung beim Deutschen Bundestag einzubringen:

A. Problem und Ziel

Die wirtschaftliche Lage der Werkunternehmer, vor allem in der Baubranche, ist in den letzten Jahren immer schlechter geworden. Dies gilt insbesondere für die Situation in den neuen Ländern. Forderungsausfälle in Millionenhöhe und eine steigende Anzahl von Insolvenzen prägen das Bild. Mit dem am 1. Mai 2000 in Kraft getretenen Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat der Gesetzgeber einen ersten notwendigen Schritt unternommen, die Erfüllung fälliger Forderungen zu beschleunigen.

Der vorliegende Gesetzentwurf hat das Ziel, die mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen geschaffenen Regelungen hinsichtlich der Absicherung des Vorleistungsrisikos gegen Zahlungsverzögerung und Zahlungsausfall noch effizienter auszugestalten und die Zahlungsmoral durch ein Bündel zusätzlicher Maßnahmen zu stärken.

Ausgeliefert am 20. JUNI 2002

B. Lösung

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

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

Ferner wird das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in geänderter Form in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Daneben werden verschiedene bislang unzureichend ausformulierte Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die im Rahmen des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, geändert und ergänzt, damit sie in der Praxis effektiver anwendbar sind. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur Fälligkeit von Vergütungsansprüchen des Subunternehmers und zur bisherigen Fertigstellungsbescheinigung (künftig: Vergütungsbescheinigung).

Schließlich soll der Gläubigerschutz auch durch Änderungen des Erkenntnisverfahrens, des Zwangsvollstreckungsverfahrens, des Aktiengesetzes und des GmbH-Rechts sowie des Strafrechts verbessert werden.

C. Alternativen

Keine.

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte (Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand/Vollzugsaufwand)

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.

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. § 632a wird wie folgt gefasst:

"§ 632a

Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen verlangen. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die eigens angefertigt und bereitgestellt oder angeliefert sind, wenn dem Besteller Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) In Verbraucherverträgen, die die Errichtung eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben, muss dem Besteller angemessene Sicherheit für die Erfüllung des Vertrages geleistet werden. Als angemessen ist in der Regel eine Sicherheit in Höhe von fünf Prozent des Vergütungsanspruchs anzusehen."

2. In § 641 werden die Absätze 2 und 3 wie folgt gefasst:

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

1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,
2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist, als abgenommen gilt oder hierfür eine Vergütungsbescheinigung 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 Werks 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."

3. § 641a wird wie folgt gefasst:

"§ 641a

Vergütungsbescheinigung

(1) Die Vergütung ist bei einem schriftlichen Vertrag auch zu entrichten, soweit dem Unternehmer von einem Gutachter eine Bescheinigung darüber erteilt wird, in welchem Umfang die Vergütung zu zahlen ist (Vergütungsbescheinigung). Der Gutachter erteilt die Vergütungsbescheinigung über die ganze Vergütung oder, im Falle des § 641 Abs. 1 Satz 2, über die Vergütung für den betreffenden Teil des Werks, wenn das versprochene 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 Vergütungsbescheinigung für den Teil der Vergütung, der sich nach Abzug des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung ergibt. Es wird vermutet, dass ein Aufmaß oder eine Stundenlohnberechnung, die der Unternehmer seiner Rechnung zu Grunde legt, zutrifft, wenn der Gutachter dies in der Vergütungsbescheinigung bestätigt.

(2) Gutachter kann sein

1. eine sachkundige Person oder Stelle, auf die sich Unternehmer und Besteller nach Entstehen der Streitigkeit 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 enttellen Pflichten nach § 241 Abs. 2 auch gegenüber dem Besteller. Diesem und dem Unternehmer 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 Gutachter hat die festgestellten Mängel nach Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten ihrer Beseitigung in einer Liste (Mängelliste) aufzuführen.

(5) 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 und hat die Feststellung zu enthalten, dass wegen der Weigerung des Bestellers eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben nicht möglich war.

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

(7) Absatz 1 Satz 1 gilt nicht, wenn das Verfahren nach den Absätzen 2 bis 4 nicht eingehalten worden ist oder wenn der Besteller zur Abnahme nicht verpflichtet ist."

4. Nach § 641a wird folgender § 641b eingefügt:

"§ 641b

Einwände aus der Mängelliste

Der Besteller kann die Zahlung verweigern, wenn die in der Mängelliste aufgeführten Mängel nach Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten ihrer Beseitigung, wie sie aus der Mängelliste hervorgehen, wesentlich sind. Satz 1 gilt nicht, wenn der Besteller zur Abnahme verpflichtet ist. § 641 Abs. 3 bleibt unberührt."

5. § 648a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

"(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit zehn Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, und in diesem Umfang auch für Ansprüche, die an ihre Stelle treten, verlangen, auch wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann. Aufrechenbare Ansprüche des Bestellers bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. 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."

b) In Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern "kann auch durch" die Wörter "einen tauglichen Bürgen oder" eingefügt:

c) Die Absätze 5 und 6 werden wie folgt gefasst:

"(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. Es wird vermutet, dass der Schaden fünf Prozent der noch nicht verdienten Vergütung beträgt.

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

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

d) Absatz 7 wird wie folgt geändert:

aa) Das Wort "bis" wird durch das Wort "und" ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

"Im Übrigen kann von den vorstehenden Absätzen nicht zum Nachteil des Unternehmers abgewichen werden."

6. 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 auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt ist, zur Befriedigung ihrer Forderungen aus diesem Vertrag gezahlt werden.

Die Verpflichtung nach Satz 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist. Baugeldgläubiger sind Personen, mit denen der Empfänger von Baugeld einen auf die Herstellung eines Baus bezogenen Werk-, 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 Prozent 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; das Gleiche gilt, wenn ein Baubetreuer die ihm nach Absatz 1 Satz 1 und 3 obliegende Pflicht schuldhaft verletzt. Ist der Empfänger von Baugeld oder der Baubetreuer eine juristische Person, richtet sich der Anspruch auch gegen deren vertretungsberechtigtes Organ oder, wenn dieses aus mehreren Personen besteht, gegen das handelnde Mitglied dieses 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, 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."

7. Dem § 649 wird folgender Satz angefügt:

"Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer fünf Prozent der vereinbarten noch nicht verdienten Vergütung zustehen."

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

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

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. § 301 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 1 wird der Punkt am Ende 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 Beschluss zurückzuweisen. Der Beschluss bedarf keiner Begründung."

- c) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 angefügt:

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

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

"Der Nachweis der Befriedigung des Schuldners kann auch durch die Bescheinigung eines Gutachters erbracht werden, wenn die Zug um Zug zu bewirkende Leistung des Gläubigers in einer Nacherfüllung besteht. § 641a Abs. 2, Abs. 3

Satz 1 und Abs. 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend."

3. Dem § 765 wird folgender Satz angefügt:

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

Artikel 4

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 mit der Maßgabe, dass die in Absatz 1 Nr. 1 bis 4 angeführten Daten übermittelt werden, wenn der Empfänger unter Angabe von Fahrzeugdaten oder Personalien des Halters glaubhaft macht, dass er die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne von § 704 Abs. 1, von § 794 Abs. 1 und von § 801 der Zivilprozessordnung, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 600 Euro zu Grunde liegt, benötigt."

Artikel 5

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) In Satz 3 wird die Angabe "283d" durch die Wörter "283e 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" ersetzt.
 - b) Nach Satz 4 wird folgender Satz angefügt:

"Gesellschafter, die vorsätzlich oder fahrlässig 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 Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt."

Artikel 6

Änderung des Aktiengesetzes

In § 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird die Angabe "283d" durch die Wörter "283e 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" ersetzt.

Artikel 7

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 Inkrafttretens 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 8

Änderung des Strafgesetzbuchs

Nach § 283d des Strafgesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird folgender § 283e eingefügt:

"§ 283e

Benachteiligung von Baugeldgläubigern

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Empfänger von Baugeld bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit entgegen § 648b Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Absatz 2 und 3, des Bürgerlichen Gesetzbuchs Baugeld nicht zur Befriedigung seiner Baugeldgläubiger verwendet.

(2) § 283 Abs. 6 gilt entsprechend."

Artikel 9

Aufhebung des Gesetzes über die Sicherung der 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 Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes begründet wurden.

Artikel 10

Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen

1. 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.

2. Die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) wird wie folgt geändert:
 - a) In § 1 wird Satz 3 gestrichen.
 - b) Nach § 2 wird folgender § 2a eingefügt:

"§ 2a

Übergangsregelung

Die Verordnung ist in ihrer vom [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] an geltenden Fassung nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die seit diesem Tag entstanden sind."

Artikel 11

Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang

Die auf Artikel 10 beruhenden Teile der dort geänderten Rechtsverordnungen können auf Grund der einschlägigen Ermächtigungen durch Rechtsverordnung geändert werden.

Artikel 12

Überleitungsvorschriften

(1) § 6 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der vom Inkrafttreten 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 Inkrafttretens des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig werden, nicht anzuwenden.

(2) § 6 Abs. 2 Satz 5 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter

Haftung ist hinsichtlich Obliegenheitsverletzungen, die vor dem Tag Inkrafttretens des Forderungssicherungsgesetzes erfolgt sind, nicht anzuwenden.

(3) Für am ... (einsetzen: Datum des Tages des Inkrafttretens des Gesetzes) anhängige Verfahren sind die Vorschriften des § 301 der Zivilprozessordnung in der am ... (einsetzen: Datum desjenigen Tages, der dem Inkrafttreten des Gesetzes vorausgeht) geltenden Fassung weiter anzuwenden.

Artikel 13

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am ... 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 Deutsche 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 Aktien- und des GmbH-Rechts:

1. Die Regelung des § 632a BGB über Abschlagszahlungen kommt in der Praxis häufig deshalb nicht zum Tragen, weil ein "in sich abgeschlossener Teil des Werks" nicht gegeben ist oder Unklarheit herrscht, wie diese Anspruchsvoraussetzung aufzufassen ist.
2. § 641 Abs. 2 BGB sieht die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Subunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer dann vor, wenn der Bauherr an den Generalunternehmer gezahlt hat. Diese Vorschrift geht für den Subunternehmer insoweit ins Leere, als er keine Kenntnis davon erlangen kann, ob entsprechende Zahlungen erfolgt sind. Der Generalunternehmer kann dem Vergütungsverlangen des Subunternehmers leicht den nicht überprüfbaren Einwand entgegenhalten, der Besteller habe noch nicht gezahlt. Einen eigenen Auskunftsanspruch gegen den Dritten hat der Unternehmer nicht.
3. Das mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in § 641a BGB eingeführte Rechtsinstitut der Fertigstellungsbescheinigung soll dem Unternehmer eine rasche Titulierung seines Vergütungsanspruchs im Urkundenprozess (§§ 592 ff. 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. 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 auf Grund der Weigerung des Bestellers gar nicht in Augenschein nehmen konnte. Im Übrigen ist die gesetzgeberische Wertung in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB 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. Darüber hinaus ist die Haftung des Gutachters auch für leichte Fahrlässigkeit ein Grund dafür, dass das Institut der Fertigstellungsbescheinigung bisher keine Bedeutung erlangt hat.

4. § 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. Zum anderen ist derzeit unklar, ob die Bauhandwerkersicherung, ohne dass es auf Mängelrechte des Bestellers ankommt, auch für die Zeit nach der Abnahme verlangt werden kann.

5. Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG), 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 BauFG (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 Bauschöffenamtsamt - 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 Eintragung 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 BauFG (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.

6. 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.

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 (vgl. Thomas, in: Thomas/Putzo, ZPO-Komm., 23. Aufl., § 301 Rdnr. 4). Die Praxis macht aber von dieser Möglichkeit nur wenig Gebrauch. Die Schätzungen reichen von weniger als zwei Prozent bis zu fünf Prozent (vgl. Musielak, in: Festschrift für 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. Aufl., § 301 Rdnr. 18; Fenge, in: Alternativkommentar zur ZPO,

§ 301 Rdnr. 4; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO-Komm., 21. Aufl., § 301 Rdnr. 15 Fn. 88), führt dazu, dass der Klagepartei ein möglicher - frühzeitiger - Vollstreckungstitel vorenthalten wird.

7. 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.
8. Der Gesetzgeber hat im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und im Aktiengesetz (AktG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Mitglied des Vorstands normiert. Personen, die eine Insolvenzstraftat des Bankrotts, des besonders schweren Falls des Bankrotts, der Verletzung der Buchführungspflicht, der Gläubiger- oder der Schuldnerbegünstigung gemäß den §§ 283 bis 283d StGB begangen haben und deswegen rechtskräftig verurteilt wurden, sind nach diesen Bestimmungen von Gesetzes wegen für fünf Jahre von der Geschäftsführertätigkeit und von der Tätigkeit als Vorstandsmitglied ausgeschlossen.

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

Vertragspartner müssen darauf vertrauen können, dass sie mit integeren Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern zusammenarbeiten.

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

II. Allgemeine Zielsetzung des Entwurfs

1. Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks soll nach dem Gesetzentwurf besser vor Forderungsausfällen geschützt werden.

Dieses Ziel soll durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

a) Modernisierung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen

Die Regelungen des BauFG 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. Die Strafvorschrift des § 5 BauFG wird in das Strafgesetzbuch übernommen und damit der Kodifizierungsgedanke gefördert.

b) Sonstige Änderungen

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

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

2. Änderung der Zivilprozessordnung

a) Teilurteil

Der Entscheidungsmöglichkeit durch Teilurteil soll 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.

b) 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 Abs. 1 Halbsatz 2, § 765 Nr. 1 ZPO). Die Bescheinigung eines Sachverständigen ist lediglich eine Privaturkunde. Schuldet der Gläubiger Nacherfüllung, ist es ihm daher verwehrt, den geforderten Nachweis mit einer solchen Bescheinigung zu 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 ZPO). Besteht die vom Gläubiger zu bewirkende Leistung in einer Nacherfüllung, hat sich der Gerichtsvollzieher vor dem Angebot davon zu 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 Nacherfüllung 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 Nacherfüllung und Beauftragung eines Gutachters selbst in der Hand haben, die Vollstreckung zu beschleunigen. Die Regelung lehnt sich an das Institut der Fertigstellungsbescheinigung (künftig: Vergütungsbescheinigung) gemäß § 641a BGB an.

3. 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) und des Kraftfahrt-Bundesamtes - vor. Der Entwurf knüpft dabei an bestehende Regelungen für öffentlich-rechtliche Forderungen an (§ 39 Abs. 3 Satz 1 StVG). 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 und § 801 ZPO vorliegt.

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, die Straftatbestände der Untreue, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, des neu in das Strafgesetzbuch einzufügenden Straftatbestandes der Benachteiligung von Baugeldgläubigern 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. Änderung des Strafgesetzbuchs

Durch § 283e StGB wird die in § 5 BauFG strafrechtlich sanktionierte Benachteiligung von Baugeldgläubigern 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. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (§ 632a BGB)

Zu Absatz 1:

In Absatz 1 wird der bisherige § 632a BGB an die Parallelbestimmung des § 16

Nr. 1 VOB/B angeglichen. Dies führt zu einer Ausweitung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen. Bislang besteht ein Anspruch auf Abschlagszahlungen nur bei der Vorausleistung von Material und bei der Herstellung abgeschlossener Teile des Werks. In der Praxis ist es aber oft sehr schwierig zu beurteilen, ob ein Teil des Werks abgeschlossen ist oder nicht. Daran scheitert häufig die Anwendung des § 632a BGB. Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, soll deshalb die offenere Formulierung des § 16 Nr. 1 VOB/B übernommen werden. Dies führt zu einer Anspruchsausweitung. So sollen Abschlagszahlungen nicht nur - wie bisher - bei der Lieferung von Material gefordert werden können, sondern auch dann, wenn eine selbständig abrechenbare Leistung erbracht worden ist.

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

Zu Absatz 2:

Die Regelung über Abschlagszahlungen in dem neu gefassten Absatz 1 gilt bei Verträgen, die ein einzelnes Gewerk oder die Errichtung eines ganzen Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerkes zum Gegenstand haben. Bei der Errichtung eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks sind danach Vorauszahlungen für noch nicht erbrachte Leistungen regelmäßig unzulässig. Für einen Teilbereich der Verträge über die Errichtung von Häusern oder vergleichbaren Bauwerken sind die zulässigen Abschlagszahlungen jedoch abweichend von § 632a durch Verordnung bestimmt worden. Dies betrifft Bauträgerverträge, für die die zulässigen Abschlagszahlungen in der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) unter Verweis auf die Makler- und Bauträgerverordnung festgelegt worden sind. Für Generalübernehmerverträge fehlt eine vergleichbare Regelung. Insoweit kann im Rahmen des § 307 n.F. BGB von § 632a BGB abgewichen werden. Der Gesetzgeber hat in Artikel 244 EGBGB die Möglichkeit eröffnet, auch bei solchen Verträgen die zulässigen Abschlagszahlungen durch Rechtsverordnung festzulegen. Dies ist bislang jedoch noch nicht geschehen.

In beiden Fällen, sowohl beim Bauträgervertrag als auch beim Generalübernehmervertrag, hat sich in der Praxis die Frage ergeben, ob und in welchem Umfang dem Besteller eine Absicherung für seinen Erfüllungsanspruch zu ver-

schaffen ist. Es besteht nämlich ein tatsächliches Bedürfnis, den Erfüllungsanspruch des Bestellers in gewisser Weise abzusichern. Durch die Regelungen über die Abschlagszahlungen in der Makler- und Bau trägerverordnung und durch eine entsprechende AGB-Kontrolle bei Generalübernehmerverträgen ist zwar sichergestellt, dass der Besteller nur für bereits erbrachte Leistungen zu zahlen hat. Dies deckt aber sein tatsächlich bestehendes Sicherungsbedürfnis nicht voll ab. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass dem Besteller in der Regel erhebliche Mehraufwendungen entstehen, wenn das Bauwerk nicht vollendet oder mangelhaft errichtet wird. Ob und in welchem Umfang diesem tatsächlich bestehenden Sicherungsbedürfnis des Bestellers Rechnung getragen werden kann und in welchem Umfang dieses gesetzlich vorgeschrieben ist, lässt sich gegenwärtig nicht befriedigend klären.

Es erscheint daher angezeigt, in § 632a BGB gesetzlich festzulegen, dass und in welchem Umfang der Besteller einen gesetzlichen Anspruch auf Absicherung seines Erfüllungsanspruchs hat, wenn der Werkvertrag die Errichtung eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und Abschlagszahlungen vorgesehen werden. Dazu soll sich der Sicherungsumfang an § 14 Nr. 2 VOB/A anlehnen, der eine entsprechende Regelung für Bauaufträge der öffentlichen Hand bereits enthält. Hier wird das Sicherungsbedürfnis des Bestellers mit fünf Prozent der Auftragssumme, was in der Diktion des Bürgerlichen Gesetzbuches fünf Prozent der Vergütung entspricht, angesetzt. Diese Begrenzung hat sich im Bereich der öffentlichen Bauaufträge bewährt und kann als Basisregelung verallgemeinert werden. Deshalb bestimmt Absatz 2, dass der Besteller eine Sicherheitsleistung für seinen Erfüllungsanspruch in Höhe von fünf Prozent der Vergütung beanspruchen kann.

Ob und in welchem Umfang eine Erweiterung dieses Anspruchs vorzusehen ist, kann und soll erst später im Zusammenhang mit dem Erlass einer Verordnung nach Artikel 244 EGBGB geklärt werden.

Zu Nummer 2 (§ 641 BGB)

Zu Absatz 2:

Mit den Änderungen in Absatz 2 soll die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Regelung zur sog. Durchgriffsfälligkeit verbessert werden.

Ziel der Regelung ist es zu verhindern, dass Generalübernehmer und Bau träger Gelder von ihren Auftraggebern einnehmen, diese aber nicht an die Handwerker weiterleiten, die die einzelnen Gewerke ausgeführt haben. Dies soll dadurch erreicht

werden, dass der Anspruch der Handwerker auch ohne Abnahme fällig wird, wenn der Generalübernehmer oder Bauträger von seinem Auftraggeber Zahlungen für das vom Handwerker erbrachte Gewerk erhalten hat. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass die Regelung lückenhaft ist und deshalb das angestrebte Ziel nicht vollständig erreichen kann. Zum einen ist der Fall nicht erfasst, dass im Verhältnis des Generalübernehmers oder Bauträgers zu seinem Auftraggeber zwar keine Zahlung, wohl aber eine Abnahme erfolgt ist oder das Werk als abgenommen gilt. Zum anderen besteht für den Unternehmer die Schwierigkeit, in Erfahrung zu bringen, ob im Verhältnis des Generalübernehmers oder Bauträgers zu seinem Auftraggeber die Vergütung geleistet oder das erbrachte Gewerk abgenommen wurde. Diese Lücken sollen geschlossen werden.

Satz 1 Nr. 1 entspricht der bisherigen Regelung des Absatzes 2 Satz 1.

Nach Satz 1 Nr. 2 wird die Vergütung des Unternehmers auch dann fällig, wenn zwar der Generalübernehmer oder Bauträger keine Zahlungen erhalten hat, dessen Auftraggeber, der Dritte, aber die Werkleistung des Unternehmers abgenommen hat, diese als abgenommen gilt oder dafür eine Vergütungsbescheinigung erteilt worden ist.

Mit der Regelung in Satz 1 Nr. 3 wird dem Auskunftsbedürfnis des Unternehmers in der Weise Rechnung getragen, dass sein Vergütungsanspruch auch dann fällig wird, wenn der Generalübernehmer oder Bauträger innerhalb einer angemessenen Frist keine Auskunft darüber gegeben hat, ob und gegebenenfalls welche Zahlungen er erhalten hat, ob das Gewerk des Unternehmers abgenommen wurde oder als abgenommen gilt oder ob insoweit eine Vergütungsbescheinigung erteilt wurde.

Satz 2 entspricht dem bisherigen Absatz 2 Satz 2.

Zu Absatz 3:

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

Die Festlegung eines Druckzuschlags in dieser Höhe ist auf Kritik gestoßen. Wie eine Expertenanhörung ergeben hat, ist ein Mindestbetrag in Höhe des Zweifachen der Mangelbeseitigungskosten ausreichend. Der Mindestbetrag des Druckzuschlags wird deshalb in Absatz 3 entsprechend reduziert. Dies entspricht auch der bei Erlass des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen geltenden Rechtsprechung, die

im Wesentlichen das Zwei- bis Dreifache als Druckzuschlag anerkannt hat.

Zu Nummer 3 (§ 641a BGB)

Das Verfahren zur Erlangung einer Fertigstellungsbescheinigung ist durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführt worden. Die einschlägige Vorschrift (§ 641a BGB) soll es dem Unternehmer ermöglichen, den Werklohn auch im Urkundenverfahren geltend zu machen. Früher stand dieser Weg regelmäßig nicht offen, denn der Werkunternehmer war zumeist nicht in der Lage, seinen Werklohnanspruch mit den im Urkundenverfahren nach der Zivilprozessordnung zur Verfügung stehenden Beweismitteln zu belegen. Dafür wäre es erforderlich gewesen, urkundlich nachzuweisen, dass der Besteller das Werk abgenommen hat. Im Streitfall wird sich der Besteller aber weigern, eine schriftliche Abnahmeerklärung abzugeben.

Deshalb bestimmt der im Jahre 2000 eingeführte § 641a BGB, dass es der Abnahme gleich steht, wenn ein Gutachter eine Fertigstellungsbescheinigung erteilt. Hat der Unternehmer dieses Dokument in der Hand, ist ihm der Weg in das Urkundenverfahren eröffnet.

Trotz dieser Zweckrichtung kommt § 641a BGB in der Praxis kaum zum Tragen. Dies liegt vor allem daran, dass der Gutachter die Fertigstellungsbescheinigung nur erteilen darf, wenn das Werk frei von Mängeln ist, die der Besteller gegenüber dem Gutachter behauptet hat oder die für den Gutachter bei einer Besichtigung feststellbar sind. Da es nahezu kein Bauvorhaben gibt, das nicht zumindest kleinere, erkennbare Mängel aufweist, wird der Gutachter die Bescheinigung nach dem ersten Besichtigungstermin sehr häufig nicht ausstellen können. Vielmehr müssen die von ihm erkannten Mängel vom Unternehmer nachgebessert werden. Es ist dann ein zweiter Begutachtungstermin erforderlich, in dem der Gutachter überprüfen muss, ob die Mängel abgestellt sind. Für den Unternehmer ist dieser mit der doppelten Begutachtung verbundene erhöhte Kostenaufwand abschreckend. Zudem muss er damit rechnen, dass der Besteller den zweiten Termin dazu nutzt, zusätzliche Mängel zu rügen, insbesondere dann, wenn sich sein erstes Vorbringen nicht als tragfähig erwiesen hat.

Die angesprochenen doppelten Kosten und die Missbrauchsmöglichkeiten können nur vermieden werden, wenn die Fertigstellungsbescheinigung auch bei einem mangelbehafteten Bauwerk erteilt werden kann. Dem dient die Neufassung des § 641a BGB-E.

Zu Absatz 1:

Um das mit der Vorschrift angestrebte Ziel deutlicher hervortreten zu lassen, folgt Absatz 1 einer anderen Konstruktion als bisher. So soll die Erteilung einer Vergütungsbescheinigung eine eigenständige Fälligkeitsvoraussetzung sein. Damit soll klargestellt werden, dass der Werklohnanspruch nach Vorliegen der Vergütungsbescheinigung im Urkundenverfahren durchgesetzt werden kann.

Neu ist zudem, dass die Vergütungsbescheinigung unter bestimmten Voraussetzungen auch bei einem mangelhaften Werk erteilt werden kann. Im Vorfeld war erwogen worden, das Verfahren für mangelhafte Werke schlechthin zu eröffnen. Die Bescheinigung würde dann nicht für die volle Vergütung, sondern nur für den Teil erteilt werden, der das Dreifache der Mängelbeseitigungskosten übersteigt. Das würde allerdings auch für den Fall gelten, dass wesentliche Mängel vorliegen. Hierin läge ein gravierender Systembruch: Durch die Bescheinigung würde eine Vergütung fällig, obwohl der Besteller in einem solchen Fall zur Abnahme und damit zur Zahlung der Vergütung oder auch nur von Teilen derselben nicht verpflichtet wäre. Dieser Bruch wäre nicht vertretbar, zumal der Besteller auf diese Weise mit einem in der Sache falschen Urkundenurteil überzogen würde und die Zwangsvollstreckung hieraus auch nur durch eigene Sicherheitsleistung abwenden könnte. Deshalb soll das Verfahren bei wesentlichen Mängeln nicht zu einer Titulierung der Vergütungsforderung im Urkundenverfahren führen können.

Dieses Ziel lässt sich auf zwei unterschiedlichen Wegen erreichen:

- Die Bescheinigung wird nur erteilt, wenn die festgestellten Mängel unwesentlich sind. Dann allerdings wäre es die Aufgabe des Gutachters, über die Wesentlichkeit des Mangels zu entscheiden.
- Alternativ hierzu könnte man diese Frage dem Richter überlassen. Dann müssen die tatsächlichen Grundlagen einer solchen richterlichen Wertung jedoch aus der Bescheinigung selbst hervorgehen, denn sonst könnte die Frage im Urkundenverfahren nicht entschieden werden.

§ 641a BGB-E sowie der neu einzufügende § 641b BGB-E beruhen auf der zweitgenannten Variante. Die Frage, ob ein Mangel wesentlich ist, soll dem Richter vorbehalten bleiben, weil es sich hier um eine Rechtsfrage handelt, deren Beantwortung, auch im Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch des Bestellers, nicht dem Gutachter überlassen werden kann.

Für seine rechtliche Beurteilung benötigt der Richter tatsächliche Feststellungen zu Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten der Beseitigung der

Mängel. Solche Feststellungen können im Urkundenverfahren aber nicht durch Einholung eines Sachverständigengutachtens erhoben werden. Sie müssen vielmehr aus einer Urkunde ersichtlich sein. Deshalb schreibt Absatz 4 vor, dass der Gutachter die festgestellten Mängel nach Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten ihrer Beseitigung in einer Liste aufzuführen hat. Enthält die Vergütungsbescheinigung eine derartige Mängelliste, steht dem Besteller der urkundliche Mängel einwand nach § 641b BGB-E zu, und es kommt nicht zu einer Titulierung, wenn die aus der Liste ersichtlichen Mängel wesentlich sind.

Der Einwand, dass die erteilte Vergütungsbescheinigung - etwa wegen nicht berücksichtigter weiterer Mängel, einer unzutreffenden Bewertung vorhandener Mängel oder aus anderen Gründen - unrichtig ist und die Vergütung dem Unternehmer somit nicht oder nicht in der in der Bescheinigung festgestellten Höhe zusteht, wird dem Besteller durch die Regelung der §§ 641a und 641b BGB-E nicht abgeschnitten. Er kann aber - da nicht durch Urkunde beweisbar - nur im urkundlichen Nachverfahren oder in einem im ordentlichen Verfahren anhängigen Rechtsstreit über die Werklohnforderung geltend gemacht werden. Entsprechendes gilt für Einwände gegen die Mängelliste. Einer besonderen gesetzlichen Regelung bedarf es insoweit nicht.

Zu Absatz 2:

Absatz 2 bestimmt in Satz 1, wer Gutachter sein kann. Diese Vorschrift ist gegenüber der entsprechenden Vorgängerregelung im Wesentlichen unverändert. Es 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 die Haftung des Gutachters behandelt. Der Gutachter eines Verfahrens nach § 641a BGB-E hat eine Sachwalterstellung, wie sie in § 311 Abs. 3 BGB-E geregelt ist. Hieran lehnt sich Satz 3 an, indem er auf § 241 Abs. 2 BGB Bezug nimmt.

Bedeutsam ist vor allem die durch Satz 4 erfolgte Änderung der Gutachterhaftung. Bisher haftet der Gutachter auch dem Besteller gegenüber für jede Fahrlässigkeit. Dies ist zu weitgehend und führt zu einer nicht gerechtfertigten Haftungsverdoppelung. 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. Sie wird daher durch den neuen Satz 4 ausgeschlossen.

Es ist erwogen worden, eine Haftungsbegrenzung nur gegenüber dem Besteller vorzusehen, es gegenüber dem Unternehmer aber bei dem bestehenden Haftungsmaßstab zu belassen. Diesen Gedanken greift der Entwurf nicht auf. Auch gegenüber dem Unternehmer erscheint eine Begrenzung der Haftung des Gutachters sachgerecht. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn der Gutachter für dieselbe Leistung, nämlich die Prüfung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Vergütungsbescheinigung und für deren Erteilung, im Verhältnis zu einem Beteiligten schärfer haften würde als im Verhältnis zum anderen Beteiligten.

Für die Gleichbehandlung und die daraus folgende einheitliche Haftungsbeschränkung des Gutachters gegenüber Unternehmer und Besteller spricht zudem, dass das Vergütungsbescheinigungsverfahren der Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens dient, in welchem dieser Gutachter oder ein anderer Gutachter als gerichtlicher Sachverständiger tätig werden könnte und nach der im Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vorgesehenen Regelung des § 839a BGB-E ebenfalls nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften würde.

Die Anlehnung an den künftig für gerichtlich bestellte Sachverständige vorgesehenen Haftungsmaßstab ist gerechtfertigt. Der Gutachter wird zwar von dem Unternehmer beauftragt. Dieser kann den Gutachter aber nicht frei wählen. Vielmehr müssen sich die Beteiligten auf einen Gutachter verständigen. Eine Vereinbarung im Werkvertrag oder in den in diesen einbezogenen allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt hierfür nicht. Es würde den durchschnittlichen Besteller überfordern, wenn er sich bereits bei Abschluss des zugrundeliegenden Werkvertrages, zu einem Zeitpunkt also, in dem die Parteien noch von einer reibungslosen Abwicklung des Vertrages ausgehen, mit dem Unternehmer auf einen Gutachter verständigen müsste, der immerhin von dem Unternehmer beauftragt werden soll. Deshalb schreibt Satz 1 Nr. 1 vor, dass die Verständigung erst nach Entstehen der Streitigkeit erfolgen kann. Können sich die beiden Beteiligten jedoch nicht auf eine Person einigen, muss der Gutachter auf Antrag des Unternehmers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architektenkammer oder eine Ingenieurkammer bestimmt werden und in diesem Fall ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger sein (Satz 1 Nr. 2).

Damit sind die an den Gutachter gestellten Anforderungen und das bei seiner Auswahl zu beobachtende Verfahren ähnlich ausgestaltet wie die Anforderungen und die Auswahl des gerichtlichen Sachverständigen, so dass es gerechtfertigt ist, auch in diesem Bereich den für § 839a BGB-E vorgesehenen Haftungsmaßstab anzulegen.

Zu Absatz 3:

Gegenüber dem bisherigen Absatz 3 enthält § 641a Abs. 3 BGB-E lediglich in Satz 4 eine sachliche Änderung. Die Vorschrift betrifft den Fall, dass der Werkvertrag keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, von welcher Beschaffenheit das herzustellende Werk sein soll. Bisher nimmt Satz 4 auf die Regeln der Technik Bezug. Das ist für den Gutachter jedoch wenig hilfreich. Mit den Regeln der Technik lassen sich nämlich nur die technischen Anforderungen erschließen. Mögliche Parteiabreden lassen sich unter Rückgriff auf die Regeln der Technik hingegen nicht ermitteln.

Dasselbe Problem stellt sich aber nicht nur hier, sondern bereits im Vorfeld bei der allgemeinen Frage, wie der Sachmangel zu definieren ist. Der Gesetzgeber hat hierfür in § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB eine angemessene Regelung getroffen. Der dortige Maßstab ist in den neu gefassten Satz 4 übernommen worden. Dementsprechend ist es nicht mehr erforderlich, auf die Regeln der Technik Bezug zu nehmen.

Zu Absatz 4:

Die Vergütungsbescheinigung setzt zwar eine gutachterliche Prüfung des Werks voraus, sie ist aber kein Sachverständigengutachten und bescheinigt deshalb auch nur, in welchem Umfang die Vergütung fällig ist. Eine Feststellung von Mängeln enthält sie grundsätzlich nicht. Eine solche Vergütungsbescheinigung ist aber auf den Fall zugeschnitten, dass keine Mängel vorliegen. Bei dieser Gestaltung soll es auch künftig bleiben, wenn der Gutachter die Mangelfreiheit des Werks feststellt.

In der Neufassung lässt § 641a BGB-E die Erteilung der Vergütungsbescheinigung aber auch zu, wenn das Werk Mängel aufweist. In einem solchen Fall muss der Inhalt der Vergütungsbescheinigung erweitert werden. Der Richter soll nämlich prüfen können, ob festgestellte Mängel wesentlich sind. Das kann er im Urkundenverfahren aber nur, wenn diese Mängel als solche, aber auch Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtliche Kosten der Beseitigung dieser Mängel aus einer Urkunde ersichtlich sind. Deshalb soll die Vergütungsbescheinigung künftig nicht nur aus der Feststellung, dass die Vergütung fällig ist, bestehen, sondern auch aus einer Auflistung etwaiger Mängel.

Die Erstellung einer Mängelliste ist in allen Fällen notwendig. Sie kann nicht von einem entsprechenden Verlangen des Bestellers abhängig gemacht werden. Da er in diesem Zeitpunkt möglicherweise noch nicht rechtlich beraten ist und die Bedeutung der Mängelliste für den Urkundenprozess nicht absieht, würde er ohne die obligatorische Erstellung der Mängelliste nicht gerechtfertigte Rechtsnachteile erleiden. Außerdem gilt es zu beachten, dass der Gutachter Mängel auch ohne Rüge des Bestellers berücksichtigen muss, sofern sie bei einer Besichtigung feststellbar sind.

Zu Absatz 5:

§ 641a Abs. 5 BGB-E verpflichtet, wie bisher Absatz 4, den Gutachter, die Bescheinigung nach Absatz 1 selbst dann zu erteilen, wenn der Besteller die Untersuchung des Werks verweigert hat. Dies kann den Gutachter in eine schwierige Situation bringen. Wie soll er die Mängelfreiheit eines Werks bescheinigen, das er nicht untersucht hat? Eine solche Vergütungsbescheinigung kann für den Gutachter zudem weitergehende haftungsrechtliche Folgen haben. So ist es denkbar, dass eine Vergütungsbescheinigung auch gegenüber Dritten Verwendung findet, die auf die gutachterliche Feststellung vertrauen, obwohl sie in Wirklichkeit jeglicher realen Grundlage entbehrt (vgl. zur Haftung des Gutachters Palandt-Heinrichs, BGB-Komm., § 328 Rdnr. 34). Unter diesen Umständen werden sich nach der derzeitigen Gesetzeslage kaum Gutachter bereit finden, bei Weigerung des Bestellers eine Bescheinigung nach § 641a BGB auszustellen.

Deshalb soll künftig im Fall der Weigerung des Bestellers, das Werk untersuchen zu lassen, die Vergütungsbescheinigung nach Absatz 1 zusätzlich die Feststellung enthalten, dass wegen der Weigerung des Bestellers eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben nicht möglich war. Damit wird gegenüber redlichen Dritten hinreichend dokumentiert, dass das Werk vom Gutachter nicht untersucht werden konnte. Ein schützenswertes Vertrauen, das eine etwaige Gutachterhaftung gegenüber Dritten begründen könnte, kann auf diese Art und Weise nicht entstehen.

Zu Absatz 6:

§ 641a Abs. 6 BGB-E entspricht dem bisherigen Absatz 5, jedoch sind die Wörter "und Gefahrübergang" gestrichen worden. Die Vergütungsbescheinigung soll konstruktiv nicht mehr der Abnahme gleichstehen. Die Vergütungsbescheinigung soll vielmehr eine eigenständige Fälligkeitvoraussetzung sein und hat deshalb - anders als die bisherigen Fertigstellungsbescheinigung - keinen Einfluss auf den Gefahrübergang.

Zu Absatz 7:

Die Regelung stellt sicher, dass im Nachverfahren oder im normalen Streitverfahren mit den üblichen Beweismitteln geltend gemacht werden kann, dass die Verfahrensvorschriften der Absätze 2 bis 4 nicht eingehalten wurden oder der Besteller wegen wesentlicher Mängel zur Abnahme nicht verpflichtet ist.

Zu Nummer 4 (§ 641b - neu - BGB)

Die Wesentlichkeit von Mängeln muss der Besteller im Urkundenverfahren einwenden können. Der Richter kann die Beurteilung dieser Rechtsfrage aber nur vornehmen, wenn ein Sachverständiger Art, Umfang, Auswirkungen und voraussichtliche Kosten der Beseitigung der festgestellten Mängel ermittelt hat. Grundlage dafür ist die Mängelliste nach § 641a Abs. 4 BGB-E. In ihr werden die festgestellten Mängel nach Art, Umfang Auswirkungen und voraussichtlichen Kosten der Beseitigung festgehalten. Auf diese Liste kann und soll sich der Besteller gerade auch im Urkundenverfahren berufen können. Die Wesentlichkeit der Mängel kann im Urkundenverfahren nur auf Grund der Angaben in der Mängelliste beurteilt werden.

Satz 2 stellt sicher, dass der Unternehmer im Nachverfahren oder im normalen Streitverfahren mit den üblichen Beweismitteln geltend machen kann, dass der Besteller zur Abnahme verpflichtet ist, da kein wesentlicher Mangel vorliegt. Satz 3 gewährleistet, dass das Zurückbehaltungsrecht des Bestellers wegen Mängeln unberührt bleibt, auch soweit diese in der Vergütungsbescheinigung nicht enthalten oder unzutreffend beurteilt sind.

Zu Nummer 5 (§ 648a BGB)

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

Zu Absatz 1:

§ 648a Abs. 1 BGB-E entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 1. Die Vorschrift wird allerdings erweitert. Der Unternehmer ist sowohl vor als auch nach der Abnahme schützenswert, da er auch nach Abnahme im Falle eines Rechtsstreits über Mängel das Risiko der Insolvenz des Bestellers trägt. Aus diesem Grunde räumt Absatz 1 dem Besteller einen Anspruch auf Erteilung einer Sicherheit nicht nur bis zur Abnahme, sondern auch danach ein. Einbezogen werden auch solche Ansprüche, die, wie etwa der Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung), an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten.

Der Anspruch auf Erteilung der Bauhandwerkersicherung besteht auch dann, wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann.

Der Besteller kann allerdings nicht daran gehindert werden, mit möglichen Schadensersatzansprüchen gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen und so den Vergütungsanspruch, der nach § 648a BGB-E abgesichert werden soll, zu reduzieren. Dies soll aber keinen Einfluss auf die Höhe des Sicherungsanspruchs haben, es sei denn, der Anspruch, mit dem der Besteller aufrechnet, ist unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Ansonsten wäre der Unternehmer im Streit über die Sicherung gezwungen, sich mit der Berechtigung des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs des Bestellers auseinander zu setzen. Das würde dem Zweck der Bauhandwerkersicherung zuwider laufen.

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

Zu Absatz 2:

§ 648a Abs. 2 BGB-E ergänzt den bisherigen Absatz 2 um die ausdrückliche Erwähnung der gleichberechtigten Möglichkeit, die Sicherheit in Form einer Bürgschaft zu stellen.

Zu Absatz 5:

§ 648a Abs. 5 BGB-E entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 5. Die Regelung wird aber technisch neu gestaltet. Der bisherige Absatz 5 nimmt auf die §§ 643 und 645 BGB Bezug, die sich für den Unternehmer vor allem in der Situation nach der Abnahme als nicht praktisch erweisen. Der Unternehmer ist nach bisherigem Recht gezwungen, dem Besteller eine Frist zur Stellung der Sicherheit zu bestimmen. Wurde die Sicherheit nicht fristgerecht erbracht, galt der Vertrag nach § 643 Satz 2 BGB als aufgehoben. Das ist für den 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 BGB nachgebildeter Ersatzanspruch zustehen, der auch die bereits mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Pauschale enthält.

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

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

Zu Absatz 6:

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

Zu Absatz 7:

§ 648a Abs. 7 BGB-E entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 7 und ist in seiner Sachaussage unverändert geblieben. Zu berücksichtigen war allerdings, dass § 648a BGB-E künftig nicht mehr nur einen Einwand, sondern einen eigenständigen Anspruch begründen soll. Deshalb kann die Vorschrift nicht mehr insgesamt zwingend sein. Zwingend können und müssen der Anspruch selbst (Absatz 1) und das Kündigungsrecht (Absatz 5) sein. Im Übrigen müssen aber Abweichungen zugunsten des Unternehmers zulässig bleiben. Absatz 7 wird deshalb entsprechend geändert.

Zu Nummer 6 (§ 648b - neu - BGB)

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.

Zu Absatz 1:

§ 648b Abs. 1 BGB-E sieht gegenüber § 1 BauFG eine Erweiterung des Baugeldbegriffs vor.

Satz 2 Nr. 1 erfasst auch "Über-Kreuz-Geschäfte", das heißt, die Grundschild/

Hypothek muss nicht notwendigerweise an dem Baugrundstück bestellt sein. Des Weiteren sind nach Satz 2 Nr. 2 auch Fördermittel in den Baugeldbegriff einbezogen.

Auf der "1. Stufe" (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 3 normierten Schadensersatzpflicht von anderen Mitteln nach objektiven Kriterien abgrenzbar sein muss. Deshalb sieht 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 Satz 2 Nr. 1 ist an § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB-E angelehnt. Demzufolge sind auch Abbrucharbeiten erfasst, soweit mit dem Abriss eines Bauwerks ein Neubau oder die Errichtung einer Außenanlage verbunden ist.

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 (Satz 4) entspricht dem in § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFG bezeichneten Personenkreis; der Begriff des "Lieferungsvertrags" wird der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs angepasst.

Zu Absatz 2:

§ 648b Abs. 2 Satz 1 BGB-E entspricht dem bisherigen § 1 Abs. 1 Satz 2 BauFG.

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 Prozent lag, sollen künftig 70 Prozent 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 vertraglich vereinbarten Vergütung richten. Diese lässt sich in der Regel einfach feststellen, da die Eigenleistung dem Auftraggeber üblicherweise in Rechnung gestellt wird. Den Unternehmergewinn 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 Satz 2 eine Pauschale von 30 Prozent angesetzt worden. In Fällen, in denen es eine vertraglich vereinbarte Vergütung nicht gibt, wird auf die Regelung in § 632 Abs. 2 BGB Bezug genommen.

Zu Absatz 3:

Bei Verletzung der Baugeldverwendungspflicht ergibt sich nach geltendem Recht ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB 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 BGB entfällt, wurde in Satz 1 ein eigenständiger Schadensersatzanspruch geschaffen, wobei 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.

Zu Absatz 4:

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

Zu Absatz 5:

Nach § 648b Abs. 5 BGB-E sind - im Anschluss an die Regelung des § 648a Abs. 6 BGB-E - juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche 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 in diesen Fällen 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 Nummer 7 (§ 649 Satz 3 - neu - BGB)

Der Besteller kann einen Werkvertrag jederzeit wegen Leistungsstörungen des Unternehmers kündigen. Nach § 649 BGB 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 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. 5 BGB 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 fünf Prozent der Vergütung 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 i.V.m. § 323 Abs. 1 und 2 BGB ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall wäre § 649 BGB gar nicht anwendbar. Deshalb soll mit dem neuen Satz 3 die Pauschale jetzt auch im Fall der Kündigung nach § 649 BGB eingeführt werden. Der Besteller kann den Nachweis höherer Ersparnisse führen.

Zu Artikel 2 (Artikel 229 § 8 - neu - EGBGB)

Grundsätzlich sollen die neuen Vorschriften nur für Neuverträge gelten. Dieses ergibt sich aus der Überleitungsvorschrift des Artikel 229 § 8 EGBGB.

Zu Artikel 3 (Änderung der Zivilprozessordnung)

Zu Nummer 1 (§ 301 ZPO)

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 Beschluss zurückweisen, der keiner Begründung bedarf.

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 2 (§ 756 Satz 2 - neu -, 3 - neu - ZPO)

Nach Absatz 1 Satz 2 soll künftig die Bescheinigung eines Gutachters, dass die vom Gläubiger Zug um Zug zu bewirkende Nacherfüllung erbracht und der Gläubiger dadurch befriedigt ist, einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde gleichstehen. Dabei beschränkt sich die Regelung nicht auf die Nacherfüllung im Rahmen von Werkverträgen, sondern bezieht auch die Nacherfüllung im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse, insbesondere bei Kaufverträgen (§ 439 BGB), ein. Sobald die Bescheinigung dem 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-E. Für die Bestellung des Sachverständigen gilt § 641a Abs. 2 BGB-E 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-E). Durch den Verweis auf § 641a Abs. 5 BGB-E wird klargestellt, dass der Schuldner die Untersuchung des Vertragsgegenstandes gestatten muss; verweigert er sie, gilt die Nacherfüllung als erfolgt und die Bescheinigung ist zu erteilen.

Zu Nummer 3 (§ 765 Satz 2 - neu - ZPO)

Auch im Rahmen der Anordnung einer Vollstreckungsmaßregel durch das Vollstreckungsgericht gemäß § 765 ZPO 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 ZPO.

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

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

Nach § 39 Abs. 3 Satz 1 StVG dürfen Halterdaten übermittelt werden, wenn die Daten zur Geltendmachung, Sicherung oder Vollstreckung von nicht mit der Teilnahme am Straßenverkehr in Zusammenhang stehenden öffentlich-rechtlichen Ansprüchen oder von gemäß § 7 des Unterhaltsvorschussgesetzes oder § 91 BSHG übergegangenen Ansprüchen benötigt werden. Der neu anzufügende Absatz 4 erweitert die Auskunftsmöglichkeit auf privatrechtliche Titel gemäß § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1, § 801 ZPO. Entsprechendes gilt gemäß § 15a Abs. 6 Satz 2 EGZPO für die dort genannten Titel. Anders als bei den genannten öffentlich-rechtlichen Ansprüchen soll eine Auskunftserteilung aber nur möglich sein, soweit dies zur Vollstreckung eines bereits ergangenen Titels notwendig ist. Dem Titel muss ein Anspruch im Wert von mindestens 600 Euro zu Grunde liegen. Es kann sich um Geldforderungen, aber auch um andere geldwerte Ansprüche - etwa um Herausgabeansprüche - handeln. Im Übrigen gelten die Voraussetzungen des Satzes 1 entsprechend.

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

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

Zu Artikel 5 (Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Zu Nummer 1 (Gesetzesüberschrift)

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

Zu Nummer 2 (§ 6 Abs. 2 GmbHG)

Zu Satz 3:

Die bisherigen Ausschlussstatbestände in Satz 3 werden um Verurteilungen wegen der Straftatbestände der Benachteiligung von Baugeldgläubigern gemäß § 283e StGB, 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 Arbeitsentgelt 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 den §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG wird auf die Ausführungen zu Artikel 7 (§ 76 Abs. 3 AktG-E) verwiesen.

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

Zu Satz 5:

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

abberufen oder ihr faktisch die Führung der Geschäfte überlassen und diese Person die ihr nach § 43 Abs. 1 GmbHG obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt.

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

Zu Artikel 6 (Änderung des Aktiengesetzes)

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe nach dem Strafgesetzbuch und nach dem GmbH-Gesetz wird auf die Ausführungen zu Artikel 5 (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E) verwiesen.

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

Zu Artikel 7 (§ 26e - neu - EGAktG)

Um dem Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, bestimmt § 26e EGAktG-E, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgenommen und vor Inkrafttreten 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 8 (§ 283e - neu - StGB)

Der neu in das Strafgesetzbuch einzufügende Straftatbestand des § 283e StGB-E 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 missbräuchliche Verwenden von Baugeld in der Unternehmenskrise. 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 StGB 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 Artikel 9 (Aufhebung des Gesetzes über die Sicherung der 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 BauFG insgesamt aufgehoben werden.

Sofern die Pflicht zur Verwendung von Baugeld und die Pflicht zur Führung des Baubuchs vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begründet wurden, bestimmt Absatz 2, dass das BauFG auf diese Fallgestaltungen weiter anzuwenden ist.

Zu Artikel 10

Zu Nummer 1 (Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung)

Bei Nummer 1 handelt es sich um eine Folgeregelung zu Artikel 9, der das BauFG aufhebt.

Zu Nummer 2 (Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen)

Zu Buchstabe a:

Nach § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen können bei einem Bauträgervertrag keine Sicherheiten verlangt werden, die über die in den §§ 3 und 7 der Makler- und Bauträgerverordnung vorgesehenen Sicherheiten hinaus gehen. Diese Regelung ist zu streichen, da der neue § 632a Abs. 2 BGB (Artikel 1 Nr. 1) eine über die Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung hinausgehende Sicherheitsleistung festlegt.

Zu Buchstabe b:

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

Zu Buchstabe c:

Es handelt sich hierbei um eine redaktionelle Folgeänderung zu Buchstabe b.

Zu Artikel 11 (Entsteinerungsklausel)

Artikel 11 stellt sicher, dass der Ordnungsgeber auch den gesetzesrangigen Teil der in Artikel 10 geänderten Rechtsverordnungen auf Grund der einschlägigen Verordnungsermächtigung ändern kann.

Zu Artikel 12 (Überleitungsvorschriften)

Absatz 1 bestimmt, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG aufgenommen und vor Inkrafttreten 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 5 GmbHG-E. 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 Inkrafttreten dieses Gesetzes begeht. Absatz 3 enthält die notwendigen Überleitungsbestimmungen für die in Artikel 3 vorgesehene Änderung des § 301 ZPO.

Zu Artikel 13 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

Begründung (nur für das Plenum):

Durch die Neufassung des Gesetzentwurfs sollen u.a. die Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Verbesserung der Zahlungsmoral" berücksichtigt werden. Dementsprechend ist in Artikel 1 eine neue Nummer 1 eingefügt worden, die auf Verbesserungen im Bereich der Abschlagszahlungen abzielt und dem Verbraucher in bestimmten Fällen eine Absicherung des Erfüllungsanspruchs verschafft (§ 632a BGB-E). In Artikel 1 Nr. 2 wurde die Änderung zu § 641 BGB neu gefasst. Die Regelungen zur bisherigen Fertigstellungsbescheinigung (künftig: Vergütungsbescheinigung) sind überarbeitet und nunmehr in Artikel 1 Nr. 3 und 4 eingebettet worden. Auf Grund der Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe wurde außerdem die Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB neu gefasst (Artikel 1 Nr. 5). In diesem Zusammenhang wurde zudem in § 649 BGB eine Ergänzung vorgenommen (Artikel 1 Nr. 7).

Die Vorschläge wurden im Übrigen zum Teil überarbeitet, etwa Artikel 4 und 8. Wegen der Einzelheiten wird auf die neu gefasste Gesetzesbegründung Bezug genommen.

Gestrichen wurden die Vorschläge zu §§ 647a und 648 BGB.

Gestrichen wurden ferner die Vorschriften über die Einführung eines Eigentumsvorbehaltes für Werkunternehmer an wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks oder Gebäudes, da sie zu einem Systembruch im Sachenrecht führen würden. Neben einem unmittelbaren Widerspruch zu den §§ 93, 94 und 946 BGB ergeben sich Wertungswidersprüche zu anderen Fällen des Einbaus einer Sache in eine andere (etwa bei der Reparatur beweglicher Sachen), bei denen der Einbau gemäß § 947 Abs. 2, § 948 BGB zum Erlöschen eines Eigentumsvorbehaltes an dem eingebauten Teil führt. Darüber hinaus ist die Regelung auch nicht geeignet, das Ziel eines wesentlich verbesserten Schutzes von Bauunternehmern vor Zahlungsverzögerungen und Zahlungs-

ausfällen zu erreichen. Da Subunternehmer nicht in den Schutzbereich der Vorschriften einbezogen sind, hat von vornherein ein großer Teil der betroffenen Unternehmer keine Möglichkeit, von einer entsprechenden Neuregelung zu profitieren. Im Übrigen beschränkt sich der Anwendungsbereich eines Eigentumsvorbehaltes für Werkunternehmer im Wesentlichen auf Teile des Innenausbaus, weil die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes davon abhängig ist, ob eine Abtrennung zu einer wesentlichen Verschlechterung der Sache des Unternehmers oder des Bestellers führen würde. Erhebt der Besteller eine Mängelrüge, muss zudem der Anspruch auf Herausgabe der unter Eigentumsvorbehalt eingebauten Sache im Klagewege geltend gemacht werden. In diesem Rechtsstreit stehen indessen die gleichen Fragen zur Entscheidung an, wie in einem Rechtsstreit um die Vergütungsforderung selbst. Für den Unternehmer ist also im Ergebnis nichts gewonnen. Seinem berechtigten Sicherungsinteresse kann vielmehr durch die in der Neufassung des Entwurfs vorgesehene Umgestaltung der Bauhandwerkersicherung nach § 648a BGB wesentlich effizienter Rechnung getragen werden.

Gestrichen wurden auch die im Gesetzesantrag vorgesehenen Vorschriften über das Vorurteil in Bausachen. Die Einführung einer vollstreckbaren gerichtlichen Zahlungsaufforderung, die auf einer Prognose über den mutmaßlichen Prozessausgang beruht, ist zur Erreichung der mit dem Gesetzentwurf verfolgten Ziele weder erforderlich noch geeignet. Bereits durch die vorgeschlagenen Änderungen der §§ 641a und 648a BGB wird die Sicherung und Titulierung von Werklohnansprüchen wesentlich erleichtert und beschleunigt. Für die Einführung eines Vorurteils besteht daneben kein Bedarf. Darüber hinaus ist das Vorurteil für alle Prozessbeteiligten mit erheblichen Risiken verbunden. Da ihm eine lediglich summarische Prüfung vorausgeht, ist es in erhöhtem Maße fehleranfällig. Entsprechend groß ist das Risiko seiner Abänderung bei Fortsetzung des Verfahrens mit der Folge, dass durch die Vollstreckung des Vorurteils entstandene Schäden zu ersetzen sind.

Gestrichen wurden außerdem die Vorschriften über einen Auskunftsanspruch gegenüber den Sozialbehörden und über eine Ausschreibung des Schuldners zur Aufenthaltsermittlung sowie zur Festnahme. Die in der Begründung des Gesetzesantrags dargestellten Schwierigkeiten, den unbekannten Aufenthalt eines säumigen Schuldners zu ermitteln, rechtfertigen einen Auskunftsanspruch gegenüber den Sozialbehörden und eine Ausschreibung - zumindest unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit - nicht. Ein Auskunftsanspruch gegenüber den Sozialbehörden und eine Ausschreibung stellen erhebliche Eingriffe in das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung dar. Eine Ausschreibung ist bislang nur im Allgemeininteresse (insbesondere der Strafverfolgung) zulässig. Es ist nicht ersichtlich, dass die Wahrung der Interessen des Gläubigers an der Ermittlung des Aufenthaltes des Schuldners eine solch gravierende Maßnahme erfordert. Die vorgeschlagenen Erweiterungen der Auskunftsrechte des Gläubigers gegenüber den Straßenverkehrsbehörden verbessern die Möglichkeiten des Gläubigers, den Aufenthalt des Schuldners zu ermitteln, bereits deutlich und hinreichend. Gleiches gilt für eine Ausschreibung zur Festnahme. Sie beinhaltet wie die Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung ein Instrument neuer Qualität, das durch das Individualinteresse des Gläubigers nicht zu rechtfertigen ist.