

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bauhandwerkersicherungsgesetz)

A. Zielsetzung

Die Sicherung der Bauhandwerker für ihre Vorleistungen ist nach geltendem Recht unzureichend. Von dem Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB wird in der Praxis wenig Gebrauch gemacht, da die Sicherungshypothek in den meisten Fällen nicht zur Befriedigung der Werklohnforderung führt. Durch das Bauhandwerkersicherungsgesetz soll die Sicherung verbessert werden.

B. Lösung

Nach dem Entwurf soll im Regelfall nicht das Baugrundstück als Grundlage der Sicherung dienen, sondern die zum Bauen bestimmten Finanzierungsmittel des Bestellers. Der vorleistungspflichtige Unternehmer soll ein unabdingbares Leistungsverweigerungsrecht erhalten, wenn der Besteller innerhalb einer ihm zu setzenden Frist dem Verlangen auf Sicherheitsleistung nicht nachkommt. Als Sicherheit wird neben den gesetzlich allgemein zugelassenen Sicherungsmitteln insbesondere eine Auszahlungsgarantie der baufinanzierenden Bank des Bestellers zugelassen. Anders als eine Sicherung am Baugrundstück, deren Werthaltigkeit sich erst nach dem finanziellen Scheitern des Bauvorhabens in der Zwangsversteigerung erweist, kann das vorgeschlagene, an die verfügbaren Finanzierungsmittel anknüpfende System von Sicherheiten den Baubeteiligten bereits in einem frühen Stadium Aufschluß über die Seriösität der Baufinanzierung geben.

C. Alternativen

Nach den Vorschlägen der Insolvenzrechtskommission soll auf Antrag des Bauhandwerkers ein Bauvermerk im Grundbuch eingetragen werden und die spätere Eintragung einer Höchstbetrags-hypothek auf dem Baugrundstück sichern. Bei Ausfall des Bauhandwerkergrundpfandrechts in der Zwangsversteigerung soll der Bauhandwerker einen sog. anfechtungsrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen die im Rang vorgehenden und befriedigten Grundpfandgläubiger — i. d. R. die baufinanzierenden Banken — erhalten.

D. Kosten

Bund, Länder und Gemeinden werden durch die vorgeschlagene Regelung nicht mit Kosten belastet.

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
021 (131) — 400 02 — Bü 15/91

Bonn, den 12. Dezember 1991

An den Präsidenten
des Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bauhandwerkersicherungsgesetz) mit Begründung (Anlage 1) und Vorblatt.

Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist der Bundesminister der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 634. Sitzung am 27. September 1991 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf, wie aus Anlage 2 ersichtlich, Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Kohl

Anlage 1

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs
(Bauhandwerkersicherungsgesetz)**

Der Bundestag hat folgendes Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 400-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt geändert wurde durch . . . , wird wie folgt geändert:

Nach § 648 wird folgender § 648a eingefügt:

„§ 648a

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines Teils eines Bauwerks kann vom Besteller Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen in der Weise verlangen, daß er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er nach dem Ablauf der Frist seine Leistung verweigere. Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs verlangt werden, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt. Sie 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 Widerrufs-erklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts geleistet werden. Das Kreditinstitut darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder er durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des

Unternehmers aufrechterhalten werden muß und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

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

(5) Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so bestimmen sich die Rechte des Unternehmers nach den §§ 643 und 645 Abs. 1. Gilt der Vertrag danach als aufgehoben, kann der Unternehmer auch Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat.

(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 oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten überwiegend zur Deckung des eigenen Wohnbedarfs ausführen läßt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

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

Artikel 2

Auf Verträge, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossen worden sind, ist § 648a des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht anzuwenden.

Artikel 3

Dieses Gesetz tritt am . . . in Kraft.

Begründung**A. Allgemeiner Teil**

1. Die Sicherung der Bauhandwerker ist nach geltendem Recht unzureichend. Sie sind gemäß § 641 Abs. 1 BGB gegenüber dem Besteller eines Bauwerkes vorleistungspflichtig und tragen durch ihre Arbeiten zur Wertsteigerung des Grundstücks bei. Ihre Möglichkeiten, sich wegen der Werklohnforderungen zu sichern, sind jedoch gering. Die eingebauten Materialien gehen gemäß § 946 BGB mit der Verbindung in das Eigentum des Grundstückseigentümers über. Das Bürgerliche Gesetzbuch gewährt dem Unternehmer eines Bauwerkes zwar in § 648 Abs. 1 einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers, jedoch hat diese Sicherung erhebliche Schwächen. Die Eintragung einer Sicherungshypothek kann erst dann verlangt werden, wenn bereits Arbeiten erbracht worden sind. Zu diesem Zeitpunkt ist das Baugrundstück jedoch meist schon so hoch mit anderen Grundpfandrechten belastet, daß die Hypothek des Bauhandwerkers bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks ganz oder überwiegend ausfällt. Ist der Besteller nicht zugleich Eigentümer des Baugrundstücks, so entfällt von vornherein ein Anspruch nach § 648 Abs. 1 BGB; Nachunternehmer sind mithin durch diese Vorschrift überhaupt nicht geschützt.

Da diese Schwachpunkte den beteiligten Kreisen bekannt sind, wird von der Sicherungsmöglichkeit nach § 648 BGB in der Praxis wenig Gebrauch gemacht. Eine vom Zentralverband des Deutschen Handwerks im Jahre 1985 durchgeführte Umfrage hat ergeben, daß von rund 1 000 befragten Unternehmern nahezu 75 % noch nie die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangt hatten. Die restlichen 25 % der Betriebe haben in Einzelfällen von der Sicherungsmöglichkeit nach § 648 BGB Gebrauch gemacht, konnten jedoch in den meisten Fällen ihre Forderungen nicht durchsetzen.

Die dem Bauhandwerker im Falle der Vereinbarung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB Teil B) gegebene Möglichkeit, Abschlagszahlungen zu verlangen und bei Nichtleistung durch den Auftraggeber die Arbeiten einzustellen, bietet ebenfalls keine ausreichende Sicherung. Die Abschlagszahlungen sind frühestens 12 Werktage nach Zugang der Abschlagsrechnung fällig, und der Unternehmer kann erst nach Ablauf einer von ihm zu setzenden zusätzlichen angemessenen Nachfrist seine Arbeiten einstellen (§ 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB-B). Dies hat bei der Schnelligkeit des heutigen Bauens zur Folge, daß bis zur Arbeitseinstellung neben der durch die Abschlagsrechnung geltend gemachten Leistung weitere Leistungen

von hohem Wert erbracht werden und möglicherweise für den Unternehmer verloren sind.

2. Das nach über zwölfjähriger Vorbereitung und Beratung erlassene Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen (GSB) vom 1. Juni 1909 (RGBl. S. 449f.), das neben § 648 BGB einen zusätzlichen Schutz der Bauhandwerker bewirken sollte, hat dieses Ziel im wesentlichen nicht erreicht.

Der Zweite Abschnitt des Gesetzes über die „Dingliche Sicherung der Bauforderungen“ war gemäß § 9 GSB an den Erlass landesherrlicher Verordnungen gebunden, die niemals ergangen sind, weswegen diese Vorschriften auch niemals Wirkung erlangt haben. Vorgesehen war ein komplexes und zeitaufwendiges Sicherungsverfahren, das auf die Zurückdrängung von Vorbelastungen auf dem Baugrundstück abzielte und an dem regelmäßig drei staatliche Einrichtungen — Baugenehmigungsbehörde, Grundbuchamt und ein eigens zu errichtendes Bauschöffenamts — zu beteiligen waren. Die Baugenehmigung sollte erst nach behördlicher Festsetzung des unbebauten Grundstückswertes, nach Gestellung einer behördlich gesetzten Differenzkaution durch den Bauherrn und nach Eintragung eines rangwahren Bauvermerkes zugunsten 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 waren, oder wenn es im Umfang der angemeldeten unbeglichenen Bauforderungen die Eintragung einer Bauhypothek erwirkt hatte. Diese Regelungen des Zweiten Abschnitts des GSB über die dingliche Sicherung der Bauforderungen haben vielfach Kritik erfahren (Harald Mergel, Die gesetzliche Sicherung der Vergütungsansprüche der Bauhandwerker und Bauunternehmen, Diss. Uni Tübingen, 1988, S. 38 bis 42 m. w. N.). Aus heutiger Sicht kann eine derartige verfahrensmäßige Ausgestaltung, die den lückenlosen Schutz privater Interessen zur behördlichen Aufgabe erklärt und alle Baumaßnahmen ohne Ernstfallbezug ausnahmslos belastet, nicht befürwortet werden.

Der Erste Abschnitt des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen („Allgemeine Sicherungsmaßregeln“) wurde reichsweit in Kraft gesetzt und gilt bis heute fort. Er verpflichtet in § 1 den Empfänger von Baugeld, das Baugeld zur Befriedigung bestimmter Baubeteiligter — insbesondere auch der Bauhandwerker — zu verwenden. Die Baugeldverwendungspflicht ist öffentlich-rechtlicher Natur und begründet keine Forderungsrechte der geschützten Baubeteiligten. Als hauptsächliches Druckmittel zur Durchsetzung der Baugeldverwendungspflicht soll die Strafsanktion

des § 5 GSB dienen, wonach vorsätzliche Zuwiderhandlungen des Baugeldempfängers mit Strafe bedroht sind. Zivilrechtlich kann ein vorsätzlicher Verstoß des Baugeldempfängers gegen die Baugeldverwendungspflicht einen Schadensersatzanspruch der geschützten Baubeteiligten nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 BSG auslösen. Obwohl den Baubeteiligten kein Erfüllungsanspruch zusteht, ist unstreitig, daß § 1 Abs. 1 Satz 1 GSB ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist. Dieser Schadensersatzanspruch setzt nach herrschender Rechtsprechung jedoch ein vorsätzliches Handeln des Baugeldempfängers zum Nachteil der Baubeteiligten voraus (BGH NJW 1982, 1037; BGH NJW 85, 1134). Ist der Schadensersatzpflichtige Baugeldempfänger mit dem Schuldner der Bauforderungen (Besteller) identisch, so kann ein Schadensersatzanspruch dem Bauhandwerker keine zusätzliche Sicherheit schaffen: Neben die ohnehin bestehende Werklohnforderung tritt nur ein schuldrechtlicher Schadensersatzanspruch. Praktische Bedeutung kommt dem Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 BSG daher nur im Konkurs juristischer Personen zu, wenn einem Organ der juristischen Person eine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen § 1 BSG nachgewiesen werden kann. Eine ausreichende Sicherung der vorleistungspflichtigen Bauhandwerker für ihre Werklohnforderungen kann hierin nicht erblickt werden.

3. Im Jahr 1986 hat die vom Bundesminister der Justiz berufene Kommission für Insolvenzrecht modellhafte Vorschläge für eine verbesserte Sicherung der Handwerker unterbreitet (Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag Köln, Leitsätze 10.1 bis 10.6, Seiten 199 bis 275). Die Vorschläge orientieren sich weitgehend am Recht der Schweiz (Artikel 837 Abs. 1 Nr. 3, Artikel 839 bis 841 ZGB), greifen aber in abgewandelter Form auch das rechtliche Institut des Bauvermerks auf, wie er im Zweiten Abschnitt des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 vorgesehen war. Mit Hilfe des Bauvermerks soll allen am Bau tätigen Unternehmen und weitgehend auch den Subunternehmen ermöglicht werden, zur Sicherung ihrer Werklohnforderungen Höchstbetragshypotheken am Baugrundstück eintragen zu lassen (Leitsatz 10.1). Subunternehmer sollen ferner ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vergütungsanspruch des Generalunternehmers erhalten (Leitsatz 10.2). Soweit die Bauhandwerkergrundpfandrechte in der Zwangsversteigerung des Baugrundstücks keine Deckung erlangen, sollen die Bauhandwerker nach dem Vorbild des Schweizerischen Rechts einen „anfechtungsrechtlichen Ausgleichsanspruch“ gegen die im Rang vorgehenden Grundpfandgläubiger erhalten, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück haben (Leitsatz 10.4). Die Ausgleichsansprüche sollen untereinander gleichen Rang haben und im Verteilungsverfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz berichtigt werden (Leitsatz 10.4, Abs. 5 und 6). Es ist das Verdienst der Insolvenzrechtskommission, nachhaltig auf die Probleme der Bauhandwerkersicherung hingewiesen und zu ih-

rer Lösung ein umfassendes, in sich schlüssiges Konzept vorgeschlagen zu haben. Der vorliegende Entwurf unternimmt es, dasselbe Ziel auf anderem und einfacherem Wege zu erreichen. Allgemein erscheinen die Vorschläge der Kommission verhältnismäßig kompliziert, sie erfordern einen erheblichen rechtstechnischen und im Vollzug bürokratischen Aufwand. Der vorgeschlagene Bauvermerk kann die ihm zuge dachte Funktion, den Bauhandwerkergrundpfandrecht einen Vorrang vor den Grundpfandrecht der baufinanzierenden Banken zu sichern, nicht erfüllen. Er verhindert zudem eine evtl. nötig werdende Nachfinanzierung des Baues und beeinträchtigt die Transparenz des Grundbuchs, da der Umfang der durch ihn gesicherten künftigen Forderungen nicht ersichtlich ist. Die zahlreich nötig werdenden Grundbucheintragungen und -lösungen von Texten vorübergehender Bedeutung verursachen einen erheblichen Kosten- und Arbeitsaufwand. Durch den anfechtungsrechtlichen Ausgleichsanspruch werden die Grundpfandrechte insbesondere der Baukreditgeber erheblich gefährdet, wenn nicht entwertet. Um einem Ausgleichsanspruch der in der Zwangsversteigerung ausgefallenden Bauhandwerker zu entgegen, müßten die baufinanzierenden Banken nach den Vorschlägen der Insolvenzrechts-Kommission eine umfassende wirtschaftliche Baubetreuung einschließlich der Überwachung der Gesamtbudgetierung, der Auftragsvergabe, des Zahlungsflusses und der gleichmäßigen Verteilung nicht ausreichender Mittel an die Baubeteiligten übernehmen. Dies erscheint den baufinanzierenden Banken kaum zumutbar. Soweit nach den Vorschlägen der Insolvenzrechts-Kommission auch Subunternehmer einen Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechts am Baugrundstück erhalten sollen, wird der Bauherr in unangemessener Weise der Gefahr einer doppelten Zahlung — zuerst an den Generalunternehmer und dann an den Subunternehmer — ausgesetzt. Schließlich erscheint zweifelhaft, ob sich die Vorschläge der Insolvenzrechts-Kommission mit den zum Schutze der Erwerber von Wohneigentum erlassenen Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung i. d. F. vom 11. Juni 1975 (BGBl. I S. 1351) in Einklang bringen ließen.

4. a) Der Entwurf strebt zur besseren Sicherung der Bauhandwerker eine möglichst einfache und flexible Lösung an, bei der im Regelfall nicht das Baugrundstück, sondern die zum Bauen bestimmten Finanzierungsmittel als Grundlage der Sicherung dienen können. Auf diese Weise soll die Sicherheit der Grundpfandrechte, die eine wesentliche Grundlage des Realkredits bildet, aufrechterhalten werden. Ferner sollen zusätzliche Belastungen der Grundbücher und ein übermäßiger gesetzgeberischer und bürokratischer Aufwand vermieden werden. Anders als eine Sicherung am Baugrundstück, deren Werthaltigkeit sich regelmäßig erst nach dem finanziellen Scheitern des Bauvorhabens in der Zwangsversteigerung erweist, kann ein an die verfügbaren Finanzierungsmittel anknüpfendes System von Sicherheiten den Baubeteiligten be-

reits in einem frühen Stadium Aufschluß über die Seriosität der Baufinanzierung geben.

- b) Nach dem Entwurf soll der vorleistungspflichtige Unternehmer eines Bauwerks ein unabdingbares Leistungsverweigerungsrecht erhalten, wenn der Besteller innerhalb einer ihm zu setzenden Frist dem Verlangen auf Bestellung einer Sicherheit für den voraussichtlichen Vergütungsanspruch nicht nachkommt (§ 648 a Abs. 1 Satz 1). Da die Sicherheitsleistung vorwiegend den Interessen des Unternehmers dient und eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers abweichend von § 321 BGB nicht vorausgesetzt wird, soll der Unternehmer dem Besteller allerdings grundsätzlich die Kosten der Sicherheitsleistung erstatten (§ 648 a Abs. 3). Als Sicherheit kommen grundsätzlich alle in den §§ 232 bis 239 BGB zugelassenen Sicherungsmittel in Betracht, unter anderem also auch eine Hypothek am Baugrundstück, wenn sie gemäß § 238 i. V. m. § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Sicherheitsleistung geeignet (mündelsicher) ist.
- c) Da dem Besteller/Bauherrn in den meisten Fällen Sicherheiten der in § 232 Abs. 1 BGB genannten Art nicht zur Verfügung stehen, läßt der Entwurf zu, daß die Sicherheit in jedem Fall auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines Kreditinstituts geleistet werden kann (Absatz 2 Satz 1). Gedacht ist hierbei insbesondere an eine Auszahlungsgarantie einer Bank, die aufgrund eigener Darlehenszusagen an den Besteller oder aufgrund von Rückgarantien anderer baufinanzierender Banken einen Überblick über die zur Finanzierung zur Verfügung stehenden Mittel hat. Die Garantie soll mithin eng an die Baufinanzierung angelehnt sein. Die Garantiebank weiß aufgrund ihrer Darlehenszusage an den Bauherrn und/oder aufgrund von Finanzierungsbestätigungen anderer Banken, welche Finanzierungsmittel für das Bauvorhaben des Bauherrn zur Verfügung stehen. In dieser Größenordnung kann sie sich gegenüber Bauhandwerkern verpflichten, unter bestimmten Voraussetzungen Zahlungen auf deren Werklohnforderungen zu leisten. Da die Garantiebank in der Regel auch die Bank sein wird, über die der Bauherr seine Zahlungen an die durch Garantie gesicherten Handwerker leistet, wird die Bank bei störungsfreier Abwicklung mit der Ausführung eines jeden Zahlungsauftrags in demselben von ihrer gegenüber dem oder den Zahlungsempfängern übernommenen Garantie frei. Die Zahlungspflicht der Bank soll im Rahmen der übernommenen Garantie allerdings an die Bedingung geknüpft werden, daß der Bauherr die Werklohnforderung des Handwerkers anerkennt (Absatz 2 Satz 2). Auf diese Weise soll sichergestellt werden, daß die Garantiebank keine Zahlungen zu Lasten des Bauherrn leistet, wenn über die Forderungen des Handwerkers — z. B. wegen unterlassener oder mangelhafter Bauausführung — Streit besteht und eine gerichtliche Klärung noch aussteht. Zugleich soll die Garantiebank der Last enthoben sein, in Auseinandersetzungen über den Baufortschritt und die Qualität der Bauleistungen des Handwerkers eintreten zu müssen. Das Sicherungsinteresse des Handwerkers wird dadurch nicht beeinträchtigt, da die Garantie fortbesteht und auch den Fall abdeckt, daß der Vergütungsanspruch später gerichtlich festgestellt wird.
- d) Die das Bauvorhaben finanzierende Bank kann ihr dem Bauherrn gegebenes Darlehensversprechen nach § 610 BGB widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des Bauherrn eine wesentliche, die Rückzahlung des Darlehens gefährdende Verschlechterung eintritt. Ein solches Widerrufsrecht soll im Grundsatz auch dem Sicherungsgeber zustehen, wenn er gegenüber einem vom Bauherrn beauftragten Bauhandwerker Sicherheit leistet. Mit der beabsichtigten Sicherung der Bauhandwerker ist ein Widerrufsrecht des Sicherungsgebers allerdings nur zu vereinbaren, soweit sich der begünstigte Bauhandwerker rechtzeitig auf den Widerruf einstellen kann. Soweit er im Vertrauen auf den Bestand des Sicherungsversprechens Bauleistungen bereits erbracht hat, soll ein Widerruf daher nicht möglich sein (Absatz 1 Satz 3).
- e) Es muß damit gerechnet werden und der Entwurf nimmt in Kauf, daß der Besteller/Bauherr nicht in allen Fällen in der Lage sein wird, dem Verlangen des Unternehmers nach Leistung einer Sicherheit zu entsprechen. Der Besteller kann sich dann zunächst durch Verweigerung der geschuldeten Vorleistung vor wirtschaftlichen Nachteilen bewahren, jedoch bedarf die entstehende Pattsituation in bezug auf die weitere Abwicklung des Vertrags der Klärung. Nach dem Entwurf (Absatz 5) soll der Unternehmer die Rechte haben, die das BGB einem Unternehmer in den §§ 643 und 645 Abs. 1 einräumt, wenn der Besteller eine zur Herstellung des Werkes erforderliche Mitwirkung unterläßt (Fristsetzung, Kündigung, Teilvergütung). Er soll ferner Ersatz des sogenannten Vertrauensschadens verlangen können.
- f) Die durch § 648 a begründeten Rechte des Unternehmers eines Bauwerks stehen auch Nachunternehmern im Verhältnis zu Hauptunternehmern zu. In diesem Verhältnis ist der Hauptunternehmer „Besteller“ und der Nachunternehmer „Unternehmer“ im Sinne des § 648 a. Der Entwurf geht davon aus, daß dem Hauptunternehmer die Beibringung einer entsprechenden Sicherheit — insbesondere auch einer Bankgarantie — im Normalfall möglich sein wird, wobei die Werklohnforderung als Unterlage für eine entsprechende Bankgarantie dienen kann.
- g) Die im Entwurf vorgeschlagene Sicherung der Bauhandwerker verursacht Kosten und belastet die Bauherren und die zu beteiligenden Kreditinstitute bei der Durchführung von Bauvorhaben. Eine Sicherheit nach § 648 a soll daher vom Unternehmer nur verlangt werden können,

wenn dies in einem angemessenen Verhältnis zu den Risiken steht, denen er durch seine Vorleistungen am Bau ausgesetzt ist. Ein Insolvenzrisiko ist ausgeschlossen, wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Bei Bauvorhaben, die natürliche Personen zur Deckung des eigenen Wohnbedarfs durchführen lassen, sind die Risiken zum einen vom Auftragsumfang her geringer. Zum anderen sind solche Bauvorhaben gewöhnlich solide finanziert. Selbst wenn es in solchen Fällen gelegentlich zu Zahlungsstockungen des Bauherrn kommt, so bietet doch die unbeschränkte und lebenslängliche persönliche Haftung des Bauherrn dem Handwerker beträchtliche Sicherheit. Bei der Einführung der vorgeschlagenen besonderen Sicherung nach § 648 a BGB ist ferner darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Arbeits- und Verwaltungsaufwand, der auf die Kreditinstitute zukommt, in vertretbaren Grenzen gehalten wird.

5. Bund, Länder und Gemeinden werden durch das Gesetz nicht mit Kosten belastet (§ 648 a Abs. 6 Nr. 1).

Nennenswerte Auswirkungen des Gesetzes auf die Entgelte für Bauleistungen sind nicht zu erwarten. Die Kosten für die als Sicherungsmittel in erster Linie vorgesehenen Bankgarantien werden auf 0,5 bis 2 % der Garantiesumme pro Jahr geschätzt. Jedoch ist davon auszugehen, daß Sicherheit regelmäßig für wesentlich unter einem Jahr liegende Zeiträume, nur in einem Teil der Fälle und auch dann nur für einen Teil des Vergütungsanspruchs zu stellen sein wird. Zugleich entfallen die den Bauherrn bisher belastenden Kosten für die Bestellung einer Sicherungshypothek.

B. Einzelbegründung

Zu § 648 a

Zu Absatz 1

Nach Absatz 1 Satz 1 soll der „Unternehmer eines Bauwerks oder eines Teils eines Bauwerks“ gegenüber dem Besteller unter bestimmten Voraussetzungen zur Verweigerung der geschuldeten Leistung berechtigt sein. Der Kreis der hierdurch geschützten Baugläubiger ist grundsätzlich derselbe wie nach § 648 Abs. 1 und den dazu geltenden Rechtsprechungsgrundsätzen. Unternehmer ist danach jeder, der dem Besteller gegenüber aufgrund eines Werkvertrags zur Herstellung eines Bauwerks oder eines Teils davon verpflichtet ist; dies kann auch ein Architekt oder Statiker sein, wenn er dem Besteller kraft werkvertraglicher Verpflichtung eine für die Errichtung des Bauwerks notwendige geistige Leistung schuldet, nicht aber der Lieferant, der Bauteile oder Materialien aufgrund Kaufvertrag zu liefern hat. In Erweiterung des Schutzbereichs des § 648 Abs. 1 stehen die Rechte nach § 648 a auch dem Nachunternehmer (Subunternehmer) gegenüber dem Hauptunternehmer zu. In diesem Verhältnis ist der Nachunter-

nehmer „Unternehmer“ und der Hauptunternehmer „Besteller“; anders als der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 setzt das Leistungsverweigerungsrecht nach § 648 a Abs. 1 und die zu seiner Abwendung erforderliche Sicherheit nicht voraus, daß der Besteller zugleich Eigentümer des Baugrundstücks ist. Damit wird eine in der rechtlichen Anlage des § 648 begründete Schwäche der Bauhandwerkersicherung vermieden.

Der Unternehmer kann Sicherheit „für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen“ verlangen. Anders als nach § 648 BGB wird nicht vorausgesetzt, daß der Unternehmer bereits irgendeine Leistung erbracht hat. Vielmehr liegt der Sinn der Regelung gerade darin, daß er zu Vorleistungen nur gegen entsprechende Sicherheit für seinen voraussichtlichen Vergütungsanspruch verpflichtet sein soll. Absatz 1 Satz 2 bestimmt, in welchem Umfang Sicherheitsleistung verlangt werden kann, nämlich „bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt“. Damit ist u. a. klargestellt, daß das Sicherungsverlangen auf einen Teil des Vergütungsanspruchs beschränkt werden kann („bis zur Höhe“), und daß das Sicherheitsverlangen nicht sogleich bei Vertragsabschluß gestellt werden muß, sondern auch noch danach möglich ist („nachträglicher Zusatzauftrag“). Auch im Hinblick auf die Kosten soll der Unternehmer die Möglichkeit haben, eine Sicherheit bzw. Teilsicherheit erst dann zu verlangen, wenn er dies für angebracht hält, also zum Beispiel auch noch nach Baubeginn. Hat der Besteller im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens des Unternehmers an diesen bereits Voraus- oder Abschlagszahlungen (§ 16 Nr. 1 und 2 VOB-B) geleistet, so ist in diesem Umfang keine Vorleistung des Unternehmers mehr anzunehmen; bei Bestimmung der Obergrenze der zu beanspruchenden Sicherheit sind die erbrachten Voraus- und Abschlagszahlungen von dem Betrag des „voraussichtlichen Vergütungsanspruchs“ abzuziehen.

Bei Vereinbarung einer pauschalen Vergütung bereitet die Feststellung des Vergütungsanspruchs schon bei Vertragsbeginn keine Schwierigkeiten. Bei sogenannten Einheitspreisverträgen steht die endgültige Höhe des Vergütungsanspruchs vor Vollendung der Arbeiten zwar noch nicht fest, jedoch sind durch das Leistungsverzeichnis und die Einheitspreise ausreichende Anhaltspunkte für eine Schätzung vorhanden. Diese sollte zweckmäßigerweise in Form einer Angebotssumme in den Vertrag aufgenommen werden; insoweit dürfte die Regelung auch dazu führen, daß Angebote künftig sorgfältig kalkuliert werden.

Das Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers setzt nach Absatz 1 Satz 1 voraus, daß er den Besteller mit der Sicherheitsleistung in Verzug gesetzt hat. Er muß vom Besteller verlangt haben, innerhalb einer bestimmten — angemessenen — Frist Sicherheit in bestimmter Höhe zu leisten, und er muß dieses Sicherheitsverlangen mit der Androhung verbunden haben, nach fruchtlosem Ablauf der Frist seine Leistungen einzustellen (Androhung der Einstellung). Die Dauer der zu setzenden Frist ist nur mit dem unbestimmten Begriff „angemessen“ umschrieben. Sie ist so zu bestimmen, daß dem Besteller ermöglicht wird, die Si-

cherheit ohne schuldhafte Verzögerung zu beschaffen, wobei zu berücksichtigen ist, daß in der Regel Verhandlungen mit einem oder mehreren baufinanzierenden Kreditinstituten geführt werden müssen. Eine Frist von 7 bis 10 Tagen wird in der Regel notwendig sein. Der Besteller kann seinerseits zur Abkürzung beitragen, indem er sich bei entsprechender Lage frühzeitig um eine Auszahlungsgarantie bemüht.

Absatz 1 Satz 3 geht davon aus, daß der Sicherungsgeber vielfach eine andere Person sein wird als der Besteller selbst. In diesen Fällen soll sich der Sicherungsgeber nach dem Grundgedanken des § 610 BGB das Recht vorbehalten dürfen, sein Sicherungsversprechen gegenüber dem Unternehmer zu widerrufen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Bestellers wesentlich verschlechtern. Wird Sicherheit durch Bürgschaft oder Garantie einer baufinanzierenden Bank geleistet, dann soll der Bank als Darlehensgeber des Bestellers das Widerrufsrecht nach § 610 BGB im Grundsatz erhalten bleiben. Um allerdings die Sicherheit für den Unternehmer nicht zu entwerten und sein Vertrauen auf den Bestand der Sicherheit zu schützen, soll ein Widerruf das einmal gegebene Sicherungsversprechen nur in Bezug auf den Teil der Werklohnforderung beseitigen, der im Zeitpunkt des Zugangs der Widerrufserklärung beim Unternehmer noch nicht durch entsprechende Bauleistungen verdient war. Soweit bei Zugang des Widerrufs Bauleistungen bereits erbracht sind, soll das Sicherungsversprechen für den entsprechenden Vergütungsanspruch nicht widerruflich sein. Der Zeitpunkt, zu dem die Widerrufserklärung dem Unternehmer zugegangen ist, wird im Streitfall vom Sicherungsgeber zu beweisen sein, der Umfang der bis dahin erbrachten Bauleistungen vom Unternehmer.

Im Falle des Widerrufs wird dem Unternehmer bezüglich der noch nicht erbrachten Bauleistungen i. d. R. ein sofortiges Leistungsverweigerungsrecht nach § 321 BGB zustehen. Um die weitergehenden Rechte aus § 648a Abs. 5 ausüben zu können, wird der Unternehmer erneut gemäß § 648a Abs. 1 gegen den Besteller vorgehen müssen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 Satz 1 bestimmt in Ergänzung der allgemeinen Vorschriften über die Sicherheitsleistung (§§ 232 bis 239), daß in jedem Falle auch „eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen“ eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts als Sicherheit ausreicht. Grundsätzlich kommen als Sicherheit alle nach den §§ 232 bis 239 BGB zugelassenen und ausreichenden Sicherungsmittel in Betracht, unter anderem also auch eine Hypothek am Baugrundstück, wenn sie gemäß § 238 i. V. m. § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Sicherheitsleistung geeignet, d. h. mündelsicher ist. Auch die hilfsweise Gestellung eines tauglichen Bürgen gemäß § 232 Abs. 2 BGB soll nicht ausgeschlossen sein, wenn der Bürge ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat (§ 239 BGB). Da der Besteller jedoch in den meisten Fällen eine derar-

tige Sicherheit nicht wird beibringen können, werden in Absatz 2 Satz 1 weitere Sicherheiten zugelassen, die gerade bei Bauarbeiten an Grundstücken naheliegen und erreichbar sind. Gedacht ist hierbei an ein an die Baufinanzierung angelehntes Instrument der Sicherung, wie es in der Praxis des Fertighausbaues schon weithin verwendet wird. Die Bank, die eine Auszahlungsgarantie gegenüber einem Unternehmer übernehmen soll, wird in der Regel zugleich Zahlstelle des Bauherrn für die Berichtigung der Bauforderungen sein. Aufgrund ihrer eigenen Darlehenszusage an den Bauherrn/Besteller oder aufgrund von Zahlungsrückgarantien einer oder mehrerer anderer Kreditinstitute, die dem Besteller ein Baudarlehen zugesagt haben, kennt sie den Betrag der zur Verfügung stehenden Finanzierungsmittel. Bis zu dieser Höhe kann sie daher eine oder mehrere Auszahlungsgarantien übernehmen, durch die sie sich gegenüber einem oder mehreren Bauhandwerkern verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen Zahlungen auf deren Werklohnforderungen zu leisten. Bei störungsfreier Abwicklung der Bauforderungen wird die Garantiebank mit der Ausführung eines jeden Zahlungsauftrags des Bauherrn in demselben Umfang von einer gegenüber dem Zahlungsempfänger übernommenen Garantieverpflichtung frei. Die Überwachung des Mittelflusses seitens der Garantiebank beschränkt sich darauf, daß sie darauf achtet, daß Zahlungen aus dem Baukonto an nicht durch Garantie gesicherte Empfänger nur in dem Umfang ausgeführt werden, als über den Garantiebetrag hinausgehend Mittel zur Verfügung stehen. Eigenmittel des Bauherrn können in der Weise in das Garantiesystem einbezogen werden, daß der Bauherr diese bei der Garantiebank oder einem anderen Kreditinstitut anlegt, das gegenüber der Garantiebank eine Rückgarantie übernimmt.

Absatz 2 Satz 1 bezeichnet das Sicherungsversprechen des Kreditinstituts bewußt in einem weiten Sinne als „Garantie oder sonstiges Zahlungsverprechen“, womit alle Haftungskredite im Sinne des § 19 Abs. 4 KWG (Bürgschaft, Garantie und sonstige Gewährleistungen) gemeint sind; die Entwicklung neuartiger Sicherungsinstrumente soll nicht behindert werden. Die Beschränkung auf im Inland zum Geschäftsbetrieb befugte Kreditinstitute entspricht der Regelung über die Deckungsvorsorge in § 19 Abs. 2 des Gesetzes über die Umwelthaftung.

Die in Absatz 2 Satz 1 als Sicherheitsleistung vorgesehene Garantie kann auch von einer Hypothekenbank als grundsätzlich zulässiges Hilfsgeschäft im Rahmen des Hypothekendarlehensgesetzes geleistet werden. Da in dem Zahlungsverprechen gemäß Absatz 2 Satz 2 zu bestimmen ist, daß die Hypothekenbank Zahlungen an den Bauhandwerker aus der Garantie nur leisten darf, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Bauhandwerkers anerkannt hat oder dieser Anspruch durch vorläufig vollstreckbares Urteil festgestellt ist, wird gewährleistet, daß der Wert des Beleihungsobjekts entsprechend der durch den Bauhandwerker erbrachten Leistung gestiegen ist d. h. der Inanspruchnahme der Hypothekenbank aus der Garantie eine entsprechende Erhöhung des Sicherungswertes des Objekts gegenübersteht. Von einer vertrags- und ordnungsgemäßen Ausführung der Bauhandwerkerleistung und somit der dadurch entstan-

denen Wertsteigerung ist dann auszugehen, wenn diese Leistung vom Besteller bzw. durch gerichtliche Entscheidung festgestellt wurde. Auch die in Absatz 1 Satz 3 vorgesehene Möglichkeit der Hypothekenbank, im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers ihr Zahlungsverprechen mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus künftigen Bauleistungen zu widerrufen, gewährleistet, daß die Inanspruchnahme der Hypothekenbank aus dem Zahlungsverprechen durch eine entsprechende Erhöhung des Wertes des Beleihungsobjektes gedeckt ist.

Aus denselben Gründen wie im Falle der Hypothekenbanken kann die Übernahme einer Garantie nach Absatz 2 Satz 1 auch als ein zulässiges Hilfsgeschäft einer Bausparkasse im Rahmen des Gesetzes über Bausparkassen angesehen werden.

In Absatz 2 Satz 2 wird die Leistungspflicht des Kreditinstituts aus dem Zahlungsverprechen gegenüber dem Unternehmer an die Voraussetzung geknüpft, daß der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder daß er durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt ist. Damit wird den Interessen sowohl des Bestellers als auch des Kreditinstituts Rechnung getragen. Der Besteller wird davor geschützt, daß das Kreditinstitut Zahlungen an den Unternehmer leistet, obwohl dessen Vergütungsanspruch vom Besteller — z. B. wegen nicht erbrachter oder mangelhafter Bauleistungen — bestritten ist. Der Besteller müßte in diesem Falle mit einem entsprechenden Rückgriff des Kreditinstituts rechnen und würde sein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Unternehmer faktisch verlieren. Zum anderen soll durch die Regelung des Absatzes 2 Satz 2 das Kreditinstitut als Garantiegeber davor bewahrt werden, über die Berechtigung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers entscheiden oder gar einen Rechtsstreit führen zu müssen, wenn der Besteller dem durch die Auszahlungsgarantie gesicherten Vergütungsanspruch des Unternehmers widerspricht. Dementsprechend wird das Kreditinstitut gehalten sein, sein Garantieverprechen gegenüber dem Unternehmer nicht als Garantie auf einseitige Einforderung des Unternehmers auszugestalten, sondern den Garantieanspruch des Unternehmers von der Anerkennung des Vergütungsanspruchs durch den Besteller oder der gerichtlichen Feststellung dieses Anspruchs abhängig zu machen. Das Sicherungsinteresse des Unternehmers wird durch diese Regelung nicht beeinträchtigt, da die Sicherheit fortbesteht und das Garantieverprechen auch den Fall abdeckt, daß der Vergütungsanspruch gerichtlich festgestellt wird. Soweit sich die Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch als unbegründet erweisen, soll er den Kostenerstattungsanspruch nach Maßgabe des Absatzes 3 Satz 2 verlieren.

Zu Absatz 3

Absatz 3 verteilt die Kosten der Sicherheitsleistung im Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer. Im Außenverhältnis, beispielsweise gegenüber einem die Bürgschaft oder Garantie übernehmenden Kreditinstitut, schuldet aufgrund des Kreditauftrags stets der

Besteller die Kosten der Sicherheitsleistung. Die durchschnittlichen Kosten einer Bankgarantie können, bevor das entsprechende Geschäft getätigt wird und sich ein Marktpreis gebildet hat, nur geschätzt werden. Baufinanzierungsfachleute halten eine Avalprovision von 0,5 bis 3 % der Garantiesumme für realistisch. Dabei dürfte sich die Provision angesichts der üblichen Fallkonstellation (schon vorhandene Kreditzusage an den Bauherrn) eher an der unteren Grenze bewegen, im Einzelfall aber auch von der Bonität des Avalauftraggebers abhängig sein. Schwerpunktmäßig dürften Provisionssätze unterhalb von 2 % der Garantiesumme in Betracht kommen.

Nach Absatz 3 Satz 1 soll der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet sein, dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung zu erstatten. Die Sicherheitsleistung dient den Interessen des nach dem Gesetz vorleistungspflichtigen Unternehmers und setzt abweichend von § 321 BGB eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers nicht voraus. Sie würde den ihr zgedachten Sinn einer wirtschaftlichen Absicherung des Unternehmers allerdings u. U. beträchtlich einbüßen, wenn dieser unbegrenzt zur Kostenerstattung verpflichtet wäre. Sollte beispielsweise eine Bankgarantie wegen mangelhafter Bonität des Bestellers im Einzelfall nur gegen einen ungewöhnlich hohen Avalzins zu erhalten sein, so soll der Unternehmer nicht zur Erstattung dieser ungewöhnlich hohen, sondern nur der „üblichen“ Kosten verpflichtet sein. Als „üblich“ können nur solche Kosten angesehen werden, die sich im Rahmen der von den Kreditinstituten bei durchschnittlichen Risiken in Rechnung gestellten Kosten halten. Einen Anhalt hierfür bieten derzeit die oben genannten, bei bar- oder kreditunterlegten Haftungskrediten zu erwartenden Avalprovisionen. Erhebt der Besteller allerdings gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers Einwendungen, die sich später als unbegründet erweisen, und muß die Sicherheit daher länger als nötig aufrechterhalten werden, so soll insoweit nach Absatz 3 Satz 2 eine Kostenerstattungspflicht des Unternehmers entfallen.

Zu Absatz 4

Nach § 648 Abs. 1 kann der Unternehmer eines Bauwerks vom Besteller unter bestimmten Voraussetzungen die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück verlangen. Dieser Anspruch soll ihm grundsätzlich auch künftig verbleiben. Ein schutzwürdiges Interesse an dieser Sicherung entfällt jedoch, soweit der Unternehmer zur Sicherung seines Vergütungsanspruchs eine andere Sicherung nach § 648a — zum Beispiel eine Auszahlungsgarantie eines Kreditinstituts — erlangt hat.

Ausnahmsweise kann umgekehrt auch die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück das Interesse des Unternehmers an einer Sicherung nach § 648a beseitigen, nämlich dann, wenn die Hypothek den Anforderungen einer Sicherheitsleistung nach Absatz 1 Satz 1 i. V. m. § 232 Abs. 1, § 238 Abs. 1 und § 1807 Abs. 1 Nr. 1 BGB genügt. In diesem Falle versteht sich von selbst, daß der Besteller mit der Einräumung der mündelsicheren Sicherungshypothek

zugleich dem Sicherheitsverlangen des Unternehmers nach Absatz 1 Satz 1 genügt, so daß ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers nicht begründet ist.

Zu Absatz 5

Absatz 5 trifft eine Regelung für den Fall, daß der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß leistet. Der Besteller kann sich dann zunächst durch Verweigerung der geschuldeten Vorleistung vor wirtschaftlichen Nachteilen schützen, jedoch bedarf der eintretende Schwebezustand in bezug auf die weitere Abwicklung des Vertrages der Klärung. Der Unternehmer soll berechtigt sein, dem Besteller zur Nachholung der Sicherheitsleistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er den Vertrag kündigt, wenn die Sicherheit nicht bis zum Ablauf der Frist geleistet werde (Absatz 5 Satz 1 i. V. m. § 643 Satz 1 BGB). Nach erfolglosem Ablauf der Frist soll der Vertrag als aufgehoben gelten (Absatz 5 Satz 1 i. V. m. § 643 Satz 2). Gilt der Vertrag als aufgehoben, so soll der Unternehmer Anspruch auf eine den erbrachten Leistungen entsprechenden Teilvergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen haben (Absatz 5 Satz 1 i. V. m. § 645 Abs. 1). Ferner soll der Unternehmer nach Absatz 5 Satz 2 den Ersatz des Vertrauensschadens (sogenanntes negatives Interesse) verlangen können, der z. B. die Vertragsabschlußkosten und den infolge Ablehnung eines anderweitigen Auftrags entgangenen Gewinn umfaßt.

Zu Absatz 6

Absatz 6 nimmt zwei Gruppen von Bestellern von der ganzen Sicherungsregelung aus. Die Obliegenheit zur Beibringung einer Sicherung nach Absatz 1 belastet die Bauherren und die zu beteiligenden Kreditinstitute nicht unerheblich. Diese Regelung soll daher

nur gelten, soweit sie in einem angemessenen Verhältnis zu den Risiken des vorleistungspflichtigen Bauhandwerkers steht. Ist der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen (Fälle des Absatzes 6 Nr. 1), so ist ein Insolvenzrisiko ausgeschlossen. Darüber hinaus sind aber auch Bauvorhaben, die natürliche Personen zur Deckung des eigenen Wohnbedarfs durchführen lassen (Fälle des Absatzes 6 Nr. 2), in der Regel solide finanziert. Selbst wenn es in solchen Fällen einmal zu Zahlungsstockungen kommt, sind diese doch meist vorübergehender Natur. Die unbegrenzte und lebenslängliche persönliche Haftung des Bestellers bietet dem Unternehmer beträchtliche Sicherheit. Für die Ausnahme des privaten Bauens für eigene Wohnzwecke spricht auch die Erwägung, den Arbeits- und Verwaltungsaufwand, der auf die baufinanzierenden Kreditinstitute zukommt, in vertretbaren Grenzen zu halten. Dies gilt insbesondere auch für die Bausparkassen, die überwiegend nicht über ein ausgebautes System von Zweigniederlassungen verfügen.

Bedient sich allerdings der private Bauherr der Dienste eines Baubetreuers, der zur Verfügung über die Finanzierungsmittel ermächtigt ist, so können sich daraus zusätzliche Risiken in bezug auf den Fluß der Baugelder vom Bauherrn zum Unternehmer ergeben. Gemäß Absatz 6 Nr. 2 zweiter Halbsatz soll der Besteller nur dann von der Sicherungsobliegenheit freigestellt sein, wenn ein solcher wirtschaftlicher Baubetreuer nicht eingeschaltet ist, die finanzielle Abwicklung des Baugeschehens also in Händen des Bestellers bleibt.

Zu Artikel 2

Die Übergangsregelung stellt Verträge, die vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen worden sind, von der Geltung des neuen § 648 a BGB frei.

Anlage 2

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 634. Sitzung am 27. September 1991 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 (§ 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB)

- a) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB klargestellt werden kann, daß nach dem Widerruf des Versprechens des Sicherungsgebers der Unternehmer nicht unmittelbar nach Absatz 5 vorgehen kann, sondern dem Besteller zunächst eine Frist zur Stellung einer weiteren Sicherheit setzen muß, wobei § 321 BGB unberührt bleibt.

Begründung

Im bisherigen Text des Entwurfs sind die Folgen eines Widerrufs der Sicherheit nicht geregelt. Aus der Begründung (Seite 17) kann entnommen werden, daß die Bundesregierung davon ausgeht, daß bei einem Widerruf der Unternehmer verpflichtet sein soll, vom Besteller erneut eine Sicherheit zu verlangen, bevor er seine Rechte nach Absatz 5 des Entwurfs geltend machen kann. Es erscheint angemessen, diese sehr wesentliche Frage nicht nur in der Begründung anzusprechen, sondern eindeutig zu regeln.

- b) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB klargestellt werden kann, daß der Widerruf des Sicherungsgebers nicht nur die Sicherung der Vergütungsansprüche des Unternehmers für erbrachte — das heißt eingebaute — Bauleistungen, sondern auch für Vorbereitungsarbeiten, die für das konkrete Bauvorhaben getroffen worden sind, unberührt läßt.

Begründung

Es erscheint fraglich, ob die bisher vorgesehene Beschränkung der Sicherung auf bereits erbrachte Bauleistungen sachgerecht ist; zahlreiche Bauhandwerker erbringen wesentliche Teile ihrer Leistungen nicht unmittelbar an der Baustelle, sondern durch Vorbereitung einzubauender Teile in der Werkstatt (z. B. Fensterbauer). Es erscheint sachgerechter, auch solche im Vertrauen auf eine gegebene Sicherheit erbrachten Leistungen von den Wirkungen eines Widerrufs der Sicherheit auszunehmen.

2. Zu Artikel 1 (§ 648 a Abs. 2 Satz 1, 2 BGB)

In Artikel 1 ist § 648 a Abs. 2 wie folgt zu ändern:

- a) In Satz 1 sind nach dem Wort „Kreditinstituts“ die Worte „oder Kreditversicherers“ einzufügen.
- b) In Satz 2 sind nach dem Wort „Kreditinstitut“ die Worte „oder der Kreditversicherer“ einzufügen.

Begründung

Die von Kreditversicherern gestellten Sicherheiten sind denen eines Kreditinstituts gleichwertig. Kreditversicherer verfügen gleichfalls über die notwendige Bonität und unterliegen einer materiellen Staatsaufsicht; sie sind dementsprechend auch nach § 17 Nr. 2 VOB-B neben den Kreditinstituten gleichrangig als Bürgen zugelassen.

3. Zu Artikel 1 (§ 648 a Abs. 2 Satz 2 BGB)

- a) In Artikel 1 sind in § 648 a Abs. 2 Satz 2 nach den Worten „verurteilt worden ist“ die Worte „und der Unternehmer eine nach einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil für die Einleitung der Zwangsvollstreckung gegebenenfalls erforderliche Sicherheitsleistung erbracht hat“ einzufügen.

Begründung

Nach dem Wortlaut der bisherigen Fassung des Entwurfs kann das als Sicherungsgeber tätige Kreditinstitut bei Vorlage eines zwischen dem Unternehmer und dem Besteller ergangenen Urteils, in welchem der Besteller zur Zahlung verurteilt wird, an den Unternehmer auszahlen, ohne daß die vor Einleitung der Zwangsvollstreckung gegen den Besteller nach dem Urteil gegebenenfalls erforderliche Sicherheitsleistung durch den Unternehmer erbracht wurde. Dem muß vorgebeugt werden, um eine Umgehung der entsprechenden — dem Schuldnerschutz dienenden — Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu verhindern. Auch muß die denkbare Folge, daß der Besteller in der Berufungsinstanz obsiegt, mangels entsprechender Sicherheitsleistung aber die Rückzahlung des an den Unternehmer ausgezahlten Betrages nicht mehr realisiert werden kann, vermieden werden.

- b) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie in § 648 a Abs. 2 Satz 2 BGB klargestellt werden kann, daß der Unternehmer bei einer bloßen Zug-um-Zug-Verurteilung noch keine Zahlungen erhält.

Begründung

Die bisherige Fassung des Entwurfs regelt die Frage nicht eindeutig, ob das als Sicherungsgeber tätig werdende Kreditinstitut auch dann Zahlungen auf Grund der Sicherheit an den Unternehmer leisten darf, wenn der Besteller zur Zahlung der Vergütung Zug um Zug gegen Durchführung weiterer Arbeiten (insbesondere zur Mängelbeseitigung) verurteilt wurde. Der Wortlaut spricht dafür, daß auch bei einer derartigen „bedingten“ Verurteilung das Kreditinstitut Zahlungen leisten darf; aus dem Sinn und Zweck der getroffenen Regelungen dürfte demgegenüber eher zu schließen sein, daß bei einer solchen „bedingten“ Verurteilung noch keine Zahlungen geleistet werden dürfen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es geboten, diese Frage eindeutig zu klären, zumal bei Streitigkeiten über Werklohnforderungen relativ häufig derartige „bedingte“ Verurteilungen vorkommen.

4. Zu Artikel 1 (§ 648a Abs. 6 BGB)

In Artikel 1 ist § 648a Abs. 6 wie folgt zu fassen:

„(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen oder ein Unternehmen im Sinne des § 53 des Haushaltsgrundsatzgesetzes vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Anlage I Kapitel IV Sachgebiet B Abschnitt II Nr. 39 des Einigungsvertrages vom 31. August 1990 in Verbindung mit Artikel 1 des Gesetzes vom 23. September 1990 (BGBl. II S. 885, 990), ist.“

Begründung

Ein Insolvenzrisiko besteht zwar de jure auch bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, deren Anteile mehrheitlich einer Gebietskörperschaft gehören. De facto kann jedoch für diese Unternehmen eine Insolvenz ausgeschlossen werden. Sie sind deshalb den juristischen Personen des öffentlichen Rechts und den öffentlich-rechtlichen Sondervermögen gleichzustellen. Insbesondere die Wohnungsbaugesellschaften der Gebietskörperschaften sollten von der nicht unerheblichen Belastung befreit sein, die mit der Obliegenheit verbunden ist, eine Sicherung nach § 648a Abs. 1 beibringen zu müssen. Zudem würden finanzielle Auswirkungen der Sicherungsmittel auf den Wohnungsbau dieser Gesellschaften vermieden.

Absatz 6 Nr. 2 ist zu streichen, da es nicht gerechtfertigt ist, das private Bauen für eigene Wohnzwecke von den Regelungen auszunehmen. In diesem Bereich von Bauvorhaben sind die Risiken für Bauhandwerker nicht geringer als in anderen. Die Annahme der Begründung, Eigenheimbauten seien solider finanziert als andere Bauvorhaben, deckt sich nicht mit den Erfahrungen der gerichtlichen Praxis. Die lebenslängliche Haftung des Bestellers bedeutet für den Bauhandwerker, wenn es

zu Zahlungsschwierigkeiten kommt, keine ins Gewicht fallende Entlastung. Das geringere finanzielle Volumen rechtfertigt die Ausnahme nicht, weil hier in der Regel kleinere Bauunternehmen beteiligt sind, die schon durch einen Zahlungsausfall bei einem kleinen Bauvorhaben in Schwierigkeiten geraten können.

Auch der Aufwand bei den baufinanzierenden Kreditinstituten ist kein hinreichender Grund für eine Ausnahme. Weil die Kreditinstitute die Darlehnsvaluta auch schon bisher nach Baufortschritt auszahlen, ist der mit einem Zahlungsverprechen verbundene Mehraufwand nicht unverhältnismäßig. Das gilt auch für Bausparkassen, die außerdem häufig durch die „Finanzierung aus einer Hand“ von dem Verwaltungsaufwand entlastet werden. Schließlich werden die Kreditinstitute für ihren Aufwand eine Vergütung erhalten, die nach § 648a Abs. 3 Satz 1 BGB der Unternehmer tragen soll. Der Unternehmer kann also abwägen, ob er zur Minderung seines Risikos diese Kosten auf sich nehmen will.

5. Zu Artikel 1 (§ 648a BGB insgesamt)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, im weiteren Gesetzgebungsverfahren klarzustellen, daß auch die Wohnungsbaufördermittel des Bundes zur Sicherheitsleistung im Sinne des § 648a BGB von den Ländern eingesetzt werden können.

6. Zu Artikel 1 Nr. 2 — neu — (§ 651 Abs. 1 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 ist folgende Nummer 2 anzufügen:

„2. In § 651 Abs. 1 Satz 2 wird die Angabe „§§ 647, 648“ durch die Angabe „§§ 647 bis 648a“ ersetzt.“

Begründung

Nach § 651 Abs. 1 BGB sind auf einen Werklieferungsvertrag zwar weitgehend die Vorschriften des Werkvertrags anwendbar, jedoch hat der Unternehmer keinen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB. Da durch die neu einzufügende Vorschrift eine andere Sicherheit für den Unternehmer eingeführt werden soll, die an die Stelle der Sicherungshypothek tritt, erscheint es konsequent und sachgerecht, auch die neu einzufügende Vorschrift nicht auf den Werklieferungsvertrag anzuwenden.

7. Zu Artikel 3 — neu — (Änderung des Verbraucherkreditgesetzes)

Nach Artikel 2 ist folgender Artikel 3 einzufügen:

„Artikel 3

Änderung des Verbraucherkreditgesetzes

Das Verbraucherkreditgesetz vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2840) wird wie folgt geändert:

1. In § 3 Abs. 1 wird der Punkt nach dem Text der Nummer 4 durch ein Semikolon ersetzt und folgende Nummer 5 angefügt:

„5. die im Rahmen der Förderung des Wohnungswesens und des Städtebaus auf Grund öffentlich-rechtlicher Bewilligungsbescheide oder auf Grund von Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten unmittelbar zwischen der die Fördermittel vergebenden öffentlich-rechtlichen Anstalt und dem Verbraucher zu Zinssätzen abgeschlossen werden, die unter den marktüblichen Sätzen liegen.“

2. In § 3 Abs. 2 Nr. 2 werden nach den Worten „gewährt wird“ die Worte „, und deren Zwischenfinanzierung“ eingefügt.
3. In § 4 Abs. 1 Satz 1 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt und folgender Halbsatz angefügt:

„der handschriftlichen Unterzeichnung der Erklärungen des Kreditgebers bedarf es bei maschineller Bearbeitung nicht.“

4. § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe b erhält folgende Fassung:

„b) den Gesamtbetrag aller vom Verbraucher zur Tilgung des Kredits sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstiger Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen, wenn der Gesamtbetrag bei Abschluß des Kreditvertrages der Höhe nach feststeht;“

Als Folge sind

- a) in der Überschrift des Gesetzentwurfs nach den Worten „Bürgerlichen Gesetzbuchs“ die Worte „und des Verbraucherkreditgesetzes“ und
- b) nach der Angabe „Artikel 1“ die Worte „Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ einzufügen.

Begründung

Zu Nummer 1

Diese Änderung dient der Klarstellung. Denn nach § 1 Abs. 1 Verbraucherkreditgesetz werden nur solche Kreditverträge erfaßt, bei denen der Kreditgeber gewerblich oder beruflich handelt. Unverzichtbares Merkmal der gewerblichen Tätigkeit ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung die Gewinnerzielungsabsicht. Die öffentlich geförderten Darlehen für das Wohnungswesen und den Städtebau vergebenden Anstalten des öffentlichen Rechts haben keine Gewinnerzielungsabsicht; aus dieser Tätigkeit ziehen sie auch keinen Gewinn. Deshalb dürften derartige Kreditverträge nicht unter das Verbraucherkreditgesetz fallen. Sachlich ist die Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes in diesen Fällen nicht geboten, da der Kreditnehmer allenfalls in weit geringerem Maße des Schutzes vor Übereilung bedarf und ein unmittelbarer Vergleich mit anderen Kreditangeboten in der Regel ausscheidet, da es für Förderkredite

keine konkurrierenden Angebote gibt. Wegen der sehr weitreichenden Konsequenzen nach § 6 Verbraucherkreditgesetz, die die Nichtbeachtung der Regelungen dieses Gesetzes für den Kreditgeber nach sich ziehen könnte (insbesondere Absenkung auf den gesetzlichen Zinssatz), sollte von vornherein jegliche Unsicherheit und jeglicher Streit über die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf die Verträge über Förderkredite vermieden werden. Es erscheint deshalb sachgerecht, entsprechend der Entschließung des Bundesrates zu § 3 Verbraucherkreditgesetz (BR-Drucksache 833/90 — Beschluß —) diese Kredite in § 3 Abs. 1 ausdrücklich als Ausnahme zu nennen.

Zu Nummer 2

Der bisherige Gesetzeswortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 legt nicht eindeutig fest, daß auch eine Zwischenfinanzierung, die im Vorstadium einer Endfinanzierung durch einen grundpfandrechtlich gesicherten Kredit erfolgt, unter die Ausnahmebestimmung fällt. Dies führt zu Auslegungszweifeln und Unsicherheiten, die die praktische Abwicklung der Finanzierung von Baumaßnahmen zu Lasten aller Beteiligten (Kreditgeber, Bauherren, Bauträgergesellschaften und Notare) nachhaltig beeinträchtigen können. Deshalb erscheint es angezeigt, ausdrücklich klarzustellen, daß auch bei einer Zwischenfinanzierung die Regelungen der §§ 7, 9 und 11 bis 13 keine Anwendung finden.

Unter einer Zwischenfinanzierung ist die Bereitstellung kurz- und mittelfristiger Gelder zu verstehen, deren Ablösung durch Mittel der Endfinanzierung vorgesehen ist. Dazu zählen beispielsweise Baukredite, die durch eine demnächst fällig werdende Lebensversicherung oder ein Bauspardarlehen abgelöst werden sollen. Es kann sich auch um kurzfristige Kredite handeln, die von vornherein auf eine Endfinanzierung durch einen grundpfandrechtlich abgesicherten Kredit gerichtet sind. Dabei werden bis zur Endfinanzierung des fertiggestellten Bauwerks — häufig über ein gesondertes Baukonto, das als Kontokorrent geführt wird — nach Baufortschritt sukzessive die jeweils benötigten Kapitalbeträge zur Verfügung gestellt. Bis zur Endfinanzierung leistet der Kreditnehmer nur die auf das in Anspruch genommene Kapital fälligen Zinsen.

Die Zwischenfinanzierung stellt häufig eine wirtschaftlich notwendige Vorstufe der Baufinanzierung dar, für die in gleichem Maße wie bei den langfristigen Endfinanzierungen die der Sonderregelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 zugrundeliegenden Überlegungen gelten, und zwar unabhängig davon, ob die Konditionen im Einzelfall von denen der langfristigen Endfinanzierung teilweise abweichen. Eine unterschiedliche rechtliche Behandlung würde zu erheblichen Wertungswidersprüchen führen.

Zum Beispiel könnte je nach der konkreten Konditionengestaltung der Zwischenfinanzierung ebenso wie bei der Endfinanzierung die Verzugszinspauschale des § 11 für den Kreditnehmer eher ungünstig sein. Kaum lösbar erscheinende Abwicklungs-

schwierigkeiten würden sich im Rahmen der Zwischenfinanzierung bei Bauträgerverträgen im Hinblick auf § 9 (verbundene Geschäfte) ergeben. So ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 der Makler- und Bauträgerverordnung die Fälligkeit des Kaufpreises für das Bauobjekt an die Voraussetzung geknüpft, daß der Notar den Beteiligten schriftlich die Rechtswirksamkeit des Bauträgervertrages mitgeteilt hat. Die Feststellung der Rechtswirksamkeit des Bauträgervertrages würde den Notaren nur schwer überwindbare Schwierigkeiten bereiten, wenn der Kaufvertrag gemäß § 9 Abs. 2 wegen einer noch bestehenden Widerrufsmöglichkeit hinsichtlich des Zwischenkredits schwebend unwirksam wäre.

Zu Nummer 3

Das Erfordernis der handschriftlichen Unterzeichnung des Vertrags führt häufig zu großem Mehraufwand bei der Bearbeitung von Kreditverträgen und gelegentlich auch zu Verzögerungen bei der Auszahlung, da zahlreiche Kreditinstitute (z. B. die meisten Bausparkassen und öffentlich-rechtlichen Förderanstalten) ihre Verträge im Wege der Datenverarbeitung herstellen. Diese Rationalisierungsbestrebungen — die zu einer entsprechenden Kostensenkung führen — werden durch das Schriftformerfordernis wesentlich beeinträchtigt. Die Interessen der Kreditnehmer, insbesondere an eindeutigen und klaren Vertragsunterlagen, verlangen keine handschriftliche Unterzeichnung seitens des Kreditgebers; die teilweise schon lange Zeit geübte Praxis führte zu keinen Rechtsunsicherheiten. Das Erfordernis der handschriftlichen Unterzeichnung kann deshalb — wenn die Erklärungen des Kreditgebers maschinell bearbeitet werden — als bloßer Formalismus, der sachlich nicht gerechtfertigt ist, bezeichnet werden.

Aus der Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. BT-Drucksache 11/5462 S. 19) ergibt sich, daß die Bundesregierung damit rechnete, daß die Einführung des Schriftformerfordernisses zu keinen erheblichen Erschwernissen bei der Abwicklung der Kreditverträge führen wird. Diese Erwartung hat sich jedoch nicht erfüllt. Deshalb sollte die genannte Modifikation des Schriftformerfordernisses in das Gesetz aufgenommen werden.

Zu Nummer 4

Die vorgeschlagene Fassung soll Zweifel und Unsicherheiten hinsichtlich der Verpflichtung zur Angabe des Gesamtbetrages aller Teilzahlungen beseitigen, insbesondere hinsichtlich des Merkmals „wenn möglich“. Die Gesetzesmaterialien enthalten zur Auslegung dieser erst durch den Deutschen Bundestag eingefügten Bestimmungen keine Hinweise.

Nach dem Zweck der Regelung, die Verbraucher über den Gesamtumfang der Belastung zuverlässig zu unterrichten, ist die Angabe eines Gesamtbetrages nur sinnvoll, wenn dieser bei Vertragsschluß der Höhe nach vollständig feststeht. Dies ist vielfach nicht der Fall, etwa wenn

- bei Rahmenkrediten und Kontokorrentkrediten die Höhe der Inanspruchnahme offengehalten wird;
- die Laufzeit nicht feststeht oder von einer Kündigung abhängt;
- der Zinssatz variabel ist;
- der Zinssatz und evtl. das Damnum nur für einen Teil der Laufzeit festgelegt ist (Immobilien-darlehen oder Existenzgründungsdarlehn);
- der Kredit abschnittsweise oder in Teilbeträgen in Anspruch genommen wird, wobei bis zur Inanspruchnahme ein Bereitstellungszins, danach der Vertragszins verlangt wird (z. B. Baufinanzierungen);
- die Tilgung — gegebenenfalls teilweise — durch parallellaufende Bausparverträge, Lebensversicherungen oder durch ähnlichen Tilgungersatz vorgesehen ist;
- bei Bauspardarlehen der Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Kredits nicht feststeht und bis zur Inanspruchnahme das Bausparguthaben durch Zinsgutschriften oder Wohnungsbauprämien noch anwächst.

In der Kreditwirtschaft wird befürchtet, auch in diesen Fällen könnte möglicherweise die Angabe eines Gesamtbetrags auf der Basis gewisser Unterstellungen (Gesamtbetrag entsprechend den Anfangskonditionen) oder für einen Teil der Laufzeit (Abschnittsgesamtbetrag) verlangt werden. Derartig unsichere oder nicht aussagekräftige Angaben erscheinen indes für die Verbraucherinformation nicht dienlich und sogar irreführend. Das Bedürfnis für eine ausdrückliche Klarstellung ergibt sich vor allem aus den strengen Sanktionen, die in § 6 Abs. 1 (Nichtigkeit) und § 6 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG (Ermäßigung des Nominalzinses auf den gesetzlichen Zinssatz) an das Fehlen der Pflichtangabe geknüpft sind.

Nach der vorgeschlagenen Fassung ist der Gesamtbetrag nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe b in der Vertragsurkunde nur dann anzugeben, wenn bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses alle vom Verbraucher bis zur Endtilgung des Kredits zu entrichtenden Teilzahlungen für Tilgungen, Zinsen und sonstige Kosten der Höhe nach feststehen.

Bei Vertragsabschluß bestehende Unsicherheiten über marginale Kosten (z. B. Kontoführungsgebühren) oder Drittkosten (z. B. Kosten für Bestellung von Sicherheiten) rechtfertigen allerdings nicht die Unterlassung der Angabe des Gesamtbetrages; solchen Unsicherheiten ist in der Weise Rechnung zu tragen, daß zusätzlich zum Gesamtbetrag auf das Entstehen dieser Kosten und — wenn möglich — ihre Berechnungsgrundlage hingewiesen wird.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung

Zu Nummer 1 Buchstabe a

Die Bundesregierung hält eine Ergänzung des Gesetzeswortlauts nicht für erforderlich.

Widerruft der Sicherungsgeber sein Versprechen wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers, so hat der Unternehmer bereits nach § 321 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht. Eine Fristsetzung unter Androhung der Leistungsverweigerung nach § 648 a Abs. 1 Satz 1 würde daher keinen Sinn ergeben. Will der Unternehmer aber nach Absatz 5 vorgehen und kündigen, so muß er gemäß Absatz 5 i. V. m. § 643 Satz 1 dem Besteller „zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist bestimmen“. Auch diese Frist ist so zu bemessen, daß der Besteller im Einzelfall tatsächlich ausreichend Gelegenheit erhält, die Handlung — hier: Beschaffung einer neuen Sicherheit — nachzuholen (Münch-Komm-Soergel, 2. Auflage, § 643 Rn. 2). Die Befürchtung des Bundesrates, der Unternehmer könne sofort kündigen, ist daher unbegründet.

Zu Nummer 1 Buchstabe b

Die Bundesregierung hält eine Ergänzung des Gesetzeswortlauts nicht für erforderlich.

In der Sache ist dem Bundesrat darin zu folgen, daß als erbrachte — und zu vergütende — Bauleistungen neben den Leistungen, die bereits Eingang in das Bauwerk gefunden haben, auch bestimmte, anderweitig nicht mehr verwertbare Vorbereitungsarbeiten für das Bauwerk anzusehen sind, z. B. eigens für das Bauwerk angefertigte und bereitgestellte Bauteile.

Diese Auslegung liegt nicht nur nahe, sondern ist auch ausdrücklich in die Regelung der Abschlagszahlungen nach § 16 Nr. 1 (1) Satz 3 VOB-B aufgenommen worden. Die Bundesregierung geht davon aus, daß auch bei Bemessung der Teilvergütung, hinsichtlich derer das Garantieverprechen nach Absatz 1 Satz 3 nicht widerrufen werden kann, der Begriff der bereits erbrachten bzw. noch nicht erbrachten Bauleistungen so ausgelegt wird, daß z. B. die eigens für das Bauwerk angefertigten und bereitgestellten Bauteile als bereits erbrachte Bauleistungen angesehen werden.

Zu Nummer 2 Buchstaben a und b

Den Vorschlägen wird zugestimmt.

Zu Nummer 3 Buchstaben a und b

Die vom Bundesrat unter Nummer 3 a und b verfolgten Anliegen sind begründet. In beiden Fällen geht es

darum, daß der Besteller nicht uneingeschränkt zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist, sondern gegen Sicherheitsleistung (a) oder Zug um Zug gegen Bewirkung einer bestimmten Gegenleistung (b). Die vom Bundesrat dargelegten schützenswerten Interessen des Bestellers gebieten es in beiden Fällen, eine vorzeitige Zahlung des Sicherungsgebers an den Unternehmer eindeutig auszuschließen. Daher soll im Falle a der Sicherungsgeber nur dann zur Zahlung an den Unternehmer befugt sein, wenn dieser die im Urteil angeordnete Sicherheitsleistung erbracht hat, und im Falle b nur dann, wenn die in dem Zug-um-Zug-Urteil bezeichnete Gegenleistung bewirkt wird.

Die Bundesregierung schlägt vor, dem Anliegen des Bundesrates durch folgende Fassung von Absatz 2 Satz 2, die sowohl den Fall a als auch b erfaßt, Rechnung zu tragen:

„Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf, vorliegen.“

Zu Nummer 4

Die vorgeschlagene Fassung des Absatzes 6 weicht in zwei Punkten vom Regierungsentwurf ab.

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt, soweit neben den in Absatz 6 Nr. 1 des Regierungsentwurfs genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen auch private Unternehmen im Mehrheitsbesitz einer Gebietskörperschaft (Unternehmen im Sinne des § 53 des Haushaltsgrundsätzgesetzes vom 19. August 1969, BGBl. I S. 1273) von der Sicherungspflicht nach den Absätzen 1 bis 5 freigestellt werden sollen.

Dem Vorschlag wird widersprochen, soweit die in Absatz 6 Nr. 2 des Regierungsentwurfs bezeichneten natürlichen Personen in die Sicherungspflicht nach den Absätzen 1 bis 5 einbezogen werden sollen. Allerdings erscheint es nach der Zielsetzung des Entwurfs grundsätzlich folgerichtig, auch das private Bauen für eigene Wohnzwecke in die Sicherungsregelung einzubeziehen. Dem Bundesrat ist einzuräumen, daß es in der Vergangenheit auch bei Eigenheimbauten natürlicher Personen zu Verlusten für die Bauhandwerker gekommen ist. Gleichwohl sprechen bei Abwägung der Interessen der Bauhandwerker einerseits und der privaten Eigenheimbauer andererseits gute Gründe dafür, die letzteren — jedenfalls zunächst — von der neuen Sicherungsregelung auszunehmen. Zweck dieser Regelung ist es vor allem, Bauunterneh-

men vor den existenzgefährdenden Risiken großer Baupleiten zu schützen. Beim individuellen Eigenheimbau durch den privaten Nutzer, der dem Unternehmer mit seinem gesamten Vermögen lebenslanglich haftet, sind diese Risiken sowohl vom Volumen als auch von der Bonität her wesentlich geringer. Der private Häuslebauer ist gegenüber dem Bauunternehmer als Besteller von Bauleistungen nicht selten die schwächere Vertragspartei. Die Obliegenheit zur Beibringung einer Sicherheit dürfte gerade ihn als nicht professionellen Bauherrn erheblich belasten, zumal Erfahrungen mit der neuen Sicherungsregelung noch fehlen. Die Bausparkassen, die den privaten Eigenheimbau in weitem Umfang finanzieren, werden sich aus verschiedenen Gründen, u. a. wegen Fehlens eines ausgebauten Netzes von Zweigniederlassungen, als Sicherungsgeber jedenfalls zunächst sehr schwer tun. Diese Erwägungen sprechen auch unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit dagegen, dem Vorschlag des Bundesrates zu folgen.

Zu Nummer 5

Die den Ländern vom Bund für den sozialen Wohnungsbau zur Verfügung gestellten Gelder sind Haushaltsmittel der Länder. Die Länder entscheiden damit auch über die Verwendung dieser Gelder als Sicherheitsleistung im Sinne des § 648 a BGB. Die Einzelheiten hinsichtlich der Rückflüsse an den Bund können im Rahmen des § 19 II. WoBauG in einer Verwaltungsvereinbarung geregelt werden.

Zu Nummer 6

Dem Vorschlag wird zugestimmt.

Zu Nummer 7

Dem Vorschlag unter Nummer 1 (Ergänzung des § 3 Abs. 1 VerbrKrG) wird widersprochen, im übrigen wird den Vorschlägen zugestimmt.

Dem Bundesrat ist zwar darin zu folgen, daß die öffentlich-rechtlichen Anstalten bei der Vergabe zinsgünstiger Kredite zur Förderung des Wohnungsbaus und des Städtebaues ohne Gewinnerzielungsabsicht und außerhalb des allgemeinen Wettbewerbs handeln, weshalb zweifelhaft ist, ob von einer „gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ ausgegangen werden kann, wie sie in § 1 Abs. 1 VerbrKrG für die Anwendbarkeit des Gesetzes vorausgesetzt wird. Den verbleibenden Zweifeln sollte jedoch nach Auffassung der Bundesregierung in der Weise Rechnung getragen werden, daß auch bei Vergabe der fraglichen Fördermittel die Schriftform und die Informationspflichten nach § 4 VerbrKrG eingehalten werden. Denn das Informationsbedürfnis der Kreditnehmer entfällt keineswegs dadurch, daß die fraglichen Kredite zu Zinssätzen vergeben werden, die unter den marktüblichen Sätzen liegen. Abgesehen davon, daß die Förderung degressiv ausgestaltet sein und während der Laufzeit des Kredits abnehmen kann, soll dem Verbraucher auch vor Augen geführt werden, welche laufenden Belastungen und welche Gesamtbelastung er sich aufbürdet, unter welchen Voraussetzungen Konditionen geändert werden können, welche Sicherheiten er zu leisten hat usw. Dem Vorschlag wird auch deshalb widersprochen, weil er unvermeidbar weitere Ausnahmewünsche nach sich zieht und die Gefahr besteht, daß das Verbraucherkreditgesetz auf diese Weise ausgehöhlt wird.

Kosten

Hinsichtlich der Kosten für Bund, Länder und Gemeinden ergeben sich aus der Gegenäußerung keine Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf.

Auch die Auswirkungen auf Einzelpreise und das allgemeine Preisniveau werden — bei Berücksichtigung der Vorschläge des Bundesrates — nicht verändert.

