

Berlin, im Oktober 2004  
46/04

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins  
durch den Zivilrechtsausschuss  
zum  
Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen  
und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen  
(Forderungssicherungsgesetz)**

(Bundesrat-Drucksache 458/04 und Bundestags-Drucksache 15/3594)

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Georg Maier-Reimer (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen

Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska

Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert

Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz

Rechtsanwalt Dr. Gottfried Raiser

Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz (BGH)

zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Udo Henke

Verteiler:

Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Berlin  
Bundesministerium der Justiz, Berlin  
Bundestagsfraktion der SPD, Berlin  
Bundestagsfraktion der CDU/CSU, Berlin  
Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, Berlin  
Bundestagsfraktion der FDP, Berlin  
Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen im Deutschen Bundestag, Berlin  
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin  
Bundesnotarkammer, Köln  
Deutscher Notarverein e.V., Berlin  
Deutscher Richterbund e.V., Berlin  
Deutscher Steuerberaterverband, Berlin  
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin  
Zentralverband des Deutschen Handwerks/ZDH, Berlin  
Zentralverband Deutsches Baugewerbe/ZDB, Berlin  
Deutscher Industrie- und Handelstag/DIHT, Berlin  
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins  
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV  
Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.  
Geschäftsführender Ausschuss der ARGE Baurecht im DAV  
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins  
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin  
Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen  
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln  
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

## **Vorbemerkung**

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

## **Übersicht**

Seite

<b>Zu Artikel 1 des FoSiG-E - Änderung des BGB</b>	4-7
1. § 632a BGB-E – Abschlagszahlungen	4
a) Absatz 1	4
b) Absatz 2	4
c) Absatz 4	5
2. § 641 BGB-E – Durchgriffsfälligkeit, Druckzuschlag	5
a) Absatz 2	5
b) Absatz 3	5
3. § 641a BGB – Fertigstellungsbescheinigung	5
4. § 648a BGB-E – Bauhandwerkersicherung	5
a) Absatz 1	5
b) Absatz 2	7
c) Absatz 5	7
5. § 649 BGB-E	7
<b>Zu Artikel 3 des FoSiG-E, Änderungen der Zivilprozessordnung</b>	7-11
1. §301 ZPO-E – Teilurteil	7
2. § 302 ZPO-E – Vorbehaltsurteil	8
3. Allgemein zu den Vorschlägen zur schnelleren Erlassung eines Zahlungstitels, § 302a ZPO-E	8
4. § 302a ZPO-E – Zu dem Gesetzentwurf im Einzelnen	8
a) Praktische Nutzbarkeit der vorläufigen Zahlungsanordnung	8
b) Unanfechtbarkeit und kurze Begründung des Beschlusses	9
5. § 350a ZPO-E – Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung	10
6. §§ 756, 765 ZPO-E – Zwangsvollstreckung bei Leistung Zug-um-Zug	10
7. § 909 ZPO-E – Verhaftung	11
<b>Zu Artikel 9 des FoSiG-E – Änderung des Aktiengesetzes</b>	11
<b>Zu Artikel 11 des FoSiG-E – Änderung des GmbHG</b>	12

## Allgemein

Eine zusammenfassende Gesamteinschätzung zu dem Gesetzesvorhaben ist nicht beabsichtigt. Zu einer Reihe einzelner Änderungspunkte nimmt der DAV aus Sicht der Anwaltschaft nicht Stellung, insbesondere bei Einzelpunkten, die als unproblematisch angesehen werden. Der DAV nimmt nachfolgend daher nur zu solchen Einzelpunkten Stellung, zu denen eine kritische Bewertung erfolgt.

## Zu Artikel 1 des FoSiG-E, Änderung des BGB

### 1. § 632a BGB-E - Abschlagszahlungen

#### a) Absatz 1

Die Neufassung gemäß BR-Drucksache 458/04 übernimmt die bewährte Bestimmung in § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB Teil B ihrem wesentlichen Inhalt nach in das gesetzliche Leitbild des Werkvertrags. Dadurch wird der Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen erweitert. Dies ist auch für den Besteller akzeptabel, da sich die von ihm geschuldeten Abschlagszahlungen auf den Wert jeweils nachgewiesener vertragsmäßig erbrachter Teilleistungen des Unternehmers beschränken sollen, die durch eine prüfbare Aufstellung nachgewiesen sind, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Diese Lockerung der Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen kann, wird vom DAV grundsätzlich begrüßt. Denn nach der bisherigen Regelung hat ein gesetzlicher Anspruch auf Abschlagszahlungen "für in sich abgeschlossene Teile des Werks" nur in Ausnahmefällen bestanden.

Bedenken sind jedoch anzumelden gegen die neue Einschränkung, wonach vertragsmäßig erbrachte Teilleistungen dem Besteller "in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt" sein müssen. Damit werden Begriffe ins BGB eingeführt, die dort bisher nicht vorkommen und zu Auslegungsschwierigkeiten Anlass geben. Sicher ist das Erfordernis bei Eigentumsübertragung erfüllt, wie sie beim Bauvertrag durch Einbau von Materialien und deren Verbindung mit dem Grund und Boden und dem Gebäude regelmäßig geschieht. Das Erfordernis fehlt daher in § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB Teil B, der nur für Bauverträge gilt. Laut Begründung soll es aber gerade für andere Werkverträge als Bauverträge gelten, z.B. für die Erstellung individueller EDV-Programme oder von Gutachten. Auch in diesen Fällen gehört aber zur vertragsmäßigen Erbringung der Werkleistung die Übergabe einer Verkörperung oder Dokumentation an den Besteller. Es ist daher ausreichend, darauf abzustellen, ob die Teilleistung "vertragsmäßig erbracht" worden ist. Die weitere Einschränkung einer nicht mehr entziehbaren Zurverfügungstellung erscheint entbehrlich und sollte daher besser gestrichen werden.

Neu ist auch der eingefügte Satz 2, wonach wegen unwesentlicher Mängel Abschlagszahlungen nicht verweigert werden können. Diese § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Klarstellung ist zu begrüßen. Auch der weitere Hinweis auf das Zurückbehaltungsrecht des Bestellers einschließlich eines Druckzuschlags wegen wesentlicher Mängel nach § 641 Abs. 3 BGB geht in Ordnung.

#### b) Absatz 2

Nach dieser Bestimmung soll bei Bauträgerverträgen der Anspruch auf Abschlagszahlungen nicht schon kraft Gesetzes, sondern nur insoweit bestehen, als Abschlagszahlungen aufgrund einer Verordnung gemäß Art. 244 EG-BGB vereinbart sind. Damit wird auf die sogenannte Hausbau-Verordnung vom 23.05.2001 (BG-Bl. I S. 981) verwiesen, die ihrerseits auf die Regelung der Makler- und Bauträgerverordnung Bezug nimmt, wonach Abschlagszahlungen in bestimmter Höhe entsprechend dem Baufortschritt vereinbart werden

können. Der größeren Transparenz der gesetzlichen Regelung würde es allerdings dienen, wenn statt dieser Verweisung auf Verordnungen gemäß Art. 244 EGBGB der Inhalt der Hausbau-Verordnung in das BGB übernommen würde.

#### c) Absatz 4

In der jetzigen Entwurfsfassung von Abs. 4 ist der Hinweis auf Sicherheitsleistung durch Bürgschaft eines tauglichen Bürgen, wie er im Vorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Zahlungsmoral" vom 03.09.2003 enthalten war, entfallen. Es soll also bei der allgemeinen Regelung gemäß § 232 Abs. 2 BGB bleiben, wonach die Bürgschaft nur ein subsidiäres Sicherungsmittel darstellt. Dies erscheint praxisfremd. Hier, wie in § 648a) Abs. 2 BGB, sollte die Bürgschaft als primäre geeignete Sicherheit anerkannt werden.

### **2. § 641 BGB-E - Durchgriffsfälligkeit, Druckzuschlag**

#### a) Absatz 2

Der DAV hält an den systematischen Bedenken gegen die Regelung der sogenannten Durchgriffsfälligkeit fest, die er schon in seiner Stellungnahme 01/00 vom 13.01.2000 geäußert hatte und in seiner Stellungnahme 68/03 vom November 2003 wiederholt hat. An der vorgeschlagenen Neufassung erscheint zudem bedenklich, dass für die Durchgriffsfälligkeit die Abnahmereife im Sinne von § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB der tatsächlich erfolgten Abnahme gleichgestellt werden soll.

#### b) Absatz 3

Die vorgeschlagene Absenkung des Druckzuschlags auf in der Regel das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten wird von der Bundesregierung befürwortet und erscheint auch dem DAV sinnvoll.

### **3. § 641a BGB- Fertigstellungsbescheinigung**

Die Regelung über die Fertigstellungsbescheinigung soll im Hinblick auf die Einführung des Instituts der vorläufigen Zahlungsanordnung aufgehoben werden, zumal sie sich in der Praxis nicht bewährt habe. Dem stimmt auch die Bundesregierung zu, da mit der vorläufigen Zahlungsanordnung ein deutlich effektiveres Instrumentarium geschaffen würde, um Handwerkern in kürzerer Zeit einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen. Die Aufhebung des § 641a BGB scheint also von der Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung gemäß § 302a ZPO - E (Art. 3 Nr. 5 des Entwurfs) abzuhängen, sollte aber sogar unabhängig von dieser Einführung erwogen werden.

### **4. § 648a BGB-E – Bauhandwerkersicherung**

#### a) Abs. 1

§ 648a BGB-E enthält gegenüber dem geltenden § 648a Abs. 1 drei wesentliche Änderungen:

- der Unternehmer erhält einen verstärkten Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung gegenüber dem Besteller
- dieser Anspruch besteht auch nach Abnahme
- aufrechenbare Ansprüche des Bestellers werden nur berücksichtigt, wenn sie unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.

Die vorgeschlagenen Änderungen sind nach Ziel und Inhalt zu begrüßen. Die Umsetzung ist allerdings nicht optimal, da die Formulierung der Vorschrift Unklarheiten aufweist.

- aa) Die neue Ausgestaltung der Vorschrift ist deshalb sinnvoll, weil die bisherige Regelung kompliziert und in der Praxis wenig verständlich gewesen ist und zudem den Unternehmer dazu gezwungen hat, die Auflösung des Vertrages allein durch die Fristsetzung zu riskieren. Das Druckmittel der Auflösung des Vertrages war außerdem umso schwächer, je später die Sicherheit verlangt worden ist. Nach Abnahme bestand regelmäßig nur ein sehr geringes Druckpotential des Unternehmers gegenüber dem Besteller.

Die notwendige doppelte Fristsetzung nach § 648a BGB (Frist nebst Ablehnungsandrohung nach § 648a Abs. 1 BGB, Nachfrist zur Nachholung der Handlung nach § 643 BGB) wird richtigerweise abgeschafft. Nach der Neuregelung hat der Unternehmer die Wahl, ob er bei Nichterfüllung auf Bestellung der Sicherheit klagt (Vollstreckung nach § 887 ZPO) oder den Vertrag kündigt (§ 648a Abs. 5 BGB-E).

- bb) Die Ausdehnung des Anspruches auch auf die Zeit nach Abnahme ist sinnvoll, da der Unternehmer sonst das Insolvenzrisiko des Bestellers im Falle eines Mängelstreites nach Abnahme in vollem Umfange tragen muss. Die Unsicherheiten durch die unterschiedliche Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu der Frage, ob § 648a BGB auch nach der Abnahme gilt, wird beendet.

- cc) Die Regelung dahingehend, dass aufrechenbare Ansprüche bei der Bemessung des Umfangs des Sicherungsanspruches nur berücksichtigt werden, soweit sie unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind, schränkt die Rechtsposition des Bestellers erheblich ein. Begründet wird dies damit, dass eine Auseinandersetzung über aufrechenbare Ansprüche dem Zweck der Bauhandwerkersicherung zuwiderlaufen würde. Dem ist zuzustimmen, um die Möglichkeit der Bauhandwerkersicherung nicht zu entwerten.

- dd) Abs. 1 der Vorschrift ist sehr verschachtelt und dadurch unklar formuliert. Einfacher wäre es, die einzelnen Regelungsinhalte sprachlich auseinander zu ziehen. Vorschlag:

- (1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen verlangen.

Nebenforderungen werden mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruches angesetzt. Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit auch für Ansprüche verlangen, die an die Stelle des Vergütungsanspruches einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen treten.

- (2) Der Sicherungsanspruch besteht 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.

- (3) 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) Abs. 2

In der BT-Drs. 14/9848 war in § 648a Abs. 2 BGB-E vorgesehen, dass neben den gesetzlichen Sicherungsmitteln auch die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig sein soll. Der DAV hat diese Regelung mit seiner Stellungnahme von November 2003 (Nr. 68/03) als vernünftig und praxisgerecht bezeichnet.

Die BR-Drs. 458/04 nimmt die Änderungen des § 648a Abs. 2 BGB-E nicht mehr auf, ohne dies näher zu begründen. Es wird angeregt, die Ergänzung aus der BT-Drs. 14/9848 wieder aufzunehmen.

c) Abs. 5

Absatz 5 regelt die Rechtsfolgen. Der Unternehmer hat nach Fristablauf die Wahl, die Leistung zu verweigern oder den Vertrag zu kündigen. In Absatz 5 Satz 3 wird eine Vermutung für die Höhe des entgangenen Gewinns aufgestellt. Eine solche Vermutung ist zum effektiven Schutz des Unternehmers notwendig. Regelmäßig haben Unternehmer große Schwierigkeiten, einen entgangenen Gewinn durchzusetzen, da die Darlegungsanforderungen an diesen Anspruch hinsichtlich der ersparten Aufwendungen von der Rechtsprechung hoch angesetzt sind. Oftmals wird daher ein entgangener Gewinn gar nicht erst geltend gemacht.

Der DAV hält jedoch die Formulierung des § 648a Abs. 5 S. 3 BGB-E für bedenklich, weil die Vermutung sich nicht auf Tatsachen bezieht. Die Vermutung einer Rechtsfolge wäre systemwidrig. Es wird vorgeschlagen alternativ wie folgt zu formulieren:

„Es wird vermutet, dass der entgangene Gewinn des Unternehmers 5 % der vereinbarten, noch nicht verdienten Vergütung beträgt.“

In der Begründung sollte ein Hinweis darauf gegeben werden, dass der entgangene Gewinn den entgangenen Deckungsbeitrag einschließt.

## 5. § 649 BGB-E

Hier gilt das gleiche wie zu § 648a Abs. 5 S. 3 (vgl. Ziff. 4 c))

## Zu Artikel 3 des FoSiG-E, Änderung der Zivilprozessordnung

### 1. § 301 ZPO-E - Teilurteil

Generell betrachtet der DAV die mit der Änderung des § 301 ZPO verbundene Hoffnung auf eine Häufung von Teilurteilen mit Skepsis, denn weiterhin werden Teilurteile oftmals unzulässig sein. Insbesondere die gebotene Unabhängigkeit von Teil- und Schlussurteil (Widerspruchsfreiheit) wird erhebliche Probleme bereiten und Teilurteilen - oft zu Recht - entgegenstehen (vgl. BGHZ 107, 242, 244; Zöller/Vollkommer, 24. Aufl., § 301 Rn. 7). Vor diesem Hintergrund wird die praktische Bedeutung der Änderung des § 301 ZPO gering sein.

- a) Der DAV begrüßt die Neufassung des § 301 Abs. 2 ZPO, denn das bisher eröffnete richterliche Ermessen wurde verbreitet teilurteilsfeindlich ausgeübt.
- b) Begrüßt wird auch die Einführung des Rechts der Parteien, ein Teilurteil gemäß § 302 Abs. 3 ZGO-E mit Bescheidungsanspruch beantragen zu können. Dies gilt auch für die Verpflichtung des Gerichts, einen ablehnenden Beschluss zu begründen. Der DAV regt an, von der Kategorie des "kurz zu begründende Beschluss(es)" Abstand zu nehmen. Die allgemeine Kritik an einer „kurzen Begründung“ (§ 540 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) gilt auch

hier. Dem gemäß sollte schlicht angeordnet werden, dass die Abweisung durch „zu begründenden Beschluss“ erfolgt. Im Ergebnis befürwortet der DAV auch die Regelung, dass der das Teilurteil versagende Beschluss nicht rechtsmittelfähig sein soll. Der DAV teilt die Auffassung, dass die Rechtsmittelfähigkeit von Beschlüssen nach § 301 Abs. 2 ZPO-E in der Praxis für Verzögerungen genutzt werden könnte. Der Beklagte könnte die Möglichkeit des Teilurteils als Instrument nutzen, um das Verfahren über den Rechtsmittelweg zu verschleppen.

- c) Der DAV befürwortet die ausdrückliche Verpflichtung der Gerichte in § 301 Abs. 4 ZPO-E, dem durch Teilurteil nicht entschiedenen Teil des Rechtsstreits Fortgang zu geben. Zwar wird damit lediglich etwas niedergelegt, was schon jetzt Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung und herrschender Lehre ist. Der DAV beobachtet allerdings, dass sich Gerichte der 1. Instanz nach Erlass eines Teilurteils mit dem Vorantreiben des restlichen Rechtsstreits schwer tun. Derartiges scheitert derzeit an so banalen Hindernissen wie dem erforderlichen Kopieren der Akten nach Erlass eines Teilurteils.

## **2. § 302 ZPO-E - Vorbehaltsurteil**

In § 302 Abs. 1 ZPO-E muss das Wort "kann" durch die Worte "hat ... zu" ersetzt werden.

## **3. Allgemein zu den Vorschlägen zur schnelleren Erlassung eines Zahlungstitels, § 302a ZPO-E**

Sowohl der Bundesrat (BT-DR 14/9848) als auch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hatten Vorschläge zur schnellen Erlangung eines Zahlungstitels unterbreitet. Der Bundesratsentwurf sah die Vergütungsbescheinigung nach §§ 641a, b BGB-E und das Vorurteil nach §§ 347a ff ZPO-E vor. Beiden Lösungen erteilt der jetzige Entwurf des Bundesrats vom 11.06.2004 (BR-DR 458/04) zu Recht eine Absage. Der Entwurf trägt insbesondere der Kritik an dem Konzept Rechnung, das Ergebnis sachverständiger Begutachtung über das Beweismittel der Urkunde in den Zivilprozess einzuführen (vgl. BR-DR 458/04, S. 19 unten). Der Gesetzentwurf erteilt - was ebenfalls zu begrüßen ist - auch dem Vorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die eine vorläufige Zahlungsanordnung in Bausachen einführen wollen, eine Absage. Stattdessen sieht er eine vorläufige Zahlungsanordnung vor (§ 302a ZPO-E). Die Zielrichtung des Gesetzentwurfs und sein genereller Ansatz sind zu begrüßen. Nicht nur Gläubiger von Werklohnforderungen sondern alle Gläubiger von Geldforderungen haben ein anerkanntes Interesse, schneller als bisher zu einem Zahlungstitel zu kommen.

## **4. § 302a ZPO-E - zu dem Gesetzentwurf im Einzelnen**

Gleichwohl setzt sich der Gesetzentwurf mehrfachen Bedenken aus:

- a) Praktische Nutzbarkeit der vorläufigen Zahlungsanordnung: Die Voraussetzungen, die der Entwurf formuliert, lassen befürchten, dass die vorläufige Zahlungsanordnung nicht den praktischen Nutzen bringen wird, den der Gesetzgeber sich von ihr verspricht:
- aa) Der Richter darf die vorläufige Zahlungsanordnung nur erlassen, wenn "die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat". Dieses berechnete Erfordernis schafft Probleme:
- (1) Angesichts der Voraussetzung der hohen Erfolgsaussicht ist nur in manchen Fällen zu erwarten, dass der Unternehmer wesentlich schneller als bisher zu einem Titel kommt. Denn der Streit geht häufig darum, ob das Werk mangelhaft ist. Vor Vorlage eines Gutachtens wird der Richter dann die Erfolgsprognose, die § 302a Abs. 1 Nr. 1 ZPO-E

von ihm fordert, nicht abgeben können. Selbst wenn der Kläger ein qualifiziertes Privatgutachten vorlegt, wird der Gegner entweder selbst ein weiteres Privatgutachten vorlegen oder solche Einwendungen erheben können, die dem Richter die Prognose unmöglich machen. Die Ausführungen in der Begründung (BR-DR 458/04, S. 39 ff) ändern an dieser Einschätzung nichts.

Die Erfolgsprognose, die § 114 ZPO vorsieht, ist im übrigen mit ähnlichen Problemen behaftet. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass der Richter in der Praxis über Prozesskostenhilfe häufig erst mit der Verkündung des Urteils entscheidet, weil er sich erst dann zu der Einschätzung in der Lage sieht, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.

- (2) Die Notwendigkeit der Erfolgsprognose vor Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung verlangt auch in anderer Hinsicht vom Richter sehr viel: Er muss nicht nur die Erfolgsprognose stellen, sondern muss auch in der Lage sein, sich im weiteren Verlauf des Prozesses von seiner Prognose, die positiv oder negativ gewesen sei kann, zu lösen. Das kann die Neigung, in einem frühen Stadium des Prozesses eine vorläufige Zahlungsanordnung zu erlassen, abschwächen.
- bb) § 302a Abs. 1 Nr. 2 ZPO-E sieht eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vor; der Richter darf die vorläufige Zahlungsanordnung nur erlassen, soweit die Anordnung nach Abwägung dieser Interessen gerechtfertigt ist. Auch diese - an sich berechnete - Voraussetzung lässt befürchten, dass die vorläufige Zahlungsanordnung zu einem "stumpfen Schwert" wird:
- (1) Nach der Begründung (BR-DR 458/04, S. 41 ff) muss der Kläger im Einzelfall konkret vortragen, welche nachteiligen Folgen die noch zu erwartende Verfahrensdauer für ihn haben werde. Über solche Nachteile kann Streit entstehen. Dann wird die Abwägung regelmäßig nicht zugunsten des Klägers ausfallen können.
- (2) Der Beklagte könnte überdies regelmäßig einwenden, der Kläger habe sich die Nachteile selbst zuzuschreiben, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben. Dazu wird der Beklagte etwa darauf hinweisen können, dass der Kläger von den Sicherungsmöglichkeiten des § 648a BGB keinen Gebrauch gemacht habe. Der Richter wird dann regelmäßig vor der Frage stehen, ob die Abwägung der beiderseitigen Interessen eine vorläufige Zahlungsanordnung rechtfertigt, obwohl der klagende Unternehmer die ihm vom Gesetz eingeräumten Sicherungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft hat.
- cc) Nach § 302a Abs. 3 ZPO-E steht die vorläufige Zahlungsanordnung einem vorläufig vollstreckbaren Endurteil gleich. Der Gesetzentwurf sieht die Anwendung der §§ 708 ff ZPO vor (BR-Dr. 458/04, S. 44). Also muss der Richter die vorläufige Zahlungsanordnung für vorläufig vollstreckbar erklären. Da der Entwurf - an sich zu Recht - keine Ergänzung der §§ 708 ff ZPO vorsieht, wird der Richter die Vollstreckung aus der vorläufigen Zahlungsanordnung häufig nur gegen Sicherheitsleistung für vollstreckbar erklären dürfen (§ 709 ZPO). Der praktische Nutzen der vorläufigen Zahlungsanordnung wird auf diese Weise geringer, weil der Gläubiger regelmäßig seine Liquidität wird beschränken müssen, um die Sicherheit zu leisten.
- b) Unanfechtbarkeit und kurze Begründung des Beschlusses: § 302 a Abs. 7 ZPO-E sieht die Unanfechtbarkeit des Beschlusses vor, der kurz zu begründen ist. Bedenken gegen die Kategorie der "kurzen" Begründung sind bereits oben dargelegt worden. Die Unanfechtbarkeit des Beschlusses ist ebenfalls bedenklich: Sie ist es nicht nur aus rechtsstaatlichen Erwägungen, sondern auch deshalb, weil sich keine gefestigten einheitlichen Grundsätze zur neuen Regelung entwickeln können (vgl. Kniffka, IBR 2004, 483, 485).

## **5. § 750a ZPO-E - Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung**

Der Bundesrat hatte im Vorentwurf für ein Forderungssicherungsgesetz - BT-Drucks. 14/9848 (fortan auch „Vorentwurf“) - vorgeschlagen, eine Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung von Schuldnern auf Antrag des Gläubigers mit den bei der Polizei angesiedelten Fahndungshilfsmitteln des Staatsanwalts (dort noch fälschlich nur als „Fahndungshilfsmittel der Polizei“ nach RiStBV bezeichnet) in die ZPO aufzunehmen. Dieser Vorschlag wurde nach der Empfehlung der Bundesratausschüsse vom 01.06.2004 – zu BR-Drucks. 458/04 (fortan auch „Empfehlung“) - unter dem Hinweis auf die vermeintliche Verfassungswidrigkeit einer Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung aus dem Entwurf herausgenommen. Damit wird dem Interesse an einer wirksamen Ermittlung von „untergetauchten“ Schuldnern nicht mehr entsprochen.

Der DAV spricht sich nochmals dafür aus, dass die Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung zur Stärkung der ohnehin notleidenden Zwangsvollstreckung in die ZPO aufgenommen wird. Die Anwaltschaft beobachtet mit großer Sorge, dass die Instrumente der Zwangsvollstreckung oftmals zu schwach sind, um die berechtigten Interessen der Gläubiger wie der Allgemeinheit an einer wirkungsvollen Zwangsvollstreckung zu verwirklichen. Eine ineffektive Zwangsvollstreckung stellt aber das staatliche Gewaltmonopol faktisch in Frage. Schon jetzt ist zu beobachten, dass dubiose „Zwangsvollstreckungsunternehmen“ am Markt an Geltung gewinnen.

Der DAV teilt die Bedenken an der Verfassungsgemäßheit der Ausschreibung von Schuldnern zur Fahndung nicht. Die Ausschreibung zur Fahndung würde zwar in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Schuldner aus Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen; allerdings ist der Eingriff im Rahmen der Schrankensystematik gerechtfertigt.

Insbesondere ist der Eingriff verhältnismäßig. Die Maßnahme ist geeignet und erforderlich. An der Erforderlichkeit bestehen auch entgegen der Empfehlung (dort S. 37) keine Bedenken, weil die Möglichkeit besteht, dass ein Schuldner etwa gegenüber der Polizei falsche Angaben zu seinem Wohnsitz macht oder aber zur Vermeidung des Gläubigerzugriffs sogleich verzieht. Immerhin besteht die Möglichkeit, dass der Schuldner richtige Angaben macht und nicht sodann sofort verzieht. Der DAV hält letzteres für wahrscheinlicher.

Auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist bei der Abwägung der Interessen des Schuldners gegen die Interessen des Gläubigers und der Öffentlichkeit an einer effektiven Zwangsvollstreckung gegeben. In der Begründung der Empfehlung wird schon bei der Abwägung außer acht gelassen, dass auch die Allgemeinheit ein Interesse an der effektiven Zwangsvollstreckung hat. Durch unseriöses Schuldnergebaren entstehen der Volkswirtschaft Schäden. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse des Schuldners, weiterhin nicht entdeckt zu werden, nicht schützwürdig. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich jeder Schuldner einer ihm lästigen Ausschreibung zur Fahndung leicht entziehen kann, indem er dem Gläubiger seine Adresse mitteilt. Auch ist nicht zu befürchten, dass die Schuldner durch Fahndungsmaßnahmen quasi als Straftäter diskriminiert werden. Im Rahmen der Fahndung wird der Verfahrensgrund bezeichnet. Schließlich verfängt auch nicht der Hinweis der Empfehlung auf das polizeirechtliche Subsidiaritätsprinzip, weil dieses nur dann greift, wenn eben keine Ausschreibung zur Fahndung im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens nach § 750a ZPO eingeführt wird.

## **6. §§ 756, 765 ZPO-E - Zwangsvollstreckung bei Leistung Zug um Zug**

Grundsätzlich begrüßt der DAV die Absicht, eine Gutachterbescheinigung nach dem Modell des bisherigen § 641a Abs. 1 BGB auch bei Zug-um-Zug-Titeln einzuführen. Gleichwohl ist die Konstruktion im einzelnen zu verbessern.

- a) § 756 Abs. 1 a ZPO-E sieht den Beweis der Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers für den Fall vor, dass der Gläubiger zur Nacherfüllung verpflichtet ist. Im weiteren Text verwendet der Entwurf zweimal den Terminus Werk, obwohl begrifflich die Nacherfüllung auch bei Kaufverträgen möglich ist. Der DAV hält es für sinnvoll, den Anwendungsbereich von § 756 Abs. 1 a ZPO-E nicht nur auf Werkverträge zu beschränken und schlägt deshalb vor, das Tatbestandsmerkmal Werk durch Gegenstand oder Vertragsgegenstand zu ersetzen.
- b) Der jetzige Entwurf würde die Entscheidung, ob der Beweis durch Sachverständigengutachten erfolgreich geführt wurde, dem Gerichtsvollzieher überantworten. Damit erweitert sich die ohnehin für Gerichtsvollzieher bestehende Problematik, die Ordnungsgemäßheit der Gegenleistung nach der bisherigen Fassung des § 756 ZPO festzustellen (vgl. Zöller/Stöber, § 756, Rn. 7). Hinzu kommt, dass Bestrebungen zu erkennen sind, das Gerichtsvollzieherwesen zu privatisieren. Das Privatgutachten muss deshalb durch einen Beschluss des Vollstreckungsgerichts zum ausreichenden Beweis nach 756 ZPO erhoben werden. Deshalb ist § 756 Abs. 1 a ZPO am Ende um folgenden Satz zu ergänzen:

„Der Beweis durch Gutachten ist nur geführt, wenn dies zuvor vom Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers beschlossen wird.“

## **7. § 909 ZPO-E - Verhaftung**

Der Vorentwurf sah noch in § 909 Abs. 1 a ZPO-E vor, dass auf Antrag des Gläubigers auf richterlichen Beschluss zur Vollstreckung des Haftbefehls die Ausschreibung zur Verhaftung durch die Polizei möglich war. Auch diese Einfügung wurde aufgrund der Empfehlung aus dem Entwurf herausgenommen. Der DAV befürwortet die Einführung der Möglichkeit, den Schuldner auch durch die Polizei verhaften zu lassen, wenn die Voraussetzungen des bisherigen § 909 Abs. 1 ZPO vorliegen. Derzeit ist die Verhaftung eines Schuldners, der seiner Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach §§ 900 ZPO nicht nachkommt, nur durch den Gerichtsvollzieher möglich. In der Praxis hat sich dieses Instrument als schwach erwiesen. In der Empfehlung wurde die Abweichung zum Vorentwurf bei § 909 Abs. 1 a ZPO-E wiederum mit Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit begründet. Diese Bedenken teilt der DAV nicht. Auch hier sind die Interessen des Schuldners am Nichtverhaftetwerden gegen das Interesse der Allgemeinheit und des Gläubigers an der wirksamen Zwangsvollstreckung abzuwägen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass unstrittig die Verhaftung durch den Gerichtsvollzieher nicht unverhältnismäßig ist. Die Unverhältnismäßigkeit im Falle der Verhaftung durch die Polizei kann also nur daraus resultieren, dass die Verhaftung durch die Polizei effektiver ist. Angesichts des Umstandes, dass ein Schuldner sich der Repressalien einer Verhaftung leicht durch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung entziehen kann, überwiegen die Schutzinteressen des Schuldners hieran nicht.

## **Zu Artikel 9 des FoSiG-E, Änderung des Aktiengesetzes**

Die Erweiterung der Bestellungshindernisse für Vorstandsmitglieder um die Straftatbestände des GmbHG und des AktG sowie der §§ 263-264 a, 265 b- 266 a StGB und § 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen ist zu begrüßen. Allerdings wird diese Änderung von dem Titel des Entwurfes nicht mehr umfasst – auch nicht die Erweiterung um den Tatbestand des § 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen.

Zu dieser Vorschrift empfiehlt sich eine Übergangsfrist zwischen Verkündung und Inkrafttreten von mindestens drei Monaten, damit sich die Praxis bei der Anmeldung neuer Vorstände auf die neue Rechtslage einstellen kann.

## **Zu Artikel 11 des FoSiG-E, Änderung des GmbHG**

Die zu Nr. 2 a) vorgeschlagene Änderung wird begrüßt. Die Anmerkung oben bei Artikel 9 gilt auch hier.

Die Nr. 2 b) ist abzulehnen. Nach dieser Vorschrift sollen Gesellschafter, die eine Person, welche nicht zum Geschäftsführer bestellt werden kann, vorsätzlich oder grob fahrlässig zum Geschäftsführer bestellen oder ihr tatsächlich die Führung der Geschäfte überlassen, für die ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen dieser Person gegenüber der Gesellschaft einstehen. Zwar ist das Anliegen dieser Vorschrift nachvollziehbar und im Grundsatz auch zu billigen. Es gibt aber Anlass zur Kritik in verschiedener Hinsicht.

Mit der Vorschrift wird unterstellt, dass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Bestellungshindernis und der späteren Pflichtverletzung besteht. Das ist keineswegs sicher.

Auch die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hilft hier nicht. Der Geschäftsführer muss bei der Anmeldung zum Handelsregister versichern, dass kein Bestellungshindernis vorliegt. Wenn die Gesellschafter für grobe Fahrlässigkeit haften sollen, impliziert dies, dass sie sich auf diese Erklärungen nicht verlassen dürfen, sondern irgendwelche Nachforschungen anstellen müssen. Dafür gibt es keinen Pflichtenkanon. Dieser müsste erst definiert werden.

Die Vorschrift hat in einem Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen nichts zu suchen. Wenn der Gedanke dieser Vorschrift aufgenommen werden soll, ist er im Zusammenhang mit einem gesellschaftsrechtlich ausgerichteten Gesetzesvorhaben vorzulegen und dann im dazu gehörenden Kontext zur Diskussion zu stellen.

Die Vorschrift geht auch zu weit und wird den Besonderheiten des GmbH-Rechts insoweit nicht gerecht, als sie die Gesellschafter zum Schadensersatz verpflichtet, auch wenn der Schaden das Stammkapital der Gesellschaft, welches zur Disposition der Gesellschafter steht, nicht beeinträchtigt. Zwar können in einen solchen Fall die Gesellschafter (jedenfalls einstimmig) auf einen Schadensersatzanspruch verzichten. Jedoch würde ein solcher Verzicht als sogenannte verdeckte Gewinnausschüttung möglicherweise nachteilige Steuerfolgen haben.

Solange das Stammkapital intakt bleibt, besteht ein Regelungsbedürfnis nur zum Schutze von Minderheitsgesellschaftern. Die Vorschrift lässt sich nicht in einer Weise auslegen, dass sie nur zum Schutze von Minderheitsgesellschaftern wirken würde.