

## Problemstellung und Gang der Untersuchung

Vertragsschlüsse werden meist vom Vertrauen der vertragsgemäßen Erfüllung aller vereinbarten Ansprüche getragen. Im Falle einer insolvenzbedingten Leistungsunfähigkeit oder eines mangelnden Leistungswillens entlarvt sich dieses Vertrauen jedoch als Illusion. Gesetzliche und vertragliche Sicherheiten begegnen diesem Risiko, indem sie die Nichterfüllung des gesicherten Anspruchs finanziell ausgleichen.<sup>1</sup>

Beim Abschluss eines Bauvertrags fällt die Zuversicht in puncto Vertragserfüllung berechtigterweise nicht allzu groß aus. Dies hängt auf Auftraggeberseite vor allem mit den immer wiederkehrenden Insolvenzwellen im Baugewerbe zusammen.<sup>2</sup> Auf Seiten des Auftragnehmers ist demgegenüber seine mit der Vorleistungspflicht verbundene finanzielle Durststrecke als Ursache anzuführen. Der Werklohnanspruch des Bauunternehmers wird gemäß § 641 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 650g Abs. 4 BGB erst mit Abnahme und Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung fällig. In der Realität erfolgt die Zahlung hingegen meist erst sehr viel später.<sup>3</sup> Durch diese rechtlichen und tatsächlichen Umstände wird der Bauunternehmer über eine äußerst lange Zeitspanne – vom Vertragsschluss bis zur letztendlichen Bezahlung der vollen Werklohnforderung – dem Insolvenzrisiko seines Auftraggebers ausgesetzt.

Dem daraus resultierenden Sicherungsbedürfnis beider Vertragsparteien wird das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner derzeitigen Fassung nicht gerecht. Lediglich der Auftragnehmer wird durch die §§ 650e, 650f BGB – allerdings nicht immer ausreichend – geschützt. Für Auftraggeber besteht hingegen nur im Rahmen eines Verbraucherbauvertrags ein Sicherungsinstrument nach § 650m Abs. 2 BGB.

Angesichts der bestehenden Schutzlücken ist die vertragliche Vereinbarung von Sicherheiten durch sog. Sicherungsabreden in der Baubranche „gewerbeüblich“<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Weise*, Sicherheiten, Rn. 1.

<sup>2</sup> Vgl. *Nossek*, NJW 2015, 1985, der die „traditionell hohe Anzahl von Unternehmensinsolvenzen im Baugewerbe“ hervorhebt; *Zander/Wittler*, NJW 2020, 1927, 1929 Rn. 19 attestieren, dass das Sicherungsinteresse auf Auftraggeberseite trotz der zurückgegangenen Insolvenzen im Baugewerbe ungebrochen ist.

<sup>3</sup> Die schlechte Zahlungsmoral der Auftraggeber – vor allem in der Bauwirtschaft – war unter anderem der Hauptgrund für zahlreiche Novellierungen durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und das Forderungssicherungsgesetz, vgl. BT-Drs. 14/1246, S. 4 und BT-Drs. 16/511, S. 1.

<sup>4</sup> *Kleine-Möller*, NZBau 2002, 585; *Thode*, ZfBR 2002, 4 bezeichnet Sicherungsabreden als „Standard der Bauverträge“; *Roquette/Fußy*, NZBau 2013, 65 sprechen von einer „übliche[n] Praxis“; nach *Hildebrandt*, BauR 2007, 203 gehören Sicherungsabreden „zur täglichen Praxis“ der Bauvertragsparteien.

Zur Durchsetzung vertraglicher Sicherheiten ist üblicherweise nur die Vertragspartei mit der größeren Verhandlungsmacht in der Lage. Gewöhnlich ist dies der gewerbliche Auftraggeber.<sup>5</sup> Der private „Häuslebauer“ wird demgegenüber neben seiner fehlenden Verhandlungsmacht oftmals nicht einmal Kenntnis von seinen Sicherungsmöglichkeiten haben.<sup>6</sup> Daher wird in diesem Verhältnis regelmäßig einzig der Auftragnehmer auf Sicherheiten bestehen.

Sicherungsabreden leiden in der Praxis oftmals an unklaren oder unvollständigen Formulierungen. Darüber hinaus sind sie aufgrund der strengen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 BGB nahezu ausschließlich als formularvertragliche Abreden zu qualifizieren.<sup>7</sup> Dies zieht zwangsläufig die Inhaltskontrolle derartiger Bestimmungen gemäß § 307 BGB nach sich. Vor diesem Hintergrund sind in der Vergangenheit unzählige Sicherungsabreden von der Rechtsprechung als unwirksam angesehen worden.<sup>8</sup> Die Auswirkungen einer unwirksamen Sicherungsabrede sind für den jeweiligen Sicherungsnahmer verheerend und bedeuten nicht selten seinen wirtschaftlichen Ruin.<sup>9</sup>

Eine wesentliche Aufgabe dieser Arbeit wird daher darin bestehen, die bisherige Rechtsprechung zu den Unwirksamkeitsgründen formularmäßiger Sicherungsabreden vollständig zu durchdringen und kritisch zu analysieren. Das Hauptaugenmerk soll hierbei – aufgrund ihrer weitaus größeren Praxisrelevanz – auf den vom gewerblichen Auftraggeber gestellten Sicherungsabreden liegen. Zudem wird sich die Betrachtung auf das häufigste und wichtigste Sicherungsmittel des nationalen Bauvertragsrechts – die Bankbürgschaft<sup>10</sup> – konzentrieren. Der ebenfalls bedeutsame Sicherheitseinbehalt wird lediglich *en passant* behandelt.

Bevor auf diesen für die Arbeit zentralen Themenkomplex eingegangen wird, soll die strukturelle Risikoverteilung bei Bauverträgen und die Reichweite der bestehenden gesetzlichen Sicherheiten analysiert werden, um auf dieser Basis das verbleibende Sicherungsbedürfnis der Vertragsparteien herausarbeiten zu können (2. Kapitel). In diesem Rahmen werden zunächst die gesetzlichen Sicherungsinstrumente ausführlich dargestellt und insofern auch Verbesserungsvorschläge unterbreitet. Hierin liegt zugleich der erste Schwerpunkt der Abhandlung. Sodann folgen im 3. Kapitel allgemeine Ausführungen zur Dogmatik des Bürgschaftsrechts. Dieser relativ kurze Abschnitt ist erforderlich, um ein Grundverständnis für die Vorschriften der §§ 765 ff. BGB zu vermitteln. Anschließend (4. Kapitel) wird der zweite Schwerpunkt auf die vertragliche Absicherung des gewerblichen Auftraggebers gelegt. An dieser Stelle erfolgt insbesondere eine eingehende Auseinander-

<sup>5</sup> Glöckner, VuR 2016, 163, 164; Glöckner, JZ 2020, 63, 66; Windorfer, NZBau 2017, 460.

<sup>6</sup> Pause, BauR 2009, 898, 904; Glöckner, JZ 2020, 63, 71.

<sup>7</sup> Hierzu ausführlich unten, S. 172 ff.

<sup>8</sup> Hierzu ausführlich unten, S. 194 ff.

<sup>9</sup> Hierzu ausführlich unten, S. 182 ff.

<sup>10</sup> Vereinzelt wird auch auf die verwandten Bürgschaften von Versicherungsgesellschaften eingegangen.

setzung mit der oben beschriebenen Problematik der unwirksamen Sicherungsabreden. Hiernach widmet sich das 5. Kapitel speziell den gesetzlichen und vertraglichen Absicherungsmöglichkeiten des Auftragnehmers im Rahmen von Verbraucherbauverträgen. Abschließend werden im 6. Kapitel die Kernaussagen der Arbeit zusammengefasst. Zudem wird ein Blick auf künftige Rechtsentwicklungen geworfen. Begonnen werden soll angesichts des recht neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts jedoch mit einem kurzen historischen Rückblick (1. Kapitel). In diesem Rahmen wird dem Leser auch ein Überblick über die gesetzlichen Neuregelungen gegeben. Zudem erfolgt eine nähere Bestimmung der zentralen Begriffe des Bau- und Verbraucherbauvertrags.

Sämtliche Ausführungen dieser Arbeit beziehen sich ausschließlich auf nationale Bau- und Verbraucherbauverträge, die dem deutschen Recht nach §§ 650a und 650i BGB unterliegen. Der Bauträgervertrag (§ 650u BGB) ist nicht Gegenstand der folgenden Abhandlung, da sich bei diesem Vertragstyp gesonderte Absicherungsfragen stellen, die von der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) geregelt werden.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Hierzu vertiefend Messerschmidt/Voit/Wolff, M Rn. 83 ff.