

Inhaltsverzeichnis

Problemstellung und Gang der Untersuchung	13
--	----

Erstes Kapitel

Rechtsgrundlagen – Von der Schaffung des BGB zum gesetzlichen Bauvertragsrecht	16
---	----

A. Die Grundkonzeption des historischen Gesetzgebers	16
B. Die Wesensmerkmale von Bauverträgen	17
C. Die VOB/B als faktische Ersatzrechtsordnung	18
D. Bedürfnis für die Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts	21
E. Das gesetzliche Bauvertragsrecht	21
I. Der Bauvertrag, § 650a BGB	22
II. Der Verbraucherbauvertrag, § 650i BGB	24
III. Überblick über die Eckpfeiler der Neuregelung	28
F. Bewertung der Neuregelung und Zukunft der VOB/B	29
G. Auswirkungen der Neuregelung auf formularvertragliche Sicherungsabreden	31

Zweites Kapitel

Bauvertragliche Risikoverteilung und gesetzliche Sicherheiten	32
--	----

A. Die Abnahme als Dreh- und Angelpunkt der bauvertraglichen Risikoverteilung	32
I. Die dogmatische Struktur der Abnahme	32
II. Risikoverteilung vor und nach der Abnahme	34
B. Gesetzliche Schutz- und Sicherungsinstrumente	36
I. Gesetzliche Schutz- und Sicherungsinstrumente zugunsten des Auftragnehmers	36
1. Abschlagszahlungen	37
a) Die dogmatische Struktur von Abschlagszahlungen	37
b) Entwicklung und Bewertung des gesetzlichen Abschlagszahlungsanspruchs	41

2. Sicherungshypothek des Bauunternehmers	43
a) Die dogmatische Struktur des § 650e BGB	44
b) Sicherungsfähige Forderungen	46
c) Sicherungsobjekt: Grundstück des Bestellers	47
d) Vorrangige Grundpfandrechte fremdfinanzierender Banken	48
e) Verbliebene Praxisrelevanz des § 650e BGB	51
3. Bauhandwerkersicherung	55
a) Kreis der geschützten Bauunternehmer	55
b) Sicherungsfähige Forderungen, Höhe der Sicherheitsleistung und Geltendmachung des Anspruchs	57
c) Das gängigste Sicherungsmittel: Die Bankbürgschaft	58
aa) Die Rechtsverhältnisse im Rahmen von Bankbürgschaften	59
bb) Anforderungen an den Bürgen im Rahmen von § 650f BGB	61
cc) Anforderungen an die Ausgestaltung der Bankbürgschaft	63
dd) Inanspruchnahme der Bankbürgschaft	65
ee) Rückgewähr der Bankbürgschaft	69
(1) Enthftung des Bürgen	69
(2) Rückgabe der Bürgschaftsurkunde	71
(3) Abweichende Rechtslage bei Vereinbarung einer Rückgabeklausel?	72
d) Die Handlungsmöglichkeiten des Auftragnehmers im Rahmen von § 650f BGB	73
aa) Die gerichtliche Geltendmachung des Sicherungsanspruchs	73
(1) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 06.03.2014	74
(2) Die Entscheidung des Kammergerichts vom 15.06.2018	75
(3) Stellungnahme	76
(4) Folgerungen für die Behandlung von Einheitspreisverträgen und Nachtragsforderungen	78
bb) Das Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrecht	81
(1) Das Verhältnis zwischen den beiden Handlungsmöglichkeiten	81
(2) Das Leistungsverweigerungsrecht	82
(3) Das Kündigungsrecht	86
e) Kostentragung	87
f) Der zwingende Charakter des § 650f BGB	90
g) Das Verhältnis von § 650f BGB zu § 650e BGB und vertraglichen Sicherheiten	94
4. Abschließende Würdigung	96
II. Gesetzliche Schutz- und Sicherungsinstrumente zugunsten des Auftraggebers	105
1. Das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB	105
2. Das Aufrechnungsrecht gemäß §§ 387 ff. BGB	106
3. Die Vertragserfüllungssicherheit gemäß § 650m Abs. 2 BGB	107
a) Die Rechtsnatur des Sicherungsinstruments	108

b) Sicherungsmittel 111
 c) Sicherungszweck 112
 d) Verwertung und Rückgewähr der Sicherheit 114
 4. Abschließende Würdigung 115
 C. Verbliebenes Sicherungsbedürfnis von Auftraggeber und Auftragnehmer 117

Drittes Kapitel

Die dogmatische Struktur der Bürgschaft 119

A. Akzessorietäts- und Subsidiaritätsprinzip 119
 I. Das Akzessorietätsprinzip 119
 1. Akzessorietät in der Entstehung 119
 2. Akzessorietät im Erlöschen 120
 3. Akzessorietät in der Rechtszuordnung 120
 4. Akzessorietät im Umfang 120
 5. Akzessorietät in der Durchsetzbarkeit 122
 6. Die Funktionen des Akzessorietätsprinzips 126
 II. Das Subsidiaritätsprinzip 127
 1. Die Einrede der Vorausklage, § 771 BGB 127
 2. Die Einrede der Aufrechenbarkeit, § 770 Abs. 2 BGB 128
 B. Abgrenzung der Bankbürgschaft zu verwandten und speziellen Rechtsinstituten 131
 I. Die Bankgarantie (auf erstes Anfordern) 132
 II. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern 140

Viertes Kapitel

**Die vertragliche Absicherung des gewerblichen Bestellers
 mittels Bankbürgschaft** 145

A. Einleitender Überblick 145
 B. Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften 145
 I. Sicherungszweck einer Vertragserfüllungsbürgschaft 146
 1. Grundsätzliches 147
 2. Aus § 14 S. 1 AEntG und verwandten Vorschriften folgende Regressansprüche 148
 3. Haftung für Forderungen aus Nachträgen 157
 4. Ansprüche auf Rückgewähr von Überzahlungen 163
 5. Mängelansprüche 164
 II. Sicherungszweck einer Gewährleistungsbürgschaft 167

III. Lösung: Klare Festlegung des Sicherungszwecks in der Sicherungsabrede	169
C. Die Unwirksamkeit formularvertraglicher Sicherungsabreden	171
I. Sicherungsabreden als Allgemeine Geschäftsbedingungen	172
1. Für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Sicherungsabrede	172
2. Stellen der Sicherungsabrede	173
3. Nicht im Einzelnen ausgehandelte Sicherungsabrede	174
4. Darlegungs- und Beweislast	175
II. Zweck, Maßstab und Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle	176
1. Sinn und Zweck der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	176
2. Maßstab der Inhaltskontrolle	178
3. Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle	181
III. Folgen einer unwirksamen Sicherungsabrede für den Auftraggeber	182
1. Rechtslage aus Sicht des Auftragnehmers	183
2. Rechtslage aus Sicht der bürgenden Bank	185
3. Fazit und Folgefragen	191
IV. Analyse der Rechtsprechung zu den häufigsten Unwirksamkeitsgründen	194
1. Verknüpfung von Bürgschaft und Sicherheitseinbehalt	195
2. Übersicherung des Auftraggebers	200
a) Zulässige Obergrenze für Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicher-	
heiten	200
b) Übersicherung durch Kumulation	210
aa) Vertragserfüllungsbürgschaft und nachteilige Abschlagszahlungsver-	
einbarung	210
(1) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 09.12.2010	210
(2) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.06.2016	213
bb) Überschneidung der Sicherungszwecke von Vertragserfüllungs- und	
Gewährleistungsbürgschaft	216
(1) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.03.2004	216
(2) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.05.2011	220
(3) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.03.2014	223
(4) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 01.10.2014	224
(5) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 22.01.2015	226
(6) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.07.2020	226
(7) Abschließende Folgerungen aus den Urteilen	227
3. Abbedingung bürgschaftsrechtlicher Schutzvorschriften	228
a) Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern	228
aa) Das Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs vom 05.06.1997 – ein	
Flächenbrand	229
bb) Keine Aufrechterhaltung der zuvor dargestellten Sicherungsabrede	
durch Klauselteilung und ergänzende Vertragsauslegung	231

- cc) Das zweite Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs vom 18.04.2002 233
- dd) Verhinderung eines zweiten Flächenbrands 235
- ee) Zulässigkeit der Ablösung eines Gewährleistungseinhalts durch selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft 237
- ff) Auch keine Bürgschaften auf erstes Anfordern in formularvertraglichen Sicherungsabreden der öffentlichen Hand 239
- gg) Keine ergänzende Vertragsauslegung bei alleiniger Ablösungsmöglichkeit des Gewährleistungseinhalts durch Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern 240
- hh) Weitere Konkretisierungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung . . . 242
 - ii) Fazit 243
- b) Ausschluss der abgeleiteten Einreden des Bürgen, § 768 Abs. 1 S. 1 BGB 244
 - aa) Das Urteil vom 12.02.2009 – Vertragserfüllungsbürgschaft unter Ausschluss des § 768 Abs. 1 S. 1 BGB 244
 - bb) Die Urteile vom 16.06.2009 und 28.07.2011 – Gewährleistungseinbehalt, ablösbar durch Gewährleistungsbürgschaft unter Ausschluss des § 768 Abs. 1 S. 1 BGB 247
 - cc) Kritische Würdigung und Fazit 250
- c) Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit, § 770 Abs. 2 BGB 251
 - aa) Die Entscheidungen vom 24.10.2017 251
 - bb) Kritische Würdigung und Fazit 253
 - d) Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit, § 770 Abs. 1 BGB 256
- 4. Blockade des Austauschrechts 259
- V. Zusammenfassung und Folgerungen aus der Rechtsprechungsentwicklung 260
- VI. Bisherige Reformvorschläge und Stellungnahme 262
 - 1. Die Reformvorschläge des 3. und 6. Deutschen Baugerichtstags 262
 - 2. Stellungnahme 263

Fünftes Kapitel

**Die gesetzliche und vertragliche Absicherung des Auftragnehmers
im Rahmen von Verbraucherbauverträgen** 266

- A. Einführung 266
- B. Gesetzliche Absicherung 266
 - I. Ursprung und Entwicklung des Privilegierungstatbestandes 266
 - II. Ratio legis des Privilegierungstatbestandes und bisherige Kritik 267
 - III. Stellungnahme 269
- C. Vertragliche Absicherung 270
 - I. Die Rechtslage bis zum 31.12.2017 270

II. Die Rechtslage ab dem 01.01.2018	271
III. Bisherige Kritik an § 650m Abs. 4 BGB und Stellungnahme	272

Sechstes Kapitel

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Ausblick	274
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	274
I. Vorschläge zur zukünftigen Absicherung des Auftragnehmers	274
II. Vorschläge zur zukünftigen Absicherung des Auftraggebers	276
B. Ausblick – Neue Versicherungsformen	277
Literaturverzeichnis	283
Sachwortverzeichnis	305