

Handbuch der Sicherheiten am Bau

**Mit Erläuterungen und Mustern
für Auftraggeber und Auftragnehmer**

Von Jörg Schmidt und
Helge Winzen

Werner Verlag

Vorwort	V
1. Kapitel: Die Bauvertragsbürgschaft für den Auftraggeber	1
A. <i>Bürgschaftszweck</i>	1
B. <i>Vereinbarung der Bürgschaft</i>	2
I. <i>Allgemeines</i>	2
II. <i>Verhältnis zu anderen Sicherungsmitteln</i>	3
III. <i>Sicherungszweck</i>	3
IV. <i>Sicherungshöhe</i>	4
C. <i>Voraussetzungen nach § 17 Nr. 4 VOB/B und BGB</i>	5
I. <i>Tauglichkeit</i>	5
II. <i>Bürgschaft auf Zeit</i>	6
III. <i>Schriftform</i>	6
IV. <i>Verzicht auf die Einrede der Vorausklage</i>	6
V. <i>Nach Vorschrift des Auftraggebers</i>	7
D. <i>Bürgschaftsgebühr: Werbungskosten?</i>	8
E. <i>Arten der Bürgschaft</i>	9
I. <i>Bietungsbürgschaft</i>	9
II. <i>Abschlagszahlungs- und Vorauszahlungsbürgschaft</i>	10
III. <i>Vertragserfüllungsbürgschaft</i>	11
IV. <i>Gewährleistungsbürgschaft</i>	13
F. <i>Verwertung und Rückgabe der Bürgschaft</i>	14
I. <i>Verwertung</i>	14
II. <i>Rückgabe</i>	15
1. <i>Allgemeines</i>	15
2. <i>Gewährleistungsbürgschaften</i>	16
2. Kapitel: Sicherungsmöglichkeiten speziell für den Auftragnehmer	19
A. <i>Allgemeines</i>	19
B. <i>Bauhandwerkersicherungshypothek</i>	20
I. <i>Gesetzliche Regelung</i>	20

Inhaltsverzeichnis

	Seite
II. Wert der Bauhandwerkersicherung	20
III. Arbeiten an einem Bauwerk	21
IV. Leistungen für Teile eines Gebäudes	22
V. Bauträger, Generalunternehmer und Nachunternehmer	22
VI. Architekten, Ingenieure	24
VII. Umbauten und Instandsetzungen	25
VIII. Gesicherte Ansprüche	25
IX. Zeitpunkt der Eintragung	26
X. Höhe	27
XI. Grundstückseigentümer und Auftraggeber müssen dieselbe Person sein	27
1. Keine Anwendung des § 242 BGB nach Einführung des § 648 a BGB (OLG Celle)	28
2. Einzelfälle der Durchgriffshaftung gem. § 242 BGB	29
3. Die Lösung des Identitätsproblems über die Regeln der Ermächtigung	31
4. Gesetzliche Regeln über den Durchgriff auf den Grundstückseigentümer	32
XII. Die Eintragung der Vormerkung durch einstweilige Verfügung	32
1. Allgemeines	32
2. Die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung	34
3. Praxistip	35
4. Zuständigkeit	35
5. Fristen für die Vollziehung und Zustellung der einstweiligen Verfügung	35
6. Rechtsbehelfe gegen die einstweilige Verfügung	36
a) Antrag auf Klageerhebung	37
b) Widerspruch/Berufung	37
c) Aufhebung wegen veränderter Umstände	37

	Seite
7. Die Verpflichtung zum Schadensersatz, wenn die einstweilige Verfügung aufgehoben wird	38
8. Kostenentscheidung	38
C. Bürgschaften für den Auftragnehmer	39
I. Die Sicherung durch das Bauhandwerker-sicherungsgesetz	39
1. Geschützter Personenkreis	39
a) Unternehmerbegriff	39
b) Architekten, Ingenieure usw.	40
2. Verpflichteter Personenkreis	40
3. Die Ausnahmetatbestände	41
a) Die Ausnahme zugunsten juristischer Personen des öffentlichen Rechts	41
b) Das „Einfamilienhausprivileg“	41
4. Die Höhe des Sicherungsanspruchs	42
a) Die Bestimmung des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs	43
b) Nachtragsbeauftragungen	44
c) Die Berücksichtigung von Abschlagszahlungen und Vorauszahlungen	44
d) Die Berücksichtigung von Gewährleistungsansprüchen des Auftraggebers	45
II. Überblick über die übrigen Sicherungsmöglichkeiten gem. § 648 a BGB	45
1. Hinterlegung	46
2. Verpfändung von Buchforderungen	47
3. Verpfändung beweglicher Sachen	47
4. Bestellung einer Hypothek	47
III. Die Voraussetzungen für die Auszahlung der Bürgschaft an den Gläubiger	47
IV. Der Widerrufsvorbehalt des § 648 a Abs. 1 Satz 3 BGB	48

	Seite
V. Die Kosten der Sicherheitsleistung	49
VI. Das Anfordern der Sicherheit	50
1. Fristsetzung und Leistungsverweigerungsrecht	50
2. Nachfristsetzung und Kündigung	50
3. Zulässigkeit der einfachen Fristsetzung ohne Kündigungsandrohung	51
4. Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung	52
a) Abrechnung der erbrachten Leistungen	52
b) Ersatz des „Vertrauensschadens“	52
c) Ersatz von Behinderungskosten	52
5. Ausschluß der Bauhandwerkersicherungshypothek, wenn eine Sicherheit nach § 648 a BGB geleistet ist	53
6. Sicherheit gemäß § 648 a BGB auch für „erbrachte Bauleistungen“	54
7. Kein Ausschluß der Bauhandwerkersicherung möglich	55
D. <i>Die Bürgschaft nach § 7 MaBV</i>	56
I. Allgemeines	56
II. Einzelheiten der Bürgschaft	57
III. Auswechseln der Sicherheiten	58
E. <i>Bürgschaften bei ARGEN</i>	59
I. Allgemeines	59
II. Doppelte Bürgschaftsbelastung	60
III. Externe Partnerbürgschaften	60
IV. Sonstige Bürgschaften innerhalb der ARGE	62
1. Bürgschaft für vorläufige Ausschüttungen, § 11.25	62
2. Bürgschaften für ARGE-Gesellschafter als Nachunternehmer	62
V. Anforderungen der Bürgschaft durch die kaufmännische Geschäftsführung	63
VI. Folgen nicht rechtzeitiger Bürgschaftsstellung	63

	Seite
1. -Ausgleichszahlung	63
2. Änderung des Beteiligungsverhältnisses	64
3. Schadensersatz	64
4. Ausschluß	64
VII. Avalkosten	65
1. Avalkosten zu Lasten der Gesellschafter, § 20.11	65
2. Avalkosten zu Lasten der ARGE, § 20.12	65
F. <i>Sicherung durch Eigentumsvorbehalt des Baustofflieferanten</i>	66
I. Eigentumsverlust bei Einbau auf einem fremden Grundstück	66
II. Eigentumsverlust bei einem Einbau in einem fremden Gebäude	67
III. Keine Abänderung aufgrund Vereinbarung möglich	67
IV. Keine Prüfungspflicht des Bauherrn	68
V. Die Möglichkeit der Sicherung durch verlängerten Eigentumsvorbehalt	68
1. Allgemeines	68
2. Die Gefährdung des verlängerten Eigentumsvorbehalts durch Globalzession des Kunden	69
3. Kapitel: Besondere Gestaltungsformen der Bürgschaft	71
A. <i>Bürgschaft auf erstes Anfordern</i>	71
I. Allgemeines	71
1. Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern	71
2. Pflicht des Bürgen zum Einwand der unzulässigen Rechtsausübung	73
3. Tauglicher Bürge	75
II. Besondere Probleme aus der Praxis	76
1. Bürgschaften auf erstes Anfordern mit Effektivklauseln	76
a) Problemstellung	76

	Seite
b) Wirksamkeit	78
aa) Keine Bedingung gemäß § 158 Abs. 1 BGB, keine Formvorschrift, bloße materielle Anspruchsvoraussetzung	78
bb) Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB und Dissens gemäß § 154 Abs. 1 BGB	79
cc) Bestimmbarkeit	81
dd) Wo ist die Effektivklausel aufzunehmen?	81
c) Bloße Behauptung, Glaubhaftmachung oder Nachweis?	82
aa) Für bloße Behauptung	83
bb) Gegen bloße Behauptung und für Glaubhaftmachung bzw. Nachweis	84
cc) Gegen Glaubhaftmachung und für vollen Nachweis	85
d) Praxistip	86
2. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern im einstweiligen Verfahren	87
a) Problemstellung	87
b) einstweiliges Verfahren	88
aa) Einstweilige Verfügung gegen den Auftraggeber	88
bb) Einstweilige Verfügung gegen den Bürgen	89
(1) Möglichkeit eines Antrags auf einstweilige Verfügung gegen den Bürgen	89
(1) (1) Argumente gegen diese Möglichkeit	89
(1) (2) Argumente für diese Möglichkeit	90
(2) Subsidiaritätsgrundsatz	92
c) Glaubhaftmachung oder liquider Beweis?	92
3. Ergebnis	93

	Seite
<i>B. Weitere Gestaltungsformen der Bürgschaft</i>	94
I. Ausfallbürgschaft	94
II. Teilbürgschaft	94
III. Höchstbetragsbürgschaft	95
IV. Nachbürgschaft	95
V. Rückbürgschaft	95
VI. Globalbürgschaft	95
VII. Mitbürgschaft	96
VIII. Zeitbürgschaft	96
4. Kapitel: Weitere Formen der Sicherheit für Auftraggeber und Auftragnehmer	99
<i>A. Garantie</i>	99
I. Allgemeines	99
II. Abgrenzung Bürgschaft – Garantie	99
1. Allgemeines	99
2. Bürgschaften und Garantien auf erstes Anfordern	100
<i>B. Einbehalt von Zahlungen</i>	102
I. BGB	102
II. VOB	102
III. Insolvenz	103
<i>C. Finanzierungsbestätigung</i>	105
<i>D. Schuldbeitritt/Schuldübernahme</i>	105
<i>E. Patronatserklärung</i>	106
<i>F. GSB</i>	106
<i>G. Hinterlegung (§ 17 Nr. 5 VOB/B, § 232 ff., 372 ff. BGB)</i>	110
<i>H. Dinglicher Arrest</i>	111
<i>I. Vollstreckungsunterwerfung</i>	112
I. Allgemeines	112
II. Klauseln in Bauträgerverträgen	112
	XIII

	Seite
III. Rechtliches Gehör	113
IV. Praxistip	113
<i>J. Leistungsverweigerungsrechte</i>	114
I. Voraussetzung „Vorleistungspflicht“	115
II. Zurückbehaltungsrechte gemäß § 273 BGB und § 369 HGB	116
1. § 273 BGB	116
a) Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts	117
b) Gegenseitigkeit und Durchsetzbarkeit	117
c) Konnexität	117
2. §§ 369 ff. HGB	118
3. Ausschluß der Zurückbehaltungsrechte gemäß §§ 273 BGB, 369 HGB	119
III. Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB	119
1. Inhalt	119
2. Umfang	119
3. Verhältnis der Sicherheitsleistungen zu § 320 BGB	121
a) Konkurrenz	121
b) Anrechnung des Sicherungseinhalts auf das Leistungsverweigerungsrecht	122
<i>K. Vertragsstrafe</i>	123
<i>L. Ausblick: Gesetzesvorhaben</i>	124
5. Kapitel: Allgemeine Geschäftsbedingungen	125
<i>A. Allgemeines</i>	125
<i>B. Die einzelnen Sicherheiten</i>	125
I. Bürgschaften	125
1. Auf erstes Anfordern	125
2. Andere Bürgschaften	128
II. Vertragsstrafen	129
1. Prozentsatz	130

	Seite
2. Begrenzung nach oben	131
3. Verschulden	132
4. Zusätzlich zum Schadensersatz	133
III. Sicherheitseinbehalt	133
IV. Leistungsverweigerungsrechte	134
V. Bauhandwerkersicherungshypothek	136
VI. Rückgewähr der Sicherheitsleistung	137
VII. Verlängerter Eigentumsvorbehalt	138
6. Kapitel: Musterbriefe, Musterformulare und Musterschriftsätze	141
A. <i>Musterbriefe und -formulare</i>	141
I. Anfordern einer Sicherheit nach § 648 a BGB	141
II. Setzen einer Nachfrist für das Beibringen einer Sicherheit nach § 648 a BGB	142
III. Verlangen nach einer Erhöhung der Sicherheit nach § 648 a BGB	143
IV. Aufforderung zur Rückgabe einer Sicherheit	144
V. Antwort des Auftraggebers	145
VI. Aufforderung zur Einzahlung des Sicherheits- betrages durch den Auftraggeber auf ein Sperrkonto gemäß § 17 Nr. 6 VOB/B	146
VII. Bürgschaftsmuster	147
1. Für den Auftraggeber	147
a) Vertragserfüllungsbürgschaft (auf erstes Anfordern)	147
b) Gewährleistungsbürgschaft (auf erstes Anfordern)	148
c) Bietungsbürgschaft	149
d) Vorauszahlungsbürgschaft/Abschlagszahlungs- bürgschaft	150
	XV

Inhaltsverzeichnis

	Seite
2. Für den Auftragnehmer	151
a) Zahlungsbürgschaft (mit Höchstbetragsregelung)	151
b) Bauhandwerkersicherungsbürgschaft nach § 648 a BGB	152
c) Zahlungsbürgschaft auf erstes Anfordern (mit Höchstbetragsregelung)	153
3. Bürgschaften gemäß MaBV	154
a) Bürgschaft gemäß § 2 MaBV	154
b) Bürgschaft gemäß § 7 MaBV	155
VIII. Ziehen einer Bürgschaft (Gewährleistungsbürgschaft) durch den Auftraggeber	156
IX. Garantieerklärung zugunsten des Auftragnehmers	157
<i>B. Musterschriftsätze</i>	158
I. Antrag auf einstweilige Verfügung zur Unterlassung der Inanspruchnahme einer Gewährleistungsbürgschaft	158
II. Klage auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen (GSB)	162
III. Antrag auf einstweilige Verfügung zur Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung einer Bauhandwerkersicherungshypothek	165
IV. Antrag auf Eintragung der Vormerkung zur Sicherung einer Bauhandwerkersicherungshypothek	169
V. Antrag auf Zustellung einer einstweiligen Verfügung	170
Anhang: Einschlägige Gesetzestexte	
A. § 14 VOB/A	171
B. § 16 f. VOB/B	171
C. BGB und HGB	175
D. GSB	190
E. MaBV	193
Stichwortverzeichnis	195