

SICHERHEITEN AM BAU

**Kanzlei am
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

Sicherheiten am Bau

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Einleitung	005
2.	Unterschiede BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag	007
2.1.	Inhalte der VOB/B	008
2.2.	Einbeziehung der VOB/B	013
2.2.1.	Rechtsqualität BGB und VOB/B	013
2.2.2.	Vereinbarung der VOB/B	014
2.3.	Abweichung von der VOB/B	015
2.4.	Zusammenfassung	017
3.	Arten der Sicherheitsleistung am Bau	018
3.1.	Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung	018
3.2.	Arten nach Gesetz oder Vertrag	019
3.3.	Arten nach Auftraggeber und Auftragnehmer	020
3.4.	Zusammenfassung	021
4.	Sicherheiten für den Auftraggeber	022
4.1.	Bürgschaft allgemein	023
4.1.1.	Das bürgschaftsrechtliche „Dreieck“	023
4.1.2.	Trennung Sicherungsabrede und Bürgschaftsvertrag	025
4.1.3.	Arten von Bürgschaften nach Deutschem Recht	026
4.1.4.	Vereinbarung der Bürgschaft als Sicherheit	028
4.1.4.1.	Verhältnis zu anderen Sicherungsmitteln	029
4.1.4.2.	Sicherungszweck	030
4.1.4.3.	Sicherungshöhe	030
4.1.4.4.	Tauglichkeit des Bürgen	031
4.1.4.5.	Bürgschaft auf Zeit	031
4.1.4.6.	Schriftform	032
4.1.4.7.	Verzicht auf die Einrede der Vorausklage	033
4.1.4.8.	Bürgschaft nach Vorschrift des Auftraggebers	033
4.1.5.	Verwertung der Bürgschaft	034
4.1.5.1.	Verjährung der Bürgschaft	037
4.1.6.	Zusammenfassung	038
4.2.	Vertragserfüllungssicherheit	039
4.2.1.	Bedeutung in der Praxis	039
4.2.2.	Vereinbarung der Vertragserfüllungsbürgschaft	040
4.2.2.1.	Individualvereinbarung	040
4.2.2.2.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	041
4.2.3.	Stellung der Sicherheit	045
4.2.4.	Rückgabe der Sicherheit	046
4.2.5.	Verwertung der Sicherheit	047
4.2.6.	Zusammenfassung	048
4.3.	Mängelsicherheitsbürgschaft (Gewährleistungsbürgschaft)	049
4.3.1.	Bedeutung in der Praxis	049
4.3.2.	Vereinbarung der Sicherheit	050
4.3.2.1.	Individualvereinbarung	050
4.3.2.2.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	050
4.3.3.	Stellung der Sicherheit	055
4.3.4.	Verwertung der Sicherheit	056
4.3.5.	Zusammenfassung	058

4.4.	Abschlagszahlungs-/Vorauszahlungsbürgschaft	059
4.4.1.	Bedeutung in der Praxis	059
4.4.2.	Vereinbarung der Sicherheit	060
4.4.2.1.	Individualvereinbarung	060
4.4.2.2.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	060
4.4.3.	Stellung der Sicherheit	061
4.4.4.	Verwertung der Sicherheit	061
4.4.5.	Zusammenfassung	061
4.5.	Sicherheitseinbehalt	062
4.5.1.	Bedeutung in der Praxis	062
4.5.2.	Vereinbarung der Sicherheit	062
4.5.2.1.	Individualvereinbarung	063
4.5.2.2.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	063
4.5.3.	Stellung der Sicherheit	063
4.5.4.	Zusammenfassung	067
4.6.	Garantie	068
4.7.	Finanzierungsbestätigung	068
4.8.	Schuldbeitritt	069
4.9.	Patronatserklärung	070
4.10.	Hinterlegung	071
5.	Sicherheiten für den Auftragnehmer	072
5.1.	Zahlungsmodalitäten, allgemein	073
5.1.1.	Zahlungsansprüche des Auftragnehmers	074
5.1.2.	Vorauszahlungsrechnung	076
5.1.3.	Abschlagsrechnung	077
5.1.4.	Schlussrechnung	081
5.1.5.	Zusammenfassung	084
5.2.	Sicherungshypothek, § 648 BGB	085
5.2.1.	Bedeutung für die Praxis	085
5.2.2.	Vereinbarung der Sicherheit	086
5.2.3.	Stellung der Sicherheit	086
5.2.4.	Verwertung der Bauhandwerkersicherungshypothek	090
5.3.	Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB	091
5.3.1.	Bedeutung für die Praxis	092
5.3.2.	Vereinbarung der Sicherheit	093
5.3.3.	Stellung der Sicherheit	094
5.3.4.	Rechtsfolgen der Nichtstellung	100
5.3.5.	Zusammenfassung	102
5.4.	Bauforderungssicherungsgesetz, BauFordSiG	103
5.4.1.	Bedeutung für die Baupraxis	104
5.4.2.	Vereinbarung der Sicherheit	104
5.4.3.	Stellung der Sicherheit	104
5.4.4.	Rechtsfolgen der Nichtstellung	108
5.4.5.	Zusammenfassung	109
5.5.	Zahlungsbürgschaft	110
5.5.1.	Bedeutung für die Praxis	110
5.5.2.	Vereinbarung der Sicherheit	110
5.5.3.	Stellung der Sicherheit	111
5.5.3.	Zusammenfassung	111
6.	Zusammenfassung	112

TEXTE	BGB	113
TEXTE	BGB (Werkvertrag)	120
TEXTE	BGB (Bürgschaft)	125
TEXTE	HGB	127
TEXTE	VOB/B 2009	128
TEXTE	SGB IV	131
TEXTE	AEntG	133
TEXT	BauFordSiG	134
MUSTER:	Sicherungsabrede wegen Vertragserfüllungsbürgschaft (als Bestandteil des Bauvertrags, mit Bürgschaftsmuster als Anlage)	135
MUSTER:	Aufforderung zur Herausgabe einer Vertragserfüllungsbürgschafts-urkunde	137
MUSTER:	Sicherungsabrede wegen Bürgschaft für Mängelansprüche und weitere Ansprüche (als Bestandteil des Bauvertrags, mit Bürgschaftsmuster als Anlage)	138
MUSTER:	Aufforderung an den Auftraggeber gem. §17 Abs. 6 VOB/B, den Sicherheitseinbehalt auf ein Sperrkonto einzuzahlen	140
MUSTER:	Garantierklärung zu Gunsten des Auftraggebers	141
MUSTER:	Antrag auf einstweilige Verfügung wegen Eintragung einer Vormerkung zu einer Bauhandwerkersicherungshypothek	142
MUSTER:	Bürgschaft gemäß § 648a BGB	145
MUSTER:	Sicherungsverlangen nach § 648a BGB	146
MUSTER:	Sicherungsabrede für Zahlungsbürgschaft zu Gunsten Auftragnehmer	147
MUSTER:	Zahlungsbürgschaft zu Gunsten des Auftragnehmers	148

Thema: Sicherheiten am Bau

1. Einleitung

Die nachfolgende Darstellung befasst sich mit dem Thema „Sicherheiten am Bau“ auseinander. Bei der Sicherheitsleistung handelt es sich nicht um ein Mittel der Erfüllung vertraglicher Leistungspflichten als solche, sondern um ein Mittel zur Abwendung der Gefahr künftiger Rechtsverletzungen oder Benachteiligungen im bauvertraglichen Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Dieser Themenbereich wird in der Baupraxis von vielen Beteiligten stiefmütterlich behandelt. Im Zeitpunkt der Krise werden die Versäumnisse offenkundig und können kaum mehr behoben werden. Bei dem Problemkreis „Sicherheiten am Bau“ treten häufig folgende Fehlerquellen auf:

Fehlerquellen	
Allgemein AG & AN	
<ul style="list-style-type: none"> - Weichenstellung BGB / VOB/B - Unkenntnis der gesetzlichen und vertraglichen Sicherungsmöglichkeiten - Defizite im Umgang mit Sicherheiten (Vertragsgestaltung, Prüfung, Inanspruchnahme, usw.) 	
AG	AN
<ul style="list-style-type: none"> - Vertragsgestaltung notwendig, mangels gesetzlicher Sicherheiten (auch bei Vereinbarung VOB/B) - Umgang mit Sicherheiten, z. B. Prüfung der Bürgschaft auf Übereinstimmung mit Bauvertrag - Umfang der Sicherheiten, z. B. welche Ansprüche sind geeckt - Einzahlung des Sicherheitseinbehalts auf Sperrkonto - Umgang mit Wahl- und Austauschrecht des AN - Reaktion auf Sicherungsverlangen nach § 648a BGB - Haftungsgefahr durch BauFordSiG 	<ul style="list-style-type: none"> - Unkenntnis der gesetzlichen Sicherheiten, z. B. § 648a BGB - Verspätete Forderung der Sicherheiten, z. B. § 648a BGB - Umgang mit Sicherheiten, z. B. Prüfung der Bürgschaft auf Übereinstimmung mit Bauvertrag

Die Baubeteiligten neigen dazu, sich mit dem Thema „Sicherheiten am Bau“ nicht oder aber zu spät zu beschäftigen.

Die Darstellung verfolgt folgendes Ziel:

1. Bedeutung des Bauvertrages
 - Weichenstellung für Spielregeln am Bau bei BGB oder VOB/B erkennen
 - Probleme vermeiden bzw. minimieren
2. Entwicklung Problembewusstsein
 - Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung
 - Umgang mit der Sicherheitsleistung
3. Finden eines Lösungsansatzes
 - Fehlervermeidung
 - Handlungsempfehlungen

Das Skript befindet sich auf dem Rechtsstand 1. September 2009. Das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG), das am 01.01.2009 in Kraft getreten ist, ist eingearbeitet. Sofern auf ältere Bestimmungen der Gesetze bzw. VOB/B verwiesen wird, wird dies durch den Zusatz „a. F.“ kenntlich gemacht. Die erfolgte nochmalige Änderung des BauFordSiG, die am 04.08.2009 in Kraft trat, ist eingearbeitet. Die Änderung der VOB/B in der Fassung 2009 ist berücksichtigt. Die Neufassung beinhaltet überwiegend redaktionelle Änderungen.

Cham, den 25. Mai 2010, Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Freizeichnung:

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

2. Unterschiede BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag der in den §§ 631 ff. BGB geregelt ist. Das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arten von Werkverträgen, also beispielsweise auch für Schuhreparaturen, Tierzucht, Schlüsseldienst, usw. Zwangsläufig ist das Werkvertragsrecht des BGB nicht speziell auf die Erfordernisse einer Bauleistung ausgerichtet. Dass die §§ 631 – 651 BGB in keinster Weise auf die Bauvertragsabwicklung zugeschnitten sind, zeigt sich schon daran, dass nur an vier Stellen von dem „Bauwerk“ oder „Baubeteiligten“ gesprochen wird:

- § 632a Abs. 2 , 3 BGB, Abschlagszahlungen
- § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB Verjährungsfrist für Mängelrechte
- § 648 BGB Bauhandwerkersicherungshypothek
- § 648a BGB Bauhandwerkersicherung

Deshalb gibt es daneben die VOB/B, die auf die Besonderheiten von Bauleistungen zugeschnitten ist. Diese ändert bzw. ergänzt die gesetzlichen Regelungen des BGB, die unpassend bzw. lückenhaft sind.

	BGB	VOB/B
Anwendungsbereich	Alle Werkverträge: Bauleistungen Schuhreparatur Autowäsche Beförderung Hufbeschlag Viehmast, usw.	Alle Bauleistungen
Inhalt	Allgemein für alle Werkleistungen	Speziell für alle Bauleistungen

2.1. Inhalte der VOB/B

Die Unterscheidung zwischen „**BGB-Bauvertrag**“ und „**VOB/B-Bauvertrag**“ ist eine grundlegende Weichenstellung im privaten Baurecht.¹

Übersicht Unterschiede BGB - VOB/B			
Vorteile des Auftragnehmers beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
Ausführungsunterlagen	---	§ 3 Abs. 1 VOB/B	Die VOB sieht eine unentgeltliche und rechtzeitige Übergabe von Ausführungsunterlagen vor. Das BGB kennt keine konkreten Vorschriften zur Überlassung von Ausführungsunterlagen. Lediglich § 642 BGB nimmt allgemein auf Handlungen des Bestellers Bezug, ohne diese genauer zu umschreiben.
Bauinfrastruktur	---	§ 4 Abs. 4 VOB/B	Die VOB/B sieht eine unentgeltliche Überlassung von Einrichtungen auf der Baustelle (Lager und Arbeitsplätze) vor. Das BGB enthält hierzu keinerlei Regelungen.
Fristüberschreitung	§§ 636, 286, 326 BGB	§§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 6 VOB/B	Beim VOB/B-Vertrag werden die Vorschriften des BGB bei Leistungsverzögerungen nicht vollständig angewandt. Der Bauvertrag soll weitgehend aufrechterhalten werden. Grundsätzlich sind Schadensersatzansprüche auf den unmittelbaren Schaden beschränkt; entgangener Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.
Ausführungsfristen	---	§ 6 Abs. 2 VOB/B	Nach VOB/B besteht ein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen im Falle von Behinderungen, entweder im Risikobereich des Auftraggebers oder aufgrund höherer Gewalt oder anderer unabwendbarer Umstände. Das BGB kennt dazu keine Regelung, allenfalls über Treu und Glauben gelangt man zu einer Fristverlängerung. Der Verzug ist mangels Verschuldens auch nach BGB ausgeschlossen.
Gefahrübergang	§ 644 BGB	§ 7 VOB/B	Nach VOB/B trägt der AN, anders als nach BGB, die Gefahr nicht in allen Fällen bis zur Abnahme für Untergang oder Verschlechterung der Leistung. Gem. §§ 7 Abs. 1, 6 Abs. 5 VOB/B muss der AG die ausgeführte Leistung bezahlen.
Verzug vor Abnahme	§ 323 Abs. 1 BGB, § 281 Abs. 1 BGB	§ 8 Abs. 3 VOB/B i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B und	Die VOB/B schränkt die Rechte des Auftraggebers dahingehend ein, dass nur ein

¹ Sprachlich werden bereits andere Begriffe für die Vertragsparteien verwendet. Das BGB spricht vom Besteller/Unternehmer, die VOB/B vom Auftraggeber/Auftragnehmer. Im Folgenden wird nur von Auftraggeber und Auftragnehmer gesprochen. Auf den Begriff „Bauherr“ wird verzichtet, da dieser insbesondere bei „Vertragsketten“ (z.B. Nachunternehmer) unpassend ist.

		§ 5 Abs. 4 VOB/B	Kündigungsrecht oder das Recht der Auftragsentziehung zusteht. Ein Rücktrittsrecht ist nicht vorgesehen.
Teilabnahme	§§ 640, 641 BGB	§ 12 Abs. 2 VOB/B	Nach der VOB/B sind Teilabnahmen, die den Zinslauf, die Beweislast und die Vergütungspflicht sehr wesentlich beeinflussen, bei in sich abgeschlossenen Teilen der Leistung auf Verlangen möglich.
Fiktive Abnahme	§§ 640, 641 BGB	§ 12 Abs. 5 VOB/B	Die VOB/B gewährt die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme (kein Abnahmewille des AG). Das BGB kennt dies nur im Ausnahmefall nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt am Bau, beispielsweise Beweislast, Gefahrübergang, Rechtsverluste, Beginn Gewährleistungsfrist.
Gewährleistungsdauer verkürzt	§ 634a BGB	§ 13 Abs. 4 VOB/B	Beim BGB ist die Grundfrist für die Mängelrechte bei 5 Jahren; bei der VOB/B bei 4 Jahren, teilweise sogar nur bei 2 Jahren. Gegenüber Verbrauchern ist auch bei VOB/B keine Verkürzung mehr möglich, § 310 BGB.
Rücktrittsrecht (Ausschluss)	§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB	§ 13 Abs. 5 – 7 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist bei der VOB/B das Rücktrittsrecht unerwähnt und gilt als ausgeschlossen.
Minderung (Einschränkung)	§§ 634 Nr. 3, 638 BGB	§ 13 Abs. 6 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist das Recht zur Minderung bei der VOB/B aufgrund Anknüpfung an zusätzliche Tatbestände nur in seltenen Ausnahmen möglich. Der AN soll durch sein Nacherfüllungsrecht die volle Vergütung erhalten können, ohne auf die Minderung verwiesen zu werden.
Abschlagszahlungen	§ 632a BGB	§ 16 Abs. 1 VOB/B	Das BGB kennt nun zwar gleichfalls einen Anspruch auf Abschlagszahlung, knüpft diese aber im Gegensatz zum VOB/B an etwas andere Voraussetzungen. Nach BGB wird nun auf den „Wertzuwachs“ beim Auftraggeber abgestellt, bei der VOB/B kommt es auf den erreichten Leistungsstand an. Zweifel bestehen, wie „Wertzuwachs“ zu definieren ist und was bei fehlender Personenidentität zwischen Grundstückseigentümer und AG gilt.
Zahlung an Nachunternehmer	---	§ 16 Abs. 6 VOB/B	Nach der VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die Nachunternehmer Zahlungen zu leisten. Das BGB kennt derartiges nicht. Der AN erhält quasi an seinem direkten Vertragspartner vorbei die Vergütung
Sicherheitsleistung	---	§ 17 Abs. 5, 6 VOB/B	Die VOB/B sieht im Falle der Vereinbarung von Sicherheitsleistungen vor, dass der Auftraggeber den einbehaltenen Betrag binnen 18 Werktagen auf ein Sperrkonto einzuzahlen hat, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Die Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu. Bei einem öffentlichen Auftraggeber besteht die Möglichkeit eines unverzinslichen Verwahrgeldkontos.

Vorteile des Auftraggebers beim VOB/B-Vertrag

Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
Weisungsrecht	---	§ 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 5, 6 VOB/B	Gem. VOB/B kann der AG einseitig den Vertragsumfang erweitern und Leistungen nachträglich in Auftrag geben, was Vergütungsansprüche (Nachträge) auslöst. Teilweise werden hieran bestimmte erhöhte Voraussetzungen (vorherige Ankündigung) geknüpft. Das BGB kennt einen einseitigen Anpassungsanspruch nicht. Es bedarf einer Vereinbarung beider Parteien (Konsensprinzip).
Vergütungspflicht (Einschränkung)	§ 632 BGB	§ 2 Abs. 6 VOB/B	Sofern ein Nachtrag vorliegt, verlangt das BGB nicht notwendigerweise zusätzliche Voraussetzungen wie eine Ankündigungspflicht. Der Anspruch ergibt sich grundsätzlich aus der Vereinbarung. Die VOB/B hält hier bestimmte Formalien für notwendig.
Stundenlohnvereinbarung	---	§ 2 Abs. 10 VOB/B	Die VOB/B sieht vor, dass Stundenlohnarbeiten nur vergütet werden, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind.
Mängelansprüche vor Abnahme	§§ 275 ff. BGB	§ 4 Abs. 7 VOB/B	Gem. der VOB stehen dem AG bereits vor der Abnahme Mängelbeseitigungsrechte zu. Die Ersatzvornahme erfordert aber weitere Voraussetzungen, so unter anderem eine schriftliche Kündigung. Die Ansprüche verjähren in 3 Jahren, §§ 195, 199 BGB.
Nachunternehmer-einsatz	---	§ 4 Abs. 8 VOB/B	Die VOB/B erlaubt einen Nachunternehmer-einsatz nur im Ausnahmefall mit schriftl. Zustimmung des Auftraggebers.
Behinderung	---	§ 6 Abs. 1 VOB/B	Nach der VOB/B ist der AN verpflichtet, wenn er meint, bei der Durchführung seiner Arbeiten behindert zu sein, eine Behinderungsanzeige an den AG zu senden. Tut er dies nicht, kann er sich später nicht darauf berufen, er sei nicht zeitgerecht fertig geworden aus Gründen, die er nicht zu vertreten habe. Nur im Ausnahmefall ist die Behinderungsanzeige entbehrlich.
Abnahme	---	§ 12 Abs. 1 VOB/B	Gem. VOB/B wird dem Auftraggeber eine Frist von 12 Werktagen nach Verlangen des Auftragnehmers eingeräumt. Nach BGB ist die Verpflichtung des Auftraggebers gem. § 271 BGB sofort fällig.
Verjährungshemmung	---	§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B	Als Kompensation zur verkürzten Gewährleistungsfrist nach VOB/B räumt § 13 VOB/B dem AG die Möglichkeit ein, durch eine einfache, erstmalige, schriftliche Mängelrüge die Gewährleistungsfrist zu hemmen bzw. die Gewährleistungsfrist sogar zu verlängern (um weitere 2 Jahre).
Fälligkeit der Vergütung	§§ 631 Abs. 1, 641 BGB	§§ 14 Abs. 1 und Abs. 4, 16 VOB/B	Nach der VOB/B ist im Gegensatz zum BGB eine prüfbare Rechnung Vorausset-

			zung einer Zahlung. Des Weiteren verschiebt die VOB/B die Fälligkeit der Zahlung nach hinten (18 Werktage bzw. 2 Monate). Das BGB setzt für die Fälligkeit grundsätzlich lediglich die Abnahme voraus, wobei aber auch hier durch die Rechtsprechung ergänzend eine entsprechende Rechnungsstellung verlangt wird. Die VOB/B räumt ein Recht zur Selbstaufstellung der Schlussrechnung ein, wenn der Auftragnehmer diese nicht erstellt.
Stundenlohn	---	§ 15 Abs. 3 VOB/B	Gem. VOB/B werden Stundenlohnarbeiten nur bezahlt, wenn sie vorher angezeigt und rechtzeitig rapportiert werden. Das BGB schweigt gänzlich zu Stundenlohnarbeiten.
Schlusszahlungseinwand	§§ 195, 199 BGB	§ 16 Abs. 3 VOB/B	Gem. VOB/B erlöschen weitergehende Vergütungsforderungen, wenn der AN auf einen wirksamen Schlusszahlungseinwand nicht ordnungsgemäß und zeitgerecht Vorbehalte (24 Werktage) angemeldet und begründet hat. Dem BGB ist dies fremd. Hier greift allenfalls Verjährung (3 Jahre) bzw. Verwirkung.
Zahlung an Nachunternehmer	---	§ 16 Abs. 6 VOB/B	Gem. § 16 Abs. 6 VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die Nachunternehmer zu zahlen.
Sicherheiten	§ 632a Abs. 3 BGB § 232 BGB	§ 17 VOB/B	Bei VOB/B Bürgschaft kein nachrangiges, sondern ein gleichrangiges Sicherungsmittel. Das BGB räumt dem AG, sofern er Verbraucher ist, eine gesetzliche Vertragserfüllungssicherheit ein (5 % des Vergütungsanspruchs). Von der Regelung einer Sicherheit für Mängelansprüche wurde abgesehen. Die VOB/B kennt darüber hinaus keine Sicherheit. Allerdings regelt, wenn Sicherheit vereinbart ist, die VOB/B das „wie“. Gem. VOB/B müssen Bürgschaften selbstschuldnerisch, unbefristet und nach Vorgabe des AG ausgestaltet sein. § 17 VOB/B knüpft wie BGB aber lediglich an eine Vereinbarung der Sicherheit an und ersetzt diese nicht. Ohne Vereinbarung keine Sicherheit, sofern nicht § 632a Abs. 3 BGB greift.
Gerichtsstandsvereinbarungen	---	§ 18 Abs. 1 VOB/B	Die VOB/B sieht eine Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten des Auftraggebers vor. Danach richtet sich der Gerichtsstand bei Streitigkeiten aus dem Bauvertrag nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle, wenn nichts anderes vereinbart ist.
Arbeitseinstellung	---	§ 18 Abs. 5 VOB/B	Die VOB/B betont die Kooperationspflicht, d.h. eine Arbeitseinstellung ist ein Ausnahmefall und nur in den entsprechend geregelten Fällen zulässig. Die VOB/B versucht den Baustillstand ausdrückliche zu vermeiden.

Bereits diese tabellarische Übersicht zeigt, dass die Entscheidung „BGB-Bauvertrag“ oder „VOB/B-Bauvertrag“ keine reine Formalie ist, sondern für den Bauablauf andere „Spielregeln“ gelten. Dies gilt auch für den Bereich „Sicherheiten am Bau“. Dabei bringt dies beiden Seiten Vorteile bzw. Nachteile.

Die Gegenüberstellung belegt, dass im Bereich der Zahlungsmodalitäten (Abschlagszahlung, Schlusszahlung, Fälligkeit, Verzug) Unterschiede existieren, die auch Einfluss auf das Sicherungsbedürfnis der Parteien haben. Das BGB im Werkvertragsrecht schweigt nahezu zum Thema „Sicherheiten“, während die VOB/B detaillierte Regelungen aufweist. Zudem weicht § 17 VOB/ Bon § 323 BGB erheblich ab.

Diese Unterscheidung BGB und VOB/B betrifft nicht nur den Inhalt der einzelnen Bestimmungen, sondern auch ihre **Rechtsnatur** selbst.

2.2. Einbeziehung der VOB/B

2.2.1. Rechtsqualität BGB und VOB/B

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag, der im Gesetz im BGB, geregelt ist. Ein **Gesetz gilt unmittelbar** und bedarf **keiner gesonderten Einbeziehung**.

Beim Werkvertrag wird ein Erfolg, das heißt die Herstellung eines körperlichen Gegenstandes als Arbeitsergebnis, beispielsweise das Bauwerk bzw. bestimmte Erneuerungs- oder Umbauarbeiten am bereits errichteten Bauwerk geschuldet.

Die Regelungen der §§ 631 ff. BGB sind beim BGB-Bauvertrag zu beachten, sie greifen immer dann, wenn die Parteien des Bauvertrages keine abweichenden Regelungen getroffen haben.

Bei der VOB/B handelt es sich **nicht um ein Gesetz**, sondern um **standardisierte Vertragsbedingungen**, die ihre Rechte und Pflichten der am Bauvertrag Beteiligten regeln. Ist die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen, verdrängen/ergänzen ihre Regelungen die werkvertraglichen Normen.

Bei der VOB/B handelt es sich um **Allgemeine Geschäftsbedingungen**², die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB³ in den Bauvertrag einbezogen werden müssen.

MERKE:

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern nur eine Allgemeine Geschäftsbedingung.

Im Rahmen eines VOB/B-Vertrages sind zwei Problemkreise strikt voneinander zu trennen. Einerseits ist zu klären, ob die VOB/B im Vertrag wirksam vereinbart wurde. Andererseits ist zu klären, ob die vereinbarte VOB/B in vollem Umfang gilt, trotz ihrer Vereinbarung. Letzteres ist die Problematik der „Privilegierung der VOB/B“.

² Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S. 1 AGBG

³ Tempel NZBau 2003, 465 und Werner/Pastor Rn. 1009

2.2.2. Vereinbarung der VOB/B

Es gibt **keinen Automatismus** und **keinen Handelsbrauch** bzgl. der VOB/B-Geltung; auch nicht unter Kaufleuten.

Einbeziehung der VOB/B bedeutet meist mehr als der bloße Hinweis auf die VOB/B im Bauvertrag. Nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 305 BGB muss der Verwender bei Vertragsabschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die AGB hinweisen **und** der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise bei Vertragsabschluss von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

Es genügt daher **nicht** für die Geltung der VOB/B:

- der Satz: Es gilt die VOB/B als vereinbart
- der Hinweis, auf Wunsch könne der Text der VOB/B dem Bauherrn kostenlos zur Verfügung gestellt werden⁴
- Nachlieferung der VOB/B in Textform nach Vertragsabschluss
- Aufdruck der VOB/B auf Lieferscheinen oder Rechnungen.

Es ist in all diesen Fällen notwendig, dass dem Vertragspartner die VOB/B tatsächlich in vollständiger schriftlicher Form mit dem Angebot oder dem Vertragsentwurf übergeben wird. Um nicht in Beweisnot zu geraten, wenn später der Vertragspartner die Aushändigung der VOB/B bestreitet, sollte die Aushändigung der VOB/B gesondert unterzeichnet werden oder diese als Anlage zum Bauvertrag mit unterzeichnet, bzw. in den Text integriert werden.

Ausnahme:

Zwischen im Bausektor gewerblich tätigen Unternehmern genügt es für die notwendige Einbeziehung, dass allein auf die VOB/B verwiesen wird, diese also in irgendeiner Stelle des Vertrags als Vertragsgrundlage benannt ist. Gleiches gilt, wenn der Vertragspartner bei Vertragsabschluss fachmännisch, z.B. durch einen Architekten vertreten wird.

MERKE:

1. Die VOB/B muss dem Vertragspartner **bei** Vertragsabschluss **ausgehändigt** werden! Deshalb sollte der Text der VOB/B dem Bauvertrag nachweisbar beigelegt werden.
Ausnahme vom Grundsatz der Aushändigung der VOB/B:
 - Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt gegenüber Unternehmern bzw. im Baubereich Bewanderten⁵
 - Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt, wenn der Vertragspartner fachmännisch, z.B. durch einen Architekten bei Vertragsabschluss vertreten wird⁶.
2. Ist die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so sind die Regelungen der VOB/B unanwendbar. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien die VOB/B vereinbaren wollten und in einem späteren Prozess die jeweiligen Anwälte die VOB/B als unstrittig zugrunde legen⁷. Dieser „Vereinbarungsfehler“ kann nur durch eine nachträglich nachgeholte Vereinbarung der VOB/B zwischen den Parteien geheilt werden.

⁴ Tempel NZBau 2003, 465 und Werner/Pastor Rn 1009

⁵ u.a. BGH BauR 1999, 1186; BauR 1983, 161; BauR 1994, 617; BauR 1991, 328; OLG Hamm BauR 1989, 480

⁶ OLG Hamm, NJW-RR 1991, 277

⁷ BGH BauR 1999, 1294, 1295

2.3. Abweichung von der VOB/B

Die VOB/B wurde bislang vom Gesetzgeber privilegiert, das heißt von einer AGB-Kontrolle jeder einzelnen Bestimmung der VOB/B wurde Abstand genommen, wenn die VOB/B „als Ganzes“ bzw. „insgesamt“ vereinbart wurde.

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit ein **„ausgewogenes Regelwerk“** für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.

Die so genannte „Privilegierung“ der VOB/B gegenüber anderen allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte zur Folge, dass die Gerichte einzelne unangemessene Regelungen der VOB/B nicht anhand des Gesetzes überprüft haben.

Diese Privilegierung der VOB/B ist in die Kritik geraten. Dies deshalb, weil:

- Abweichungen von der VOB/B in der Baupraxis die Regeln sind,
- Verbraucher nicht im DVA, der die VOB/B herausgibt, vertreten sind und europarechtliche Bedenken bestehen.

Nach der Rechtsprechung des BGH⁸ führt nun sogar **jede vertragliche Abweichung** von der VOB/B dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht mehr darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.

Folge hiervon ist, dass eine Reihe von Klauseln der VOB/B unwirksam sind, die für den Verwender ungünstigen Klauseln aber weiter anwendbar bleiben!

MERKE:

In der Baupraxis herrscht weitgehend Unkenntnis über die Konsequenzen dieser BGH-Entscheidung. Bei Vorliegen von Abweichungen von der VOB/B oder Verwendung gegenüber Verbrauchern glauben viele irrtümlich am Bau, dass dann die VOB/B überhaupt nicht gelte und komplett außer acht gelassen werden kann. Dies ist grob falsch!

Folge ist allein, dass dann die VOB/B nicht als ganzes vereinbart ist und jede einzelne VOB/B-Klausel **des Verwenders** gesondert darauf überprüft werden muss, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht. Verwender ist derjenige, der die VOB/B in den Vertrag einbezogen hat.

Keine Abweichungen von der VOB/B sind:

1. VOB/B trifft hierzu keinerlei Regelung:
 - Vertretung des Auftraggebers
 - Freistellung gem. § 48b EStG
2. VOB/B lässt ausdrücklich ergänzende Vereinbarungen zu:
 - abweichende Abrechnungsmethoden, § 2 Abs. 2 VOB/B
 - Vertragsstrafe, § 11 VOB/B
 - Sicherheitsleistung, § 17 VOB/B

⁸ BGH Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 übt Selbstkritik an der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Es wird eingeräumt, dass keine klaren Abgrenzungskriterien entwickelt wurden, wann in den Kerngehalt eingegriffen wurde. Um den Vertragsparteien eine verlässliche Prognose zu ermöglichen, soll im Interesse der Rechtssicherheit jede auch nur geringfügige Änderung der VOB/B zum Wegfall des Privilegs führen.

3. VOB/B lässt abweichende Vereinbarungen zu:
- Baustelleneinrichtung, § 4 Abs. 4 VOB/B
 - Verjährungsfrist für Mängel, § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B (sehr strittig)

Selbst wenn man davon ausgeht, dass auch künftig Abweichungen von der VOB/B für den Entfall der Privilegierung erforderlich sind, erscheinen solche Abweichungen bei der Vertragsgestaltung in der Baupraxis fast unvermeidbar, so dass denkbarerweise der Schwerpunkt bei der Bauvertragsgestaltung nicht darauf gelegt werden sollte, solche Abweichungen zu vermeiden, sondern davon auszugehen ist, dass die **VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand hält.**

MERKE:

Bei der Bauvertragsgestaltung ist davon auszugehen, dass die VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB standhält.

Welche Bestimmungen sich bei einer Inhaltskontrolle als unwirksam erweisen, hängt davon ab, welche der Parteien „**Verwender**“ im Sinne der §§ 305 ff. BGB ist, d.h. wer den Vertrag stellt, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer.

Achtung:

Bei Prüfung der Unwirksamkeit einer Klausel unbedingt beachten, wer „**Verwender**“ ist, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer.

Die Frage, welche Bestimmungen wirksam oder unwirksam sind, ist eine äußerst schwierige Frage und auch nicht höchstrichterlich abschließend geklärt. Ausführungen hierzu würden den Rahmen des Skriptes sprengen.

HINWEIS:

Das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG), das für Verträge seit 01.01.2009 gilt, ändert die Privilegierung bei Verwendung gegenüber:

- **Verbrauchern:**
Aufhebung der Privilegierung
- **Unternehmern / Öffentliche Hand**
Klarstellung der Privilegierung

Die Verwendung der VOB/B **gegenüber** Verbrauchern führt damit auch **ohne** Abweichung nun Kraft Gesetz zur isolierten Inhaltskontrolle der VOB/B, d. h. jede Bestimmung der VOB/B wird zu lasten des Verwenders an den §§ 305 ff. BGB geprüft. Dies bedeutet, dass eine Reihe von Bestimmungen der VOB/B gegenüber dem Verbraucher nicht gelten.

2.4. Zusammenfassung

Die am Bau Beteiligten müssen die Bedeutung der Unterscheidung zwischen einem BGB- und einem VOB/B-Vertrag kennen. Je nachdem, welcher Vertragstyp vorliegt, gelten andere Spielregeln für die Abwicklung von Streitfällen am Bau. Gerade der Bereich Sicherheiten am Bau ist im BGB und VOB/B teilweise grundlegend unterschiedlich geregelt. Es verwundert daher in der Baupraxis nicht, dass viele Baubeteiligte auf das „falsche Gleis“ gelangen und ein Ziel ansteuern, das gar nicht erreicht werden kann. BGB und VOB/B haben Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede. Deshalb muss geprüft werden, ob die VOB/B tatsächlich wirksam einbezogen worden ist.

Gerade „Techniker neigen dazu, sich mit dem Vertragstext nicht zu beschäftigen. Ein einfacher aber stets missachteter Grundsatz auch bei Sicherheiten am Bau lautet:

Den Vertrag ganz lesen, einschließlich seiner Bestandteile!

3. Arten der Sicherheitsleistung am Bau

3.1. Sinn und Zweck der Sicherheitsleistung

Beide Parteien, d. h. Auftraggeber und Auftragnehmer haben ein berechtigtes Interesse, dass ihre aus dem Bauvertrag resultierenden Ansprüche gesichert werden.

Der Bauvertrag bietet die rechtliche Grundlage dafür, dass der Auftraggeber die Herstellung des Werkes durch den Auftragnehmer verlangen kann.

Der Bauvertrag bietet umgekehrt die rechtliche Grundlage dafür, dass der Auftragnehmer nach entsprechender Vorleistung Anspruch auf Werklohn gegenüber dem Auftraggeber hat.

Gegenstand der folgenden Ausführungen sind die Möglichkeiten der Sicherung dieser Ansprüche für den Fall, dass der Auftragnehmer nicht oder nicht ausreichend erfüllt bzw. der Auftraggeber nicht oder nicht in ausreichender Höhe den Werklohn leistet.

Die Sicherung dieser gegenseitigen Ansprüche am Bau gewinnen vor allem in Zeiten wirtschaftlicher Krisen an Bedeutung und sollte von allen Beteiligten ernst genommen werden.

Bei der Sicherheitsleistung handelt es sich nicht um ein Mittel der Erfüllung vertraglicher Leistungspflichten als solche, sondern um ein Mittel zur Abwendung der Gefahr künftiger Rechtsverletzungen oder Benachteiligungen im bauvertraglichen Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Dem Vertragspartner wird quasi ein „Pfand“ in die Hand gegeben, um sich wegen seiner Ansprüche gegenüber dem anderen Partner im Fall der wirtschaftlichen Krise zu sichern.

Dabei kann zwischen verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung unterschieden werden.

Einerseits kann man die Sicherheiten nach ihrer Rechtsnatur unterscheiden, d. h. ob sie gesetzliche Sicherheiten oder vertragliche Sicherheiten sind.

Andererseits kann man die Sicherheitsleistungen danach unterscheiden, zu wessen Gunsten sie bestehen, d. h. zu Gunsten des Auftraggebers oder zu Gunsten des Auftragnehmers.

Nachfolgend sollen gemäß dieser Einteilung die verschiedenen Arten aufgezeigt werden.

3.2. Arten nach Gesetz oder Vertrag

Bei Sicherheitsleistungen am Bau ist zu unterscheiden zwischen den *gesetzlichen* Sicherungsrechten nach §§ 648, 648a BGB und neuerdings auch § 632a Abs. 3 BGB und den *vertraglichen* Sicherheitsleistungen nach den §§ 232 ff. BGB bzw. § 17 VOB/B.

Die erstgenannten Sicherheitsleistungen folgen zwingend aus dem Gesetz, bestehen also auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Bauvertrag. Dagegen müssen vertragliche Sicherheitsleistungen, wie Sicherheitseinbehalte von Rechnungen, Bürgschaften, usw. ausdrücklich vertraglich vereinbart werden. Ohne vertragliche Vereinbarung im Bauvertrag gelten weder die §§ 232 ff. BGB beim BGB-Werkvertrag, noch der § 17 VOB/B beim VOB-Bauvertrag.

Nachfolgende Tabelle unterscheidet die Sicherheitsleistung unter dem Aspekt der Rechtsqualität.

Arten der Sicherheitsleistung	
Gesetz	Vertrag
Bauhandwerkersicherungshypothek, § 648 BGB	Sicherheitseinbehalt bei Abschlags- oder Schlussrechnung
Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB	Bürgschaft
Vertragserfüllungssicherheit bei Abschlagszahlungen zu Gunsten Verbraucher, § 632a Abs. 3 BGB	a) Vertragserfüllungsbürgschaft
Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)	b) Mängelbürgschaft (Gewährleistungsbürgschaft)
	c) Abschlagszahlungs-/Vorauszahlungsbürgschaft
	d) Zahlungsbürgschaft
	Hinterlegung von Geld
	Garantie
	Finanzierungsbestätigung
	Schuldbeitritt
	Patronatserklärung

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die weit überwiegende Zahl der Sicherheiten vertraglicher Natur ist, währenddessen gesetzliche Sicherheiten eher der Ausnahmefall sind.

3.3. Arten nach Auftraggeber und Auftragnehmer

Die Arten der Sicherheitsleistung können nicht nur nach ihrer Rechtsqualität, d. h. nach Vertrag oder Gesetz unterschieden werden, sondern auch danach differenziert werden, ob die Sicherheit zu Gunsten des Auftraggebers oder zu Gunsten des Auftragnehmers besteht. Vergleicht man die Übersicht nach der Einteilung der Sicherheitsleistung unter dem Aspekt der Rechtsnatur mit der Einteilung nach dem Schutzzweck zu Gunsten des Auftraggebers bzw. des Auftragnehmers, so zeigen sich bereits hier Unterscheidungsmerkmale ab.

Nachfolgende Übersicht unterscheidet die Arten der Sicherheitsleistung danach, zu wessen Gunsten die Sicherheit, d. h. ob für den Auftraggeber oder für den Auftragnehmer, besteht.

Arten der Sicherheitsleistung	
Auftraggeber	Auftragnehmer
Vertragserfüllungssicherheit bei Abschlagszahlungen zu Gunsten Verbraucher, § 632a Abs. 3 BGB	Bauhandwerkersicherungshypothek, § 648 BGB
Sicherheitseinbehalt bei Abschlags- oder Schlussrechnung	Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB
Vertragserfüllungsbürgschaft	Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)
Mängelbürgschaft (Gewährleistungsbürgschaft)	Zahlungsbürgschaft
Abschlagszahlungs-/Vorauszahlungsbürgschaft	
Hinterlegung von Geld	
Garantie	
Finanzierungsbestätigung	
Schuldbeitritt	
Patronatserklärung	

Die Übersicht belegt, dass die meisten Sicherheitsleistungen gesetzlicher Natur zu Gunsten des Auftragnehmers existieren, währenddessen die vertraglichen Sicherheiten für den Auftragnehmer untergeordneten Stellenwert haben. Aus Sicht des Auftraggebers ist ablesbar, dass Sicherheitsleistungen gesetzlicher Natur der Ausnahmefall sind, die vertraglichen Sicherheiten dagegen eine dominierende Rolle spielen.

Dies lässt bereits erste Rückschlüsse zu, dass gerade aus Auftraggebersicht heraus, Sicherheiten im Bauvertrag regelungsbedürftig sind.

Die Dominanz gesetzlicher Sicherheiten zu Gunsten des Auftragnehmers haben hauptsächlich zwei Ursachen:

- Der Auftragnehmer ist Vorleistungspflichtig, trägt somit das Insolvenzrisiko des Auftraggebers. Die gesetzlichen Sicherheiten sind insoweit ein Ausgleich für diese gesetzlichen Nachteile.
- Der Auftragnehmer kann unter „Marktbedingungen“ vertragliche Sicherheiten häufig nicht durchsetzen, so dass flankierende gesetzliche Sicherheiten geschaffen wurden.

.....